

**ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

CEZA HUKUKUNDA GÖNÜLLÜ VAZGEÇME KURUMU

HÜSEYİN ACAR

OCAK 2013

Tez Başlığı : **Türk Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme Kurumu**

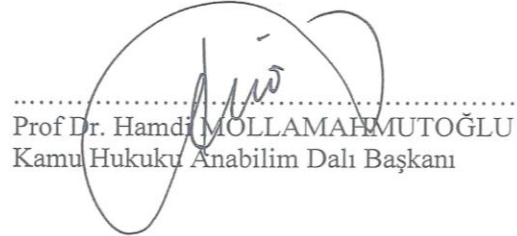
Tezi Hazırlayan : **Hüseyin Acar**

Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı:



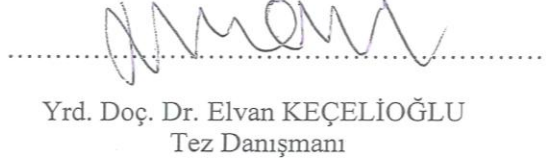
.....
Prof Dr. Taner ALTUNOK
Sosyal Enstitüsü Müdür Vekili

Bu tezin yüksek lisans derecesi elde etmek için gerekli koşulları sağladığını onaylarım.



.....
Prof Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU
Kamu Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

Bu tez, tarafımdan incelenmiş olup Yüksek Lisans Tezi olarak uygun bulunmuştur.



.....
Yrd. Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU
Tez Danışmanı

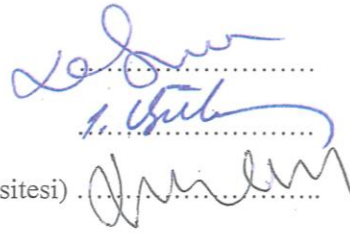
Tez Sınav Tarihi: 22.01.2013

Tez Jüri Üyeleri:

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN (Çankaya Üniversitesi)

Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (Gazi Üniversitesi)

Yrd. Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU (Çankaya Üniversitesi)



ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağımı gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.

Adı Soyadı : Hüseyin Acar

İmzası :



Tarih :

22.01.2013

ÖZET

TÜRK CEZA HUKUKUNDA GÖNÜLLÜ VAZGEÇME KURUMU

ACAR, Hüseyin

Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı,

Tez Danışmanı: Elvan Keçelioğlu

Ocak 2013, 105 sayfa

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yapılan en önemli değişikliklerden biri de gönüllü vazgeçme hükümlerinin yeniden düzenlenmesi olmuştur. Kanun eskiden doktrinde “etkin pişmanlık” olarak isimlendirilen durumu da gönüllü vazgeçme içinde düzenleyerek gönüllü vazgeçmenin alanını genişletmiştir.

765 sayılı TCK’ da gönüllü vazgeçme sadece icra hareketlerinin devamı aşamasında ve eksik teşebbüs durumunda kabul edilmiştir. 765 sayılı TCK’ ya göre “etkin pişmanlık” olarak nitelendirilen haller ise tam teşebbüs aşamasında söz konusu olabiliyordu. 765 sayılı eski TCK’ ya göre “etkin pişmanlık” olarak nitelendirilen haller de bu sistemde gönüllü vazgeçme olarak kabul edilmiştir. Böylece suçun icra sürecindeki bütün aşamalarda gönüllü vazgeçme mümkün hale gelmiştir.

5237 sayılı TCK’nin 36. maddesindeki düzenlemeyle 765 sayılı TCK döneminde yer alan, ihtiyariyle vazgeçme ve faal nedamet ayrımı kaldırılmıştır. Böylece 5237 sayılı TCK gönüllü vazgeçmeyle etkin pişmanlığı bir saymış ve aynı hükümlere tabi tutmuştur. Başka bir ifadeyle gönüllü vazgeçmenin kapsamı genişletilerek etkin pişmanlıkta dâhil edilmiş ve bu durumda da faile ceza verilmeyeceği hükme bağlanmıştır.

İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme konusu 5237 sayılı kanunda yeniden ele alınmıştır. Bu kapsamda iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme hükmünün uygulanabilmesi için suç fiilinin TCK m. 35’e göre; “cezalandırılabilir teşebbüs evresine girmesi” gerekir. TCK m. 41/1’de “İştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme

hükümlerinden yararlanır.” denilerek TCK m. 36’ya atıf yapılmış, yalnızca gönüllü vazgeçen suç ortağının bu madde hükmü kapsamında değerlendirileceği hükmü getirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Gönüllü vazgeçme, Teşebbüs, Etkin pişmanlık, İştirak,
TCK 36. madde

ZUSAMMENFASSUNG

Eine der wichtigsten Änderungen im Strafgesetz mit der Nummer 5237 wurde im Bereich "freiwillige Rücktritt" vollzogen. Das neue Gesetz hat im alten StGB als "tätige Reue" definierten Zustand als "freiwilligen Rücktritt" behandelt und den Rahmen des "freiwilligen Rücktritts" erweitert. Dieser wird im Artikel 36 des Strafgesetzes geregelt. Danach wird der Täter wegen Versuchs nicht bestraft wenn er freiwillig die weitere Ausführung der Straftat aufgibt oder durch eigenes Bemühen deren Vollendung verhindert; aber wenn der vollendete Teil der Ausführung eine Straftat darstellt, wird er dafür bestraft. Nach den neuen Bestimmungen des reformierten Gesetzes wirkt ein freiwilliger Rücktritt strafbefreiend, aber nur wegen bereits vollendeter Straftaten ist eine Bestrafung möglich.

Artikel 41 des Strafgesetzes regelt den Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten. Nach Artikel 41 wird ein Beteiligter (Täter oder Teilnehmer) nicht bestraft. Dafür muss die Tat darf nicht vollendet werden und das Handeln des Beteiligten muss hierfür kausal sein. Es genügt nicht, wenn der Beteiligte die anderen Beteiligten lediglich umzustimmen versucht oder die Kausalität seines Beitrages für die Vollendung beseitigt. Der Beteiligte muss also die Kausalität seines Beitrages für die Vollendung restlos beseitigen. Er muss außerdem alles tun, was objektiv notwendig und geeignet erscheint, um die Vollendung der Tat zu verhindern, sofern darin nicht auch eine Verhinderung der Vollendung liegt. Die These wurde nach den vier Teilen und mit einem Schlussteil beendet.

Schlüssel Wörter: Freiwillige Rücktritt, Tätige Reue, Vollendung der Tat,
Artikel 36 des Strafgesetzes, Artikel 41 des Strafgesetzes.

ABSTRACT

5237 TURKISH PENALTY CODE IS THE REGULATION OF THE VOLUNTARILY GIVING UP

ACAR, Hüseyin

Institute of Sciences, Department of Public Law

January 2013, 105 Pages

One of the most significant changes in the No: 5237 Turkish Penalty code is the regulation of the voluntarily giving up. Regulated the penalty code the aspect the doctrine was called effective regret in old time in voluntarily giving up and line of the voluntarily giving up is expand .

Voluntarily giving up in the no 765 Turkish penalty code is accepted only the case of the more enforcement actions an incomplete attempt according to No: 765 Turkish Penalty Code in the case effective regret that could be in a full described as a initiative stage in that system.

The code envisaged that voluntarily giving up is only possible that the perpetrator give up by his own free will.

According to article 36 of the no: 5237 Turkish penalty code, discrimination of voluntarily giving up an effective regret include in the old penalty code be removed.

This work is constituted of four sections and the result. In the first section the concept of voluntarily giving up, the legal nature of the voluntarily giving up and legislation of old and new penalty code and the difference between both of them are investigated. Historical transformation of legislation about voluntarily giving up has been discussed.

In the second section the theories explaining basis of voluntarily giving up is explained. In the third section voluntarily giving up conditions, the theories about voluntaries, and special issue in vg. is analysed. And then in the fourth section argued that participated in crimes committed in voluntarily giving up.

Key Word: Turkish Penalty, regret, regulation, voluntarily giving, perpetrator.

İÇİNDEKİLER

| | |
|---|-----|
| İNTİHAL BULUNMADIĞINA İLİŞKİN SAYFA | iii |
| ÖZET..... | iv |
| ZUSAMMENFASSUNG | vi |
| ABSTRACT | vii |
| İÇİNDEKİLER | ix |
| KISALTMALAR | xiv |

BÖLÜMLER

| | |
|-------------|---|
| GİRİŞ | 1 |
|-------------|---|

BÖLÜM I

5237 SAYILI TCK‘ DA GÖNÜLLÜ VAZGEÇME VE NORMUN OLUŞUM SÜRECİ

| | |
|--|----|
| 1.1. GENEL OLARAK GÖNÜLLÜ VAZGEÇME KAVRAMI..... | 4 |
| 1.2. 765 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNDA GÖNÜLLÜ VAZGEÇME..... | 13 |
| 1.2.1. Tarihsel Gelişim | 15 |
| 1.3. 765 SAYILI TCK‘NIN REFORM SÜRECİNDE GÖNÜLLÜ VAZGEÇMEYE İLİŞKİN DÜZENLEMELER..... | 16 |
| 1.3.1. 1940 TCK Tasarısı | 17 |
| 1.3.2. 1958 TCK Tasarısı | 17 |
| 1.3.3. 1987 TCK Tasarısı | 18 |
| 1.3.4. 1989 TCK Tasarısı | 19 |
| 1.3.5. 1997 TCK Tasarısı | 20 |
| 1.3.6. 2000 TCK Tasarısı | 22 |
| 1.3.7. 2003 TCK Tasarısı | 22 |
| 1.4. GÖNÜLLÜ VAZGEÇMEYE İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN TARİHSEL GELİŞİMİ “ALMANYA ÖRNEĞİ“ | 28 |
| 1.5. GÖNÜLLÜ VAZGEÇMENİN SİSTEMATİK YERİ | 35 |
| 1.5.1. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Gönüllü Vazgeçme | 37 |

| | |
|---|----|
| 1.5.2. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Gönüllü Vazgeçme Hükümlerinin Düzenlenişi Arasındaki Farklar | 38 |
|---|----|

BÖLÜM II

GÖNÜLLÜ VAZGEÇMENİN TEMELİNİ AÇIKLAYAN TEORİLER

| | |
|--|----|
| 2.1. Sübjektif Teoriler | 40 |
| 2.2. Objektif Teoriler..... | 41 |
| 2.3. Suç Politikası Teorileri..... | 43 |
| 2.3.1. Af-Ödül ya da Mükâfat – Lütuf Teorisi (Gnaden und Prämien Theorie) | 43 |
| 2.3.2. Cezanın Amacı Teorisi (Strafzweck Theorie) | 44 |
| 2.3.3. Karma Teori | 47 |
| 2.3.4. Altın Köprü Teorisi (Goldene Brücke) | 48 |
| 2.4. Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Hâkim Görüş..... | 50 |
| 2.5. Türk Ceza Hukukunun Kabul Ettiği Anlayış | 51 |

BÖLÜM III

GÖNÜLLÜ VAZGEÇMENİN KOŞULLARI

| | |
|--|----|
| 3.1. GÖNÜLLÜ VAZGEÇMEDE SONUCU ENGELLEMELİK İÇİN FAİLİN AKTİF GAYRET GÖSTERME ZORUNLULUĞU..... | 52 |
| 3.1.1. Sonucu Engellemeye Yönelik Aktif Davranış | 53 |
| 3.1.2. Aktif Davranışın Niteliği..... | 54 |
| 3.2. VAZGEÇMENİN CİDDİ OLMASI (ERNSTHAFTLICHKEIT)..... | 57 |
| 3.3. VAZGEÇMENİN İRADİ OLMASI (RÜCKTRITTSWILLE) | 58 |
| 3.4. İCRA HAREKETLERİNDEN VAZGEÇMENİN GÖNÜLLÜ OLMASI VE (FREIWILLIGKEIT) GÖNÜLLÜLÜK KONUSUNDAKİ TEORİLER..... | 60 |
| 3.4.1. Psikolojik Teori | 60 |
| 3.4.2. Normatif Teori..... | 63 |
| 3.4.3. Otonom ve Heteronom Karar | 67 |

| | |
|--|----|
| 3.4.3.1. İçsel (Otonom) Nedenlere Bağlı Olarak Gönüllü Vazgeçme . | 70 |
| 3.4.3.2. Dış Etkenlerin Sebep Olduğu Gönüllü Vazgeçme | 71 |
| 3.5. VAZGEÇME SAYILAMAYAN HALLER | 74 |
| 3.5.1. Dış Etkenler Nedeni ile Neticenin Engelleneceği Düşüncesi..... | 74 |
| 3.5.2. Dış Etkenlerin Değişmesine Bağlı Olarak Neticenin Gerçekleşmesinin Engelleneceği Düşüncesi | 75 |
| 3.5.3. Failin Başka Zorluklar Nedeniyle Vazgeçmesi | 75 |
| 3.5.4. Failin İşlediği Fiilin Ortaya Çıkacağı Beklenmedik ve Tali Sonuçlarından Dolayı Vazgeçmesi | 76 |
| 3.6. GÖNÜLLÜ VAZGEÇMEDE ÖZEL SORUNLAR | 78 |
| 3.6.1. Kısmi Vazgeçme | 78 |
| 3.6.2. İhmali Suçlarda Teşebbüs Halinde Gönüllü Vazgeçme | 80 |
| 3.6.3. Failin İşlediği Fiilin Neticeye Etkisi Konusunda Hataya Düşmesinin Gönüllü Vazgeçmeye Etkisi | 82 |
| 3.6.4. Gönüllü Vazgeçme ve Anlamsız Teşebbüs..... | 84 |
| 3.6.5. Gönüllü Vazgeçme ve Etkin Pişmanlık Ayrımı | 85 |

BÖLÜM IV

İŞTİRAK HALİNDE İŞLENEN SUÇLARDA GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

| | |
|---|----|
| 4.1. GENEL OLARAK İŞTİRAKTE GÖNÜLLÜ VAZGEÇME | 88 |
| 4.2. İŞTİRAKTE SUÇUN TAMAMLANMASINI VEYA NETİCENİN GERÇEKLEŞMESİNİN GÖNÜLLÜ ÖNLEME ŞEKLİNDE GÖNÜLLÜ VAZGEÇME TCK MD. 41/1 | 90 |
| 4.3. SUÇUN GÖNÜLLÜ VAZGEÇMENİN GÖSTERDİĞİ GAYRET DIŞINDA BAŞKA BİR SEBEPLE İŞLENMEMİŞ OLMASI DURUMU (TCK M. 41/2A) | 92 |
| 4.4. SUÇUN GÖNÜLLÜ VAZGEÇENİN BÜTÜN GAYRETİNE RAĞMEN İŞLENMİŞ OLMASI DURUMU (TCK M.41/2B) | 93 |
| 4.4.1. Asıl Failin Vazgeçmesi | 95 |

| | |
|--------------------------------------|-----|
| 4.4.2. Azmettirenin Vazgeçmesi | 96 |
| 4.4.3. Yardım Edenin Vazgeçmesi..... | 97 |
| SONUÇ | 99 |
| KAYNAKÇA | 102 |

KISALTMALAR

| | |
|----------------|---|
| AD | : Adalet Dergisi |
| Al.CK | : Alman Ceza Kanunu |
| AT. | : Allgemeiner Teil |
| Aufl. | : Auflage |
| AÜHFD | : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| BGH | : Bundesgerichtshof |
| BGHSt. | : Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen |
| Bkz. | : Bakınız |
| C. | : Cilt |
| c. | : cümle |
| CD | : Ceza Dairesi |
| FYM | : Alman Federal Yüksek Mahkemesi |
| İm. YM. | : Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi |
| İÜHFD | : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| JZ | : Juristenzeitung |
| Kn | : Kenar Numarası |
| Krşl. | : Karşılaştırınız |
| LK | : Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch |
| md. | : Madde |
| MDR | : Monatschrift für Deutsches Recht |
| NJW | : Neue Juristische Wochenschrift |
| NK | : Nomos Kommentar |
| NSZ | : Neue Zeitschrift für Strafrecht |
| S. | : Sayı |
| s. | : sahife |
| s.K | : sayılı Kanun |
| SK | : Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch |
| StGB | : Strafgesetzbuch |
| TCK | : Türk Ceza Kanunu |
| vd. | : ve devamı |
| YCGK | : Yargıtay Ceza Genel Kurulu |
| YKD | : Yargıtay Kararları Dergisi |
| ZStW | : Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft |

BÖLÜMLER

GİRİŞ

Failin teşebbüs ettiği suçtan yasal zemine geri dönmesi öğretide “gönüllü vazgeçme” olarak adlandırılmaktadır. 26.09.2004 tarihinde kabul edilerek 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK’ da “gönüllü vazgeçme” kurumu ile ilgili maddelerde önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerle 5237 sayılı TCK’nın 36. maddesinde düzenlendiği şekliyle fail; teşebbüs ettiği suçtan, icra hareketlerini bitirmeden önce gönüllü vazgeçebileceği gibi, icra hareketlerini bitirdikten sonra suçun tamamlanması veya sonucun gerçekleşmesini önleyerek de gönüllü vazgeçebilecektir.

765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu “ihtiyariyle vazgeçmeyi” cezasızlık nedeni sayarken, 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu hem “ihtiyariyle vazgeçmeyi” hem de 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda cezasızlık nedeni olarak sayılmayan ve “faal nedamet” olarak adlandırılan bu iki kurumu “gönüllü vazgeçme” başlığı altında tek bir maddede düzenlemiştir. Fail, suçun icrasına başladıktan sonra, bu hareketlerinin yarıda kesilmesi veya tamamlanmasına rağmen tipik sonucun meydana gelmemesi ya failin elinde olmayan nedenlerden dolayı ya da failin istemiyle olabilir. Failin iradesi dışındaki sebeplerin etkisiyle suçun tamamlanmasının herhangi bir aşamada engellenmesi, failin suça teşebbüsten sorumlu tutulmasını gerektirmektedir. Buna karşılık failin kendi isteğiyle icra hareketlerine devam etmemesi veya bu hareketlerin tamamlanmasından sonra iradi-aktif davranışıyla tipik sonucun gerçekleşmesini önlemesi durumunda ise teşebbüs ettiği suçtan ceza almayacaktır. Ancak o ana kadar yapılan hareketlerin başka suçu oluşturması durumunda faile o suçtan ceza verilecektir.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda yer almayan “iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme” 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenmiştir. Kanunun gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen 36. maddesine atıf yapılarak, “iştirak halinde işlenen suçlarda sadece vazgeçen ortağın gönüllü vazgeçme hükmünden yararlanacağı” belirtilmiştir (TCK m 41/1). Ayrıca, yeni TCK’ da Alman Ceza

Kanunu'nda yer alan (md.31) iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme hükümlerini düzenleyen benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre suçun “gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması (TCK m. 41/2a) ve “gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması” (TCK m. 41/2b) hallerinde de iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme hükmü uygulanacaktır. Buna göre kanunun 41. maddesinin ikinci fıkrasında getirilen hükümle, gönüllü vazgeçen suç ortağının suçun önlenmesindeki çabası yeterli bulunmuş, ayrıca nedensel bir fiilin varlığı aranmamıştır. Bu ve benzer sebeplerle iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmenin koşullarının açıklığa kavuşturulması önemli bir gerekliliktir.

Tezimizde genel olarak ceza hukukunda “gönüllü vazgeçme” konusu; tarihsel gelişim, bu konuda ileri sürülen teoriler, gönüllü vazgeçmenin koşulları ve hukuksal niteliği bir bütün olarak ele alınacaktır.

Çalışmamızın birinci bölümünde genel olarak gönüllü vazgeçme kavramı açıklandıktan sonra, 5237 sayılı TCK'da gönüllü vazgeçme ve normun oluşum süreci incelenecektir. Buna paralel olarak gönüllü vazgeçmenin tarihsel gelişimi 1940, 1958 tarihli Ceza Kanunu tasarıları ile Dönmezer tasarıları olarak adlandırılan ve Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer başkanlığında yürütülen 1987, 1989, 1997 ve 2000 tasarılarındaki “gönüllü vazgeçme” kurumunun ele alınışı ve 2003 tasarısındaki düzenlenişi üzerinde duracağız. Yine aynı bölümde 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanununun hazırlanmasında yol gösterici olan Alman Ceza Kanunu'ndaki “Teşebbüs” ve “Teşebbüsten Gönüllü Vazgeçme” kurumunun düzenlenişini tarihsel olarak inceleyeceğiz.

Ayrıca bu bölümde gönüllü vazgeçmenin kanunumuzdaki sistematik yeri üzerinde duracağız. Yine bu bölümde gönüllü vazgeçmenin 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki ve 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenişi ile iki düzenleme arasındaki farklara yer vereceğiz.

İkinci bölümde gönüllü vazgeçme kurumunun kabul edilmesinin nedenleri konusunda ileri sürülen ve gönüllü vazgeçmenin temelini açıklayan Alman doktrin ve uygulamasının zaman içinde geliştirdiği ve ülkemizde de kabul görmüş bazı

hukuk teorilerini ele alacağız. Ülkemizde 5237 yeni Türk Ceza Kanunu'nun uygulanması bakımından yol gösterici olacağını düşündüğümüz Alman Ceza Kanunu uygulamasındaki örneklere yer vereceğiz. Elbette Yargıtay'ın bu konudaki kararlarından da örnekler sunacağız.

Ayrıca bu bölümde Türk Ceza Hukuku öğretisindeki hâkim görüş ve Ceza Hukukumuzun kabul ettiği anlayış açıklanacaktır.

Üçüncü bölümde gönüllü vazgeçmenin koşullarını inceleyeceğiz. İcra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçen failin, vazgeçmesinin ciddiliği ve gönüllü olmasını belirleyen kıstasların neler olduğunu anlamaya çalışacağız. İcra hareketlerinden vazgeçmenin hangi hallerde gönüllü yani iradi olduğu konusundaki görüşleri aktaracağız. Ayrıca (irade tarafından sevk ve idare edilen) vazgeçmelerin hangi durumlarda cezai sorumluluğunu ortadan kaldırdığını inceleyeceğiz.

Dördüncü bölümde iştirak halinde işlenen suçlarda teşebbüsten gönüllü vazgeçmenin ne anlama geldiğini ve bunun genel şartları ile kanunun iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen hükümlerini inceleyip değerlendireceğiz. İncelediğimiz konulara ilişkin varılan sonuçları içeren sonuç bölümüyle çalışmamızı tamamlayacağız.

BÖLÜM I

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNDA GÖNÜLLÜ VAZGEÇME VE NORMUN OLUŞUM SÜRECİ

1.1. GENEL OLARAK GÖNÜLLÜ VAZGEÇME KAVRAMI

“Gönüllülük“ (İhtiyarlık) sözlükte isteğe bağlı, seçmeli olan, seçimlik, iradeye bağlı, istemli anlamına gelmektedir. Genel anlamıyla “gönüllü“ (ihtiyar) kelimesi “zorlama“ (icbar) kelimesinin karşıtıdır.¹

Gönüllü vazgeçme ise, failin kendi isteğiyle icra hareketlerine devam etmemesi ya da icra hareketlerini tamamladıktan sonra iradi ve etkin davranışlarda bulunarak tipik neticenin meydana gelmesini önlemesi olarak tanımlanabilir.²

Diğer bir tanıma göre ise, gönüllü vazgeçme; kanun koyucunun failin girdiği suç yolunda ilerlemeyerek yasal zemine geri dönmesini teşvik etmek ve daha az tehlikeli olan suçluyu ödüllendirmek için uyguladığı bir cezasızlık tedbiridir.³

Başka bir anlayışa göre ise; Fail, suç kararını sonuna kadar götürebilecek durumda olduğu halde, icrayı yarıda bırakmış, nedensellik bağlantısını kendisi kesmişse veya icra hareketlerini bitirmesine rağmen, suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemişse, vazgeçmenin gönüllü olduğu belirtilmiştir.⁴

¹ Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara 2009, s. 390.

² Adem Sözüer, *Suçta Teşebbüs*, Ankara, 1994, s. 235.; Koca/Üzülmez, s. 388.

³ Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2005, s. 292.

⁴ (Akt:Dönmezer); “Bu hususta iki Fransız yazarının görüşleri şu şekildedir; Jeandier’e göre vazgeçme, kendiliğinden, hür, serbest iradenin bir tezahürü olmalıdır. Fransız Yargıtay’ı bir şahidin varlığı, bir umumi mağazada faaliyette bulunan kişinin kendini memurların gözlediğini sanması ve malı mağazadan çıkarmak için kendisine yardım vaat eden kuzeninin yardımını sağlayamaması hallerinde vazgeçmeyi gönüllü saymamıştır. Pradel’e göre ise, failin vazgeçmesine dıştan herhangi bir nedenin etmen olmadığı haller için duraksamaya yer yoktur. Fail ister mağdura acıdığı, ister vicdan azabı veya korku ile vazgeçmiş olsun, önemli değildir. Ancak ortalama hallerde yani cebir gücü olmayan dış bir nedenin failin vazgeçmeye karar vermesine etmen olduğu hallerde durum değişir. Fransa’da içtihatlar korku sonucu vazgeçmeyi gönüllü saymaktadır. Yargıtay olaylara göre çözüm getirmekte ve vazgeçmenin üstün, temel nedenine göre karar vermektedir.“ Sulhi Dönmezer, *Genel Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 2003 Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, s. 128.

Fail suç işleme konusunda daha önce verdiği kararı tekrar gözden geçirmeğe zorlanmış ve bu kararını “suç yolunda” (iter criminis)⁵ sonuna kadar götürebilecek durumda olduğu halde, icra hareketleri ile netice arasına girerek illiyet bağıını bizzat frenlemişse, fail teşebbüsten gönüllü vazgeçmiş olacaktır. Nitekim Yargıtay gönüllü vazgeçmeye ilişkin görüşü de bu doğrultudadır.⁶ Buna karşılık fail suçun icrasına başlarken dikkate aldığı tehlikelerden başka bir sebep yüzünden, suçun tehlikesizce işlenemeyeceği kanaatine vardığı için neticeyi gerçekleştirilmemişse vazgeçme gönüllü olmayacaktır.⁷ Örneğin; elinde patlayıcı bulunan failin, mağdurun bulunduğu binanın önüne geldiğinde, patlamadan sonra yakalanacağını düşünerek vazgeçmesi veya gecenin karanlığında bir eve hırsızlık için giren failin, evin bahçesinde bulunan köpeğin havlamasını işiterek yakalanma korkusuyla olay yerinden uzaklaşmasında vazgeçmenin gönüllü olduğu söylenemez.⁸

Diğer taraftan Alman Federal Yüksek Mahkemesine göre, gönüllü vazgeçme şöyle formüle edilmiştir; Failin hâlâ kararlarına hâkim olarak kalması ve suçun icrasını mümkün olarak kabul etmesi ne bir dış zorlama nedeniyle engellenmemiş ne de manevi bir baskı nedeniyle fiili tamamlamaktan aciz hale gelmemişse vazgeçme gönüllüdür. Failin içinde bulunduğu durum nedeniyle suçun icrasından vazgeçmesi zorunlu engelleyici nedenlerden kaynaklanmamalıdır. Vazgeçmenin gönüllü olabilmesi için vazgeçenin içsel, “otonom” (autonome Motiv) düşünce ve saikle hareket etmesi gerekir. Fail “suç yolunda” (iter criminis) kendisi için büyük bir risk teşkil etmeden sonuna kadar ilerleme imkânı bulunmasına rağmen, failin icrasından suç tamamlanmadan vazgeçmelidir.⁹

Teşebbüsten dolayı cezai sorumluluğun kaldırılması neticesinde failin cezasız kalabilmesi için vazgeçmenin gönüllü olması gerekir.¹⁰ Teşebbüsten vazgeçmenin gönüllü olabilmesi için, icra hareketlerine başlayan failin, neticeyi

⁵ Geleneksel olarak suç oluşu, işlenişi bakımından doktrin tarafından düşünce, icra, tamamlanma ve sona erme şeklinde evrelere ayrılmış ve bu sürece suç yolu (iter criminis) adı verilmiştir. Zeki Hafizoğulları, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Ankara, 2008, s. 307.; Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara, 2007, s. 248.

⁶ YCGK.27.6.2000, e. 6 / 113 – k. 138.

⁷ Köksal Bayraktar, *Faal Nedamet*, İ.Ü.H.F.D.M. C: XXXII, İstanbul,1968, s. 151.

⁸ Soyaslan, s. 293.

⁹ Kristian Köhl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, München 2008, §16, Kn. 55.

¹⁰ Bazı kanunlar failin icra hareketlerini tamamlamasından sonra sonucun gerçekleşmesini önlemesini sadece cezadan indirim nedeni saymaktadır. Örneğin, İtalyan Ceza Kanunu gibi. Bkz. Soyaslan, s. 291.

gerçekleştirmeden, yani suç tamamlanmadan “ihtiyari” ile bundan vazgeçmesi, legal olan alana “geri dönmesi“ (Umkehr) gerekmektedir. Bir diğer ifadeyle vazgeçme, failin değişen düşüncesinin bir ifadesi olarak ve bu bakımdan “yasal zemine geri dönüş” şeklinde ortaya çıktığında gönüllüdür. Ancak bu şartlarda failin cezasızlık imtiyazından yararlanması mümkün hale gelecektir.¹¹

Vazgeçmenin “gönüllü“ (ihtiyari) olabilmesi için failin serbest iradesinden doğmuş olması gerekir. Hariçten gelen maddi veya manevi bir zorlama altında teşebbüsten vazgeçen kimsenin hareketi iradi sayılabilirse de bu iradenin serbest bir ortamda tezahür ettiği söylenemez. Çünkü harici bir zorlama karşısında bulunan failin kararı, mutlak ya da nisbî mecburiyet altında alınmış bir karardır.¹² Nitekim icra hareketlerine başladıktan sonra kendi serbest iradesiyle değil de, harici sebeplerle, tasavvur ettiği fiili işlemin artık mümkün olmadığını görerek failin icrasından vazgeçen failin bu vazgeçmesi gönüllü değildir. Fail hakkında teşebbüs hükümlerinin uygulanacağı açıktır.¹³

5237 Türk Ceza Kanununun 36. Maddesi’nde faili vazgeçmeye iten saiklere bakılacağı konusunda açık bir ifade bulunmamakla birlikte,¹⁴ faili vazgeçmeye iten

¹¹ Kuhl, § 16, Kn. 52-53.

¹² Erhan, Günay, *Öğreti ve Uygulamada Yeni Türk Ceza Kanunundaki Etkin Pişmanlık ve Gönüllü Vazgeçme* Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 164.

¹³ İhtiyarilik tabiri hukuken daha dar manada anlaşılması gerekir. Yani ihtiyari olarak failin sadece kendi kendine karar vermiş olduğu bir hareketi değil, fakat serbest, yani zorlanmamış bir kararın mahsulü bulunan bir hareket anlaşılması gerekir. Carlos, Erra, *Teşebbüste İhtiyariyle Vazgeçme*, (Çev. Sahir Erman), İÜHFM, C. X, S. 1–2, İstanbul 1944, s. 708. “İhtiyar kavramı ‘serbest irade’ anlamına alınmak gerekir. Bu nedenle vazgeçmenin yalnız iradi olması yetmez, serbest olması da lazımdır. Bir dereceye kadar ‘ihtiyar terimi’ ‘icbar’ (zorlama) nın aksidir. Hariçten gelen maddi veya manevi bir baskı altında teşebbüsten vazgeçen kimsenin hareketi iradi sayılabilirse de ihtiyara dayanan vazgeçme sayılamaz. Çünkü harici bir tazyik karşısında bulunan suçlunun kararı mutlak veya görelî bir mecburiyet altında alınmış bir karardır”. Faruk Erem, Ahmet Danişman, Mehmet Emin Artuk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 1997, s. 317. Aynı görüşte: Mehmet Emin, Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Bası, Ankara 2009, s. 621, Soyaslan, s. 293.

¹⁴ Bazı yazarlara göre ihtiyar ile vazgeçen failin cezadan kurtulabilmesi için, icranın bitmesine sadece kendi iradesine bağlı sebeplerle engel olmasını yeterli görmeyerek, bu vazgeçmenin içten bir pişmanlığın sonucu olmasını da ararlar. Bu yazarlar bu surette ihtiyar ile vazgeçme ve samimi vazgeçme arasında, bir ayrım yaparak, ancak samimi vazgeçmenin sübutu halinde failin tehlikesiz bir kişi sayılabileceğini, failin yaptığı hareketin kötü bir iş olduğunu anlayarak değil de, sırf daha elverişli bir fırsatta yeniden aynı hareketi yapmayı düşünerek vazgeçtiği takdirde, ihtiyariyle vazgeçmeyi cezalandırmayan hükmün ratio legis’i (kanunun koyuluş amacı) ile bağdaşmayan bir sonuca varılamayacağını ileri sürerler. Dönmezer, *Genel Ceza Hukuku Dersleri*, 2003, s. 128. Dönmezer’e göre vazgeçmenin ayrıca bir pişmanlığa dayanmasına gerek yoktur yani saik göz önüne alınmaz. Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım*, C.I, 11.Bası, İstanbul 1994, s.513, Soyaslan’a göre; Vazgeçmenin samimi bir pişmanlıktan dolayı olması mühim değildir. İtalyan Yargıtayı 11 Mayıs 1940 tarihli kararında mağdurun bayılmasından sonra failin

sebepler örneğin; “pişmanlık” (Reue), “utanç”(Scham), “tiksinti”¹⁵ (Ekel), “vicdan azabı” (Gewissensbisse), “mağdura acıma” (Mitleid mit dem Opfer) , “ruhsal sarsıntı” (seelische Erschütterung), “cezalandırılma korkusu” (Angst vor Strafe), “yakalanma korkusu” (Furcht vor Entdeckung), “kaçış yolunun kapanacağı korkusu” (Abschneiden des Rückwegs), mağdurun faili tanınması yahut kullanılan vasıtaların yetersizliği veya daha iyi bir fırsat hazırlamak gibi sebeplerden kaynaklanmış olabilir.¹⁶

Failin fark edilmesi, yakalanması, tanınmasının muhtemel olduğu durumlarda vazgeçmesi gönüllü değildir. Örneğin; Fail’ in mağdura tecavüz etmek istediği sırada üçüncü bir kişinin olay yerine gelmesi (ör; gazete dağıtıcısı) nedeniyle neticeyi gerçekleştiremeyeceğini anladığı sırada vazgeçmesinde olduğu gibi.¹⁷

Aynı şekilde karısını öldürmeye teşebbüs ettiği sırada, komşularının bağırma seslerini duyacağı ve polise haber vereceklerini düşünerek fiilini yarıda kesmesi durumunda da failin vazgeçmesi gönüllü olmayacaktır. Burada polisin olaydan haberdar edileceği düşüncesi, failin icra hareketleri üzerinde “engelleyici” (Hinderungsgrund) nedendir.¹⁸

Yine başka bir örnekte fail kasadaki banknotları çalmak istiyor, kasayı açacağı sırada cesaretini kaybediyor ve eyleminden vazgeçiyor. Bu durumda vazgeçme gönüllüdür. Ancak failin para dolu kasayı açtıktan sonra buradaki banknotların hırsızlığa karşı işaretlendiğini görmesiyle icra hareketlerinden vazgeçmesi gönüllü olmayacaktır.¹⁹

Çoğu zaman vazgeçmedeki gönüllülük, fail tarafından neticenin gerçekleşmesinin “imkânsızlaştığı” (unmöglich), “hedefe ulaşılamayacağı”

suça devam etmeyişi ihtiyarı ile vazgeçme saymamıştır. Bayılma birçok olayda, suçun icrasını engellemekten uzak olup, aksine kolaylaştırmaktadır. Soyaslan, s. 295. Toroslu’ya göre gönüllüğü veya iradiliği gerçek anlamda pişmanlık biçiminde anlamamak gerekir. Toroslu, s. 274.

¹⁵ YCGK, 13.01.1969 - 5 – 170/6, YKD.IV, 11 (1969), 81.“Cinsel saldırı suçunun icra hareketlerini devam ettirmeme, “mağdurenin regl halinde olmasının verdiği tiksinti, cezaya çarpılma korkusu, acıma veya pişmanlık duygularından ileri gelmiş olsa bile, teşebbüs hükmü uygulanmak icap eder“.

¹⁶ Kühl, § 16, Kn. 62; Johannes Wessels, Werner Beulke, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und Ihr Aufbau*, 40. Auflage, Heidelberg 2010, §14 Kn. 651, Fritjof, Haft, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, München 2004, s.242, Koca/Üzülmez, s. 391. ; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 622.; Toroslu, s. 274.

¹⁷ Kühl, § 16, Kn. 58. (BGH NStZ 1992, 587.)

¹⁸ Kühl, § 16, Kn. 58.

¹⁹ Haft, s. 242.

(unerreichbar) düşüncesi veya failce fiilin “manasız” (sinnlos) kaldığı ya da beklenen faydanın sağlanamayacağı düşüncesinin hâkim olduğu durumlarda, vazgeçmenin gönüllü olup olmadığı tartışma konusu olur.²⁰

Mesela; hırsızlık konusu eşyanın, failin beklentilerinin aksine failin o eşyadan faydalanamayacağı şekilde arızalı olması durumunda, fail kendisi için faydasız eşyayı çalmaktan gönüllü vazgeçtiğini iddia edemez. Zira fail icra hareketlerine başladığı sırada çalmak istediği eşyanın işine yaramayacağını bilmemektedir. Buradaki vazgeçme failin iradesine bağlı nedenlere dayanmamaktadır.²¹

Yine hırsızlık amacıyla girdiği evde aradığı şeyi bulamayan failin vazgeçmesi gönüllü değildir. Buna karşılık önceden belirli bir şeyi çalma amacı gütmeyen eve giren failin, çalınacak eşyanın azlığı nedeniyle hiçbir şey almadan evden ayrılmasında vazgeçme iradesi vardır.²²

Fail somut olayda fiile devam etmesinin kendisi açısından büyük bir risk doğuracağını düşünerek vazgeçmişse, vazgeçme gönüllü olmayacaktır.²³ Örneğin; İcra hareketlerinin devamı sırasında sonradan ortaya çıkan beklenmedik durumlarda mesela; sokak lambasının ani bir şekilde yanmasıyla icra hareketlerine devam etmenin riskli hale gelmesinde olduğu gibi.

Yargıtay bir kararında failin icraya başlarken göz önünde tuttuğu ve hesaba kattığı risklerden başka bir faktör nedeniyle failin icra hareketlerine devam etmemesi halinde gönüllü vazgeçmeyi kabul etmemiştir.²⁴

²⁰ Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5.Auflage, Berlin 1996, s. 544.

²¹ Soyaslan, s. 294.

²² Kühl, § 16, Kn. 60.

²³ Kühl, § 16, Kn. 57.

²⁴ Yarg. CGK. 27.06.2000, 6-133/138; (Ali, Parlar, Muzaffer Hatiboğlu, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, 1. Cilt, Ankara 2008.; Koca/Üzülmez, s. 391.) Dosya kapsamına göre; Kız arkadaşının istediği 40.000.000 (kırk milyon) lira değerindeki parfümü alamayan sanık Kerem Ö, eve döndükten sonra tekrar kız arkadaşını arayarak halen parfümü almak isteyip istemediğini sormuş, kız arkadaşının paran varsa al demesi üzerine, çözüm arayan sanık saat 20:10 sıralarında Ataköy 2.kısım ışıklı kavşağın karşısındaki çocuk parkının yanında, mağdur Feyzullah M’le karşılaşmış, gerçek silah görünümünde bulunan gaz tabancasını mağdura yönelterek, durmasını sağlamış, cebindeki parayı sorduktan sonra bu paradan 5 milyon liranın kendisine verilmesini istemiş, mağdurun cüzdanından parayı çıkarması esnasında, cep telefonunu görüp bu kez cep telefonunu istemiş, kendi telefonuyla değiştireceğini söyleyerek telefonun kartını çıkarmaya başlamış, bu arada sanığın dalgınlığından yararlanan mağdur, sanığa tekme ile vurarak etkisiz hale

Alman Federal Yüksek Mahkemesi bir kararında soygun amaçlı bankaya giren soyguncunun, bankanın içinde maskeli olarak uzun süre beklemesi ve banka görevlisinin paraları çantaya yerleştirmesinin beklenenden uzun sürmesinin fail açısından risk oluşturduğu ve neticeyi gerçekleştirme şansının azaldığı bu aşamada, vazgeçmenin gönüllü olmadığına karar vermiştir.²⁵ Burada failin icra hareketlerine başlamadan önceki suç planına göre tehlike beklenmedik şekilde artmış, risk faktörü fail tarafından katlanılamayacak derecede yükselmiştir.²⁶

Failin başka vasıtaları devreye sokmasına rağmen risk faktörünün değişmediği durumlarda da vazgeçmesi gönüllüdür.²⁷ Başarısızlıkla sonuçlanan failin ilk denemesinden sonra risk faktörünün değişmemesine rağmen, suçu tamamlamanın failin icra hareketlerini tekrarlamasına bağlı olduğu durumlarda, örneğin para dolu kasanın açılması için şifrenin yeniden girilmesi gerekmiş ve fail bunu yapmayarak geri çekilmişse, failin vazgeçmesi gönüllüdür.²⁸

Buraya kadar olan bölümde gönüllü vazgeçmeye ilişkin genel şartlardan bahsedilmiştir. Şimdi ise gönüllü vazgeçme kavramını açıklamada özellik arz eden “asgari şart” üzerinde durulacaktır. Failin neticeyi engellemek için yerine getirmesi gereken “asgari şartın” (Mindestvoraussetzung) ne olduğu tartışmalıdır. Alman Öğretisinde bu konuda bir görüş birliği olmadığı belirtilmektedir.²⁹

getirmiş, ikisi birlikte yere düştüklerinde, sanığın tabancasını ele geçiren mağdur, sanığı tabancayla kovalamış yakalayamayınca, kurusıkı atan gaz tabancasını ve cep telefonunu babasıyla aynı işi yapan tanık Asım D’ye teslim ederek olayı anlatmıştır. Sanığın cep telefonunu ve tabancasını alabilmek amacıyla gasp edildiği iddiasıyla karakola müracaat etmesi üzerine, olay yerine gidilmiş, mağdurun “beni gasp ettin, cebimdeki parayı silah zoruyla almak istedin” diyerek sanığa saldırması üzerine gerçek ortaya çıkmıştır.“ Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde, sanık icra hareketlerine kendi iradesiyle değil mağdurun karşı koyması üzerine son vermiştir. Mağdurun sanıktan güçlü olması, sanığın elindeki silahın mağdurun eline geçmesi birlikte değerlendirildiğinde sanığın suç yolunda ilerleme ve icra hareketlerini sonlandırma olanağı bulunmamaktadır. Ayrıca sanığın mağdurun cep telefonunu istemesiyle, para istemekten vazgeçtiği, icra hareketlerini sonlandırdığı şeklindeki bir kabul dosya içeriği ile bağdaşmamaktadır. Zira sanık cep telefonunun daha fazla para edeceği düşüncesiyle istemekte, somut olayda her iki telefon arasındaki bedel farkı da bunu doğrulamaktadır.

²⁵ Kühl, § 16, Kn. 57. (BGH NSStZ 1993)

²⁶ Kühl, § 16, Kn. 57.

²⁷ Kühl, § 16, Kn. 57.

²⁸ Kühl, § 16, Kn. 57.

²⁹ Karl Lackner, Kristian Kühl, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27. Auflage, München 2011, § 24, Kn.19a.

Bazı yazarlar, neticenin engellenmesini mümkün kılacak her türlü hareketi yeterli bulurken, diğer taraftan failin başka amaçlı olmayan “doğrudan neticenin engellenmesine yönelik” çaba sarf etmesi gerektiğini vurgulamışlardır.³⁰

Bazı yazarlara göre ise, fail neticeyi engellemek için kendisine düşen ve elinden gelen her şeyi yapmalı, “gönüllü“ (freiwillig) ve “ciddi manada” (ernsthaft) gayret göstermelidir. Neticenin gerçekleşmesini engellemeye yönelik kâfi gelmeyecek çabayla yetinmemelidir. Fail tabiri caizse mükâfatlandırılabilir bir yasal zemine “geri dönüş çabası“, (honorierungsfähige Umkehrleistung) sarfetmelidir.³¹ Bu konuda Yargıtay’ın şu kararı da dikkat çekicidir. “Sanık Derya’nın eşi ile arasında geçen tartışma sonrası tuz ruhu içerek intihar etmeyi düşündüğü, önce oğlu bir yaşındaki Alican’a tuz ruhu içirdiği, daha sonra kendisinin tuz ruhu içtiği, bilincini kaybetmeden oğlunun rahatsızlandığını görünce pişmanlık duyarak oğlunu hastaneye kaldırdığı, hayati tehlike geçiren Alican’ın yoğun tedavi sonucu yaşama döndürüldüğü olayda, sanık icra hareketlerini tamamlayıp neticenin meydana gelmesini engellediğinden, TCK 36. Maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçme hükmü göz önünde tutularak yaralama suçundan” dolayı hüküm kurulması gerekir.³²

Alman FYM’si bir kararında; hayati tehlikeye haiz bir şekilde yaralanan mağdurun, fail tarafından hastane yakınlarına bırakılmasını yetersiz bir neticeyi engelleme çabası olarak değerlendirmiştir. Yüksek mahkemeye göre burada failin yeterli bir gayretle daha iyi şekilde neticeyi engelleme imkânı varken mağdurun kurtulmasını tesadüflere terk etmesini gönüllü vazgeçme için yeterli bulmamıştır.³³

Ayrıca failin neticenin engellenmesi için yeterli olacağı düşüncesiyle (öngörüsüyle) hiçbir çaba ortaya koymadan sadece icra hareketlerini terk etmesi (hareketsiz kalması) ve bu durumda neticenin gerçekleşmesi halinde vazgeçmesi gönüllü olmayacaktır.³⁴

Yine Alman FYM’ nin başka bir kararına göre; Olayın faili A, eski karısı B ve onun yeni erkek arkadaşı M’yi öldürmek istemektedir. Bu amaçla A, M’nin

³⁰ Lackner/Kühl, § 24, Kn.19 a.

³¹ Kühl, §16, Kn. 68.

³² Y.1.CD.14.11.2007, 8392.; Hakan, Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Ankara, 2009, s. 371.

³³ Kühl, § 16, Kn. 76, (BGHSt 31,46.)

³⁴ Wessels/Beulke, §14 Kn. 631.

işyerine ulaştığında olaydan habersiz M ile araba park yerinde karşılaşır. A, M'yi burada bıçakla ağır şekilde karnından yaralar. M, son bir gayretle park yerinin etrafındaki korkuluklardan atlayarak A'nın bulunduğu yerden uzaklaşır. A, M'yi arabayla ezmek için harekete geçer, ancak korkuluklara takılan arabasını hareket ettiremez. A, M ile daha fazla vakit kaybederse öncelikli hedefi karısı B ile ilgili suç planını uygulamayacağını düşünür ve M'yi bırakır, karısı B'ye yönelir. Fail A, birçok bıçak darbesi sonucu karısı B'yi öldürür. Bu olayda A, M'yi öldürme imkân ve iktidarına sahipken M'ye tekrar yönelmez ve M hayatta kalır. Federal Yüksek Mahkeme A'yı karısı B'yi kasten öldürmekten ve M'yi bıçakla ağır şekilde yaralamaktan dolayı kasten yaralamaktan suçundan sorumlu tutmuş, fakat A'nın M'yi kasten öldürmeye teşebbüsten gönüllü vazgeçtiğine karar vermiştir.³⁵

Cezanın ortadan kaldırılmasında “asgari engelleme şartının“ (Mindestvoraussetzung) etkili olabilmesi için en azından vazgeçen failin neticeyi engelleme girişiminin “kendi eseri” (sein Werk) olarak ortaya çıkması gerekir.³⁶ Tesadüfen gelişen, failin müdahalesi ve çabası olmadan (gerçekleşen) neticenin engellenmesi faile atfedilemeyecektir.³⁷

Carrara'ya göre de neticenin gerçekleşmemesi herhangi bir tesadüften veya üçüncü kişinin fiilinden doğabilen tesadüfî sebeplerden ileri gelmişse, vazgeçme gönüllü değildir ve fail burada teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılacaktır.³⁸

Öte yandan failin vazgeçmesi kesin olmalıdır. İcra hareketlerinin sadece geçici olarak çok yakın bir süre sonra tekrar başlamak amacıyla terk edilmesi ve o ana kadar gerçekleştirilen icra hareketlerinin daha sonra kaldığı yerden devam ettirilmesi durumunda, icra hareketlerinden vazgeçilmesi söz konusu değildir. Örneğin fail, bir işyerinin kapısını kırarak soyma teşebbüsünü, o anda henüz caddenin kalabalık olması ya da içeride de bazı çalışanların işlerini bitirip çıkmadıkları ve bu zorlayıcı engeller ortadan kalktıktan hemen sonra işini rahat yapabilmek için yarıda kesmişse,

³⁵ BGHSt, 35, 184.

³⁶ Kühl, § 16, Kn. 72.

³⁷ Kühl, § 16, Kn. 77. “Failin suç yolunda ilerlemesini madden önleyen tesadüfi veya üçüncü kişilerin davranışının varlığı durumunda vazgeçmenin gönüllü olmadığını kabul etmek gerekir. Örneğin mağdura ateş etmek isteyen failin elinin tutulması ya da failin elini başkasının cebine atarken yakalandığı olaylarda gönüllülük yoktur.“ Hakeri, s. 375.

³⁸ Bayraktar, *Faal Nedamet*, s.149-150.

fiiline sadece ara vermesi onun icra hareketlerini bıraktığı anlamına gelmez. Diğer taraftan, fail icra hareketlerine başladıktan sonra fiilini terk etmiş ve icraya uzun sayılabilecek bir ara vermiş ve daha sonra tekrar aynı suçun icrasına başlanmışsa, gönüllü olmak şartıyla önceki vazgeçmesi gönüllü vazgeçme sayılabilecektir.³⁹

Aynı şekilde failin sadece suçu işleme şeklini (modelini) değiştirmesi icra hareketlerini terk etmesi anlamına gelmemektedir. Başka bir ifadeyle fail fiilini yeni araçla işlemeye başlamışsa icra hareketlerini yarıda bırakmış değildir. Mesela mağdureyi önce zehirleyerek öldürmek isteyip, daha sonra bunun çok zaman alacağını düşünüp tabancasını çeken fail somut öldürmeye teşebbüsten vazgeçmiş değildir.⁴⁰

Bununla birlikte, fail tarafından suç tamamlanmadan netice gerçekleşmiş, fail amacına ulaşmışsa failin vazgeçmesi gönüllü olmayacaktır.⁴¹ Duygu yoğunluğuyla elverişli icra hareketlerine başlayan failin bu duygu boşalmasından sonra icra hareketlerine devam etmemesi çoğu zaman gönüllü vazgeçme olarak değerlendirilmiştir. Burada failin suç motivasyonu kesintiye uğramıştır. Failin tekrar harekete geçebilmesi, suç yolunda (iter criminis) ilerleyebilmesi için yeniden motive olması gerekecektir.⁴²

Yargıtay'ımız; gönüllü vazgeçme konusunda mahkemelerin karar verirken, olayın gerçekleştiği şartları ve ortamı dikkate almaları gerektiği görüşündedir. Nitekim Yargıtay sanığın, mağduru tüfekle yaralayarak icra hareketlerini tamamladıktan sonra kardeşlerine olay hakkında bilgi verip yaralı mağdurun hastanede tedavi edilmesini sağlayarak neticenin gerçekleşmesini engellediği bir olayda yerel mahkemece gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen TCK 36. maddesinin uygulanmamasını bozma nedeni saymıştır.⁴³

³⁹ Hakeri, s. 373.; Tozman, s. 213.

⁴⁰ Önder, Tozman, *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2008, s. 216. ; Hakeri, s. 373.

⁴¹ Helmut Frister, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, München, 2011. s. 322, Kn. 52.

⁴² Kühl, § 16, Kn. 62a.

⁴³ 1. CD, 09.05.2007, 3590. Yine bu doğrultuda başka bir kararda, "sanığın tüm aşamalarda "mağdura ait büfenin kepenginin asma kilidini ve camını kırdığını, ancak pişman olup bir şey almadan ayrıldığını" savunmuş bulunması ve suçun yapıcı davranışlarını sürdürüp tamamlamasını engelleyen herhangi bir dış nedenin söz konusu olmaması karşısında TCK 36/1 maddesinin uygulama yeri bulunup bulunmadığının tartışmasız bırakılması bozmayı gerektirmiştir."denilmiştir. (5. CD,23.02.2006, 1709).; Hakeri, s. 378.

Ayrıca teşebbüsten gönüllü vazgeçmenin teşebbüsü tekrarlamakla karıştırılmaması gerektiğini belirtmemiz gerekir.⁴⁴

Sonuç olarak ifade etmeliyiz ki vazgeçme içsel ve harici nedenlerden kaynaklanabilmektedir. Yukarıda anlatılanlar bağlamında “gönüllü vazgeçmeyi” ; suçun icrasına başlayan failin, henüz suç tamamlanmadan önce icra hareketlerine son vermesi, neticenin gerçekleşmesini isteyerek önlemesi ve suç işleme kararını terk etmesi olarak tanımlayabiliriz. Gönüllü vazgeçme hükmünün uygulanabilmesi için vazgeçmenin gönüllü (ihtiyari) olması, yani failin hür iradesinin sonucu olarak ortaya çıkmış olması gerekir. Gönüllü vazgeçmenin en önemli sonucu, failin icra hareketlerine başladığı suç sebebiyle cezalandırılmaması, fakat failin o ana kadar yaptığı hareketlerin başka bir suçu oluşturması halinde, sadece o suçtan sorumlu tutulmasıdır.

1.2. 765 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNDA GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

765 sayılı Türk Ceza Kanununda gönüllü vazgeçme; sadece icra hareketlerinin devamı aşamasında ve eksik teşebbüs durumunda kabul edilmiştir. 765 sayılı Ceza Kanununun 61/1. maddesine göre “etkin pişmanlık” olarak nitelendirilen haller tam teşebbüs aşamasında söz konusu olabiliyordu.

⁴⁴ Dönmezer/Erman’a göre; “Vazgeçmeyi teşebbüsü tekrarlamakla karıştırmamalıdır. Bir hasmını öldürmek isteyen bir şahıs, ona bir el ateş ediyor, fakat kurşun boşa gidiyor; tabancasında başka kurşun bulunduğu ve bir defa daha ateş edebilmek imkânına malik olduğu halde, bunu yapmıyor. Açıktır ki bu hali samimi vazgeçme telakki etmek yanlış olur. Vazgeçmenin mevcudiyeti için bulunması lâzım gelen şart hareketin icra edilmemiş olmasıdır; fakat verdiğimiz misalde, kurşunun patlamasını takip eden vukuat failin yed’i iktidarında bulunmadığından dolayı, suçlu hareketin tamamlanması için yapılması lâzım gelen her şeyi ika eylemiştir. Kendisi icra hareketinden vazgeçmiş değildir; bunları tekrarlamayı ihmal etmiştir. Binaenaleyh bütün iter criminis’ i bitirdiği halde herhangi bir sebep yüzünden neticenin tahakkuk etmemesi üzerine yeniden hukuka mugayir bir harekete girişmeyen kimsenin teşebbüs dolayısıyla cezalandırılması icap eder”. Carlos Erra, *Teşebbüste İhtiyariyle Vazgeçme*, (Çev. Sahir Erman), İÜHFİM, C. X, S. 1–2, İstanbul 1944, s. 716. “Bir kimseyi öldürecek tarzda doldurulmuş olan bir silahı boşaltmak suretiyle teşebbüs eden kimse, birinci atım boşa gittikten sonra ikincisini atmadığı için cezadan beri tutulamaz. Burada feragat değil tekerrür ve tevalinin (birbirini izleme) yokluğu vardır. Çünkü silahın patlamasından sonraki hadisenin cereyan tarzı artık mütecavizin yedi ihtiyarında değildir, silahı patlatmakla mücrim, son hadde kadar devam eden cürüm kastını izhar etmiştir. Eğer hadise aksi tarzda telakki edilirse izahı kabil olmayan bir neticeye varılmasını icap eyleyler. Mesela; atılan bir kurşun, feragat imkan bırakmamak dolayısıyla şüpheyi yer vermeyecek bir surette cezaya müstelzim bir teşebbüsün unsurlarını ihtiva eylediği halde, mütearrız cinayet kastının tezelzüle uğrayabilmesi ihtimalini kaldırmak için beraberinde ayrı bir ihtiyat kurşunu bulundurduğu taktirde cezadan kurtulması mümkün olabilecektir”. Dönmezer/Erman, C.I, s. 572.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 61. maddesinde, bir kimse **“icraya başlayıp da ihtiyarında olmayan esbabı maniadan dolayı o cürmün husulüne muktazı fiilleri ikmal”** edememişse; 62. Maddede ise, bir kimsenin **“cürmün icrasına taalluk eden bütün fiilleri bitirmiş, fakat ihtiyarında olmayan bir sebepten dolayı o cürüm meydana”** gelmemişse, eksik ya da tam teşebbüs söz konusu olabiliyordu.

765 sayılı eski Ceza Kanunu'na göre “etkin pişmanlık” olarak nitelendirilen haller, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda gönüllü vazgeçme olarak kabul edilmiştir. Böylece suçun icra sürecindeki bütün aşamalarında gönüllü vazgeçme mümkün hale gelmiştir.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu gözetilen sosyal yarar ve ceza siyaseti nedeniyle gönüllü vazgeçme halinde failin cezalandırılmayacağını hükme bağlamıştı. Gönüllü vazgeçme 61/2'de **“Müteşebbis, cürmün ef'ali icrayesinden ihtiyariyle vazgeçtiği, fakat tamam olan kısım esasen bir suç teşkil ettiği halde ancak o kısma mahsus ceza ile cezalandırılır.”** şeklinde düzenlemişti. Fail burada icra hareketlerini terk etmiş ve suçu tamamlamamışsa teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılmıyor, ancak o ana kadar yaptığı hareketler başka bir suç oluşturuyor ise oluşan bu suç nedeniyle cezalandırılıyordu. Örneğin, hırsızlık amacıyla konuta girdikten sonra gönüllü olarak hırsızlık suçunu işlenmekten vazgeçen fail, hırsızlık suçuna teşebbüsten değil, konut dokunulmazlığını ihlalden cezalandırılıyordu.⁴⁵

Gönüllü vazgeçmenin ancak icra hareketlerinin failin ihtiyariyle tamamlanmamış olması durumunda mümkün olabileceğini öngörmekteydi. Bu durumda gönüllü vazgeçmenin varlığı için icra hareketlerinin tamamlanmamış ve doğal olarak neticenin de meydana gelmemiş olması gerekmektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan farklı olarak gönüllü vazgeçme; suçun icra hareketleri aşamasında olabileceği gibi icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra da mümkündür.⁴⁶

Eski kanunda, sadece icra hareketlerinin henüz tamamlanmadığı aşamada gönüllü vazgeçme kurumuna yer verilmiştir. Etkin pişmanlık ise tam teşebbüs

⁴⁵ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, Ankara, 2009, s. 440.

⁴⁶ Özgenç, s. 442.

aşamasında kabul edilmektedir. Örneğin, aralarında husumet bulunan mağduru silahla yaralayan failin, mağdurun yerde kanlar içinde can çekiştiğini görünce acıyıp hemen hastaneye kaldırmasında ve hastanede mağdura kan vermek suretiyle ölümüne engel olması durumunda olduğu gibi.⁴⁷ 765 sayılı TCK' da etkin pişmanlıkla ilgili olarak genel bir hüküm olmamakla birlikte bazı suçlara ilişkin olarak, (örneğin; ETCK md.432'de.kaçırılanın serbest bırakılması, ETCK md.523'de malın iadesi) özel pişmanlık halleri öngörülmüştür.⁴⁸

1.2.1. Tarihsel Gelişim

Bilindiği gibi Osmanlı İmparatorluğu Döneminde yüzyıllar boyu İslam Hukuku hâkimiyeti söz konusudur. Ceza hukukumuzun geçirdiği değişim sürecini Osmanlı İmparatorluğunda özellikle Tanzimat'ın ilanından itibaren incelemek gerekir. Bu dönemde ilk olarak 1840 tarihli Kanunname-i Hümayunu daha sonra 1851 tarihli Kanunu Cedit çıkarılmıştır. Islahat Fermanının ilanından sonra 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu kabul edilmiştir.⁴⁹ Osmanlı İmparatorluğunda özellikle 19. yüzyıldan itibaren her alanda çok güçlü biçimde Fransız etkisi görülmekteydi. 1858 yılında hazırlanan Osmanlı Ceza Kanunu, 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nun neredeyse birebir aynısının tercümesidir.⁵⁰ 1858 yılında yürürlüğe giren Osmanlı Ceza Kanunu, 765 sayılı Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihe kadar uygulanmıştır.

1889 tarihli İtalyan Ceza kanunundan iktibas edilen ve 1 Temmuz 1926 yılında yürürlüğe giren 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu, 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 tarihine kadar uygulanmıştır. Söz konusu kanunun ortaya çıkarılmasında İspanya ve Rusya Federasyonunda yer alan devletlerin ceza kanunlarının ilgili hükümleri göz önünde bulundurulduğu ancak ortaya çıkan metnin, herhangi bir ülke hukukundan iktibas edilmediği belirtilmiştir.⁵¹ Hiç şüphesiz yeni Türk Ceza Kanunu en fazla Alman ceza doktrininden ve kanunundan etkilenmiştir.

⁴⁷ Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara 2009, s. 434.

⁴⁸ Demirbaş, s.435.

⁴⁹ Koca/Üzülmez, s. 34.

⁵⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 83.

⁵¹ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, Gazi Şerhi, Ankara, 2005, s. 42-43.

1960 yılından itibaren Almanya ve Türkiye arasındaki iş gücü göçüyle başlayan ikili ilişkiler, Alman Akademik Değişim Programı çerçevesinde verilen eğitim ve araştırma burslarıyla bilimsel alanda da devam etmiştir. Bu çerçevede Lisansüstü, Doktora veya bilimsel araştırma yapmaya giden genç ceza hukukçusu bilim adamları için Almanya bir bilim ülkesi, Almanca ise bir bilim dili haline gelmiştir. Almanya'nın Freiburg şehrinde bulunan Uluslararası Ceza Hukuku Enstitüsünde son 25 yılda 30 civarında Türk ceza hukukçusu bilim adamı bilimsel çalışmalarda bulunmuştur. Bu sayede Türk ceza hukukçusu bilim adamları Alman Ceza hukukundaki yeni gelişmeleri ve öğretideki tartışmaları Türk Hukukuna taşımışlardır.⁵²

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun yapılış sürecinde Alman Ceza Kanununun dikkate alınmasında söz konusu ceza kanununun çağdaş ve evrensel hukuk ilkeleri açısından ileri seviyede olması yanında Yeni Türk Ceza Kanununu hazırlayan komisyonda görev alan üç ceza hukukçusu bilim adamının Alman dili ve Alman Ceza Hukuku öğretilerine hâkimiyetlerinin etkisi de görmezden gelinemez.

1.3. 765 SAYILI TCK'DA REFORM SÜRECİNDE GÖNÜLLÜ VAZGEÇMEYE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

1 Temmuz 1926 tarihinde yürürlüğe giren 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, kabulünden bu yana 78 yıllık yürürlük süresi içinde yaklaşık 70 defa değişikliğe uğramıştır. 1933 yılında 84 madde, 1936 yılında 146 madde, 1953 yılında ise 106 madde değiştirilmiştir. En kapsamlı değişiklik 1936 yılında gerçekleşmiştir. Yürürlüğe girişinin 30. yılında kanunun 592 maddesinin yarısından fazlası yeniden düzenlenmiştir. Bazı maddeler hiç değişmeden kalmışken, bazıları ise müteaddit defalar değiştirilmiştir.

1926 yılından 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 tarihine kadar olan sürede yapılan değişiklikler sonucu bütünlüğünü kaybeden kanun, ceza hukukundaki yeni gelişmeler karşısında eskimiştir. Bu ve

⁵² Elvan Keçelioğlu, *Der Einfluss des deutschen Strafgesetzbuches auf das neue türkische Strafgesetzbuch*, Dr. Kovac Verlag, Hamburg, 2009 s. 52-53.

diğer sebeplerden dolayı Adalet Bakanlığı tarafından 1940 yılından itibaren yeni bir Türk Ceza Kanunu hazırlamak amacıyla çeşitli çalışmalar yapılmıştır.

1.3.1. 1940 TCK Tasarısı

Adalet bakanlığı (Adliye Vekâleti) tarafından yapılan ilk çalışma 1930 İtalyan Ceza Kanunu esas alınarak oluşturulan 416 maddelik 1940 TCK tasarısıdır. Bu tasarımı hazırlayan komisyonun kimlerden oluştuğu ne zaman işe başladığı ve nasıl çalıştığı hakkında yeterli bilgi mevcut değildir. Zamanın Adalet Bakanı (Adliye Vekili) Hasan Menemencioğlu'nun talimatıyla Yeni Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın hazırlık çalışmalarına başlanmıştır.

1940 tarihli Ceza Kanunu Tasarısı'nın Birinci Kitap (Esaslar) 1-183. maddeleri kapsamaktadır. Gönüllü vazgeçme kurumu; (İhtiyariyle Vazgeçme) "Suç" ana başlıklı V. Babın "Suçların taksimi", "Teşebbüs" alt başlıklı I. Fasılın 80.maddesinin 3.fikrasında düzenlenmiştir. Yapılan düzenleme; "Eğer suçlu isteyerek fiilden vazgeçerse, vazgeçinceye kadar işlemiş olduğu hareketler kendi başına başka bir suç teşkil ettiği takdirde o suça mahsus ceza ile cezalandırılır." şeklindedir. Maddenin devamında ise etkin pişmanlık (Faal Nedamet) hükmüne yer verilmiştir."kendisi isteyerek neticenin tahakkukuna mani olursa, teşebbüs ettiği cürüme mahsus cezanın üçte birden yarısına kadar indirilerek hükmolunur."denilmek suretiyle tasarıda "ihtiyariyle vazgeçme" ve "faal nedamet hükümlerine yer verilmiştir."⁵³

1940 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısını hazırlayan komisyonun tasarıya esas aldığı 1930 İtalyan Ceza Kanunu'nu ekseriyetle faşist kanun olarak nitelendirilmesi ve İkinci dünya savaşının etkisi sebebiyle bu tasarı yasalaşamamıştır.⁵⁴

1.3.2. 1958 TCK Tasarısı

Adalet Bakanlığı tarafından yapılan ilk çalışma olan 1940 TCK tasarısını 1958 Tasarısı takip etmiştir. 1958 Tasarısı'nın gerekçesinde, kısaca "765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun uygulanma süresi yaklaşık 32 yılı bulmaktadır. Toplumda meydana

⁵³ Adliye Ceridesi, s. 648, y. 32, Ankara, 1941, s. 9.

⁵⁴ Mehmet Emin Artuk, Ali Rıza Çınar, *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Yeni bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler*, TBB Yayınları, Ankara, 2004. s.207.

gelen ilerleme ve değişiklikler nedeniyle farklı tarihlerde 20 defa değişiklik yapılarak, 765 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiği 1926 yılından 1958 TCK Tasarısına kadar geçen sürede 765 sayılı TCK'nın yaklaşık 380 civarında maddesi değiştirilmiştir. Bunların arasında en köklü olanı 11.06.1936 tarih ve 3028 sayılı kanunla yapılan değişikliklerdir. Bu değişiklikle ceza kanunumuzun yaklaşık dörtte biri, yani 143 maddesi değiştirildiği, yapılan değişiklikler nedeniyle kanunun insicamını kaybettiği ve toplumun gereksinimlerine cevap veremediği“ belirtilmektedir.⁵⁵

Bu tasarıda da “ihtiyariyle vazgeçme” ve “faal nedamet hükümlerine yer verilmiştir. Bu hükümlere ilişkin düzenlemeler 1940 TCK tasarısıyla aynı doğrultudadır. Getirilen eleştiriler ve dönemin siyasi şartları neticesinde 1958 TCK Tasarısı da 1940 TCK tasarısı gibi kanunlaşma imkânı bulamamıştır. Bu tasarının ardından uzun süre yeni ceza kanunu hazırlanması yönünde bir çalışma olmamıştır.⁵⁶

1.3.3. 1987 TCK Tasarısı

Adalet Bakanlığı tarafından oluşturulan Komisyon, yeni Türk Ceza Kanunu Ön tasarısı hazırlık çalışmalarını 1987'de tamamlayarak öntasarı metnini gerekçesiyle birlikte Adalet Bakanlığına sunmuştur. Türk Ceza Kanunu Ön tasarısı ve gerekçesi iki cilt halinde 1987 yılında Adalet Bakanlığı tarafından yayınlanmıştır. Nitekim Öntasarı'nın gerekçesinde o zaman yürürlükte bulunan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun hukukçuların bile anlayamadıkları şekilde eski bir dille yazılmış olduğu, kanunun muhtelif tarihlerde geçirdiği değişikliklerde de, iktidarın anlayışına göre farklı ifade kullanılması ve hukuk terimlerinde değişikliğe gidilmesi bu tasarının hazırlanma nedenleri arasında sayılmıştır.⁵⁷

Çalışmamızın esasını teşkil eden gönüllü vazgeçme konusu; 1987 TCK Tasarısının genel hükümler başlığını taşıyan Birinci Kitabının ikinci kısım birinci bölümünün 18. maddesi ikinci fıkrasında şöyle düzenlenmiştir.”**Suçlu, cürmün icra hareketlerinden kendiliğinden vazgeçtiği ve fakat tamam olan kısım esasen bir suç teşkil ettiği takdirde ancak o suçta ait ceza ile cezalandırılır.**” denilmek suretiyle

⁵⁵ *Türk Ceza Kanunu Tasarısı*, Ankara Yeni Cezaevi Matbaası, 1958, s.3 vd.

⁵⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 89.

⁵⁷ Artuk/Çınar, *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Yeni bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler*, s.207.

gönüllü vazgeçen failin gönüllü vazgeçme hükmünden yararlanabilmesi için icra hareketlerini terk etmesi gerekmekte olup, suçun tamamlanan kısmı başka bir suç oluşturmaktaysa gönüllü vazgeçen failin o suçtan cezalandırılacağı belirtilmiştir.

1987 tarihli ön tasarı ; “suç ve ceza siyaseti açısından Türkiye’de ciddi bir inceleme ve araştırma yapılmadığı ve baskıcı bir devlet anlayışını yansıttığı gibi ağır eleştirilere uğramıştır.⁵⁸

1.3.4. 1989 TCK Tasarısı

1987 TCK Ön Tasarısı’nın değerlendirilmesinin yapılması ve getirilen eleştirilerin dikkate alınmasından sonra, Adalet Bakanlığı tarafından 1989 tasarısını hazırlamak üzere yeni bir komisyon oluşturulmuştur. Komisyon Başkanlığına Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer oybirliğiyle seçilmiştir. Bu komisyon 1988 yılında çalışmalarını yoğun bir şekilde sürdürmüş ve 1989 tarihli TCK ön tasarısı ve gerekçesini hazırlayarak Adalet Bakanlığına teslim etmiştir. 1989 yılının Mart ayında bu tasarı Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanmıştır. Hazırlanan bu tasarıda gönüllü vazgeçme; İkinci kısmın “Teşebbüs” Başlıklı Birinci Bölümün “Eksik Teşebbüs”ü düzenleyen 18. maddenin 2. fıkrasında ***“Fail, cürmün icra hareketlerinden kendiliğinden vazgeçtiği ve fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suçta ait ceza ile cezalandırılır.”*** denilmiştir. 1987 ön tasarısında düzenlendiği gibi bu tasarıda da gönüllü vazgeçen failin, gönüllü vazgeçme hükmünden yararlanabilmesi için icra hareketlerini devam ettirmemesi gerekmekte olup suçun tamamlanan kısmı başka bir suç oluşturmaktaysa gönüllü vazgeçen failin o suçtan cezalandırılacağı hükmü getirilmiştir.⁵⁹

1989 tarihli TCK tasarısı hazırlanırken Alman Ceza Kanunu’nun genel hükümler kısmındaki sistematik takip edilmiştir. 1989 tarihli TCK ön tasarısı bazı yenilikler haricinde 1987 tarihli TCK tasarısının bir tekrarı olduğu öğretilde bazı yazarlar tarafından ifade edilmiştir.⁶⁰

⁵⁸ Nevzat, Toroslu, *Nasıl Bir Ceza Kanunu*, Ankara, 1987, s. 6 vd.

⁵⁹Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı, İkinci Komisyon Tarafından Yapılan Değerlendirme Sonunda Hazırlanan Metin, *Türk Ceza Kanunu Ön tasarısı*, Ankara, Mart 1989.

⁶⁰ Artuk/Çınar, *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler*, s.208.

1.3.5. 1997 TCK Ön tasarısı

1989 Ön Tasarısı'nın Adalet Bakanlığına sunulmasının üzerinden geçen 8 yıl içerisinde batı kanunlarında önemli değişiklikler gerçekleşmiş ve 1989 tasarısından sonra aralıklarla 10 yıl süreyle üzerinde çalışılan 1997 Türk Ceza Kanunu tasarısı, 1989 Öntasarı metni ve genel gerekçesi esas alınarak hazırlanmıştır. Komisyon 05.07.1996-25.06.1997 tarihleri arasında 24 toplantı yaparak 1989 Ön Tasarısı'nı gözden geçirmiş, bazı maddeler değiştirilerek tasarıya yeni hükümler eklenmiştir. Tasarının komisyonda görüşülmesi sırasında tutanak tutulmamış, bu nedenle muhalefet şerhleri tasarı metni ile birlikte yayınlanmamıştır. Bu durum bazı yazarlarca önemli bir eksiklik olarak görülmüştür.⁶¹

1997 Türk Ceza Kanunu tasarısıyla ortaya konan en önemli yenilik ölüm cezasının kaldırılması ve bunun yerine ağırlaştırılmış müebbet hapis (m.58) cezasının getirilmiş olmasıdır. Tasarının Eksik Teşebbüs başlıklı 18. Maddesinin son fıkrasında “gönüllü vazgeçme” hükmü “kendiliğinden vazgeçme” adı altında şöyle düzenlenmiştir; ***Fail, cürmün icra hareketlerinden kendiliğinden vazgeçtiği ve fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.***

Madde gerekçesinde ise şu ifadeler yer verilmiştir; “*Maddenin son fıkrasında “kendiliğinden vazgeçme” halinde failin cezai sorumluluğu düzenlenmiştir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, kendiliğinden vazgeçme halinde faile teşebbüs ettiği suçtan dolayı ceza verilmeyeceği, ancak vazgeçme anına kadar yaptığı icra hareketleri başlı başına suç teşkil ettiği takdirde, bu suçun cezasıyla yetinileceği açıklanmıştır. Ancak teşebbüste engelleyici sebeplerle icranın bitirilmemesiyle kendiliğinden vazgeçmeyi birbirinden ayırmak her zaman kolaylıkla mümkün değildir. Bu konuda şöyle bir kıstası göz önünde bulundurmak mümkündür: Şayet fail suçu işlemek hususunda daha önce verdiği kararı yeniden gözden geçirmeye yönelmiş ve bu kararı sonuna kadar götürebilecek durumda olduğu halde icrayı yarıda bırakmış, nedensellik bağlantısını kendisi frenlemiş ise, vazgeçme kendiliğindedir; buna karşılık, fail icraya başlarken göz önünde tuttuğu ve hesaba*

⁶¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 62.

kattığı risklerin dışında kalan bir faktör yüzünden, icrayı tehlikesizce sona vardıramayacağını anladığı için, icra hareketlerine devam etmemişse, vazgeçme kendiliğinden değildir. Demek oluyor ki, bakılacak husus şudur: fail icra hareketlerini yarıda bıraktığı zaman, bunları sonuna kadar götürebileceği kanaatinde ise ve bu kanaate rağmen icraya devam etmemişse, kendiliğinden vazgeçme vardır; buna karşılık failin icraya devam etmemesinin sebebi, icra hareketlerini sonuna kadar götüremeyeceği, “iter criminis” de daha fazla ilerlemek imkanının artık kalmadığı kanaatinden kaynaklanmakta ise vazgeçme kendiliğinden değildir, icra hareketlerinin bitmesine failin elinde olmayan engelleyici sebepler neden olmuştur. Ortada eksik teşebbüs hali vardır.” 1997 Türk Ceza Kanunu tasarısı yayınlandıktan sonra doktrinde; Tasarı’nın bugünkü haliyle kanunlaşması halinde, öğretinin ve uygulamanın 70 yıllık emeğinin ve ürünlerinin hiçlenmiş olacağı, tüm taşlarının yerinden oynayacağı, çok büyük sorunlar ve sancılar yaşanacağı belirtilerek çeşitli eleştirilere uğramıştır.⁶²

Diğer taraftan, 1999 yılında İstanbul’da düzenlenen “Ceza Hukuku Reformu“ konulu sempozyum’da konuşan Alman Ceza Hukukçusu bilim adamı Hans - Joachim Hirsch; 1997 Tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısının halen, devamlı olarak ileri sürülen reform önerilerinden etkilendiğini, yeniden gözden geçirmek için henüz daha zaman olduğunu, aksi takdirde kısa süre içinde reformun reformu gündeme geleceği belirtmiştir.⁶³

⁶² Yargıtay Başkanı Mehmet Uygun’un 1998-1999 *Adli Yılı Açılış Konuşması* (7 Eylül 1997), s.16. Bkz. Artuk/Çınar, *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Yeni bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler*, s.62.

⁶³ H, J, Hirsch’in 1997 Türk Ceza Kanunu tasarısında gönüllü vazgeçme konusunda getirilen düzenlemeye ilişkin görüşleri şöyledir; “Vazgeçmeye ilişkin mevcut hüküm, Alman Reformu tarafından mutlak çözüm konsepti olarak muhafaza edilmiş ve bu gönüllü pişmanlıkla sınırlanmıştır ve birçok kimsenin suça katılması bakımından birkaç belirleme yapılmıştır. Bununla birlikte, Türk Ceza Kanunu Tasarısında da muhafaza edilen eksik ve tam teşebbüs ayrımının sınır (eksik ve tam teşebbüs ayrımı) sorunları mahkemeleri sürekli meşgul etmektedir. Federal Alman Yüksek Mahkemesi birkaç yıl önce “vazgeçme ufku“ kriterini benimsedi. Bu şu anlama gelmektedir: Eğer fail vazgeçme anında kendisinin o ana kadar yaptıklarının neticenin meydana gelmesini sonuçlayacağını olanaklı varsayıyorsa, esas itibariyle tam teşebbüs söz konusudur. Süregelen belirsizlikler karşısında, bugün artık kanun koyucudan bu ayrıma ilişkin olarak kanunda bir şeyler söylemesi beklenilmektedir. Buna karşılık Türk Tasarısı, mer’i TCK’ dan farklı olarak önemli bir adım atmakta ve 20. Maddesinde artık doğrudan doğruya tamamlanmış teşebbüsten bahsetmektedir. Bu hüküm, neticenin engellenmesi yalnız olarak neden olmaya istinat eden görüşü itibar etmemesi ve daha çok failin çabalarını açıkça vurgulaması dolayısıyla, ALCK.nun 24. Paragrafının 1. Fıkrasından çok daha yerinde bir hükümdür.” Hans-Joachim Hirsch, *Ceza Hukuku Reformu “Bugünkü Bakış Açısıyla 1975 Tarihli Alman Reformunun Dogmatik Kısmı ve 1997 Tarihli Türk Tasarısı“*, Sempozyum, 20-23 Ekim 1999, Umut Vakfı Yayınları, İstanbul, 2001.

1.3.6. 2000 TCK Tasarısı

Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer başkanlığında oluşturulan komisyonun 1997 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nı yeniden inceleyerek meydana getirdikleri 2000 TCK tasarısı içerik olarak önceki tasarılarla paralellik arz etmekte ve 498 maddeden meydana gelmekteydi. Bu tasarıda konuların düzenlendiği yer bakımından madde numaralarında farklılık dikkati çekmektedir. Bilindiği gibi "eksik teşebbüs", 1997 Ön Tasarısı ikinci kısmının (suç) birinci bölümünde teşebbüs başlığı altında 18. maddede yer alırken, "gönüllü vazgeçme" 2000 TCK tasarısında ikinci kısmın Suça Teşebbüs başlıklı üçüncü bölümünün 36. maddesinde düzenlenmiştir.

Buna göre " **Madde 36 - (1) 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.**" denilmek suretiyle tasarı metninde yerini almıştır. 1997 TCK Ön tasarısı hakkında yapılan eleştiriler 2000 TCK tasarısı hakkında yapılmıştır.⁶⁴

1.3.7. 2003 TCK Tasarısı

2000 TCK tasarısı Adalet Bakanlığı tarafından yayımlandıktan sonra 22. dönem T.B.M.M. üyeliği genel seçimleri öncesinde yasa gereği meclis dışından Adalet Bakanlığı görevine atanan Prof. Dr. Aysel Çelikel tarafından oluşturulan komisyon tarafından 2000 tasarısının bazı hükümlerinde değişiklik yapılmıştır. Söz konusu tasarı 3 Kasım 2002 tarihinde yapılan Milletvekiliği genel seçimlerine müteakip kurulan yeni hükümetin Adalet Bakanı tarafından cüz'i değişiklikle Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına gönderilmiştir. 2003 TCK Tasarısı'nın bazı küçük değişiklikler dışında 2000 TCK Tasarısı'nın aynısı olduğu ifade edilmiştir.⁶⁵

T.B.M.M. Adalet Alt Komisyonu⁶⁶ bu tasarımı yedi ay gibi bir sürede 58 toplantı yaparak meydana getirmiştir. Hükümet Tasarısı, Alt komisyon'da neredeyse

⁶⁴ Artuk/Çınar, *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Yeni bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler*, s. 65.

⁶⁵ Artuk/Çınar, *a.g.m.*, s. 65.

⁶⁶ Tasarımı hazırlayan Adalet Alt Komisyonu şu üyelerden oluşmaktaydı: Hakkı Köylü (Alt Komisyon Başkanı, Kastamonu Milletvekili), Halil Özyolcu (Ağrı Milletvekili), Bekir Bozdağ (Yozgat

tamamıyla değiştirilmiş ve yeniden yazılmıştır. Bu itibarla Hükümet tasarısıyla yeni tasarının bir ilgisinin bulunmadığı, tasarının farklı bir tarzda kaleme alındığı, 1987 tarihinden başlayarak hazırlanan ceza kanunu tasarılarında elde edilen birikimin yeni tasarıya yansıtılmadığı ve bu haliyle oluşturulan metnin Alt Komisyon Tasarısı'na dönüştüğü şeklinde eleştiriler getirilmiştir.⁶⁷

Getirilen başka bir eleştiride “*ivedilikle ve yeterince tartışma yapmadan ceza kanununun çıkarılmasının yerinde olmadığı, AB'ye tam üyelik için önümüzde 10 ya da 15 yıllık bir süre bulunduğunu, bu süre zarfında tartışarak, bilimsel verileri ve dünyadaki gelişmeleri dikkate alarak çağdaş ve çağcıl bir ceza kanunu çıkarılabileceği ve çok iyi düşünerek ve üzerinde ciddi bilimsel çalışmalar yaparak ceza kanunu hazırlamamız gerektiği*” ifade edilmiştir.⁶⁸

21.10.2003'den 12.05.2004 tarihine kadar yürütülen çalışmalar sonunda Adalet Alt Komisyonu tarafından hazırlanan “Türk Ceza Kanunu Tasarısı”, 343 maddeden meydana gelmiştir. Buna göre tasarının 36. maddesinde gönüllü vazgeçme; madde 36 - (1) “***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.***” şeklinde düzenlenmiştir.

Milletvekili), Feridun Ayvazoğlu (Çorum Milletvekili), Orhan Eraslan (Niğde Milletvekili).Alt Komisyona, Keskin Kaylan (Yargıtay Üyesi), Doç. Dr. Ahmet Gökçen (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku öğretim üyesi), Doç. Dr. İzzet Özgenç (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku öğretim üyesi), Doç. Dr. Adem Sözüer (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku öğretim üyesi), Zekeriya Yılmaz (Adalet Bakanlığı Tetkik Hakimi) ve Yusuf Solmaz Balo (Adalet Bakanlığı Tetkik Hakimi) danışmanlık yapmıştır. Bkz. Artuk/Çınar, *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Yeni bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler*, s.66.

⁶⁷ Orhan Eraslan, *Karşı Oy Yazısı*, Adalet Alt Komisyon'unda Kabul Edilen Metin Türk Ceza Kanunu Tasarısı. s. 4. Bkz. Artuk/Çınar, *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Yeni bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler*, s.67.

⁶⁸ Tayfun, Akgüner, “*Türk Ceza Kanunu Tasarısı*” konulu bilimsel toplantının açılış konuşması, (Yayınlanmamış konuşma), 25.05.2004, İstanbul, s. 2. Bkz. Artuk/Çınar, *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Yeni bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler*, s.68.

Tasarı yayınlandıktan sonra diğer maddeler gibi gönüllü vazgeçme hükmüne ilişkin yeni TCK m. 36'daki düzenleme de öğretide oldukça fazla eleştirilmiştir. Bu eleştirileri sırasıyla kısaca şöyle sıralayabiliriz;

a- "...Yeni TCK m. 36'da, gönüllü vazgeçme adı altında, etkin pişmanlığa da yer verilmiştir. Aslında yerleşmiş bazı kavramların birbirine karışmasına yol açacak bu düzenleme yerinde değildir."⁶⁹

b- "...Bu maddedeki düzenleme ile gönüllü vazgeçme ve faal nedamet ayrımı da ortadan kaldırılmakta, teşebbüse paralel olarak faal nedamet durumunda faile ceza verilmemesi öngörülmektedir. Bu ayrımın ortadan kaldırılması da ileride büyük sorunlara yol açabilecek bir nitelik taşımaktadır."⁷⁰

c- "...Bu madde ile icra hareketleri tamamlandıktan sonra da gönüllü vazgeçme kabul edilmiştir. Bu aşırı bir düzenlemedir. Örneğin; kişi öldürmek için ateş ediyor; kurşun isabet etmiyor ve fail öldürmekten vazgeçiyor. Bu durumda fail öldürmekten sorumlu olmayacaktır."⁷¹

d- "...Suça teşebbüsü düzenleyen 35.madde ile gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen 36.maddedeki tutarsızlık, ileride tam teşebbüsün hala var olduğu yönünde birtakım kuşkuları da ortaya çıkarabilecekti."⁷²

e- "...Tasarı m.36 gönüllü vazgeçmeyi düzenler. Maddenin devamında, ...kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse..." denmektedir. Bu durum teoride belirttiğimiz faal nedamettir (etkin pişmanlık) ve gönüllü vazgeçmeden farklıdır. Dolayısıyla madde başlığı ve içerik birbiriyle uyumsuzdur. Kurumlar, kavramlar birbirine karıştırılmıştır."⁷³

f- "...Öncelikle eksik teşebbüsün kanun metninden çıkarılmış olunması yerinde olmuştur. Ancak 36. maddeyle gidilen düzenleme gereksiz kalmıştır. Çünkü teşebbüs eylemi tamamlanmamış ve ihtiyariyle eyleminden vazgeçen kişi sonuç itibariyle ancak tamamlanmış suçtan sorumlu tutulur. Arz edilen evrensel ceza ilkesi nedeniyle 36.maddedeki düzenleme bize kalırsa fazladan bir düzenleme olmuştur. Anlatılanın

⁶⁹ Demirbaş, s. 401.

⁷⁰ Duygun Yarsuvat, Köksal Bayraktar, Necmi Yüzbaşıoğlu ve diğerleri., *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türk Ceza Kanunu Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü*, TBB Yayınları, Ankara, 2004, s.299

⁷¹ Nevzat Toroslu, Yüksel Ersoy, *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Kanunlaşması Gereken Bir Tasarı*, TBB Yayınları, Ankara, 2004. s 13.

⁷² Köksal Bayraktar, *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türk Ceza Kanunu Tasarısına İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri*, TBB Yayınları, Ankara, 2004. s.33.

⁷³ Artuk/Çınar, *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Yeni bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler*, s. 76-77.

yanı sıra Tasarı'da teşebbüs halinde kalınan bazı suçlarda tamamlanmış suçun kabul gördüğü benimsendiğinden iş bu maddenin yaratacağı uygulama zorluğu nedeniyle tekrar gözden geçirilmesinde yarar olduğu kanısını taşımaktayız.⁷⁴

g- "...Failin doğurduğu zarar tehlikesi göz önüne alındığında (neticeye yakınlık) gönüllü vazgeçmenin bu türü diğerine göre daha çok failin lehinedir. Çünkü fail gerçekleştirdiği hareket ile daha çok neticeye yaklaşmıştır. Dolayısıyla zarar tehlikesi daha fazladır. Ancak kanun faili ne pahasına olursa olsun suçtan döndürmek için daha fazla ödün vermeye razı olmuştur."⁷⁵

h- "...Bu maddeyle ilgili son olarak şu hususu belirtmem uygun olur. Maddede, neticenin gerçekleşmesini önlemenin yanı sıra, ayrıca suçun tamamlanmasını önlemeden söz edilmesi gereksizdir. Neticenin önlendiği bir olayda, haliyle suçun tamamlanması da önlenmiş olur. Suç tamamlanırsa, zaten netice de gerçekleşmiş demektir. Maddenin yazımında, suçun tamamlanmasından değil, fakat icranın tamamlanmasından söz edilseydi, bu eleştiri ortadan kalkardı."⁷⁶

ı- "...5237 Sayılı TCK' nın 36. maddesindeki düzenlemeyle... belirtmek gerekir ki, suçluluğa prim veren ve yerleşmiş kavramların birbirine karışmasına neden olan bu düzenleme isabetli olmamıştır."⁷⁷

i- "...Bizce 5237 sayılı Kanunu yaptığı düzenleme, suçluluğa prim 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 suç 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, tarihi kanun koyucunun kanun gerekçesinde "fiyakalı bir biçimde reddettiği" objektif sorumluluk esasına göre ceza vermekten başka bir şey olmaz. Aynı sorun cinsel saldırı suçunda (CK. m. 102) da mevcut bulunmaktadır. Fail cinsel saldırı fiilini

⁷⁴ Artuk/Çınar, 76-77.

⁷⁵ Soyaslan, s. 291.

⁷⁶ Erdener Yurtcan, *Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 2004,s. 94.

⁷⁷ Tozman, s. 192.

“vücuda bir organ sokarak' işlemeye kalkışsa (CK. m. 102/2), mağdurun yalvarması üzerine fail vücuda organ sokmaktan vazgeçse, durum ne olacaktır? Kuşkusuz, burada, failin icra hareketlerinden gönüllü vazgeçtiği ana kadar olan hareketleri dolayısıyla kendisine “vücuda organ veya sair bir cisim sokma“ suçuna teşebbüsten ceza verilmeyecektir. Ancak, failin o ana kadarki hareketlerinin maddeten cinsel saldırı suçunu (CK, m. 102/1) oluşturduğunda kuşku yoktur. Failin kastı, mağdurun vücuduna bilerek ve isteyerek organ sokmaktır, Kast yönünden yukarıdaki örnekle birebir benzeşir olmamakla birlikte, böyle bir durumda, Fail, Kanunun 102/1, maddede öngördüğü suçtan hangi esasa göre sorumlu olacaktır? Herhalde, sorumluluğun esası, burada da, çok azı da kapsar desek de, kusurlu sorumluluk olmayacaktır, çünkü failin kastı, 765 sayılı Kanunun ifadesiyle sarkıntılık etmek veya ırza tasaddi de bulunmak değildir, ama açıkça ırza geçmedir”.⁷⁸

Diğer taraftan İzmir Karşıyaka 1. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun “gönüllü vazgeçmeyi“ düzenleyen 36. Maddesinin Anayasanın 2.,10.,ve 17., maddelerine aykırılığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine iptal başvurusunda bulunulmuştur.

Söz konusu mahkemenin iptal isteme gerekçesi ise kısaca şöyledir; “...*Dosyamızın sanığı anakent (metropol) niteliği taşıyan ve her türlü gelişmiş tedavi olanaklarına sahip İzmir ilinde yaşamaktadır. Dosyada bulunan Adli Tıp Kurumu raporlarında açıkça belirtildiği gibi, öldürme suçu açısından elverişli bir araçla mağdureyi altı kez bıçaklamıştır. Bu yaralardan iki tanesi yaşamsal öneme sahip bölgelere yöneltilmiş hayati tehlike doğuracak şekilde yara oluşturmuştur. Bu aşamada mağdure hastaneye kaldırılmış ve gelişmiş tedavi olanaklarına sahip bir hastanede tedavi gördüğü için hayatta kalabilmiştir. Sanıkla aynı durumda olan ancak bir köy yerleşim biriminde ya da ilçe ya da ilde oturmasına rağmen o yöredeki tedavi olanaklarının sınırlılığı nedeniyle aynı eylem düzeyinde pişmanlık duyarak mağdureyi bizzat hastaneye götüren bir şahıs olduğunu varsaydığımızda, yaşadığı yörenin özellikleri ve tedavi olanaklarının sınırlı olması nedeniyle olay mağdurunun ölmesi durumunda şahıs insan öldürmekten sorumlu tutulacaktır. Oysaki dosyamızın sanığı 5237 sayılı Yasa'nın 36. maddesindeki hüküm nedeniyle hastanenin tedavi*

⁷⁸ Hafizoğulları, *Genel Hükümler*, s. 323.

olanaklarının gelişmiş olması ve müdahaleyi yapan hekimlerin becerisi nedeniyle mağdurun yaşama döndürülmüş olması nedeniyle adam öldürmeden sorumlu tutulmayacağı gibi adam öldürmeye de teşebbüs suçundan değil yaralama suçundan sorumlu tutulacaktır. Bu düzenlemenin ülkenin farklı farklı yerlerinde yaşayan şahıslar açısından aynı eylemi gerçekleştirmiş olmalarına rağmen haklarında ayrı ayrı hükümlerin uygulanması sonucunu doğuracağı için Anayasa'nın 10. maddesinde eşitlik ilkesine aykırı olduğu gibi yapılan bu düzenlemenin doğuracağı sonucun genel objektif adil ve hakkaniyet ölçütüne uygun olduğunu kabul etmek ve bu sonucu Anayasamızın 2. maddesinde nitelikleri, 5. maddesinde de amaç ve görevleri düzenlenmiş olan hukuk devleti ilkesi ile bağdaştırmak mümkün olmadığı gibi, Anayasamızın 17. maddesinde ayırksı durumlar dışında mutlak bir hak olarak düzenlenen kişi dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını koruma hakkıyla da bağdaştırılması mümkün değildir. Tüm bu nedenlerle 5237 sayılı Yasa'nın 36. maddesi Anayasamızın 2. 10. ve 17. maddesi hükümlerine mahkememizce aykırı görülmüştür. “ denilmek suretiyle 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 36. Maddesinin anayasaya aykırılığı iddiasında bulunulmuştur.

Anayasa mahkemesi bu başvuru üzerine yapılan ilk incelemenin ardından işin esastan incelemesine geçerek itiraz konusu düzenleme hakkında kararını vermiştir. Kararın gerekçesinde; “...Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre belirlenir. Yasa koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği ve ceza sistemini tamamlayan müesseseler konusunda takdir yetkisine sahiptir.

Çağdaş ceza kanunlarında, toplumsal barışı bozan, bireyde korku ve toplumda gerginlik yaratan suçların önüne geçilebilmesi için failleri suç işlemekten ya da suçu tamamlamaktan vazgeçmeye özendirecek kurallara yer verildiği görülmektedir. İtiraz konusu kuralın, izlenen suç politikası uyarınca gerek icra hareketleri aşamasında gerekse icra hareketlerinin bitmesinden sonra, faillerin suçu

tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçmelerini teşvik etmek amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır.

Türk Ceza Kanunu'nda ve ceza hükmü içeren diğer kanunlarda yer alan tüm suçlarda uygulanacak genel hüküm niteliğindeki itiraz konusu kural, suçu işlemekten gönüllü vazgeçen faillerin yaşadıkları yerin az ya da çok gelişmişliğini dikkate alarak farklı hükümler öngörmemekte; aksine suçu işlemekten gönüllü vazgeçen tüm faillerin aynı hükümden yararlanmalarını sağlamaktadır. Esasen Türk Ceza Kanunu'nun benimsediği "mülkilik ilkesi" uyarınca, Türk Ceza Kanunu ülkenin tümünde ve suç işleyen kişilere her hangi bir ayırım yapmadan uygulanmak durumundadır. Bu nedenle, itiraz konusu kuralın eşitlik ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir. İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın 17. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.“ denilmek suretiyle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 36. maddesinin Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olmadığına ve itirazın reddine, 3.1.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verilmiştir.⁷⁹

1.4. GÖNÜLLÜ VAZGEÇMEYE İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN TARİHSEL GELİŞİMİ “ALMANYA ÖRNEĞİ”

Çağdaş ceza hukukunun evrensel ilkeleri gözetilerek hazırlanan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, gerek sistematığı gerekse benimsediği suç ve yaptırım teorisi açısından yeni düzenlemeler içermektedir. Bu değişiklikler hukuk sistemimiz açısından yeni ve önemli sayılabilecek niteliktedir.

Söz konusu değişiklikler terminolojik, yani kavramsal olmakla birlikte madde kapsamaları değişikliklerini de içinde barındırmaktadır. Bu önemli değişikliklerden birisi de gönüllü vazgeçme kurumudur.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 36. Maddesindeki düzenlemeyle; izlenen suç siyaseti gereği olarak gönüllü vazgeçme halinde failin cezalandırılmaması kabul edilmiştir. Ceza Kanunumuzda gönüllü vazgeçmeye ilişkin düzenlemeler Alman Ceza Kanunundan alınmıştır. Bu düzenlemelerde; gönüllü vazgeçme ile aktif

⁷⁹Anayasa Mahkemesinin E:2005/75, K:2008/1 sayılı Kararı (30.01.2008 Tarihli ve 26772 Sayılı RG)

pişmanlığı yeniden düzenleyen ve ayrı bir şekilde ilişkilendiren Alman Ceza Kanunu'nun 24. maddesindeki benimsenen prensiplerin etkisi oldukça fazladır.⁸⁰ Bu sebeple Ceza Kanunumuzun reform çalışmalarına etkisi oldukça fazla olan Alman Ceza Kanunundaki teşebbüs ve teşebbüsten gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümlerin tarihsel gelişiminin incelenmesi konumuz açısından oldukça önemlidir.

Almanya Federal Cumhuriyeti'nde bugün "Ceza Kanunu" (Strafgesetzbuch) adıyla yürürlükte bulunan kanun, aslında uzun bir tarihsel gelişimin ürünü olan 15 Mayıs 1871 tarihli Alman İmparatorluk Ceza Kanunu'nun 1 Ocak 1975 tarihinde değiştirilerek yeni bir kanun olarak yürürlüğe giren şeklidir. Tarihsel gelişimi göz önüne alındığında "teşebbüs" tanımının temeli; ortaçağın sonundan itibaren Almanya'da tek ve düzenli bir şekilde uygulama alanı bulan, İtalyan Hukuku ile Kilise Ceza Hukuku'ndan yorumlanarak elde edilen, pratik olarak geçerli ve kabul gören yerel uygulamalarla uyumlu hale getirilen Kral V. Karl'ın 1532 yılında yürürlüğe giren Ceza Kanunu'nun (Constitutio Criminalis Carolina; kısaca CCC diye ifade edilmektedir)⁸¹ 178'inci maddesinde yer alır. 178'inci madde hükmüne göre teşebbüs; "*failin suçu tamamlaması için elverişli hareketlerle faaliyete geçmesi, ancak buna rağmen elinde olmayan nedenlerle neticeyi gerçekleştirememesi*" olarak ifade edilmiştir.⁸²

Siyasi iktidarı elinde bulunduran yerel otoriteler, "Müşterek Hukuk Dönemi" (Gemeines Recht) diye ifade edilen dönemde ve sonraki yüzyıllarda ceza kanunu yapma ve uygulama görevini yerine getirmişlerdir. Almanya'da 19. Yüzyılda ceza hukuku alanında özellikle teorik ve pozitif hukuk kaynaklarında önemli gelişmeler yaşanmıştır.⁸³

⁸⁰ Elvan Keçelioğlu, Olcay Sönmez, *Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme*, Erzurumluoğlu Armağanı, Ankara Barosu Yayını, Ankara 2012, s. 470.

⁸¹ "...Roma Hukuku Almanya'da çok önemli pozitif hukuk kaynaklarının doğmasına neden olmuştur. Bu kaynakların en önemlisi Carolina'dır. 1530 da Augsburg ve 1532 de Regensburg meclisleri tarafından kabul edilmiş ve üç yüzyıl Alman Müşterek hukukunun temelini oluşturan bu kanun 219 maddeyi içermektedir. Kanunun 104-180. Maddeleri maddi hukuku ile ilgilidir." Kayıhan İçel, Süheyl Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku*, İstanbul, 1999, s. 44.; H. Heinrich Jescheck, *Alman Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul, 2007, s. 3. ; Soyaslan'a göre; "Gönüllü vazgeçmenin kaynağını Roma Hukukunda bulmak mümkündür." Soyaslan, s. 289. ; Ayrıca, Faal nedamet Roma Hukukunda fiili suç olmaktan çıkarıyordu. Bkz. Doğan Soyaslan, *Teşebbüs Suçu*, Kazancı HukukYayınları, Ankara,1994, s. 145.

⁸² Antje Schumann, *Zum Standort des Rücktritts vom Versuch im Verbrechenaufbau*, Berlin, 2006, s. 12.

⁸³ İçel/Donay, s. 45.

“Müşterek Hukuk Dönemi”nde yapılan ceza kanunlarını özellikle *Feuerbach* Ceza Kanunu olarak adlandırılan 1813 tarihli Bavyera Ceza Kanunu,⁸⁴ 1838 tarihli Saksonya, 1840 tarihli Hannover Krallığı Ceza Kanunları, 1840 tarihli Braunschweig dukalığı, 1845 Baden, 1850 Thüringen Ceza Kanunları ve 1851 tarihli Prusya Ceza Kanunu takip etmiştir. 1851 tarihli Prusya Ceza Kanunu *Savignys* tarafından üzerinde çalışılmış ve kısmen 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu *Code Penal*⁸⁵’in izlerini taşımaktadır.⁸⁶

1851 tarihli Prusya Ceza Kanunu’nu 31. Maddesinde teşebbüs hükmü; gönüllü vazgeçmeyi de içine alacak şekilde tek madde halinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre “*Failin; suçu tamamlamak için elverişli icra hareketlerine başlaması ancak neticenin gerçekleşmesinin failin iradesine bağlı olmayan dış etkenler nedeniyle gerçekleşmemesi veya suçun tamamlanamaması halinde, teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılacağı*” belirtilmiştir.

1851 tarihli Prusya Ceza Kanunu, Almanca metninin 31. maddesinde yapılan düzenleme, yanlış anlaşılmalara sebebiyet verecek şekilde formüle edilmiş olması nedeniyle öğretilde *Healschner* ve *Zachariae* tarafından eleştirilmiştir. Buna göre engellenen icra hareketleri değil neticenin gerçekleşmesidir. 31. madde’de görüldüğü gibi teşebbüs ve vazgeçmenin cezalandırılabilme şartlarında açık bir ayrıma gidilmemiştir.⁸⁷

1851 tarihli Prusya Ceza Kanunu’nun yeniden gözden geçirilmiş şekli olarak Kuzey Almanya Devletleri Birliği tarafından hazırlanarak I. Ceza Kanunu tasarısı olarak ortaya çıkarılan düzenleme 16 Nisan 1871 tarihli kanunla Alman İmparatorluğu’nun kurulmasından sonra İmparatorluk Ceza Kanunu sıfatını kazanmıştır. Kuzey Almanya Devletleri birliği tarafından hazırlanan I. Ceza Kanunu

⁸⁴ “.... Gerçekten bu kanun v. Feuerbach’ın 1801 yılında yayınlanan ve tüm ceza hukuku kurumlarını inceleyen yapısının etkisinde kalmıştır. Bavyera kanununda suçta ve cezada kanunilik ilkesi de açık bir şekilde ortaya konulmuştur. Bu kanun sonradan çıkarılan diğer Alman devletleri ve bazı Avrupa ülkeleri ceza kanunlarını da etkilemiştir.” İçel/Donay, s. 45.

⁸⁵ “19. yüzyılın başında etkisi pek büyük olan iki kanun meydana getirilmiştir. Bunlardan birincisi 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu, diğeri, 1813 tarihli Bavyera Ceza Kanunudur. Bavyera Ceza Kanunu ile bu kanunun ortaya koyduğu esaslar arasında büyük benzerlik vardır.” Dönmezer/Erman, Cilt I No:101 s. 75.

⁸⁶ Jescheck/Weigend, s. 96.

⁸⁷ Schumann, s. 20.

tasarısı ilk başta 1851 tarihli Prusya Ceza Kanunu'nun 31. Maddesindeki şekli olduğu gibi aynen korunarak “teşebbüs ve gönüllü vazgeçme hükümleri” aynı madde içerisinde ve birbirine bağlı olarak düzenlenmişti. Ancak daha sonra hazırlanan II. tasarının⁸⁸ müzakere edilmesi sonucunda “teşebbüs ve gönüllü vazgeçme hükümleri” birbirinden ayrı iki madde halinde düzenlenmiştir.

“Teşebbüs”e (Versuch) Kanunu'nun 43. maddesinde, teşebbüsten “gönüllü vazgeçme” (Rücktritt von Versuch) hükmüne ise 46. maddede yer verilmiştir. Buna göre 43. madde'nin birinci fıkrasında “eksik teşebbüs” (unbeendeter Versuch) halinde vazgeçme söz konusuysen, ikinci fıkrada failin suça “tam teşebbüs” (beendeter Versuch) halinde ve neticenin gerçekleşmesi durumunda “aktif pişmanlık” (Tätige Reue) hükümlerinden yararlanabileceği düzenlenmiştir.

19. yüzyıl hukuk öğretisinin karakteristik yapısı ve izlenen “suç siyaseti” (kriminalpolitischer Ansatz) gereği, suçun tamamlanması anından sonra failin artık gönüllü vazgeçme hükümlerinden değil “cezayı ortadan kaldıran sebep” (Strafausschliessungsgrund) olarak aktif pişmanlık hükümlerinden yararlanabileceği hüküm altına alınmıştır. (Örneğin; kundaklama suçu madde 310)⁸⁹

1871 tarihli Alman Ceza Kanununda yapılan bu düzenlemeden sonra iştirak halinde işlenen suçlarda asli failin vazgeçmesi durumunda diğer suç ortaklarının bundan yararlanıp yararlanamayacakları konusu tartışmalara yol açmıştır. Genel olarak Ceza Hukuku öğretisinde bilindiği gibi fail dışında suça katılan kişiler şerik olarak isimlendirilmiştir. Şerik failin işlediği fiile bağlıdır.⁹⁰ Zamanın hâkim olan hukuk anlayışına göre gönüllü vazgeçme' de; cezayı ortadan kaldıran sebep şahsi olduğundan, asli failin vazgeçmesinin diğer suç ortaklarını etkilemeyeceği ileri sürülmüştür. 1975 yılına kadar yürürlükte kalan 1871 tarihli Alman İmparatorluk Ceza Kanunu'nda iştirakte katı bağlılık kuralı geçerli olmuştur. Söz konusu Kanun'da 1943 yılında yapılan değişiklikle sınırlı bağlılık kuralının esasları uygulanmaya başlanmıştır. Diğer taraftan “*Olshausen*”, “*Berner*” ve “*Herzog*” 'a göre ise “katı iştirakte bağlılık” (strenger Akzessorietät) kuralı gereği gönüllü

⁸⁸ Schumann, s. 36-37.

⁸⁹ Schumann, s. 35.

⁹⁰ Schumann, s. 37.

vazgeçme durumunda teşebbüsün hukuki varlığının ortadan kalktığı kabul edilirse, ortada cezalandırılabilen bir teşebbüs olmadığı için, hem asli fail hem de suç ortaklarının cezasız kalmaları gerekecektir.⁹¹

Weimer Cumhuriyeti döneminde 1913 tarihli tasarı kısmen değiştirilerek 1919 tarihli tasarı halini almıştır.⁹² 1922 yılında *Franz von Litszts*'in öğrencisi ünlü Alman Ceza Hukukçusu ve politikacısı, dönemin Adalet Bakanı *Gustav Radbruch* (1878 - 1949) başkanlığında yeni bir tasarı hazırlandı.⁹³

Bu tasarı 1925 yılına gelindiğinde hükümetin resmi tasarısı olarak yayınlanmıştır. Kanun tasarısının mecliste görüşmeleri sırasında bu tasarı büyük oranda değişikliğe uğrayarak 1927 tarihli yeni tasarı olarak düzenlenmiştir. Weimer Cumhuriyeti'nin dağılması aşamasında özellikle Nasyonal Sosyalist Parti ve diğer radikal partilerin muhalefetiyle kanun tasarısı mecliste yasalaşamamıştır. Böylece o zamana kadar sürdürülen Ceza Kanunu reform çabaları sonuçsuz kalmıştır.⁹⁴

“Üçüncü İmparatorluk dönemi” (Drittes Reich) diye adlandırılan Nasyonal Sosyalist rejim döneminde, otoriter devlet düzeni anlayışı ve beklentilerine uygun olarak ceza kanunu reform çalışmalarına devam edilmiştir. Dönemin Adalet Bakanı *Günther* başkanlığında, tanınmış ceza hukuku profesörlerinden *Kohlrausch*, *Mezger* ve *Nagler*'in de bulunduğu komisyon tarafından 1936 tarihli Ceza Kanunu tasarısı hazırlanmıştır. Bu tasarı 1939 yılında son şeklini alsa da İkinci Dünya Savaşı'nın başlamasıyla reform çalışmaları durdurulmuştur.⁹⁵

1871 tarihli İmparatorluk Ceza Kanunu'nun günün şartlarına uygun hale getirilmesine duyulan ihtiyaç 20. yüzyılın ikinci yarısında “Büyük Ceza Hukuku Reform” hareketlerini başlatmıştır.

İkinci Dünya Savaşı'nın sona ermesinin ardından Nasyonel Sosyalist Rejim döneminin izlerini ortadan kaldırmak ve demokrasiye dayalı sosyal hukuk devletinin

⁹¹ Kayıhan İçel, Füsün Sokullu Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih Selami Mahmutoğlu, Yener Ünver, *Suç Teorisi*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000, s. 357.

⁹² Claus Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, München, 2006, 14 § Kn 7.

⁹³ Roxin, I, 14, § Kn. 8.

⁹⁴ Roxin, I, 14, § Kn. 10.

⁹⁵ Roxin, I, 14, § Kn. 12.

yeniden tesisi için hukuk reformlarına hız verildi. 23.05.1949 tarihinde Federal Alman Anayasa'sı kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. 1954 yılında dönemin Adalet Bakanı *Fritz Neumayer* başkanlığında yeni bir ceza kanunu hazırlamak amacıyla “Büyük Ceza Hukuku Komisyonu” oluşturulmuştur. Bu komisyon; Ceza Hukuku profesörleri, hakimler, savcılar, avukatlar, milletvekilleri ve bakanlık bürokratlarının katılımıyla 24 kişiden oluşmaktaydı. Komisyon çalışmalarına 1954-1959 yılları arasında devam etmiştir. Komisyon çalışmalarını 1958, 1959 tarihli ceza kanunu tasarılarını da içine alacak şekilde 14 Cilt halinde yayınlamıştır.⁹⁶ Alman Ceza Hukuku reformunun tamamlanması; çağdaş suç siyaseti ilkelerini yansıtan, 1962 tarihli hükümet tasarısı ve 1966 tarihli “karşı taslak” (Alternativ - Entwurf) sayesinde olmuştur. 1966 tarihli karşı taslağı hazırlayan komisyon o tarih itibariyle yaşları oldukça genç 12 Alman ve 2 İsviçreli toplam 14 Ceza Hukuku profesör' ünden oluşmaktaydı.⁹⁷ Bunların arasında *Claus Roxin* ve *Werner Maihofer* gibi tanınmış ceza hukukçuları da vardı. 1962 tarihli hükümet tasarısı bu tasarıyı hazırlayanların beklentilerin aksine kanunlaşmamıştır.

Almanya'da ceza hukuku reformu tarihinde esas dönüm noktası 1 Aralık 1966 tarihinde “Büyük Koalisyon” (Grosse Koalition) diye adlandırılan hükümetin iş başına gelmesidir. Bu koalisyon hükümeti; *Kurt Georg Kiesinger*'in başbakanlığında Hıristiyan Demokrat Parti (CDU), Sosyal Demokrat Parti (SPD) ve Hıristiyan Sosyalist Birlik (CSU) partilerinden oluşmaktaydı. Siyasal iktidarın çok güçlü bir parlamento çoğunluğuna sahip olması reform çalışmalarını hızlandırdı. 1962 ve 1966 tarihli tasarı ve taslaklar 1969 tarihli büyük ceza hukuku reform çalışmalarına esas teşkil etmişlerdir.⁹⁸

Federal Almanya Adalet Bakanlığı tarafından desteklenen ve Mecliste temsil edilen bütün partilerin üye görevlendirdikleri özel komisyon, çalışmalarını 1966'dan 1969'a kadar sürdürdü. Komisyon çalışmalarını 04.07.1969 tarihinde tamamlamıştır.

1962 ve 1966 tarihli tasarı ve karşı taslak 1969 tarihli büyük ceza hukuku reform çalışmalarına esas teşkil etmişlerdir. Bu sayede Alman Ceza Hukukunda

⁹⁶ Roxin, I, 14, § Kn. 16.

⁹⁷ Roxin, I, 14, § Kn. 20.

⁹⁸ Roxin, I, 14, § Kn. 41.

köklü değişikliklerin yapılmasının yolu da açılmıştır.⁹⁹ 100 yılı aşkın bir süre uygulanan 1871 tarihli İmparatorluk Ceza Kanunu, yapılan değişiklikler, eklemeler, ilerleme ve gelişmelere uygun hale getirme çalışmaları ile geçerliliğini 31.12.1974 tarihine kadar sürdürmüştür.¹⁰⁰

1 Ocak 1975 yılında Alman Ceza Kanununda yapılan değişiklikle “teşebbüs” kanununun 22. maddesinde tek fıkra, “teşebbüsten gönüllü vazgeçme” ise 24.madde’de iki fıkra halinde düzenlenmiştir.

1.01.1975 tarihli Alman Ceza Kanunu’nun 22. maddesinde “teşebbüs” ; “*Her kim, fiile ilişkin kendi tasavvuruna göre, suçun kanuni tipini gerçekleştirmeye doğrudan doğruya başlarsa, suç işlemeye teşebbüs etmiş sayılır*” şeklinde tanımlanmıştır.

Ceza Hukuku Reformu neticesinde hazırlanan yeni kanununun 24. Maddesi’nin 1. fıkrasında; “*Her kim, başlamış olan fiilin icra hareketlerine devam etmekten gönüllü olarak vazgeçer veya fiilin tamamlanmasını önlerse, suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz. Şayet suç katkısı olmadan tamamlanmamış idi ise, fiilin tamamlanmasını önlemek için, gönüllü ve ciddi bir şekilde çaba göstermiş olan fail cezalandırılmaz.*” denilmiştir.

Madde’nin ikinci fıkrasında ise; “*Fiile birden çok kişinin katkısı varsa, tamamlanmayı gönüllü olarak önleyen kişi, suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz. Şayet fiil vazgeçenin katkısı olmaksızın zaten tamamlanmayacak idi ise veya vazgeçenin önceki katkılarına bağlı olmaksızın işlenirse, fiilin tamamlanmasını önlemek için, vazgeçenin gönüllü ve ciddi bir şekilde gösterdiği çabalar, onun cezalandırılmaması için yeterlidir.*” şeklinde düzenlenerek bu günkü halini almıştır.

Söz konusu 24.madde de, gönüllü vazgeçme halinde faile, izlenen “suç siyaseti” gereğince ceza verilmemesi ilkesi benimsenmiştir. Ayrıca bu durum Alman Ceza Hukuku sistematğinde “cezayı ortadan kaldıran şahsi sebep” (persönlicher Strafaufhebungsgrund) olarak uygulanmaktadır.

⁹⁹ Jescheck, *Alman Ceza Hukukuna Giriş*, s. 8.

¹⁰⁰ Jescheck/Weigend, s. 97.

İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme ise kanunun 31. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrası şu şekildedir; “(1) Her kim gönüllü olarak,

1. bir başkasını bir cürüm işlemek için sevk etme teşebbüsüne son verir ve onun suç işleme tehlikesini bertaraf ederse,

2. cürüm işlemeğe hazır olduğunu açıkladıktan sonra, amacından vazgeçerse veya,

3. bir cürüm işlemek konusunda, bir başkası ile birlikte, bir plan üzerinde anlaşılıktan veya bir başkasının cürüm işlemeye katılma önerisini kabul ettikten sonra, fiilin gerçekleşmesini önlerse, 30’uncu madde uyarınca cezalandırılmaz.”

Maddenin İkinci fıkrasındaki düzenleme ise şöyledir; “(2) Fiil gönüllü vazgeçenin katkısı olmadan gerçekleşmezse veya onun önceki davranışından bağımsız olarak gerçekleştirilirse, failin cezalandırılmaması için, eylemin gerçekleşmesini önlemek yolunda, gönüllü ve ciddi bir şekilde çaba göstermiş olması gerekir.”

3.10.1990 tarihinde (Tag der Einheit) iki Almanya’nın birleşmesinden sonra Alman Ceza Kanunu’nun da teşebbüs ve gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümler değişikliğe uğramadan Doğu Almanya eyaletlerinde de uygulanmasına başlanmıştır.

1.5. TÜRK CEZA KANUNUNDA GÖNÜLLÜ VAZGEÇMENİN SİSTEMATİK YERİ

Ceza Hukukunda “gönüllü vazgeçme” suç genel teorisinde haksızlığın ve kusurluluğun dışında yer almaktadır.¹⁰¹ 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yapılan yeni düzenlemeyle suça teşebbüs açısından “tam teşebbüs” ve “eksik teşebbüs” ayrımı ortadan kaldırılmıştır. Buna karşılık, etkin pişmanlık, sadece belirli suçlar bakımından cezada indirim yapılmasını gerektiren veya cezayı ortadan kaldıran kişisel neden olarak düzenlenmiştir.¹⁰² Gönüllü vazgeçme TCK’nın genel hükümler bölümünde yer almasından dolayı bütün suç tipleri açısından uygulama olanağı

¹⁰¹Kühl, § 16, Kn. 8.; Koca/Üzülmez, s. 386.

¹⁰²İzzet Özgenç, Gazi Şerhi, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s.48.

bulmaktadır.¹⁰³ Bu düzenlemeye paralel olarak “gönüllü vazgeçme“ Genel Hükümler başlıklı Birinci Kitap’ın Ceza Sorumluluğunun Esasları başlıklı İkinci Kısımın, Suça Teşebbüs başlıklı Üçüncü Bölümünde düzenlenmiştir. Söz konusu bölümün 36. Maddesinde getirilen düzenleme şöyledir;

Madde 36 - (1) 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.

Madde metninden de anlaşılacağı gibi, gönüllü vazgeçme; gerek icra hareketleri aşamasında gerekse icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra her iki durumda da neticenin gerçekleşmesinin önlenmesi şartıyla mümkün hale gelmiştir.¹⁰⁴

Diğer taraftan iştirak halinde işlenen suçlarda suça iştirak eden suç ortaklarının sorumluluklarının belirlenmesinde 765 sayılı TCK’daki faillik ve şeriklik ayırımına bağlı kalınmıştır.¹⁰⁵ İştirak halinde işlenen suçlarda “gönüllü vazgeçme“ Genel Hükümler başlıklı Birinci Kitap’ın Ceza Sorumluluğunun Esasları başlıklı İkinci Kısımın, Suça İştirak başlıklı Dördüncü Bölümünde düzenlenmiştir. Söz konusu bölümün 41. Maddesinde getirilen düzenleme şöyledir;

Madde 41- (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.“ denilerek iştirak halinde işlenen suçlarda suç ortaklarından birinin gönüllü vazgeçmesinin cezai sorumluluğu üzerindeki etkisi düzenlenmiştir.¹⁰⁶

¹⁰³Keçelioğlu/Sönmez, s.469.

¹⁰⁴Özgenç, *Gazi Şerhi*, s.488.

¹⁰⁵Özgenç, *Gazi Şerhi*, s.48.

¹⁰⁶Özgenç, *Gazi Şerhi*, s.545.

1.5.1. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Gönüllü Vazgeçme

5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda gönüllü vazgeçme kurumu kanununun 36. Maddesinde; “*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.*” şeklinde düzenlenmiştir.

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

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

Suç bütün unsurlarıyla tamamlandıktan sonra örneğin çalınan eşyanın geri verilmesi veya kaçırılan kişinin serbest bırakılması hâllerinde, artık vazgeçme değil etkin pişmanlık söz konusudur. Bazı suçlarla ilgili olarak yapılan düzenlemeler bağlamında özel hükümler olarak etkin pişmanlığa yer verilmesinin daha doğru olacağı düşüncesiyle; Hükümet Tasarısında “tam teşebbüs” aşamasındaki gönüllü vazgeçme karşılığında kullanılan etkin pişmanlıkla ilgili hüküm, Tasarı metninden çıkarılmıştır.¹⁰⁷

Türk Ceza Kanununun 36. Maddesindeki düzenleme ve madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere gönüllü vazgeçme hem failin icra hareketlerini iradi olarak tamamlamamış olması, hem de neticenin meydana gelmesine engel olması halleri

¹⁰⁷TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra sayısı: 664, s. 444.

için öngörülmüştür. Yeni düzenleme, netice gerçekleşene kadar olan aşamada failin, suç yolundan dönmesini gönüllü vazgeçme olarak değerlendirmiştir.

Getirilen bu düzenlemeye göre iki farklı durum söz konusudur. Birinci durumda failin gönüllü vazgeçme hükmünden yararlanabilmesi için gönüllü olarak icra hareketlerini devam ettirmemesi gerekir.(örneğin; failin para kasasını açtıktan sonra paraları almadan oradan uzaklaşması veya silahını ateşlemekten vazgeçerek çekmeceye yerleştirmesinde olduğu gibi); ikinci durumda ise failin gönüllü olarak suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini engellemesi gerekir. (Örneğin bombayı patlamadan önce etkisiz hale getirmesi, öldürmek amacıyla yaraladığı kimseyi kurtarmak için doktor getirmesi veya hastaneye götürmesi, zehirlediği kişiyi kusturucu ilaçlarla veya panzehir vererek kurtarması¹⁰⁸, öldürmek amacıyla denize attığı kişiyi denizden çıkarması¹⁰⁹ vs.) gerekir.

5237 sayılı TCK’ da ihtiyari ile vazgeçme ile faal nedamet “gönüllü vazgeçme” başlığı altında birleştirilerek tek kurum halinde düzenlenip, gönüllü vazgeçilen suçtan ceza verilmemesi ve fakat o ana kadar yapılan hareketlerin başka suçu oluşturması durumunda o suçtan ceza verilmesi sistemi kabul edilmiştir.

Görüldüğü üzere kanun “gönüllü vazgeçme” ile “etkin pişmanlığı” aynı hükümlere tabi kılmıştır.¹¹⁰ Kanun koyucu, sadece cezayla değil, bu yolla da kurallara uymayı sağlamak istemiştir. Dolayısıyla suça bulaşmış kişiyi son bir kez daha kazanmaya çalışmıştır.¹¹¹

1.5.2. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu Ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Gönüllü Vazgeçme Hükümlerinin Düzenlenişi Arasındaki Farklar

765 sayılı Türk Ceza Kanununda, gönüllü vazgeçme sadece icra hareketlerinin devamı aşamasında ve eksik teşebbüs durumunda kabul edilmiştir. 765

¹⁰⁸ Erem/Danışman/Artuk, s. 322.

¹⁰⁹ Soyaslan, s. 290.; Toroslu, s. 273.; Tozman, s. 193.

¹¹⁰ İtalyan Ceza Kanunu, her iki kurumu ayırt etmekte, etkin pişmanlık halini sadece cezayı azaltan bir neden saymaktadır. Kanun koyucu, Gönüllü vazgeçme ve Etkin pişmanlık kurumlarını düzenlerken, her nedense yerleşik doktrin ve uygulamaya itibar etmemiş, inandırıcı bir gerekçe göstermeksizin, Alman Ceza Kanununu (§ 24 StGB) esas almıştır. Hafizoğulları, *Genel Hükümler*, s. 322.

¹¹¹ Hafizoğulları, *Genel Hükümler* s. 322-324.

sayılı Ceza Kanununa göre “etkin pişmanlık” olarak nitelendirilen haller ise tam teşebbüs aşamasında söz konusu olabiliyordu. 765 sayılı eski Ceza Kanununa göre “etkin pişmanlık” olarak nitelendirilen hallerde bu sistemde gönüllü vazgeçme olarak kabul edilmiştir. 5237 sayılı TCK ‘daki bu yeni düzenleme ile suçun icra sürecindeki bütün aşamalarında gönüllü vazgeçme mümkün hale gelmiştir.¹¹²

5237 sayılı TCK’nın 36. maddesindeki düzenlemeyle, 765 sayılı TCK’ da yer alan ihtiyariyle vazgeçme ve faal nedamet ayrımı kaldırılmıştır. Böylece 5237 sayılı TCK, gönüllü vazgeçmeyle (suç öncesi) pişmanlık halini aynı hükümlere tabi tutmuştur. Suç sonrası pişmanlık hali olarak ifade edilen etkin pişmanlık ise genel hükümler içinde değil, özel hükümler içinde, özellik arz eden her suç tipi için ayrı ayrı düzenlenmiştir.¹¹³

¹¹² Özgenç, *Gazi Şerhi*, s. 486.

¹¹³ Veli Özer Özbek, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı İzmir Şerhi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 458.

BÖLÜM II

GÖNÜLLÜ VAZGEÇMENİN TEMELİNİ AÇIKLAYAN TEORİLER

Gönüllü vazgeçme halinde failin neden cezalandırılmadığının hukuki temelini açıklayan görüşleri; sübjektif, objektif ve suç politikası teorileri olmak üzere üç ana başlık altında incelemek mümkündür.¹¹⁴

Sübjektif ve Objektif teoriler “gönüllü vazgeçme” kurumunu hukuki sebeplerle açıklamaya çalışmaktadırlar. Söz konusu teoriler, hukuki mantık çerçevesindeki sebeplerden ziyade, “gönüllü vazgeçmeyi” kanun koyucunun takdir ettiği sebeplere dayandırmıştır. Başka bir ifadeyle bu teoriler, günümüzde gönüllü vazgeçme bağlamında teşebbüsün cezasız kalmasını haklı kılmaya çalışan girişimlerdir.

Aşağıda sırasıyla bu hukuk teorilerine kısaca değineceğiz.

2.1.Sübjektif Teoriler

Zacharia tarafından temsil edilen sübjektif hukuk teorisine göre gönüllü vazgeçme yoluyla; failin kanuna karşı hem açıkça ortaya çıkan fiili, hem de suçu tamamlamaya yönelmiş kötü iradesinin geriye doğru ortadan kaldırılacağı belirtilmiştir. (İptal Teorisi) ¹¹⁵ Fail suça teşebbüsten vazgeçmekle iyi niyetini ortaya koymuştur.¹¹⁶

Ayrıca bir fiilin cezalandırılabilmesi için suçun unsurlarının tamamının bulunması gerekir. Gönüllü vazgeçme halinde suçun manevi unsuru bulunmadığından faile ceza vermek mümkün değildir.¹¹⁷ İptal teorisi failin ortaya çıkan kastının geçmişe yönelik olarak nasıl ve neden dolayı iptal edildiğini

¹¹⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 623.; Demirbaş, 429.

¹¹⁵ Roxin, II. § 30 Kn. 11.

¹¹⁶ İçel/Sokullu Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 353.

¹¹⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 623.; Demirbaş, 429.

açıklayamadığı, ayrıca gönüllü vazgeçmenin hukuken geriye doğru değil ileriye yönelik etkili olduğu belirtilerek eleştirilmiştir.¹¹⁸

Başka bir görüşe göre ise; icra hareketlerine başlayan failin daha sonra bundan vazgeçmesi durumunda, baştan itibaren suçun tamamlanmasına yönelik bir kasta sahip olmadığı öne sürülmüştür. (Butlan-Yokluk Teorisi)¹¹⁹

Bir diğer görüşe göre ise; gönüllü vazgeçme halinde kast ortadan kalkmamış, zayıflamıştır. Dolayısıyla böyle zayıflayan bir kast nedeniyle failin cezalandırılmasının mümkün olmadığı savunulmuştur. (Kastın Zayıflığı Teorisi)¹²⁰

Son olarak sübjektif teoriler içinde değinilmesi gereken farklı bir görüşe göre ise; başlangıçta failin suça teşebbüs etmesiyle suçu tamamlamaya yönelik iradeye sahip olduğu şeklindeki tahmin ya da şüphenin failin teşebbüsten vazgeçmesiyle daha sonra ortadan kalktığı kabul edilmiştir. (Karine Teorisi)¹²¹

Görüldüğü gibi sübjektif teoriler; suçun, kusurluluk unsurunu ortadan kaldırdığı veya baştan itibaren bu unsurun oluşmadığı esasına dayanmaktadır.¹²²

2.2. Objektif Teoriler

Objektif hukuk teorisi taraftarlarına göre; icra hareketlerine başlayan failin icra hareketlerini terk ederek teşebbüsten vazgeçmesiyle bütün kötü iz ve eserler ortadan kaldırılmışsa, artık icranın varlığından bahsedilemeyecektir. Buna göre, hukuka aykırılığın ortadan kalkması nedeniyle fail cezalandırılmayacaktır.¹²³

Objektif hukuk teorisi temsilcisi *Binding* tarafından ileri sürülen görüşe göre; teşebbüs ve teşebbüsten gönüllü vazgeçmenin prensip olarak bir bütün oluşturduğu

¹¹⁸ İçel/Sokullu Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 354.

¹¹⁹ İçel/Sokullu Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 353-354.; Demirbaş, s. 430.

¹²⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 623.; İçel/Sokullu Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 354. ; Demirbaş, s. 430.

¹²¹ İçel/Sokullu Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 354, Demirbaş, s. 430.

¹²² Sözüer, s. 236. ; İçel/Sokullu Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 354.

¹²³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 623.; İçel/Sokullu Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 354-355. ; Demirbaş, s. 430.

ve gönüllü vazgeçme durumunda fiilin zararlı sonuçları ve hukuka aykırılığın geriye yönelik olarak ortadan kalktığı ileri sürülmüştür.¹²⁴

Karşı görüşü savunanlara göre; teşebbüste meydana gelen iç ve dış olayın “geriye doğru “(nach rückwärts) bütün izlerinin silinmesi ve varlık âleminde yok sayılmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir. Bu görüşü savunanlara göre, bütün unsurlarıyla ortaya çıkan teşebbüsün yapılmamış sayılamayacağı ve gerçekte var olan bir şeyin yokluğunun iddia edilemeyeceği ileri sürülmüş, teşebbüsten gönüllü olarak vazgeçilse de teşebbüsün, teşebbüs olarak kalacağı itirazı yapılmıştır.¹²⁵

Elbette buradan zoraki olarak teşebbüs ve gönüllü vazgeçmenin fiili bir bütünlük arz ettiği ve cezasız bırakılan gönüllü vazgeçmenin, *Binding*'in düşündüğü şekliyle teşebbüsün haksızlığını ortadan kaldırdığı sonucu çıkarılamaz.¹²⁶

Örneğin adam öldürme saikiyle hareket eden failin sonradan yaralı mağduru kurtarması durumunda hiçbir şekilde adam öldürmeye teşebbüsün normatif olarak var olmadığı düşüncesi mantıki olmayacaktır. Bu şekilde ortadan kalkan hukuka aykırılığın iştirak halinde gönüllü vazgeçme durumunda haksız sonuçları olacaktır. Her şeyden önce iştirak halinde işlenen suçlarda ortaya çıkan sonuçlar ceza hukuku anlamındaki haksızlığı ortadan kaldırmayacaktır. Şöyle ki azmettiren ve yardım eden suç ortakları, fiili doğrudan gerçekleştiren failin gönüllü vazgeçmesi durumunda “ana fiilin” (Haupttat) hukuka aykırı olmaması nedeniyle cezasızlıktan yararlanacaklardır. Fiili doğrudan gerçekleştiren failin cezasız kalmasının, neden fail dışındaki suç ortaklarının lehine yorumlandığına hukuk teorileri tutarlı bir açıklama getirememektedirler.¹²⁷

Objektif teoriyi savunanların görüşleri doğrultusunda düşünen *Frank'a göre* ise; failin suça teşebbüs etmesiyle toplumsal hukuk düzeni bundan olumsuz etkilenmiş, fakat failin suça teşebbüsten gönüllü vazgeçmesiyle olumsuz etki ortadan kalkar ve toplumsal barış yeniden kurulur.¹²⁸

¹²⁴ Sözüer, s. 237.

¹²⁵ Roxin, II. § 30, Kn. 12. ; Jescheck/Weigend, § 51 I. 1., Sözüer, s. 237. ; İçel/Sokullu Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 355.

¹²⁶ Lilie, Albrecht, a.g.e., s. 1660.

¹²⁷ Roxin, II. § 30, Kn. 12.

¹²⁸ İçel/Sokullu Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 355.; Demirbaş, s. 430.

Diğer taraftan *R.v. Hippel* ise; vazgeçmeyi teşebbüs kavramı içinde yer alan olumsuz bir unsur olarak değerlendirmiş ve cezalandırılabilir bir teşebbüsün ancak bu olumsuz (negatif) unsurun bulunmaması durumunda gerçekleşebileceğini öne sürmüştür.¹²⁹

2.3.Suç Politikası Teorileri

Suç Politikası veya maksada uygunluk teorileri diye adlandırılan bu teorilere göre; failin geri dönüş anına kadar yaptığı hareketler, yapılmamış sayılamayacağından gönüllü vazgeçme hukuki nedenlere göre açıklanamaz. Bu teorilerin esası, icra hareketlerine başlayan faile yasal zemine geri dönmesi halinde cezasızlık imkânının tanınmasıdır. Bu nedenle gönüllü vazgeçen failin cezalandırılmaması suç politikası nedenlerine dayandırılarak izah edilebilir. Şimdi sırasıyla bu teorilere değinilecektir.¹³⁰

2.3.1. Af - Ödül ya da Mükâfat - Lütuf Teorisi (Gnaden Und Prämien Theorie)

Mükâfat - Lütuf Teorisi (Af-ödül) teorisine göre; teşebbüsten gönüllü vazgeçen faili ödüllendirmek gerekir. Her kim icra hareketlerini tamamlamaktan vazgeçer veya neticenin gerçekleşmesini engeller ya da bu konuda ciddi çaba sarf ederse ona karşı müsamahakâr, hoşgörülü olmak gerekir.¹³¹

Fail suçun tamamlanmasını engellemişse, işlemiş olduğu fiilin toplumsal vicdanı yaralayan, “adalet duygusunu sarsan etkisini” (hukuka olan güven duygusunu zedeleyen) (rechtserschütternden Eindruck) daha doğru bir ifadeyle “toplumsal hukuk bilincine verilen olumsuz etkiyi” kısmen ortadan kaldırmış olur. Failin icra hareketlerine başlamasıyla ortaya çıkan hukuka aykırı haksız davranışını; yasal zemine geri dönmesi, başka bir ifadeyle teşebbüsten gönüllü vazgeçmesi nedeniyle, kamu vicdanı hoşgörüsüyle karşılamaktadır. Fail işlediği kusurlu hareketin ağırlığını en azından belirli bir dereceye kadar, karşı bir ağırlık oluşturan hareketleri

¹²⁹ İçel/Sokullu Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 355.; Sözüer, s. 237. ; Demirbaş, s. 430.

¹³⁰ Jescheck/Weigend, § 51 I. 1 s. 538 vd. ; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 623.; Demirbaş, s. 430.

¹³¹ Lilie/Albrecht, § 24, Kn. 10, Rudolf Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3.Auflage, München, 2011.; Kn.7, Rolf Krüger, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 13. Auflage, Münster, 2011, Kn.172.; Stratenwerth/Kühlen, Kn.70, Volker Krey, Robert Esser, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Stuttgart, 2011, Kn.1258.

vasıtasıyla tekrar dengelemektedir. Bu nedenle de onu cezadan muaf tutmak, yani ona “lütüfta bulunmak” yerinde olacaktır.¹³²

Esasında faili cezadan muaf tutmak, yaptığı hukuka aykırı hareketi hoş görmek, failin affedileceğini teminat altına alma anlamı taşımaktadır. Bu yaklaşıma göre faili cezalandırma gerekliliği ortadan kalkacaktır.

Bu teoriye getirilen eleştirilere göre¹³³ “ceza hukukunun amacı suç işleyen failin ödüllendirilmesi” değildir; şayet öyle sayılırsa o zaman “borcunu yerine getiren kişi neye liyakat kazanmıştır ki ödüllendirilmektedir” sorusu gündeme gelecektir. Failin affedilmesi gerektiği düşüncesini ifade edenler, onun hukuka aykırı kusurlu hareketinin nasıl ortadan kaldırılacağını açıklayamamaktadırlar.

Ayrıca *Roxin*’e göre bu teorinin temsilcileri de az ya da çok açıkça cezanın amacı teorisinin kavramlarına başvurmaktadır. Bundan dolayı “af/ödül teorisi” cezanın amacı teorisinin başka bir şekilde ifadesinden başka bir şey değildir ve bağımsız bir anlam ifade etmemektedir.¹³⁴

2.3.2. Cezanın Amacı Teorisi (Strafzweck Theorie)

En basit şekliyle bu teori, failin gönüllü vazgeçmesi durumunda cezalandırmanın artık gerçekleşmesi ihtimal dâhilinde olan hiçbir cezanın amacı düşüncesiyle karşılanamayacağına dayanmaktadır. Ne özel ne de genel önleme ihtiyacı veya kusurun telâfi edilmesinin zarureti düşüncesi artık cezalandırmayı gerektirmez. Benzer durumlarda hakkaniyet anlayışına göre de cezalandırma talebi söz konusu olmayacaktır.¹³⁵

Bu düşünce ilk defa Alman FYM ’nin bir kararında açık ve anlaşılır şekilde şöyle ifade edilmiştir: “Fail icra hareketlerine başladığı suça teşebbüsten gönüllü olarak vazgeçmişse, bu durum onun hukuka aykırı fiilin icrası sırasında gerekli olan suç işleme iradesinin artık o kadar güçlü olmadığını göstergesidir. Failin daha önce

¹³² Jescheck/Weigend, § 51, I.3.; Wessels/Beulke, § 14, Kn. 626.; Kühl, § 16, Kn. 7.

¹³³ Roxin, II. § 30, Kn. 23.; Lilie/Albrecht, § 24, Kn. 11.; Baumann/Weber/Mitsch, § 27, Kn. 7.

¹³⁴ Roxin, II. § 30, Kn. 23.

¹³⁵ Jescheck/Weigend, s.539.; Rengier, § 37, Kn. 8.; Krüger, I, s. 125, Kn.172, Stratenwerth/Kühlen, § 11, Kn. 70.; Krey/Esser, § 44, Kn.1259.

suça teşebbüste açığa çıkan tehlikeliliği sonradan cezayı gerektirmeyecek kadar azalmıştır. Bu nedenle kanun, bu tür bir teşebbüsü cezalandırmaktan vazgeçmektedir. Çünkü faili gelecekte işlenecek bir suçtan alıkoyacak, diğerlerini de suç işlemekten vazgeçirecek ve sarsılan hukuk düzenini yeniden tesis edecek bir cezaya artık gerek bulunmamaktadır.”¹³⁶

Cezanın amacı teorisine göre, fail, gönüllü vazgeçmeyle bir yandan yasal zemine döndüğünü ispatlamıştır; diğer yandan teşebbüs fiiliyle ortaya çıkan hukuka aykırılık toplumda hâkim olan (hukuk düzenine ve onun geçerliliğine olan güveni üzerindeki sarsıcı etki) gönüllü vazgeçme yoluyla o kadar azalmıştır ki artık failin cezalandırılmasından vazgeçilebilir. Çünkü teşebbüse cezalandırılma temelini veren tehlikeliliğini, vazgeçen failin kendisi ortadan kaldırmaktadır ve tehlikesiz teşebbüsün cezalandırmayı hala gerektirebilecek olan hukuku sarsıcı etkisi de vazgeçmenin gönüllü olmasıyla her halükârda kaldırılmaktadır. Zamanında ve kendi isteğiyle geri dönen fail, topluma kötü örnek olacak bir şey sunmamaktadır; tersine belirli bir ölçüde, onun davranışında artık kendisini kabul ettiren hukuku onaylamaktadır.¹³⁷

Ayrıca Alman Ceza hukuku doktrininde gönüllü vazgeçmede hukuku sarsıcı etkinin vazgeçme yoluyla kaldırıldığı şeklindeki düşüncüyü destekleyen daha başka yazarlar da mevcuttur.¹³⁸

Eğer fail, icra hareketlerini bitirdikten sonra sonucu önlemeyi başaramazsa işlediği fiilin karşılığında cezai müeyyide gerektirecek olan norm ihlali gerçekleşmiştir. Böyle olunca geri dönmeye hazır olan failin iyi niyeti tek başına ceza ihtiyacını ortadan kaldırmaya yetmez; burada ceza ihtiyacı sadece genel önleme düşüncesine dayandırılabilir.¹³⁹

Bu teoriye karşı yapılan eleştirilerin başında, önleme zorunlulukları hakkındaki bütün ifadelerin kesin olmamaları ve failin işlediği fiilin adalet duygusunu zedeleyen etkisinin vazgeçmeyle ortadan kalktığı düşüncesi ampirik (deneye dayalı) olarak yeterince ispatlanabilir olmaması görüşüdür. Şayet öyle

¹³⁶ Roxin, II. § 30, Kn. 4.; Lillie/Albrecht, § 24, Kn. 13.

¹³⁷ Roxin, II. § 30, Kn. 4. vd.

¹³⁸ Tozman, s. 201.

¹³⁹ Roxin, II. § 30, Kn. 7.

olduğu düşünülürse kamuoyunu tatmin edecek, cezalandırma gerekliliğini ortadan kaldıracak hangi taleplerin vazgeçen faile karşı ileri sürüleceğinin yapılacak kamuoyu araştırmaları ile belirlenmesi gerekir? Ancak böyle bir ampirik (deneye dayalı) araştırmayla ispatlanabilir sonuç alma şansı yok denecek kadar azdır.¹⁴⁰

Bu nedenle cezanın genel ve fail üzerindeki özel önleme etkisinin artık gereksiz olduğunu kabulün “son derece cesur ve fazlasıyla iyimser bir tahmin”, olduğu ifade edilmiştir. Diğer yandan, genel ve özel önlemeyle şekillenen cezanın amacı düşüncelerinin ortadan kalktığı söylemine dayanarak, kanunun vazgeçtiği cezanın burada aslında açıkça emredici olmadığını söylemenin “boş bir lakırdı” ‘dan fazla bir şey olmadığı söylenmiştir.¹⁴¹

Teşebbüsten gönüllü vazgeçmenin cezasız bırakılmasının nedenini, failin iradesinin teşebbüs anında suçu tamamlamak için yeterince güçlü olduğu ve vazgeçmenin ekseriyetle tesadüfen ortaya çıkan dış faktörler tarafından belirlendiği ayrıca vazgeçmenin çok çeşitli saiklerden kaynaklandığı düşüncesine dayandırmanın gerçekte bağdaşmadığı ifade edilmiştir.¹⁴²

Failin veya teşebbüs fiilinin tehlikeliliğinin önce varken sonradan esaslı bir şekilde azaldığı savı da tatmin edici değildir. Tehlike ve tehlikelilik kavramları her zaman (ex ante) bir tahmini gerektiren kavramlardır.¹⁴³

Bu görüş, diğer yandan önleme düşüncelerine çok fazla önem vermekte ancak teşebbüs ve gönüllü vazgeçme arasındaki zorunlu bağlantıyı ihmal etmektedir. Bir başka deyişle cezanın amacı veya cezanın gerekliliği anlayışı failin davranışını ihmal etmektedir.¹⁴⁴

¹⁴⁰ Ingeborg, Puppe, *Strafrecht Allgemeiner Teil, im Spiegel der Rechtsprechung*, 2.Auflage, Baden Baden, 2011, s. 48 Kn 6.

¹⁴¹ Stratenwerth/Kühlen § 11, Kn. 69.; Tozman, s. 202.

¹⁴² Jescheck/Weigend, § 51, I.4. ; Tozman, s. 202.

¹⁴³ Jescheck/Weigend, § 51, I.4.

¹⁴⁴ Tozman, s. 202.

Bu teori temsilcileri, gönüllü vazgeçmenin neden cezadan kurtarıcı bir etki doğurduğu ve onun varlığını hangi taleplerin gerektirdiği sorusuna doyurucu cevaplar verememişlerdir.¹⁴⁵

Eleştiriler üzerine cezalandırmanın amacını esas alan görüşün geliştirilmiş şekli ortaya çıkmıştır (modifizierte Strafzwecktheori). Bu görüş farklı görüş ayrılıklarına rağmen günümüzde ekseriyetle kabul görmektedir.¹⁴⁶

2.3.3. Karma Teori

Bu teoriye göre gönüllü vazgeçme imtiyazının cezadan kurtarıcı etkisini tek bir sebebe dayandıran yaklaşımlarla açıklamak doğru olmayacaktır. Gönüllü vazgeçme kavramının içeriği, istisnai karakteri ve çok yönlülüğü dikkate alındığında bir tek bakış açısıyla getirilen çözümler bu kavramı açıklamada yetersiz kalacaktır. Dolayısıyla karma teoride, gönüllü vazgeçmenin temelini açıklama konusunda daha çok çeşitli düşüncelerin bir araya gelmesi söz konusudur.

Gönüllü vazgeçmenin hukuksal temeli; sadece gönüllü vazgeçen failin fiiline daha doğrusu bunun arka planına bakılarak belirlenebilir. Burada sadece fail odaklı düşünce tarzı yeterli değildir. Bu sebeple sadece objektif ve/veya subjektif olarak tehlikeliliği ortadan kaldıran yasal zemine geri dönüş performansına göre gönüllü vazgeçmeyi açıklamak hatalı olacaktır. Teşebbüs gerçekleşmeden gönüllü vazgeçme olamayacağı için bu iki kavramın birbiriyle olan ilişkisinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.¹⁴⁷

Failin cezalandırılmasıyla ilişkili olarak cezanın amacı düşüncesi ile mağdurun ve toplumun hukuka aykırı fiil ve failerinden korunması konusunda karşılıklı ve birbirini dengede tutan mücadelesi gönüllü vazgeçmenin şartlarını ve sınırlarını ortaya koymaktadır. Mağdurun korunması kısmen failin icra hareketleriyle sarsılan hukuk düzeninin yeniden tesisi anlamına da gelmektedir.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Stratenwerth/Kühlen § 11, Kn. 69.

¹⁴⁶ Koca/Üzülmez, s. 387.

¹⁴⁷ Lilie/Albrecht, § 24, Kn. 38.; Tozman, s.203.

¹⁴⁸ Lilie/Albrecht, § 24, Kn .38.; Tozman, s.203.

Failin gönüllü vazgeçmesiyle birlikte teşebbüsün haksızlığı ve kusurluluğu tamamıyla ortadan kalkmayacaktır. Ancak teşebbüsün cezalandırılabilirliği konusundaki genel ve özel önleme bakış açısına göre kamu otoritesinin (devletin) cezalandırma hakkı önemli ölçüde kısıtlanır.¹⁴⁹

2.3.4. Altın Köprü Teorisi (Goldene Brücke)

Bu teorinin “temel anlayışı” (Grundgedanke) failin, onu suçu tamamlamaktan uzaklaştırmaya ya da alıkoymaya yönelik “teşvik” (Anreiz) edilmesinin gerektiğidir.¹⁵⁰

Altın Köprü olarak adlandırılan bu teşvik, faile gönüllü vazgeçme halinde teşebbüs nedeniyle ceza verilmeyeceği yönünde kanun koyucu tarafından söz verilmesidir. Failin yasal zemine dönüşü kolaylaştırılmalı, yasayı ihlal tehlikesinden uzaklaştığı zaman ödüllendirilmelidir. Şayet isteyerek vazgeçen kişi cezalandırılırsa suç işlemeğe teşvik edilmiş olacaktır.¹⁵¹ Örneğin; Kafasına silah dayadığı kişinin yalvarması karşısında vazgeçen kişi, bu vazgeçme ödüllendirilmeyecek olsaydı’ “...zaten ceza alacağım, o zaman öldürürüm” şeklinde düşünebilirdi.

Eski Alman doktrininde *Franz v. List*'in etkisi ile bu düşünce hakim olmuştur. *Franz v. List*'e göre teşebbüsün cezalandırılabilirliğini “geriye doğru ortadan kaldırmak”, (nach rückwärts annulliert) mümkün değildir. Ancak kriminalpolitik nedenlerden dolayı kanun koyucu esasında hali hazırda cezalandırılabilir duruma gelen faile, geri dönüş imkanı sağlamak için “altın köprü” (goldene Brücke) inşa etmektedir. İmparatorluk yüksek mahkeme içtihatlarında altın köprü teorisi hakim olmuş, “cezanın amacı teorisi” (Strafzwecktheorie) ve “af-ödül” (Gnaden und Prämientheorie) teorisine göre daha fazla kabul görmüştür.

¹⁴⁹ Lillie/Albrecht, § 24, Kn .38.; Tozman, s.203.

¹⁵⁰ Lillie/Albrecht, § 24, Kn. 7.

¹⁵¹ Soyaslan, s.295.; İhtiyariyle vazgeçen kimse ceza verilmemesinin sebebini, ceza siyaseti mülahazalarında aramak:“...tedbirli bir kanun koyucu suçtan zarar geri dönmeği teşvik etmekle yükümlüdür. İhtiyariyle vazgeçen kişi cezasız bırakılmayacak olursa, suçu tamamlamağa bu surette teşvik edilmiş olur, kanun bir kimseyi cezalandırmaktansa onun vazgeçmesine izin vermelidir. Kaçan suçluya *altından köprüler* yapılması gerekir. Dönmezer/Erman, s. 509.

Faile, teşebbüsün başlangıç aşamasından neticenin gerçekleşmesi, suçun tamamlanması anına kadar gerçekleşen süreçte (teşebbüsten vazgeçmesini cazip hale getirmek, yasal alana geri dönüşe ilgisini artırmak için) cezasızlıkla ödüllendirileceğinin sözünün verilmesi gerekmektedir. Aksi halde faile boş vaatlerde bulunmanın inandırıcı olmayacağı açıktır.

Teşebbüsten gönüllü vazgeçen faile kanun koyucu tarafından altından köprü sunulması fail tarafından ekseriyetle yanlış anlaşılmaktadır. (Faile her halükârda neticeyi gerçekleştirme anına kadar suç yolunda ilerleme imkânı verilmiştir. Çünkü fail geri dönüş köprüsünün sunulduğunu bilmektedir). Bu durum öğretide “mükâfatlandırılmış bir geri dönüş” (honorierfähige Umkehrleistung), ya da “ödüllendirilen bir vazgeçme” (honorierbarem Verzicht) olarak adlandırılmıştır.¹⁵²

Belirtmek gerekir ki bu teori artık önemini yitirmiştir. Alman Yüksek İmparatorluk ve Federal Yüksek Mahkeme kararlarında “failin cezasızlığı kazanmayı istediği için vazgeçtiği düşüncesinden uzaklaşmıştır. Örneğin; Federal Yüksek Mahkeme bir kararında “*Suçta teşebbüs sırasında fail çoğu olayda bunun cezai sonuçlarını düşünerek hareket etmez. Failin cezasızlığı kazanmak ve kanunun sunduğu imkândan yararlanmak için teşebbüsten vazgeçtiği düşüncesi failin gönüllü vazgeçme konusundaki davranışını belirleyici değildir.*” denilerek bu durum ifade edilmiştir.¹⁵³

Altın köprü teorisine yapılan çeşitli itirazlar neticesinde bu teori mağduru koruma (Opferschutzgedanke) düşüncesiyle birlikte yeniden ele alınmıştır. “Mağduru koruma” düşüncesi önceleri altın köprü teorisi tarafından temsil edilmiştir. Günümüzde mağduru koruma düşüncesi her şeyden önce hukuk öğretisinde merkezi bir rol oynamaktadır. *Puppe*'ye göre mağdura kurtulma şansı tanımak için faile sonucu önlemesi konusunda altından köprü inşa ederek mümkün olduğu kadar geri dönüş süresini uzatmak gerekir. Teşebbüsün varlığı durumunda aslında tehlikeli olan failin öyle ya da böyle cezalandırılacağı düşüncesi, mağdurun netice itibariyle daha

¹⁵² Kühl, § Kn. 68.

¹⁵³ Tozman, s.197. (Dpn; 707.; BGHSt, 9, 52.)

dikkatli davranması ve kendi kendine kurtulma çabası içine girmesine sebep olmaktadır.¹⁵⁴

Mağduru koruma düşüncesine göre failden, yasal alana geri dönüş ve belki de mağduru kurtarma davranışından vazgeçirebilecek en iyi performansın istenmemesi mağdurun yararına olacaktır. Çünkü somut olaylar, keşfedilmemek için failin en iyi ve elverişli imkânları devreye sokmadığını göstermektedir. Şayet fail en elverişli vasıtalarla mağduru kurtarmaya ve kendini ele vermeye zorlanırsa fail, o takdirde diğer kurtarma eylemlerinden de vazgeçecek ve bu durumda mağdur zarar görecektir.¹⁵⁵

Roxin'e göre "altın köprü" teorisini "suç siyaseti" teorisi olarak adlandırmaktan sakınmak gerekir. Çünkü cezanın amacı teorisi de cezaya ihtiyaç kalmadığı hakkındaki kriminalpolitik (suç siyaseti) düşüncelere dayanmaktadır. Ayrıca bu teori fail'in suç işlemekten vazgeçmesini cezasızlık imkânından yararlanmasına dayandırır da, failin keşfedilme ve yakalanma korkusuyla vazgeçmesine tutarlı bir yanıt verememektedir.¹⁵⁶

2.4. Türk Ceza Hukukunda Hâkim Görüş

Türk Ceza Hukuku doktrin ve uygulanmasında gönüllü vazgeçmenin cezalandırılmamasını genellikle suç politikası¹⁵⁷ yaklaşımına dayandıran görüş üstün tutulmakta ve kabul görmektedir.¹⁵⁸ Suç politikasının esas alınmasının en önemli sonucu, iştirak halinde işlenen suçlarda asıl failin teşebbüsten vazgeçmesinin diğer

¹⁵⁴ Puppe, s. 46.

¹⁵⁵ Tozman, s. 267, Roxin, II. § 30, Kn. 235, Ingeborg, Puppe, *Der Halbherzige Rücktritt, - Zugleich eine Besprechung von* (BGHSt 31, 46-, in: NSTZ 1984), s. 490.

¹⁵⁶ Roxin, II. § 30, Kn. 13-18, Rengier, § 37, Kn. 6, Krüger, I, s. 125 Kn. 172, Stratenwerth/Kühlen, § 11 Kn.70, Krey/Esser, § 44, Kn.1257.

¹⁵⁷ "Suç siyaseti, barış esasına dayalı toplum düzeninin devamı için hukuka aykırı fiillerin hangilerinin suç olarak tanımlanması gerektiğinin belirlenmesinde izlenen yolu göstermektedir. Hukuka aykırı herhangi bir fiile suç niteliğini kazandıran koşullar, izlenen suç siyaseti ile belirlenmektedir. Suç siyaseti ile güdülen amaca ulaşabilmek için, uyulması gereken ana ilkeler, kusur ilkesi, hukuk devleti ilkesi ve hümanizm ilkesidir." ".....Türk Ceza Kanunu Tasarısı üzerinde Komisyonumuz tarafından yürütülen çalışmalarda, suç siyasetinin dayandığı bu temel felsefi ilkeler göz önünde bulundurulmuştur." Özgenç, *Gazi Şerhi* s.44-45.

¹⁵⁸ Centel/Zafer/Çakmut, s. 461.; İçel/Sokullu Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 358.; Sözüer, s. 240.; Demirbaş, s. 431.; Hakeri, s.371.; Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 439.; Ayhan Önder.; *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul, 1992, s. 401.; Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, *Ceza Hukuku (Genel ve Özel Hükümler)*, Ankara, 2007,s.102.; Veli Özer Özbek, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2010, s. 451.

şeriklere etkisi konusunda ortaya çıkar. Suç politikası görüşüne göre suça teşebbüsten vazgeçme durumunda; o ana kadar gerçekleştirilen icra hareketleri ortadan kalkmayacağı ve yapılan bu hareketler yapılmamış sayılmayacağına göre, ortada yapılmış bir icra hareketi bulunmaktadır. Bu durumda izlenen suç politikası nedeniyle vazgeçen fail cezalandırılmamaktadır. Ancak asıl failin vazgeçmesi durumunda da teşebbüsün hukuki varlığı devam ettiği için, diğer şeriklerinde o suça teşebbüsten dolayı sorumlu tutulmaları mümkün hale gelmektedir.¹⁵⁹

Buna karşılık diğer görüşlerin üstün tutulması halinde, ortada cezalandırılabilen bir teşebbüs durumu söz konusu olmadığından diğer şeriklerin cezalandırılmaması gerekecektir. Bu durumda teşebbüsten vazgeçme yönünde hiçbir istek ya da etkisi olmayan şerikler için gereksiz ve haksız bir ayrıcalık hali ortaya çıkmış olacaktır.¹⁶⁰

2.5. Türk Ceza Kanununun Kabul Ettiği Anlayış

Türk Ceza Kanununun kabul ettiği anlayış, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen 36. Maddesinin gerekçesinde de belirtildiği gibi; *“...gerek icra hareketleri aşamasında gerekse icra hareketlerinin bitmesinden sonra, failin suçu tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçmesini teşvik etmek modern suç politikasının temel araçlarından biridir.”* denilmek suretiyle suç işlemekten kendi istek ve iradesiyle vazgeçen fail geri dönmeye özendirilmek istenmiş ve izlenen suç siyaseti düşüncesinin bir gereği olarak, icra hareketlerine başladığı suçu tamamlamaktan vazgeçirmeye teşvik amacıyla, gönüllü vazgeçen faile ceza verilmemesi ilkesi benimsenmiştir.¹⁶¹ Bu yönüyle gönüllü vazgeçme TCK'nın kabul ettiği anlayışa göre cezayı kaldıran şahsi sebeptir.¹⁶²

¹⁵⁹ Sözüer, s.240.; Demirbaş, s.431.; Keçelioğlu/Sönmez, s.472.

¹⁶⁰ İçel/Sokullu Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 359.

¹⁶¹ Keçelioğlu/Sönmez, s. 473.

¹⁶² İçel/Sokullu Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 358.; Özgenç, *Gazi Şerhi*, s. 485.

BÖLÜM III

GÖNÜLLÜ VAZGEÇMENİN KOŞULLARI

3.1. GÖNÜLLÜ VAZGEÇMEDE SONUCU ENGELLEMELİK İÇİN FAİLİN AKTİF GAYRET GÖSTERME ZORUNLULUĞU

TCK md. 36'ya göre "fail kendi çabasıyla suçun tamamlanmasına veya neticenin gerçekleşmesine" engel olmalıdır. İcra hareketlerinin tamamlanmasından sonra sadece (gönüllü olsa bile) icra hareketlerini bırakmak cezadan kurtulmak için yeterli değildir.

Gönüllü vazgeçmenin koşulları arasında en başta neticenin gerçekleşmesini engellemek için failin iradi-aktif gayret gösterme zorunluluğu gelir. Bu noktada sonucu engellemek için failin çabasının, icra hareketlerinin hangi aşamasından sonra, hangi nitelikte ve ne kadar gerekli olduğu ve ayrıca sonucu engellemeye etkisi önem kazanmaktadır.

Açıkça ifade etmek gerekirse; sonucu engellemeye yönelik aktif harekette bulunmayı istemek, çaba sarf etmek anlamına gelmemektedir. Bununla birlikte sonucu engellemeye yönelik çabanın ne kadar gerekli olduğunun nasıl tespit edileceği konusu önem kazanmaktadır.¹⁶³

Örneğin; Kasten insan öldürmeye teşebbüs suçunu işleyen suç ortakları, ilk önce mağduru yerde yatar vaziyette bırakıyorlar. Daha sonra düşüncelerini değiştirip yol üzerinde bulunan restorandan olay yerine Doktor çağırma için telefon açmak istiyorlar. Fakat yanlarında telefon kartı ya da bozuk para olmadığından yardım çağırıyorlar. Tekrar olay yerine döndüklerinde mağdurla başka kişilerin ilgilendiklerini görüyorlar. Doktor çağırma fikrinden vazgeçiyorlar. Suç faili olduklarını belli etmeden olay yerinde bekliyorlar. Bu olayda Alman FYM'si müşterek failerin sonucu engellemek için yeterli ve gerekli çabası olmadığına hükmetmiştir.¹⁶⁴ Kararın gerekçesinde "failin sonucu engellemek için bir şey yapma isteğinden daha fazlasını yerine getirmesi, ayrıca failin aklından geçenleri sözlü

¹⁶³ Roxin, II. § 30, Kn. 268.

¹⁶⁴ Roxin, II. § 30, Kn. 268.(BGH NJW 1973, 632f.)

olarak ifade etme imkânı bulunduğundan sonucun engellenmesi konusunda niyetini açıkça dışa dönük olarak belli etmesi gerekmektedir.” denilmiştir. Bu düşünce ağırlıklı olarak taraftar toplamıştır.¹⁶⁵

Diğer taraftan Alman FYM‘ sinin, failin, sonucu engelleme isteğinin ispatına yoğunlaşması ikna edici bir tutum olarak görülmemektedir. Yukarıdaki örnekte olaya karışan failerin yakalanma tehlikesi altında olay yerine geri dönmeleri ve yardım çabalarına katkıda bulunmaları, mahkemedeki ifadelerinde ayrıca doktor çağıracaklarını beyan etmeleri, sonucu engellemek için yeterince açık ve mantıklı hareket ettiklerini göstermektedir.¹⁶⁶

Bununla birlikte, failin neticeyi engellemeye yönelik hazırlık hareketlerini de aktif çaba olarak tanımak gerekir. Her ne kadar mağdurun kurtulması için failin doktora ya da hastaneye koşturması telefonla onları aramaktan daha fazla bedensel çaba gerektirse de neticeyi engellemeye yönelik hazırlık hareketlerinin bu kapsamda olduğu görülecektir. Bundan dolayı failin bakış açısıyla neticeye engel olma şansını artıran hareketleri etkin çaba kapsamında değerlendirmek gerekir.¹⁶⁷

3.1.1. Sonucu Önlemeye Yönelik Aktif Davranış

Gönüllü Vazgeçmenin oluşabilmesi için sonucun önlenmesi konusunda failin aktif davranışlarda bulunması gerekir.¹⁶⁸ Hareketsiz kalma ya da failin suç planıyla ilgili düşüncesini değiştirmesi şeklindeki pasif davranış yeterli değildir.¹⁶⁹

Örneğin; patlamaya hazır zaman ayarlı bir bombayı binaya yerleştiren failin, sonucu önlemeye yönelik aktif bir davranışı ve herhangi bir müdahalesi olmadan oraya tesadüfen gelen köpek bombanın ateşleme sistemini ısırması ve bomba devre dışı kalmıştır.¹⁷⁰ Bu durumda fail gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanamayacaktır. Çünkü failin hareketi istekli, bilinçli ve iradi bir şekilde sonucun gerçekleşmesinin önlenmesine etki etmelidir. Bu hareket failin iradesi ürünü

¹⁶⁵ Roxin, II. § 30, Kn. 269.; Kühl, § 16, Kn. 87.;

¹⁶⁶ Roxin, II. § 30, Kn. 269.

¹⁶⁷ Roxin, II. § 30, Kn. 272.

¹⁶⁸ Toroslu, s. 267.; Artuk /Gökçen/Yenidünya, s. 760.; Centel/Zafer/Çakmut, s. 459.

¹⁶⁹ Tozman, s. 259.

¹⁷⁰ Roxin, II. § 30, Kn. 273.; Jescheck/Weigend, § 51, I.1.; Sözüer, s. 236-237.

olmalıdır. Fail olayı oluruna bırakmamalı ve neticenin gerçekleşmemesi için aktif davranışta bulunmalıdır.

Fail, icra hareketlerini tamamladıktan sonra mağduru kurtarma girişiminde bulunmadan olay yerini terk etmiş, fakat kısa bir süre sonra fikrini değiştirip mağduru kurtarmaya yönelik hareketlerde bulunarak neticenin gerçekleşmesine engel olmuşsa, fail gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacaktır.

Netice, failin bilinçsizce hareketi ya da yanlışlıkla gerçekleşmişse fail, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanamayacaktır. Failin davranışları neticeyi önlemeye yönelik bilinçli, istekli ve aktif davranışları içermelidir. Örneğin fail icra hareketlerini tamamladıktan sonra, mağdurun çoktan ölmüş olduğunu düşünerek teslim olmak için polisi arıyor, polis olay yerine gelmesiyle mağdurun ölmediği fark edilerek, polis ve ilkyardım ekibinin çabasıyla mağdurun kurtarılması durumunda, fail sonucu engellemeye yönelik aktif davranışta bulunmadan yanlışlıkla mağduru kurtarma sürecini başlatmıştır. Fail bu durumda gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanamaz. Yaralamaya teşebbüsten sorumlu olur.¹⁷¹

Aktif müdahalenin mutlaka failin kendi fiili çabasına dayanmasına gerek yoktur. Failin sonucu engellemeye yönelik ve onun iradesine dayanan yani onun isteği, bilgisi ve izni dâhilinde netice gerçekleşmemişse fail gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacaktır. Örneğin ilkyardım ekibinin çağırılması veya itfaiyeye haber verilmesi gibi bazı durumlarda sadece failin çabası yeterli olmayabilir ve fail üçüncü kişilerin yardımına gereksinim duyabilir. Failin mağduru kurtarma çabasının yetersiz kaldığı için üçüncü kişileri çağırması sonucunda bu kişiler mağdurun kurtarılmasını sağlayıp neticenin gerçekleşmesine engel olmuşlarsa kurtarma iradesi faile dayanmaktadır.¹⁷²

3.1.2. Aktif Davranışın Niteliği

Failin, ya da onun iradesine, bilgi ve talimatına dayanarak üçüncü kişilerin katkısıyla sonucun gerçekleşmesinin engellenmesi durumunda, failin cezadan

¹⁷¹ Lillie./Albrecht, § 24, Kn. 182.; Tozman, s. 260.

¹⁷² Lillie./Albrecht, § 24 Kn. 183.

kurtulacağı konusunda görüş ayrılığı bulunmamakla birlikte, aktif davranışın niteliği konusu tartışmalıdır. Bu konuda *Roxin* tarafından aktif davranışın niteliği konusunda geliştirilen ve en uygun çözüm yolu olarak sunulan, aktif davranışın niteliğini somut olayda, aktif davranışın failin kendi eli ürünü olmasıyla sonucun gerçekleşmesinin olayın dışındaki üçüncü kişiler eliyle önlenmesi arasındaki farkı ortaya koyan “fark teorisi’nin“ (*Differenzierungstheorie*)¹⁷³ yanı sıra öğretide ağırlıklı olarak iki farklı görüş benimsenmiştir.¹⁷⁴

Bunlardan birincisi; neticeyi engellemenin varlığından söz edebilmek için, failin neticenin önlenmesini sağlayacak alternatifli seçeneklerden en iyisini devreye sokmasını aramaktadır. (*Bestleistungstheorie* = en iyi /en uygun performans teorisi).¹⁷⁵

Doktrinde bazı yazarlar, fail tarafından ortaya konan sonucu engellemeye yönelik her hareketi yeterli bulmamaktadırlar. Fail, sonucu önlemeye yönelik en elverişli imkânları kullanmalıdır. Bu yazarlara göre somut olay bağlamında sonucu engellemeye yönelik her “yarım gönülle”, ya da “yarı istekli” (*halbherzig*) yapılan ve rasyonel olmayan davranışlar yeterli değildir.¹⁷⁶

FYM bir kararında “failin, önünde devreye sokabileceği daha elverişli seçenekler dururken muhtemelen kendisinin de yetersiz olduğunu düşündüğü önlemlerle yetinmesi durumunda gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanamayacağını, failin sonucun önlenmesini sadece tesadüflere bırakamayacağını” belirtmiştir.¹⁷⁷

Diğeri ise, sonucun engellenmesine götürecek nedensel sürece failin etki etmesini yeterli bulan görüştür. Bu görüş öğretide mağdurun kurtulması için (şans açma/ortaya çıkarma teorisi=*Chanceneröffnungstheorie*) olarak adlandırılmaktadır.¹⁷⁸

¹⁷³ Roxin, II. § 30, Kn. 243-250.

¹⁷⁴ Roxin, II. § 30, Kn. 218.; Wessels/Beulke, Kn. 644.

¹⁷⁵ Bernd, Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, s.358, Kn. 850.; Gropp, § 9, Kn. 50.

¹⁷⁶ Puppe, *Halbherziger Rücktritt*, s. 488.; Tozman, 262.

¹⁷⁷ Roxin, II. § 30, Kn. 219. (BGHSt 31, 46, Krankenhaus-Fall)

¹⁷⁸ Heinrich, s.357, Kn. 849.

Buna göre failin sonucu engellemek için elinde daha elverişli önleme imkânlarının olup olmaması önemli değildir. Eğer fail kendi çabasıyla ya da kendisine atfedilebilecek şekilde neticenin gerçekleşmesini önlemişse, bunu en iyi performans göstererek yapmamış olsa bile vazgeçmenin gönüllü olduğu kabul edilmelidir.¹⁷⁹

Alman FYM 'sinin şans artırma teorisini dikkate aldığı bir olayda; fail öldürme amacıyla içinde bulunduğu aracı eski kız arkadaşının üzerine sürmüş, daha sonra pişmanlık duyarak son saniyede etkili bir fren yapıp çarpmanın şiddetini azaltmış ve mağdur yaralı olarak kurtulmuştur. FYM 'ye göre neticenin gerçekleşmesinin başka bir şekilde önlenmesi imkân ve ihtimali olsa da failin hareketi vazgeçme için yeterlidir.¹⁸⁰

Ancak fail sadece çok tali hareketlerde bulunmuşsa neticenin meydana gelmemesi ona isnat edilmemelidir. Örneğin yine Alman FYM 'sinin kararına konu bir olayda; fail öldürme kastıyla babasını bıçaklamış, ağır yaralanan baba oğlundan ambulans çağırmasını istemiş, fail bunun üzerine telefonla yardım çağırarak yerine, babasına telefonu uzatmış ve babası acil servisi arayarak kurtulmuştur. Alman FYM 'si bu olayda neticenin gerçekleşmemesinin nedensel olmadığı çünkü yaralı babanın telefona kendisinin ulaşabileceği ve yardım isteyebileceğine karar vermiştir.¹⁸¹

Bilindiği üzere 5237 Sayılı TCK'nın gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen 36. maddesinin gerekçesinde; gönüllü vazgeçmenin kabulü için icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra vazgeçen failin neticenin gerçekleşmesini önlemek için ciddi bir çaba göstermesi gerektiği belirtilmektedir. Bu sebeple fail' den sonucu önleme konusunda en elverişli çabayı göstermesini mutlak manada beklememek ve aynı nitelikteki (değerdeki) faaliyetleri yeterli görmekle birlikte sonucu engelleme konusunda failin en iyi / en uygun performansı göstermesi gerektiğini belirten teoriye kanaatimce katılmak gerekir.

¹⁷⁹ Roxin, II. § 30, Kn. 234.; Wessels/Beulke, Kn. 644.; Tozman, s. 267.

¹⁸⁰ Roxin, II. § 30, Kn. 222.; Tozman, s. 265.

¹⁸¹ Roxin, II. § 30, Kn. 212-226.; Tozman, s. 266.

3.2. VAZGEÇMENİN CİDDİ OLMASI (ERNSTHAFTLICHKEIT)

Failin neticenin engellenmesine yönelik çabası ciddi olmalıdır.¹⁸² Fail kendisi açısından bu amaca yönelik gerekli ve “en uygun aracı” (beste Mittel) devreye sokmalıdır. Fail, gerçekten neticenin gerçekleşmesinin önüne geçilmesine sebep olmuşsa, sadece yapılması mümkün olan her şeyi yapmış olması şartıyla cezasızlıktan yararlanabilir.¹⁸³

Yani fail objektif veya en azından kendi bakış açısıyla neticeyi engelleyecek olanakları en ince ayrıntısına kadar değerlendirmelidir.¹⁸⁴ Fail bu durumda neticenin engellenmesi için gerekli olduğunu düşündüğü ve muktedir olduğu her şeyi yapmalıdır.

Almanya’da yaşanan bir olayda; fail öldürme kastıyla karısını bıçaklayarak yaralamış, bunun muhtemelen ölümcül nitelikte olduğunu düşünmesine rağmen ilkyardım ekibine haber vermeden kanamayı durdurmak için sadece çocuk çamaşırlarıyla yarayı tıkaması FYM tarafından neticeyi engelleyici ciddi bir çaba olarak değerlendirilmemiştir.¹⁸⁵

Yine başka bir olayda fail telefon kulübesinden yardım çağırmak istediği halde bozuk parası ya da telefon kartı yanında olmadığından bundan vazgeçmiş olayın faili olduğunun anlaşılmasında için başka kişilere ve olay yerinin karşısında bulunan ilk yardım merkezine de haber vermemiştir. FYM ’ye göre burada da fail tarafından ciddi çaba sarf edilmemiştir.¹⁸⁶ Yine aynı şekilde failin yardım etmeleri için olay yerine çağırdığı kişilerin gerçekten etkili bir şekilde mağdura müdahale edip etmedikleriyle failin ilgilenmemesini de Alam FY Mahkemesi ciddi çaba olarak görmemiştir.¹⁸⁷

¹⁸² Braunschneider, s.139.; Urs, Kindhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4, Auflage, Baden-Baden, 2009, § 32 Kn.28.

¹⁸³ Roxin, II. § 30, Kn. 275

¹⁸⁴ Roxin, II. § 30, Kn. 276. (BGH St 31, 50.)

¹⁸⁵ Roxin, II. § 30, Kn. 276. (BGH MDR (D) 1969, 532.)

¹⁸⁶ Roxin, II. § 30, Kn. 276. (BGH MDR 1978, 985.)

¹⁸⁷ Roxin, II. § 30, Kn. 276. (BGH JR 1986,423.)

Başka bir olayda, bayan failin objektif elverişsiz durumda zehirle adam öldürmeye teşebbüsün tamamlandığını düşündüğü sırada üçüncü bir kişinin ambulans çağırmasına izin vermesini de Alman FY Mahkemesi ciddi çaba olarak görmemiştir.¹⁸⁸

Bütün bu yaklaşımlara karşı çıkan *Grünwald*'e göre failin birden fazla neticeyi engelleme imkânından başarıya ulaşma şansı muhtemel veya oldukça yüksek olan çabayı devreye sokması cezasızlıktan yararlanması için gerekli değildir. Sonucun gerçekleşmemesi için failin mümkün olan her şeyi yapmasına gerek yoktur.¹⁸⁹

3.3. VAZGEÇMENİN İRADİ OLMASI (RÜCKTRITTSWILLE)

Vazgeçme iradi olmalıdır. Sadece “bilinçli”, (şuurlu) (bewusster), “iradi“ ve irade tarafından sevk ve idare edilen (willensgesteuerte) vazgeçmeler cezai sorumluluğu ortadan kaldırır.¹⁹⁰ Gönüllü vazgeçmenin varlığı için failin iradesinin kısmen ya da tamamen zorlanmamış olması gerekir.¹⁹¹

“İstmeden” (ungewollte) veya “yanlışlıkla” (aus Versehen) meydana gelen “neticenin engellenmesi” hali (Vollendungsverhinderung) gönüllü vazgeçme hükümlerine dayandırılarak cezai sorumluluğu ortadan kaldırmaz.¹⁹²

Örneğin: Fail öldürme kastıyla mağdura bir fincan zehirli çay veriyor. Mağdur fincanı ağzına götürdüğü sırada, fail yanlışlıkla mağdura çarpıyor ve mağdurun elindeki fincan yere düşüyor. Mağdur failin hareketi neticesinde zehirli çayı içemediği için kurtuluyor.¹⁹³ Bu olayda; failin davranışı neticenin gerçekleşmesini engellemeye yönelik iradi bir davranış olmadığı ve failin yanlışlıkla neticenin gerçekleşmesini engellemesi nedeniyle gönüllü vazgeçme hükmünden söz edilemez.

¹⁸⁸ Roxin, II. § 30, Kn. 276. (BGH MDR (D) 1969,532.)

¹⁸⁹ Roxin, II. § 30, Kn. 277.

¹⁹⁰ Baumann/Weber/Mitsch, § 27, Kn. 15.

¹⁹¹ Soyaslan, s. 292.

¹⁹² Baumann/Weber/Mitsch, § 27, Kn. 15.

¹⁹³ Baumann/Weber/Mitsch, § 27, Kn. 15.

Vazgeçme iradesini belirlemede iki türlü kriter dikkate alınmalıdır. Bunlardan birincisi; fail neticenin gerçekleşmemesini istemelidir. İkincisi ise fail neticeyi engellemek için etkili davranışta bulunmalıdır. Yani failin davranışı neticenin engellenmesinde etkili olmalıdır.¹⁹⁴ Vazgeçen fail neticenin gerçekleşmesini engellemek için aktif ve sonuca etki eden bedeni faaliyette (Energie–und Körpereinsatz) bulunmalıdır.¹⁹⁵

Örneğin; Fail samanlığın önündeki otları ve samanları ateşliyor, alevlerin samanlığı sardığı sırada pişman oluyor. Ancak yangını söndürmek için bir girişimde bulunmuyor. Yağmurun yağması sonucu yangının sönmesini umuyor. Burada fail sonucu istememekle birlikte, neticenin gerçekleşmesini engelleyecek iradi ve etkili davranışta bulunmuyor. Bir an için yağmurun gerçekten yağdığını ve yangının söndüğünü, neticenin engellendiğini düşünelim. Bu durumda failin vazgeçmesi iradi olmayacaktır.¹⁹⁶

Failin algılamada yanılması sonucu; (davranışının) neticenin gerçekleşmesini engelleme yönündeki gayretinin, neticenin engellenmesine etki etmeyeceğini düşünmesi halinde failde vazgeçme iradesi yoktur.¹⁹⁷

Ör; T, komşusu N'yi öldürmek için gece yarısı komşusunun evini ateşe veriyor. T, pencerenin önünde imdat çığlığı atan kişiyi (yanlışlıkla) sık sık N'nin evinde geceleleyen kendi oğlu S, zannediyor. Ancak gerçekte bu kişi N'nin oğlu A'dır. T, bunun üzerine oğlu S'yi kurtarmak amacıyla yangını söndürüyor. Bu sırada N evde bulunmamaktadır. Bu örnekte T, sonucun engellenmesine yönelik başarılı bir kurtarma iradesi ortaya koyuyor ve çaba sarf ediyor. Ancak komşusu T'yi öldürme konusunda hedefine ulaşamıyor. Burada kabul edilmesi gereken T'nin şahısta yanılması (error in persona) kastı ortadan kaldırmamakla birlikte vazgeçme iradesine engel durum değildir.¹⁹⁸

¹⁹⁴ Baumann/Weber/Mitsch, § 27, Kn. 15.

¹⁹⁵ Baumann/Weber/Mitsch, § 27, Kn. 14.

¹⁹⁶ Baumann/Weber/Mitsch, § 27, Kn. 15.

¹⁹⁷ Baumann/Weber/Mitsch, § 27, Kn. 15.

¹⁹⁸ Baumann/Weber/Mitsch, § 27, Kn. 16a.; Gropp, § 13, Kn. 82.; Lackner/Kühl, § 15, Kn.13

Diğer bir örnekte T, motorlu teknesiyle yüzme bilmeyen A ve B'nin kürekli sandalına çarparak sandalın batmasına sebep oluyor. T, bu sayede A ve B'yi öldürmek istiyor. Ancak T, son anda fikir değiştirerek A'nın kurtulmasını B'nin ise boğulmasını istiyor. T, A'nın bulunduğu tarafa can simidi fırlatıyor. Hızını yanlış ayarladığından dolayı can simidi A'nın olduğu yere değil B'nin bulunduğu tarafa geliyor. B, bu sayede kurtuluyor. A ise oradan tesadüfen geçmekte olan başka bir tekne sahibi tarafından sudan çıkarılarak kurtarılıyor. Fail, A'yı kurtarmak istemekte fakat olayın kendi iradesi dışında gelişmesi nedeniyle netice asıl istediği kimseden başka bir kimse yani B, üzerinde gerçekleşiyor. Burada "hedefte sapma" (aberratio ictus) hali mevcuttur.¹⁹⁹

Baumann, Weber, Mitsch'e göre T'nin kurtarma iradesi olmadığı gerekçesiyle B'yi öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulması adil olmayacaktır. Failin, A'yı kurtarmak için can simidi fırlatsa da ciddi çaba göstermemesi nedeniyle adam öldürmeye teşebbüsten sorumluluğu gündeme gelebilir. Failin failinin her iki mağdur yönünden değerlendirilmesi halinde, failin sadece bir mağduru kurtarmak irade ve isteğinin bulunduğunu kabul etmek gerekir.²⁰⁰

3.4. İCRA HAREKETLERİNDEN VAZGEÇMENİN GÖNÜLLÜ OLMASI (FREIWILLIGKEIT) VE GÖNÜLLÜLÜK KONUSUNDAKİ TEORİLER

Vazgeçmenin ne zaman gönüllü sayılacağı konusunda çeşitli kriterler öne sürülmektedir.²⁰¹ Bu konuda en temel kriterler psikolojik ve normatif teorilerin ortaya koyduğu yaklaşımlardır. Bunlardan başka, bu iki temel teoriyi de dikkate alarak gönüllülüğü failin otonom ve heteronom karar almasına göre açıklayan teoriler de bulunmaktadır.

3.4.1. Psikolojik Teori

Öğretide, *Frank*'ın vazgeçmenin gönüllü olup olmadığını tespitinde dayandığı görüşün psikolojik yaklaşımı ifade ettiği belirtilmektedir.²⁰² Uygulamada, failin icra

¹⁹⁹ Baumann/Weber/Mitsch, § 27, Kn. 16a.

²⁰⁰ Baumann/Weber/Mitsch, § 27, Kn. 16a.

²⁰¹ İçel/Ünver, s. 361.

²⁰² Lillie/Albrecht, § 24 Kn. 50.; Kindhäuser, § 32, Kn.22.

hareketlerini yarıda kestiği zaman icra hareketlerini sonuna kadar götürebilme imkânına sahip olup olmadığının araştırılması gerekmektedir.²⁰³

Vazgeçmenin ne zaman gönüllü sayılacağını *Frank*, şöyle açıklamaktadır; Eğer fail “Neticeyi gerçekleştirebilecek ve icra hareketlerini devam ettirebilecek imkâna sahip olduğu halde, bunu istemiyorum“ diyor ve icra hareketlerine son veriyorsa vazgeçme gönüllüdür, Buna karşılık icra hareketlerine devam ederek ve neticeyi gerçekleştirmeyi istemesine rağmen buna olanak bulamadığı için icra hareketlerine son vermişse vazgeçme gönüllü değildir.²⁰⁴

Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bir kararında bu doğrultuda karar vermiştir. Kararın gerekçesinde; ”Fail icra hareketlerini yarıda bıraktığı zaman bunları sonuna kadar götürebileceği kanaatinde ise ve bu kanaate rağmen icraya devam etmemişse ihtiyarıyla vazgeçme vardır; buna karşılık failin icraya devam etmemesinin sebebi icra hareketlerini sonuna kadar devam ettiremeyeceği, iter criminis’de (suç yolunda) daha fazla ilerlemek imkânının kalmadığı kanaati ise, vazgeçme ihtiyarıyla değildir; icra hareketlerinin bitmemesine failin elinde olmayan engelleyici sebepler neden olmuştur, orada nakıs teşebbüs hali vardır” denilmektedir.²⁰⁵

Frank’ın vazgeçmenin ne zaman gönüllü sayılacağı konusundaki görüşünün eleştiriye çok açık olduğu belirtilmiştir. Ör; Failin düşüncesine göre suçun tamamlanmasının imkânsız olduğunu düşündüğü, hâlbuki objektif olarak suçun gerçekleşmesinin imkân dâhilinde olduğu her olayda vazgeçmeyi gönülsüz saymak gerekecektir. Gerçekten bu kriter kabul edildiğinde, önceden düşünülenin dışında olayın yeni riskler getirecek biçimde gelişmesi durumunda, failin vazgeçmesini gönüllü saymak gerekecektir. Ör; mağdura ateş etmek üzereyken polis otosunun geldiğini gören fail hareketlerini bu aşamada yarım bıraktığında gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilecektir.²⁰⁶

“Gönüllülük” kavram olarak aslında psikolojik unsurları da içinde barındırır. Bu sebeple gönüllü vazgeçene, gerektiğinde karar alma serbestisini kullanabileceği

²⁰³ Centel/Zafer/Çakmut, s. 463.

²⁰⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 623.; Centel/Zafer/Çakmut, s. 462.

²⁰⁵ YCGK.25.04.1983,E.6/98-K.194

²⁰⁶ İçel/Ünver, s. 363.

şartların sağlanması gerekir. Psikolojik baskı ortamı gönüllü vazgeçenin karar alma serbestîsini ortadan kaldırıyorsa vazgeçme gönülsüz, buna karşılık fail, manevi baskı veya dış zorlama olmadan icra hareketlerini terk etmişse vazgeçme gönüllü olacaktır.

Hem psikolojik teori hem de normatif teori; pratik olarak; failin icra hareketlerine devam etmesinin riskli hale geldiği somut olaylarda aynı sonuca varmaktadırlar.

Örneğin; psikolojik teori failin izlendiğini düşünmesi ve fiilini icra ettiğinde yakalanacağını hesaba katarak vazgeçmesi durumunda, failin psikolojik baskıya maruz kaldığı ve vazgeçmekten başka seçeneğinin olmadığı gerekçesiyle vazgeçmede gönüllülüğü reddetmektedir.²⁰⁷

Psikolojik teoriye karşı pek çok itiraz yöneltilmiştir. Bunların başında psikolojik teorinin kanunun düzenleme amacıyla bağdaşmaz ve uygulanamaz olduğunu ileri süren iki temel itiraz bulunmaktadır. Bunlardan birincisi psikolojik teori uygulandığında vazgeçme imtiyazının kanunun düzenleme amacına aykırı sonuçlar yaratabileceği, diğeri ise bu teorinin pratik olarak uygulanamazlığıdır.

Psikolojik zorlama neticesinde failin suç işleyemeyecek veya icra hareketlerine başladığı fiili tamamlayamayacak hale gelip gelmediği, faili geri döndüren saikin zorlayıcı bir nedenden kaynaklanıp kaynaklanmadığı veya etkili bir duygusal zorlama karşısında failin vazgeçmekten başka seçeneği kalıp kalmadığı ya da vazgeçmeyi ortaya çıkaran şartların fail için zorunlu bir engel oluşturup oluşturmadığı soruları gerçekte cevapsız kalmaktadır.

Diğer taraftan *Roxin*, FYM'yi psikolojik teoriyi dikkate alarak değerlendirdiği olaylarda farklı sonuçlara vardığı ve bu teoriyi tutarlı olarak uygulanmadığı konusunda eleştirmiştir.²⁰⁸

Kanuni tipe uygun eylemin gerçekleşmesinin fail için imkânsız olduğu veya fail tarafından böyle düşünüldüğü durumlarda aslında teşebbüsten vazgeçme değil, elverişsiz teşebbüsün olduğu açıktır. Böyle durumlarda teşebbüsten vazgeçme baştan

²⁰⁷ Roxin, II. § 30, Kn. 356.

²⁰⁸ Roxin, II. § 30, Kn. 371 vd.

itibaren sonuçsuz kalmıştır ve mümkün olmayacaktır. Ancak vazgeçme daha çok failin icra hareketlerini sonuna kadar götürebileceğini düşündüğü ya da suçun tamamlanmasının hala imkân dâhilinde olduğu durumlarda mümkündür.

Örneğin, Fail, bir eşyayı çalmak istiyor (hâlâ çalabilecek durumda) ancak; takip edildiğini fark ediyor, yakalanma riski yüksek olduğu için yakalanmayı göze alamıyor ve vazgeçiyor. Fail burada karşı konulamaz bir zorlamanın etkisi altında olduğunu düşünmemektedir. Failin vazgeçme nedeni bu şartlar altında icra hareketlerine devam etmesini faydasız olarak değerlendirmesidir.²⁰⁹

Yine aynı şekilde failin ihbar edileceği ve ceza alacağı korkusuyla vazgeçmesi durumunda zorlayıcı bir engel bulunmamaktadır. Bilakis buradaki vazgeçme failin, fırsat ve risk arasındaki kâr-zarar dengesini gözetmesinden kaynaklanmaktadır.²¹⁰

Elbette bu durum gönülsüz vazgeçen faile psikolojik bir baskı ve yük getirmekle birlikte bu baskı ortamı gönüllü vazgeçenler için de geçerlidir. Örneğin; sebepsiz bir korku, endişe veya batıl inançlardan kaynaklanan durumlar faili vazgeçme konusunda harekete geçirmekte ya da merhamet duygusu onun kötü niyetini ve maksadını gerçekleştirmesine mani olmakta ve fail vazgeçmektedir.²¹¹

Bu örneklerden de anlaşılacağı üzere vazgeçme konusunda faili; harekete geçiren saiklerin objektif olarak tespiti mümkün olmayacağı için manevi baskının şiddetine göre “gönülsüzlük” ve “gönüllülük” kavramları arasında bir ayrıma gitmekte mümkün olmayacaktır. Zira öncelikle böyle psişik bir baskı ne ölçülebilir ne de adli vaka olarak takip edilebilir. Ayrıca bunlarda mevcut bir gönüllülüğün gönülsüzlüğe dönüştüğünü gösteren herhangi bir veri de yoktur.

²⁰⁹ Roxin, II. § 30, Kn. 368-369.

²¹⁰ Roxin, II. § 30, Kn. 369.

²¹¹ Roxin, II. § 30, Kn. 370.

3.4.2. Normatif Teori

Doktrinde psikolojik teoriyi yeterli bulmayan yaklaşım, gönüllülüğün tespitini normatif teori ile çözmektedir. Normatif teoriye göre, değişik şekillerde ortaya çıkan vazgeçmeyi belirlemede psişik bulgu tek başına yeterli değildir. Bu teoriye göre faili vazgeçmeye iten saiklerin neler olduğunun belirlenmesi ve vazgeçmeye etkisinin değerlendirilmesi de oldukça önemlidir.

Normatif teoriye göre vazgeçme; hukuka sadık bir düşüncenin tezahürü olmalıdır.²¹² Buna göre “geri dönüş” olarak nitelendirilen vazgeçme, failin değişen düşüncesi (dış dünyadaki görünümü) “yasal zemine geri dönüş” şeklinde ortaya çıkmalıdır. Bu şekilde ortaya çıkan vazgeçme gönüllüdür.²¹³

Örneğin failin, mağdura acıma düşüncesiyle ya da sebebi belli olmayan korkuyla veya cesaretini kaybetmesi gibi nedenlerle vazgeçmesi, failin suç planı ve onu harekete geçiren saiklerle bağdaşmayan davranışlardır. Fail bu saikler nedeniyle vazgeçerek yasalara itaat eden bir birey olduğunu ispatlamıştır. Bu sebeple yasa koyucuya göre artık cezalandırma ihtiyacı ortadan kalkmıştır.

Normatif teori taraftarlarından *Walter*; vazgeçme kavramını “norma uygun uyuşmazlık çözümü” (norm-konforme Konfliktlösung) kapsamında ele alarak vazgeçmenin gönüllü olabilmesi için; failin normun düzenleniş amacına uygun olarak, (yeterli derecede) “kanuna riayete hazır olduğunu” (hinreichende Normbefolgungsbereitschaft) göstermesi gerektiğini belirtmiştir.²¹⁴

Bu düşünce prensip olarak doğrudur. Kendi suç planına karşı (hilafına) karar alarak, yani suç yolunda ilerlemekten vazgeçen fail, norma uygun hareket etmekte ve yasal zemine geri dönmektedir. Bu durum cezanın amacı teorisinin özel önleme kısmına karşılık gelmektedir. Bu ise, failin vazgeçmesinde sadece sınırlı bir etkiye

²¹² Tozman, s. 231.

²¹³ Roxin, II. § 30, Kn. 355.

²¹⁴ Nakleden; Roxin, II. § 30, Kn. 386., Dipnot, 397.

sahiptir. Çünkü “zararlı eğilimler” (schädliche Neigungen) gönüllü vazgeçmenin cezalandırılmaması durumunda da varlığını devam ettirir.²¹⁵

Diğer taraftan *Schünemann* ise; fail, teşebbüs ettiği fiilin hukuk düzenini sarsıcı etkisini ortadan kaldırdığında gönüllü vazgeçmenin varlığını kabul etmektedir. Bu halde cezanın amacı teorisinin genel önleme kısmı karşılanmıştır. Ancak burada cezasızlığın dayanağı belirsizliğini korumaya devam eder. Çünkü çoğunluğun (toplumun) faili cezalandırma gereksiniminin hangi şartlarda ortadan kalktığı şeklindeki kaygıları yeterince açıklığa kavuşturulamamıştır.²¹⁶

Roxin'in belirttiği şekliyle “gönüllülüğü” belirlemede baştan itibaren iki temel yanılgıya düşmekten sakınmak gerekir. Bunlardan ilki gönüllülük kesinlikle yüksek nitelikli bir ahlaki vazgeçme saiki gerektirmez. Bu durum FYM kararlarına da yansımıştır.²¹⁷ Acıma gibi saiklerin ahlaki vazgeçme olarak tanınması durumunda da sonuç değişmeyecektir. Şayet fail herhangi bir dış nedene bağlı olmaksızın korkuya kapılmış, suç yolunun başlangıcında göze aldığı ve katlanmak zorunda olduğu külfetin kendisine artık yarar sağlamayacağını düşünmüş veya sadece icra hareketlerini devam ettirme konusunda isteğini kaybetmiş olsa da, bu gibi durumlarda failin icra hareketlerini terk etmesi ve yasal alana geri dönmesi gönüllüdür. Zira tüm bu ifade edilenler “yasal davranışın” (legales Verhalten) sınırları içindedir.²¹⁸

Yukarıda sözünü ettiğimiz sakınılması gereken diğer yanılgı ise, failin yasal zemine geri dönmesi durumunda onun tekrar suç işleyebileceği varsayımıyla hareket etmemiz düşüncesidir. Failin gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilmesi için teşebbüs edilen somut olayda yasal zemine geri dönmesi yeterlidir.²¹⁹

Şayet merhamet duygusu veya korkudan dolayı vazgeçen fail, kendi “iç kırılğanlığıyla” (Weiclichkeit) mücadele etmek ve daha sonra suçu tekrar işlemek niyetindeyse bile failin o an ki niyetinin ispatlanamazlığı bir yana bırakıldığında

²¹⁵ Roxin, II. § 30, Kn. 386.

²¹⁶ Nakleden; Roxin, II. § 30, Kn. 386., Dipnot, 399.

²¹⁷ Roxin, II. § 30, Kn. 381. (BGHSt 7, 296,299; 9.)

²¹⁸ Roxin, II. § 30, Kn.381.

²¹⁹ Roxin, II. § 30, Kn.381.

vazgeçmesi yine de gönüllüdür. Zira kanun koyucu failin vazgeçmesini, onun gelecekte yapacağı planlara göre değil, somut olaydaki davranışına göre değerlendirmektedir.²²⁰

Buna karşılık, fail kendisinin izlendiğini fark etmiş ve buna rağmen neticeyi gerçekleştirebileceğini ancak icra hareketlerine devam ettiği anda ihbar edileceği ve ceza yaptırımıyla karşı karşıya kalacağını düşünmüş, ya da failin başlangıçtaki öngörüsünün aksine neticeyi gerçekleştirmek için gerekli olan para, vakit ve emek gibi külfetler, hedeflediği kazanımların altında kaldığı için vazgeçmişse buradaki vazgeçme gönüllü değildir. Zira bu durumda failin suça ilişkin tutum ve düşüncesi değişmemiş, suç planına aykırı davranışlarda bulunmamış ve “amacına uygun olarak” (tatzielkonform) değişen şartlara uyum sağlamıştır. Burada fail yasal zemine geri dönmemiş, aksine en azılı suçlunun benzer durumlarda takınacağı tavrı sergilemiştir. Böyle bir davranışı cezasızlıkla ödüllendirmek için neden aramak doğru değildir; ceza ihtiyacı gerekliliğini devam ettirmektedir.²²¹

Roxin; gönüllü-gönüllü olmayan vazgeçmenin hangi normatif değerlendirme ölçütlerine göre belirleneceğini “suçlu mantığı” kavramıyla açıklamaktadır.

Şayet fail, “suçlu mantığına” (Verbrechervernunft) göre, icra hareketlerinin devamı sırasında yakalanma ve devamında cezalandırılma riskini göze alamadığından dolayı icra hareketlerine devam etmiyorsa, yani suç yolunda ilerlemiyorsa vazgeçmesi gönüllü olmayacaktır.

Zira fail, burada suç işleyen kişinin mantık ve makuliyet ölçülerine göre hareket ettiğinden (hukuk düzeni tarafından yasal zemine geri dönen faile sunulan) cezasızlık imtiyazından yararlanmamalıdır.

Örneğin, hırsızlık için girdiği fabrikada gece bekçisinin dolaştığını gören fail, fabrikadaki diğer bekçilerinde durumdan haberdar olabilecekleri ve kendisini yakalayabileceklerini düşünüp hareketlerine devam etmeyerek suçlu mantığına uygun davranması nedeniyle ortaya çıkan riske katlanmamış olacaktır. Buna karşılık

²²⁰ Roxin, II. § 30, Kn.381.

²²¹ Roxin, II. § 30, Kn.381.; Tozman, s. 232.

hırsızlık için girdiği fabrikada ortada somut bir tehlike ve risk olmaksızın herhangi bir nedenden dolayı korkuya kapılarak oradan uzaklaşan fail, suçlu mantığına göre makul sayılamayacak bir davranışta bulunduğundan vazgeçmesi gönüllüdür. Çünkü burada “Suçlu mantığının normları” (Normen der Verbrechervernunft) hilafına davranışta bulunan, o normlardan ayrılan failin hukuk düzeni tarafından ödüllendirilmesi gerekir. Zira failin vazgeçmesi yasal zemine dönüş iradesini ifade ediyorsa, vazgeçmenin gönüllü olduğu söylenebilir.²²²

Normatif teorinin kabul ettiği gönüllülüğü, sırf, faili vazgeçmeye iten saiklerin değerlendirilmesi sorunu olarak ele aldığı, ayrıca, bazı normatif teori savunucuları tarafından yapılan gönüllülük tanımının belirsiz ve içerik olarak somut verilere dayanmadığı belirtilerek eleştirilmiştir.²²³

3.4.3. Otonom ve Heteronom Karar

Günümüzde gönüllülük kavramı ekseriyetle failin içsel (otonom) ve dışsal (heteronom) kararlarına dayandırılarak ele alınmaktadır.²²⁴

Bu teoriye göre; gönüllülüğü belirlemek ve asıl anlamını ortaya çıkarmak için, vazgeçme davranışını otonom ve heteronom olması temelinde bir ayrıma giderek açıklamak gerekir. Buna göre failin vazgeçmesi zorlayıcı bir nedenle değil, kendi otonom kararına dayanıyorsa gönüllülük vardır.²²⁵ Bir başka ifadeyle fail özgür iradesiyle (otonom olarak) icra hareketlerini terk eder ya da kanuni tipe uygun neticenin gerçekleşmesini önler veya bu konuda ciddi çaba sarf ederse vazgeçme gönüllüdür. Vazgeçen fail bu durumda neticenin gerçekleşmesine yönelmiş icra hareketlerine devam etme ya da yasal zemine geri dönme alternatifleri arasında seçim yapma serbestisi olduğunu düşünüyor ve vazgeçiyorsa (vazgeçme failin otonom kararına dayandığından) gönüllüdür.²²⁶

²²² Sözüer, s. 249.; Roxin, II. § 30, s. 255.

²²³ Tozman, s. 234.

²²⁴ Wessels/Beulke, § 14, Kn. 651.; Stratenwerth/Kühlen, § 11, Kn. 88.

²²⁵ Baumann/Weber/Mitsch, § 27, Kn.17.

²²⁶ Baumann/Weber/Mitsch, § 27, Kn.17.

Yargıtay'ın aşağıda belirtilen kararlardan da anlaşılacağı gibi gönüllü vazgeçmenin serbest iradeyle dayalı olması gerektiği yönündeki görüşü benimsediği anlaşılmaktadır.²²⁷

Yargıtay'a göre ; "765 sayılı TCK'nın 62. maddesi hükmüne göre, suça yönelen eylemin tam teşebbüs derecesinde kaldığının kabulü için, sanıkta suç işlemek kastının bulunması, suçta elverişli vasıtaların kullanılması, failin işlemeyi kastettiği cürmün icrasına ait bütün fiilleri bitirmesi ve fakat iradesi dışında bir sebepten dolayı o cürmün neticesinin meydana gelmemesi koşullarının gerçekleşmiş olması gerekir. Burada yasanın müeyyideye bağladığı suçun işlenmesine "mani sebep" failin dışında, iradesine yabancı bir sebeptir. Şayet tasarlanan eylemin gerçekleşmeme nedeni failin iradesine bağlanabiliyorsa, fail teşebbüs ettiği suçtan dolayı cezalandırılmaz. O ana kadar gerçekleşen eylemleri suç teşkil ediyorsa ona göre hüküm kurulur". Türk Yargıtay'ının otonom teoriyi kabul ettiğine ilişkin kararlar mevcuttur. Bu kararlardan bazı örnekler aşağıda sunulmuştur.²²⁸

²²⁷ İçel/Ünver, s. 365.

²²⁸ 5. CD. 24.4.1979, 1084 /1086, (YKD, Şubat 1981) sayılı kararına göre: TCK'nın 62. maddesi hükmüne göre suça yönelen eylemin tam teşebbüs derecesinde kaldığının kabulü için aşağıda gösterilen koşulların gerçekleşmesine ihtiyaç vardır. Sanıkta suç işlemek kastının bulunması, suçta elverişli vasıtaların kullanılması, failin işlemeyi kastettiği cürmün icrasına ait bütün fiilleri bitirmesi ve fakat iradesi dışında bir sebepten dolayı o cürmün meydana gelmemesidir. Burada yasanın müeyyideye bağladığı suçun işlenmesine (mani sebep) failin iradesi dışında, yabancı bir sebeptir. Bu sebepler, 1 -Maddi olabilir (üçüncü bir şahıs müdahalesi gibi). 2- Manevi olabilir (icra hareketlerinin failin iradesi dışında ve onu yabancı olan haller dolayısıyla bitirilmemiş olması gibi). Şayet tasarlanan eylemin gerçekleşmeme sebebi failin iradesine bağlanabiliyorsa, fail teşebbüs ettiği suçtan dolayı cezalandırılmaz. O ana kadar gerçekleşen eylemleri suç teşkil ediyorsa ona göre hüküm kurulur. Mağdur üzerinde doğrudan, doğruya cinsel birleşmeye varmayan şehvi hisleri tatmin edici nitelikte hareketler ırza tasaddidir. Irza geçme cürümlerinde ise kast tenasül aletini pasif kişinin cinsiyet organına sokmaktır. Bu kast, hareketlerle belli olur. Sanığın ırza geçmek kastıyla icra hareketlerine başlaması yalnız başına teşebbüs hükümlerini uygulanmasına yeterli değildir. Açıklanabilir ve kabul edilebilir bir (mani sebep) yapılan soruşturmalar sonunda ortaya çıkarılamamışsa, sanık yararına olan maddenin uygulanması ve ırza geçmeye teşebbüs yerine tasaddiye yer verilmesi gerekir. Sanığın iddiayı doğrulayan açıklamaları bu konuda yalnız başına hükme esas olamaz. Gerekçeli kararda etraflıca açıklandığı şekilde, tasaddide bulunmakla yetinen sanığın "mağdurenin ırzına geçtim" şeklinde bir hava yaratarak, evlenmeyi bu yolla sağlamaya çalışması da ihtimal dâhilindedir. Müdahil, olay günü sanığın ırzına geçtiği iddia etmekte, sanık da mağdureyle cinsel ilişkide bulunduğunu kabul etmekte ise de 18 yaşında olan mağdurenin 2.2.1997 tarihinde Adli Tıp Meclisi'nde yapılan muayenesinden sonra düzenlenen raporda (... muayene bulgularına göre şahsın halen ırzına geçilmemiş ve bakire olduğu, ereksiyon halinde penisin duhulüyle kızlığının bozulacağı mütalaasına varıldığı,] belirtilmiştir. Adli Tıp Meclisi raporunda açıklanan bulgulara göre, mağdurenin ırzına geçildiğini kabule imkân yoktur. Zira olayda ırza geçmeye teşebbüsün varlığının kabulü için gerekli olan neticenin, failin, elinde olmayan bir engel yüzünden gerçekleşmediği hususunda bir iddia mevcut bulunmadığı gibi, bu konuda herhangi bir delilde elde edilmemiştir. Bu nedenle mahkemece sanığın gerçekleşen eyleminin ırza tasaddi olarak nitelendirilmesinde yasaya aykırı bir yön görülmediğinden tebliğname de (sanığın eyleminin ırza geçmeye teşebbüs niteliğinde olduğu) yolundaki görüşe iştirak edilmemiştir. 5.CD, 26.10.1978,E.1978/2612,K.3146.(İKİD.1979,C.19,sh.6793-6795).Aynı

Faili vazgeçmeye iten nedenler; pişmanlık, utanma hissi, vicdan azabı, mağdura acıma düşüncesi, ruhsal sarsıntı, cezalandırılma korkusu, cesaretini kaybetme gibi içsel nedenler şeklinde ortaya çıkabilir.

Ancak faili vazgeçmeye iten sebepler, dış kaynaklıda olabilir. Dış sebebe dayalı vazgeçme halinde de fail kararının hâkimi ise yani dış sebep neticeyi gerçekleştirme imkânını ortadan kaldırmıyor veya fail suç yolunda ilerleme imkânı varken icra hareketlerine devam etmiyorsa vazgeçme otonomdur.²²⁹ Ayrıca failin suç işlemekten aciz durumda bulunduğu sırada vazgeçmesi gönüllülüğe engel değildir.²³⁰ Diğer taraftan temyiz kudretini kaybeden failin vazgeçme davranışı, faili vazgeçmeye iten sebebin temyiz kudretinin kaybedilme anında varlığını devam ettirmesi şartıyla gönüllü olarak kabul edilebilir.²³¹ Vazgeçme failin özgür kararına dayanmıyor, tam tersine failin davranışından bağımsız olarak gelişen şartların zorlamasıyla belirleniyor ve bu yönde motive ediliyorsa vazgeçme davranışı heteronomdur, diğer bir ifadeyle gönüllü değildir. Burada, şartların failin aleyhine değişmesine rağmen, icra hareketlerine devam etmesi halinde riskin ve tehlikenin önemli derecede artması ya da oradan sağlanacak faydanın azalması gibi nedenlerle kararını tekrar gözden geçirerek vazgeçmesi gönüllü değildir. Fail suçun mevcut şartlar altında tamamlanabilir olduğunu düşünmekle birlikte kararını “manevi zorlama”²³² altında alıyorsa davranışı özgür iradesine dayanmamaktadır. Örneğin;

yöndeki diğer kararlar ise şöyledir: “YCGK’nun 1979 gün ve 1979/43 sayılı dairesince de benimsenen görüşleri veçhile. Sanığın ırza geçme kastı ile icrai hareketlerine başlaması, yalnız başına teşebbüs hükmünün uygulanmasına yeterli olmamasına, ancak açıklanabilir ve kabul edilebilir bir engelin mevcudiyeti halinde teşebbüse yer verilebileceğine, şayet ciddi bir engel mevcut değilse, sanık yararına olan maddenin uygulanması gerekmesine nazaran; olayımızda olduğu gibi, sanığın mağdureyi nüfuz ve hâkimiyeti altına aldıktan sonra penisi ile zorlaması ve dıştan hiçbir engel bulunmadan, mağdurenin (acıyor) demesi ile kendiliğinden bırakması halinde, eylemin TCK’nun 61/son maddesi de gözetilerek, tasaddi olarak nitelendirilmesi gerekirken yazılı şekilde, ırza geçmeye teşebbüs olarak kabulü, yasaya aykırıdır”. 5.CD. 1981-3303/3442.

²²⁹ Lilie/Albrecht, s. 1741.

²³⁰ Lilie/Albrecht, s. 1741.(BGH NStZ RR99,8.)

²³¹ Lilie/Albrecht, s. 1741.

²³² “Fakat manevi sebepler iradeyi ne vakit zorlarlar? (...) Mesele ile yakından ilgilenerken buna lazım gelen vüsati veren müellif Cavallo olmuştur. Kendisi fikrini şu şekilde ifade eylemektedir: ‘Zorlanmış olan iradede, hariçten gelen tesirler suçu tamamlamak kararının değiştirilmesine amil olmazlar. Bu karar bütün tahakkuk edebilme kudretiyle mevcudiyetini muhafaza etmektedir; fakat girilen işi neticelendirebilmek imkanının hesaplanmasından mütevellit yeni bir irade ve bu hesaplamanın neticesi olan yeni bir karar meydana gelmektedir...Hülasa ihtiyariyle vazgeçmede harekete geçilmesini mucip olan saikleri nazarı itibara alan; yani verilen kararı değiştirmek maksadıyla onu tekrar gözden geçiren yeni bir karar mevcuttur. İradeden müstakil sebepler dolayısıyla vaki olan vazgeçme de...evvelce verilmiş olan karar muhafaza edilmektedir. Bu kararın saikleri tekrar gözden geçirilmiş değildir; fakat bu kararı tatbik edebilip edememek imkanı hakkında yeni bir karar alınmaktadır’. (...) Fikrimizce harici manevi sebep insan iradesinin üzerine

Keşfedilme korkusu, ceza tehdidi, mağdurun ya da diğer kişilerin karşı koyması, icra hareketlerine devam etmenin sağlık açısından riskler oluşturması, icra hareketlerine devam etmenin anlamının kalmaması, amacın ulaşılmaz olduğu düşüncesi, failin mağduru karıştırması ya da icra hareketlerine devam etmesi halinde daha elverişli şartlar altında neticeyi gerçekleştirme şansını kaybedeceği düşüncesiyle vazgeçmesi durumunda olduğu gibi.

Heteronom kararda failin daha önce hesap ettiği durumdan farklı olarak, icra hareketlerine devam etmesinin onun için tehlikeli ve dezavantajlı hale gelip gelmediğini her olayda ayrı ayrı tespit etmek oldukça güçtür. Zira burada basit bir alternatifli durum söz konusu değildir. Vazgeçmeyi gönülsüz olarak değerlendirmemize sebep olan dış engelin hangi derece ve boyutta olduğu nasıl belirlenecektir? Diğer türlü; icra hareketlerine devam etmenin zorluk derecesini ve yakalanma tehlikesini artırdığı, katlanmak zorunda kalınan zahmetin büyümesi gibi nedenlerle failin vazgeçmeye ve icra hareketlerini terk etmeye zorlandığı her suçta vazgeçme gönüllü kabul edilecektir. Öğretide bu kavramların oldukça geniş şekilde ele alınmasına rağmen, gönüllülüğü sadece bu iki kavrama göre belirlemenin yeterli olmadığı belirtilmiştir.²³³

Roxin'e göre içsel (otonom) ve dışsal (heteronom) karar arasında bir ayrıma gitmek ve bu kavramlara farklı anlamlar yüklemek doğru değildir. İçsel (Otonom) ve (heteronom) kriterlerle gönüllülüğü ispatlamak oldukça zordur. Zira bunların kendi başlarına bağımsız anlamları yoktur. Bunlar bir çok değişik görüşün içinde birleştiği bir "torba kavram" dır. (Worthülse)²³⁴

iki şekilde tesir icra edebilir. Yani faili suçu işlemek hususunda evvelce vermiş olduğu kararı tekrar ele almaya ve bunun yerine, faydeli bir şekilde ve hususi hiçbir tehlikeye maruz kalmaksızın bitirebileceği halde, girişmiş olduğu işi terk etmek kararını ikame eylemeye sevk edebilir; yahut böyle bir sebebin zuhuru halinde, failin yakalanmak veya girişmiş olduğu işi faydeli bir surette neticelendirememek mülahazasıyla geri çekilmesini mucip olabilir. Birinci vaziyette vazgeçme ihtiyaridir. (...) İkinci vaziyette ise yakalanmak veya cezalandırılmak korkusu yahut cürmi hareketi neticelendirebilmek hususundaki müşkülât veya imkansızlık, failin iradesi üzerinde, işin tehlikeli veya neticenin şüpheli olmasına binaen, aksi halde neticelendireceği bir faaliyetten geri çekilmeye karar vermesini mucip olacak surette tesir ederler ve gayri ihtiyari vazgeçmeye vücut verirler". Carlos, Erra, *Teşebbüste İhtiyariyle Vazgeçme*, (Çev. Sahir Erman), İÜHFİM, C. X, S. 1–2, İstanbul 1944, s.708–709.

²³³ Frister, s. 333, Kn. 29.

²³⁴ Roxin, II. § 30, Kn. 433.

3.4.3.1. İçsel (Otonom) Nedenlere Bağlı Olarak Gönüllü Vazgeçme

Gönüllü vazgeçmenin ortaya çıktığı birçok olayda, dış etkenlerin değişmemesine rağmen failin suç yolunda ilerleme kararını tekrar gözden geçirdiği görülmektedir. Örneğin failin o ana kadar yaptığı fiillerden utanması, ilk kızgınlığının geçmesinden sonra sağduyuyla düşünmesi veya mağdura acıması gibi.

Elbette faili vazgeçmeye yönlendiren sebepler daha farklı saiklerle ortaya çıkabilir. Mesela neticenin gerçekleşeceği kritik bir anda failin suç işleme iradesini kaybetmesi, dış şartların etkisi olmadan, korku dolu düşüncelerin tesiriyle olaya ilgisini kaybetmesi, icra hareketlerine devam etmenin sıkıcı olduğunu düşünmesi, o zamana kadar geçen olay akışının, can sıkıntısı veya cesaretsizliğe sebep olması ve bunun sonunda failin suç işleme hevesini kaybetmesi gibi durumlarda gönüllü vazgeçtiğini kabul etmek gerekir.²³⁵

Fail olay anındaki şartların değişmemesine rağmen suçu tamamlama gücünü kaybetmiş olabilir. Örneğin Olayın heyecanı ve psikolojik gerginlikle failin kalp spazmı geçirmesi nedeniyle icra hareketlerinin imkânsız hale gelmesi veya tecavüzcünün icra hareketlerine başladığı sırada olayın heyecanı ile cinsel iktidarını kaybetmesi sonucu neticenin gerçekleşmemesi halinde elverişsiz teşebbüs söz konusudur. Ancak burada icra hareketlerinin başlangıcında failin vazgeçme iradesi yoktur. Burada söz konusu olan bedensel faaliyetlerdeki yetersizliğin failde içsel bir geri dönüşe sebep olması halidir. Bu vazgeçmede gönüllü kabul edilmelidir. Tecavüze teşebbüs aşamasında, failin utanması ve pişmanlığı sonucu psikolojik olarak, cinsel ilişkiyi gerçekleştirebilecek durumda olmaması nedeniyle vazgeçmesi durumunda da fail cezasızlık ayrıcalığından yararlanacaktır. İçsel nedenlerle vazgeçen fail, ruhu ve bedeniyle neticenin gerçekleşmesini engelleyen failden daha az değerli değildir.²³⁶

3.4.3.2. Dış Etkenlerin Sebep Olduğu Gönüllü Vazgeçme

Failin vazgeçmesine sebep olan dış etkenlere örnek olarak failin yaralı mağdurun korkunç bakışlarından etkilenmesi tecavüz edilmek istenen çocuğun

²³⁵ Roxin, II. § 30, Kn. 387.(BGH MDR(H) 1989, 857.)

²³⁶ Roxin, II. § 30, Kn. 388.

sessizce ağlaması²³⁷, Mağdurun korku dolu ses tonuyla faile kendisinden ne istediğini sorması²³⁸ **“Ayçiçeği tarlasına götürdüğü ve donunu çıkardığı suçtan zarar gören küçük çocuğun ağlaması üzerine kendisini serbest bırakan sanığın eyleminde...”**²³⁹ olduğu gibi failin yasal zemine geri dönmesi ile cezalandırma gereksinimi ortadan kalktığı için vazgeçme gönüllüdür.²⁴⁰ Dış etkenlerin sebep olduğu vazgeçme ahlaki motivasyonla ortaya çıksa da her zaman gönüllüdür. Örneğin; Mağdurun, faile karşıdan aziz(e) tasviri tutması²⁴¹ veya failin icra hareketlerine başladığı sırada ezan sesini duyması²⁴² veya kilise çanlarının birden çalmaya başlaması ile bundan etkilenen failin teşebbüsten vazgeçmesi durumlarında fail cezasızlıktan yararlanacaktır. Yine aynı şekilde batıl inançla hareket eden failin teşebbüsten vazgeçmesi cezasız kalacaktır. Örneğin teşebbüs aşamasında baykuşun ötmeye başlaması ya da siyah bir kedinin failin yolunun üzerinden geçmesi durumunda vazgeçen fail gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacaktır.²⁴³

²³⁷ Roxin, II. § 30, Kn. 389. (RGSt 69, 140.)

²³⁸ Roxin, II. § 30, Kn. 389. (RGSt 47, 76.)

²³⁹ Y.5.CD. 24.04.2001, E, 5595 - K, 2581; “Sanığın 6 yaşı içinde bulunan mağduru...ayçiçeği tarlasına götürdüğü, pantolonunu çıkartıp yere yatırdığı, kendi pantolonunu indirirken mağdurun ağlaması üzerine eylemine son vererek mağduru getirip evinin önüne bıraktığının anlaşılmasına ve mahkemece de olayın bu şekilde kabul edilmiş olmasına göre, mağdurun yaşı ve olay yeri nazara alındığında ağlamanın mani sebep sayılamayacağı ve ihtiyariyle vazgeçme anına kadar yapılan eylemin TCK. 61/ son maddesi yoluyla aynı yasanın 421/2. maddesinde yer alan sarkıntılık suçunu oluşturacağı nazara alınmadan, ırz ve namusa tasaddiye eksik teşebbüsten hüküm kurulması.” Bozmayı gerektirmiştir.

Yine başka bir Yargıtay kararına konu olayda; Y.5.CD.24.05.2004-5631/4191; “Sanığın 5 yaşı içerisindeki mağduru kullanılmayan okul binasına götürüp ırza geçme kastıyla ekimoz ve yüzeysel yırtık meydana getirecek ölçüde anüsüne cinsel organıyla tazyikte bulunduğu sabit ise de; Adli tıp 2.İhtisas kuru raporunda mağdura ırza geçmenin kesin tıbbi delilleri bulunmadığı, mevcut arazların fiili livataya teşebbüs veya tasaddi esnasında oluşabileceğinin açıklandığı, mağdurun ağlamasının ve yaşının küçüklüğünün harici ve ciddi engel sayılamayacağı, ırza geçme için başladığı icra hareketlerinden kabul edilebilir bir neden olmadan vazgeçtiğinin anlaşılması karşısında; TCK'nin 61/son maddesi uyarınca eylemin ırz ve namusa tasaddi suçunu oluşturacağı nazara alınmadan TCK.414/2, 61. maddeleriyle cezalandırılmasına karar verilmesi” bozmayı gerektirmiştir.

Başka bir olayda YCGK, failin harici bir müdahale ve ciddi bir engel olmadan cinsel saldırı eyleminden vazgeçmesini gönüllü vazgeçme kapsamında değerlendirmiştir. YCGK, 04.06.1990-5-10/156, Savaş, Mollamahmutoğlu I, 1174; “Olayımızdan sanık 29, mağdure ise 14 yaşındadır. Olay gece saat 03.00 sıralarında evde kimse yokken vuku bulmuştur. Sanığın cinsel saldırı kastıyla icra hareketlerine başlaması yalnız başına teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için yeterli değildir. Sanık harici bir müdahale ve ciddi bir engel olmadan cinsel saldırı eyleminden vazgeçmiştir. Olayın vuku bulduğu ortam ve koşullar nazara alındığında, mağdurenin direnmesi kabul edilebilir ciddi bir engel değildir,” Centel/Zafer/Çakmut, s. 462.

²⁴⁰ Roxin, II. § 30, Kn 389.; 5.Cd.21.02.1978,489

²⁴¹ Roxin, II. § 30, Kn 390. (RGJW 1934,486)

²⁴² Ör. A, B'yi öldürmek amacıyla silahını çekerek ona doğrultması, ancak, B'nin yalvarması ve ezan sesi nedeniyle silahını kullanmaktan vazgeçmesinde; A kasten adam öldürmeye eksik teşebbüsten cezalandırılmayacaktır. Ancak, silahı ruhsatsızsa, ruhsatsız silah bulundurma nedeniyle, 6136 sayılı “Ateşli Silâhlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun” gereğince sorumlu olacaktır. Demirbaş, s. 433.

²⁴³ Roxin, II. § 30, Kn. 390.; Hakeri, s. 377.

Aynı şekilde failin; mağdur, olayın görgü tanığı veya üçüncü kişiler tarafından kendisini ikna etmelerine izin vermesi ile gerçekleşen vazgeçme de gönüllü vazgeçme kapsamındadır. Zira böyle bir durumda failin yasal alana geri dönme iradesi vardır diyebiliriz. Şayet fail ikna çabası sırasında suç ihbarı ile tehdit edilmişse ve fail bu nedenle vazgeçmişse, vazgeçme gönüllü olmayacaktır.²⁴⁴ Ancak bu ihbar tehdidi failin yakalanma riskini yükseltmiyorsa Yargıtay'ımıza göre bu gibi durumlarda gönüllülük kabul edilebilir. Nitekim Yargıtay'ın verdiği kararların bu doğrultuda olduğu görülecektir. Örneğin;

“Doktor raporundan ciddi bir mukavemetin bulunmadığı anlaşılan mağdurenin olay sırasında sanığa “yapsan da yapmasan da seni kocama şikâyet edeceğim” demesi üzerine sanığın bırakıp gitmesi, işlemeyi kastettiği eyleminden kendi ihtiyarıyla vazgeçtiğini göstermektedir” denilmiştir.²⁴⁵

Yine buna benzer başka bir kararda; *“Hile ile evine getirdiği küçüğün ırzına yönelik eyleme başlayıp, donuna el attıktan sonra dışarıdan hiçbir etki olmaksızın, mağdure'nin “seni anneme söylerim” demesi üzerine olay yerinden kaçan sanığın fiili sarkıntılık aşamasında kaldığından, bu suçtan ceza tayini gerekirken; failin ırza geçmeye teşebbüs olarak tavsifi isabetsiz”* olduğu belirtilerek, sanığın eyleminden gönüllü vazgeçtiğinin kabul edilmesi gerektiği vurgulanmıştır.²⁴⁶

Failin icra hareketlerine devam etmesinin aslında öngördüğünden daha zor olduğunu fark etmesi durumunda “Şayet icra hareketlerine devam etmesi, fail için önemli derecede riskli hale gelmişse” vazgeçme gönüllüdür. Örneğin; Hırsızın girdiği evde kurulu olan alarm tesisatını fark etmesi ve kendi teknik bilgi ve donanımı sayesinde fazla çaba sarf etmeden alarm tesisatını devre dışı bırakılabilecek durumdaysa failin vazgeçmesi gönüllü vazgeçme şartları içerisindedir. Zira akli başında orta zekâlı bir hırsız bu gibi durumlarda icra hareketlerine devam edebilme imkânına sahiptir.²⁴⁷

²⁴⁴ Roxin, II. § 30, Kn. 391.

²⁴⁵ Yargıtay 5. CD.17.04.1974, 761.

²⁴⁶ Yargıtay 5. CD. 09.11.1983, 3721.

²⁴⁷ Roxin, II. § 30, Kn. 392.

Kilitli olmadığı zannedilen kapının zorla kırılarak açılması veya hırsızlık amaçlı girilen evde önce bekçi köpeğinin öldürülmesi veya beklenmedik şekilde ortaya çıkan gece bekçisinin bayıltılması sonrasında elleri ve kollarının bağlanması gerektiği durumlarda olduğu gibi suç planının başarıya ulaşması çok büyük riskleri de beraberinde getirmesi nedeniyle fail icra hareketlerini devam ettirmiyorsa vazgeçme gönüllü değildir. İcra hareketlerinin devamı sırasında ortaya çıkan engeli ortadan kaldırmak isterken suç karakterinin değişmesi nedeniyle vazgeçmede olduğu gibi. Örneğin; hırsızlık suçunu icra eden failin zor kullanması gerekmiş ve planlanan suç hırsızlıktan yağmaya dönüşmüştür.²⁴⁸

3.5. VAZGEÇME SAYILAMAYAN HALLER

3.5.1. Dış Etkenler Nedeni ile Neticenin Engelleneceği Düşüncesi

Bu tip durumlar, alarm tesisatının ötmeye başlaması, köpeğin havlaması, polisin ya da mağdurun yakınlarının olay yerine gelmesiyle failin geri çekilmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Teşebbüsten gönüllü vazgeçme, failin olayı kendi akıl ve mantık süzgecinden geçirerek hür iradesiyle karar vermesinin sonucu olarak algılanmalıdır. Failin karar alma serbestisinin ağır bir biçimde etkilenmesi nedeniyle vazgeçmekten başka seçeneği kalmaması durumunda failin gönüllü ya da gönülsüz vazgeçmesine oldukça şüpheyle yaklaşılmalıdır.²⁴⁹

Mağdurun karşı koymasının zayıf bir ihtimal olduğu veya mağdurun yardım çağrısının kilitli olduğu yerin dışından duyulmasının mümkün olmamasına rağmen fail bu şartları, gönüllü vazgeçme için bir fırsat olarak değerlendiriyorsa, vazgeçme gönüllüdür. Aynı durum failin mağdur tarafından tanınması durumunda da geçerlidir.²⁵⁰ Failin tipe uygun eylemin gerçekleşmesinin mümkün olmadığını anladığı anda elverişsiz teşebbüsün varlığından söz edilebilir. Ancak çoğunlukla fail, failin suçun tamamlanmasına kadar sürdürülebilir olduğunu bilmediği için, ortada elverişsiz teşebbüs değil, gönüllü vazgeçmeden söz edilebilir.

²⁴⁸ Walter Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Berlin-Heidelberg, 2005, § 9 Kn.72/e.

²⁴⁹ Roxin, II. § 30, Kn. 393.

²⁵⁰ Roxin, II. § 30, Kn. 394.

3.5.2. Dış Etkenlerin Değişmesine Bağlı Olarak Neticenin Gerçekleşmesinin Engelleneceği Düşüncesi

Bu tür durumlara uygulamada oldukça sık rastlanmaktadır. Dış etkenlere bağlı olarak ortaya çıkan nedenlerle failin yakalanacağı, çaldığı eşyaları geri vermek zorunda bırakılacağı, ya da zorla elinden alınacağı korkusuyla failin vazgeçmesi, objektif değerlendirme ölçütlerine göre tecrübeli bir hırsızdan beklenemeyeceği için vazgeçme gönüllü olmayacaktır.²⁵¹ Bu durum objektif teoriye göre failin vazgeçmekten başka bir seçeneğinin kalmaması şeklinde açıklanmaktadır. Elbette bu duruma kuşkuyla yaklaşmak gerekir. Bazı failer (akılsızca hareket ederek) bu duruma getirilmeye kendileri sebep olmakta, hatta bazı failer bu durumu kendileri hazırlamaktadır. Zira bütün her şey bizi suçun tamamlanmasından sonra ne olacağı noktasına götürmektedir. Bu durumda kaçış yolunun tutulduğu gerekçesiyle vazgeçen failin²⁵² veya polise yapılacak ihbarın önünü kesmek için vazgeçen failin de²⁵³ gönüllü vazgeçtiğini kabul etmek gerekecektir.²⁵⁴

Kriminalpolitik (suç siyaseti teorisine göre) teorinin bakış açısı altında hareket etmeleri ve bu teoriyi ileri sürmeleri birbiriyle uyumlu olmayan sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Zira fail gerçekten neticeyi gerçekleştirebilecek mi? hemen yakalanacak mı? veya çaldığı eşyayı bırakmak zorunda kalacak mı? Bu aşamada failin suç yolunda ilerlemesinin bir anlamı kalmayacaktır. Kriminalpolitik teori taraftarları öyle ya da böyle bazı durumları gözden kaçırmaktadırlar. Bu teori suç işleme kararlılığında olan faili suç yolunda ilerlemenin kendisi için bir anlamı kalmaması nedeniyle icra hareketlerini terk etmesini cezasızlıkla ödüllendirmektedir.²⁵⁵

3.5.3. Failin Başka Zorluklar Nedeniyle Vazgeçmesi

Failin icra hareketlerinin devamı sırasında başarısızlık veya yakalanma riskinin oldukça yüksek olması hallerinde vazgeçme bu kapsamda değerlendirilebilir.

²⁵¹ Roxin, II. § 30, Kn. 395.

²⁵² Roxin, II. § 30, Kn. 396.(RGDJ 1938, 596.)

²⁵³ Roxin, II. § 30, Kn. 396.(BGHSt 9, 49.)

²⁵⁴ Roxin, II. § 30, Kn. 396.

²⁵⁵ Roxin, II. § 30, Kn. 397.

İcra hareketlerini devam ettirmenin oldukça uzun zaman ve emek kaybına neden olması veya yüksek bir parasal kaynak temini gerektirmesi durumlarında failin vazgeçmesi gönüllü vazgeçme kapsamına girmeyecektir.²⁵⁶

Profesyonel bir kalpazanın aslında öngördüğünden daha fazla emek harcaması gerektiğini ve bunun maddi beklentilerini karşılamayacağı düşüncesiyle fiilini yarıda kesmesi halinde, orta zekâlı bir kalpazanın bakış açısıyla olaya yaklaşıldığında failin davranışı mantıklı ve makul karşılanabilirse de burada cezanın amacı düşüncesiyle hareket edildiğinde vazgeçmenin gönülsüz ve failin cezasız kalmasına bir etkisinin olmayacağı açıktır.²⁵⁷

Yine aynı şekilde eğer yalan şahitliğe azmettirme durumunda, failin yalan şahitliğe azmettirmek için harcadığı para kazancından daha fazla ise vazgeçme gönüllü olmayacaktır. Ancak bunun karşısında failin hedeflediği neticeyi gerçekleştirmesinin objektif değerlendirmesine göre daha fazla fayda sağlayacağını düşünüyor ve buna rağmen fiili gerçekleştiriyorsa failin vazgeçmesi gönüllüdür.²⁵⁸

3.5.4. Failin İşlediği Fiilin Ortaya Çıkaracağı Beklenmedik ve Tali Sonuçlarından Dolayı Vazgeçmesi

Failin işlediği fiilin ortaya çıkacak beklenmedik ve tali sonuçlarından dolayı vazgeçmesi konusu öğretide oldukça tartışmalıdır. Bu konuda tartışmalı örneklerden birisi de bir bombacının bomba yerleştiği toplantı salonuna anne ve babasının girdiğini görmesiyle birlikte bombayı patlatmaktan vazgeçmesi *Bottke*'ye göre gönüllü vazgeçme kapsamında değerlendirilmelidir. Zira, fail en azından bu hareketiyle toplumda kabul gören sosyal değer yargılarına bağlı olduğunu göstermiştir.²⁵⁹

Herzberg ve *Jäger* örnek olayımızda belirtildiği şekliyle failin fiilinin gönüllü vazgeçme kapsamında değerlendirilmesinin doğru olmadığını iddia etmektedirler. Bunu ayrıca kusurluluğu ortadan kaldıran zorunluluk halini düzenleyen Alman Ceza

²⁵⁶ Roxin, II. § 30, Kn. 398.

²⁵⁷ Roxin, II. § 30, Kn. 398.

²⁵⁸ Roxin, II. § 30, Kn. 398.

²⁵⁹ Roxin, II. § 30, Kn. 399.

Kanununun 35. maddesiyle izah etmenin mümkün olmadığı bu yazarlar tarafından ifade edilmiştir. Failin olaydaki şartlara göre tehlikeye bizzat kendisinin sebep olması nedeniyle kusurluluk ortadan kalmayacaktır.²⁶⁰

Burada *Bottke*'nin aksine normatif teorinin bakış açısıyla hareket edilirse vazgeçmenin gönüllü olmayacağını kabul etmek gerekecektir. Zira bomba yerleştiren hiç kimse henüz anne ve baba katili sayılamayacağından ve failin suç planını gerçekleştirmesi sadece anne ve babasını öldürmesinden geçiyorsa ve olayın gerçekleştiği şartlara uygun olarak vazgeçmesi gönüllü olmayacaktır. Failin burada anne ve babasını koruma içgüdüleriyle hareket etmesi, patlayıcı madde kullanmaya teşebbüs bakımından ceza ihtiyacını ortadan kaldırmayacaktır. Söz konusu olayda failin hareketi gönüllü vazgeçme kapsamında değerlendirilemeyecek, anne ve babasını öldürmesi neticesinde suç tipinin nitelikli hale dönüşmesi nedeniyle verilecek ceza oldukça ağırlaşacaktır. Diğer taraftan failin boş bir binayı havaya uçurmak istemesi, ancak son anda tanımadığı bir kişinin binada olduğunu fark etmesi neticesinde vazgeçmesi gönüllü olmayacaktır. Zira sadece boş bir binayı havaya uçurmayı hedefleyen fail, suç planını gerçekleştirmesi durumunda kasten adam öldürme suçunu da işlemiş bulunacağından iki suçun birleşmesi hesapta olmayan riskleri de beraberinde getirecektir.²⁶¹

Şayet faile hırsızlık suçunu tamamlamasının sağladığı fayda, evin yanmasıyla ortaya çıkacak zarardan daha azsa vazgeçme gönüllü olmayacaktır. Buna karşın şayet bir kimse televizyonda canlı yayınlanacak futbol maçını kaçırmamak için netice gerçekleşmeden icra hareketlerini terk etse buradaki vazgeçme gönüllü olacaktır.²⁶² Başka bir olayda örneğin failin suça teşebbüs aşamasında bulunduğu sırada oraya gelen karısı tarafından eğer failin icra hareketlerine devam etmesi halinde faile intihar edeceğini söyleyerek neticenin gerçekleşmesine engel olmak istemesi durumunda failin vazgeçmesi gönüllü olmayacaktır. Buna karşın, şayet fail karısını çok sevdiğinden suçu tamamlamamışsa vazgeçmesi gönüllü olacaktır.²⁶³

²⁶⁰ Roxin, II. § 30, Kn. 399.

²⁶¹ Roxin, II. § 30, Kn. 400.

²⁶² Roxin, II. § 30, Kn. 401.

²⁶³ Roxin, II. § 30, Kn. 402.

3.6. GÖNÜLLÜ VAZGEÇMEDE ÖZEL SORUNLAR

3.6.1. Kısmî Vazgeçme

Öğretide ekseriyetle kabul gören anlayışa göre nitelikli teşebbüste suç tamamlansa da kısmî vazgeçmenin mümkün olduğu belirtilmiştir. Fail kendi imkân ve iradesi dâhilinde teşebbüs ettiği suçta, temel suç tamamlansa da nitelikli suçtan gönüllü vazgeçmiş olabilir.²⁶⁴

Örneğin; Fail teşebbüs aşamasında tehdit ve şantajla yağma suçunu işlemek için yanında silah bulunduruyor. Fail birden yaptığı işten vicdan azabı duyuyor. Silah yardımıyla suç planını gerçekleştirmek istemediğinden silahı elinden fırlatıp uzaklaştırıyor. Ancak fail, baştan itibaren paraya sahip olma arzusundan vazgeçmiş değildir. Yerel Mahkeme bu davada kısmî vazgeçme olduğunu belirlemiş ve teşebbüs aşamasında kalan basit yağma suçuna hükmetmiştir. Ancak Alman FYM 'si burada kısmî vazgeçme olduğunu kabul etmemiştir.²⁶⁵ Alman FYM 'sine göre nitelikli halden bahsedebilmek için failin icra hareketlerinin tüm aşamalarında silahını yanında taşıması gerekmektedir. Diğer yandan failin yanında bir silah bulundurması onu fiilin başlangıcından suçun tamamlanma anına kadar kullanacağı anlamına gelmez. Ancak suçun gerçekleşmesi aşamasındaki herhangi bir zaman diliminde fail yanında taşıdığı silahı kullanabilecek durumdadır. Ortaya çıkan bu durum Alman FYM 'sine göre sözde tamamlanmış nitelikli teşebbüs olarak kabul edilmelidir.²⁶⁶

Başka bir olayda fail yağma suçunu işlemek amacıyla mağdurun karşı koymasını önlemek için tabanca doğrultuyor. Bu esnada tabancadan çıkan bir kurşun mağdurun ölümüne sebep oluyor. Fail icra hareketlerini yarıda kesiyor ve hiçbir şey almadan olay yerini terk ediyor. Yağmadan vazgeçiyor. Alman FYM' si burada nitelikli yağma suçundan değil sadece taksirli insan öldürme cezasına hükmetmiştir.²⁶⁷ Ancak burada yağma suçunun işlenmesi sırasında kasten yaralama

²⁶⁴ Roxin, II. § 30, Kn. 297.

²⁶⁵ Roxin, II. § 30, Kn. 296.

²⁶⁶ Roxin, II, § 30, Kn. 296.

²⁶⁷ Gropp, § 9 Kn.72/e.; (BGHSt 42, 158.)

suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hali gerçekleştiğinden fail TCK. md. 149/2 ve ruhsatsız silah taşımada dolay sorumlu tutulmalıdır.

Fail, şayet suç nitelikli hale getiren unsuru gerçekleştirmekten vazgeçip suçun doğrudan temel şeklini gerçekleştirirse, yalnızca bundan sorumlu olacaktır. Örneğin yağma suçunu (TCK md.149/1) silahla gerçekleştirmeyi tasarlayan failin, silahını hiç kullanmadan doğrudan cebir kullanması veya tehdit yoluyla amacına ulaşması durumunda olduğu gibi.²⁶⁸

Bazı konuların burada açıklığa kavuşturulması gerektiğinden tabiatıyla eleştirileri de beraberinde getirmiştir. *Otto*'nun görüşüne göre teşebbüsün başlangıcından sonra failin gönüllü vazgeçmesi durumunda yapısal olarak bütünlük arzeden suç tipinin birbirinden ayrılması oldukça zordur.²⁶⁹ Yine aynı şekilde *Küper*'de nitelikli teşebbüste suçun tamam olan kısmından gönüllü vazgeçmenin mümkün olduğunu kararlılıkla savunmanın güç olduğunu belirtmiştir.²⁷⁰

Diğer taraftan²⁷¹ bileşik suçtan (mürekkep suç, TCK md. 42) vazgeçme halinde suçların bileşimi ayrışmakta ve her suç bağımsızlığını kazanmaktadır. Örneğin; hırsızlık amacıyla bir malikâneye giren fail, çelik kasayı tahrip ettikten sonra hırsızlıktan vazgeçmesi durumunda suçun ağırlaştırılmış halinden değil, mağdurun şikâyetine bağlı olarak konut dokunulmazlığı ve mala zara verme suçundan sorumlu olur. Bu ayrışma neticesinde ortaya çıkan suçun cezası işlenmekten vazgeçilen bileşik suçun cezasından az ya da fazla oluşu önemli değildir.²⁷²

²⁶⁸ Koca/Üzülmez, s. 388. ; Kühl, § 16, Kn.48.

²⁶⁹ Roxin, II, § 30, Kn. 297.

²⁷⁰ Roxin, II, § 30, Kn. 297.

²⁷¹ "... fail tarafından birden fazla suçun işlenmesi durumunda suçlardan biri diğerinin unsur veya ağırlatıcı sebebi ise, bileşik suç söz konusu olur." Soyaslan, s. 296.

²⁷² Soyaslan, s. 296.

3.6.2. İhmali Suçlarda Teşebbüs Halinde Gönüllü Vazgeçme (Rücktritt vom Unterlassungsversuch)

İhmal kelime anlamı olarak; “yapılması gereken bir işi sonraya bırakma, önem vermeme, gereken ilgiyi göstermeme, üste düşeni yapmama“ gibi anlamlara gelmektedir.²⁷³

İhmal kavramı ise; bir kimsenin kendi yeteneğine ve mevcut araçlara göre somut ve bireysel olarak yapması mümkün olan belli bir iradi hareketi yapmaması şeklinde tanımlanabilir.²⁷⁴

Hukuk düzenini ilgilendiren ihmal hareketi, hukuk düzeninin emrettiği davranışların yapılmamasından kaynaklanan ihmal hareketleridir. Fakat burada gerçek ihmali suçlar (ör. TCK. m.278; Suçu bildirmeme suçu, TCK. m.279; Kamu görevlisinin suçu bildirmemesi, TCK. M. 280, 284 vs.) emredilen davranışın yapılmaması şeklinde işlenirken, ihmal suretiyle icra suçları (ör. Annenin yeni doğmuş çocuğuna süt vermeyerek onu öldürmesi, tren yolunda çalışan görevlinin makas değiştirmeyi ihmal ederek tren kazasına neden olması) gibi ihmalin maddi bir netice meydana getirmesi şeklinde de işlenebilmektedir.²⁷⁵

Ancak ihmal suçlarında, özellikle ihmal suretiyle icra suçlarında icra hareketlerinden vazgeçme zorunlu olarak pozitif bir eylemi, yani yapılmayan hareketin yapılmasını gerektirir. Yukarıda verdiğimiz örnekte ölmesi için çocuğunu emzirmeyen anne, bu kararından vazgeçmesi halinde hareketsiz kalmakla yetinemez; gönüllü vazgeçme durumundaki cezasızlık şartsız olmadığından; Gönüllü vazgeçme hükmünden yararlanabilmek için çocuğunu emzirmek zorundadır.

İhmali suçlarda da teşebbüs aşamasında gönüllü vazgeçmenin mümkün olduğu savunulmaktadır. Bu sebeple şu iki durumun birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.²⁷⁶

²⁷³ Hakan, Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s.23.

²⁷⁴ Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, s. 33.

²⁷⁵ Hafızoğulları, s.195.

²⁷⁶ Gropp, § 9, Kn. 72.

1- Eğer fail sonucun gerçekleşmesini engellemek için, asli, iradi, aktif davranışta bulunmanın gerekli olduğunu düşünüyorsa suç henüz tamamlanmamış sonuç gerçekleşmemiştir.

2- Şayet fail sergilediği bu asli aktif iradi davranışların yanında ilave önlemlerin gerekli olduğunu düşünüyorsa suç tamamlanmış, netice gerçekleşmiştir.

İhmalî suçlara teşebbüste neticenin gerçekleşmemesinin hangi iradi aktif davranışın gönüllü vazgeçme için gerekli olduğu konusunun açıklığa kavuşturulmasına bağlıdır.

Konuyu şu örnek üzerinden incelemekte fayda vardır. Örneğin: Yüzme öğretmeni B, havuza giren ve yüzme bilmeyen kin götüğü (o sırada havuzun derinliği konusunda yanılan ve havuzun tabanına doğru batmakta olan) N'nin imdat çığlıklarına seyirci kalıyor. Havuzun kenarında bulunan yüzme meraklısı H, N'nin kurtarılması konusunda B'yi iknaya çalışıyor.²⁷⁷

Şimdi iki farklı duruma göre konuyu açıklamaya çalışırsak;

a- B, N'yi hemen havuzdan çıkarıyor ve boğulmasına engel oluyor. İhmalî suçlara teşebbüste suç tamamlanmamıştır.

b- B, önceki kararından vazgeçiyor ve yaklaşık üç dakika sonra havuzun dibine doğru batmakta olan N'yi kurtarıp havuzdan çıkarıyor. Bu arada N'yi yaşama döndürmek için çaba sarf ediyor. N kurtuluyor.²⁷⁸

Bu iki örnek birlikte değerlendirildiğinde, ilk olarak gerçekleşen olayda fail B, üstüne düşeni gecikmeksizin yerine getiriyor. Mağdur N bu sayede kurtuluyor. İkinci durumda ise fail B, hemen yapılması gereken kurtarma girişimini üç dakika sonraya bırakmış ve insan hayatının söz konusu olduğu bu durumda sonuca etki edecek kurtarma hareketini yapmakta gecikmiş sonuç gerçekleşmiş, ihmalî suç tamamlanmıştır.²⁷⁹ Yukarıdaki örnekte B yüzme öğretmenliği yapmaktadır.

²⁷⁷ Gropp, § 9, Kn. 72.

²⁷⁸ Gropp, § 9, Kn. 72.

²⁷⁹ Gropp, § 9, Kn. 72.

Neticenin önlenmesi ondan beklenebilir ve neticenin gerçekleşmesine engel olmak mümkündür. Ayrıca B, hukuksal olarak da neticeyi önlemekle yükümlü kılınmıştır.²⁸⁰

Diğer taraftan belirtmemiz gereken başka bir konuda 765 sayılı eski TCK ya göre ihmali suçlarda eksik ve tam teşebbüs ayrımı oldukça tartışmalıydı. Çünkü ihmali suça teşebbüs eden fail (tam teşebbüs aşamasındaki faille kıyaslandığında) her durumda aktif, etkin durumda bulunması gerektiğinden ikisi arasındaki kıyaslama öğretide çoğu defa kabul görmemektedir. Karşı görüşte olanlara göre ise failin düşüncesine göre ihmal edilen fiilin icrası neticeyi engellemeye yeterli midir? Ayrıca ihmal edilen fiilin icrasına ilave tedbirlerin alınmasının gerekip gerekmediğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Burada failin bakış açısıyla hareket edildiğinde farklı “tehlikelilik dereceleri”nin (Gefährlichkeitsgrad) ortaya çıkması doğaldır. Failin sonucu önlemeye yönelik gerekli icra hareketlerini yerine getirmesine rağmen sonuç gerçekleşmişse ya da fail icra ettiği ihmali hareketiyle sonucun gerçekleşmeyeceğini düşünüyor ve sonucun önlenmesine yönelik ek tedbirlerin devreye girmesi gerektiği kanaatindeyse ancak bu durumda suç isnat edilebilecektir.²⁸¹

Fail buna karşın sonucun gerçekleşmesinden önce suç işleme kararını terk ediyor ve hatalı algılama içinde ihmali hareketini tekrarlıyor. Bu aslında “neticeyi engelleme riski”nden (Erfolgsabwendungsrisiko) başka bir şey değildir. Burada fail neticeyi engellemek için kendi düşünce dünyasında etkili olumlu hareketleri yapma fikrini terk ediyor. Görüldüğü gibi ihmali suçlara eksik teşebbüs halinde neticeyi engelleme riski faile yükletilebilir.²⁸²

3.6.3 Gönüllü Vazgeçmede Hata (Failin İşlediği Fiilin Neticeye Etkisi Konusunda Hataya Düşmesinin Gönüllü Vazgeçmeye Etkisi)

Failin sonucun gerçekleşmemesi ve neticenin engellenmesine yönelik hareketlerinde hataya düşmesinin (yanılmasının) vazgeçmeye etkisinin ne olacağı tartışmalıdır.

²⁸⁰ Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, s. 33.

²⁸¹ Lackner/Kühl, § 24, Kn.22 a.; Kühl, § 18, Kn. 153.

²⁸² Lackner/Kühl, § 24, Kn.22 a.; Kühl, § 18, Kn. 153.

Kasten hareket eden failin, suçun tamamlanma ve neticenin gerçekleşme anının yaklaştığının bilincinde olarak neticeyi engellemeye etki edecek girişimini yanlış değerlendirmesi ve failin tüm çabasına rağmen neticenin gerçekleştiği durumlarda vazgeçme gönüllü olmayacaktır.

Örneğin; Evlat edindiği çocuğun ölümünü göze alarak açlığa terk eden kadının daha sonra çocuğun kurtulacağını düşünerek doktor çağırması ve tüm çabalara rağmen çocuğun ölümüne engel olunamaması durumunda failin neticeyi engelleme girişimine rağmen, neticenin gerçekleşmesi halinde, yükümlü olduğu belli bir icraî davranışı gerçekleştirmemesi nedeniyle meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu olacak, kasten öldürme suçu ihmalî davranışla işlendiğinden vazgeçme hükümlerinden yararlanamayacaktır.²⁸³

Başka bir örnekte yine aynı şekilde failin mağduru bıçak darbesiyle hayati tehlikeyi haiz şekilde yaralaması sonrasında, mağdurun nasıl olsa kurtulacağı düşüncesiyle hareket etmesi ve acil servisi gecikmeli araması ancak mağdurun acil serviste müdahale edildiği sırada ölmesi durumunda da fail vazgeçme hükümlerinden yararlanamayacaktır. İcra hareketlerinin mahiyeti konusunda yanılan fail, kasten yaralama sonucunda ölüm meydana geldiğinden neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamadan TCK md. 87/4'e göre sorumlu olacaktır.

Tartışmalı başka bir konu ise neticeyi gerçekleştirmek amacıyla kasten hareket eden failin icra hareketlerine devam ettiği sırada neticeyi engellemek için failin icrasını terk etmesinin yeterli olacağını düşünmesi ve buna rağmen neticenin gerçekleşmesi durumudur. Diğer bir deyişle fail o ana kadar gerçekleştirdiği fiilinin niteliğinde hataya düşmüştür.

Örneğin fail mağdurun zehirlenerek öldürülmesi için 10 damla zehire ihtiyaç duyulduğunu düşünüyor. Ancak fail mağdura 5 damla zehir verdikten sonra mağdurda zehirlenme belirtileri başlıyor. Bu durumdan pişmanlık duyan fail mağdura zehir vermeyi durduruyor. Failin öngörüsünün aksine mağdurun ölümü için

²⁸³ Lillie/Albrecht, § 24, Kn. 74.

beş damla zehir kâfi geliyor ve mağdur ölüyor. Öğretide baskın görüşe göre failin buradaki yanılığsı dikkate alınmamakta, suçun kasten işlenmesi ve neticenin gerçekleşmesi nedeniyle gönüllü vazgeçmenin söz konusu olamayacağı belirtilmektedir.²⁸⁴

Öğretide azınlığın görüşüne göre ise; failin fiile ilişkin yanılığsının dikkate alınması gerekecektir. Bu görüş savunucularına göre fail neticenin gerçekleşmesinden önceki zaman diliminde fiilini sonlandırmaktadır. Failin icra hareketlerini sonlandırmasıyla birlikte kastı ortadan kalkacağından, fail ancak taksirli hareketinden sorumlu tutulabilecektir.²⁸⁵

Yine öğretide çoğunluğun görüşüne göre diğer neticeli suçlarda da kastın varlığı, neticenin gerçekleşmesine kadar aranmamıştır. Örneğin failin birini öldürmek kastıyla bombalı paket göndermesinden sonra, fiilinden pişmanlık duyarak neticenin gerçekleşmemesi için nafîle çaba harcamış ve buna rağmen netice gerçekleşmişse, burada kastın yokluğundan söz edilemeyeceği için fail gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanamayacaktır.²⁸⁶

3.6.4. Gönüllü Vazgeçme ve Anlamsız Teşebbüs

Gönüllü vazgeçmede “anlamsız teşebbüs” konusu oldukça tartışmalıdır. Failin tipe uygun eylemi gerçekleştirmesinin imkân dâhilinde olduğu durumlarda tahminlerin dışında suç işleme kararının birden ortadan kalkması durumu söz konusu olabilir. Örneğin: Failin çocuklarının katili ve yuvasını yıktığını düşündüğü eşinin sevgilisini öldürmek istemesi ancak gerçekte böyle bir şeyin olmadığını, yanılığa düştüğünü ve mağdurun suçsuz olduğunu öğrenmesi sonrasında mağduru serbest bırakması gönüllü vazgeçme kapsamında değerlendirilemeyecektir. Çünkü teşebbüs aşamasında kalan adam öldürmeye teşebbüs suçunu tamamlaması fail için anlamını kaybettiğinden ve bu aşamada vazgeçmesi kendisi için mantıklı olacağından eylemi gönüllü vazgeçme kapsamında değerlendirilemeyecektir.²⁸⁷

²⁸⁴ Gropp, § 9, Kn. 63.

²⁸⁵ Gropp, § 9, Kn. 64.

²⁸⁶ Gropp, § 9, Kn. 65.

²⁸⁷ Roxin, II. § 30. Kn. 404.

İşlenen suçun failin beklentileriyle uyumlu olmaması durumunda örneğin; çalınan eşyaların kullanılamaz olması²⁸⁸ veya altıntop zannedilerek çalınan şeyin ağaç küre çıkması durumunda failin kendisi için anlam ifade etmeyen nedenlere dayanarak vazgeçmesi gönüllü olmayacaktır.²⁸⁹

3.6.5. Gönüllü Vazgeçme ve Etkin Pişmanlık Ayrımı

Etkin pişmanlık (faal nedamet), failin icra hareketlerini tamamlamasından sonra, neticenin gerçekleşmesine isteyerek engel olmasıdır.²⁹⁰ Başka bir ifadeyle etkin pişmanlık, “neticeyi, suç olayını meydana getirebilmek için yeterli ve gerekli hareketlerin tamamlanmasından sonra bu hareketlerin etkilerini ortadan kaldırma faaliyetidir”.²⁹¹

Etkin pişmanlık teşebbüs aşamasında söz konusu olur ve suçun bütün unsurlarıyla tamamlanmasından sonra failin, gönüllü olarak suçun oluşturduğu zararı tazmin²⁹² ya da neticeyi telafi etmeye yönelik davranışlarını ifade eder.²⁹³

Örneğin, alınan eşyanın geri verilmesi veya kaçırılan kişinin serbest bırakılması gibi durumlarda artık teşebbüsten gönüllü vazgeçme değil etkin pişmanlık söz konusu olur. Ayrıca etkin pişmanlık gönüllü vazgeçmenin tamamlanmış suçlardaki görünüm şekli olarak nitelendirilebilir.²⁹⁴

²⁸⁸ Roxin, II. § 30. Kn. 404. (BGHSt 4,56)

²⁸⁹ Roxin, II. § 30. Kn. 404. (RGSt 39, 37)

²⁹⁰ Keçelioğlu/Sönmez, *Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme*, s.468. ; Demirbaş s. 434.

²⁹¹ Bayraktar, s. 123.; Demirbaş’a göre etkin pişmanlıktaki faili, gönüllü vazgeçmede olduğu gibi cezalandırmamak veya en azından İsviçre CK m.22/2’de olduğu gibi, hâkime cezayı serbestçe indirebilmek yetkisini vermek gerekir. Demirbaş, s. 435.

²⁹² Hırsızlık suçunda, suçun mağdurunun zararının sanığın *babası tarafından* karşılanması halinde “sanık hakkında TCK’nın 523/1. Maddesinin... uygulanması” gerekir: 6.CD., 30.10.1991, 5820/6889, YKD, Şubat 1992, s. 307.

²⁹³ Bayraktar’a göre, gönüllü vazgeçmeyle etkin pişmanlık arasında nitelik farkı yoktur. Soyut olarak irade ve hareket yönünden her ikisi de aynı niteliklere sahiptir. Etkin pişmanlıkta (Faal nedamette) gerçek bir vazgeçme, gönüllü vazgeçmeye oranla daha yoğun bir pişmanlık vardır. Öldürmek istediği kimseyi denize atıp pişman olarak denizden çıkararak failin pişmanlığı; mağduru kayığa alarak sahilden çok uzaklaşan, mağdurun elini kolunu bağlayan fakat sonra vazgeçen failin pişmanlığından çok daha fazladır. Böylece etkin pişmanlıkta gönüllü vazgeçmeye göre daha yoğun bir pişmanlığın, suçtan dönme isteğinin bulunması sadece bir derece farkıdır. Fark sadece somut planda farklı zamanlarda ortaya çıkmalarıdır. Bayraktar, s. 125 vd.

²⁹⁴ Koca/Üzülmez, s. 394.

Gönüllü vazgeçme ve etkinlik pişmanlık arasındaki farkları şöyle sıralayabiliriz;

1- Suç yolunun icra hareketleri safhasıyla ilgili olan gönüllü vazgeçme genel bir hüküm olarak (m.36) düzenlenmiş ve bütün suçlar bakımından geçerli olmasına rağmen, etkin pişmanlık bazı suçlar bakımından, suç tamamlandıktan sonra, henüz soruşturma başlamadan önce, veya soruşturma evresinde, hüküm verilmeden önce, hatta cezanın infazı aşamasındaki suçlar bakımından kabul edilmiştir.²⁹⁵ Etkin pişmanlık (faal nedamet) kurumu ceza kanununun özel kısmında bazı suç tipleriyle bağlantılı şekilde düzenlenmiştir: Örneğin, Organ ve doku ticareti suçu (m. 93), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu (m. 110), malvarlığına karşı suçlar (m. 168), imar kirliliğine neden olma suçu (m. 184,f. 5), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti ya da kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alma, kabul etme veya bulundurma (m. 192), parada veya kıymetli damgada sahtecilik suçları (m. 201), suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu (m. 221), zimmet suçu (m. 248), rüşvet suçu (m. 254), iftira suçu (m. 269), yalan tanıklık suçu (m.274), suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçu (m. 281, f. 3), suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu (m.282, f. 5), muhafaza görevini kötüye kullanma suçu (m. 289, f. 2), hükümlü veya tutuklunun kaçması suçu (m. 293), infaz kurumuna veya tutukevine yasak eşya sokmak suçu (m.297, f. 4), suç için anlaşma suçu (m.316, f. 2). bakımından ceza kanunumuzda etkin pişmanlık hükümleri yer almaktadır.²⁹⁶

2- Gönüllü vazgeçme suçun tamamlanmasına kadar, etkin pişmanlık ise suçun tamamlanmasından sonraki aşamayı ilgilendirmektedir.

3- Gönüllü vazgeçme cezayı ortadan kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi cezasızlık sebebi olup, etkin pişmanlık sadece suç tamamlandıktan sonra ve belli suçlar bakımından cezayı ortadan kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi cezasızlık sebebidir.²⁹⁷ Bundan sadece gönüllü vazgeçen ya da etkin pişmanlıkta bulunan fail yararlanabilmekte ve bu durum diğer suç ortaklarına sirayet etmemektedir.

²⁹⁵ Demirbaş, s. 435.

²⁹⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 625.; Özgenç, s. 443, Dpn. 854.

²⁹⁷ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 443.

4- Gönüllü vazgeçmede fail, suçun icra hareketlerini terk etmekte, suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemektedir. Etkin pişmanlıkta ise, fail, suç bütün unsurlarıyla tamamlandıktan sonra, suçun oluşturduğu zararı tazmin ya da neticeyi telafi etmeye yönelik davranışlarda (yardım ve hizmetiyle suçun aydınlatılması ya da suç faillerinin yakalanmasını sağlama vs. gibi) bulunmalıdır.

5- Gönüllü vazgeçmede girilen suç yolunda bazı durumlarda soyut olarak durmak yeterlidir. Buna karşılık, etkin pişmanlıkta ise, fail neticenin meydana gelmemesi için bazı icraî davranışlarda bulunmalıdır.²⁹⁸

6- Gönüllü vazgeçmede fail, icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçtiğinde o ana kadar tamam olan kısım herhangi bir suç teşkil etmediği takdirde faile ceza verilmesi söz konusu olmayacaktır. Buna karşın etkin pişmanlıkta ise ortada suçun bütün unsurlarıyla tamamlanması hali vardır.²⁹⁹

7- İştirak halinde işlenen suçlarda; gönüllü vazgeçme ceza kanunumuzun 41. maddesinde düzenlendiği halde, etkin pişmanlık bağımsız bir madde halinde düzenlenmemiştir.

²⁹⁸ İzzet Özgenç, Cumhuriyet Şahin, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, Ankara, 1999, s. 311.

²⁹⁹ Koca/Üzülmez, s. 394.

BÖLÜM IV

İŞTİRAK HALİNDE İŞLENEN SUÇLARDA GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

4.1. GENEL OLARAK İŞTİRAKTE GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

Bilindiği gibi gönüllü vazgeçmeden söz edebilmek için, failin icra hareketlerine son vermesi veya suçun tamamlanmasını ya da neticenin gerçekleşmesinin engellemesi konusunda yeterli çabayı göstermesi gerekmektedir. Bu durumda fail teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacaktır. Ancak o ana kadar yapılan hareketler bir başka suçu oluşturduğu takdirde fail o suçtan sorumlu olacaktır. Örneğin; Hırsızlık amacıyla girdiği evden hiçbir şey almadan kendi isteğiyle ayrılan fail, sadece konut dokunulmazlığını ihlâlden sorumlu tutulacaktır.³⁰⁰

Diğer taraftan bir fiilin tek bir kişi tarafından işlenmesi esas alınsa da ekseriyetle birden fazla kişinin müşterek katılımı sonucu da bu fiiller işlenebilmektedir. Ortaklaşa işlenen fiilin icrasına katılan suç ortaklarının hepsinin de icra hareketlerine katılımları nedeniyle sorumlulukları söz konusu olmaktadır. 765 sayılı Eski TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde, iştirak halinde işlenen suçların teşebbüs aşamasında kalması durumunda, gönüllü vazgeçmeden yararlanmak isteyen her bir suç ortağının sadece kendi katkısını değil, bir bütün olarak suçun tamamlanmasını engellemesi gerektiği³⁰¹ şeklindeki uygulamadan vazgeçilmiştir.

5237 sayılı TCK tek failli bir suçta failin gönüllü vazgeçme hükmünden yararlanabilmesi için icra hareketlerine son vermesini veya neticenin gerçekleşmesinin engellenmesini aramışken, iştirak halinde işlenen suçlarda, failin suça nedensel katkısını ortadan kaldırması yani suçun işlenmemesine yönelik gayreti yeterli görülmüştür.³⁰²

Gönüllü vazgeçme, sadece vazgeçen suç ortağı için cezayı ortadan kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi cezasızlık sebebidir.³⁰³ İştirak halinde işlenen suçlar bakımından bu durumun diğer suç ortaklarına, (azmettiren ve

³⁰⁰ Özgenç, s. 440.

³⁰¹ Faruk Erem, *Suçta İştirak*, AÜHFD, C. 3, S. 1, Ankara, 1946, s. 74 vd.

³⁰² Devrim Aydın, *Suçta İştirak*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s. 237.; Özgenç, s. 494.

³⁰³ Jescheck/Weigend, s. 549.

yardım edenlere) sirayet etmesi söz konusu olmaz.³⁰⁴ Bunların şahsi cezasızlıktan yararlanabilmeleri için ayrıca kendileri teşebbüsten gönüllü vazgeçmeleri gerekir.³⁰⁵ Asıl failin vazgeçmesi halinde, diğer suç ortaklarının sorumluluğu devam edeceğinden onlar teşebbüsten sorumlu tutulacaklardır.³⁰⁶

5237 sayılı TCK 'nın 41. maddesinde yapılan düzenleme ile TCK m. 41/1'de “.....iştirak halinde işlenen suçlarda sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır “ denilerek TCK m.36'ya atıf yapılmış, yalnızca suç ortağının gönüllü vazgeçmesi halinde bu madde hükmü kapsamında değerlendirileceği hükmü getirilmiştir. Daha öncede ifade edildiği gibi, ceza kanunumuzun bu konuda kabul ettiği anlayışa göre gönüllü vazgeçmenin esası suç politikası (ceza siyaseti düşüncesi) gerekçelerine dayandırılmaktadır. Dolayısıyla gönüllü vazgeçme şahsa bağlı kişisel bir cezasızlık nedeni olduğundan, asıl failin vazgeçmesinin diğer şeriklere etkisi yoktur ve onların sorumlulukları devam eder.³⁰⁷

TCK'nın 41/2 maddesinde “ suç gönüllü vazgeçen ortağın gayreti haricinde bir sebeple işlenmemiş veya onun bütün gayretine rağmen işlenmişse “ gerekli çabayı göstermesi şartıyla gönüllü vazgeçen suç ortağı gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacaktır. Ancak gönüllü vazgeçenin vazgeçtiği ana kadar yapmış olduğu hareketler bağımsız bir suç oluşturuyorsa o suçtan sorumluluğu devam edecektir. Teşebbüs evresinden önce suç ortağının suça katkısı olmamış veya suça katkısını hiçbir sonuç doğurmayacak şekilde etkisizleştirmiş olabilir. Bu durumda TCK m.41 uygulanmayacaktır.³⁰⁸

³⁰⁴ Centel/Zafer/Çakmut, s. 464.

³⁰⁵ Jescheck/Weigend, s. 550.

³⁰⁶ Centel/Zafer/Çakmut, s. 464.; Özgenç, s. 494.

³⁰⁷ Demirbaş, s. 433.

³⁰⁸ Önder Tozman, *İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme*, TBB Dergisi, Sayı 82, Ankara, s. 207.

4.2.İŞTİRAKTE SUÇUN TAMAMLANMASINI VEYA NETİCENİN GERÇEKLEŞMESİNİ GÖNÜLLÜ ÖNLEME ŞEKLİNDE GÖNÜLLÜ VAZGEÇME TCK MD.41/1

Ceza hukukunda iştirak müessesesinin mahiyeti gereği, birden fazla kişinin müşterek katılımıyla işlenen suça iştirak eden suç ortaklarının her biri, diğer suç ortaklarının işlediği fiillerden de sorumludurlar.³⁰⁹

Bir suça iştirak edenler (suç ortakları), suçun icrasına başlamış, fakat suç tamamlanmamış veya netice gerçekleşmemişse, teşebbüsten gönüllü vazgeçme imkân dâhilindedir. Suça iştirak eden müşterek faillerin tamamının gönüllü vazgeçmesi halinde cezai sorumluluk açısından nasıl hareket edileceği TCK'nın 36. maddesinde düzenlenmiştir. Burada asıl sorun, suçun icra hareketlerine iştirak eden müşterek faillerden bazılarının gönüllü vazgeçmesi halinde ortaya çıkmaktadır. TCK m. 41/1 'de iştirak halinde işlenen suçlarda her bir suç ortağının kendi fiilinden sorumluluğu nedeniyle, vazgeçen suç ortağının gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilmesi için icra hareketlerine kendi katkısını geri çekmesi yeterli olmayıp aynı zamanda neticenin gerçekleşmesini de engellenmesi gerekir.³¹⁰ Ayrıca bu aşamada asıl failin hukuka aykırı fiili hukuk dünyasındaki varlığını devam ettirmektedir.³¹¹

Suç ortağının vazgeçme iradesi neticenin engellenmesine yönelik olmalıdır. Suç ortağı tarafından sonucun yanlışlıkla önlenmesi yeterli değildir.³¹²

Sonucun gerçekleşmesinin önlenmesi suç ortağının kendi katkısını devam ettirmeyerek ihmali davranışının neticesinde de olabilir. Suç ortağının bu ihmali hareketinin gönüllü vazgeçme kapsamında değerlendirilebilmesi için kendi katkısı olmadan suçun tamamlanmayacağı ve sonucun gerçekleşmeyeceği kanaatinde olması gerekir.

Suç ortağının önceki katkısını ortadan kaldırması ya da geri çekmesiyle sonuç da önleniyorsa bu gönüllü vazgeçme için yeterlidir.

³⁰⁹ Özgenç, s. 448.

³¹⁰ Kühl, § 16, Kn. 91.

³¹¹ Centel/Zafer/Çakmut, s.464.

³¹² Tozman, *İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme*, s. 217.

Teşebbüs evresinden önce suç ortağının suça katkısı olmamış veya suça katkısını hiçbir sonuç doğurmayacak şekilde etkisizleştirmiş olabilir. Örneğin: A, B, C, birlikte bir köprüyü havaya uçurmayı planlamışlardır. A ise patlayıcıları patlatmaya hazır hale getirecektir ve bu işten anlayan tek kişidir. A'nın fiilin icrasına katkı sağlamaktan imtina etmesi suç ortaklarının neticeyi gerçekleştirmelerine engel olmuştur. Bu durumda TCK m.41 uygulanmayacaktır.³¹³

Başka bir örnekte A,B ve C (O)'yu kaçırmaya çalışıyorlar ve O'yu iki hafta boyunca rehin alıyorlar. Ancak mağdurun bu durumuna acıyan A, aradan üç gün geçtikten sonra O'yu serbest bırakıyor. Suç ortağı A, suça kendi katkısını geri çekmiş, aynı zamanda neticenin gerçekleşmesini de engel olmuştur. Bu durumda A, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanırken B ve C'nin ceza hukuku açısından sorumlulukları devam edecektir.³¹⁴

Zehirleyerek adam öldürmeye teşebbüste, eğer yardım eden zehri belirli bölümler halinde teslim etmeyi vaat etmiş, ancak zehrin geri kalan kısmını teslim etmekten kaçınmış ve bu nedenle asıl failin suçu tamamlaması imkânsız hale gelmişse, adam öldürme suçuna teşebbüse yardım eden olarak, gönüllü vazgeçmiş olur.³¹⁵

Suç ortağı neticenin gerçekleşmesini engellemek için üçüncü kişilerin yardımından da yararlanabilir. Mesela sonucun gerçekleşmesinden önce kolluk güçlerine haber verilmesi ya da yaralı mağdurun kurtulması için ambulans çağırılması durumunda da gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacaktır.

Suç ortağı, icra hareketlerine devam etmeyerek (icra hareketlerini terk ederek) de neticenin gerçekleşmesini ya da suçun tamamlanmasını engelleyebilir. Bu sebeple iştirak halinde işlenen suçlarda “ *neticenin gerçekleşmesinin önlenmesi*” şeklindeki düzenlemeyi geniş yorumlamak gerekmektedir.³¹⁶

³¹³ Baumann/Weber/Mitsch, § 27, Kn. 39.

³¹⁴ Baumann/Weber/Mitsch, § 27, Kn. 39.

³¹⁵ Wessels/Beulke, § 14, Kn. 649.

³¹⁶ Tozman, *İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme*, s. 220.

4.3. SUÇUN GÖNÜLLÜ VAZGEÇENİN GÖSTERDİĞİ GAYRET DIŞINDA BAŞKA BİR SEBEPLE İŞLENMEMİŞ OLMASI DURUMU (TCK M.41/2A)

Neticenin engellenmesi yönünde bütün gayreti göstermiş, elinden gelen imkânları kullanmış olan suç ortağının TCK md. 41/2a'ya göre gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanması gerekir. Madde gerekçesinde; “Gönüllü vazgeçen suç ortağı, suçun işlenmemesi için elinden gelen bütün gayreti göstermiş ve fakat suç başka bir nedenle işlenememiş olabilir. Bu durumda dahi, gönüllü vazgeçen suç ortağını gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlandırmak gerekecektir”.³¹⁷

Görüldüğü gibi vazgeçen suç ortağına, vazgeçme davranışı ile, sonucun önlenmesi arasında nedensel bir bağ bulunmamasına rağmen gönüllü vazgeçme imkanı tanınmıştır.³¹⁸

TCK md. 41/2a da, md. 41/1 ‘in aksine suçun, suç ortağının davranışı dışında başka bir nedenden dolayı işlenmemiş olması ve suç ortağının neticenin gerçekleşmemesi için mutlaka gönüllü ve ciddi çaba içine girmesi gerekmektedir. Ciddi çaba ile anlatılmak istenen suç ortağının sonucun gerçekleşmesini önlemek için yeterli ve sonuç alıcı nitelikte uygun tedbirleri almasıdır.³¹⁹ Örneğin öldürme kastıyla mağdurun yaralanmasına iştirak eden suç ortağı, yaralı mağdurun acilen hastanede uzman kişilerce tedavi edilmesi gerekirken, yaraya sadece sargı bezi koymasıyla yetinmesi, gerekli ve yeterli çaba kapsamında değerlendirilemez.³²⁰ Suç ortağı, neticeyi engellemek için gerekli ve yeterli görülebilecek tedbirleri aldığı anda ciddi çaba göstermiş sayılabilir. Ayrıca neticenin gerçekleşmemesi suç ortağı tarafından tesadüfi gelişmelere bırakılmamalıdır.

Suç ortağının ikna çabası neticesinde asıl failin, başka bir zamanda ve başka araçlar kullanarak suçu tamamlamak üzere icra hareketlerini terk ederek vazgeçmesi durumunda da vazgeçmenin gönüllü olduğunu kabul etmek gerekecektir.

³¹⁷ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra sayısı: 664, s. 450.

³¹⁸ Özgenç, s. 495.

³¹⁹ Lilie/Albrecht, § 24. Kn. 288.; Tozman, *İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme*, s.223.

³²⁰ Lilie/Albrecht, § 24 Kn. 224.

İştirak halinde işlenen suçlarda suça katılan suç ortağının gönüllü vazgeçmiş sayılabilmesi için; Suç ortağı; suça katkısını tam ve başarılı bir şekilde ortadan kaldırmalı ve suçun tamamlanmaması için ciddi çaba göstermelidir.

Suç ortağının gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilmesi için suçun tamamlanmasının önlenmesi yönünde ciddi çaba göstermeden sadece kendi katkısını ortadan kaldırması yeterli değildir. Ayrıca suç ortağının gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilmesi için neticenin gerçekleşmesini engelleyebilmek için tek seferlik hareketi yeterli değildir. Şayet suç ortağının neticenin engellenmesi için kendi suça katkısının ortadan kaldırılmasının yeterli olmağını ancak suç ortağının diğer suç ortaklarıyla suçu tamamlamama konusunda anlaşmaları etkin çaba kapsamında değerlendirilir ve gönüllü vazgeçme için yeterlidir.³²¹

4.4. GÖNÜLLÜ VAZGEÇENİN BÜTÜN GAYRETİNE RAĞMEN SUÇUN İŞLENMİŞ OLMASI DURUMU (TCK M.41/2B)

Bu madde hükmüne göre suç ortağının vazgeçme hükmünden yararlanabilmesi için önceki katkısından bağımsız olarak suçun tamamlanması ve ayrıca gönüllü ve ciddi çaba göstermesi gerekmektedir.

Madde gerekçesinde;

“Keza, gönüllü vazgeçen suç ortağının bütün gayretine rağmen, diğer suç ortakları suçu işlemiş olabilir. Bu durumda, suçun işlenmiş olmasına rağmen, gönüllü vazgeçen ve suçun işlenmemesi için elinden gelen bütün gayreti gösteren suç ortağının işlenen suça iştiraktan dolayı sorumlu tutulmaması gerekir. Ancak, bu durumda, suç ortağının gönüllü vazgeçme anına kadar gerçekleştirdiği fiillerin bağımsız bir suç oluşturması durumunda, bu suçtan dolayı sorumlu tutulacağı kuşkusuzdur.” denilmektedir.³²²

Görüldüğü gibi daha önce doktrinde ittifakla kabul edilen ve vazgeçenin hareketlerinin nedensel katkısını ortadan kaldırması gerektiği şeklindeki mutlak anlayış son bulmuştur. Yardım eden suça katkısı ile icra hareketleri arasındaki nedensel bağı ortadan kaldırmadan, suç tamamen tesadüfe bağlı olarak başka bir

³²¹ Jescheck/Weigend, s. 550, (RG 56,209 (211), ; (BGH NstZ 1989, 317.)

³²² TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra sayısı: 664, s. 450.

sebeple tamamlanamamışsa dahi gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacaktır.³²³ Örneğin; Asansörün arızalanması nedeniyle asıl failin malı bulunduğu yerden çıkaramaması neticesinde hırsızlık suçunu işleyememesinde olduğu gibi.

Gönüllü vazgeçen suç ortağının tüm çabasına rağmen suç tamamlanmışsa örneğin; bir mağazaya hırsızlık amacıyla giren failin üstüne gönüllü vazgeçen suç ortağı tarafından kapının kilitlenmesi, ancak failin başka bir çıkış yolu bulup çaldığı eşyalarla birlikte kaçması veya gönüllü vazgeçen suç ortağı tarafından polise suç ihbarı yapılması neticesinde yakalanan failin polis elinden kaçması gibi durumlarda artık gönüllü vazgeçen suç ortağı cezalandırılmayacaktır.³²⁴

Azmettirilenin, azmettirenin çabaları sonucu suçun icrasından vazgeçmesi sonucu azmettiren cezasızlıktan yararlanacaktır.³²⁵

Mahkemede ifade verirken mahkeme heyetini yalan şahitlikle yanıltacağı sözünü veren yardım edenin, daha sonra mahkemeyi yanıltma fikrinden vazgeçerek duruşma esnasında gerçek beyanda bulunması sonucunda suçun tamamlanmasını engellemesi durumunda etkili biçimde gönüllü vazgeçmiş olur.³²⁶

Yardım edenin sadece gözcülük yapmayı bırakması (gözcülük yaptığı yeri terk etmesi) vazgeçme için yeterli değildir.³²⁷ Çalınan eşyaların taşınmasına katılmayan yardım edenin şayet asıl failin onsuz da suçu tamamlaması mümkünse vazgeçmesi gönüllü değildir. Suç ortağı suça nedensel katkısını ortadan kaldırması veya neticenin gerçekleşmesini engellemesi şartıyla cezasızlığı kazanabilir. Şayet netice gerçekleşmişse, suç ortağının suça katkısı ile icra edilen fiil arasında nedensel bir bağ bulunmaması gerekir. Ancak bu halde suç ortağı gönüllü vazgeçme hükmünden yararlanır.³²⁸

³²³ Veli Özer Özbek, Nihat Kanbur, Pınar Bacaksız, Koray, Doğan, İlker, Tepe, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, s. 511.

³²⁴ Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 511.

³²⁵ Jescheck/Weigend, s. 551.(RG 47, 358,[361]; 56, 209 [210].)

³²⁶ Jescheck/Weigend, s. 551.(RG 62, 405, [406].)

³²⁷ Jescheck/Weigend, s. 551. (BGH GA 1966, 209.)

³²⁸ Jescheck/Weigend, s. 551.

İştirak halinde işlenen suçlarda suç ortağının suçtaki kendi nedensel katkısını ortadan kaldırması ve suç planına katkı yapmaktan vazgeçtiğini neticenin gerçekleşmesinin engellenmesine yönelik gayretiyle göstermesi gerekir. Vazgeçenin, vazgeçtiğini diğer suç ortaklarına bildirip bildirmemesi veya diğer suç ortaklarının da vazgeçenin vazgeçtiğini bilmesine gerek yoktur. İngiltere yüksek mahkemesince karara bağlanan bir olayda, B ve C bir evi soymak için anlaşıp konuta girmişler ve B gerektiğinde kullanması için C'ye bıçak vermiştir. Bu sırada birilerinin geldiğini duyan B, "Hadi gidelim!" diyerek pencereden atlayıp kaçmış ancak C karşılaştığı kişiyi öldürmüştür. Yüksek mahkeme bu olayda B'nin "Hadi gidelim" diyerek kaçmasını suçun işlenmesini engellemek için yeterli bulmayarak buradaki vazgeçmenin gönüllü olmadığını ve B'nin de C ile birlikte ölümden sorumlu olduğu belirtilmiştir. Söz konusu olayda B, C'nin icra hareketlerinin engellemesine yönelik somut bir davranışta bulunmamıştır.³²⁹

Vazgeçen suç ortağının sonucu önlemeye yönelik en iyi aracı devreye sokması gerekmektedir. Şayet suç ortağı devreye soktuğu bu araçtan sonuç alamayacağı düşüncesindeyse acilen sonuç alacağını düşündüğü araçları devreye sokması gerekmektedir.³³⁰

Diğer taraftan getirilen bu hükümlerle, suç ortağına neticenin gerçekleşmesini önlemede nedensel olmadığı halde gönüllü vazgeçme imkânı tanınmakla birlikte, somut olayın şartlarına göre ciddi bir çabanın olup olmadığı konusunda hakime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır.

Bu sebeple uygulamada ciddi bir ispat sorunuyla karşılaşılacağı endişesi dile getirilmektedir.³³¹

4.4.1. Asıl Failin Vazgeçmesi

İştirak halinde işlenen suçlarda "gönüllü vazgeçme", vazgeçen fail için kişisel indirim nedeni kabul edildiğinden bu durum diğer suç ortaklarına sirayet

³²⁹ Aydın, s. 239. (Dpn; 205)

³³⁰ Tozman, *İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme*, s. 230.

³³¹ Özgenç, s. 495.

etmeyecektir.³³² Burada vazgeçen asli maddi faildir. Asıl fail icra hareketlerine başlamadan önce suçu işlemekten vazgeçerse, iştirak kurallarının ikincil niteliği (bağlılık prensibi) ve iştirake teşebbüsün mümkün olmaması nedeniyle suça katılanları da cezalandırmak mümkün olmaz.³³³ Fail sayısının birden fazla olması halinde ise hangi suç ortağı vazgeçmişse onun hakkında indirim hükmü uygulanacaktır. İcra hareketlerinin tamamlanarak neticenin gerçekleşmesi ve suç yolunun artık kapanması durumunda ancak (post delictum) kanunda gösterilen hallerde etkin pişmanlık hükümleri uygulanabilir.³³⁴

4.4.2. Azmettirenin Vazgeçmesi

Ceza kanunumuz azmettirmeye teşebbüsü suç saymamaktadır. Azmettirilen teşebbüsten gönüllü vazgeçse bile azmettirenin sorumluluğu devam edecektir.

Azmettiren vazgeçtiği takdirde, hareketsiz kalması yeterli olmaz. Azmettiren önceki hareketlerinin (telkinlerinin) etkilerini ortadan kaldırmalıdır. Ancak bu şekilde gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümler uygulanabilecek ve bu şekilde her ikisi de cezadan kurtulabilecektir. Azmettiren esasen icra hareketlerine başlamamışsa azmettiren kimse açısından sorumluluk yoktur.³³⁵

Diğer taraftan azmettiren, azmettirileni suçun icrasına başladıktan sonra, icra hareketlerinin devamı sırasında ya da icra hareketlerini tamamlamadan önce ikna edip durdurabilmişse, başka bir ifadeyle suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemişse, gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümler uygulanacaktır. Ancak, azmettiren asıl faili ikna edememişse, onun sorumluluktan kurtulabilmesi için yetkili mercilere haber vererek icra hareketlerinin tamamlanmasına engel olması gerekir.³³⁶

Şayet o ana kadar azmettirilen tarafından gerçekleştirilen hareketler, ayrı bir suç teşkil etmekteyse azmettiren bu suçtan sorumlu olacaktır.

³³² Soyaslan, s. 297.; Demirbaş, s. 433.

³³³ Hakeri, s. 396.

³³⁴ Aydın, s. 239.

³³⁵ Hakeri, s. 397.

³³⁶ Hakeri, s. 397.

Nihayet azmettiren suç bütün unsurlarıyla tamamlandıktan sonra vazgeçecek olursa ceza kanunumuzun özel hükümler kısmında düzenlenmiş etkin pişmanlık hükümlerinden sadece azmettiren yararlanacaktır.³³⁷

4.4.3. Yardım Edenin Vazgeçmesi

Yardım eden nedensellik değeri taşıyan hareketi gerçekleştirmeden önce vazgeçerse, mesela; insan kaçakçılığı yapan şebeke üyelerini karşı kıyıya götürmeyi kabul eden tekne sahibi, önceden kararlaştırılan gün ve saatte belirtilen yere gelmezse, nedensellik değeri taşıyan bir hareket bulunmadığından tekne sahibini, yardım eden olarak sorumlu tutmak doğru olmayacaktır.³³⁸

Buna karşılık icra hareketleri tamamlandıktan sonra yardım edenin vazgeçmesi durumunda, vazgeçmenin hüküm ifade edebilmesi için, yardım eden yaptığı hareketin nedensellik değerini ortadan kaldırması gerekir.³³⁹ Örneğin; faile suçun icrasında kullanılmak üzere kendi beylik tabancasını veren yardım eden, asli fail bu tabancayı kullanmadan önce yardım edenin vazgeçip tabancasını geri alması ya da asıl failden tabancasını geri almadan durumu polise haber vermesi durumunda olduğu gibi.³⁴⁰

Ancak yardım eden fail icra hareketlerine başladıktan sonra suçun tamamlanmasını ya da neticenin gerçekleşmesine engel olması şartıyla gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilir.³⁴¹

Yardım eden suç bütün unsurlarıyla tamamlandıktan sonra vazgeçecek olursa ceza kanunumuzun özel hükümler kısmında düzenlenmiş etkin pişmanlık hükümlerinden birine uygun hareket ettiği takdirde, sadece kendisi bakımından ilgili hüküm uygulama alanı bulacaktır. Şayet ceza kanunumuzun özel hükümler

³³⁷ Hakeri, s. 398.

³³⁸ Hakeri, s. 398.

³³⁹ Centel/Zafe/Çakmut, s.464.

³⁴⁰ Demirbaş, s. 434.

³⁴¹ Koca/Üzülmez, s. 393.

bölümünde yardım edenin işlediği suçla ilişkin bir hüküm yoksa yardım edenin pişmanlığının etkisi olmayacaktır.³⁴²

³⁴² Hakeri, s. 398.

SONUÇ

Genel olarak ifade etmek gerekirse 5237 sayılı TCK gönüllü vazgeçme konusunda 765 sayılı kanundan farklı olarak yeni düzenlemeler getirmiştir. 5237 sayılı TCK'nın 36.maddesindeki düzenlemeyle 765 sayılı TCK döneminde yer verilen "ihtiyariyle vazgeçme" ve "faal nedamet" ayrımı kaldırılmış, yeni düzenlemeye "faal nedamet" de dâhil edilerek gönüllü vazgeçmenin kapsamı genişletilmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunumuzda gönüllü vazgeçme konusunda yapılan en önemli değişiklik, failin icra hareketlerini tamamlamasından sonraki aşamada gönüllü vazgeçmesi halinde cezasızlık imkânından yararlanabileceği şeklindeki düzenlemedir. Bu durum kanun koyucu tarafından madde gerekçesinde ceza siyaseti anlayışına dayandırılmıştır. Söz konusu düzenleme suça özendirebileceği gibi suçluyu koruma ve bir takım ispat sorunlarına yol açabileceği iddialarını da gündeme getirmiştir.

TCK'nın 36. maddesine göre teşebbüs edilen suçta gönüllü vazgeçme oluşabilmesi için "fail kendi çabasıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini" engellemelidir. İcra hareketlerinin henüz tamamlanmaması ve neticenin gerçekleşmemesi durumundan farklı olarak; fail, gönüllü, bilinçli, istekli ve sonucu engellemeye yönelik aktif iradî davranışlar sergilemelidir. Failin hareketsiz kalarak pasif davranışta bulunması, cezasızlıktan yararlanması için yeterli değildir.

Öğretide gönüllü vazgeçmenin kabul edilme nedeni konusunda çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Gönüllü vazgeçmenin temelini "kriminalpolitik" (suç siyaseti) düşüncesine dayandırarak açıklayan görüşe itibar etmek gerektiği gibi, ayrıca gönüllü vazgeçmenin ceza hukukundaki sistematik yerini, cezayı ortadan kaldıran kişisel neden olarak açıklayan görüşe de katılmak gerekir.

Failin gönüllü vazgeçme hükmünden yararlanabilmesi, için her şeyden önce vazgeçmenin gönüllü olması gerekir. Gönüllülük kavramının ne şekilde belirleneceği konusunda çeşitli teoriler ortaya atılmıştır. Gönüllülüğü; failin otonom ve heteronom kararlarına dayanmasına göre belirleyen görüşe katılmak isabetli olacaktır. Fail

özgürce kararını alıyor ve onu zorlayan hiçbir neden olmadan, kararının hâkimi olarak icra hareketlerini terk ediyor ya da kanunî tipe uygun neticenin gerçekleşmesini önliyorsa, vazgeçme hareketi içsel (otonomdur) ve gönüllüdür.

Buna karşılık vazgeçme davranışı onun özgür kararına dayanmıyor, failin kararı “manevi baskı” altında veya kendi dışında ondan bağımsız şartlarca belirleniyorsa vazgeçme davranışı dışsal (heteronomdur), dolayısıyla vazgeçme gönüllü olmayacaktır.

İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme konusu 5237 sayılı kanunda yeniden ele alınmıştır. Bu kapsamda iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme hükmünün uygulanabilmesi için suç fiilinin TCK m. 35’e göre; “cezalandırılabilir teşebbüs evresine girmesi” gerekir. TCK m. 41/1’de “İştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır.” denilerek TCK m. 36’ya atıf yapılmış, yalnızca suç ortağının gönüllü vazgeçmesi halinde bu madde hükmü kapsamında değerlendirileceği hükmü getirilmiştir.

İştirakin özelliği gereği, bir suça başka kişilerin katılması nedeniyle, gönüllü vazgeçen suç ortağı diğer suç ortaklarının işlediği hareketlerden de sorumludur. Dolayısıyla sadece suça kendi katkısını ortadan kaldırması yeterli değildir. Ayrıca iştirak halinde işlenen suçun tamamlanmasını önlemelidir.

TCK md. 41/2 a’ya göre vazgeçen suç ortağına, vazgeçme davranışının sonucun önlenmesinde nedensel olmamasına rağmen gönüllü vazgeçme imkânı tanınmıştır. Buna göre; gönüllü vazgeçen suç ortağı, suçun işlenmemesi için elinden gelen bütün gayreti göstermesine karşın suçun işlenişi bu gayretler dışında başka bir nedenle işlenememiş olabilir. Bu durumda dahi, gönüllü vazgeçen suç ortağını gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlandırmak gerekecektir. Burada TCK madde 41/1 ‘in aksine suçun suç ortağının davranışı haricinde başka bir nedenden dolayı işlenmemiş olması ve suç ortağının neticenin gerçekleşmemesi için mutlaka gönüllü ve ciddi çaba içine girmesi gerekmektedir. Ciddi çaba ile anlatılmak istenen, suç ortağının sonucun gerçekleşmesini önlemek için yeterli ve sonuç alıcı nitelikte uygun davranışlarda bulunmasıdır.

TCK m. 41/2b'ye göre neticenin engellenmesi yönünde bütün gayreti göstermiş, elinden gelen imkânları kullanmış olan suç ortağına suç tamamlanmış olmasına rağmen gönüllü vazgeçme hükmünden yararlanma imkânı tanınmıştır. Daha önce doktrinde ittifakla kabul edilen ve vazgeçenin hareketlerinin nedensel katkısını ortadan kaldırması gerektiği şeklindeki mutlak anlayış son bulmuştur.

Ayrıca getirilen bu hükümle suç ortağına neticenin gerçekleşmesini önlemede nedensel olmadığı halde gönüllü vazgeçme imkânı tanınmakla birlikte, somut olayın şartlarına göre ciddî bir çabanın olup olmadığı konusunda hâkime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır.

KAYNAKÇA

A. Kitaplar

- [1] Artuk, M. E., Gökçen, A., Yenidünya, C., (2009), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Bası, Ankara.
- [2] Aydın, Devrim., (2009), *Suçta İştirak*, Yetkin Yayınevi, Ankara.
- [3] Baumann, J., Weber, U., Mitsch, W., (2003), *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 11 Auflage, Bielefeld.
- [4] Braunschneider, H., (2005), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11. Auflage, Frankfurt.
- [5] Centel, N., Zafer, H., Çakmut, Ö., (2010), *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 6. Bası, İstanbul.
- [6] Demirbaş, T., (2009), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- [7] Dönmezer, S., Erman, S., (1994), *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Genel Kısım, C. I, 11. Bası, İstanbul.
- [8] Dönmezer, S., (2003), *Genel Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları.
- [9] Ebert, U., (2001), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg.
- [10] Erdener, Y., (2004) *Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu*, Kazancı hukuk Yayınları, İstanbul.
- [11] Freund, G., (2009), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Berlin-Heidelberg.
- [12] Frister, H., (2011), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, München.
- [13] Günay, Erhan., (2006), *Öğreti ve Uygulamada Yeni Türk Ceza Kanunundaki Etkin Pişmanlık ve Gönüllü Vazgeçme*, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- [14] Gropp, W., (2005), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Berlin-Heidelberg.
- [15] Hafizoğulları, Z., (2008), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, US-A Yayınevi, Ankara.
- [16] Haft, F., (2004), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, München.
- [17] Hakeri, H., (2009), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- [18] Hakeri, H., (2003), *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri*, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- [19] Heinrich, B., (2010), *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 2. Auflage, Stuttgart.

- [20] İçel, K., Sokullu Akıncı, F., Özgenç, İ., Sözüer, A., Mahmutoğlu, F, S., Ünver, Y., (2000), *Suç Teorisi*, 2. Kitap, Beta Yayınevi, İstanbul.
- [21] İçel, K., Donay, S., (1999), *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku* 1. Kitap, 3. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul.
- [22] Jacobs, G., (1991), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Berlin-Newyork.
- [23] Jäger, C., (2011), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Heidelberg.
- [24] Jescheck, H.H., Weigend, T., (1996), *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin.
- [25] Keçelioğlu, Elvan., (2009) *Der Einfluss des deutschen Strafgesetzbuches auf das neue türkische Strafgesetzbuch*, Dr.Kovac Verlag, Hamburg.
- [26] Kindhäuser, U., (2009), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Baden-Baden.
- [27] Koca, M., Üzülmöz, İ., (2009), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- [28] Krey, V., Esser, R., (2011), *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4.Auflage, Stuttgart.
- [29] Krüger, R., (2011), *Strafrecht Allgemeiner Teil II*,13. Auflage, Münster.
- [30] Kudlich, H., (2009), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, München.
- [31] Kühl, K., (2008), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, München.
- [32] Lackner, K., Kühl, K., (2011), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. Auflage, München.
- [33] Lilie, H., Albrecht, D., (2003), Rücktritt, in: *Leipziger Kommentar (LK), Strafgesetzbuch-Grosskommentar, 1. Band*, 12. Auflage, Berlin.
- [34] Otto, H., (2000), *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 6. Auflage, Berlin.
- [35] Önder, A., (1992), *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul.
- [36] Özbek, V, Ö., (2006), *TCK İzmir Şerhi, Yeni Ceza Kanunununun Anlamı*, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- [37] Özbek, V, Ö., Kanbur, N., Bacaksız, P., Doğan, K., Tepe, İ., (2010), *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- [38] Özgenç, İ., (2009), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara.

- [39] Özgenç, İ., (2005), *Gazi Şerhi, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- [40] Öztürk, B., Erdem, M. R., (2007), *Ceza Hukuku (Genel Hükümler ve Özel Hükümler)*, Turhan Kitabevi, 5. Baskı, Ankara.
- [41] Parlar, A., Hatiboğlu, M., (2008), *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 1. Cilt*, Ankara.
- [42] Puppe, İ., (2011), *Strafrecht, Allgemeiner Teil, im Spiegel der Rechtsprechung* 2.Auflage, Baden Baden.
- [43] Rengier, R., (2011), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3.Auflage, München.
- [44] Roxin, C., (2006), *Strafrecht - Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Auflage, München.
- [45] Roxin, C., (2003), *Strafrecht - Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München 2003.
- [46] Schmidt, R., (2011), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, Bremen.
- [47] Schönke, A., Schröder, H., (2010), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. Auflage, München.
- [48] Schumann, A., (2006), *Zum Standort des Rücktritts vom Versuch im Verbrechenaufbau*, Berlin.
- [49] Soyaslan, D., (1994), *Teşebbüs Suçu*, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara.
- [50] Soyaslan, D., (2005), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası Ankara.
- [51] Sözüer, A., (1994), *Suçta Teşebbüs*, Ankara.
- [52] Stratenwerth, G., Kuhlen, L., (2011), *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat*, 6.Auflage, München.
- [53] Toroslu, N., (1987), *Nasıl Bir Ceza Kanunu*, Ankara
- [54] Toroslu, N., (2007), *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara.
- [55] Tozman, Ö., (2008). *Türk Ceza Hukukunda Suçta Teşebbüs*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara.
- [56] Wessels, J., Beulke, W., (2010), *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau*, 40. Auflage, Heidelberg.

B. Dergiler

[57] *Adliye Ceridesi*, (1941) s. 648, y. 32, Ankara.

[58] Artuk, M.E., Çınar, A.R., (2004), *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Yeni bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler*, TBB Yayınları, Ankara.

[59] Bayraktar, K., (1968), *Faal Nedamet, İ.Ü.H.F.D.M*, C. XXXIII, S. 3-4, İstanbul.

[60] Bayraktar, K., (2004), *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türk Ceza Kanunu Tasarısına İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri*, TBB Yayınları, Ankara.

[61] Erra, C., (1944), *Teşebbüste İhtiyarıyla Vazgeçme*, (Çev. Sahir Erman), İÜHFMD, C. X, S. 1-2, İstanbul.

[62] Erem, F., (1946), *Suçta İştirak, AÜHFD*, C.3, S.1, Ankara.

[63] Keçelioğlu, E., Sönmez, O., (2012), *Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme*, Erzurumluoğlu Armağanı, Ankara Barosu Yayını, Ankara.

[64] Puppe, İ., (1984), *Der Halbherzige Rücktritt, - Zugleich eine Besprechung von BGHSt 31, 46-*, in: NSTZ, s. 490.

[62] Toroslu, N., Ersoy, Y., (2004), *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Kanunlaşması Gereken Bir Tasarı*, TBB Yayınları, Ankara.

[65] Tozman, Ö., (2009), *İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme*, TBB Dergisi, Sayı 82, Ankara.

[66] Yarsuvat, D., Bayraktar, K., Yüzbaşıoğlu, N. ve diğerleri., (2004) *Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler, Görüşler, Raporlar, İkinci Kitap, Türk Ceza Kanunu Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü*, TBB Yayınları, Ankara.