

İŞLENEMEZ SUÇ

Dr. İlhan AKBULUT*

İşlenemez Suç'a doktrinde, Muhal Suç veya Elverişsiz Teşebbüs de denilmektedir. İşlenemez Suç'u tarif etmek istersek; "Suçu işlemek için yapılan hareketin veya kullanılan aracın veya suç konusunun elverişsizliğinden dolayı boşa giden, suçu meydana getirmeyen bir teşebbüstür" diyebiliriz⁽¹⁾. Tanımdan da anlaşılacağı üzere işlenemez suç'ta üç türlü elverişsizlik durumu söz konusudur. Bunlar; 1. Suça yönelmiş harekette elverişsizlik, 2. Suçta kullanılan araçta elverişsizlik, 3. Suç konusunda elverişsizlik halleridir.

Şimdi bu elverişsizlik hallerini örnekle inceleyelim;

1. (A), düşmanı olan (B)'nin ölmesi için büyü yapıyor veya beddua ediyor. Burada harekette elverişsizlik vardır.

2. (C), şekerli suda eritilmiş iki tablet aspirinin çocuk düşürücü etkisine inandığından, hamile olan (D)'ye içiriyor. Burada aracın elverişsizliği söz konusudur.

3. (E), kalp sektesinden ölmüş olan (F)'yi uykuda öldürmek için ateş ediyor. Burada da konuda elverişsizlik vardır.

(*) Hakim Bnb.

(1) DÖNMEZER-ERMAN, İşlenemez Suç konusunda şu açıklamayı yapmaktadırlar: "Kanuni unsur bakımından ortaya çıkabilen sonuncu ihtimal ise, bazı sebepler yüzünden, kanuni tarife uygun bir fiili işlemin imkânsız oluşudur. Bu gibi hallerde ya suçun maddi konusunun bulunmaması veya kullanılan araçların elverişsiz olması dolayısıyla, fail kanuni tarife uygun bir fiili işlemek istediği ve tarif hakkında herhangi bir hataya düşmediği halde, bu arzusunu gerçekleştirememektedir. Bu gibi fillere doktrinde, işlenemez suç adı verilmektedir". Bkz. DÖNMEZER-ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C.I 7. Bası, İstanbul, 1979, s. 414.; Ayrıntılı bilgi için Bkz. ALACAKAPTAN, Uğur, İşlenemez Suç, Ankara, (Tarihsiz).; ARTUK ise, "Doktrinde konusunun bulunmaması veya kullanılan vasıtanın elverişsizliği yüzünden istenilen neticenin elde edilmesinin imkânsız olduğu suçlara işlenemez suçlar denir. Bütün bu hallerde önceden var olan, fakat icra hareketlerinin başladığı anda failin yanıltığı bir engel yüzünden sonucun meydana gelmesi imkânsızdır" demektedir. Bkz. ARTUK, Emin, Ceza Hukuk El Kitabı, (Müşterek Eser) İstanbul, 1989, s. 253.

Bu üç durumda da mutlak (kesin) bir elverişsizlik vardır. Ancak birçok hallerde elverişsizlik böyle kesin olmayabilir. Yani elverişsizlik "Nisbi" de olabilir. Nisbi elverişsizlikte suçun meydana gelmemesi bir rastlantı sonucudur. Şöyle ki, bir kimse gebe kadının çocuğunu düşürmek için etkili bir ilaç veriyor ama ilaç yeterli miktarda olmadığından çocuk düşmüyor. Biraz daha fazla olsaydı sonuç meydana gelecektir.

Bir diğer örnek de şöyle verebiliriz; (A) cüzdanı çalmak için (B)'nin cebine elini sokuyor, ama cep boş olduğundan bir şey çalamıyor. (B) biraz önce öteki cebine koymasaydı (A) cüzdanı çalacaktı.

İşlenemez Suç'u ana hatlarıyla ortaya koyduktan sonra, bu konuda doktrinde çok tartışmalı olan bir soruya temas edelim. Acaba elverişsiz teşebbüs cezalandırılacak mı? Bu konuda doktrinde üç teori ortaya atılmıştır.

1. Subjektif Teori

2. Objektif Teori

3. Tehlike Teorisi

1. Subjektif Teori: Bu teoriyi savunanlar, elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmasını istemektedirler. Çünkü fail, teşebbüsü ile tehlikeli bir adam olduğunu ortaya koymuştur. Failin suç işleme kastı anlaşılmıştır. Bu durum, cezalandırılması için yeterlidir. Herhangi bir zararın ortaya çıkmış olmasına gerek yoktur.

29.10.1921 tarihli Arjantin Ceza Kanunu (m. 44/4) ve 1937 tarihli İsviçre Ceza Kanunu (m.23/1) ve de Alman Ceza Kanunu Subjektif Teoriyi kabul ederek işlenemez suç failinin cezalandırılmasını kabul etmişlerdir. İsviçre Ceza Kanunu'nda (m. 23), elverişsiz teşebbüste hakim cezayı indirebileceğini kabul etmektedir. Demek ki, İsviçre Ceza Hukuku'nda elverişsiz teşebbüs cezalandırılmaktadır. Arjantin Ceza Kanunu'nda da failin arzettiği tehlikenin önemine göre hakim cezaya hükmetmeyebileceğini öngörmektedir⁽²⁾. Ancak fail, akılsızca hareket etmişse cezalandırılmayabilecektir. Alman Ceza Kanunu'nda da aynı hüküm vardır (m. 22). Almanya'da bu görüşün savunucusu Fittmanluden Von Buri'dir. Özetleyecek olursak Subjektif Teori, teşebbüste esas unsurun "cürüm işlemek kararı" olduğundan hareketle, nasıl diğer hareketlerde teşebbüs halinde kalan eyleme ceza veriliyorsa, işlenmez suç adı verilen hallerde de cezalandırmak ve teşebbüsün işlenmesi mümkün olan veya olmayan bir suça yönelmesi bakımından fark gözetmemek gerekir sonucuna varır⁽³⁾.

2. Objektif Teori: Bu teoriyi savunanlar, müteşebbisi cezalandırmak için suç kastının meydana çıkmış olmasını yeterli görmemektedirler. Sonucun gerçekleşme imkân ve ihtimalini de aramaktadırlar. Araçta ve bu konuda elverişsizlik yüzünden suçun meydana gelmesi imkânsız ise teşebbüsü cezalandırmaya gerek yoktur.

(2) ARTUK, Emin, Ceza Hukuku El Kitabı, (Müşterek Eser) İstanbul, 1989, s. 254.

(3) DÖNMEZER-ERMAN, age. s. 530.; EREM, Faruk, Türk Ceza Hukuku, C. I 6. Bası, Ankara, 1966.

İtalyan Ceza Kanunu bu görüşten yola çıkarak elverişsiz kalkışmanın cezalandırılmamasını kabul etmiştir (m. 49). Objektif Teori'ye göre, objektif bir tehlike söz konusu olmadıkça teşebbüsün cezalandırılmasına imkân yoktur ve böyle bir tehlikenin varlığını tespit bakımından, eylemlerin böyle bir suçu meydana getirmeye uygun ve elverişli olup olmadıklarına bakmak ve suçun konusu ile kullanılan vasıtaları ayrı ayrı incelemek gerekir. Ancak her iki halde de "kat'i" veya "nisbi" elverişsizlik söz konusu olabilir. Vasıtanın, hangi şartlar altında kullanılırsa kullanılsın veya suçun hangi şartlar altında işlenmişse işlensin sonuç doğurmayacağı hallerde Kat'i elverişsizlik vardır. Nisbi elverişsizlikte ise aracın miktarından veya kullanım tarzından ileri gelen veya suç mevzuunun yokluğundan değil o mahalde bulunmamasından ileri gelen bir elverişsizlik vardır.

İtalyan Ceza Kanunu bu görüşten yola çıkarak elverişsiz kalkışmanın cezalandırılmamasını kabul etmiştir (m. 49).

Objektif teorinin başlıca savunucuları; İtalya'da Romagnosi, Almanya'da ise, Feuerbach Carrara Rossi'dir.

3. Tehlike Teorisi: Bu teorinin temeli, araçta ve konuda elverişsizliğin "Kesin Elverişsizlik" ve "Nisbi Elverişsizlik" ayırımına dayanır. Bu konuda en doğru olan orta yolda, bu ayrıma göre bir sonuca varmaktır.

Kesin elverişsiz olan araçla veya hareketle yapılan veya kesin elverişsiz olan bir konuya yönelmiş teşebbüsün cezalandırılması gerekmez. Çünkü bu kalkışma bir tehlike değildir. Subjektif teoriyi kabul eden İsviçre Hukuku'nda elverişsiz kalkışmanın "tehlikeli" veya "tehlikesiz" ayırımı araçların ve konunun kesin ve nisbi elverişsizliği ayırımına uymaktadır. Buna göre örneğin; yeterli olmayan zehirle adam öldürmeye kalkışmak cezayı gerektirmelidir. Çünkü hareket tehlikelidir. Hareketin sonucu meydana getirmemesi bir rastlantıdır. Boş cebe elini sokan yankesici, çalacak bir şey bulamamıştır. Ama hareketi tehlikelidir. Cepte çalınacak bir şey bulunabilirdi. Yargıtay birkararında, başkasının cebine elini sokan ve çalacak bir şey bulamayan yankesicinin hareketinin kalkışma olarak cezalandırılması gerektiğini belirtmiştir⁽⁴⁾.

DÖNMEZER-ERMAN ise, şöyle bir ayırım yapmaktadırlar; Eğer kastedilen neticenin gerçekleşmesi sırf bir rastlantıdan dolayı meydana gelmişse teşebbüs söz konusudur. Yok eğer neticenin meydana gelişi her halükârda imkânsız ise işlenemez suç söz konusudur⁽⁵⁾.

İşlenemez Suç'u, bir ajan aracılığı ile işlenen suç ile de mukayese edebiliriz. Tabii burada bir ajan aracılığı ile işlenen suç'un cezalandırılması sonucu da önemlidir. Evvela ajan ile

(4) Yargıtay 2. C. D. 1.1.1949 tarih ve 1355/419 sayılı kararı.; Yine aynı doğrultuda Yargıtay 6. C. D. 30.1.1964 tarih ve 242/363 sayılı kararı.

(5) DÖNMEZER-ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. I, 7. Bası, İstanbul, 1979, s. 535. Yazarlar şöyle bir örnek vermektedirler: "Meselâ bir kimseye tehdit mektubu gönderip de belirli bir yere para koymasını bildiren kişi, bu yere gittiğinde içinde gazete kâğıdı bulunan bir paketi alırken polis tarafından yakalansa, konu bulunmadığından, işlenemez bir suçun varlığı ileri sürülemeyecektir, zira, günlük kayıt tecrübelerine dayanarak, failin neticeyi elde etmeye uygun bir şekilde harekte ettiğini, tehdit mektubundan korkabilen bir kişinin sözü geçen yere gazete kâğıdı yerine para koymasının mümkün bulunduğunu kabul edebiliriz."

Kışkırtıcı ajan kavramlarını birbirinden ayırmak gerekir. Kışkırtıcı ajan; suçu işletip yakalatmak amacıyla bir kimsede suç kararı uyandıran kışkırtıcıdır. Kışkırtıcıdır. BAYRAKTAR, Kışkırtıcı ajan konusunda şu şekilde bir açıklama yapmaktadır; "Suçluyu yakalayarak bir mükafat elde etmek, şahsî bir menfaat temin etmek veya hiçbir menfaat düşünmeksizin sosyal savunmayı, suçluyu ortaya çıkarmakla sağlamak gibi hususlar, falini saikini teşkil ederler ve bu durumda bulunan kimse kışkırtıcı olarak nitelendirilir. Tahrikçinin görevli bir kimse olması durumunda, suç göreve bağlı unsurlar harekete getirilerek gerçekleştirilmekte ve görevli kimse kışkırtıcı ajan provakatör şeklinde isimlendirilmektedir"⁽⁶⁾. Ajan ise; suç işlemeye hazır, kararlı bir kimseyi yakalamak veya yakalatmak üzere suça iten kişidir. Meselâ, Rüşvet aldığı duyulan memuru yakalamak için polis bir kimseyi, rüşvet karşılığında bir iş yaptırmak üzere memura gönderiyor. Bu kimse (ajan), rüşvet konusunda memurla anlaşılıyor; numaraları önceden tespit edilmiş paraları alır almaz memur polis tarafından yakalanıyor. Burada önceden önlem alınmış olduğu için sonucun meydana gelmesi olanaksızdır. Sonuç, gerçek bir sonuç değil, tabir yerinde ise tiyatrosu bir sonuçtur. Fail (rüşvetçi memur), yapacağını yapmıştır ama sonuç, elinde olmayan sebeplerle meydana gelmemiştir. O halde fiil tam teşebbüs sayılmalıdır (TCK. 62).

Türk Ceza Kanunu'nda ve Askeri Ceza Kanunu'nda teşebbüse ilişkin maddelerinde, İşlenemez Suç'a açıklık getirici bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak suça teşebbüsün varlığının kabulü için kanunumuzun aradığı şartlardan biri, elverişli bir vasıtanın kullanılmasıdır. Vasıtanın somut olarak elverişsiz oluşu, teşebbüsün yokluğunu gerektirdiğinden ve bu durumda da bir tehlike sözkonusu olmayacağından, faile ceza verilmesi mümkün olmayacaktır.

İşlenemez Suç'a Askeri Ceza Kanunu açısından örnek vermek için Askeri Yargıtay Daireler Kurulu'nun bir kararını aktaralım; "Daire kararında işaret edildiği gibi, Askeri Ceza Kanunu'nun 81. maddesindeki suçun, hilenin kullanılması ile sonuç alınmasa dahi oluşmuş olacağından kuşku yoktur. Ancak kanun, hilenin Askerlikten kısmen veya tamamen kurtulmak kastı ile yapılmasını şart koyduğuna göre, aslında askerliğe alınması gerekmeyen bir kişinin bu niyetle hareket etmesinin cezalandırılması, askerliğe elverişli olmadığını bilmeyen bir kişinin sadece niyetinin cezalandırılması gibi, ceza kanunlarımızın temel felsefesine ters düşen bir anlayıştır. Bu olayda doktrin alanında ifade edildiği gibi suçun maddi mevzuu mevcut değildir. Ve gene doktrinde örnek olarak verilen ölmüş bir kişiye öldürmek kastı ile ateş edilmesi gibi, olayımızda da aslında askerliğe alınması gerekmeyen bir kişinin sadece bu niyetle hareket etmesinin cezalandırılması askerliğe elverişli olmayan bir kişinin hile yapması eş değerdedir. Her ne kadar bu hususta değişik görüşler olmakla beraber İşlenemez Suç kuralı Askeri Yargı'da kabul edilmektedir. Örnek vermek gerekirse, firar suçunun işlendiği sırada askerliğe elverişli olmadığı saptanan kişi, kıtasından izinsiz ayrıldığı yani kıtadan uzaklaşmak kastı ile icraya başladığı halde cezalandırılmamaktadır. Keza Üste Fiilen Taarruz suçunu işleyen kişi, suç tarihinde askerliğe elverişli olmadığı saptandığında, üste fiilen taarruz suçunun İşlenemez Suç olduğu kabul edilerek müessir fiilden cezalandırılmaktadır" denmektedir.

(6) BAYRAKTAR, Köksal, Suç İşlemeye Tahrik Cürmü, İstanbul, 1977, s. 131.; Kışkırtıcı Ajan konusunda geniş bilgi için bkz. EREM, Faruk, Kışkırtıcı Ajan, Ankara, 1974.; Kışkırtıcı Ajanın ceza sorumluluğu konusunda ise bkz. ERSOY, Yüksel Kışkırtıcı Ajanın Ceza Sorumluluğu, Özgür İnsan, 1936, sayı: 12

Kanaatimizce, İşlenemez Suç'ta vakıaların soyut ve genel olarak değil de her olayda somut ve özel olarak ele alınması gerekir. Somut olayda fiilin ortaya çıkardığı bir tehlike yoksa ve neticenin gerçekleşmesi imkânsız ise faile ceza verilmemelidir.

Mevzuatımızda İşlenemez Suç konusunda açık bir hükme rastlanmamaktadır. Bu sebeple genel hükümler doğrultusunda karar verilmesi gerekir.

KAYNAKÇA

- ALACAKAPTAN, UĞUR** : Uğur, İşlenemez Suç, Ankara (Tarihsiz).
- ARTUK, Emin** : Ceza Hukuku El Kitabı (Müşterek Eser), İstanbul 1989.
- BAYRAKTAR, Köksal** : Suç İşlenmeye Tahrik Cürmü, İstanbul, 1977.
- DÖNMEZER, Sulhi-ERMAN, Sahir** : Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. I, 7. Bası, İstanbul, 1979.
- EREM, Faruk** : Türk Ceza Hukuku, C. I, 6. Bası, Ankara, 1966.
- EREM, Faruk** : Kışkırtıcı Ajan, Ankara, 1974.