

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA HUKUKU)
ANABİLİM DALI

**RUSYA FEDERASYONU CEZA HUKUKUNDA
SUÇA TEŞEBBÜS**

Doktora Tezi

Emin HÜSEYNOV

Ankara-2011

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA HUKUKU)
ANABİLİM DALI

**RUSYA FEDERASYONU CEZA HUKUKUNDA
SUÇA TEŞEBBÜS**

Doktora Tezi

Emin HÜSEYNOV

Tez Danışmanı
Doç. Dr. Türkan SANCAR

Ankara-2011

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA HUKUKU)
ANABİLİM DALI

**RUSYA FEDERASYONU CEZA HUKUKUNDA
SUÇA TEŞEBBÜS**

Doktora Tezi

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Türkan SANCAR

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

Doç. Dr. Türkan SANCAR

Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Yrd. Doç. Dr. Timurçin KÖPRÜLÜ

Yrd. Doç. Dr. Cavid ABDULLAHZADE

İmzası


Tez Sınav Tarihi: 27.06.2011

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR	VI
KAYNAKÇA	VII
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

RUSYA FEDERASYONU CEZA HUKUKU HAKKINDA GENEL BİLGİLER VE SUÇA TEŞEBBÜSÜN TEORİK TEMELİ

I. RUSYA FEDERASYONU CEZA HUKUKU HAKKINDA GENEL BİLGİLER	4
A. RUSYA FEDERASYONU CEZA KANUNU'NA GENEL BİR BAKIŞ	4
B. RUSYA FEDERASYONU CEZA HUKUKUNDA SUÇ KAVRAMI	9
1. Rusya Ceza Hukukunda Suç Kavramının Tarihsel Gelişimi	9
a. Çar Rusyası'nın 1845 Tarihli Cinayet ve Islah Cezaları Hakkındaki Kanunnamesi	9
b. 1919 Tarihli Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Ceza Hukukunun Rehber İlkeleri	10
c. 1922 Tarihli Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Ceza Kanunu	11
d. 1926 Tarihli Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Ceza Kanunu	12
e. 1960 Tarihli Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Ceza Kanunu	14
2. 1996 Tarihli Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nda Suç Kavramı	15
a. Genel Olarak	15
b. Suçun Özellikleri	16
aa. Hukuka (Kanuna) Aykırılık	16

bb. Sosyal Tehlikelilik	17
cc. Kusurluluk	25
dd. Ceza	26
c. Suç Tipi (Suçun Tipik Unsurları)	27
II. SUÇA TEŞEBBÜSÜN TEORİK TEMELİ	29
A. SUÇ YOLU (ITER CRIMINIS)	29
B. SUÇA TEŞEBBÜSÜN HUKUKÎ NİTELİĞİ	32
1. Genel Olarak	32
2. Suça Teşebbüsün Bağımsız Suç Olduğu Görüşü	33
3. Suça Teşebbüsün Hafifletici Bir Neden Olduğu Görüşü	34
4. Suça Teşebbüsün Asıl Suçu Tamamlayıcı Niteliğe Sahip Olduğu Görüşü	35
5. Değerlendirme	36
C. SUÇA TEŞEBBÜSÜN CEZALANDIRILMA NEDENİNİ AÇIKLAYAN TEORİLER	38
1. Objektif, Sübjektif ve Karma Teoriler	38
a. Objektif Teori	38
b. Sübjektif Teori	40
c. Karma Teoriler	42
2. Türk Ceza Kanunu ve Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nun Benimsediği Teori	44
a. Türk Ceza Kanunu'nun Benimsediği Teori	44
b. Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nun Benimsediği Teori	45

İKİNCİ BÖLÜM

RUSYA FEDERASYONU CEZA HUKUKUNDA SUÇA HAZIRLIK VE SUÇA TEŞEBBÜS

I. SUÇA HAZIRLIĞIN VE SUÇA TEŞEBBÜSÜN TARİHSEL GELİŞİMİ ...	47
A. 1845 TARİHLİ ÇAR RUSYASI'NIN CİNAYET VE ISLAH CEZALARI HAKKINDAKİ KANUNNAMESİ	47

B. 1919 TARİHLİ RUSYA SOVYET FEDERATİF SOSYALİST CUMHURİYETİ CEZA HUKUKUNUN REHBER İLKELERİ	49
C. 1922 TARİHLİ RUSYA SOVYET FEDERATİF SOSYALİST CUMHURİYETİ CEZA KANUNU	50
D. 1926 TARİHLİ RUSYA SOVYET FEDERATİF SOSYALİST CUMHURİYETİ CEZA KANUNU	51
E. 1960 TARİHLİ RUSYA SOVYET FEDERATİF SOSYALİST CUMHURİYETİ CEZA KANUNU	52
F. 1996 TARİHLİ RUSYA FEDERASYONU CEZA KANUNU	53
II. SUÇA HAZIRLIK	54
A. SUÇA HAZIRLIĞIN TANIMI	54
B. SUÇA HAZIRLIĞIN UNSURLARI	55
1. Sübjektif (Manevî) Unsur	55
2. Objektif Unsur (Cezalandırılabilir Hazırlık Hareketleri)	57
a. Suç İşlemek Amacıyla Alet veya Araç Arama	57
b. Suç İşlemek Amacıyla Alet veya Araç Hazırlama	59
c. Suç İşlemek Amacıyla Alet veya Araç Elde Etme	60
d. Suç İşlemek Amacıyla Suç Ortağı Arama	61
e. Suç İşlemek Amacıyla Anlaşma	62
f. Suç İşlemek Amacıyla Kasten Farklı Ortam Yaratma	63
C. SUÇA HAZIRLIĞIN SOSYAL TEHLİKELİLİĞİ VE CEZALANDIRILMA SORUNU	65
D. SUÇA HAZIRLIĞIN CEZASI	75
III. SUÇA TEŞEBBÜS	79
A. SUÇA TEŞEBBÜSÜN TANIMI	79
B. SUÇA TEŞEBBÜSÜN UNSURLARI	80
1. Sübjektif (Manevî) Unsur	80
2. Objektif Unsur (İcra Hareketlerine Başlama)	86
a. Genel olarak	86
b. İcra Başlangıcının Tespitine İlişkin Teoriler	87
aa. Sübjektif Teoriler	87

bb. Objektif Teoriler	89
aaa. Şüpheye Yer Vermeme Teorisi (Tek Anlamalı Hareket Teorisi).....	89
bbb. Mağdurun Faaliyet Alanına Taşıma Teorisi	91
ccc. Biçimsel Objektif Teori.....	92
ddd. Maddî Objektif Teori	93
aaaa. Frank teorisi	93
bbbb. Tehlike teorisi (Hukukî Konuyu İhlal Etme Teorisi).....	94
cc. Karma Teoriler	95
dd. Türk Ceza Hukukunda Benimsenen Teori.....	96
ee. Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Benimsenen Teori	97
c. Eksik - Tam Teşebbüs Ayırımı	102
C. SUÇA TEŞEBBÜSÜN SOSYAL TEHLİKELİLİĞİ	107
1. Genel Olarak	107
2. İşlenemez Suç (Elverişsiz Teşebbüs) ve Onun Sosyal Tehlikeliliği.....	109
a. İşlenemez Suçun Cezalandırılması Gerekliğini Savunan Görüşler.....	111
aa. Sübjektif Teori	111
bb. Sübjektif Tehlike Teorisi	112
b. İşlenemez Suçun Cezalandırılmaması Gerekliğini Savunan Görüşler.....	113
aa. Objektif Teori	113
bb. Somut Tehlike Teorisi	116
cc. Hukukî İmkânsızlık Teorisi.....	117
c. Türk Ceza Hukukunda İşlenemez Suçun Cezalandırılabilirliği.....	118
d. Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda İşlenemez Suçun Cezalandırılabilirliği	120
D. SUÇA TEŞEBBÜSÜN CEZASI	126
VI. GÖNÜLLÜ VAZGEÇME	127
A. GENEL OLARAK	127
B. GÖNÜLLÜ VAZGEÇMENİN CEZALANDIRILMAMA NEDENİNİ AÇIKLAYAN TEORİLER	128
1. Sübjektif Teoriler	128
2. Objektif Teoriler	130
3. Suç Politikası Teorileri	131

4. Rusya Federasyonu Doktrinde Savunulan Teoriler	133
5. Görüşümüz	137
C. RUSYA FEDERASYONU CEZA	
HUKUKUNDA GÖNÜLLÜ VAZGEÇME	138
1. Genel Olarak	138
2. Gönüllü Vazgeçmenin Unsurları	139
a. Gönüllülük	140
b. Suçun Tamamlanabileceği Bilinci	142
c. Kesinlik	143
d. Suçun Tamamlanmamış Olması	144
3. Gönüllü Vazgeçmenin Sonucu	153
4. İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme	154
5. Etkin Pişmanlık	158
SONUÇ	162
ÖZET	165
SUMMARY.....	167

KISALTMALAR

AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CGK.	: Ceza Genel Kurulu
dp.	: Dipnot
m.	: Madde
No.	: Numara
RF.	: Rusya Federasyonu
RFCK.	: Rusya Federasyonu Ceza Kanunu
RFCUK.	: Rusya Federasyonu Ceza Usul Kanunu
RSFSC.	: Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti
RSFSCCK.	: Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Ceza Kanunu
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SSCB.	: Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği
TCK.	: Türk Ceza Kanunu
vs.	: ve saire
vd.	: ve devamı
Y.	: Yargıtay

KAYNAKÇA

Genel Eserler

- AĞACANOVA, Meftune : Azerbaycan Ceza Hukukuna Göre Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2008.
- ALACAKAPTAN, Uğur : İşlenemez Suç, Ankara (tarihsiz).
- ARTUK, Mehmet Emin-
GÖKÇEN, Ahmet-
YENİDÜNYA, A. Caner : Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2009.
- AYDIN, Devrim : Suça Teşebbüs, AÜHFD., C. 55, S. 1, Ankara 2006, s. 85-113.
- CENTEL, Nur-
ZAFER, Hamide-
ÇAKMUT, Özlem : Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2008.
- DEMİRBAŞ, Timur : Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2007.
- DÖNMEZER, Sulhi-
ERMAN, Sahir : Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. 1, İstanbul 1987.
- DURMANOV, Nikolay : Stadii Soversheniya Prestupleniya po Sovetskomu Ugolovnomu Pravu (Sovyet Ceza Hukukuna Göre Suçun İşlenme Evreleri), Moskva 1955.

- EREM, Faruk- : Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza
DANIŞMAN, Ahmet- Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 1997.
ARTUK, Mehmet Emin
- GRİŞAYEV, Pavel- : Sovetskoye Ugolovnoye Pravo (Sovyet Ceza
ZDRAVOMISLOV, Boris Hukuku), Çast Obşaya (Genel Kısım),
Moskva 1982.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki- : Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler,
ÖZEN, Muharrem Ankara 2010.
- HAKERİ, Hakan : Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara
2008.
- İÇEL, Kayıhan- : Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 2. Kitap,
EVİK, A. Hakan İstanbul 2007.
- İPEKÇİOĞLU, Pervin Aksoy : Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs,
Ankara 2009.
- İVANOV, Nikita : Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza
Hukuku), Obşaya i Osobennaya Çast
(Genel ve Özel Kısım), Moskva 2003.
- KOCA, Mahmut- : Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler,
ÜZÜLMEZ, İlhan Ankara 2008.
- KOROLKOV, A. : Kommentariy k Ugolovnomu Kodeksu
: Rossiyskoy Federasii (Rusya Federasyonu
Ceza Kanunu'nun Şerhi), Moskva 2004.

- KOZAÇENKO, İvan-NEZNAMOVA, Zinaida : Ugolovnoye Pravo (Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 1997.
- KOZAÇENKO, İvan-NEZNAMOVA, Zinaida : Ugolovnoye Pravo (Ceza Hukuku), Osobennaya Çast (Özel Kısım), Moskva 1997.
- KRİGER, German-KUZNESOVA, Ninel-TKAÇEVKİY, Yuriy : Sovetskoye Ugolovnoye Pravo (Sovyet Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 1988.
- KRİGER, German-KURİNOV, Boris-TKAÇEVKİY, Yuriy : Sovetskoye Ugolovnoye Pravo (Sovyet Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 1981.
- KUDRYAVSEV, Vladimir-LUNEYEV, Viktor-NAUMOV, Anatoliy : Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 2006.
- KUDRYAVSEV, Vladimir-NAUMOV, Anatoliy : Uçebnik Ugolovnogo Prava (Ceza Hukuku Ders Kitabı), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 1996.
- KUZNESOVA, Ninel : İzbranniye Trudi (Seçilmiş Çalışmaları), Sankt-Peterburg 2003.
- KUZNESOVA, Ninel-TYAJKOVA, İrina : Kurs Ugolovnogo Prava (Ceza Hukuku Dersleri), Obşaya Çast (Genel Kısım), Uçeniya o Prestuplenii (Suç Hakkında), Tom 1 (C. 1), Moskva 2002.

- MAGOMEDOV, Asbeg : Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 1997.
- MİNKOVSKIY, Genrih-
MAGOMEDOV, Asbeg-
REVİN, Valeriy : Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Moskva 1998.
- NAUMOV, Anatoliy : Rusya Cinayet Hüququ, Ümumi Hisse, (Tercüme: QURBANOV, H.) Bakı 1998.
- NAZARENKO, Gennadiy : Russkoye Ugolovnoye Pravo (Rus Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 2005.
- ÖZBEK, Veli Özer-
KANBUR, M. Nihat-
BACAKSIZ, Pınar-
DOĞAN, Koray-
TEPE, İlker : Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2010.
- ÖZGENÇ, İzzet : Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2010.
- ÖZTÜRK, Bahri-
ERDEM, Mustafa Ruhan : Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2008.
- PİONTKOVSKIY, Andrey-
ROMAŞKİN, Petr-
ÇİKVAÐZE, Viktor : Kurs Sovetskogo Ugolovnogo Prava (Sovyet Ceza Hukuku Dersleri), Tom 2 (C. 2), Prestupleniye (Suç), Moskva 1970.

- RAROG, Aleksey : Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 2008.
- REVİN, Valeriy : Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya i Osobennaya Çast (Genel ve Özel Kısım), Moskva 2000.
- SANCAR, Türkan Yalçın : Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları, Ankara 2006.
- SEMENDEROV, Firudin : Cinayet Hüququ, Ümumi Hisse, Bakı 2007.
- SERETELİ, Tinatin : Nakazuyemost Prigotovleniya k Prestupleniyu po Sovetskomu Ugolovnomu Pravu (Sovyet Ceza Hukukuna Göre Suça Hazırlığın Cezalandırılabilirliği), Sosialistiçeskaya Zakonnost (Sosyalist Hukuk Devleti), 1954, No: 12. s. 10-15.
- SOLOPANOV, Yulian : Sovetskoye Ugolovnoye Pravo (Sovyet Ceza Hukuku), Obşaya i Osobennaya Çast (Genel ve Özel Kısım), Moskva 1981.
- SOYASLAN, Doğan : Teşebbüs Suçu, Ankara 1994.
- SÖZÜER, Adem : Suça Teşebbüs, İstanbul 1994.
- ŞARGORODSKİY, Mihail : Vina i Nakazaniye v Sovetskom Ugolovnom Prave (Sovyet Ceza Hukukunda Kusur ve Ceza), Moskva 1945.

- TER-AKOPOV, Arkadiy : Dobrovolniy Otkaz ot Soverşeniya Prestupleniya (Suç İşlemekten Gönüllü Vazgeçme), Moskva 1982.
- TİŞKEVİÇ, İvan : Prigotovleniye i Pokuşeniye po Sovetskomu Ugolovnomu Pravu (Sovyet Ceza Hukukuna Göre Hazırlık ve Teşebbüs), Moskva 1958.
- TOROSLU, Nevzat : Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2009.
- TOZMAN, Önder : Suça Teşebbüs, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2008.
- TRAYNİN, Aron : Ugolovnaya Otvetstvennost za Prigotovitelniye k Prestupleniyu Deystviya (Suça Hazırlık Hareketlerinden Dolayı Ceza Sorumluluğu), Sosialistiçeskaya Zakonnost (Sosyalist Hukuk Devleti), 1953, No: 12, s. 28-34.
- VELİYEV, Samir : Cinayete Hazırlığa ve Cinayet Etmeye Cehde Göre Mesuliyet Meseleleri, Bakı 2001.
- VETROV, Nikolay : Ugolovnoye Pravo (Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 2002.
- VETROV, Nikolay-
LYAPUNOV, Yuriy : Ugolovnoye Pravo (Ceza Hukuku), Çast Obşaya-Çast Osobennaya (Genel Kısım-Özel Kısım), Moskva 2007.

- ZAGORODNİKOV, Nikolay : Sovetskoye Ugolovnoye Pravo (Sovyet Ceza Hukuku), Obşaya i Osobennaya Çast (Genel ve Özel Kısım), Moskva 1975.
- ZDRAVOMISLOV, Boris : Ugolovnoye Pravo Rossiyskoy Federasii (Rusya Federasyonu Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 1999.

İnternet Kaynakları

BELYAYEV, Nikolay-ŞARGORODSKİY, Mihail, Kurs Sovetskogo Ugolovnogo Prava (Soyyet Ceza Hukuku Dersleri), Obşaya Çast (Genel Kısım), Tom 1 (C. 1), Leningrad 1968, http://www.pravo.vuzlib.net/book_z1030.html, 18.12.2009.

DURMANOV, Nikolay, Ponyatiye Prestupleniye (Suç Kavramı), Leningrad 1948, http://www.pravo.vuzlib.net/book_z1555.html, 14.11.2009.

GALİAKBAROV, Romen, Ugolovnoye Pravo Rossiyskoy Federasii (Rusya Federasyonu Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), <http://ex-jure.ru/law/news.php?newsid=211>, 05.02.2011.

İGNATOV, Aleksey-KRASİKOV, Yuriy, Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Tom 1 (C. 1), Moskva 1999, <http://lawlib.by.ru/ugol/02/000.htm>, 27.12.2009.

JUKOVA, Tatyana, Ugolovno-pravovaya Priroda Dobrovolnogo Otkaza ot Prestupleniya (Suçtan Gönüllü Vazgeçmenin Hukukî Niteliği), <http://science.ncstu.ru/articles/law/08/22.pdf/view>, 30.04.2011.

KAUFMAN, Mihail, Analogiya v Ugolovnom Prave: Mifi i Realnost (Ceza Hukukunda Kıyas: Efsane ve Gerçeklik), Rossiyskaya Yustisiya (Rus Adaleti), No:12, 2005, <http://ex-jure.ru/law/news.php?newsid=724>, 05.01.2011.

KURÇENKO, Vyacheslav, Problemy Kvalifikatsii Prestupleniy v Usloviyah Fakticheskoj Oşibki (Fiili Hata Şartlarında İşlenen Suçların Değerlendirilmesi Sorunu), <http://www.lawmix.ru/comm/3646>, 10.04.2011.

MALSEV, V., Maloznaçitelnost Deyaniya v Ugolovnom Prave (Ceza Hukukunda Fiilin Az Önemli Olması), <http://www.lawmix.ru/comm/7739>, 11.07.2009.

MEDVEDEVA, Nadejda, Pozitivnaya Şkola Ugolovnogo Prava: İdei i ih Otrajeniya v Zakonadatelstve Rosii (Ceza Hukukunun Pozitivist Okulu: Düşünceler ve Onların Rusya Mevzuatına Yansıması), Yüksek Lisans Tezi, Ryazan 2001, <http://www.lib.ua-ru.net/diss/cont/99606.html>, 22.02.2011.

PİTESKİY, Valeriy, Dobrovolnyı Otkaz Souçastnikov Prestupleniya (Suça İştirak Edenlerin Gönüllü Vazgeçmesi), <http://www.lawmix.ru/comm/6619>, 12.04.2011.

RYASOV, Aleksey, Obşestvennaya Opasnost Prestupnogo Deyaniya (Suç Fiilinin Sosyal Tehlikeliliği), <http://science.ncstu.ru/articles/law/f05/12.pdf/view>, 05.02.2011.

SABANİN, Sergey, Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Ekaterinburg 2001, http://www.pravo.vuzlib.net/book_z2137_page_11.html, 11.06.2009.

ŞEPELKOV, Vladislav, Dobrovolnyı Otkaz Soispolnitelya Prestupleniya (Suçun Müşterek Failinin Gönüllü Vazgeçmesi), <http://www.lawmix.ru/comm/4864>, 12.04.2011.

TAGANSEV, Nikolay, Ugolovnoye Pravo (Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Çast 1 (1. Bölüm), Po İzdaniyu 1902 Goda (1902 Yılı Baskısına Göre), 2003, <http://www.allpravo.ru/library/doc101p0/instrum105>, 02.01.2010.

YAKİMENKO, Natalya, Osenka Maloznaçitelnosti Deyaniya (Fiilin Az Önemliliğinin Değerlendirilmesi), Uçebnoye Posobiye (Ders Kitabı), Volgograd 1987, <http://ex-jure.ru/law/news.php?newsid=54>, 05.02.2011.

Moskova Bölge Mahkemesi'nin Resmi Web Sitesi, <http://www.mosoblsud.ru>, 01.03.2011.

Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin Resmi Web Sitesi, <http://www.supcourt.ru>, 22.01.2010.

Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin 02.08.2005 Tarih ve 66-o05-62 No.lu Kararı, http://pravosudie.biz/base1/data_sy/sudqsgbxv.htm, 22.03.2011.

Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin 11.02.2004 Tarih ve 3-004-4 No.lu Kararı, <http://bazazakonov.ru/doc/?ID=175983>, 22.04.2011.

Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin 09.06.2010 ve 35-010-010 No.lu Kararı, <http://bazazakonov.ru/doc/?ID=2383551>, 10.04.2011.

Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin 03.08.2006 Tarih ve 64-DP06-13 No.lu Kararı, http://pravosudie.biz/base1/data_wy/sudqswuxo.htm, 10.04.2011.

Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin 22.10.1992 Tarihli Kararı, http://pravosudie.biz/base1/data_je/sudwsnlbm.htm, 10.04.2011.

Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin 17.10.2006 Tarih ve 51-o06-67 No.lu Kararı, <http://law7.ru/base35/part5/d35ru5720.htm>, 19.05.2011.

Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi'nin 19.11.2009 Tarih ve 1344-O-R No.lu Kararı, <http://www.consultant.ru/law/hotdocs/7741.html>, 26.01.2010.

Sank-Petersburg Şehir Mahkemesi'nin 17.03.1998 Tarihli Kararı, <http://www.law.edu.ru/judicial/judicial.asp?judicialID=1124774>, 22.01.2010.

Smolenskiy Bölge Mahkemesi'nin Resmi Web Sitesi, <http://oblsud.sml.sudrf.ru>, 19.05.2011.

SSCB Yüksek Mahkemesi'nin 26.01.1972 Tarihli Kararı, http://www.innovbusiness.ru/pravo/DocumShow_DocumID_33318.html, 22.01.2010.

SSCB Yüksek Mahkemesi'nin 19.09.1974 Tarihli Genel Kurul Kararı, http://projects.innovbusiness.ru/pravo/DocumShow_DocumID_33329.html, 07.05.2011.

Sverdlovsk Bölge Mahkemesi'nin Resmi Web Sitesi, <http://www.ekbobsud.ru>, 05.04.2011.

Ulyanov Bölge Mahkemesi'nin Resmi Web Sitesi, <http://www.ulobsud.ru>, 10.04.2011.

GİRİŞ

Suçta teşebbüs, ceza hukukunda suç teorisinin en önemli ve üzerinde en çok tartışılan kurumlarından biridir. Suçta teşebbüsün hukukî niteliği, cezalandırılma nedeni, icra hareketlerinin ne zaman başlamış sayılacağı, hazırlık hareketlerinin ve işlenemez suçta (elverişsiz) teşebbüs hallerinin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı, suçta teşebbüsün cezasının ne olacağı konularında değişik teoriler ileri sürülmüş, farklı ülkeler farklı sistemleri kabul etmişlerdir.

Suçta teşebbüs konusunda Rusya Federasyonu Ceza Kanunu ve Türk Ceza Kanunu birbirinden farklı sistemleri kabul etmiş ve farklı hükümlere yer vermişlerdir. Örneğin işlenemez suçta teşebbüs halleri ve kural olarak hazırlık hareketleri Türk ceza hukukunda cezalandırılmazken, Rusya Federasyonu ceza hukukunda işlenemez suçta teşebbüs halleri ve hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı görülmektedir.

Tezimizin konusunu “Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Suçta Teşebbüs” oluşturmaktadır. Ancak Rusya Federasyonu ceza hukukunda hazırlık hareketleri de cezalandırıldığından, çalışmamızda suçta teşebbüs başlığı altında, suçta hazırlık konusu da incelenmektedir.

Çalışmamızda ayrıca Rusya Federasyonu ceza hukukunda suç kavramı üzerinde de durulmaktadır. Çünkü Rusya Federasyonu ceza hukukunda suç kavramı, Türk ceza hukukunda olduğundan farklı bir şekilde incelenmektedir. Örneğin

kusurluluk, Türk ceza hukukunda suçun manevî unsuru olarak ifade edilirken, Rusya Federasyonu ceza hukukunda ise hem suçun bir özelliği, hem de suçun manevî unsuru olarak ifade edilmektedir. Yine suçun tanımı Türk ceza hukukunda biçimsel anlayışa göre yapılırken, Rusya Federasyonu ceza hukukunda ise biçimsel-maddî anlayışa göre yapılmaktadır.

Bağımsız Devletler Topluluğu ülkelerinin de Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nu iktibas etmiş olduğu dikkate alındığında, Kara Avrupası hukuk sisteminin bir parçası olan Rusya Federasyonu ceza hukukunda suça teşebbüs konusunun incelenmesinin, Türk ceza hukukuna katkı sağlayacağı ve Türk okuru açısından faydalı olacağı kanaatiyle, tez konusu olarak “Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs”ü seçmiş bulunuyoruz. Bu çalışmamızdaki temel amacımız Türk ceza hukuku ile karşılaştırmalı olarak Rusya Federasyonu ceza hukukunda yer alan suça teşebbüs konusunda temel bilgileri vermek, uygulamanın tutumunu belirtmek ve bu konuda oluşan veya oluşabilecek hukuksal sorunları çözmeye çalışmaktır.

Çalışmamız giriş, iki bölüm ve sonuç kısmından oluşmaktadır. “Rusya Federasyonu Ceza Hukuku Hakkında Genel Bilgiler ve Suça Teşebbüsün Teorik Temeli” ana başlıklı birinci bölüm, iki alt başlıktan oluşmaktadır. Birinci alt başlıkta Rusya Federasyonu hukuku hakkında genel bilgiler verilmektedir. Burada Rusya Federasyonu Ceza Kanunu hakkında kısa bilgi verildikten sonra Rusya Federasyonu Ceza hukukunda suç kavramı incelenmeye çalışılmaktadır. Burada özellikle, suçun biçimsel-maddî tanımının yapılmasına yol açan ve tez konumuzu yakından

ilgilendiren RFCK'nın 14/2. maddesi ayrıntılı bir şekilde incelenmeye çalışılmaktadır. İkinci alt başlıkta ise suça teşebbüsün teorik temeli üzerinde durulmaktadır. Burada suç yolu, suça teşebbüsün hukukî niteliği ve suça teşebbüsün cezalandırılma nedenini açıklayan teoriler hakkında açıklamalarda bulunmaktadır.

Çalışmamızın "Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Suça Hazırlık ve Suça Teşebbüs" ana başlıklı ikinci bölümü, dört alt başlıktan oluşmaktadır. Birinci alt başlıkta, suça hazırlığın ve suça teşebbüsün tarihsel gelişimi hakkında bilgiler verilmektedir. İkinci alt başlıkta, suça hazırlık konusu incelenmekte ve burada suça hazırlığın tanımı, unsurları, sosyal tehlikeliliği, cezalandırılma sorunu ve cezası konularında açıklamalarda bulunmaktadır. Üçüncü alt başlıkta, suça teşebbüs konusu incelenmekte ve burada suça teşebbüsün tanımı, unsurları, sosyal tehlikeliliği ve cezası konularında açıklamalarda bulunmaktadır. Çalışmamızın ikinci bölümünün dördüncü alt başlığı ise gönüllü vazgeçme konusuna ayrılmıştır. Burada gönüllü vazgeçme hakkında genel bir açıklama yapıldıktan sonra gönüllü vazgeçmenin cezalandırılmama nedenini açıklayan teoriler ve Rusya Federasyonu ceza hukukunda gönüllü vazgeçme konuları incelenmektedir.

Çalışmamız yaptığımız araştırmalar doğrultusunda bir değerlendirmeyi içeren "sonuç" kısmı ile sona ermektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM

RUSYA FEDERASYONU CEZA HUKUKU HAKKINDA GENEL BİLGİLER VE SUÇA TEŞEBBÜSÜN TEORİK TEMELİ

I. RUSYA FEDERASYONU CEZA HUKUKU HAKKINDA GENEL BİLGİLER

A. RUSYA FEDERASYONU CEZA KANUNU'NA GENEL BİR BAKIŞ

Bugün de yürürlükte olan Rusya Federasyonu Ceza Kanunu 13.06.1996 tarihinde kabul edilmiş ve 01.01.1997 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Baskıcı ceza hukukunun¹ özelliklerini taşıyan totaliter Sovyet rejiminin ceza kanunlarından farklı olarak, bu Kanunun, içinde demokratik ilkeleri barındıran ve özgürlükçü ceza hukukunun² birçok özelliğini taşıyan bir ceza kanunu olduğu söylenebilir. 1996

¹ “Baskıcı ceza hukuku, mutlakıyetçi düzenlerdeki ceza hukukudur. Bu tip ceza hukuku, hükümdarın despotizminin, aşırı iktidarının bir aracı olarak işlev görüyordu. Bu tür ceza hukuku, modern zamanlarda da, daha az mutlakıyetçi olmayan totaliter tipteki düzenlerde ortaya çıkmaktadır. Nitekim öz ve amaç yönünden farklılık gösterebilir bile, bu tip düzenlerin hepsinde, ceza hukuku, bu hukuk kadar etkili olan polis hukuku ile birlikte, resmî doğruyu ve devletin doğru kabul ettiğini, düşünce ayrılıklarına karşı korumanın, politik alttutmanın ve iktidarı korumanın bir aracı olarak kullanılmaktadır.” (TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku, Genel Kısım, Ankara 2009, s. 22). “Baskıcı ceza hukukunda devlet ön plandadır ve kutsaldır. Resmî ideolojiye dayanmayan düşüncelere hayat hakkı tanınmaz. Resmî ideoloji her alana egemen olduğundan çoğulculuktan söz etmek de mümkün değildir.” (SANCAR, Türkan Yalçın, Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları, Ankara 2006, s. 35).

² “Özgürlükçü ceza hukuku, mağdura ve suçluya, sosyal savunmaya ve özgürlüklere ilişkin şartların dengeli sentezini sağlayarak, bir yandan özel ve kamusal sınırların saldırılarına karşı vatandaşların temel haklarını, sosyal menfaatleri, demokratik kurumları, yani uygar bir biçimde birlikte yaşamak için gerekli olan şartların bütününe koruyan, öte yandan da bireylere hukukî kesinlik ve eşitlik sağlayarak, tarafların aleti haline gelmeyecek ve adli keyfilikleri önleyecek şekilde oluşturulan bir ceza hukukudur.” (TOROSLU, s. 23). “Demokratik sistemlerde ortaya çıkması doğal olan bu yapıda, devletin kutsallığı söz konusu olmadığından farklılıklar bastırılmamakta, hiç kimse siyasal süreçten

tarihli Rusya Federasyonu Ceza Kanunu, aynı zamanda Bağımsız Devletler Topluluğu ülkelerinin mehzaz ceza kanununu oluşturmaktadır.

Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nun genel kısmının birinci bölümünde kanunun amaç ve ilkeleri, yer ve zaman bakımından uygulanmasına ilişkin hükümler bulunmaktadır. Bu bölümde kanunilik (m.3), kanun önünde eşitlik (m.4), kusursuz suç ve ceza olmaz (m.5), adalet (m.6) ve hümanizm (m.7) gibi ceza hukukunun genel ilkelerine yer verilmiştir. Bu ilkelerin bir kısmı aynı zamanda Rusya Federasyonu Anayasası'nda da düzenlenmiştir.

Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nun genel kısmının ikinci bölümünde suçun tanımı, ağırlığına göre suçların tasnifi, suçların içtima³, tekerrür, ceza ehliyeti⁴,

dışlanmamakta, farklı olma hakkı tanınmakta ve bu hakların kapsamına her şeyden önce farklı düşünebilme, seçenekler sunabilme, seçenekler arasında tercihte bulunma, sorgulayabilme girmektedir. Demokratik sistemlerde bu korumayı sağlayan temel unsur devletin tarafsızlığı ve bir resmî ideolojinin benimsenmemişidir. Katı ve kalıplaşmış fikirlerin dayatılması ve insan hayatının her yönüyle tasarlanmış belli bir model doğrultusunda biçimlendirilmesi yerine farklı yaşam tarzlarının meşruluğu kabul edilmektedir. Bu rejimler resmî ideolojiye dayanmadığından, devletin bu ideoloji dışında kalan fikirlere karşı korunması da söz konusu olmaz.” (SANCAR, s. 40-41).

³ RFCK'da gerçek içtima kuralına yer verilmiş, fakat bileşik suç ve görünüşte normlar çatışması (özel norm-genel norm ilişkisi) halinde gerçek içtima kuralının uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır. Kanunda, tek hareketin kanunun birden fazla hükmünde öngörülen suçun unsurlarını taşıması durumunda da gerçek içtima kuralının uygulanması gerektiği belirtilmiştir (m.17). RFCK'da fikrî içtima ve zincirleme suç kurumlarına ise yer verilmemiştir.

⁴ RFCK'da ceza ehliyeti için asgari yaş haddi, kural olarak 16 şeklinde kabul edilmiştir. Fakat bazı suçlar bakımından (kasten öldürme gibi) 14 yaşını doldurmuş olan kişilerin ceza ehliyetine sahip olduğu hükme bağlanmıştır. Daha küçük yaşta olan çocuklar için ise bir ceza veya güvenlik tedbiri sorumluluğu öngörülmemiştir. Kanunda fiil işlendiği sırada 16 (bazı suçlarda 14) yaşını doldurmuş olup da, 18 yaşını doldurmamış olan çocukların, psişik gelişiminin geriliği nedeniyle hareketlerinin sosyal tehlikeliliğini tam olarak algılayamaması veya hareketlerini yönlendirememesi durumunda ceza verilmeyeceği belirtilmiştir (m.20). Bu dönemde olan çocukların isnat yeteneğinin bulunması durumunda ise cezada indirim yapılması öngörülmüştür (m.88). Ancak bu çocuklar hakkında (ağır ve nitelikli ağır suçların işlenmesi hariç) ceza yerine güvenlik tedbiri uygulama konusunda mahkemeye takdir yetkisi de tanınmıştır. Bu güvenlik tedbirleri; uyarı, velisinin veya vasisinin denetimine teslim etme, zararı tazmin etme zorunluluğu ve bazı yükümlülüklerini yerine getirme şeklindeki tedbirlerdir (m.90).

kusur ve onun türleri⁵, suça hazırlık, suça teşebbüs, gönüllü vazgeçme, suça iştirak⁶ ve suçu ortadan kaldıran nedenlere⁷ ilişkin hükümler yer almaktadır. Üçüncü bölümde cezaya ilişkin hükümler bulunmaktadır. Dördüncü bölümde etkin pişmanlık, uzlaşma, dava ve ceza zamaşımı, koşullu salıverilme, hastalık ve af gibi ceza davasını veya cezayı ortadan kaldıran nedenler düzenlenmektedir. Beşinci bölümde ceza ehliyetine sahip, fakat 18 yaşını doldurmamış olan kişilerin cezaî sorumluluğuna ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Altıncı bölümde ise tıbbi nitelikte

⁵ RFCK'da suçun manevî unsuru olarak kast ve taksire yer verilmiştir. Doğrudan kast ve olası kast kanunda tanımlanmış, ancak olası kast cezayı hafifletici neden olarak öngörülmemiştir (m.25). Yine kanunda bilinçli ve bilinçsiz taksir tanımlanmış, ancak bilinçli taksir cezayı ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmemiştir (m.26).

⁶ RFCK'da icracı (fail), organizatör, azmettiren ve yardım eden olmak üzere dört tür iştirak şekli öngörülmüştür. Buna göre; suçu doğrudan doğruya işleyen veya diğer kişilerle ortaklaşa suçun işlenmesine doğrudan doğruya katılan (birlikte faillik) kişi; ayrıca yaş, isnat yeteneği veya başka nedenlerle ceza sorumluluğu taşımayan kişileri araç olarak kullanmak suretiyle suçu işleyen kişi icracı sayılır. Suçun işlenmesini organize eden veya yöneten kişi, organizatör sayılır. Kandırma, satın alma, tehdit veya başka yöntemle başkasını suç işlemeye ikna eden kişi, azmettiren sayılır. Tavsiyeleriyle, talimatlarıyla, bilgi vermekle, suçun araç veya aletlerini sağlamakla, engelleri kaldırmakla suçun işlenmesine yardım eden kişi ve ayrıca suçluyu, suçun alet veya araçlarını, suçun izlerini ya da suç yoluyla elde edilmiş eşyaları saklayacağını, bu eşyaları satın alacağını veya satacağını önceden vaat etmiş olan kişi, yardım eden sayılır (m.33). Kanunda bütün suç ortaklarının işlenen suçun cezası ile cezalandırılacağı belirtilmekle birlikte, yine de seçimli cezalardan birinin seçilmesi ile alt ve üst sınır arasındaki sonuç cezanın belirlenmesi bakımından mahkemenin kişinin suça katkısının derecesini, özelliğini ve verilen zarara etkisini dikkate alması gerektiği hükme bağlanmıştır (m.34, m.67).

⁷ RFCK'da "*Failin suç sayılmasını ortadan kaldıran nedenler*" başlığı altında meşru savunma (m.37), suç işlemiş olan kişi yakalanırken ona zarar verilmesi (m.38), zorunluluk hali (m.39), maddî veya manevî zorlama (m.40), izin verilen risk (m.41), emrin veya talimatın icrası (m.42) kurumlarına yer verilmiştir. Görüldüğü gibi, Türk ceza hukukunda kusurluluğu kaldıran nedenler arasında yer alan "maddî veya manevî zorlama", RFCK'da hukuka uygunluk nedenleri arasında yer almaktadır. RFCK'nın 41. maddesinde düzenlenen, "izin verilen risk" ise taksirli suçlara özgü bir hukuka uygunluk nedenidir. Buna göre; "*Sosyal faydalı amaca ulaşmak için esaslı risk kapsamında ceza kanununun koruduğu değerlere zarar verilmesi suç sayılmaz. Sözü geçen amaca risk ile ilgili olmayan hareketlerle (hareketsizlik) ulaşmak mümkün değilse ve risk eden kişi ceza kanununun koruduğu değerlere zarar verilmesini önlemek için gereken önlemleri almışsa, risk esaslı sayılır. Çok sayıda insanın hayatı için tehlikeli olduğunu ve ekoloji veya sosyal afet tehlikesinin gerçekleşeceğini bilerek edilen risk esaslı sayılmaz*". İzin verilen risk; inşaat, tıp, spor ve benzer faaliyetlerin yürütülmesinde, ayrıca bilim ve teknik alanında yapılacak araştırma ve deneylerde uygulama alanı bulmaktadır. (KOZAÇENKO, İvan-NEZNAMOVA, Zinaida, Ugolovnoye Pravo (Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 1997, s. 281). RFCK'da meşru savunma, suç işlemiş olan kişi yakalanırken ona zarar verilmesi ve zorunluluk halinde sınırın taksirle aşılması durumunda faile ceza verilmeyeceği de hükme bağlanmıştır. Bunun yanında kanunda haksız tahrike ilişkin genel bir hükme yer verilmemiş, ancak kasten öldürme ve yaralama suçlarının haksız tahrikin etkisi altında işlenmesi durumu daha hafif ceza ile cezalandırılmıştır (m.107, m.113).

olan güvenlik tedbirleri ile müsadere güvenlik tedbirine ilişkin hükümler bulunmaktadır.

Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nun özel kısmında yer alan yedinci bölümünde kişilere karşı işlenen suçlar, sekizinci bölümünde iktisadi alanda işlenen suçlar, dokuzuncu bölümünde kamu güvenliği ve kamu düzenine karşı işlenen suçlar, onuncu bölümünde devlet iktidarına karşı işlenen suçlar, on birinci bölümünde askeri hizmete karşı işlenen suçlar, on ikinci bölümünde ise barış ve insanlığın güvenliğine karşı işlenen suçlar düzenlenmektedir.

Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nun 15. maddesinde suçlar; hafif, orta dereceli, ağır ve nitelikli ağır olmak üzere dört gruba ayrılmaktadır. Buna göre; üst sınırı 2 seneye kadar hapis cezasını gerektiren kasıtlı ve taksirli suçlar, *hafif suç* sayılır. Üst sınırı 5 seneye kadar hapis cezasını gerektiren kasıtlı suçlar ve üst sınırı 2 seneden fazla hapis cezasını gerektiren taksirli suçlar, *orta dereceli suç* sayılır. Üst sınırı 10 seneye kadar hapis cezasını gerektiren kasıtlı suçlar, *ağır suç* sayılır. Üst sınırı 10 seneden fazla hapis cezasını veya daha ağır cezayı gerektiren kasıtlı suçlar ise *nitelikli ağır suç* sayılır.

Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nun en önemli özelliklerinden birisi özel ceza kanunlarına izin vermemiş olmasıdır. Bu husus, RFCK'nın 1. maddesinde, "*Rusya Federasyonu'nun ceza mevzuatı sadece bu Kanundan ibarettir. Ceza sorumluluğu öngören yeni kanunlar bu Kanuna dâhil edilmelidir*" şeklinde hükme bağlanmıştır.

Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nun bir diğerk önemli özelliği ise suç karşılığı uygulanan ceza türlerinin sayısının çok olması⁸ ve sonuç cezanın belirlenmesi bakımından hâkimin çok geniş takdir yetkisine sahip bulunmasıdır. Nitekim kanunun özel kısmında, suçlar karşılığında uygulanan cezalara bakıldığında, bu cezaların genellikle seçimlik ceza şeklinde ortaya çıktığı ve bu cezaların alt ve üst sınırı arasında ciddi farkların bulunduğu görülür. Ayrıca hâkimin seçimlik cezalardan birisini seçme ile alt ve üst sınır arasındaki sonuç cezayı belirleme açısından, çok geniş takdir yetkisi vardır. Çünkü her ne kadar, cezayı ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler kanunda sayılmış ise de (m.61-63), bunların cezayı hangi oranda etkileyeceği genellikle belirtilmemiştir.

Hâkimin bu geniş takdir yetkisine RFCK'nın 64. maddesi de örnek olarak verilebilir. Kanunun 64. maddesine göre; failin amaç ve saiki, suçtaki rolü, suçtan önceki ve sonraki davranışları, suçun sosyal tehlikeliliğini önemli derecede azaltan diğerk nedenler, iştirak halinde işlenen suçlarda suçun ortaya çıkmasına etkin yardımda bulunma ve benzeri nedenlerin varlığı halinde, mahkeme suç için öngörülen cezanın alt sınırından daha hafif cezaya hükmedebilmektedir. “*Takdiri hafifletici nedenler*” olarak adlandırabileceğimiz bu durumda, cezanın ne kadar indirileceği tamamen hâkimin takdirine kalmıştır. Bunun yanında, RFCK'nın cezanın ertelenmesine ilişkin hükmü de dikkat çekicidir. Kanunun 73. maddesine göre, mahkeme sekiz seneye kadar olan hapis cezasının ertelenmesine karar verebilmektedir.

⁸ RFCK'da çok sayıda ceza türlerine yer verilmiştir. Bunlar; 1) para cezası, 2) belirli görevde bulunma veya belirli faaliyette bulunma hakkından mahrum bırakma, 3) özel, askeri veya onursal unvandan, rütbeden, devlet ödülünden mahrum bırakma, 4) zorunlu çalışmalar, 5) ıslah çalışmaları, 6) askeri hizmette bulundurma, 7) özgürlüğün sınırlandırılması, 8) kısa süreli ağır hapis, 9) disiplin amaçlı askeri bölükte bulundurulma, 10) süreli hapis, 11) müebbet hapis, 12) ölüm cezası şeklindeki cezalardır (m.44).

Şunu da belirtmek gerekir ki, Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'na göre, faile işlediği suçu düzenleyen madde hükmünde öngörülen cezadan daha ağır ceza verilmesi mümkün değildir. Yine, 64. madde hükmünün uygulandığı durumlar hariç olmak üzere, faile işlediği suçu düzenleyen madde hükmünde öngörülen cezadan daha hafif ceza verilmesi de mümkün değildir (m.60). Yani hâkim cezayı hafifletici ve ağırlaştırıcı nedenleri, sadece kanunun özel kısmında o suç için öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasındaki sonuç cezayı belirleme bakımından dikkate alabilmektedir.

B. RUSYA FEDERASYONU CEZA HUKUKUNDA SUÇ KAVRAMI

1. Rusya Ceza Hukukunda Suç Kavramının Tarihsel Gelişimi

a. Çar Rusyası'nın 1845 Tarihli Cinayet ve Islah Cezaları Hakkındaki Kanunnamesi

1885 tarihinde değiştirilerek yeniden yayınlanan Çar Rusyası'nın 1845 tarihli Cinayet ve Islah Cezaları Hakkındaki Kanunnamesi'nde "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesine yer verilmiş ve bu Kanunname, 1917 Ekim devrimine kadar yürürlükte kalmıştır⁹. Kanunnamede suç, "*hem kanuna aykırı fiilin kendisi, hem de kanunun ceza tehdidi ile emrettiğini yerine getirmeme*" olarak tanımlanmıştır¹⁰.

⁹ NAUMOV, Anatoliy, (Tercüme: Qurbanov, H.), Rusya Cinayet Hüququ, Ümumi Hisse, Bakı 1998, s. 87, 89.

¹⁰ KUZNESOVA, Ninel-TYAJKOVA, İrina, Kurs Ugolovnogo Prava (Ceza Hukuku Dersleri), Obşaya Çast (Genel Kısım), Uçeniya o Prestuplenii (Suç Hakkında), Tom 1 (C. 1), Moskva 2002, s. 20.

Dolayısıyla klasik hukuk okulunun etkili olduğu 1845 tarihli Kanunname'de¹¹ biçimsel kanunilik ilkesi benimsenerek suçun biçimsel tanımına yer verilmiştir¹².

Suçun biçimsel anlayışına göre, fiile suç olma özelliğini veren, kanunun onu açıkça öngörmüş olması ve yine kanunun onun için, tespit ettiği müeyyidenin cezaî nitelik taşımasıdır¹³.

b. 1919 Tarihli Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Ceza Hukukunun Rehber İlkeleri

Suçun maddî anlayışı (maddî kanunilik ilkesi) ve onun temel özelliği olan sosyal tehlikelilik kavramı, ilk defa pozitivist hukuk okulunun etkili olduğu 1919 tarihli Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Ceza Hukukunun Rehber İlkeleri ile kabul edilmiştir¹⁴.

Suçun maddî anlayışına göre, devletin sosyal düzenini ihlal eden hareketler suç sayılmalıdır. Yani kanunda açıkça suç olarak öngörülmemiş olsalar bile, antisosyal fiiller suç sayılmalı ve bunlara amaca uygun ceza uygulanmalıdır¹⁵.

¹¹ MEDVEDEVA, Nadejda, Pozitivnaya Şkola Ugolovnego Prava: İdei i ih Otrajeniya v Zakonadatelstve Rosii (Ceza Hukukunun Pozitivist Okulu: Düşünceler ve Onların Rusya Mevzuatına Yansıması), Yüksek Lisans Tezi, Ryazan 2001, <http://www.lib.ua-ru.net/diss/cont/99606.html>, 22.02.2011.

¹² NAUMOV, s. 143.

¹³ TOROSLU, s. 39.

¹⁴ İGNATOV, Aleksey-KRASİKOV, Yuriy, Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Tom 1 (C. 1), Moskva 1999, s. 55-56, <http://lawlib.by.ru/ugol/02/000.htm>, 27.12.2009.

¹⁵ TOROSLU, s. 39.

1919 tarihli Ceza Hukukunun Rehber İlkeleri'nde (6.bent) suç, “*mevcut toplumsal ilişkiler sistemi için tehlikeli olan hareket veya hareketsizlik*” olarak tanımlanmıştır¹⁶. Rehber İlkeler sadece genel kısımdan ibaret olduğundan, özel kısım çeşitli devrim kararnamelerinden oluşmaktaydı. Ayrıca Rehber İlkeler'de kıyas yasağının bulunmaması nedeniyle, bu dönemde mahkemeler her türlü fiili suç sayma konusunda sınırsız yetkiye sahip olmuşlardır¹⁷.

c. 1922 Tarihli Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Ceza Kanunu

Yine pozitivist hukuk okulunun etkili olduğu ve Sovyet döneminin ilk ceza kanunu olan 1922 tarihli RSFSCCK'da suçun maddî tanımı korunmuş ve biçimsel kanunilik ilkesine itibar edilmemiştir.

1922 tarihli RSFSCCK'nın 6. maddesinde suç, “*komünist düzene geçiş döneminde işçi-köylü iktidarının tesis ettiği Sovyet düzeninin temel ilkelerini ve hukuk düzenini tehdit eden her türlü sosyal tehlikeli hareket veya hareketsizlik*” olarak tanımlanmıştır.

Bunun yanında Kanunun 10. maddesinde, “*Diğer suç türlerine ilişkin düzenlemelerin ceza kanununda doğrudan bulunmaması halinde, bu Kanunun genel hükümlerine uyulmak suretiyle, ceza kanununun önem ve mahiyetçe ona en benzer suçları öngören maddelerine göre ceza veya sosyal savunma tedbirleri uygulanır*”

¹⁶ KUZNESOVA-TYAJKOVA, s. 28.

¹⁷ İGNATOV-KRASİKOV, s. 56.

hükmüne yer verilerek ceza kanununun kıyas suretiyle uygulanabileceği belirtilmiştir.

d. 1926 Tarihli Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Ceza Kanunu

SSCB'nin kurulmasından sonra genel bir ceza mevzuatının oluşturulması için çalışmalar yapılmış ve 1924 tarihinde SSCB ve Müttefik Cumhuriyetleri Ceza Kanunlarının Temel İlkeleri kabul edilmiştir. Daha sonraları ise bu metne uygun olarak hazırlanan 1926 tarihli RSFSCCK kabul edilmiştir. Aslında yeni bir ceza kanunu olmakla birlikte, 1926 tarihli ceza kanununun başlığı "*RSFSCCK'nın 1926 Tarihli Metni*" şeklindedir¹⁸.

1922 tarihli RSFSCCK'ya benzer şekilde, 1926 tarihli RSFSCCK'da da suçun maddî tanımı korunmuştur. 1926 tarihli RSFSCCK'nın 6. maddesinde suç, "*komünist düzene geçiş döneminde işçi-köylü iktidarının tesis ettiği Sovyet düzenine karşı yönelmiş olan veya hukuk düzenini ihlal eden her türlü sosyal tehlikeli hareket veya hareketsizlik*" olarak tanımlanmıştır.

1926 tarihli RSFSCCK'nın 6. maddesinde ayrıca, bir suçun unsurlarını biçimsel olarak içermekle birlikte az önemli olması ve zarar doğurmaması sebebiyle sosyal tehlikelilik içermeyen hareketlerin suç sayılmayacağı da belirtilmiştir.

¹⁸ KUZNESOVA-TYAJKOVA, s. 36.

Yine Kanunun 16. maddesinde, “*Sosyal tehlikeli hareketin bu Kanunda doğrudan düzenlenmemesi halinde, bu hareket için sorumluluğun sınırı ve esası, Kanunun mahiyetçe ona en benzer suçları öngören maddelerine göre belirlenir*” hükmüne yer verilerek ceza kanununun kıyas suretiyle uygulanabileceğine ilişkin kural muhafaza edilmiştir.

Dolayısıyla pozitivist hukuk okulu 1926 tarihli RSFSCCK’da etkili olmaya devam etmiştir. Hatta kanunda “ceza” teriminden vazgeçilmiş ve bunun yerine “sosyal savunma tedbirleri” terimi tercih edilmiştir¹⁹.

1922 tarihli RSFSCCK gibi demokratik ilkelerden yoksun ve baskıcı ceza hukukunun özelliklerini taşıyan 1926 tarihli RSFSCCK, en karanlık dönem olan 30’lu yıllarda daha da baskıcı nitelik almıştır. Bu dönemde ceza kanunu “Stalin rejimi”ne karşı olan ve olabilecek kişilerle mücadelede bir baskı aracı olarak kullanılmıştır²⁰. 1934 yılında ceza kanununa, “*vatana ihanetten mahkûm olan kişilerin reşit olan aile üyeleri hakkında beş yıl süreyle sürgün tedbiri uygulanır*” hükmü eklenmiştir. Yine 1934 yılında bir kararla sosyal tehlikeli bulunan kişilerin beş yıl süreyle ıslah-çalışma kamplarına gönderilmesi kabul edilmiştir²¹. 1921-1953

¹⁹ 1926 tarihli RSFSCCK’nın 20. maddesinde “ıslah edici sosyal savunma tedbirleri” adı altında düzenlenen bu tedbirler; düşman ilan edilerek SSCB’den sınır dışı edilme, ağır veya hafif hapis, zorunlu çalışmalar, siyasi ve diğer vatandaşlık haklarından mahrum bırakma, SSCB’den sınır dışı edilme, RSFSC’den sınır dışı edilme, belirli yerde ikamet etme veya etmeme zorunluluğu, görevden alma, belli iş veya uğraşın yasaklanması, kınama, kısmî veya tam müsadere, para cezası, uyarı ve zararı tazmin etme zorunluluğu şeklindeki tedbirlerdir. Kanunun 21. maddesinde ise ölüm cezası istisnai (devleti) koruma tedbiri adı altında düzenlenmiştir.

²⁰ KUZNESOVA-TYAJKOVA, s. 39.

²¹ NAUMOV, s. 103.

yılları arasında 3.7 milyon kişi devrime karşı suçlardan mahkum olmuş ve bunlardan 790 bini idam edilmiştir²².

e. 1960 Tarihli Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Ceza Kanunu

Stalin'in ölümünden sonra, onun ceza hukuku alanında bıraktığı ağır mirastan kurtulmak ve ceza hukukunun demokratikleşmesi konusunda adım atmak amacıyla, 1958 tarihli SSCB ve Müttefik Cumhuriyetleri Ceza Kanunlarının Temel İlkeleri kabul edilmiştir. Bu metinde ilk defa “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ve “kıyas yasağı” ilkeleri kabul edilmiştir²³.

1958 tarihli SSCB ve Müttefik Cumhuriyetleri Ceza Kanunlarının Temel İlkeleri'ne uygun olarak hazırlanan, 1960 tarihli RSFSCCK'da da “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ve “kıyas yasağı” ilkeleri benimsenmiş ve suçun biçimsel-maddî tanımına yer verilmiştir.

1960 tarihli RSFSCCK'nın 7. maddesinde suç, “*ceza kanununun öngördüğü sosyal tehlikeli fiil*” olarak tanımlanmıştır. Ancak aynı maddede, bir suçun unsurlarını biçimsel olarak içermekle birlikte az önemli olması nedeniyle sosyal tehlikeli sayılmayan hareket veya hareketsizliğin suç sayılmayacağı da ifade edilmiştir. Yani 1960 tarihli RSFSCCK biçimsel kanunilik ilkesini, ona maddî bir boyut eklemek suretiyle kabul etmiştir.

²² KUZNESOVA-TYAJKOVA, s. 47.

²³ NAUMOV, s. 104.

Şunu da söylemek gerekir ki, “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ve “kıyas yasağı” ilkesini kabul etmesine rağmen, 1960 tarihli RSFSCCK da baskıcı ceza hukukunun özelliklerini taşımaktadır. Kendisinden önceki RSFSC ceza kanunlarında olduğu gibi, bu kanun döneminde de Sovyet karşıtı propaganda ve teşvik suçlarından çok sayıda kişi mahkûm olmuştur²⁴.

Suçun biçimsel-maddî tanımı 1960 tarihli RSFSCCK’ya benzer şekilde, yürürlükteki 1996 tarihli RFCK’da da korunmuştur.

2. 1996 Tarihli Rusya Federasyonu Ceza Kanunu’nda Suç Kavramı

a. Genel Olarak

RFCK’nın 14/1. maddesinde suç, “*Bu Kanun tarafından ceza tehdidi ile yasaklanan kusurlu olarak işlenmiş sosyal tehlikeli fiil, suç sayılır*” şeklinde tanımlanmıştır. Kanundaki bu düzenlemeye uygun olarak doktrinde suç; hukuka (kanuna) aykırılık, sosyal tehlikelilik, kusurluluk ve ceza özelliklerine sahip olan bir fiil olarak tanımlanmaktadır. Bu özelliklerden birinin bulunmaması suçun oluşumunu engeller.

Ancak kanunda bir de tanımlanmamakla birlikte “suç tipi” kavramına yer verilmiştir. Buna göre, ceza sorumluluğundan söz edilebilmesi için suç özelliğindeki bir fiilde, suçun tipik unsurlarının da bulunması gerekir.

²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. NAUMOV, s. 105-107.

b. Suçun Özellikleri

aa. Hukuka (Kanuna) Aykırılık

RFCK'nın 14/1. maddesinde yer alan “*Bu Kanun tarafından yasaklanan fiil*” ibaresi suçun hukuka aykırılık özelliğini ifade etmektedir. Buna göre hukuka aykırılık, fiil ile ceza kanunu arasındaki çatışma ilişkisinden ibarettir. Yani buradaki hukuka aykırılıktan kasıt, aslında bir anlamda kanuna aykırılıktır²⁵.

Dolayısıyla hukuka aykırılık, suçun biçimsel özelliği olup, “kanunsuz suç olmaz” ilkesinin ceza kanunundaki ifadesidir²⁶. RFCK'nın kanunilik ilkesini düzenleyen 3. maddesine göre; “*1. Fiilin suç sayılması ve onun cezalandırılabilirliği ve diğer cezaî sonuçlar sadece bu Kanunla belirlenir. 2. Ceza kanununun kıyas yoluyla uygulanması yasaktır*”.

Kıyasın ceza kanunu tarafından yasaklanmasına rağmen, Rusya Federasyonu doktrininde baskın görüş failin lehine kıyasın yapılabileceği yönündedir²⁷.

²⁵ AĞACANOVA, Meftune, Azerbaycan Ceza Hukukuna Göre Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2008, s. 105.

²⁶ NAUMOV, s. 141.

²⁷ Bkz. KAUFMAN, Mihail, Analogiya v Ugolovnom Prave: Mifi i Realnost (Ceza Hukukunda Kıyas: Efsane ve Gerçeklik), Rossiyskaya Yustisiya (Rus Adaleti), No: 12, 2005, <http://ex-jure.ru/law/news.php?newsid=724>, 05.01.2011.

bb. Sosyal Tehlikelilik

Sosyal tehlikelilik suçun içkin maddî özelliği olup, fiilin ceza kanununun koruduğu hukukî konuya zarar verme veya zarar tehlikesi doğurma yeteneğini ifade eder²⁸. Sosyal tehlikelilik, ayrıca suçun sosyal-siyasi anlamını, başka bir ifadeyle bir fiilin hangi mülahazalarla suç sayıldığını da açıklar²⁹.

Aslında sosyal tehlikelilik, hukuka aykırılıktan başka bir şey değildir³⁰. Çünkü ceza kanununun özel kısmında yer alan suç tipleri, sosyal tehlikeli olmalarından dolayı suç (hukuka aykırı) olarak düzenlenmişlerdir³¹. Yani bir fiilin hukuka aykırılığı, onun sosyal tehlikeliliğine bağlı olarak tespit edilir. Hukuka aykırılık, sosyal tehlikeliliğin kanunda ifadesini bulan hukukî biçimidir³². Bu nedenle Rusya Federasyonu ceza hukukunda, “fiilin suç sayılmasını ortadan kaldıran nedenler” olarak ifade edilen hukuka uygunluk nedenlerinin, fiilin hem hukuka aykırılık özelliğini, hem de sosyal tehlikelilik özelliğini ortadan kaldıran nedenler olduğu kabul edilmektedir³³.

²⁸ RYASOV, Aleksey, Obşestvennaya Opasnost Prestupnogo Deyaniya (Suç Fiilinin Sosyal Tehlikeliliği), <http://science.ncstu.ru/articles/law/f05/12.pdf/view>, 05.02.2011.

²⁹ SEMENDEROV, Firudin, Cinayet Hüququ, Ümumi Hisse, Bakı 2007, s. 82; AĞACANOVA, s. 106.

³⁰ AĞACANOVA, s. 106.

³¹ TER-AKOPOV, Arkadiy, Dobrovolny Otkaz ot Soverşeniya Prestupleniya (Suç İşlemekten Gönüllü Vazgeçme), Moskva 1982, s. 23.

³² SEMENDEROV, s. 88.

³³ NAUMOV, s. 364; RAROG, Aleksey, Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 2008, s. 260.

Ancak bir fiilin ceza kanununda suç olarak düzenlenmesi, onun kural olarak sosyal tehlikeli olduğu anlamına gelir. Çünkü bazen bir fiil ceza kanununda suç olarak düzenlense bile, az önemli olması nedeniyle sosyal tehlikeli sayılmayabilir³⁴. Örneğin bir kutu kibritin çalınması durumu, biçimsel olarak hırsızlık suçunun unsurlarını içerse bile, az önemli olması nedeniyle sosyal tehlikeli değildir ve bu nedenle suç sayılmaz³⁵. Başka bir ifadeyle, Rusya Federasyonu ceza hukukunda bir fiilin suç sayılabilmesi için hem biçimsel olarak hukuka (kanuna) aykırı olması, hem de maddî açıdan hukuka aykırı (sosyal tehlikeli) olması gerekmektedir.

Bu husus RFCK'nın 14/2. maddesinde, *“Bu Kanunda öngörülen herhangi bir fiilin unsurlarını biçimsel olarak içerse bile, az önemli olduğu için sosyal tehlikeli sayılmayan hareket (hareketsizlik) suç sayılmaz”* şeklinde düzenlenmiştir³⁶.

Görüldüğü gibi yürürlükteki RFCK “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesine yer vererek biçimsel kanunilik ilkesini kabul etmekle birlikte, yine de 1922 ve 1926 tarihli RSFSC ceza kanunlarında bulunan maddî kanunilik ilkesinin izlerini taşımaktadır. Başka bir ifadeyle, yürürlükteki RFCK biçimsel kanunilik ilkesini, ona maddî bir boyut eklemek suretiyle kabul etmiştir³⁷.

³⁴ TER-AKOPOV, Arkadiy, Dobrovolniy Otkaz ot Soversheniya Prestupleniya (Suç İşlemekten Gönüllü Vazgeçme), Moskva 1982, s. 23-24.

³⁵ NAUMOV, s. 145.

³⁶ 25.06.1998 Tarih ve 92-F3 Sayılı Federal Kanun'la değiştirilmeden önce, RFCK'nın 14/2. maddesi şu şekildeydi: *“Bu Kanunda öngörülen herhangi bir fiilin unsurlarını biçimsel olarak içerse bile, az önemli olduğu için sosyal tehlikeli olmayan, yani kişilere, topluma veya devlete zarar vermeyen ve zarar verme tehlikesi doğurmayan hareket (hareketsizlik) suç sayılmaz”*.

³⁷ Doktrinde suçun maddî özelliğinden vazgeçilerek, biçimsel tanımının yapılması gerektiğini teklif eden yazarlar bulunmaktadır. Bu görüş esas alınarak hazırlanan, ancak kanunlaşmayan 1994 tarihli RFCK tasarısında suç, *“kişiliğe, topluma ve devlete zarar veren veya zarar vermekle tehdit eden, ceza kanunu tarafından yasaklanan fiil”* olarak tanımlanmıştır. (Bkz. NAUMOV, s. 142).

Özetleyecek olursak, Rusya Federasyonu ceza hukukunda, kanunda suç olarak düzenlenmemiş olan fiiller ve ayrıca kanunda suç olarak düzenlense bile az önemli olan fiiller suç sayılmamaktadır.

Ceza kanununda düzenlenen suç tipine uygun olsa bile, az önemli olduğu için sosyal tehlikeli sayılmayan ve dolayısıyla suç oluşturmayan fiiller, bazen kanun koyucu tarafından belirlenmiştir. Örneğin 2001 tarihli Rusya Federasyonu Kabahatler Kanunu'nun 7/27. maddesine göre, değeri 1000 rubleyi geçmeyen eşyaların hırsızlık, dolandırıcılık veya güveni kötüye kullanma suretiyle ele geçirilmesi küçük hırsızlık kabahatini oluşturmaktadır. Bu yüzden bir fiilin az önemli olması sebebiyle sosyal tehlikeli sayılmaması, onun tamamen sosyal tehlikeli olmadığı anlamına gelmez. RFCK'nın 14/2. maddesinin uygulandığı durumlarda, fiil tamamen sosyal tehlikeli olmayabileceği gibi, hafif derecede sosyal tehlikeli olması sebebiyle başka bir hukuka aykırılığı (kabahat gibi) da oluşturabilir. Bu yüzden RFCK'nın 14/2. maddesinde yer alan "sosyal tehlikelilik" kavramının "ceza hukuku anlamındaki sosyal tehlikelilik" olarak anlaşılması gerekir³⁸. Dolayısıyla, fiilin az önemli olması iki şekilde ortaya çıkabilir: İlkinde fiil hukukî konu için bir zarar veya tehlike doğurmamaktadır. İkincisinde ise fiil hukukî konu için bir zarar veya tehlike doğurmaktadır, fakat bu zarar veya tehlike az önemlidir ve başka bir hukuka aykırılığı (kabahat gibi) oluşturabilmektedir³⁹.

³⁸ YAKİMENKO, Natalya, Osenka Maloznaçitelnosti Deyaniya (Fiilin Az Önemliliğinin Değerlendirilmesi), Uçebnoye Posobiye (Ders Kitabı), Volgograd 1987, <http://ex-jure.ru/law/news.php?newsid=54>, 05.02.2011.

³⁹ MALSEV, V., Maloznaçitelnost Deyaniya v Ugolovnom Prave (Ceza Hukukunda Fiilin Az Önemli Olması), <http://www.lawmix.ru/comm/7739>, 11.07.2009.

Fiilin az önemli olması sebebiyle sosyal tehlikeli sayılmaması, onun zarara neden olmaması veya az önemli zarara neden olması şeklinde anlaşılmalıdır. Aksi takdirde suça teşebbüs hallerinin cezalandırılması mümkün olmazdı. Bu yüzden hareketin önemli veya belirsiz bir zarar vermeye yönelik olduğu, fakat gerçekte az önemli zararın ortaya çıktığı fiiller, sırf bu nedenle RFCK'nın 14/2. maddesi kapsamında değerlendirilmez⁴⁰. Örneğin fail içinde 15000 ruble veya çok para olduğunu düşündüğü bir cüzdanı çalmış, fakat cüzdandan sadece 500 ruble para çıkmışsa, fail küçük hırsızlık kabahatinden değil hırsızlık suçuna teşebbüsten sorumlu olur.

Az önemli olması sebebiyle sosyal tehlikeli sayılmayan fiiller bazen kanun koyucu tarafından belirlenmekle birlikte, aslında sosyal tehlikelilik, suçun kanun koyucunun iradesinden bağımsız bir özelliğidir⁴¹. Bir fiilin az önemli olup olmadığının tespitinin, somut olayın özellikleri dikkate alınarak soruşturma ve kovuşturma makamları tarafından yapılması gerekmektedir⁴². Ancak kanunda fiilin az önemli olup olmadığı değerlendirilirken nelerin ölçüt olarak kullanılacağı belirtilmemiştir. Doktrinde bu değerlendirmenin fiilin hem objektif, hem de subjektif

⁴⁰ DURMANOV, Nikolay, Ponyatiye Prestupleniye (Suç Kavramı), Leningrad 1948, s. 266, http://www.pravo.vuzlib.net/book_z1555.html, 14.11.2009; SSCB Yüksek Mahkemesi 12.05.1949 tarihli kararında, demiryolu istasyonundaki vagona hırsızlık amacıyla giren V ve K'nın 5 paket sigarayı aldıktan sonra görevlilerin ortaya çıkması üzerine, diğer malları alamayarak kaçtıkları olayda; yerel mahkemenin sanıkların fiilinin az önemli olması sebebiyle hırsızlık suçunu oluşturmadığına ilişkin kararının yanlış olduğunu, failerin niyetinin daha değerli eşyaları almak olması nedeniyle, fiilin hırsızlık suçuna teşebbüsü oluşturduğunu belirtmiştir. (Bkz. DURMANOV, Nikolay, Stadii Soversheniya Prestupleniya po Sovetskomu Ugolovnomu Pravu (Sovyet Ceza Hukukuna Göre Suçun İşlenme Evreleri), Moskva 1955, s. 167). (Rus kaynaklarından alınmış mahkeme kararlarının bir kısmında tarih, karar numarası veya mahkeme adı belirtilmemiştir).

⁴¹ NAUMOV, s. 142.

⁴² RAROG, s. 51.

unsurlarına göre yapılması gerektiği savunulmaktadır⁴³. Failin güttüğü amaç ve saik⁴⁴, kusurun derecesi, suçun işleniş şekli, suçun işlenilmesinde kullanılan araçlar, suçun işlendiği zaman ve yer, meydana gelebilecek zararın derecesi, zararın meydana gelme ihtimalinin yüksekliği ve somut olayın diğer özellikleri bu değerlendirme yapılırken dikkate alınabilir. Buna karşılık; sanığın eğitim durumu, mesleki durumu, derneklere üyeliği, yaşam şekli ve ailevi durumu gibi failin fiile ilişkin olmayan nitelikleri ile samimi pişmanlık, mağdurla barışma, doğmuş olan zararın giderilmesi gibi fiilin ardından gerçekleştirilen davranışlar fiilin sosyal tehlikeliliği belirlenirken dikkate alınmamalıdır⁴⁵. Failin yaşı da fiilin sosyal tehlikeliliği belirlenirken dikkate alınmaz⁴⁶. Çünkü RFCK'nın 14/2. maddesi, failin sosyal tehlikeliliğini değil, fiilin sosyal tehlikeliliğini esas almıştır.

⁴³ MALSEV, <http://www.lawmix.ru/comm/7739>, 11.07.2009; RAROG, s. 51; YAKİMENKO, <http://ex-jure.ru/law/news.php?newsid=54>, 05.02.2011.

⁴⁴ Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin 03.08.2006 Tarih ve 64-DP06-13 No.lu Kararı: “Fiilin az önemli olup olmadığı tespit edilirken gerçekleşen zararın, suçun işleniş şeklinin, kusurun türünün ve failin amaç ve saikinin dikkate alınması gerekir. Olayda G, ailesinin maddî durumunun çok kötü olmasından dolayı yemekte kullanmak amacıyla, hukuka aykırı olarak 4640 ruble değerindeki 8 adet alabalığı avlamıştır. Mahkemenin olayın özelliklerini dikkate alarak, G'nin hareketinin biçimsel olarak RFCK'nın 256/1-v. maddesinde düzenlenen yasadışı avlanma suçunun unsurlarını taşıdığına, fakat az önemli olması nedeniyle sosyal tehlikeli olmadığına karar vermesi (RFCK'nın 14/2. maddesini uygulaması) doğrudur”. (http://pravosudie.biz/base1/data_wy/sudqswuxo.htm, 10.04.2011); Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin 2000 Tarihli Kararı: “Tyumen Bölgesinin Noyabrskiy Şehir Mahkemesi, E'yi ruhsatsız silah ve mermi bulundurma suçundan (RFCK m.222/1) suçlu bulmuştur. Fakat mahkeme E'nin hareketlerinin az önemli olması nedeniyle sosyal tehlikeli olmadığını dikkate almamıştır. Çünkü dosya kapsamına göre, ağır omurga travması bulunan V'nin karısına intihar etmek istediğini söylemesi üzerine, V'nin karısı, evde bulunan av tüfeğini E'den geçici olarak saklamasını istemiş ve E denileni yapmıştır. E, tüfek ve mermilerini kendisi için bulundurma amacı taşımamış, sadece V'nin intihar etmesini önlemeye çalışmıştır. Yani E'nin hareketleri toplum için tehlike arz etmemiş ve kişilere, topluma veya devlete zarar verme tehdidi doğurmamıştır”. (Byulleten № 9 2001 Goda, (2001 Yılı 9 No.lu Bülten), http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=2338, 05.02.2011).

⁴⁵ YAKİMENKO, <http://ex-jure.ru/law/news.php?newsid=54>, 05.02.2011.

⁴⁶ RYASOV, <http://science.ncstu.ru/articles/law/f05/12.pdf/view>, 05.02.2011.

Hukukî konunun önem derecesi, fiilin sosyal tehlikeliliği belirlenirken dikkate alınmalıdır⁴⁷. Örneğin hafif suçlara teşebbüs halleri⁴⁸ veya hafif suçlara yardım eden sıfatıyla iştirak eden kişilerin fiili RFCK'nın 14/2. maddesi kapsamında değerlendirilebilir⁴⁹. Ancak hukukî konunun çok önemli olmaması, tek başına fiilin az önemli olduğu sonucunu doğurmaz⁵⁰. Başka bir ifadeyle, 14/2. maddesi soyut uygulanan bir kural değildir ve somut olayın özellikleri incelenmeden bir fiilin az önemli olduğunu peşinen söylemek mümkün değildir⁵¹. Bu yüzden aslında sosyal tehlikeli olmayan bir fiilin (ifade hürriyeti kapsamına girebilecek bir fiil gibi), kanun koyucu tarafından suç olarak öngörülmesi durumu, sırf bu nedenle fiilin RFCK'nın 14/2. maddesi kapsamında değerlendirilmesi sonucunu doğurmaz.

Hukukî konunun çok önemli olması durumu da tek başına RFCK'nın 14/2. maddesinin uygulanmasına engel değildir. Hukukî konunun çok önemli olduğu, fakat ona yöneltilen saldırının önemsiz olduğu durumlarda (bazı hazırlık hareketleri gibi)⁵² veya iştirak halinde işlenen suçlarda, suça çok az katkı yapan suç ortağının (yardım edenin) fiili az önemli sayılabilir⁵³.

⁴⁷ DURMANOV, Ponyatiye Prestupleniya (Suç Kavramı), s. 266.

⁴⁸ YAKİMENKO, <http://ex-jure.ru/law/news.php?newsid=54>, 05.02.2011.

⁴⁹ DURMANOV, Ponyatiye Prestupleniya (Suç Kavramı), s. 268.

⁵⁰ YAKİMENKO, <http://ex-jure.ru/law/news.php?newsid=54>, 05.02.2011; KUZNESOVA, Ninel, İzbranniye Trudi (Seçilmiş Çalışmaları), Sankt-Peterburg 2003, s. 171.

⁵¹ YAKİMENKO, <http://ex-jure.ru/law/news.php?newsid=54>, 05.02.2011; DURMANOV, Ponyatiye Prestupleniya (Suç Kavramı), s. 270.

⁵² DURMANOV, Ponyatiye Prestupleniya (Suç Kavramı), s. 266.

⁵³ YAKİMENKO, <http://ex-jure.ru/law/news.php?newsid=54>, 05.02.2011.

İştirak halinde işlenen suçlarda failin (icracının) işlemiş olduğu fiilin RFCK'nın 14/2. maddesi kapsamında olması durumunda, diğer suç ortaklarının fiili de aynı madde kapsamında değerlendirilir⁵⁴.

Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin kararlarında, fiilin az önemli olup olmadığı (sosyal tehlikeliliği) belirlenirken doktrinde savunulanan aksine, failin fiile ilişkin olmayan niteliklerinin ve suçun işlenmesinden sonraki davranışlarının da dikkate alındığı görülmektedir⁵⁵. Örneğin Yüksek Mahkeme bir kararında, avcı olan babasına ait ruhsatsız av bıçağını geçici bir süre evinde bulunduran ve sonradan bu bıçağı babasına teslim eden failin kişiliğinin sosyal tehlikeli olmamasını gerekçe göstererek, fiilin az önemli olması sebebiyle sosyal tehlikeli sayılmadığına ve ruhsatsız silah bulundurma suçunu oluşturmadığına karar vermiştir⁵⁶.

Yüksek Mahkeme bir başka kararında arsadan toplam 28400 eski ruble değerindeki 28 kilogram karpuz çalan faillerin yaşlarının 14-15 arasında olmalarını, karpuzların değerinin yüksek olmadığını⁵⁷, mağdurun zararının failer tarafından

⁵⁴ GALİAKBAROV, Roman, Ugolovnoye Pravo Rossiyskoy Federasii (Rusya Federasyonu Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), <http://ex-jure.ru/law/news.php?newsid=211>, 05.02.2011.

⁵⁵ Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin 22.10.1992 Tarihli Kararı: “*Olayda er Potapov 11.06.1992 tarihinde 22.00 saatlerinde hasta babasını ziyaret etmek amacıyla izinsiz olarak askeri bölüğü terk etmiş ve 15.06.1992 tarihinde 06.00 saatlerinde kendiliğinden geri dönmüştür. Mahkeme sanığın askeri bölüğü hasta babasını ziyaret etmek amacıyla terk ettiğini tespit etmiştir. Bunun yanında Potapov, defalarca gerekçeli olarak komutanlığa izin için başvuru yapmış, fakat başvurusu reddedilmiş; kendiliğinden geri dönmüş, yaptığından dolayı pişman olduğunu bildirmiş ve askeri hizmet sırasında iyi hal göstermiştir. Olayın bu özellikleri ve Potapov'un kişiliği dikkate alındığında; askeri kurul, fiilin biçimsel olarak askeri suçun (RFCK m.246) unsurlarını taşısa bile, az önemli olması nedeniyle sosyal tehlikeli bulunmadığına ve cezai sorumluluk doğuramayacağı kanaatine varmıştır*”. (http://pravosudie.biz/base1/data_je/sudwsnlbm.htm, 10.04.2011).

⁵⁶ MALSEV, <http://www.lawmix.ru/comm/7739>, 11.07.2009.

⁵⁷ Eski 1984 tarihli RSFSC Kabahatler Kanunu'nun 49. maddesine göre; değeri 55000 eski rubleyi geçmeyen devlet ve kamu mallarının hırsızlık, dolandırıcılık veya güveni kötüye kullanma suretiyle

karşılandığını ve mağdurun faillerin ceza almalarını istemediğini gerekçe göstererek, fiilin az önemli olması sebebiyle sosyal tehlikeli sayılmadığına ve hırsızlık suçunu oluşturmadığına karar vermiştir⁵⁸. Yüksek Mahkeme bir başka kararında ise 12120 eski ruble değerindeki 50 litre dizel yakıt çalan fail hakkında yakıtın kolektif şirkete ait olduğunu ve dolayısıyla birden fazla mağdurun bulunduğunu gerekçe göstererek, fiilin sosyal tehlikeli olduğuna ve hırsızlık suçunu oluşturduğuna karar vermiştir⁵⁹. Yüksek Mahkeme bir başka kararında 23000 eski ruble değerindeki eşyayı çalan ve daha önceden sabıkası bulunan failin, fiilinin sosyal tehlikeli olduğuna ve hırsızlık suçunu oluşturduğuna karar vermiştir⁶⁰. Görüldüğü gibi, Yüksek Mahkeme benzer fiillerin çocuklar tarafından işlenmesini sosyal tehlikeli kabul etmezken, yetişkinler tarafından işlenmesini sosyal tehlikeli kabul etmiştir.

Fiilin az önemli olup olmadığının tespiti soruşturma ve kovuşturma makamları tarafından yapılır. Fiilin az önemli olduğunun tespit edildiği durumlarda suçun bulunmaması nedeniyle, ceza davası açılmaz ya da açılmış olan davaya son verilir⁶¹.

ele geçirilmesi, küçük hırsızlık kabahatini oluşturur. Ancak bu maddede sadece devlet ve kamu mallarından söz etmesi sebebiyle, söz konusu malların özel kişilere ait olması halinde, işlenen fiil 49. madde kapsamında değerlendirilemiyordu. Dolayısıyla bu kanunun yürürlükte olduğu dönemde değeri az olan özel kişilere ait malların hırsızlık, dolandırıcılık veya güveni kötüye kullanma suretiyle ele geçirilmesi durumunda fiilin sosyal tehlikeli olup olmadığının tespiti mahkeme tarafından yapılmaktaydı. (KOZAÇENKO, İvan-NEZNAMOVA, Zinaida, Ugolovnoye Pravo (Ceza Hukuku), Osobennaya Çast (Özel Kısım), Moskva 1997, s. 203).

⁵⁸ Karar için bkz. Byulleten № 4 1997 Goda, (1997 Yılı 4 No.lu Bülten), http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=3699, 22.01.2010.

⁵⁹ Karar için bkz. Byulleten № 3 1996 Goda, (1996 Yılı 3 No.lu Bülten), http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=3902, 22.01.2010.

⁶⁰ Karar için bkz. Byulleten № 11 1997 Goda, (1997 Yılı 11 No.lu Bülten), http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=3836, 22.01.2010.

⁶¹ VETROV, Nikolay-LYAPUNOV, Yuriy, Ugolovnoye Pravo (Ceza Hukuku), Çast Obşaya-Çast Osobennaya (Genel Kısım-Özel Kısım), Moskva 2007, s. 44; SEMENDEROV, s. 103; NAUMOV, s. 145.

RFCK'nın 14/2. maddesi, birçok hazırlık hareketlerinin, bazı elverişsiz teşebbüs hallerinin ve bazı hafif suçlara teşebbüs hallerinin cezalandırılmaması sonucunu doğurabilmektedir. Bu konu suça hazırlık ve suça teşebbüs başlığı altında incelenecektir.

cc. Kusurluluk

Suçun kusurluluk özelliği, doğrudan “kusursuz suç ve ceza olmaz” ilkesinden ortaya çıkmaktadır⁶². Bu ilkeyi düzenleyen RFCK'nın 5. maddesine göre; “1. Sosyal tehlikeli hareket (hareketsizlik) ve gerçekleşen sosyal tehlikeli neticelerden dolayı sadece kusuru tespit edilen kişi ceza sorumluluğu taşır. 2. Objektif sorumluluk, yani kusursuz zarar vermeden dolayı ceza sorumluluğu yasaktır”.

Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nda kusurun kast ve taksir olmak üzere iki çeşidi bulunmaktadır. Ayrıca kast, doğrudan ve dolaylı (olası) olmak üzere ikiye ayrılmıştır. RFCK'nın 25. maddesine göre; “Kişi, hareketlerinin (hareketsizlik) sosyal tehlikeliliğini idrak etmiş, sosyal tehlikeli neticelerin gerçekleşebileceğini veya gerçekleşeceğini öngörmüş ve onların gerçekleşmesini istemişse, suç doğrudan kastla işlenmiş sayılır. Kişi, hareketlerinin (hareketsizlik) sosyal tehlikeliliğini idrak etmiş, sosyal tehlikeli neticelerin gerçekleşebileceğini öngörmüş, arzu etmemekle birlikte, bu neticelere izin vermiş ya da onlara kayıtsız kalmışsa, suç dolaylı kastla işlenmiş sayılır”.

⁶² RAROG, s. 53.

Taksir de bilinçli ve bilinçsiz olmak üzere ikiye ayrılmıştır. RFCK'nın 26. maddesine göre; *“Kişi, hareketlerinin (hareketsizlik) sosyal tehlikeli neticeler doğurabileceğini öngörmüş, fakat yeterli sebep olmadığı halde, kendine güvenerek bu neticeleri önleyeceğini sanmışsa, suç bilinçli taksirle⁶³ işlenmiş sayılır. Kişi, hareketlerinin (hareketsizlik) sosyal tehlikeli neticeler doğurabileceğini gereken dikkat ve özeni göstererek öngörmesi gerekirken veya öngörebileceği halde, bu neticeleri öngörmemişse, suç bilinçsiz taksirle⁶⁴ işlenmiş sayılır”*.

dd. Ceza

Suçun ceza özelliği, ceza kanununda suç olarak öngörülen her bir fiil karşılığında cezanın da öngörüldüğünü ifade eder. Ceza kanununda hakkında ceza öngörülme bir fiil suç sayılamaz⁶⁵.

Suçun hukuka (kanuna) aykırılık özelliği, “kanunsuz suç olmaz” ilkesini ifade ederken; ceza özelliği ise, “kanunsuz ceza olmaz” ilkesini ifade etmektedir⁶⁶.

Suçun ceza özelliği, somut olayda faile cezanın uygulanmadığı durumlarda suçun oluşmayacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Örneğin zamanaşımı, af, uzlaşma veya failin yakalanamaması gibi nedenlerle fail hakkında cezanın uygulanmadığı

⁶³ Kanunun orijinal metninde “bilinçli taksir” değil, “düşüncesizlik” anlamına gelen “legkomislye” terimi kullanılmıştır.

⁶⁴ Kanunun orijinal metninde “bilinçsiz taksir” değil, “özensizlik” veya “ihmalkârlık” anlamına gelen “nebrejnost” terimi kullanılmıştır.

⁶⁵ SEMENDEROV, s. 89-90.

⁶⁶ AĞACANOVA, s. 111.

durumlarda fiil suç sayılmaya devam edecektir⁶⁷. Yani suçun ceza özelliği, faile uygulanacak somut ceza şeklinde değil, ceza kanununda suç olarak düzenlenen fiilin ceza tehdidi ile yasaklandığı şeklinde anlaşılmalıdır⁶⁸.

c. Suç Tipi (Suçun Tipik Unsurları)

Suçun hukuka aykırılık, sosyal tehlikelilik, kusurluluk ve ceza özelliği, suç ile diğer hukuka aykırı fiilleri birbirinden ayırmaktadır. Fakat bu özelliklerden yola çıkılarak bir suçu başka bir suçtan ayırmak mümkün değildir. Örneğin hırsızlık ve kasten öldürme suçları, suçun özelliklerini aynı şekilde taşımaktadırlar. Bu nedenle Rusya Federasyonu doktrininde bir suçu başka bir suçtan ayırabilmek için “suç tipi” kavramına başvurulmaktadır⁶⁹. Suç tipi, suçların her birinin kendisine has özelliğini öne çıkararak, onların bir birinden ayrılmasını sağlamaktadır⁷⁰.

Suç tipi kavramının yer aldığı RFCK’nın 8. maddesi şöyledir: “*Bu Kanunda öngörülen suç tipinin bütün unsurlarını taşıyan fiilin işlenmesi ceza sorumluluğuna sebep olur*”. Görüldüğü gibi suç tipi kavramı maddede tanımlanmamıştır. Doktrinde suç tipi, sosyal tehlikeli fiili somut suç olarak karakterize eden ceza kanununun öngördüğü objektif ve sübjektif nitelikteki unsurların bütünü olarak

⁶⁷ NAUMOV, s. 146.

⁶⁸ RAROG, s. 54.

⁶⁹ NAUMOV, s. 160.

⁷⁰ AĞACANOVA, s. 123.

tanımlanmaktadır⁷¹. Objektif nitelikteki unsurları hukukî konu ve maddî unsur, sübjektif nitelikteki unsurları ise fail ve manevî unsur oluşturmaktadır⁷².

Hukukî konu doktrinde genellikle, “ceza kanunu ile sosyal tehlikeli saldırılardan korunan toplumsal ilişkiler” olarak tanımlanmaktadır⁷³. Ancak bu tanıma katılmayan NAUMOV’a göre; örneğin insan öldürme suçunun hukukî konusunun toplumsal ilişkiler olarak kabul edilmesi, insanın mutlak değerini azaltmaktadır. İnsan toplumsal ilişkilerin bir taşıyıcısı olmayıp, bağımsız ve mutlak değere sahiptir. Yazara göre; suç fiilinin ihlal ettiği ve ceza kanununun koruduğu menfaatleri hukukî konu olarak kabul etmek gerekir⁷⁴. Kanaatimizce; hukukî konu, ceza kanunu ile korunan hukukî varlık ve menfaattir. Varlık, insanın ihtiyaçlarını tatmine elverişli her şeyi ifade eder. Menfaat ise, kişi ile varlık arasında var olan ve kişinin bu ihtiyacını gidermek için varlığı kullanmasına imkân veren ilişkidir. Bunlar hukuken korunduklarında hukukî varlık ve menfaat adını almaktadırlar. Suç tarafından ihlal edilen varlık veya menfaatler, bireylere, aileye, topluma veya devlete ait olabilir; dolayısıyla bunlar bireysel, toplumsal veya kamusal nitelik taşıyabilir⁷⁵.

Suçun maddî unsuru, hareket, netice ve nedensellik bağından oluşan sosyal tehlikeli fiili ifade eder⁷⁶.

⁷¹ NAUMOV, s. 161.

⁷² VETROV-LYAPUNOV, s. 74.

⁷³ VETROV-LYAPUNOV, s. 75; RAROG, s. 80; SEMENDEROV, s. 134.

⁷⁴ NAUMOV, s. 174 vd.

⁷⁵ TOROSLU, s. 92-93.

⁷⁶ VETROV-LYAPUNOV, s. 75.

Kast veya taksir şeklinde ortaya çıkan suçun manevî unsuru, failin işlediği sosyal tehlikeli fiile olan psişik bağını ifade eder⁷⁷.

Fail ise, suçu işleyen ve ceza ehliyetine sahip olan gerçek kişiyi ifade eder⁷⁸. Doktrinde isnat yeteneği bulunmayan veya ceza kanununda belirtilen yaşı doldurmamış (16/bazı suçlarda 14) olan kimsenin, suçun faili sayılamayacağı ve bu durumda suçun da oluşmayacağı kabul edilmektedir⁷⁹. Çünkü “*Ceza sorumluluğunun genel şartı*” başlıklı RFCK’nın 19. maddesinde, “*Sadece isnat yeteneği bulunan, bu Kanunda öngörülmüş olan yaşı doldurmuş olan gerçek kişi ceza sorumluluğu taşır*” hükmü yer almaktadır.

II. SUÇA TEŞEBBÜSÜN TEORİK TEMELİ

A. SUÇ YOLU (ITER CRIMINIS)

Dinamik açıdan, yani somut oluşumu yönünden nazara alındığında suçun, kural olarak, çeşitli aşamalardan geçerek gerçekleştiği görülür. Suçun meydana gelinceye kadar geçirdiği aşamaların bütününe “suç yolu (iter criminis)” adı verilir⁸⁰.

⁷⁷ SEMENDEROV, s. 118.

⁷⁸ NAUMOV, s. 162.

⁷⁹ RAROG, s. 161.

⁸⁰ TOROSLU, s. 248.

Bu yol düşünce, hazırlık hareketleri, icra ve suçun tamamlanması aşamalarına ayrılabilir⁸¹.

Birinci aşama düşünce aşamasıdır. Bu aşama sadece kasıtlı suçlarda söz konusu olmaktadır. Düşünce aşaması failin psişğinde oluşur ve suç işleme kararında son şeklini alır⁸². Bu aşamada, suç, failin içinde cereyan etmektedir, henüz dış dünyada nesnelleşmiş değildir, salt düşünceden ibaret bulunmaktadır⁸³. Düşünce aşaması özgürlükçü hukuk düzenlerinde hiçbir zaman cezalandırılmaz⁸⁴. Gerek RFCK'da ve gerek TCK'da düşünce aşaması cezalandırılmamaktadır. Düşünce ne kadar kötü olursa olsun, zihinde kaldığı, herhangi bir hareketle dış dünyaya çıkarılmadığı sürece ceza hukukunu ilgilendirmez⁸⁵.

İkinci aşama hazırlık hareketleri aşamasıdır. Suç işlemeye karar veren kişi, suç işlemek için araç veya alet elde etme, ortak arama, başkalarıyla anlaşma gibi suçun işlenmesine ortam yaratan bazı hareketleri gerçekleştirir. Bütün bu faaliyetler suçu hazırlayıcı nitelikte kabul edildiklerinden "hazırlık hareketi" adını alırlar⁸⁶. Türk ceza hukukunda hazırlık hareketleri kural olarak cezalandırılmamaktadır. Rusya

⁸¹ PİONTKOVSKİY, Andrey-ROMAŞKİN, Petr-ÇİHKVADZE, Viktor, Kurs Sovetskogo Ugolovno Prava (Sovyet Ceza Hukuku Dersleri), Tom 2 (C. 2), Prestupleniye (Suç), Moskva 1970, s. 403.

⁸² TOROSLU, s. 248.

⁸³ HAFIZOĞULLARI, Zeki-ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2010, s. 327.

⁸⁴ TOZMAN, Önder, Suça Teşebbüs, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2008, s. 9.

⁸⁵ ARTUK, Mehmet Emin-GÖKÇEN, Ahmet-YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2009, s. 593.

⁸⁶ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, s. 593.

Federasyonu ceza hukukunda ise hafif ve orta dereceli suçlara hazırlık cezalandırılmamakla birlikte, ağır ve nitelikli ağır suçlara hazırlık cezalandırılmaktadır.

Üçüncü aşama icra hareketleri aşamasıdır. İcra hareketlerinin başlanmasıyla birlikte teşebbüs sürecine girilmiş olur. TCK ve RFCK'da failin “doğrudan doğruya” suçun icrasına başlama anı, icra hareketi olarak kabul edilmiştir. Bu şekilde icra hareketlerine başlayan fail, elinde olmayan nedenlerden dolayı suçu tamamlayamazsa, suça teşebbüs söz konusu olur.

Dördüncü aşama suçun tamamlanması aşamasıdır. Tamamlanma anı suçun varlığı için gerekli tüm unsurların oluşmasıyla gerçekleşir⁸⁷. Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nun 29. maddesinde tamamlanmış ve tamamlanmamış suçun tanımı yapılmıştır. Buna göre; “1. Kişinin işlediği fiilde bu Kanunda öngörülen suç tipinin bütün unsurları mevcutsa, suç tamamlanmış sayılır. 2. Suça hazırlık ve suça teşebbüs tamamlanmamış suç sayılır”.

RFCK'nın 29/2. maddesinden de görüldüğü gibi, Rusya Federasyonu ceza hukukunda hazırlık hareketleri suça teşebbüs olarak değil, suça hazırlık adı altında cezalandırılmaktadır. Hatta suça hazırlık ve suça teşebbüsün tamamlanmış suçun cezası ile cezalandırıldığı Sovyet hukukunda da hazırlık hareketleri, suça teşebbüs kavramı içinde değerlendirilmemiştir. Gerek Sovyet doktrininde ve gerek Rusya Federasyonu doktrininde, suça hazırlık ve suça teşebbüs, bunların her ikisini

⁸⁷ İPEKÇİOĞLU, Pervin Aksoy, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Ankara 2009, s. 22.

kapsayan “*tamamlanmamış suç*” başlığı altında incelenmektedir. Yani Rusya Federasyonu ceza hukukunda, suça hazırlık ve suça teşebbüs tamamlanmamış suçun iki farklı türünü oluşturmaktadır.

B. SUÇA TEŞEBBÜSÜN HUKUKÎ NİTELİĞİ

1. Genel Olarak

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince, fail ancak suç tipinde tarif edilen bütün unsurları gerçekleştirmesi halinde cezalandırılabilir. Hâlbuki suça teşebbüs durumunda, tipe uygun eylem bütün unsurlarıyla oluşmamıştır. Örneğin kanunda kasten öldürmeyi düzenleyen ceza normunda, “bir kimseyi kasten öldüren kişi, cezalandırılır” denilmektedir. Bir kimseye ateş eden, fakat kurşunları boşa giden kişinin o kimseyi öldürdüğü söylenemez. Çünkü kasten öldürme suçunu düzenleyen bu hükümde öldürmeye yönelik hareketlerin yapılması değil, bir kimsenin öldürülmesi cezalandırılmaktadır⁸⁸. Yani teşebbüs derecesinde kalan bir suç tamamlanmadığından, özel kısımda yer alan suç tipine uygun değildir⁸⁹. Ancak, suçla korunmak istenen hukukî değerlerin, sadece suçların tamamlanmış biçimi ile gerçekleşen ihlallere karşı değil, tamamlanmamış olmasına karşın belirli niteliğe sahip eylemlere karşı da korunması gerekmektedir. İşte bu gereksinimden hareketle kanunlar teşebbüs aşamasında kalan eylemlerin de cezalandırılacağına ilişkin özel düzenlemelere gitmiştir. Bu tür düzenlemeler, hem ceza hukukunun özel

⁸⁸ DÖNMEZER, Sulhi-ERMAN Sahir, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. 1*, İstanbul 1987, s. 405; SÖZÜER, Adem, *Suçta Teşebbüs*, İstanbul 1994, s. 46.

⁸⁹ İPEKÇİOĞLU, s. 30-31.

fonksiyonunun etkin biçimde gerçekleşmesini, hem de bozulan toplumsal barışın yeniden oluşturulmasını amaçlamaktadır⁹⁰. Ceza kanunlarında suça teşebbüsün cezalandırılabilmesine ilişkin hükümler bulunmasaydı, suça teşebbüsün cezalandırılabilmesi mümkün olmazdı⁹¹.

İrade alanında teşebbüsü tamamlanmış suçtan ayırmak mümkün değildir. Teşebbüs bir suç işleme kastını gerektirir. Dolayısıyla teşebbüs halinde kalan suç manevî unsur yönünden tamamlanmış kabul etmek mümkündür. Teşebbüs halinde kalan suç sadece objektif yönden tamamlanmış değildir; çünkü suç yaratan normda tanımlanan suç hipotezi, ancak kısmen gerçekleşmiştir⁹².

Doktrinde suça teşebbüsün hukukî niteliğinin nasıl saptanacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.

2. Suça Teşebbüsün Bağımsız Suç Olduğu Görüşü

SCARANO'ya göre, tamamlanma ile teşebbüs kavramları iki farklı dünyayı oluşturmaktadır. Birincisinde, korunan menfaat ihlale uğramakta; ikincisinde ise, menfaate karşı potansiyel bir tehlike söz konusu olmaktadır. Bu bağlamda teşebbüs, normatif anlamda tamamlanmış suçun bir parçası, kesiti olmayıp, kendine özgü bir özerkliğe sahiptir. Teşebbüs hükümlerinin genel kısımda düzenlenmesinin nedeni,

⁹⁰ İÇEL, Kayıhan-EVİK, A. Hakan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 2. Kitap, İstanbul 2007, s. 236.

⁹¹ KUZNESOVA-TYAJKOVA, s. 366.

⁹² TOROSLU, s. 252; EREM, Faruk-DANIŞMAN, Ahmet-ARTUK, Mehmet Emin, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 1997, s. 293-294; HAFIZOĞULLARI-ÖZEN, s. 329.

farklı suç tiplerine ilişkin olmasıdır. Teşebbüsün diğer suçlarla bağlantısını oluşturan esas nokta niyet ve sonuçtur. Ancak, teşebbüs tamamlanmış suç gibi, kendine özgü niteliğe sahip bağımsız bir suç oluşturmaktadır⁹³.

Yazara göre; teşebbüse ilişkin hükümler, ne tamamlayıcı ne de hafifletici niteliğe sahiptir. Nitekim, teşebbüs edilen suçun cezalandırılabilmesi için suçun tamamlanmış şeklinin öngörüldüğü norma başvurmak gerekli değildir. Örneğin insan öldürmeye teşebbüsün cezalandırılabilmesi için tipik fiile ilişkin normu, yani insan öldürme suçunu oluşturan normu esas alma ihtiyacı duyulmamalıdır. Zarar doğuran fiil, teşebbüsün cezalandırılması için yeterlidir. Yazar teşebbüs hükümlerinin tamamlayıcı niteliğini kabul etmemekle, onun cezaî sorumluluk alanını genişlettiği ipotezini de reddetmektedir⁹⁴.

3. Suça Teşebbüsün Hafifletici Bir Neden Olduğu Görüşü

CARRARA'ya göre teşebbüs, isnat edilen suçun hafifletici nedenini oluşturmaktadır. Tamamlanmış suçta isnat edilen fiil ile teşebbüste isnat edilen fiil aynıdır. Ancak teşebbüs fiilinde bir azlık vardır. Bu nedenle daha az ceza ile cezalandırılması gerekir⁹⁵.

⁹³ Bkz. İPEKÇİOĞLU, s. 32.

⁹⁴ Bkz. İPEKÇİOĞLU, s. 32.

⁹⁵ Bkz. SOYASLAN, Doğan, Teşebbüs Suçu, Ankara 1994, s. 55.

Fakat bazı suçlara (TCK m.79'da düzenlenen göçmen kaçakçılığı suçu gibi) teşebbüsün, tamamlanmış suçun cezası ile cezalandırılması durumu, bu görüşün isabetli olmadığını açıkça ortaya koymaktadır.

4. Suça Teşebbüsün Asıl Suçu Tamamlayıcı Niteliğe Sahip Olduğu Görüşü

Teşebbüse ilişkin hükümler kendi başlarına bir anlam ifade etmemektedirler⁹⁶. Bu hükümler ancak tamamlanmış suçun düzenlendiği norma bağlı olarak uygulanabilir bir nitelik gösterirler. Çünkü ceza kanunlarında başlı başına bir teşebbüs suçu bulunmamaktadır. Teşebbüs hükümleri suç tipinde gösterilen fiilin tamamlanmadığı olaylarda, failin hangi koşullar altında cezalandırılacağını açıklamaktadır⁹⁷.

Teşebbüs derecesinde kalan bir suç tipi, iki normun bir araya gelmesinden ortaya çıkmaktadır. Bunlardan tamamlanmış suça ilişkin norm, aslî niteliktedir. Teşebbüs ile ilgili hüküm ise, yardımcı (talî) norm niteliğindedir ve esas normun cezalandırılabilme alanını genişletici bir özellik taşımaktadır. Bu nedenle, talî normun genişleteceği esas bir normun varlığı şarttır. Nitekim, aslî norm ve talî norm bir araya gelerek yeni bir suç türü doğururlar. Bu suç türü, aslî normda öngörülen suçun adını taşımasına rağmen, asıl suçtan özerk bir niteliğe sahiptir. O halde,

⁹⁶ SOYASLAN, s. 52.

⁹⁷ SÖZÜER, s. 46.

teşebbüs hükümlerini düzenleyen normlar ikincil niteliktedir, suç tiplerinin düzenlediği normları tamamlayıcı özelliğe sahiptirler⁹⁸.

Teşebbüs, tamamlanmış suçun hafifletici nedeni değildir. Çünkü her şeyden önce, suça etki eden nedenlerin, suçun tipik biçimine nazaran daima bir fazlalığı ifade etmelerine karşın, teşebbüs bir azlığı, eksikliği ifade eder⁹⁹.

5. Değerlendirme

Teşebbüse ilişkin hükümlerin varlık ve görevleri özel kısımda düzenlenmiş olan suç tiplerine bağlıdır¹⁰⁰. Bu hükümler, suç yaratan çeşitli normlarda tanımlanan fiillere ilişkin yasağı, failin bu fiilleri tam olarak gerçekleştirilmeyip, sadece bunları gerçekleştirmeye yönelik davranışlarda bulunduğu durumlara doğru genişletir. Söz konusu normlar, bunlar olmasaydı kanunî yaptırımlarla karşılanmaları mümkün olmayan hareketleri cezalandırılabilir hale getirerek yeni yükümlülükler yaratır. Böylece örneğin sadece hırsızlık yapan değil, hırsızlık yapmaya kalkışan kimse de cezalandırılır. Gerçekten de, bu normlar olmasaydı suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince bir suçu işlemeye çalışıp da bunu başaramayan kişi cezalandırılmazdı¹⁰¹. Ceza kanununda teşebbüsün cezalandırılacağına açıkça ifade edilmesiyle suçta ve cezada kanunilik ilkesi teşebbüs aşamasında kalan suçlar bakımından da

⁹⁸ İPEKÇİOĞLU, s. 34.

⁹⁹ TOROSLU, s. 256.

¹⁰⁰ SOYASLAN, s. 51.

¹⁰¹ TOROSLU, s. 255-256.

gerçekleşmiş olmaktadır¹⁰². Bu nedenle teşebbüs iki normun bir araya gelmesinden ortaya çıkan bir suç şeklidir. Bu normlardan birincisi tamamlanmış suça ilişkin olup aslî nitelik taşır; ikincisi ise genişletici norm olup talî niteliktedir ve tamamlanmış suça ait hükmün teşebbüs halinde de uygulanmasını sağlar. Bu iki norm bir araya gelerek esas normda öngörülen suçun adını taşımasına rağmen ondan bağımsız bir niteliğe sahip bir suçu ortaya koyar¹⁰³.

Teşebbüsün bir cezayı hafifletici neden olduğu söylenemez. Çünkü hafifletici nedenler, suçun varlığı için gereken unsurların dışında gerçekleşen ve sadece cezayı etkileyen tesadüfî nedenlerdir. Bunlar suçun varlığını ya da yokluğunu etkilemez¹⁰⁴. Oysa teşebbüs ya vardır ya da yoktur¹⁰⁵. Cezayı hafifletici nedenleri düzenleyen RFCK'nın 61. maddesine bakıldığında da bunlar arasında suça teşebbüs veya suça hazırlığın yer almadığı görülmektedir. Suça teşebbüs ve suça hazırlık halinde hükmedilecek ceza, RFCK'nın 66. maddesinde "*Tamamlanmamış suçtan dolayı belirlenecek ceza*" başlığı altında düzenlenmiştir. Bu yüzden suça teşebbüs ve suça hazırlık durumunda tamamlanmış suça oranla daha az ceza verilmesine rağmen, suça teşebbüs ve suça hazırlık birer cezayı hafifletici neden değildir.

¹⁰² ÖZTÜRK, Bahri-ERDEM Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2008, s. 284.

¹⁰³ TOROSLU, s. 256.

¹⁰⁴ İPEKÇİOĞLU, s. 35.

¹⁰⁵ SOYASLAN, s. 56.

C. SUÇA TEŞEBBÜSÜN CEZALANDIRILMA NEDENİNİ AÇIKLAYAN TEORİLER

1. Objektif, Sübjektif ve Karma Teoriler

a. Objektif Teori

Objektif teori, suça teşebbüsün cezalandırılma nedenini suç tipiyle korunan konunun tehlikeye sokulmasına bağlamaktadır¹⁰⁶. Tamamlanmış suçta, failin kasıtlı hareketi sonucunda, suçla korunmak istenen hukukî değerler ihlal edilmektedir. Teşebbüste ise bu ihlal, hukukî değerlerin tehlikeye sokulması biçiminde ortaya çıkmaktadır. Teşebbüs durumundaki failin, suçu gerçekleştirmek için yaptığı hareketlerin tipik eylemi meydana getirme olasılığı, hukukî değer bakımından objektif bir tehlike doğurmakta, teşebbüs hali de bu nedenle cezalandırılmaktadır¹⁰⁷. Suç tipiyle korunan hukukî değer açısından bir tehlike ancak icra hareketlerinin başlamasıyla söz konusu olacağından, sübjektif teorinin tersine, bu teoriye göre hazırlık hareketleri cezalandırılmaz, dolayısıyla cezalandırılma alanı sınırlandırılmış olur¹⁰⁸.

Objektif teori, failin eylemini ve bu eylemin yasa hükmüyle korunan hukukî değer açısından yarattığı tehlikeyi göz önüne almaktadır. Ancak ne kadar kesin ve

¹⁰⁶ KOCA, Mahmut-ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 339.

¹⁰⁷ İÇEL-EVİK, s. 237.

¹⁰⁸ CENTEL, Nur-ZAFER, Hamide-ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2008, s. 446.

mutlak olursa olsun, suçlu irade bu teori tarafından göz önünde tutulmamaktadır. Bu nedenle, suçun objektif olarak gerçekleşmesi tehlikesinin doğmadığı hallerde, failin yaptığı hareketle suçlu irade ortaya çıksa bile fiil cezalandırılmaz¹⁰⁹. Nasıl ki, tamamlanmış suçlarda, korunan menfaatin bir zarar görmesi aranır, teşebbüs halinde de bu menfaatin tehlikeye maruz bırakılması gerekir¹¹⁰. Dolayısıyla objektif teori taraftarları, mutlak elverişsiz teşebbüs (işlenemez suç) olarak adlandırılan davranışların (örneğin; failin mağduru şekerle zehirlemek istemesi, mağdura dolu olmayan bir silahla ateş edilmek istenmesi, gerçekte hamile olmayan kadının çocuk düşürtücü ilaçlar kullanması vs.) cezalandırılmayacağını savunmaktadırlar¹¹¹. Bu durum, objektif teorinin sosyal savunmayı yeterince sağlayamadığı eleştirisinin yapılması sonucunu doğurmuştur¹¹².

Objektif teorinin kabulü, teşebbüs durumunda mutlak ceza indirim sisteminin benimsenmesi sonucunu doğurur¹¹³. Yine bu teoriye göre, teşebbüsün cezalandırılma nedeni hukukî değer tehlikeye maruz kalması olduğuna göre, icra hareketlerinin tamamlanmaması (eksik teşebbüs) ile icra hareketlerinin tamamlanmasını (tam teşebbüs) birbirinden ayırmak ve farklı cezalandırmak gerekir. Çünkü hukukî değer tehlikeye maruz kaldığı tehlike yakın veya uzak olabilir¹¹⁴.

¹⁰⁹ SOYASLAN, s. 28.

¹¹⁰ İPEKÇİOĞLU, s. 38.

¹¹¹ İÇEL-EVİK, s. 237.

¹¹² Bkz. SOYASLAN, s. 28.

¹¹³ CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s. 446.

¹¹⁴ SOYASLAN, s. 28-29.

Objektif teoriye göre, aralarında fiil olarak derece farkı bulunduğundan gönüllü vazgeçme ile suç öncesi etkin pişmanlığı da birbirinden ayırmak gerekir. Her ikisinde de vazgeçilmiş olsa bile, gönüllü vazgeçme durumunda faile ceza verilmeyecek, ancak suç öncesi etkin pişmanlık durumunda faile ceza verilebilecektir¹¹⁵. Yani icra hareketlerini tamamlamaktan vazgeçen kişi, teşebbüsten cezalandırılmayacak; buna karşılık, icra hareketlerini tamamladıktan sonra çaba göstererek neticenin gerçekleşmesini önleyen kişi, teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılacaktır.

b. Sübjektif Teori

Sübjektif teori, suça teşebbüsün cezalandırılabilirliğinin temelini etkin ve hukukla çatışan iradeye dayandırmaktadır¹¹⁶. Bu teoriyi savunan yazarlar, özellikle de pozitivistler, suça teşebbüsün cezalandırılma nedenini, failin suç işleme iradesini dışa yansıtan bir belirti olarak açıklamaktadırlar¹¹⁷.

Sübjektif teoriye göre, suça teşebbüsün cezalandırılma nedeni, tehlikeli kişiliğini ortaya koyan failin suç işleme yönünde gösterdiği, dış dünyaya yansıttığı iradedir. Teori taraftarları diğer bazı yazarlara göre ise; fail bir suç işlenmesine yönelmiş olan, ancak suç oluşturmayan hareketleriyle, hukuka karşı düşmanca tavrını ortaya koymakta ve böylece hukuk düzeni bakımından bir tehlikenin oluşmasına neden olmaktadır. İşte bu teoriye göre, suça teşebbüsün cezalandırılma nedeni bu

¹¹⁵ SOYASLAN, s. 29.

¹¹⁶ KOCA-ÜZÜLMEZ, s. 339.

¹¹⁷ Bkz. İPEKÇİOĞLU, s. 41.

şekilde ortaya çıkan failin tehlikelilik durumudur. Yani objektif teoriden farklı olarak, bu teori taraftarları sübjektif tehlikeliliği cezalandırma nedeni saymaktadırlar¹¹⁸. Bu nedenle, kullanılan araç elverişsiz olsa veya suç konusu bulunmasa bile, failin cezalandırılması gerekir ve tam teşebbüs - eksik teşebbüs ayırımına gerek yoktur¹¹⁹.

Bu teori hazırlık hareketlerine de ceza verilmesi sonucunu doğurarak, cezalandırma alanını genişletir. Çünkü teoride esas alınan husus, korunan hukukî değer açısından söz konusu olan tehlike değil, failin dışa vuran iradesi olmaktadır. Fail suç işleme iradesini dışa vuran bir davranışta bulunmakla cezalandırılmayı da hak etmiş olacaktır¹²⁰.

Sübjektif teorinin kabul edilmesi, suçun tamamlanmayıp teşebbüs aşamasında kalması durumunda cezada mutlak ceza indirim sistemi yerine, takdire bağlı indirim sisteminin benimsenmesi sonucunu doğurur¹²¹.

Sübjektif teorinin kabul edilmesinin bir diğer sonucu da gönüllü vazgeçme ile suç öncesi etkin pişmanlık arasında bir farkın gözetilmemesidir. Çünkü her iki durumda da fail suçun icrasına başladıktan sonra iradesiyle vazgeçmektedir¹²².

¹¹⁸ Bkz. İÇEL-EVİK, s. 237.

¹¹⁹ CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s. 446.

¹²⁰ CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s. 446.

¹²¹ CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s. 446.

¹²² SOYASLAN, s. 31.

c. Karma Teoriler

Sübjektif teorinin cezalandırma sınırını aşırı bir şekilde genişletmesi, failin suç işleme iradesini esas almakla birlikte bunu objektif ölçülerle tamamlayan karma teorilerin oluşmasına yol açmıştır¹²³.

Bunlardan Alman öğretisinde egemen olan¹²⁴ *etki teorisine* göre; suça teşebbüsün cezalandırılma nedeni, hem failin suç işleme iradesini açığa vurması, hem de hareketin hukuk düzeni açısından olumsuz bir etki yaratmış, toplumun huzur ve güvenini bozmuş olmasıdır¹²⁵. Teşebbüsün cezaî temeli, bir davranış normuna karşı çıkan, başka bir deyişle hukuka düşman iradedir; ancak bir teşebbüs sadece iradenin bir fiille açığa vurulmasının kamu düzenine olan güvenini sarstığı zaman ve hukukî güvenlik ve hukukî barış hissinin olumsuz etkilendiği zaman cezalandırmaya değerdir¹²⁶.

Bu teoriye göre, hazırlık hareketleri hukuku sarsıcı etkiye sahip olmadıkları veya bu etkiyi çok yüzeysel, geçici olarak doğurdıkları için genellikle cezayı gerektirmemektedir¹²⁷.

¹²³ ÖZTÜRK-ERDEM, s. 283.

¹²⁴ ÖZTÜRK-ERDEM, s. 283; TOZMAN, s. 27.

¹²⁵ CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s. 447.

¹²⁶ TOZMAN, s. 29.

¹²⁷ TOZMAN, s. 30.

Etki teorisi taraftarları, elverişsiz teşebbüs hallerinin kural olarak cezalandırılması gerektiğini savunurlar. Buna göre, hukukî yararın somut olarak tehlikeye sokulmadığı durumlarda, söz konusu yararın koruma alanının rahatsız edilmesiyle ortaya çıkan etki, elverişsiz teşebbüs olarak adlandırılan olayların da cezalandırılmasını gerektirir. Örneğin, failin kendinden habersiz olarak önceden boşaltılmış bir silahla, öldürmek amacıyla ateş etmesi durumunda somut bir tehlike yoktur. Ancak fail bu hareketiyle, insan hayatını koruyan hukukî yararın barış ve güvenlik içindeki konumunu rahatsız etmesinden dolayı cezalandırılmalıdır¹²⁸.

Etki teorisi taraftarları, teşebbüste verilecek ceza bakımından, takdiri bir ceza indirimini önermektedirler¹²⁹.

Etki teorisi, failin iradesinin dış dünyaya yansımaları olan hareketin, toplum üzerinde sosyo-psikolojik etki bırakması gibi belirlenmesi güç bir ölçütü esas alması nedeniyle eleştirilmiştir¹³⁰.

Etki teorisinin teşebbüste vardığı sonuçları kabul etmekle birlikte, teşebbüsün cezalandırılma nedeni bakımından farklı gerekçeye dayanan bir diğer karma görüş *fail teorisidir*¹³¹. Bu teoriye göre; suça teşebbüsün cezalandırılma nedeni, failin davranışının korunan bir hukukî yarar açısından tehlike doğurmuş veya bu şekilde failin hukuk düzeni için tehlikeli olduğunun ortaya çıkmış olmasıdır. Yani hem failin

¹²⁸ Bkz. SÖZÜER, s. 113, 136.

¹²⁹ Bkz. SÖZÜER, s. 115.

¹³⁰ İPEKÇİOĞLU, s. 42.

¹³¹ SÖZÜER, s. 114.

tehlikeli olduğunun ortaya çıkmış olması, hem de netice göz önüne alınmaktadır. Suç tamamlanmasa bile, fail yaptığı hareketle bir yandan yasayla korunan hukukî yararı ihlal etme amacını açığa vurmakta, diğer yandan da korunan hukukî değer açısından bir tehlikeye sebebiyet vermektedir. İşte teşebbüs, bu açığa vurulan amaç ya da yaratılan tehlike nedeniyle cezalandırılmaktadır. Bazen her iki durum da olayda gerçekleşmiş olabilir¹³².

Ancak *fail teorisinin* aynı teşebbüs durumu için birbirinden farklı iki cezalandırma nedeni öngörmesi, bir tutarsızlık olarak değerlendirilmiş, ayrıca failin iradesinin esas alınmasının fiil ceza hukuku ile çeliştiği ileri sürülmüştür. Zira, fiil ceza hukuku, failin nasıl bir kişiliğe sahip olduğu ile değil, nasıl bir davranışta bulunduğu ile ilgilenir¹³³.

2. Türk Ceza Kanunu ve Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nun Benimsediği Teori

a. Türk Ceza Kanunu'nun Benimsediği Teori

“Suça teşebbüs” başlıklı TCK'nın 35. maddesine göre, “(1) Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur. (2) Suça teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet

¹³² CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s. 447.

¹³³ İPEKÇİOĞLU, s. 43.

hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilir”.

Bu düzenleme nedeniyle Türk Ceza Kanunu'nun teşebbüsün cezalandırılma nedeni bakımından objektif teoriyi benimsediği söylenebilir. Gerçekten maddede suça teşebbüs durumunda zorunlu ceza indirimi öngörüldüğü gibi, cezada yapılacak indirim açısından da “*meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı*” göz önünde bulundurulmaktadır. Yine TCK'daki “*elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp*” ifadesi nedeniyle işlenemez suça teşebbüs (elverişsiz teşebbüs) hallerinin cezalandırılmaması, kanunun objektif teoriyi benimsediğini göstermektedir¹³⁴.

b. Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nun Benimsediği Teori

“*Suçu hazırlık ve suça teşebbüs*” başlıklı RFCK'nın 30. maddesine göre, “*1. Kişinin suçun alet veya araçlarını araması, hazırlaması veya elde etmesi, suç ortağı araması, suç işlemek için anlaşma ya da suç işlemek için kasten farklı ortam yaratma, suç kişinin elinde olmayan nedenlerle tamamlanmamışsa, suça hazırlık sayılır. 2. Sadece ağır ve nitelikli ağır suçlara hazırlık ceza sorumluluğuna sebep olur. 3. Kişinin doğrudan suçun işlenmesine yönelmiş kasıtlı hareketleri (hareketsizlik), suç kişinin elinde olmayan nedenlerle tamamlanmamışsa, suça teşebbüs sayılır*”.

¹³⁴ ÖZBEK, Veli Özer-KANBUR, M. Nihat-BACAŞIZ, Pınar-DOĞAN, Koray-TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2010, s. 437.

Bu düzenleme nedeniyle, Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nun teşebbüsün cezalandırılma nedeni bakımından subjektif teoriyi benimsediği söylenebilir. Çünkü Rusya Federasyonu Ceza Kanununda suça teşebbüsün yanında, hazırlık hareketleri ve işlenemez suça teşebbüs (elverişsiz teşebbüs) halleri de cezalandırılmaktadır.

Ancak Kanunda bu teorinin objektif ölçütlerle tamamlandığı da söylenebilir. Çünkü Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nda suça teşebbüsün tamamlanmış suçtan daha hafif bir ceza ile cezalandırılacağı öngörülmüştür. Yine Kanunda suça hazırlık, suça teşebbüsten ayrı düzenlenmiş ve suça teşebbüsten daha hafif bir ceza ile cezalandırılacağı öngörülmüştür. Ayrıca Kanunda ağır ve nitelikli ağır suçlara hazırlık cezalandırılmakla birlikte, hafif ve orta dereceli suçlara hazırlık cezalandırılmamaktadır. Bunun yanında RFCK'nın 14/2. maddesi nedeniyle, az önemli olması nedeniyle sosyal tehlikeli sayılmayan hazırlık hareketleri de cezalandırılmamaktadır.

İKİNCİ BÖLÜM

RUSYA FEDERASYONU CEZA HUKUKUNDA SUÇA HAZIRLIK VE SUÇA TEŞEBBÜS

I. SUÇA HAZIRLIĞIN VE SUÇA TEŞEBBÜSÜN TARİHSEL GELİŞİMİ

A. 1845 TARİHLİ ÇAR RUSYASI'NIN CİNAYET VE ISLAH CEZALARI HAKKINDAKİ KANUNNAMESİ

Çar Rusyası'nın 1845 tarihli Cinayet ve Islah Cezaları Hakkındaki Kanunnamesi'nde, suça teşebbüs cezalandırılmakla birlikte, istisnai olarak hazırlık hareketleri ve düşünce aşaması (kastın belirlenmesi) da cezalandırılmaktaydı. 1845 tarihli Kanunname'nin 7. maddesinde, “*Yazılı veya sözlü olarak veya başka bir hareketle suç işleme niyetinin belirtilmesi kastın belirlenmesi sayılır. Herhangi bir haksızlık yapılacağı yönünde tehdit, övünme veya teklifte bulunma da kastın belirlenmesi sayılır*” hükmüne yer verilmiştir¹³⁵. Ancak kanunnamede bu tür bir düşünce açıklamasının cezalandırılacağına dair genel bir hüküm bulunmaması nedeniyle, düşünce aşaması sadece kanunnamenin özel kısmında açıkça belirtilen suç tiplerinde cezalandırılmaktaydı. Bunlar devlete karşı işlenen bazı suçlardı¹³⁶.

¹³⁵ KUZNEKOVA-TYAJKOVA, s. 362.

¹³⁶ KUDRYAVSEV, Vladimir-LUNEEV Viktor-NAUMOV, Anatoliy, Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 2006, s. 234; TAGANSEV, Nikolay,

Düşünce aşamasının cezalandırılabilmesine ilişkin bu kural, RSFSC ve RF ceza kanunlarında bulunmamaktadır.

1845 tarihli Kanunname'nin 8. maddesinde “*suç işlemek için araç arama veya edinme*” suça hazırlık olarak tanımlanmakla birlikte¹³⁷; suça hazırlığın cezalandırılacağına dair genel bir hüküm bulunmaması nedeniyle, suça hazırlık da sadece kanunnamenin özel kısmında açıkça belirtilen suç tiplerinde cezalandırılmaktaydı. Bunlar isyan, kalpazanlık, insan öldürme ve yangın çıkarma suçlarına yönelik hazırlık hareketleriydi¹³⁸.

1845 tarihli Kanunname'nin 9. maddesinde suça teşebbüs, “*Kötü niyetin icrasına başlanması veya devam edilmesi şeklindeki her türlü hareket suça teşebbüs sayılır*” şeklinde tanımlanmış ve teşebbüs halinde tamamlanmış suçun cezasının indirilerek verileceği hükme bağlanmıştır¹³⁹.

1845 tarihli Kanunname'nin gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen 113. maddesine göre ise; “*Suçta hazırlık veya teşebbüs eden, kendiliğinden hareketlerini durdurarak kastettiğini gerçekleştirmemiş ise, işlemeyi kastettiğinden değil, sadece*

Ugolovnoye Pravo (Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Çast 1 (1. Bölüm), Po İzdaniyu 1902 Goda (1902 Yılı Baskısına Göre), 2003, s. 162, http://www.allpravo.ru/library/doc101p0/instrum105_02.01.2010.

¹³⁷ KUDRYAVSEV, Vladimir-NAUMOV, Anatoliy, Uçebnik Ugolovnogo Prava (Ceza Hukuku Ders Kitabı), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 1996, s. 168; TAGANSEV, s. 163.

¹³⁸ TAGANSEV, s. 164.

¹³⁹ TAGANSEV, s. 165, 167.

gerçekleştirdiği hazırlık veya teşebbüs kendi başına suç oluşturduğunda cezalandırılır”¹⁴⁰.

B. 1919 TARİHLİ RUSYA SOVYET FEDERATİF SOSYALİST CUMHURİYETİ CEZA HUKUKUNUN REHBER İLKELERİ

1917 tarihli Ekim devriminden sonra Sovyet ceza hukukunun ilk kaynaklarını çeşitli devrim kararnameleleri oluşturmaktaydı¹⁴¹. Bu kararnamelerde suça hazırlık ve suça teşebbüsün tamamlanmış suç gibi cezalandırılması gerektiği yönünde doğrudan hükümler bulunmaktaydı¹⁴². Bu tutum, 27 maddesi bulunan ve sadece genel hükümlerden oluşan 1919 tarihli Ceza Hukukunun Rehber İlkeleri’nde de korunmuştur. Bu metnin, 18., 19. ve 20. maddelerine göre; “18) Failin kendi niyetini gerçekleştirmek için gerekli olduğunu düşündüğü her şeyi icra etmesi, fakat onun elinde olmayan nedenlerle neticenin gerçekleşmemesi halinde, suçun işlenmesine yönelmiş hareket, suça teşebbüs sayılır. 19) Kişinin suç işlemek için araç, alet veya benzeri şeyleri araması, edinmesi veya elde etmesi suça hazırlık sayılır. 20) Suçu işleyen kişinin niyetini gerçekleştirme evresi kendi başına, failin tehlikelilik derecesine göre belirlenen ceza tedbirine etki etmez”¹⁴³.

¹⁴⁰ TAGANSEV, s. 168.

¹⁴¹ Bunlardan 24.11.1917 tarih ve “Mahkeme Hakkında” isimli 1 no.lu kararnamede Çar Rusyası’nın mevzuatından sadece devrim hükümeti tarafından değiştirilmeyen, devrim vicdanı ve devrim bilincine aykırı olmayan hükümlerin mahkemeler tarafından uygulanabileceği belirtilmekteydi. (NAUMOV, s. 98).

¹⁴² VELİYEV, Samir, Cinayete Hazırlığa ve Cinayet Etmeye Cehde Göre Mesuliyet Meseleleri, Bakı 2001, s. 20-21.

¹⁴³ KUZNESOVA, s. 215.

Görüldüğü gibi Ceza Hukukunun Rehber İlkeleri, suça hazırlık ve suça teşebbüsün tamamlanmış suçun cezasının aynısıyla cezalandırılmasını öngörmekle birlikte, bu durumlarda cezanın da failin kişiliğine göre belirleneceğini ifade etmiştir. Bu durum, Sovyet ceza hukukunda pozitivist hukuk okulunun ne kadar etkili olduğunun göstergesidir.

C. 1922 TARİHLİ RUSYA SOVYET FEDERATİF SOSYALİST CUMHURİYETİ CEZA KANUNU

1922 tarihli RSFSCCK’da suça hazırlık, tanımlanmakla birlikte, kural olarak cezalandırılmamaktaydı. 1922 tarihli RSFSCCK’nın 12. maddesine göre; “*Suç işlemek için alet, araç arama, edinme veya elde etme ve ortam hazırlama suça hazırlık sayılır. Suça hazırlık, sadece kendi başına suç teşkil ettiğinde cezalandırılır*”.

Ancak hazırlık hareketlerinin kural olarak cezalandırılmayacağı ilkesi, Sovyet ceza hukukunda uzun süreli varlığını koruyamamıştır. Çünkü 10.07.1923 tarihinde 1922 tarihli RSFSCCK’nın 12. maddesi değiştirilmiş ve suça hazırlık halinde, sosyal tehlikeli sayılan kişilere bazı sosyal savunma tedbirlerinin uygulanabileceği konusunda mahkemeye takdir yetkisi tanınmıştır¹⁴⁴. Bunlar sürgün, görevden alma ve belli bir meslek veya sanatın icrasının yasaklanması şeklindeki sosyal savunma tedbirleriydi¹⁴⁵.

¹⁴⁴ TRAYNİN, Aron, Ugolovnaya Otvetstvennost za Prigotovitelniye k Prestupleniyu Deystviya (Suça Hazırlık Hareketlerinden Dolayı Ceza Sorumluluğu), Sosialistiçeskaya Zakonnost (Sosyalist Hukuk Devleti), 1953, No: 12, s. 28.

¹⁴⁵ VELİYEV, s. 23.

1922 tarihli RSFSCCK'da suçta teşebbüs ise, tamamlanmış suç gibi cezalandırılmaktaydı. 1922 tarihli RSFSCCK'nın 13. maddesine göre; “*Fail amacını gerçekleştirmek için gerekli olan her şeyi yapamadığında veya gerekli olduğunu düşündüğü her şeyi yapmasına rağmen, elinde olmayan nedenlerle neticenin gerçekleşmemesi halinde, suç işlemeye yönelik hareketler suçta teşebbüs sayılır*”. Bu Kanununun 14. maddesine göre ise; “*Herhangi bir suçta teşebbüs, işlenmiş suç gibi cezalandırılır; bunun yanında zararlı neticelerin yokluğu veya azlığı mahkeme tarafından cezanın belirlenmesi sırasında dikkate alınabilir. Teşebbüs edenin kendi isteğiyle tamamlanmayan suçta ise, fail somut olarak işlediği suçtan cezalandırılır*”.

D. 1926 TARİHLİ RUSYA SOVYET FEDERATİF SOSYALİST CUMHURİYETİ CEZA KANUNU

1926 tarihli RSFSCCK'da hem suçta hazırlık, hem de suçta teşebbüs tamamlanmış suç gibi cezalandırılmaktaydı.

1926 tarihli RSFSCCK'nın 19. maddesine göre; “*Herhangi bir suçta teşebbüs, aynı şekilde suç işlemek için alet, araç arama veya elde etme ve ortam yaratma olarak ortaya çıkan suçta hazırlık hareketleri, işlenmiş suç gibi takip edilir; bunun yanında mahkeme ıslah edici sosyal savunma tedbirlerini seçerken failin tehlikeliliğini, hazırlık veya teşebbüsü, failin neticeye yakınlığını ve suçun tamamlanmamasının sebeplerini dikkate alır. Failin gönüllü vazgeçmesi sonucu kastedilen suçun işlenmemesi durumunda mahkeme sadece failin somut olarak gerçekleştirdiği davranışlardan dolayı sosyal savunma tedbirlerine hükmeder*”.

Suçta hazırlığa ilişkin norm, 30'lu ve 40'lı yıllarda ağır hukuk ihlallerinin yaşanmasına neden olmuştur. Bu dönemde, ispat edilemeyen “terör eylemine hazırlık” davalarında çoğu kez suçta hazırlık hükmüne başvurulmuş cezaya hükmedilmekteydi. Bu “terör eylemleri”ni de genellikle Stalin ve dava arkadaşlarına yönelik eylemler oluşturmaktaydı¹⁴⁶. Çünkü Sovyet ceza kanunlarında devrim karşıtı saiklerle iktidar temsilcilerine karşı yapılan eylemler, terör eylemi sayılmaktaydı.

1926 tarihli RSFSRC'nin yürürlükte olduğu dönemde, RSFSRC Yüksek Mahkemesi suçta teşebbüsten dolayı ölüm cezasının da verilebileceğine karar vermiştir¹⁴⁷.

E. 1960 TARİHLİ RUSYA SOVYET FEDERATİF SOSYALİST CUMHURİYETİ CEZA KANUNU

1960 tarihli RSFSRC'da da hem suçta hazırlık, hem de suçta teşebbüs tamamlanmış suç gibi cezalandırılmaktaydı¹⁴⁸.

¹⁴⁶ KUDRYAVSEV-NAUMOV, s. 168; KUZNESOVA-TYAJKOVA, s. 37.

¹⁴⁷ 03.09.1956 tarihinde gerçekleşen bir olayda; S, ormanda A'ya cinsel saldırıda bulunduktan sonra, işlediği suçta gizlemek için, mağduru karnından ve göğsünden çok kez bıçaklamış ve mağduru öldüğünü zannederek olay yerinden kaçmıştır. Ancak mağdur ormanda bulunan başka kişiler tarafından bulunmuş, hastaneye kaldırılmış ve yaralı olarak kurtarılmıştır. RSFSRC Yüksek Mahkemesi insan öldürme suçuna teşebbüs halinde ölüm cezasının verilemeyeceğine ilişkin kanunda bir hükmün bulunmadığını gerekçe göstererek, ilk derece mahkemesinin sanık S hakkında verdiği ölüm cezasını onamıştır. (Bkz. TİŞKEVİÇ, İvan, Prigotovleniye i Pokuşeniye po Sovetskomu Ugolovnomu Pravu (Sovyet Ceza Hukukuna Göre Hazırlık ve Teşebbüs), Moskva 1958, s. 178-179).

¹⁴⁸ Bununla birlikte uygulamada, kural olarak suç için öngörülen seçimlik cezalardan hafif olanın seçilmesi veya cezanın üst sınırdan belirlenmemesi suretiyle, suçta hazırlık suçta teşebbüse oranla, suçta teşebbüs ise tamamlanmış suçta oranla daha hafif ceza ile cezalandırılmaktaydı. (KRİGER, German-KURİNOV, Boris-TKAÇEVSKİY, Yuriy, Sovetskoye Ugolovnoye Pravo (Sovyet Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 1981, s. 245).

1960 tarihli RSFSCCK'nın 15. maddesine göre; “Suç işlemek için alet veya araç arama veya elde etme ve kasten farklı ortam yaratma suça hazırlık sayılır. Doğrudan doğruya suçun işlenmesine yönelmiş kasıtlı hareketler, suç suçlunun¹⁴⁹ elinde olmayan nedenlerle tamamlanmamışsa, suça teşebbüs sayılır. Suça hazırlık ve suça teşebbüsten dolayı ceza, ilgili suç için sorumluluk öngören bu Kanunun özel kısmındaki madde hükmüne göre belirlenir. Mahkeme cezaya hükmederken suçlunun hareketinin sosyal tehlikelilik derecesini ve özelliğini, saikini ve suçun tamamlanmama nedenlerini dikkate alır”.

Gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen 16. maddeye göre ise; “Suçu tamamlamaktan gönüllü vazgeçen kişi, sadece işlediği fiil esasen başka bir suç oluşturduğunda ceza sorumluluğu taşır”.

F. 1996 TARİHLİ RUSYA FEDERASYONU CEZA KANUNU

Önceki 1960 tarihli RSFSCCK'dan farklı olarak, yürürlükteki 1996 tarihli RFCK'da suça hazırlık ve suça teşebbüs halinde ceza indirimi öngörülmüştür (m.66). Yine 1960 tarihli RSFSCCK'dan farklı olarak, 1996 tarihli RFCK'ya göre, sadece ağır ve nitelikli ağır suçlara hazırlık cezalandırılmakta; hafif ve orta dereceli suçlara hazırlık ise cezalandırılmamaktadır (m.30/2).

¹⁴⁹ Kanundaki “suçlu” ifadesi doktrinde eleştirilmiştir. Çünkü bir kimsenin suçlu sayılabilmesi için suçu işlediğine dair kesinleşmiş mahkeme kararının bulunması gerekir. (SEMENDEROV, s. 330). Kanaatimizce de kanunda “suçlu” yerine “fail” veya “kişi” ifadesinin kullanılması daha isabetli olurdu.

“Tamamlanmış ve tamamlanmamış suç” başlıklı RFCK’nın 29. maddesine göre; “1. Kişinin işlediği fiilde bu Kanunda öngörülen suç tipinin bütün unsurları mevcutsa, suç tamamlanmış sayılır. 2. Suça hazırlık ve suça teşebbüs tamamlanmamış suç sayılır. 3. Tamamlanmamış suçtan dolayı ceza sorumluluğu, bu Kanunun 30. maddesine atıfta bulunmak suretiyle, bu Kanunun tamamlanmış suç için sorumluluk öngören madde hükmüne göre belirlenir”.

“Suça hazırlık ve suça teşebbüs” başlıklı RFCK’nın 30. maddesine göre ise; “1. Kişinin suçun alet veya araçlarını araması, hazırlaması veya elde etmesi, suç ortağı araması, suç işlemek için anlaşma ya da suç işlemek için kasten farklı ortam yaratma, suç kişinin elinde olmayan nedenlerle tamamlanmamışsa, suça hazırlık sayılır. 2. Sadece ağır ve nitelikli ağır suçlara hazırlık ceza sorumluluğuna sebep olur. 3. Kişinin doğrudan doğruya suçun işlenmesine yönelmiş kasıtlı hareketleri (hareketsizlik), suç kişinin elinde olmayan nedenlerle tamamlanmamışsa, suça teşebbüs sayılır”.

II. SUÇA HAZIRLIK

A. SUÇA HAZIRLIĞIN TANIMI

Kanunda suça hazırlık, kişinin suçun alet veya araçlarını araması, hazırlaması veya elde etmesi, suç ortağı araması, suç işlemek için anlaşma ya da suç işlemek için kasten farklı ortam yaratma seçimlik hareketleri olarak tanımlanmıştır (RFCK

m.30/1). Bu düzenlemeye uygun olarak suça hazırlık, herhangi bir şekilde suç işlemek için kasten ortam yaratma, şeklinde tanımlanabilir¹⁵⁰.

Hazırlık hareketleri düşünce aşamasından farklıdır. Suça hazırlıkta fail sadece suç işleme kastını ortaya koymamakta, aynı zamanda suçun işlenmesine ortam yaratan somut hareketleri de gerçekleştirmektedir¹⁵¹. Örneğin failin yazılı bir şekilde mağduru öldüreceğini belirtmesi, suça hazırlık değil düşünce aşaması sayılır ve cezalandırılmaz. Yine, failin rüşvet vereceğine veya alacağına yönelik irade açıklaması, bu iradesini gerçekleştirmek için somut hareketlerde bulunmadığı sürece cezalandırılmaz¹⁵².

B. SUÇA HAZIRLIĞIN UNSURLARI

1. Sübjektif (Manevî) Unsur

Suçta hazırlık ile tamamlanmış suç arasında manevî unsur bakımından bir fark bulunmamaktadır. Ancak suça hazırlık, sadece kasıtlı suçlar bakımından mümkündür. Taksirli suçlara hazırlık mümkün değildir. Genel kastın yanında bir de

¹⁵⁰ İGNATOV-KRASİKOV, s. 209.

¹⁵¹ İGNATOV-KRASİKOV, s. 209. RSFSC Yüksek Mahkemesi'nin 1956 tarih ve 84-06-19 No.lu kararına konu olan bir olayda; Skvorsova çalıştığı mağazada yaptığı hırsızlığın delillerini ortadan kaldırmak amacıyla mağazada yangın çıkarmak istemiş ve bu niyetini Taraskova'ya söylemiştir. Yüksek Mahkeme, Skvorsova'nın hazırlık hareketlerini gerçekleştirdiğine ilişkin somut delillerin bulunmadığını ve düşünce aşamasının da cezalandırılmadığını gerekçe göstererek olayda yangın çıkarma suçuna hazırlığın bulunmadığına karar vermiştir. (Bkz. KUZNESOVA, s. 236-237).

¹⁵² Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin Rüşvet Suçlarına İlişkin Mahkeme Uygulamaları Hakkındaki 10.02.2000 Tarih ve 6 No.lu Genel Kurul Kararı, http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=1106, 21.01.2010.

özel kastın arandığı suçlarda, bu suçlara hazırlık bakımından özel kastın bulunması gerekir¹⁵³.

Suçta hazırlık halinde ceza sorumluluğundan söz edilebilmesi için failin suç işleme kastının kesin olarak ispat edilmiş olması da gerekmektedir¹⁵⁴. Ancak bu durumlarda failin suç işleme kastını ispat etmek kolay değildir. Çünkü sadece hazırlık hareketlerine bakılarak failin hangi suçu işleyeceğini saptamak olanaklı değildir. Üzerinde bıçakla yakalanan kimse bu bıçakla yaralama suçunu işleyebileceği gibi tehdit, mala zarar verme, yağma suçunu da işleyebilir¹⁵⁵.

Rusya Federasyonu doktrininde, olası kastla suçta hazırlığın mümkün olmadığı konusunda görüş birliği bulunmaktadır¹⁵⁶. Örneğin “gerekebilir” düşüncesiyle tabanca elde eden kişi, insan öldürme suçuna hazırlıktan sorumlu olmaz. Ancak bu örnekte, fail ruhsatsız silah bulundurma (RFCK m.222) suçundan sorumlu olabilir¹⁵⁷.

Ayrıca Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin Kasten Öldürme Suçlarına İlişkin Mahkeme Uygulamaları Hakkındaki 27.01.1999 tarih ve 1 No.lu Genel Kurul kararında¹⁵⁸ insan öldürmeye teşebbüsün sadece doğrudan kastla mümkün

¹⁵³ VELİYEV, s. 82-83.

¹⁵⁴ KUZNESOVA, s. 255.

¹⁵⁵ AYDIN, Devrim, Suça Teşebbüs, AÜHFD., C. 55, S. 1, Ankara 2006, s. 92.

¹⁵⁶ VELİYEV, s. 80.

¹⁵⁷ SEMENDEROV, s. 328.

¹⁵⁸ Rusya Federasyonu Anayasası'nın 126. maddesine göre; Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi, mahkeme uygulamalarına ilişkin açıklama yapma yetkisine sahiptir. Rusya Federasyonu Mahkemelerinin Kuruluşu Hakkındaki Kanunun 56. maddesine göre, bu yetki Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin Genel Kurulu tarafından kullanılır ve bu açıklamalar mahkemeleri bağlayıcı

olabileceği belirtildiğine göre¹⁵⁹, suça hazırlığın da sadece doğrudan kastla mümkün olabileceğini kabul etmek gerekir.

2. Objektif Unsur (Cezalandırılabilir Hazırlık Hareketleri)

a. Suç İşlemek Amacıyla Alet veya Araç Arama

Suç aletini, somut suçu işlemeye elverişli olan her türlü eşya şeklinde anlamak gerekir. Yani suç aleti doğrudan suçun işlenmesinde kullanılan eşyalardır. Buna karşılık suç aracı ise suçun işlenmesine yardım eden, onun işlenmesini kolaylaştıran eşyalardır¹⁶⁰. Örneğin kasten öldürme suçunda bıçak veya tabanca suç aletidir, bayıltıcı sprey ise suç aracıdır¹⁶¹.

Aynı eşya bir suçta alet iken, başka bir suçta araç olabilir. Örneğin hırsızları taşımak için kullanılmak istenen otomobil hırsızlık suçu için bir araçtır. Buna karşılık mağduru ezerek öldürmek için kullanılmak istenen otomobil ise kasten öldürme suçu için bir alettir¹⁶². Suç aleti ve suç aracı ayırımının, cezaya etkisi bakımından bir önemi bulunmamaktadır.

niteliktedir. Aynı Kanunun 57. maddesine göre ise, Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin Genel Kurulu, Yüksek Mahkeme'nin başkanı, başkan yardımcıları ve diğer üye hâkimlerinin katılımından oluşur.

¹⁵⁹ Karar için bkz. http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=984.

¹⁶⁰ KOROLKOV, A., Kommentariy k Ugolovnomu Kodeksu Rossiyskoy Federasii (Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nun Şerhi), Moskva 2004, s. 85.

¹⁶¹ İVANOV, Nikita, Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya i Osobennaya Çast (Genel ve Özel Kısım), Moskva 2003, s. 248.

¹⁶² KOROLKOV, s. 85.

Doktrinde, suç işlemek amacıyla alet veya araç aramanın, bunları “arayıp bulma” şeklinde anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir¹⁶³. Çünkü failin suçun alet ve araçlarını sadece araması, düşünce aşaması sayılır ve cezalandırılmaz¹⁶⁴. Örneğin bir kimsenin başkasına silahının bulunup bulunmadığını sorması veya failin silah satılan yeri tespit etmesi gibi davranışlar, suça hazırlık değil düşünce aşaması sayılır¹⁶⁵.

Suç işlemek amacıyla alet veya araç arama yönteminin hukuka aykırı veya hukuka uygun olması önemli değildir. Bunlar satın alma, kiralama, takas, hırsızlık veya başka şekilde ortaya çıkabilir¹⁶⁶. Ancak suç aleti veya aracı başka bir suçun işlenmesi yoluyla elde edilmişse, fail ayrıca söz konusu suçtan da sorumlu olur. Örneğin, fail insan öldürmek için silah çalmışsa, hem silah çalma (RFCK m.226) suçundan, hem de insan öldürme suçuna hazırlıktan sorumlu olur¹⁶⁷.

RAROG’a göre; kanunda “arama” teriminin kullanılması nedeniyle, arama olmaksızın suç aletini veya aracını failin hediye sonucu edinmesi veya failin bunları

¹⁶³ VELİYEV, s. 59; TİŞKEVİÇ, s. 38; RAROG, s. 179; İVANOV, s. 247; VETROV, Nikolay, Ugolovnoye Pravo (Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 2002, s. 192; MAGOMEDOV, Asbeg, Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 1997, s. 57; SOLOPANOV, Yulian, Sovetskoye Ugolovnoye Pravo (Sovyet Ceza Hukuku), Obşaya i Osobennaya Çast (Genel ve Özel Kısım), Moskva 1981, s. 93; NAZARENKO, Gennadiy, Russkoye Ugolovnoye Pravo (Rus Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 2005, s. 118; ZAGORODNİKOV, Nikolay, Sovetskoye Ugolovnoye Pravo (Sovyet Ceza Hukuku), Obşaya i Osobennaya Çast (Genel ve Özel Kısım), Moskva 1975, s. 118.

¹⁶⁴ RAROG, s. 180.

¹⁶⁵ VELİYEV, s. 59.

¹⁶⁶ REVİN, Valeriy, Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya i Osobennaya Çast (Genel ve Özel Kısım), Moskva 2000, s. 204.

¹⁶⁷ İVANOV, s. 247.

tesadüfen yerde bulması suça hazırlık olarak değerlendirilemez. Yine, failin suç işleme kararını gerçekleştirmek için yerden sıradan bir eşya alması suça hazırlık sayılmaz. Ancak failin bu eşyaları yerden seçerek alması suça hazırlık sayılır. Yazara göre; bu tür hareketlerin de hazırlık hareketleri kapsamında değerlendirilebilmesi için kanunda “arama” yerine “edinme” teriminin kullanılması daha isabetli olurdu¹⁶⁸. Kanaatimizce, failin yerden sıradan bir eşya alması suç işlemek amacıyla alet veya araç arama sayılmasa da, suç işlemek amacıyla kasten farklı ortam yaratma olarak suça hazırlık kapsamında değerlendirilebilir.

Suç işlemek amacıyla alet veya araç aramanın suça hazırlık olarak cezalandırılabilmesi için, aranan alet veya aracın ağır veya nitelikli ağır bir suçun işlenmesine yönelik olması gerekir (RFCK m.30/2).

b. Suç İşlemek Amacıyla Alet veya Araç Hazırlama

Herhangi bir yöntemle (hukuka uygun veya hukuka aykırı) suç aleti veya aracı hazırlama, suça hazırlık kapsamında değerlendirilir¹⁶⁹. Örneğin failin hırsızlık yapmak için evin kapısına uygun anahtar hazırlaması¹⁷⁰, otlardan zehir hazırlanması veya sahte para basmak için makine hazırlanması¹⁷¹ böyledir.

¹⁶⁸ RAROG, s. 179-180.

¹⁶⁹ RAROG, s. 180.

¹⁷⁰ NAUMOV, s. 297.

¹⁷¹ Türk ceza hukukunda sahte para basmak için makine hazırlama eylemi, bağımsız suç olarak cezalandırılmaktadır. TCK'nın 200. maddesine göre; “*Paralarla kıymetli damgaların üretiminde kullanılan alet veya malzemeyi izinsiz olarak üreten, ülkeye sokan, satan, devreden, satın alan, kabul eden veya muhafaza eden kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır*”.

Suç işlemek amacıyla alet veya araç hazırlamanın suça hazırlık olarak cezalandırılabilmesi için, hazırlanan alet veya aracın ağır veya nitelikli ağır bir suçun işlenmesine yönelik olması gerekir (RFCK m.30/2).

c. Suç İşlemek Amacıyla Alet veya Araç Elde Etme

Suç işlemek amacıyla alet veya araç elde etme, failin elinde bulunan eşyanın suçun işlenmesini sağlayacak veya kolaylaştıracak şekilde işlenerek, suç aleti veya suç aracı elde edilmesidir¹⁷². Örneğin bıçağın bilenmesi, şarabın zehirle karıştırılması¹⁷³, tornavidanın ucunun sivrileştirilerek insan öldürmeye elverişli hale getirilmesi¹⁷⁴ veya bozuk silahın tamir edilerek suçun işlenmesine elverişli hale getirilmesi böyledir¹⁷⁵.

Suç işlemek amacıyla araç veya alet elde etmede, bunları hazırlamadan farklı olarak fail gereken eşyalara zaten sahiptir, sadece bu eşyaların suçta etkili bir şekilde kullanılabilmesi için biraz daha işlenmesi gerekmektedir¹⁷⁶.

Suç işlemek amacıyla alet veya araç elde etmenin suça hazırlık olarak cezalandırılabilmesi için, elde edilen alet veya aracın ağır veya nitelikli ağır bir suçun işlenmesine yönelik olması gerekir (RFCK m.30/2).

¹⁷² TIŞKEVİÇ, s. 38-39.

¹⁷³ İVANOV, s. 247.

¹⁷⁴ NAUMOV, s. 297.

¹⁷⁵ SEMENDEROV, s. 327.

¹⁷⁶ İVANOV, s. 247.

d. Suç İşlemek Amacıyla Suç Ortağı Arama

Failin para verme, ikna etme, vaatte bulunma, şantaj veya tehditte bulunma¹⁷⁷ gibi yöntemlerle kişileri suç işlemeye yönlendirmesi, suç işlemek amacıyla suç ortağı arama sayılır¹⁷⁸. Bu tür bir hazırlık hareketi genellikle azmettiren için söz konusu olmaktadır¹⁷⁹.

Suç işlemek amacıyla suç ortağı aramadan dolayı sorumluluk, aynı zamanda suça iştiraki düzenleyen RFCK'nın 34/5. maddesinde “*Diğer kişileri elinde olmayan nedenlerle suç işlemeye ikna edemeyen kişi, suça hazırlıktan sorumlu olur*” şeklinde hükme bağlanmıştır¹⁸⁰.

¹⁷⁷ RFCK'nın 33/4. maddesine göre, tehdit yoluyla başkasını suç işlemeye ikna etmek de azmettirme sayılır. Ancak bu tehdidin zorunluluk haline neden olan manevî zorlama (m.40) derecesinde olması durumunda, tehdidi uygulayan kişi suçun faili (dolaylı fail) sayılır. Çünkü RFCK'nın 33/2. maddesine göre, ceza sorumluluğu taşımayan kişileri araç olarak kullanmak suretiyle suçu işleyen kişi suçun faili sayılır. (BELYAYEV, Nikolay-ŞARGORODSKİY, Mihail, Kurs Sovetskogo Ugolovnogo Prava (Soyyet Ceza Hukuku Kursu), Obşaya Çast (Genel Kısım), Tom 1 (C. 1), Leningrad 1968, http://www.pravo.vuzlib.net/book_z1030.html, 18.12.2009, s. 613).

¹⁷⁸ NAZARENKO, s. 119.

¹⁷⁹ Moskova Bölge Mahkemesi'nin 05.10.2010 tarihli kararına konu olan olayda; boşandığı kocası Saçkov A'yı öldürmek isteyen Saçkova T, bu niyetini gerçekleştirebilmek için kiralık katil aramış, ancak onun bu niyeti kolluk makamları tarafından öğrenilmiştir. Bunun üzerine adli makamların bilgisi dâhilinde kolluk görevlisi İsayev O, kiralık katil rolünde (tahrikçi ajan), Saçkova T ile irtibata geçerek Saçkov A'yı para karşılığı öldürebileceğini söylemiş ve taraflar 23.10.2009 tarihinde 60.000 ruble karşılığında Saçkov A'nın öldürülmesi konusunda sözde anlaşmışlardır. Daha sonra 28.10.2009 tarihinde, İsayev O, Saçkova T'yi telefonla arayarak Saçkov A'yı öldürdüğünü söylemiş ve vaat edilen parayı ödemesi için kendisiyle buluşmasını teklif etmiştir. Bu buluşma sırasında Saçkova T, kolluk görevlileri tarafından yakalanmıştır. Davaya bakan Moskova Bölge Mahkemesi, Saçkova T hakkında insan öldürme suçuna hazırlıktan 8 sene hapis cezasına hükmetmiş, ancak bu cezanın ertelenmesine karar vermiştir. (Karar için bkz. http://www.mosoblsud.ru/ss_detale.php?id=139185, 01.03.2011). Bu olayı Türk ceza hukuku açısından değerlendirecek, burada herhangi bir suçun oluşmadığı sonucuna varırız. Çünkü Türk ceza hukukunda hazırlık hareketleri kural olarak cezalandırılmamaktadır ve olayda tahrikçi ajan İsayev O, herhangi bir icra hareketi gerçekleştirmiş değildir. TCK'nın 40/3. maddesine göre, “*Suçta iştiraktan dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir*”.

¹⁸⁰ Bir olayda, mağdur Şirokov'un evine girerek yağma suçunu işlemek isteyen sanık Koskov, suçu birlikte işlemek için K'yı birkaç gün boyunca ikna etmeye çalışmış ve suç işleme planını K'ya anlatmıştır. Aralarında geçen konuşmalardan birisini gizlice kaydeden K, polise başvurmuştur. Rusya

Suç işlemek amacıyla suç ortağı aramanın suça hazırlık olarak cezalandırılabilmesi için, failin ağır veya nitelikli ağır bir suçun işlenmesi için suç ortağı araması gerekir (RFCK m.30/2). Ayrıca failin ortak aradığı suçun, soyut değil somut nitelik taşıması da gerekmektedir¹⁸¹.

Suç işlemek amacıyla suç ortağı arama, aynı zamanda Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nun bazı maddelerinde bağımsız suç olarak düzenlenmiştir. Bunlar, kiralık asker toplama (m.359), saldırgan savaş hazırlığı (m.353), silahlı örgüt kurma (m.209) suçlarıdır. Kanun koyucu bu suçları aşırı sosyal tehlikeli olmaları sebebiyle tamamlanmış suç olarak cezalandırmaktadır¹⁸². Bu suçların işlenmesi durumunda fail sadece söz konusu suçtan sorumlu olur; ayrıca suça hazırlıktan sorumlu olmaz.

e. Suç İşlemek Amacıyla Anlaşma

Ceza ehliyeti bulunan iki veya daha fazla kişinin, bir veya birden fazla suçun işlenmesi için anlaşması, suç işlemek amacıyla anlaşma sayılır¹⁸³.

Suç işlemek amacıyla anlaşma halinde, ilgili suç teşebbüs aşamasına varmamış ise azmettirenin kim olduğu önemli olmaksızın bütün suç ortakları suça

Federasyonu Yüksek Mahkemesi Koskov'un yağma suçuna hazırlıktan cezalandırılmasına ilişkin hükmün doğru olduğuna karar vermiştir. (Karar için bkz. Byulleten № 5 2000 Goda (2000 Yılı 5 No.lu Bülten), http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=3115, 22.01.2010).

¹⁸¹ KUDRYAVSEV-LUNEEV-NAUMOV, s. 237.

¹⁸² KOZAÇENKO-NEZNAMOVA, Obşaya Çast (Genel Kısım), s. 218.

¹⁸³ VETROV, s. 192.

hazırlıktan sorumlu olur¹⁸⁴. Suça iştiraki düzenleyen RFCK'nın 34/5. maddesinde de bu husus, “*İcracının elinde olmayan nedenlerle suçun tamamlanmaması halinde, diğer suç ortakları suça teşebbüs veya hazırlıktan sorumlu olurlar*” şeklinde hükme bağlanmıştır.

Suç işlemek amacıyla anlaşma ya da suç ortağı arama, 1960 tarihli RSFSCCK'da suça hazırlık hareketleri arasında açıkça sayılmamaktaydı. Ancak bu Kanunun yürürlükte olduğu dönemde suç işlemek amacıyla anlaşma ya da suç ortağı arama, suç işlemek amacıyla kasten farklı ortam yaratma kapsamında değerlendirilmekteydi¹⁸⁵.

Suç işlemek amacıyla anlaşmanın suça hazırlık olarak cezalandırılabilmesi için, faillerin ağır veya nitelikli ağır bir suçun işlenmesi için anlaşmış olmaları gerekir (RFCK m.30/2). Ayrıca anlaşma konusu suçun soyut değil somut nitelik taşıması da gerekmektedir¹⁸⁶.

f. Suç İşlemek Amacıyla Kasten Farklı Ortam Yaratma

Suç işlemek amacıyla kasten farklı ortam yaratma; alet veya araç arama, hazırlama veya elde etme, suç ortağı arama, suç için anlaşma dışında kalan ve failin kastını gerçekleştirmek için gerekli ortamı oluşturan diğer hareketleri

¹⁸⁴ RAROG, s. 181.

¹⁸⁵ PİONTKOVSKİY-ROMAŞKİN-ÇİHKVADZE, s. 422.

¹⁸⁶ KUDRYAVSEV-LUNEEV-NAUMOV, s. 237.

kapsamaktadır¹⁸⁷. Örneğin ilerde işlenecek suçu kolaylaştırmak için evin elektrik kablolarını tahrip etme, köpekleri zehirleme¹⁸⁸, suçun işleneceği yerin hazırlanması, muhtemel tanığı öldürme, alarm sistemini inceleme¹⁸⁹, alarm sistemini tahrip etme, dikkatleri başka yere çekmek için panik yaratacak olayları gerçekleştirme¹⁹⁰, muhtemel engelleri ortadan kaldırma¹⁹¹, pusu kurma gibi davranışlar, suç işlemek amacıyla kasten farklı ortam yaratma sayılır.

SSCB Yüksek Mahkemesi bir olayda, failin cinsel saldırı amacıyla mağdurun bulunduğu yere gelmesini, cinsel saldırı suçuna hazırlık olarak değerlendirmiştir¹⁹².

Doktrinde suç işlemek için plan hazırlama da hazırlık hareketleri kapsamında değerlendirilmektedir¹⁹³. Ancak TİŞKEVİÇ'e göre; failin suç işlemek için plan hazırlaması, başkaları tarafından öğrenilse bile, düşünce aşaması sayılır. Suç planı hazırlama, sadece birden fazla fail tarafından yapıldığında, suça hazırlık sayılır¹⁹⁴.

¹⁸⁷ VELİYEV, s. 63.

¹⁸⁸ MAGOMEDOV, s. 57.

¹⁸⁹ RAROG, s. 181.

¹⁹⁰ SEMENDEROV, s. 327-328.

¹⁹¹ ZAGORODNİKOV, s. 118.

¹⁹² SSCB Yüksek Mahkemesi'nin 26.01.1972 Tarihli Kararı: "*Timohin ilk soruşturmada ve mahkemede, kadının (Z'nin) bulunduğu yere ona cinsel saldırıda bulunmak amacıyla geldiğini, ancak polisleri görünce kaçtığını ifade etmiştir. Timohin, eğer polislerle karşılaşmasaydı, Z'ye cinsel saldırıda bulunacağını da itiraf etmiştir. Timohin'in, Z'ye cinsel saldırıda bulunmak amacıyla suç mahaline gelmesi cezalandırılmayan düşünce aşaması olarak değerlendirilemez. Onun davranışları cinsel saldırının gerçekleştirilmesine imkân sağlamaya yönelik olduğundan cinsel saldırı suçuna hazırlık olarak değerlendirilmelidir*". (http://www.innovbusiness.ru/pravo/DocumShow_DocumID_33318.html, 22.01.2010).

¹⁹³ RAROG, s. 181; KOZAÇENKO-NEZNAMOVA, Obşaya Çast (Genel Kısım), s. 219; SEMENDEROV, s. 327; VELİYEV, s. 65.

¹⁹⁴ TİŞKEVİÇ, s. 52-53.

Failin, suç işlendikten sonra ceza sorumluluğundan kurtulmasına yardım edecek hareketleri de suça hazırlık kapsamında değerlendirilir. Örneğin failin sahte pasaport, peruk, bıyık veya sakal hazırlaması böyledir¹⁹⁵. Yine failin çalınacak malları saklamak için depo kiralaması veya öldürülecek kişinin cesedini saklamak için çukur kazması gibi hareketler de suça hazırlık sayılır¹⁹⁶.

Suç işlemek amacıyla kasten farklı ortam yaratmanın suça hazırlık olarak cezalandırılabilmesi için, işlenmesine ortam yaratılan suçun ağır veya nitelikli ağır bir suç olması gerekir (RFCK m.30/2).

Kişinin suçun alet veya araçlarını araması, hazırlaması veya elde etmesi, suç ortağı araması ve suç işlemek için anlaşma şeklinde ortaya çıkan suça hazırlık, ihmali davranışla yapılamaz. Ancak suç işlemek amacıyla kasten farklı ortam yaratma şeklinde ortaya çıkan suça hazırlık, ihmali davranışla da yapılabilir. Örneğin depoyu korumakla görevli olan bekçinin depo kapısını açık bırakması böyledir¹⁹⁷.

C. SUÇA HAZIRLIĞIN SOSYAL TEHLİKELİLİĞİ VE CEZALANDIRILMA SORUNU

1960 tarihli RSFSCCK tasarısının hazırlandığı dönemde suça hazırlığın cezalandırılmasının gerekip gerekmediği tartışmalara neden olmuştur. Bu konudaki

¹⁹⁵ TAGANSEV, s. 163; İVANOV, s. 248.

¹⁹⁶ VELİYEV, s. 64.

¹⁹⁷ RAROG, s. 183.

birinci görüş¹⁹⁸, suça hazırlığın her suç bakımından cezalandırılması gerektiğine ilişkin genel kuralın, ceza kanununda bulunması gerektiğini ileri sürmekteydi. Ancak bu görüşü savunan yazarlar, suça hazırlıkta ceza sorumluluğunun aşırı genişletilmemesi için “*az önemli olması nedeniyle sosyal tehlikeli sayılmayan hareketler suç sayılmaz*” kuralının da ceza kanununda muhafaza edilmesi gerektiğini savunmaktaydılar. Bu görüşe göre, bu kural sayesinde önemsiz sayılabilecek hazırlık hareketleri cezalandırılmamış olacaktı.

İkinci görüş¹⁹⁹ ise, suça hazırlığın cezalandırılmasının ceza sorumluluğunu aşırı derecede genişlettiğini, dürüst insanların asılsız bir şekilde cezalandırılması sonucunu doğurabileceğini, bu hareketleri gerçekleştiren failin kastını tespit etmenin zor olduğunu, gönüllü vazgeçme ihtimalinin yüksek olduğunu ve bu nedenle suça hazırlığın sadece özel kısımda öngörülen bazı suçlar bakımından cezalandırılması gerektiğini ileri sürmekteydi. Bu görüşe göre, hazırlık hareketleri zaten az önemli olması nedeniyle sosyal tehlikeli değildir ve hazırlık hareketlerinin suç sayılıp sayılmayacağına kanun koyucunun karar vermesi gerekirken, “*az önemli olması nedeniyle sosyal tehlikeli sayılmayan hareketler suç sayılmaz*” kuralı nedeniyle bu yetki mahkemelere devredilmiş olmaktadır.

1947 tarihli SSCB Ceza Kanunu tasarısı ikinci görüşe yer vererek, suça hazırlığın cezalandırılmasını sadece ceza kanununun özel kısmında düzenlenen bazı

¹⁹⁸ TRAYNİN, s. 28 vd.; KUZNESOVA, s. 285-287. Bu görüşü savunan diğer yazarlar için bkz. VELİYEV, s. 90-91.

¹⁹⁹ SERETELİ, Tinatin, Nakazuyemost Prigotovleniya k Prestupleniyu po Sovetskomu Ugolovnomu Pravu (Sovyet Ceza Hukukuna Göre Suça Hazırlığın Cezalandırılabilirliği), Sosialistiçeskaya Zakonnost (Sosyalist Hukuk Devleti), 1954, No: 12, s. 10 vd.; TİŞKEVİÇ, s. 78-79. Bu görüşü savunan diğer yazarlar için bkz. VELİYEV, s. 89-90; KUZNESOVA, s. 280-283.

suçlar bakımından kabul etmişti²⁰⁰. Ancak sonraları bu tasarı kanunlaşmamış ve birinci görüşe yer veren 1960 tarihli RSFSCCK kabul edilmiştir.

1960 tarihli RSFSCCK'da herhangi bir suça hazırlık için ceza sorumluluğu öngörülmekteydi. Ancak bununla birlikte uygulamada hazırlık hareketleri çoğu zaman cezalandırılmamaktaydı²⁰¹. Hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığına ilişkin örnekler ise genellikle ağır suçlara²⁰² yönelik olan hazırlık hareketleriydi²⁰³.

1996 tarihli RFCK'da ise sadece ağır ve nitelikli ağır suçlara hazırlık cezalandırılmakta, hafif ve orta dereceli suçlara hazırlık ise cezalandırılmamaktadır. Daha önce de belirttiğimiz gibi, RFCK'nın 15. maddesine göre; üst sınırı 2 seneye kadar hapis cezasını gerektiren kasıtlı ve taksirli suçlar, *hafif suç* sayılır. Üst sınırı 5 seneye kadar hapis cezasını gerektiren kasıtlı suçlar ve üst sınırı 2 seneden fazla hapis cezasını gerektiren taksirli suçlar, *orta dereceli suç* sayılır. Üst sınırı 10 seneye kadar hapis cezasını gerektiren kasıtlı suçlar, *ağır suç* sayılır. Üst sınırı 10 seneden fazla hapis cezasını veya daha ağır cezayı gerektiren kasıtlı suçlar ise *nitelikli ağır suç* sayılır. Bu durumda, 5 seneden fazla hapis cezasını gerektiren kasıtlı suçlara

²⁰⁰ DURMANOV, Stadii Soverşeniya Prestupleniya (Suçun İşlenme Evreleri), s. 94.

²⁰¹ Bu durumun bir sebebi hazırlık hareketlerinde failin kastının ispat edilmesinin çoğu zaman mümkün olmamasıydı. Diğer sebebi ise suçun tamamlanmasından çok uzak olan bu hareketlerin, genellikle az önemli olmaları sebebiyle sosyal tehlikeli sayılmamasıydı. (GRİŞAYEV, Pavel-ZDRAVOMISLOV, Boris, Sovetskoye Ugolovnoye Pravo (Sovyet Ceza Hukuku), Çast Obşaya (Genel Kısım), Moskva 1982, s. 199). Çünkü 1960 tarihli RSFSCCK'nın 7/2. maddesinde “*Bu Kanunun özel kısmında öngörülen herhangi bir fiilin unsurlarını biçimsel olarak içerse bile, az önemli olduğu için sosyal tehlikeli sayılmayan hareket veya hareketsizlik suç sayılmaz*” hükmü yer almaktaydı.

²⁰² 1960 tarihli RSFSCCK'da suçlar, basit ve ağır olmak üzere ikiye ayrılmaktaydı. Ağır suçların tamamı kanunun 7/1. maddesinde açıkça sayılmaktaydı.

²⁰³ KRİGER, German-KUZNESOVA, Ninel-TKAÇEVKİY, Yuriy, Sovetskoye Ugolovnoye Pravo (Sovyet Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 1988, s. 167.

hazırlık cezalandırılmakta, üst sınırı 5 sene ve daha az hapis cezasını gerektiren kasıtlı suçlara hazırlık ise cezalandırılmamaktadır.

Uygulamada suça hazırlığın cezalandırıldığına ilişkin örneklere sık rastlanmamaktadır²⁰⁴. Bunun sebeplerinden birisi suça hazırlık halinde, ceza muhakemesi açısından failin suç işleme kastının ispat edilmesinin zor olmasıdır²⁰⁵. Bir diğer sebebi ise hazırlık hareketlerinin çoğu zaman RFCK'nın 14/2. maddesi kapsamında değerlendirilmesidir²⁰⁶. Söz konusu maddeye göre; *“Bu Kanunda öngörülen herhangi bir fiilin unsurlarını biçimsel olarak içerse bile, az önemli olduğu için sosyal tehlikeli sayılmayan hareket (hareketsizlik) suç sayılmaz”*. Dolayısıyla hazırlık hareketlerinin biçimsel olarak tespit edilmesi, tek başına cezalandırma için yeterli değildir. Hazırlık hareketlerinin cezalandırılabilmesi için onların ayrıca sosyal açıdan tehlikeli olduğunun mahkemece tespit edilmiş olması gerekir²⁰⁷. Mahkeme tarafından bu tespit yapılırken somut olayın bütün özellikleri²⁰⁸, özellikle de hukukî konunun önem derecesi, bu hareketlerin suçun icrasına yakınlığı ve neticenin gerçekleşmesindeki önem derecesi dikkate alınmalıdır²⁰⁹.

²⁰⁴ ZAGORODNİKOV, s. 118; SEMENDEROV, s. 328.

²⁰⁵ GRİŞAYEV-ZDRAVOMISLOV, s. 199.

²⁰⁶ VETROV, s. 193. Uygulamada suça hazırlığın az önemli olduğu durumlarda genellikle soruşturma evresinde takipsizlik kararı verilmekte ve dolayısıyla ceza davası açılmamaktadır. Bu yüzden suça hazırlığa RFCK'nın 14/2. maddesinin uygulandığı mahkeme kararlarına pek rastlanmamaktadır.

²⁰⁷ KUZNESOVA, s. 264.

²⁰⁸ DURMANOV, Stadii Soversheniya Prestupleniya (Suçun İşlenme Evreleri), s. 73.

²⁰⁹ KUZNESOVA, s. 152.

Örneğin karısını boğarak öldürmeye karar veren failin kablo elde etmesi, biçimsel olarak insan öldürme suçuna hazırlık olarak değerlendirilebilir. Ancak böyle bir amacın icrasının zorluğu, bu hareketin suçun icrasından zaman olarak çok uzak olması, mağdur için doğrudan tehlike doğurmaması, bu hareketi sosyal açıdan tehlikesiz veya önemsiz kılmaktadır. Dolayısıyla böyle bir hareket kolaylıkla RFCK'nın 14/2. maddesi kapsamında değerlendirilebilir ve bu nedenle suç sayılmayabilir²¹⁰.

DURMANOV'a göre; suç aletinin hazırlanması için malzeme arama, günlük hayatta kullanılan (kibrit, ip, balta gibi) eşyaların elde edilmesi, gelecekte işlenecek suç için failin antrenman yapması gibi suçun işlenmesinden çok uzak olan hazırlık hareketleri az önemli oldukları için sosyal tehlikeli sayılmamalı ve cezalandırılmamalıdır²¹¹.

KUZNESOVA'ya göre; fail tarafından gerçekleştirilen hazırlık hareketleri suçun işlenmesinden çok uzak ise, somut suçun işlenmesi için yeterli imkân yaratmıyorsa, az önemli olması nedeniyle sosyal tehlikeli değildirler ve cezalandırılmazlar. Örneğin insan öldürmek isteyen fail bıçak satın almak için pazara gitmiş, ancak parası yetmediği için bıçağı satın alamamışsa; konutta hırsızlık yapmak isteyen fail gürültü çıkarmayan ayakkabı satın almak için mağazaya gelmişse, bu hareketler az önemli olduğu için sosyal tehlikeli sayılmazlar. Yine suç işlemek için ortak arayan failin “ağız yoklamak” amacıyla komşusuna belli bir suçu

²¹⁰ NAUMOV, s. 299-300.

²¹¹ DURMANOV, Ponyatiye Prestupleniye (Suç Kavramı), s. 268.

işleyeceğini söyleyerek onun bu konudaki fikrini sorması, az önemli olduğu için, cezalandırılabilir bir hazırlık hareketi değildir²¹².

RAROG'a göre; suça hazırlık hareketlerinin sınırlandırılmayarak, “*suç işlemek için kasten farklı ortam yaratma*” gibi bir ifadenin ceza kanununda kullanılması, cezalandırılmaması gereken düşünce aşamasının da cezalandırılması sonucunu doğurabilir. Çünkü hazırlık hareketleri ile düşünce aşamasının birbirinden ayrılması kolay değildir. Ayrıca, kanunda suça hazırlık hareketleri arasında sayılan hareketlerin önem derecesi farklı olabilir. Bunlar tesadüfî veya gerekli, önemli veya önemsiz olabilirler. Örneğin hırsızlık için maymuncuk hazırlama, mağduru yaralamak için muşta hazırlama, dolandırıcılık için sahte belge hazırlama gibi hareketler önemli ve gerekli oldukları için suça hazırlık olarak değerlendirilebilirler. Buna karşılık, çalınacak malların taşınması için failin torba elde etmesi gibi bir hareket, hırsızlık suçunun işlenmesi bakımından önemli bir hareket olmayıp ikincil, tesadüfî değer taşımaktadır. Çünkü hırsızlık suçunun niteliği veya işleniş şekli bu harekete bağlı değildir ve bu hareket failin suç işleme kararının icrasına başladığını göstermez. Bu yüzden çalınacak malları taşıyabilmek için torba elde edilmesi, failin antrenman yapması veya zehir hazırlamak için pet şişe satın alınması gibi hareketler düşünce aşaması sayılmalı ve cezalandırılmamalıdır²¹³. Yine bazı yazarlara göre; failin cesaretlenmek amacıyla bira içmek için birahaneye gitmesi, dua etmesi, yakınlarına veda mektubu yazması gibi hareketler, suça hazırlık değil, düşünce aşaması sayılır. Çünkü bu hareketler fail için önemli ise de, ceza hukuku açısından

²¹² KUZNESOVA, s. 249, 259.

²¹³ RAROG, s. 182-183.

önemsiz hareketlerdir. Bu hareketler hukukî konu için herhangi bir tehlike doğurmadığı gibi, suçun işlenmesine ortam da yaratmamaktadırlar²¹⁴.

Suçta hazırlığın cezalandırılabilmesi için hazırlık hareketlerinin kesilmesinin failin elinde olmayan nedenlerle meydana geldiğinin ispat edilmiş olması da gerekmektedir. Çünkü bu süre içerisinde fail suçun işlenmesinden gönüllü vazgeçmiş olabilir²¹⁵.

Yukarıda belirttiğimiz nedenlerle, uygulamada hazırlık hareketleri genellikle cezalandırılmamakta ise de, yine de özellikle iştirak halinde işlenmek istenen suçlarda suça hazırlığın cezalandırıldığına ilişkin örneklere rastlanmaktadır²¹⁶.

²¹⁴ KUZNESOVA, s. 260.

²¹⁵ İGNATOV-KRASİKOV, s. 213. Bir olayda, zorunlu çalışma kampında hükümlü olan S ve K, firar etmek için sahte belge hazırlamışlar, ancak daha sonra planladıkları suçu gerçekleştirmek için başkaca bir faaliyette bulunmamışlardır. İlk derece mahkemesi sanıklar hakkında hükümlünün firar etmesi suçuna hazırlıktan cezaya hükmetmiş, ancak SSCB Yüksek Mahkemesi'nin Genel Kurulu, “*dosyada sanıkların iradeleri dışında firar edemediklerine ilişkin bir veri bulunmamaktadır*” demek suretiyle sanıkların hükümlünün firar etmesi suçuna hazırlıktan sorumlu tutulamayacaklarına karar vermiştir. (Sbornik Postanovleniy Plenuma i Opredeleyuy Kollegiy Verhovnogo Suda SSSR 1943 Goda, (1943 Yılı SSCB Yüksek Mahkemesi Genel Kurul ve Ceza Daireleri Kararlar Dergisi) Moskva 1978 s. 19, (Bkz. KUZNESOVA, s. 153)).

²¹⁶ Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin 2004 Tarih ve 5-004-215 No.lu Kararı: “*Sanık Makarov, A'ya para karşılığı ticari rakibi S'yi öldürmesini teklif etmiştir. Bunun üzerine A, aralarında geçen bu konuşmayı içeren teyp kaydını S'ye vererek Makarov'un teklifini S'ye anlatmıştır. Daha sonra A, adli makamlara başvurmuş ve hazırlığı yapılan suçu ihbar etmiştir. Makarov'un hareketi mahkeme tarafından insan öldürme (RFCK m.105/2-z) suçuna teşebbüs (RFCK m.30/3, m.33/3) olarak değerlendirilmiştir. Temyiz mahkemesi ise aşağıdaki gerekçeyle Makarov'un hareketinin insan öldürme (RFCK m.105/2-z) suçuna hazırlık (RFCK m.30/1, m.33/3) olduğuna karar vermiştir: Mahkeme Makarov'un hareketlerini kiralık katil yöntemiyle S'nin ölümünü organize etmek olarak değerlendirmiştir. O insan öldürmeyi organize eden olarak, suçun işlenmesi için plan hazırlamış, icracı (A'yu) bulmuş ve ona para ödemiştir. Ancak suç, Makarov'un elinde olmayan nedenlerle tamamlanmamıştır. Çünkü onun kiraladığı icracı hazırlığı yapılan suçu S'ye ve adli makamlara bildirmiştir. Mahkeme somut olayı doğru olarak tespit etmekle birlikte, hukukî açıdan olayı doğru değerlendirmemiştir. Makarov'un yaptığını, doğrudan doğruya mağdurun öldürülmesine yönelik hareketlerin gerçekleşmemiş olması nedeniyle suça teşebbüs olarak değil, suça hazırlık olarak değerlendirmek gerekir*”. (Byulleten № 7 2005 Goda (2005 Yılı 7 No.lu Bülten), http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=2737, 22.01.2010); Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin 17.10.2006 Tarih ve 51-o06-67 No.lu Kararı: “*Mahkemenin kararıyla K, savunmasız durumda olan kişiye karşı kiralık katil yöntemiyle insan öldürme suçuna hazırlıktan mahkûm*”.

TAGANSEV'e göre; bir kimsenin zehir satın alması, hırsızlık için maymuncuk hazırlaması, onun suç işleyeceği konusunda bir tahminde bulunmaktan öteye geçmemektedir. Çünkü bu davranışları sergileyen failin suçun icrasına başlaması için yeterli cesarete sahip olup olmadığı bilinmemektedir²¹⁷.

SERETELİ'ye göre; neticeden çok uzak olmaları ve hukukî konu için gerçek tehlike yaratmamaları sebebiyle hazırlık hareketleri kural olarak sosyal tehlikeli değildirler. Uygulamada da suça hazırlığın sık cezalandırılmadığı dikkate alındığında, suça hazırlığın kural olarak cezalandırılmadığını, yani suça hazırlığın istisnai bir sorumluluk şekli olduğunu söylemek gerekir²¹⁸.

Kanaatimizce; RFCK'nın 14/2. maddesi dikkate alındığında, kanunda suça hazırlığın kural olarak cezalandırılmadığını, hazırlık hareketlerinin istisnai durumlarda cezalandırıldığını kabul etmek gerekir. Çünkü RFCK'nın 14/2. maddesinde failin değil, fiilin sosyal tehlikeliliği esas alınmıştır. Yani fiil hukukî konu için bir tehlike arz etmediğinde az önemli olması nedeniyle sosyal tehlikeli sayılmaz. Hazırlık hareketleri genellikle hukukî konu için bir tehlike doğurmaz. Bu yüzden RFCK'nın suça hazırlığa ilişkin hükümlerini, "suça hazırlık sadece sosyal

olmuştur. Temyiz dilekçesinde avukat Lihtoroviç A.P, K'nın suç işleme niyetinin bulunmadığını, olayın polis memurunun kışkırtması sonucunda meydana geldiğini ileri sürerek hükmün bozulmasını talep etmektedir. Dosya kapsamından görüldüğü gibi, polis görevlileri tarafından K'ya karşı herhangi bir kışkırtma yönteminin kullanılmadığı, inisiyatifin sanıkta bulunduğu, onun kendi başına B'yi öldürme kararı aldığı, mağdur hakkında, onun yerleşim yeri, hayat tarzı ve çevresi hakkında suçun icrasına bilgi verdiği, ona sözde işlenmiş öldürme karşılığında ilk başta 10000 ruble, daha sonra 20000 ruble ödediği mahkeme tarafından tespit edilmiştir. Tüm bunlar sanığın soruşturmadaki ifadesi, mağdurun ve tanıkların ifadeleri, K ile suçun icracısı arasında geçen konuşmaları içeren ses kaydı ve diğer delillerle tespit edilmiştir. Bu nedenlerle mahkemenin kararı hukuka uygun ve isabetlidir". (<http://law7.ru/base35/part5/d35ru5720.htm>, 19.05.2011).

²¹⁷ TAGANSEV, s. 164.

²¹⁸ SERETELİ, s. 12.

tehlikeli olduğunda, yani hukukî konu için tehlike arz ettiğinde cezalandırılır” şeklinde anlamak gerekir. Özellikle hazırlık hareketlerinin suçun işlenmesinden zaman olarak uzak olduğu durumlarda, bu hareketler RFCK’nın 14/2. maddesi kapsamında değerlendirilmelidir. Örneğin mağduru öldürmek için mağdurun evinin önünde bekleyen failin hareketi, sosyal tehlikeli olarak değerlendirilebilir. Çünkü bu hareket mağdurun hayatı, yani hukukî konu için doğrudan veya somut olmasa bile, yine de bir tehlike arz etmektedir. Buna karşılık, birkaç gün sonra mağduru zehirlemek için zehir hazırlayan failin hareketi, hukukî konuyu tehlikeye düşürmemektedir ve bu nedenle RFCK’nın 14/2. maddesi kapsamında değerlendirilmelidir. Yine suç işlemek için plan yapma, suçun işleneceği yerin etrafının gezilmesi gibi düşünce aşaması ile hazırlık hareketlerinin ayrılmasının zor olduğu durumlarda, bu hareketler RFCK’nın 14/2. maddesi kapsamında değerlendirilmeli ve cezalandırılmamalıdır. Ayrıca mahkemenin suça hazırlık hareketlerini sosyal tehlikeli kabul ederek cezaya hükmettiği durumlarda, bu hareketlerin neden sosyal tehlikeli olarak değerlendirildiğini gerekçeli olarak kararında açıklaması gerekir.

Rusya Federasyonu Ceza Kanununu iktibas eden Bağımsız Devletler Topluluğu ülkelerinin ceza kanunlarında da suça hazırlık cezalandırılmaktadır. Bunlardan Gürcistan Ceza Kanunu’nda (m.18) sadece nitelikli ağır suçlara hazırlık cezalandırılmaktadır. Azerbaycan Cumhuriyeti (m.28), Tacikistan Cumhuriyeti (m.32-33), Kırgızistan Cumhuriyeti (m.27) ve Ermenistan Cumhuriyeti (m.33-35) Ceza Kanunu’nda sadece nitelikli ağır ve ağır suçlara hazırlık cezalandırılmaktadır. Kazakistan Cumhuriyeti (m.24), Belarus Cumhuriyeti (m.13), Moldova Cumhuriyeti

(m.26), Türkmenistan Cumhuriyeti (m.13) ve Ukrayna (m.14) Ceza Kanunu'nda nitelikli ağır, ağır ve orta dereceli suçlara hazırlık cezalandırılmaktadır. Özbekistan Cumhuriyeti Ceza Kanunu'nda (m.25) ise ayırım yapılmaksızın bütün kasıtlı suçlara hazırlık cezalandırılmaktadır.

Türk ceza hukukunda ise hazırlık hareketleri kural olarak cezalandırılmamaktadır. Hazırlık hareketleri, Türk ceza hukukunda, kişiye tanınan hürriyet alanını oluşturmaktadır. Yani hazırlık hareketleri serbest alanla yasak alanın sınırını belirlemektedir²¹⁹. Ancak TCK'da istisnai olarak bazı suçlara hazırlık hareketleri tamamlanmış suçun cezası ile cezalandırılmıştır. Örneğin fuhuş suçunu düzenleyen TCK'nın 227/1. maddesine göre; “... *Bu suçun işlenmesine yönelik hazırlık hareketleri de tamamlanmış suç gibi cezalandırılır*”. Yine TCK'da bazı hazırlık hareketleri bağımsız suç olarak düzenlenmiş ve cezalandırılmıştır. Örneğin suç işlemek amacıyla örgüt kurma (m.220) ve suç işlemeye tahrik (m.214) suçları böyledir.

Hazırlık hareketlerinin anlamının belirsizlik göstermesi, bu aşamada suç işleme kararının henüz tam bir kesinlikle ortaya konulmamış olması, suç işleme planından vazgeçme ihtimalinin oldukça yüksek bulunması ve nihayet basit şüphelere dayanılarak kişi hak ve özgürlüklerinin aşırı baskı altına alınmasının önlemek istenmesi gibi nedenlerle bu tür hareketlerin cezalandırılmayacağı genellikle benimsenmektedir. Gerçekten de, Fransız ihtilalinden sonra ortaya çıkan ceza kanunlarının çoğu, hazırlık hareketlerinin cezalandırılmamasını benimsemekte ve

²¹⁹ HAFIZOĞULLARI-ÖZEN, s. 327.

cezalandırmak için “icra başlangıcı”nı şart koşmaktadır²²⁰. Kanaatimizce, Rusya Federasyonu Ceza Kanunu’nun da suça hazırlığın kural olarak cezalandırılmaması yönünde değiştirilmesi isabetli olurdu. Özgürlükçü ceza hukukuna geçilmek isteniyorsa, totaliter Sovyet rejiminin ürünü olan “hazırlık hareketlerinin cezalandırılması” kuralından vazgeçmek gerekir.

D. SUÇA HAZIRLIĞIN CEZASI

Tamamlanmamış suç için ceza sorumluluğunu düzenleyen RFCK’nın 66. maddesine göre; *“1. Tamamlanmamış suç için cezanın belirlenmesi sırasında, suçun tamamlanmamasına neden olan sebepler dikkate alınır.*

2. Suça hazırlıktan dolayı cezanın süresi veya miktarı, bu Kanunun özel kısmının ilgili maddesinde tamamlanmış suç için öngörülen en ağır ceza türünün üst sınırındaki süre veya miktarın yarısından fazla olamaz”.

Aynı maddenin 4. fıkrasına göre ise, *“Suça hazırlıktan ... dolayı ölüm cezasına²²¹ veya müebbet hapis cezasına hükmedilemez”.*

²²⁰ TOROSLU, s. 257-258.

²²¹ Rusya Federasyonu Anayasası’na göre, kanunda açıkça belirtilmek şartıyla ölüm cezası sadece hayata karşı işlenen suçlar karşılığında uygulanabilir (m.20/2). Ancak Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi 19.11.2009 tarih ve 1344-O-R No.lu kararında ölüm cezasının Rusya Federasyonu’nun hiçbir bölgesinde uygulanamayacağına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararına gerekçe olarak Rusya Federasyonu’nun imzalamış olduğu uluslararası antlaşmaları göstermiştir. (Karar için bkz. <http://www.consultant.ru/law/hotdocs/7741.html>, 26.01.2010).

RFCK'nın 66/1. maddesi, suça hazırlık veya teşebbüsten dolayı cezaya hükmedilirken, hâkimin sadece suçun tamamlanmamasına neden olan sebepleri dikkate alacağı şeklinde anlaşılmalıdır. RFCK'nın 60/3. maddesine göre; *“Cezanın belirlenmesi sırasında suçun niteliği ve sosyal tehlikelilik derecesi ile failin kişiliği; cezayı hafifletici ve ağırlaştırıcı nedenler; cezanın failin ıslah olmasına, failin ve onun ailesinin hayatına etkisi dikkate alınmalıdır”*. Örneğin suç işlemek için plan yapma, suç işlemek için alet veya araç hazırlamaya oranla suçun işlenmesinden daha uzak olan bir hareket olup, sosyal açıdan daha az tehlikelidir ve bunun cezanın belirlenmesi sırasında dikkate alınması gerekir²²².

Doktrinde 66. madde hükmünün zorunlu ceza indirimini öngördüğü ifade edilmektedir²²³. Ancak kanaatimizce, 66. madde hükmü tam anlamıyla bir *“zorunlu ceza indirimini”* değil, bir tür *“cezayı üst sınırdan belirleme yasağı”* öngörmektedir. Örneğin kasten öldürme suçunun basit şeklinin cezası, 6 seneden 15 seneye kadar hapis cezasıdır (RFCK m.105/1). Bu durumda, kasten öldürme suçuna hazırlığın cezası, 6 seneden 7,5 seneye kadar hapis cezası olmaktadır. Görüldüğü gibi, suça hazırlık için öngörülen indirim, suç için öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında belirlenecek sonuç ceza üzerinden yapılmamaktadır. Yani 66. madde, suça hazırlıkta, tamamlanmış suç için öngörülen cezanın alt sınırından daha az ceza verilmesini öngörmüş değildir.

²²² RAROG, s. 184-185.

²²³ KUZNESOVA-TYAJKOVA, s. 369.

Aslında daha önce de ifade ettiğimiz gibi, RFCK’da düzenlenen ve cezayı hangi oranda etkileyeceği genellikle belirtilmeyen ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler de sadece alt ve üst sınır arasındaki sonuç cezanın belirlenmesi sırasında dikkate alınabilmektedirler.

Suçun kanunî tanımında öngörülen cezanın alt sınırından daha hafif bir ceza verilememesi kuralının istisnasını RFCK’nın 64. maddesi oluşturmaktadır. Bütün suçlarda uygulanabilen ve “*takdiri hafifletici nedenler*” olarak adlandırabileceğimiz bu maddeye göre; failin amaç ve saiki, suçtaki rolü, suçtan önceki ve sonraki davranışları, suçun sosyal tehlikeliliğini önemli derecede azaltan diğer nedenler, iştirak halinde işlenen suçlarda suçun ortaya çıkmasına etkin yardımda bulunma ve benzeri nedenlerin varlığı halinde, mahkeme suç için öngörülen cezanın alt sınırından daha hafif cezaya hükmedebilir veya zorunlu olan ek cezalara hükmetmeyebilir. Uygulamada suça hazırlık durumunda mahkemelerin bazen bu hükme başvurarak daha hafif ceza verme yoluna gittikleri görülmektedir²²⁴.

²²⁴ Örneğin bir olayda, sanık Anistratenko, kocasını öldürmesi için M’ye 50.000 ruble teklif etmiş ve 25.000 rubleyi M’ye peşin olarak ödemiştir. Fakat M, bir süre sonra polise başvurarak durumu adli makamlara anlatmıştır. Bunun üzerine adli makamların bilgisi dâhilinde, sanık M ile Anistratenko arasındaki suçun ispat edilmesini sağlayacak sonraki konuşmalar kayda alınmıştır. Davaya bakan Ulyanov Bölge Adliye Mahkemesi; sanığın sabıkasız olmasını, küçük yaşta çocuğunun olmasını, kendisinin ve kızının sağlık durumunun bozuk olmasını, suçun ortaya çıkması için adli makamlara yardımcı olmasını ve kocasının kendisini affetmesini gerekçe göstererek Anistratenko hakkında RFCK’nın 64. maddesini uygulayarak nitelikli kasten öldürme suçuna hazırlıktan dolayı sonuç cezayı alt sınırın da altında belirleyerek 3 sene hapis cezasına hükmetmiştir. (Kiralık katil yöntemiyle (nitelikli) kasten öldürme suçu RFCK’nın 105/2. maddesine göre, 8 seneden 20 seneye kadar hapis ve 1 seneden 2 seneye kadar özgürlüğün sınırlandırılması veya ölüm cezası ile cezalandırılır). (Ulyanov Bölge Mahkemesi’nin 19.10.2007 tarih ve 2-40/2007 No.lu kararı için bkz. http://www.ulobsud.ru/index.php?option=com_content&task=view&id=192&Itemid=63&idCard=10043, 10.04.2011); Bir başka olayda, sanık Rasskazçikova alacaklısı olduğu mağdur İ’den alacağını tahsil edemeyince onu öldürmeye karar vermiş ve internette “kiralık katil” ilanı veren K ile irtibata geçmiştir. Rasskazçikova, K’ya çeşitli tarihlerde mağduru öldürmesi için ödemelerde bulunmuş, ancak K, daha sonra sanığın bulunduğu şehre gelerek polise başvurmuş ve durumu adli makamlara anlatmıştır. Davaya bakan Ulyanov Bölge Mahkemesi; sanık Rasskazçikova hakkında sabıkasız olmasını, hasta olmasını, iki küçük yaşta kızının bulunmasını gerekçe göstererek, RFCK’nın 64. maddesini uygulamış ve nitelikli kasten öldürme (RFCK m.105/2) suçuna hazırlıktan 3 sene hapis cezasına hükmetmiştir. (Ulyanov Bölge Adliye Mahkemesi’nin 01.07.2010 tarih ve 2-10/2010 No.lu

Eğer hazırlık hareketleri aynı zamanda başka bir suçu da oluşturuyorsa, faile hem suça hazırlıktan, hem de söz konusu suçtan dolayı ayrı ayrı ceza verilir. Örneğin fail insan öldürmek için tabanca çalmışsa, hem silah çalma suçundan (RFCK m.226), hem insan öldürme suçuna (RFCK m.105) hazırlıktan dolayı ayrı ayrı cezalandırılır²²⁵.

Ancak kanun koyucu hazırlık hareketlerinin kendisini tamamlanmış suç gibi cezalandırıyorsa, faile ayrıca suça hazırlıktan dolayı ceza verilmez. Örneğin suç işlemek amacıyla silahlı örgüt kurma (m.209) suçu böyledir²²⁶.

İştirak halinde işlenen suçlarda, yardım eden sıfatıyla suça iştirak eden kişinin davranışları suça hazırlık niteliğinde bulunsa bile, anlaşma konusu suçun işlenmesi durumunda yardım eden kişi, suça hazırlık hükümlerine göre değil, iştirak hükümlerine göre sorumlu olur. Örneğin hırsızların evine girmeyi düşündükleri ev

kararı için bkz. http://www.ulobsud.ru/index.php?option=com_content&task=view&id=192&Itemid=63&idCard=20791, 10.04.2011); Bir başka olayda, Afanasyev, karısı K'yı öldürmek için akrabası olan Kazakov'dan kiralık katil bulmasını istemiş ve Kazakov P'yi, 100.000 ruble para karşılığında K'yı öldürmesi için ikna etmiştir. Daha sonraları sanıklar suçun nasıl işleneceği konusunda plan yapmış, ancak bir süre sonra P gönüllü vazgeçerek polise başvurmuştur. Davaya bakan Ulyanov Bölge Mahkemesi; her iki sanık hakkında 64. madde hükmünü uygulamış ve nitelikli kasten öldürme (RFCK m.105/2) suçuna hazırlıktan Afanasyev hakkında 6 sene, Kazakov hakkında ise 4 sene hapis cezasına hükmetmiştir. Mahkeme Afanasyev hakkında 64. madde hükmünü uygulamasına gerekçe olarak; sanığın sabıkasız olmasını, küçük yaşta çocuğunun olmasını, bazı hastalıklarının bulunmasını, anne ve babasının yaşlı, kardeşinin ise engelli olmasını göstermiştir. Kazakov hakkında 64. madde hükmünü uygulamasına gerekçe olarak ise; sanığın sabıkasız olmasını, küçük yaşta çocuğunun olmasını, annesinin engelli olmasını, suçunu itiraf etmesini ve suçun ortaya çıkması konusunda adli makamlara yardımcı olmasını göstermiştir. (Ulyanov Bölge Adliye Mahkemesi'nin 19.05.2010 tarihli kararı için bkz. http://ulobsud.ru/index.php?option=com_content&task=view&id=192&Itemid=170&idCard=19992, 10.04.2011).

²²⁵ KOZAÇENKO-NEZNAMOVA, *Obşaya Çast (Genel Kısım)*, s. 219-220; ZAGORODNİKOV, s. 119.

²²⁶ SEMENDEROV, s. 323.

sahibini misafir olarak kendi evine çağıran iştirakçi, hırsızlığın gerçekleşmesi halinde, hırsızlık suçuna hazırlıktan değil, hırsızlık suçuna iştirakten sorumlu olur²²⁷.

Kuşkusuz tamamlanmış veya teşebbüs halinde kalmış suçta, faile ayrıca suçta hazırlıktan ceza verilmez²²⁸.

III. SUÇA TEŞEBBÜS

A. SUÇA TEŞEBBÜSÜN TANIMI

Kanunda, kişinin doğrudan doğruya suçun işlenmesine yönelmiş kasıtlı hareketleri veya hareketsizliği, suçta teşebbüs olarak tanımlanmıştır (RFCK m.30/3). Bu düzenleme, Türk Ceza Kanunu'nda yer alan teşebbüs düzenlemesine benzemekle birlikte, TCK'dan farklı olarak, RFCK'da teşebbüs için "*hareketin elverişli olması*" şartının aranmadığı görülmektedir.

²²⁷ SEMENDEROV, s. 328.

²²⁸ KUZNESOVA–TYAJKOVA, s. 364; Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin 12.03.2008 Tarih ve 33-P08 No.lu Kararı: "*10.02.2000 tarihinde M, K ve S, B'yi ve ona eşlik eden kişileri havaalanında öldürme konusunda plan hazırlamışlardır. Gerek 11.02.2000 tarihinde, gerek 12.02.2000 tarihinde B havaalanına gelmemiş ve bu nedenle K, M ve S kastettiklerini gerçekleştirememişlerdir. 13.02.2000 tarihinde B, havaalanına geldiğinde ise K ve M onun bulunduğu otomobile doğru ateş etmiştir. Bunun sonucunda otomobilde bulunan N hayatını kaybetmiş, B ise olay yerinden kaçmayı başarmıştır. Olayda işlenen fiil sadece kasten öldürme suçuna teşebbüs ve N'yi kasten öldürme suçu olup, kasten öldürme suçuna hazırlıktan ayrıca ceza verilmesi gerekmez. Çünkü aynı mağdura ve aynı neticeye yönelik hareketler, kısa zaman aralıklarıyla ve aynı amaç ve saiklerle yapıldığında tek suç sayılır*". (Byulleten № 10 2008 Goda (2008 Yılı 10 No.lu Bülten), http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=5517, 22.01.2010); Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi 771P06 No.lu kararında, İnvapomoş şirketine silahlı soymak isteyen sanıkların 25.05.2001 tarihinde şirkete yaklaştıklarında maskelerini zamanında takamadıkları için görevlilerin kendilerini tanıyacıklarından korkarak olay yerini terk ettikleri, ancak 28.05.2001 tarihinde amaçladıkları soygunu gerçekleştirdikleri olayda, fiilin tek bir yağma suçunu oluşturması gerekirken, tamamlanmış yağma suçundan ve yağma suçuna hazırlıktan ayrı ayrı ceza verilmesinin hatalı olduğuna karar vermiştir. (Karar için bkz. Byulleten № 11 2007 Goda (2007 Yılı 11 No.lu Bülten), http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=5099, 22.01.2010).

B. SUÇA TEŞEBBÜSÜN UNSURLARI

1. Sübjektif (Manevî) Unsur

Teşebbüs ile tamamlanmış suç arasında manevî unsur bakımından bir fark bulunmamaktadır²²⁹. Teşebbüste aranan kast, icrasına başlanmış olan suçu teşebbüs derecesinde bırakmak kastı olmayıp, söz konusu suçu tamamlamaya yönelik bir kاستtır²³⁰.

Teşebbüsün manevî unsuru, ancak dış dünyada somutlaşan bir fiille belirlenebilir. Teşebbüs aşamasında kalan suçlarda sonuç gerçekleşmediğinden, failin kastını, dış dünyada somutlaşan ve cezalandırma kapsamına giren hareketleri ortaya koymaktadır²³¹.

Failin kastının belirlenmesi, bazı eylemlerin niteliğinin değerlendirilmesi bakımından önem arz etmektedir. Özellikle, failin icra hareketlerini yaralama kastıyla mı, yoksa öldürme kastıyla mı gerçekleştirdiğini tespit etmek zorunludur. Zira, fail yaralama kastıyla hareket etmiş ve mağdur yaralanmışsa, tamamlanmış bir suçtan; öldürme kastıyla hareket etmiş ve sonuç gerçekleşmemiş ise insan öldürmeye teşebbüsten bahsetmek gerekir²³². Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'ne göre;

“Failin kastının hangi suça yöneldiğinin tespiti sırasında işlenmiş fiilin bütün

²²⁹ SEMENDEROV, s. 332.

²³⁰ DÖNMEZER-ERMAN, s. 407.

²³¹ İPEKÇİOĞLU, s. 161-162.

²³² İPEKÇİOĞLU, s. 163-164.

özelliklerinden yola çıkılarak, özellikle suçun işleniş şekli ve suç aletini, vücuttaki hasarların sayısını, yerini ve özelliğini (örneğin hayati organların zarar görmesi)²³³, failin ve mağdurun suçtan önceki ve sonraki davranışlarını ve onlar arasındaki ilişkiyi göz önüne almak gerekir²³⁴.

Taksirli suçlara teşebbüs mümkün değildir. Örneğin trafik kurallarını ihlal ederek tehlikeli araç kullanan kişi, trafik kazasına neden olmuş, ancak kimseye zarar vermemişse suça teşebbüsten değil, Rusya Federasyonu Kabahatler Kanunu'nda düzenlenen trafik kurallarını ihlal etme kabahatinden sorumlu olur²³⁵.

Suçta teşebbüs, ayrıca sadece doğrudan kastla işlenen suçlar bakımından mümkündür. Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin Kasten Öldürme Suçlarına İlişkin Mahkeme Uygulamaları Hakkındaki 27.01.1999 tarih ve 1 No.lu Genel Kurul kararında, kasten öldürme suçuna teşebbüsün sadece doğrudan kastla mümkün olabileceği belirtilmiştir²³⁶. Rusya Federasyonu Mahkemelerinin Kuruluşu

²³³ Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin 02.08.2005 Tarih ve 66-005-62 No.lu Kararı: "*N'nin mağdurun hayati organlarına doğru iki el ateş etmesi öldürme kastının bulunduğu gösterir*". (http://pravosudie.biz/base1/data_sy/sudqsgbxv.htm, 22.03.2011); RSFSC Yüksek Mahkemesi'nin kararına konu olan bir olayda; mağdur Ç'nin boğazına bıçakla vuran M, mağdurun direnmesi üzerine ikinci darbeye başarısız olmuş ve M, Ç'nin yardımı gelen etraftaki insanlar tarafından yakalanmıştır. Yüksek Mahkeme M'nin olası değil, doğrudan öldürme kastıyla hareket ettiğine ve dolayısıyla insan öldürmeye teşebbüsten cezalandırılması gerektiğine karar vermiştir. (Byulleten № 1 1991 Goda (1991 Yılı 1 No.lu Bülten), (Bkz. RAROG, s. 135)).

²³⁴ Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin Kasten Öldürme Suçlarına İlişkin Mahkeme Uygulamaları Hakkındaki 27.01.1999 Tarih ve 1 No.lu Genel Kurul Kararı, http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=984, 21.01.2010.

²³⁵ KUZNESOVA–TYAJKOVA, s. 364.

²³⁶ Karar için bkz. http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=984, 21.01.2010; Kasten Öldürme Suçlarına İlişkin Mahkeme Uygulamaları Hakkındaki RSFSC Yüksek Mahkemesi'nin 22.12.1992 tarih ve 15 No.lu Genel Kurul kararı da aynı yöndedir. (Karar için bkz. http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=905, 21.01.2010). Yine Kasten Öldürme Suçlarına İlişkin Mahkeme Uygulamaları Hakkındaki SSCB Yüksek Mahkemesi'nin 27.06.1975 tarih ve 4 No.lu Genel Kurul kararı da aynı yöndedir. (Karar için bkz. KRİGER-KUZNESOVA-TKAÇEVKİY, s. 168).

Hakkındaki Kanununun 56. maddesine göre, Genel Kurul kararları mahkemeleri bağlayıcı niteliktedir. Bu yüzden uygulamada olası kastla işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olmadığı kabul edilmektedir²³⁷. Rusya Federasyonu doktrininde de, olası

²³⁷ Bir olayda; kocası T'nin S ile ilişkisi olduğunu öğrenen K, onların bulunduğu eve gelerek pencere camını, televizyon antenini kırmış ve elindeki benzinli şişeyi yakarak odaya atmıştır. Çıkan yangın sonucunda S ve T orta ağır derecede yaralanmışlardır. İlk derece mahkemesi K hakkında yangın suretiyle mala zarar verme suçundan ve iki kişiyi öldürmeye teşebbüsten cezaya hükmetmiştir. Ancak RSFSC Yüksek Mahkemesi K'nın olası öldürme kastıyla hareket ettiğine ve olası kastla işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olmadığına karar vermiştir. Bu nedenle K hakkında verilen hüküm, yangın suretiyle mala zarar verme ve iki kişiyi kasten orta ağır derecede yaralama olarak değiştirilmiştir. (Byulleten № 6 1983 Goda (1983 Yılı 6 No.lu Bülteni), (Bkz. KRİGER-KUZNESOVA-TKAÇEVKİY, s. 168)); Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Kararı: “Mahkeme Zub'un Siroskiy'i yaralanmasıyla ilgili somut olayı doğru tespit etmekle birlikte, onun davranışını hatalı olarak insan öldürmeye teşebbüs olarak değerlendirmiştir. Kararda belirtildiği gibi, sanık mağdurun göğsüne ve kafasına ayaklarıyla çok kez vurmuş, kendi hareketleriyle onun ölebileceğini öngörmüş ve bilinçli olarak bu neticenin gerçekleşmesine izin vermiştir. Mahkeme Zub'un olası kastla Siroskiy'i öldürmeye teşebbüs ettiği sonucuna varmıştır. Hâlbuki ceza kanununa göre, suça teşebbüs sadece doğrudan kastla mümkün olabilir. Bu nedenle Zub'un hareketleri kasten ağır yaralama suçu olarak değerlendirilmelidir. (Byulleten № 9 2004 Goda (2004 Yılı 9 No.lu Bülten), http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=1711, 22.01.2010); Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Kararı: “Çasıgov ile mağdurlar Podkortov, Çetvertakov ve Karçegamin arasında yaşanan tartışma kavgaya dönmüş ve Çasıgov elindeki bıçakla mağdurlardan Podkortov ve Çetvertakov'a bir kez, Karçegamin'e ise iki kez vurarak yaralamıştır. Bunun sonucunda Çetvertakov hafif, Karçegamin ve Podkortov ise ağır bir şekilde yaralanmıştır. Olay sırasında yaralanan mağdurların hepsi aldıkları bıçak darbesine rağmen ayakta kalmışlardır. Eğer Çasıgov mağdurları öldürmek isteseydi, olay esnasında bu amacını gerçekleştirmesine herhangi bir engel bulunmamakta idi. Oysa O, başkaca bir girişimde bulunmadığı gibi, tam tersine olay yerinden kaçmıştır. Çasıgov ilk soruşturmada ve mahkemede de kimseyi öldürmek gibi bir niyetinin bulunmadığını ifade etmiştir. Çasıgov'un doğrudan değil, olası öldürme kastıyla hareket ettiği tespit edildiğine göre, onun gerçekleşebilecek neticelerden değil, gerçekleşen neticelerden, yani Karçegamin ve Podkartov'u kasten ağır yaralamadan ve Çetvertakov'u kasten hafif yaralamadan sorumlu tutulması gerekir”. (Byulleten № 3 2004 Goda (2004 yılı 3 No.lu Bülten), http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=1606, 22.01.2010); Sverdlovsk Bölge Mahkemesi'nin 25.02.2009 Tarih ve 22-1752/2009 No.lu Kararı: “10.05.2008 tarihinde nehir kenarında alkollü içki içen sanık B ile A arasında tartışma çıkmış ve B, karavanından aldığı av tüfeğiyle A'yı korkutmak amacıyla havaya doğru ateş etmiştir. B, silahını tekrar doldurduğu sırada M, B'nin elinden silah almak istemiş ve bu mücadele sırasında silahın patlaması sonucu M yaralanmıştır. Bunu gören K, kaçmakta olan B'yi kovalarken, B, K'nın bulunduğu yöne doğru ateş etmiş ve mermi V'ye isabet ederek onu karnından yaralamıştır. M, aldığı yara sonucu ölüürken, V ise yaralı olarak kurtulmuştur. Sısertskiy İlçe Mahkemesi B hakkında ruhsatsız silah bulundurma (m.222/1), insan öldürmeye teşebbüs (m.105, m.30/3) ve taksirle öldürme (m.105/1) suçlarından hüküm kurmuştur. Ancak B, savunmasında kendi hayatından endişe ettiğini, yani M'nin arkadaşlarının kendisini kovalamasını engellemek için hedef gözetmeksizin ateş ettiğini ifade etmiştir. Olayda sanığın insan öldürmeye teşebbüsten sorumlu olabilmesi için doğrudan kastla hareket ettiğinin tespit edilmiş olması gerekir. Fakat B'nin V'yi doğrudan kastla öldürmek istediği ispat edilememiştir. Olayda B'nin çok uzak mesafeden ateş ettiği de dikkate alındığında, belirsiz kastla hareket ettiğini kabul etmek gerekir. Yani sanık insanların bulunduğu yöne doğru ateş ederken herhangi bir neticenin gerçekleşmesini kabullenmiştir. Dolayısıyla B'nin V'ye karşı işlediği fiilin hayati tehlikeye neden olan kasten ağır yaralama olarak değerlendirilmesi gerekir. Bu nedenle B hakkında RFCK'nın 105/1. ve 30/3. maddesinden (öldürmeye teşebbüs) verilen hükmün, değiştirilmesine (kasten ağır yaralama (m.111/1)) ...” (Byulleten Sudebnoy Praktiki po Ugolovnim Delam Sverdlovskogo Oblastnogo Suda 2009 Goda (Sverdlovsk Bölge Mahkemesi'nin Ceza Davaları Üzerine 2009 Yılı Bülteni), http://www.ekbobsud.ru/sudpr_det.php?srazd=6&id=50&page=2, 05.04.2011); RSFSC Yüksek

kastla işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olmadığı konusunda görüş birliği bulunmaktadır²³⁸.

Türk doktrininde ise olası kastla işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Bu konudaki birinci görüş, olası kastın da kast kavramının kapsamında olduğunu ileri sürerek olası kastla işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olduğunu savunmaktadır²³⁹. SÖZÜER'e göre; örneğin kalabalık bir topluluğun içinde bulunan kişiye tabancayla birçok kez ateş eden fail başkalarının da ölebileceğini öngörmesine rağmen, diğer kişilerin ölmesi neticesini kabulleniyor ve bu neticeler bakımından “olursa olsun” diye düşünüyorsa, muhtemel bu netice gerçekleşme dahi fail kasten insan öldürmeye teşebbüs nedeniyle sorumlu tutulabilecektir²⁴⁰.

İkinci görüş ise, olası kastla işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olmadığını savunmaktadır²⁴¹. TOROSLU'ya göre; teşebbüs halinde kalmış suçtaki kast, bütün

Mahkemesi'nin 1987 Tarihli Kararı: “Sanık ve mağdur arasındaki arkadaşlık ilişkisi olup, aralarındaki tartışma tesadüf sonucu ve mağdurun tahriki ile meydana gelmiştir. Mağdur, H'nin burnuna yumrukla ve kasiğine tekmeyle vurmuştur. Bunun üzerine H, bıçağını çekerek mağduru bir kez göğsünden ve bir kez de sırtından bıçaklamıştır. Daha sonra aralarındaki kavga sona ermiş ve H, mağduru öldürmek için herhangi bir girişimde bulunmamıştır. Mahkemenin, olayda sanığın öldürme kastıyla hareket ettiği yönündeki kanaati doğru değildir. Somut olayın özellikleri dikkate alındığında sanığın mağduru öldürmek istediği söylenemez. Tam tersine, deliller, sanık H'nin haksız fiilinin neden olduğu güçlü heyecanın etkisi altında belirsiz kastla mağduru bıçakladığını göstermektedir. Bu nedenle, H'nin, somut olarak gerçekleşen neticelerden, yani kasten ağır yaralama suçundan sorumlu tutulması gerekir”. (Bkz. RAROG, s. 138).

²³⁸ KUZNESOVA-TYAJKOVA, s. 371.

²³⁹ ÖZTÜRK-ERDEM, s. 285; SÖZÜER, s. 163.

²⁴⁰ SÖZÜER, s. 163.

²⁴¹ HAFIZOĞULLARI-ÖZEN, s. 331; DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2007, s. 403; TOROSLU, s. 262-263; İÇEL-EVİK, 239; ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2010, s. 412; ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, s. 330, 626.

unsurları itibariyle tamamlanmış suçu işlemek isteğinden ibarettir. Burada suç sonuna kadar götürme kastı söz konusu olduğundan, teşebbüs halinde kalmış suça ilişkin kastın, işlenmek istenen tamamlanmış suça ait kastın aynısı olduğu yolundaki yaygın görüş doğru sayılamaz. Böyle olsaydı, hedef alınan suç yönünden söz konusu olabilen bütün kast biçimlerinin ve bu arada olası kastın teşebbüs yönünden de geçerli olması gerekirdi. Oysa durum böyle değildir. Kast tipik fiili bilmek ve istemek olduğuna göre, teşebbüs halinde kalmış suçlarda bu, işlenmesi kastedilen bir suçu işlemeye elverişli davranışları gerçekleştirmek bilinç ve iradesinden ibarettir. Şu halde, fail ancak belirli kast ile hareket etmiş ise teşebbüs halinde kalmış suç söz konusudur; buna karşılık, aleyhte kıyas yasağını ihlal etmeksizin, olası kasıtlı teşebbüsün cezalandırılması teşebbüsün cezalandırılması mümkün değildir²⁴².

ÖZGENÇ'e göre; teşebbüs maddesinde genel olarak kast kavramı kullanılmış ise de, işlenen fiilin muhtemelen sebebiyet vereceği neticenin gerçekleşmemesi halinde; bu netice açısından faili teşebbüs hükümlerine göre sorumlu tutmamak gerekir. Aksi takdirde sorumluluk alanı katlanılamayacak ölçüde genişletilmiş olur²⁴³.

Bu konuda bizim de görüşlerine katıldığımız DÖNMEZER-ERMAN'a göre, "olası (belirli olmayan) kastta netice kastı belirler" kuralı nedeniyle olası kastla işlenen suçlara teşebbüs mümkün değildir²⁴⁴.

²⁴² TOROSLU, s. 262-263.

²⁴³ ÖZGENÇ, s. 412.

²⁴⁴ DÖNMEZER-ERMAN, s. 408. Aynı şekilde Hafizoğulları-Özen: "Olası kastla, suça teşebbüs mümkün değildir, çünkü suçun unsuru olarak kanunun öngördüğü netice meydana gelmiş olmadıkça,

Türk Yargıtayı'nın bazı kararlarında olası kastla işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olduğu belirtilmiş iken²⁴⁵, bazı kararlarında ise olası kastla işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olmadığı belirtilmiştir²⁴⁶.

bu tür bir kastla işlenen suç da mevcut bulunmamaktadır. Gerçekten, olası kastla işlenen suçlarda, madem netice kastı belirlemektedir, neticenin gerçekleştiği bir yerde, artık o suça teşebbüs yoktur; ortada tamamlanmış bir suç vardır". HAFIZOĞULLARI-ÖZEN, s. 331.

²⁴⁵ Y. 1. CD., 19.12.2006, 2953/5813: "Trafik kazasını müteakip sanıkların silahlı olarak eve geldiklerini gören ev sakinlerinin demir kapıyı kapatmaları üzerine sanık O'nun kapıya doğru birkaç el ateş ettiği için, olay yerinde bulunan boş kovanların tek silahtan atıldığına dair ekspertiz raporundan ve ateş edenin sadece kendisi olduğu hususunda sanık O'nun safahat beyanlarından anlaşılmasına, sanık B'nin de elinde silahla olay yerinde sanık O ile birlikte bulunmasına, kapı arkasında ve avlu içinde gerek ev sakinleri ve gerekse trafik kazası sebebiyle geçmiş olsun dileğiyle gelenlerin bulunmasına, evde bulunan mağdurenin de bu amaçla eve giden misafir konumundaki şahıs olup kurşun isabetiyle başından ağır şekilde yaralanmasına, müteaddit el kapıya doğru ateş sırasında kapı arkasındakilerin veya avluda bulunan şahısların isabet alabileceklerinin öngörülebilmesine göre sanık O'nun olası kastla öldürmeye teşebbüs, sanık B'nin de olası kastla öldürmeye teşebbüse yardım suçundan tecziyeleri gerekirken suça yaralama vasfı verilmesi ... bozmayı gerektirmiştir". (Bkz. ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, s. 601); Y. 1. CD., 24.05.1983, 1983/1812: "Tabancayı düğün yerinde bulunan topluluğa doğru yatay ve hatta yukarıdan aşağı eğik durumda tevcih ederek müteaddit el ateş eden ve hayati nahiyeden isabet sağlayan sanıkta öldürme bilinci ve muayyen olmayan öldürme kasdının varlığı kabul edilmelidir. Sanığın normal bir insan boyundan daha aşağı bir seviyede topluluğa yönelterek yaptığı müteaddit atışlardan çıkan mermilerin kişi veya kişilere isabet edeceğini bilmesi gerekir. Bu itibarla olayda muayyen olmayan kastla adam öldürmeye tam teşebbüste bulunmak suçu oluşmuştur". (Bkz. ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, s. 601).

²⁴⁶ Y. CGK., 27.12.2005, 1-131/167: "Rastgele yapılan bir ateş sonucu mermilerin araçtakilere isabetiyle, araçtakilerin ölmesi halinde, gayri muayyen (belirsiz) kast kuralları uyarınca, sanık meydana gelen sonuçtan yani öldürmeden sorumlu ise de, ölümün meydana gelmemesi halinde, öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulamaz, aksi kabul belirsiz kast (gayrimuayyen kast) durumunda kastın sınırlarını öngörülemez derecede genişletme sonucunu doğurur. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, sanığın meydana gelen yaralama sonucundan belirsiz (gayrimuayyen) kast kuralları çerçevesinde sorumlu tutulması gerekirken, boş tabanca ile hedef gözetilerek ikinci kez tetik düşürüldüğüne ilişkin kuşkulu kabule dayanılarak, sanığın eyleminin adam öldürmeye teşebbüs suçunu oluşturduğuna ilişkin Yerel Mahkeme direnme kararı isabetsiz olup, bozulmasına karar verilmelidir". (Bkz. İPEKÇİOĞLU, s. 173-174); Y. CGK., 09.07.2002, 2002/3-197, 2002/288: "Belirli olmayan kast, ancak netice ile belirlenir. Bu gibi halleri kesinlik öngörmesinden çıkarıp, ihtimal veya imkan öngörmesine sokmak yerinde bir davranış olmaz. Mesela, bir uçurumdan kaya parçasını kalabalığın üzerine fırlatan kimse, bu hareketten birkaç kişinin ölebileceğini veya yaralanabileceğini kesin olarak öngörmüştür; maksadı oluşturan iradenin dışında kalan zorunlu neticeler, ancak gerçekleştikleri takdirde ve ölçüde faille yüklenir, bu nedenle fail asıl hedef tuttuğu kimseye bir zarar vermemişse, kastının konusuna göre, onu öldürmeye veya yaralamaya tam teşebbüs etmiş sayılır; buna karşılık maksadın dışında kalan zorunlu neticelerden hiçbiri gerçekleşmemiş, mesela kaya parçası boşa gitmiş ya da sadece hedef tutulan kişiye isabet etmiş ise, zorunlu neticeler bakımından belirli olmayan kasta ilişkin kurallar uygulanacağından, fail gerçekleşmiş olmayan bu zorunlu neticelerden sorumlu tutulamaz. Zorunlu neticeler gerçekleşmiş ise, gerçekleştikleri ölçüde fail bunları kasten meydana getirmiş sayılır, yani hedeften başka kimseler yaralanmışsa fail, kasten müessir fiilden ölmüşlerse kasten adam öldürmeden dolayı cezalandırılır". (Bkz. ÖZBEK-KANBUR-BACAKSIZ-DOĞAN-TEPE, s. 253).

2. Objektif Unsur (İcra Hareketlerine Başlama)

a. Genel Olarak

Suçta teşebbüs için failin işlemeyi kastettiği suçun doğrudan doğruya icrasına başlamış olması, fakat bu suçun failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanmamış olması gerekir.

Sırf hareket suçlarına (şeklî suçlara) teşebbüs, kanunda belirtilen hareketin sadece bir kısmının yerine getirilmesi durumunda meydana gelir²⁴⁷. Neticeli suçlara (maddî suçlara) teşebbüs ise failin hareketin bir kısmını veya tamamını yapmasına rağmen, tipik neticenin gerçekleşmemesi durumunda meydana gelir. Ancak bu durum suçta teşebbüste hiçbir neticenin bulunmadığı anlamına gelmez. Örneğin fail mağduru öldürmek için ateş etmiş, ancak mermi mağduru yaralamış ise, fail kasten yaralama suçundan değil, insan öldürme suçuna teşebbüsten sorumlu olur²⁴⁸. Suçta teşebbüste önemli olan failin kastettiği suçtaki tipik neticenin meydana gelmemiş olmasıdır.

²⁴⁷ NAUMOV, s. 304.

²⁴⁸ NAUMOV, s. 304.

b. İcra Başlangıcının Tespitine İlişkin Teoriler

aa. Sübjektif Teoriler

Sübjektif teoriler icra başlangıcı için ölçü olarak failin iradesini esas almaktadır²⁴⁹. Bu teorilere göre; teşebbüste tipik sonuç gerçekleşmediğinden, teşebbüse ruh ve anlam kazandıran, failin suç işlemeye yönelik kastıdır. Bu görüşler arasında farklar olmasına rağmen, temelde üzerinde fikir birliğine varılan husus, teşebbüste cezalandırılan hareketin, suçlu iradeyi şüpheyeye yer vermeyecek şekilde ortaya koymasındır²⁵⁰.

Sübjektif teoriyi benimseyen bazı yazarlar, teşebbüs konusunda, sübjektif ölçütleri en aşırı biçimde uygulama isteği ile hareket etmekte ve failce yapılan herhangi bir hareketin, bir suçu gerçekleştirmek üzere dış dünyaya yansıdığına tespiti halinde, icra hareketine başladığını kabul etmektedirler. Özellikle failin tehlike halini cezalandırılabilirliğin esası sayan bu tür görüşler, dış bir hareketle failin tehlike halini ortaya koymasını teşebbüsün cezalandırılması bakımından yeterli görmektedirler²⁵¹. Dolayısıyla bu yazarlar, failin sonuca çok uzak bir hareketinin bile, suç işleme amacıyla yapılmış ise icra başlangıcı sayılacağını kabul ederler. Öyle ki, bu görüşü savunan yazarlar, başka kentte bulunan hasmını öldürmek amacıyla

²⁴⁹ ÖZTÜRK-ERDEM, s. 289.

²⁵⁰ İPEKÇİOĞLU, s. 64.

²⁵¹ Bkz. SÖZÜER, s. 203.

oraya giden trene binmek için bilet satın alan kişinin cezalandırılması gerektiğini ileri sürerler²⁵².

Sübjektif teoriyi benimseyen diğer bazı yazarlar ise, faildeki suç işleme iradesinin açık ve kesin biçimde tipik sonucu gerçekleştirmeye yönelik olduğunun belirlenmesi durumunda, icranın başlamış olduğunu kabul etmektedirler²⁵³. Buna göre, failin suç işleme kastını daha açık bir şekilde ortaya koyan, failin suç işleme iradesini kesin ve geri dönülmez biçimde belirten hareketler varsa, başka bir anlatımla, fail, suç işleme kastından şüphe duyulmayacak biçimde, neticeye yaklaştığını ifade eden hareketleri yapmış ise icra hareketlerine başlanmıştır²⁵⁴.

Sübjektif teoriler adı altında ileri sürülen kriterler, teşebbüs kavramını ve bunun etki alanını aşırı genişlettiği nedeniyle eleştirilmiştir. Çünkü bu teorilere göre; yapılan hareketlerin, failin belirli bir suçu işleme iradesini ortaya koyması icranın başladığının kabulü için yeterlidir. Sübjektif kriterler esas alınarak yapılan değerlendirmelerde, aslında hazırlık hareketi niteliğinde olan birçok hareket, icra hareketi sayılmaktadır. Bu durum da, kişi hak ve özgürlükleri açısından sakıncalı durumlar doğurabilir²⁵⁵.

²⁵² Bkz. CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s. 451.

²⁵³ Bkz. SÖZÜER, s. 204.

²⁵⁴ CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s. 451.

²⁵⁵ Bkz. İPEKÇİOĞLU, s. 66.

bb. Objektif Teoriler

Objektif teoriler, hazırlık-icra hareketi ayrımının, failin suç işleme kastına yönelik olarak gerçekleştirdiği maddî nitelikli hareketlere göre yapılmasını savunmaktadırlar²⁵⁶.

aaa. Şüpheye Yer Vermeme Teorisi (Tek Anlamlı Hareket Teorisi)

CARRARA tarafından ileri sürülen bu teoriye göre; hareket failin bir suça yöneldiğini şüpheye yer vermeyecek şekilde ortaya koyabiliyorsa icra hareketi, buna karşılık failin gerçekleştirdiği hareketin, hangi suça yönelik olduğu kesin olarak belirlenemiyorsa, hazırlık hareketi olarak değerlendirilir. Bu teoride önemli olan hareketin tek anlama gelip gelmediğinin tespitidir. Tek anlama gelen hareket icra, birden çok anlama gelen hareket ise hazırlık hareketi olarak nitelendirilir²⁵⁷.

Eğer bir hareketin yöneldiği amaç konusunda farklı yorumlar yapılabiliyorsa, o hareket hazırlık hareketidir²⁵⁸. Örneğin silah veya zehir satın alma, bilgi edinme amacıyla araştırmalarda bulunma, suç işlemek hususunda anlaşmalar yapma şüpheye yer veren hareketlerdir. Bu hareketlerin bir suça yönelmiş olduğu, sanığın açıklamaları ile sabit olsa da icraya başlama söz konusu değildir. Bu gibi hareketler, mutlak surette hazırlık hareketidir. Buna karşılık, nisbî surette hazırlık hareketleri de vardır. Bunların kesin bir şekilde bir suçun işlenmesine yöneldikleri söylenemez;

²⁵⁶ KOCA-ÜZÜLMEZ, s. 343.

²⁵⁷ Bkz. İPEKÇİOĞLU, s. 55.

²⁵⁸ Bkz. SOYASLAN, s. 66.

ancak bazı şartların varlığı, özellikle “failin belirli bir niyeti” bakımından şüpheyeye yol açıcı niteliklerini kaybederler. Örneğin başkasının evine girme hareketi tek başına alındığında, belirli bir suça yönelme hareketi değildir. Çünkü fail bu eve çeşitli amaçlar için girebilir; bu hareket bu durumda olsa olsa konut dokunulmazlığını ihlal suçunu oluşturur. Ancak eğer bu kişi öldürmek veya çalmak için eve girmişse, bu suçların icra hareketlerini de yapmış, yani girme hareketi şüpheyeye yer vermeyecek bir nitelik kazanmış olur²⁵⁹. Bu teori 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu’nun hazırlanmasında egemen olmuş ve bu kanuna açıkça girmiştir. Bu Kanun, 56/1. maddesinde, “*şüpheyeye yer bırakmayacak biçimde bir cürmü işlemeye yönelmiş elverişli hareketleri yapan kimse eğer hareketini sürdüremezse veya netice meydana gelmezse cürme teşebbüsten sorumludur*” diyerek bu teoriyi benimsediğini ortaya koymuştur²⁶⁰.

Ancak CARRARA’nın bu teorisi eleştiriden kurtulamamıştır. Her şeyden önce şüpheyeye yer vermeme konusunda ayırım yapmanın mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Bir suça yöneldiğinde şüphe olmayan bir hareketin hazırlık hareketi, şüpheli bir hareketin icra hareketi olması mümkündür. O halde, bu teori kabul edildiğinde çok kolay bir şekilde hazırlık hareketleri cezalandırılacaktır. Örneğin bir kişi diğerinden tehdit ile para almak için mektup yazmış ve mektup failin cebinde, henüz postalanmamış olsun. Bu mektubun bir suça yönelmiş olduğundan şüphe yoktur. Fakat mektup henüz cepte olduğundan yapılan hareket hazırlık hareketidir. CARRARA’nın ileri sürdüğü kriter benimsenecek olursa, bu hareketin

²⁵⁹ Bkz. DÖNMEZER-ERMAN, s. 419-420; TOZMAN, s. 83. Türk doktrininde Hafizoğulları-Özen bu görüşü benimsemektedir. Bkz. HAFIZOĞULLARI-ÖZEN, s. 333.

²⁶⁰ TOZMAN, s. 83.

cezalandırılması gerekir. Yine pencereye merdiven dayayan kişinin hareketi hiç şüphesiz konut dokunulmazlığını ihlal konusunda icra hareketidir. Fakat sevilen kadını kaçıрма, düşmanı öldürme, hırsızlık konusunda şüpheli bir harekettir²⁶¹.

bbb. Mağdurun Faaliyet Alanına Taşıma Teorisi

Şüpheye yer vermeme teorisi ile sorunun çözülmediğini anlayan CARRARA yeni bir görüş ileri sürmüştür²⁶². Buna göre, failin faaliyet alanında kalan hareketler hazırlık hareketleri, buna karşılık mağdurun faaliyet alanına giren hareketler ise icra hareketleridir²⁶³.

Bu görüş de eleştirilmiştir. Bir kere failin faaliyet alanı kavramı belirsizdir, dolayısıyla bizi kabulü mümkün olmayan sonuçlara götürebilir. Örneğin, patlayıcı madde içeren bir paket henüz alıcısının eline geçmeden fark edilir ve imha edilirse, bu teoriye göre hazırlık hareketi sayılacak, dolayısıyla cezalandırılmayacaktır²⁶⁴. Bu teori, ancak maddî konusu olan örneğin mülkiyete ve kişilere karşı işlenen suçlarda bir anlam ifade etmektedir. Bunun yanında, doğrudan bireysel değerleri korumayan suçlarda, örneğin firar suçlarında, mağdurun faaliyet alanının belirlenmesi oldukça güçtür²⁶⁵.

²⁶¹ SOYASLAN, s. 67.

²⁶² SOYASLAN, s. 68.

²⁶³ Bkz. TOROSLU, s. 258.

²⁶⁴ HAFIZOĞULLARI-ÖZEN, s. 332.

²⁶⁵ İPEKÇİOĞLU, s. 58.

ccc. Biçimsel Objektif Teori

Bu teoriye göre, hareket, suç tipinin unsur veya nitelikli hallerinden birisini oluşturuyor ise icra hareketi; buna karşılık suç tipinde öngörülmeleyen bir hareket söz konusu ise hazırlık hareketinden söz edilir²⁶⁶. Biçimsel objektif teori, VON-LISZT tarafından, “*icra başlangıcı suç tipinde netice unsuruna ilişkin faaliyeti belirten sözcüğün kapsamına dahil olan hareket*” şeklinde ifade edilmiştir. Örneğin, “bir kimseye ateş edilmesi hareketi, insan öldürme suç tipindeki öldürmek sözcüğüne girdiğinden, bu hareket icra hareketidir. Buna karşılık, ateş etme hareketine öngelen silahın omuza dayatılması, emniyet mandalının düşürülmesi ve nişan alma gibi hareketler hazırlık hareketidir”²⁶⁷.

Ceza kanunlarının güvence fonksiyonunu sağlama, yani kanunilik ilkesi bakımından yerinde olan bu teori, aslında icra hareketi olarak kabul edilmesi gereken durumların cezasız kalmasını sonuçlaması nedeniyle haklı olarak eleştirilmektedir²⁶⁸. Gerçekten de, biçimsel objektif teorinin ileri sürdüğü kriter esas alındığında örneğin hırsızlık yapmak için bahçe duvarını aşan, evin kapısını kıran, sahte anahtarı kullanan kimsenin cezalandırılmayacağı sonucuna varmak gerekir. Çünkü hırsızlık suçu için gerekli olan tipik hareket, başkasına ait taşınır malı bulunduğu yerden alınmasıdır²⁶⁹.

²⁶⁶ ÖZTÜRK-ERDEM, s. 288.

²⁶⁷ Bkz. DEMİRBAŞ, s. 408-409; SÖZÜER, s. 194.

²⁶⁸ DEMİRBAŞ, s. 409.

²⁶⁹ TOROSLU, s. 260.

ddd. Maddî Objektif Teori

Maddî objektif teori, hareketin suç tipiyle şekli değil, maddî bağlantısını, yani yapılan hareketin nitelik itibariyle değerlendirilmesini esas almak suretiyle, icra başlangıcını belirlemektedir²⁷⁰.

aaaa. Frank Teorisi

Frank teorisi sadece suç tipinde yer alan hareketleri değil, bu harekete doğrudan doğruya bağlı bulunan ve onunla bütünlük oluşturan hareketlerin yapılması halinde de bu hareketleri icra hareketi olarak kabul eder. FRANK tarafından geliştirilen bu teoriye göre, tipte öngörülmesi olmasa bile tipte öngörülen harekete doğal ve zorunlu olarak bağlı bulunan hareketler icra hareketleri sayılmalıdır²⁷¹. FRANK'a göre; tüfeğin omuza konulması, nişan alma, emniyet mandalını indirme faaliyetleri doğal anlamda ateş ederek öldürme hareketiyle bir bütünlük içinde olduklarından, bu davranışlar icra başlangıcı niteliğindedir. Yine, gürültü çıkarmadan kırmak için pencere camının sabunlanması, hırsızlık eylemi ile zorunlu bir bağlantı içinde olduğundan, bu faaliyet icra hareketi olarak kabul edilmelidir. Aynı şekilde, atardamarlarını kesmek maksadıyla mağdurun uyutulmasında da, icra hareketleri başlamıştır. Çünkü buradaki uyutma, doğrudan doğruya bağlantılı olması nedeniyle öldürme hareketinin ayrılmaz bir parçası sayılmalıdır²⁷².

²⁷⁰ DEMİRBAŞ, s. 409.

²⁷¹ Bkz. ÖZBEK-KANBUR-BACAĞSIZ-DOĞAN-TEPE, s. 440.

²⁷² Bkz. DEMİRBAŞ, s. 409.

Ancak bu teori, icra hareketlerine zorunlu olarak bağlı ve bu hareketlerle doğal bir bütünlük oluşturan hareketleri belirlemede belli ve sağlam bir kriter sunmaması nedeniyle eleştirilmiştir. Dolayısıyla bu durum, bir takım hazırlık hareketlerinin, suç tipinde belirlenen hareketlerle ilişkilendirilmesini mümkün kılmaktadır. İşte bu nedenle, cezalandırılma kapsamı dışında kalan kimi hazırlık hareketlerinin de cezalandırılması sonucu ortaya çıkmaktadır²⁷³.

bbbb. Tehlike Teorisi (Hukukî Konuyu İhlal Etme Teorisi)

Bu teori, normla korunan hukukî yararı ihlal eden hareketleri icra, bundan önceki hareketleri ise hazırlık hareketi olarak kabul etmektedir. Buna göre, suçun icrasına başlanıldığının kabulü için, hukuken korunan menfaatin “doğrudan veya somut” olarak bir tehlikeye maruz bırakılması gerekir. Tehlikenin varlığı ise, ortalama bir insanın sahip bulunduğu genel hayat tecrübelerine göre, *ex ante* bir şekilde deđerlendirilecektir²⁷⁴.

Bu teoriye karşılık, suç konusunun doğrudan veya somut biçimde tehlikeye dışürülmesinin kesin olarak belirlenemeyeceği; olayların çok yönlü bir çeşitlilik arzemesi nedeniyle her olay için geçerli ve belirli bir tehlike derecesinden bahsedilemeyeceği, dolayısıyla bu kriterin keyfi uygulamalara çok müsait olduğu ileri sürülmüřtür²⁷⁵.

²⁷³ İPEKÇİOĞLU, s. 61-62.

²⁷⁴ İPEKÇİOĞLU, s. 62.

²⁷⁵ SÖZÜER, s. 199.

cc. Karma Teoriler

Sübjektif ve objektif teorilerle icra başlangıcı konusunda tatmin edici çözümler ortaya konulmadığı ve bu görüşlerin cezalandırılabilirliğin sınırlarının aşırı genişlemesi ya da daraltılmasına neden olduğu gerekçesiyle, hazırlık-icra hareketi ayırımı bakımından üçüncü bir yol bulmak amacıyla bazı ölçütler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerin ortak noktasını, sübjektif bir temele dayanmak ve fakat bunu objektif ölçülerle tamamlamak oluşturmaktadır²⁷⁶.

WELZEL'e göre, *“teşebbüs failin kendi suç planına göre, kanunî suç tipini doğrudan doğruya gerçekleştirmek üzere giriştiği faaliyetle başlar”*; dolayısıyla failin planı, yapılan hareketin icra olup olmadığını belirler²⁷⁷. SCHRÖDER ise *“suç iradesini ortaya koyan hareket, eğer failin planına göre suç konusunu doğrudan tehlikeye koyuyorsa icra hareketlerine başlandığını”* ileri sürmektedir. Örneğin, failin bir evi gözetlerken yakalanması durumunda; eğer fail gözetleme esnasında en uygun fırsat ve yeri bulur bulmaz eve girmeyi düşünüyorsa, icra hareketleri başlamıştır. Buna karşılık eğer fail gözetleme ve bilgi toplamayı bitirip daha sonra hırsızlığa elverişli araçlarla tekrar dönüp eve girmeyi planlamışsa, bu durum hazırlık hareketi olarak görülecektir²⁷⁸.

²⁷⁶ SÖZÜER, s. 206.

²⁷⁷ Bkz. DEMİRBAŞ, s. 410.

²⁷⁸ Bkz. SÖZÜER, s. 206.

Alman Ceza Kanunu'nun 22. maddesinde, “*Her kim eyleme ilişkin tasavvuruna göre, bir suç tipini doğrudan doğruya gerçekleştirmeye girişirse, teşebbüs halindedir*” denilerek WELZEL'in görüşü esas alınmıştır²⁷⁹.

dd. Türk Ceza Hukukunda Benimsenen Teori

Türk Ceza Kanunu'nda “*doğrudan doğruya icraya başlayıp*” ifadesinin kullanılmış olması nedeniyle, icra başlangıcı konusunda bu teorilerden maddî objektif teorinin benimsendiği söylenebilir²⁸⁰.

Nitekim TCK'nın 35/2. maddesinin gerekçesine göre; “*Suçta teşebbüs düzenlemesinde getirilen diğer bir yenilik, icra hareketlerinin başlangıcına ilişkindir. Bilindiği üzere icra hareketlerinin ne zaman başladığının belirlenmesi kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasıyla yakından ilgilidir. Eğer failin kastının şüpheye yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkmasıyla icranın başlayacağı yolundaki sübjektif ölçüt kabul edilirse, kişinin düşüncesi ve yaşam tarzı dolayısıyla cezalandırılmasına varabilecek bir uygulamaya yol açılacaktır. Çünkü hazırlık hareketleri aşamasında da kastın varlığının şüpheye yer vermeyecek biçimde tespit edilebilmesi mümkün olup, böyle bir ölçüt hazırlık - icra hareketleri ayrımı konusunu bir kanıtlama sorunu hâline getirmektedir. Diğer bir deyişle, suçun icrasıyla ilgisiz davranışlar dahi, suç kastını ortaya koyduğu gerekçesiyle cezalandırılabilecektir. Açıklanan bu nedenlerle, Tasarıdaki ‘kastı şüpheye yer bırakmayacak’ ölçütü madde metninden çıkartılmış ve bunun yerine ‘doğrudan doğruya icraya başlama’ ölçütü kabul edilmiştir. Böylece*

²⁷⁹ SÖZÜER, s. 206-207.

²⁸⁰ CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s. 455; DEMİRBAŞ, s. 411.

işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanılmış sayılacaktır”.

ee. Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Benimsenen Teori

Rusya Federasyonu Ceza Kanunu’nda “*doğrudan doğruya suçun işlenmesine yönelik hareketler*” suça teşebbüs sayıldığı için, icra başlangıcı konusunda maddî objektif teorinin benimsendiği söylenebilir²⁸¹. Doktrinde de genellikle maddî objektif teorinin savunulduğu görülmektedir. Ancak bununla birlikte biçimsel objektif teoriyi savunan yazarlar da bulunmaktadır²⁸². Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi de bazı kararlarında biçimsel objektif teoriyi uygulamıştır²⁸³.

²⁸¹ Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi’nin 24.03.2010 Tarihli Kararı: “*A ve V, S’yi öldürmek amacıyla mağdurun yazlık evinin bağımsız mutfağına girmiş, A, orada bulunduğu demir çubuğu suçta kullanmak için hazırlık yaptığı sırada, onun hareketleri polisler tarafından durdurulmuştur. Yani suçun icracası olan A’nın hareketleri S’yi öldürmeye teşebbüs ettiği aşamada değil, bu suça hazırlık yaptığı aşamada durdurulmuştur. A, polisler tarafından yakalandığı için, doğrudan doğruya mağduru öldürmeye yönelik hareketleri gerçekleştirememiştir. Bu nedenle sanıkların hareketlerini insan öldürmeye hazırlık olarak değerlendirmek gerekir*”. (Byulleten № 6 2010 Goda, (2010 Yılı 6 No.lu Bülten), http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=6658, 22.01.2010); Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Kararı: “*Olayda, markette yapılan kontrol sırasında, satıcı P’nin son kullanma tarihi geçmiş olan salami satılması için vitrinde bulundurduğu tespit edilmiştir. Olay sırasında müşterilerden herhangi biri bu salami satın almadığından veya satın almak için bir harekette bulunmadığından P’nin hareketinin tüketicileri aldatma suçuna hazırlık niteliğinde olduğunu kabul etmek gerekir. RFCK’nın 30/2. maddesine göre, sadece ağır ve nitelikli ağır suçlara hazırlık ceza sorumluluğuna sebep olduğundan ve RFCK’nın 200. maddesinde düzenlenen tüketicileri aldatma suçu hafif suç olduğundan, P’nin fiili herhangi bir suç niteliği taşımamaktadır. Bu nedenle, ilk derece mahkemesinin P hakkında tüketicileri aldatma suçuna teşebbüsten kurduğu hüküm hatalıdır*”. (Byulleten № 10 2002 Goda, (2002 Yılı 10 No.lu Bülten), http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=2141, 22.01.2011); Smolenskiy Bölge Mahkemesi’nin 2009 Tarihli Kararı: “*A’nın davramışı uyuşturucu satma suçuna teşebbüs değil, bu suça hazırlık olarak değerlendirilmelidir. O, uyuşturucu maddeyi teslim ettiği sırada değil, onu satmaya hazırlık yaptığı (islaevine sokmaya çalıştığı) sırada yakalanmıştır*”. (http://oblsud.sml.sudrf.ru/modules.php?name=docum_sud&id=181, 19.05.2011).

²⁸² RAROG, s. 185.

²⁸³ Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi’nin 16.06.2010 ve 89-o10-13 Nolu Kararı: “*22-23 Aralık 2008 tarihinde Tyumen şehrindeki bir fabrika bölgesinde çıkan kavga sırasında D, Y ve Z, R’nin elindeki bıçağı onun elinden almış, onu ve onun yardımına gelen B’yi dövmüşlerdir. Daha sonra mağdurların polise başvuracaklarından endişe eden Z, onları öldürmeyi teklif etmiş ve bunun üzerine D, Y ve Z, R ve B’yi zorla nehir kenarına götürmüş ve orada R’yi bıçaklayıp ağır bir şekilde yaraladıktan sonra, onu buzda açılan delikte boğmuşlardır. Bu sırada mağdur B, kaçıp saklanmayı*

SERETELİ'ye göre; doğrudan doğruya suçun işlenmesine yönelik hareketler, sonucun gerçekleşmesine neden olmasa bile, yasayla korunan konunun “doğrudan ve somut” tehlikeye maruz kalmasına neden olan hareketlerdir. Bu tür hareketler engel nedenler bulunmadığında sonucun gerçekleşmesine neden olur²⁸⁴. Örneğin, mağduru öldürmek amacıyla failin mağdurun evinin kapısını kırması, mağdurun vücut bütünlüğüne etki etmediğinden ve insan hayatı için doğrudan tehlike yaratmadığından hazırlık hareketi olarak değerlendirilmelidir. Aynı hareketin hırsızlık amacıyla yapılması ise hırsızlık suçuna teşebbüs sayılmalıdır²⁸⁵.

NAUMOV'a göre; suça hazırlıktan farklı olarak, suça teşebbüste fail suçun hukukî konusuna doğrudan etki etmektedir. Örneğin fail mağdura ateş eder, ancak mermi boşa gider. Burada fail ateş ettiği anda mağdurun hayatı “doğrudan ve somut” tehlikeye maruz kalmaktadır. Yazara göre; eğer yapılan hareket suçun maddî

başarmış ve dolayısıyla sanıklar ona karşı işlemek istedikleri suçu tamamlayamamışlardır. Olayda B, nehir kenarına ilerde öldürülmek amacıyla getirilmiştir. Yani onun öldürülmesi için ortam yaratılmış, fakat sanıklardan hiçbirisi doğrudan doğruya öldürmeye yönelik hareketleri gerçekleştirmemiştir. Bu koşullarda sanıkların B'ye karşı olan hareketlerini insan öldürmeye teşebbüs olarak değil, insan öldürmeye hazırlık olarak kabul etmek gerekir”. (http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=7122, 20.05.2011); Bir olayda sarhoş durumda olan O, satıcı olarak çalışan E'nin evinin bulunduğu yere gelmiş, evin kapısına vurarak ondan kendisine bir şişe votka satmasını talep etmiştir. O'nun bu talebi geri çevrilmiş, ancak O, kapıya vurmaya devam etmiştir. Bunun üzerine E'nin kocası dışarı çıkarak O'ya yaptığı çirkinliğe son vermesini söylemiştir. Tüm bunlara alınan O, E'yi öldüreceğini söylemiş, evine giderek dolu tüfeğini almış, tekrar E'nin evinin bulunduğu yere gelmiş ve E'yi öldüreceği konusunda bağıarak tehditler savurmuştur. O esnada 25-30 metre uzaklıkta duran E'nin kocasını fark eden O, “seni öldüreğim” diye bağırmış ve tüfeğini hazır konuma getirerek E'nin kocasına doğru koşmuştur. Ancak O, olay yerine yetişen kolluk görevlisi Ç tarafından yakalanarak etkisiz hale getirilmiştir. Bu olayda O'nun davranışları suçun işlenmesi için kasten farklı ortam yaratma, yani insan öldürme suçuna hazırlık olarak değerlendirilmiştir. (Sbornik Postonovleniy Plenuma, Prezidyuma i Opredeleniy Sudebnoy Kollegii Po Ugolovnim Delam Verhovnogo Suda RSFSR 1961-1963 Goda (1961-1963 Yılı RSFSR Yüksek Mahkemesi Genel Kurul, Başkanlık ve Ceza Daireleri Kararlar Dergisi), Moskva 1964, s. 81-82, (Bkz. İGNATOV-KRASİKOV, s. 212)).

²⁸⁴ SERETELİ, s. 11.

²⁸⁵ SERETELİ, s. 14. Aynı görüşte: TRAYNİN, s. 31. Aksi görüşte Veliyev: “Mağduru öldürmek amacıyla failin mağdurun evinin kapısını kırması, mağdurun hayatı için doğrudan tehlike yaratmaktadır ve insan öldürmeye teşebbüs olarak değerlendirilmelidir”. VELİYEV, s. 130.

unsurunun bir kısmını oluşturuyor ise icra hareketi, oluşturmuyor ise hazırlık hareketi sayılır. Durum böyle olunca, aynı hareket bir suçta icra hareketi iken, bir başka suçta hazırlık hareketi sayılabilir. Örneğin hırsızlık amacıyla konuta girilmesi icra hareketidir. İnsan öldürmek amacıyla konuta girilmesi ise hazırlık hareketidir. Çünkü ikinci örnekte yapılan hareket insan öldürme suçunun maddî unsuru kapsamında değildir²⁸⁶.

GRİŞAYEV-ZDRAVOMISLOV'a göre; suça teşebbüste suçun hukukî konusu doğrudan tehlikeye maruz kalmışken, suça hazırlıkta böyle bir tehlike bulunmamaktadır. Örneğin fail öldürmek kastıyla mağdura silahla ateş ettiğinde mağdurun hayatı; mağdurun evine hırsızlık için girdiğinde ise mağdurun mülkiyet hakkı doğrudan tehlikeye maruz kalmaktadır. Dolayısıyla suçun hukukî konusunun doğrudan tehlikeye maruz kalma anı, icra hareketlerine başlama anı olarak kabul edilmelidir²⁸⁷.

PİONTKOVSKİY-ROMAŞKİN-ÇHİKVADZE'ye göre; hazırlık hareketleri, ilerde işlenecek suç için ortam yaratmak olup, hukukî konu için doğrudan bir tehlike oluşturmamaktadır. Buna karşılık, icra hareketleri hukukî konu için somut ve doğrudan bir tehlike oluşturmaktadır. Örneğin fail mağdura ateş etmiş, ancak mermi boşa gitmişse, fail ateş ettiği sırada mağdurun hayatı somut tehlikeye maruz kalmıştır²⁸⁸.

²⁸⁶ NAUMOV, s. 302-303.

²⁸⁷ GRİŞAYEV-ZDRAVOMISLOV, s. 200-201.

²⁸⁸ PİONTKOVSKİY-ROMAŞKİN-ÇHİKVADZE, s. 409.

TAGANSEV'e göre; konutta hırsızlık durumunda, eve girilmesi ve eşyaların alınması icra hareketi sayılmalıdır. Buna karşılık merdiven getirilmesi, merdivenin pencereye dayatılması gibi konuta girmeyi mümkün hale getiren hareketler ise hazırlık hareketi sayılmalıdır. Yine yazara göre; mağduru gizlice zehirlemek isteyen failin zehir elde etmesi, bu zehri içeceğe katması, bu içeceği mağdura doğru götürmesi hareketleri suça hazırlık sayılmalıdır. Buna karşılık failin bu içeceği mağdura sunma hareketi icra başlangıcı sayılmalıdır. Ancak eğer fail bu içeceği mağdurun içmesini beklemek üzere mağdurun önündeki masaya koyarsa, yine icra hareketlerine başlanmış sayılmaz. Bu durumda ise mağdur zehirli içeceği eline alarak ağzına doğru götürürse, ancak o zaman icra hareketlerine başlanmış olur²⁸⁹.

TİŞKEVİÇ'e göre; doğrudan doğruya suçun işlenmesine yönelik hareketler, tamamlanmış suçu meydana getirmeleri mümkün olan hareketlerdir. Yazara göre; failin mağdura nişan alması, hırsızlık amacıyla kilidi kırması gibi hareketler de icra hareketi sayılır. Çünkü engel nedenler bulunmadığı durumlarda bu tür hareketler suçun tamamlanmasına neden olabilir. Aynı şekilde elverişsiz teşebbüs hallerinde de failin hareketleri tamamlanmış suçu meydana getirebilecek hareketlerdir. Çünkü elverişsiz teşebbüs hallerinde, fail yanılmasaydı, hareketleri suçun tamamlanmasına neden olabilirdi²⁹⁰.

²⁸⁹ TAGANSEV, s. 165.

²⁹⁰ TİŞKEVİÇ, s. 87-88.

KUZNESOVA'ya göre; hazırlık hareketleri başlı başına suç tipindeki sonucu meydana getirebilecek hareketler değildir. Buna karşılık icra hareketleri kendiliğinden doğrudan suç tipindeki sonucu meydana getiren hareketlerdir²⁹¹.

DURMANOV'a göre; failin elverişsiz araçlarla suçun icrasına başladığı durumlarda, kanunî tipteki hareketi gerçekleştirdiğinden söz edilemez. Yine elverişsiz teşebbüs hallerinde, hukukî konunun somut bir tehlikeye maruz kaldığı da söylenemez. Bu yüzden teşebbüsü hazırlık hareketlerinden ayıran nokta, teşebbüste failin iradi hareketlerinin doğrudan doğruya suçun işlenmesine yönelik olması, yani hukukî konunun doğrudan ihlal edilmesidir²⁹². Yani yazara göre, biçimsel ve maddî objektif teorinin kabulü halinde işlenemez suça teşebbüs hallerinin neden cezalandırıldığı açıklanamaz. Ancak yazarın hazırlık-icra hareketi ayırımı için önerdiği “hukukî konunun doğrudan ihlal edilmesi” kriterinin, “hukukî konunun somut tehlikeye maruz kalması” kriteri ile aynı şey olduğu ileri sürülmüştür²⁹³. Kanaatimizce DURMANOV'un işlenemez suça teşebbüs konusunda yapmış olduğu tespit doğru olmakla birlikte, hazırlık-icra hareketi ayırımı konusunda önerdiği kriter doğru değildir. Çünkü işlenemez suça teşebbüs durumlarında hukukî konunun doğrudan ihlal edildiğinden de söz edilemez.

²⁹¹ KUZNESOVA, s. 300.

²⁹² DURMANOV, Stadii Soversheniya Prestupleniya (Suçun İşlenme Evreleri), s. 106, 111-112.

²⁹³ PİONTKOVSKIY-ROMAŞKİN-ÇİHKVADZE, s. 410.

c. Eksik - Tam Teşebbüs Ayırımı

Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nda eksik-tam teşebbüs ayırımı bulunmamakla birlikte²⁹⁴, uygulama bakımından önemli olması nedeniyle, doktrinde eksik-tam teşebbüs ayırımı yapılmaktadır. Çünkü RFCK'nın 60/3. maddesinde cezanın belirlenmesi sırasında mahkemenin suçun sosyal tehlikelilik derecesini dikkate alması gerektiği hükme bağlanmıştır. Kuşkusuz failin tamamlanmış suça daha çok yaklaşması sebebiyle, tam teşebbüs, eksik teşebbüse oranla sosyal açıdan daha tehlikeli sayılır ve bunun cezanın belirlenmesi sırasında dikkate alınması gerekir. Ayrıca eksik-tam teşebbüs ayırımı gönüllü vazgeçme bakımından da önemlidir²⁹⁵. Çünkü Rusya Federasyonu ceza hukukunda gönüllü vazgeçme eksik teşebbüs hallerinde mümkündür. Tam teşebbüs hallerinde ise gönüllü vazgeçmeden değil, etkin pişmanlıktan söz edilebilir.

Ancak Rusya Federasyonu doktrininde eksik-tam teşebbüs ayırımının hangi kritere göre yapılması gerektiği tartışmalıdır.

²⁹⁴ Eksik - tam teşebbüs ayırımı 1926 ve 1960 tarihli RSFSC ceza kanunlarında da bulunmamaktadır. 1922 tarihli RSFSCCK'nın 13. maddesinde ise dolaylı olarak eksik ve tam teşebbüsün tanımı yapılmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre; "*Fail amacını gerçekleştirmek için gerekli olan her şeyi yapmadığında veya gerekli olduğunu düşündüğü her şeyi yapmasına rağmen, elinde olmayan nedenlerle neticenin gerçekleşmemesi halinde, suç işlemeye yönelik hareketler suça teşebbüs sayılır*". Ancak doktrinde haklı olarak bu tanımın yanlış olduğu ifade edilmiştir. Çünkü maddede eksik teşebbüs bakımından objektif kriter esas alınmışken, tam teşebbüs bakımından subjektif kriter esas alınmıştır. (DURMANOV, Stadii Soverşeniya Prestupleniya (Suçun İşlenme Evreleri), s. 147; TİŞKEVİÇ, s. 158).

²⁹⁵ NAUMOV, s. 307; KRİGER-KURİNOV-TKAÇEVSKİY, s. 239-240.

Objektif kriteri esas alan birinci görüşe göre²⁹⁶, eksik-tam teşebbüs ayırımı, suçun tamamlanması için gerekli olan hareketlerin somut olarak gerçekleşip gerçekleşmediğine göre yapılmalıdır. Buna göre, fail suçun tamamlanması için gerekli olan tüm hareketleri gerçekleştirmişse, tam teşebbüsten söz edilir. Buna karşılık, fail suçun tamamlanması için gerekli olan hareketlerin sadece bir kısmını gerçekleştirmişse, eksik teşebbüsten söz edilir.

Bu görüş, suçun tamamlanması için gerekli olan hareketlerin tamamının gerçekleştirilmesi halinde, zaten genellikle suçun tamamlanmış olacağı ve böylece tam teşebbüs örneklerinin azalacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir²⁹⁷. Örneğin bu görüşün kabul edilmesi halinde, mağdura nişan almanın çok zor olduğu bir mesafeden ateş eden failin fiili, eksik teşebbüs olarak değerlendirilecektir. Çünkü bu örnekte, fail mağdura yaklaşmayarak, gereken tüm hareketleri gerçekleştirmemiştir. Rusya Federasyonu ceza hukukunda cezalandırılan elverişsiz teşebbüs hallerinin tümünün eksik teşebbüs sayılmasına neden olacağı, bu görüşe getirilen bir diğer eleştiridir²⁹⁸.

Sübjektif kriteri esas alan ikinci görüşe göre²⁹⁹, eksik-tam teşebbüs ayırımı failin iradesine göre yapılmalıdır. Buna göre, fail suçun tamamlanması için gerekli

²⁹⁶ ŞARGORODSKİY, Mihail, Vina i Nakazaniye v Sovetskom Ugolovnom Prave (Sovyet Ceza Hukukunda Kusur ve Ceza), Moskva 1945, s. 26-27; TİŞKEVİÇ, s. 159; ZAGORODNİKOV, s. 120.

²⁹⁷ KRİGER-KURİNOV-TKAÇEVSKİY, s. 240; PİONKOVSKİY-ROMAŞKİN-ÇİHKVADZE, s. 427.

²⁹⁸ TAGANSEV, s. 167.

²⁹⁹ NAUMOV, s. 306-307; RAROG, s. 187; KOROLKOV, s. 86-87; ZDRAVOMISLOV, Boris, Ugolovnoye Pravo Rossiyskoy Federasii (Rusya Federasyonu Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 1999, s. 228-229; SOLOPANOV, s. 91-92; MAGOMEDOV, s. 58; REVİN, s. 213;

olduğunu düşündüğü tüm hareketleri gerçekleştirmişse, tam teşebbüsten söz edilir. Buna karşılık, fail suçun tamamlanması için gerekli olduğunu düşündüğü hareketlerin sadece bir kısmını gerçekleştirmişse, eksik teşebbüsten söz edilir.

Bu görüş ise aslında gerçekte icra hareketlerinin tamamlanmasına rağmen, failin bu hareketlerin yetersiz olduğunu düşündüğü durumlarda gereksiz yere fiilin eksik teşebbüs olarak değerlendirilmesi sonucunu doğuracağı gerekçesiyle eleştirilmiştir³⁰⁰. Ayrıca failin suçu gerçekleştirme sürecinde, düşüncelerinde değişiklik olabileceği gibi, fail suçun icrasına başladıktan sonra hareketinin gelişimi ile ilgili kesin bir plan da yapmamış olabilir³⁰¹. Durum böyle olunca, belirsiz fail planının temel alınarak, icranın bitip bitmediği konusunda karar verilmesi tamamen keyfi uygulamalara yol açabilecektir³⁰². Yine fail kendi düşüncesine göre icra hareketlerini tamamlamasına rağmen, bu hareketlerin devamı olduğunu kanıtlayıp, gönüllü vazgeçmiş gibi davranabilir ve bu imkândan yararlanabilir³⁰³.

Üçüncü görüşe göre³⁰⁴ ise, eksik-tam teşebbüs ayırımı hem objektif, hem de subjektif kriter esas alınarak yapılmalıdır. Bu görüşe göre, fail suçun tamamlanması için gerekli olduğunu düşündüğü ve suçun tamamlanması için gerçekten de gerekli

TER-AKOPOV, s. 43-44; DURMANOV, Stadii Soversheniya Prestupleniya (Suçun İşlenme Evreleri), s. 146; PİONKOVSKIY-ROMAŞKİN-ÇHİKVAĞZE, s. 425-426.

³⁰⁰ TAGANSEV, s. 167.

³⁰¹ İPEKÇİOĞLU, s. 119; SÖZÜER, s. 223.

³⁰² SÖZÜER, s. 223.

³⁰³ İPEKÇİOĞLU, s. 119.

³⁰⁴ KOZAÇENKO-NEZNAMOVA, Obşaya Çast (Genel Kısım), s. 222; VETROV, s. 195-196; VELİYEV, s. 159.

olan tüm hareketleri gerçekleştirmişse, tam teşebbüsten söz edilir. Buna karşılık, fail suçun tamamlanması için gerekli olduğunu düşündüğü ve suçun tamamlanması için gerçekten de gerekli olan hareketlerin sadece bir kısmını gerçekleştirmişse, eksik teşebbüsten söz edilir.

Bu görüş de, failin düşüncesindeki icra hareketleri ile somut olarak suçun tamamlanması için gerekli olan icra hareketlerinin çakışacağı varsayımından hareket ettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Örneğin fail depodaki eşyaların tamamını yok etmek için yangın çıkarmış, ancak yakılan ateş kendiliğinden sönmüş olabilir. Bu örnekte, failin düşüncesine göre icra hareketleri tamamlanmış ise de, somut olarak icra hareketleri tamamlanmamıştır³⁰⁵.

Rusya Federasyonu doktrininde subjektif kriteri esas alan ikinci görüş baskındır³⁰⁶. KUZNESOVA'ya göre; doktrinde icra başlangıcının tespiti bakımından objektif kriteri esas alan yazarların, icra bitimi bakımından subjektif kriteri esas alması anlaşılabilir bir durum değildir³⁰⁷.

³⁰⁵ ZDRAVOMISLOV, s. 228.

³⁰⁶ KRİGER-KURİNOV-TKAÇEVSKİY, s. 240; MİNKOVSKİY, Genrih-MAGOMEDOV, Asbeg-REVİN Valeriy, Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Moskva 1998, s. 51.

³⁰⁷ Kuznesova, bu tespitinin ardından eksik-tam teşebbüs ayırımının gereksiz olduğunu savunmaktadır. Yazara göre, eksik-tam teşebbüs ayırımının teorik ve pratik açıdan bir önemi bulunmamaktadır. İcra hareketleri bölünemez ve bu hareketlerin her bir kısmı sonucun gerçekleşmesi için aynı derecede öneme sahiptirler. Ayrıca olayların büyük bir kısmında icra hareketlerini birbirinden ayırmak mümkün değildir. Kişi ya hazırlık hareketlerini ya da suçun icrasını gerçekleştirir. Ayrıca teşebbüste suç faaliyetinin başta veya sonda kesintiye uğramasının bir önemi bulunmamaktadır. Çünkü her iki durumda da suç faaliyeti failin iradesi dışında durdurulmaktadır. (KUZNESOVA, s. 303-305).

Türk doktrinde DÖNMEZER-ERMAN tarafından savunulan bir görüŖe göre; fail yaptığı hareketleri yapılmamış saydırma iktidarına sahipse ve yaptığı hareketlerin bütün iz ve eserlerini ortadan kaldıracak durumda ise eksik teşebbüs vardır. Buna karşılık yaptığı hareketlerin iz ve eserlerini ortadan kaldıramıyor, başka bir ifadeyle fail ne yaparsa yapsın bu hareketleri yapılmamış saydıramıyor, yalnızca tipik sonucun meydana gelmesini önleyebiliyorsa tam teşebbüs söz konusu olur³⁰⁸. Ancak bu kriterin yerinde olmadığı ve bütün olaylarda uygulanamayacağı belirtilmiştir. Örneğin fail mağdura ateşlemek üzere yönelttiği silahı onun yalvarması üzerine ateşlemekten vazgeçerse, icranın bitmiş olduğu kabul edilecektir. Çünkü failin vazgeçmesine rağmen mağdura yöneltilen silahın mağdur üzerindeki tehdit edici etkisinin iz ve eserleri silinemeyeceğinden, fail yapmış olduğu hareketi yapılmamış duruma getiremeyecektir. Buna karşılık aynı hareket mağdurun görmeyeceği bir biçimde yapılır ve fail silahını ateşlemekten vazgeçerse, icra hareketlerinin bitmediği sonucuna varılacaktır. Çünkü fail hareketinin iz ve eserlerini silebilmektedir³⁰⁹.

Bizce, icra başlangıcının tespiti için esas alınan kriter hangi nitelikte ise, icra bitiminin tespiti için esas alan kriterin de aynı olması gerekir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, Rusya Federasyonu doktrinde ve uygulamasında icra başlangıcının tespiti konusunda bizim de katıldığımız objektif kriter esas alınmaktadır. Bu nedenle icra bitiminin tespiti konusunda da objektif esaslardan hareket etmek gerekir. Kanaatimizce eksik-tam teşebbüs ayırımı şu şekilde yapılmalıdır: “*Olağan tecrübi bilginin ortaya koyduğu anlayışa göre, eğer fail icra ettiği en son hareketle olayı*

³⁰⁸ DÖNMEZER-ERMAN, s. 433.

³⁰⁹ SÖZÜER, s. 225.

kendi hakimiyet alanından çıkarmış, böylece tipik neticenin gerçekleşmesi büyük bir ihtimal dahiline girdiğinden dolayı suç konusu somut - objektif bir tehlikeye maruz bırakılmışsa, yapılan hareket suçun tamamlanması bakımından yeterli olup, icra hareketleri bitmiştir. Örneğin failin mağduru öldürmek için bir kurşun attıktan sonra diğer kurşunları kullanmaktan kendi isteği ile vazgeçmesi durumunda tam teşebbüs vardır. Çünkü atılan kurşun ile olay failin egemenlik alanından çıkmakta ve büyük ihtimalle öldürme neticesinin gerçekleşmesine yol açtığından mağdurun yaşamını somut-objektif olarak tehlikeye sokmaktadır. Ayrıca failin yaptığı hareketlerden sonra, olayı kendi hakimiyet alanının dışına çıkarması ölçütü kullanılırken, failin düşüncesi değil objektif veriler esas alınmalı ve bu bakımdan her somut olaydaki mevcut koşullara göre bir değerlendirme yapılmalıdır”³¹⁰.

C. SUÇA TEŞEBBÜSÜN SOSYAL TEHLİKELİLİĞİ

1. Genel Olarak

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, Rusya Federasyonu ceza hukukunda bir fiilin ceza kanununda yazılı suç tipine uygun olması tek başına suçun oluşması için yeterli olmamakta, bu fiilin suç sayılabilmesi için “sosyal tehlikeli” olması da gerekmektedir. Çünkü RFCK’nın 14/2. maddesinde, “*Bu Kanunda öngörülen herhangi bir fiilin unsurlarını biçimsel olarak içerse bile, az önemli olduğu için sosyal tehlikeli sayılmayan hareket (hareketsizlik) suç sayılmaz*” hükmü yer almaktadır.

³¹⁰ Bkz. SÖZÜER, s. 225-226.

RFCK'nın 14/2. maddesi, kuşkusuz sadece tamamlanmış suçlara özgü bir hüküm olmayıp, tamamlanmamış suçlarda da uygulanabilmektedir³¹¹. Dolayısıyla suça teşebbüsün suç sayılabilmesi ve cezalandırılabilmesi, onun sosyal tehlikeli olması şartına bağlıdır.

Suçta teşebbüste fiilin sosyal tehlikeli olup olmadığı tespit edilirken, hukukî konunun önem derecesi, meydana gelebilecek zararın değeri ve zararın gerçekleşme ihtimalinin derecesi dikkate alınmalıdır. Eğer teşebbüs edilen suçun hukukî konusu az önemli veya hukukî konuya verilebilecek zararın değeri az ise, bu fiilin RFCK'nın 14/2. maddesi kapsamında değerlendirilmesi ve dolayısıyla suç oluşturmaması mümkündür³¹².

Doktrinde bazı yazarlar hakaret suçu gibi hafif suçlara teşebbüsün RFCK'nın 14/2. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ve dolayısıyla cezalandırılmaması gerektiğini savunmaktadırlar³¹³. Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nu iktibas eden Kazakistan Cumhuriyeti Ceza Kanunu'nda bu görüşe yer verilerek, hafif suçlara teşebbüsün cezalandırılmayacağı kabul edilmiştir (m.24/4).

RSFSC Yüksek Mahkemesi bir kararında; demiryolu istasyonunda bulunan yük vagonundan karpuz çalmaya çalışırken yakalanan G'nin fiilinin az önemli olması nedeniyle sosyal tehlikeli olmadığına ve dolayısıyla hırsızlık suçuna teşebbüsü

³¹¹ SERETELİ, s. 12.

³¹² SERETELİ, s. 12.

³¹³ TRAYNİN, s. 33; TİŞKEVİÇ, s. 213.

oluşturmadığına karar vermiştir. Yüksek Mahkeme bu kararına gerekçe olarak G'nin yanında karpuzları taşımak için özel araç ve gereçler bulunmadığından failin önemli bir zarara neden olamayacağını göstermiştir³¹⁴. RF Yüksek Mahkemesi bir başka kararında ise 54 ruble değerindeki eşyayı çalmaya teşebbüs eden failin failinin az önemli olması sebebiyle sosyal tehlikeli olmadığına ve hırsızlık suçuna teşebbüsün oluşmadığına karar vermiştir³¹⁵.

2. İşlenemez Suç (Elverişsiz Teşebbüs) ve Onun Sosyal Tehlikeliliği

Fail tarafından gerçekleştirilmek istendiği halde, “suçun maddî konusunun bulunmaması” veya “kullanılan araçların elverişsiz olması” nedeniyle işlenemeyen fiile, işlenemez suç (elverişsiz teşebbüs) denmektedir³¹⁶. İşlenemez suç, bir ceza kanunu hükmünü ihlale yönelmiş olmasına rağmen, ya hareketin (aracın) ihlal edilmek istenen suçu karakterize eden zarar veya tehlikeyi meydana getirmeye elverişli olmaması yahut hareketin konusunun bulunmaması sebebiyle başarısız kalmaya mahkûm bir davranış olarak da tanımlanmaktadır³¹⁷.

³¹⁴ Bkz. YAKİMENKO, <http://ex-jure.ru/law/news.php?newsid=54>, 05.02.2011.

³¹⁵ Karar için bkz. Byulleten № 9 2000 Goda (2000 Yılı 9 No.lu Bülten), http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=3194, 22.01.2010.

³¹⁶ ÖZTÜRK-ERDEM, s. 298.

³¹⁷ ALACAKAPTAN, Uğur, İşlenemez Suç, Ankara (tarihsiz), s. 1-2; ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, s. 628; DEMİRBAŞ, s. 422. Dönmezer-Erman ise işlenemez suç şu şekilde tanımlamaktadır: “ya kullanılan araçların elverişsiz olması ya da suç konusunun bulunmaması sebebiyle icra hareketlerinin bitirilmesine veya neticenin meydana getirilmesine imkân bulunmayan hallerde işlenemez suçtan söz edilir.” DÖNMEZER-ERMAN, s. 450.

Türk doktrinde işlenemez suçta bazen “muhal suç”, işlenmez suç³¹⁸, “işlenemez suçta teşebbüs”³¹⁹ gibi adlar da verilmektedir.

İşlenemez suçta, fail kanunun suç olarak öngördüğü bir sonucu gerçekleştirmek için hareket etmekte, ancak kullanılan araçların elverişli olmaması yahut işlenmek istenen suçun üzerinde gerçekleştirileceği maddî konunun bulunmaması nedeniyle, bu sonucu gerçekleştirememektedir. Örneğin öldürmek amacıyla bir kimseye, zehir zannederek tebeşir tozu vermek veya canlı zannederek cesede ateş etmek böyledir³²⁰.

İşlenemez suç, sözde suçtan farklıdır. Sözde suçta failin gerçekleştirmeyi düşündüğü eylem, yasada suç olarak tanımlanmamıştır. İşlenemez suçta ise failin düşündüğü eylem yasada suç olarak tanımlanmıştır. Ancak, aracın elverişsizliği veya maddî konunun yokluğu nedeniyle amaca ulaşamamaktadır³²¹.

İşlenemez suçun cezalandırılıp cezalandırılmayacağı konusunda ileri sürülen teorileri iki grup altında toplamak mümkündür.

³¹⁸ EREM-DANIŞMAN-ARTUK, s. 304.

³¹⁹ DEMİRBAŞ, s. 422.

³²⁰ TOROSLU, s. 265.

³²¹ CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s. 471.

a. İşlenemez Suçun Cezalandırılması Gerektiğini Savunan Görüşler

aa. Sübjektif Teori

Sübjektif teoriye göre; teşebbüsün cezalandırılma nedeni, suça yönelmiş olan iradenin dış dünyada belirmesi olup, objektif anlamda bir tehlikenin gerçekleşmiş olması değildir. Bu sebeple, suçun neticesinin, elverişli araçların elverişli bir konu üzerinde kullanılmış olmasına rağmen meydana gelmemesi ile araçların elverişsiz ve konunun yokluğu yüzünden meydana gelmemesi arasında hiçbir fark yoktur. Zaten, elverişsizlik her teşebbüs olayının yapısında vardır. Neticenin meydana gelmemiş olması durumu, teşebbüsün her hâlde elverişsiz olduğunu gösterir. Failin hareketleri elverişli olsaydı, fiil teşebbüs halinde kalmaz, neticeye ulaşarak tamamlanırdı³²².

Ancak sübjektif teori taraftarları şiddetli gördükleri sonuçlarını hafifletmeye çalışmışlardır. Buna göre, bir kimseyi büyü yaparak öldürmeye kalkışan kimsenin fiilinde cezalandırılabilir bir teşebbüs bulunmamaktadır. Teşebbüs edilen hareket, realiteyle her türlü bağlantısını kaybettiği takdirde (batıl inançlarla girişilen teşebbüs gibi) iradeyi cezalandırmanın her türlü nedeni ortadan kalkar. “*Empresyon teorisi*” adı verilen görüş de, batıl inançlarla yapılan teşebbüslerde herhangi bir tehlikelilik halinin bulunmadığını ileri sürer. Böyle görüşe göre, toplum vicdanı bundan rahatsız olmayacağı gibi, düzenin güveni de ihlâl edilmiş olmaz³²³.

³²² ALACAKAPTAN, s. 33-34.

³²³ ALACAKAPTAN, s. 35.

Sübjektif teori, aşırılığa götürmesi nedeniyle eleştirilmiştir; çünkü ceza vermek için yalnız kastın ortaya çıkması yeterli olduğuna göre, ceza hukuku sahası dışına çıkılarak, hiçbir zarar veya zarar ihtimali bulunmayan hallerde de ceza vermek gerekecektir. Örneğin, ölmüş bir kimsenin canlı zannedilerek öldürölmek istenmesi durumu böyledir³²⁴. Ayrıca bu teorinin batıl inançlarla girişilen teşebbüs hallerinin cezalandırılmayacağını savunması nedeniyle kendi içinde çeliştiği ileri sürölmüştür. Çünkü madem ki, teşebbüsün cezalandırılma nedeni suç işleme iradesinin dışı vurulmasıdır, düşmanını öldürmek için, büyü şeklinde de olsa bir takım maddî hareketlere girişmiş bulunan kimsenin suça teşebbüs etmiş olduğunun kabulü gerekirdi³²⁵.

bb. Sübjektif Tehlike Teorisi

Pozitivistler tarafından ileri sürölen bu görüşe göre; cezalandırma bakımından önemli olan husus, hukuk tarafından korunan hak veya menfaatin bilfiil maruz kaldığı objektif tehlike değil, suça yönelmiş olan bir iradenin dışı dünyada belirmesidir. Ancak, bu teori bu noktadan sonra sübjektif teoriden ayrılmaktadır. Buna göre, teşebbüsün cezalandırılabilmesi için suç işleme iradesinin dışı vurulmasının yanında, failin ahlaki kötölüğünün de belirlik kazanması gerekir³²⁶. Araçların elverişsizliği failin tehlikeliliğini göstermiyor ise teşebbüs cezalandırılmaz. Çünkü suçlu iradeyi, tehlikeli olmadığı zaman cezalandırmak için bir sebep

³²⁴ DEMİRBAŞ, s. 423.

³²⁵ ALACAKAPTAN, s. 38.

³²⁶ ALACAKAPTAN, s. 40-41.

yoktur³²⁷. O halde, kullanılan araçlar, sonucu meydana getirmek için elverişsiz ise, failin tehlikeli olup olmadığına bakmak gerekir. Şayet fail tehlikeli ise teşebbüs hali mevcuttur, aksi takdirde teşebbüsün bulunmadığını kabul etmek gerekir³²⁸.

Örneğin şeker ile insan öldürmek isteyen fail cezalandırılmaz; ancak arsenik vermek isterken hata sonucu şeker veren fail cezalandırılır. Çünkü birinci halde fail tehlikeli değildir. Oysa ikinci halde hareket failin tehlikeliliğini ortaya koymaktadır³²⁹.

b. İşlenemez Suçun Cezalandırılmaması Gerekliğini Savunan Görüşler

aa. Objektif Teori

Bu teoriye göre, hukuk ile ahlâk birbirinden ayrılmalı, hukukî konuların çözümünde ahlâki endişeler rol oynamamalıdır. Bir hareketin hukuka aykırı olarak nitelendirilebilmesi için yalnızca kast yeterli değildir, aynı zamanda bir hakkı ihlâl etmiş veya tehlikeye düşürmüş olması da gerekir. Bu nedenle gerçekleşmesi imkânsız olana teşebbüs eden kimsenin fiili cezalandırılmaz³³⁰.

Teşebbüsü bütün olan suçun bir parçası olarak gören bu teoriye göre, teşebbüs için icra hareketlerine başlanması gerekir. Eğer araç veya konu sonucun meydana

³²⁷ SOYASLAN, s. 97.

³²⁸ İPEKÇİOĞLU, s. 98.

³²⁹ SOYASLAN, s. 33.

³³⁰ ALACAKAPTAN, s. 44.

gelmesine elverişli değilse, icraya başlanıldığından söz edilemez. Başka bir ifadeyle, bütünün gerçekleştirilmesinin imkânsız olduğu hallerde, parçanın gerçekleştirilmesi de imkânsızdır. Gerçekleştirilmesi imkânsız olan şeyin icrasına da başlanılamaz³³¹.

Objektif teori, gerek konu, gerek araç yönünden elverişsizliği ikiye ayırmakta ve her iki durumda da elverişsizlik mutlak ise, failin cezalandırılmamasını; eğer nisbî elverişsizlik varsa failin teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılmasını savunmaktadır³³². Buna göre, işlenmesi kastedilen suçun hiçbir şekilde meydana gelmesi mümkün değilse, araçta veya konuda mutlak elverişsizlik vardır. Buna karşılık aracın, yeterli miktar veya şekilde kullanılmaması ya da konunun o sırada tesadüfen olay yerinde bulunmaması gibi sebeplerle, aslında neticeyi meydana getirme iktidarına sahip hareketlerden zararlı veya tehlikeli bir durum meydana gelmemişse, araçta veya konuda nisbî elverişsizlik söz konusu olur³³³. Örneğin, öldürülmek istenen kimse daha önceden ölmüşse, hırsızlık için girilen bina aslında boşsa, kendini gebe sanıp çocuk düşürtücü ilaçlar içen kadın aslında gebe değilse, konu bakımından mutlak elverişsizlik vardır³³⁴. Yine bir takım büyülerle bir kimseyi öldürmeye kalkışma³³⁵, aspirin ile çocuk düşürtmeye girişme, hasmını öldürmek için arsenik yerine su kullanma, oyuncak tabanca veya şeker ile insan öldürmeye kalkışma hallerinde araç bakımından mutlak elverişsizlik vardır³³⁶. Buna karşılık

³³¹ ALACAKAPTAN, s. 45.

³³² DEMİRBAŞ, s. 422.

³³³ ALACAKAPTAN, s. 46.

³³⁴ DÖNMEZER-ERMAN, s. 452.

³³⁵ DÖNMEZER-ERMAN, s. 452.

³³⁶ SOYASLAN, s. 157.

yattığı odaya dinamit konulan kişi o gece başka odada yatmış veya bina sahibi eşyaları az önce başka bir yere nakletmiş ise konudaki elverişsizlik nisbîdir³³⁷. Yine mağdurun o gün çok yoğurt yemesi nedeniyle verilen zehrin etki etmemesi³³⁸ veya çelik yelek giymiş bir kimseye ateş edilip de merminin işlememesi hallerinde araç bakımından nisbî elverişsizlik vardır³³⁹.

Objektif anlayışta yargıç, elverişsizliği *ex post* bir şekilde yani, hareket yapıldıktan sonra sonuç bakımından bir tehlikenin olup olmadığını o andaki şartlara göre değerlendirmektedir³⁴⁰.

Bu görüş eleştirilmiştir. Çünkü bahse konu anlayış, teşebbüsün varlığı için objektif bir tehlike aramaktadır. Oysa ki, bu görüş, nisbî elverişsizlik hallerinde bir tehlikenin var olmamasına rağmen, failin teşebbüsten cezalandırılmasını öngörmektedir³⁴¹. Ayrıca, elverişliliğin soyut olarak ele alınması da isabetli değildir. Hareketin elverişli olup olmadığının somut olayın özelliklerine bakılarak belirlenmesi gerekir³⁴². Örneğin su soyut olarak değerlendirildiğinde insan öldürmeye elverişsiz bir araçtır. Ancak yeni ameliyat olmuş birine verilirse söz konusu suç tipi bakımından elverişli hale dönüşebilir³⁴³.

³³⁷ DÖNMEZER-ERMAN, s. 452.

³³⁸ DEMİRBAŞ, s. 422.

³³⁹ DÖNMEZER-ERMAN, s. 452.

³⁴⁰ İPEKÇİOĞLU, s. 99.

³⁴¹ İPEKÇİOĞLU, s. 100.

³⁴² ALACAKAPTAN, s. 47-48.

³⁴³ İPEKÇİOĞLU, s. 101.

bb. Somut Tehlike Teorisi

Bu teoriye göre, bir fiil mutlak veya soyut olarak elverişli veya elverişsiz sayılamaz. Çünkü onun etkinliği, somut olayın şartlarına bağlıdır. Örneğin silah atışı, normal olarak öldürmek için elverişli bir araç iken, silahın etki alanı dışından ateş edilirse, öldürmek için elverişli olmaz. Yine toplu iğne öldürmeye elverişli bir araç değilken, hemo-fili hastasına batırılır ise öldürücü araç haline gelir³⁴⁴.

O halde hareketin elverişsizliği veya elverişliliği soyut olarak değil somut olarak, her olayın özellikleri göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir³⁴⁵. Failin yaptığı hareket suç konusu üzerinde bir tehlike yaratmayacak veya önemsenmeyecek bir tehlike yaratacak ise teşebbüs yoktur; fail cezalandırılmamalıdır. Aksi takdirde failin cezalandırılması mümkündür. Hareketin suç konusu üzerinde tehlike yaratabilme niteliğinde olup olmadığı, failin bu hareketi yaparken sahip olduğu bilgi ve deneyimler esas alınarak, hâkim tarafından somut olaya göre değerlendirilir³⁴⁶. Hâkimin hareketin elverişliliği konusunda bir karar verebilmesi için işlenmek istenen suçu, mağdurun durumunu, kullanılan araçları, bunların kullanılış biçimini, suçun işlendiği zaman ve yeri, işleniş biçimini ve diğer bütün şartları göz önünde bulundurması gerekir³⁴⁷.

³⁴⁴ SOYASLAN, s. 98.

³⁴⁵ SOYASLAN, s. 99.

³⁴⁶ CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s. 476.

³⁴⁷ TOROSLU, s. 264.

Örneğin, genel yaşam deneyimine göre bir bankanın kasasında para bulunması olağandır ve olayların büyük bir çoğunluğunda bunun böyle olması normaldir. Bu nedenle, taşınma dolayısıyla kasası boş banka şubesine girerek kasayı açmak üzereyken yakalanan hırsızın teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılması gerekir³⁴⁸. Yine bir kimseye su vermek, insan öldürme suçu yönünden, genellikle elverişsiz bir araçken, karın bölgesinden ağır şekilde yaralanmış kimseye bir bardak su verilmesi halinde, bu araç insan öldürme suçu bakımından elverişli araç niteliğini kazanır³⁴⁹.

“Yeni objektif teori” olarak da adlandırılan somut tehlike teorisi, esasta objektif anlayışa dayanmakla birlikte, elverişsizliği *ex ante* bir şekilde, yani hareketin yapıldığı zamana göre değerlendirmekte ve dolayısıyla mutlak ve nisbî ayırımını terk etmektedir³⁵⁰.

cc. Hukukî İmkânsızlık Teorisi

Hukukî imkânsızlık teorisi, objektif nitelikli bir anlayış olmasına rağmen, elverişsizliği farklı bir açıdan değerlendirmektedir³⁵¹. Buna göre, bir fiilin cezalandırılabilmesi için kanunî tipe uygun olması gerekir. Yapılan hareketi kanunî tanıma uygun hale getirmeye imkân yoksa suçun gerçekleşmesi hukuken imkânsızdır³⁵².

³⁴⁸ ALACAKAPTAN, s. 126.

³⁴⁹ TOROSLU, s. 264.

³⁵⁰ İPEKÇİOĞLU, s. 101.

³⁵¹ İPEKÇİOĞLU, s. 101.

³⁵² DÖNMEZER-ERMAN, s. 453.

Bunun sonucu olarak, tipik fiilin unsurlarının eksikliği, suçun oluşumunu nasıl engelliyorsa, ona teşebbüs edilmesini de önleyecektir. Cesedi öldürmek mümkün olmadığına göre, onu öldürmeye teşebbüs etmek de mümkün değildir. Çünkü kanun insan öldürme suçunu tanımlarken, insan hayatını suçun hukukî konusu ve canlı bir insanı da maddî konusu olarak göstermiştir. Bu nedenle öldürülmek istenen kimsenin daha önceden ölmüş olması durumunda insan öldürme suçunun işlenmesini önleyen hukukî nitelikte bir imkânsızlık vardır³⁵³.

Bu teori de eleştirilmiştir. Çünkü bu teori konu bakımından elverişsizliğe bir dereceye kadar çözüm getirmekte ise de, araçların elverişsizliği sorununa çözüm getirememektedir³⁵⁴.

c. Türk Ceza Hukukunda İşlenemez Suçun Cezalandırılabilirliği

TCK'da işlenemez suçla ilgili açık bir düzenleme yer almamakla beraber 35/1. maddede, "*Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur*" hükmüne yer verilmiştir. Bu maddeye göre, teşebbüs için sadece icra hareketlerine başlanması yeterli olmayıp, "*elverişli hareketlerle*" icra hareketlerine başlanmış olması gerekmektedir. Bu yüzden işlenemez suç, Türk ceza hukukunda cezalandırılmamaktadır.

³⁵³ ALACAKAPTAN, s. 50.

³⁵⁴ DÖNMEZER-ERMAN, s. 457.

Doktrinde hareketin elverişli olup olmadığının soyut (*ex post*) değil, somut olayın koşullarına göre (*ex ante*) belirlenmesi gerektiği savunulmaktadır³⁵⁵. Örneğin tüm mekanizması bozuk olan bir tabanca ile ateş edip insan öldürme suçunu işlemek isteyen failin kullandığı araç mutlak surette elverişsiz olduğundan işlenemez suç söz konusudur ve fail teşebbüsten sorumlu olmaz. Buna karşılık, fail aynı bozuk tabancanın kabzası ile öldürmek kastıyla hasmının kafasına defalarca vurmuş, fakat mağdur darbelere rağmen hayatta kalmışsa, araç elverişli olduğu için işlenemez suç yoktur ve fail insan öldürme suçuna teşebbüsten sorumlu olur³⁵⁶.

TCK m.35’de suça teşebbüs için hareketin sadece elverişli olması yeterli görüldüğünden, aracın elverişli olup, fakat yetersiz kalması durumunda işlenemez suç yoktur³⁵⁷. Örneğin mağdura zehirli bir pasta gönderen kimse, dozunun az

³⁵⁵ DEMİRBAŞ, s. 424; ÖZGENÇ, s. 418; KOCA-ÜZÜLMEZ, s. 347; SOYASLAN, s. 100; HAFIZOĞULLARI-ÖZEN, s. 337; İÇEL-EVİK, s. 240; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s. 476; TOROSLU, s. 263-264; İPEKÇİOĞLU, s. 90; AYDIN, s. 102. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 04.06.1990 tarih ve 5-101/156 sayılı kararında hareketin elverişli olup olmadığının somut olayın koşullarına göre (*ex ante*) belirlenmesi gerektiğine işaret etmiştir: “Fail tarafından kullanılan vasitanın, (neticeyi gerçekleştirmeye) kesin olarak elverişli bulunması gerekir. Vasitanın elverişli olup olmadığının tespit için işlenmek istenen suç, suçun işlendiği yer ve zaman, mağdurun durumu ve tüm koşullar nazara alınmalıdır.” (Bkz. ÖZGENÇ, s. 418); Y. 6. CD., 14.06.1983, 4019/3620: “Hırsızlıkta maddî konu taşınır mal olup, suç anında onun varlığı ya da yokluğu eylem sonrası değil eylem öncesi bir değerlendirmeyle her olayın özelliklerine, normal insanın deneyimlerine ve benzer olaylarda çoğunlukla görülen durum ve koşullara göre saptanmalıdır. Sanık ve arkadaşlarının girdiği lokantada masa çekmecesinde para bulunması yukarıdaki ölçülere ve ortak deneyimlere göre doğal ve olağandır. O yüzden suç anında paranın çekmecedeki bulunmaması, maddî konunun niteliğine göre, mutlak değil nisbî anlamda bir yokluğu ortaya çıkardığından, olayda işlenemez suç bulunduğu ileri sürülemez ve hırsızlığa eksik kalkışma suçunu oluşturur.” (Bkz. DEMİRBAŞ, s. 425).

³⁵⁶ AYDIN, s. 102.

³⁵⁷ Y. 1.CD., 09.04.1970, 499/1152: “Hadise, sanığın öldürmek amacıyla mağdurun içeceği suya koyduğu zehir miktarının azlığı ve mağdurun zehirli suyu az miktarda içmesi sebebiyle ölümün sanığın iradesi dışında meydana gelmemek suretiyle zehirleyerek öldürme cürmünün eksik teşebbüs derecesinde kalmasından ibarettir. Kullanılan zehir öldürmeğe elverişli olup ancak miktarın azlığından dolayı ölüm meydana gelmemiş ve böylece vasıtada nisbî imkânsızlık dolayısıyla cürmün TCK. 61. maddesinde yazılı eksik teşebbüs derecesinde kaldığının kabulü gerekli görülmüştür.” (Bkz. İPEKÇİOĞLU, s. 77); Y. 1.CD., 26.03.1963, 320/1134: “Ancak miktarı mağduru öldürmeğe kafi gelmediği Adli Tıp Meclisi raporunda bildirilmesine göre vasıtada nisbî bir imkansızlık hali mevcut bulunmaktadır. Vasıtada kat’i imkânsızlık ‘zehrini yerine yanlışlıkla zehirsiz bir maddenin verilmesi gibi’ halinde teşebbüsün cezalandırılması mümkün değilse de, hadisede olduğu nisbî imkânsızlık

olmasından dolayı zehir etkisiz kalsa bile, elverişli araç kullanmıştır. Yine içindeki barutun kötü cinsten olması nedeniyle merminin ateş almaması durumunda da araç yetersiz, fakat elverişli olduğu için teşebbüsten ceza verilebilecektir³⁵⁸.

d. Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda İşlenemez Suçun Cezalandırılabilirliği

Rusya Federasyonu doktrinde işlenemez suça teşebbüs, “elverişsiz teşebbüs” olarak adlandırılmaktadır. Ancak bazı yazarlar, teşebbüsün zaten başarısız suç faaliyeti olduğunu ileri sürerek, elverişsizliğin her teşebbüs olayında bulunduğunu ve bu nedenle teşebbüsün elverişli - elverişsiz şeklinde ayrılmasının doğru olmadığını iddia etmektedirler³⁵⁹.

Rusya Federasyonu ceza hukukunda işlenemez suçun cezalandırılabilirliği bakımından subjektif teoriyi kabul ettiği görülmektedir. Yani Türk ceza hukukundan farklı olarak, Rusya Federasyonu ceza hukukunda, işlenemez suça teşebbüs halleri cezalandırılmaktadır.

Rusya Federasyonu Ceza Kanunu’nda, teşebbüs halinde, failin “*elverişli hareketlerle*” suçun icrasına başlamış olması gerektiğinden söz edilmemektedir. Bu nedenle, Rusya Federasyonu ceza hukukunda işlenemez suça teşebbüs halleri kural

takdirinde nakıs teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerekli bulunmuş ve dairemizin görüş ve uygulaması da bu merkezde bulunmuştur.” (Bkz. İPEKÇİOĞLU, s. 77-78).

³⁵⁸ HAFIZOĞULLARI-ÖZEN, s. 337.

³⁵⁹ DURMANOV, Stadii Soversheniya Prestupleniya (Suçun İşlenme Evreleri), s. 152; KUZNESOVA, s. 306-307.

olarak sosyal tehlikeli sayılmakta ve cezalandırılmaktadır³⁶⁰. Doktrinde nisbî-mutlak elverişsiz teşebbüs ayırımı yapılmakta ise de, bunun pratik bir öneminin bulunmadığı, gerek mutlak elverişsiz teşebbüs ve gerek nisbî elverişsiz teşebbüs hallerinin cezalandırılması gerektiği kabul edilmektedir.

Uygulamada da işlenemez suçta teşebbüs hallerinin cezalandırıldığına ilişkin örneklere rastlanmaktadır³⁶¹. Örneğin bir olayda, 16 yaşlarındaki S ve M odasını kiraladıkları yaşlı N'nin evine sahip olabilmek için “Krisidom” markalı fare zehiriyle onu öldürme konusunda anlaşmış ve fare zehirini N'nin yemeğine katmışlardır. Fare zehirinin kalitesinin bozuk olması nedeniyle yemeği yemesine rağmen N'de herhangi

³⁶⁰ NAUMOV, s. 308-309.

³⁶¹ RSFSSC Yüksek Mahkemesi Kararı: “S, iş sırasında alkol alarak sarhoş olmuş ve şube müdürü Ş, onu işten atmıştır. S, Ş'den kararını geri almasını rica etmiş, ancak Ş, bu isteği geri çevirmiştir. Bunun üzerine S, Ş'yi öldürmeye karar vermiş, evinden dolu tüfeğini alarak Ş'nin bulunduğu işyerine gelmiş ve tüfeğini Ş'ye doğrultarak tetiği çekmiştir. Ancak tüfeğin tetik mekanizmasının arızalı olması sebebiyle tüfek ateş almamış ve S, oradaki işçiler tarafından yakalanmıştır. Dosya kapsamından anlaşıldığı gibi, S, tüfeğin arızalı olduğunu bilmemiş ve onunla ateş etmenin mümkün olduğunu sanmıştır. Bu nedenle S, insan öldürme suçuna teşebbüsten cezalandırılmalıdır. Çünkü elverişsiz araçlarla suçta teşebbüs, failin sosyal tehlikeliliğine işaret eder ve kural olarak ceza sorumluluğuna sebep olur”. (Sbornik Postonovleniy Plenuma, Prezidyuma i Opredeleniy Sudebnoy Kolegii po Ugolovnim Delam Verhovnogo Suda RSFSR 1961-1963 Goda (1961-1963 Yılı RSFSC Yüksek Mahkemesi'nin Genel Kurul, Başkanlık ve Ceza Daireleri Kararlar Dergisi), s. 243-245, (Bkz. İGNATOV-KRASİKOV, s. 220-221; BELYAYEV-ŞARGORODSKİY, s. 568); RSFSC Yüksek Mahkemesi Kararı: “Elverişsiz konuya (ceset) yönelik insan öldürmeye teşebbüs sosyal tehlikeli sayılır. Olayda Vasilenko yatakhanedeki işçi D'yi öldürdükten sonra, sarhoş olan Orovaynen odaya girmiş ve yerde ölmüş halde yatan D'nin, ölmüş olduğu anlamadan onun alınına baltayla vurmuştur. Adli tıp bilirkişisi D'nin ölümünün kalbine ve akciğerine yapılan bıçak darbelerinden meydana geldiğini tespit etmiştir. D'nin alnındaki balta yarası ise ölümünden sonra meydana gelmiştir. Mahkemenin Orovaynen'in D'yi öldürme kastıyla hareket edip, kastettiğini gerçekleştirmediği yönündeki tespiti doğrudur. Orovaynen'in fiili sosyal tehlikelidir ve cezaî sorumluluk gerektirmektedir”. (Sbornik Postonovleniy Prezidyuma i Opredeleniy Sudebnoy Kolegii po Ugolovnim Delam Verhovnogo Suda RSFSR 1964-1972 Goda (1964-1972 Yılı RSFSC Yüksek Mahkemesi'nin Başkanlık ve Ceza Daireleri Kararlar Dergisi), Moskva 1974, s. 214, (Bkz. KURÇENKO, Vyaçeslav, Problemi Kvalifikasii Prestupleniy v Usloviyah Faktičeskoy Oşibki (Fiili Hata Şartlarında İşlenen Suçların Değerlendirilmesi Sorunu), http://www.lawmix.ru/comm/3646_10.04.2011); Moskova Bölge Mahkemesi'nin 1944 tarih ve 55/44 No.lu kararına konu olan olayda; hasta olan P'nin evini elde etmek isteyen R, onu öldürmek amacıyla kendine doktor süsü vererek P'nin evine gelmiş ve mide ilacı adı altında P'ye kemirgenleri zehirlemek için kullanılan toz bırakmıştır. Ancak bu tozun insan öldürmeye elverişli olmaması nedeniyle ölüm gerçekleşmemiştir. Bu olayda mahkeme R hakkında insan öldürme suçuna teşebbüsten cezaya hükmetmiştir. (Bkz. KUZNESOVA, s. 314).

bir rahatsızlık meydana gelmemiş, ancak panik yapan S ve M polise başvurarak yaptıklarını itiraf etmişlerdir. Bu olayda, S ve M hakkında insan öldürme suçuna teşebbüsten dolayı hüküm verilmiştir³⁶². Bir başka olayda, hazırladığı karışımın çocuk düşürtmeye elverişli olduğunu sanan E, aslında çocuk düşürtmeye elverişli olmayan bu karışımı iğneyle mağdurlara enjekte etmiş ve E hakkında çocuk düşürtme suçuna teşebbüsten ceza verilmiştir³⁶³.

Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin Uyuşturucu Maddelerle İlgili Suçlara İlişkin Mahkeme Uygulamaları Hakkındaki 28.05.1998 tarih ve 8 No.lu Genel Kurul kararında da, "*Uyuşturucu madde satın almak isteyen kişileri kandırmak suretiyle, onlara uyuşturucu madde adı altında aslında uyuşturucu özelliği bulunmayan maddeleri satan kişinin fiilini dolandırıcılık olarak değerlendirmek gerekir. Bu tür durumlarda bu maddeleri satın alan kişilerin fiili ise kanunî şartların varlığı halinde, yasadışı uyuşturucu madde satın alma suçuna teşebbüs olarak değerlendirilebilir*"³⁶⁴ denilmek suretiyle elverişsiz teşebbüs hallerinin cezalandırılması gerektiğine işaret edilmiştir.

Rusya Federasyonu ceza hukukunda sözde suç cezalandırılmamaktadır. Ancak doktrinde ve uygulamada sözde suçun sadece hukukî hatadan kaynaklanabileceği kabul edilmiş olduğundan, fiili hataya dayanan sözde suç halleri, elverişsiz teşebbüs

³⁶² Bkz. KRİGER-KUZNESOVA-TKAÇEVKİY, s. 171. Bir başka olayda, patlayıcının patlamaması üzerine bankayı soyamayan failin hareketi, yağma suçuna teşebbüs olarak değerlendirilmiştir. (Bkz. KUZNESOVA-TYAJKOVA, s. 375).

³⁶³ Moskova Bölge Mahkemesi'nin 24.01.1952 tarih ve 22/59 No.lu kararı için bkz. KUZNESOVA, s. 313-314.

³⁶⁴ http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=976, 25.03.2011.

kapsamında değerlendirilmekte ve teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılmaktadır. Buna göre, örneğin gerçekte sahte olmayan parayı, sahte olduğunu sanarak tedavüle koyan kişi, sahte parayı tedavüle koyma suçuna teşebbüsten cezalandırılmalıdır³⁶⁵. Yine failin kamu görevlisi olduğunu sandığı, fakat gerçekte kamu görevlisi olmayan bir kimseye rüşvet teklif etmesi durumunda da yapılan hareketin rüşvet suçuna teşebbüs sayılması gerekir³⁶⁶.

Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin Rüşvet Suçlarına İlişkin Mahkeme Uygulamaları Hakkındaki 10.02.2000 tarih ve 6 No.lu Genel Kurul kararında da, *“Eğer kişi, rüşvet için görevli memura ileteceği gibi bir kimseden para veya değerli eşya almış; ancak gerçekte böyle bir niyeti bulunmayan bu kişi, bunları kendisi için almışsa, onun yaptığını dolandırıcılık olarak değerlendirmek gerekir. Bu durumlarda rüşvet verdiğini sanarak dolandırıcıya para veya değerli eşyaları veren kişinin hareketleri ise rüşvet verme suçuna teşebbüs olarak değerlendirilmelidir. Bu olaylarda rüşvet konusu para veya değerli eşyanın teslim edileceği görevli kişinin isminin taraflar arasında zikredilmiş olması da önemli değildir.”*³⁶⁷ denilmek suretiyle bu hususa işaret edilmiştir.

İşlenemez suça teşebbüs halleri kural olarak cezalandırılmakla birlikte, bu fiiller istisnai durumlarda RFCK'nın 14/2. maddesi kapsamında değerlendirilmekte

³⁶⁵ RAROG, s. 157.

³⁶⁶ KRİGER-KUZNEVA-TKAÇEVKİY, s. 170-171; ZAGORODNİKOV, s. 121.

³⁶⁷ Byulleten № 4 2000 Goda (2000 Yılı 4 No.lu Bülten), http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=3100, 20.10.2010; SSCB Yüksek Mahkemesi'nin 30.03.1990 tarih ve 3 No.lu Genel Kurul kararı ile 23.09.1977 tarih ve 16 No.lu Genel Kurul kararı da aynı yöndedir. (Bkz. VELİYEV, s. 162; KRİGER-KURİNOV-TKAÇEVSKİY, s. 241).

ve cezalandırılmamaktadır³⁶⁸. Bunları beddua, lanetleme, ölüm büyüsu yapma gibi az önemli olması sebebiyle sosyal açıdan tehlikeli sayılmayan hareketler oluşturmaktadır³⁶⁹. Bu husus Yüksek Mahkemenin bir kararında da, “*Elverişsiz araçlarla suça teşebbüs, failin sosyal tehlikeliliğine işaret eder ve kural olarak ceza sorumluluğuna sebep olur. Ancak batıl inançları veya cahilliği nedeniyle doğüstü güçlerle bir kimseye zarar vermeye çalışan failin hareketi, az önemli olması sebebiyle sosyal tehlikeli sayılmadığı için ve bu durum sadece failin suç işleme kastının belirlenmesi (düşünce aşaması) olduğundan ceza sorumluluğuna sebep olamaz.*” şeklinde ifade edilmiştir³⁷⁰.

Sosyal tehlikeli olan işlenemez suça teşebbüs halleri, cezalandırılmakla birlikte, mahkeme tarafından seçimlik cezaların seçimi ve cezanın alt ve üst sınırı arasındaki süre veya miktarın belirlenmesi sırasında ceza sorumluluğunu azaltan neden olarak dikkate alınmalıdır³⁷¹. Bu husus, RFCK’nın 66/1. maddesinde “*Tamamlanmamış suç için cezanın belirlenmesi sırasında suçun tamamlanmamasına neden olan sebepler dikkate alınır*” şeklinde hükme bağlanmıştır. Yine RFCK’nın 60/3. maddesine göre, mahkeme cezanın belirlenmesi sırasında suçun sosyal tehlikelilik derecesini dikkate almak durumundadır. Kuşkusuz işlenemez suça teşebbüste failin sosyal tehlikeliliği daha azdır.

³⁶⁸ KOZAÇENKO-NEZNAMOVA, *Obşaya Çast (Genel Kısım)*, s. 224.

³⁶⁹ NAUMOV, s. 309.

³⁷⁰ Byulleten № 4 1963 Goda (1963 Yılı 4 No.lu Bülten), (Bkz. BELYAYEV-ŞARGORODSKİY, s. 568).

³⁷¹ VETROV, s. 197.

İşlenemez suça teşebbüs halleri, Gürcistan Ceza Kanunu hariç, Bağımsız Devletler Topluluğu ülkelerinin ceza kanunlarında da cezalandırılmaktadır. Gürcistan Ceza Kanunu'nun 20. maddesine göre ise; *“Kişinin bilgisizliği veya suçun işlenmesi için kullanılan araçların elverişsizliği nedeniyle hukuka aykırı neticenin gerçekleşmesi mümkün değilse, kişi suça hazırlık ve teşebbüsten dolayı ceza sorumluluğu taşımaz”*.

Kanaatimizce; Türk ceza hukukunda olduğu gibi, Rusya Federasyonu ceza hukukunda da mutlak elverişsiz teşebbüs (aracın veya konunun mutlak elverişsizliği nedeniyle işlenemez suç) hallerinde failin cezalandırılmaması gerekir. Çünkü RFCK'nın 30/3. maddesinde, *“doğrudan doğruya suçun işlenmesine yönelmiş hareketler”* suça teşebbüs sayılmaktadır. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, bu düzenlemeye uygun olarak Rusya Federasyonu doktrinde icra hareketlerine başlama bakımından hukukî konunun *“doğrudan ve somut”* bir tehlikeye maruz kalması aranmaktadır. Mutlak elverişsiz teşebbüs hallerinde hukukî konunun *“doğrudan ve somut”* bir tehlikeye maruz kaldığını söylemek mümkün değildir. Bu nedenle, her ne kadar, RFCK'nın 30/3. maddesinde teşebbüs (icra) hareketinin *“elverişli olması”* aranmamış ise de, mutlak elverişsiz teşebbüs hallerinde doğrudan doğruya icraya başlandığından söz edilemez ve bu hareketlerin teşebbüs olarak cezalandırılmaması gerekir. Yine bu tür hareketler elverişsiz olması nedeniyle suçun işlenmesine ortam yaratmadığına göre, bu hareketlerin suça hazırlık olarak da cezalandırılmaması gerekir.

D. SUÇA TEŞEBBÜSÜN CEZASI

Tamamlanmamış suç için ceza sorumluluğunu düzenleyen RFCK'nın 66. maddesine göre; *“1. Tamamlanmamış suç için cezanın belirlenmesi sırasında suçun tamamlanmamasına neden olan sebepler dikkate alınır.*

3. Suça teşebbüsten dolayı cezanın süresi veya miktarı, bu Kanunun özel kısmının ilgili maddesinde tamamlanmış suç için öngörülen en ağır ceza türünün üst sınırındaki süre veya miktarın dörtte üçünden fazla olamaz”.

Aynı maddenin 4. fıkrasına göre ise, *“... suça teşebbüsten dolayı ölüm cezasına veya müebbet hapis cezasına hükmedilemez”.*

Görüldüğü gibi, Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nda suça hazırlıkta olduğu gibi, suça teşebbüs halinde ceza indirimi öngörülmüştür. Ancak, bu indirim tam anlamıyla bir *“zorunlu ceza indirimi”* değil, bir tür *“cezayı üst sınırdan belirleme yasağı”* şeklinde ortaya çıkmaktadır. Örneğin kasten öldürme suçunun basit şeklinin cezası, 6 seneden 15 seneye kadar hapis cezasıdır (RFCK m.105/1). Bu durumda, kasten öldürme suçuna teşebbüsün cezası, 6 seneden 11,25 seneye kadar hapis cezası olmaktadır.

Mahkeme suça teşebbüsten dolayı cezaya hükmederken suçun niteliğini, sosyal tehlikelilik derecesini, failin kişiliğini, cezayı hafifletici ve ağırlaştırıcı nedenleri, cezanın failin ıslah olmasına, failin ve onun ailesinin hayatına etkisini de dikkate almalıdır (RFCK m.60/3).

IV. GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

A. GENEL OLARAK

Failin doğrudan doğruya suçun işlenmesine yönelik olan veya suçun işlenmesine ortam yaratan kasıtlı hareketleri failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanmadığında, fail suça teşebbüs veya suça hazırlıktan sorumlu olur. Fakat bazı durumlarda fail kendi isteğiyle hazırlık hareketlerine veya icra hareketlerine son vererek suçun tamamlanmamasını sağlayabilir. Bu duruma “*gönüllü vazgeçme*” denir.

Gönüllü vazgeçmede failin suça teşebbüs veya suça hazırlıktan sorumlu tutulmayacağı genellikle kabul edilmekle birlikte, bunun gerekçesini açıklayan farklı teoriler bulunmaktadır.

B. GÖNÜLLÜ VAZGEÇMENİN CEZALANDIRILMAMA NEDENİNİ AÇIKLAYAN TEORİLER

1. Sübjektif Teoriler

Sübjektif teoriler failin suç işleme niyetini, tehlikeliliğini esas alarak, gönüllü vazgeçmede bunun ortadan kalktığını, bu nedenle ceza vermenin mümkün olmadığını kabul ederler³⁷². Bu teoriler gönüllü vazgeçmenin suçun kusurluluk (sübjektif) unsurunu ortadan kaldırdığını veya bu unsurun baştan itibaren oluşmadığını savunurlar³⁷³.

İptal teorisine göre, teşebbüsün cezalandırılma nedeni, failin kötülük taşıyan iradesinin dış dünyaya yansımaları olduğundan, suça teşebbüsten vazgeçen fail böylelikle iyi niyetini ortaya koymakta ve failin kastını geriye yönelik olarak iptal etmektedir³⁷⁴.

Butlan-yokluk teorisine göre, gönüllü vazgeçme halinde, failin baştan itibaren suçu tamamlama bakımından iradesinin bulunmadığını kabul etmek gerekir. Dolayısıyla, iradenin ortadan kalkmasından sonra yapılan hareketlerin suç olarak kabul edilmesi mümkün değildir³⁷⁵.

³⁷² CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s. 465.

³⁷³ SÖZÜER, s. 236.

³⁷⁴ İÇEL-EVİK, s. 255.

³⁷⁵ DEMİRBAŞ, s. 415.

Kastın zayıflığı teorisine göre, gönüllü vazgeçme ile kast ortadan kalkmamakta, ancak bu durum failde suç işlemek için yeterli yoğunluk ve derecede bir kötülük iradesinin bulunmadığını göstermekte, dolayısıyla böyle zayıflatılmış bir kast nedeniyle failin cezalandırılmaması gerekmektedir³⁷⁶.

Karine teorisine göre, failin hareketlerine başladıktan sonra bundan isteyerek vazgeçmesi durumu, failin baştan itibaren suçun tamamlanmasına yönelik irade sahibi olmadığını ortaya koymakta, dolayısıyla karine olarak kabul edilen bu zayıf irade nedeniyle failin cezalandırılmaması gerekmektedir³⁷⁷.

İptal teorisi, failin kastı bir kere ortaya çıkınca bunu geçmişe yönelik olarak nasıl ve neden dolayı iptal edildiğini açıklayamadığı, ayrıca vazgeçmenin hukuken geriye değil ileriye yönelik olarak etkisini gösterebileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Failde baştan itibaren kastın bulunmadığı veya kastın zayıfladığı yolundaki teoriler ise, gerçeğe uymadıkları ve yalnızca bir varsayıma dayandıkları gerekçesiyle eleştirilmişlerdir. Karine teorisi ise, teşebbüsün cezalandırılma nedenini bir şüpheye dayandırması yönünden eleştirilmiş ve ortada bir şüphe varsa, zaten gerçek bir suç kastından söz edilemeyeceği, bu durumda ise teşebbüsün meydana gelmemesi dolayısıyla vazgeçmenin de söz konusu olamayacağı ileri sürülmüştür³⁷⁸.

³⁷⁶ SÖZÜER, s. 236.

³⁷⁷ DEMİRBAŞ, s. 415.

³⁷⁸ SÖZÜER, s. 236-237.

2. Objektif Teoriler

Objektif teoriler, gönüllü vazgeçme ile failin yapılan hareketlerin tüm iz ve eserlerini silmiş olduğunu, bu nedenle artık bir suçtan söz edilemeyeceğini ya da gönüllü vazgeçmede ceza kuralının ihlali bulunmadığı için faile ceza verilmesinin mümkün olmadığını kabul ederler³⁷⁹.

BINDING, failin suç neticesinin gerçekleşmesi için harekete geçirdiği koşulları, gönüllü vazgeçme yoluyla geriye yönelik olarak yok ettiğini ve böylece hareketlerini yapılmamış saydırarak kurala aykırılığı ortadan kaldırdığını ileri sürmüştür³⁸⁰.

FRANK ise, teşebbüste toplumsal barışın bozulduğunu, ancak failin suçtan gönüllü vazgeçmesiyle bozulan barışın yeniden sağlandığını ileri sürmüştür³⁸¹.

VON HIPPEL ise, vazgeçmeyi teşebbüs kavramı içinde yer alan olumsuz bir unsur olarak değerlendirmiş ve cezalandırılabilir bir teşebbüsün ancak bu olumsuz unsurun meydana gelmemesi durumunda söz konusu olabileceğini, aksi durumda ise teşebbüsün kavramsal unsurlardan birinin eksikliği nedeniyle, failin cezalandırılmayacağını ileri sürmüştür³⁸².

³⁷⁹ CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s. 466.

³⁸⁰ Bkz. SÖZÜER, s. 237.

³⁸¹ Bkz. SÖZÜER, s. 237.

³⁸² Bkz. SÖZÜER, s. 237.

Objektif teoriler, sorunu yine hukukî açıdan açıklayan subjektif teorilere karşı yapılan eleştirilerin aynısına tabi tutulmuştur. Buna göre failin icraya başladıktan sonra, bütün unsurlarıyla ortaya çıkmış teşebbüsü vazgeçme yoluyla yapılmamış saydıramayacağı ve gerçekte var olan bir şeyin var olmamasının söylenemeyeceği ileri sürülmüştür³⁸³.

3. Suç Politikası Teorileri

Suç politikası teorilerine göre, gönüllü vazgeçme hukukî nedenlere dayanılarak açıklanamaz. Çünkü ortada suç tipini ihlale yönelik bir hareket bulunduğundan, failin vazgeçmesi, o ana kadar yaptığı hareketleri yapılmamış göstermez. Bu nedenle gönüllü vazgeçen failin cezalandırılmaması, ancak suç politikası nedenlerine dayanılarak açıklanabilir³⁸⁴.

Psikolojik zorlama teorisine göre, devlet hukuk düzeninin korunması bakımından bazı önlemleri almakla görevlidir. Bu nedenle, fail üzerinde psikolojik bir zorlama uygulayarak onun suçu tamamlamaktan caydırılması gerekir. Gönüllü vazgeçen fail, cezadan korktuğu için hareketini tamamlamamaktadır, öyleyse artık onu cezalandırmaya gerek yoktur. Devlet bu anlamda görevini yerine getirmiş olmaktadır³⁸⁵.

³⁸³ SÖZÜER, s. 237-238.

³⁸⁴ DEMİRBAŞ, s. 416.

³⁸⁵ İÇEL-EVİK, s. 256.

Altın köprü teorisine göre, suç işleme yoluna giren kimse arkasındaki bütün köprüleri yıkar; ancak devlet, faile giderken yıktığı köprüler yerine altın köprüler kurarsa, kişi suç işlemekten vazgeçer. Bu nedenle, eğer kanun, faile hareketten vazgeçtiği takdirde ceza verilmeyeceğini açıklarsa, kişilerin suç işlemekten caydırılması sağlanır³⁸⁶.

Af-ödül teorisine göre, gönüllü vazgeçme ödüllendirilmelidir. Gönüllü vazgeçen, vazgeçme suretiyle, yaptığı haksızlığı bir ölçüde telafi etmekte, eyleminin toplumun düzenini bozucu etkisini kısmen ortadan kaldırmakta ve bu nedenle kendisine hoşgörü gösterilmesini hak etmektedir³⁸⁷. Yani gönüllü vazgeçme, teşebbüsün haksızlığını, onun cezalandırılmasını gerektirmeyecek biçimde ortadan kaldırmaktadır³⁸⁸.

Cezanın amacı teorisine göre, gönüllü vazgeçmenin cezalandırılmamasının nedeni, cezanın amacının ortadan kalkmasıdır. Fail gönüllü olarak vazgeçerse, suç işleme konusunda ısrarlı bir iradesi bulunmadığını göstermiş olur. Bu nedenle, hem özel hem de genel önleme ve adaleti gerçekleştirme amacı bu durumlarda ceza verilmesini gerektirmez³⁸⁹.

³⁸⁶ DEMİRBAŞ, s. 416.

³⁸⁷ CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s. 466.

³⁸⁸ ÖZTÜRK-ERDEM, s. 292.

³⁸⁹ CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s. 466.

4. Rusya Federasyonu Doktrinde Savunulan Teoriler

Rusya Federasyonu doktrinde gönüllü vazgeçmenin cezalandırılmama nedeni genellikle birden çok teori ile açıklanmaktadır.

KUZNESOVA-TYAJKOVA, gönüllü vazgeçmenin cezalandırılmama nedenini suç politikası teorisi (altın köprü teorisi) ile açıklamakla birlikte, aynı zamanda gönüllü vazgeçme halinde, tamamlanmamış suçun, yani suça teşebbüs veya suça hazırlığın unsurlarının bulunmadığını savunmaktadırlar. Yazarlara göre; gönüllü vazgeçme halinde, ortada failin iradesine aykırı olarak kesilmiş olan bir teşebbüs veya hazırlık hareketleri bulunmadığına göre, cezalandırılabilir suç yapısı da mevcut değildir³⁹⁰. Yani yazarlar esasında objektif teorilerden VON HIPPEL'in görüşünü savunmakla birlikte, suç politikası teorisini (altın köprü teorisi) de kabul etmektedirler.

TER-AKOPOV'a göre; gönüllü vazgeçme halinde, hem gerçekleşmiş olan hareketlerin, hem de failin sosyal tehlikeliliği ortadan kalkmaktadır. Dolayısıyla gönüllü vazgeçme halinde, suçun sosyal tehlikelilik özelliği bulunmamaktadır. Ayrıca gönüllü vazgeçme halinde, suçun tipik unsurları da yoktur. Bu yüzden gönüllü vazgeçmenin cezalandırılmama nedeni ortada bir suçun var olmamasıdır³⁹¹. Yani yazar hem sübjektif hem de objektif teoriyi savunmaktadır.

³⁹⁰ KUZNESOVA-TYAJKOVA, s. 376, 378. Aynı görüşte: PİONTKOVSKİY-ROMAŞKİN-ÇHİKVADZE, s. 433-434.

³⁹¹ TER-AKOPOV, s. 40. Benzer şekilde Jukova: "Gönüllü vazgeçme halinde, suçun maddî özelliği olan "sosyal tehlikelilik" bulunmamaktadır. Ancak bunun yanında gönüllü vazgeçen failin hareketi "hukuka aykırılık" ve "cezalandırılabilirlik" gibi suçun biçimsel niteliklerinden de yoksundur. Çünkü

Yine hem sübjektif, hem de objektif teoriyi savunan BELYAYEV-ŞARGORODSKİY'e göre; gönüllü vazgeçme halinde, failin cezalandırılmasını gerektiren sübjektif ve objektif sebepler ortadan kalkmaktadır. Kendi iradesiyle suçun işlenmesinden vazgeçen kişi, bu davranışıyla sosyal tehlikeli amaçlar taşımadığını gösterdiğine göre, onun kusurunun bulunmadığını söylemek gerekir. Bu yüzden gönüllü vazgeçme halinde, fail sosyal tehlikeli sayılmaz ve failin cezalandırılarak ıslah edilmesine gerek yoktur. Ayrıca hareketlerini durdurarak suçun hukukî konusuna zarar verme amacından gönüllü vazgeçen kişinin hareketleri de sosyal tehlikeli sayılmaz³⁹².

DURMANOV'a göre; gönüllü vazgeçme halinde hem failin suç işleme kastı iptal olmakta, hem de suçun maddî özelliği olan "sosyal tehlikelilik" ortadan kalkmaktadır. Suçun ana özelliği olan sosyal tehlikelilik bulunmadan suç ve cezadan söz edilemez. Yazara göre, gönüllü vazgeçme kişisel nitelik taşımaktadır. Bu yüzden iştirak halinde işlenen suçlarda sadece gönüllü vazgeçen kişi gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilir³⁹³.

TAGANSEV'e göre; gönüllü vazgeçme failin pişmanlık, acıma, vicdan azabı gibi duygulara sahip olduğunu gösterir. Devlet insan doğasının bu tezahürünü görmezlikten gelmemeli ve pişmanlık duyurtmanın cezanın istenen amaçlarından biri olduğunu, cezanın var oluşunu haklı gösterebilecek nedenlerden biri olduğunu

gönüllü vazgeçme halinde, failin iradesi dışında tamamlanamayan bir hazırlık veya teşebbüs yoktur". JUKOVA, Tatyana, Ugolovno-pravovaya Priroda Dobrovolnogo Otkaza ot Prestupleniya (Suçtan Gönüllü Vazgeçmenin Hukukî Niteliği), s. 3, <http://science.ncstu.ru/articles/law/08/22.pdf/view>, 30.04.2011. Aynı görüşte: KUDRYAVSEV-NAUMOV, s. 179.

³⁹² BELYAYEV-ŞARGORODSKİY, s. 577.

³⁹³ DURMANOV, Stadii Soversheniya Prestupleniya (Suçun İşlenme Evreleri), s. 189, 191.

unutmamalıdır³⁹⁴. Yazara göre; suça teşebbüsün cezalandırılma nedeni, icraya başlayan failin suç işleme kastının toplum için tehlike oluşturması ve bu yüzden ceza gerektirmesidir. Gönüllü vazgeçme halinde ise failin suç işleme kastı yok olduğundan, yapılan hareketin cezalandırılmaması gerekir³⁹⁵. Yani yazar esasında sübjektif teorilerden iptal teorisini savunmakla birlikte, suç politikası teorisini (cezanın amacı teorisi) de kabul etmektedir.

TİŞKEVİÇ'e göre; gönüllü vazgeçme öncesi suç olan hareketler, gönüllü vazgeçme sonrası suç olmayan bir fiile dönüşür. Gönüllü vazgeçme durumunda failin suç işleme niyeti yok olmaktadır. Dolayısıyla, başlanmış suç faaliyetinin devam tehlikesi ve yasayla korunan konuya zarar verme tehlikesi ortadan kalkmaktadır. Sadece failin sosyal tehlikeliliği sona ermez; aynı zamanda failin yaptığı hareketler, teşebbüs veya hazırlık özelliğini kaybederek sosyal tehlikeli olmaktan çıkar. Fail ve failin davranışları değiştiğine göre, yapılan hareketin hukukî ve sosyal değeri de değişmelidir. Yazara göre; gönüllü vazgeçmenin cezalandırılmamasının asıl nedeni, kanun koyucunun faile imkân sunarak, onu suçu tamamlamaktan caydırmak olarak açıklanamaz. Aksi takdirde, sadece gönüllü vazgeçme halinde değil, etkin pişmanlıkta da faili cezasız bırakmak gerekirdi. Çünkü etkin pişmanlık kurumunun da amacı suçun tamamlanmasının önlenmesidir. Oysa gönüllü vazgeçmede ceza verilmezken, etkin pişmanlıkta cezada indirim yapılmaktadır. Ayrıca, eğer asıl amaç

³⁹⁴ TAGANSEV, s. 168; Aynı görüşte: KOZAÇENKO-NEZNAMOVA, *Obşaya Çast (Genel Kısım)*, s. 224.

³⁹⁵ TAGANSEV, s. 168.

faili suçu işlemekten caydırmak olsaydı, gönüllü vazgeçme durumunda failin cezasında indirim yapmak suretiyle de bu amaca ulaşılabilirdi³⁹⁶.

JUKOVA'ya göre; gönüllü vazgeçme kanun tarafından teşvik edilen bir davranış şekli olduğundan, gönüllü vazgeçme halinde sosyal tehlikeli bir fiilden, yani bir suçtan söz edilmesi mümkün değildir³⁹⁷.

Doktrinde ileri sürülen bu görüşlerin ortak özelliği, gönüllü vazgeçmenin suçun varlığını ortadan kaldıran neden olmasıdır. Ancak gönüllü vazgeçmenin meşru savunma ve zorunluluk hali gibi hukuka uygunluk nedenlerinden farklı olduğu da ileri sürülmektedir. Buna göre; meşru savunma ve zorunluluk halinde fiil başından beri sosyal faydalı iken, gönüllü vazgeçme halinde failin ve fiilin sosyal tehlikeliliği sona ermektedir. Gönüllü vazgeçme sosyal hayata olumlu bir şey katmamaktadır. Gönüllü vazgeçme halinde sadece hareketin sosyal tehlikeliliği ortadan kalkmaktadır³⁹⁸.

Bununla birlikte doktrinde gönüllü vazgeçmenin suçun varlığını değil, failin sosyal tehlikeliliğini kaldıran kişisel cezasızlık nedeni olduğunu savunan yazarlar da bulunmaktadır³⁹⁹. Yine diğer bazı yazarlar, gönüllü vazgeçmenin cezalandırılmama nedenini sadece suç politikası teorileri ile açıklamaktadırlar. Bu yazarlara göre,

³⁹⁶ TİŞKEVİÇ, s. 217, 220-221.

³⁹⁷ JUKOVA, s. 7.

³⁹⁸ DURMANOV, Stadii Soverşeniya Prestupleniya (Suçun İşlenme Evreleri), s. 192; KUZNESOVA, s. 396.

³⁹⁹ Bkz. DURMANOV, Stadii Soverşeniya Prestupleniya (Suçun İşlenme Evreleri), s. 191.

gönüllü vazgeçme durumunda failin hareketlerinde sosyal tehlikelilik bulunmaktadır. Ancak gönüllü vazgeçme halinde cezanın amacı ortadan kalktığı için faile ceza verilmemektedir⁴⁰⁰.

5. Görüşümüz

Rusya Federasyonu doktrinde baskın görüş, gönüllü vazgeçmenin suçun sosyal tehlikelilik özelliğini ortadan kaldırdığını ve bu nedenle gönüllü vazgeçme halinde, işlenen fiilin suç sayılmayacağını savunmaktadır. Kanaatimizce bu görüş veya gönüllü vazgeçmenin suçu ortadan kaldırdığına ilişkin diğer görüşler isabetli değildir. Çünkü eğer gönüllü vazgeçmenin suçu ortadan kaldırdığı kabul edilirse, iştirak halinde işlenen suçlarda failin (icracının) suçun işlenmesinden vazgeçmesi durumunda, diğer suç ortaklarının suça hazırlık veya suça teşebbüsten sorumlu tutulması mümkün olamaz. Oysa Rusya Federasyonu ceza hukukunda iştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen kişinin gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabileceği kabul edilmektedir⁴⁰¹.

Bizce gönüllü vazgeçme bir kişisel cezasızlık nedeni olup, suçu ortadan kaldıran neden değildir. Yani gönüllü vazgeçmenin cezalandırılmama nedeni sadece suç politikası teorileri ile açıklanabilir.

⁴⁰⁰ Bkz. JUKOVA, s. 3-4.

⁴⁰¹ NAUMOV, s. 345-346; RAROG, s. 242.

Türk doktrinde de gönüllü vazgeçmenin bir kişisel cezasızlık nedeni olduğu ve cezalandırılmama nedeninin suç politikası görüşleriyle açıklanabileceği kabul edilmektedir⁴⁰².

C. RUSYA FEDERASYONU CEZA HUKUKUNDA GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

1. Genel Olarak

Eski 1960 tarihli RSFSCCK’da gönüllü vazgeçme halinde, faile suça hazırlık veya suça teşebbüsten dolayı ceza verilmeyeceği hükme bağlanmakla birlikte, gönüllü vazgeçmeden neyin anlaşılması gerektiği açıklanmamıştı. Buna karşılık yürürlükteki 1996 tarihli RFCK’da gönüllü vazgeçme açık bir şekilde tanımlanmıştır.

“Suçu işlemekten gönüllü vazgeçme” başlıklı RFCK’nın 31. maddesine göre;
“1. Suçu tamamlama imkânına sahip olduğunun bilincinde olan kişi tarafından suça hazırlık hareketlerinin veya doğrudan doğruya suçun işlenmesine yönelmiş hareketlerin (hareketsizlik) durdurulması gönüllü vazgeçme sayılır.

2. Suçu tamamlamaktan gönüllü ve kesin olarak vazgeçen kişi, ceza sorumluluğu taşımaz.

3. Suçu tamamlamaktan gönüllü vazgeçen kişi, sadece işlediği fiil esasen başka bir suç oluşturduğunda ceza sorumluluğu taşır”.

⁴⁰² DÖNMEZER-ERMAN, s. 439; ÖZTÜRK-ERDEM, s. 293; SOYASLAN, s. 120; SÖZÜER, s. 240; ÖZGENÇ, s. 427-428; İÇEL-EVİK, s. 257; DEMİRBAŞ, s. 416; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s. 466-467; KOCA-ÜZÜLMEZ, s. 354.

Aynı maddenin 4. ve 5. fıkralarında ise iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümler bulunmaktadır. Buna göre; *“4. Suçun organizatörü ve suça azmettiren, devlet makamlarına zamanında haber vererek veya başka şekilde tedbir alarak suçun icracı tarafından tamamlanmasını önlerse, ceza sorumluluğu taşımaz. Suça yardım eden, suçun işlenmesini önleyecek elinden gelen tüm tedbirleri alırsa, ceza sorumluluğu taşımaz.*

5. Organizatör ve azmettirenin bu maddenin 4. fıkrasında belirtilen hareketleri, suçun icracı tarafından işlenmesini önleyememiş ise, onların aldıkları bu tedbirler cezanın belirlenmesi sırasında mahkeme tarafından cezayı hafifletici neden olarak dikkate alınabilir”.

2. Gönüllü Vazgeçmenin Unsurları

Gönüllü vazgeçmenin gönüllülük, kesinlik, suçun tamamlanabileceği bilinci ve suçun tamamlanmamış olması şeklinde dört şartı bulunmaktadır. Yani kastettiği suçu işleyebileceğine somut engel bulunmadığının bilincinde olmasına rağmen, failin kendiliğinden ve kesin olarak hazırlık veya icra hareketlerine son vermesi gönüllü vazgeçme sayılır⁴⁰³.

⁴⁰³ SEMENDEROV, s. 341.

a. Gönüllülük

Vazgeçmenin gönüllü sayılabilmesi için, bunun dış nedenlerden değil, iç nedenlerden ötürü meydana gelmesi gerekmektedir⁴⁰⁴. Vazgeçme gönüllü olduktan sonra bunun mağdura acıma, pişmanlık, cezalandırılma korkusu, rezil olma duygusu gibi hangi sebeplerden ötürü meydana geldiği önemli değildir⁴⁰⁵. Gönüllü vazgeçmenin başkalarının teşviki (akraba, dost, eş nasihati gibi) sonucu meydana gelmesi de mümkündür⁴⁰⁶. Ancak üçüncü kişilerin failin suçu işlemesine izin vermeyeceklerini veya onu ihbar edeceklerini söylemeleri üzerine failin suçu işlemekten vazgeçmesi gönüllü vazgeçme sayılmaz⁴⁰⁷.

Failin bazı engellerle karşılaşması sebebiyle suçu tamamlamaktan vazgeçmesi gönüllü vazgeçme sayılmaz⁴⁰⁸. Örneğin mağdurun direnmesi, polis müdahalesi veya bir tanıkla karşılaşması sebebiyle suçu işlemekten vazgeçen kişi, gönüllü vazgeçmeden yararlanmaz⁴⁰⁹. Ortaya çıkan engellerin suçun işlenmesini imkânsız

⁴⁰⁴ Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin 04.06.2003 Tarihli Kararı: “*Elinde olmayan nedenlerle (bekçinin kendisini fark etmesi nedeniyle) suçu tamamlamaması, İsayev'in hareketlerinde suç unsurunun bulunmadığını göstermez. Çünkü mağazada değerli mallar bulunmaktaydı ve sanık bunları çalmaya teşebbüs etmiştir*”. (Byulleten № 12 2003 Goda (2003 Yılı 12 No.lu Bülten), (Bkz. KUDRYAVSEV-LUNEEV-NAUMOV, s. 244)).

⁴⁰⁵ MAGOMEDOV, s. 60.

⁴⁰⁶ VETROV, s. 198.

⁴⁰⁷ DURMANOV, Stadii Soversheniya Prestupleniya (Suçun İşlenme Evreleri), s. 195.

⁴⁰⁸ KUDRYAVSEV-LUNEEV-NAUMOV, s. 247.

⁴⁰⁹ İVANOV, s. 252; SSCB Yüksek Mahkemesi'nin 19.09.1974 Tarihli Genel Kurul Kararı: “*Şampurov ve Andreyev şu şartlarda reşit olmayan V'ye cinsel saldırıda bulunmaya teşebbüsten mahkûm olmuşlardır: '22.11.1973 tarihinde Krasnoyarsk şehrinde, işten dönen V ile sokakta karşılaşan Şampurov ve Andreyev ona cinsel saldırıda bulunmaya karar vermişlerdir. Bu amaçla onlar V'yi yakınlardaki boş daireye sürüklemiş, üstünü çıkarmaya çalışmış, ancak mağdure onlara direnmiştir. V, ceketinden çıkardığı makasla Şampurov'a vurmuş ve bağırarak ayaklarıyla saldırganları itmiştir. Bu sırada birileri dairenin kapısına vurmuş, Şampurov pencereye doğru*

hale getirmeyip, suçun işlenmesini zorlaştırması halinde de suçu işlemekten vazgeçen kişi gönüllü vazgeçmeden yararlanmaz⁴¹⁰. Örneğin, evin kapısını açmayı başaran hırsız, ikinci bir kapıyla karşılaşır ve bunun üzerine suçu işlemekten vazgeçerse, gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanmaz⁴¹¹. Yine ev sahibinin evde olmadığını bilen ve evin bahçesinde hırsızlık için bekleyen failerin, komşuların şüpheli bakışlarıyla karşılaşmaları üzerine suçu işlemekten vazgeçmeleri gönüllü vazgeçme değildir. Çünkü bu örnekte, failerin hırsızlık suçunu işlemeleri imkânsız hale gelme bile, risk nedeniyle zorlaşmıştır. Bu yüzden failerin hareketi, hırsızlık suçuna hazırlık sayılmalıdır⁴¹².

Adli makamların işlenecek suçtan haberdar olması nedeniyle failin suçu işlemekten vazgeçmesi, gönüllü vazgeçme sayılmaz⁴¹³. Suçun maddî konusunun

fırlamış ve camı kırarak Andreyev'e oradan ayrılmalarını teklif etmiştir. Kapıya yaklaşan Andreyev merdiven sahanlığında kimsenin olmadığından emin olduktan sonra, tekrar V'ye saldırmış, onu darp etmiş ve ölümlü tehdit etmiştir. Ancak yine de mağdurun bağırma sesini komşuların duyacağından endişe eden Şampurov ve Andreyev pencereden atlayarak kaçmışlardır'. Kapıya vurulması dairede olup bitenlerin komşuların dikkatini çektiğini ve dolayısıyla sanıkların tespit edilmeleri ve yakalanmaları için bir tehlikenin ortaya çıktığını göstermektedir. Kaldı ki, mağdur da yardım çağırarak bağırma devam etmiştir. Belirtilen nedenler, sanıkların cinsel saldırı girişimini tamamlamaktan gönüllü vazgeçtiklerini göstermez". (http://projects.innovbusiness.ru/pravo/DocumShow_DocumID_33329.html, 07.05.2011).

⁴¹⁰ Sank-Petersburg Şehir Mahkemesi'nin 17.03.1998 Tarihli Kararı: "Sanık Abramov hırsızlık amacıyla mağdur Bogun'un oturduğu evin kapı kilidini kırmış, ancak bu sırada kapıda 'güvenlik alarmı devrededir' tabelasını görünce olay yerini terk etmiştir. Olayda gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanamaz ve Abramov hakkında mala zarar verme suçundan ve hırsızlık suçuna teşebbüsten ceza verilmesi gerekir". (<http://www.law.edu.ru/judicial/judicial.asp?judicialID=1124774>, 22.01.2010); SSCB Yüksek Mahkemesi 28.05.1941 tarihli kararında; mağdure R'nin bağırması üzerine, yakındaki tarlada bir kişinin çalıştığını bilen O'nun cinsel saldırıdan vazgeçerek kaçmasında gönüllü vazgeçmenin bulunmadığına karar vermiştir. (Bkz. DURMANOV, Stadii Soversheniya Prestupleniya (Suçun İşlenme Evreleri) s. 194-195).

⁴¹¹ İVANOV, s. 253.

⁴¹² KRİGER-KUZNEKOVA-TKAÇEVKİY, s. 166.

⁴¹³ ZDRAVOMISLOV, s. 235. Moskova Şehir Mahkemesi 1951 tarih ve 2-03 No.lu kararında; maskeli ve silahlı sanıkların soygun amacıyla mağazaya girdikten sonra, mağaza müdürünün sanıklardan birini tanıdığını ve polis çağıracağını söylemesi üzerine sanıkların suçtan vazgeçmesinde gönüllü vazgeçmenin bulunmadığına karar vermiştir. (Bkz. KUZNEKOVA, s. 378).

failin aradığı özellikte olmaması nedeniyle, failin hareketlerine son vermesi de gönüllü vazgeçme kapsamında değerlendirilmez. SSCB Yüksek Mahkemesi 1943 tarihli kararında, yiyecek çalmak amacıyla vagonun kapısını açan sanıkların vagona sadece manifatura bulunması nedeniyle, hiçbir şey almadıkları olayda, gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanamayacağını belirtmiştir⁴¹⁴.

Failin isnat yeteneğinin azalması veya ortadan kalkması nedeniyle suçü tamamlayamaması durumları gönüllü vazgeçme olarak değerlendirilmez. Örneğın aşırı sarhoş olduğu için hırsızlık veya cinsel saldırı suçunun icra hareketlerine başlayamayan veya icra hareketlerine başlayıp da suçü tamamlayamayan kişı, suçü teşebbüs veya suçü hazırlıktan dolayı sorumlu olur⁴¹⁵.

b. Suçun Tamamlanabileceği Bilinci

Aslında suçun işlenmesine engel bulunmadığı halde, fail hata sonucu bazı engellerin bulunduğunu sanarak suçü işlemekten vazgeçerse, bu durum gönüllü vazgeçme olarak değerlendirilmez⁴¹⁶. Çünkü gönüllü vazgeçmede failin suçü tamamlayabileceğinin bilincinde olması da gerekmektedir⁴¹⁷. Örneğın hırsızlık için

⁴¹⁴ Bkz. KUZNESOVA, s. 377.

⁴¹⁵ Bir olayda, uyuşturucu bağımlısı olan M, kendisiyle görüşmeyi reddeden sevgilisini öldürmek için yüksek miktarda uyuşturucu alarak onun evine gelmiş, evde mağdurla tartışmaya başlamış, elindeki bıçağı sallayarak mağduru öldürmekle tehdit etmiş, ancak bu sırada almış olduğu uyuşturucunun etkisiyle şoka girerek bayılmıştır. Bunun üzerine mağdur polis çağırması ve M yakalanmıştır. Bu olayda M, uyuşturucu kullanma ve insan öldürme suçuna teşebbüsten mahkûm olmuştur. (Bkz. KUZNESOVA-TYAJKOVA, s. 371).

⁴¹⁶ KUDRYAVSEV-LUNEEV-NAUMOV, s. 247.

⁴¹⁷ ZAGORODNİKOV, s. 122.

eve giren fail, koridordaki vazonun yere düşmesinin çıkardığı gürültü nedeniyle ev sahibinin evde olduğunu sanarak olay yerini terk ederse, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanmaz⁴¹⁸.

Aslında suçun işlenmesine engel bulunduğu halde, fail hata sonucu herhangi bir engelin bulunmadığını sanmış ve suçu işlemekten vazgeçmişse gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır. Örneğin fail dolu olduğunu sandığı, fakat gerçekte boş olan tabancasını mağdura doğrulttuktan sonra, mağdura acıyarak tetiği çekmekten vazgeçerse, gönüllü vazgeçmeden yararlanır⁴¹⁹. Başka bir ifadeyle, işlenemez suça teşebbüs hallerinde de gönüllü vazgeçmeden söz edilebilir.

c. Kesinlik

Gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanabilmesi için failin suçun işlenmesinden geçici olarak değil kesin ve şartsız olarak vazgeçmesi gerekir⁴²⁰. Failin daha iyi hazırlık yapıp, suçu daha sonra işlemek amacıyla hareketlerini durdurması gönüllü vazgeçme sayılmaz⁴²¹. Örneğin depodan hırsızlık yapmak için depo bekçisiyle anlaşan failin, olay sırasında deponun bulunduğu yerde başka bekçiyi görmesi üzerine hırsızlık suçunu işlemekten vazgeçmesi, gönüllü vazgeçme

⁴¹⁸ TER-AKOPOV, s. 52.

⁴¹⁹ TER-AKOPOV, s. 52-53.

⁴²⁰ TER-AKOPOV, s. 54.

⁴²¹ SEMENDEROV, s. 342; İVANOVA, s. 253.

sayılmaz⁴²². Yine bir tanıkla karşılaştığı için, failin daha uygun bir zamanda işlemek üzere hırsızlık suçundan vazgeçmesi, gönüllü vazgeçme değildir⁴²³.

Ancak kuşkusuz, failin somut suçu kesin olarak işlemekten vazgeçmesi yeterli olup, bu vazgeçmenin bir daha hiç suç işlemek şeklinde olması gerekmez⁴²⁴. Hatta failin kastettiği suçu işlemekten vazgeçerek başka bir suçu işlemesi durumu da failin kastettiği suç bakımından gönüllü vazgeçme sayılabilir. Örneğin mağduru öldürmek isteyen fail, mağdura tabancasını doğrulttuktan sonra öldürme niyetinden vazgeçip tehdit ederek mağdurun cüzdanını alırsa, sadece yağma suçundan sorumlu olur; fakat gönüllü vazgeçme nedeniyle insan öldürme suçuna teşebbüsten sorumlu olmaz⁴²⁵.

d. Suçun Tamamlanmamış Olması

Gönüllü vazgeçme sadece suça teşebbüs veya suça hazırlıktan dolayı failin sorumluluğunu kaldırdığından, gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümler, sadece suçun tamamlanmamış olduğu hallerde uygulanabilir.

⁴²² KUZNESOVA-TYAJKOVA, s. 378.

⁴²³ İVANOV, s. 253.

⁴²⁴ KRİGER-KUZNESOVA-TKAÇEVKİY, s. 172.

⁴²⁵ TER-AKOPOV, s. 41; Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Kararı: “*Olayda sanıklar Beyman, Belobabka, Butakov ve Putilin, evine girdikleri mağdur Kostyuk’u döverek ve tehdit ederek ondan para ve otomobilinin anahtarını talep etmişlerdir. Ancak mağdurun otomobilin anahtarının o esnada evde bulunmayan karısında olmasını söylemesi üzerine, mağdurun bu söylemine inanan sanıklar, evdeki değerli eşyaları alarak olay yerini terk etmişlerdir. Olayda sanıkların mağdurun ceplerini kontrol etmemeleri, aslında evin bahçesinde olan otomobili başka yöntemlerle de çalıştırabilecekleri halde bunu yapmamaları dikkate alındığında, yasadışı otomobil kaçırma suçu (RFCK m.166) bakımından sanıklar hakkında gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması gerekir*”. (Byulleten № 3 2004 Goda, (2004 Yılı 3 No.lu Bülten), http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=1605, 22.01.2010).

Gönüllü vazgeçme hem suça teşebbüs, hem de suça hazırlık aşamasında mümkün olabilir⁴²⁶. Ancak uygulamada suça hazırlık hallerinde gönüllü vazgeçme örneklerine çok rastlanmamaktadır. Bunun sebebi hazırlık hareketlerinin çoğu zaman gizli kalarak, adli makamların bundan haberdar olamamasıdır. Ayrıca doktrinde ve uygulamada, failin gönüllü vazgeçtiğini ispat etmesinin gerekli olmadığı kabul edilmektedir. Buna göre, suça hazırlıktan veya suça teşebbüsten dolayı failin cezalandırılabilmesi için hareketlerin kesintiye uğramasının failin iradesi dışında meydana geldiğinin kesin olarak saptanması gerekir⁴²⁷. Ancak suça hazırlıkta failin suç işleme kastını ispat etmek zor olduğu gibi, gönüllü vazgeçmediğini ispat etmek de zordur. Çünkü suça hazırlıkta gönüllü vazgeçme için failin hareketlerine devam etmemesi yeterli olup, suç aleti veya suç planının yok edilmesi gibi gerçekleştirdiği

⁴²⁶ Bir olayda, “Neftehimik” Anonim Şirketinin müdürü olan P’yi öldürmek isteyen sanıklar (kiralık katiller), birkaç gün boyunca mağdurun işe gidiş-dönüş saatini, eve kimlerin gelip gittiğini, kapı zili çaldığında kapıyı kimin açtığını gözlemlemiş ve P’nin evine girerek onu ve dört kişiden oluşan ailesini öldürme yönünde plan yapmışlardır. Ancak olay günü apartmana girdikleri sırada sanıklardan birisi kadın ve çocukları öldürmeyeceğini söylemiş ve bunun üzerine sanıklar P’nin ailesini öldürmekten vazgeçerek sadece P’yi öldürmüşlerdir. Bu olayda sanıklar sadece (P’ye karşı) kasten öldürme suçundan sorumlu tutulmuş, gönüllü vazgeçme nedeniyle aile üyelerine karşı insan öldürme suçuna hazırlıktan sorumlu tutulmamışlardır. (Bkz. REVİN, s. 216-217).

⁴²⁷ DURMANOV, Stadii Soversheniya Prestupleniya (Suçun İşlenme Evreleri), s. 197; KUZNESOVA, s. 378; Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi’nin 11.02.2004 Tarih ve 3-004-4 No.lu Kararı: “Krasnov’un RFCK’nın 290/2. maddesinde belirtilen suçtan (rüşvet alma) gönüllü vazgeçtiğine ilişkin savunması mahkemece çürütülemediği, hatta tam tersine bu savunma somut olayda desteklenmiştir. Mahkemenin beyanlarını sahipsiz bulduğu Morozkin’in ifadesine göre; o rüşvet konusu parayı teslim etmek için Krasnov’la anlaşmış, fakat Krasnov buluşma yerine gelmemiştir. Daha sonraları da Krasnov paranın alınması için herhangi bir eylemde bulunmamıştır. Bir süre sonra onlar tesadüfen karşılaştıklarında, Morozkin, Krasnov’a parayı almasını teklif etmiş, fakat Krasnov hiçbir şey istemediğini belirterek teklifi geri çevirmiştir. Krasnov’u rüşvet alma suçuna teşebbüsten suçlu bulan mahkeme, buna gerekçe olarak onun, Morozkin’in dilekçesiyle adli makamlara başvurması nedeniyle, yani elinde olmayan nedenlerle suçu tamamlamadığını göstermiştir. Oysa sanık (Krasnov), Morozkin’in adli makamlara başvurduğundan ve hakkında soruşturma yürütüldüğünden haberi olmadığını ve hareketlerinin hukuka aykırı olduğunun farkına vardığı için paranın alınmasından gönüllü vazgeçtiğini ifade etmiştir. Bunun aksi soruşturma organları ve mahkeme tarafından tespit edilememiştir. Mahkemenin, Krasnov’un kastettiğini gerçekleştirmesinin imkânsız olduğunu anladığını ve bu nedenle sorumluluktan kurtulmak için parayı almadığı şeklinde bir sonuca (kanaate) varması sadece tahminden ibarettir. RFCUK’un 14/4. ve 302/4. maddelerine göre, mahkûmiyet kararı tahminlere dayanılarak verilemez. Bunun yanında iddianamede de Krasnov’un parayı almasının imkânsız olduğunu anladığını ve sorumluluktan kurtulmak için Morozkin’den parayı almaktan vazgeçtiği belirtilmemiştir. Bu nedenlerle Krasnov’un rüşvet alma suçundan gönüllü vazgeçtiğini kabul etmek gerekir”. (<http://bazakonov.ru/doc/?ID=175983>, 22.04.2011).

hazırlık hareketlerinin izlerini ortadan kaldırması gerekli değildir⁴²⁸. Başka bir ifadeyle, suça hazırlıkta failin gönüllü vazgeçmesi için pasif davranışta bulunması yeterlidir. SSCB Yüksek Mahkemesi bir kararında, gerçeğe aykırı düzenlenen belgenin imza kısmının henüz sanık tarafından taklit edilmemiş olmasını gerekçe göstererek, belgede sahtecilik suçuna hazırlığın oluşmadığını belirtmiştir⁴²⁹.

Rusya Federasyonu doktrininde ve uygulamasında failin suça teşebbüse yönelik ilk hareketi başarısız olduktan sonra, failin aynı hareketi tekrarlamaktan vazgeçmesi durumu, gönüllü vazgeçme olarak kabul edilmemektedir. Başka bir ifadeyle, teşebbüs hareketinin tekrarlanmasından vazgeçme, gerçekleşmiş olan teşebbüsü ortadan kaldırmaz⁴³⁰. Örneğin failin mağduru öldürmek amacıyla ateş ettiği mermi mağdura isabet etmez ve fail tekrar ateş etmekten vazgeçerse, bu durum gönüllü vazgeçme olarak değerlendirilmez⁴³¹. Yine failin mağduru öldürmek amacıyla ateş ettiği mermi mağduru yaraladıktan sonra, failin pişman olarak tekrar ateş etmemesi durumu da gönüllü vazgeçme sayılmaz⁴³². Aynı şekilde failin mağduru öldürmek amacıyla ateş ettiği mermi mağduru yaraladıktan sonra, pişman olan failin mağduru hastaneye kaldırıp yaralı olarak kurtarması durumu da gönüllü vazgeçme değildir.

⁴²⁸ DURMANOV, Stadii Soversheniya Prestupleniya (Suçun İşlenme Evreleri), s. 197; KUZNESOVA, s. 378-379.

⁴²⁹ Bkz. DURMANOV, Stadii Soversheniya Prestupleniya (Suçun İşlenme Evreleri), s. 197-198.

⁴³⁰ PİONTKOVSKIY-ROMAŞKİN-ÇHIKVADZE, s. 438.

⁴³¹ KOZAÇENKO-NEZNAMOVA, Obşaya Çast (Genel Kısım), s. 226. RSFSC Yüksek Mahkemesi'nin 1970 tarihli Genel Kurul kararında da suça teşebbüs halinde, ilk hareket başarısız olduktan sonra, failin aynı hareketi tekrarlamaktan vazgeçmesinin gönüllü vazgeçme sayılamayacağı belirtilmiştir. (Byulleten № 2 1970 Goda (1970 Yılı 2 No.lu Bülten), (Bkz. GRİŞAYEV-ZDRAVOMISLOV, s. 212)).

⁴³² NAUMOV, s. 313.

Ancak bu durum cezayı hafifletici etkin pişmanlık olarak değerlendirilir⁴³³. Çünkü RFCK'nın 61. maddesinde, “*suçun işlenmesinden hemen sonra mağdura tıbbi veya başka şekilde yardımda bulunma*” cezayı hafifletici neden olarak düzenlenmiştir.

Doktrinde ve uygulamada yukarıda verilen örneklerde gönüllü vazgeçmenin uygulanmaması gerektiği konusunda görüş birliği bulunmakla birlikte, yine de tam teşebbüs aşamasında gönüllü vazgeçmenin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır.

Bu konudaki birinci görüşe göre, istisnai durumlarda tam teşebbüs aşamasında gönüllü vazgeçme söz konusu olabilir. Buna göre; failin gerçekleştirdiği hareket ile netice arasında belli bir zaman aralığının bulunduğu hallerde, fail illiyet bağının gidişatını denetleyebiliyor ve ona etki edebiliyorsa tam teşebbüs aşamasında da gönüllü vazgeçme mümkündür. Ancak bu durumda gönüllü vazgeçmenin aktif davranışlarla yapılması gerekir⁴³⁴. Örneğin evde yangın çıkaran failin, birkaç dakika sonra dönüp ateşi söndürmesi gönüllü vazgeçme sayılır⁴³⁵. Yine mağdurun otomobiline patlayıcı düzenek yerleştiren fail, mağdur olay yerine gelmeden pişman olarak patlayıcıyı etkisiz hale getirirse, gönüllü vazgeçmeden yararlanır⁴³⁶. Ancak bu görüşü savunan yazarlar, failin mağdura zehir içirdikten sonra, panzehir vererek veya doktor çağırarak mağdurun ölmesini engellemesi durumunda gönüllü vazgeçmenin

⁴³³ KUZNESOVA-TYAJKOVA, s. 379; KUDRYAVSEV-NAUMOV, s. 179.

⁴³⁴ NAUMOV, s. 314; VETROV-LYAPUNOV, s. 145; KOZAÇENKO-NEZNAMOVA, *Obşaya Çast* (Genel Kısım), s. 226-227; İVANOV, s. 254; REVİN, 218; GRİŞAYEV-ZDRAVOMISLOV, s. 213-214; PİONTKOVSKİY-ROMAŞKİN-ÇİHKVADZE, s. 435-436; TER-AKOPOV, s. 44; SOLOPANOV, s. 95-96; KRİGER-KUZNESOVA-TKAÇEVKİY, s. 172.

⁴³⁵ NAUMOV, s. 314; SOLOPANOV, s. 95.

⁴³⁶ REVİN, s. 218.

uygulanıp uygulanmayacağı konusunda farklı düşünmektedirler. Bazı yazarlar bu durumda da gönüllü vazgeçmenin uygulanması gerektiğini savunmaktayken⁴³⁷; diğer bazı yazarlar ise bu durumda gönüllü vazgeçme değil, etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmaktadırlar⁴³⁸. NAUMOV'a göre; burada failin illiyet bağına tamamen denetleyebildiği söylenemez. Çünkü burada ölüm neticesinin meydana gelip gelmemesi sadece failin iradesine bağlı değildir; mağdur da bu panzehiri kabul etmeme imkânına sahiptir. Örneğin amansız bir hastalığa yakalanmış olduğu için mağdur zaten yaşamak istemiyor olabilir⁴³⁹. DURMANOV'a göre de, bu örnekte neticenin gerçekleşmesi failin iradesine değil, mağdurun vücut direnci, doktorun zamanında müdahale edip etmeyeceği gibi nedenlere bağlıdır⁴⁴⁰. Kanaatimizce, öldürmek amacıyla ateş edip, fakat yaraladığı mağduru hastaneye kaldırarak kurtaran fail ile mağdura zehir içirdikten sonra panzehir vererek veya doktor çağırarak mağduru kurtaran failin durumu aynıdır. Çünkü her iki durumda da icra hareketleri tamamlandıktan sonra fail neticenin gerçekleşmesini kendi çabalarıyla önlemiş olmaktadır. Dolayısıyla bu iki örnekte de gönüllü vazgeçmeden değil etkin pişmanlıktan söz etmek gerekir.

⁴³⁷ İVANOV, s. 254; KRİGER-KUZNESOVA-TKAÇEVKİY, s. 172; GRİŞAYEV-ZDRAVOMISLOV, s. 214.

⁴³⁸ NAUMOV, s. 314; DURMANOV, Stadii Soverşeniya Prestupleniya (Suçun İşlenme Evreleri), s. 202.

⁴³⁹ NAUMOV, s. 314.

⁴⁴⁰ DURMANOV, Stadii Soverşeniya Prestupleniya (Suçun İşlenme Evreleri), s. 202.

İkinci görüşe göre ise, icra hareketleri tamamlandıktan sonra, yani tam teşebbüs aşamasında gönüllü vazgeçme hiçbir şekilde mümkün değildir⁴⁴¹. RAROG, birinci görüşün 1960 tarihli RSFSCCK'nın yürürlükte olduğu dönemde geçerli olabileceğini; buna karşılık 1996 tarihli RFCK'nın açık hükmü nedeniyle bu görüşün artık savunulamayacağını ifade etmektedir. Çünkü 1996 tarihli RFCK'nın 61. maddesinde “*suçun işlenmesinden hemen sonra mağdura tıbbi veya başka şekilde yardımda bulunma*” cezayı hafifletici neden olarak düzenlenmiştir. Yani kanuna göre, failin neticenin gerçekleşmesini önlemesi durumu gönüllü vazgeçme değil, etkin pişmanlık kapsamında değerlendirilmektedir. Dolayısıyla gönüllü vazgeçme sadece hazırlık hareketleri ve eksik teşebbüs aşamasında mümkündür⁴⁴².

Kanaatimizce 1960 tarihli RSFSCCK'nın yürürlükte olduğu dönemde, kanunun gönüllü vazgeçmeyi tanımlamaması nedeniyle birinci görüşün savunulması düşünülebilirdi. Fakat 1996 tarihli RFCK'nın gönüllü vazgeçmeyi açıkça tanımlaması nedeniyle ikinci görüş daha isabetlidir. Çünkü RFCK'nın 31/1. maddesine göre, “*suça hazırlık hareketlerinin veya doğrudan doğruya suçun işlenmesine yönelmiş hareketlerin durdurulması*”, gönüllü vazgeçme sayılmaktadır. İcra hareketlerinin tamamlanmasından sonra, bitmiş olan hareket durdurulamayacağına göre, tam teşebbüs aşamasında, yani icra hareketleri tamamlandıktan sonra gönüllü vazgeçme mümkün değildir.

⁴⁴¹ BELYAYEV-ŞARGORODSKİY, s. 575; ZAGORODNİKOV, s. 122-123; RAROG, s. 196; SABANİN, Sergey, Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Ekaterinburg 2001, http://www.pravo.vuzlib.net/book_z2137_page_11.html, 11.06.2009.

⁴⁴² RAROG, s. 196.

Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi bazı kararlarında tam teşebbüs aşamasında gönüllü vazgeçmenin uygulanamayacağına karar verirken⁴⁴³, bazı kararlarında ise uygulanabileceğine karar vermiştir⁴⁴⁴.

Türk Ceza Kanununa bakıldığında ise gönüllü vazgeçmenin RFCK'dan farklı şekilde düzenlenmiş olduğu görülmektedir. TCK'nın 36/1. maddesine göre; "*Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır*". Örneğin öldürmek kastıyla yaraladığı kişinin ölmemesi için her türlü çabayı gösteren kimse, ölüm sonucunu önlemiş ise, insan

⁴⁴³ Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin 22.12.1998 Tarih ve 78-098-38 Nolu Kararı: "*Sanık Malışev'in 'çabuk öldür' talimatını yerine getirmekte olan diğer sanık Lebedev'in mağdur B'yi çok sayıda yaraladığı olayda; Lebedev'in 'yeter, artık yapamıyorum' diyerek hareketlerine son vermesi, B'nin ölmesi için gerekli olan tüm hareketler yapılmış olduğundan gönüllü vazgeçme olarak değerlendirilemez. Çünkü olayda, Lebedev, mağdurun başına beton parçasıyla vurmuş, onu metal telle boğmuştur. Daha sonra Malışev, Lebedev'e bıçak vererek mağdurun bileklerini kesmesini söylemiş ve Lebedev denileni yapmıştır. Olayda mağdurun ölümünün gerçekleşmemesi, Malışev ve Lebedev'in aşamadıkları engellerden ötürü, yani iradeleri dışındaki nedenlerle meydana gelmiştir. Bu nedenle, mahkemenin sanıklar hakkında gönüllü vazgeçme hükümlerini uygulamaması ve Malışev'in ambulans çağırması durumunu cezayı hafifletici neden olarak dikkate alması doğrudur*". (Byulleten № 3 1999 Goda (1999 Yılı 3 No.lu Bülten) http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=3300, 22.01.2010); Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin 09.06.2010 ve 35-010-010 No.lu Kararı: "*Sanıklar Smirnov ve Abramov mağdur M'yi dövmüş, kafasına taş, şişe ve sopayla vurmuşlardır. Daha sonra M'yi çıplak, başından ağır yaralı ve baygın olarak ıssız yerde bir hendeğe atmış, bir süre daha M'nin başına doğru taş attıktan sonra olay yerini terk etmişlerdir. Yapılan tıbbi müdahale sonucu mağdurun kurtulduğu bu olayda, sanıkların fiili doğrudan kastla insan öldürmeye tam teşebbüsün unsurlarını içermektedir. Bu koşullarda ve teşebbüsün bu aşamasında gönüllü vazgeçmeden söz edilemez. Bu nedenle mahkemenin sanıklar hakkında nitelikli insan öldürme (RFCK m.105/2-z (birden fazla kişi tarafından)) suçuna teşebbüsten hüküm kurması doğrudur*". (<http://bazazakonov.ru/doc/?ID=2383551>, 10.04.2011).

⁴⁴⁴ Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin 530P98 No.lu Kararı: "*Karardan da görüldüğü gibi Y, öldürmek kastıyla bayan G'nin ve onun 11 yaşındaki oğlunun kafasına ve vücudunun diğer bölgelerine metal tavayla darbeler vurmuştur. Daha sonra Y, mağdurların baygın şekilde bulunduğu karavanın kapısını arkadan kilitlemiş ve karavanı ateşe vermiştir. Mağdure ateş ve duman nedeniyle hayatını kaybetmiş, onun oğlu ise yaralı olarak kurtulmuştur. İlk derece mahkemesinin Y'nin suçun işlendiği yere dönerek çocuğu ateşten kurtardığını tespit etmesine rağmen, mağdurun (çocuğun) ölümünün sanığın elinde olmayan nedenlerle gerçekleşmediği sonucuna varması doğru değildir. Y'nin çocuğa karşı işlediği suç insan öldürme suçuna teşebbüs değil, kasten ağır yaralama suçunu oluşturur*". (Byulleten № 3 1999 Goda (1999 Yılı 3 No.lu Bülten), http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=3300, 22.01.2010).

öldürmeye teşebbüsten dolayı değil, sadece yaralama suçundan dolayı sorumlu olur⁴⁴⁵.

Gönüllü vazgeçme, 765 sayılı eski TCK'nın 61. maddesinde; “*Müteşebbis, cürmün efali icraiyesinden ihtiyarîyle vazgeçtiği, fakat tamam olan kısım esasen bir suç teşkil ettiği halde ancak o kısma mahsus ceza ile cezalandırılır*” şeklinde düzenlenmişti. Buna göre cezasızlık sadece icra hareketlerinin bitiminden önce failin icradan “ihtiyarîyle (gönüllü) vazgeçtiği” durumda kabul ediliyordu. Failin, icra hareketleri tamamlandıktan sonra, sonucun meydana gelmesini engellemesine “faal nedamet” (etkin pişmanlık) denilmekte, fakat bu durum genel olarak cezadan kurtaran bir sebep sayılmamaktaydı⁴⁴⁶.

Görüldüğü gibi, yürürlükteki TCK'da sadece icra hareketlerinden vazgeçme durumunda değil, sonucun gerçekleşmesini önleme (etkin pişmanlık) durumunda da failin cezalandırılmayacağı kabul edilmiştir⁴⁴⁷. Başka bir ifadeyle, TCK, “gönüllü vazgeçme” ile “etkin pişmanlığı” aynı şey saymış ve aynı hükümlere tabi tutmuştur⁴⁴⁸. Suçluluğa pirim veren⁴⁴⁹ ve yerleşmiş kavramların birbirine karışmasına neden olan bu düzenleme isabetli olmamıştır⁴⁵⁰.

⁴⁴⁵ TOROSLU, s. 268-269.

⁴⁴⁶ TOZMAN, s. 190.

⁴⁴⁷ Madde gerekçesinde bu durum şu şekilde açıklanmıştır: “*Gerek icra hareketleri aşamasında, gerekse icra hareketlerinin bitmesinden sonra, failin suçu tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçmesini teşvik etmek modern suç politikasının temel araçlarından biridir. 765 sayılı Türk Ceza Kanununda sadece icra hareketlerinin devamı aşamasında kabul edilen gönüllü vazgeçme, icra hareketlerinin bittiği ancak neticenin meydana gelmediği olaylar bakımından da öngörülmüştür. Böylece suçun icrası sürecindeki bütün aşamalarda gönüllü vazgeçme mümkün hale gelmektedir. Ancak icra hareketlerinin bitmesinden sonra gönüllü vazgeçmenin kabulü için, vazgeçenin suçun tamamlanmasını önlemek bakımından ciddi bir çaba göstermesi gerekmektedir*”.

⁴⁴⁸ HAFIZOĞULLARI-ÖZEN, s. 342.

Kanaatimizce icra hareketleri bittikten sonra failin neticenin gerçekleşmesini önlemesi durumunda gönüllü vazgeçmenin değil, cezayı hafifletici neden olan etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerektiğini kabul eden RFCK'nın tutumu TCK'ya göre daha isabetlidir.

Burada bir başka sorun, icra hareketleri tamamlandıktan sonra, failin vazgeçerek hareketleri tekrarlamaması durumunda gönüllü vazgeçmenin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda ortaya çıkmaktadır. Örneğin öldürmek amacıyla ruhsatlı tabancasıyla iki el ateş edip mağdura isabet ettiremeyen failin öldürmekten vazgeçmesi durumunda gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacak mıdır? Daha önce de ifade ettiğimiz gibi Rusya Federasyonu ceza hukukunda bu örnekte gönüllü vazgeçmenin uygulanmayacağı kabul edilmektedir. TCK'nın 36. maddesine bakıldığında ise, bu örnekte gönüllü vazgeçmenin uygulanıp uygulanmayacağının açık olmadığı görülmektedir. Eğer bu örnekte gönüllü vazgeçmenin varlığı kabul edilirse, böyle bir faile ceza vermemek son derece tehlikeli olacaktır. Buna karşılık, bu örnekte gönüllü vazgeçmenin bulunmadığı kabul edilirse⁴⁵¹, fail öldürmeye

⁴⁴⁹ Hafizoğulları-Özen'e göre; "Kanunun yaptığı bu düzenleme suçluluğa pirim vermekle kalmamakta, ayrıca özellikle geçitli suçlarda içinden çıkılmaz sorunları da beraberinde getirmektedir. Gerçekten ör., öldürmeye teşebbüste, fail ağır bir biçimde yaraladığı mağduru hastaneye götürerek ölüm sonucunu engellemiş olsa, Kanuna göre, öldürmeye teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacak, ancak tamamlanan kısım başka bir suçu oluşturuyorsa o suçtan ceza verilecektir. Burada, tamamlanan kısım, yaralamadır. Öyleyse, faile hangi esasa dayanılarak yaralama suçundan ceza verilecektir? Bu konu açık değildir. Failin kastı öldürmedir, yaralama kastı yoktur. Tabii, cezasız kalmasının düşünülmesi mümkün olmadığından, faile yaralamadan ceza verilirse; yaralama kastının olmadığı göz önünde tutulduğunda, bu; herhalde kanun koyucunun kanun gerekçesinde 'fiyakalı bir biçimde reddettiği' objektif sorumluluk esasına göre ceza vermektен başka bir şey olmaz". HAFIZOĞULLARI-ÖZEN, s. 343.

⁴⁵⁰ DEMİRBAŞ, s. 421.

⁴⁵¹ Hakeri'ye göre; "bu örnekte icra hareketleri tamamlanmış bulunduğundan, failin gönüllü vazgeçme hükümlerinden faydalanabilmesi için suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemesi gerekir. Olayda ise, fail suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemediğinden 36.

teşebbüsten cezalandırılacak ve adaletsiz bir durum ortaya çıkacaktır. Şöyle ki, mağdura iki el ateş edip kurşunları isabet ettirmedikten sonra öldürmekten vazgeçen fail gönüllü vazgeçmeden yararlanamayacak; fakat öldürmek amacıyla mağdura ateş edip yaraladıktan sonra mağduru hastaneye kaldırıp yaralı olarak kurtaran fail gönüllü vazgeçmeden yararlanacaktır. Hâlbuki ikinci olayda fiilin zarar ve tehlikeliliği ilkinde göre daha fazladır.

Her iki ülke ceza kanununun gönüllü vazgeçmeye ilişkin düzenlemeleri dikkate alındığında, gönüllü vazgeçme bakımından TCK'nın sübjektif görüşten hareket ettiği ve suçlu iradeyi esas aldığı⁴⁵²; buna karşılık, RFCK'nın objektif görüşten hareket ettiği ve hukukî konuya zarar verme tehlikesini esas aldığı söylenebilir.

3. Gönüllü Vazgeçmenin Sonucu

Gönüllü vazgeçme, failin suça teşebbüs veya suça hazırlıktan dolayı cezalandırılmasını önler. Ancak gönüllü vazgeçme durumunda failin vazgeçme anına kadar yaptığı hareketler bağımsız bir suçu oluşturuyorsa, fail o suça ait ceza ile cezalandırılır (RFCK m.31/3). Örneğin insan öldürmek için ruhsatsız silah elde eden kişi, mağduru öldürmekten gönüllü vazgeçerse, insan öldürme suçuna teşebbüs veya hazırlıktan dolayı cezalandırılmaz, ancak ruhsatsız silah bulundurma suçundan (RFCK m.222) dolayı cezalandırılır⁴⁵³. Yine cinsel saldırıda bulunmak için mağdura

madde hükmünden faydalanmayacak ve teşebbüs hükümleri uygulanacaktır.” HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 295.

⁴⁵² İPEKÇİOĞLU, s. 159.

⁴⁵³ VETROV, s. 200.

hafif cebir uygulayan kişi, aniden gönüllü vazgeçerse, cinsel saldırı suçuna teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; ancak kasten hafif yaralama suçundan (RFCK m.115) dolayı cezalandırılır⁴⁵⁴.

4. İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme

İştirak halinde işlenen suçlarda sadece gönüllü vazgeçen kişi, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır. Örneğın failin (icracının) suçu işlemekten gönüllü vazgeçmesi halinde, diğeri suç ortakları suça teşebbüs veya suça hazırlıktan dolayı sorumlu olur⁴⁵⁵.

Organizatör⁴⁵⁶ veya azmettiren sıfatıyla suça iştirak eden kişinin gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için aldığı tedbirlerle suçun işlenmesini önlemesi gerekmektedir (RFCK m.31/4). Organizatör veya azmettirenin suçun işlenmesini önlemeye yönelik hareketleri suçun işlenmesini önleyememiş ise, doktrinde “başarısız gönüllü vazgeçme” olarak adlandırılan⁴⁵⁷ bu durum, sadece mahkeme tarafından cezanın belirlenmesi sırasında cezayı hafifletici neden olarak dikkate alınabilir (RFCK m.31/5).

⁴⁵⁴ RAROG, s. 193.

⁴⁵⁵ NAUMOV, s. 345-346.

⁴⁵⁶ Rusya Federasyonu ceza hukukunda bir iştirak türü olan “organizatör”, Türk ceza hukukunda “azmettirme” kapsamında değerlendirilmektedir.

⁴⁵⁷ PİTESKİY, Valeriy, Dobrovolniy Otkaz Souçastnikov Prestupleniya (Suça İştirak Edenlerin Gönüllü Vazgeçmesi), <http://www.lawmix.ru/comm/6619>, 12.04.2011.

Buna karşılık yardım eden sıfatıyla suça iştirak eden kişinin gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için elinden gelen tüm tedbirleri alması yeterli olup, suçun işlenmesini önlemesi şart değildir (RFCK m.31/4).

Organizatör veya azmettiren sıfatıyla suça iştirak eden kişinin gönüllü vazgeçmeye yönelik hareketleri sadece aktif davranışla (polise ihbarda bulunma, mağduru uyarma, faili zorla durdurma gibi) yapılabilir. Buna karşılık yardım eden sıfatıyla suça iştirak eden kişinin gönüllü vazgeçmeye yönelik hareketleri aktif davranışla yapılabileceği gibi (polise ihbarda bulunma, mağduru uyarma gibi) pasif davranışla da (mağdurun bulunduğu yer hakkında bilgi vermeme) yapılabilir⁴⁵⁸.

RFCK'nın 31. maddesinde müşterek faillik hallerinde gönüllü vazgeçme sorununun nasıl çözüleceği konusunda açık hüküm bulunmamaktadır. Doktrinde müşterek faillikte, faillerden birinin suçun işlenmesinden vazgeçmesi durumunda, sorunun gönüllü vazgeçmeye ilişkin genel düzenlemeye (RFCK m.31/1) göre çözülmesi gerektiği kabul edilmektedir. Yani müşterek faillikte, suçu tamamlama imkânına sahip olduğunun bilincinde olan fail tarafından suça hazırlık hareketlerinin veya doğrudan doğruya suçun işlenmesine yönelmiş hareketlerin durdurulması gönüllü vazgeçme sayılacaktır. Ancak, müşterek faillikte, failin gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için sadece kendi hareketlerini mi, yoksa diğer faillerin hareketleri de dâhil olmak üzere suça yönelmiş olan bütün hareketleri mi durdurması gerektiği hususu doktrinde tartışmalıdır⁴⁵⁹. Başka bir ifadeyle, müşterek

⁴⁵⁸ RAROG, s. 242-243.

⁴⁵⁹ ŞEPELKOVA, Vladislav, Dobrovolniy Otkaz Soispolnitelya Prestupleniya (Suçun Müşterek Failinin Gönüllü Vazgeçmesi), <http://www.lawmix.ru/comm/4864>, 12.04.2011.

faillikte, gönüllü vazgeçen failin suçu önlemesinin gerekip gerekmediği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır.

Birinci görüşe göre; müşterek faillikte, failin gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilmesi için kural olarak kendi hareketlerine son vermesi yeterli olup, suçu önlemesi şart değildir. Ancak işlenecek suçta failer arasında bir görev bölümünün yapılması durumunda, failin cezalandırılmaması için suçu önlemiş olması gerekir. Örneğin faillerden birinin suçu işlemeye başlama, diğerinin ise sona erdirmeye konusunda görev üstlenmesi durumu böyledir⁴⁶⁰.

Bizim de taraftar olduğumuz ikinci görüşe göre ise; müşterek faillikte, vazgeçen failin cezalandırılmaması için fiile yaptığı nedensel katkıyı ortadan kaldırması gerekir. Bunun için de failin suça yönelik hareketlere bir bütün halinde son vermesi, yani suçu önlemiş olması gerekir⁴⁶¹. Bu görüşe göre, Kanun, yardım eden sıfatıyla suça iştirak edenin bile suçu önlemeye yönelik çaba göstermesi aradığına göre; bundan daha tehlikeli bir iştirak şekli olan müşterek faillikte, failin sadece kendi hareketlerine son vermesi ve suçu önlemeye yönelik hiçbir şey yapmaması kabul edilemez⁴⁶². Uygulamada birinci görüşe uygun kararlar verildiği gibi⁴⁶³ ikinci görüşe uygun verilen kararlar da bulunmaktadır⁴⁶⁴.

⁴⁶⁰ PİTESKİY, <http://www.lawmix.ru/comm/6619>, 12.04.2011.

⁴⁶¹ ŞEPELKOV, <http://www.lawmix.ru/comm/4864>, 12.04.2011; KUZNESOVA, s. 391; İGNATOV-KRASİKOV, s. 225.

⁴⁶² ŞEPELKOV, <http://www.lawmix.ru/comm/4864>, 12.04.2011.

⁴⁶³ Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin 06.04.2006 Tarih ve 33-O06-6 No.lu Kararı: "*Olayda Kovalev'in değerli eşyalarını zorla almak konusunda anlaşılan sanıklar Berdnikov, Baranov, Erohin ve Kotov, 2 Şubat 2004 tarihinde Kovalev'in bulunduğu kasabaya gelerek evin eklentisinde saklanmış ve onun hareketlerini gözlemlemişlerdir. Kovalev'in garaja girmesini bekleyen Berdnikov onun peşinden*

İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme bakımından RFCK ve TCK arasında farklar bulunmaktadır. İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen TCK'nın 41. maddesine göre; “(1) *İştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır. (2) Suçun; a) Gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması, b) Gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması, hallerinde de gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır*”.

Görüldüğü gibi, Türk ceza hukukunda iştirak halinde işlenen suçlarda, gönüllü vazgeçen failin, azmettirenin veya yardım edenin gönüllü vazgeçmeden yararlanarak cezalandırılmaması için suçun işlenmemesi için elinden gelen tüm gayreti göstermesi yeterli olup, bu gayretin suçun işlenmesini önlemesi şart değildir. Rusya Federasyonu ceza hukukunda da yardım eden sıfatıyla suça iştirak eden kişinin

giderek Kovalev ve yanındaki Azarov'a saldırmış ve Kovalev'i öldürmüştür. Berdnikov garaja girdiği sırada Baranov, Erohin ve Kotov ise birilerinin kendilerini fark ettiğini sanarak olay yerinden kaçmış ve geldikleri otomobilin yanında Berdnikov'u beklemeye başlamışlardır. Baranov, Erohin ve Kotov'un olay yerinden kaçma nedeni olan 'birilerinin kendilerini fark etmesi' durumu yakalanmaları için somut bir tehlike arz etmediği gibi, suçu tamamlamalarına bir engel de oluşturmamıştır. Onlar suça hazırlık aşamasında hareketlerine son vermişlerdir. Sanıkların suçtan vazgeçmeleri kesin nitelik taşımaktadır; çünkü onlar suçun tamamlanması için başkaca bir harekette bulunmamışlardır. Gönüllü vazgeçmenin hangi nedenden ötürü meydana geldiğinin hukukun bir önemi bulunmamaktadır. Bu nedenle Baranov, Erohin ve Kotov'un hareketlerinde suç unsurlarının bulunmadığını dikkate almayarak mahkûmiyet kararı veren ilk derece mahkemesinin kararı doğru değildir”. (Byulleten № 11 2006 Goda (2006 Yılı 11 No.lu Bülten), http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=4630, 04.04.2011); SSCB Yüksek Mahkemesi'nin 30.07.1965 tarihli kararına konu olan bir olayda; ilçe kooperatifinin ambarında yangın çıkarmak ve bekleciyi öldürmek konusunda anlaşan Prokosyan ve diğer sanıklar, G'yi de kendilerine katılması için ikna etmişlerdir. Ancak eylemlerini gerçekleştirmek için G'yi almaya geldiklerinde G, onlara katılmayacağını söylemiş ve suçun işlenmesi için herhangi bir harekette bulunmamıştır. Yüksek Mahkeme G hakkında gönüllü vazgeçme nedeniyle, kasten öldürme suçuna iştiraktan değil, sadece işlenecek suçu bildirmeme suçundan ceza verilmesi gerektiğine karar vermiştir. (Bkz. PİONTKOVSKİY-ROMAŞKİN-ÇHİKVAÐZE, s. 435).

⁴⁶⁴ Moskova Bölge Mahkemesi'nin 1950 ve 2-03 No.lu kararına konu olan bir olayda; mağazayı soymak konusunda anlaşan ve bunun için silahlanan S, K ve S-n mağazaya doğru yola çıktıktan sonra, S-n soygundan vazgeçerek geri dönmüştür. Mağazaya gelen S ve K ise mağazanın kapısını kırmak üzereyken polisler tarafından yakalanmışlardır. Mahkeme S-n'in fiilinde gönüllü vazgeçmenin bulunmadığına ve teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerektiğine karar vermiştir. (Bkz. KUZNESOVA, s. 392).

gönüllü vazgeçmeden yaralanarak cezalandırılmaması için Türk ceza hukukunda olduğu gibi elinden gelen tüm gayreti göstermesi yeterli olup, bu gayretin suçun işlenmesini önlemesi şart değildir.

Ancak Türk ceza hukukundan farklı olarak, Rusya Federasyonu ceza hukukunda organizatör ve azmettirenin gönüllü vazgeçmeden yararlanarak cezalandırılmaması için suçun önlenmesi için elinden gelen tüm gayreti göstermesi yeterli değildir. Çünkü, bu gayretin suçun işlenmesini önlemesi durumu bir cezasızlık nedeni iken, önleyememesi durumu (başarısız gönüllü vazgeçme) ise sadece cezayı hafifletici nedendir.

5. Etkin Pişmanlık

Rusya Federasyonu doktrinde etkin pişmanlık, suçun tamamlanmasından önceki ve sonraki etkin pişmanlık olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁴⁶⁵. RFCK'nın 61/1-k. maddesinde “*suçun işlenmesinden hemen sonra mağdura tıbbi veya başka şekilde yardımda bulunma*” genel cezayı hafifletici neden olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla RFCK'ya göre, failin icra hareketlerini tamamladıktan sonra, neticenin gerçekleşmesini önlemesi durumu, yani suç öncesi etkin pişmanlık genel cezayı hafifletici nedendir. Doktrinde ve uygulamada failin neticeyi önlemeye yönelik çabalarının başarısız olması durumu da RFCK'nın 61/1-k. kapsamında değerlendirilmektedir. Örneğin bir olayda K, tartıştığı M'nin kafasına şişeyle vurup bayılttıktan sonra, pişmanlık duyarak mağdurun yarasına pansuman yapmış,

⁴⁶⁵ DURMANOV, Stadii Soversheniya Prestupleniya (Suçun İşlenme Evreleri), s. 207.

ambulans çağırması, ancak yine de M'nin ölmesini engelleyememiştir. Davaya bakan mahkeme etkin pişmanlık nedeniyle K'nın davranışlarını cezayı hafifletici neden olarak dikkate almıştır⁴⁶⁶. Ayrıca “suçun işlenmesinden hemen sonra mağdura tıbbi veya başka şekilde yardımda bulunma” sadece teşebbüse özgü bir hafifletici neden olmayıp, suç sonrası etkin pişmanlık hallerinde de uygulanabilmektedir. Örneğin failin kasten veya taksirle yaraladığı mağduru hastaneye kaldırması halinde sözü geçen hafifletici neden uygulanacaktır.

RFCK'da suç sonrası etkin pişmanlık da genel cezayı hafifletici neden olarak düzenlenmiştir. Kanununun 61/1-i. maddesine göre, “kendiliğinden teslim olma, suçun ve diğer suç ortaklarının ortaya çıkmasına, suçun işlenmesiyle elde edilen malın aranmasına aktif yardımda bulunma” cezayı hafifletici neden olarak dikkate alınmalıdır. Yine 61/1-k. maddeye göre, “suçun işlenmesinden hemen sonra mağdura tıbbi veya başka şekilde yardımda bulunma, suçtan doğan maddî ve manevî zararın gönüllü olarak tazmin edilmesi ve mağdurun uğradığı zararı gidermeye yönelik diğer hareketler” cezayı hafifletici nedendir. TCK'nın genel hükümlerinde ise buna benzer bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak bu durumlar TCK 62. maddesinde düzenlenen “takdiri indirim nedenleri” kapsamında değerlendirilebilir⁴⁶⁷.

⁴⁶⁶ Bkz. REVİN, s. 219;

⁴⁶⁷ “Takdiri indirim nedenleri” başlıklı TCK'nın 62. maddesine göre; “(1) Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmibeş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların altıda birine kadar indirilir. 2) Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir. Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir”.

RFCK’da suç sonrası etkin pişmanlığın cezayı tamamen ortadan kaldırdığı haller de vardır. “*Etkin pişmanlık nedeniyle ceza vermekten vazgeçme*” başlıklı RFCK’nın 75/1. maddesine göre; “*İlk defa hafif veya orta dereceli suç işleyen kişi, suçun işlenmesinden sonra kendiliğinden teslim olmuş, suçun soruşturulmasına ve ortaya çıkmasına yardım etmiş, tazmin etme veya başka şekilde suçtan doğan zararı gidermiş ve etkin pişmanlık nedeniyle sosyal tehlikeli olmaktan çıkmışsa ceza vermekten vazgeçilebilir*”. Yine TCK’nın genel hükümlerinde ise buna benzer bir hüküm bulunmamaktadır.

Bunun yanında RFCK’nın özel kısmında, suç sonrası etkin pişmanlık, bazı suçlarda (m.126⁴⁶⁸, m.205⁴⁶⁹, m.206⁴⁷⁰, m.208⁴⁷¹, 308⁴⁷² gibi) cezayı ortadan kaldıran neden olarak düzenlenmiştir. Buna benzer bir şekilde suç sonrası etkin pişmanlık, TCK’nın özel kısmında da bazı suçlar bakımından kabul edilmiştir. Ancak RFCK’dan farklı olarak, TCK’daki suç sonrası etkin pişmanlık halleri, her zaman

⁴⁶⁸ RFCK’nın insan kaçırma suçunu düzenleyen 126. maddesinin ek notuna (son fıkrasına) göre; “*Kaçırılan kişiyi gönüllü olarak serbest bırakan kişi, hareketleri başka bir suçu oluşturmuyor ise ceza sorumluluğu taşımaz*”.

⁴⁶⁹ RFCK’nın terör eylemi suçunu düzenleyen 205. maddesinin ek notuna (son fıkrasına) göre; “*Terör eylemine hazırlık fiiline katılan kişi, adli makamlara zamanında haber vermek suretiyle veya başka bir yöntemle terör eyleminin gerçekleşmesini önlerse, hareketleri başka bir suçu oluşturmuyor ise ceza sorumluluğu taşımaz*”.

⁴⁷⁰ RFCK’nın insan rehin alma suçunu düzenleyen 206. maddesinin ek notuna (son fıkrasına) göre; “*Gönüllü veya devlet organlarının talebi üzerine rehineyi serbest bırakan kişi, hareketleri başka bir suçu oluşturmuyor ise ceza sorumluluğu taşımaz*”.

⁴⁷¹ RFCK’nın suç işlemek amacıyla silahlı örgüt kurma veya bu örgüte katılma suçunu düzenleyen 208. maddesinin ek notuna (son fıkrasına) göre; “*Gönüllü olarak suç işlemek amacıyla kurulan silahlı örgütten ayrılan ve silahını teslim eden kişi, hareketleri başka bir suçu oluşturmuyor ise ceza sorumluluğu taşımaz*”.

⁴⁷² RFCK’nın bilerek gerçeğe aykırı beyanda bulunma suçunu düzenleyen 307. maddesinin ek notuna (son fıkrasına) göre; “*Tanık, mağdur, bilirkişi, uzman ve tercüman ilk soruşturma, hazırlık soruşturması veya duruşmada mahkemece hüküm verilinceye kadar beyanlarının, raporunun veya tercümesinin gerçek olmadığını belirtmiş ise ceza verilmekten vazgeçilir*”.

cezayı ortadan kaldırmamaktadır. TCK'nın özel kısmında bazı suçlar bakımından kabul edilen suç sonrası etkin pişmanlık, bazı suçlarda cezayı ortadan kaldıran (m.93/1, m.254 gibi) nedenken, bazı suçlarda ise sadece cezayı hafifletici (m.168, m.110, m.248 gibi) nedendir.

SONUÇ

Rusya Federasyonu ceza hukukunda suçta teşebbüs konusunu genel hatlarıyla ele alan çalışmamızı iki bölüm halinde tamamlamış bulunuyoruz. Çalışmamız sırasında Rusya Federasyonu ceza hukukunda suçta teşebbüs konusu ile ilgili çeşitli problemlerle karşılaştık ve bunların çözümüne ilişkin görüşlerimizi ifade ettik. Bu çalışmamızda bazı önemli sonuçlara vardık.

Suçta teşebbüsün cezalandırılma nedeni konusunda sübjektif teoriyi esas alan Rusya Federasyonu ceza hukukunda sadece suçta teşebbüs değil, ağır ve nitelikli ağır suçlara hazırlık da cezalandırılmaktadır. Ancak uygulamada hazırlık hareketleri genellikle Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nun 14/2. maddesi kapsamında değerlendirilmekte ve cezalandırılmamaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre, ceza kanununda yazılı suç tipine uymasına rağmen, az önemli olduğu için sosyal tehlikeli sayılmayan bir fiil suç sayılmamaktadır. Bununla birlikte yine de özellikle iştirak halinde işlenmek istenen suçlarda, suçun icrasına başlanamaması durumlarda suç ortaklarının suçta hazırlıktan sorumlu tutulduklarına ilişkin mahkeme kararlarına rastlanmaktadır. Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nu iktibas eden Bağımsız Devletler Topluluğu ülkelerinin ceza kanunlarında da suçta hazırlık cezalandırılmaktadır. Kanaatimizce, modern ceza kanunlarında genellikle cezalandırılmayan ya da istisnaen cezalandırılan suçta hazırlığın Rusya Federasyonu ceza hukukunda da cezalandırılmaması ve RFCK'nın bu yönde değiştirilmesi isabetli olurdu.

Rusya Federasyonu ceza hukukunda suçta hazırlık, suçta teşebbüs kavramı içinde değerlendirilmemektedir. Suçta hazırlık ve suçta teşebbüs için, ikisini de kapsayan “*tamamlanmamış suç*” kavramı kullanılmaktadır. Yani suçta teşebbüs ve suçta hazırlık tamamlanmamış suçun iki farklı türünü oluşturmaktadır. Ayrıca suçta hazırlık halinde, suçta teşebbüse oranla daha hafif ceza öngörülmüştür. Suçta teşebbüs halinde ise, tamamlanmış suçta oranla daha hafif ceza öngörülmüştür.

Rusya Federasyonu ceza hukukunda suçta hazırlık ve suçta teşebbüsün sadece doğrudan kastla işlenen suçlar yönünden mümkün olabileceği, olası kastla işlenen suçlara ise hazırlık veya teşebbüsün mümkün olmadığı konusunda uygulamada ve doktrinde görüş birliği bulunmaktadır. Türk ceza hukukunda ise olası kastla işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olup olmadığı konusu tartışmalıdır.

Rusya Federasyonu Ceza Kanunu’nda ve doktrinde, hazırlık – icra hareketi ayırımı konusunda “objektif teori” kabul edilmiştir. Çünkü Kanunda teşebbüs için “*doğrudan doğruya icraya başlama*”nın gerekeceği ifade edilmiştir. İcra hareketlerinin ne zaman bitmiş sayılacağı konusunda ise doktrinde baskın görüş sübjektif niteliktedir.

Rusya Federasyonu ceza hukukunda işlenemez suçta teşebbüs halleri de cezalandırılmaktadır. Örneğin öldürmek amacıyla bir kimseye zehir zannederek tebeşir tozu vermek veya canlı zannederek cesede ateş etmek fiilleri teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılmaktadır. Ancak bununla birlikte; beddua, lanetleme,

ölüm büyü yapma gibi sosyal açıdan tehlikeli olmayan hareketler, RFCK'nın 14/2. maddesi kapsamında değerlendirilmekte ve cezalandırılmamaktadır.

Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nda gönüllü vazgeçme, *“suça hazırlık hareketlerinin veya doğrudan doğruya suçun işlenmesine yönelmiş hareketlerin durdurulması”* şeklinde düzenlenmiştir. Doktrinde ve uygulamada icra hareketlerinin tamamlanması durumunda gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüş, icra hareketleri tamamlandıktan sonra gönüllü vazgeçmenin hiçbir şekilde uygulanamayacağını; diğer görüş ise istisnai durumlarda icra hareketleri tamamlandıktan sonra gönüllü vazgeçmenin uygulanabileceğini savunmaktadır. Bununla birlikte, mağduru öldürmek amacıyla ateş eden, fakat mermileri boşa giden failin vazgeçerek tekrar ateş etmemesi veya öldürmek amacıyla ateş edip yaraladığı mağduru failin pişmanlık duyarak hastaneye kaldırıp yaralı olarak kurtarması gibi durumlarda gönüllü vazgeçmenin uygulanmayacağı konusunda görüş birliği bulunmaktadır. Bu tür durumlar cezayı hafifletici etkin pişmanlık olarak kabul edilmektedir. Kanaatimizce gönüllü vazgeçmenin bu tür durumlarda uygulanmaması isabetlidir.

Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nda suç öncesi ve suç sonrası etkin pişmanlık halleri düzenlenmiştir. Suç öncesi etkin pişmanlık, genel cezayı hafifletici neden olarak düzenlenmiştir. Suç sonrası etkin pişmanlık ise bazı durumlarda cezayı ortadan kaldıran neden olarak düzenlenmiştir.

ÖZET

Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'na bakıldığında sadece suça teşebbüsün değil, suça hazırlığın da cezalandırıldığı görülmektedir. Ancak suça hazırlık sadece ağır ve nitelikli ağır suçlar bakımından cezalandırılmakta, buna karşılık hafif ve orta dereceli suçlara hazırlık ise cezalandırılmamaktadır.

Bununla birlikte, uygulamada suça hazırlık genellikle cezalandırılmamaktadır. Bunun nedeni, bu tür hareketlerin genellikle sosyal açıdan tehlike yaratmamasıdır. Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nun 14/2. maddesine göre, ceza kanununda yazılı suç tipine uymasına rağmen, az önemli olduğu için sosyal tehlikeli sayılmayan bir fiil suç sayılmaz.

Rusya Federasyonu ceza hukukunda suça teşebbüs ve suça hazırlığın sadece doğrudan kastla mümkün olabileceği kabul edilmektedir.

Rusya Federasyonu ceza hukukunda işlenemez suça teşebbüs de cezalandırılmaktadır. Örneğin öldürmek amacıyla bir kimseye zehir zannederek tebeşir tozu vermek veya canlı zannederek cesede ateş etmek fiilleri teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılmaktadır. Bununla birlikte; beddua, lanetleme, ölüm büyüsü yapma gibi sosyal açıdan tehlikeli olmayan hareketler Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nun 14/2. maddesi kapsamında değerlendirilmekte ve cezalandırılmamaktadır.

Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nda gönüllü vazgeçme, "*suça hazırlık hareketlerinin veya doğrudan doğruya suçun işlenmesine yönelmiş hareketlerin durdurulması*" şeklinde düzenlenmiştir.

Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nda suç öncesi ve suç sonrası etkin pişmanlık halleri düzenlenmiştir. Suç öncesi etkin pişmanlık, genel cezayı hafifletici neden olarak düzenlenmiştir. Suç sonrası etkin pişmanlık ise bazı durumlarda cezayı ortadan kaldıran neden olarak düzenlenmiştir.

SUMMARY

It is seen that not only the criminal attempt but also the preparation for crime are punished in accordance with the Criminal Code of Russian Federation. However, the preparation for crime is just punished in the scope of indictable offense and major crime but the preparation for summary offense and the secondary offense are not penalized.

Nevertheless, the preparation for crime is not generally penalized in the practice. Because, this kind of actions are not usually dangerous for social life. In accordance with the Article 14/2 of Criminal Code of Russian Federation, an action which is not considered as dangerous for social life since it is not very important shall not be considered as the crime although it is included in the crime type written in the criminal code.

It is accepted in the criminal code of Russian Federation that the criminal attempt and the preparation for crime are possible only with the direct intention.

The criminal attempt for the crime which cannot be committed is also penalized in accordance with the criminal code of Russian Federation. For instance, to give chalk powder to somebody to kill by assuming that the chalk powder is the poison or to shoot a dead body to kill by assuming that person is alive are penalized in accordance with the provisions for the criminal attempt. However, the actions which are not dangerous for social life such as curse, malediction or black magic are

considered and penalized in the scope of the Article 14/2 of the Criminal Code of Russian Federation.

The voluntary waiver is regulated as the '*stop the actions for preparation for crime or stop the actions aimed to commit the crime direct*' in the Criminal Code of Russian Federation.

The effective repentance conditions before and after the crime are stated in the Criminal Code of Russian Federation. The effective repentance before committing the crime is considered as the matter in mitigation for the general punishment. The effective repentance after committing the crime is considered as the reason to revoke the punishment in some cases.