

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDAKİ SUÇA TEŞEBBÜS KONUSUNUN İNCELENMESİ

An Examination on the Matter of Attempt to Crime in
Turkish Criminal Code (Law No.5237)

Ali KARAGÜLMEZ*

Özet

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesinde, eksik ve tam teşebbüs ayrımı kaldırılarak yalnızca "suça teşebbüs" kavramına yer verilmiştir. Bu yaklaşıma bağlı olarak, konunun içeriğinde de önemli değişiklikler yapılmış ve çoğunlukla objektif ölçüt esasını benimsenmiştir. 36. maddede ise, gönüllü vazgeçme konusu, etkin pişmanlığı da içerecek biçimde düzenlenmiştir.

5237 sayılı Yasa'nın 35. ve 36. maddesindeki kurallar, önemli tartışma ve duraksamaları da beraberinde getirmektedir. Çalışmamızda, örnek olaylar da gösterilerek, olası sıkıntılara dikkat çekilmeye çalışılmıştır.

5237 sayılı Yasa'daki suça teşebbüs düzenlemesinde, kimi yararlar bulunsa bile, eleştiriye açık önemli konular bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Suça Teşebbüs, Hareket, Objektif Ölçüt, Gönüllü Vazgeçme

Abstract

In Article 35 of Turkish Criminal Code (Law No.5237), the distinction between "full attempt" and "inchoate attempt" was repealed and only the concept of "attempt to a crime" was introduced. In this context, the substance of this subject was amended extensively and the objective criterion is adopted. Article 36 was regulated in order that voluntarily renounce can comprise the concept of active penitence.

The rules established in Articles 35 and 36 of Turkish Criminal Code (Law No.5237) seem to be bringing important discussions and hesitations in practice. In our article, various case studies were conducted, and thus, possible problems were put into consideration of the reader.

Although the new regulation of Law No.5237 on attempt to crime introduces some benefits, it bears many crucial points open to criticisms.

Key Words: Attempt to Crime, Action, Objective Criterion, Voluntarily Renounce.

* Dr., Hâkim.

Genel Olarak

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda suça teşebbüs konusu, 35 ve 36. maddelerde hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme, TBMM Adalet Komisyonu tarafından kurulan Alt Komisyon tarafından kaleme alınmıştır ve Hükümet Tasarısından¹ oldukça farklı ve yeni kurallar içermektedir.

Genel olarak teşebbüs, kasten işlenen bir suçun esas itibarıyla maddî unsuruyla ilgilidir. Maddî unsur, kural olarak hazırlık hareketleri, icra hareketleri ve bunun hedefi olan neticenin gerçekleşmesi ile tamamlanmaktadır². Genel olarak sanık, hazırlık hareketlerinden sorumlu tutulmaz. Bir başka anlatımla, kural olarak hazırlık hareketlerinde teşebbüs olmaz. Teşebbüs, icra hareketleri sürecinde gündeme gelir.

Karşılaştırmalı hukukta, hemen her ülkede tamamlanmış suç ile teşebbüs aşaması arasında ceza farklılığı gözetilmektedir (Erem, Danışman, Artuk, 1997:304)³. Teşebbüs konusunda ise, ana hatlarıyla iki farklı düzenleme göze çarpmaktadır. Kimi ülkelerde teşebbüste, eksik ya da tam teşebbüs biçiminde bir ayırım yapılmaz. Bu ülkeler arasında, Avusturya, Fransız, Bulgar, Gronland yasaları gösterilebilir. Diğer bazı ülkelerde ise, eksik ve tam teşebbüs ayırımı yapılmaktadır. Bu yaklaşıma örnek olarak da, İtalyan, İzlanda, Macar, İsviçre, İspanyol ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu belirtilebilir (Dönmezer, Erman:1997:413).

5237 sayılı Yasa'nın genel olarak sistematüğinde, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre yapılan ciddi değişikliklerden birisi de "suç kavramı"na yaklaşımdır ve bu konu, 765 sayılı Yasa ile Hükümet Tasarısına göre önemli farklılıklar içermektedir.

Suç tanımındaki bu farklı anlayış, 5237 sayılı Yasa çalışmalarında temel hareket noktası olmuştur. Buna göre, suç, bir "haksızlık"tır. Genellikle, suç tanımında yaptırımdan hareket edilmesi veya yaptırım tanımlanırken suçtan hareket edilmesi yerine, hakkında ceza yaptırımı getirilen fiillerin hangileri olduğunun belirlenmesi yoluna gidilmiştir. Suç sayılan fiiller karşılığında öngörülen yaptırımlar da buna göre belirlenmiştir (Özgenç, 2004:55).

5237 sayılı Yasa'da, suçun maddî unsuru içerisinde, fiil mutlaka yer alırken, netice her zaman gerekmemektedir; bu nedenle neticesi harekete bitişik suç yaklaşımı terk edilmiştir. Nedensellik bağı ise, fiil için yasada netice öngörölmüş ise aranmaktadır⁴.

1 "Hükümet Tasarısı", 12.5.2003 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından TBMM Başkanlığı'na sevk edilen "(2001) Türk Ceza Kanunu Tasarısı"nı ifade etmektedir.

2 Yasada netice söz konusu ise, hareket ile netice arasında nedensellik bağı da aranacaktır.

3 İstisnai olarak, bazı yasalarda tamamlanmış suç ile teşebbüs derecesinde kalmış fiile aynı ceza verilmektedir. Örneğin, Fransız Ceza Kanunu. Diğer bazı yasalarda ise, teşebbüs derecesinde kalan fiiller için indirim yapıp yapmamayı hâkîmin takdirine bırakmıştır. Örneğin, İsviçre Ceza Kanunu gibi.

4 "Suç siyaseti,...hukuka aykırı fiillerin hangilerinin suç olarak tanımlanması gerektiğinin belirlenmesinde izlenen yolu göstermektedir...Suç siyaseti ile güdülen amaca ulaşabilmek için, uyulması gereken ana ilkeler, kusur ilkesi, hukuk devleti ilkesi ve hümanizm ilkesidir. Kusur ilkesi,...bir yandan işlediği fiil dolayısıyla kusurlu olmayan bir kimseye ceza verilemeyeceğini ifade ettiği gibi; diğer yandan faile kusurundan daha ağır bir cezanın uygulanmasını yasaklar. Bu bakımdan, salt netice sorumluluğu, kusur ilkesiyle bağdaşmamaktadır" (TBMM Adalet Komisyonu Raporu, 8.3.2004 günlü, E.No.1/593, K.No.60).

5237 Sayılı Yasa'nın 35. Maddesinin İncelenmesi

Suça Teşebbüs

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesinde, yalnızca "suça teşebbüs" esas alınmıştır.

35. maddenin (1) numaralı fıkrasına göre, "kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur".

35. maddenin gerekçesinde bu konuda şöyle denilmektedir :

"... teşebbüs hâlinde karşılaşılan en önemli sorunlardan biri, cezanın belirlenmesinde "eksik teşebbüs"- "tam teşebbüs" ayrımının esas alınmasıdır. Çünkü, "eksik teşebbüs"- "tam" teşebbüs ayrımında her olaya uygulanabilen ve duraksamaya yer bırakmayan objektif bir ölçüt bulunamamaktadır".

5237 sayılı Yasa'da eksik ve tam teşebbüs ayrımının kaldırılmış olması, son derece hatalıdır ve ileride büyük karışıklıklara, yanlış anlamalara, adaletsizliklere neden olabilecek niteliktedir (Yarsuvat ve diğ., 2004:298).

Gerekçede, eksik ve tam teşebbüs konusunda her olaya uygulanabilecek objektif bir ölçütün bulunmamasına dayanılması da hatalıdır. Aynı gerekçeyle, hazırlık hareketi-icra hareketi ayrımından da, karşılaşılan güçlükler nedeniyle vazgeçilmesi gerekirdi (Tezcan, Erdem, 2004:346).

Hükümet Tasarısının 37. maddesinin birinci fıkrasında, "bir kimsenin, işlemeyi kastettiği bir cürmü, elverişli vasıta ile ve kastı şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirten hareketlerle icraya başlayıp da elinde olmayan engelden dolayı icra hareketlerini tamamlayamamış olması" eksik teşebbüs; 38. maddesinin birinci fıkrasında ise, "bir kimsenin, kastettiği cürmün icra hareketlerini bitirmiş fakat elinde olmayan engelden dolayı cürmün neticesi meydana gelmemiş olması" tam teşebbüs olarak tanımlanmıştır.

765 sayılı Yasa'nın 61. maddesine göre, "bir kimsenin işlemeyi kastedilemediği bir cürmü vesaiti mahsusa ile icraya başlayıp da ihtiyarında olmayan esbabı maniadandan dolayı o cürmün husulüne muktazi fiilleri ikmal edememiş olması eksik teşebbüs"; 62. maddesine göre ise, "bir kimsenin işlemeyi kastettiği cürmün taallük eden bütün fiilleri bitirmiş, fakat ihtiyarında olmayan bir sebepten dolayı o cürmün meydana gelmemiş olması tam teşebbüs" olarak tanımlanmıştır.

765 sayılı Yasa ile Hükümet Tasarısındaki kurallar da dikkate alındığında;

Eksik teşebbüs; sanığın, kasten işlenen bir suçta, elverişli vasıta ile icra hareketlerine başlayıp kendi iradesi dışındaki bir engelden dolayı icra hareketlerini tamamlayamamasıdır⁵. Eksik teşebbüste, sanığın iradesi dışında çıkan engel, icra

⁵ "...icra hareketlerinin tamamlanmadığı hâllerde suçun eksik kalkışma aşamasında kaldığı kabul edilmelidir"; YCGK., 18.3.2003, E. 2002/9-320, K. 2003/40; "Cürmün meydana gelmesi için gerekli fiillerin tamamlanmaması hâlinde suçun, "eksik teşebbüs" aşamasında kaldığı kabul edilmelidir. Devlet ormanından bulduğu yatak ve devrik envalı tamamen yüklediği ancak henüz çalıştırıp hareket ettirmediği traktörü ile yakalanan sanığın suçunun envalın toplanması, yüklenmesinden başka "aracın çalıştırılması ve harekete geçirilmesi" ile icrai hareketler tamamlanmış olacağından "eksik teşebbüs" olarak kabulü gerekir"; YCGK., 1.5.2001, E.2001/3-63, K.2001/82.

hareketlerinin tamamlanmasını engellemektedir. Hükümet Tasarısında, yerinde olarak 765 sayılı Yasa'dan farklı olarak "kastı şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirten hareketlerle icraya başlama" vurgusu yapılmıştır.

Tam teşebbüste ise, sanık kasten işlenen bir suçta, cürmün icra hareketlerini bitirmiş fakat elinde olmayan engelden dolayı cürmün neticesi meydana gelmemiştir⁶.

Suçta Teşebbüsün İçeriği

5237 sayılı Yasa'nın 35. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, sanığın, kasten işlenen bir suçta elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlaması, fakat elinde olmayan nedenlerle suçu tamamlamaması "suçta teşebbüs" olarak tanımlanmaktadır. Buradaki kelime ve ibareler üzerinde durmak gerekmektedir.

35. maddedeki teşebbüs, 765 sayılı Yasa ve Hükümet Tasarısında olduğu gibi, kasten işlenen bir suçta söz konusu olabilir.

5237 sayılı Yasa'da "cürüm-kabahat" ayrımı kaldırılıp yalnız cürümlere yer verildiği için cürüm denilmemiş, "suç" sözcüğü kullanılmıştır⁷.

Elverişli Hareket

5237 sayılı Yasa'nın 35. maddesinde "elverişli hareket" ibaresi kullanılmıştır. 765 sayılı Yasa'da "vesaiti mahsusa", Hükümet Tasarısında ise "elverişli vasıta" denilmiştir. 5237 sayılı Yasa'nın 35. maddesinde kullanılan "elverişli hareket" yeni bir kavram niteliğindedir.

35. maddenin gerekçesinde bu konuda şöyle denilmektedir :

"Suçta teşebbüste kullanılan araç suçun kanuni tanımında öngörülen fiili meydana getirmeye elverişli olmalıdır. Ancak elverişlilik sadece kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunmalıdır. Nitekim uygulamada da elverişlilik bu şekilde anlaşılmaktadır. Bu nedenle maddeye, suçta teşebbüsün bu unsurunu tam anlamıyla ifade eden "*uygun hareketler*" kavramı dahil edilmiştir".

Gerekçede "uygun hareketler" kullanıldığından söz edilmekte ise de, 35. maddede "elverişli hareketlerle" ibaresine yer verilmiştir. Esasında bu konuda, gerekçe ile madde metni arasında uyumsuzluk vardır. Bununla birlikte, "uygun" ve "elverişli" kelimelerinin birbirine yakın anlamı ve gerekçedeki açıklama karşısında, 5237 sayılı Yasa'da "elverişli hareket" ile "uygun hareket" kavramlarının eş anlamlı kullanıldığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

6 "Failin, elverişli vasıtalarla başladığı icra hareketlerini elinde olmayan nedenlerle tamamlamaması suça eksik kalkışma; bütün icra hareketlerini yapıp tamamlanmasından sonra elinde olmayan nedenlerle neticenin meydana gelmemesi ise suça tam kalkışmadır"; YCGK., 20.6.2000, E.2000/5-125, K.2000/130.

7 Nitekim TBMM Adalet Komisyonu Raporunda, "Hükümet Tasarısından farklı olarak, Komisyon çalışanlarıyla oluşturulan metinde, suçlar arasındaki 'cürüm' ve 'kabahat' ayrımı kaldırılmıştır. Tasarıda yer alan bazı 'kabahat'ler, suç olarak metinde muhafaza edilmiştir" denilmiştir.

Gerekçeye göre, 5237 sayılı Yasa'nın 35. maddesindeki "elverişli hareket" kavramı;

1) "Suça teşebbüste kullanılan araçta elverişliliği" ve

2) "Suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fiil yönünden elverişli bulunmayı" kapsamaktadır. Bir başka deyişle, elverişli hareket, belirtilen iki unsuru anlatmaktadır.

Birinci unsur olan "*araçta elverişlilik*", 765 sayılı Yasa'nın 61. maddesindeki "*vesaiti mahsusa*" ile Hükümet Tasarısındaki "*elverişli vasıta*" kavramlarına paralellik taşımaktadır.

İkinci unsur olan, "*suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fiil yönünden elverişli bulunma*" ise, 35. maddedeki "elverişli hareket" kavramının, farklılığını ortaya koyan bir açıklamadır. Teşebbüste, "elverişli vasıta" kavramı yerine "elverişli hareket" denilince, bu yeni kavramı yalnızca suça teşebbüste kullanılan aracın elverişliliği ile anlatmak yeterli olmayacaktır.

Doktrinde, aracın elverişliliğini belirleme konusunda esas itibarıyla iki görüş ileri sürülmektedir. Birinci görüşe göre, aracın elverişliliği için objektif bir tarzda belli bir sonucu sağlamaya elverişlilik yetmez; aynı zamanda sanığın bu aracı söz konusu sonucu gerçekleştirebilecek şekilde kullanması gerekir. Bir başka anlatımla, önemli olan subjektif elverişlilikdir. Diğer görüş ise objektif elverişliliği savunur. Buna göre, aracın elverişliliği, onu kullanacak olanın becerisiyle (yani elverişliliğiyle) ilgili değil, bizzat suçta kullanılan aracın (örneğin tabancanın) elverişliliğiyle ilgilidir. İtalyan Ceza Kanunu, subjektif esası kabul etme eğilimi nedeniyle, "elverişli araç" tabirini terk etmiş ve onun yerine subjektif değerlendirmeyi gerektiren "elverişli hareketler" kavramını kabul etmiştir (Dönmezer ve Erman, 1997:418).

Nitekim, İtalyan Yargıtayı'nın bir kararına göre, "failin maddî olarak elverişli olan bir aracı kullanmış olduğunun ispatı yetmez, elverişli tarzda kullandığının ispatı da lazımdır (Erem ve diğ., 1997:296).

"Elverişli araç" kavramı, objektif bir yoruma uygundur. Bu nedenle, silahın sanık tarafından suçu gerçekleştirmeye uygun tarzda kullanılmasında kesin bir imkânsızlık bulunmadıkça, objektif yaklaşımda sonucu sağlamaya elverişli olma, "elverişli araç" kabulü için yeterlidir. Bu nedenle, Türk Yargıtayı'nın kararlarında, sanığın ateş ettiği yer ile mağdurun bulunduğu yer arasındaki mesafenin araştırılması, bir bakıma kesin imkânsızlık olup olmadığını belirleme amacı taşımaktadır. Eğer, sanığın ateş ettiği mesafeden mağdura mermi isabet etmesi imkânsız ise, burada adam öldürmeye teşebbüs değil, yalnızca tehdit veya yasak silah taşıma veya meskûn mahalde silah atma suç veya suçları meydana gelebilir (Dönmezer ve Erman, 1997:419).

5237 sayılı Yasa'da benimsenen "elverişli hareketlerle" ibaresi ise, temel olarak sübjektif bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Tam bu noktada bir belirleme yapmak istiyoruz :

5237 sayılı Yasa'nın 35. madde gerekçesinde;

"...eksik teşebbüs"- "tam" teşebbüs ayırımında her olaya uygulanabilen ve duraksamaya yer bırakmayan *objektif bir ölçüt* bulunamamaktadır. Bu nedenle suçun tamamlanamadığı durumlarda ceza miktarı belirlenirken, yapılan hareketin ulaştığı gerçekleşme aşamasından ziyade, *fiilin doğurduğu zarar veya tehlikenin ağırlığı dikkate alınmalıdır*",

"Eğer failin kastının şüpheye yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkmasıyla icranın başlayacağı yolundaki *sübjektif ölçüt kabul edilirse*, kişinin düşüncesi ve yaşam tarzı dolayısıyla cezalandırılmasına varabilecek bir uygulamaya yol açacaktır".

denilerek, başta, "eksik-tam" şeklindeki sübjektif ayırımın kaldırılarak "suça teşebbüs" kavramının getirilmesi, bu yaklaşımın devamı olarak fiilin ulaştığı mesafeden önce "meydana gelen zarar veya tehlikenin" gözetilmesi, "kastını şüpheye yer bırakmayacak şekilde icraya başlanma" sübjektif ölçütü yerine "doğrudan doğruya icraya başlama" ölçütünün kabul edilmesi, yasa koyucunun teşebbüs konusunda, artık sübjektif olma yerine, objektif yaklaşım veya ölçütleri tercih ettiğini ortaya koyarken, sübjektif yaklaşım olarak değerlendirilen "elverişli hareketlerle" kavramının benimsenmesi dikkat çekicidir.

5237 sayılı Yasa'nın 35. maddesinin gerekçesindeki "suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fiil yönünden elverişli bulunma", içeriği itibarıyla araçta elverişliliği de kapsamaktadır. Buna rağmen gerekçede "elverişli hareket" açıklanırken, "elverişlilik sadece kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunmalıdır" denilerek, iki unsura yer verilmesi tartışmalara yol açabilecek niteliktedir. Bunun yerine (yasa koyucunun maksadına göre), "elverişli hareket, suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunmalıdır; bu kapsama araçta elverişlilik de girer" gibi ayrı unsurlar şeklinde değil, bütünden parçaya açıklama yapılması daha yararlı olabilirdi.

5237 sayılı Yasa'nın 35. maddesinde kullanılan "elverişli hareket" kavramı için gerekçede yer verilen iki unsur ve maddenin kaleme alınış biçimi, tartışma ve değişik yorumlara kapı açabilecek görünümündedir.

İkinci unsurdaki "bütün fiil yönünden elverişlilik", sanığın hareketlerinin niteliğini de gündeme getirmektedir. Acaba sanık icra hareketlerinde yeteneksizlik göstermiş ise ne olacaktır?

Örneğin, sanık (S), elverişli tabanca ile (M)'ye uygun mesafeden ateş eder. Fakat, (S), tabancayı dikkatli doğrultup, düzgün nişan almadan ateş eder ve mermi (M)'nin başının yanından geçer. Bu durumda ne olacaktır?

Sanığın tabancayla ateş etme eylemi, kendi dikkatsizliğiyle elverişli olmamıştır. Çünkü, elverişli hareket, hedefe, doğru ateş etmeyi gerektirir ki, örneğimizde, sanık (S), tabancayı hedefe doğru tutmamıştır. Bu durumda 35. maddede aranan “elverişli hareket” koşulu gerçekleşmiş denilebilir mi? Nitekim madde gerekçesinde, elverişli hareket, “suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fiil yönünden elverişli bulunmayı” kapsamaktadır. Oysa, örnekte sanık düzgün nişan almadığı için (M)’yi vuramamıştır. Sanığın bu hareketi elverişlidir denilebilecek midir? Hatta bu örneği biraz değiştirdiğimizde, (S)’nin daha önce hiç tabancayla ateş etmediğini ve yalnızca başkalarının ateş etmesini seyrettiğini ve ilk denemesini (M)’ye karşı yaptığını düşünelim. Bu hâlde, (S)’nin hareketinin, bütün fiil yönünden elverişliliğinden nasıl söz edilebilecektir? Bir yaklaşımla (S)’nin ilk defa tabancayla ateş ettiği ve ateş etmeyi bilmediği ve fiil yönünden elverişlilik olmadığı söylenebilir. Fakat, (S), bir şekilde ateş etmeyi başarıp (M)’yi vurup öldürmüş olsa, fiil yönünden elverişlilik yoktur yaklaşımı nasıl savunulacaktır?

5237 sayılı Yasa’nın 35. maddesinin, “elverişli vasıta” yerine “elverişli hareket” kavramını benimsemiş olması ve madde gerekçesinde de bu kavramı açıklamada kullandığı ifade tarzı, pek çok tartışmaya yol açabilecek gibi görünmektedir.

Doğrudan Doğruya İcraya Başlamak

Suçta teşebbüste en tartışmalı konulardan birisi sanığın icra hareketlerine başlayıp başlamadığını belirlemektir. Bu konuda, objektif görüş, sübjektif görüş ve karma görüş diye adlandırılabilir yaklaşım söz konusudur⁸.

5237 sayılı Yasa’nın 35. maddesinde teşebbüste “doğrudan doğruya icraya başlamak” aranmaktadır. Hükümet Tasarısında “kastı şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirten hareketlerle icraya başlama”, 765 sayılı Yasa’nın 61. maddesinde ise “icra hareketlerine başlama” denilmektedir.

35. maddedeki “doğrudan doğruya” ibaresi, Hükümet Tasarısındaki “kastı şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirten hareketle” ifadesini akla getirmektedir.

Hükümet Tasarısının 37. maddesinin gerekçesinde, “teşebbüste hazırlık ve icra hareketleri ayırımının çeşitli duraksamalara ve tartışmalara neden olduğu bilinmektedir. Uygulamada birliği sağlamak ve duraksamaları kaldırmak amacıyla madde metninde “şüpheye yer bırakmayacak şekilde” sözcüklerinin konulması suretiyle o suça yönelik kastı belirtmeye olanak verecek hareketlerin işlenmesi hâlinde icraya başlanıldığının kabul edildiği belirtilmiştir.” denilmiştir.

5237 sayılı Yasa’nın 35. maddesinin gerekçesinde ise şöyle denilmektedir :

“Suça teşebbüs düzenlemesinde getirilen diğer bir yenilik, icra hareketlerinin başlangıcına ilişkindir. Bilindiği üzere icra hareketlerinin ne zaman başladığının

⁸ Objektif görüş, sanığın kastına bakmadan doğrudan hareketlerine; sübjektif görüş sanığın kastına; karma görüş ise, her iki yaklaşımın yerine göre kullanılmasına dayanmaktadır. Ayrıntı için bkz.: Dönmezer ve Erman (1997:420-437).

belirlenmesi kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasıyla yakından ilgilidir. Eğer failin kastının şüpheye yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkmasıyla icranın başlayacağı yolundaki sübjektif ölçüt kabul edilirse, kişinin düşüncesi ve yaşam tarzı dolayısıyla cezalandırılmasına varabilecek bir uygulamaya yol açılacaktır. Çünkü hazırlık hareketleri aşamasında da kastın varlığının şüpheye yer vermeyecek biçimde tespit edilebilmesi mümkün olup, böyle bir ölçüt hazırlık-icra hareketleri ayrımı konusunu bir kanıtlama sorunu hâline getirmektedir. Diğer bir deyişle, suçun icrasıyla ilgisiz davranışlar dahi, suç kastını ortaya koyduğu gerekçesiyle cezalandırılabilir.

Açıklanan bu nedenlerle, Tasarıdaki “kastı şüpheye yer bırakmayacak” ölçütü madde metninden çıkartılmış ve bunun yerine “doğrudan doğruya icraya başlama” ölçütü kabul edilmiştir. Böylece işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanılmış sayılacaktır”.

Madde gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere, 5237 sayılı Yasa’nın 35. maddesinde icra hareketlerine başlamanın tespitinde sübjektif değil, objektif ölçüt benimsenmiştir.

Bize göre, “kastı şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirten hareketlerle icraya başlama” kıstası, başlı başına sübjektif bir ölçüt değildir⁹. 5237 sayılı Yasa’nın 35. madde gerekçesindeki açıklamanın tersine “kastı şüpheye bırakmayacak” ölçütü, “hareketlere” yöneliktir. Burada irdelenen ve incelenen konu, sanığın kastı değil, öncelikle sanığın hareketleridir. Sanığın dış dünyaya yansıyan bir hareketi olmadan kastı irdelenemez ve ancak yapılan hareketlerle sanığın kastının şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirlenmesi yapılacaktır. Nitekim, hem 5237 sayılı Yasa’da, hem 765 sayılı Yasa’da ve hem de Hükümet Tasarısında teşebbüsten söz edilebilmesinin ön koşulu, o suçun kasten işlenecek bir nitelikte olmasıdır. Bu ön koşulun öncelikle belirlenmesi gerekmektedir.

35. maddenin gerekçesinde söylenen, “Hükümet Tasarısındaki kıstasın, kişinin düşüncesi ve yaşam tarzı dolayısıyla cezalandırılmasına varabilecek bir uygulamaya yol açacağı, hazırlık hareketleri aşamasında da kastın varlığının şüpheye yer vermeyecek biçimde tespit edilebilmesinin mümkün olduğu, böyle bir ölçütün hazırlık-icra hareketleri ayrımı konusunu bir kanıtlama sorunu hâline getireceği ve suçun icrasıyla ilgisiz davranışların dahi, suç kastını ortaya koyduğu gerekçesiyle cezalandırılabilceği” açıklamasına da katılmıyoruz. Çünkü, Hükümet Tasarısında, “kastı şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirten hareketlerle icraya başlayıp da” denilmektedir. Burada icraya başlanması esastır. Kişinin kastı, dış dünyaya yansıyan hareketleri bakımından hazırlık hareketini gösteriyorsa, zaten teşebbüsten söz edilemez. Burada, tek başına düşüncede kalan kasta değil, dış dünyaya yansıyan hareketler ile kişinin kastına birlikte bakılacaktır.

9 Nitekim, Hükümet Tasarısındaki “kastı şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirten hareketlerle icraya başlama” kıstası, karma görüş olarak tanımlanmıştır; bkz.: Dönmezer ve Erman, (1997:437).

Suçun icrasına başlama, suçun maddi unsurunu oluşturan veya onun işlenmesine yönelik hareketleri yapmaktır (Yaşar:2000-920). Teşebbüsteki en hassas noktalardan birisi, sanığın icra hareketlerine başladığını şüpheye yer vermeyecek biçimde belirleyebilmektir.

5237 sayılı Yasa'nın 35. madde gerekçesinde "doğrudan doğruya icraya başlamanın", objektif ölçütlerle hareketlere bakılarak belirleneceği, Hükümet Tasarısındaki subjektif ölçüt olarak görülen kastın incelenmeyeceği vurgulanmakta ise de, sanığın yalnızca hareketlerine bakılmasıyla yetinilmesi ciddi bir eksiklik olacaktır. Çünkü, tek başına harekete bakılarak icraya başlandığını söylemek kuşku-lu bir nitelme olur. Burada yapılması gereken, sanığın hareketlerine bakılarak, icra hareketlerine başlamış olmaya ilişkin kastını şüpheye yer bırakmayacak biçimde tespit etmektir.

5237 sayılı Yasa'da öngörülen objektif ölçüt, başka yeni tartışmalara neden olabilecek görünmektedir (Toroslu ve Ersoy, 2004:12). Özellikle şaka olarak gerçekleştirilen ya da (teknik anlamda hata dışında) bir dalgınlık sonucu yapılan veya farklı algılamayla üçüncü kişilerin davranışlarına katılma biçimindeki hareketlerde, pekâlâ doğrudan doğruya icra hareketlerine başlamak söz konusu olabilir.

Örneğin, (Ş), şaka yapmak için, (E)'nin 5 yaşındaki çocuğu (Ç)'yi kreşten, (E) gelmeden beş dakika önce alıp dışarı çıkarırken görevli (G) durumu fark edip (Ş)'yi okul dışında koşarak yakalasa ne olacaktır? (Ş)'nin fiiline bakıldığında, doğrudan doğruya çocuk kaçırmak suçunun icra hareketlerine başlamıştır. Çünkü, (Ç)'yi (E) gelmeden izinsizce okuldaki çıkartmış ve durumu son anda fark eden (G) tarafından yakalanmıştır. Ne olacaktır?

Bu örnekte, sanığın kastı sorunu çözebilir denilebilir. Ancak, icra hareketleri bağlamında objektif ölçüt esası nedeniyle, sanığın icra hareketlerine başladığı sonucuna varılabilmektedir. Elbette sanığın beyanına bakılırsa kastı yokmuş denilmesi mümkündür; ancak, suçlama altındaki birçok kimse, kastını yoktu, şaka yapıyordum, dalgınlığıma geldi şeklinde savunmalarda bulunabilmektedir.

Bu iki tür sanık yaklaşımının, 5237 sayılı Yasa'da benimsenen "doğrudan doğruya icraya başlamak" objektif ölçütüyle sağlıklı bir şekilde ayırt edilebilmesi sıkıntılı görünmektedir.

Suçu Elinde Olmayan Nedenlerle Tamamlayamamak

5237 sayılı Yasa'nın 35. maddesindeki, "kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur" cümlesinde, "suçun" sanığın elinde olmayan nedenlerle tamamlanamaması, 5237 sayılı Yasa'nın suça teşebbüs konusundaki en farklı yönlerinden birisini oluşturmaktadır.

35. maddenin (1) numaralı fıkrasından, yanılıklı sonuçlar çıkarmak söz konusu olabilir. İlk bakışta fıkra, icra hareketlerinin tamamlanamamasından söz edildiği sanılabilir. Bu durumda, icra hareketleri tamamlanmış ve fakat netice gerçekleşmemiş ise ne olacaktır?

Örneğin sanık (Z), kast eylediği öldürme suçunda (C)'nin göğsüne üç el ateş eder, mermilerin üçü de göğse isabet eder, (C)'nin icra hareketleri tamamlanır, fakat (C) ölmez, tıbbi müdahale ile kurtarılır. (Z)'nin olaydaki hareketleri elverişlidir. Burada teşebbüste önemli olan elverişli hareketlerin tamamlanması mı yoksa suçun tamamlanması mı sorusu akla gelmektedir.

Eğer teşebbüste elverişli hareketin tamamlanamaması yeterlidir dersek, çok hatalı sonuçlara kapı açılır. Bu yaklaşım bir an için benimsenirse, örnekteki (Z)'nin eylemini, netice gerçekleşmediği hâlde hareket tamamlandığı için tam suç gibi değerlendirilmek gerekebilir. Oysa bu sonuç, yanlış olur.

Esasında, 35. maddenin (1) numaralı fıkrasındaki *virgül* “kişi” sözcüğünden sonra değil de, “bir suç” ibaresinden sonra konulmalıydı.

(1) numaralı fıkra, “kişi işlemeyi kastettiği bir *suçu*(,) elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise” şeklinde olsaydı, bu takdirde, elde olmayan nedenlerle tamamlanamayan şeyin, hareket değil, sanığın işlemeyi kast eylediği “*suç*” olduğu daha kolay anlaşılabirdi.

Bu sonuca göre bazı durumlarla karşılaşılabılır :

Birinci hâl: Kişinin icra hareketleri elde olmayan bir engelle tamamlanmamış ve bunun sonucu olarak netice meydana gelmemiş ise suç tamamlanmamıştır; suç, teşebbüs aşamasında kalmıştır.

İkinci hâl: Kişinin icra hareketleri bitmiş ve fakat elde olmayan engelle netice meydana gelmemiş ve dolayısıyla suç tamamlanmamıştır; suç, teşebbüs aşamasında kalmıştır¹⁰.

765 sayılı Yasa ile Hükümet Tasarısında; birinci hâl eksik teşebbüs, ikinci hâl ise tam teşebbüs olarak nitelendirilirken, 5237 sayılı Yasa'nın 35. maddesinde her iki hâl de suç teşebbüs olarak kabul edilmiştir.

Meydana Gelen Zarar veya Tehlikenin Ağırlığına Göre İndirim Yapılması

Ceza İndirim Oranları

5237 sayılı Yasa'nın 35. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre, “suça teşebbüs hâlinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilir”.

¹⁰ Bu iki hâl, yasada suç için, neticenin gerekli sayıldığı fiiller için söz konusudur. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun “suç” konusundaki anlayış farklılığı yukarıdaki iki hâlin dışında kimi durumları da akla getirebilir.

765 ve 5237 sayılı Yasa'lardaki teşebbüse ilişkin ceza indirim oranlarını aşağıdaki tabloda görebiliriz :

Tablo 1: 765 ve 5237 Sayılı TCK'larda Suça Teşebbüsteki Ceza İndirim Tablosu

Yasa/Madde	Ağ.Müeb.Hapiste	Müebbet Hapiste	Diğer Hâllerde
765 SK.m.61	15-20 yıla	10-15 yıla	1/2'den 2/3'üne
765 SK.m.62	En az 20 yıla	15-20 yıla	1/6'dan 1/3'üne
5237 SK.m.35	13-20 yıla	9-15 yıla	1/4'den 3/4'üne

Tablodan da görüldüğü üzere¹¹, 5237 sayılı Yasa'nın 35. maddesindeki, ağırlaştırılmış müebbet ve müebbet hapis cezasındaki indirim hadleri, 765 sayılı Yasa'nın 61. maddesindeki eksik teşebbüste indirim hadlerinden bile daha sanık lehine olanaklar içermektedir. 5237 sayılı Yasa'nın 35. maddesindeki diğer hâllerde ise, 765 sayılı Yasa'nın 61 ve 62. maddelerindeki indirim oranlarına göre, hâkime daha fazla takdir hakkı verecek biçimde geniş tutulmuştur.

5237 sayılı Yasa'da, eksik-tam teşebbüs ayırımı kaldırılmış ise de, diğer hâllerde öngörülen cezadaki indirimin alt ve üst sınır farkındaki genişlik ile bir bakıma kapalı olarak eksik-tam teşebbüs ayırımı gözetilmiştir. Diğer hâllerde ceza indirim aralığının 1/4 ilâ 3/4 olması, bilimsel temelden yoksundur ve bu genişlik ileride farklı uygulamaların gündeme gelmesi sonucuna yol açacaktır¹².

765 sayılı Yasa'nın hem 61. ve hem de 62. maddelerinde, "*kanunda yazılı olmayan yerlerde*" şeklinde bir istisna saklı tutularak cezada indirim hadleri gösterilmişken, 5237 sayılı Yasa'nın 35. maddesinde böyle bir ibareye yer verilmemiştir. Bunun nedeni gerekçede açıklanmamıştır.

Bize göre, 35. maddede "*kanunda yazılı olmayan yerlerde*" şeklinde bir ibareye yer verilmemesinin nedeni, 5237 sayılı Yasa'nın "*özel kanunlarla ilişki*" kenar başlıklı 5. maddesindeki "*Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır*" hükmüdür.

765 sayılı Yasa'nın 10. maddesinde "*Bu kanundaki hükümler, hususi ceza kanunlarının buna muhalif olmayan mevaddı hakkında da tatbik olunur*" denilmektedir. Bunun bir sonucu olarak da, kimi özel ceza yasalarında ve ceza içeren yasalarda varsa teşebbüse ilişkin farklı indirim kuralları geçerli olmaktadır. 5237 sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle özel yasalarda bu konuda farklı düzenleme yoluna gidilmesi istenilmediği için, "*kanunda yazılı olmayan yerlerde*" ibaresine yer verilmediğini düşünmekteyiz.

¹¹ Hükümet Tasarısında; eksik teşebbüste fiil, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde onüç yıldan onbeş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hâllerde temel cezanın üçte ikisinden, beşte dördüne kadarı indirilir. Ancak, verilecek ceza dokuz yıl hapis cezasından fazla olamaz (m.37/2); tam teşebbüste ise, fiil, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde, onaltı yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde onüç yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hâllerde temel cezanın yarısından beşte üçüne kadarı indirilir; ancak, verilecek ceza onüç yıl hapis cezasından fazla olamaz (m.38).

¹² Aynı görüşte, Tezcan, Erdem, s.346.

Ceza İndirimi Yapılırken 61. Maddedeki Ölçütler Uygulanacak mıdır?

5237 sayılı Yasa'nın 35. maddesine göre hâkim, suça teşebbüs nedeniyle indirim oranını belirlerken "cezanın belirlenmesi" kenar başlıklı 61. maddenin (1) numaralı fıkrasındaki ölçütleri değil, 35. maddenin (2) numaralı fıkrasındaki "meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı" kıstasını kullanacaktır.

Bu sonuca, öncelikle 35. maddenin (3) numaralı fıkrasındaki özel nitelikli düzenlemeden ulaşılmaktadır. Kaldı ki, 61. maddenin (1) numaralı fıkrasındaki nedenler suçun kanunî tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirlerken dikkate alınacaktır¹³. "Temel ceza" ise, suçun basit şekline ait cezanın alt ve üst sınırları arasında hâkimin takdirine göre belirleyeceği cezadır.

35. maddenin gerekçesine göre, "suçun tamamlanamadığı durumlarda ceza miktarı belirlenirken, yapılan hareketin ulaştığı gerçekleşme aşamasından ziyade, fiilin doğurduğu zarar veya tehlikenin ağırlığı dikkate alınmalıdır. Çünkü bir olayda icra hareketleri bitmemesine rağmen ortaya çıkan zarar veya tehlike, icra hareketlerinin bitmesinden sonra meydana gelen zarar veya tehlikeden daha ağır olabilir. Özellikle silâhla yapılan ve tekrarlanan hareketlerle gerçekleştirilmek istenen adam öldürme suçunda bu durum söz konusu olmaktadır. Örneğin tabancasındaki mermilerden sadece birini atıp mağduru yaraladıktan sonra engellenen fail, icra hareketleri bitmediği için adam öldürmeye "eksik teşebbüs"ten dolayı, buna karşılık silâhındaki tek kurşunu atıp mağdura isabet ettiremeyen fail, icra hareketleri bittiği için "tam teşebbüs"ten dolayı cezalandırılmaktadır".

35. Maddenin Gerekçesindeki Örneklerin Tartışılması

Bir görüşe göre, 5237 sayılı Yasa'da, ayırımda objektif bir ölçütün bulunmadığı gerekçesiyle eksik-tam teşebbüs ayırımının kaldırılmış olması, üstelik bir olayda icra hareketleri bitmemesine rağmen ortaya çıkan zarar veya tehlikenin icra hareketlerini bitmesinden sonra meydana gelen zarar veya tehlikeden daha ağır olabileceğinin ifade edilmesi, teorik olarak da pratik olarak da mümkün değildir. "Bu çerçevede gerekçede, örnek olarak, tabancasındaki mermilerden sadece birini atıp mağduru yaraladıktan sonra engellenen failin icra hareketleri bitmediği için adam öldürmeye eksik teşebbüsten, buna karşılık silahındaki tek kurşunu atıp mağdura isabet ettiremeyen fail icra hareketleri bittiği için tam teşebbüsten dolayı cezalandırıldığı ifade edilmektedir. Kanun koyucunun burada büyük bir hukuki karışıklık içinde olduğu ve belirlemelerin Yargıtay içtihatları ile uyumadığı görülmektedir...Kaldı ki, ateş edip isabet ettirememe örneği gerekçede belirtildi-

¹³ 5237 sayılı Yasa'nın 61. maddenin gerekçesinde şöyle denilmiştir: "Maddede cezanın belirlenmesinde izlenecek yöntem düzenlenmiştir. Birinci fıkra, temel cezanın belirlenmesinde hangi hususların göz önünde bulundurulacağı bentler hâlinde gösterilmiştir. Maddenin birinci fıkrasında temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak hususlardan bazıları, özel suç tanımlarında cezanın artırılmasını veya azaltılmasını gerektiren nitelikli unsurlar olarak belirlenmiş olabilir. Bu durumda, söz konusu nitelikli unsurlar, birinci fıkraya göre temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır. Bu düşüncelerle, maddenin (üçüncü) fıkrasında mükerrer değerlendirme yasağı vurgulanmıştır". Diğer yandan, 61. maddenin (5) numaralı fıkrasındaki, "Yukarıdaki fıkralara göre belirlenen ceza üzerinden sırasıyla teşebbüs, ... uygulanarak sonuç ceza belirlenir" kuralı da, teşebbüsten indirim yapılırken, 61. maddenin (1) numaralı fıkrasının uygulanmayacağını vurgulamaktadır.

ği gibi tam teşebbüs değil, eksik teşebbüsü ifade etmektedir. Çünkü failin işleme-yi düşündüğü hareket silah sıkma değil adam öldürmedir. Bu hareket de ancak merminin vücuda ithali ile biter. Nitekim Yargıtay da bu tür durumları istikrarlı olarak eksik teşebbüs kabul etmektedir...Öte yandan tabancasındaki mermiler-den sadece birini atıp mağduru yaraladıktan sonra engellenen failin fiili de belir-tildiği gibi eksik değil tam teşebbüstür. Gerçekten, vücuda merminin ithali ile ar-tık fail, hareketini bitirmiştir. Failin, birden fazla ateş etmesi, tüm mermileri bo-şaltması hareketinin bitmiş sayılması için gerekli değildir. Tek bir mermi de so-nuçta ölüm neticesi bakımından elverişlidir. Aksi hâlde, tek bir mermi isabeti hiç-bir zaman tam teşebbüs sayılamazdı” (Kocasakal, 2005).

Madde gerekçesinde gösterilen örnekleri ele almak istiyoruz.

aa) Birinci Örneğin Tartışılması

Tabancasındaki mermilerden sadece birini atıp mağduru yaraladıktan sonra en-gellenen fail, icra hareketleri bitmediği için adam öldürmeye “eksik teşebbüs”ten dolayı mı cezalandırılır?

Örnekteki fiilin sonucunu adam öldürmeye eksik teşebbüs olarak genellemek ya da bu şekilde kesin bir yargıya varmak yanıltıcı olabilir. Öncelikle, böyle bir fiil, her somut olayda aynı içerikte değildir. Fiilin, somut olaydaki görünümünü tartışırken belirlenmesi gereken sorular vardır :

Sanık mağduru neresinden yaralamıştır? Mağdurun bu konudaki raporunun kapsamı nedir? Sanık mağduru ne kadar mesafeden yaralamıştır? Somut olayın fiziki ve diğer özellikleri nelerdir? Sanığın tabanca kullanmaktaki yeteneği nasıldır? Sanık ile mağdur arasındaki olay öncesi konum nedir? ... gibi pek çok soru cevaplanmalıdır.

Eğer sanık, etkili mesafeden mağdurun kafasına ya da kalbine ateş etmiş ve mermi buraya isabet etmiş ise, sonuçlarına göre artık olayda eksik değil, tam teşebbüs söz konusudur. Nitekim Yargıtay’a göre, “tek kurşun isabetinin iç organ-lardaki tahribatının ne olduğunun ve hayati tehlike yaratıp yaratmadığının, bu du-rumun iş ve güce engel olma düzeyinin tespiti, hasıl olacak neticeye göre mağdu-run hayati tehlike geçirdiği ve iç organ tahribatları yarattığı belirlendiğinde; atı-şın birkaç metrelik mesafeden iradi olarak ve yaşamsal önem arz eden pelvis bö-lümüne yapılışı değerlendirilerek; suçun öldürmeğe tam kalkışmak olacağının gözetilmemesi hatalıdır”¹⁴.

Diğer taraftan, Tabancasındaki mermilerden sadece birini atıp mağduru yara-lama fiili, insan öldürmeye teşebbüs değil de, kasten yaralama suçu açısından da tartışılmak durumundadır.

14 1. CD., 18.3.2002, E. 2002/793, K. 2002/859.

bb) İkinci Örneğin Tartışılması

Silâhındaki tek kurşunu atıp mağdura isabet ettiremeyen fail, icra hareketleri bit-tiği için “tam teşebbüs”ten dolayı mı cezalandırılmaktadır?

Aslında bu örnek ender rastlanacak niteliktedir. Olağan koşullarda, hiç kimse öldürmek istediği bir kimse karşısında, tabancasında tek mermi ile icra hareketlerine başlamaz. Belki istisnai olarak, sanık kendisine çok güvenmektedir; usta bir tabanca kullanıcısıdır; bu ve istisnai kimi nedenlerle tek kurşunlu tabanca kullanmak isteyebilir. Ama, bu yapıdaki olağandışı sanık ile fazlaca karşılaşılmaz.

İkinci olarak, tek mermili tabanca ile ateş edip isabet ettirememe fiilini de, her somut olayda birinci örnekte belirtilen sorular kapsamında irdelemek gerekmektedir. Sanığın ateş etme mesafesi nedir? Eğer etkili mesafe değilse, belki insan öldürme suçuna teşebbüs bile düşünülemeyecektir. Diğer yandan, sanık tabanca kullanmakta çok acemi olduğu için isabet ettirememişse ne olacaktır? Sanık mağdurun neresine tabancayı yöneltip ateş etmiştir. Diyelim ki sanık mağdurun bacağına ateş etmiş ise, insan öldürmeye teşebbüsten bile söz edilemeyecektir. Bu ve benzeri sorunlar her somut olayda belirlenip tartışılacaktır ve bu hâlde tam teşebbüsten söz edebilmek de zor görünmektedir.

Meydana Gelen Zarar veya Tehlikenin Ağırlığının Belirlenmesi

5237 sayılı Yasa’nın 35. maddesinin gerekçesine göre, “suçun tamamlanamadığı durumlarda ceza miktarı belirlenirken, yapılan hareketin ulaştığı gerçekleşme aşamasından ziyade, fiilin doğurduğu zarar veya tehlikenin ağırlığı dikkate alınmalıdır. Çünkü bir olayda icra hareketleri bitmemesine rağmen ortaya çıkan zarar veya tehlike, icra hareketlerinin bitmesinden sonra meydana gelen zarar veya tehlikeden daha ağır olabilir”.

Gerekçede, ceza belirlenirken, fiilin doğurduğu zarar veya tehlikenin ağırlığının dikkate alınması istenirken, bunun somut olarak nasıl yapılacağı açık değildir. İcra hareketleri bitmemesine rağmen ortaya çıkan zarar veya tehlikenin, icra hareketleri bittikten sonra meydana gelen zarar veya tehlikeden daha ağır olabilmesine verilen örnekler de, bir önceki başlıkta belirtildiği üzere tartışmalıdır.

aa) Zarar ve Tehlike Kavramları

“Zarar” kavramına göre, “tehlike” kavramı daha soyut niteliktedir. Suça teşebbüste, zarar her zaman olmayabilir. Örneğin, (F), tabanca ile (M)’nin göğsüne doğru ateş etmiş fakat mermi isabet etmemiş ise, burada bir zarar söz konusu değildir. Ancak, olayda bir tehlike meydana gelmiştir. Buna göre, tehlike kavramı, zarar kavramına göre daha geniş kapsamlıdır ve teşebbüste her zaman zarar görülmesi de, tehlike büyük oranda görülebilecektir.

Diğer yandan, “zarar” ve “tehlike” kavramları seçimlik niteliktedir. Somut olayda, birisinin gerçekleşmiş olması yeterlidir. Ancak, her iki kavram da söz konusu ise, ne olacaktır? Özellikle tehlike kavramına göre, daha az gerçekleşebilecek olan zarar kavramı somut olayda oluşmuş ise, zaten bir tehlike de var olduğuna göre, bu seçimlik sonuçlar nasıl dikkate alınacaktır?

Zarar ve tehlikenin birlikte gerçekleştiği hâllerde, daha az indirim oranının uygulanması yaklaşımı akla gelmektedir.

bb) Zarar veya Tehlikenin Ağırlığının Belirlenmesinde Ölçüt Sorunu

Fiilin doğurduğu zarar veya tehlikenin ağırlığının belirlenmesinde ölçüt sorunu da konunun tartışmalı yönlerinden birisini oluşturacak gibi görünmektedir. Fiilin neden olduğu zarar veya tehlikenin belirlenmesi nasıl ve hangi ölçüte göre yapılacaktır? Zarar veya tehlikenin sınırı nedir? Bu zarar veya tehlike, yalnızca mağdurla mı sınırlı olacaktır? Yoksa, fiilin dış dünyada oluşturduğu tüm zarar veya tehlike mi dikkate alınacaktır?

5237 sayılı Yasa'nın 35. maddesine göre cezada indirimde gidilirken, hâkim, önce cezanın belirlenmesindeki ölçülere göre temel cezayı saptayacak; daha sonra, bu konuya ilişkin hükümdeki sırayı takip ederek teşebbüs hükmünü uygulayacaktır. 35. maddenin gerekçesine göre, “suçun tamamlanamadığı durumlarda ceza miktarı belirlenirken, yapılan hareketin ulaştığı gerçekleşme aşamasından ziyade, fiilin doğurduğu zarar veya tehlikenin ağırlığı dikkate alınmalıdır”.

Görülüyor ki, gerekçede, hareketin ulaştığı gerçekleşme aşamasından önce, zarar veya tehlikenin ağırlığının dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir. Ancak, bunun nasıl yapılacağı açıklanmamıştır.

Acaba hareketin ulaştığı gerçekleşme aşamasına bakılabilecek midir?

Gerekçede hareketin gerçekleşme aşamasına bakılması yasaklanmamıştır. Dikkat edilirse, “yapılan hareketin ulaştığı gerçekleşme aşamasından ziyade” ibaresindeki “ziyade” sözcüğü, bu konuda bir yasaklama olmadığını ortaya koymaktadır. Ancak, gerekçede, “hareketin ulaştığı gerçekleşme aşamasına” daha sonra bakılması istenilmektedir.

Tam bu noktada, önemli bir zorluk ve tartışmalı bir konu daha ortaya çıkmaktadır. “Hareketin ulaştığı gerçekleşme aşaması” ölçütü dışında, zarar veya tehlike nasıl belirlenecektir? Bu belirlemede ileri sürülebilecek ölçütlerin niteliği ve kapsamı ne olacaktır? Daha önemlisi, somut olayda zarar veya tehlike belirlenirken ortaya konulacak her yaklaşım, “hareketin ulaştığı gerçekleşme aşaması” gibi somut bir ölçüt karşısında işin esasına uygun olacak mıdır?

Bir görüşe göre, eksik ve tam teşebbüs ayırımı kaldırılmış olmakla, suça teşebbüsün derecesini takdir edecek olan hâkim bu konuda çok dikkatli davranması ve bu takdir yetkisinin de iyi denetlenmesi gerekmektedir. “Aksi hâlde faille-

rin işledikleri fiiller, nitelik ve ağırlıkları dikkate alınmadan keyfi bir şekilde değerlendirilebilecek ve benzer olaylarda farklı cezalara hükmetmek söz konusu olabilecektir” (Artuk ve Çınar, 2004:77).

Bir başka görüşe göre, suça teşebbüste meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığına göre cezalandırma kuralı, uygulayıcıyı pratik olarak tam ve eksik teşebbüs ayırımına götürecektir. Kaldı ki, teşebbüste netice gerçekleşmediğine göre, özellikle zarardan söz edebilmek yerinde bir yaklaşım değildir (Yarsuvat ve diğ., 2004:298).

cc) Görtüşümüz

Bize göre, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı göz önüne alınırken, “hareketin ulaştığı gerçekleşme aşaması” ölçütü yasaklanmadığına göre, uygulama kolaylığı açısından şu yol izlenebilir :

1) Öncelikle, somut olayda fiilin eksik-tam teşebbüs niteliği belirlenmelidir. Bu durum, 5237 sayılı Yasa’nın ruhuna uygun olarak hakimın kararında, eksik ya da tam teşebbüs şeklinde ifade edilmemeli, bunun yerine, eksik teşebbüste, icra hareketlerinin tamamlanmadığı, tam teşebbüste ise icra hareketlerinin tamamlandığı fakat neticenin gerçekleşmediği belirtilmelidir. Eğer fiil, tam teşebbüs niteliğinde ise, kesinlikle sanığın en lehine (dörtte üçüne kadar) indirim yönüne gidilmemelidir. Tam teşebbüste kalan suç için, sanık lehine azami sınırdan (dörtte üçüne kadar) indirim yapılması, 35. maddenin (2) numaralı fıkrasına aykırılık oluşturacaktır.

Bazı suçlara (örneğin, kız ve erkek kaçırma suçlarına¹⁵) bünyesi itibarıyla tam teşebbüs mümkün olmaz, eksik teşebbüs olabilir. Aynı şekilde bazı suçlarda da, eksik teşebbüs değil, tam teşebbüs söz konusu olabilir. Eğer suçun bünyesi nedeniyle yalnızca eksik teşebbüs kapsamındaki icra hareketlerinin tamamlanamaması görülüyorsa, sanık aleyhine en az indirim yapılmamalıdır. Aksine, suça yalnızca tam teşebbüs mümkün ise, bu hâlde de sanık lehine en üst sınırdan indirime gidilmemelidir.

2) Zarar ve tehlikenin ağırlığı belirlenirken, fiilin eksik ya da tam teşebbüs niteliği ile yetinilmemelidir. Bu belirlemeden sonra, sanığın teşebbüs aşamasında kalan fiilin meydana getirdiği zarar ve tehlikenin ağırlığı somut olayda irdelenmelidir. Her eksik teşebbüs ya da her tam teşebbüs aşamasındaki fiillerin kendi içerisindeki somut olayda neden olduğu zarar ve tehlike aynı değildir.

Örneğin, insan öldürme suçuna teşebbüste, karnından üç kurşun yarası almış ve bir ayda hayata dönebilmiş mağdurda oluşan zarar ve tehlike ile mağdurun anlık hareketiyle göğsüne girmeyip, sıyrıp geçen iki mermi nedeniyle oluşan zarar ve tehlike aynı değildir. Örnekteki olaylarda teşebbüsten indirim yapılırken, somut olaya ve adalet duygusuna uygun farklı oranlar belirlenmelidir.

15 Aynı görüş için bkz.: YCGK., 17.10.1998, E.5-107, K.359; 5.CD., 12.10.1998, E.3178, K.3660.

Teşebbüsün Bağımsız Suç Sayıldığı Hâller

5237 sayılı Yasa'nın 35. maddesinin gerekçesinde, "ayrıca belirtilmelidir ki, anayasal düzeni zorla değiştirmeye teşebbüs gibi, teşebbüs hareketlerinin bağımsız suç tipi olarak düzenlendiği suçlara teşebbüs mümkün değildir" denilmiştir.

Nitekim, 5237 sayılı Yasa'nın "Anayasayı ihlâl" kenar başlıklı 309. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre, cebir ve şiddet kullanarak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs edenler ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılırlar.

5237 Sayılı Yasa'nın 36. Maddesinin İncelenmesi

Gönüllü Vazgeçme

5237 sayılı Yasa'nın "Gönüllü vazgeçme" kenar başlıklı 36. maddesi şöyledir :

"Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır"

36. maddenin gerekçesinde şöyle denilmektedir :

"Gerek icra hareketleri aşamasında gerekse icra hareketlerinin bitmesinden sonra, failin suçu tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçmesini teşvik etmek modern suç politikasının temel araçlarından biridir. 765 sayılı Türk Ceza Kanununda sadece icra hareketlerinin devamı aşamasında kabul edilen gönüllü vazgeçme, icra hareketlerinin bittiği ancak neticenin meydana gelmediği olaylar bakımından da öngörülmüştür. Böylece suçun icrası sürecindeki bütün aşamalarda gönüllü vazgeçme mümkün hâle gelmektedir. Ancak icra hareketlerinin bitmesinden sonra gönüllü vazgeçmenin kabulü için, vazgeçenin suçun tamamlanmasını önlemek bakımından ciddi bir çaba göstermesi gerekmektedir.

Gönüllü vazgeçme hâlinde kişiye ceza verilmemekte, ancak o ana kadar yapılan hareketler ayrıca bir suç oluşturuyorsa sadece o suçtan sorumlu tutulmaktadır".

5237 sayılı Yasa'nın 36. maddesindeki düzenleme, 35. maddedeki eksik-tam teşebbüs ayırımının kaldırılarak suça teşebbüs yaklaşımının bir sonucu gibi görünmektedir.

Gönüllü vazgeçme ve faal nedamet ayırımının ortadan kaldırılması, ileride büyük sorunlara yol açabilecek niteliktedir (Yarsuvat ve diğ., 2004:299).

Hükümet Tasarısında konu, eksik teşebbüs safhasında "kendiliğinden vazgeçme"¹⁶ ve tam teşebbüs safhasında "etkin pişmanlık" olarak düzenlenmiştir.

¹⁶ Hükümet Tasarısı m.37/2. fıkra : "Fail, cürmün icra hareketlerinden kendiliğinden vazgeçtiği ve fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır".

Buna göre, kendiliğinden vazgeçme hâlinde sanığa teşebbüs ettiği suçtan dolayı ceza verilmeyecek, ancak vazgeçme anına kadar yaptığı icra hareketleri başlı başına suç teşkil ettiği takdirde, bu suçun cezasıyla yetinilecektir. Etkin pişmanlık ise, tam teşebbüste icra hareketlerinin tamamlanmış olmasına karşın neticenin meydana gelmemesinin sanığın elinde olan bir nedene bağlanması veya suçun tamamlandığı hâllerde gerçekleşmiş olan neticenin yine failin sarfettiği çabalar sonucunda tamamen ortadan kaldırılması hâllerini kapsamaktadır. Burada, harekete geçerek etkili bir surette neticeyi engelleyip veya bertaraf edip pişmanlığını etkin biçimde ortaya koyan kişinin bu tutumunun semeresiz kalmaması ve netice olarak sosyal savunmanın güçlendirilmesi amaçlanmaktadır¹⁷.

Kavram Tartışması

5237 sayılı Yasa'daki "*gönüllü vazgeçme*" ibaresi, Hükümet Tasarısındaki "*kendiliğinden vazgeçme*" ifadesini karşılar mı?

5237 sayılı Yasa'nın 36. maddesindeki "*gönüllü vazgeçme*" ibaresi, Alman Ceza Kanunu'nun konunun düzenlendiği 24. maddesindeki¹⁸ "*voluntarily*" kelimesinin "*gönüllü*" anlamını çağrıştırmaktadır. Ancak "*voluntarily*"¹⁹ sözcüğü, öncelikle "*isteyerek*", "*kendi iradesiyle*" anlamlarına da gelmektedir. Kaldı ki, Alman Ceza Kanunu'nun 24. maddesinin kenar başlığı terk etme, bırakma, vazgeçme anlamlarına gelen "*abandonment*"²⁰ şeklindedir.

"*Gönüllü*" kelimesi anlam itibarıyla, kendiliğinden olmanın yanında, kişinin iradesine dışarıdan bir etkiyi, bir ricayı, bir soruyu ve buna kişinin düşüncesini açıklamasını da ifade etmektedir. Bir kişinin gönüllü olduğu, kimi zaman bir icaptan sonra belli olur. Kişinin gönüllü vazgeçmesi, dışarıdan 3. bir kişinin iknasıyla olmayı kapsayabilir. Üstelik bu iknayı yapan kolluk görevlisi de olabilir. Bu durum, yeni tartışmalara neden olabilir²¹.

Oysa, burada hukuken korunmak istenen şey kişinin kendiliğinden vazgeçmesidir. Bu nedenlerle, "*gönüllü vazgeçme*" kavramının kullanılmasının yerinde olmadığını, Hükümet Tasarısındaki "*kendiliğinden vazgeçme*" kavramının anlam ve hukuki niteliği itibarıyla daha isabetli olduğunu, "*gönüllü vazgeçme*"nin "*kendiliğinden vazgeçme*"yi tümüyle kapsamadığını düşünmekteyiz.

¹⁷ Hükümet Tasarısının 37. ve 39. madde gerekçesinden.

¹⁸ "Whoever voluntarily renounces further execution of the act or prevents its completion shall not be punished for an attempt. If the act is not completed due in no part to the contribution of the abandoning party he shall not be punished if he makes voluntary and earnest efforts to prevent its completion" Alman Ceza Kanunu m.24/1, (İngilizce metni).

¹⁹ Bu kelime, Almanca metninde "*freiwillig*" olarak yer almaktadır. "*Freiwillig*" kelimesi, "*ihtiyar*", "*istemli*", "*gönüllü*" anlamlarına gelmektedir.

²⁰ 24. maddenin Almanca metnindeki kenar başlığı "*rücktritt*" olup, başlıca; "*rücu*, *cayma*, *fesih*" anlamlarına gelmektedir.

Gönüllü Vazgeçmenin İçeriği

Seçimlik Koşullar

36. maddede gönüllü vazgeçmeden söz edebilmek için, sanık bakımından üç ayrı seçimlik koşul²² getirilmiştir; bunlar şöyledir :

Fail;

- (1) Suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçerse veya
- (2) Kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını önlerse veya
- (3) Kendi çabalarıyla neticenin gerçekleşmesini önlerse.

Seçimlik koşullar içerisinde, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçme, diğer koşullara göre en açık olanıdır. Fail, icra hareketlerine başlamakta ve hareketlerini tamamlamadan gönüllü olarak vazgeçmektedir.

Kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını önleme, tartışmalı bir konudur. Özellikle “kendi çabalarıyla neticenin gerçekleşmesini önleme” seçimlik koşulu karşısında, “suçun tamamlanmasını önleme”nin ortaya konulması daha da zorlaşmaktadır. “Neticenin gerçekleşmesini önleme” ise, “icra hareketlerinden gönüllü vazgeçme” dikkate alınarak oraya konulacaktır.

Kısacası, 36. maddede getirilen gönüllü vazgeçmedeki seçimlik koşullar, birbirinden farklı olmalıdır ki, maddede seçimlik olarak sayılmasının bir anlamı olsun. Eğer, bu üç seçimlik koşul birbirinden farklı sahaları içermiyorsa, neden 36. maddede ayrı ayrı sayılmıştır sorusu akla gelecektir. Bu belirleme ise, yukarıda (1), (2) ve (3) numarada gösterilen seçimlik koşulların alanlarını ortaya koymada, bir önceki seçimlik koşulun alanı ya da kendisi dışındaki diğer koşulların alanını gözetmeyi gerekli kılmaktadır.

Bu yaklaşımla, (1) numaralı şıktaki “suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçme”nin alanının bittiği yerde, diğer bir seçimlik koşulun alanı başlamaktadır. Buna göre, “kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını önleme”, icra hareketlerinin tamamlanmış olmasını ya da sona doğru önemli bir mesafe katedilmiş olmasını düşündürmektedir. Çünkü, eğer icra hareketleri tamamlanmamış ise, bu durumda (1) numaralı seçimlik koşul gerçekleşmiş olacaktır. (3) numaralı seçimlik koşul ise, (2) numaralı seçimlik koşul ile karıştırılabilecek yakınlık taşımaktadır.

Suçun Tamamlanmasını Önleme ile Neticenin Gerçekleşmesini Önleme Nedir?

Acaba, suçun tamamlanmasını önleme ile neticenin gerçekleşmesini önleme nedir?

Neticenin gerçekleşmesini önleme, icra hareketlerinin bittiğini ve fakat neticenin henüz gerçekleşme aşamasında olduğunu, bu aşamada sanığın kendi çabalarıyla neticenin gerçekleşmesini önlemesini düşündürmektedir.

21 “Hariçten gelen maddî veya manevî bir baskı altında teşebbüsten vazgeçen kimsenin hareketi iradî sayılabilirse de ihtiyara dayanan vazgeçme sayılmaz.”; Erem, Danişman, Artuk, s.317.

22 Burada, gönüllü vazgeçme hükmünün sanık lehine uygulanabilmesinin koşulları söz konusu olduğu için, “seçimlik hareket” kavramı yerine “seçimlik koşul” demeyi tercih etmiş bulunuyoruz.

Örneğin, fail (F), mağdur (M)'yi öldürmek için ateş eder ve göğsünden vurur. (M), yere yığılır ve kötüleşir; bir süre sonra ölecektir. Bu sırada (F) kendi çabasıyla, hemen (M)'yi hastaneye yetiştirir ve (M) kurtulur. Bu hâl, (3) numaralı seçimlik koşulu gündeme getirmektedir.

Nitekim, 5237 sayılı Yasa'nın 36. maddesinin gerekçesinde, "...ancak icra hareketlerinin bitmesinden sonra gönüllü vazgeçmenin kabulü için, vazgeçenin suçun tamamlanmasını önlemek bakımından ciddi bir çaba göstermesi gerekmektedir" denilerek konu açıklanmaktadır. Ancak, gerekçede, neticenin gerçekleşmesi üzerinde durulmamaktadır.

Tam bu aşamada, (1) ve (3) numaralı seçimlik koşulların kapsamı karşısında, "kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını önleme"nin neyi anlattığı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu sorunun temelinde, "*suçun tamamlanması*" ile "*neticenin gerçekleşmesi*" kavramları yatmaktadır ve bu iki kavram birbirine çok yakın niteliktedir.

(1) numaralı seçimlik koşulun icra hareketlerinin tamamlanmadığı hâllere ilişkin olması nedeniyle, (2) ve (3) numaralı seçimlik koşulların icra hareketlerinin ötesinde olması gerekmektedir.

Neticenin gerçekleşmesi"nin, suçun kanunî tanımında neticesi gösterilen fiilleri, "suçun tamamlanması"nın ise, suçun kanunî tanımında neticesi gösterilmeyen ya da neticeye önem verilmeyen fiilleri anlattığını düşünmekteyiz.

Çünkü, 5237 sayılı Yasa'nın sisteminde "suç" kavramına bakış değişmiştir. Suçun maddî unsuru içerisinde, fiil mutlaka yer alırken, netice her zaman gerekmemektedir; bu nedenle neticesi harekete bitişik suç yaklaşımı terk edilmektedir. Nedensellik bağı ise, fiil için yasada netice öngörülmüş ise aranmaktadır.

Bu anlayışın sonucu olarak da, suçun tamamlanması, yasada neticenin dikkate alınmadığı hâllerde; neticenin tamamlanması ise, yasada neticenin dikkate alındığı yerlerde geçerli olabilecek gibi görünmektedir.

Gönüllü Vazgeçme ile Bir engelden Kaynaklanan Kesinti Nasıl Belirlenecektir?

Acaba sanığın gönüllü vazgeçmesi nasıl belirlenecektir? Bir başka vurguyla, irade dışı bir engelden kaynaklanan kesinti ile gönüllü vazgeçmeyi nasıl ayırt edeceğiz?

5237 sayılı Yasa'nın 36. maddesinin gerekçesinde bu belirlemenin nasıl yapılacağından söz edilmemiştir. Hükümet Tasarısında ise, kendiliğinden vazgeçme ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Hükümet Tasarısının 37. maddesinin gerekçesindeki uygulayıcıya yol gösterebilecek ayrıntılı açıklamalar²³ şöyledir :

"...Ancak teşebbüste engelleyici nedenlerle icranın bitirilmemesiyle kendiliğinden vazgeçmeyi birbirinden ayırmak her zaman kolaylıkla olanaklı değildir.

23 5237 sayılı Yasa'daki yeni suç anlayışına uyabildiği ölçüyle sınırlı olmak üzere.

Bu konuda şöyle bir ölçeği göz önünde bulundurmak olanaklıdır: Şayet fail suçu işlemek hususunda daha önce verdiği kararı yeniden gözden geçirmeye yönelmiş ve bu kararı sonuna kadar götürebilecek durumda olduğu hâlde icrayı yarıda bırakmış, nedensellik bağlantısını kendisi frenlemiş ise, vazgeçme kendiliğindedir; buna karşılık, fail icraya başlarken göz önünde tuttuğu ve hesaba kattığı risklerin dışında kalan bir etmen yüzünden, icrayı tehlikesizce sona vardıramayacağını anladığı için, icra hareketlerine devam etmemişse, vazgeçme kendiliğinden değildir. Demek oluyor ki, bakılacak husus şudur: Fail icra hareketlerini yarıda bıraktığı zaman, bunları sonuna kadar götürebileceği kanaatinde ise ve buna karşın icraya devam etmemişse, kendiliğinden vazgeçme vardır; buna karşılık failin icraya devam etmemesinin nedeni, icra hareketlerini sonuna kadar götüremeyeceği, “iter criminis”de daha fazla ilerlemek olanağının artık kalmadığı kanaatinden kaynaklanmakta ise, vazgeçme kendiliğinden değildir, icra hareketlerinin bitmesine failin elinde olmayan engelleyiciler neden olmuştur. Ortada eksik teşebbüs hâli vardır”.

Hemen belirtelim, Hükümet Tasarısının 37. madde gerekçesindeki açıklamalar, 5237 sayılı Yasa'nın 36. maddesindeki gönüllü vazgeçmenin yalnızca (1) numaralı seçimlik koşulu olan “suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçme”yle sınırlı kalmaktadır.

5237 Sayılı Yasa'nın 36. Maddesinde Etkin Pişmanlık Düzenlenmiş midir?

5237 sayılı Yasa'nın 36. maddesinin gerekçesinde, “suç bütün unsurlarıyla tamamlandıktan sonra örneğin çalınan eşyanın geri verilmesi veya kaçırılan kişinin serbest bırakılması hâllerinde, artık vazgeçme değil etkin pişmanlık söz konusudur. Bazı suçlarla ilgili olarak yapılan düzenlemeler bağlamında özel hükümler olarak etkin pişmanlığa yer verilmesinin daha doğru olacağı düşüncesiyle; Hükümet Tasarısında “tam teşebbüs” aşamasındaki gönüllü vazgeçme karşılığında kullanılan etkin pişmanlıkla ilgili hüküm, Tasarı metninden çıkarılmıştır” denilmiştir.

Görülüyor ki, 36. maddenin gerekçesine göre, 5237 sayılı Yasa'da genel hüküm olarak “etkin pişmanlık” konusuna yer verilmemiştir²⁴.

765 sayılı Yasa'nın 61. maddesinde yalnızca “ihtiyariyle vazgeçme”, aynı şekilde Hükümet Tasarısının 37. maddesinde de, yalnızca “icra hareketlerinden kendiliğinden vazgeçme” denilmiş ve seçimlik harekete yer verilmemiştir.

Hükümet Tasarısının “etkin pişmanlık”la ilgili 39. maddesinin birinci fıkrasında ise, “bir kimse kastettiği cürmün icra hareketlerini bitirmiş olmakla birlikte çabalarıyla neticenin meydana gelmemesini sağlamış veya meydana gelmiş olan neticeyi tamamen ortadan kaldırmış ise kanunda ayrı hüküm bulunmayan

²⁴ Hükümet Tasarısının Genel Gerekçesinde, “Teşebbüsten gönüllü vazgeçme yanında bütün suçlarda etkin pişmanlık hâline genel hükümler arasında yer verilmemiş olması, uygun suç ve ceza siyaseti bakımından önemli bir noksanlık sayılmalıdır” denilmiş ve 39. maddesinde ayrıca “etkin pişmanlık” kurumu da düzenlenmiştir.

hâllerde 37 nci maddenin birinci fıkrasında yazılı olduğu şekilde cezalandırılır” denilmektedir²⁵.

Dikkat edilirse, 5237 sayılı Yasa’nın 36. maddesindeki gönüllü vazgeçmeye ilişkin;

“2) Kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını önleme” ile

“3) Kendi çabalarıyla neticenin gerçekleşmesini önleme” şeklindeki seçimlik hareketler,

Hükümet Tasarısının etkin pişmanlıkla ilgili 39. maddesindeki;

“a) İcra hareketlerini bitirmiş olmakla birlikte çabalarıyla neticenin meydana gelmemesini sağlama” veya

“b) Meydana gelmiş olan neticeyi tamamen ortadan kaldırma” seçimlik hareketleriyle çok benzetilmektedir.

Hemen vurgulayalım ki, Hükümet Tasarısının sistemindeki “suç” kavramı, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndakinden çok farklıdır ve suçun maddî unsurunda “netice” önemli ve gereklidir. Bizce bu anlayışın bir sonucu olarak, Hükümet Tasarısında “suçun tamamlanması”na değil, “neticenin meydana gelmemesi”ne ve “meydana gelmiş olan neticeyi tamamen ortadan kaldırma”ya yer verilmiştir.

Bununla birlikte yukarıdaki, Hükümet Tasarısındaki “etkinlik pişmanlık”taki (a) ve (b) şeklindeki seçimlik koşullar, 5237 sayılı Yasa’nın 36. maddesindeki “gönüllü vazgeçme”nin (2) ve (3) numaralı seçimlik koşullarıyla özünde aynılık taşımaktadır. Çünkü, hem Hükümet Tasarısındaki “etkin pişmanlık”taki seçimlik koşullar ve hem de 5237 sayılı Yasa’nın 36. maddesindeki “gönüllü vazgeçme”deki (2) ve (3) numaralı seçimlik koşullar icra hareketlerinin tamamlanmasından sonraki safhayla ilgilidir.

Bu belirleme, 5237 sayılı Yasa’nın 36. maddesindeki önemli bir çelişkiyi gündeme getirmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, 36. maddenin gerekçesinin son paragrafında, “...Bazı suçlarla ilgili olarak yapılan düzenlemeler bağlamında özel hükümler olarak etkin pişmanlığa yer verilmesinin daha doğru olacağı düşüncesiyle; Hükümet Tasarısında “tam teşebbüs” aşamasındaki gönüllü vazgeçme karşılığında kullanılan etkin pişmanlıkla ilgili hüküm, Tasarı metninden çıkarılmıştır” denilmiştir.

Oysa görülüyor ki, gerekçede Tasarıdan çıkartıldığı söylenen etkin pişmanlığın seçimlik hareketleri, büyük oranda 5237 sayılı Yasa’nın 36. maddesindeki (2) ve (3) numaralı seçimlik koşullar olarak bulunmaktadır. Üstelik, etkin pişmanlık konusu olan seçimlik hareketler, gönüllü vazgeçme içerisine alınarak, etkin pişmanlık kurumu da zedelenmiştir.

Çünkü, etkin pişmanlıkta, sanık eksik teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılmaktadır. Halbuki, gönüllü vazgeçmede teşebbüsten sanık cezalandırılmaz;

²⁵ Hükümet Tasarısında, eksik teşebbüs hükümlerine göre ceza belirlenmesi öngörülmektedir.

yalnızca tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır. Bir başka vurguyla, 5237 sayılı Yasa'nın 36. maddesinde, sonuçları farklı olan, eksik teşebbüs safhasında olan "kendiliğinden vazgeçme" ile tam teşebbüs safhasında olan "etkin pişmanlık" olguları, "gönüllü vazgeçme" kavramı altında birleştirilmiş ve "kendiliğinden vazgeçme"nin (en hafif) sonucuna bağlanmıştır²⁶.

Esasında, 5237 sayılı Yasa'nın 36. maddesindeki bu çelişki, 35. maddesindeki suça teşebbüste, eksik ve tam teşebbüs ayırımının kaldırılmasından da kaynaklanmaktadır.

Sonuç

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki teşebbüs düzenlemesi, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Hükümet Tasarısından önemli farklılıklar içermektedir. Bunları ana başlıkları itibarıyla şöyle belirtebiliriz :

1) "Eksik teşebbüs" – "tam teşebbüs" ayırımı kaldırılmış, "suça teşebbüs" kavramı getirilmiştir; cezada indirimde ise, 765 sayılı Yasa'nın eksik teşebbüse ilişkin düzenlemesine yakınlık ve hatta daha da fazla indirim olanağı söz konusudur.

2) "Elverişli vasıta" yerine "elverişli hareket" kavramı benimsenmiştir.

3) İcraya başlama konusunda; "icra hareketlerine başlamak" veya "kastı şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirtilen hareketlerle icraya başlamak" değil, "doğrudan doğruya icraya başlamak" ölçütüne yer verilmiştir.

4) Teşebbüsten dolayı indirimde gidilirken öncelikle "meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı" dikkate alınacaktır.

5) "Gönüllü vazgeçme" düzenlenmiş, genel olarak etkin pişmanlığa yer verilmediği belirtilmiştir. Gönüllü vazgeçmede, kimi seçimlik koşullarda, etkin pişmanlığı da içerisine alan, geniş ve kendisine özgü bir kapsam getirilmiştir.

5237 sayılı Yasa'da teşebbüsle ilgili yukarıda belirtilen bu değişikliklerde, madde gerekçesinde, subjektif yaklaşımın terk edilerek, objektif yaklaşımın benimsendiği vurgulanırken, "elverişli hareketler" kavramıyla her nasılsa subjektif yaklaşıma yer verilmiştir.

Yukarıda maddeler hâlinde belirttiğimiz, suça teşebbüs konusundaki farklılıklarla ilgili vardığımız sonuçlar ise şöyledir :

Suçta teşebbüste, eksik ve tam teşebbüs ayırımının kaldırılması, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde soruşturma ve kovuşturma aşamasında görülen 61. ve 62. madde uygulanmasından kaynaklanan kimi vasıflandırma hatalarına son verecek olması bakımından yararlı görülebilir.

²⁶ Benzer bir görüş için bkz.: Toroslu ve Ersoy (2004:13); Artuk ve Çınar (2004:77).

Yine, bünyesinden dolayı eksik teşebbüs ya da tam teşebbüsten birisinin mümkün olmadığı kimi suçlarda, 5237 sayılı Yasa'nın 35. maddesi gereğince teşebbüs hükümlerinin uygulaması daha kolay yapılabilir.

5237 sayılı Yasa'daki suça teşebbüs, hem eksik hem de tam teşebbüsü kapsamakta ise de, suça teşebbüste, ağırlaştırılmış müebbet hapis ve müebbet hapis cezalarında yapılacak indirim oranı, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 61. maddesinde düzenlenmiş olan eksik teşebbüstekine göre, daha sanık lehinedir. Diğer hâllerde yapılacak indirim oranında ise, azami ve asgari indirim oranlarının arası daha fazladır; hâkime daha geniş takdir yetkisi tanınmıştır. Böylelikle, diğer hâllerdeki asgari ve azami indirim oranları arasındaki fark arttırılarak eksik-tam teşebbüs ayırımı bir bakıma korunmuştur.

5237 sayılı Yasa'da eksik ve tam teşebbüs ayırımının kaldırılması karşısında, uygulamada (765 sayılı TCK'nın dönemindeki kimi örneklerle bakıldığında) 35. maddenin (2) numaralı fıkrasıyla indirim yapılırken, hep sanık lehine azami indirim yapılması şeklinde hatalı bir yaklaşıma düşülebileceği akla gelmektedir.

Böyle bir yanlışlığa düşülmemesi bakımından, hâkim tarafından teşebbüs nedeniyle yapılacak indirim oranı belirlenirken; somut olayda fiilin, "eksik-tam teşebbüs" niteliği göz önüne alınmak durumundadır. Bu sonuç, en azından 35. maddenin (2) numaralı fıkrasındaki "meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığına göre" kıstasından bile doğmaktadır. Doğal olarak, 5237 sayılı Yasa'da eksik-tam teşebbüs ayırımı kaldırıldığından, hakim kararında, zarar ve tehlikenin ağırlığını tartışırken, eksik ya da tam teşebbüs dememeli, bunun yerine icra hareketlerinin bitmediğini veya bittiği hâlde neticenin meydana gelmediğini belirterek, zarar veya tehlikenin ağırlığıyla bir ilgi kurmalıdır.

İcra hareketleri bittiği hâlde netice meydana gelmemişse, sanık lehine en üst sınırdan indirim yapılmamalıdır. Tersine, icra hareketlerinde bir engelle kesilme olmuşsa, burada da, icra hareketlerinin tamamlanmış olduğu hâllere göre, daha sanık lehine davranılmalıdır. Doğal olarak hakim, madde gerekçesine uygun şekilde burada, hareketin ulaştığı boyut dışında teşebbüste meydana gelen zarar veya tehlikeyi de gözetecektir. İşte bu nokta, 35. maddenin zor yönlerinden birisini oluşturmaktadır. Bir taraftan "meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı" ölçütünün kullanılması istenirken, diğer taraftan bu ölçütün öncelikle hareketin ulaştığı boyuta bakılmaksızın yapılmasının istenmesi, önemli bir çelişki ve tartışma kaynağı olacaktır.

5237 sayılı Yasa'nın 35. maddesinde, suça teşebbüste "elverişli araç" yerine "elverişli hareket" kavramının kullanılmıştır. Özellikle madde gerekçesindeki, "elverişlilik sadece kullanılan araç bakımından değil, suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunmalıdır" açıklaması karşısında, 765 sayılı Yasa dönemindeki "elverişli araç" tartışmalarını, "suçun konusu da dahil olmak

üzere bütün fiil yönünden elverişli olma" noktasında çok daha artacağını ve çözümlü güçleştirebileceğini düşünmekteyiz.

Teşebbüsteki en sıkıntılı konulardan birisi olan hazırlık hareketleri ile icra hareketleri ayırımında, 5237 sayılı Yasa'nın 35. maddesinde "doğrudan doğruya icraya başlamak" şeklinde objektif bir ölçütün getirilmiş olması, yeni düzenlemedeki bir başka tartışmalı noktayı oluşturacak gibi görünmektedir. Özellikle maddede gerekçesinde, Hükümet Tasarısındaki "kastı şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirten hareketlerle icraya başlama" kıstasına yer verilmediğine ilişkin açıklamalar karşısında, 5237 sayılı Yasa'da getirilen "doğrudan doğruya icraya başlamak" şeklinde objektif ölçütün, kasta bakılmadan tek başına uygulanması hâlinde yanıltıcı sonuçlara neden olabileceğini düşünmekteyiz.

5237 sayılı Yasa'nın 36. maddesindeki "gönüllü vazgeçme" düzenlemesinin, üç ayrı seçimlik koşula dayalı olmasının ve içeriği itibarıyla da son iki seçimlik koşulun, etkin pişmanlığı da kapsamına almasının, ciddi sorunlara neden olabileceğini düşünmekteyiz.

5237 sayılı Yasa'nın 36. maddesinin gerekçesinde, bir taraftan genel olarak etkin pişmanlığa yer verilmediği belirtilmekte ise de, gönüllü vazgeçmedeki "(2) kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını önleme" ve "(3) kendi çabalarıyla neticenin gerçekleşmesini önleme" şeklindeki seçimlik koşullar içerik itibarıyla etkin pişmanlığa çok yakındır. Buna rağmen, söz konusu seçimlik koşullara gönüllü vazgeçmenin (çok hafif) sonuçlarının öngörülmesi, ceza hukukundaki "gönüllü vazgeçme" ile "etkin pişmanlık" kurumlarının bünyesiyle uyumlu değildir.

5237 sayılı Yasa'nın 36. maddesinin, önce metnindeki ve buna bağlı olarak da gerekçesindeki çelişkinin giderilerek, kendiliğinden vazgeçme ile etkin pişmanlığın bünyesine uygun olarak Hükümet Tasarısındaki gibi bir düzenlenme yoluna gidilmesinin yararlı olacağını düşünmekteyiz.

Kaynakça

- Artuk, M.E. ve Çınar, A.R., (2004), "Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler", *Türk Ceza Kanunu Reformu*, 2. Kitap, Ankara: TBB.
- Dönmezer, S. ve Erman, S., (1997), *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısım*, C.I, İstanbul: Beta Basım.
- Erem, F.; Danışman, A. ve Artuk, M.E., (1997), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara:Seçkin Yayınevi.
- Kocasakal, Ü., (2005), "Yeni Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri Üzerine Kısa Bir Değerlendirme", www.gunisigihukuk.com/yenitckuzerine. (son güncelleme 15.2.2005)

- Özgenç, İ., (2004), Türk Ceza Kanunu Reformu, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Paneli'ndeki konuşma, 21-22 Mayıs, 1. Kitap, Ankara: TBB.
- Tezcan, D. ve Erdem, M.R., (2004), "Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu", *Türk Ceza Kanunu Reformu*, 2. Kitap, TBB: Ankara.
- Toroslu, N. ve Ersoy, Y., (2004), "Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı", *Türk Ceza Kanunu Reformu*, 2. Kitap, Ankara: TBB.
- Yarsuvat, Duygun; Bayraktar, Köksal ve Kocasakal, Ümit, (Hazırlayanlar), (2004), "Türk Ceza Kanunu Tasarı Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü", *Türk Ceza Kanunu Reformu*, 2. Kitap, Ankara: TBB.
- Yaşar, O., (2000), *Uygulamada Türk Ceza Yasası Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayınevi.