

PAPER DETAILS

TITLE: Karsilastirmali bir inceleme: Türk Ceza Hukuku ile Kibris Ceza Hukuku açisindan "islenemez suç"un degerlendirilmesi

AUTHORS: Ipekçioğlu Pervin AKSOY

PAGES: 859-886

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/623940>

**KARŞILAŞTIRMALI BİR İNCELEME: TÜRK CEZA
HUKUKU İLE KIBRIS CEZA HUKUKU AÇISINDAN
“İŞLENEMEZ SUÇ”UN DEĞERLENDİRİLMESİ**

*A Comparative Examination: An Evaluation of "The Factual Impossibility"
According to The Turkish Criminal Code and The Cyprus
Criminal Code*

Pervin AKSOY İPEKÇİOĞLU*

ÖZET

Bir fiilin suç teşkil edebilmesi için, yapılan hareketin kanuni tipte belirtilen sonucu doğurmaya elverişli olması gerekir. Elverişlilik, fiile ilişkin bir niteliktir. Yapılan hareketin elverişliliği, hukuka aykırı veya ihlal edici niteliğe sahip olmasını gerektirir.

Elverişlilik değerlendirilirken, işlenemez suç ipotezi de gündeme gelmektedir. Türk Ceza Kanunu’nda işlenemez suça ilişkin ayrı bir hüküm mevcut değildir. Ancak işlenemez suçun, suç genel teorisi içerisinde tipiklik unsuruna olan etkisi bakımından ele alınması, ayrı bir hükme gerek kalmaksızın mâkul bir sonuca ulaşmamızı mümkün kılmaktadır. Nitekim elverişli bir hareket olmadan, ihlal edici bir fiilin ortaya çıkması imkânsızdır. İşlenemez suçtan bahsedilebilmesi, ancak aracın elverişsiz olması veya maddi konunun bulunmaması halinde söz konusu olur. Aracın elverişsizliği veya maddî konunun yokluğu, hareketin yapıldığı andaki şartlara göre değerlendirilmelidir.

* Yrd. Doç. Dr., Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (pervin.aksoy@emu.edu.tr).

Fasıl 154 Kıbrıs Ceza Yasası'nda ise, 366. maddenin 3. fıkrasındaki hükme göre, “suçu işleyen kişinin bilmediği koşullar nedeniyle aslında suçu işlemenin olanaksız olduğu dikkate alınmaz”. Bu hüküm yorumlanmaya muhtaçtır. Zira failin bilmediği koşulların neler olduğunun tespiti yapılmalıdır. İlk olarak gerek hukukî, gerekse fiilî yanılma şeklinde ortaya çıkan sözde suç yani “*legal impossibility*” ipotezi değerlendirilmelidir. Kıbrıs hukuk sistemine hakim olan İçtihat hukuku sisteminde de aynen Kıt’a Avrupası sisteminde olduğu gibi, “*legal impossibility*” durumları mazaret sayılmaktadır. Failin bilmediği koşullar kapsamında karşılaşılabileceğimiz ikinci durum işlenemez suç ipotezidir. İşlenemez suç, İçtihat hukuku sisteminde teşebbüs kurumu içerisinde incelenmektedir.

Nitekim “*factual impossibility*” kavramı kapsamında, hareketin elverişsizliği veya maddi konunun bulunup bulunmaması dikkate alınarak somut olayda işlenemez suçun; ya da hareketin elverişli olması halinde teşebbüs durumunun ortaya çıkabileceği ele alınmaktadır. İşlenen fiil, ister işlenemez suç, isterse teşebbüs derecesinde kalan bir suç olarak nitelendirilsin, Kıbrıs ceza hukukunda suçlunun suç işleme niyeti esas alınmakta ve bu irade cezalandırılmaktadır

Anahtar Sözcükler: Elverişlilik, tipiklik, suçlu irade, sözde suç, işlenemez suç.

ABSTRACT

A conduct is criminalised when the act must be legitimate for constituting the result of offence. This convenience is important for all criminalised conducts. If the conduct is adequate for getting the result of offence, it is also either illegal or derogative.

In examination about convenience to the result, we also discuss “*impossibility*”. In Turkish Criminal Code, there is no provision about impossibility. The problem is resolved in the case of typical crime in the framework of general criminal principles. In Cyprus Criminal Code the article of 366/3 has a rule which is understood by interpretation. According to this article “*it is immaterial that by reason of circumstances not known to the offender it is impossible in fact to commit the offences*”. We have to interpret this provision to get this result: The intention of offender is the

most important element (mens rea), so the other circumstances are immaterial. The offender does not know the fact that it is impossible to commit the typical offence. We can classify the impossibility as legal and factual. The legal impossibility is defined that offender does an act to commit an offence, but the lack of an element or the misknowledge about the provision is the one of them that consists legal impossibility. The criminal law does not impose any sanctions in those cases.

Keywords: Convenience, typical crime, intention of offender, factual impossibility, legal impossibility.

GİRİŞ

Bir fiilin suç teşkil edebilmesi için, yapılan hareketin sonucu doğurmaya elverişli olması gerekir. Elverişlilik hareketin bir özelliği olup, kanunda tanımlanan suçun, diğer bir ifadeyle fiilin tipikliğini ortaya koyar. Bu nedenle, hareket, kanuni tipte öngörülen sonucu gerçekleştirme bakımından elverişsizse veya suçun maddî konusu yoksa “işlenemez suç”tan söz edilir¹.

Çalışmamızda, işlenemez suçun Kıt’a Avrupası sistemine dahil olan Türk Ceza Hukuku’ndaki yeri ile, İçtihat hukuk sisteminin hakim olduğu Kıbrıs Ceza Yasası’ndaki hükümleri karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

İşlenemez suç, hem niteliği, hem de cezalandırılıp cezalandırılmaması hususu bakımından tartışmalı bir konudur. Nitekim, bazı hukuk sistemleri açıkça bu suça ilişkin hükümler içermekte, bazıları da konunun genel hükümler çerçevesinde değerlendirilmesini öngörmektedirler.

Bu doğrultuda konu, herhangi bir düzenlemeye yer vermeyip, sorunun genel hükümler çerçevesinde çözülmesini öngören Türk Ceza Kanunu’nun hükümleri ile Fasıl 154 Kıbrıs Ceza Yasası’nın 366. maddesinin 3. fıkrasında yer alan hüküm kapsamında ele alınacaktır. Fasıl 154 Ceza Yasası’nın 366. maddesinin 3. fıkrasında “Suç işleyen kişinin bilmediği koşullar nedeniyle aslında suçu işlemenin olanaksız olduğu dikkate alınmaz” hükmü yer almaktadır.

¹ Antolisei, Francesco. (1989). *Manuale di Diritto Penale, PG.*, Milano, s. 431 vd.; Toroslu, Nevzat. (2009). *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara, s. 265; Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner. (2007). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, s. 752.

I. İŞLENEMEZ SUÇUN HUKUKİ NİTELİĞİ

İşlenemez suçun hukukî niteliği hakkında doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bazı yazarlar, işlenemez suça bağımsız bir varlık tanırlarken², bazıları bu suçun sözde suçun³ bir türü olduğunu savunmuşlardır⁴.

İşlenemez suça bağımsız varlık tanıyan görüşü savunan yazarlar, bu ipotezin sözde suçtan farklı olduğunu, zira sözde suçta ihlal edilen herhangi bir menfaatin söz konusu olmadığını, çünkü hukuk düzeni ile çatışan bir fiilin gerçekleştirilmediğini belirtirler. Oysa, işlenemez suçta, fiilin elverişsiz araçlarla işlenmesi veya üzerinde suç işlenecek şahıs veya eşyanın bulunmaması söz konusudur. Bu nedenle, kanuni tipin ihlali mümkün olamamaktadır. Sadece elverişli araçların kullanılması veya maddi konunun var olması durumunda suç işlenebilecektir⁵.

MANZINI işlenemez suçu sözde suçla aynı ipotezde değerlendirir. Yazara göre⁶, işlenemez suç, sözde suçun türlerinden olan “tamamlanma imkânında yanılma” şeklinde ortaya çıkar. Fail, suçu işleyebileceğine inanır, ancak somut olay bakımından sonucu gerçekleştirmeye kesin olarak imkân bulunmamaktadır. Sözde suç, failin suç işleme yolundaki hatalı kanaatidir.

² Antolisei, s. 431 vd.; Fiore, Carlo. (1955). *Il Reato Impossibile*, Napoli, s. 16 vd.; Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem. (2010). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Bası, Ankara, s. 341-342; Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem. (2008). *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul, s. 471.

³ Sözde suç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm VI. Fesıl 154 Kıbrıs Ceza Yasası’nın Değerlendirilmesi.

⁴ Manzini, Vincenzo. (1981). *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Vol.II, Torino, s. 493, s. 501-502; Bettiol, Giuseppe. (1976). *Diritto Penale*, PG., Padova, s. 487.

⁵ Fiore, Reato Impossibile, s. 16-22; Hafizoğulları/Özen, s. 341-342; Centel/Zafer/Çakmut, s. 471.

⁶ Manzini, sözde suçu şu şekilde tanımlamaktadır: “Fail, suç işleme iradesiyle, mutlak olarak veya somut olay bakımından meşru veya ceza hukukunun önem vermediği bir fiili ya da suç teşkil etmekle beraber, kendisi tarafından bilinmeyen sebepler dolayısıyla işlenmesi mümkün olmayan bir fiili işlemekte veya işlemeye teşebbüs etmektedir”. Bu genel tanımdan sonra, yazar, suçun varlığında yanılma ile suçun tamamlanması imkânında yanılma arasında bir ayırım yapmaktadır. İlk ipotez, ceza kuralının varlığında yanılma değildir. Fail, norm tarafından yasaklanmış olduğu zannıyla suç teşkil etmeyen bir fiili işleyebilir. Bu durumda, ya suçun kurucu unsurlarında ya da cezalandırılabilme şartlarında yanılma söz konusu olmaktadır. İşte, bu hallerde sözde suçtan bahsedilir. Diğer ipotez ise, sözde suçun ikinci şeklidir. Fail suçun tamamlanma imkânında yanılmakta; suçu işleyebileceğine inanmasına rağmen somut olay bakımından buna kesin olarak imkân bulunmamaktadır. Görüş için bkz. Neppi/Modona, Guido. (1973). *Il Reato Impossibile*, Milano, s. 32; Alacakaptan, Uğur. (tarihsiz). *İşlenemez Suç*, Ankara, s. 3-4.

Fail, maddî konunun yokluğunu bilmediği için suç işlediğine veya işleyeceğine inanmaktadır, ancak maddî konunun varlığı üzerinde yanılmaktadır. Çünkü, gerçekte fail suç işlememektedir. Bu nedenle, ortada bir sözde suçun varlığından bahsetmek gerekir. MANZINI, bu noktada failin işlediği fiili cezalandıran bir normun bulunmaması ile fiilin normun içeriğine uymaması arasında bir fark olmadığını ileri sürer⁷.

BETTIOL ise sözde suçu hukukî ve fiilî yanılma olarak ikiye ayırmakta; işlenemez suçun yasaklayıcı bir ceza kuralı olmasına rağmen, gerçekleştirilen fiilin ya hiçbir suçun kurucu unsurunu oluşturmadığı ya da oluşturmakla beraber tamamlanamadığı hallerde söz konusu olacağını ifade etmektedir⁸.

Kanaatimizce, işlenemez suç bağımsız bir varlığa sahiptir. Fail, işlenemez suç durumunda suç işleme iradesiyle hareket eder, ancak suçu gerçekleştirirken ya kullandığı aracın elverişsizliği, ya da üzerinde suç işlenecek olan eşya veya şahsın yokluğu nedeniyle kanunî tipi tamamlayamaz.

İşlenemez suç halinde, ortaya çıkan suç işleme iradesi bazı hukuk sistemlerinde dikkate alınır; bazılarında ise herhangi bir zarar veya zarar potansiyeli yaratmadığı gerekçesiyle önemsenmez. Diğer yandan sözde suç halinde de, failin suç işleme iradesi söz konusudur, ancak kusurlu iradenin yanında mutlaka fiilin tipik ve hukuka aykırı olması da gerekmektedir. Sözde suçta fail, ya hukuk kuralının varlığı konusunda, ya da fiilin unsurlarında yanılır. İlk durum hukukî yanılma, ikinci durum ise fiilî yanılma şeklinde nitelendirilir. Sözde suçta kullanılan araç elverişlidir, üzerinde suç işlenecek eşya veya şahıs vardır. Ancak suç işleme konusunda hukuk kuralında veya fiilin unsurlarında yanılma söz konusudur. İşlenemez suçta ise, hukuk kuralının varlığında ya da fiilin unsurlarında yanılma yoktur; sadece failin kullandığı araç suçu gerçekleştirmede elverişsizdir ya da üzerinde suç işlenecek maddi konu bulunmamaktadır.

II. İŞLENEMEZ SUÇUN SUÇ GENEL TEORİSİNDEKİ YERİ

İşlenemez suçun, suç genel teorisi içerisindeki yeri tartışmalıdır. Doktrinde bir kısım yazar, işlenemez suçu manevî unsur, yani isnat yeteneği

⁷ Görüş için bkz. Alacakaptan, İşlenemez suç, s. 3-4.

⁸ Bettiol, s. 487; Alacakaptan, İşlenemez suç, s. 4.

ve kusurluluk konusu içinde⁹; bir kısmı suçu veya cezalandırmayı ortadan kaldıran sebepler arasında, dolayısıyla maddî unsur ve teşebbüs konularıyla birlikte değerlendirmekte¹⁰; diğer bir kısmı ise, işlenemez suçu teşebbüs kavramının dar sınırları içerisinde değil, tipiklik unsuruna olan etkisi bakımından incelemektedirler¹¹.

İlk görüş, işlenemez suçu, manevî unsur içinde değerlendirmektedir. Bu görüşe göre; işlenemez suç, failin anlama ve isteme yeteneğinden yoksun olması nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Ancak bu görüşü kabul etmek mümkün değildir. Zira, işlenemez suç faili de, anlama ve isteme yeteneğine sahip olarak hareket etmektedir. Yine, “işlenemez suçta gerçek bir irade yoktur, yeteri kadar belirlilik kazanmamış bir saikten bahsedilebilir” yönündeki görüş de, bu teorinin kabulü bakımından isabetli değildir. Saik, faili suç işlemeye sevkeden içsel bir histir. Oysa işlenemez suçta elverişsiz de olsa dış dünyaya yansıyan bir hareket vardır; ancak bu hareket kanuni tipte öngörülen sonucu doğurma bakımından elverişsizdir. Elverişsiz hareket de işlenmekle bir objektiflik kazanmaktadır¹².

Bu konuda ileri sürülen diğer görüş, işlenemez suçu teşebbüsün olumsuz şekli olarak ele almaktadır¹³. Teşebbüsün maddî unsurları arasında, elverişli hareketlerle icraya başlamak yer alır. Bu noktadan hareketle, elverişsiz bir aracın kullanılması veya maddî konunun bulunmaması

⁹ Scarano, Luigi. (1952). *Il Tentativo*. Napoli, s. 182.

¹⁰ Erem, Faruk. (1995). *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. I, Genel Hükümler*. Ankara, s. 335; Toroslu, s. 266; Centel/Zafer/Çakmut, s. 471; Hakeri, Hakan. (2011). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 11. Baskı. Ankara, s. 434; Santoro, Arturo. (1958). *Manuale di Diritto Penale I, Torino*. s. 458; Pannain, Remo. (1950). *Manuale di Diritto Penale, PG., Vol. I, Torino*, s. 460-461; Antolisei, s. 431; Mezger, Edmondo. (1935). *Diritto Penale, Padova*, s. 405-406; Pagliaro, Antonio. (2000). *Principi di Diritto Penale, PG., Milano*, s. 518; Pagliaro, Antonio. (1998). *Principi di Diritto Penale, PG. Milano*, s. 514 Battaglini, Giulio. (1949). *Diritto Penale, PG., Padova*, s. 425; Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir. (1997). *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. I. 12. Bası, İstanbul*, s. 459.

¹¹ Fiore, Carlo. (1963). L'idoneità dell'azione nella struttura del fatto tipico, *Il Foro Penal*, s. 248-249, s. 252; Neppi-Modona, Guido. (1967). Reato Impossibile, *In Noviss. Dig. Ital.*, Vol. XIV, s. 980; Neppi-Modona, Il reato impossibile 1973, s. 141-142; L'innocente, Giulio. (1961). Considerazione in tema di reato impossibile, *Riv. it. di dir.e proc. pen.*, s. 1085 vd.; Alacakaptan, İşlenemez suç, s. 17-18.

¹² Alacakaptan, İşlenemez suç, s. 18.

¹³ Alacakaptan, İşlenemez suç, s. 19; Erem, s. 335; Toroslu, s. 266; Centel/Zafer/Çakmut, s. 471; Hakeri, s. 434; Santoro, s. 458; Pannain, s. 460-461; Antolisei, s. 431; Mezger, s. 405-406; Pagliaro, Parte generale 2000, s. 518; Pagliaro, Parte generale 1998, s. 514; Battaglini, s. 425; Dönmezer/Erman, s. 459.

hallerinde işlenemez suç oluşur. Bu nedenle, işlenemez suçun maddî unsur ve teşebbüs kurumlarıyla birlikte değerlendirilmesi gerekir¹⁴. Geleneksel doktrinde işlenemez suç “elverişsiz teşebbüs”¹⁵ ya da “elverişli olmayan teşebbüs”¹⁶ olarak da adlandırılır.

İşlenemez suç, teşebbüsün olumsuz bir şekli olarak ele alan bu anlayışın kabul edilemez olduğu söylenemez. Teşebbüs için gereken elverişli hareketler, işlenemez suç ipotezinde elverişsiz hareketlere dönüşmektedir. Kullanılan aracın elverişsiz olduğu veya maddî konunun olmadığı durumlarda icraya başlamak, doğrudan doğruya teşebbüsle ilgilidir. İşlenemez suç ipotezini teşebbüs ve maddî unsur (icra hareketlerine başlama) kapsamında değerlendiren bu görüş, yanlış bir görüş olarak nitelendirilemez¹⁷.

¹⁴ İçtihat hukuku sisteminde işlenemez suç teşebbüs kurumu içerisinde incelenmektedir. Nitekim “*factual impossibility*” kavramı kapsamında, hareketin elverişsizliği veya maddî konunun bulunup bulunmaması dikkate alınarak somut olayda işlenemez suçun; ya da hareketin elverişli olması halinde teşebbüs durumunun ortaya çıkabileceği ele alınmaktadır. Keedy, Edwin R. (1954). *Criminal Attempts at Common Law. Uni. of Pennsylvania Law Review*, Vol. 102, No. 4, s. 476 vd.

1981 tarihli Suça Teşebbüs Kanunu’nun 1. Bölümü’nde teşebbüs kurumu ele alınmakta ve bu Bölüm’ün 2. ve 3. Kısımlarında işlenemez suç ipotezine; Amerikan Ceza Kanunu’nun da 5. Bölümü’nün 1. Kısım’ında bu kuruma ve işlenemez suç ipotezine yer verilmektedir. Kanunların teşebbüs kurumu ve işlenemez suç ipoteziyle ilgili kısımlarının ayrıntılı bir biçimde değerlendirilmesi için bkz. Ashworth, Andrew. (1987-1988). *Criminal Attempts and the Role of Resulting Harm under the Code, and in the Common Law. Rudgers Law Journal*, Vol. 19, s. 729-730, s. 757-760. Alacakaptan, İşlenemez suç, s. 19; Görüşü savunanlar için bkz. Erem, s. 335; Toroslu, s. 266; Centel/Zafer/Çakmut, s. 471; Hakeri, s. 434; Santoro, s. 458; Pannain, s. 460-461; Antolisei, s. 431; Mezger, s. 405-406; Pagliaro, Parte generale 2000, s. 518; Pagliaro, Parte generale 1998, s. 514; Battaglini, s. 425; Dönmezer/Erman, s. 459.

¹⁵ Flora, Giovanni/Tonini, Paolo. (1997). *Nozioni di Diritto Penale*. Milano, s. 127; Florian, Eugenio. (1932). *Corso di Diritto e Procedura Penale*, Torino, s. 453; Antolisei, s. 431; Hakeri, s. 431 vd.

Elverişsiz teşebbüs, işlenebilen bir suça teşebbüsten farklıdır. Nitekim işlenebilen suça teşebbüste, icra hareketlerinin yarıda kalması veya sonucun gerçekleşmemesi elverişsiz bir aracın kullanılmaması veya suç konusunun bulunmaması dışındaki engelleyici bir sebebin varlığından ileri gelir. İşlenemez suçta ise, esasen normla korunan menfaatlere bir zarar gelmemekte; sonuç aracın elverişsizliği veya maddî konunun yokluğu nedeniyle gerçekleştirilememektedir.

¹⁶ Hafizoğulları/Özen, s. 340.

¹⁷ Alacakaptan, İşlenemez suç, s. 18-19.

Kabul edilebilir bir başka görüş de, işlenemez suç ipotezini, tipiklik kurumuna olan etkisi bakımından değerlendiren görüştür¹⁸. Bu görüşün savunucusu FIORE'dir. Yazara göre; elverişsiz hareketin olması veya maddî konunun bulunmaması halinde, kanundaki tipe uygun bir fiili meydana getirmek imkânsızdır. Bu görüş, fiilin tipikliğini ön plana çıkarır. Nitekim “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi de bunu gerektirir. Bu ilkeye göre, yalnızca kanunda suç sayılan fiiller cezalandırılabilirler¹⁹. Elverişlilik, tipik fiilin gerektirdiği bir özelliktir; fiilin tipikliği araştırılırken öncelikle hareketin elverişli olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Bu nedenle, elverişlilik tamamlanmış suçlar için de bulunması gereken bir niteliktir. Elverişsiz olan bir hareket, tipik değildir. Atipik olan hareket, hukuken korunan menfaate bir zarar veremez veya tehlikeye maruz bırakamaz. İşlenemez suçta, fail, kanun tarafından işlenmesi yasaklanan bir fiili gerçekleştirememektedir. Bu nedenle, hareketin elverişsizliği veya maddî konunun yokluğu halinde tipik fiili yerine getirmek mümkün değildir²⁰.

FIORE'nin görüşü, esas olarak “hareketin amacı” teorisine dayanır. Hareketin amacı teorisine göre, insan hareketinin içeriği ve gerçek anlamı, nedensellik kurallarına göre yalnızca sebep – sonuç ilişkisi içinde anlaşılmalıdır. Harekete içeriğini veren amaçtır, gayedir. Her insan hareketi, taksirli bile olsa amaçsal bir oluşumdur. İnsan kendi hareketlerinin gücünü, anlamını, sonuçlarını, amacını önceden öngörür ve suçun icrası sırasında kullanacağı araçları bu öngörüsü doğrultusunda seçer. Ancak elverişli olan yani belli bir gaye için yapılan ve bu irade doğrultusunda seçilen araçlarla somutlaşan hareketlere, “hareket” denilmesi mümkündür. Bu durum da göstermektedir ki, hareketi, özünde ona hayat veren iradeden ayırmak imkânsızdır²¹.

¹⁸ Fiore, *Idoneità dell'azione*, s. 248-249, s. 252; Neppi/Modona, s. 980 (Reato Impossibile 1967); Neppi/Modona, *Il reato impossibile* 1973, s. 141-142; L'innocente, s. 1085 vd.

¹⁹ Fiore, *Idoneità dell'azione*, s. 248-249, s.252; Fiore, *Reato impossibile*, s. 28.

²⁰ Fiore, *Idoneità dell'azione*, s. 250-252; FIORE, *Reato impossibile*, s. 29; Contento, Gaetano. (1996). *Corso di Diritto Penale, Vol. II*. s. 422-423; Alacakaptan, İşlenemez suç, s. 19; Cerase, Marco. (1991). *Contrasti giurisprudenziali in tema di reato impossibile. Cass. Pen., Vol. II*, s. 1786; Santaniello, Giuseppe/Maruotti, Luigi. (1990). *Manuale di Diritto Penale, PG.*, Milano, s. 533 vd.

²¹ Fiore, *Reato impossibile*, s. 36-37; Kunter, Nurullah. (1954). *Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi*, İstanbul, s. 45- 46; Alacakaptan, İşlenemez suç, s. 19.

Fiilin, tipik olabilmesi için, hareketin korunan menfaate zarar verebilme gücüne sahip olması gerekir. Bu potansiyele sahip olan her hareket elverişlidir. Elverişli olan hareket de tipiktir. Bu bağlamda, FIORE, elverişsiz bir hareketin ve maddî konunun yokluğunun tipikliği ortadan kaldırdığını, dolayısıyla da işlenemez suç ipotezinin tipikliği etkileyen bir durum olduğunu ileri sürer²². Yazara göre elverişlilik, cezalandırılabilir hareketin genel niteliği olarak ortaya çıkar. Hatta suçu oluşturan hareketin zorunlu bir koşuludur²³.

Kanaatimizce, işlenemez suç, tipikliğin oluşumunu engelleyen bir durum olarak ele alınmalıdır. Nitekim, tipik olan fiil, aynı zamanda elverişli hareketlerle yapılmış fiildir. Elverişlilik de, harekete içkin bir özelliktir. Bu nedenle, işlenemez suç ipotezinde, elverişsiz bir hareket atipik fiili oluşturmaktadır.

III. İŞLENEMEZ SUÇUN CEZALANDIRILMASI GEREKTİĞİ GÖRÜŞÜ

A. Salt Sübjektif Görüş

Salt sübjektif görüş teorisi, Almanya’da doğmuş ve gelişmiş olması nedeniyle doktrinde “*Alman Okulu*” olarak da anılmaktadır. Salt sübjektif anlayışa göre; teşebbüsün kanuni tipteki fiilin gerçekleştirilmemesine rağmen cezalandırılmasının nedeni, yapılan hareketin tehlikeli olması değil, failin suç işleme iradesinin açığa çıkmasıdır. Bu nedenle, yapılan hareketlerin sonucu meydana getirmeye elverişli olup olmamasının bir önemi yoktur²⁴. Teşebbüs esasen bir imkânsızlığın, bir elverişsizliğin

²² Fiore, Reato impossibile, s. 39, s. 43; Alacakaptan, İşlenemez suç, s. 20-21.

²³ Fiore, Reato impossibile, s. 45; L’innocente, elverişliliğin hareketin gayesi teorisi içinde değerlendirilmesine karşı çıkmaktadır. Elverişlilik, tipiklik alanı içine sokulmakla, sübjektif bir alana taşınmaktadır. Şöyle ki, bu anlayışta önemli olan failin hareketinin gayesidir, bu yönde somutlaşan hareket elverişli olarak nitelendirilir. Elverişliliğin tipikleşmesi, aynı zamanda sübjektifleştirilmesini gerektiriyorsa, objektif olarak elverişsiz olan hareket faile göre elverişli olduğunda, ceza vermek gerekecektir. Bu teori, failin sübjektif değerlendirmesini dikkate almaktadır. Ancak tipiklik, failin olumlu değerlendirmesi sonucunda vardır diye kabul edilecekse, bu durum tipiklik kavramından vazgeçmek anlamına gelir. Bu kabul ise, hem tipikliğin teknik yapısını gözardı etme, hem de ceza hukuku sistemini tahrip etme sonucunu doğurur. Bkz. L’innocente, s. 1089 vd.

²⁴ Florian, s. 449; Moleti, L. (1954). In tema di reato impossibile, *La Giust. Pen., Parte Seconda*, s. 838; Finkelstein, Claire. (1999). No Harm No Foul? Objectivism and The Law

göstergesidir²⁵. Salt sübjektif anlayış, failin suçlu iradesinin ortaya çıkmasını, suça teşebbüsün cezalandırılması için yeterli görmektedir. Bu bağlamda, nasıl ki failin iradesi dikkate alınarak teşebbüs cezalandırılmaktadır, işlenemez suç olarak nitelendirilen hallerde de faile ceza verilmesi gerekmektedir²⁶.

B. Sübjektif Tehlike Görüşü

Pozitivistler tarafından ileri sürülen bu görüşe göre teşebbüs, suç işleme iradesinin şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya çıkması ve failin tehlikeli olması hallerinde söz konusu olabilir. Bu görüş için tespit edilmesi gereken husus, failin tehlikeliliğidir. Salt sübjektif görüş için de önemli olan suçlu iradedir. O halde iki görüş arasındaki fark şudur: Salt sübjektif teori, suç işleme iradesinin göstergesi olan her türlü belirtiyi cezalandırma için yeterli görür. Ancak, şüphesiz ki her belirti tehlikeli değildir. Bu nedenle, sübjektif tehlike görüşü, her türlü “*a priori*” düşünceden soyutlanarak, her olayın şartlarını ve failin durumunu dikkate almak gerektiğini ileri sürer. Kullanılan araçlar, failin suç yetersizliğini veya kapasitesizliğini ortaya koymuşsa, artık tehlikeden bahsetmemiz mümkün değildir. Suçlu irade tehlikeli değilse, faile ceza vermenin bir anlamı yoktur. O halde, kullanılan araçlar, sonucu meydana getirmek için elverişsiz ise, failin tehlikeli olup olmadığına bakmak gerekir. Şayet fail tehlikeli ise teşebbüs hali mevcuttur, aksi takdirde teşebbüsün bulunmadığını kabul etmek gerekir²⁷.

Bu teorinin temelinde failin suç işlemeye teşebbüs ederek toplum açısından tehlikeli iradesini ortaya koyması bulunur. Her ne kadar suçun işlenmesi imkansız ise de, failin tehlikeli iradesi daha etkili bir şekilde

of Attempts, *Law and Philosophy*, Vol. 18, 1999, s. 70; Demirbaş, Timur. (2005). Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara, s. 402-403.

²⁵ Florian, s. 449; Alacakaptan, İşlenemez suç, s. 33-34; Dönmezer/Erman, s. 462.

²⁶ Alacakaptan, İşlenemez suç, s. 33-35; Dönmezer/Erman, s. 462; GRAMATICA, sübjektif teorinin başlıca savunucularındandır. Bu nedenle yazara göre, hem işlenemez suç, hem de sözde suç halinde failin iradesi ortaya çıkmıştır. Bu irade antisosyal bir iradedir, bu nedenle işlenemez suç ve sözde suçun, aynen teşebbüse ilişkin kurallar temelinde, “suç” olarak cezalandırılması gerekmektedir. Gramatica, Filippo. (1934). *Principi di Diritto Penale Soggettivo*, Torino, s. 431-432.

²⁷ Alacakaptan, İşlenemez suç, s. 40-42; Dönmezer/Erman, s. 463-464; Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan. (2009). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 2. Bası. Ankara, s. 381; Robbins, Ira P.. (1986). Attempting the Impossible: The Emerging Consensus, *Harvard Journal on Legislation*, Vol. 23, s. 414.

hareketlerini tekrarlamasına yol açabilir. Bu nedenle, fail cezalandırılmalıdır²⁸.

IV. İŞLENEMEZ SUÇUN CEZALANDIRILMAMASI GEREKTİĞİ GÖRÜŞÜ

A. Objektif Görüş

Objektif görüşü ortaya koyan yazarlar, bir hareketin hukuka aykırı olarak nitelendirilebilmesi için, kastın yeterli olmadığını, hareketin aynı zamanda bir hakkı ihlal etmiş veya tehlikeye düşürmüş olması gerektiğini ileri sürerler²⁹. Bu anlayış, dış ve somut bir tehlike halinde teşebbüsün var olacağını savunur. Ancak, meydana gelmesi imkânsız olana teşebbüs eden kimse de cezasız kalacaktır. Bu görüşe göre, böyle bir kimsenin ceza almaması, toplum açısından bir tehlike yaratmamaktadır. Çünkü bu kişinin hareketleri başkaları tarafından tekrarlanırsa bile, bir ihlal söz konusu olmayacaktır³⁰.

Objektif anlayışın esası hakkında ileri sürülen bir görüşe göre; araç veya konu sonucun meydana gelmesine elverişli değilse, fail cezasız kalmalıdır. Araç veya konudaki elverişsizlik nedeniyle suçun tamamını işlemek mümkün olmayınca ihlale başlamak da mümkün olamaz. Bunun nedeni, bütünü gerçekleştirilmesinin imkânsız olduğu hallerde, parçanın gerçekleştirilmesi imkânının da olmamasıdır. Hareket, hiçbir aşamada kanunun öngördüğü ihlali gerçekleştirecek güce sahip değildir³¹.

Bir başka görüşe göre; olayın tamamlanması mutlak olarak imkânsız ise, suçu gerçekleştirmeye yönelik icra hareketlerinin başlamamış olduğu, dolayısıyla tehlikenin var olmadığı ve toplumun herhangi bir zarar görmediği kabul edilmektedir³².

Tehlikeyi belirleyebilmek için, yapılan hareketlerin sonucu meydana getirmeye elverişli olup olmadığı ile suçun konusunun bulunup bulunmadığını ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir³³.

²⁸ Christie, Sarah A.. (200). The Relevance of Harm as the Criterion for the Punishment of Impossible Attempts. The Journal of Criminal Law, Vol. 73, s. 162.

²⁹ Alacakaptan, İşlenemez suç, s. 44; Flora/Tonini, s. 127.

³⁰ Alacakaptan, İşlenemez suç, s. 44.

³¹ Önder, Ayhan. (1992). *Ceza Hukuku Dersleri*. İstanbul, s. 408.

³² Önder, s. 408.

³³ Dönmezer/Erman, s. 460.

Objektif anlayışta yargıç, ex post değerlendirme yöntemini kullanır ve hareket yapıldıktan sonraki şartlara göre hareketin sonuç bakımından tehlikeli olup olmadığını değerlendirir³⁴.

Bu anlayış beraberinde temelini Klasik okuldan alan mutlak ve nisbî elverişsizlik ayırımını getirmektedir³⁵. Şöyle ki, suçun konusu açısından elverişsizliği, mutlak ve nisbî (daimi ve geçici) olarak ayırmak mümkündür. Örneğin, öldürülmek istenen kişi daha önce ölmüşse konu bakımından imkânsızlık ve elverişsizlik söz konusudur. Bunun yanında, suçun konusunun olduğu, ancak araç veya hareketin geçici nedenlerden dolayı sonucu meydana getiremediği durumlarda nisbî elverişsizlik vardır. Örneğin, mağdurun cebine elini atan yankesici, birşey bulamamış ise elverişsizlik nisbîdir³⁶. Araç bakımından da mutlak ve nisbî elverişsizlik ayırımı yapılmaktadır. Örneğin, büyü yaparak bir kişinin öldürülmesine kalkışılması olayında, kullanılan araç sonucu meydana getirmeye mutlak olarak elverişsizdir. Ancak çelik yelek giymiş kimseye ateş edilip de kurşunun işlememesi halinde elverişsizlik nisbîdir³⁷. Suçun maddî konusu veya kullanılan araç sonucu gerçekleştirme bakımından mutlak elverişsiz ise faile ceza verilmez, nisbî ise failin cezalandırılması gerekir³⁸. Çünkü mutlak elverişsizlik hallerinde ortaya çıkan bir tehlike yoktur, bu nedenle teşebbüsün cezalandırılmasının sebebi kalmamaktadır. Oysa nisbî elverişsizlikte, konu var olmakla beraber geçici bir takım nedenler veya soyut ve objektif olarak elverişli olan aracın belli ve somut olayda yetersizlik göstermesi nedeniyle, tehlikenin var olduğu kabul edilmekte ve faile teşebbüsten dolayı ceza vermek gerekmektedir³⁹.

Sonuç olarak denilebilir ki, konu veya araçlardaki nisbî elverişsizlik halleri işlenemez suçun konusu dışındadır. Bu hallerin cezalandırılabilir teşebbüse vücut verdikleri kabul edilir⁴⁰.

³⁴ Cerase, s. 1786.

³⁵ Moleti, s. 838.

³⁶ Dönmezer/Erman, s. 460.

³⁷ Dönmezer/Erman, s. 460-461.

³⁸ Önder, s. 407; Hakeri, s. 434.

³⁹ Dönmezer/Erman, s. 461; Hakeri, s. 434.

⁴⁰ Alacakaptan, İşlenemez suç, s. 46.

B. Tehlike Görüşü

Tehlike görüşü, teşebbüsü, suç işleme kararının tehlike arzedecek hareketle açığa vurulması olarak tanımlamaktadır⁴¹. Görüş, failin yaptığı hareketin suç konusu üzerinde tehlike yaratıp yaratmadığını dikkate alır. Bu bağlamda, hareket suç konusu üzerinde tehlike yaratmayacak veya önemsenmeyecek derecede bir tehlike yaratacaksa teşebbüs söz konusu değildir, fail cezalandırılmamalıdır. Görünüşte tipik bir fiilin esasen zararsız veya tehlikesiz olması halinde, faile ceza vermek rahatsızlık yaratabilir. Örneğin, 10 kuruşun çalınması, tipik bir hırsızlık suçunu oluşturmaktadır, ancak verilen zarar o kadar önemsenmeyecek derecededir ki, failin cezalandırılmaması gerekir. Tehlikelilik, yargıç tarafından hem normal hayat tecrübeleri, hem de failin bilgisi esas alınarak değerlendirilir. Böylece her olayın gösterdiği özellikler dikkate alınmaktadır. Ayrıca hareketin sonuç bakımından tehlikeliliği uygun nedensellik anlayışına göre belirlenmelidir⁴².

Tehlike görüşü, “yeni objektif teori” olarak da adlandırılmaktadır. Söz konusu görüş, esasta objektif anlayışa dayanmakla birlikte, elverişsizliği ex ante, yani hareketin yapıldığı zamana göre değerlendirmekte ve dolayısıyla, mutlak ve nisbî ayırımı terk etmektedir⁴³.

C. Hukukî İmkânsızlık Görüşü

Hukukî imkânsızlık görüşü, objektif nitelikli bir anlayış olmasına rağmen, elverişsizliği farklı bir açıdan değerlendirmektedir. Bir fiilin cezalandırılması ancak kanuni tipe uygun olması halinde mümkündür. Tipe uygunluk, suçun varlığının esasını oluşturmaktadır. Fail tarafından yapılan hareketler, bazı eksiklikler nedeniyle kanuni tipe uymayabilir. Tipiklik maddi unsurun bir parçasıdır; yapılan hareketin, kanunî tipe uygun olması gerekir. Şayet söz konusu hareketle sonucu meydana getirmek imkânsız ise, engel olan husus hukukî niteliktedir. Bir başka ifadeyle, suçu gerçekleştirmek hukuken imkânsızdır. Nasıl ki tipik fiilin unsurlarındaki eksiklik, suçun oluşumunu engellerse, aynı şekilde teşebbüsün de gerçekleştirilmesini önleyecektir. Örneğin, mağdur öldüğü için adam öldürmeyi düzenleyen hükmü ihlal etmek hukuken imkânsızdır. Çünkü

⁴¹ Dönmezer/Erman, s. 463.

⁴² Önder, s. 408-409; Cerase, s. 1786-1787; Demirbaş, s. 404.

⁴³ Cerase, s. 1787; Önder, s. 408; Dönmezer/Erman, s. 463.

cezalandırılması mümkün olmayan atipik bir hareket söz konusudur. İcrasına başlanan hareket, kanuni tipi gerçekleştirme imkânına sahipse, cezalandırılabilir bir teşebbüsün varlığından söz etmek mümkündür⁴⁴.

V. TÜRK CEZA KANUNU'NUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Türk Ceza Kanunu'nda işlenemez suça ilişkin bir hüküm mevcut değildir. İşlenemez suçun, suç genel teorisi içerisindeki yeri konusunda ileri sürülen üç temel görüş dikkate alınarak Türk Ceza Kanunu değerlendirildiğinde şu sonuca varmak mümkündür:

İlk görüş işlenemez suçu manevi unsur içinde ele alır; işlenemez suçun failinin, kusurlu davranabilme yeteneğinden yoksun olduğunu savunur⁴⁵. Bu görüşün kabul edilmesi mümkün değildir. Zira işlenemez suç diye nitelendirilen fiilleri gerçekleştiren kişi anlama ve isteme yeteneğine sahiptir. İşlenemez suçu teşebbüsün olumsuz şekli olarak değerlendiren görüş ise, teşebbüsün unsurlarından hareket eder. Teşebbüs için elverişli hareketlerle suçun üzerinde işleneceği şahıs veya şey üzerinde icraya başlamak gerekir. Hareket elverişsizse veya maddi konu yoksa, teşebbüs de ortaya çıkmaz. Bu nedenle, işlenemez suç teşebbüsün olumsuz şeklidir. Teşebbüse ilişkin unsurlardaki eksiklik veya yokluk, teşebbüsün olumsuz şeklini, işlenemez suçu doğurur. Bu görüş kabul edilebilir bir görüştür. Nitekim, Türk Ceza Kanunu'nu bu görüş doğrultusunda değerlendiren yazarlar vardır⁴⁶.

Biz işlenemez suçu, daha geniş bir çerçeve içerisinde tipiklik⁴⁷ unsuruna olan etkisi bakımından değerlendireceğiz⁴⁸.

⁴⁴ Alacakaptan, İşlenemez suç, s. 49-50; Dönmezer/Erman, s. 461-462.

⁴⁵ Scarano, s. 182.

⁴⁶ Erem, s. 335; Dönmezer/Erman, s. 459; Toroslu, s. 266; Centel/Zafer/Çakmut, s. 471; Hakeri, s. 434.

⁴⁷ İtalyancada “tipicità”, “fattispecie” veya “corrispondenza al tipo legale” terimlerini karşılamak üzere tipiklik kavramı kullanılmaktadır. Bkz. Kunter, Nurullah. (1949). Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi. İstanbul, s. 39-40.

⁴⁸ Doktrinde, tipikliğin içeriği konusunda bir çok görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşlere tek tek yer vermek, çalışmamızın konusu dışında kalmaktadır. Bu nedenle, sadece kabul ettiğimiz görüşü belirtip, bu görüşün işlenemez suç açısından olan önemini ortaya koymakla yetineceğiz. Görüşler için bkz. Kunter, Kanuni Unsurlar, s. 47 vd.

Tipiklik⁴⁹, fiilin, ceza normunda tanımlanan tipe uygun olmasıdır. Bu anlamda tipiklik, suçun maddî unsurunun bir parçasıdır. Bir fiilin suç teşkil edebilmesi için tipiklik yanında, hukuka aykırı olması da gerekir. Hukuka aykırılık, suçun kurucu bir unsuru değildir, bilâkis suçun özüdür⁵⁰. Tipikliğin bu anlamda kabul edilmesi sonucu, elverişlilik, yalnızca teşebbüs için aranan bir unsur olmaktan kurtulmaktadır. Bu durum kuşkusuz tamamlanmış suçlar için de geçerlidir. O halde, elverişlilik hareketin bir özelliğidir. Nitekim fail, elverişli hareketlerle bir suç işlemeye yönelir, sonucu gerçekleştirirse tamamlanmış suçtan; hareketi tamamlayamaz veya sonucu gerçekleştiremezse teşebbüsten sorumlu olur. Elverişsiz bir hareketle kanuni tarifte yer alan sonucun gerçekleşmesi mümkün değildir. Kanunî tipte yer alan unsurlardan biri eksik olunca suç meydana gelemeyeceğine göre, işlenemez suç halinde de bir “suç”tan bahsedilemez.

Tamamlanmış suçta, failin kasıtlı olarak gerçekleştirdiği hareketi neticesinde, normla korunan hukuki değerler ihlal edilmekte ve bu ihlal zarar ya da tehlike şeklinde ortaya çıkmaktadır. Oysa ki, üzerinde suç işlenecek eşya veya şahsın olmaması durumunda, bu zararlı sonucun doğması mümkün değildir. Bu nedenle, maddî konunun olmaması da, işlenemez suç ipotezinin ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

İşlenemez suçta ceza verilmemesinin nedeni ise, hukukî imkânsızlık görüşü ile açıklanabilir⁵¹. Hukukî imkânsızlık, fiilin tipik olmasını aramakta;

⁴⁹ Tipiklik konusunda geniş bilgi için bkz. Keyman, Selahattin. (1980). Tipiklik ve Ceza Hukuku, *AÜHFD, C. XXXVII*, S. 1-4, s. 59 vd.

⁵⁰ Rossi, Antonio. (1968). *Natura Giuridica e Struttura della Desistenza Volontario*. Cosenza, s. 5, s. 25.

⁵¹ İşlenemez suçun cezalandırılmamasının nedenini objektif görüş ile açıklamak mümkün değildir. Çünkü bahse konu anlayış, teşebbüsün varlığı için objektif bir tehlike aramaktadır. Oysa ki, görüş, nisbî elverişsizlik hallerinde bir tehlikenin var olmamasına rağmen, failin teşebbüsten dolayı cezalandırılmasını öngörmektedir. Diğer yandan mutlak – nisbî şekilde bir ayırım yapılması, somut olaylar karşısında tatmin edici çözümler getirememiştir. Bu görüşte olanlar özellikle konu bakımından imkânsızlığın ya icraya başlamadan önce bulunabileceğini ya da icraya başladıktan sonra tamamlamak mümkün iken suç yolunda ortaya çıkabileceğini ifade etmektedirler. İmkânsızlık, icraya başlamazdan önce mevcut ise işlenemez suç söz konusudur ve fail cezalandırılmamalıdır. İcra başladıktan sonra ortaya çıkan bir imkânsızlık varsa, suçta teşebbüsün olduğu kabul edilmelidir. Araç ve hareket bakımından da, bu ayırımın tatmin edici bir kriter olmadığı belirtilmektedir. Hareketin elverişli olup olmadığının, somut olayın koşullarına bakılarak belirlenmesi gerekir. Çünkü bazı objektif ve sübjektif sebepler vardır ki, bunlar tek başına soyut nitelikte elverişli görünen bir hareketi veya aracı elverişsiz hale getirebilme özelliğine sahiptirler. Bunun tersi

tipik fiilin hareketinin de elverişli olması gerektiğini belirtmektedir. Yani, hareket elverişli ise fiil tipiktir. Esasını gerçek tehlikenin oluşturduğu anlayış, elverişliliğin, araçların soyut olarak değil, somut bir hareketin ve diğer tüm şartların değerlendirilmesiyle belirlenebileceği fikrini ortaya koyar⁵². Söz konusu değerlendirme, suçun işlendiği ana geri gidilerek var olan şartları inceleyerek yapılmakta ve ona göre bir sonuç elde edilmektedir⁵³. Bu bağlamda, işlenemez suç, tipiklik konusuyla birlikte hukukî imkânsızlık görüşü içinde değerlendirilmelidir⁵⁴.

de mümkündür. Elverişsiz bir araca, zararlı sonucu doğurma iktidarı verebilirler. Gerçekten de, soyut ve mutlak olarak elverişsiz olan bir araç, somut bir olayda elverişli olabilir. Örneğin su soyut olarak değerlendirildiğinde adam öldürmeye elverişsizdir ancak yeni ameliyat olmuş birine verilirse söz konusu suç tipi bakımından elverişli hale dönüşebilir. Yine, soyut olarak düşünüldüğünde tek bir kibrit yangın çıkarmak için elverişsiz olarak nitelendirilirken, benzin deposunu ateşe vermede elverişli bir araca dönüşebilir. Bkz. Önder, s. 408; Dönmezer/Erman, s. 464-465; Pannan, s. 458; Leone, Giovanni. (1975). *Elementi di Diritto e Procedure Penale*. 4. ediz. Napoli, s. 66.

Tehlike teorisi ile de işlenemez suçun açıklanması mümkün değildir. Bu teoriyi savunanlar hareketin tehlikeliliğini esas alırlar, hatta bu tehlikeliliği ex ante bir şekilde, yani hareketin yapıldığı zamana göre değerlendirirler. Ancak tipik olmayan bir hareketin, kanunda korunan hukuki değerler üzerinde zarar veya tehlike doğuramayacağını gözden geçirirler. Hareketin tehlikeliliğini, tipiklik içerisinde, bir fiilin tipik olması için gerekli olan diğer tüm şartlarla birlikte değerlendirmeleri gerekmektedir.

⁵² Alacakaptan, İşlenemez suç, s. 76.

⁵³ Antolisei, s. 429; Mantovani, Fernando. (1988). *Diritto Penale, PG.*, 2. ediz., Padova, s. 422; Cadoppi, Alberto/Veneziani, Paolo. (2002). *Elementi di Diritto Penale, PG*. Cedam Padova, s. 367.

⁵⁴ Doktrinde hukukî imkansızlık görüşü eleştirilmiştir. İlk eleştiri, kullanılan araçların elverişsizliği sorununa çözüm bulamaması olarak belirtilmiştir. Bunlara göre, bu görüş kabul edilecek olursa, sadece bağlı hareketli suçlar bakımından işlenemez suç ipotezi söz konusu olabilecektir. Çünkü suçun meydana gelebilmesi için elverişli olan hareketler yalnız bu suçlarda belirtilmiştir. Zira kanun, suçların belli araçlarla işlenmesini aramamaktadır, bu nedenle aracın elverişsizliği kanuni tipe yabancı olan bir husustur. Bu anlayışın kabul edilmesi, elverişsiz bir araçla işlenmeye çalışılan fiilden dolayı, faile teşebbüsten ceza verilmesini gerektirir. Ancak işlenemez suçlar atipik olmaları nedeniyle cezalandırılma kapsamı dışında kalacaklardır.

Fakat bu eleştirileri kabul etmek mümkün değildir. Herşeyden önce, elverişlilik yalnızca kanuni tipte belirtilen icraî hareketlere özgü değildir, fiilin bütününe ilişkin bir niteliktir. Bu nedenle, elverişliliği yalnızca bağlı hareketli suçlara özgü bir nitelik olarak ifade eden bu eleştiri benimsenemez. Diğer yandan, ortaya atılan bir başka eleştiri ise, elverişliliğin tipe uygunluk kriteri yerine, somut tehlike görüşüne göre belirlendiği, dolayısıyla bu görüşün esas alınması gerektiği hususunda yapılmaktadır. Bu eleştiriye karşılık; söz konusu teorisinin elverişlilik – elverişsizlik sorununu çözmek için ortaya atılmadığı, işlenemez suçun teknik anlamda teşebbüs halini gerçekleştiremeyeceği ve elverişsiz hareketin suça teşebbüs olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmiştir. Ancak hareketin elverişliliği sorunu ayrı bir konudur ve farklı kriterlere göre değerlendirilmelidir.

Ancak doktrinde bir suçu düşünmekle yetinmeyip, sonuca ulaşması imkânsız olsa da iradesini dış dünyaya yansıtan kişilerin toplum için bir tehlike arzettikleri ileri sürülmüştür. Zira bir suçu işlemeyi düşünmekle, bu düşünceyi icra safhasına taşımak arasında fark vardır. Söz konusu kişilere en azından bir emniyet tedbiri uygulanması gerekmektedir⁵⁵. Bunlara göre, toplum güvenliği yalnızca cezalarla sağlanamaz. Diğer yandan işlenemez suça ceza verilmesi doğru değildir. Çünkü tehlikelilik, gelecek ile ilgilidir. Oysa ki, ceza geçmişte meydana gelen olaylara uygulanır. Cezanın azaltılarak verilmesi de kabul edilemeyecek bir fikirdir. Çünkü azaltılmış ceza da sonuçta bir cezadır. Bu nedenle doktrinde, işlenemez suça emniyet tedbiri uygulanması gerektiği, ceza verilmesi görüşlerine nazaran daha baskındır⁵⁶.

VI. FASIL 154 KIBRIS CEZA YASASI'NIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kıbrıs ceza hukuku sisteminde işlenemez suça ilişkin olarak somut bir düzenleme mevcuttur. Bu düzenleme, suça teşebbüsün tanımının yapıldığı hükümde yer almaktadır. Fasil 154 Kıbrıs Ceza Yasası'nın 366. maddesinin 3. fıkrasına göre; “*Suçu işleyen kişinin bilmediği koşullar nedeniyle aslında suçu işlemenin olanaksız olduğu dikkate alınmaz*”. Bu hüküm yorumlanmaya muhtaçtır. Zira bu hükmün işlevsel hale gelebilmesi için öncelikle “*failin bilmediği koşullar*”ın neler olduğunu tespit etmek gerekir.

Maddede ifade edilen *failin suçu işlemesini olanaksız kılan bilmediği koşullar*, çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir.

Suç işlemeyi olanaksız kılan koşullardan biri, doktrinde “sözde suç” olarak nitelendirilen durumdur. Sözde suç, failin, icra hareketlerini

Bu nedenle, teşebbüsle ilgili hükümdeki tanımlama işlenemez suç ipotezini cezalandırma kapsamı dışında tutmaktadır. İşlenemez suç, ya elverişsiz bir hareketin kullanılmasından ya da maddî konunun bulunmamasından doğmaktadır. Daha önce de belirttiğimiz gibi, bu hallerin cezalandırılmış olması durumunda, atipik bir fiile ceza verilmiş olacaktır. Görüş ve eleştiriler için bkz. Alacakaptan, İşlenemez suç, s. 51, s. 53, s. 76; Antolisei, s. 429; Mantovani, s. 422; Cadoppi/Veneziani, s. 367; Scarano, s. 194.

⁵⁵ Alacakaptan, İşlenemez suç, s. 56; Özgenç, İzzet. (2008). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 3. Bası. Ankara, s. 432.

⁵⁶ Doktrinde ALACAKAPTAN, işlenemez suçlara yaptırım olarak hem emniyet tedbiri, hem de cezanın uygulanabileceğini düşünmektedir. Ancak verilecek ceza teşebbüsüne nispetle daha hafif olmalıdır. Bkz. Alacakaptan, İşlenemez suç, s. 57-58.

tamamlamasına rağmen suç işlediği yanılıgısına düşmesidir. Sözde suç, hukukî veya fiilî olmak üzere iki şekilde ortaya çıkmaktadır:

Hukukî bilmeme ve yanılmada, bilinmeyen veya yanlış yorumlanan bir ceza normu vardır. Hukukî yanılma şeklinde ortaya çıkan sözde suçta, fail suçun kanundaki tanımının tamamında yanılmaktadır⁵⁷. Fail gerçekte hukukî meşru bir fiili gerçekleştirmekte, ancak fiilin kanunda bir suç olduğunu düşünmektedir⁵⁸. Failin suç işleme iradesi dış dünyaya yansımaya rağmen, hukuk düzeni ile çatışan bir fiil ortaya çıkmamaktadır⁵⁹. Fail, ceza kanunları tarafından yasaklanan bir fiilin kanuna uygunluğunda hataya düşmemektedir, aksine kanuna uygun bir fiilin yasaklandığı hususunda yanılmaktadır. Esasen gerçekleştirilen fiil, kanunun herhangi bir kuralını ihlal etmediğinden, bir suçun varlığından da söz edilememektedir. Örneğin, eşlerin zinası TCK'da suç olarak düzenlenmemiştir. Evli bir adamla bir kadın, cinsel ilişkiye girer ve bir suç işlediklerini düşünürlerse, hukukî yanılmaya dayanan bir sözde suçtan söz edilir. Bahse konu yanılma, kanundaki suçun tanımına ilişkin olduğundan, hukukî bilgisizliğe dayanmaktadır⁶⁰.

Fiilî yanılmaya dayanan sözde suç ise, suçun kurucu unsurlarından birinin eksik olması halinde ortaya çıkar. Yanılma, kanunî tanımın esasına değil, fiilin tipe uygun olması için varlığı gerekli maddî unsurlara ilişkindir. Fail, suçun varlığı için aranan niteliklere sahip olduğu zannıyla hareket etmekte ancak yanılmaktadır. Eksiklik, suçun oluşumu için gerekli olan unsurlarda ortaya çıkmaktadır. Örnek olarak, failin başkasının sanarak kendi malını alması halinde fiilin kurucu unsurlarında eksiklik söz konusudur. Bu halde de fiilî yanılmaya dayanan sözde suçtan söz edilir⁶¹.

⁵⁷ Piacenza, s. 1004; Neppi/Modona, *Il reato impossibile* 1973, s. 34; Dönmezer/Erman, s. 363-364.

⁵⁸ Fiore, *Idoneità dell'azione*, s. 247; Fiore, *Reato impossibile*, s. 17; Piacenza, Scipione. (1967). *Reato putativo*, *In Noviss. Dig. Ital.*, Vol. XIV, s. 1003-1004; Bettiol, *Parte generale* 1976, s. 535; Bettiol, Giuseppe/Mantovani, Luciano Pettoello. (1986). *Diritto Penale*, PG. Padova, s. 622-623; Mezger, s. 399.

⁵⁹ Piacenza, s. 1004.

⁶⁰ Dönmezer/Erman, s. 364.

⁶¹ Antolisei, s. 437-438; Florian, s. 431; Neppi/Modona, *Il reato impossibile* 1973, s. 33-34; Enker, Arnold N. (1968-1969). *Impossibility in Criminal Attempts-Legality and the Legal Process*, *Minnesota Law Review*, Vol. 53, s. 687.

Sözde suç, suçun bir türü değildir, çünkü suç da değildir. Yalnızca, kişinin zihninde gerçekleştirilmekte ve suç olduğu sanılmaktadır. Sözde gerçekleştirilen suçun cezalandırılmasını kabul etmek, faile suç yaratma yetkisi tanımak anlamına gelir ki, bu mümkün değildir. Suç ve ceza yaratmak, kanun koyucunun tekelindedir⁶². Doktrinde, sözde suça “mefruz suç, hayali, farzedilen suç” adları da verilmektedir⁶³.

TCK’da sözde suçla ilgili açık bir hüküm yoktur. Ancak Fası 154 Kıbrıs Ceza Yasası’nın 366. maddesinin 3. fıkrasının sözde suç halinde suç işleme niyetini cezalandırma kapsamına alıp almadığını tartışmak gerekir. Sözde suç durumunda, fail suç işleme niyetiyle hareket etmekte, ancak “suç” olarak nitelediği fiil hukuk düzeni ile çatışmamaktadır. O halde, meşru bir fiili gerçekleştiren iradenin de tehlikeliliğinden söz edilemez. Pozitivistlerin savunduğu subjektif tehlike teorisine göre de, meşru bir fiili gerçekleştiren iradenin tehlikeli olduğunu ve cezalandırılması gerektiğini söylemek mümkün değildir. Sözde suçun cezalandırılmaması konusunda doktrinde fikir birliği mevcuttur⁶⁴.

Failin bilmediği koşullar nedeniyle suçu işlemesini imkânsızlaştıran diğer bir durum, “işlenemez suç” ipotezidir. İşlenemez suç, elverişsiz bir aracın kullanılması veya maddi konunun bulunmaması halinde söz konusu olur. Fası 154’te işlenemez suç, teşebbüsün tanımı içerisinde 366. maddenin 3. fıkrasında hükme bağlanmıştır. Teşebbüsün tanımında “failin suç işleme kararını⁶⁵ yerine getirecek araçlarla icra safhasına koymaya başlamasından” söz edilmektedir (md. 366/f.1). O halde sonucu doğurmaya uygun olmayan araçla suç işleme kararını yerine getirmek mümkün değildir. Ancak işlenemez suç, Fası 154 Ceza Yasası’nın 366. maddesinin 3. fıkrası kapsamında değerlendirildiğinde, failin suç işleme niyetinin cezalandırılması gerektiği anlaşılr. Pozitivist okulun benimsediği subjektif tehlike teorisine

⁶² Mezger, s. 399; Dönmezer/Erman, s. 365; Enker, s. 696.

⁶³ Wilson, William. (2008). *Criminal Law Doctrine and Theory*. 3. Ed. England s. 507; Antolisei, s. 436; Marinucci, Giorgio/Dolcini, Emilio. (2002). *Diritto Penale, PG.*, Milano s. 303; Dönmezer/Erman, s. 363 vd.

⁶⁴ Aksine bir çözüm, kanunun suç saymadığı bir fiilin cezalandırılması sonucunu doğurur ki, bu durum da suçların kanuniliği ilkesini ihlal eder. Bkz. Alacakaptan, Uğur. (1967). *Suçun Unsurları*, Ankara, s. 30.

⁶⁵ Fası 154 Kıbrıs Ceza Yasası 366. Maddede “tasarısını yerine getirecek araçlar ... icra safhasına koymaya başladığında ...” şeklinde ifade edilmiştir.

göre, tehlikeli olan suç işleme iradesi cezalandırılmalıdır⁶⁶. Her ne kadar aracın elverişsizliği ya da maddi konunun bulunmaması nedeniyle suçu gerçekleştirmek imkansızsa da, failin iradesi tehlikeli bir iradedir. Suç işleme iradesi, hukuk düzeni ile çelişen ve kanuni tip olarak düzenlenen bir suça ilişkindir. Bu nedenle failin iradesi tehlikelidir. Tehlikeli irade de cezalandırılmalıdır. Örneğin, bir büyücünün toplu iğneyi mum kabına batırarak bir şahsı öldürmeyi istemesi durumunda kullanılan araç elverişsizdir. Ancak suç işleme iradesi şahsın yaşam hakkı için tehlike teşkil etmektedir⁶⁷.

İngiltere’de 1981 tarihli Suça Teşebbüs Yasası’ndan (1981 *Criminal Attempts Act*) önce 1975 *Haughton v. Smith* davasında, failin çalıntı olduğuna inandığı ancak gerçekte çalıntı olmayan bir malı satın alması nedeniyle failin cezai sorumluluğu olmadığına karar verilmişti⁶⁸. Bu davadan sonra, 1981 tarihli Suça Teşebbüs Yasası’nın 1. bölümünde yer alan hükümde ise, failin bilmediği nedenlerden ötürü gerçekte suçu işlemesinin imkansız olması halinde teşebbüsten sorumlu olabileceği belirtilmiştir.

⁶⁶ Salt subjektif görüş eleştirilmiştir. Buna göre; subjektif görüş, hareket ile sonuç arasındaki nedensellik bağının varlığını tamamlayan elverişlilik ve tehlike kavramlarını reddetmektedir. Ancak, zarar veya tehlike doğurmayan bir hareket cezalandırılmayacağına göre, elverişlilik sorunu aslında hukuka aykırılık sorununun kendisidir. Hukuka aykırılık, zarar veya tehlike şeklinde bir içeriğe sahip olduğundan, teşebbüs halinde kalan bir hareketin cezalandırılması ancak ihlal ile arasında nedensellik bağının olmasına bağlıdır. Diğer bir eleştiri ise, failin suç işleme iradesinin cezalandırılmasının kanunilik ilkesini bertaraf ettiği gerekçesiyle yapılmıştır. Çünkü subjektif görüşün kabulü ile, henüz kanunî tipe uygun olarak dış dünyada meydana gelmeyen bir iradenin cezalandırılması sonucu doğar. Bkz. Alacakaptan, İşlenemez suç, s. 38-40.

⁶⁷ Örnek için bkz. Wilson, s. 507.

⁶⁸ Duff, R. A. (2004). *Criminal Attempts*. Oxford University Press, USA, s. 103-106; Ormerod, David, (2006). *Smith&Hogan, Criminal Law, Cases and Materials*. 9th edit. New York, s. 547-551; Brazier, Rodney. (1974). Reformulation of Criminal Attempts, *The Modern Law Review*, Vol. 37, No: 3, s. 332, s. 334; Fletcher, George P. (1986). Constructing a Theory of Impossible Attempts, *Criminal Justice Ethics*, Vol. 5, s. 54.; Temkin, J.. (1976). Impossible Attempts, Another View, *The Modern Law Review*, Vol. 39, No. 1, s. 61; Allen, Michael. (2005). *Textbook on Criminal Law*, 8th ed., United States, s. 269; Christie, s. 155; Hart, H.L.A. (1981). The House of Lords on Attempting the Impossible, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 1, No. 2, s. 149, s. 161-163; WILLIAMS, Lordlar Kamarası’nın bu kararında hata yaptığını ileri sürerek, subjektif tehlike teorisi taraftarı olarak suç işleme niyetinin cezalandırılması gerektiği görüşünü savunmaktadır. Williams, Glanville. (1986). The Lords and Impossible Attempts, or Quis Custodiet Ipsos Custodes?, *Cambridge Law Journal*, Vol. 45(1), s. 37 vd.

Ancak Lordlar Kamarası⁶⁹ 1985 yılında *Anderton v. Ryan* davasıyla ilgili olarak failin ne çalıntı mal satın alma suçu işlediğine, ne de bu suça teşebbüs ettiğine karar vermiştir. Bu davada, fail çalıntı olduğuna inandığı ancak gerçekte çalıntı olmayan bir videoyu, ucuzluktan çok uygun bir fiyata satın alır. Fail, ucuz fiyatından dolayı çalıntı olduğuna inandığı videoyu alma niyetiyle hareket etmiş, ancak gerçekte çalıntı olmayan bir videoyu satın almıştır. Bir başka ifadeyle, failin niyeti bir video satın almaktır; ancak ucuz fiyatından dolayı bu videonun çalıntı olduğuna inanmakta ve çalıntı videoyu satın aldığını düşünmektedir⁷⁰. Lordlar Kamarası kısa bir süre sonra 1986 *Regina v. Shivpuri* davasında, *Anderton v. Ryan* davasıyla ilgili olan kararından farklı bir karara imza atmıştır. Shivpuri adındaki kişi, deniz yoluyla Hindistan'dan İngiltere'ye seyahat ederken, tasarrufunda uyuşturucu madde olduğuna inandığı, ancak gerçekte kurutulmuş sebzelerden oluşan paketlerle yakalanmış ve uyuşturucu kaçakçılığına teşebbüs etmekten ceza almıştır. Lordlar Kamarası kararında, Shivpuri'nin Hindistan'dan İngiltere'ye uyuşturucu madde olduğuna inandığı bu paketleri yanında taşıma (tasarruf) ve orada teslim etme niyetiyle hareket ettiğini ve işlemeye niyet ettiği suç için hazırlık hareketlerinin ötesinde bir takım hareketlerde bulunduğunu belirtmiştir⁷¹. Lordlar Kamarası'nın vermiş olduğu bu karar değerlendirildiğinde; failin suç işleme niyetinin varlığına rağmen, maddi konunun bulunmaması nedeniyle suçu işlemenin imkansızlığı ortadadır. Buna rağmen failin suç işleme iradesi ve bu iradesi doğrultusunda yapmış olduğu hazırlık hareketleri cezalandırılmaktadır.

⁶⁹ İngiltere'de Lordlar Kamarası yasama erki yanında, yargısal erke de sahiptir. Lordlar Kamarası, ikinci ve son istinaf mahkemesi olarak görev yapar. Yargısal erkini kullanarak vermiş olduğu kararlar da tüm mahkemeleri bağlayıcı niteliğe sahiptir. Drewry, Gavin, (1968). One Appeal Too Many? Analysis of the Functions of the House of Lords as a Final Court of Appeal, *The British Journal of Sociology*, Vol. 19, No. 4, s. 445, s. 450; Williams, s. 33.

⁷⁰ Fletcher, s. 53; Clarkson, C.M.V. (1987). *Understanding Criminal Law*. Great Britain, s. 110; Simester, AP-Sullivan, GR. (2003). *Criminal Law Theory and Doctrine*, 2. ed., USA, s. 318-319; Christie, s. 156; Ashworth, Criminal Attempts, s. 731; DUFF, R. A. (1991). Attempts and the Problem of the Missing Circumstance. *N. Ir. Legal Q.*, Vol. 42, s. 88 vd.; Card, Richard. (2008). *Card, Cross&Jones Criminal Law*. 18th edit. New York, s. 620; Williams, s. 59 vd.

⁷¹ Ashworth, Criminal Attempts, s. 731; Ashworth, Andrew. (2006). *Principles of Criminal Law*. fifth edit., New York, s. 454; Christie, s. 156; Ormerod, s. 547; Card, s. 620-621; Williams, s. 55-56.

Doktrinde iki dava arasındaki farkın, failin suç işleme niyetinde olduğu ifade edilmektedir. *Anderton v. Ryan* davasında, fail gerçekte çalıntı bir malı alma niyetiyle hareket etmemiştir; ancak fiyatı ucuz olduğu için çalıntı olduğuna inandığı videoyu almıştır. *Regina v. Shivpuri* davasında ise, fail uyuşturucu ticareti yapmak amacıyla hazırlık hareketlerinin ötesinde bir takım icra hareketlerini gerçekleştirmiştir⁷². 1981 tarihli Suça Teşebbüs Kanunu'nun 1. maddesi de gösteriyor ki, failin suç işleme niyeti önemlidir. Bu nedenle, fail suç işleme niyetiyle hareket ediyorsa cezalandırılmalıdır⁷³.

Lord Hailsham ve Lord Bridge, *Regina v. Shivpuri* davasının *Anderton v. Ryan* davasından farklı olduğunu, bu farkın da “*niyet*” (intention) ile “*ikinci derecede kanaat*” (merely incidental belief) hususunda ortaya çıktığını vurgularlar. Zira *Anderton v. Ryan* davasında fail, ucuz video alma niyetiyle hareket etmekte, videonun fiyatının ucuz olması nedeniyle çalıntı olduğuna inanmaktadır. Oysa *Regina v. Shivpuri* davasında failin baskın olan niyeti uyuşturucu olduğuna inandığı paketleri tasarrufunda bulundurma ve birilerine teslim etmedir; bu nedenle failin suç işleme iradesi cezalandırılmalıdır⁷⁴.

Lordlar Kamarası'nın vermiş olduğu kararda, fail tarafından bilinmeyen nedenlerden dolayı suç işlemenin imkansız olduğu durumlarda, failin cezai sorumluluğunun olup olmadığını tespit edebilmek için şöyle bir ayırım yapılması gerektiği belirtilmiştir: Yapılan hareket, zararsız bir amaçla mı (*objectively innocent acts*), yoksa suç işleme amacıyla mı yapılmıştır (*acting in criminal way*)? İşte bu sorunun cevabı, failin niyetiyle ilgilidir. Failin suç işleme iradesi, tehlikeli ise fail cezalandırılmalıdır; tehlikesiz ise faille herhangi bir ceza verilmemelidir⁷⁵.

DUFF, bu hususla ilgili olarak “*niyetin cezalandırılmasının*” sübjektivist ve objektivist teorileri gündeme getirdiğini; İngiliz hukuk sisteminin de sübjektivist teorinin etkisinde olduğunu ifade etmektedir⁷⁶.

⁷² Simester/Sullivan, s. 319; Wilson, s. 509; Duff, Criminal Attempts, s. 111-112, s. 115.

⁷³ Wilson, s. 509.

⁷⁴ Duff, Criminal Attempts, s. 111-112.

⁷⁵ Clarkson, s. 110-111; Allen, s. 270; Herring, Jonathan. (2008). Criminal Law, Text, Cases and Materials, 3. ed., New York, s. 786-787; Simester/Sullivan, s. 317-318; Christie, s. 156; Duff, Attempts, s. 89-90.

⁷⁶ Duff, Criminal Attempts, s. 115.

İngiliz doktrinde işlenemez suç ifade etmek üzere “*factual impossibility*” kavramı kullanılmaktadır. Örneğin, failin zehir zannıyla düşmanının çayına şeker koyması aracın elverişsizliği nedeniyle işlenemez suç ipotezine vücut vermektedir. Yine gerçekte hamile olmayan bir kadına çocuk düşürtücü ilaç içirilmesi olayında maddi konunun bulunmaması nedeniyle, işlenemez suç söz konusu olur⁷⁷.

“*Factual impossibility*” kavramı kapsamında teşebbüs durumları da incelenmektedir. Örnek olarak, failin, herhangi bir kimsenin boş olan cebine elini atması, adam öldürmeye yetersiz miktarda zehir kullanması gösterilebilir. Gerek hukukî, gerekse fiilî yanılma şeklinde ortaya çıkan sözde suç ise, “*legal impossibility*” olarak nitelendirilmektedir⁷⁸. Doktrinde sözde suç ipotezini de ikiye ayırmaktadırlar: hukukî yanılma şeklinde ortaya çıkan sözde suç “*pure legal impossibility*”; fiilî yanılma şeklinde gerçekleştirilen sözde suç ise “*mixed fact/law impossibility*” olarak nitelendirilmektedir⁷⁹.

Fasıl 154 Ceza Yasası’nın 366. maddenin 3. fıkrası değerlendirildiğinde; Kıbrıs hukuk sisteminde, “*legal impossibility*” olarak nitelendirilen sözde suç durumları mazaret sayılırken, “*factual impossibility*” durumlarının işlenmesi kastedilen suça teşebbüs etmede mazeret olarak kabul edilmediği sonucuna ulaşılır. Dolayısıyla sözde suç ipotezleri cezasızlığı, işlenemez suç ipotezleri ise cezai sorumluluğu beraberinde getirir⁸⁰.

⁷⁷ Ormerod, s. 545; Robbins, s. 381, s. 385, s. 395; Keedy, s. 476, s. 479; Elkind, Jerome B. (1968). Impossibility in Criminal Attempts: A Theorist’s Headache. *Virginia Law Review*, Vol. 54, No. 1, s. 21-22; Herring, s. 783; Wilson, s. 508-509; Christie, s. 155-156; Ashworth, Criminal Attempts, s. 760-761; Enker, s. 669, s. 699; Westen, Peter. (2008). Impossibility Attempt: A Speculative Thesis. *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 5, s. 534-535.

⁷⁸ Ormerod, s. 543; Keedy, s. 476, s. 479; Elkind, s. 21-22; Herring, s. 783; Wilson, s. 508-509; Christie, s. 155-156; Ashworth, Criminal Attempts, s. 760-761; Enker, s. 667, s. 699; Robbins, s. 382; Westen, s. 534-535.

⁷⁹ Robbins, s. 389 vd.

⁸⁰ Fletcher, s. 55; Westen, s. 533; Robbins, s. 379; Mahkemeler, üç nedenden ötürü “*factual impossibility*” durumlarını cezai sorumlulukta mazeret kabul etmemektedirler: 1. Fail, tehlikeli iradesini ortaya koymaktadır; 2. Fail, suç işleme iradesiyle mağdurun menfaatlerini ihlal etmektedir; 3. Fail, kamunun menfaatlerini ihlal etmektedir. Bkz. Robbins, s. 383.

SONUÇ

Bir fiilin suç teşkil edebilmesi için, yapılan hareketin kanuni tipte belirtilen sonucu doğurmaya elverişli olması gerekir. Elverişlilik, fiile ilişkin bir niteliktir. Yapılan hareketin elverişliliği, hukuka aykırı veya ihlal edici niteliğe sahip olmasını gerektirir.

Elverişlilik değerlendirilirken, işlenemez suç ipotezi de gündeme gelmektedir. Türk Ceza Kanunu'nda işlenemez suça ilişkin ayrı bir hüküm mevcut değildir. Ancak işlenemez suçun, suç genel teorisi içerisinde tipiklik unsuruna olan etkisi bakımından ele alınması, ayrı bir hükme gerek kalmaksızın mâkul bir sonuca ulaşmamızı mümkün kılmaktadır. Nitekim elverişli bir hareket olmadan, ihlal edici bir fiilin ortaya çıkması imkânsızdır. İşlenemez suçtan bahsedilebilmesi, ancak aracın elverişsiz olması veya maddi konunun bulunmaması halinde söz konusu olur. Aracın elverişsizliği veya maddî konunun yokluğu, hareketin yapıldığı andaki şartlara göre değerlendirilmelidir.

Fasıl 154 Kıbrıs Ceza Yasası'nda ise, 366. maddenin 3. fıkrasındaki hükme göre, *“suçu işleyen kişinin bilmediği koşullar nedeniyle aslında suçu işlemenin olanaksız olduğu dikkate alınmaz”*. İçtihat hukukunun varlığını devam ettirdiği bir Yasa olan Fasıl 154'teki hüküm, failin bilmediği koşullar başlığı altında işlenemez suç ipotezlerinin tartışılmasını gerektirir. Bu tartışma kuşkusuz, hükmün anlaşılması ve kapsamının belirlenmesi açısından kaçınılmazdır. Bu doğrultuda yapılan değerlendirmelerden sonra, Kıbrıs Ceza Yasası'nın, işlenemez suçun cezalandırılmasını savunan görüş doğrultusunda kaleme alındığı sonucuna varmak mümkündür. Nitekim hüküm yorumlandığında anlaşılıyor ki, failin bilmediği koşullar nedeniyle suçu işlemesinin imkansız olması önemli değildir, failin tehlikeli olan suç işleme iradesinin ortaya çıkması cezalandırma için yeterli olacaktır. Bu nedenle, aracın elverişsiz olması veya maddi konunun bulunmaması nedeniyle suçu işlemenin imkansızlığı, faili cezai sorumluluktan kurtarmamaktadır. Fail, üzerinde suç işleyeceği bir eşya veya şahıs bulunmasa dahi tehlikeli bir irade ortaya koymuştur. Sübjektif tehlike teorisine göre de bu irade cezalandırılmalıdır.

KAYNAKÇA

- Alacakaptan, Uğur (Tarihsiz). *İşlenemez Suç*. Ankara (Anılış: İşlenemez suç).
- Alacakaptan, Uğur. (1967). *Suçun Unsurları*. Ankara (Anılış: Suçun unsurları).
- Allen, Michael. (2005). *Textbook on Criminal Law*, 8th ed. United States.
- Antolisei, Francesco. (1989). *Manuale di Diritto Penale*, PG. Milano
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner. (2007). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara.
- Ashworth, Andrew. (1987-1988). Criminal Attempts and the Role of Resulting Harm under the Code, and in the Common Law, *Rudgers Law Journal*, Vol. 19, s. 725-772 (Anılış: Criminal Attempts).
- Ashworth, Andrew. (2006). *Principles of Criminal Law*. Fifth edit. New York.
- Battaglini, Giulio. (1949). *Diritto Penale*, PG. Padova.
- Bettiol, Giuseppe/Mantovani, Luciano Pettoello. (1986). *Diritto Penale*, PG. Padova.
- Bettiol, Giuseppe. (1976). *Diritto Penale*, PG., Padova.
- Brazier, Rodney. (1974). Reformulation of Criminal Attempts, *The Modern Law Review*, Vol. 37, No: 3, s. 329-335.
- Cadoppi, Alberto/Veneziani, Paolo. (2002). *Elementi di Diritto Penale*. PG. Cedam Padova.
- Card, Richard. (2008). *Card, Cross&Jones Criminal Law*. 18th edit., New York.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem. (2008). *Türk Ceza Hukukuna Giriş*. İstanbul.
- Cerase, Marco. (1991). Contrasti giurisprudenziali in tema di reato impossibile, *Cass. Pen.*, Vol. II, s. 1786-1787.
- Christie, Sarah A. (2009). The Relevance of Harm as the Criterion for the Punishment of Impossible Attempts *The Journal of Criminal Law*, Vol. 73, s. 153-164.
- Clarkson, C.M.V. (1987). *Understanding Criminal Law*. Great Britain 1987.
- Contento, Gaetano. (1996). *Corso di Diritto Penale*, Vol. II, 1996.
- Demirbaş, Timur. (2005). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir. (1997). *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. I. 12*. Bası, İstanbul.

- Drewry, Gavin. (1968). One Appeal Too Many? Analysis of the Functions of the House of Lords as a Final Court of Appeal, *The British Journal of Sociology*, Vol. 19, No. 4, s. 445-452.
- Duff, R. A. (2004). *Criminal Attempts*, Oxford University Press, USA (Anlış: Criminal Attempts).
- Duff, R. A. (1991). Attempts and the Problem of the Missing Circumstance, *N. Ir. Legal Q.*, Vol. 42, No. 2, s. 87-108 (Anlış: Attempts).
- Elkind, Jerome B. (1968). Impossibility in Criminal Attempts: A Theorist's Headache, *Virginia Law Review*, Vol. 54, No. 1, s. 20-36.
- Enker, Arnold N. (1968-1969). Impossibility in Criminal Attempts-Legality and the Legal Process, *Minnesota Law Review*, Vol. 53, 1968-1969, s. 665-710.
- Erem, Faruk. (1995). *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. I, Genel Hükümler*. Ankara.
- Finkelstein, Claire. (1999). No Harm No Foul? Objectivism and The Law of Attempts, *Law and Philosophy*, Vol. 18, s. 69-84.
- Fiore, Carlo. (1963). L'ideoneità dell'azione nella struttura del fatto tipico, *Il Foro Penale*, s. 246-275 (Anlış: Idoneità dell'azione)
- Fiore, Carlo. (1955). *Il Reato Impossibile*, Napoli (Anlış: Reato impossibile).
- Fletcher, George P. (1986). Constructing a Theory of Impossible Attempts. *Criminal Justice Ethics*, Vol. 5, s. 53-69.
- Flora, Giovanni/Tonini, Paolo. (1997). *Nozioni di Diritto Penale*, Milano.
- Florian, Eugenio. (1932). *Corso di Diritto e Procedura Penale*. Torino.
- Gramatica, Filippo. (1934). *Principi di Diritto Penale Soggettivo*. Torino.
- Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem. (2010). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 2. Bası. Ankara.
- Hakeri, Hakan. (2011). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 11. Baskı. Ankara.
- Hart, H.L.A. (1981). The House of Lords on Attempting the Impossible, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 1, No. 2, s. 149-166.
- Herring, Jonathan. (2008). *Criminal Law, Text, Cases and Materials*, 3. ed. New York.
- Keedy, Edwin R. (1954). Criminal Attempts at Common Law, *Uni. of Pennsylvania Law Review*, Vol. 102, No. 4, s. 464-489.
- Keyman, Selahattin. (1980). Tipiklik ve Ceza Hukuku. *AÜHFD*, C. XXXVII, S. 1-4, s. 59-105.

- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan. (2009). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 2. Bası, Ankara.
- Kunter, Nurullah. (1954). *Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi*, İstanbul (Anlış: Maddî Unsurları).
- Kunter, Nurullah. (1949). *Suçun Kanunî Unsurları Nazariyesi*, İstanbul (Anlış: Kanuni Unsurları).
- L'innocente, Giulio. (1961). Considerazione in tema di reato impossibile. *Riv. it. di dir.e proc. pen.*, s. 1085-1098.
- Leone, Giovanni. (1975). *Elementi di Diritto e Procedure Penale*, 4. ediz. Napoli.
- Mantovani, Fernando. (1988). *Diritto Penale, PG*. 2. ediz. Padova.
- Manzini, Vincenzo. (1981). *Trattato di Diritto Penale Italiano Vol.II*. Torino.
- Marinucci, Giorgio/Dolcini, Emilio. (2002). *Diritto Penale, PG*, Milano.
- Mezger, Edmondo. (1935). *Diritto Penale*, Padova.
- Moleti, L. (1954). In tema di reato impossibile, *La Giust. Pen., Parte Seconda*, s. 836-842.
- Neppi-Modona, Guido. (1967). Reato Impossibile, *In Noviss. Dig. Ital.* Vol. XIV, s. 974-991 (Anlış: Reato Impossibile 1967).
- Neppi-Modona, Guido. (1973). *Il Reato Impossibile*, Milano. (Anlış: Il reato impossibile 1973).
- Ormerod, David. (2006). *Smith&Hogan, Criminal Law, Cases and Materials*. 9th edit. New York.
- Önder, Ayhan. (1992). *Ceza Hukuku Dersleri*. İstanbul.
- Özgenç, İzzet. (2008). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 3. Bası. Ankara.
- Pagliari, Antonio. (1998). *Principi di Diritto Penale, PG*. Milano (Anlış: Parte generale 1998).
- Pagliari, Antonio. (2000). *Principi di Diritto Penale, PG*. Milano. (Anlış: Parte generale 2000).
- Pannain, Remo. (1950). *Manuale di Diritto Penale, PG*, Vol. I, Torino.
- Piacenza, Scipione. (1967). Reato putativo, *In Noviss. Dig. Ital.*, Vol. XIV, s. 1003-1006.
- Robbins, Ira P. (1986). Attempting the Impossible: The Emerging Consensus, *Harvard Journal on Legislation*, Vol. 23, s. 377-443.
- Rossi, Antonio. (1968). *Natura Giuridica e Struttura della Desistenza Volontario*, Cosenza.

- Santaniello, Giuseppe/Maruotti, Luigi (1990). *Manuale di Diritto Penale*, PG., Milano.
- Santoro, Arturo. (1958). *Manuale di Diritto Penale I*, Torino.
- Scarano, Luigi. (1952). *Il Tentativo*, Napoli.
- Simester, AP/Sullivan, GR. (2003). *Criminal Law Theory and Doctrine*. 2. ed. USA 2003.
- Temkin, J. (1976). Impossible Attempts, Another View, *The Modern Law Review*, Vol. 39, No. 1, s. 55-69.
- Toroslul, Nevzat. (2009). *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara.
- Westen, Peter. (2008). Impossibility Attempt: A Speculative Thesis. *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 5, s. 523-565.
- Williams, Glanville. (1986). The Lords and Impossible Attempts, or Quis Custodiet Ipsos Custodes?. *Cambridge Law Journal*, Vol. 45(1), s. 33-83.
- Wilson, William. (2008). *Criminal Law Doctrine and Theory*. 3. Ed. England.