

CEZAYA DEĞER HAKSIZLIĞIN FORMEL TESPİTİNDE PARÇA HAREKET TEORİSİ (TEIL-/ZWISCHENAKTSTHEORIE) VE HUKUKUMUZ BAKIMINDAN UYGULANABİLİRLİĞİ

Fragmentary or Intermediate Movement Theory (Teil-/Zwischenaktstheorie) in the Determination of the Concept of “Directly Commencement of Execution” and Its Applicability in Terms of Turkish Criminal Law

Hasan ÇATAKLI*

ÖZET

Ceza hukukunun suça yönelmiş bir insan davranışını hangi andan itibaren cezaya değer bir haksızlık olarak kategorize edebileceği sorusu, suça teşebbüste icra başlangıcının tespiti ile doğrudan doğruya bir ilişki içerisindedir. Bu bakımdan icra başlangıcının tespitine yönelmiş teorilerin cezaya değer haksızlığın yapısı ve norm teorisi bakımından da ele alınması gerekliliği söz konusudur. Çalışma icra başlangıcı kavramının öncelikli olarak cezaya değer haksızlığın yapısı bakımından oturduğu düzlemi formel ve maddi açıdan ele almakta ve hareketin haksızlığında bulunması gereken objektif unsuru tanımlamaktadır. Söz konusu değerlendirmeler bağlamında Alman Ceza Hukuku literatüründe icra başlangıcı bakımından hâkim görüş olan Parça/Ara Hareket Teorisini cezaya değer haksızlığın formel tespitinde değerlendirmekte ve teorinin uygulanışını çalışmanın boyutlarının elverdiği ölçüde, Türk Ceza Hukuku açısından teorinin uygulanabilirliğini de sorgulayarak, ayrıntılı olarak incelemektedir.

Anahtar Kelimeler: Suça teşebbüs, doğrudan doğruya icra başlangıcı, formel anlamda cezaya değer haksızlık, hareketin objektif haksızlığı, parça/ara hareket teorisi, somutlaştırılmış ara hareket teorisi.

ABSTRACT

The question of from what moment criminal law can categorize a criminal human behavior as an injustice worthy of punishment is directly related to the determination of the commencement of execution in the attempted crime. In this respect, the theories aimed at determining the beginning of the execution should also be considered in terms of the structure of the injustice worth the punishment and the norm theory. The study considers the formal and material aspects of the plane on which the concept of the commencement of execution is based, primarily in terms of the structure of the injustice worth the punishment, and defines the objective element that must be present

➤ Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 22.10.2022

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 13.06.2023

* Dr. Öğr. Üyesi, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi, hasancatakli@sdu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-5631-3343>.

in the injustice of the act. In the context of these evaluations, it evaluates the Part/Intermediate Movement Theory, which is the dominant view in terms of the beginning of execution in the German Criminal Law literature, in the formal determination of injustice worth punishment and examines the application of the theory in detail by questioning the applicability of the theory from the point of view of Turkish Criminal Law as far as the scope of the study allows.

Key Words: Attempted crime, directly commencing the execution of the crime, formal punishable injustice, objective injustice of action, fragment/movement theory, embodied intermediate movement theory.

GİRİŞ

Halihazırda suç öğretisinin en tartışmalı konularından biri olan suça teşebbüs kurumu içerisinde gündeme gelen en önemli sorulardan biri, hazırlık hareketleri ve icra hareketlerinin nasıl ayırt edileceğidir. Söz konusu soru aynı zamanda ceza hukuku bakımından suç tipini gerçekleştirmeye yönelik hareketin hangi aşamadan itibaren cezaya değer bir haksızlık teşkil edeceğinin tespiti anlamını da taşımaktadır. Dolayısıyla icra başlangıcının tespitinin hem haksızlık teorisine hem de norm teorisine ilişkin boyutu bir kenara bırakılamayacaktır.

İcra başlangıcına ilişkin ACK § 22’de yer alan “doğrudan doğruya icraya başlama” ölçütünün somut olaya uygulanmasında Alman Ceza Hukukunda ağırlıklı olarak kabul edilen ve mahkeme kararlarında da uygulanan görüş; kişisel, formel ve maddi (individuell-formel und objektive) bir yaklaşıma sahip Parça/Ara Hareket teorisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Parça/Ara hareket teorisi, TCK m. 35’in madde metninde yer alan “doğrudan doğruya icra” başlangıcı kavramının açıklanması için gerekçede kullanılan “suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketler” ifadesinde doğrudan atıf yapılan Frank formülünün geliştirilmesi ve farklı olaylara ilişkin istikrarlı bir uygulamayı mümkün kılacak şekilde somutlaştırılması için geliştirilmiş normatif ölçütleri ihtiva etmektedir. Bu sebeple teorinin ele alınması Türk Ceza Hukuku bakımından önem arz etmektedir.

Bu bağlamda çalışmada öncelikli olarak icra başlangıcının tespitinin cezaya değer haksızlık kavramı bakımından ne anlama geldiği, ceza normunun yapısı ile ilişkisini ve konunun cezaya değer haksızlığın yapısı içerisinde neye tekabül ettiği hususlarına odaklanılmıştır. Bu doğrultuda cezaya değer bir haksızlığın varlığı için gerekli asgari maddi içerik olarak kabul ettiğimiz hareketin haksızlığının objektif unsuru kendi görüşümüz çerçevesinde kısaca ele alınmıştır. Daha sonrasında formel açıdan cezaya değer haksızlığın tespiti olarak ifade edilen suç tipinin icrasına doğrudan doğruya başlama kavramının tespitinde Parça/Ara hareket Teorisinin ortaya çıkışı, mahkeme kararlarında nasıl ele alındığı ve daha da somut hale getirilmesinde literatürde ortaya atılan görüşler incelenmiştir. Çalışmanın devamında Parça Hareket Teorisinin kullanıldığı ölçütlerin suçun öznesini de dikkate alan (subjektif) bir içeriğe sahip olması sebebi ile objektif bir teşebbüs düzenlemesine sahip Türk Ceza Hukuku

bakımından uygulanabilirliği sorusu cevaplanmaya çalışılmış ve teorinin kriterleri Yargıtayın kararına konu olmuş bazı olaylara, literatürdeki farklı görüşler de ele alınarak, uygulanmıştır.

I. “DOĞRUDAN DOĞRUYA İCRAYA BAŞLAMA” KRİTERİNİN TEŞEBBÜSTE CEZAYA DEĞER BİR HAKSIZLIĞIN FORMEL VARLIĞI AÇISINDAN DOĞMATİK VE NORMATİF GEREKLİLİĞİ

Türk Ceza Kanunu m. 35 f. 1’de tanımlanan suça teşebbüs kavramında açık bir şekilde teşebbüsün varlığı için failin işlemeyi kastettiği suçu “doğrudan doğruya icraya” başlamasının gerekli olduğu belirtilmiştir. Fakat doğrudan doğruya icraya başlama kavramının gerekliliği sadece teşebbüs kavramının yasal tanımında bulunmasından kaynaklı sistematik bir yorum sonucunda ulaşılan bir gereklilik değildir. Suça teşebbüste failin belirli bir suç tipine yönelik olarak doğrudan doğruya icra hareketlerine başlaması hem aranan kastın varlığına hükmedilebilmesi hem de cezaya değer bir haksızlığın varlığı için asgari bir şart olan davranışın haksızlığının gerçekleştiğinin kabulü için gerekli görünmektedir.

A. Kastın varlığına hükmedilebilmesi bakımından

Teşebbüsün haksızlık yapısında neticenin haksızlığının yokluğunda hareketin subjektif haksızlığı olan kast ön plana çıkmaktadır. Ceza hukuku bakımından önem arz eden kast ise herhangi bir kast değildir. Bilakis kanunda tanımlanması ile birlikte kanun koyucu tarafından cezaya değer haksızlık olarak kabul edilen belirli bir suç tipini gerçekleştirmeye yönelmiş bir kastın varlığı önemlidir. Gerek TCK m. 21 f. 1’de yer alan ve kastı tanımlayan ifadenin gerekse TCK m. 30 f. 1’de yer alan “kanuni tanımdaki maddi unsurları bilmeyen kimse, kasten hareket etmiş olmaz” ifadesinin mantıki yorumu da bizi bu kabule götürür. Suç tipine dayalı ceza hukukunda belirli temel kavramların normatif ve yasa sistematigi içerisinde tanımlanması bir gerekliliktir. Yasal düzenleme suça teşebbüste kastın varlığını gerekli kılmıştır. Yasal düzenlemelerin yorumlanması sonucu ulaşılan kast tanımı, suç tipinde yer alan maddi unsurların bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesi olarak failin fiili ile bağıntılıdır. Diğer bir ifade ile aranan kast, fiil kastıdır (Tatvorsatz).¹ İster yasanın sistematigi isterse kastın varlığına hükmedecek olan kişinin olayı dışarıdan değerlendiren üçüncü bir kişi olması dikkate alınarak yapılacak doğru bir akıl yürütme ile diyebiliriz ki failin kastının varlığı ve hangi suça yöneldiğinin dolaysız bir şekilde bilenebilmesi mümkün değildir.² Kastın varlığına ve hangi suça yönelik

¹ Joachim Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode (De Gruyter, 2. Baskı, Berlin 1988) 5

² “Der Vorsatz muss über İndizen erschlossen werden, weil er unmittelbarer Beobachtung nicht zugänglich ist”, Claus Roxin, Strafrecht AT, Cild I (C.H.Beck, 4. Baskı, München 2006) § 12 Kn. 32.



olduğuna ilişkin bir hükme varılabilmesi buna delalet eden emare ve delillerin bulunmasına bağlıdır. Kastın varlığına dayanak oluşturacak zeminin aradığımız kastın niteliğine uygun olması gerekir. Aradığımız kast suç tipinin maddi unsurları ile örtüşen ve ona karşılık gelen bir bilme ve isteme olduğuna göre bu kastın varlığına hükmedebilmemizi mümkün kılacak zemini bize sağlayacak olan fiili delilin de buna denk olması gerekir. Bu takdirde kastın tespitini mümkün kılacak fiili delilin ancak failin suçun maddi unsurlarını bilerek ve isteyerek gerçekleştirmeye yöneldiğini ortaya koyan hareketler ya da bir diğer ifade ile failin suç tipini gerçekleştirmeye doğrudan doğruya başladığını gösteren hareketler olarak kabul edilmesi gerekir. Bu bağlamda doğrudan doğruya icra başlangıcı sadece yasal tanımın bir gereği olarak değil, aynı zamanda suça teşebbüsün varlığı için gerekli olan kastın olayda varlığına hükmedilebilmesi için dış dünyada gerçekleşmesi fiili delilin gereğidir.³

B. Cezaya değer bir haksızlığın bulunması bakımından

Doğrudan doğruya icraya başlama kriteri aynı zamanda formel maddi haksızlık anlayışının bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Ceza Hukuku cezaya değer haksızlıkları tipikleştirerek cezalandırılabilirliğin sınırlarını belirlemektedir. Dolayısıyla cezaya değer hareket ve haksızlığın sınırlarını normatif olarak belirlemektedir. Cezaya değer bir haksızlıktan bahsedilebilmesi için suç tiplerinin altında yatan, kaçınma veya yapma yükümlülüğü getiren normatif emrin muhatabının emrin içeriğine aykırı bir davranışının gerçekleşmiş olması gerekir.

Ceza normunun davranış ve yaptırım normu olmak üzere iki basamaklı bir yapıya sahip olduğu noktasında *Binding*'in görüşlerine dayanan ve yaygın olarak kabul edilen düalistik norm konsepti dikkate alındığında, teşebbüste failin en azından, toplumsal davranış biçimlerini düzenleyici bir etkiye sahip olan davranış normunu ihlali etmiş olması gerekir. Söz konusu davranış normunun ihlali ceza normunun değerlendirici fonksiyonunu (**Bewertungsnormen**) devreye sokacak ve failin davranışını değersiz (Unwert) ya da bir değer barındırmayan, diğer bir diğer ifade ile hukuki değerlere saygı göstermeyen davranış olarak değerlendirecektir. Davranış normları (**Verhaltensnorm**), mantıksal açıdan zorunlu bir çıkarım olarak, tipikliğin ön alanında tesirini gösterir. Ceza normunun amacı toplumsal yaşamın bir arada huzur ve refah içinde devamı için zorunlu olan hukuki değerleri korumaktır. Bu koruma sadece “başkasını öldürme” veya “başkasını yaralama” emrinde olduğu gibi suç tipinde yer alan neticeyi gerçekleştirmeyi yasaklayarak en uygun olarak sağlanmaz. *Renzikowski*'nin bu bağlamda isabetli bir şekilde doğrudan *Binding*'in cümlelerine yaptığı atıfla vurguladığı gibi “*Failin hareketi üzerinde verilen hukuka*

³ Hasan Çatakli, *Der Versuch im deutschen und türkischen Strafrecht* (Dr. Kovac, Hamburg 2020) 280; Krş. Oltmanns, *Ingmar Vorbehalt und Bedingung beim Versuch* (Dr. Kovac, Hamburg 2018) 168.

aykırılık hükmü mantıksal açıdan zorunlu olarak ceza kanununun öncesinde gelen ve onu hazırlayan (mümkün kılan) ve de yapısal olarak ondan farklılaşan hukuk kurallarının varlığını şart koşar."⁴ Ceza normunun koruma amacına en uygun biçimde hizmet edebilmesi için, özellikle neticeli suçlarda, tipik neticeyi gerçekleştirmeye yönelmiş davranışların da yasaklanması gerekir.⁵ Bu da özellikle doğrudan doğruya icra başlangıcı kavramını içeren teşebbüs düzenlemesi ile birlikte öldürmeyi yasaklayan davranış normunun algoritmasını "öldürmemelisin" ve "başka birisinin ölümü ile sonuçlanacak fiillerin icrasına başlamamalısın" şeklinde formüle edilmesini anlamlı kılacaktır. Bu bağlamda teşebbüs hükmü ile kasten öldürme suçunu düzenleyen hüküm birlikte yorumlandığında ortaya çıkan davranış normunun formel anlamda ihlal edildiğinin kabulü için, failin ölüm neticesine götüreceği fiillerin bizatihi kendisinin icrasına başlamasının gerekli olmadığını gösterir. Fail mağdurun ölümü ile sonuçlanacak davranışlara doğrudan doğruya yönelmişse bir diğer ifade ile failin suç yolunda gelmiş olduğu aşama dikkate alındığında artık bir sonraki hareketinin mağdurun ölümüne yol açacak davranışın bizatihi kendisinin icrası olduğunu söyleyebiliyorsak fail söz konusu davranış normunu ihlal etmiş olur. Böylelikle fail teşebbüs normu kapsamında cezaya değer haksızlığı biçimsel açıdan (formelle Unrechtsbegründung) gerçekleştirmiş olur.

Diğer yandan ceza hukukunun devreye girmesi için neticenin gerçekleşmesini veya tipik hareketin bizatihi icrasını zorunlu kılmak, ceza hukukunu birçok olayda hukuki değerlerin ancak somut olarak zarar görmesinden sonra devreye giren bir enstrüman haline getirmek anlamına gelecektir. Bu durum bazı olaylarda tipik hareketin icrası beklenmesinin ceza normunun meşruiyet zemini olan hukuki değerlerin korunması bakımından oldukça geç bir safhaya tekabül etmesinden kaynaklanmaktadır. Bizatihi tipik hareketin icrasının zorunlu olarak beklenmesi aynı zamanda iki basamaklı bir yapıda olduğu kabul edilen ceza normunun toplumdaki bireylerin davranışlarını yönlendirici etkisi kabul edilen belirleyici norm (**Bestimmungsnorm**) içeriğini görmezden gelmek anlamına gelir. Oysaki modern ceza hukukunda ağırlıklı olarak kabul edilen teleolojik suç öğretisi ceza hukuku bakımından yapılacak değerlendirmenin bağlantı noktası olarak, failin korunan hukuki değerlere saygı göstermediğini ortaya koyan hareketi kabul etmektedir. Teşebbüs düzenlemeleri ile tipikliğin henüz gerçekleşmediği safhada tipiklikle dar bir ilişki içerisinde tipikliğin bizatihi icrasına yönelmiş hareketler cezalandırılmaktadır. Bu nitelikteki kasıtlı bir hareket (hareketin haksızlığının sübjektif yönü) formel anlamda davranış normunu ihlal eder (doğrudan doğrualık talebi).

⁴ Joachim, Renzikowski, Normentheorie als Brücke zwischen Strafrechtsdogmatik und Allgemeiner Rechtslehre in v. Alexy (eds.) (2001) 87 (1) Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 110, 111.

⁵ Anne Schneider, Die Verhaltensnormen im Internationalen Strafrecht (Duncker & Humblot Berlin 2011) 32.



Davranış normları bireylere somut davranış yükümlülükleri yüklemektedir. Bireyin suç tipleri ile somutlaştırılmış davranış yükümlülüğüne aykırı bir davranış ortaya koyması yaptırım normunun devreye girmesinin şartını oluşturur. Diğer bir ifade ile yaptırım normları kendilerini somut davranış yükümlülüğüne aykırı davranışların hukuki sonucu olarak ortaya koyarlar.⁶

Davranış normunun ihlalinin cezaya değer bir haksızlık düzeyinde kabul edilebilmesi için norm ihlalinin fail ve failin ceza normu ile kurduğu zihinsel ilişkinin dışında da bir anlam taşıması, daha doğrusu günlük toplumsal anlam şablonlarında algılanabilir olması gereklidir. Her ne kadar davranış normları soyut bir yapıya sahip olsalar da davranış yükümlülüğü ihlalinin cezalandırmanın konusu teşkil edebilmesi için somut ve maddi bir içeriğe sahip olması gerekir. Bu da suça teşebbüste de somut, gerçek ve algılanabilir bir norm ihlalinin varlığını zorunlu kılar.

Ceza Hukuku bakımından ehemmiyet arz eden bir algıdan bahsedebilmemiz norm ihlalinin toplumsal düzlemde algılanabilir olmasını gerektirir. Algılanabilirlik noktasında belirleyici ölçüt, ceza hukukunda hareketin anlamının “*karar veren toplumun normatif konsensüsüne göre*”⁷ dikkate alındığında, “*hüküm veren toplumun fiktif temsilcisi*”⁸ olarak izan ve vicdan sahibi ortalama bir gözlemcinin *ex ante* bakış açısından yapılacak değerlendirme olacaktır.⁹

Çalışmanın konusunu teşkil eden ceza hukukunda hazırlık ve icra hareketlerinin birbirinden nasıl ayrılacağı sorusuna cevap arayan ara hareket teorisi; cezaya değer ve cezalandırılabilir bir hareketin suç yolunda hangi aşamadan itibaren söz konusu olabileceğinin formel olarak tespitine yönelmiştir. Suça teşebbüste cezaya değer bir haksızlığın varlığının gerekli olduğunu yukarıda belirtmiş ve bu anlamda bir haksızlığın varlığı için failin anlam dünyası dışında reel ve algılanabilir bir şekilde davranış normunun ihlalinin zorunlu olduğunu ifade etmiştik. Suça teşebbüste bu bağlamda belirtilmesi gereken, genel hükümler kısmında düzenlenen teşebbüs normlarının tek başlarına kendilerine ait bir haksızlık tipine sahip olmadıkları, haksızlık içeriğinin ancak somut olayda söz konusu olan suç tipi dikkate alınarak yapılacak yorumla somutlaştırılacağıdır. Diğer bir ifade ile teşebbüsün haksızlığı tespiti için ihlal edilmiş olması gereken davranış normu ancak failin işlemeye yöneldiği tipikleştirilmiş haksızlıktan, diğer bir ifade ile suç tipinden yola çıkılarak belirlenebilecektir.¹⁰ Bu sebeple failin hareketinin en azından formel açıdan hareketin haksızlığını

⁶ Schneider (n 5) 37.

⁷ Matthias Wachter, Das Unrecht der versuchten Tat (Mohr Siebeck, Tübingen 2015) 171.

⁸ Stephan Ast, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik (Duncker & Humblot, Berlin 2012) 15.

⁹ Ayrıca bkz. Bugünkü dogmatikte “Hareketin toplumsal anlamının tespitinde kurallar”, Günther Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung (Klostermann, Frankfurt am Main 2012) 17.

¹⁰ Georg Freund/Frauke Rotalski, Strafrecht Allgemeiner Teil (Springer, Berlin 2019) § 8 Kn. 30.

(Handlungsunrecht) ortaya çıkardığı, ceza normunu ihlal ettiği ve bu bağlamda failin korunan hukuki değeri tanımadığını (Handlungsunwert) gösterdiği değerlendirmelerinde bulunulabilmesi için failin suç tipinin doğrudan doğruya icrasına başlamış olması, bir gereklilik olarak karşımıza çıkar.¹¹ Bu açıklamalar ışığında “doğrudan doğruya icraya başlama” kriteri aynı zamanda cezaya değer bir haksızlığın suça teşebbüste en azından formel açıdan söz konusu olabilmesi için de bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır.¹² Çalışmanın konusu teşkil eden ara hareket teorisi de zaten söz konusu bu kriteri hayat olaylarına istikrarlı bir şekilde uygulanabilmesi için somutlaştırmayı hedeflemektedir.

Elverişli hareket kavramı her ne kadar literatürde yerleşik olarak müstakil bir başlık altında hareketlerin elverişliliği bağlamında tartışılıyorsa da mahkeme kararlarında¹³ hareketlerin elverişliliğinin icra başlangıcının tespiti bakımından dikkate alındığı görülmektedir. Hareketlerin elverişliliği kavramını suça teşebbüs bağlamında cezaya değer haksızlığın maddi boyutu olarak değerlendirilmelidir. Bu bakımdan teşebbüs hareketlerinin elverişliliği kavramının cezaya değer haksızlığın kuruluşundaki rolüne ele alınan konuya ilişkin olarak kısaca değinilmesinde fayda görmekteyiz.

Suç tiplerinin altında yatan davranış normlarının ihlali olarak tanımlanan cezaya değer haksızlık salt formel olarak tanımlanamaz. Aynı zamanda cezaya değer bir haksızlıktan söz edilebilmesi için norm ihlalinin maddi bir içeriğe sahip olması gereklidir. Aksi takdirde norm ihlali ve buna bağlı olarak cezaya değer haksızlığın ortaya çıkışı sadece failin tasavvur dünyasında norm ile kurduğu zihinsel ilişkiye indirgenecektir. Oysaki ceza normunun ihlalden ve buna bağlı olarak ortaya çıkacak cezaya değer haksızlıktan bahsedebilmek için failin fiili ile korunan hukuki değere saygı göstermediğini sosyal bakımdan algılanabilir ve anlaşılabilir biçimde ortaya koyması gereklidir. Bu elzem bir husus olarak, ceza hukukunun ve cezaya değer haksızlığın asla göz ardı edilemeyecek olan sosyal boyutunun ortaya koyduğu bir gerekliliktir. Bu maddi ilişki olmaksızın haksızlığın ortaya çıkışı ve davranış normunun ihlali ile ceza normlarının meşruiyetini sağlayan hukuki değer korunması amacı (**Rechtsgutschutz**) arasındaki bağıntı tam olarak ortaya konulamayacaktır. Davranış normu ihlalinin maddi içeriği hareketin haksızlığının objektif unsuruna karşılık gelecektir.¹⁴ Hareketin haksızlığının objektif unsurunu tanımlamak gerekir.

¹¹ Kişisel haksızlık öğretisi bağlamında ifade edilen görüşlerin hareketin haksızlığının formel olarak suç tipinde tanımlanan hareketin özelliklerine indirdiği görüşü için, Wolfgang Röttger, Unrechtsbegründung und Unrechtsausschuss (Duncker&Humblot, Berlin 1993) 240, 241.

¹² Çatakli (n 3) 407, 408; Freund/Rotalski (n 10) § 8 Kn. 47 v.d.

¹³ Yarg. 14 CD. 05.02.2014, 2012/2733, 2014/1160; Benzer bir şekilde bkz. Yarg. 14. CD. 24.03. 2016, 2016/236; 2016/2925.

¹⁴ Çatakli (n 3) 168 v.d.



Bu tanımlamada ceza hukukunun pozitivist felsefenin dilini bir kenara bırakıp kendine has bir normatif dili benimsemeye başlamasının en önemli göstergesi olan objektif isnadiyet teorisi ile birlikte ceza hukuku terminolojisine yerleşen risk kavramının merkeze alınması gerektiğini düşünmekteyiz. Söz konusu risk kavramı tabii ki ceza hukuku bakımından ehemmiyet arz eden, ceza hukukunun gerekleri doğrultusunda şekillendirilen bir kavram olacaktır. Bu bağlamda failin davranışı ile belirli bir suç tipi arasında normatif ve iletişimsel bir ilişkinin varlığını, failin zihin dünyası dışında sosyal olarak algılanabilir bir biçimde, ortaya koyan bir risk söz konusu olmalıdır. Meselenin hem maddi hem de formel boyutunu ihtiva eden diğer bir ifadeyle: Hareketin haksızlığının objektif unsurunun oluşması için, failin doğrudan doğruya suç tipinin icrasını teşkil eden davranışları ile bir suç tipinin gerçekleştirilebileceğine ilişkin normatif olarak algılanabilir, ceza hukuku bakımından ciddiye alınması gereken bir riski ortaya koymuş olması gerekir.¹⁵ Bu gereklilik cezaya değer haksızlığın sadece failin norm ile kurduğu anlam ilişkisine indirgenmesinin önüne geçerken, aynı zamanda norm ihlalinin sadece formel olarak anlaşılmasının önüne geçmiş olacaktır.

Açıklamaya çalıştığımız yaklaşımı bir başka açıdan kısaca özetlemek gerekirse doğrudan doğruya icra başlangıcı ile ortaya çıkan formel anlamdaki bu norm ihlali aynı zamanda yeterli maddi içeriğe sahipse (hareketin haksızlığın objektif yönü) teşebbüste cezaya değer haksızlık (*Strafwürdigkeit*) kurulmuş olur.¹⁶ Cezaya değer haksızlık kavramı suç dogmatikğine ilişkin bir kavramdır. Söz konusu fiilin cezaya değer haksızlık teşkil etmesi, öncelikli olarak hukuki değerlerin korunmasını kendisine amaç edinen ceza hukukunun artık kategorik olarak hareketleri ilgi alanı dışında değerlendiremeyeceği anlamına gelmektedir. Bu noktadan itibaren eylem ancak kriminal politik bakımından

¹⁵ Bu kavramla kişisel haksızlık teorisi ve objektif isnadiyet teorisinin uzlaştırıldığı bir düşünsel zemin bulduğumuzu düşünmekteyiz. Kavramın temellendirilmesi ve söz konusu uzlaşma zemininin açıklaması için bkz. Çatakli (n 3) s. 167, 173-178. Ayrıca bu yaklaşım bağlamında kurgulanan bir teşebbüs kavramı önerisi ve uygulanmasına ilişkin örnekler için, Çatakli (n 3) 411- 418. Tehlike kavramı zarar potansiyeli olan bir olguyu tanımlamak için kullanılan statik bir anlam taşır. Risk kavramı ise zarar potansiyeli sebebi ile tehlike olarak kabul edilen olgu ile fiili olarak temasa geçilmesi ile ortaya çıkan dinamik ilişkiyi tanımlamak için kullanılmaktadır. Fiili esas alan ceza hukuku bakımından risk kavramı daha yerinde gözükmetedir, Çatakli (n 3) 171, 411 v.d.; ayrıca bkz. Hans Joachim Hirsch, Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht(in: Bern, Schünemann v.d., Festschrift für Claus Roxin, De Gruyter, Berlin/Newyork 2001) 718. Ceza normunun yapısına ilişkin olarak aynı noktadan yola çıkarak Freund/Rotalski teşebbüsün davranış normunun özel bir ihlali olarak, hususi bir davranış haksızlığı ihtiva ettiğini kabul ederek teşebbüsü “*her bir suçta, ilgili suç tipine ilişkin olarak gündeme gelen davranış normunun ihlali*” olarak tanımlamaktadır. Freund/Rotalski (n 10) § 8 Kn. 30, 31.

¹⁶ Kavramın ayrıntılı açıklaması için bkz. Wolfgang Frisch, Strafwürdigkeit, Strabedürftigkeit und Straftatsystem(GA 2017) 364, 370.

cezayı elzem kılma (*Strafbedürftigkeit*) noktasında yetersiz değerlendirilirse cezalandırılabilir alanın dışına çıkarılmalıdır. Cezayı elzem kılma kavramının kriminal politik boyutu ancak ex post biçimde değerlendirilebilecek neticenin haksızlığını dikkate alarak bir değerlendirme yapılmasını mümkün kılacaktır. Cezayı elzem kılma noktasında failin fiili ile ihlal ettiği ceza normunun toplumdaki geçerliliği sorgulatacak düzeyde bir etki ortaya koyup koymadığı sorusu dikkate alınacaktır. Eğer failin fiili ihlal ettiği normun toplumdaki geçerliliği sarsacak, toplumda yaşayan bireylerin ilgili normun geçerli olmadığını düşündürecek bir etkiye sahip ise failin fiilinin aynı zamanda cezayı elzem kılan bir hareket olduğuna karar verilir.¹⁷ Bu durumda fiil hem cezaya değer hem de cezayı elzem kılan bir hüviyete sahipse artık fiilin ceza yaptırımına tabi tutulması gerekecektir.

Meseleye ilişkin bir örnek vermek gerekirse failin, kalbine ateş etmeden 10 saniye önce kalp krizi geçirmesi sebebiyle zaten ölmüş olan kişiye karşı gerçekleştirilen fiille, failin fiili ex ante (failin fiilini icra ettiği sırada) bakış açısıyla değerlendirildiğinde söz konusu ceset çürüme, koku vb. emareler göstermiyorsa dışarıdan bakan üçüncü objektif kişinin bunu bilmesine imkân yoktur. Bu sebeple fail, fiili ile kasten öldürme suç tipini gerçekleştireceği yönünde ceza hukuku bakımından algılanabilir, anlaşılabilir ciddiye alınması gereken bir risk ortaya koymuştur. Böylelikle kasten öldürme suçunu düzenleyen birincil norm ile ikincil norm olan teşebbüs normu birlikte değerlendirildiğinde normun içeriği “başka bir insanın ölümü ile sonuçlanacak davranışların doğrudan doğruya icrasına başlama” şeklinde ifade edilebilecek ve fail davranışıyla normu ihlal etmiş olacaktır. Gerçekleştirdiği fiil ex ante olarak kasten öldürme suçunun tipikliğini gerçekleştirme noktasında ceza hukuku bakımından algılanabilir, anlaşılabilir ciddi alınması gereken bir risk ortaya koymuş olur. Dolayısıyla söz konusu risk ex ante perspektiften soyut değil, algılanabilir ve anlaşılabilir somut bir risktir.¹⁸ Korunan hukuki değerler bireylerin kendilerini

¹⁷ Frisch, (n 16) 374.

¹⁸ Literatürde ex ante bir perspektiften failin fiili gerçekleştirdiği anda ortalama zekaya sahip üçüncü kişi gözlemcinin perspektifinde belirlenen tehlike kavramının soyut olduğu ve sadece düşük bir ihtimal ihtiva ettiği ifade edilmektedir. Aslında ironi yapmak maksadıyla tırnak içine alarak kullandığımız soyut ifadesinin yanlış anlaşılmaya sebebiyet verdiğini görmekteyiz. Bu kullanım öncesinde idrak edilebilir, algılanabilir anlamına gelen “wahrnehmbar” ifadesini de kullanarak bu ironiyi vurgulamak arzu edilmişti. “Wahrnehmbar” kavramı somut beş duyuyla algılanabilir, idrak edilebilir anlamını taşımaktadır. Soyut kavramı ise varlığı duyularla algılanamayan anlamına gelir. Çalışmamızda ele aldığımız olaylarda açık bir şekilde somut bir tehlikenin var olduğunu buna soyut denmesinin nasıl mümkün olacağı bakımından kritik etmek amacı ile tırnak içinde kullanarak ironi yapmış bulunmaktayız. Çalışmada belirttiğimiz gibi biz ex ante perspektiften failin fiili ile suç tipini gerçekleştireceği yönünde failin tasavvur dünyası dışında sosyal olarak günlük anlam şablonlarında anlaşılabilir, algılanabilir ve bu sebeple ceza hukuku bakımından ciddiye alınması gerekli bir risk ortaya koymuş olmasını



gerçekleştirebilmeleri, temel hak ve hürriyetlerini yaşamaları için gerekli barış ve huzura dayalı toplumsal düzeninin devamını sağlayan asgari müşterekler olarak tanımlanabilir. Değerlendirmeye konu olayda hayat hakkı, korunan hukuki değer olarak gündeme gelmektedir. İnsan hayatının kutsallığı, dokunulmazlığı fikri bir olgu olarak toplumda yaşayan bireylerin zihninde geçerli olur¹⁹ ve birey yaşadığı toplumda hayat hakkının korunduğu inancı ve güveni ile hareket eder. Korunan hukuki değerler, suçun konusu gibi somut değil, fikri soyut bir içeriğe sahiptirler. Bu bağlamda bahse konu örnekte olduğu gibi ex ante somut risk failin doğrudan doğruya icra başlangıcı teşkil eden davranışlarıyla ortaya çıktığında, suçun konusu zarar görmese dahi, failin fiili korunan hukuki değeri zedelemiş ve ihlal etmiş olacaktır.²⁰ Meseleye ilişkin güncel tar-

aramaktayız. Bu yaklaşımımızın soyut, duyuyla algılanamayan bir tehlike kavramı ile bağdaştırılmasının mümkün olmadığını düşünmekteyiz, Çatakli (n 3) 414-418. Çalışmamız da ironiyi ifade için her seferinde soyut (abstrakt) ifadesini tırnak içinde algılanabilir ifadesi ile birlikte zikretmiş bulunmaktayız. Yine diğer yandan yazar belirttiğimiz olaylarda ex ante perspektiften korunan hukuki değer bakımından somut tehlikenin varlığını kabul eden yazarların azınlıkta olduğunu ifade etmiştir, Nurullah Kantarcı, İşlenemez Suç(2022 Antalya Yayınlanmamış Doktora Tezi) 210 bkz. dpnt. 1207; Yazarın kast ettiği Alman Ceza Hukuku Literatürü ise bunun doğru olmadığını üzülererek belirtmek zorundayız. Yazarın eserinde tehlike kavramı bakımından güncel Ceza Hukuku Doktrinini yeterince ele almadığı, bu iddiasına dayanarak gösterdiği Peter Albrecht'e ait Der Untaugliche Versuch adlı eserini 1973 (dpnt. 1207) ve diğeri Ha, Tae-Hoon, Die strafliche Behandlung des untauglichen Versuchs, Baden-Baden 1991 tarihli olmasında kendisini göstermektedir. Tehlike kavramına güncel doktrinde yüklenen anlamının tespiti için eserimizin bilhassa doğrudan bu konuya değindiğimiz 169. ile 184. sayfalarını ve burada kullanılan eserleri irdelenmesini arzu ederdik. Bahse konu eserler incelendiğinde azınlık görüş iddiasının doğru olmadığını kolayca anlaşılacaktır. Az önce kalp krizinden ölmüş, kanaması, yara beresi, yüz renginde solma ve herhangi bir çürüme emaresi göstermeyen kişiye ateş eden failin fiili ex ante olarak üçüncü objektif kişinin perspektifinden değerlendirildiğinde ortada hayat hakkına yönelmiş kasten öldürme suçunun gerçekleşeceğine ilişkin algılanabilir ve somut bir risk bulunmaktadır. Bu olayda kişinin öldüğü ancak pozitif bilimlerin kullanıldığı, fiil tamamlanıp sona erdikten sonra ex post bir bakış açısıyla kendisine kurşun sıkılan kişiye otopsi yapılması ile tespit edilebilecektir. Bu durumun ortalama üçün kişi tarafından fiilin gerçekleştiği sırada bilinmesi imkân dâhilinde gözükmemektedir. Konun uzmanı dahi ancak otopsi sonucunda durumu anlayabilir. Fakat yukarıda da değindiğimiz gibi cezayı elzem kılma (*Strafbedürftigkeit*) bakımından kriminal politik olarak bu olayda failin cezalandırılmaması mümkündür, bkz. Çatakli (n 3) 394,415, 416,419- 422.

¹⁹ Ceza hukukunun görevlerinden biri aynı zamanda hukuki değerlerin toplumda yaşayan bireylerin zihinlerinde yerleşik hale gelmesini, bir diğer ifade ile stabilizasyonunu sağlamak olarak kabul edilir. Bu bağlamda ceza hukuku bireyleri bir tehlike potansiyeli olarak kategorize edip baskılayıcı bir role soyunmamalıdır, failin fiilinin korunan hukuki değeri tehlike altına sokması ceza hukukunun devreye girmesi için gereklidir, bkz. Walter Grop, Strafrecht Allgemeiner Teil (Springer, 4. Baskı, Berlin Heidelberg 2015) § 1 Kn. 143-147.

²⁰ Çatakli (n 3) 176, 177; benzer şekilde bkz. Kirsten Malitz, Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt (Duncker&Humblot Berlin 1998) 185, 187; Wachter (n 7) 47,48, 207; Çatakli (n 3) 176, 177; Luiz C. Rey-Sanfız, Begriffsbestimmung des Versuches

tışma bakımından önem arz eden nokta soyut ya da somut kavramları değil, bilakis korunan hukuki değer bakımından tehlike/risk var mı yok mu sorusuna ex ante mi yoksa ex post mu cevap verileceği noktasından değerlendirilmekte, ex ante bir yaklaşım ağırlıklı görüşü teşkil etmektedir.²¹ Yatmakta olan kişinin ölü olduğu ancak ex post olarak olay olup bittikten sonra, atılan kurşun ölü bedenle buluştuktan sonra bakış açısından bilinebilir. Ex post bakımdan bütün teşebbüsler elverişsizdir. Ex post bakış açısı incelediği olaylar bakımından aksiyolojik değerlendirme yapmayan, sadece nedenini ve nasilini anlamaya çalışan pozitif bilimlerin bakış açısıdır. Pozitif bilimler bakımından incelenen olgu dış dünyada beklenen değişikliği vermiyorsa her halükârda elverişsizdir. Çünkü pozitif bilimlere göre gerekli şartlar bir araya geldiğinde netice deterministik bir zorunluluk olarak meydana gelecektir. Oysaki suça teşebbüs söz konusu olduğunda fiil ve konu gibi suçun unsurlarının birinde daima bir eksiklik, yetersizlik söz konusudur. Suçun unsurlarından biri suçun konsundaki eksikliğin suçun bir diğer bir unsuru olan fiil eksiklikten farklı değerlendirilmesini gerekli kılacak bir sebep olmadığını düşünüyoruz.²² Ex post değerlendirme yapılırsa bütün teşebbüslerin, fiil veya suçun konusuna ilişkin eksikler sebebi ile suç tipinin gerçekleşmesi en başından mümkün olmadığı için elverişsiz olarak değerlendirilmesi gerekecek ve genel hükümlerde yer alan bir teşebbüs düzenlemesine gerek kalmayacaktır. Teşebbüs cezalandırılmasının istendiği her suç tipine ilişkin özel bir teşebbüs düzenlemesi gerekliliği ortaya çıkacaktır. Fakat fiil hakkında korunan hukuki değer bakımından aksiyolojik bir değerlendirme yapan ceza hukuku aynı andalık prensibi gereği (Koinzedenzsprinzip)²³ zorunlu olarak fiilin yapıldığı anda fiil hakkında bir değerlendirmede bulunmaktadır. Bu bakımdan ex ante bakış açısı ceza hukukunda yapılacak değerlendirme

und ihre Auswirkungen auf dem Versuchsbeginn(Duncker&Humblot Berlin 2006)110; Özgenç aynı bakış açısıyla hukuki değer ihlalini ifade etmekte, bunun gerçekleşmesi için suçun konusu bakımından tehlike doğurması gerektiğini belirtmektedir, İzzet Özgenç, Ceza Genel Hükümler(Seçkin, 18. Baskı, Ankara 2022) 572, 573; Bu açıdan da bakıldığında suçun konusu teşkil eden yatakta yatan kişinin hayatta olmadığının anlaşılması ex ante olarak mümkün değildir. Bu durumun ancak ex post bilinmesi mümkündür.

²¹ Söz konusu yaklaşımlar korunan hukuki değer ve bu değer in ex ante bakımından tehlike altında bulunmasını teşebbüs haksızlığı bakımından gerekli gören görüşlerdir, Wolfgang Röttger, Unrechtsbegründung und Unrechtsausschuss (Duncker&Humblot Berlin 1993) 39-42; Malitz (n 20) 190, 198,199; Claus Roxin, Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individuelle Freiheit, ZStW 116 (2004), 929, 932, 941; Rey-Sanfız (n 20) 238, 239; Wachter (n 7) 51; SK- Christan Jäger (in : Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch Jürgen Wolter (Edt.)), Cilt 1 (§§ 1- 37)(Carl Heymanns, 9. Auflage, Köln 2017) Vor § 22 Kn. 17.

²² Buna karşın suçun konusundaki eksiklik farklı olarak kategorize edilip, elverişsiz suç olarak değerlendirilmektedir, Özgenç (n 20) 573, 574; Mahmut Koca /İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Seçkin, 14. Bası, Ankara 2021) 431.

²³ Hruschka (n 1) 5; Oltmanns (n 3)156.

bakımından zorunlu gözükmektedir. Ceza hukuku hüküm veren, fiil hakkında hukuki değerleri baz alarak aksiyolojik bir değerlendirme ile yükümlü, bir dile sahip olmalıdır. Pozitif bilimlerin tasvir eden, aksiyolojik bir değerlendirme yapmayan dili, ceza hukuku için uygun değildir.²⁴ Bu sebeple özellikle objektif isnadiyet teorisinin yaygın kabulünden sonra “*hukukçu ex ante, fiilin gerçekleştiği andaki şartları dikkate alarak (Standpunkt der Handlung) karar verir; doğa bilimci (natüralist) ex post, etkinin ortaya çıktığı andaki şartları dikkate alarak, (Standpunkt der Wirkung) karar verir*” anlayışı yerleşik hale gelmiştir.²⁵ Teşebbüste failin eyleminin cezaya değer bir haksızlık olarak değerlendirilmesi, bütün tamamlanmış suçlar bakımından da gerçekleşmesi gerekli olan, hareketin haksızlığının kurulması ile ortaya çıkmaktadır. Hareketin haksızlığın tespitinin yukarıda belirttiğimiz bağlamda *ex ante* bakış açısı dikkate alınarak yapılması gerektiği ifade edilmelidir.

Elbette ki bu durum fiil yapıldıktan sonra veya fiilin yapıldığı anda ortaya çıkan neticenin cezaya değer haksızlığın boyutu ve cezayı elzem kılması bakımından teşkil ettiği önemi azaltmayacaktır. Yukarıdaki örnekte failin fiili ile hem subjektif hem de objektif bakımdan hareketin haksızlığı ortaya çıkmıştır ve cezaya değer bir haksızlığın varlığı söz konusudur. Fail sosyal bakımdan kendi tasavvur dünyası dışında da anlaşılabilir biçimde normu ihlal etmiştir. Hareketin haksızlığı hem subjektif hem de objektif olarak gerçekleşmiştir. Ortada cezaya değer bir haksızlık bulunmaktadır. Söz konusu durum failin idraksizliği ve izansızlığı sebebi ile norm ihlalin sadece kendi zihin dünyasında bir anlam taşıdığı bir elverişsizlik hali değildir (*aus grobem Unverstand*). Fail zihniyet olarak rasyonel gerçekliği terk etmemiştir. Somut olayın şartları dikkate alındığında ancak *ex post* olarak bilinebilecek olan öldürülmeye çalışılan kişinin zaten ölü olduğu gerçeği, *ex ante* olarak tespiti yapılan suça teşebbüse ilişkin ceza normunun ihlal edildiğinin ve hareketin haksızlığının subjektif ve objektif unsurlarının gerçekleştiğinin kabulüne engel olmayacaktır. Diğer yandan gerçekleşen haksızlığın boyutunun hayatta olan bir insanın öldürülmeye çalışılmasına kıyasla, neticenin haksızlığını gerçekleştirmeye daha uzak olması sebebiyle, maddi içerik olarak daha az olduğunun kabulü gerekir. Söz konusu

²⁴ Bu bakımdan birbirinden farklı düşünsel temellere dayanan ve farklı amaçlara sahip bu iki farklı perspektifin somut olayın özelliklerine göre bazen *ex ante* bazen de *ex post* bir perspektiften hüküm verilebileceğinin savunulması kendi içerisinde ciddi bir çelişki teşkil ettiğini düşünmekteyiz bkz. Gözde Kazaker, Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs (Adalet, Ankara 2019) 301 v.d.

²⁵ Wachter (n 7) 47,48; “*betimleyen dille hüküm veren dil birbirinden ayırt edilmelidir*” Carl-Friedrich Stuckenberg Vorsatz, Unrechtsbewusstsein, Irrtumslehre (in: Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre, Hans Welzels Wolfgang, Frisch/Jakobs, Günther/Kubiciel, Michael/Pawlik, Michael/Stuckenberg, Carl-Friedrich (Edt.))(Mohr Siebeck Tübingen 2015)87, 108; Hasan Çatakli, Kişisel Haksızlık Öğretisini İkna Edici Kılan Suç Dogmatığı ve Norm Teorisine İlişkin Argümanlar, EBYÜHFD, C. XXIII, 3–4 (2019), 279, 294; Çatakli (n 3) 143, 150.

durum cezaya değer haksızlığın ortaya çıkmasına engel teşkil edip somut olayı kategorik olarak ceza hukukunun değerlendirme sahasının dışına çıkaramayacak ise de gerçekleşen haksızlığın boyutunun tespitinde zorunlu olarak dikkate alınır. Söz konusu ex post ölçütler gerçekleşen cezaya değer haksızlığın boyutuna etki eden ve doğrudan cezanın belirlenmesini ilgilendiren bir mesele olarak değerlendirilmelidir. Yine “zaten ölmüş birinin öldürülmeye çalışılması ile kasten öldürme normunun toplumsal geçerliliği ne ölçüde sarsılmış olur” sorusu, failin fiilinin cezayı elzem kılması (*Strafbedürftigkeit*) bakımından tartışılabilir. Cezayı elzem kılma kavramının kriminal politik boyutu ancak ex post bakış açısından bilinebilecek hususların dikkate alınarak bütün bir değerlendirme yapılmasını mümkün kılacaktır. Bu bakımdan ex post parametreler özellikle teşebbüste cezanın belirlenmesinde yapılacak derecelendirmede dikkate alınmaktadır. Biz bu noktada yapılacak bir teşebbüs düzenlemesi ile teşebbüsün cezalandırılması bakımından cezaya değer haksızlığın boyutunun, hareketin değersizliğinin ve harekete bağlı olarak ortaya çıkan etkinin içeriğinin (toplumda yaşayan bireylerin zihninde normun geçerliliğine ilişkin inancın sorgulanması bakımından) maddi açıdan bu derece az bir niteliğe sahip olduğu durumlarda cezayı elzem kılan bir hareket bulunmadığı gerekçesi ile cezasız bırakılmasını sağlayacak bir düzenleme ile çözülebileceğini düşünmekteyiz.²⁶

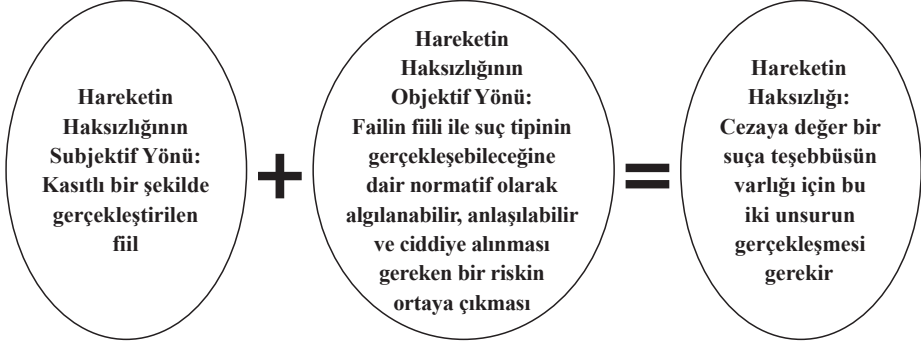
Ceza normlarının varlığını meşru kılan sebep toplum düzeni huzur ve barış içerisinde devamı için gerekli asgari müşterekleri teşkil eden hukuki değerlerin korunmasıdır. Ex post perspektiften suçun konusu için somut tehlike, cezaya değer haksızlığın varlığı ve de ceza normunun ihlali için gerekli kabul edilirse, ceza normları hukuki değerlerin korunması bakımından ancak zarar görmesinden sonra devreye giren dolaylı bir rol üstlenebilecek ve bu durumda failin hareketi haksızlık olarak değerlendirilemeyeceği için en başından itibaren ceza hukukunun değerlendirme alanı dışında kalacaktır. Bu da ceza normunu sadece değerlendirici fonksiyonuna indirgemek, toplumda yaşayan bireylerin davranışlarını düzenleyerek (*Bestimmungsnormen*) hukuki değerler zarar görmeden hukuki değerlerin geçerliliğini sağlayan fonksiyonunu bir kenara atmak anlamına gelir. Bu durumda ceza normlarının yegâne meşruiyet (*Legimitationsgrund*) sebebi olan hukuki değerlerin korunmasına ne ölçüde hizmet edebileceği tartışmalı hale gelecektir.²⁷

²⁶ Alman Federal Mahkemesinin kararlarında teşebbüste cezanın belirlenmesinde “neticenin gerçekleşmesine yakınlık, teşebbüsün tehlikeliği ve sarf edilen kriminal enerji” ölçütleri gerçekleşen suçta teşebbüs eyleminin ortaya koyduğu hareketin ve neticenin değersizliğinin derecelendirilmesinde kullanılmaktadır, BGHSt BGHSt 36, 1, 18; 35, 355; Düzenleme önerisi, önerinin dogmatik ve normatif gerekçeleri için bkz. Çatakli, (n 3) 394, 396, 406-422; Failin hukuki değerleri tanımadığını ortaya koyan davranışının varlığını kabul etmekle birlikte güvenlik tedbiri uygulanması gerekliliği savunulmaktadır, Özgenç (n 20) 574.

²⁷ bkz. Çatakli, (n 3) 211; Yener Ünver, Korunan Hukuksal Değer (Seçkin, Ankara 2003) 451; Buna karşın söz konusu meselede sadece genel kamu düzenini koruma perspektifinden değerlendirme yapan görüş için, bkz. Kantarcı (n 18) 211.



Görüşümüzün daha iyi anlaşılması için suça teşebbüs bakımından ortaya çıkması gerekli cezaya değer haksızlığı tablo olarak ifade etmekte gerekirse:



II. CEZAYA DEĞER HAKSIZLIĞIN FORMEL TESPİTİNDE PARÇA HAREKET TEORİSİ

A. Ortaya Çıkışı

Hazırlık ve icra hareketlerinin ayırt edilmesi bakımından tarihi dogmatik gelişimin başlangıç noktasını formel- objektif teori teşkil etmektedir.²⁸ Fakat bu teori suça yönelmiş failin iradesini sosyal olarak algılanabilir bir biçimde ceza normunu ihlal eden ve bu sebeple cezaya değer olan hareketlerle ortaya koyduğu hallerde dahi, suç tipinde tanımlanan davranışların suç tipini kısmen (*Teilverwirklichung des Tatbestandes*) gerçekleştirmediği gerekçesiyle, cezasız kalmasına yol açmaktadır.²⁹ Bu bağlamda formel objektif teori cezaya değer olan teşebbüs hareketlerini hazırlık hareketi olarak kabul edilmesine yol açmakta ve cezalandırılabilir alanın dışına çıkarmakta ve kriminal politik ihtiyaçları karşılamak bakımından yetersiz görünmektedir.³⁰ Formel objektif yaklaşım özellikle tipik hareketin tanımlanarak somutlaştırılmadığı suç tiplerinde icra başlangıcının tespitinde belirsizliğe yol açmaktadır.³¹ Ayrıca kanunda teşebbüs hükmünde teşebbüs ile icra hareketlerinin ayrımı için belirtilen “bir suç tipinin icrasına doğrudan doğruya başlamak” kriterinin netice de dâhil olmak üzere bütün olarak suç tipinde tanımlanan hareketin icrasına yönelmeyi gerekli kılmaktadır. Sadece suç tipinde yer alan unsurlardan birinin gerçekleşmesini şart koşmaz.

²⁸ LK-Hillenkamp, (in: Leipziger Kommentar, Heinrich Wilhelm Laufhütte, Ruth Rissing-van Saan, Klaus Tiedemann (Edt.), Cilt I (§§ 1- 31), 12. Baskı, De Gruyter Berlin 2007) § 22 Kn. 55.

²⁹ Roxin, Claus, Strafrecht AT (C.H.Beck, Cilt II, München 2003) § 29 Kn. 120; Johannes Wessels/ Werner Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil (C.F.Müller, 43. Baskı, Hemsbach 2012)§ 14 Kn. 599.

³⁰ Sözüer, Adem, Suça Teşebbüs (Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1994), 195; LK-Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 56; Koca /Üzülmez (n 22) 422.

³¹ Akbulut, Berrin, Ceza Genel Hükümler(Adalet, 6. Bası, Ankara 2019) 625.

Formel- objektif teorinin icra başlangıcı bakımından teşebbüs normunun anlamını ceza kanununun özel hükümler kısmında yer alan normların tipikliğine indirgeyen daraltıcı çıkarımı, teşebbüs normunun kendisinin de müstakil olarak soyut ve genel bir tanıma sahip olduğu gerçeğini görmezden gelmektedir.³² Teşebbüs normu, özel hükümlerde düzenlenen somut bir içeriğe sahip normlarla birlikte değerlendirildiğinde cezalandırılabilir bir hareketin somut unsurlarını ortaya koymuş olmaktadır. Diğer bir ifade ile suça teşebbüs bağlamında ihlal edilen davranış normu ancak ilgili suç tipi dikkate alınarak yapılacak yorum yoluyla türetilir ve suç konusu davranış normuna aykırılık bu şekilde tespit edilebilir.³³ Fakat bu durum yasa koyucunun teşebbüs normu ile içerik olarak sadece doğrudan doğruya suç tipinde yer alan haksızlığın tanımını ile birebir örtüşen hareketleri cezalandırmak istediğini zorunlu bir çıkarım olarak ortaya koymaz. Bilakis teşebbüs öğretisi tipikliğin ön alanında cezaya değer ve cezayı elzem kılan hareketleri konu edinmektedir.³⁴ Kanun koyucu bu bakımdan teşebbüs düzenlemesinde cezalandırılabilir bir hareketin varlığı için hareketlerin suç tipi ile doğrudan doğruya, somut ve dar bir yakın ilişkide olmasını yeterli kabul edebilir.³⁵

Yukarıda değinilen sorunlar neticesinde, geçerli olan bu katı formel/biçimsel objektif tutum yerine hazırlık hareketleri ile icra hareketlerini ayırmada materyal objektif bir metod benimseyen yaklaşımlar yaygınlık kazandı. Söz

³² Çataklı (n 3) 410; LK- Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 56.

³³ Freund/Rotalski (n 10) § 8 Kn. 30.

³⁴ Wachter, Das Unrecht der versuchten Tat, 127; "Teşebbüs suç tipiyle ve onun muhtemel anlamıyla sınırlanamaz, bilakis cezalandırılabilirlik suç tipinin sınırlarının ötesine geçer; bu yüzden sadece suç tipinin yorumu bu bakımdan bu noktadaki soruların cevabı için çok dar bir kapsam sunar... Genel hükümlerde yer alan teşebbüs düzenlemesi özel hükümlerde yer alan suç tipleri ile tamamlayıcı bir ilişki içerisinde bulunmaktadır. Fakat bu ilişki yorum yoluyla tespit edilen zorunlu bir mantıksal çıkarım olarak içerik ilişkisi değildir." Roxin (n 28) § 29 Kn. 108; Katı formel yaklaşımın takibi çoğunlukla suçun doğrudan doğruya icrası teşkil eden bu sebeple cezaya değer olan hareketleri cezalandırılabilir hareketin kapsamı dışında bırakmakla sonuçlanmaktadır. Bazı durumlarda ise suç tipinin kısmen gerçekleşmesini icra başlangıcı olarak kabul etmesi henüz hazırlık hareketi teşkil eden bazı hareketlerin icra başlangıcı olarak kabul edilmesini de sonuç verebilmektedir. Örneğin failin muhatabını bir akrabası olduğu şeklinde kandırarak güvenini kazanıp, ileriki aşamada geri ödemeyeceği bir borç para almayı hedeflediği bir olayda, fail muhatabını akrabası olduğuna inandırdığı anda onun iradesini hileli davranışla yanıltmış olacaktır. Fakat suç tipini kısmen gerçekleştiren bu davranışı dolandırıcılık suçunun doğrudan doğruya icrası olarak nitelendirmek mümkün değildir. Davranış henüz mağduru malvarlığında zarara yol açacak harekete çok uzaktır. Bir hileli davranışın icra başlangıcı teşkil etmesi için, mağduru malvarlığı bakımından zarara sokacak olan tasarrufunun doğrudan doğruya hazırlayıcısı olacak davranış olması gerekir (bkz. OLG Karlsruhe NJW 1982, 59); MüKoStGB- Hoffman-Holland, (in: Münchener Kommentar zum StGB, Wolfgang Joecks, Klaus Miebach (edt.), Cilt I §§ 1- 37, C.H.Beck 4. Bası, München 2020) § 22, Kn. 107.

³⁵ Çataklı (n 3) 411.



konusu yaklaşımlar içerisinde en yaygın olarak kabul edilen Frank'ın Formülü (**Frankschen Formel**) “suç tipinde yer alan hareketle zorunlu bir aidiyet ilişkisi içerisinde bulunması sebebi ile doğal bir bakış açısından tipik hareketin ayrılmaz parçası olarak gözükür”³⁶ bütün hareketleri icra başlangıcı olarak kabul edilebilir olarak değerlendirdi.³⁷ Söz konusu formülasyon suç tipinde tanımlanan hareketle tabi bağlantı ilişkisine dayanmaktadır. Böylece icra başlangıcının tespiti yapılacak maddi değerlendirmelerle suç tipinde tanımlanan hareketin şekli tasvirinin sınırlarının dışında da mümkün olacaktır.³⁸ Fakat tipikliğin ön alanındaki hareketlerin cezalandırabilir kılınması, formülde yer alan icra başlangıcı teşkil edecek hareketlerin “suç tipi ile zorunlu bir aidiyet ilişkisi içerisinde bulunması” unsuru ile objektif olarak dar belirlenen sınırlar içine çekilmiştir.

Materyal objektif teori teşebbüste icra başlangıcının suç tipikliğini gerçekleştirecek hareketlere yakın bir yerde olması gereğini sürecin sonraki gelişimine yön verecek şekilde dile getirmiştir. Fakat icra başlangıcı teşkil eden hareketleri tespit etmek bakımından ortaya koyduğu ölçüt yeterince somut değildir. Bilakis “suç tipinde yer alan hareketlerle zorunlu bir aidiyet ilişkisi içerisinde” olma şeklinde ifade edilen formül hangi hareketler icra başlangıcı teşkil eder sorusuna ancak hissi ya da sezgisel bir şekilde verilebilecek bir cevabı mümkün kılmaktadır. Formül söz konusu hareketlerin sıkı bir şekilde tipikliğin sınırında bulunması gereğini vurgulamaz. Bu da Alman Mahkeme kararlarında görüldüğü gibi,³⁹ formülün tamamen failin perspektifinden yorumlanarak icra başlangıcının tespitinde objektif sınırlardan vazgeçilebilmesini mümkün kılmaktadır.⁴⁰

Materyal objektif yaklaşımın temelinde cezalandırılabilir teşebbüsün başlangıcının tespitinin, özellikle şüpheli durumlarda, sadece materyal bir bakış açısıyla tespit edilebileceği kabulü yatar. Bu bağlamda Frank'ın formülü doğrudan doğruya tehlike kriterini somutlaştırmak için kullanılır ve korunan hukuki değeri (**geschütztes Rechtsgut**)⁴¹ / suç tipinin koruma konusunu (**Schutzobjekt**)⁴² doğrudan doğruya tehlike altına sokan davranışlar icra başlangıcı olarak kabul edilir. Tehlike kavramı elverişli teşebbüsün cezalandırma nedeni-

³⁶ SK/Rudolphi (Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Hans-Joachim Rudolphi, Eckhard Horn, Hans-Ludwig Günther, Andreas Hoyer, Gereon Wolters (Edt.), Cilt I, Allgemeiner Teil (§§ 1- 79b) (Carl Heymanns, 6. Baskı, Köln 1992) § 22 Kn. 13.

³⁷ LK-Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 57; Roxin (n 28) § 29 Kn. 122.

³⁸ LK- Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 57.

³⁹ “suç tipinde yer alan hareketle zorunlu bir aidiyet ilişkisi içerisinde bulunması sebebi ile failin planına göre tipik hareketin ayrılmaz parçası olarak gözükür” BGH NJW 1980, 1759 v.d.; bkz. Roxin (n 28) § 29 Kn. 122.

⁴⁰ Roxin (n 28) § 29 Kn. 135.

⁴¹ Roxin (n 28) § 29 Kn. 124.

⁴² LK-Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 61.

ni açıklamak bakımından her ne kadar uyumlu bir içeriğe sahip gözükse de icra başlangıcının tespiti bakımından uygun bir anlam muhtevasına sahip değildir. Öncelikli olarak failin doğrudan doğruya icraya başladığını ortaya koymayan hazırlık hareketi teşkil eden eylemlerde korunan hukuki değer ve suç tipinin koruma konusu bakımından tehlike barındırılır. Diğer yandan tehlike kriterinin soyut ve somut tehlike suçları bakımından, söz konusu suç tiplerinin bazılarında tanımlanan tehlikenin ortaya çıkışı suçun tamamlanması anlamına geldiği için, icra başlangıcının tespitinde kullanılması güçtür.⁴³

Alman Ceza Kanununun 22. paragrafında yer alan teşebbüs tanımı her ne kadar failin sübjektif bakış açısı ile ilişkili olarak “failin suça ilişkin tasavvuruna göre” ibaresini içeriyorsa da yine teşebbüsün tanımında yer alan “doğrudan doğruya” icra ifadesi kanundaki teşebbüs kavramının salt sübjektif bir yaklaşımla açıklanmayacağını ortaya koymaktadır. Alman kanun koyucunun bu kararı teşebbüsün başlangıcına ilişkin görüşlerin kişisel-objektif bir anlam zemininde somutlaştırılması sonucunu verdi.⁴⁴

Bu doğrultuda bugünkü Alman Ceza Hukuku Literatüründeki mevcut yaklaşımlar ağırlıklı olarak icra başlangıcının tespitinde kişisel formel anlayışa dayanan teorileri (*individuell-formelle Theorien*) benimseler. Yukarıda problemlili yanlarına değindiğimiz tehlike gibi bir materyal kavramı esas ölçüt olarak kullanmazlar.⁴⁵ Bu yaklaşımlar formel objektif teoriden farklı olarak icra başlangıcı kriterini hareketin doğrudan doğruyalığı (*Handlungsunmittelbarkeit*)⁴⁶ zemininde tanımlarlar.⁴⁷ Söz konusu teşebbüsün tanımlandığı ACK paragraf 22 doğrudan doğruyalık ölçütünü icra hareketinin bir unsuru olarak görmektedir, fakat suçun tipikliğine ait unsurlardan birinin gerçekleşmiş olması ile bir tutmamıştır. *Vogler*'in ifadesi ile doğrudan doğruya suç tipini gerçekleştirmeye yönelmiş hareketler “*her bir suç tipine izin verilen sınırlar içerisinde yorum yoluyla anlamsal ve nesnel olarak eklemenebilen*” hareketlerdir. Dolayısıyla suç tipine ait bir unsurun gerçekleşmesi gerekli değildir. Bilakis tipikliğin ön alanında (*Vorfeld des Tatbestandes*) suç tipinin gerçekleştirilmesi ile yakın zamansal ve mekânsal ilişki içerisindeki davranışlar yeter-

⁴³ Roxin (n 28) § 29 Kn. 129.

⁴⁴ LK-Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 62.

⁴⁵ LK- Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 64; Suç tipinin gerçekleştirilmesi için doğrudan doğruya icra suç tipinin unsurlarından birinin gerçekleştirilmesi anlamına gelmez. Bundan ziyade bir bütün olarak suç tipini gerçekleştirmeye yönelmiş bir davranış olarak anlaşılmalıdır, Roxin (n 28) § 29 Kn. 120; Schönke/Schröder-Eser/Bosch, (C.H.Beck, in: SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, München 2019)§22 Kn. 37.

⁴⁶ Kühl, Kristian, Strafrecht AT (Vahlen, 8. Baskı, Sinzheim 2017) § 15 Kn. 55.

⁴⁷ Formel ara hareket teorisi olarak da tanımlanan bu yaklaşım ilk olarak *Maurach* tarafından ortaya konulmuştur, Strafrecht Allgemeiner Teil (C.F. Müller, 4. Baskı, Karlsruhe 1971) 499.



lidir. Doğrudan doğruya bir suçun icrasına yönelme “*failin planına göre suçun unsurlarını gerçekleştireceğini doğrudan doğruya ibraz eden (Vorlagern)*”⁴⁸ hareketlerde mevcuttur. Yasada belirtilen doğrudan doğruya icraya başlama kriteri (*Unmittelbarkeitsefordernis*) bakımından bir suç tipinde yer alan bir unsurun gerçekleştirilmesi gerekli değildir. Doğrudan doğruya icra başlangıcı kriteri bakımından, doğrudan doğruya failin araya başka bir fasıla girmeksizin bizatihi suç tipinin kendisinin icrasına başlamak üzere olduğu bir aşamada olması da yeterlidir.⁴⁹

B. Parça/Ara Hareket Teorisi

Kişisel formel teoriler içerisinde, doğrudan doğruya icra başlangıcı teşkil eden hareketlerin diğer hareketlerden ayırımına ilişkin olarak, ileri sürülen formüller içerisinde, ACK § 22’ de yer alan doğrudan doğruya icraya başlama kriterinin somutlaştırılması bakımından literatürde en etkili öneri, *Maurach* tarafından kurulan⁵⁰, Frank’ın formülünün değiştirilmesi suretiyle türetilen parça ya da ara hareket teorisi⁵¹ oldu. *Maurach*’a göre failin hareketlerinin icra başlangıcı olarak kabul edilmesi için önemli olan failin gerçekleştirmiş olduğu hareketler ile suç tipinin gerçekleşmesi arasında hala yapılması gereken önemli başkaca ara hareketler bulunup bulunmadığıydı. Bu bakımdan “*fail tarafından yapılan hareketleri suç tipinin bir unsurunun gerçekleşmesi bakımından daha başkaca hareketlerin takip etmesi gerekli ise*” henüz teşebbüs aşamasına ulaşmadığını kabul etmektedir. Buna karşın “*fail tarafından icra edilmiş hareketler, başkaca bir hareket yapılmaksızın suç tipinin bir unsurunun gerçekleşmesi ile sonuçlanıyorsa*” teşebbüsün varlığını kabul eder⁵².

Bu teşebbüsü suç tipinin kendisinin bizatihi icrasından önceki son aşamaya sınırlayan yaklaşım şekli benimsendi ve *Parça veya Ara* hareket teorisi olarak adlandırıldı. Bu son aşamasının tespiti bakımından geçerli perspektif ya da

⁴⁸ Failin suç tipini gerçekleştireceğini, gerçekleştirmek istediği suç tipi ile dar zamansal ve mekânsal bir ilişki içinde ibraz eden hareketler. Vorlagern ve onun isim haline karşılık gelen Vorlage kelimeleri fiili hazırlamak anlamına geldiği gibi aynı zamanda ibraz eden, tasvir eden, ortaya koyan veya temel özelliklerini gösteren bir ön aşama anlamına da gelmektedir; bkz. <https://www.dwds.de/wb/vorlagern>, <https://www.dwds.de/wb/Vorlage>, son erişim: 26.03.2021. Bu bakımdan bizatihi suç tipinin unsurları ile öyle yakın bağlantı içerisinde olan hareketler gerekir ki bu hareketler failin suç tipini doğrudan doğruya gerçekleştirmeye yöneldiğini ortaya koymalı ve failin gerçekleştirmek istediği suç tipinin tanımıda yer alan hareketlerin bir önceki aşamasını teşkil etmelidir.; Kühl (n 40) § 15, Kn. 57; Çatakli (n 3) 285, 286.

⁴⁹ Kühl (n 45) § 15 Kn. 57, 58.

⁵⁰ LK- Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 66.

⁵¹ Reinhardt Maurach/Karl Heinz Gössel/Heinz Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil Cilt II(C.F.Müller,8. Baskı, Heidelberg 2014) § 40 Kn. 48.

⁵² (n 41) 499; bkz. LK-Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 66, dipnot 134.

diğer bir ifade ile hüküm zemini (Beurteilungsgrundlage) literatürde, özellikle ACK § 22'de yer alan teşebbüsün tanımındaki "failin fiiline ilişkin tasavvuruna göre"⁵³ ifadesinin tesiri ile failin kişisel planı olarak belirlenmiştir. Bu doğrultuda teşebbüsün tespitinde hazırlık ve icra hareketlerinin birbirinden ayrılmasını sağlayacak normatif ölçüt "*failin kişisel planına göre kendisi ile suç tipinde belirtilen hareketlerle arasında başkaca önemli hareketler bulunmayan, doğal bir kavrayışla bakıldığında suç tipinin ayrılmaz bir parçası olarak gözüken hareketler*"⁵⁴ şeklinde ifade edilmiştir.

Bilhassa Alman Ceza Kanunu'nun 22. paragrafının yeniden ele alan kanun değişikliğinden sonra Alman Mahkeme kararlarında teşebbüsün başlangıcının tespiti bakımından geliştirilen ölçütlerin Parça veya Ara Hareket Öğretisi olarak adlandırılan bu yaklaşımda dayanak bulduğu aşikârdır.⁵⁵ Alman Mahkeme kararlarında bu doğrultuda failin, "eylemi başka bir ara hareket olmaksızın suç tipinin gerçekleştirilmesi ile sonuçlanmakta ise objektif bir şekilde tipe uygun saldırı hareketine başlamış"⁵⁶ olduğunu kabul etmektedir. Bu doğrultuda teşebbüs varlığına hükmetmek bakımından hazırlık ve icra hareketlerinin ayırımında sıkça kullanılan benzer kıstaslar dikkate alındığında⁵⁷ "*herhangi bir müdahale olmaksızın gerçekleşecek olay akışında doğrudan doğruya suç tipinin gerçekleşmesini sağlayacak*"⁵⁸, "*doğrudan doğruya tipik hareketin kendisiyle sonuçlanacak*"⁵⁹ veya "*suç tipindeki hareketle dar bir zamansal ve mekânsal ilişki içerisinde bulunan*"⁶⁰ hareketlerin teşebbüs olarak değerlendirildiği görülmektedir.

Frank'ın maddi objektif teorisi ve onu üzerinden geliştirilmiş önceki formlerle kıyaslandığında, Parça Hareket Teorisi aynı düşünce üzerinden ilerleyerek geliştirilen bir kıstas ortaya koymaktadır. Fakat teori formel anlamda icra hareketlerinin tespiti bakımından daha berrak ve bu sebeple daha fazla hukuki güvenlik ifade eden bir bakış açısı sunmaktadır. Bu da kendisini, teşebbüste gerekli olan hareketlerin doğrudan doğruyalığını tipik hareketin kendisiyle sıkı bir bağlantı bulunan hareketlerde aramasında göstermektedir. Söz konusu teorinin kabulünün bir diğer önemli sonucu olarak değinilmesi gereken bir noktadan daha bahsedebiliriz. Bu da icra hareketlerinin hazırlık hareketlerinden ayırımında, korunan hukuki değer doğrudan doğruya tehlikeye düşme-

⁵³ Nach der Vorstellung von der Tat

⁵⁴ SK- Rudolph (n 30) § 22 Kn. 13; LK- Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 65; Roxin (n 28) § 29 Kn. 137.

⁵⁵ MüKoStGB-Hoffman- Holland (n 33) § 22 Kn. 109.

⁵⁶ BGHSt 26, 201, 203 v.d.; BGHSt 48, 34, 34 v.d.

⁵⁷ Roxin (n 28) § 29 Kn. 126

⁵⁸ BGHSt 26, 203; 31, 78.

⁵⁹ BGHSt 2, 380.

⁶⁰ BGH NSTZ 1989, 473; BGH NJW 1980, 1760.

sini kıstas alan materyal yaklaşımın artık söz konusu ayrımı formel/biçimsel bir şekilde belirlenmiş kıstaslara bıraktığıdır.⁶¹ Tehlike kavramı daha çok elverişsiz teşebbüs başlığı altında yapılan tartışmaların konusunu teşkil etmektedir.

Ceza hukukunun en tartışmalı konularından biri olan icra başlangıcının tespitinde parça/ara hareket teorisi suçun gerçekleştirilmesi sürecinde tipik hareketle sıkı bir bağlantı içerisinde tipikliğin ön aşamasında odaklanması oldukça önemli bir gelişmedir.⁶² Buna karşın elbette ki Ara/parça hareket teorisine karşı da her ne kadar literatürde baskın olarak kabul edilen görüş olmasına rağmen, eleştiriler yöneltilmiştir. Fakat bu eleştiriler teorinin temel düşünsel yaklaşımı içerisinde daha somut ölçütler ortaya koyan farklı yorumlarının ortaya konulmasını mümkün kılmıştır.

Eleştirilerden ilki failin hareketi ile suç tipinde tanımlanan hareketin bizzatihi kendisinin icrası arasında yer alan doğal anlamdaki her bir bedensel hareketin (silahı çekmek, kaldırmak, nişan almak ve tetiğe basmak gibi) teşebbüsün kabul edilmesini engelleyici bir etkiye sahip olacağı düşüncesine dayanmaktadır. Söz konusu durumun barındırdığı tehlike hareketin doğrudan doğruya-lığını “ağır çekim ceza hukuku (*Zeitluppenstrafrecht*)” yaklaşımı olarak adlandırılacak şekilde “atomise” (en küçük parçalarına ayırıştırarak) etmesi olarak dile getirilmiştir.⁶³

Bu eleştirilere karşılık olarak teorinin parça veya ara hareket⁶⁴ kavramı doğal bir kavrayış içerisinde nitelendirmediği ve böyle bir bağlamda bir suç tipinin gerçekleştirilmesi bakımından bütünlük arz eden failin hareketini suni olarak parçalayan bir anlayışın söz konusu olmadığı belirtilmiştir. Teori bilakis hareketin olayın gerçekleşiş biçimi içerisinde ihtiva ettiği sosyal anlamını dikkate alarak bir ayırımı bulunmaya çalışmaktadır. Olayın gerçekleşme biçimi dikkate alındığında bu bütünlük içerisinde failin hareketinin taşıdığı anlam dikkate alınarak suç tipinin gerçekleştirilmesi ile failin hareketi arasında başkaca önemli bir hareket yoksa icranın başlamış olduğu kabul edilmelidir. Eğer fail “*ekilmiş bir silahla öldürme kastı ile mağdurun üzerine gitmekteyse, ölümcül atışı yapmadan önce, silahı kaldırması, doğrultması veya parmaklarının tetiğe basması gibi ara hareketlerin varlığında dolaylı hala teşebbüs aşamasında olduğu*”⁶⁵ söylenemeyecektir. Silahı kaldırmak, nişan almak veya parmağın tetiğe gitmesi failin bir insanı öldürme kastı ile gerçekleştirdiği hareketi bir bütün olarak değerlendirildiğinde Ara Hareket Teorisine göre önemsiz

⁶¹ Roxin (n 28) § 29 Kn. 125; LK- Hillenkamp, § 22 Kn. 66.

⁶² Nedeni için yukarı bkz. s. 3

⁶³ LK- Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 65.

⁶⁴ Çalışmanın bu kısmından itibaren teoriyi ifade etmek için Parça Hareket Teorisi kavramı kullanılacaktır.

⁶⁵ Kühl (n 40) §16 Kn. 60.

hareketlerdir, müstakil olarak ara hareket kabul edilmezler.⁶⁶ Failin o zamana kadar gerçekleştirdiği hareketler Ara Hareket Teorisinin formülüne göre sosyal bakımından bir suç tipinin doğrudan doğruya icrası anlamına gelmekteyse, suç tipinin icrası failin gerçekleştirmiş olduğu hareket arasında kalan bu nitelikteki hareketler teşebbüs olarak değerlendirilmesine engel teşkil etmezler.

Böylece doğal hareket anlayışı içerisinde her bir vücut hareketini dikkate alan anlayış Parça Hareket teorisinde dışlanmıştır. Böylelikle Parça Hareket Teorisi önemlilik kriteri ile tamamlanmıştır. Sadece failin hareketi ile tipik hareket arasında bulunan önemli hareketlerin, failin hareketinin icra başlangıcı nitelendirilmesini engelleyici bir etkiye sahip olabileceği kabul edilmiştir. Frank'ın formülünün yeniden terkibi ile ulaşılan parça hareket teorisinin teşebbüsün başlangıcı için tipik hareketin gerçekleşmesinin hemen öncesini belirlemesi cezaya değer hareketin ilk ne zaman ortaya çıktığının tespitinde biçimsel bakımından isabetli gözükmektedir. Yine parça hareket teorisi somut veya soyut tehlike suçları bakımında da teşebbüsün tespitinde sorun yaşamamaktadır. Buna karşın teoriye eklenen önemli hareketlerin ancak teşebbüs varlığını engelleyici bir mahiyette olduğunun kabulü yaklaşımının önemli hareket kavramının somutlaştırılmaya ihtiyacı olduğu açıktır.⁶⁷ Bu bağlamda teoriyi farklı kriterlerle somutlaştırmaya çalışan farklı yaklaşımlar söz konusu olmuştur. Çalışmanın başında değindiğimiz gibi; doğrudan doğruya icra başlangıcı kriterinin teşebbüste cezaya değer haksızlığın ortaya çıkışı bakımından sadece biçimsel bakımdan bir tespittir. Cezaya değer bir hareketin varlığının kabulü için bunun maddi bir içeriğe sahip olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle teşebbüs bakımından cezaya değer bir hareketin hareketin varlığının kabulü için sadece biçimsel bakımdan norm ihlalinin bulunması yeterli olmamalıdır, bu norm ihlalinin aynı zamanda maddi bir içeriğe sahip olması gerekmektedir. Parça Hareket Teorisini somutlaştırmaya çalışan yaklaşımları teşebbüsün haksızlığının sahip olması gereken maddi içeriği ortaya koyarak teorinin kriterini farklı olaylar bakımından istikrarlı biçimde uygulanabilmesini hedefleyen yaklaşımlar olarak değerlendirmek hatalı olmayacaktır.

1. Parça Hareket Teorisi ile Tehlike Kavramını Bağdaştıran Yaklaşım ve Alman Yargı Kararlarındaki Uygulaması

Parça hareket teorisini ve tehlike ölçütünü bağdaştırmayı hedefleyen yaklaşımlar tehlike kavramını Parça Hareket Teorisinin önemlilik kriterini somutlaştırmak için kullanmazlar. Diğer bir ifadeyle bu yaklaşım içerisinde tehlike kavramı Parça Hareket Teorisinin formel ölçütünü ikame eden bir mahiyet arz etmez. Bilakis failin hareketlerinin doğrudan doğruya icra başlangıcı olarak kabul edilebilmesi bakımından öncelikli olarak Parça Hareket Teorisinin öl-

⁶⁶ Kühl (n 40) §16 Kn. 60.

⁶⁷ Roxin (n 28) § 29 Kn. 138.



çütü ile teşebbüsün varlığının belirlenmesi gereklidir. Diğer bir ifade ile failin hareketlerinin, hazırlık hareketlerinin alanından çıkıp teşebbüs sahasının içerisinde değerlendirilebilmesi için, öncelikli olarak “failin planına göre suç tipin unsurlarının gerçekleşmesini hazırlayan ve doğrudan tipik harekete götüren”⁶⁸ mahiyette olması gerekir. Fakat bu yeterli olmaz. Bununla birlikte failin gerçekleştirdiği hareketlerin artık bir sonraki adımda “failin bakış açısından korunan hukuki değeri somut bir tehlike altına”⁶⁹ sokacak olması aramaktadır. Somut tehlike kavramını failin bakış açısı bakımından yorumlaması elbette ki Alman Ceza Kanunu 22. paragrafta yer alan “nach der Vorstellung von der Tat” ifadesinin bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır.⁷⁰

Söz konusu yaklaşım Alman Federal Mahkemesi’nin daha sonraki kararlarında kısmen terk edilmiş ve tehlike perspektifi yerine Parça Hareket Teorisinin “suç tipinin gerçekleştirilmesi ile doğrudan doğruya mekânsal ve zamansal bir ilişki/bağlantı” kriteri tercih edilmeye başlanmıştır.⁷¹ Buna karşın tehlike perspektifinin dolaylı failin söz konusu olduğu durumlarda hazırlık ve icra hareketlerinin ayırımında “doğrudan doğruya zamansal ve mekânsal ilişki” kriteri ile birlikte uygulandığı kararlar söz konusu olmaktadır. Bu bağlamda dolaylı failliğin söz konusu olduğu durumda Alman Federal Yüksek Mahkemesinin Ceza Kurulu failin suç tipinin gerçekleşmesi için kendisi tarafından yapılması gereken davranışları gerçekleştirmesini yeterli bulmamış, aynı zamanda failin gerçekleştirdiği davranışların “failin planına göre ortaya koyduğu davranışların bütünüünün korunan hukuki değere bir saldırı ihtiva etmesini” aramıştır. Saldırının varlığı mahkemeye göre korunan hukuki değer “hali hazırda bir tehlike altına sokulmuşsa ve doğrudan doğruya zararın ortaya çıkması ile sonuçlanacaksa” kabul edilir.⁷²

Suç tipi ile korunan hukuki değer tehlike altına sokulması kriteri icra başlangıcının tespitinde gündeme gelen somutlaştırma ihtiyacını gidermek bakımından parça hareket teorisinin çözümüne dâhil edilmiştir. Federal Mahkemenin, ilgili kararları ayrı ayrı incelendiğinde, kriterleri birbiri ardına sıralayarak kümülatif bir şekilde kullandığı görülmektedir. Mahkemeye göre “fail kendi planına göre suç tipinin unsurlarının gerçekleşmesini mümkün kılacak ve doğrudan doğruya tipik hareketin kendisi ile sonuçlanacak, bununla birlikte failin bakış açısından korunan hukuki değeri somut bir tehlike altına sokacak davranışlar gerçekleştirirse hazırlık hareketleri safhasının ötesine geçmiş ve

⁶⁸ BGH NSTZ 1987, 20.

⁶⁹ BGH NSTZ 1987, 20.

⁷⁰ LK-Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 70.

⁷¹ BGHSt 35, 6, 8 v.d.; BGH NSTZ 1989, 473, bkz. LK- Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 71, dñn. 149.

⁷² BGHSt 43, 180 v.d.

teşebbüs sahasına girmiştir. Buna mukabil olarak teşebbüsün sahası mani olunmadığı takdirde doğrudan doğruya suç tipinin tamamlanmasına netice verecek veya onunla doğrudan doğruya zamansal ve mekânsal ilişki içerisinde bulunan davranışları kapsamaktadır."⁷³ Mahkemenin kararları incelendiğinde hangi ölçütün icra başlangıcı ve hazırlık hareketlerinin ayrımı bakımından belirleyici kriter olacağı sorusunun cevabının açık ve anlaşılır olarak vurgulanmadığı görülmektedir. Mahkeme, Parça Hareket Teorisinin kişisel formel sınırlama ölçütünü materyal kişisel bir yaklaşım olarak tanımlanabilecek "hukuki değer failin bakış açısından doğrudan doğruya tehlike altına sokan davranışlar" ölçütü ile değiştirmektedir. Söz konusu ölçüt, teşebbüs kavramının düzenlendiği ACK paragraf 22'nin lafzi yorumu ile çeliştiği gerekçesiyle literatürde eleştirilmiştir. ACK paragraf 22'de Alman kanun koyucu teşebbüsün başlangıcını "doğrudan doğruya suç tipinin icrasına başlamak" ifadesi ile şekli olarak kanunda belirtilen suç tipi ile ilişkilendirmiştir. Yasal düzenlemede teşebbüsün başlangıcının suç tipinde korunan hukuki değer doğrudan doğruya tehlike altına girdiği bir zaman dilimi ile ilişkilendirildiğine ilişkin bir dayanak yoktur. Diğer taraftan korunan hukuki değer bakımından tehlike hazırlık hareketleri aşamasında da söz konusu olabilirken, fail hareketleri ile suçun tamamlanması yaklaştıkça tehlike nicelik olarak kademeli olarak artan bir mahiyet arz eder. Teşebbüsün başlangıcının maddi bir içerikle korunan hukuki değer tehlike altına girmesine bağlı olarak tanımlanması doğrudan doğruya icra başlangıcı teşkil etmeyen bazı davranışların teşebbüs sahası içerisinde değerlendirilebilmesine imkân verecektir.⁷⁴ Tehlike kavramına yöneltilen itirazlardan bir tanesi de kavramın özellikle tehlike suçlarında işlevini yitirdiği noktasındadır. Korunan hukuki değer tehlike altına sokulması soyut tehlike suçları bakımından gerekli değilken somut tehlike suçlarında ise suçun tamamlanması anlamına gelebilecektir.⁷⁵

2. Tehlike Kavramının İcra Başlangıcının Tespiti Bakımından Değerlendirilmesi

Tehlike kavramının failin hareketlerinin teşebbüsün alanına girdiğini tespit etmek bakımından, formel bir ölçütü tamamlayıcı bir mahiyette kullanılma-

⁷³ BGH NSTZ 1987, 20, 2013, 156, 157; BGHSt 30, 363, 364.

⁷⁴ Kühl (n 40) § 15 Kn. 82, 83; Maurach/Gössel/Zipf (n 45) § 40 Kn. 66; LK-Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 82.

⁷⁵ LK- Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 82; Alman Federal Mahkemesinin bazı kararlarında kullandığı ölçüt Alman Hukukunda doğrudan doğruya icra başlangıcının tespiti bakımından esas önemli ölçüt olarak kabul edildiğini göstermek bakımından yeterli olmadığını düşünmekteyiz. Mahkemenin değindiğimiz kararlarında da görüldüğü gibi birçok farklı ölçütü kümülatif olarak dile getirmektedir. Öğretide durum ise çalışmanın devamında ortaya konulduğu gibi tehlike ölçütünün yardımcı ve tamamlayıcı bir mahiyette kullanılması yönündedir. Buna krş. Bkz. Sercan Tokdemir, Ceza Hukukunda Akim Kalmış Azmettirme (Seçkin Ankara 2022) 84.



ypı, doğrudan ölçüt olarak kullanılması bazı problemleri beraberinde getirmektedir. Öncelikli olarak şekli açıdan norm ihlali teşkil etmeyen suç tipinin gerçekleştirilmesine hazırlık teşkil eden hareketler fail tarafından icra edildiği aşamada tehlikeli olarak değerlendirilmesi mümkündür. Bu tehlike icra aşamasına yaklaştıkça artarak devam eder. Diğer yandan icra başlangıcının tespiti konusunu tipikliğin ön alanında tipikliğin gerçekleştirilmesi ile sıkı bir bağlantı içerisindeki hareketler, davranış normunun niteliğinin ve ceza normunun amacı olan hukuki değerlerin korunmasının bir gereği olarak, oluşturur.⁷⁶ Bu şekli ölçütün gerçekleşmesi ile kasıtlı hareket eden fail hareketleri haksızlığın sübjektif kısmını oluşturur.

Fakat norm ihlali sadece fail ile norm arasında failin norm ile kurduğu ilişkiye indirgenemez ve bu bağlamda yalnızca failin tasavvur dünyasında gerçekleşen bir olgu olarak anlaşılabilir. Bu sebeple ACK § 22’de yer alan failin fiiline ilişkin tasavvuru (nach der Vorstellung von der Tat) kavramı cezaya değer hareketin ortaya çıkışında norm ihlali kavramını sadece failin tasavvuruna indirgenecek şekilde anlaşılmalıdır. Bununla birlikte ACK § 23/2’de yer alan failin bariz izansızlığından kaynaklı ex ante bir perspektiften açık olarak suç tipini gerçekleştirmeyeceği belli olan davranışların cezalandırılabilir olarak değerlendirilmesi son derece sorunlu gözükmektedir.

Norm ihlalinin varlığı için normun ihlal edilmesinin sosyal bakımdan anlaşılabilir ve algılanabilir biçimde ortaya çıkması gerekir. Alman Ceza Hukuku öğretisinde gün geçtikçe hâkim konuma gelen teleolojik hareket öğretisinde hareket bir anlam taşıyıcısı olarak kabul edilmektedir. Failin hareketi hukuken korunan değerlere saygı göstermediğini sosyal bakımdan anlaşılabilir ve algılanabilir biçimde ortaya koyan hareket olmalıdır. Ceza hukuku failin fiili sebebiyle fail hakkında bir hükümde bulunur. Bu sebeple ceza hukukunun perspektifi kaçınılmaz olarak ex ante perspektiftir. Objektif isnadiyet teorisi ile failin sorumluluğunun belirlenmesinde pozitif bilimsel ex post perspektif terk edilmiştir. “*Hukukçu ex ante değerlendirir, pozitif bilimler ile ilgilenen bilim adamı ex post değerlendirir*”. Ceza hukukunun dili pozitif bilimlerin dilinde oluğu gibi betimleyici bir dil değildir. Pozitif bilimler dış dünyadaki olayların nasıl gerçekleştiğini anlamaya çalışır ve bunu tasviri olarak ortaya koyar. Ceza hukuku bu perspektifi dikkate alır, fakat ceza hukukunun amacı sadece neyin nasıl olduğunu anlamak değildir. Ceza hukuku neyin nasıl olduğunu anlayarak fail hakkında fiili sebebi ile hüküm vermek zorundadır. Ceza hukuku bu sebepten kendi normatif ölçütlerine göre hüküm tesis eder. Bu noktada bu çıkarım çok yerindedir: “*Hukukun dili tasviri dil değildir, hukuk hüküm veren bir dile sahiptir.*”⁷⁷

⁷⁶ Bkz. yukarıda, S. 2 ve 3.

⁷⁷ Stuckenberg (n 24) 108.

Ceza hukuku kaçınılmaz biçimde hükmün sosyal bakımdan günlük anlam şablonları içerisinde taşıdığı anlamı dikkate almak zorundadır. Bu gereklilik birçok meselenin çözümünde kullanılan sağlıklı bir zihne sahip failin sosyal çevresine ait ortalama izan ve vicdan sahibi 3. kişi kriterinde kendini ortaya koyar. Söz konusu 3. kişi toplumun varsayımsal temsilcisidir. Aynı zamanda toplum adına karar veren ve ancak failin hareketlerinin dış dünyada ortaya koyduğu büyük resmi dikkate alarak, suçun manevi unsurlarına ilişkin tespitler dâhil olmak üzere, olayı değerlendirme imkânına sahip hâkimin konumu da olaya 3. bir kişinin perspektifi ile paralellik arz eder. Teşebbüs bakımından da norm ihlali bu sebeple sosyal düzlemde anlaşılabilir ve algılanabilir bir şekilde ortaya çıkmalıdır. Failin sosyal bakımdan bir suç tipini gerçekleştirmeye yöneldiği anlamını taşımayan hareketleri ceza hukuku bakımında cezaya değer olarak nitelendirilemez. Tehlike kavramı işte tam bu noktada devreye girmelidir ve ex ante olarak tespit edilip teşebbüste cezaya değer bir hareketin varlığı bakımından norm ihlalinin sosyal bakımdan algılanabilir biçimde ortaya çıkması gerekliliğinin bir cevabı olarak değerlendirilmelidir. Biz burada tehlike yerine risk kavramını tercih etmekteyiz.⁷⁸ Cezaya değer bir teşebbüsün varlığı için failin hareketleri ile sosyal bakımdan anlaşılabilir bir şekilde suç tipini gerçekleştirmeye yöneldiğini ortaya koyması gerekir. Diğer bir ifade ile fail hareketleri ile suç tipini gerçekleştireceğine ilişkin sosyal bakımdan algılanabilir ve anlaşılabilir bir risk ortaya koyması gerekir. Ceza hukuku bakımından failin normu ihlale yöneldiğini böyle bir riskin varlığı ile tespit edilmişse fail hareketlerinin cezaya değer olduğu noktada hüküm verilebilir. Tehlike kavramı böylece gerekli bir maddi ölçüt olarak hareketin objektif haksızlığının tespitinde işlev görmesi gerekmektedir. Bu bakımından Türk Ceza Hukuku'ndaki alışıla gelmiş tasnif bakımından ifade edersek, tehlike kavramının teşebbüste hareketlerin elverişliliği başlığında inceleme yapılırken hareketlerin elverişli olup olmadığına hüküm vermede esas belirleyici bir ölçüt olarak kullanılması uygun gözükmemektedir.

Buna karşın Yargıtay'ın elverişlilik kavramının adeta hazırlık ve icra hareketlerinin ayrımında ölçüt olarak kullanıldığı kararları mevcuttur. Yargıtay fail tarafından gerçekleştirilmek istenen tipik netice bakımından fail hareketleri elverişsizse, teşebbüs hükümlerine başvurulamayacağı gerekçesi ile failin hareketleri hazırlık hareketi olarak kabul etmiştir.⁷⁹ Oysa ki failin iradesinin hangi suç tipinin icrasına yöneldiğinin tespitini mümkün kılan icra hareketleri belirlendikten sonra gerçekleştirilmesine yönelinen suç tipi bakımından hareketlerin elverişli olup olmadığı sorusuna cevap bulanabilecektir. Ceza hukukunda aynı andalık prensibi (*Koinzidenzprinzip*) gereği failin fiili kastı, diğer

⁷⁸ Gerekçesi için bkz. Çatakli (n 3) 171, 172.

⁷⁹ Yarg. 14 CD. 05.02.2014, 2012/2733, 2014/1160; Benzer bir şekilde bkz. Yarg. 14. CD. 24.03. 2016, 2016/236; 2016/2925.

bir ifade ile fiili icra ettiği anda mevcut bulunan kastı, tipiklik bakımından bulunması gerekli subjektif unsura tekabül eder. Keza ceza hukukunda ancak failin fiilli ile ortaya koyduğu kastı failin cezai sorumluluğu bakımından önem arz eder. Teşebbüste fiil, suç tipinin doğrudan doğruya icrasına yönelik failin hareketleridir. Bunlar tespit edilmeden failin kastının neye yöneldiğinin tespiti mümkün değildir. Failin kastının yöneldiği suç tipi tespit edilmeden ise failin hareketlerinin elverişli olup olmadığının değerlendirilmesi mümkün değildir.⁸⁰

3. Modifiye Edilmiş Ara/Parça Hareket Teorisi (Hillenkamp)

Literatürde tehlike kavramının icra başlangıcının tespitinde kullanılmasına ilişkin çekincelere karşılık olarak *Hillenkamp* tarafından yeniden terkip edilmiş bir Parça Hareket Teorisi ileri sürülmüştür. Özellikle yakın tarihli mahkeme kararları incelendiğinde icra başlangıcının tespitine ilişkin ortaya konulan yaklaşımın Hillenkamp'ın bu modifiye edilmiş Parça Hareket Teorisi ile uyuştuğunu söylemek mümkündür.⁸¹ Tehlike kavramı bu yaklaşım içerisinde icra başlangıcının tespitinde esas belirleyici ölçüt değildir. Tehlike kavramı, Parça Hareket Teorisinin biçimsel kişisel ölçütü içerisinde bazı olaylara ilişkin olarak tipik hareketin icrasına uzak olan bazı hareketlerin icra başlangıcı olarak kabul edilmesini engelleyici (*Korrektiv*) mahiyette, yardımcı bir kıstas işlevi görmektedir.

Öncelikli olarak Hillenkamp parça hareket teorisinin kişisel formel (biçimsel) formülünü suç tipinin gerçekleştirilmesi ile zamansal ve mekânsal bakımından dar ve sıkı bağlantılı olan tipikliğin ön alanındaki hareketlerin cezalandırılmasını mümkün kılan yaklaşımı sebebi ile hukuki güvenlik bakımından bir kazanım olarak değerlendirmektedir. Tehlike kavramının eklenmesi ile ortaya çıkan materyal formel yaklaşıma yönelmiş yukarıda değinilen itirazlara katılmaktadır.⁸² Öncelikli olarak tehlike kavramını hukuki değerini somut olarak tehlikeye sokulması ölçütünün Parça Hareket Teorisinin altında yatan formel anlayışla bağdaşmadığı haklı olarak belirtilmektedir. Bunun yerine tehlike kavramını suç tipinin gerçekleştirilmesi ile bağdaştıran bir yaklaşımın Parça Hareket Teorisinin dayandığı düşünsel zemin bakımından daha isabetli olduğunu vurgular. Tehlike kavramının somut suç tipi ile ilişkilendiren “Suç tipinin gerçekleştirilmesi tehlikesi” (Gefahr der Tatbestandsverwirklichung) ölçütü tehlike kavramının Ara Hareket Teorisi uyumu bakımından çok daha isabetli bir ölçüt olarak gözükmektedir. Böylelikle sırf hareket suçları ve tehlike suçları bakımından yöneltilecek itirazların dayanak noktası zayıflatılmış olmaktadır.⁸³

⁸⁰ Çatakli (n 3) 298; Krş. SK-Jäger (Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Jürgen Wolter (Edt.), Band 1 (§§ 1- 37), 9. Baskı, Carl Heymanns, Köln 2017) § 22 Kn. 12.

⁸¹ MK-Hoffman-Holland (n 33) § 22 Kn. 119.

⁸² LK-Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 82.

⁸³ LK-Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 83, 84.

İcra başlangıcı Parça Hareket Teorisini içerisinde mekânsal ve zamansal açıdan suç tipinin gerçekleştirilmesine sıkı bir şekilde bağlanmıştır. Tehlike düşüncesine icra başlangıcının tespitinde bu söz konusu yaklaşıma karşı öncelik tanınmamalıdır. Tehlike düşüncesi özellikle önemsiz ara hareketlere teşebbüsün varlığını engelleyici bir anlam verilmesinin önüne geçmede yardım sunabilecektir. Bu bağlamda failin hareketi ile suç tipinin bizatihi icrasını teşkil edecek hareketler arasında "kalan hareket kısımları hali hazırda mevcut bulunan suç tipinin gerçekleştirilmesi tehlikesini kayda değer biçimde artırmıyorsa, fail tarafından yapılan hareketler doğrudan doğruya suç tipinin gerçekleştirilmesi ile sonuçlanacak hareketlerdir."⁸⁴ Tehlike kavramının Parça Hareket Teorisinin formülüne bu şekilde eklenmesi aynı zamanda failin tasavvuruna göre failin gerçekleştirdiği hareketlerle suç tipinin bizatihi kendisinin gerçekleştirilmesi için başkaca önemli bir ara hareketin kalmadığını düşündüğü bazı olaylarda icra başlangıcının kabulüne engel olarak uygulanan ölçütü daha da somutlaştırmaktadır. Bu mahiyetteki hareketler açısından "tipikliğin gerçekleştirilmesi ile sonuçlanacak bir teşebbüsün kabulüne uygun bir tehlikeden bahsetmenin söz konusu olmaması sebebi ile suç tipinin bizatihi gerçekleşmesinin henüz uzak ve kesin olmadığı" bir aşamada icra başlangıcı olarak kabul edilmeyeceklerdir. *Hillenkamp* böylelikle sadece suç tipinin gerçekleştirilmesi ile sıkı bir bağlantı içerisinde bulunan hareketleri teşebbüsün alanına dâhil etmek istemektedir.⁸⁵ Çünkü teşebbüs diğer suç tiplerinden ayrılan müstakil bir tipikliğe sahip değildir. Teşebbüste cezaya değer hareket belirli bir suç tipinin gerçekleştirilmesine teşebbüs edilmesidir. Bu bakımdan hırsızlık suçu bakımından kiler penceresinin açılması için zorlanması ile doğrudan doğruya icra başladığı kabul edilirken, aynı eylem cinsel saldırı suç bakımından potansiyel mağdur evde bulunsa dahi henüz icra başlangıcı olarak değerlendirilemeyecektir. Bunun sebebi cinsel saldırı suçunun tipikliği bakımından bir sonraki hareketin bizatihi suç tipinin icrası anlamına gelmesi için failin mağdurun bulunduğu yere yaklaşması gereğinde ortaya çıkar.⁸⁶ Diğer bir ifade ile mağdur alanı hırsızlık suçuna göre daha dar yorumlanarak mağdurun vücudu kabul edilir ve failin en azından mağdurun bulunduğu odanın kapısını zorlamasını gerekli kılar. Nihayetinde *Hillenkamp* kendi yaklaşımını kişisel objektif bir hüküm verme metodu (*individuell-objektive Beurteilungswiese*) olarak tanımlar. Buna göre teşebbüsün kabulü için ilk olarak failin tasavvuruna göre gerçekleştirmiş olduğu hareketlerle tipik hareketin kendisi arasında başkaca önemli hareket bulunmaması gerekir. İkincil olarak ise bu hareketlerle ortaya çıkan durum doğrudan doğruya suç tipinin gerçekleştirilmesi tehlikesi olarak tanımlanabilmelidir.⁸⁷

⁸⁴ LK- Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 85.

⁸⁵ LK- Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 85.

⁸⁶ LK- Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 86; ayrıca bkz. Roxin (n 28) §29 Kn. 141.

⁸⁷ LK- Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 85.

Söz konusu yaklaşımın daha iyi anlaşılması için örneklendirmek gerekirse; failin arabayı çalmak amacı ile anahtarını kopyalaması ve aracın bulunduğu yeri sahibinden öğrenmesi, araç yakın bir yerde bulursa dahi henüz doğrudan doğruya icra başlangıcı teşkil etmez. İcra başlangıcı, failin çalınması planlanan aracın bulunduğu yere doğru yönelmediği müddetçe söz konusu olamayacaktır. Aracın yerinin öğrenilmesi ile bizatihi suçun konusu üzerinde tehlike yaratacak hırsızlık suç tipinin bizatihi kendisinin icrası arasında failin aracı çalma amacıyla araca yönelmesi hareketi bulunmaktadır. Fail aracın bulunduğu yere çalma amacı ile yöneldiğinde suç tipinin gerçekleşmesi tehlikesi önemli ölçüde artmış olacaktır ve bu sebeple aracın yerinin öğrenilmesi suç tipini gerçekleştirilmesi bakımından icra başlangıcı olarak kabul edilemeyecek uzak hareket olarak değerlendirilmelidir. Buna karşın bir benzin istasyonunu soymak amacıyla failin maskesini takarak ve elinde silahla, kapının açılmasından sonra benzin istasyonu işletmecisini silahla tehdit ederek gerçekleştireceği hırsızlığa karşı koymamasını sağlamak amacıyla, istasyon kapısının ziline bastığı olayda, yağma suçu bakımından doğrudan doğruya icra başlangıcı söz konusu olacaktır.⁸⁸

4. Somutlaştırılmış Parça Hareket Teorisi (Roxin)

Roxin teşebbüsün cezalandırılması için nedenini açıklarken öncelikli olarak, failin eylemi teşebbüs aşamasında kalmış olsa bile “toplumda yaşayan insanlar üzerinde hukuku sarsıcı etkisini” dikkate almaktadır. Hazırlık hareketleri kural olarak hukuki güvenlik duygusunu ya da diğer bir deyişle hukuk normlarının geçerli olduğuna ilişkin inançtan kaynaklı bireylerdeki huzuru sarsıcı bir etkiye sahip değildir. İcra başlangıcı olarak kabul edilebilecek hareketlerin hukuku sarsıcı bu etkiye sahip olması gerekmektedir. Bu bağlamda failin hareketlerinin “hukuku sarsıcı bir etkiye neden olduğunun” kabulü için *Roxin* parça hareket teorisinin icra başlangıcı olarak kabul ettiği tipikliğinin bizatihi icrasından önceki son parça hareket faslını iki yardımcı kavramla belirlenmesi gerektiğini savunur. Bu kavramları “*failin hareketi ile neticenin beklenen neticenin ortaya çıkışı arasında dar bir zamansal ilişki*” ve “*failin hareketleri ile birlikte mağdurun veya bazı suç tiplerinde tipikliğinin alanına temas, etki veya tesirinin*”⁸⁹ söz konusu olması olarak ifade etmektedir.⁹⁰

Bu söz konusu iki kıstas failin hareketlerinin icra başlangıcı olarak kabul edilebilmesi için birlikte bulunmalıdır. Kıstaslardan sadece birinin varlığı yeterli değildir. Örneğin fail planladığı yağma suçunu işlemek amacı ile mağdu-

⁸⁸ LK- Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 103.

⁸⁹ Roxin (n 27) §29 Kn. 139.

⁹⁰ Buna karşın Roxin’in teorisini korunan hukuki değeri “doğrudan” veya “somut” tehlikeye sokma kıstası bağlamında değerlendiren görüş için, Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler (Seçkin, 16. Baskı, Ankara 2021) 501.

run kapısına gitmiştir. Fail planına göre evin içerisine girmek için mağdurun homoseksüel eğilimini kullanıp önce yatağa gidecek, daha sonrasında ise fırsatını bulduğunda yağma eylemini gerçekleştirecektir. Fakat olayda mağdur kapıyı açmamıştır.

Roxin'e göre son parça hareketin tespiti için kullanılması gerekli ölçütlerden mağdurun alanına tesir kriteri gerçekleşmiştir. Fakat failin planına göre yağma eylemi daha sonra gerçekleşeceği düşünülen bir fırsatta gerçekleştirilecektir. Bu sebeple dar zamansal ilişki ölçütü gerçekleşmediği için eylemin henüz yağma suçu bakımından hazırlık hareketi olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.⁹¹

Alman Federal Mahkemesinin kararına⁹² konu olmuş bir olayda fail bir kadını cinsel ilişkiye zorlamak ve kendi kullanımı için parasını almak amacıyla evin kiler penceresinden girmeye çalışmıştır. Fakat kiler penceresinde demir parmaklık vardır ve fail demir parmaklıkları kesmeye çalışmış fakat başaramamıştır. *Roxin* kendi kriterlerini bu olaya uygularken hırsızlık suçu bakımından failin hareketlerinin icra başlangıcını teşkil ettiği kabul etmektedir. Fail mağdurun alanına etki etmiştir ve parmaklıkları kesmeye başardığı takdirde hırsızlık suçunun icrasına başlayacağı için dar zamansal ilişki kıstası gerçekleşmiştir. Olayda gündeme gelen diğer bir suç tipi cinsel saldırı suçu bakımından ise mağdurun alanını cinsel saldırı suç tipini dikkate alarak dar yorumlamaktadır. Cinsel saldırı suçu bakımından mağdurun alanı vücududur ve fail güvenlik önlemlerinden kaynaklı olarak bu alana yaklaşması dahi söz konusu olmadığı için etkisi söz konusu değildir. Cinsel saldırı suçu bakımından failin hareketleri icra başlangıcı olarak değerlendirilmemektedir. Federal Mahkeme ayrıntılı bir gerekçelendirme yapmaksızın aynı sonuca ulaşmıştır.⁹³

Roxin'in ifade ettiği kıstaslar parça hareket teorisini somutlaştırmak bakımından faydalı gözükmektedir. Fakat mağdur alanına etki kıstası ancak kişisel hukuki değerler bakımından uygulanabilecek bir mahiyete sahiptir. Bu bakımından korunan hukuki değer kamuya ait olduğu suçlar bakımından bu kıstas nasıl uygulanacağı sorusu gündeme gelmektedir. Hususi olarak saldırılan kişinin bir alanının olmadığı bu suçlarda bu görevi, tipikliğin alanı (*Tatbestandsphäre*) kavramının yerine getireceğini belirtir. Paranın saflığını bozma veya sahte para düzenleme suçunun düzenlendiği ACK § 146 bakımından bu kriter uygulandığında sahte para üretmeyi mümkün kılacak eyleme failin yaklaşması ile teşebbüs sahasına girilmiş olacaktır. Örneğin sahte para basılmasını mümkün kılacak bilgisayar programı, negatifler ve baskı patı gibi malzemeler ancak zamansal bakımdan bir erteleme olmaksızın sahte para basılması amacıyla ha-

⁹¹ Roxin (n 27) §29 Kn. 140.

⁹² BGH NStZ 2000, 418.

⁹³ Roxin (n 27) §29 Kn. 141.

zır hale getirildiklerinde söz konusu suç tipi bakımından icra başlangıcı olarak kabul edilecektir.⁹⁴

Roxin'in somutlaştırma biçimini anlamak bakımından failin olay yerine yaklaştığı mahkeme kararlarına konu olmuş bir olay üzerinde durmak faydalı olacaktır. Alman Federal Mahkemesine konu olmuş bir olayda⁹⁵ “fail bir postane şubesini soymak istemektedir. Fail kaçışını garanti altına almak amacıyla arabasının motorunu çalışır vaziyette bırakmış ve birçok müşterinin de bulunduğu turnike kısmında beklemek istemiştir. Bu arada soygunda kullanacağı üzerinde “direnmeyin, aksi takdirde ateş ederim” yazılı kartı hazırlamıştır. Ama sürekli yeni gelen müşteriler sebebi ile bankolar bir türlü boşalmadığı için soygunu başarılı bir şekilde yapamayacağına inanmış ve postane şubesini terk etmiştir.

Alman Federal Mahkemesi söz konusu olayda teşebbüsün varlığını dolayısıyla failin hareketlerinin icra başlangıcı teşkil ettiğini kabul etmiştir. Fakat failin fiillerinde ortaya koyduğu suça ilişkin düşüncesi dikkate alındığında suçun doğrudan doğruya icrası anlamına gelecek hareketlere başlamadan önce bankolara girmek için turnikelerin bulunduğu yerde başkaca müşteri olmaması gerekmektedir. Bu da suç tipinin icrasına başlamadan önce “müşterilerce fark edilmeksizin turnikelere girişin mümkün olması” gerekmektedir. Failin turnikelerin olduğu yerde beklemesi ile doğrudan doğruya suç tipinin icrası arasında yer alan bu ara hareketin planın başarıya ulaşması bakımından kilit bir aşama teşkil etmesi sebebi ile önemsiz olarak nitelendirilmesi mümkün gözükmemektedir. Ayrıca failin bulunduğu safhanın hala turnikelerin bulunduğu yerde bekleyen fazlaca başka müşteri olması sebebi ile başkaca bir müdahale olmaksızın suç tipinin gerçekleştirilmesi ile sonlanacak bir merhale olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Ayrıca failin beklediği yer herkesçe girilmesi mümkün turnike salonudur ve bankodaki görevliye hazırladığı notu göstermek amacı ile turnikelere henüz yönelmemiştir.⁹⁶ Bu sebeple tipikliğin ön alanında ceza normunun algılanabilir ve anlaşılabilir şekilde ihlali anlamına gelen bir hareket olarak değerlendirilemez. Bu bağlamda cezaya değer bir haksızlık varlığına hükmetmek bu hareketler temelinde mümkün gözükmemektedir.

5. Parça Hareket Teorisinin Müşterek Faillikte Uygulanması

Alman Ceza Hukuku'nda baskın görüş müşterek faillikte icra başlangıcının nasıl tespit edileceği sorusunu, failerin hareketlerini müşterek faillikteki iş bölümüne dayalı ortak fiili hâkimiyeti dikkate alarak, bütüncül bir bakış açısıyla cevaplamaktadır. Müşterek faillerden birisinin suçun nasıl gerçekleştiri-

⁹⁴ Roxin (n 28) §29 Kn. 142.

⁹⁵ BGH GA 1980, 24.

⁹⁶ Roxin bu sebeple mağdur alanına etki ölçütünün de gerçekleşemediğini söylemektedir (n 28) §29 Kn. 146, 147.

leceğine ilişkin ortak plana göre yaptığı katkı gerçekleştirilmesine yönelik suç tipi bakımından doğrudan doğruya icra başlangıcı teşkil ediyorsa, diğer bütün failler bakımından da teşebbüs safhasına geçildiği kabul edilecektir. Bu durum henüz suçun gerçekleştirilmesine ilişkin plan bakımından gerekli katkısını sunmuş veya katkısını henüz sunmamış diğer failler için de geçerli olacaktır.⁹⁷ Müşterek faillerin her biri ortak suç planına ilişkin katkılarını sunarken hem kendi adlarına hem de diğer faillerin adına hareket etmekte bu da iş bölümüne dayalı olarak gerçekleştirilen bütün bir suçun icrasının her birine isnadiyetini mümkün kılmaktadır. Bu bağlamda bütüncül yaklaşım müşterek failliğin kurulmasının altında yatan iş bölümüne dayalı ortak fiili hâkimiyet düşüncesi ile olan uyumu sebebiyle tercihe şayan gözükmektedir. Aynı zamanda söz konusu çözüm Parça Hareket Teorisinin müşterek faillik bakımından tutarlı bir şekilde uygulanmasını da mümkün kılmaktadır. Müşterek faillikte her bir fail suçun gerçekleştirilmesine ilişkin ortak bir suç işleme iradesi ve planla hareket etmektedir. Ortak plana göre faillerden birinin ortaya koymuş olduğu katkı bir sonraki adımda bizatihi olarak gerçekleştirilmesine iradi olarak yönelinen suçun tipikliğinin gerçekleştirilmesi ile sonuçlanacaktır. Diğer bir ifade ile araya başkaca önemli bir hareket girmeksizin bir sonraki adım suç tipinde yer alan hareketlerinin kendisinin gerçekleştirilmesi olacaktır. Bütün failler ortak suç planı kapsamında hareket ettiği için faillerin herhangi birisinin sunmuş olduğu katkı ile belirtilen safhaya girilmiş olduğu durumda, her bir failin bakış açısı dikkate alındığında da artık icra başlangıcı söz konusu olmuş olacaktır. Müşterek failliğin esasları ortak suç planı kapsamında tipik fiili iş bölümüne dayalı olarak birlikte gerçekleştiren faillerin her birisinin katkısının diğer bütün müşterek faillelere isnat edilebilmesine dayanmaktadır. Bu bağlamda gündeme gelen “birlikte kararlaştırılmış hareketlerin bağlayıcı ilişkisi” sebebi ile faillerden birinin ortak suç planına göre gerekli aşama gelmediği için katkısını sunmamış olması diğer failler tarafından ortaya konan ve suç tipinin doğrudan doğruya icrasını teşkil eden hareketlerin kendisine isnat edilebilmesine bir engel teşkil etmez. Aksi bir kabul müşterek faillik bakımından gündeme gelen cezai sorumluluğun esasını teşkil eden “ortak suç işleme planına ve iş bölümüne dayalı birlikte gerçekleştirme” düşüncesinden önemli bir sapma anlamına gelecektir. Ayrıca henüz katkısını sunmamış müşterek failin beklenen muhtemel katkısı, o zamana kadar katkılarını ortaya koyan veya kendi katkılarını doğrudan doğruya icrasına başlayan diğer müşterek faillerin suç işleme kararı almalarında

⁹⁷ BGHSt 11, 271 v.d.; 39, 236, 237; Hans Heinrich Jescheck/ Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil (Duncker&Humblot, 5. Baskı, Berlin 1996) 681; Maurach/ Gössel/Zipf (n 45) § 29 Kn. 99, 100; LK- Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 171; Roxin (n 28) § 29 Kn. 295; Schöncke /Schöreder-Eser/Bosch (n 39) § 22 Kn. 55; BeckOK StGB-Cornelius (in: Strafgesetzbuch Kommentar, Bernd von Heintschel-Heinegg, 3. Baskı, C.H.Beck Nördlingen 2018) § 22 Kn. 59; Çataklı (n 3) 291.

cesaretlendirmiş veya suç teşkil eden fiilin gerçekleştirilmesine ilişkin katkılarını sunarken güven duygusu içerisinde hareket etmelerini sağlamış olabilir. Bu bakımdan sırf suçun teşebbüs aşamasında kalması sebebi ile cezalandırmamak, suça ilişkin katkısının icrasına henüz başlamamış faillerin o zamana kadar gerçekleştirilen fiillere etkisini yok saymak anlamına gelecektir. Ayrıca henüz sadece suç tipinin gerçekleştirilmesine ilişkin katkısı, hareketin teşebbüs aşamasında kalması sebebi ile zamanı gelmediği için gerçekleştirilmemiş failin cezasız kalmış olacaktır. Buna karşın kendi katkılarını zamanı geldiği için icra eden ya da icrasına başlayan failler cezalandırılacaktır. Sonuç olarak zamanı gelmediği için katkısını icra etmemiş faile adeta ayrıcalık tanınmış olacaktır. Bu durumun kabulü de zor gözükmektedir.⁹⁸

6. Parça Hareket Teorisinin Dolaylı Faillikte Uygulanması

Parça hareket teorisinin dolaylı faillikte ne şekilde uygulanabileceğine ilişkin farklı yaklaşımlar söz konusudur. Alman Mahkeme kararlarında ve Alman Ceza Hukuku Literatüründe baskın görüş failin süreci hakimiyet alanından çıkarmasını dikkate alan Hakimiyetten Çıkarma Teorisi (*Entlassungstheorie*) olarak gözükmektedir. Söz konusu görüşe göre fail olayın akışı üzerindeki kontrolünü, kendi fiile ilişkin tasavvuruna göre araya başkaca önemli bir ara hareket ve uzun bir ara süreç olmaksızın bir sonraki adımda doğrudan doğruya suç tipinin gerçekleşmesi ile sonuçlanacak şekilde elinden bırakmışsa doğrudan doğruya icranın başladığı kabul edilecektir. Alman Federal Mahkemesi'nin kararlarında icra başlangıcının varlığına bu formülün olaya uygulanması suretiyle hükmedilmektedir. Alman Federal Mahkemesi'nin kararına konu olan bir olayda fail kendi tasavvuruna göre esas suç tipini gerçekleştirmek için araç olarak kullandığı kişiye içinde aslında ölümcül bir zehir bulunan şişeyi, sadece uyuşturucu bir içeriğe sahip bir sıvı olduğunu söyleyerek vermiş ve bu kişiyi şişeyi mağdura götürmesi için ikna etmiştir. Mahkeme "*failin kullanıldığı aracı kişinin iradesini manipüle ederek fiili işleyemeye ikna ettikten ve sonra kendi hakimiyet alanından çıkmasına müsaade ettiğinde, fiili işlemek için kullandığı kişinin sürecin devamında suç tipinin doğrudan doğruya icrasına başlayacağı için korunan hukuki değeri bu anda tehlike altına soktuğu tasavvuru*"⁹⁹ ile hareket ettiğini kabul ederek teşebbüsün varlığını kabul etmiştir.

Söz konusu yaklaşım dikkate alındığında Alman Federal Mahkemesi'nin Parça Hareket Teorisinin somutlaştırılması bakımından suç tipinin gerçekleşmesi tehlikesini dikkate aldığını görmekteyiz.¹⁰⁰ Fakat Parça Hareket Teorisi'nin

⁹⁸ Krş. NK-Zaczyk (in: Nomos Kommentar, Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ullrich Paeffgen (edt.), Cilt 1 (§§1- 79b), Nomos, 5. Baskı, Baden- Baden 2017) § 22 Rn. 67; Türk Hukuku'nda karşıt görüş için bkz. Zafer İçer, Suça Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ve İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması (On İki Levha 2021 İstanbul) 206.

⁹⁹ BGHSt 30, 366.

¹⁰⁰ MK-Hoffmann-Holland (n 33) § 22 Kn. 125.

dolaylı faillik kurumu bakımından benimsediği yorumun yerinde olmadığını, teşebbüsün sahasını olması gerekenden fazla genişlettiğini düşünmekteyiz. Failin fiili hakkında ceza hukuku bakımından verdiğimiz hüküm zorunlu olarak aynı zamanda failin fiilini norm ihlalinin varlığı, suç tipinin gerçekleşmesi ile sonuçlanacak algılanabilir ve anlaşılabilir bir riskin oluşması ve suç dogmatikliği bakımından kabul edilen benzeri normatif ölçütler bakımından yorumlama (anlamlandırma) faaliyeti içermektedir. Failin fiilin ceza hukuku bakımından ne anlama geldiğini yorumlarken salt failin fiiline yüklediği anlam dikkate alındığı takdirde cezai sorumluluk bakımından hükme varılırken karar verici bir parametre olan ceza normunun ihlalinin sadece fail ile norm arasındaki ilişkiye indirgemiş oluruz. Failin kendi zihin dünyasındaki tasavvuruna tam anlamı ile vakıf olmak ise hâkimin bir insan olması hasebi ile mümkün gözükmemektedir. Bu yorumlama faaliyeti zorunlu olarak failin hareketinin sosyal bakımdan, bir diğer ifade ile toplumun fiktif temsilcisi olan üçüncü sağlıklı bir zihin yapısına sahip kişinin perspektifinden günlük anlam şablonları dikkate alınarak yapılmalıdır. Bu açıdan Parça Hareket Teorisinin icra başlangıcının tespitinde kullandığı normatif ölçütte yer alan “failin fiile ilişkin tasavvuruna göre” kavramının yanlış yorumladığımızı düşünmekteyiz. Failin fiile ilişkin tasavvuru, yukarıda değinilen ceza hukuku bakımından zorunlu gözükene perspektiften yorumlandığında ancak failin fiillerinde somutlaştığı ölçüde dikkate alınabilecektir. Failin fiile ilişkin tasavvuru dikkate alınarak bir sonraki safhanın bizatihi suç tipinin kendisinin icrasını teşkil edip etmediğinin yine olağan hayat akışı dikkate alınarak sağlıklı bir zihne sahip üçüncü kişinin perspektifinden tespit edilmesi gereklidir. Bu bakımdan failin öyle olmamasına rağmen gerçekleştirdiği hareketlerden sonra gerçekleştirmek istediği suç tipi bakımından “bu iş bitti” veya “artık tamamdır” gibi düşünmesi icra başlangıcının kabulü bakımından yeterli kabul edilmemelidir.

Yukarıda verilen örnek olayda failin iradesini manipüle ederek içinde sadece uyuşturucu etkiye sahip bir sıvı olduğuna ikna ettiği kişinin failin hâkimiyet alanından ayrılması ile icra başlangıcının kabulü mümkün değildir. İkna edilen kişinin suç tipinin bizatihi icrasına başlayabilmesi için en azından mağdurun bulunduğu veya olağan hayat akışına göre bulunmasının kuvvetle muhtemel olduğu yere gitmesi zorunludur. Bu safha failin araç olarak kullandığı kişinin ikna edilmesi ve iradesi manipüle edilen bu kişinin failin etki sahasının dışına çıkması ile failin gerçekleştirmeyi amaçladığı suç tipinin bizatihi icrası arasında yer alan önemli bir ara hareketi oluşturmaktadır. Toplumun varsayımsal temsilcisi olan sağlıklı bir zihne sahip üçüncü kişi araç olarak kullanılan şahsın ikna edilip mağdurun bulunduğu yere yola çıkması ile bu işin bitmediğini, dikkate alınması gereken doğru akıl yürütmenin bir gereği olarak (mantık kuralları) suç tipinin bizatihi kendisinin icrasına başlanabilmesi için aracı kişinin mağdurun bulunduğu yere içinde öldürücü bir sıvı bulunan şişe ile ulaşmasının zorunlu olduğunu bilecektir. Böylece Parça Hareket Teorisinin icra başlangıcı-



nın tespiti bakımından benimsediği kişisel objektif ölçütün suçun öznesi odaklı olan (subjektif) kısmı da zahiri¹⁰¹ bir bakış açısından yorumlanacaktır. Fail, zihin dünyasında bu safhayı önemsememiş olması ve bu sebepten “işin bittiğini düşünmesi” ceza hukuku bakımından yapılacak normatif ölçütün olaya ilişkin yorumunu değiştirmeyecektir. Failin araç olarak kullandığı kişiyi mağdura göndermesi ile mağdur bakımından bir tehlikeye sebep olduğunu düşünebilir. Fakat bu tehlike, teşebbüsün varlığı bakımından aranan failin fiili ile suç tipinin bizatihi icrası arasındaki gerekli hareketin doğrudan doğruyalığı (*Handlungsunmittelbarkeit*) ilişkisinin gerçekleştiğinin kabulü için yeterli olmaz. Doğrudan doğruyalık ilişkisinin varlığının kabul edilebilmesi ancak suç tipinin gerçekleşmesi riskinin (*Gefahr/ Risiko der Tatbestandsverwirklichung*) ortaya çıkmış olması ile mümkün olabilecektir. Aksi takdirde failin hatalı, mantığa aykırı tasavvurları teşebbüsün varlığı için zorunlu objektif unsur “suç tipinin gerçekleştirilmesine doğrudan doğruya yönelme” üzerinde karar verici olacak, adeta onun yerine ikame edilecektir.¹⁰²

Ayrıca Mahkeme icra başlangıcının tespitine ilişkin failin planına göre suç tipinin gerçekleşmesi için mağdurun katkısının zorunlu olduğu olaylarda benimsemiş olduğu görüşle de çelişmektedir. Failin evine sürekli giren hırsızdan kurtulmak amacıyla evde bıraktığı değerli eşyaya hırsızın temas etmesi ile birlikte etkili olacak ölümcül bir zehir sürmüş ve evinden ayrılmıştır. Mahkeme söz konusu olayda failin planına göre korunan hukuki değer tehlikeye sokulmuş olması için öncelikle mağdurun eve girmesi ve kendisinin zarar görmesi ile sonuçlanacak hareketlerin icrasına başlaması gerektiğini kabul etmiştir.¹⁰³ Failin olayın akışını elinden bırakırken mağdurun muhakkak geleceğini düşünmesi ve bu yüzden mağdurun artık tehlike altında olduğunu düşünmesi icra başlangıcının tespiti bakımından belirleyici değildir.¹⁰⁴ Hala failin hareketleri ile suç tipinin bizatihi icrası arasında önemli başkaca hareketler vardır. Karara konu olay bakımından Mahkeme icra başlangıcı olarak failin suç tipinin

¹⁰¹ Türk hukukunda suçun öznesi odaklı normatif ölçütlere karşı, niyet veya irade ceza hukuku ile ilişkili görülmesi sebebi ile kategorik bir karşı çıkış gözlemlenmektedir. Oysa ki failin öznesi dikkate alınmadan değerlendirmeye konu failin hakkında hükme varmak mümkün gözükmemektedir. Bu noktada kanaatimizce niyet ceza hukuku tehlikesi bakımından yapılacak haklı itirazlara, ceza hukuku bakımından yapılacak değerlendirmede kullanılan ölçütlerin, ölçütler dışsal (zahiri) bir perspektiften ve ceza hukukunun sosyal boyutu dikkate alınarak yorumlandığı müddetçe, özne odaklı muhtevası (subjektif) bulunması tek başına dayanak teşkil etmeyecektir. Söz konusu ölçütlerin yorumlanmasında failin iç dünyasında fiiline ne anlam yüklediği (batını) dikkate alınarak yapılacak bir yorumlama faaliyeti ki ancak niyet okuma olarak adlandırılması mümkündür, söz konusu itirazlar bakımından haklı bir dayanak oluşturabilecektir.

¹⁰² Çatakli (n 3) 293, 294; Krş. LK- Hillenkamp (n 27) § 22 Kn.163.

¹⁰³ BGHSt 43, 77.

¹⁰⁴ Roxin, Strafrecht (n 28) § 29 Kn. 219; Gropp (n 19) § 9 Kn, 73.

gerçekleşeceği düşüncesi ile olayın kontrolünü elinden çıkarmasını değil, makul bir yorumla, mağdurun kendisine kurulan tuzağın bulunduğu yere gelerek kendisinin zarar görmesi ile sonuçlanacak hareketlerin icrasına başlamasını aramıştır. Söz konusu olayın düşünsel döngüsü dolaylı faillığe ilişkin yukarıda ele aldığımız olaya son derece benzemektedir. Dolaylı faillığe ilişkin ele alınan karara konu olayda da icra başlangıcının varlığı bakımından araç olarak kullanılan kişinin elinde zehir bulunan şişe ile mağdurun bulunduğu yere varması ve mağdurun zarar görmesi ile sonuçlanacak hareketlerin icrasına başlaması, Parça Hareket Teorisinin formülü ile ifade edersek bir sonraki adımın bizatihi suç tipinin icrası olacağı bir aşamaya gelmiş olması gereklidir. Bu bakımdan dolaylı faillik bakımından icra başlangıcının aracı kişinin doğrudan doğruya suç tipinin icrasını teşkil eden hareketlerinin dikkate alınarak (bütüncül yaklaşım) tespiti yerinde gözükmemektedir.¹⁰⁵

7. Parça Hareket Teorisinin İhmali Suçlarda Uygulanması

Alman Federal Mahkemesi'nin kararlarında ihmali suçlarda icra başlangıcının tespiti bakımından istikrar kazanmış bir yaklaşımından söz etmek mümkün gözükmemektedir. Mahkemenin kararına konu olmuş gerçek olmayan ihmali suça (*unechtes Unterlassungsdelikt*) ilişkin bir olayda fail tramvay raylarına düşmesine kendisinin sebep olduğu mağduru bilinci kapalı ve yaralı bir şekilde rayların üzerinde ölmesi amacıyla bırakmıştır. Daha sonrasında gelen tramvayı kullanan vatman raylarda yatan mağduru fark etmiş ve doğru zamanda yavaşlaması ile mağdur ezilmekten kurtulmuştur. Mahkeme failin mağduru "*son kurtarma şansını es geçip kullanmayarak objektif bir şekilde mağdur bakımından ölüm tehlikesini son derece*"¹⁰⁶ artırmış olması sebebi ile bu andan itibaren icra başlangıcını kabul etmiştir. Mağdurun yeterli beslenmesinin ancak midesine takılan bir sonda ile yapılan suni beslenme yoluyla mümkün olduğu başka bir olayda mağdurun tedavisinde sorumlu doktor bu özel beslenmeyi sona erdirmiştir. Suni beslenmenin sona erdirildiği andan itibaren fail kararı ile mağdura sadece çay verilmiştir. Failin görüşüne göre bu şekilde hasta 2-3 hafta içinde ızdırap çekmeden yaşamını yitirecektir. Mahkeme söz konusu olayda failin yükümlülüğüne aykırı davranışının başlangıcını teşkil eden suni beslenmenin ilk sona erdirildiği anı icra başlangıcı olarak kabul etmiştir. Mahkemeye göre her ne kadar "*mağdurun ölümünün 2- 3 hafta arası bir süreçte gerçekleşmesi beklenmesi sebebi ile fail uzun süreli bir şekilde aktif davranış yükümlülüğüne uygun hareketin uzun bir süre ihmali ile mağdurun ölümünün gerçekleşmesini irade etmiş olsa da, yükümlülüğün ihlali anlamına gelen suni beslenmenin sona erdirildiği ilk anda mağdurun yaşamı bakımından fai-*

¹⁰⁵ Kühl (n 45) § 15 Kn. 85d; LK-Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 164; MK-Hoffman- Holland (n 33) § 22 Kn 129; BeckOK StGB-Cornelius (n 91) § 22 Kn. 69.

¹⁰⁶ BGHSt 38, 356,360.

lin kendi tasavvuruna göre somut bir tehlike oluştuğunu” ifade ederek kararını gerekçelendirmiştir.¹⁰⁷

Parça Hareket Teorisi'nin gerçek olmayan ihmali suçlarda uygulanması bakımından icrai suçlara ilişkin uygulamasında geçerli olan kaidelerden sapılmasına gerek olmadığı düşüncesi Alman Ceza Hukuk Literatüründe hâkim görüş olarak gözükmektedir.¹⁰⁸ Bu bakımdan ihmali suçlar bakımından icra başlangıcının varlığı için Parça Hareket Teorisine göre hareketin doğrudan doğrualığının gerekliliği söz konusudur. Bu bakımdan ihmali suçlarda icra başlangıcı, spesifik olarak neticeyi engelleme yükümlülüğü altında olan garantörün hareketsiz kalmaya devam etmesi korunan “hukuki değeri somut bir tehlike altına sokuyor “veya “tehlikeyi önemli ölçüde artırıyor” söz konusu olacaktır.¹⁰⁹ *Kühl*'ün veciz bir ifadesi ile: “*Ne zaman durum korunan hukuki değer bakımından garantör konumdaki kişinin yükümlülüğünü edimsel (fiili, aktüel) hale getirecek ölçüde tehdit edici olmaya başlamışsa*”.¹¹⁰ Failin gerçekleştirmiş olduğu fiille suç tipinin bizatihi kendisinin icrası arasında başkaca önemli hareket kalmaması ve failin gerçekleştirdiği hareketlerin sonrasında müdahale edilmediği takdirde sürecin suç tipinin kendisinin gerçekleşmesi ile sonuçlanacak olması kriterlerinin ihmali suçlarda doğru yorumlanması bu sonucu vermektedir. Mahkemenin kararlarında benimsemiş olduğu, failin hukukun kendisine yöneltmiş olduğu yükümlülüğe aykırı hareketi gerçekleştiği anda ya da son kurtarma imkânını kullanmaması kriterleri birçok olayda icra başlangıcının tespiti bakımından doğru anı tespit bakımından elverişli olmayabilecektir.¹¹¹ Örneğin tramvay rayları üzerinde bilinçsiz ve yaralı bırakılan mağdurun söz konusu olduğu olayda icra başlangıcını failin mağduru son kurtarma şansını da kullanmadığı ana endekslemek Parça Hareket Teorisi bakımından isabetli bir yaklaşım değildir. Failin mağduru terk ettiği istasyon sık aralıklarla tramvayın geldiği bir istasyonsa, diğer bir ifade ile mağdurun raylar üzerinde kaderine terk edildiği anda 5 veya 10 dakika gibi kısa süreler içerisinde tramvayın geleceği biliniyorsa “son kurtarma şansı kullanılmadığı” öl-

¹⁰⁷ BGHSt 40, 257; ayrıca bkz: <https://www.hrr-straftrecht.de/hrr/1/94/1-357-94.php#:~:text=-BGHSt%2040%2C%20257%3B%20zul%3%A4ssige%20Sterbehilfe%20vor%20Einsetzen%20des,unmittelbares%20Ansetzen%20zum%20Versuch%20bei%20der%20mittelbaren%20T%C3%A4terschaft,> son erişim: 25.08.2022

¹⁰⁸ Jescheck/Weigend (n 91) 638; Malitz (n 20) 218, 200; SK- Jäger (n 79) § 22 Kn. 43; BeckOK StGB-Cornelius (n 91) § 22 Kn. 55; Çatakli (n 3) 295.

¹⁰⁹ Schönke/Schöreder-Eser/Bosch (n 44) Kn. 50, 51; LK-Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 142; SK-Jäger (n 79) § 22 Kn. 43; Gropp (n 19) § 9 Kn, 77.

¹¹⁰ Kühl (n 45) § 18 Kn. 145.

¹¹¹ SK-Jäger (n 79) § 22 Kn. 143; BeckOK StGB-Cornelius (n 91) § 22Kn. 56; Hakan Hakeri, İhmal Kavramı ve İhmal Suçların Çeşitleri (Seçkin Ankara 2003) 268 vd.; Önder Tozcan, İhmal Suçlarında Teşebbüs, TBB 84 (2009), 168 vd.

çütü dikkate alınarak icra başlangıcının varlığına hükmedilmemelidir. Bilakis kısa süre içerisinde tramvay geleceği için söz konusu koşullar altında failin yükümlülüğüne aykırı davranıp olay yerini terk etmesi, olayın akışında arada başkaca önemli bir aşama bulunmadan bir sonraki safhanın bizatihi mağdurun ölümü ile sonuçlanacak tramvayın mağdurun üzerinde yattığı rayların üzerine gelecek olması sebebiyle icra başlangıcı olarak kabul edilmelidir. Mağdurun raylar üzerinde terk edildiği istasyon kullanılmayan veya çok uzun aralıklarla nadiren tramvayın geçtiği bir istasyon olsaydı failin son kurtarma şansını kullanmayıp istasyonu terk etmesinin failin hareketi ile suç tipinin bizatihi icrası arasında gerçekleşmesi gereken, tramvayın gelmesi gibi, başkaca önemli hareketler olması sebebi ile Parça Hareket teorisi bakımından icra başlangıcı olarak kabulünün mümkün olamayacağını düşünmekteyiz. Bu bakımından Türk Ceza Hukuku Literatüründe de *Hakeri*¹¹² ve *Tozman*¹¹³ tarafından da benimsenen failin olay yerini terk ettiği durumlarda “failin hukuki değerini zarar görmesi amacı ile olayın akışının üzerindeki kontrolünü bırakarak olay yerinden uzaklaşması” anının her durumda icra başlangıcının tespiti bakımından tek başına doğru sonuca götürmediğini düşünmekteyiz. Söz konusu kriterin somut olay bakımından başkaca normatif kriterlerle tamamlanmasının daha uygun olduğunu düşünüyoruz. Yeni doğan bir bebeği ebeveynleri ormanda ölmesi için tek başına bırakıp uzaklaşmaya başladıkları anda ihmal suretiyle kasten öldürme suçu bakımından icra başlangıcı olarak nitelenmemelidir. Ebeveynler bebeten, ormandaki vahşi hayvanların bebeğe saldırması durumunda onu kurtarmalarının mümkün olmayacağı bir ölçüde uzaklaştıklarında icranın başladığını kabul etmek uygun olacaktır. İcra başlangıcı bakımından failin hareketin sosyal anlamının somut olayın özelliklerine uygun bir şekilde değerlendirilmesi gereklidir. *Jakobs* bu hususu “*Neticenin Önlenmesinin sosyal alışılmış bir yolla gerçekleşmesi mümkün olduğu müddetçe*” şeklinde ifade etmektedir.¹¹⁴ Yine ebeveynlerin hayati tehlike anlamına gelen semptomlar gösteren bebeğin ölmesi için yalnız bıraktıklarında değil, bebeğe olan uzaklıkları “özenli bir ebeveyn için alışılmış ölçüyü”¹¹⁵ aşmış olması icra başlangıcının varlığı için aranmalıdır.

Yukarıda değindiğimiz Mahkeme’nin kararına konu olmuş diğer olayda olduğu gibi failin yükümlülüğüne aykırılık teşkil eden davranışının uzun bir süre devam etmesinin gerekli olduğu bir durum söz konusudur. Olayda failin yükümlülüğüne aykırı hareketin başlangıcı olan suni beslenmeyi kestiği anda,

¹¹² Ceza Hukuku Genel Hükümler(Adalet Yayınevi 19. Bası Ankara 2016) 498.

¹¹³ Tozman (n 110) TBB 84 (2009) 175.

¹¹⁴ Günther Jakobs Strafrecht Allgemeiner Teil (De Gruyter, 2. Baskı, Berlin 1991) § 29 Kn. 118.

¹¹⁵ SK-Jäger (n 79) § 22 Kn. 43.

mağdurun 2 veya 3 hafta gibi yaşamını devam ettirmesinin mümkün olduğu düşünüldüğünde, araya başkaca önemli bir hareket girmeksizin sürecin mağdurun ölümü ile sonuçlanacak safha olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır. Garantör konumundaki kişinin, mağdurun ölümüyle sonuçlanacak safhanın başlangıcı için en az 2 hafta daha mağduru suni olarak beslenmesini sağlamış olması gerekir. Söz konusu 2 haftalık süre failin hareketi ile suç tipinin bizihi kendisinin gerçekleşmesi arasında bulunan önemli bir safhadır. Parça Hareket Teorisi içerisinde ana normatif ölçüte yardımcı olarak somut tehlike kriterinin kullanıldığını belirtmiştik. Tehlike kriteri ile ifade etmek gerekirse mağdurun suni olarak beslenmesinin kesildiği anda mağdurun hayat hakkı bakımından ölüm riskinin hemen ortaya çıkmadığı ve yükümlülüğe aykırılık teşkil eden bu ilk davranışın ölüm riskini önemli ölçüde artırmadığı¹¹⁶ bu sebeple de failin hareketi ile suç tipinin icrası arasında hala önemli başkaca hareketler bulunduğunu söylemek gereklidir.

Parça Hareket Teorisinin ihmali suçlarda uygulanış biçimini daha somutlaştırmak amacıyla bir örnek daha vermek gerekirse; anne çocuğunu öldürmek amacıyla onu beslemeyi ilk bırakmış olduğu anda ihmal suretiyle kasten öldürme suçunun doğrudan doğruya icrasına başlamış olmaz. İcra başlangıcının söz konusu olacağı zaman dilimi ancak çocuğun beslenememeye devam etmesinin susuzluğa bağlı dehidratasyon veya yetersiz besin alımından kaynaklı olarak somut ölüm riski ortaya çıkması ile neticelenecek bir aşama olabilecektir.¹¹⁷

C. Parça Hareket Teorisinin Türk Ceza Hukuku'nda Uygulanabilirliği

TCK'da suça teşebbüsün varlığı için 35. madde de “suçu ... doğrudan doğruya icraya başlayıp” ifadesi ile failin suçun icrasına doğrudan doğruya başlaması gereğini vurgulamıştır. Böylece doğrudan doğruyalığın gerekliliğini (*Unmittelbarkeitserfordernis*) kanun koyucu Türk Ceza Hukuku bakımından da kabul etmiştir. Maddenin gerekçesine bakıldığında doğrudan doğruya icra başlangıcı kavramı “işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması” ile ilişkilendirilmiştir. Söz konusu ifade çalışmanın başlarında değindiğimiz ve “suç tipi ile zorunlu bir aidiyet ilişkisi içerisinde bulunan” hareketleri icra hareketi olarak tanımlayan materyal objektif bir yaklaşıma sahip Frank formülüne doğrudan bir atıf içermektedir.

Frank formülü her ne kadar teşebbüs kavramını tipikliğin ön alanında fakat tipik hareketle sıkı bir ilişki içerisinde dogmatik ve kriminal politik açıdan isa-

¹¹⁶ “Korunan hakkın durumunu henüz olduğundan daha fazla kötüleştirmedeği müddetçe teşebbüs başlamamıştır”, MK-Hofmann-Holland, § 22 Kn. 115; bkz. benzer şekilde NK-Zaczyk (n 97) § 22 Kn. 60.

¹¹⁷ Bkz. Schönke/Schöreder-Eser/Bosch (n 44) § 22 Kn. 51.

betli bir yaklaşımla tanımlasa da ortaya koyduğu normatif ölçütler farklı hayat olayları bakımından istikrarlı bir şekilde uygulanabilmesini sağlayacak somutlukta değillerdir. Bu sebeple Frank formülü kişisel objektif bir yaklaşım olan Parça Hareket Teorisi ile somutlaştırılmıştır. Bu bakımından Frank Formülü ile aynı düşünsel zeminde ve onun somutlaştırılması için geliştirilen Parça Hareket Teorisinin Türk Ceza Hukuku bakımından da uygulanması açısından bir engel olmadığı düşünülebilecektir. Nitekim Literatürde *Sözür* Parça Hareket Teorisinin suç tipi ile yakın zamansal ve mekânsal ilişki ölçütünü “yardımcı nispi bir ölçüt” olarak tanımlamıştır.¹¹⁸ *Hakeri* yasal teşebbüs tanımındaki doğrudan doğruya icra başlangıcı kavramını Parça Hareket Teorisinin formülü ile somutlaştırmaktadır.¹¹⁹ Yine *İçer* TCK m. 35’te suça teşebbüsün varlığı bakımından aranan doğrudan doğruya icraya başlama kriterini “suç tipinin gerçekleştirilmesi ile doğrudan doğruya zamansal ve mekânsal ilişki” içerisinde yer alan hareketlerle ilişkili olarak açıklamakta¹²⁰ ve yasada yer alan suç tipi ile doğrudan doğruya ilişki içerisinde bulunma gerekliliğini Parça Hareket Teorisinin somutlaştırılması için geliştirilmiş kriterlerle yapmaktadır.¹²¹

Kanaatimizce Alman Ceza Hukukunda, ACK § 22’de tanımlan teşebbüs kavramı bakımından icra başlangıcına ilişkin hükmün kurulacağı zemin (*Beurteilungsgrundlage*) failin planı olarak kabul edilmiştir. Bu bakımdan Parça Hareket Teorisi kanundaki düzenlemeyi esas alarak kişisel- formel bir düşünce zemininde geliştirilmiştir. Bu da ortaya koyduğu normatif ölçütlerin suçun öznesini de (subjektif) dikkate alan bir yapıya sahip olmasına sebep olmuştur. Buna karşın TCK m. 35’te tanımlanan teşebbüs kavramı, madde- nin gerekçesi de dikkate alındığında, objektif bir anlayışla tanımlanmış ve suç teşkil eden fiilin öznesi de dikkate alan subjektif-objektif karma bir yaklaşımı benimsememiştir.¹²² Yasa koyucu teşebbüsün varlığı için elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icra başlangıcını aramış, TCK m. 35/2’de teşebbüsün cezalandırılmasında tehlike düşüncesini önclemiştir. Söz konusu bu yaklaşımdan hareketle icra başlangıcının tespitinde objektif 3. kişinin perspektifinin dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir.¹²³ Söz konusu bu farklılık suçun öznesinin planını icra başlangıcının tespitinde dikkate alan Parça Hareket Teorisinin kriterlerinin kullanılmasının Türk Ceza Hukuku açısından mümkün olup olmadığının değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır.

¹¹⁸ Roxin (n 28) 213.

¹¹⁹ (n 106) 494.

¹²⁰ İçer (n 92) 158.

¹²¹ İçer (n 92) 154- 169 v.d.

¹²² Koca/Üzülmez (n 22) 424 v.d.; İçer (n 92) 117 v.d.; Fatih Birtek, İcra Hareketlerinin Başlaması (CHD S: 21 Nisan 2013) 69,95; Tokdemir (n 74) 84.

¹²³ Koca/Üzülmez (n 22) 424; Sözür (n 30) 218; İçer (92) 157.



Değerlendirilmesi gerekli soru Alman Ceza Hukuku'nda icra başlangıcı bakımından verilen karar dikkate alındığında, failin fiile ilişkin tasavvuru ve bu bağlamda failin suça ilişkin planı bakımından ortaya koyduğu hareketlerin ne anlama geldiğinin dikkate alınmasının “doğrudan doğruya icra başlangıcı” kriterini subjektif olarak izafileştirip izafileştirmedir. Bu açıdan öncelikli olarak belirtilmelidir ki ACK paragraf 35”te yer alan failin fiile ilişkin tasavvuru (*nach der Vorstellung von der Tat*) icra başlangıcının tespitinde değerlendirme ölçütü olarak kullanılmamaktadır. Failin suça ilişkin planı (*Nach dem Tatplan des Täters*) icra başlangıcının tespitinde ölçüt olarak dikkate alınmaktadır. Böylelikle failin gerçekleştirdiği hareketleri kendi tasavvur dünyasında doğrudan doğruya fail tarafından gerçekleştirilmesine iradi olarak yönelinen suç tipinin icrası olarak düşünmesi yeterli değildir.¹²⁴ Failin filline ilişkin planı çerçevesinde hareketlerinin icra başlangıcı teşkil edip etmediği araştırılmaktadır. Olaya ilişkin hükmü verecek hâkim failin tasavvur dünyasına (batına) girme imkânı bulunmayan, bu sebeple de failin planın ne olduğunu bilme imkânı ancak olayın dışa yansıyan zahiri sürecini değerlendirmek suretiyle mümkün olan bir kişidir. Bu olgunun zorunlu mantıki sonucu olarak failin fiile ilişkin planın ne olduğu, olayın zahir gerçekleşmesi biçimi (*im Ablauf des äußeren Geschehens*) dikkate alınarak tespit edilmektedir. Failin hareketini kendi tasavvur dünyasında nasıl değerlendirdiği dikkate alınmadan, sağlıklı bir zihne sahip ortalama üçüncü bir kişinin perspektifinden olayın dışa yansıyan süreci dikkate alınarak değerlendirme yapılmaktadır. Bu bağlamda failin hareketlerinin gerçekleştirilmek istenen suç tipi bakımından doğrudan doğruya icra başlangıcı teşkil edip etmediği, 3. objektif kişinin bakış açısından failin fiillerinde somutlaşan suça ilişkin planı dikkate alınarak belirlenir. Özellikle yukarıda ifade ettiğimiz Parça Hareket Teorisinin dolaylı faillikte uygulanmasına ilişkin örneklerde ifade edilen ölçütler dikkate alındığında bu yaklaşım belirgin bir biçimde ortaya çıkmaktadır.¹²⁵

Parça Hareket Teorisi bakımından icra başlangıcının tespitine ilişkin ölçütler de var olan söz konusu subjektif karar zemini fail tarafından gerçekleştirilen hareketlerin gerçek anlamının ancak “fail tarafından planlanan olayın akış süreci” dikkate alınarak tespit edilebileceği gerekçesi ile kabul edildiği belirtilmektedir.¹²⁶ Bu bağlamda Türk Ceza Hukuku Literatürün 'de de ancak failin

¹²⁴ Ralf Krack, Der Versuchsbeginn bei Mittäterschaft und mittelbarer Täterschaft, ZStW 110 (1998) 611, 638; Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, (Giesecking, 12. Baskı, Bielefeld 2016) § 22 Kn. 57; MK-Hoffmann-Holland (n 33) § 22 Kn, 105; Kühl (n 40) § 15 Kn, 77; Sözüer (n 30) 207, 208; 207 208; Birtok (n 121) 94.

¹²⁵ Bkz. BGHSt 43 117, 181; LK- Hillenkamp (n 27) Kn. 140 v.d.; MK-Hoffmann-Holland (n 33) § 22 Kn. 129; Çataklı (n 3)311, 312.

¹²⁶ Thomas Hillenkamp, Zur „Vorstellung von der Tat“ im Tatbestand des Versuchs(in: Bernd Schünemann u.a. (Edt.) Festschrift für Claus Roxin, Berlin 2001) 689, 704; Çataklı (n 3) 313.

hangi suç tipini ne şekilde gerçekleştirmek istediği belirlendikten sonra hareketlerinin gerçekten icra başlangıcı tespit edip etmediğinin değerlendirilmesi mümkün olmayacağı, aksi takdirde hareketlerin anlamı yoruma açık olacağı ifade edilmektedir.¹²⁷ Öncelikli olarak failin planının, hangi suç tipini nasıl gerçekleştirmek istediği dışı yansıyan hareketlerinde ortaya çıkması gereklidir. Ancak bundan sonra 3. objektif gözlemcinin bakış açısından icra başlangıcına ilişkin değerlendirmenin mümkün olacağı elverişli bir karar zemininden bahsedilebilecektir.

Sonuç olarak Alman Ceza Hukuku’ndaki söz konusu “subjektif” karar zeminin “dorudan doğruya icra başlangıcı” kavramını izafi hale getirmemektedir. Bu bakımdan icra başlangıcının tespitinde kişisel-formel bir yaklaşıma sahip Parça Hareket Teorisi bağlamında geliştirilen kriterlerin Türk Ceza Hukuku’nda kullanılması bakımından bir sakınca olmadığını ve TCK m. 35’te yer alan “doğrudan doğruya icra başlangıcı” ifadesinin söz konusu teorinin normatif ölçütleri ile somutlaştırılabileceğini düşünmekteyiz.¹²⁸

D. Yargıtay Kararları Bağlamında Parça Hareket Teorisine İlişkin Değerlendirmeler

Türk Ceza Hukuku Literatürü’nde Yargıtayın icra başlangıcına ilişkin kararlarının Parça Hareket Teorisi kapsamında geliştirilmiş kriterlerle açıklanabileceği ifade edilmektedir. Fakat Yargıtay kararlarında icra başlangıcının tespitine ilişkin kullandığı argümanlar dikkate alındığında özellikle cinsel saldırı¹²⁹ ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma¹³⁰ gibi suçlar bakımından formel objektif teorinin uygulandığı görülmektedir. Bu bakımdan Yargıtay, sanıkların müştekinin bahçesine girip kapısının önüne geldiklerinde müştekinin ihbarı üzerine yakalanmış oldukları olayda hırsızlık suçuna teşebbüsü kabul etmemiştir. Literatürde söz konusu karar “mağdurun korunan alanına müdahale” kriteri kapsamında değerlendirilmektedir. Fakat söz konusu karar *Roxin* tarafından parça hareket teorisinin somutlaştırılması için geliştirilen mağdurun veya ti-

¹²⁷ Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Seçkin, 12. Baskı, Ankara 2021) 460; Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler (Beta İstanbul 2016) 498; Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler (Yetkin, Ankara 2016) 270; Koca/Üzülmez (n 22) 418; Sözüer (n 30) 158; Suç teşebbüste subjektif unsurun varlığının sistematik bakımdan önce değerlendirilmesinin sebebi olarak, Akbulut (n 30) 562.

¹²⁸ Krş. Akbulut (n 30) 570; İçer iki farklı hukuk sistemindeki perspektif farklılığını dile getirmektedir. Fakat eserinde bu farklı perspektiflerin nasıl uzlaştırılacağına ilişkin bir açıklama yapılmadan, Parça Hareket Teorisi içerisinde geliştirilen kriterle TCK m. 35’te yer alan doğrudan doğruya icra başlangıcı kavramı somutlaştırılmaktadır, İçer (n 92) 163 v.d.

¹²⁹ 14 C.D., 05.02.2014, 2012/2733, 2014/1160; Kararı maddi-objektif teori bağlamında değerlendiren görüş için bkz. İçer, 121 v.d., Dipnot 306.

¹³⁰ 5 CD.,1982/380-659, bkz. Tozman, Teşebbüs, 143.



pikliğın alanına etki (*Einwirkung auf die Opfer- bzw. Tatbestandssphäre*)¹³¹ kriterinin bir uygulaması olarak değerlendirilemez. Bu kriter gere göre hırsızlık suçı bakımından fail evin kapısının önüne geldiğinde bir sonraki hareketi kapıyı açıp hırsızlık yapmaktır. Parça hareket teorisi bakımından henüz kapıyı zorlamaya başlamamış olması sebebi ile failin hareketleri ile tipik hareketin icrası arasında önemli başkaca hareketin varlığı olduğunu söylemek teorinin temel söylemlerinden biri olan hareketi *atomise* etmeden bir bütün olarak düşünüp icra başlangıcını tespit etme yaklaşımına ters düşmektedir. Sanıklar kapıya geldiklerinde bir sonraki adımda kapıyı açıp içeri girip bizatihi hırsızlık suçunu işleyeceklerdir. *Roxin*'in ortaya koyduğu mağdurun alanına etki kriteri bu olayda gerçekleşmiştir. Yağma suçı bakımından verilen Yargıtay kararına çok benzer bir olayda *Roxin*'in kendisi de failin kapının önüne gelmiş olmasını mağdur alanına etki için yeterli bulmuştur. İcra başlangıcı kabul etmemesinin sebebi failin planı bakımından yağma suçunun icrasına başlaması için öncelikle gerçekleşmesi gereken mağdurun homoseksüel eğiliminden yararlandıktan sonraki bir aşamada uygun bir zaman diliminin beklenecek olmasıdır. Bu sebeple failin hareketleri ile işlemek istediği suç tipininin bizatihi icrası arasında, “mağdurun homoseksüel eğilimini kullanarak ikna edilmesi ve cinsel ilişkinin sonrasında” faili bizatihi suç tipini icrasını planlaması sebebi ile, henüz daha önemli hareketler bulunmaktadır. Fakat Yargıtay kararına konu olayda sanıklar hırsızlık amacı ile kapının önüne gelmişlerdir ve kapının önüne gelmeleri ile kapıyı açacak olmalarını bir bütün olarak değerlendirmek gerekir ve bir sonraki adım kapının açılıp hırsızlık suç tipinin bizatihi kendisinin icrasındır. Bu açıdan bu kararı mağdurun alanına etki prensibi içerisinde değerlendiren görüşe katılmıyoruz.¹³²

Yazarın değerlendirmeleri ile *Roxin*'in geliştirdiği kriterin arasında temel yaklaşım farkı söz konusu olduğunu düşünmekteyiz. *Roxin*, kriteri açıklarken mağdurun alanına etki (*Einwirkung*) ifadesini kullanmakta müdahale ve el atma anlamına gelen bir ifade (*Eingriff*) kullanmamaktadır. Buna karşın yazar kişinin hukuk tarafından korunan alanına müdahale kavramını kullanmaktadır.¹³³ *Roxin* hırsızlık suçı bakımından mağdurun veya tipikliğin alanına etkiyi yeterli bulmakta ve failin hırsızlık amacı ile çalmak istediği eşyaların bulunduğu binaya girip içeriye girmek amacıyla kapıya yönelmesini yeterli bulmaktadır. Yazar ise korunan hukuki değere yönelen tipik anlamda bir müdahale aramakta ve bu sebeple formel objektif teori anlamında tipik hareketi ihtiva eden bir hukuki değer ihlali şeklinde müdahaleyi gerekli görmektedir. Bu yaklaşım özellikle Yargıtayın tamamen formel bir objektif yaklaşımla icra başlangıcının

¹³¹ Roxin (n 28) § 29 Kn. 139.

¹³² İçer (n 92) 155, 156 v.d.

¹³³ İçer (n 92) 159, 160.

varlığını kabul etmediği olayların “mağdurun alanına müdahale” kriteri kapsamında değerlendirilmesinde kendini göstermektedir.

Buna karşın Yargıtay sanıkların “gelerek mağdurenin evinin önünde beklemeye başladıkları, hakkında beraat kararı verilen sanık ...’den, mağdurenin evde olduğunu öğrenmeleri üzerine ..., ... ile ...’in mağdurenin evine gittikleri, sanık ...’in ise araçta beklediği, kapıyı mağdurenin annesi ...’nin açtığı, sanıkların ...’ye mağdureyle görüşmek istediklerini söyledikleri, ...’nin buna izin vermemesi üzerine eve girmeye çalıştıkları, mağdurenin ve annesi ...’nin bağırdığını duyan ve o sırada evde bulunan mağdurenin amcası ... ile babası ...’nin kapıya geldikleri, sanıkları apartmandan dışarıya çıkardıkları, bakımdan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma amacı ile konuta girmeye çalışmasını icra başlangıcı teşkil etmeyeceğini”¹³⁴ ifade etmiştir. Yargıtayın söz konusu olayda sanıkların bizatihi hürriyeti yoksun kullanma suçunun tipik hareketlerinin icrasına başlamasını aramıştır. Parça Hareket Teorisi bakımından kara konu olay değerlendirildiğinde, mağdurun bulunduğu evin kapısına gelen sanıkların içeriye girmeye çalıştıkları belirtilmiştir. Faillerin gerçekleştirdiği hareketler bir sonraki aşamada tipikliğin bizatihi icrası anlamına gelen mağdurun hürriyetinden yoksun kılınması ile sonuçlanacaktır. Bu noktada müdahale yapılması sebebi ile başkaca önemli bir hareket bulunduğu kabul etmek teorinin kategorik olarak karşı çıktığı hareketlerin *atomise* edilmesi anlamına gelecekti.¹³⁵ Faillerin eylemlerinin karşı mukavemet görmesi sebebi ile başarıya ulaşmamış olması icra başlangıcının varlığına engel teşkil etmez, ancak hareketlerin suç tipini gerçekleştirmek bakımından elverişliliği hususunun konusu teşkil eder. İcra başlangıcının varlığının kabulü için faillerin konutun içerisine girip mağdurun bulunduğu yere varmalarını beklemek “mağdurun alanına etki” kriteri ile açıklanması mümkün gözükmemektedir.¹³⁶ Kriteri geliştiren *Roxin* hürriyeti tahtid suçu bakımından failin zili çalarak konuta girmeye çalışmasını mağdur alanına etki ve failin hareketi ile suç tipinin bizatihi kendisinin icrası ile dar zamansal ilişki kriterleri bakımından icra başlangıcı teşkil ettiğinin kabul etmektedir.¹³⁷ Bu bağlamda yine korunan hukuki değerini kişi özgürlüğü olması sebebi ile, bizatihi özgürlüğün tahdidi anlamına gelecek fiziksel temas içeren hareketlere yönelmesini beklemek, Parça Hareket Teorisinin perspektifinden değil ancak tipikliğin bizatihi icrasına başlangıcı arayan formel-objektif teorinin bakış açısından anlaşılabilir olacaktır. Parça Hareket Teorisi, çalışmada daha önce de belirtildiği gibi bizatihi suç tipinde yer alan fiillerin icrasını teşebbüs bakımından zorunlu kabul etmez. Teori tipikliğin ön

¹³⁴ Yarg. 14 CD., 29,03,2016,2014/3374, 2016/3057.

¹³⁵ Kühl (n 40) § 15 Kn. 60 v.d.; LK-Hillenkamp (n 27) § 22 Kn. 65 vd.

¹³⁶ İçer (n 92) 163.

¹³⁷ Roxin, Strafrecht (n 28) § 29 Kn. 154



alanında bizatihi tipikliğin gerçekleşmesi ile sonuçlanacak, tipiklik ile sıkı ve zorunlu bir bağlantı içerisinde bulunan hareketleri teşebbüsün varlığı için yeterli kabul eder. Bu bakımdan hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından icra başlangıcının varlığı için mağdurun bizatihi özgürlüğünü kısıtlayan bir eylemin icrası zorunlu değildir. Failin gerçekleştirdiği hareketlerin bir sonraki aşamasının mağdurun hürriyetinden yoksun kılınması anlamına gelecek hareketler olması yeterlidir. Bu bakımdan failin mağdurun içerisinde bulunduğu evin kapısına gelip kapıyı zorla açmaya çalışması, eve zorla girmeye çalışması, evin içerisine girmesi bir sonraki adımın mağdurun bulunduğu odaya gidilip hürriyetin yoksun kılınacak olması sebebi ile icra başlangıcı teşkil eder.

Yargıtayın kararına konu olan bir olayda fail mağdura karşı cinsel saldırı suçunu işlemek amacı ile mağdurun bulunduğu eve balkondan girmiş, mağdurun bulunduğu odanın kapısına gelmiş ve mağdura “Kapıyı aç, yoksa öldürürüm. Elimde bıçak var. Kendim de açabilirim” diye seslenmiştir. Olayın devamında fail elindeki bıçakla kapıya zarar vermiştir. Mağdur kocasını aramış ve ardından bağırmağa başlamıştır. Bunun üzerine fail olay yerini terk etmiştir. Yargıtay “TCK m. 102/1’ de düzenlenen cinsel saldırı suçunun unsurları gerçekleşmediği” gerekçesi ile cinsel saldırı suçuna teşebbüsü kabul etmemiştir.¹³⁸ Yargıtayın tutumu kararın gerekçesinden de açık şekilde anlaşıldığı üzere icra başlangıcı için en azından suç tipinde yer alan tipik fiilin unsurlarından birinin veya birkaçının gerçekleşmesini arayan formel-objektif teoriye dayanmaktadır. Parça Hareket Teorisi bakımından olayın değerlendirilmesi gerekirse fail cinsel saldırı suçunu işlemek amacıyla mağdurun evine gelmiş ve mağdurun bulunduğu odanın kapısına kadar ilerlemiştir. Failin dışı yansıyan hareketlerinde ortaya çıkan planı, zorla veya mağdurun tehdit edilmesi yoluyla mağdurun bulunduğu odanın kapısının açılmasını sağlayıp cinsel saldırı suçunda tanımlanan fiilin bizatihi kendisinin icrasına başlamaktır. Bu bakımdan failin kapıyı zorlaması fiili ile gerçekleştirmek istediği suç tipinin bizatihi kendisinin icrası arasında başkaca önemli bir hareket kalmamıştır. Fail mağdurun bulunduğu odanın kapsını zorlayarak ve mağduru kapıyı açması için ölümle tehdit ederek mağdurun alanına etki etmiştir. Bu noktada Cinsel saldırı suçunun konusu mağdurun cinsel dokunulmazlığı olması gerekçesi ile mağdurun bizatihi vücuduna yönelmiş bir hareketin icrasına başlanmasının beklenmesi yine Parça Hareket Teorisinden ziyade Formel-Objektif Teorinin bakış açısıyla açıklanabileceğini düşünmekteyiz.¹³⁹

Yine Yargıtayın icra başlangıcının varlığı için açıkça “TCK m. 109/2. Maddesinde sayılan “fiili işlemek için veya işlediği sırda cebir, tehdit veya hile kullanımı” kapsamına girmediği” ifadesiyle açıkça şekli objektif teorinin ölçütle-

¹³⁸ 14 CD., 11.06.2015, 2013/6933, 2015/7145.

¹³⁹ Akbult mağdurun alanı ihlal edilmediği gerekçesiyle icra başlangıcını kabul etmemektedir (n 30) 570.

ri kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından icra başlangıcını kabul etmediği olayda fail mağdureyi kaçırmak için mağdurenin evinin önüne gelip seslenmiş, balkona çıkan mağdureye kendisini götürmeye geldiğini söylemiş ve mağdurenin olumsuz cevap vermesi üzerine kapıyı zorlamaya başlamıştır. Bu sırada gürültüye gelen kişilerin araya girmesi üzerine fail, silahla araya girenleri tehdit etmiş ve kaçmak zorunda kalmıştır.¹⁴⁰ Literatürde Yargıtayın söz konusu olaya ilişkin kararı “suçun konusu ile yakın bağlantı” ve “suçun konusu bakımından tehlikeye sebep verme” kriterleri bağlamında maddi-objektif teori içerisinde değerlendirilmektedir.¹⁴¹ Maddi objektif teori kanaatimizce, yukarıda da değindiğimiz gibi tipikliğin ön alanında suç tipi ile doğal ve zorunlu ilişki içerisinde bulunan hareketleri icra başlangıcı olarak kabul etmektedir. Söz konusu olayda fail mağduru kaçırmak amacı ile kapıyı zorlamaya başlamıştır. Kapıyı açılması failin mağduru kaçırabilmesi için gerçekleşmesi gereken, bizatihi mağdurun hürriyetinden yoksun bırakılması anlamına gelecek mağdura karşı gerçekleşecek fiziki müdahalenin zorunlu bir aşamasıdır. Mağdurun hali hazırda bulunduğu evin kapısı zorlanmaktadır ve bu sebeple maddi objektif teorinin somutlaştırılması amacı ile geliştirilen Parça Hareket Teorisi içerisinde savunulan “mağdur veya tipikliğin alana etki” kriteri de gerçekleşmiştir. Yine Parça Hareket Teorisi içerisinde tipikliğin bizatihi icrasına çok uzak hareketlerin icra başlangıcı dışına çıkarılması için kullanılan tehlike kriteri failin gerçekleştirdiği hareketlerin araya başkaca önemli bir hareket girmeksizin bir sonraki adımda korunan hukuki değeri tehlikeye sokacak olması aranmaktadır. Bu bakımdan olayda fail kapıyı cebinde silahla zorlamaya başlamıştır. Failin fiilinde aşikâr olan planına göre kapı açıldıktan sonra fail zaten evde olduğunu bildiği mağdureyi kaçıracaktır. Dolayısıyla bir sonraki adımda mağdurenin özgürlüğü tehlike altına sokulmuş olacaktır. Esasen mağdurenin kaçırılması maksadıyla fail tarafından kapı zorlanmaya başladığında mağdurenin hürriyeti bakımından varlığı duyularla algılanabilen, müşahhas hasılı somut bir tehlikenin varlığından bahsetmek mümkündür. Mağdurenin bulunduğu odaya gitmesi için merdivene çıkması ve mağdurenin bulunduğu yeri tespit etmesi gibi hareketleri önemli hareket kabul eder ve icra başlangıcının varlığını bu sebeple reddedersek, yine teorinin hareketin “zaman merceği” (Zeitlupe) altında atomlarına ayırmadan anlamını bir bütün olarak değerlendirmesi düşüncesinden saparak teorinin kendisi ile çelişeceğimizi düşünmekteyiz.

Yine YCGK kararına konu olmuş bir olayda gece saat 5.30 civarında fail bir gıda deposunun 6 kilidinden 2 tanesini elindeki boru anahtarı ile kırmıştır. Fail diğer kilitleri açmak için uğraşırken işyeri sahibi ve kardeşinin depoya gelmesi üzerine kaçmaya başlamıştır. Olayın devamında fail dükkân sahibi ve

¹⁴⁰ Yarg. 14. CD, 05.02.2014,2012-2733/2014-1160 karar için bkz. Koca/Üzülmez (n 22) 425 dpn.1351.

¹⁴¹ Koca/Üzülmez (n 22) 425.



kardeşi tarafından yakalanıp polise teslim edilir. YCGK failin “işyeri binasına hırsızlık amacıyla girmek için kepenk kilitlerini kırmak suretiyle suçun yasal tanımından, unsur ve nitelikli hal olarak belirtilmiş davranışları gerçekleştirerek elverişli hareketlerle” hırsızlık suçu bakımından doğrudan doğruya icraya başladığına hükmetmiştir.¹⁴² Olay Parça Hareket Teorisi bakımından değerlendirildiğinde CGK’nın ulaştığı sonuç doğru olsa da kararda yer alan gerekçelendirilmeye bakıldığında CGK’nın formel objektif teorinin ölçütünü kullanarak bu sonuca ulaştığı anlaşılmaktadır. Olayı Parça Hareket Teorisi kapsamında kullanılan ölçütler bakımından değerlendirdiğimizde failin gerçekleştirdiği dışa yansıyan hareketlerinde ortaya çıkan ve anlaşılır hale gelen planının kilitleri kırdıktan sonra depodan hırsızlık yapmak olduğu ortadadır. Söz konusu planı dikkate aldığımızda fail asma kilitlerin tamamını açtıktan sonra suç tipinin tanımında yer alan başkasına ait taşınır malı zilyedinin rızası olmadan bulunduğu yerden alma eyleminin bizatihi kendisini icra edilmesi olduğu anlaşılmaktadır. Hırsızlık suçu bakımından taşınır malın bulunduğu ve koruma altında olduğu yer olan depoya etki eden (mağdur ya da tipikliğin alanına etki) davranışlar gerçekleştirmiştir. Yine Parça Hareket Teorisinin somutlaştırılması için kullanılan tehlike kriteri bakımından olayı değerlendirdiğimizde fail malvarlığı değerlerinin koruma altında olduğu depoya gelmiş ve çalmak amacıyla güvenlik önlemi olarak takılmış asma kilitleri kırmaya başlamıştır. Failin hareketlerinde ortaya çıkan planına göre bir sonraki adım malvarlığı değerleri tehlike altına sokacak buldukları yerden alınması eylemi oluşturacaktır. Dolayısıyla failin eylemi ile suçun konusunu doğrudan doğruya tehlikeye sokacak davranış arasında başkaca önemli bir hareket yoktur. Somut olayda henüz kırılması gereken dört asma kilidin varlığı sebebi ile failin hareketlerini tipik harekete uzak davranışlar olarak tanımlamanın ve suçun konusu bakımından tehlikenin uzak olduğunu söylemenin mümkün olmadığını düşünmekteyiz.¹⁴³ Aksi takdirde yukarıda belirttiğimiz literatürde ciddi anlamda eleştirilen ve de Parça Hareket Teorisi kapsamında reddedilen hareketi atomise etme veya ağır çekim ceza hukuku yaklaşımını benimsemiş olacağımız kanaatindeyiz. Bütün kilitlerin kırılması failin planı çerçevesinde bir safhayı teşkil etmekte, bir sonraki safha ise taşınır eşyanın bulunduğu yerden alınmasıdır. Ayrıca tehlike kavramı cinsel suçlar gibi belli suç tiplerinde dar yorumlanmakta ve mağdur alanına etki veya tehlike kriterinin gerçekleştiğinin kabulü için en azından failin mağdurun bizatihi bulunduğu yere (mağdurun bulunduğu odaya) gelmiş olması aranmaktadır. Buna karşın malvarlığına yönelik suçlarda malın bulunduğu yere girmek amacı ile çalışmalarına başlanmış olması icra başlangıcının kabulü için yeterli kabul edilmektedir.¹⁴⁴

¹⁴² Yarg. CGK., 22.05.2012, 2011-6-340/2012-209 karar için ayrıca bkz. Koca/Üzülmez (n22) 425 dpn. 1351.

¹⁴³ Aksi görüş için bkz. Koca/Üzülmez (n22) 425 dpn. 1351; Özgenç (n20) 562, dpn. 949.

¹⁴⁴ Bkz. yukarıda s. 22 Modifiye Edilmiş Ara/Parça Hareket Teorisi.

SONUÇ

Teşebbüste icra başlangıcı cezaya değer haksızlığın formel anlamda tespiti anlamına gelmektedir. Buna karşın ebette ki cezaya değer haksızlığın varlığından bahsedebilmek için haksızlığın maddi bir içeriğe sahip olması gerekir. Bu da hareketin objektif haksızlığıdır. Çalışmanın konusunu teşkil eden parça hareket teorisi bu bağlamda kişisel ve formel bir içeriğe sahip olarak doğrudan doğruya icra başlangıcını tespit etmektedir. İcra başlangıcının tespitinde tehlike kavramını esas ölçüt almak, Türk Ceza Hukuku Literatüründe hareketlerin elverişliliği olarak ifade edilen teşebbüsün maddi unsurunun, cezaya değer haksızlığın maddi içeriğinin, formel bir hüviyeti olan icra başlangıcı kavramı ile karşılaşması sonucunu doğurur. Bu durumda icra başlangıcı için tespit edilmesi gereken suç tipi ile sıkı bağlantı gerekliliği bazı durumlarda atlanarak bir değerlendirme yapılmasına yol açacaktır. Çalışmanın konusu olan Parça Hareket Teorisinin daha da somut hale getirilmesi için savunulan görüşler, esas ölçüt olarak tehlike kriterini esas almazlar. Maddi bir içeriğe sahip tehlike kavramına bu görüşler içerisinde, çalışmada da görüldüğü gibi tamamlayıcı olarak bazı olaylarda suç tipinin bizatihi kendisinin icrasına uzak hareketleri icra başlangıcı kavramının dışında tutmak amacı ile başvurulmaktadır.

Parça Hareket Teorisi Alman Ceza Hukuku Literatüründe kabul edilen şekli ile failin planını icra başlangıcının tespiti bakımından verilecek hükümdede esas olsa da söz konusu karar zemininin yorumu bir gereklilik olarak toplumun fiktif temsilcisi ortalama zekaya sahip, vicdan ve izan sahibi üçüncü kişinin perspektifinden yapılacağı için ölçüt zorunlu olarak failin fiillerinde aşikâr olan planı haline gelecektir. Bu durumda failin fiilleri ile dışa yansıyan tabloda (zahiri) ortaya çıkan planı esas alınacak ve failin hareketlerine ne anlam yüklediği değil üçüncü kişinin failin fiillerinde aşikâr olan planına göre hareketlerin kullanılan normatif ölçüt dikkate alındığında hazırlık hareketi mi yoksa icra başlangıcı olarak mı değerlendirilebileceği belirleyici olacaktır. Bu bakımından Parça Hareket Teorisi kapsamında geliştirilen ölçütlerin objektif olarak şekillendirilmiş bir teşebbüs kavramı ihtiva eden TCK m. 35’te yer alan “doğrudan doğruya icra başlangıcı” ölçütünün yorumlanmasında dikkate alınmasına bir engel olmadığını düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

Akbulut, Berrin, Ceza Genel Hükümler(Adalet, 6. Bası, Ankara 2019).

Ast S, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik, Berlin 2012.

Baumann J/Weber U/ Mitsch W/Eisele J, Strafrecht Allgemeiner Teil, (Giese-king, 12. Baskı, Bielefeld 2016).

Birtek F, İcra Hareketlerinin Başlaması (CHD S: 21 Nisan 2013) 69 v.d.

Çatakli H, Der Versuch im deutschen und türkischen Strafrecht, Hamburg 2020.



- _____, Kişisel Haksızlık Öğretisini İkna Edici Kılan Suç Dogmatığı ve Norm Teorisine İlişkin Argümanlar, EBYÜHFD, C. XXIII, S. 3-4 (2019), 279.
- Frisch W, Strafwürdigkeit, Strabadürftigkeit und Straftatsytem(GA 2017) 364.
- Freund G/ Rotalski F, Strafrecht Allgemeiner Teil (Springer Berlin 2019)
- Kazaker G, Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs(Adalet, Ankara 2019).
- Grop W, Strafrecht Allgemeiner Teil (Springer, 4. Baskı, Berlin Heidelberg 2015).
- Jescheck H H/Weigend T, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil(Dunc-ker&Humblot, 5. Baskı, Berlin 1996)
- Hakeri H, Ceza Hukuku Genel Hükümler(Adalet Yayınevi 19. Bası Ankara 2016).
- _____, İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri (Seçkin Ankara 2003).
- Hillenkamp T, Zur „Vorstellung von der Tat“ im Tatbestand des Versuchs(in: Bernd Schönemann u.a. (Edt.) Festschrift für Claus Roxin, Berlin 2001) 689.
- Hirsch H J, Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht(in: Bern, Schönemann v.d., Festschrift für Claus Roxin, Berlin/Newyork 2001) 711
- Hruschka J, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, Berlin 1988.
- İçel K, Ceza Hukuku Genel Hükümler (Beta İstanbul 2016).
- İçer Z, Suça Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ve İcra Hareketlerinin Birbirin-den Ayrılması (On İki Levha 2021 İstanbul).
- Jakobs G, Strafrecht Allgemeiner Teil (De Gruyter, 2. Baskı, Berlin 1991).
- _____, System der strafrechtlichen Zurechnung,(Klostermann Frankfurt am Main 2012).
- Kantarcı N, İşlenemez Suç(2022 Antalya Yayınlanmamış Doktora Tezi).
- Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Seçkin, 14. Bası, Ankara 2021).
- Kühl K, Strafrecht AT (Vahlen, 8. Baskı, Sinzheim 2017).
- Krack R, Der Versuchsbeginn bei Mittäterschaft und mittelbarer Täterschaft, ZStW 110 (1998) 611 v.d.
- Leipziger Kommentar, Heinrich Wilhelm Laufhütte, Ruth Rissing-van Saan, Klaus Tiedemann (Edt.), Cilt I (§§ 1- 31)(De Gruyter, 12. Baskı, Berlin 2007) (LK- Madde Yazarı)
- Malitz K, Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt (Dunc-ker&Humblot Berlin 1998).

Maurach R, Strafrecht Allgemeiner Teil (C.F. Müller, 4. Baskı, Karlsruhe 1971).

Maurach R/Gössel K H/Zipf H, Strafrecht Allgemeiner Teil, Cilt II(C.F.Müller,8. Baskı, Heidelberg 2014).

Münchener Kommentar zum StGB, Wolfgang Joecks, Klaus Miebach (edt.), Cilt I §§ 1- 37, (C.H.Beck 4. Bası, München 2020) (MK- Madde Yazarı)

Nomos Kommentar, (Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ullrich Paeffgen (edt.), Cilt 1 (§§1- 79b), Nomos, 5. Baskı, Baden- Baden 2017).

Oltmanns I, Vorbehalt und Bedingung beim Versuch (Dr. Kovac Hamburg 2018).

Özbek V Ö/Doğan K/Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Seçkin, 12. Baskı, Ankara 2021).

Özgenç İ, Ceza Genel Hükümler(Seçkin, 18. Baskı, Ankara 2022).

Renzikowski J, Normentheorie als Brücke zwischen Strafrechtsdogmatik und Allgemeiner Rechtslehre in: v. Alexy (eds.) (2001) 87 (1) Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie.

Rey-Sanfız L, Begriffsbestimmung des Versuches und ihre Auswirkungen auf de Versuchsbeginn(Duncker&Humblot Berlin 2006).

Roxin C, Strafrecht AT, Cit II (4. Baskı, C.H. Beck München 2003).

_____, Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individuelle Freiheit, ZStW 116 (2004), 929.

Röttger W, Unrechtsbegründung und Unrechtsausschuss, Berlin 1993.

Schönke A/Schöreder H, Strafgesetzbuch Kommentar(C.H. Beck, 30. Baskı, München 2019) (Scönke/Schröder- Madde Yazarı).

Schneider A, Die Verhaltensnormen im Internationalen Strafrecht, Berlin 2011.

Tokdemir S, Ceza Hukukunda Akim Kalmış Azmettirme (Seçkin Ankara 2022).

Soyaslan D, Ceza Hukuku Genel Hükümler(Yetkin, 7. Bası, Ankara 2016)

Sözür A, Suça Teşebbüs (Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1994).

Stuckenber C-F, (in: Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre, Hans Welzels Wolfgang, Frisch/Jakobs, Günther/Kubiciel, Michael/Pawlik, Michael/Stuckenber, Carl-Friedrich (Edt.))(Mohr Siebeck Tübingen 2015) 87

Strafgesetzbuch Kommentar (Bernd von Heintschel-Heinegg (Edt.) (C.H. Beck, 3. Baskı, Nördlingen 2018)(BeckOK StGB-Madde Yazarı).



Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Hans-Joachim Rudolphi, Eckhard Horn, Hans-Ludwig Günther, Andreas Hoyer, Gereon Wolters (Edt.),- Cilt I, Allgemeiner Teil (§§ 1- 79b) (Carl Heymanns, 6. Baskı, Köln 1992) (SK/Madde Yazarı)

Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch Jürgen Wolter (Edt.), Cilt 1, §§ 1- 37(Carl Heymanns, 9. Auflage, Köln 2017) (SK- Madde Yazarı).

Demirbaş T, Ceza Hukuku Genel Hükümler (Seçkin, 16. Baskı, Ankara 2021).

Tozman Ö, İhmal Suçlarında Teşebbüs, TBB 84 (2009) 160 v.d.

Ünver Y, Korunan Hukuksal Değer(Seçkin, Ankara 2003).

Wachter M, Das Unrecht der versuchten Tat (Mohr Siebeck Tübingen 2015).

Wessels J/Beulke W, Strafrecht Allgemeiner Teil (C.F.Müller, 43. Baskı, Hemsbach 2012).