

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

SERTAÇ IŞIKA

2502120198

TEZ DANIŞMANI:

PROF. DR. ADEM SÖZÜER

İSTANBUL-2019

ÖZ
GÖNÜLLÜ VAZGEÇME
SERTAÇ IŞIKA

Gönüllü vazgeçme, suç yoluna girerek suçun icra hareketlerine başlayan failin vazgeçmiş olması nedeniyle cezalandırılmasını engelleyen bir kurumdur. Cezasızlığın sebebi olarak, kurumun tarihi gelişimi sürecinde birçok teoriler ileri sürülmüştür. Suç politikası teorileri, kurumun amacı dikkate alındığında kabul edilebilir görülmektedir. Failin gönüllü vazgeçme imkanından yararlanması, suçun tamamlanmasına kadar olan tüm aşamalarda mümkündür. Ancak vazgeçme anında içerisinde bulunduğu süreç, faile farklı yükümlülükler yüklemektedir. Ayrıca failin cezasızlık sonucunu elde edebilmesi, gönüllülük unsurunun varlığına bağlıdır.

ANAHTAR KELİMELER: Gönüllü Vazgeçme, Suça Teşebbüs, Başarısız Teşebbüs, Suça İştirakde Gönüllü Vazgeçme, İhmali Suçlarda Gönüllü Vazgeçme, Aktif Pişmanlık, Gönüllülük

ABSTRACT

VOLUNTARY ABANDONMENT

SERTAÇ IŞIKA

The voluntary abandonment is an institution that prevents the punishment of the offender who has begun the execution of the crime by entering the crime. As the cause of impunity, many theories have been put forward in the historical development of the institution. The theories of crime policy appear to be acceptable, given the purpose of the institution. It is possible for the offender to give up the possibility of voluntary withdrawal at all stages of the crime. However, the process in which the cessation takes place loads different obligations to the perpetrator. In addition, the fact that the perpetrator is able to obtain impunity results in the existence of the element of volunteering.

KEYWORDS: Voluntary abandonment, attempt to crime, conscious abandonment, voluntary abandonment in aiding and abetting, voluntary abandonment in negligent crimes, active regretting, voluntariness.

ÖNSÖZ

Ceza hukuku genel hükümler alanının temel konularından olan suça teşebbüs meselesi failin cezalandırılmasını genişletirken, yine suçun tamamlanmaması konusu olan gönüllü vazgeçme failin cezasızlığını öngörmektedir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde farklı bir düzenlemeye sahip olan gönüllü vazgeçme kurumu, Türk ceza hukuku reformu ile getirilen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yeniden ele alınmıştır. Değişiklikten sonra monografik anlamda ciddi biçimde ele alınmayan gönüllü vazgeçme konusu, doktora tezi olarak ele alınma ihtiyacını ortaya koymuştur. Konu, özellikle teorilerin temelini atıldığı Alman hukuku düzenlemesi ve tartışmaları ile birlikte ele alınmıştır. Konunun seçiminde ve tamamlanması aşamasında desteğini eksik etmeyen değerli hocam ve tez danışmanın Prof. Dr. Adem Sözüer'e teşekkürlerimi sunarım.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	i
ABSTRACT	ii
ÖNSÖZ	iii
KISALTMALAR LİSTESİ	x
GİRİŞ	xi

BİRİNCİ BÖLÜM

GÖNÜLLÜ VAZGEÇME KAVRAMI, HUKUKİ TEMELİ VE SİSTEMATİK KONUSU

I. KAVRAMA GENEL BAKIŞ	4
II. KURUMUN TARİHİ GELİŞİMİ	6
A. ALMAN HUKUKU	10
B. TÜRK HUKUKU	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
1. 765 Sayılı Türk Ceza Kanununda Gönüllü Vazgeçme	14
2. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Gönüllü Vazgeçme ...	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
III. CEZALANDIRMAMANIN HUKUKİ TEMELİ	18
A. HUKUK TEORİLERİ	18
1. Sübjektif Teoriler	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
a. İptal Teorisi	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
b. Yokluk Teorisi	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
c. Kastın Zayıflığı Teorisi	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
d. Karine Teorisi	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.
2. Objektif Teoriler	24
a. Norma Aykırılığın Ortadan Kalktığı Yönündeki Yaklaşımı	24
b. Hukuka Aykırılığın Şahsi Bir Sebep Olarak Kendisini Gösterdiği Yönündeki Yaklaşım	25
c. Vazgeçmenin Olumsuz Bir Unsur Olduğu Yönündeki Yaklaşım	26
B. SUÇ POLİTİKASI TEORİLERİ	26
1. Psikolojik Zorlama Teorisi	27
2. “Altın Köprü” Teorisi	28

3. Cezanın Amacı Teorisi.....	33
4. Af – Ödül Teorisi	35
d. Kusurun Kalkması Teorisi	37
C. GÖNÜLLÜ VAZGEÇMENİN SİSTEMATİK OLARAK	
SINIFLANDIRILMASI.....	39
1. Vazgeçmenin Haksızlığı Kaldırdığı Yönündeki Görüş	40
2. Vazgeçmenin Kusuru Kaldırdığı (Mazeret Nedeni Olduğu) Yönündeki	
Görüş	40
3. Vazgeçmenin Cezayı Kaldıran Şahsi Bir Sebep Olduğu Yönündeki Görüş	
.....	41
4. Türk Ceza Kanunu’na Göre Vazgeçmenin Hukuki Niteliği	42
D. GÖNÜLLÜ VAZGEÇME DÜZENLEMESİNİN UYGULAMA ALANI ..	46
1. İcra Hareketleri Başlamış Olan Bir Suçun Varlığı.....	46
a. Objektif Teoriler.....	47
b. Subjektif Teoriler	49
c. Karma Teoriler	50
d. Kanaatimiz	51
e. TCK’nın Kabul Ettiği Yaklaşım ve Uygulama	52
2. Tamamlanmamış Bir Suçun Varlığı	57
3. Geri Dönüşsüz Teşebbüs (Der fehlgeschlagene Versuch) Halinde Gönüllü	
Vazgeçmenin Uygulanabilirliği	58
a. Geri Dönüşsüz Teşebbüs Kavramı	58
b. Geri Dönüşsüz Teşebbüs ile Elverişsiz Teşebbüs (Der untaugliche	
Versuch) Arasındaki Ayrım	59
c. Geri Dönüşsüz Teşebbüs Halleri.....	60
(1) Suçun Tamamlanmasının Fail Açısından Artık Mümkün Olmaması	
.....	60
(2) Hareketin Konusunun Planlanan Suçtaki Konuya Uymaması	62
4. Suçun İşlenişi Bakımından Özellik Gösteren Suç Tiplerinde Gönüllü	
Vazgeçmenin Uygulanabilirliği	63
a. Kabahatlere Teşebbüs.....	63
b. Taksirli Suçlara Teşebbüs	64

c. Teşebbüs Suçuna Teşebbüs	65
d. Sırf Hareket Suçlarına Teşebbüs	65
e. Tehlike Suçlarına Teşebbüs	66
f. Kesintisiz Suçlara Teşebbüs	67
g. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suça Teşebbüs	67
h. Objektif Cezalandırılabilme Şartı Öngören Suçlara Teşebbüs	69

İKİNCİ BÖLÜM

GÖNÜLLÜ VAZGEÇME KURUMUNUN YAPISAL UNSURLARI

I. GENEL AÇIKLAMALAR	70
II. SUÇUN VAZGEÇME NEDENİYLE TAMAMLANMAMIŞ OLMASI	74
A. Suçun İcra Hareketlerinin Devamı Sırasında Vazgeçme	75
1. Objektif Unsur Olarak İcra Hareketlerinden Vazgeçilmesi	76
a. Vazgeçme	76
b. Vazgeçmenin Samimi Olması	82
c. Vazgeçmenin Kesin Olması	82
d. Başarısızlıkla Sonuçlanan Ancak Tekrarı Mümkün İcra Hareketlerinde Gönüllü Vazgeçme	86
(1) Suç Planı Teorisi	88
(2) Bireysel Hareket Teorisi	89
(3) Bütüncül Değerlendirme Teorisi	89
(4) Karma Görüşler	90
(5) Kanaatimiz ve Türk Hukukunda Durum	94
B. Suçun İcra Hareketlerinin Tamamlanmasından Sonra Vazgeçme	103
1. Suçun Tamamlanmasına veya Neticenin Gerçekleşmesini Önlemeye Yönelik Aktif Hareket	104
a. Hareketin Aktif Olması	104
b. Hareketin İradi Olması	106
c. Hareketin Elverişliliği	107
(1) Şansın Artırılması Teorisi	108
(2) En İyi Performans Teorisi	110
(3) Farklılaşma Teorisi	112
(4) Failin Görüşü Bakımından Elverişlilik	114

(5) Türk Ceza Kanununun Kabul Ettiği Anlayış ve Yargıtay Uygulaması	115
2. Suçun Tamamlanmasının veya Neticenin Gerçekleşmesinin Önlenmesi	120
a. Suçun Tamamlanmasının Önlenmesi.....	120
b. Nedensellik ve İsnat Edilebilirlik.....	123
III. İŞTİRAK HALİNDE İŞLENEN SUÇLARDA GÖNÜLLÜ VAZGEÇME...	126
A. Genel Bakış ve Düzenlemenin Amacı	126
B. Kurumun Kapsamı Dışında Kalan Haller	130
1. Hazırlık Hareketleri Aşamasında Vazgeçme	130
2. Suçun Tamamlanmasında Suç Ortağının Katkısının Devamı.....	132
3. Suç Ortağının Suçun Tamamlanmasına Yönelik Kastının Olmaması	137
C. İŞTİRAK HALİNDE İŞLENEN SUÇLARDA GÖNÜLLÜ VAZGEÇMEDEN	
YARARLANABİLME ALTERNATİFLERİ	139
1. Suçun Tamamlanmasını ya da Neticenin Gerçekleşmesini Önleme.....	140
a. Teşebbüs Edilen Suçun Tamamlanmasını ya da Neticenin Gerçekleşmesini Önleme	140
(1) Dolaylı Fail.....	142
(2) Müşterek Fail.....	143
(3) Yardım Eden.....	145
(4) Azmettiren	147
b. Başka Bir Suçun İşlenmesi Halinde Gönüllü Vazgeçmenin Etkisi	148
2. Suçun Tamamlanmasının Önlenmesine Yönelik Ciddi Çaba ile Gönüllü Vazgeçme.....	154
a. Suçun Başka Bir Sebep İle İşlenmemiş Olması	155
b. Suçun Vazgeçenin Gayretine Rağmen İşlenmiş Olması.....	158
c. Neticenin Önlenmesine Yönelik Ciddi Çaba	163
IV. İHMALİ SUÇLARDA GÖNÜLLÜ VAZGEÇME	165

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GÖNÜLLÜLÜK

I. GÖNÜLLÜLÜK KAVRAMI	169
II. GÖNÜLLÜLÜĞÜN TESPİTİNDE BAŞVURULAN TEORİLER	171
A. Psikolojik Yaklaşım	171
1. Psikolojik Yaklaşımın Temeli.....	171
2. Otonom ve Heteronom Saikle Vazgeçme	172
a. Otonom Saik.....	172
b. Heteronom Saik.....	174
3. Psikolojik Yaklaşım Yönelik Eleştiriler.....	175
B. Frank Formülü	176
C. Normatif Yaklaşım	177
1. Suçlu Mantığı Teorisi.....	178
2. Norma Uygunluğa Dönüş Yaklaşımı	180
3. Hukuk Düzenine Dönüş Yaklaşımı.....	181
4. Zorunluluk Halinin Koşullarını Ölçüt Alan Yaklaşım.....	182
5. Dolaylı Faillik Halinin Koşullarını Ölçüt Alan Yaklaşım	182
D. Kanaatimiz	183
III. GÖNÜLLÜLÜĞÜN TESPİTİNDE PSİKOLOJİK VE NORMATİF YAKLAŞIM UYGULAMALARI	184
A. Psikolojik Yaklaşım ile Normatif Yaklaşımın Sonuçlar Bakımından Örtüştüğü Yapılar.....	185
1. Suç Planına Göre Riskin Arttığı Haller ve Fark Edilme Korkusu	185
2. Cezalandırılma Korkusu	187
3. Etik Nedenle Vazgeçme	188
B. Psikolojik Yaklaşım ile Normatif Yaklaşımın Sonuçlar Bakımından Çeliştiği Yapılar.....	189
1. Suçun İşlenmesi Sırasında Failin Önceliğinin Değişmesi	190
2. Failin Suç İşleme Yöntemini Değiştirmesi	191
3. Failin Üstesinden Gelinmesi Zor Manevi Bir Engelle Karşılaşması	193
C. Gönüllülüğün Değerlendirildiği Bazı Örnek Yapılar	194
1. Failin İçsel Nedenlerle Vazgeçmesi.....	194

2. Şarta Bağlı Hallerde Şartın Gerçekleşmemesi Nedeniyle Vazgeçme.....	196
3. Mağdur Davranışı ya da Dış Etkenler Nedeniyle Failin Vazgeçmesi.....	197
4. Suçun Konusunun Failin Beklentisini Karşılamadığı Olaylar	198
D. Kusur Yeteneğinin Bulunmadığı Durumda Gönüllülük	200
E. Gönüllüğün Tespitinde Şüpheyeye Düşülmesi	201
IV. GÖNÜLLÜ VAZGEÇMENİN ETKİN PİŞMANLIKTAN FARKI.....	202
V. GÖNÜLLÜ VAZGEÇMENİN HUKUKİ SONUÇLARI	204
A. Teşebbüs Nedeniyle Cezalandırılmama	204
B. Gönüllü Vazgeçmenin Vazgeçme Anına Kadar Tamamlanmış Olan Suça Etkisi	205
C. Ceza Muhakemesine İlişkin Sonuçlar	209
SONUÇ.....	211
KAYNAKÇA	220
ÖZGEÇMİŞ.....	236

KISALTMALAR LİSTESİ

a.g.e.	:Adı Geçen Eser
AIHM	:Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	:Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Alm. CK	:Alman Ceza Kanunu
AT	:Der Allgemeine Teil
AÜHFD	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BGH	:Bundesgerichtshof
Bkz.	:Bakınız
bs.	:Baskı
C.	:cilt
CD.	:Ceza Dairesi
CGK.	:Ceza Genel Kurulu
CHD	:Ceza Hukuku Dergisi
CMK	:5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	:Çeviren
dn.	:dipnot
E.	:Esas
ETCK	:765 Sayılı Türk Ceza Kanunu
GA	:Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GSÜHFD	:Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD	:Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JA	:Juristische Arbeitsblätter
JCP	:Juris-Classeur Périodique
JuS	:Juristische Schulung
JZ	:Juristen Zeitung
kn.	:Kenar numarası
K.	:Karar Numarası

m.	:Madde
NJW	:Neue Juristische Wochenschrift
No	:Sayı
NK	:Nomos Kommentar Strafgesetzbuch
NStZ	:Neue Zeitschrift für Strafrecht
Parg.	:Paragraf
R.G.	:Resmi Gazete
s.	:sayfa
S/S	:Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar
StGB	:Strafgesetzbuch
:	:Karar Tarihi
TBB Dergisi	:Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	:5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu
TDK	:Türk Dil Kurumu
UK	:United Kingdom
v.	:Karşı
vd.	:ve devamı
YD	:Yargıtay Dergisi
ZStW	:Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
§	:Paragraf

GİRİŞ

Toplumsal düzenin tesis edilebilmesi ve barış içerisinde devamının sağlanabilmesi için toplumu oluşturan bireylerin belli davranış normlarına uyması gerekmektedir. Bu normlar din, ahlak, gelenek ve kültürel değerler kaynaklı olmakla birlikte, hukuk kuralları ile desteklenmesi suretiyle toplumsal düzenin korunmasında etkin bir rol alabileceklerdir. Toplumsal düzenin korunması her hukuk disiplininin amacı olduğu gibi, ceza hukuku da suç ve ceza siyaseti ile bu amaca hizmet etmektedir.

Ceza hukuku, sahip olduğu yaptırım araçları vasıtasıyla; suç işleyerek toplum düzenini zedeleyen bireye bedel ödetme ve ıslah etme fonksiyonunu yerine getirirken, diğer taraftan daha önce hiç suç işlememiş veya henüz suç yolunda olan bireyler üzerinde de önleyici fonksiyonunu yerine getirmektedir. Ceza hukukunun önleyici fonksiyonu cezalandırma suretiyle sağlanabildiği gibi bazen ödüllendirmekle de bu amaca hizmet edilebilmektedir. Gönüllü vazgeçme kurumu da, kanun koyucu tarafından benimsenen suç siyaseti gereği ödüllendirme mekanizması içeren ve suç işlenmesinin önlenmesine yönelik ihdas edilen bir ceza hukuku kurumudur.

Bu noktada; Bentham'ın, kanunlaştırma faaliyetlerinde kanun koyucunun izlemesi gereken yöntem konusundaki düşünceleri anımsanmaktadır. O'na göre; ceza hukukunun dayandığı ultima ratio prensibi gereği, bireyi öncelikli olarak suç işlemekten caydırmayı amaçlayan kanun koyucu aşamalı olarak şu şekilde hareket etmelidir¹. Kanun koyucunun öncelikli amacı, mümkün olduğu ölçüde tüm suçları önlemektir. Bunun mümkün olmaması halinde sonraki öncelik ise; bir suç işlemek zorunda kalan bireyin daha ağır bir suçu işlemek yerine daha hafif olanı işlemeye yönlendirilmesi olmalıdır. Sonraki amaç; bir suçu işlemeye yönelmiş bireyi, suçu

¹ Jeremy Bentham, **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation (1781)**, Batoche Books Kitchener, 2000, s.140.

işlemek ile ulaşmak istediği amaçtan daha fazlasına yönelmemesini, yani en az zarar vermesini sağlamak olmalıdır. Son amaç ise; önlenmeye çalışılan suçun, olabildiğince az bir zararla önlenmesidir. Bentham, bu şekilde suçun işlenmesi ile ortaya çıkabilecek zararın, toplumsal düzen üzerindeki etkisi ile önleme mekanizmalarının önemine dikkat çekmiştir. Bu bağlamda gönüllü vazgeçme kurumu da izlenen suç politikası doğrultusunda, suç işleyen bireyin, suç işlemek suretiyle toplum düzenini bozucu davranışının toplumda yaratacağı maliyeti en aza indirmeyi amaçlamaktadır. Suç işleme doğrultusunda suç yoluna girerek cezalandırılabilir alana dahil olan birey, gönüllü vazgeçme kurumunun sunduğu cezasızlık ile ödüllendirilerek suç işlemekten ya da işlemekte olduğu suçu tamamlamaktan alıkonulmaya çalışılmaktadır.

Hukukumuzdaki normatif düzenlemelere baktığımızda; Türk Ceza Kanununun 35. maddesinde, kişinin işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması halinde, tamamlanmış suça göre daha az cezalandırılmasına rağmen teşebbüsten dolayı sorumlu tutulacağı düzenlenmektedir. Kanunun 36. maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçme ise; kişinin, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacağını düzenlemektedir. Bunun yanında tamam olan kısım esasen bir suç oluşturuyorsa, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılacağını ifade ederek bireyi suç işlemekten önlemeyi ödüllendirme vasıtasıyla sağlamayı amaçlamaktadır. Madde gerekçesinde de bu husus, *“failin suçu tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçmesini teşvik etmek modern suç politikasının temel araçlarından biridir.”*; şeklinde ifade edilerek, suç politası gereği araç olarak “cezasızlık” ödülü kullanılmaktadır.

Çalışmamız; genel olarak gönüllü vazgeçme kurumu, gönüllü vazgeçme kurumunun yapısal unsurları ve gönüllülük olmak üzere üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde; genel itibariyle gönüllü vazgeçme kavramı ve gönüllü vazgeçme kurumunun tarihi boyutuyla gelişimi ele alınmaktadır. Bunun akabinde, gönüllü vazgeçmenin cezasızlık sonucunun dayanağını oluşturan teoriler hukuk teorileri ve

suç politikası teorileri olarak iki ana başlık altında incelenmektedir. Bu incelemenin devamında gönüllü vazgeçmenin hukuki niteliğinin tespiti ve akabinde TCK'daki sistemiği ele alınmaktadır. Gönüllü vazgeçme genel hüküm niteliğinde olup, kural olarak bütün suçlar için uygulanabilecektir. Ancak bazı suçlar niteliği gereği teşebbüse elverişli olmayıp, özel durumlara sahiptir. Bu açıdan gönüllü vazgeçmenin uygulanma koşulları da suça teşebbüs kurumu ile sıkı bağlantı halinde olması nedeniyle gönüllü vazgeçmenin uygulanabileceği suç tipleri konusu da ayrı bir başlık altında teşebbüs ile bağlantılı bir inceleme yapılmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde; “Gönüllü Vazgeçme Kurumunun Yapısal Unsurları” bölüm başlığında, gönüllü vazgeçme kurumunun uygulanabilme şartları incelenmiştir. Bu bağlamda, suçun icra hareketleri aşamasındaki gönüllü vazgeçme ile icra hareketlerinin tamamlanmasından sonraki aşamada gönüllü vazgeçme koşulları bakımından farklılık göstermesi sebebiyle iki farklı başlıkta ele alınmıştır. Akabinde ise iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme konusu, suç ortaklarının nitelikleri bakımından tek tek değerlendirilmiştir. İkinci bölümde son olarak ihmali suçlarda gönüllü vazgeçme konusu müstakil bir başlık altında incelenmiştir.

Son bölümde ise kanaatimizce gönüllü vazgeçmenin tespitindeki en zor nokta olan gönüllülük konusu, ilgili teoriler incelenerek açıklanmaya çalışılmıştır. Devamında gönüllü vazgeçme kurumu ile etkin pişmanlık kurumu arasındaki farklılıklar ile gönüllü vazgeçmenin değerlendirilerek sonlandırılmıştır. Çalışmamızın bütününde gönüllü vazgeçme konusunun teoriler bakımından taşıdığı zenginlik, kanuni düzenlemelerde ve uygulamalardaki yakınlık ile Türk ve Alman hukuklarındaki etkileşimler sebebiyle Alman hukuku ile birlikte ele alınmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

GÖNÜLLÜ VAZGEÇME KAVRAMI, HUKUKİ TEMELİ VE SİSTEMATİK KONUMU

I. KAVRAMA GENEL BAKIŞ

Bir suç işleme yönünde hareket eden fail, “suç yolu” (iter criminis) adını verdiğimiz süreçte hedefine ulaşmak için belli aşamaları tamamlamak durumundadır. Bu süreç; failin suç işleme kararı alması ile başlayarak, suçun icrasına yönelik hazırlık hareketleri ile devam eder ve suçun icra hareketlerinin tamamlanması ya da neticeli suçlarda neticenin gerçekleşmesi ile sona erer². Günümüz çağdaş ceza hukukunun dayandığı pek çok ilkeyi ortaya koyan Beccaria’nın da ifade ettiği üzere; yasalar tek başına niyeti cezalandırmamalıdır (*cogitationis poenam nemo patitur*). Bir davranış, suç işleme iradesini şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya koyduğu takdirde, suça ilişkin unsurların gerçekleşmesi halinde cezalandırılabilir³. Bu doğrultuda, “suç yolu”nda hazırlık hareketleri kural olarak ceza sorumluluğu doğurmazken⁴, suç konusunun tehlikeye maruz kaldığı ya da zarara uğradığı aşama

² Hans Joachim Rudolphi, “Versuch, Rücktritt”, **Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Band I, 2. Auflage, Frankfurt am Main, Carl Heymanns, 1977, §22, kn. 1; Hans Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Berlin, Duncker&Humblot, 1996, s.509; Harro Otto, **Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre**, 7. Auflage, Berlin, De Gruyter Recht, 2004, §18, kn. 1; Walter Gropp, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. Auflage, Heidelberg, Springer, 2005, §9, kn.7; Thomas Hillenkamp, “Versuch”, **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Großkommentar**, Erster Band, 12. Auflage, Berlin, De Gruyter Recht, 2007, §22, kn. 1; Johannes Wessels, Werner Beulke, Helmut Satzger, **Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau**, 45. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller, 2015, §17, kn. 839; Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Esaslar**, Cilt I, 11. Bası, Beta, İstanbul, 1994, s. 446, kn. 547; Adem Sözüer, **Suç Teşebbüs**, İstanbul, Kazancı, 1994, s.157; İzzet Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, 3. Bası, Adalet Bakanlığı Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası, Ankara, 2006, s.458; Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Ankara, Seçkin, 2018, s.460; Önder Tozman, **Suç Teşebbüs**, Ankara, Adalet, 2015, s.9; Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Bası, Seçkin, Ankara, 2018, s.414-415.

³ Cesare Beccaria, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, Çeviren: Sami Selçuk, 2.Baskı, İmge, Ankara, 2010, s.187.

⁴ Wolfgang Joecks, **Strafgesetzbuch Studienkommentar**, 11. Auflage, München, C.H. Beck, 2014, §22, kn. 2; Otto, a.g.e., §18, kn. 2; Tahir Taner, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1949, s.265; Hazırlık hareketlerinin cezalandırılabilirliği

olan icra hareketlerinin başlaması ile failin ceza sorumluluğu doğmakta ve suçun tamamlanması anına kadarki hukuki statü “teşebbüs” olarak adlandırılmaktadır⁵. Teşebbüs halindeki suçun icra hareketlerinin tamamlanmaması ya da tamamlanmış olmasına rağmen neticenin henüz gerçekleşmediği hallerde failin ceza sorumluluğu konusunda, tamamlanmama ya da neticenin gerçekleşmeme nedenine bağlı olarak farklı sonuçlara ulaşılmaktadır. İcra hareketlerinin tamamlanamaması ya da tamamlanmasına rağmen neticenin gerçekleşmemesi failin elinde olmayan, iradesi dışındaki nedenlerden kaynaklanmışsa failin teşebbüs halindeki suç nedeniyle sorumluluğu devam etmektedir. Ancak failin teşebbüs halindeki suçun icra hareketlerini kendi isteği ile yarım bırakması ya da icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra iradi ve aktif davranışı ile neticenin gerçekleşmesini önlemesi durumunda teşebbüs halindeki suçtan doğan ceza sorumluluğundan kurtulabilecektir. Bu imkan, teşebbüs olarak tanımlanan icra hareketlerinin başlangıcından sonraki aşamada mümkündür⁶. Suç yoluna giren failin bu geri dönüşü, “teşebbüsten vazgeçme” ya da “gönüllü vazgeçme” olarak adlandırılmaktadır.

Kurumun terminolojik olarak tarihi gelişimine baktığımızda, özellikle “*teşebbüsten gönüllü vazgeçme(freiwilliger Rücktritt vom Versuch)*” ve “*etkin pişmanlık(thätige Reue)*” kavramlarının tercih edildiği görülmektedir⁷. Fakat her iki kavramın üzerinde fikir birliğine varıldığını söylemek mümkün değildir. *Janka*, kavramın, yanlış anlamlara yol açabilecek şekilde farklı anlamlar içerdiğini ifade ederek, teşebbüsten vazgeçme kavramını eleştirmiştir. Ona göre teşebbüsten vazgeçme kavramı yerinde değildir, çünkü olan bir şeyin yok edilmesi, geri alınması

konusundaki görüşler için bkz. Yener Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Seçkin, Ankara, 2003, s.776 vd.

⁵ Reinhart Maurach, Karl Heinz Gössel, Heinz Zipf, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Teilband 2, 7. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller, 1989, §40, kn. 1; Taner, **a.g.e.**, s.265-266; Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt II-III, 2. Bası, İstanbul, Beta, 1992, s.394; Fatih Selami Mahmutoglu/ Serra Karadeniz, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, İstanbul, Beta, 2017, s.783-784; Koca/Üzülmöz, **a.g.e.**, s.414-415; Veli Özer Özbek, **TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı**, Cilt I, 3. Bası, Ankara, 2006, s. 441.

⁶ Maurach, Gössel, Zipf, **a.g.e.**, §41, kn. 2.

⁷ Reinhold Herzog, **Rücktritt vom Versuch und Thätige Reue**, Würzburg, Adalbert Stuber's Verlagsbuchhandlung, 1889, s.5.

mümkün değildir ve o zamana kadar gerçekleştirilen faaliyetleri “vazgeçme” kavramı ile karşılamak uygun değildir⁸. Ancak Meyer, “vazgeçme” kavramı ile o ana kadar gerçekleştirilen faaliyetin değil, devam etmesi muhtemel icra hareketlerinin kast edildiğini ifade etmiştir⁹.

Ceza kanunlarında yer alan teşebbüse ilişkin hükümler, henüz unsurları tamamlanmamış olan bir suça ilişkin fiillerin cezalandırılmasına imkan sağlayarak ceza sorumluluğunu genişletirken (*Strafausehnungsgrund*)¹⁰, vazgeçmeye ilişkin hükümler ise aşağıdaki bölümlerde teorik temellerine değinileceği üzere suça ilişkin icra hareketlerini gerçekleştirmeye başlayarak suçun konusunu tehlikeye düşürmesine rağmen koşulların varlığı halinde faili ceza sorumluluğundan kurtarmaktadır. Esasen tipikliğin gerçekleştirilmesine yönelik hareketlerin icra edilmesi ile suç tipinde öngörülen netice gerçekleşmese bile, teşebbüs düzenlemesi nedeniyle ceza sorumluluğu genişlemekteyken; gönüllü vazgeçme kurumu ile, bu genişlemeden sonra yeniden sorumluluğun daralması ile cezasızlığı sonuçlamaktadır¹¹.

II. KURUMUN TARİHİ GELİŞİMİ

Teşebbüs aşamasında kalmış suçun cezalandırılabilirliği, ceza hukukunun zaman içerisinde tarihsel gelişimi sonucunda ortaya konmuştur. Tartışmaların

⁸ Karl Janka, Friedrich Rulf, **Das Österreichische Strafrecht**, 2. Auflage, Prag, F. Tempsky, 1890, s.144.

⁹ Hugo Meyer, **Lehrbuch des deutschen Strafrechts**, 4. Auflage, Leipzig, Deichert, 1888, s.264.

¹⁰ Joecks, **a.g.e.**, §24, kn. 1; Önder, **a.g.e.**, s.390; Faruk Erem/ Ahmet Danışman/ Mehmet Emin Artuk, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin, Ankara, 1997, s.293; Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, kn. 549; Doğan Soyaslan, **Teşebbüs Suçu**, Kazancı, Ankara, 1994, s.51; Sözüer, **a.g.e.**, s.46; İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, Seçkin, Ankara, 2018, s.485; Özgenç, **Gazi Şerhi**, s.458.

¹¹ Carlo Erra, “Teşebbüste İhtiyariyle Vazgeçme”, Çeviren: Sahir Erman, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 10, Sayı: 1-2, 1944, s.686; Sözüer, **a.g.e.**, s.235; Kayıhan İçel/ Füsün Sokullu Akıncı/ İzzet Özgenç/ Adem Sözüer/ Fatih S. Mahmutoglu/ Yener Ünver, **Suç Teorisi**, 3. Bası, İstanbul, Beta, 2004, s.357.

başlamamasından önce, teşebbüs aşamasında kalmış bir suçun cezalandırılması kabul görmemekte idi¹².

Antik Yunan hukuk döneminde suça teşebbüse ilişkin bir kavram bulunmamakla birlikte, uygulamada tamamlanmamış suç ile tamamlanmış suç arasında farklı yaptırımların uygulandığı görülmüştür¹³. Örneğin öldürme suçuna ilişkin vakıalar kendi içerisinde değerlendirilerek, netice gerçekleşmese bile fail cezalandırılmaktaydı. Ancak ölüm neticesinin gerçekleşmesi halinde fail ölüm cezası ile cezalandırılırken, ölüm neticesinin meydana gelmediği hallerde fail sürgün ya da genel müsadere gibi farklı türlerde yaptırımlara maruz kalmaktaydı. Benzer şekilde failin işlemeyi istediği suç tamamlanmadığı hallerde tamamlanan kısmın bağımsız suç olarak cezalandırılması söz konusu idi. Örneğin hırsızlık suçunu işlemek için evin duvarını kıran fail, hırsızlık suçunu işleyemediği durumda duvar kırma nedeniyle cezalandırılabilmekteydi¹⁴. Bunun yanında, günümüzde teşebbüs suçu olarak nitelendirilen devlete karşı gerçekleştirilen bazı davranışlar da bağımsız suç olarak cezalandırılmıştır. Antik Yunan hukukunun sonraki evrelerinde ise ceza sorumluluğunda iradenin etkisi de önem taşımaya başlamıştır¹⁵.

Roma hukukuna baktığımızda da suça teşebbüse ilişkin bir kavramın bulunmadığı görülmektedir. İlk dönem Roma Hukukunun en önemli kaynağı olan 12 Levha Kanunlarına göre ancak yasaklanan hareketlerin tamamlanmış hali cezalandırılabilmekteydi. Netice sorumluluğuna dayanan bu anlayış çerçevesinde teşebbüs aşamasında kalan hareketler, zarar olarak kabul edilen netice gerçekleşmediği için önem taşımamaktaydı. Hakimin de kanuni metne bağlı kalma zorunluluğu, teşebbüs aşamasında kalan hareketlerin hakimin takdiri çerçevesinde cezalandırılabilmesine de engel olmaktaydı¹⁶. Son dönem Roma Hukuku dönemi

¹² Robert v. Hippel, **Deutsches Strafrecht, Zweiter Band, Das Verbrechen Allgemeine Lehren**, Berlin, 1930, s.392; Sözüer, **a.g.e.**, s.1.

¹³ Erich Berneker, "Der Versuch im griechischen Recht", Festschrift für Ernst Rabel, Band II, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1954, s. 34, 44.

¹⁴ Berneker, **a.e.**, s.40-41.

¹⁵ Sözüer, **a.g.e.**, s.2.

¹⁶ Theodor Mommsen, **Römisches Strafrecht**, Duncker&Humblot, Leipzig, 1899, s.95-96; Ernst Schmoller, **Die geschichtliche Entwicklung des Versuchsbegriffs**, Poettcke, Greifswald, 1921, s.16.

olarak adlandırılan dönemde çıkarılan kanunlarda da teşebbüs kavramına ilişkin düzenleme yer almamakla birlikte, anlayışın değiştiği görülmüştür. Bu dönemde netice sorumluluğu arka plana alınmış ve kişi iradesi ön plana çıkarılmıştır. Kanunda yer almayan teşebbüs (conatus) kavramı ise, teorik kaynaklarda tamamlanmış olayın aksini ifade etmek için kullanılmıştır. Ayrıca ilk döneme göre bu dönemde teşebbüs niteliğindeki hareketlerin bağımsız suç olarak cezalandırılmasında artış olmuştur¹⁷. Yine ilk dönemden farklı olarak, kanunen kabul edilen bir teşebbüs düzenlemesi olmamasına rağmen, suçun tamamlanamadığı hallerde cezanın indirilmesi konusunda hakimın takdir yetkisi kabul edilmiştir¹⁸. Teşebbüs kurumuna ilişkin bu gelişmeler ve uygulamalar, yalnızca kamuya karşı işlenen suçlar açısından söz konusu olup, kişilere karşı işlenen suçlarda bu gelişmeler kendisini göstermemiştir¹⁹.

Teşebbüs konusunda günümüz anlayışıyla benzer yaklaşım Ortaçağ İtalyan Hukukunda ortaya çıkmıştır. Roma hukukundan hareket eden İtalyan doktrini, Roma hukukunu geliştirerek suçun subjektif yönünü ön plana koymuşlardır. Kanunlaştırma hareketlerine yansımada da, doktrinde Odefredus tarafından yapılan çalışmalar ortaya bir teşebbüs tanımı çıkartmıştır. Failin suçun icra hareketlerine kasten başlamasına rağmen neticenin gerçekleşmediği hal, teşebbüs olarak tanımlanmıştır²⁰. İtalya'nın ceza kanunlarında kendisini gösteremeyen bu doktrin gelişimi, Alman hukukunu önemli ölçüde etkileyerek pozitif hukuk kaynaklarında yerini almıştır²¹.

İslam hukukunda²² da teşebbüse ilişkin derin bir tartışma ortaya konulmamış olup, teşebbüs kavramı önem verilen bir kavram olmamıştır. İslam hukukunda suçlar; haddi gerektiren, kısas gerektiren ve tazir gerektiren suçlar olarak üçe ayrılmıştır. İlk ikisi cezası belli olduğundan, hakimın takdirinin bulunmadığı

¹⁷ Schmoller, a.g.e., s.13; Hans Künzler, Subjektivismus und Objektivismus in der Lehre vom absolut untauglichen Versuch, Juris, Zürich, 1947, s.36.

¹⁸ Mommsen, a.g.e., s.98.

¹⁹ Sözüer, a.g.e., s.5.

²⁰ Edmund Mezger, Strafrecht Lehrbuch, München&Leipzig, Duncker&Humblot, 1931, s.376.

²¹ Sözüer, a.g.e., s.10.

²² İslam ceza hukuku hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Abdulkadir Udeh, Mukayeseli İslam Ceza (Suç) Hukuku Genel Hükümler, 1. Cilt, Çeviren: Ali Şafak, 2. Baskı, Kayıhan, İstanbul, 2012.

suçlardır. Ancak tazir gerektiren suçlar teşebbüse konu olabilmekteydi. Bu suçlarda ise, suçu meydana getiren her fiil yasak olarak tanımlanmış olup, müstakilen cezalandırılabilmekteydi. Bu anlamda, teşebbüs kavramı kullanılmamış olsa bile, İslam hukukunun kendine özgü bir suça teşebbüs teorisi olduğu söylenebilecektir. Tamamlanmış suç ile tamamlanmamış suçun birbirinden ayrılmasına özen gösterilmiştir. Gönüllü vazgeçme konusu da İslam hukukunda uygulamasını göstermiştir. Failin suçu işlemekten vazgeçmesi zorunluluktan kaynaklanıyorsa, bu durumda fail yine cezalandırılmaktaydı. Tövbe ve etkin pişmanlık kurumu ise, cezasızlıkla sonuçlanabilecek yorumlara sahiptir. Bu konuda İslam âlimleri farklı görüşler ile yorumlarda bulunmuşlardır. Bir görüş; tevbe ve etkin pişmanlık halinin kamu haklarına ilişkin suçların söz konusu olması halinde cezasızlık sonucuna ulaşacağını ancak kişilere ait hakların söz konusu olduğunda cezalandırılabilirliğin süreceğini ifade etmekteydi. Bir diğer görüş; cezanın bir kefaret olması sebebiyle tevbe ya da etkin pişmanlığın cezayı ortadan kaldıramayacağını ifade etmiştir. Son görüşe göre ise; kamu haklarına ilişkin suçlarda tevbe ya da etkin pişmanlığın cezayı ortadan kaldıracığını ancak failin kendi cezasını çekmek isterse cezalandırılacağını; kişilere karşı işlenen suçlarda ise cezanın ortadan kalkmayacağını ileri sürülmüştür²³.

Teşebbüs kurumunun tarihi gelişimine kısaca değindikten sonra, teşebbüs ve onunla bütünlük halinde olan gönüllü vazgeçme kurumlarının kanunlaştırma hareketlerindeki gelişimini inceleyeceğiz. Yukarıda belirttiğimiz üzere, kavram olarak günümüz anlayışına en yakın ve en net teşebbüs tanımlaması İtalyan hukukçuları tarafından yapılmış olmasına rağmen, ceza kanunlarına bu gelişimin yansımadağı bilinmektedir. Tarihsel süreç içerisindeki gelişmelerin pozitif hukuk düzenlemelerine yansımaları, Alman hukukunda önemli ölçüde kendisini göstermiştir.

Ülkemiz kanunlaştırma hareketi çerçevesinde baktığımızda ise; Türk ceza hukuku reformu kapsamında hazırlanan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun genelinde felsefe, hukuk devleti ile modern ve evrensel ceza hukuku ilkelerine

²³

Udeh, a.g.e., s.365 vd.

dayanmaktadır. İtalyan ceza kanunundan iktibas edilen 765 sayılı önceki Türk Ceza Kanununun aksine 5237 sayılı TCK tek bir kanuni metni benimsemek suretiyle değil, farklı ülke düzenlemelerini karşılaştırmak suretiyle özgün bir yöntemle hazırlanmıştır. Şunu söylemek gerekir ki, 5237 sayılı TCK'nın yapılışında, doktrinsel zenginlik açısından ve ceza kanunlarının modern niteliği ve benimsediği ilkeler bakımından en fazla etkiyi Alman doktrini göstermektedir.

Gönüllü vazgeçme kurumuna baktığımızda da özellikle etkin pişmanlık ile gönüllü vazgeçmenin düzenleme olarak birbirlerinden ayrılmaları noktasında, Alman ve Türk hukuklarında aynı anlayışla hareket edildiği görülmektedir. Bu nedenle teşebbüs ve gönüllü vazgeçme konusunda Alman ceza hukuku gelişimine de değinmek istiyoruz.

A. ALMAN HUKUKU

1871 yılında Alman İmparatorluğunun kurulması ile birlikte yürürlüğe giren Alman İmparatorluk Ceza Kanunu, tarihsel gelişimi açısından Orta Çağ'dan beri tüm Almanya'da uygulanan, İtalyan doktrininin etkisindeki kanunlaştırmanın ürünüdür. Teşebbüse ilişkin tanımlar, bu dönemde 1507 tarihli Bamberg Ceza Kanunu m.204 (Constitutio Criminalis Bambergensis) ile 1532 tarifli Carolina Ceza Kanunu m.178'de (Constitutio Criminalis Carolina-CCC) aynı şekillerde yer almıştır²⁴.

CCC m.178'de yer alan teşebbüs düzenlemesi; *“Bir suçun tamamlanabilmesi için işe yarar hareketlerle faaliyete geçen, fakat başka nedenlerle failin iradesine rağmen suçun tamamlanması önlenirse, iradesi belirgin hale gelen fakat yarıda kalan hareket cezalandırılır.”*, şeklinde idi. Bu kanunda gönüllü vazgeçmeye ilişkin bir husus yer almamaktaydı. Ancak genel kabul, suçun tamamlanmasından önceki

²⁴ Antje Schumann, Zum Standort des Rücktritts vom Versuch im Verbrechensaufbau, Eine Untersuchung anhand der Dogmatik zum System von Versuch und Rücktritt seit dem 19. Jahrhundert, Berlin, Duncker&Humblot, 2006, s.12.

aşamada failin vazgeçmesinin mümkün olduğu ve bu halde hakimın takdirine göre ceza indirimi alabileceği idi²⁵.

Almanya’da müşterek hukuk dönemi olarak adlandırılan dönemde yerel düzeyde çok sayıda ceza kanunları yapılmış olup bunlar arasında 1871 tarihli İmparatorluk Ceza Kanunu üzerinde en çok yansıması olan 1851 tarihli Prusya Ceza Kanunu’dur. Kanunun 31. maddesinde²⁶ düzenlenen teşebbüs, vazgeçmeye ilişkin de anlam taşımaktadır. Maddeye göre; bir suçun icra hareketlerinin başlangıcını içeren hareketler yapılmış fakat netice failin iradesinden bağımsız dış etkenler nedeniyle engellenirse ya da gerçekleşmezse, teşebbüs nedeniyle cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Doktrin tartışmalarının oldukça fazla olduğu 19. yüzyılda bu düzenleme özellikle Hälschner ve Zachariae tarafından formülasyonu nedeniyle eleştirilmiştir. Eleştiri konusu yaptıkları husus, icra hareketlerinin engellenmesi hususunun değil, neticenin engellenmesinin kaleme alınmış olmasıdır. Düzenlemede açıkça gönüllü vazgeçme kurumu ifade edilmemesine rağmen yorumlar maddenin gönüllü vazgeçmeye imkân verdiği noktasında birleşmiştir. Teşebbüs nedeniyle cezalandırılabilirliğin, “failin iradesinden bağımsız olma” koşulunun bulunduğu hallerde mümkün olduğu, aksi durumda, yani “failin iradesine bağlı” nedenlerle suçun tamamlanmasının önleme halinin gönüllü vazgeçme olacağı ifade edilmiştir. Bu çerçevede Pr. StGB § 31’in koşulları değerlendirildiğinde, “failin iradesine bağlı nedenler”, teşebbüs nedeniyle cezalandırılmanın negatif koşulu olarak yorumlanmıştır²⁷.

Alman birliğinin sağlanması ile müşterek hukuk dönemi sona ererek Alman İmparatorluğunda tek bir ceza kanunu (Strafgesetzbuch) uygulanmaya başlanmıştır. Kuzey Almanya Ceza Kanunu, “İmparatorluk Ceza Kanunu” adı ile 1871 yılından

²⁵ Sözüer, **a.g.e.**, s.13.

²⁶ Pr. StGB § 31 Strafbarer Versuch: “Der Versuch ist nur dann strafbar, wenn derselbe durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung enthalten, an den Tag gelegt und nur durch äußere, von dem Willen des Thäters unabhängige Umstände gehindert worden oder ohne Erfolg geblieben ist.”

²⁷ Schumann, **a.g.e.**, s.20.

itibaren 1974 yılında gerçekleştirilen reform ile kabul edilen 1975 tarihli Alman Ceza Kanunu yürürlüğe girene kadar uygulanmıştır.

1871 tarihli İmparatorluk Ceza Kanunu'nda teşebbüs (m.43) ve gönüllü vazgeçme (m.46) kurumları farklı maddelerde düzenlenmiştir. Gönüllü vazgeçmeye ilişkin düzenlemeler; icra hareketleri devam etmekte olan suçlar bakımından gönüllü vazgeçme, icra hareketleri tamamlanmış suçlar bakımından ise etkin pişmanlık olarak koşullara bağlanmış ve birbirinden ayrılmıştır. Gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlığın yer aldığı düzenleme; *“Fail, 1) Niyet ettiği fiili gerçekleştirmekten, kendi arzusundan bağımsız, önleyici nedenler söz konusu olmaksızın vazgeçerse, ya da 2) gerçekleştirdiği fillerin henüz fark edilmediği anda, suçun neticesinin ortaya çıkmasını kendi faaliyetleri ile engellerse, söz konusu teşebbüs nedeniyle cezalandırılmaz.”*, şeklindedir. Düzenlemenin ikinci fıkrasında, icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra vazgeçmenin değil, etkin pişmanlık halinin düzenlenmiş olduğu ifade edilmiştir. Bu sonuç, kanun koyucunun suç politikasının bir kabulü olarak değerlendirilmiş ve failin etkin pişmanlığı cezayı kaldıran sebep olarak uygulanmıştır. Kanuni düzenlemede vazgeçmenin gönüllü olması ifade edilmemiş olmasına rağmen, kurumun doğası gereği gönüllük şartının bulunması gerektiği konusunda uygulama ve doktrin uzlaşısı halinde idi.

Bu düzenleme ile birlikte iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeye ilişkin tartışmalar gündeme gelmiştir. Söz konusu dönemde genel kabul, suç politikası gereği gönüllü vazgeçmenin cezayı kaldıran şahsi bir sebep olarak nitelendirilmesidir. Ancak suça iştirak halinde bağlılık kuralı olarak katı bağlılık kuralının kabul edilmiş olması sebebiyle, failin gönüllü vazgeçmesi ile birlikte suç ortaklarının da teşebbüs nedeniyle sorumluluklarının olmayacağı sonucuna varılmaktaydı.

Mer'i Alman Ceza Kanununda teşebbüs ve gönüllü vazgeçme kurumları iki farklı maddede düzenlenmiştir. Kanunun 24. maddesinde, “vazgeçme” başlığı ile yer alan düzenleme; *“(1) Başlamış olduğu suçun icra hareketlerine devam etmekten gönüllü olarak vazgeçen veya fiilin tamamlanmasını önleyen kimse suça teşebbüs nedeniyle cezalandırılmaz. Suç, vazgeçenin katkısı olmadan tamamlanmamışsa, fiilin*

tamamlanmasını önlemek için gönüllü ve ciddi bir şekilde çaba göstermiş olan fail cezalandırılmaz. (2) Suçun işlenmesinde birden çok kişinin katkısı varsa, tamamlanmayı gönüllü olarak önleyen suç ortağı, suça teşebbüs nedeniyle cezalandırılmaz. Fakat suç, vazgeçenin katkısı olmaksızın zaten tamamlanmayacak idi ise veya vazgeçenin önceki katkısından bağımsız olarak işlenirse, suçun tamamlanmasını önlemek için, vazgeçenin gönüllü ve ciddi çabası, cezalandırılmaması için yeterlidir.”, şeklindedir. Bu düzenleme ile failin vazgeçmesi nedeniyle cezasızlık sonucunu elde edebilmesi için iki alternatif sunulmuştur. Fail, işlemeye başladığı suçun icra hareketlerine devam ettiği sırada (Rücktritt vom unbeendeter Versuch) vazgeçebileceği gibi icra hareketlerinin tamamlandığı fakat neticenin henüz gerçekleşmediği aşamada (Rücktritt vom beendeter Versuch) da vazgeçebilecek ve her iki halde de cezasızlık sonucunu elde edebilecektir. Ancak failin vazgeçtiği aşamaya göre aranacak koşullar farklı düzenlenmiş olup, çalışmamızın devamında bu koşullar incelenecektir. Ayrıca yürürlükteki kanunda iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmenin şartları da aynı maddede fakat müstakil olarak düzenlenmiştir. Gönüllü vazgeçme düzenlemesinde, “gönüllülük” şartına madde metninde yer verilerek, bu şartın vazgeçmenin bir unsuru olduğu vurgulanmıştır.

B. TÜRK HUKUKU

Türk hukukunda ceza hukuku alanındaki gelişimini ortaya koyabilmek için, teknik anlamda kanunlaştırma hareketlerinin söz konusu olduğu tanzimat sonrası dönemi incelemek gerektiği düşüncesindeyiz. Bu dönemde sırasıyla 1840 (1256) tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu, 1851 (1267) tarihli Kanun-u Cedid ve 1858 (1274) tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu kabul edilmiştir. Bunlar arasında 1858 tarihli kanunun hemen her yönüyle diğerlerinden farklı olduğunu söylemek mümkündür. Söz konusu kanun, günümüz hukuk anlayışı ile kaleme alınmış olan 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunundan iktibas edilmiş olup, Cumhuriyetimizin kurulmasından sonra 1926 yılında, 1889 tarihli İtalya Ceza Kanunundan iktibas edilen 765 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girene kadar uygulanmıştır. Bu kanun, suç genel teorisine ilişkin düzenlemeler içermekte olup, suça teşebbüs

konusunda da genel bir kural getirmiştir²⁸. Aşağıda 1 Temmuz 1926 tarihinde yürürlüğe giren 765 sayılı TCK ile yürürlükte bulunan 1 Haziran 2005 tarihli TCK düzenlemeleri genel hatları ile değerlendirilecektir.

1. 765 Sayılı Türk Ceza Kanununda Gönüllü Vazgeçme

765 sayılı TCK’da gönüllü vazgeçme kurumu teşebbüs düzenlemesi ile birlikte aynı madde içerisinde düzenlenmiştir. Eski kanunumuzda teşebbüs, 61 ve 62. maddelerde düzenlenmiş olup, m.61/1’de²⁹ eksik teşebbüs yer alırken m.62’de³⁰ tam teşebbüs yer almaktaydı. Gönüllü vazgeçme kurumu, m.61/2’de³¹ sadece eksik teşebbüs, yani icra hareketlerinin devam ettiği süreçteki suçlarda uygulanabilecek şekilde düzenlenmiş olup, cezasızlık sonucunu kabul ediyordu. Tam teşebbüs olarak kabul edilen, icra hareketlerinin tamamlanmasından sonraki aşamada failin kendi çabasıyla neticenin gerçekleşmesini önlemesi halinde ise etkin pişmanlığın (faal nedamet) söz konusu olabileceği aksi görüşlere³² rağmen kabul edilmekteydi³³. Etkin pişmanlığa ilişkin ceza kanununun genel hükümler bölümünde yer alan bu düzenleme cezasızlık sonucunu doğuran bir hal olarak kabul edilmemiştir. Kanunun genel hükümlerinde bu şekilde düzenlenmiş olan etkin pişmanlık konusunda, kanunda bazı suçlar hakkında özel düzenleme³⁴ de bulunmaktaydı.

²⁸ Ahmet Gökçen, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul, 1989, s. 11 vd.

²⁹ 765 s. TCK m.61/1: “Bir kimse işlemeği kast eylediği bir cürmü vesaiti mahsusa ile icraya başlayıpta ihtiyarında olmayan esbabı maniadan dolayı o cürmün husulüne muktazi fiilleri ikmal edememiş ise kanunda yazılı olmayan yerlerde fiil idam veya müebbet ağır hapis cezasını müstelzim olduğu halde müteşebbis hakkında yedi seneden eksik olmamak üzere muvakkat ağır hapis ve müebbet sürgün cezasını müstelzim olduğu takdirde üç sene müddetle ağır hapis cezası hükmolunur. Sair hallerde o cürüm için kanunen muayyen olan cezayarisından üçte ikisine kadar indirilir.”

³⁰ 765 s. TCK m.62: “Bir kimse işlemeği kasdettiği cürmün icrasına taallük eden bütün fiilleri bitirmiş fakat ihtiyarında olmıyan bir sebepten dolayı o cürüm meydana gelmemiş ise kanunda yazılı olmıyan yerlerde fiil ölüm cezasını müstelzim olduğu takdirde müteşebbis hakkında yirmi sene, müebbet ağır hapis cezasını müstelzim olduğu takdirde on beş seneden aşağı olmamak üzere muvakkat ağır hapis cezası hükmolunur. Sair hallerde o cürüm için verilecek cezanın altıda birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunur.”

³¹ 765 s. TCK m.61/2: “Müteşebbis, cürmün efali icraiyesinden ihtiyarıyla vazgeçtiği fakat tamam olan kısım, esasen bir cürüm teşkil ettiği halde ancak o kısma mahsus ceza ile cezalandırılır.”

³² Köksal Bayraktar, “Faal Nedamet”, İÜHFM, Cilt 33, Sayı 3-4, 1967, 125; Sözüer, a.g.e., s.241; Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.323.

³³ Dönmezer/Erman, a.g.e., kn.577.

³⁴ Örneğin malvarlığı aleyhine işlenen suçlar hakkında düzenlenen ortak hüküm olan m.523’de etkin pişmanlık hali; “... cürümlerden birini işleyen kimse kendi hakkında bir güne takibat icrasına

ETCK m.61/2’de düzenlenen gönüllü vazgeçme kurumunda, failin işlemeye başladığı suçun icra hareketlerini “ihtiyariyle” terk etmesi, başka bir ifadeyle, söz konusu suçun icra hareketlerini tamamlamaktan vazgeçmesi halinde bu suça teşebbüs nedeniyle cezalandırılmayacağı, ancak vazgeçme anına kadar gerçekleştirdiği hareketlerin başka bir suç teşkil etmesi halinde yalnızca bu suç nedeniyle cezalandırılabileceği düzenlenmişti.

765 sayılı TCK m.61/2’de eksik teşebbüs halinde failin gönüllü vazgeçmesinin cezalandırılmayacağı kabul edilmişken, tam teşebbüs halinde failin aynı davranışının cezalandırmayla sonuçlanması doktrin tarafından eleştirilmiştir³⁵. İcra hareketleri tamamlandıktan sonra neticenin meydana gelmesi fail tarafından engellenmiş olsa bile kanuni düzenleme gereği bu halde gönüllü vazgeçmeyi kabul etmeyerek cezalandırma yoluna gitmekteydi. Yargıtay’ın görüşü de bu yöneydi.

2. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Gönüllü Vazgeçme

Türk ceza hukuku reformu sonucu ortaya çıkan 5237 sayılı TCK, 765 sayılı ETCK ile karşılaştırıldığında gönüllü vazgeçme kurumunda esaslı farklılıklar bulunmaktadır. Öncelikle gönüllü vazgeçme kurumunu bir bütün olarak incelediğimiz m.35’de³⁶ düzenlenen suça teşebbüs düzenlemesinde eksik-tam teşebbüs ayrımı kaldırılmıştır. Bu paralelde, ETCK’da kabul edilen gönüllü vazgeçme – etkin pişmanlık ayrımı da terk edilmiş ve gönüllü vazgeçmeden yararlanma imkanı genişletilmiştir. Gönüllü vazgeçmenin düzenlendiği m.36’da³⁷, suçun icra hareketlerinin devamı sırasında vazgeçme imkanı sunulduğu gibi suçun icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra da netice gerçekleşmedikçe failin vazgeçme imkanına sahip olduğu düzenlenmiştir³⁸. Bu şekilde, ETCK’da

başlanmadan evvel aldığı iade eylerse yahut işlenen fiilin mahiyetine ve sair ahvale nazaran red ve iade kabil olmadığı takdirde mutazarrının zararını tamamen tazmin ederse göreceği ceza üçte birden üçte ikiye kadar indirilir.”, şeklinde düzenleme ile yer almakta ve indirim öngörmekte idi.

³⁵ Bayraktar, a.g.m., s.125.

³⁶ TCK m.35/1: “Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.”

³⁷ TCK m.36: “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.”

³⁸ Gönüllü vazgeçme kurumuna ilişkin yapılan yenilikler, madde gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir: “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

düzenlenmemekle birlikte etkin pişmanlık olarak nitelendirilen tam teşebbüs halindeki vazgeçme durumu da gönüllü vazgeçme olarak kabul edilmiş ve aynı sonuç bağlanmıştır. Sonuç bakımından ETCK ile farklılık gösteren bir husus bulunmamaktadır. Suç politikası gereği failin suç yoluna girdiği suçtan vazgeçmesi halinde faile ceza verilmemekte, ancak o ana kadar yapılan hareketler ayrıca bir suç oluşturuyorsa sadece o suçtan sorumlu tutulmaktadır.

Etkin pişmanlık ise, suç sonrasına ilişkin bir husus olarak kabul edilerek, kanunda özel olarak düzenlenmiş suçlar bakımından cezayı kaldırان veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep olarak düzenlenmiştir.

Gönüllü vazgeçme düzenlemesi hakkında değinmek istediğimiz bir diğer husus ise, düzenlemenin anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi önüne norm denetimi yolu ile getirilmiş olmasıdır. İlk derece mahkemesinin; önüne gelen öldürme suçundan gönüllü vazgeçme vakasından yola çıkarak, gönüllü vazgeçme düzenlemesinin ülkenin farklı yerlerinde yaşayan şahıslar açısından aynı eylemi gerçekleştirmiş olmalarına rağmen haklarında ayrı hükümlerin uygulanması sonucunu doğuracağı gerekçesiyle, Anayasa'nın 10. maddesinde eşitlik ilkesine aykırı olduğu; düzenlemenin ortaya koyacağı sonucun objektif adil ve hakkaniyet ölçütüne uygun olmayacağı gerekçesiyle Anayasamızın 2. maddesinde nitelikleri, 5. maddesinde de amaç ve görevleri düzenlenmiş olan hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu ve Anayasamızın 17. maddesinde düzenlenen kişi dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını koruma hakkına aykırı olduğu yönündeki iddiaları Anayasa Mahkemesi tarafından değerlendirilerek düzenlemenin Anayasaya uygun olduğuna karar verilmiştir. Yüksek mahkeme, TCK'nın benimsediğı "mülkilik ilkesi"nden

kabul edilen gönüllü vazgeçme, icra hareketlerinin bittiğı ancak neticenin meydana gelmediğı olaylar bakımından da öngörölmüştür. 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 örneğın çalınan eşyanın geri verilmesi veya kaçırılan kişinin serbest bırakılması hâllerinde, artık vazgeçme değıl 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."

hareket ederek, TCK'nın ülkenin tümünde ve suç işleyen herkese herhangi bir ayırım yapmadan uygulanacağını ifade ederek, düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırı bir yönü bulunmadığı tespitini yapmıştır³⁹.

³⁹ “Karşıyaka 1. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından Anayasa’ya aykırılığı ciddi bulunan itiraz konusu kuralın iptal isteminin gerekçesi: “...Dosyamızın sanığı 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 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 ayrıksı 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.” Anayasa Mahkemesi’nin esastan incelemesi: “...Anayasa Mahkemesi’nin değişik kararlarında vurgulandığı gibi yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Yasaların uygulanmasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayrılığı gözetilmesi ve bu nedenlerle eşitsizliğe yol açılması Anayasa katında geçerli görülemez. Bu mutlak yasak, birbiriyle aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerekli kılabilir. Aynı durumda olanlar için ayrı düzenleme aykırılık oluşturur. Anayasa’nın amaçladığı eşitlik, eylemli değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’nın öngördüğü eşitlik çiğnenmiş olmaz.

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 sonrasından 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;

III. CEZALANDIRMAMANIN HUKUKİ TEMELİ

Doktrinde vazgeçmenin cezasızlık sonucunu doğurduğu yönünde fikir birliği olmasına rağmen, cezasızlığın dayanağı konusunda bugüne kadar ne doktrinde ne de yargı kararlarında uzlaşmaya varılmış değildir.

A. HUKUK TEORİLERİ

Önceleri son derece belirleyici ve önemli olan fakat bugün neredeyse hiç temsilcisi bulunmayan hukuk teorileri, vazgeçmenin cezasızlık sebebinin ceza hukukunun sistematüğinden türetmeye çalışmışlardır. Bu teorilere göre vazgeçmenin cezasızlığı zorunlu bir sonuçtur. Çünkü failin vazgeçmesi, teşebbüs nedeniyle cezalandırılmanın önünde hukuki bir engel olarak görülmektedir. Failin vazgeçmesi ile teşebbüs halindeki suçun (tipikliğinin ve hukuka aykırılık unsurunun) yok edildiğı, dolayısıyla cezalandırılabilir bir suçun artık söz konusu olmadığı ileri sürülmektedir⁴⁰.

Hukuk teorilerini oluşturan görüşler, teşebbüsün ve vazgeçmenin bir bütün olduğu (*Einheitstheorie*) yönündeki genel bakıştan hareket etmektedir. Bu doğrultuda vazgeçmenin ya tipikliğinin hukuka aykırılık veya kusura ilişkin negatif bir unsuru olduğu ya da diğer şekillerle suçun ortadan kalktığı sonucuna varılmaktadır⁴¹.

aksine suç işlemeden gönüllü vazgeçen tüm faillerin aynı hükümden yararlanmalarını sağlamaktadır. Esasen Türk Ceza Kanunu'nun benimsediğı "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."

Anayasa Mahkemesi Kararı, 2005/75 E., K.2008/1 K., 03.01.2008

⁴⁰

Alexander Peter Gutmann, *Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei der Tätigen Reue*, Hamburg, Hansischer Gildenverlag, 1963, s.13-14; Jescheck/Weigend, a.g.e., s.538; Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band II, München, C. H. Beck, 2003, §30, kn.11; Hans Lilie, Dietlinde Albrecht, "Rücktritt", *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, Band I, 11. Auflage, Berlin, De Gruyter Recht, 2003, §24, kn.6.

⁴¹

Maurach, Gössel, Zipf, a.g.e., §41, kn. 8.

Hukuk teorileri, vazgeçme ile ortadan kalkan unsurun hangisi olduğu konusunda, unsurun niteliğine göre kendi içerisinde sübjektif ve objektif teoriler olarak ikiye ayrılmıştır.

1. Sübjektif Teoriler

Sübjektif teoriler, gönüllü vazgeçen failin cezasızlık gerekçesini gönüllülük ve kast arasında ilişki kurmak suretiyle açıklamışlardır. Teşebbüs halindeki fiiller ile tamamlanmış fiillerin aynı şekilde değerlendirilmeyeceği fikrinden yola çıkarak, ayrımı sübjektif unsurlara dayandırmışlardır⁴².

a. İptal Teorisi

İptal teorisini savunan Zachariä, gönüllü vazgeçen failin vazgeçmek suretiyle hem kanuna aykırı olan faaliyetlerinin hem de suçun tamamlanmasına yönelik kötü niyetinin (*böse Wille*) geriye doğru iptal edileceğini savunmuştur⁴³. Bu “iptal edilme”, suçun temel yapısını kalıcı olarak ortadan kaldırdığı için teşebbüs nedeniyle cezalandırma sebebi bulunmamaktadır. Zachariä, dış dünyada gerçekleşmiş bir olayın geriye döndürülmesinin asla mümkün olmadığını belirtmekte beraber henüz suç yolunda olan bir sürecin farklı bir durum olduğunu ifade etmiştir. İcra hareketleri aşamasındaki fail hareketlerini devam ettirmez ve önceki adımlarda mevcut olan (kötü) niyetini değiştirir ya da ortadan kaldırırsa artık faildeki (kötü) niyet geriye yönelik olarak anlamsız hale gelir. Bu noktada Zachariä açıkça kötü niyetin yerini iyi niyetin alması gerektiğini belirtmiştir.

Osenbrüggen, failin kötü niyetini ancak ileriye yönelik olarak ortadan kaldırılabileceğini, geçmişte gerçekleşen olayların geriye döndürülme imkan ve kudretinin olmadığı söyleyerek Zachariä’nın görüşünü eleştirmiştir⁴⁴. Bauer ise

⁴² Gutmann, a.g.e., s.14.

⁴³ Heinrich Albert Zachariä, *Lehre vom Versuche der Verbrechen*, 2. Teil, Göttingen, 1839, s. 239.

⁴⁴ Eduard Osenbrüggen, *Abhandlungen aus dem deutschen Strafrecht*, Band I, Ferdinand Enke, 1857, s.38.

Zachariä'nın görüşleri hakkında "petitio principii"(açmaz) göndermesinde bulunarak eleştirmiştir⁴⁵.

Zachariä ile benzer görüşte olan Köstlin, teşebbüs aşamasında kalan suçtaki kötülüğün dış dünyaya yansıyan eylemin değil, failin kötü niyetinin olduğunu ifade etmiştir. Bu eylem ise, teşebbüs aşamasında iken özelliğini yitirir ve daha önce oluşmuş olan niyet de gönüllü olarak ortadan kaldırılmış olur. Bu açıdan Köstlin de "petitio principii" göndermesi yapmaktadır. Çünkü gönüllü vazgeçme nedeniyle teşebbüs cezalandırılmaz, bu yüzden teşebbüs iptal edilmiştir⁴⁶.

Zachariä ve Köstlin'i eleştirirken, suç kavramını yorumlamanın birden çok olanağın bulunduğunun görmezden gelinmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Hakim görüş; hareket kavramını ceza hukukunun merkezi olarak görmektedir. Elbette teşebbüsün niteliği gereği olanı yok etmek mümkün değildir. Bu kendiliğinden anlaşılabilir bir durumdur. Fakat suçluluğun sadece failin zihninde olduğunu kabul eden görüş açısından durum farklıdır. Buna göre hareket sadece dış dünyaya yansıyan süreçtir. Failin geçmişte görülen kötü niyeti değil, şu anki değer yargısı önemlidir. Fail nasıl ki harekete geçmesi ile kastını gösterdiyse, hareketini sonlandırması da yok olan kastının göstergesidir⁴⁷.

Gönüllü vazgeçme yoluyla fikrini değiştiren fail hakkında şüphesiz ki değişen niyeti doğrultusunda hüküm de farklılık göstermelidir. Bu da zaten gönüllü vazgeçme halinde cezasızlığın izahıdır. Bu görüşe göre kast fiilde değil, failin düşüncesinde aranmalıdır⁴⁸.

Ancak bu görüş, failde ortaya çıkan kastın geriye yönelik olarak nasıl iptal edildiği konusunu açıklama noktasında tatmin edici olmamıştır. Ortadan kalkan kastın, gönüllü vazgeçme bağlamında ancak ileriye yönelik etkisi olabileceği belirtilmiştir.

⁴⁵ Anton Bauer, Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprocesse, Band I, Göttingen, Dieterich, 1840, s.358.

⁴⁶ Christian Reinhold Köstlin, System des deutschen Strafrechts Allgemeiner Teil, Tübingen, 1855, §84.

⁴⁷ Gutmann, a.g.e., s.15-16.

⁴⁸ Zachariä, a.g.e., s.240.

b. Yokluk Teorisi

Luden, gerçekleşmiş olayların aslında gerçekleşmediğinin zorlu açıklamasını, pratik bir şekilde yokluk teorisi ile aşmaya çalışmış ve suçu tamamlama iradesinin inkarı yoluyla çözüme gitmiştir⁴⁹. Ona göre gönüllü olarak vazgeçen failde, zaten en baştan itibaren suçu tamamlamaya yönelik iradenin bulunmadığı dikkate alınmalıdır. Bu nedenle yasal anlamda bir “yokluk” ortaya çıkmıştır ve bu durum teşebbüsün varlığından da söz etmeyi mümkün kılmamaktadır. Failde başta var olan kötü irade ve sonrasında bu iradenin ortadan kaldırılması hareketi bir bütün olarak değerlendirilmelidir ve bu bütün içinde gönüllü vazgeçen failde tamamlanmaya yönelik iradenin en baştan itibaren bulunmadığı görülmektedir⁵⁰.

Ancak Luden’in, suç işleme kararı ile icra aşamasındaki hareketleri müstakil bir hareket olarak tanımlaması hata olarak değerlendirilmiştir. İradenin ortadan kaldırılması ile sonraki faaliyetlerden vazgeçme ya da neticenin önlenmesi birbirinden bağımsızdır⁵¹.

Yokluk teorisinin “gönüllülük” koşulunu açıklama konusunda da yetersiz kaldığı ifade edilmiştir. Çünkü “zorunlu olarak” icra hareketlerine ara vermiş olan fail hareketinin sonunda tamamlama iradesinden vazgeçebilecektir. Luden’e göre burada dahi failde bir bütün olarak tamamlama iradesi bulunmamaktadır⁵².

Bu teorinin savunucularından Berners de, gönüllü vazgeçmenin teşebbüs niteliğindeki hareketi ortadan kaldırdığını ileri sürmüştür. Failin suç işleme iradesi üstün konumda iken, gönüllü vazgeçme ile birlikte bu irade azalarak ortadan kalkmakta ve fiil teşebbüs niteliğini kaybederek cezalandırılabilir alandan çıkmaktadır. Ancak Berners’in bu görüşü, olayların gerçekte olan şeklinden başka bir şekilde kabul edildiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. İradenin fiilin üstünde olduğu

⁴⁹ Heike Wege, Rücktritt und Normgeltung, Berlin, Duncker & Humblot, 2011, s.18.

⁵⁰ Heinrich Luden, Handbuch des deutschen gemeinen particularen Strafrechts, Band I, Jena, 1842, §69, s.420.

⁵¹ Reinhold Herzog, Rücktritt Vom Versuch Und Thätige Reue: Criminalistische Abhandlung, Würzburg, Adalbertstübers’s Verlagsbuchhandlung, 1889, s.169; Guttmann, a.g.e., s.17.

⁵² Guttmann, a.g.e., s.17.

varsayımında bile fiilin varlığı teşebbüsün varlığını kabul için yeterlidir. Kötü yöndeki iradenin azalmış olması, teşebbüs nedeniyle cezalandırılmada etkili olmayacaktır. Berners de önceki sübjektif teori taraftarları gibi “gerçekleşmiş olan olay”a karşı çıkmış ve bu görüş de etkisiz kalmıştır.

c. Kastın Zayıflığı Teorisi

Kastın zayıflığı görüşünü savunan yazarlar da, cezasızlığın sebebini teşebbüs edilen fiilden gönüllü vazgeçmekle birlikte daha önce gerçekleştirilmiş olan hareketlerdeki sübjektif unsurun inkar edilmiş olduğunu belirterek açıklamaya çalışmışlardır. Ancak farklı olarak, failde sübjektif unsur olan kastın varlığını kabul etmekle birlikte, gönüllü vazgeçme yoluyla faildeki kastın şiddetinin azaldığını, bu noktada da cezasızlığın gereğinin ceza hukukunun sistematüğinden çıktığını ifade etmektedirler⁵³.

Zachariä *İptal Teorisi*’nin yanında *Kastın Zayıflığı Teorisi*’ne de destek olmuştur. Ona göre, hukuki olarak tehlike teşkil eden eylem teşebbüs nedeniyle cezalandırmayı gerektirir ve bu doğrultuda sadece ısrarlı olan kötü irade “tehlikeli” olarak kabul edilir. Suçu tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçen kişide daha fazla kalıcı bir kötü irade olmadığını gösterir ve bu gibi failer tehlike yaratmazlar. Onun sadece bir anlık suç işlemeye yönelik arzularının peşine düştüğünü belirtmiştir⁵⁴.

Aynı yönde görüş bildiren Schwarze da, gönüllü vazgeçmenin kendini gösterdiği olaylarda, teşebbüs aşamasında failde suç işlemeye yönelik iradenin daha fazla bulunmadığını belirtmiştir⁵⁵.

Bauer, bu görüşlerin sadece ceza miktarının azaltılması sırasında olumlu bir katkısı olacağını, ancak cezasızlık için hukuki bir dayanak olamayacağını ileri sürerek eleştiride bulunmuştur⁵⁶.

⁵³ Friedrich Oskar von Schwarze, “Versuch und Vollendung”, Franz von Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrecht in Einzelbeiträgen, Band 2, die allgemeinen Lehren, Berlin, Carl Habel, 1871, s.305

⁵⁴ Zachariä, a.g.e., s.241.

⁵⁵ Schwarze, a.g.e., s.305.

Bu teoride asıl hesaba katılmayan ve mantık dışı olan husus ise iradenin geriye dönük olarak değerlendirilmesidir. Failin serbest iradesi ile suç işleme kararından vazgeçmesi halinde, bu iradesinde zaten baştan itibaren ısrarlı olmadığı sonucunu çıkarmak mümkün değildir. Vazgeçme ancak ileriye yönelik etki gösterebilecektir. Bu durum failin suç işleme kararından zorunlu olarak vazgeçmesi gereken hallerde de sorun teşkil edecektir. Vazgeçmenin gönüllü olmadığı hallerde de failin geriye döndürdüğü iddia edilen iradesinde gerçekten baştan beri kararlı olup olmadığını da ispat etmek mümkün olmayacaktır. Yine suçun henüz ilk icra hareketinin gerçekleştirilmesi sırasında bile aşılmaz bir engelle karşılaşıldığı zaman vazgeçilmesi halinde de bu iradenin tespiti mümkün olmamaktadır. Buraya kadarki görüşlerden anlaşılan, Schwarze'nin görüşünün, gönüllü vazgeçme konusunun esasını teşkil eden “gönüllülük” kavramını açıklamak için yeterli olmadığıdır.

d. Karine Teorisi

Cezasızlığın hukuki temelini, “tamamlama iradesinin eksikliği”ni gerekçe göstererek açıklamaya çalışan bir başka görüş de karine teorisidir.

Herzog, teşebbüs nedeniyle cezalandırabilmenin ancak failin suçu tamamlama yönünde yeterli kararlılıkta bir iradeye sahip olduğu varsayımında mümkün olacağını dile getirmiştir. Ancak bu varsayım, vazgeçme yoluyla ortadan kalkmış olmaktadır⁵⁷. Bu perspektifle teşebbüs nedeniyle cezalandırma da varsayıma dayandırılmaktadır. Bu görüşe haklı olarak itiraz edilerek, suç işlemeye yönelik hakiki bir irade bulunmadığı sürece teşebbüsün gündeme gelemeyeceği ileri sürülerek itiraz edilmiştir. Teşebbüs nedeniyle ceza tehdidi bir varsayıma dayandırılmaz. Esasında teşebbüs, yapısal olarak objektif unsurlardan olan neticenin gerçekleşmediği, eksik kaldığı bir suç teşkil etmektedir ve cezalandırılabilir bir teşebbüs, suça yönelik kastın ve hukuka aykırılık unsurunun varlığını

⁵⁶ Bauer, a.g.e., s.356.

⁵⁷ Herzog, a.g.e., s.168.

gerektirmektedir. Suç işlemeye yönelik iradenin varsayım olarak varlığı yeterli olmayıp, gerçek anlamda bulunması gerekmektedir⁵⁸.

Herzog, “*normun ihlali*” kavramından hareket etmiştir. Normun amacı kötülüklerden kaçınılmasını sağlamaktır. Kanuni norm, yasakları belirleyerek istenmeyen sonuçlar doğuracak hareketlerden kaçınmayı sağlar. Fail, hareketleri üzerindeki hakimiyeti ile bu kötü davranışları sonlandırabilir. Gerek eksik teşebbüs (unbeendete Versuch) gerekse tam teşebbüs (beendete Versuch) durumunda normun ihlali henüz gerçekleşmiş değildir. Failin hareketi ile normun ihlali sonucunu gösteren neticenin meydana gelmesi arasındaki zaman dilimi, faile neticenin gerçekleşmesini önleme konusunda imkan tanımaktadır. Söz konusu süreçte fail halen hareketinin etkileri konusunda hakim konumdadır ve teşebbüsün normu ihlal eden bir aşama olmadığı ileri sürülmüştür. Bu doğrultuda teşebbüsün cezalandırılma nedeni de normun ihlaline neden olabileceği yönünde varsayımdır.

2. Objektif Teoriler

Subjektif hukuk teorisinin cezasızlığın sebebini açıklama noktasında başarılı olamadığını ileri süren ve benzer bir yöntemle gerekçe üretmeye çalışan objektif görüş taraftarları, objektif unsurlardan hareket etmişlerdir. Ancak bu teorilere yönelik, en başta gönüllülük kavramının subjektif bir nitelik taşıması nedeniyle sorunun çıkış noktasından uzaklaştığı yönünde eleştiriler yöneltilmiştir⁵⁹.

a. Norma Aykırılığın Ortadan Kalktığı Yönündeki Yaklaşımı

Objektif teorilerin önde gelen temsilcilerinden olan Binding, insan eylemlerinin parça parça değerlendirilmesini hukuken kabul edilemez olarak görmüş ve teşebbüs ile vazgeçmeyi yapısal anlamda bir bütün olarak değerlendirerek, zararlı sonuca neden olmaktan gönüllü vazgeçmenin hukuka aykırılığı ortadan kaldıracağı sonucuna varmıştır. Eylemleri ile bir suçu sonuçlandırmaya yönelik koşulları yaratan

⁵⁸ Jochim Bach, Rücktritt vom Versuch und Erfolgseintritt, Göttingen, 1977, s.46.

⁵⁹ Gutmann, a.g.e., s.21.

fail, neticenin gerçekleşmesini de önleyebilir. Davranış bir bütün olarak değerlendirildiğinde, davranışın zararlı bir neticeye neden olmaktan uzak olduğu ve bu bütünlük içinde hukuka aykırılığın daha fazla yer almadığı ileri sürülmüştür. Gerekli koşulların bu şekilde yok edilmesi durumunda da kısmen de olsa bir suçun olmadığı gibi geriye teşebbüsün dahi kalmadığını söylemek mümkündür⁶⁰.

Herzog gibi bütüncül değerlendirmeden yola çıkan Binding, cezalandırılabilirliğin – yahut suçun varlığının – failin sonraki hareketleri tarafından ortadan kaldırıldığı görüşünden yola çıkmaktadır. Gönüllü vazgeçme bozucu bir şart olarak kabul edilmekte ve bir bütün olarak kabul edilen hareketi suç olmaktan çıkarmaktadır.

Objektif teori taraftarlarından Hälschner de Binding ile örtüşen biçimde, gönüllü vazgeçmenin teşebbüs hareketini ortadan kaldırdığını ileri sürmüştür. Bu görüş de bütüncül değerlendirmeye dayanıyor olmakla birlikte, hukuka aykırılık konusunda farklı düşünerek hukuka aykırılığın var olduğu belirtilmiştir⁶¹.

Yine bu bakış açısı altında Finger ise, devletin norma itaatsizlik halinde cezalandırma yetkisinden, norma aykırı davranışın sonradan normla tekrar uyumlu hale getirilmesi halinde vazgeçebileceğini ifade etmiş, cezasızlığın gerekçesini hareketin etkilerinin ortadan kaldırılmasına dayandırmıştır⁶².

b. Hukuka Aykırılığın Şahsi Bir Sebep Olarak Kendisini Gösterdiği Yönündeki Yaklaşım

Objektif görüş taraftarlarıyla aynı yönde hareket eden Oetker ve Schoetensack, suçun yapısını tam anlamıyla inkar eden bir şekilde, gönüllü vazgeçmenin norma olan aykırılığı ortadan kaldıracağını ileri sürmüşlerdir. Başka bir ifadeyle fiilin, norma aykırı olduğu kabul edilmekle birlikte, somut olayda failin

⁶⁰ Karl Binding, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, München, Duncker & Humblot, 1915, s.125.

⁶¹ Hugo Hälschner, *Das Preußische Strafrecht*, Bonn, Marcus, 1855, s.203.

⁶² August Finger, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Band 1, Berlin, Heymanns, 1904, s.318.

hareketinin özelinde norma aykırılığın ortadan kalktığını iddia etmişlerdir. Bu çerçevede de gönüllü vazgeçme, şahsi olarak hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebep olarak kabul edilmiştir. Bu şekilde geri çekilmeyen suç ortaklarının sorumluluğuna gidilebileceği ifade edilmiştir.

c. Vazgeçmenin Olumsuz Bir Unsur Olduğu Yönündeki Yaklaşım

Hukuk teorilerinin zaman içinde önemini yitirmesine rağmen daha sonradan yeni doktrinde Hippel, hukuk teorilerini yeniden tartışmaya açarak farklı bir bakış açısı ile konuya yaklaşmıştır. Hippel, cezasızlığın gerekçesine ulaşmak için önceki yaklaşımların benimsediği “iptal” esasından kaçınmış, teşebbüsün yapısal unsurundan yola çıkmıştır. Ona göre vazgeçme, teşebbüsün cezalandırılabilmesi için “*olumsuz bir koşul*” olarak kabul edilmelidir⁶³.

Ancak bu yaklaşım, suça iştirak eden faillerin cezalandırılabilmesi bakımından hoş olmayan sonuçlar doğurabilecektir. Hippel’in önerdiği çıkış yolu, suça iştirak edenlerin sorumluluğunu göz ardı etmesi nedeniyle mevcut sisteme göre geçerlilik sağlayamayacaktır⁶⁴.

B. SUÇ POLİTİKASI TEORİLERİ

Suç politikası teorileri, hukuk teorilerinden farklı olarak gönüllü vazgeçmenin cezasızlık nedenini suçun yapısal unsurlarına değil, izlenen suç politikasına dayandırmışlardır. Hukuk teorilerinin esas aldığı “iptal” yaklaşımı, yapılmış olanın yapılmamış sayılması kabulüne dayanmakta olup bu hususun suçun yapısal unsurları ile açıklanması hukuki olarak da kabul edilebilir bir durum değildir. Yapılmış olanın yapılmamış olarak kabulü mümkün olmayıp, ancak yapılmış olanın cezaya layık olup olmadığı, devletin cezalandırma yetkisiyle ve bu doğrultuda suçlulukla mücadelede kullandığı politikalarla makul olarak açıklanabilmektedir.

⁶³ Reinhard von Hippel, Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch: zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Versuchslehre, Berlin, de Gruyter, 1966, s.66.

⁶⁴ Roxin, AT II, §30, kn.13.

Doktrinin çoğunluğu tarafından “*altın köprü teorisi*”nin suç politikası teorisi olarak adlandırılmasına rağmen, Roxin’in de ifade ettiği gibi⁶⁵ gönüllü vazgeçme nedeniyle cezasızlığın gerekçesini açıklayan ve aşağıda inceleyeceğimiz diğer teoriler de devletin izlediği suç politikalarına dayanmakta olduğundan hepsini “*Suç Politikası Teorileri*” üst başlığı altında incelemeyi uygun bulduk.

1. Psikolojik Zorlama Teorisi

“Altın köprü” teorisinin esası Feuerbach’ın cezanın amacı konusundaki görüşlerine dayanmaktadır. Psikolojik zorlama teorisinin yaratıcısı Feuerbach, hukuk düzeninin bozulmasının önlenmesi ya da bozulan hukuk düzeni nedeniyle bedel ödetme konusunda yükümlü ve yetkili olarak devletin amacının hukuk düzenini sağlamak olduğunu söyleyerek, bu amacı “önleme” suretiyle gerçekleştirebileceğini belirtmiştir. Ceza kanunlarının da bu önleme amacına hizmet ettiğini ifade eden Feuerbach, hukuk düzenini bozan fiilleri uzak tutma amacıyla ceza tehdidi ile bir korku – manevi bir cebir – yaratarak suçun işlenmesinden önce toplumun korunmasının amaçlandığını işaret etmiştir⁶⁶. Ceza tehdidi, toplum içerisinde suç işleme düşüncesi olan bireylerde gerçekleştirecekleri kötülük karşısında bir korku uyandırmayı amaçlamaktadır. Bununla birlikte ceza tehdidi, bir suç işleme yönünde motive olan kişiler üzerinde de etki göstermelidir ki böyle bir psikolojik zorlama ile motivasyonun kırılması sağlanabilsin⁶⁷.

Bu görüşler, teşebbüsten gönüllü vazgeçmenin cezasızlık nedenini de açıklama konusunda yol gösterici olmuştur. Devlet, teşebbüs halindeki bir suç, müdahalesi olmaksızın kendiliğinden ortadan kalktığı halde söz konusu teşebbüsü önleme gereği artık kalmadığı için cezalandırma yetkisini kullanmak zorunda değildir. Failin haksızlıkta ilerlediği yoldan gönüllü olarak adalet yoluna döndüğü hal ya da suçun

⁶⁵ Roxin, AT II, §30, kn.13, dn.18.

⁶⁶ Feuerbach, a.g.e., s.66; Paul Johann Anselm Feuerbach/Carl Joseph Anton Mittermaier, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, 14. Auflage, Gießen, Heyer, 1847, §8, s.36.

⁶⁷ Eberhard Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Auflage, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1983, s.229;

failin iradesinin aksi doğrultuda değil; cezalandırılma korkusu, merhamet duygusu, ya da harekete geçen vicdan ya da failin içinden kaynaklanan herhangi bir sebeple tamamlanmadan bırakılması halleri, devletin cezalandırma yetkisini kullanmaktan kaçınabileceği haller olarak kabul edilebilir. Feuerbach’a göre, vazgeçmenin ayrıcalıklı bir sonucu olmadığı takdirde, devletin ceza tehdidini göze alarak suç işlemeye başlayan fail, adeta bu suçu tamamlamaya zorlanmaktadır. Çünkü talihsiz bir şekilde suç işlemeye kendini kaptırmış ve cezaya maruz kalacağını bilen fail, bu suçu işlemekten vazgeçmekle bir kazancı olmayacağı gibi işlemekle de daha fazla bir kaybı olmayacağını farkındadır⁶⁸. Bu nedenle faile vazgeçmeye teşvik edici ayrıcalıkların sunulması düşünülmelidir. Devletin cezalandırma yetkisini kullanmayacağına ilişkin imtiyaz, halen suç işleme yolunda (icra hareketleri aşamasında) olan failin sağduyusuna bir çağrı olarak değerlendirilmektedir. Bu çağrı, suça devam etme ya da vazgeçme konusunda seçme imkanı olan faili, suçu tamamlamaktan vazgeçirmeyi amaçlamaktadır. Ancak failin zorlayıcı sebepler tarafından vazgeçmesi hali ayrı tutulmalıdır. Çünkü bu durumda fail seçme imkanını artık yitirmiştir ve teşebbüs nedeniyle cezalandırma söz konusu olacaktır. Feuerbach’a göre gönüllülükten anlaşılan, sağduyuya yönelik çağrıdır. Bu anlayıştan da tamamen sübjektif bir gönüllülük kavramı ortaya çıkmaktadır⁶⁹.

2. “Altın Köprü” Teorisi

Feuerbach’ın psikolojik zorlama görüşlerinin etkisi, sonraki yüzyıla da taşınarak teşebbüsten gönüllü vazgeçmenin cezasızlık nedeni, Almanya’da yasama meclislerinde bu çerçevede ele alınmıştır. Doktrinde ve mahkeme kararlarında da farklı formlarda kullanılarak “teşvik teorisi” olarak adlandırılmıştır. Bu çerçevede de “cezasızlık” vazgeçme için bir teşvik olarak sunulmuştur. Bu görüşü ele alan RGH, hukuk güvenliği yararına, etkin pişmanlık kavramını daha geniş kapsamda kullanmaya yönelmiş ve kararlarında bir formül üretmiştir. Bu çerçevede; vazgeçme nedeniyle cezalandırılabilirlikten bağışık tutulma vazgeçme hareketinin

⁶⁸ Feuerbach, a.g.e., s.102 vd.

⁶⁹ Gutmann, a.g.e., s.32.

kendiliğinden suçu ortadan kaldırmasına dayanmaz. Kanun koyucu tarafından hukuk güvenliğini sağlama amacıyla faile işlemeyi amaçladığı suçu önlemesi için teşvik verilerek sadece suç politikası düşünceleri esas alınarak gönüllü vazgeçme kurmu yaratılmıştır⁷⁰.

Altın köprü teorisi, suç işlemeye başlamış olan faile, onu suçu tamamlamaktan alıkoymak, gerekirse de neticenin gerçekleşmesini önlemesi için bir teşvik sunulması esasına dayanmaktadır. Bu teşvik ise, “altın köprü” olarak adlandırılan ve gönüllü vazgeçme halinde teşebbüs nedeniyle failin cezalandırılmayacağına ilişkin “söz”dür⁷¹. 1871 tarihinde Almanya İmparatorluk Ceza Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra, Franz von Liszt tarafından geliştirilen “Altın Köprü” teorisinin klasik formülasyonu Liszt tarafından şu şekilde yapılmıştır: “*Suçun icra hareketlerini gerçekleştirmeye başlayan fail, cezalandırılabilir alana girmiştir. Dış dünyada gerçekleşen bir olay, “geriye yönelik iptal edildiği” gerekçesiyle olmamış kabul edilemez. Kanun koyucu, izlediği suç siyasetinin gereği olarak suç işleyen failin bundan geri dönmesi için “cezasızlık” sonucuna götüren altın bir köprü inşa etmiştir.*”⁷² Bu formül de teorisinin neden “altın köprü” olarak adlandırıldığını göstermektedir ve Liszt’in bu formülü, doktrinin büyük çoğunluğu tarafından da onaylanmıştır⁷³. Aynı yöndeki görüş birliği RGH kararlarında da fark edilmektedir. Yine bu görüşler Federal Yüksek Mahkeme’nin ilk kararlarında da yol gösterici olmuştur ve cezasızlık seçeneğinin sunulması

⁷⁰ Walter Petters, Praktische strafrechtsfalle mit losungen : ein induktives strafrechtslehrbuch, 1. Teil, J. Schweitzer, Berlin, 1958, s.114; Gutmann, a.g.e., s.37-38.

⁷¹ Paul Johann Anselm Feuerbach, Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten, 2.Teil, Gießen, Tasché und Müller, 1804, s. 102 vd; Jescheck/Weigend, a.g.e., s.538; Gutmann, a.g.e., s.30; Christian Jäger, Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr, München, C.H.Beck, 1996, s.5.

⁷² Franz von Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 21-22. Auflage, Berlin, De Gruyter, 1919, s.201.

⁷³ Allfeld de, suç işleyen kimseye bundan vazgeçmesi için bir teşvik sunulmasını, bu şekilde bozulan hukuk düzeninin korunabileceğini ifade etmiştir., Philipp Allfeld/Hugo Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts: Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Leipzig, Deichert, 1934, s.201.; Maurach da suç işleyen faile hukuk düzeninin sınırlarına geri dönmesi için bir yol (altın köprü) inşa edilmesini, ve geri dönen failin bu pişmanlığının ödüllенmesi gerektiğini söylemiştir., Reinhart Maurach, Grundriß des Strafrechts: Allgemeiner Teil, Wolfenbüttel, Wolfenbütteler, 1948, s.411.

aracılığıyla, kamuya yönelik zarar tehdidi doğuran bir suçun neticesinin önlenmesinin sağlanabileceği ifade edilmiştir⁷⁴.

Gerek Feuerbach'ın ileri sürdüğü önleme teorisine gerekse bununla bağlantılı olarak ortaya çıkan altın köprü teorisine karşı mahkeme kararlarında ve doktrinde pek çok argüman dile getirilmiştir. Bu itirazlardan özellikle ileri sürülen, failin değerlendirmesine ilişkindir. Suç işlemekte olan fail, bu sırada bu suçu işlemekle karşılaşacağı yaptırımları (sonuçları) ihtiyatlı bir şekilde değerlendirebilecek durumda değildir. Ayrıca failin genellikle gönüllü vazgeçmeye ilişkin kanuni hükmü bilmesi mümkün olmamakla birlikte bilmesi halinde bile işlenmekte olan suçun son aşamasında bu cezasızlık halini tespit edebilmesi mümkün olmayabilecektir. Eğer failin bu konuya ilişkin bir bilgisi ya da değerlendirme yetisi mevcut ise, bu durumda da failin hukuki alana dönme kararının dışardan gelen bir zorlama nedeniyle mi yoksa kendi iradesi ile mi verildiği şüpheli hale gelecektir. Cezasızlık sonucunu getiren geri dönmeye yönelik bilinç, suç işleme konusunda hala kararsız olan faile aksine bir etkiyle teşvik yerine tuzak olarak görünebilir. Çünkü vazgeçmenin ortaya koyduğu ayrıcalık, netice itibarıyla failin seçeneklerini artırmaktadır⁷⁵.

Hepp de, Feuerbach'ın ileri sürdüğü görüşlerin hukuki bir yanılgıya dayandığını ileri sürmüştür. Hepp, fail için sadece cezasızlığın söz konusu olmasına karşı çıkmıştır ve bu görüşün cezanın nicelik ve niteliğini göz ardı ettiğini ifade etmiştir. Bir teşvik olarak cezanın tamamıyla inkarının açıklanamaz olduğunu belirterek, cezanın hafifletilmesinin bir teşvik olarak yeterli olabileceğini ileri sürmüştür⁷⁶.

Ayrıca bu görüşe göre, nitelikli teşebbüs durumunun olduğu olaylarda cezasızlığı açıklamanın mümkün olamayacağı ifade edilmiştir. Bu tür olayların

⁷⁴ Gutmann, a.g.e., s.39.

⁷⁵ Boß, a.g.e., s.17.

⁷⁶ Carl Ferdinand Theodor Hepp, Versuch über einzelne Lehren der Strafrechtswissenschaft, Heidelberg, 1827, s.315 vd.

öncesinde her zaman için tamamlanmış bir suç bulunmaktadır ve tamamlanmış suç bakımından teşviki açıklamak gerçekçi olmamaktadır⁷⁷.

Jescheck ise, bu teorilerin sadece suçları önleme amacına yöneldiğine dikkat çekmiştir. Ancak vazgeçmenin zorunlu unsuru olan gönüllülüğün bu görüş ile açıklanabilmesinin mümkün olmadığını ifade etmiştir. Buna göre gönüllülük, failin iç güdüsüne değil, vazgeçme olgusuna bağlı olmaktadır. Ayrıca bir zararın meydana gelmesinden sonra bunun tekrar eski hale getirilmesi, neticenin gerçekleşmenin önlenmesi amacının arka plandaki gerekçeleri ile açıklanamayacağı için cezasızlık kabul edilmemektedir⁷⁸.

Son olarak Bockelmann, vazgeçmede neticenin meydana gelmemesinde vazgeçmenin nedensel bir etkisi olmasa bile, gönüllü vazgeçmeye ilişkin kanuni hükmün(24/1,c.2) uygulanabileceğini, vazgeçmeden faydalanabilmek için gönüllü ve ciddi bir çabanın yeterli olduğuna dikkat çekmiştir. Bu şekilde sadece vazgeçmeye teşebbüs (*Rücktrittsversuch*) dahi cezasız kalabilmektedir. Bu durumun ise hukuk düzeninin korunması açısından açıklanamayacağını ifade etmiştir⁷⁹.

Öncelikli olarak, faili suçu işlemekten vazgeçirecek olan motivasyonun kaynağının esas itibarıyla cezasızlık vaadinin olduğunu kesin olarak söylemek mümkün değildir. Gerek RGH'nin gerekse BGH'nin kararlarını bu açıdan değerlendiren Giffhorn⁸⁰ ve Bockelmann⁸¹ da cezasızlık vaadinin, failleri suç işlemekten geri döndürecek istikrarlı bir teşvik aracı olmadığını ortaya koymuşlardır. Failin, suçun icra hareketlerinden vazgeçmesi ya da neticenin önlenmesine yönelik hareketinin takdir edilmesi gerektiği konusunda bir şüphe yoktur. Ancak bu durumda, genel hayat tecrübesinden kaynaklanan olağan ve duygusal bir düşünce söz

⁷⁷ Albin Eser, "Rücktritt", Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Auflage, München, 2014, §24, kn.2.

⁷⁸ Hans-Heinrich Jescheck, "Anmerkung zum BGH-Urteil vom 14.04.55", Monatsschrift für Deutsches Recht, 1955, s.562.

⁷⁹ Paul Bockelmann, "Wann ist der Rücktritt vom Versuch freiwillig?", Neue juristische Wochenschrift, 8. Jahrgang, Heft:39, 1955, s.1420.

⁸⁰ Kurt Giffhorn, Über Bedeutung und Begriff der "Freiwilligkeit" beim Rücktritt vom Versuch und bei der tätigen Reue, Göttingen, 1948, s.19.

⁸¹ Bockelmann, a.g.m., s.1420.

konusu olmaktadır. Yoksa vazgeçmenin kanuni hükme ilişkin tam olarak bir bilgiye dayandığını söylemek mümkün değildir⁸². Fail eyleminin vazgeçmeye ilişkin kanuni hükme uyup uymadığını değerlendirmeyip, norma dayalı bir eylem değil, iç dünyasından gelen eylemi gerçekleştirir.

Daha sonra gönüllü vazgeçmede teşebbüsün cezalandırılması düşüncesi daha geri planda kalmıştır. Ancak gönüllü vazgeçmede cezadan tamamen vazgeçmek emredici olarak kabul edilmeyip, cezada indirim yapılması açıklanabilir olarak kabul edilmiştir. Ayrıca nitelikli teşebbüs içeren olaylarda vazgeçme motivasyonunun varlığının kabul edilmemesi, bu vakalarda cezasızlığın mümkün olmaması gerektiği ifade edilmiştir⁸³.

Jescheck'in ileri sürdüğü bir itiraz ise, bu teorinin, vazgeçme saiki üzerine değil sadece vazgeçme başarısının sağlanması üzerine inşa edilmesi sebebiyle gönüllülük koşulunu açıklayamaması ve bu nedenle ikna edici olmamasıdır. Bu teorinin amacı, faile suçun icra hareketlerini bırakması ya da neticenin önlenmesi için teşvik vermektir. Psikolojik bir gönüllük anlayışı esas alındığı takdirde, failin icra hareketlerinin devamı hakkında ya da neticenin önlenmesi konusunda karar verme imkanının kendi elinde olması halinde bunun anlamı olabilir ve gönüllü olarak hareket edebilir. Ancak böyle bir imkanın olmadığı halde bu teşvik anlamsız hale gelmektedir⁸⁴.

Teorinin sadece neticenin önlenmesini amaçlıyor olması, cezasızlık için ikna edici olarak görülmemiştir. Önleyici bir etkinin yokluğu, eleştirilerde ciddi bir argüman olarak ileri sürülmüştür ve bu arka plan da suçun tamamlanma tehlikesine karşı farklı muameleyi haklı göstermiştir⁸⁵.

⁸² Klaus Ulsenheimer, Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis, Berlin, de Gruyter, 1976, s.71.

⁸³ Boß, a.g.e., s.19.

⁸⁴ Jescheck/Weigend, a.g.e., s.486; Bach, a.g.e., s.73.

⁸⁵ Boß, a.g.e., s.20.

3. Cezanın Amacı Teorisi

Başlangıçta altın köprü teorisini takip eden BGH, daha sonra bu görüşünden vazgeçerek kararlarında bugün hakim olan cezanın amacı (die Indiz- ya da Strafzwecktheorie) teorisinden yana tavır almıştır.

En basit biçimde ifade etmek gerekirse, bu teori, gönüllü vazgeçme halinde cezanın amacını sağlama imkanının ortadan kalktığını ifade etmektedir. Bu teorinin en belirgin olarak dile getirildiği ilk BGH kararında⁸⁶, gönüllü vazgeçen faille ceza verilmesine gerek olmadığı, çünkü cezanın amacına ulaşıldığı sonucuna varılmıştır. Kararda, suçun icrasına başlamış olan fakat bundan gönüllü olarak vazgeçen failin, suç işleme yönündeki iradesinin suçu işlemek için gerekli boyutta olmadığı tespiti yapılmıştır. Failde, teşebbüste ilk aşamada kendisini gösteren “tehlikelilik”, sonradan önemini yitirmektedir. Bu nedenle kanun, bu hareketi “teşebbüs gibi” cezalandırmaktan vazgeçmektedir. Çünkü cezalandırmanın artık ne faili ileride suç işlemekten alıkoymak (*özel önleme – spezialpräventive Komponente*) ne topluma göz dağı vermek suretiyle caydırıcı olması ne de bozulan toplum düzeninin yeniden sağlanması (*genel önleme – generalpräventive Komponente*) bakımından gerekli olmadığı ifade edilmiştir.

Cezanın amacı teorisi de bazı noktalar açısından tereddütle karşılanmıştır. BGH’nin ortaya attığı bu görüşte geri dönen failin tehlikeliliğinin toptan kalktığı ve bunun sonucunda cezalandırmanın gerekliliğinin ortadan kalktığı noktası tereddütsüz kabul edilmiş değildir. Ne de olsa önce teşebbüs alanına giren ve daha sonra geri dönen fail, ceza hukuku bakımından sağlıklı bir kişi olmadığını göstermiştir ve salt geri çekilme, geçmişte ortaya çıkmış olan suç işleme yönündeki iradenin ortadan kalktığı anlamına gelmemektedir⁸⁷. Belki de bu kişi henüz karşısına çıkan engeli

⁸⁶ BGHSt 9, 48, 52.

⁸⁷ Koch; Gutmann, a.g.e., s.19; Jescheck/Weigend, a.g.e., s.539; Dietrich Lang-Hinrichsen, “Bemerkungen zum Begriff der “Tat” im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Strafzumessung, des Rücktritts und der tätigen Reue beim Versuch und der Teilnahme (Normativer Tatbegriff), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1969, 374.

aşamadığı için geri dönmüş ve hala iradesi suç yolunda olup ilk fırsatta suçu işlemeye devam edecektir. Failin tehlikeliliği, ex-ante bir değerlendirme ile tespit edilebilir, bundan sonraki bakış açıları ile aksinin ispatı mümkün değildir⁸⁸. Failin suç işleme iradesinin şiddeti ölçülebilir bir veri olmayıp, zaten bunun ölçümüne de gerek bulunmamaktadır. Yukarıda belirttiğimiz gibi, fail suçun doğrudan doğruya icra hareketlerini yapmaya başlayarak tehlikeliliğini göstermiştir ve bu kanun için yeterlidir⁸⁹. Nihayetinde vazgeçme, sadece azalan suç işleme iradesinin belirtisi değil, cezasızlığın gerçek sebebidir⁹⁰.

İlk bakışta, failin sadece suç işleme iradesini azaltması vazgeçmenin temeli olarak görünebilmektedir. Bu bağlamda *Ulsenheimer*, vazgeçmeyi belirti teorisinin ifade edilmeyen temel koşulu olduğunu iddia etmektedir. Bu durumda, vazgeçme koşullarının bir objektif hareket gerektirdiği inkar edilmiş olmaktadır. Koşullar, kanun metinlerinde, lafızlarından anlaşılabilir biçimde var olmalıdır. Bu görünüm ise failin esas alındığı bir ceza hukuku sistemine götürmektedir⁹¹.

Bu teorinin cezalandırmanın fail bakımından özel önleme amacını gereksiz bıraktığı yolundaki düşünce önemli eleştiri noktası olmuştur. Lang-Hinrichsen⁹², fail bakımından özel önlemenin gereksiz olduğu kabulünü, “son derece cüretkar bir tahmin” olarak nitelendirirken; Herzberg⁹³ de, vakaların çoğunda “sadece ütöpik bir düşünce ve temelsiz bir spekülasyon” denebilecek “iyimser bir suç politikası” olduğundan söz etmiştir. Ancak Roxin, teori bu hususu gerekçelendirme bakımından yetersiz kalmış olsa da bu yaklaşımları abartılı bulmuştur. Failin sadece zararlı eğilimini (*schädliche Neigung*) ortaya koyması, fiil ceza hukukunun esas alındığı bir sistemde ceza hukukunun müdahalesini haklı göstermez. Teşebbüs aşamasına gelen fail ise, somut olarak suçun fiil unsurunu gerçekleştirmeye başlayarak ceza

⁸⁸ Lang-Hinrichsen, a.g.m., 369; Renè Bloy, *Die dogmatische Bedeutung der Strafaufhebungsgründe*, Berlin, Duncker&Humblot, 1976, s.158.

⁸⁹ Gutmann, a.g.e., s.19.

⁹⁰ Horst Schröder, “Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch”, *Juristische Schulung*, 2. Jahrgang, H.3, 1962, s.81.

⁹¹ Boß, a.g.e., s.28.

⁹² Lang-Hinrichsen, a.g.m., 370.

⁹³ Rolf Dietrich Herzberg, “Herzberg: Zum Grundgedanken des § 24 StGB”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1989, s. 56.

hukukunun müdahalesinin gerekliliğini ortaya koymuştur. Önleyici cezalandırmanın gerekliliği, gerçekleşen somut olaya göre değerlendirilmelidir. Bu gereklilik ise gönüllü olarak geri çekilme halinde bulunmamaktadır. Fail, teşebbüs halindeki fiil bakımından meşru zemine geri dönmüştür⁹⁴

Bu tartışma üzerine cezanın amacı teorisi gözden geçirilerek yeniden ortaya atılmıştır. Vaktinde ve gönüllü olarak vazgeçen fail, topluma kötü örnek olmaktan çıkmış ve son hareketinin başarılı olmasıyla hukuku onaylayan bir pozisyona gelmiştir. Fakat tamamlanmış bir teşebbüs halinde eğer fail neticenin gerçekleşmesini önleyememişse, artık bozulmuş bir hukuk düzeni olacaktır ve bu durum genel önleme nedeniyle cezalandırmayı gerekli kılacaktır. Yani failin sadece iyi niyeti, cezalandırma gerekliliğini ortadan kaldırmaya yeterli olmayacaktır. Burada cezanın gerekliliği, genel önleme amacından kaynaklanmaktadır⁹⁵.

4. Af – Ödül Teorisi

Bugün ciddi temsilcisi olan af/ödül teorisine göre kanun koyucu gönüllü vazgeçen faili ödüllendirme yolunu seçmelidir. Bu teori ile fail, bir kazanım olarak öf/ödül aracılığıyla cezasızlık ile ödüllendirilmektedir. Geçmiş Prusya hukukuna uzanan bu teoriyi Schmidt yeniden ele almıştır⁹⁶. Daha sonradan teori, Bockelmann'ın çalışması ile etkin hale gelmiştir. Cezasızlığın kaynağı failin kendisidir. Gönüllü vazgeçen fail, kusurunun ağırlığını, yine kendi hareketleriyle – fakat olumlu yönde değişen hareketleriyle – bir dereceye kadar telafi etmeye yönelmiştir. Bu yüzden failin cezaya maruz bırakılmaması ve hoşgörü ile karşılanması uygun görülmüştür⁹⁷. Kanun koyucu için failin gönüllü olarak

⁹⁴ Claus Roxin, “Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch”, Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag, Berlin, de Gruyter, 1972, s.256-257; Claus Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, Berlin, de Gruyter, 1973, s.37;

⁹⁵ Ulsenheimer, a.g.e., s.86; Roxin, AT II, §30, kn.7.

⁹⁶ Richard Schmidt, Grundriß des deutschen Strafrechts: vergleichende Darstellung des geltenden Rechts sowie des geplanten neuen Strafrechts nach dem im Rechtsausschuss des Reichstags beratenen Entwurf von 1927, Leipzig, Hirschfeld, 1931, 158.

⁹⁷ Jescheck/Weigend, a.g.e., s.539; Bockelmann, a.g.m., s.1421; Boß, a.g.e., s.21; Roxin, AT II, §30, kn.22; Otto, a.g.e., §19, kn.3; Johannes Wessels / Werner Beulke / Helmut Satzger, Strafrecht

vazgeçiyor olması yeterli olup, vazgeçme saikinin etik bir değer içermesinin gerekliliği bulunmamaktadır⁹⁸.

Teoriye karşı temel itirazı ileri süren Gutmann, gönüllü vazgeçen fail için cezasızlığın ödül ya da af olarak kabul edildiği, fakat bunun sadece kanunda yazan bir ifade olduğu; asıl soru olan cezasızlık ile ödüllendirilmenin sebebinin teori tarafından cevaplandırılmadığını ileri sürmüştür⁹⁹. Gutmann'ın eleştirisi Ulsenheimer tarafından da dile getirilmiştir. Fakat Gutmann eleştirisini af teorisine kadar uzatmaktan kaçınmıştır. Bu kaçınmada ise, af ya da ödül teorisinde iki farklı teorik görüşün söz konusu olması esas ikna edici rolü oynamıştır.

“Af” ifadesinden yola çıkılarak bunun gönüllü vazgeçme için kanundan çıkan bir ödül olduğunun ifade edilmesi isabetsiz bulunmaktadır. Teorinin temsilcilerinin aslında cezanın amacı teorisinin kavramlarından yola çıktıkları görülmektedir¹⁰⁰. Bundan, bu teorinin cezanın amacı teorisinin basit bir hali olduğu ve kendisine özgü bir yaklaşımı olmadığı anlaşılmaktadır.

Benzer bir biçimde düşünen Jäger'e göre; cezasızlığın sebebinde belirleyici olan vazgeçilmiş olma ya da en azından tehlikenin geriye döndürülmesine ilişkin niyettir. Tehlikenin geriye döndürülmesi, her zaman bu şekilde anlaşıldığı gibi kesin olarak bir kazanç anlamına gelmektedir. Bu kazanımın neden cezasızlığa yol açtığını açıklama noktasında, Jäger de cezanın amacı teorisine geri dönüp, failin yarattığı söz konusu somut tehlikeyi geriye döndürerek, artık güvenilir bir kişi olduğunu

Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 45. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller, 2015, §17, kn.887.

⁹⁸ Jescheck/Weigend, a.g.e., s.539; Bockelmann, a.g.m., s.1417.

⁹⁹ Gutmann, a.g.e., s.70.

¹⁰⁰ Bockelmann, failin kusurunun azaldığına ve gelecekte yeniden bir kötülük yapmayacağı ümidine dikkat çekmiştir., Bockelmann, a.g.m., s.1420; Jescheck, gönüllü vazgeçen failin, fiili ile hukuk düzenini bozan etkisini ortadan kaldırdığından yola çıkmıştır., Jescheck/Weigend, a.g.e., s.539; Wessels ise, gönüllü vazgeçme ile failin meşru zemine geri döndüğünü ve failin, toplumun hukuk anlayışı üzerindeki olumsuz davranışının etkisini dengelediğini belirtmiştir., Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., §17, kn.887.

gösterdiğini ve bu noktada artık cezanın gerekliliğinin bulunmadığını kabul ederek sonuca ulaşıyor¹⁰¹.

Af teorisine karşı fikrini belirten Schröder, vazgeçme imtiyazının bir bağışlama olmadığını, hukuk düzeninde yer alan meşru bir kurum olduğunu ifade etmiştir. O'na göre cezasızlık sebebi hukuk düzeni dışındaki bir kurumdan değil, ceza hukukunun sadece failin cezalandırılmasını esas alan değil, aynı zamanda failin takdire değer davranışlarına ayrıcalık imkanı sunan öç alma fikrinden çıkarılabilir¹⁰².

Schmidhäuser ise, ceza hukukunun haksızlıkları ödülle karşılamasına itiraz ederek, ödüllendirme fikrinin ceza hukukunun özüne aykırı olduğunu ifade etmiştir¹⁰³.

Lang-Hinrichsen ise itirazlarını kendi taraftarı olduğu birlik teorisinin ışığında yaparak; bir yandan teşebbüsün diğer yandan vazgeçmenin, öncelikle ceza gerekliliğinin varlığının fakat sonradan bunun ortadan kalkmasının ayrı ayrı değerlendirilmesinin yanlış bir kabul olduğunu ifade etmiştir¹⁰⁴.

Af – ödül teorisine karşı ileri sürülen ana itirazlar aynı yönde olmuştur. Vazgeçme nedeniyle cezasızlık sonucunun açıklaması oldukça yüzeysel bulunmuş ve teori kurumun amacını açıklamaya yönelik esaslı cevapları ortaya koyamamıştır.

d. Kusurun Kalkması Teorisi

Herzberg tarafından ortaya konan ve kusurun ortadan kalkması olarak adlandırılan teori, medeni hukuk ve idare hukuku ile yapılan kıyasa dayanmaktadır¹⁰⁵.

¹⁰¹ Jäger, a.g.e., s.63.

¹⁰² Bockelmann, a.g.m., s.1417; Horst Schröder, “Die Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch”, Monatsschrift für Deutsches Recht, 1956, s. 321.

¹⁰³ Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, Tübingen, Mohr, 1982, §11, kn.70.

¹⁰⁴ Lang-Hinrichsen, a.g.m., s.351.

¹⁰⁵ Roxin, AT II, §30, kn.25; Boß, a.g.e., s.31.

Herzberg, vazgeçme sonucundaki cezasızlığı şu şekilde gerekçelendiriyor. Eğer fail, kendisine isnad edilebilen bir hareketi ile yükümlülüğünü yerine getirir ve haksız davranışının meydana getirdiği zararı telafi ederse ceza tehdidi¹⁰⁶ ve gerekliliği ortadan kalkar¹⁰⁷.

Medeni hukuk ve idare hukuku alanında haksız bir fiil, bunu telafi etmeye yönelik kanuni bir zorlamayı doğurur. Bu yükümlülük yerine getirildikten sonra ise bu zorlama artık ortadan kalkar. Bu işleyişin ceza hukukunda da aynı şekilde olduğu kabul edilmektedir. İlk aşama olarak fail, geri çekilme yükümlülüğü ile karşılaşacak. Fail, bu yükümlülüğü (geri çekilme, vazgeçme) yerine getirmemesi halinde ise ikinci aşama olarak devletin cezalandırma yetkisi ile karşı karşıya olacaktır.

Bu teoriye karşı ileri sürülen eleştirilerin en önemlisi, teorinin, vazgeçme nedeniyle cezasızlığın nedeni sorusunu cevaplamaktan kaçındığı noktasıdır. Bizzat teşebbüsün kendisi failin yasal sorumluluğunu, dolayısıyla ceza tehdidini doğurmaktadır. Bu nedenle önemli olan soru, teşebbüsün ortaya çıkardığı haksızlığa rağmen failin neden cezasız kaldığıdır. Bu soruya Herzberg bir cevap vermemiştir. Çünkü o teşebbüsten doğan ilk aşamadaki sorumluluğu dikkate almamıştır¹⁰⁸. Bu eleştirilere karşı Herzberg, cezanın amacını açıklamaya yönelik daha önceki görüşlerin de başarılı olmadığı tespitinde bulunmuştur. Bu ilk eleştiri noktasından çıkan ikinci itiraz; teşebbüsten kaynaklanan ceza tehdidinin ortadan kalkmasına bir açıklama verilememiş olmasıdır. Bu konuda ise Herzberg, zorlamaya yönelik tehdidi ortadan kaldıran kanun hükmünde yer alan düzenlemeden daha fazla ve daha derin bir anlam çıkartmaya çalışmanın anlamsız olduğu şeklinde karşılık vermiştir¹⁰⁹. Gerçi Herzberg de kanun hükmünün lafzından daha derin anlamlar çıkararak görüşlerini gerekçelendirmektedir. Çünkü Herzberg'e göre, onun tarafından önerilen çözüme yönelik genel ilkelere karşı ileri sürülen çekinceler, gönüllülük ile medeni ve

¹⁰⁶ Bu ceza tehdidi medeni hukuk anlamında, borçluyu devlet eliyle ifaya zorlama olarak görünmektedir.

¹⁰⁷ Rolf Dietrich Herzberg, "Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch", Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, Berlin, Walter de Gruyter, 1987, 349 vd.

¹⁰⁸ Bergmann, a.g.m., 100.

¹⁰⁹ Herzberg, "Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch", s.351.

kamu hukukunun genel hükümlerinde ve ceza hukukunun önleme düşüncesinde olduğu gibi iki ilkenin çatışmasına dayanmalıdır.

Herzberg'in ileri sürdüğü kusurun kalkması ile anlaşılması gereken, failin hatalı davranışı ile oluşan sonucun vazgeçme ile ortadan kaldırılıyor olması gerektiğidir. Ayrıca bu vazgeçme ile fail, neden olduğu tehlikeliliği düzeltmiş ve sarsılan norma olan güveni de yeniden tesis etmiştir. Çünkü teşebbüs hareketi ile sadece objektif değil fikri anlamda da bir zarara neden olunmuştur¹¹⁰. Fikri anlamdaki zararın giderildiği durumda, artık sadece cezanın amacı bakımından bir değerlendirme yapılabilir. Herzberg'in bir yandan medeni ve kamu hukukundaki yöntemlerden bahsederken diğer yandan da cezanın önleme düşüncesinden bahsetmesi, onun cezanın amacı konusundaki görüşlerin de "gönüllü vazgeçme" hükmünde rol oynadığını dolaylı yoldan kabul ettiğini göstermektedir¹¹¹. Bu da diğer itirazlar konusunda fikir birliğine neden olmaktadır.

C. GÖNÜLLÜ VAZGEÇMENİN SİSTEMATİK OLARAK SINIFLANDIRILMASI

Gönüllü vazgeçme kurumunun suçun yapısı içerisindeki konumu, cezasız kalma sebebinin nereden kaynaklandığına bağlı olarak farklılık göstermektedir. Failin teşebbüs ettiği hareketinin kusurunu, takdire layık vazgeçme hareketi ile ortadan kaldırması nedeniyle ödüllendirilmeyi hak ettiği yönündeki görüş, gönüllü vazgeçmeyi kusuru ortadan kaldıran sebep (*Schuldaufhebungsgrund*) olarak kabul etmektedir. Vazgeçmenin suçun hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırdığını ileri süren görüş ise gönüllü vazgeçmeyi haksızlığı ortadan kaldıran sebep (*Unrechtsausschlussesgrund*) olarak kabul etmektedir. Buna karşılık gönüllü vazgeçmenin cezasızlık sonucunu, suç politikası ilkelerine dayandıran görüşler ise gönüllü vazgeçmeyi cezayı kaldıran şahsi sebep (*persönlicher Strafaufhebungsgrund*) olarak kabul etmektedir.

¹¹⁰ Bergman, a.g.e., s.329.

¹¹¹ Boß, a.g.e., s.33.

1. Vazgeçmenin Haksızlığı Kaldırdığı Yönündeki Görüş

Vazgeçmeyi suçun negatif bir unsuru olduğunu kabul eden görüşe göre, teşebbüs edilen suçta gönüllü vazgeçmenin varlığı halinde tipik olan haksızlık (*das tatbestandsmäßige Unrecht*) ortadan kalkmaktadır¹¹². Teşebbüsün ve vazgeçmenin bir olduğu görüşünden yola çıkan Kolster de benzer bir şekilde vazgeçmeyi tipikliği ortadan kaldıran sebep (*persönlichen Tatbestandsausschließungsgrund*) olarak kabul etmektedir¹¹³. Buna karşılık Bloy; vazgeçmenin suçun hukuka aykırılık unsurunun ortadan kaldırdığını, çünkü vazgeçmenin haksızlığın niteliğinin değişmesine ve sonuçta ceza hukuku anlamında bir haksızlığın dışına çıkılmasına neden olduğunu ifade etmiştir¹¹⁴.

2. Vazgeçmenin Kusuru Kaldırdığı (Mazeret Nedeni Olduğu) Yönündeki Görüş

Diğer bir bakış açısı ise, vazgeçmenin kusurun derecelendirilmesine ilişkin bir kategori içinde sayılması gerektiğine dayanmaktadır. Vazgeçmenin, failin teşebbüs ettiği suç nedeniyle ortaya çıkan haksızlığın ve kusuru oranında belirleyici olduğu ve bu çerçevede, vazgeçmenin kusuru ortadan kaldırdığı vurgulanmakta ve tutarlılığın sağlanması adına vazgeçmenin kusuru kaldıran bir sebep – mazeret sebebi olarak kabul edilmesi gerektiğine işaret edilmektedir¹¹⁵.

Jakobs, teşebbüs hareketi ile ortaya çıkan norm ihlalini, failin suçun tüm aşamalarında vazgeçme yoluyla minimize ettiğini, bu nedenle vazgeçmenin faile

¹¹² v. Hippel, a.g.e., s.58; Guntram von Scheurl, Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer, Berlin, Duncker&Humblot, 1972, s.27.

¹¹³ Hubertus Kolster, Die Qualität der Rücktrittsbemühungen des Täters beim beendeten Versuch, Frankfurt am Main, Lang, 1993, s.56.

¹¹⁴ Bloy, a.g.e., s.173.

¹¹⁵ Rudolphie, ZStW, 1973, s.s. ; Ulsenheimer, a.g.e., s.94; Fritjof Haft, Der Rücktritt des Beteiligten bei Vollendung der Straftat, Juristische Arbeitsblätter, 1979, s.312; Franz Streng, Schuld ohne Freiheit? – Der funktionale Schuldbegriff auf dem Prüfstand, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1989, s.324; Boß ise, vazgeçmeyi hem cezayı kaldıran bir sebep hem de kusuru kaldıran bir sebep olarak anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir., Boß, a.g.e., s.45.

ceza vermekten caymayı mümkün kıldığını ifade etmiştir¹¹⁶. Ancak Roxin, bu ihlali “minimize” etme ilkesinin suçun tüm aşamalarında oturtulması halinde failde gerçek anlamda azalmış olan haksızlık nedeniyle cezasızlığın mümkün olabileceğine dikkat çekmiştir. Çünkü bu noktada, failde geriye kalan haksızlık ve kusur bakımından cezanın amacı teorisi çerçevesinde bağlantıda eksiklik bulunmaktadır¹¹⁷.

Vazgeçmenin mazeret nedeni olduğu yönündeki görüş, vazgeçme ile birlikte teşebbüs halindeki failin kusurunun ortadan kalktığını savunmasına rağmen, vazgeçmenin kusuru kaldırdığı değil olsa olsa bir derece azalttığı ve bu çabanın cezasızlık ile ödüllendirildiği ifade edilmektedir. Vazgeçmenin kusuru ortadan kaldıran bir sebep olduğunun kabulü, bu kurumu zorunluluk hali ile aynı konuma getirmekte olup, tartışmalı bir sonuca neden olmaktadır ve sistematik konum açısından ikna edici bulunmamaktadır¹¹⁸. Bu görüşün kusur prensibi ile bağdaştırılması hakkında ciddi şüpheler de varlığını sürdürmektedir¹¹⁹.

3. Vazgeçmenin Cezayı Kaldıran Şahsi Bir Sebep Olduğu Yönündeki Görüş

Doktrinde hakim görüş, kanaatimizce de yerinde bir şekilde, gönüllü vazgeçmenin cezayı kaldıran şahsi sebep olarak kabul edilmesidir¹²⁰. Failin teşebbüs etmiş olduğu suçtan gönüllü vazgeçmiş olması, ne tipiklikle ne de hukuka aykırılıkla alakalı olduğu gibi, vazgeçmiş olmasıyla sadece belli bir derece azalma gösteren kusurluluğunu da etkileyen bir durum değildir. Fail, teşebbüs hareketi ile bir haksızlığa neden olmuştur ve bu haksızlığın gerçekleşmediğinin kabulü mümkün

¹¹⁶ Günther Jakobs, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Berlin, De Gruyter, 1991, §24, kn.2.

¹¹⁷ Roxin, AT II, §30, kn.30.

¹¹⁸ Jescheck/Weigend, a.g.e., s.540; Gropp, a.g.e., §9, kn.86.

¹¹⁹ Volker Krey, Robert Esser, **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. Auflage, Stuttgart, 2016, §44, kn.1264.

¹²⁰ Jescheck/Weigend, a.g.e., s.548; Maurach, Gössel, Zipf, a.e., §41, kn. 130; Jürgen Baumann, Ulrich Weber, Wolfgang Mitsch, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 11. Auflage, Bielefeld, Giesecking, 2003, §27, kn.5; Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., §17, kn.887.

değildir. Cezasızlık ise sorumluluk kategorisine dahildir¹²¹. Teşebbüs aşaması ile ortaya çıkan cezalandırılabilir durum, vazgeçmenin düzenlendiği kanun hükmünün koşullarının varlığı halinde ortadan kaldırılabilir. Vazgeçmenin bu imtiyazından sadece gerçek anlamda gönüllü olarak geri çekilen fail yararlanabilir ve bu anlamda özel bir şahsi nitelik taşımaktadır¹²².

Vazgeçmenin sonucundaki cezasızlığın gerekçesini suç politikasına dayandıran taraftarlar, gönüllü vazgeçmenin niteliğini de bu görüşlerinin doğal sonucu olarak cezayı kaldıran şahsi sebep olarak kabul etmektedirler. Belirttikleri gibi vazgeçmenin suçun oluşumu konusunda bir etkisi olmadığı gibi kusur da kalkmayıp sadece belli bir oranda dengelenmektedir¹²³. Söz konusu cezasızlık, suçun oluşumuyla ilgili olmayıp ve de failin cezalandırma gerekliliğinden bağımsız olarak, sistematik açıdan cezayı kaldıran sebep olarak sınıflandırılmaktadır¹²⁴.

4. Türk Ceza Kanunu'na Göre Vazgeçmenin Hukuki Niteliği

Bir suçun teşebbüs aşamasına ulaşması ile cezalandırılabilir alana ulaşılmıştır. Fail vazgeçmiş olsa bile o ana kadar gerçekleşen fiilleri teşebbüs nedeniyle cezalandırılabilir halde olup, vazgeçmesi oluşan durumu ortadan kaldıran bir nitelik taşımamaktadır. Yani vazgeçme o ana kadar yapılanları ortadan kaldırıcı nitelikte değildir. Öyleyse TCK düzenlemesine göre¹²⁵, gönüllü vazgeçen failin cezalandırılmaması kanun koyucunun tercihi olup, izlenen suç politikasının gereğidir. Bu durum, madde gerekçesinde; *“Gerek icra hareketleri aşamasında gerekse icra hare-ketlerinin bitmesinden sonra, failin suçu tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçmesini teşvik etmek modern suç politikasının temel araçlarından biri-dir.”*, şeklinde ifade edilmiştir. Belirttiğimiz üzere gönüllü vazgeçme, suçun tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk üzerinde etkisi olmayan, suçun unsurları

¹²¹ Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, München, C. H. Beck, 2006, §23, kn.16 vd.

¹²² Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.43; Roxin, AT II, §30, kn.31.

¹²³ Jescheck/Weigend, a.g.e., s.548; Roxin, A.T.II, §30, kn.31.

¹²⁴ Jescheck/Weigend, a.g.e., s.552; Roxin, AT I, §23, kn.21.

¹²⁵ TCK m.36: “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.”

dışında kalan bir kurumdur. Cezalandırılabilir aşamaya ulaşmış teşebbüs, gönüllü vazgeçme kurumu ile izlenen suç politikası gereği cezalandırılmamaktadır. Bu yönüyle gönüllü vazgeçme, bizim de katıldığımız üzere cezayı kaldıran şahsi sebep olarak kabul edilmektedir¹²⁶.

Ancak gönüllü vazgeçme kurumunun doğrudan bağlantılı olduğu teşebbüs düzenlemesine bakıldığında, kanun koyucunun iradesi ile kanuni düzenlemeler arasında bir çelişki olduğu ileri sürülebilir. Madde gerekçesinde kanun koyucunun suç politikası teorilerini benimsediği ve bu amaçla cezasızlığın öngörüldüğü ifade edilmesine rağmen, kanun koyucunun amacı ile kanuni düzenlemenin lafzının çelişki taşıdığı iddia edilebilir. Şöyle ki, gönüllü vazgeçmenin uygulanabilir olması, ilgili suçun ancak teşebbüs aşamasında bulunmasına bağlıdır. Dolayısıyla gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen TCK m.36'ya ilişkin değerlendirme, suça teşebbüsü düzenleyen TCK m.35 ile birlikte yapılmaktadır. Bilindiği üzere bu iki düzenleme genel hüküm niteliğinde olup, somut olaylarda söz konusu olan özel suç tiplerine uygulanması ile sonuç elde edilmektedir. Kanunda düzenlenmiş olan bir suçun cezalandırılabilir olması, unsurların gerçekleşmesine bağlı olup kimi suçlar sırf fiilin gerçekleşmesi kimi suçlar ise kanunda öngörülmüş ise neticenin gerçekleşmesi ile

¹²⁶ Önder, a.g.e., s.418; Sözüer, a.g.e., s.240; Kayıhan İçel/ Füsün Sokullu Akıncı/ İzzet Özgenç/ Adem Sözüer/ Fatih S. Mahmutoglu/ Yener Ünver, Suç Teorisi, 3. Bası, İstanbul, Beta, 2004, s.358; Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Ankara, Beta, 2018, s.535; Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Ankara, Yetkin, 2018, s.318; Nur Centel/ Hamide Zafer/ Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Bası, Ankara, Beta, 2017, s.477; Özgenç, a.g.e., s.509; Demirbaş, a.g.e., s.480; M. Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/ M. Emin Alşahin / Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara, Adalet, 2018, s.649; Koca/Üzülmez, a.g.e., s.438; Mahmutoglu/Karadeniz, a.g.e., s.835; Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Adalet, Ankara, 2018, s. 626; Mustafa Özen, Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, Adalet, Ankara, 2017, s514; Zeynel T. Kangal, "Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüsten Gönüllü Vazgeçme", Beiträge zum deutschen und türkischen Strafrecht und Strafprozessrecht, Die Entwicklung von Rechtssystemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung, Baden-Baden, Nomos, 2010, s.344; Zeynel T. Kangal, "Kişisel Cezasızlık Nedenleri ve Cezayı Kaldıran veya Azaltan Kişisel Nedenler", Kazancı Hukuk Dergisi, Cilt 7, Sayı 85-86, Eylül-Ekim 2011, s.51; Elif Bekar, "Gönüllü Vazgeçme", Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Kitap, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2010, s.40; Tozman, a.g.e., 259; Osman Yaşar / Hasan Tahsin Gökcan / Mustafa Artuç, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 3. Cilt, Adalet, Ankara, 2014, s.1096; Hale Akdağ, "Gönüllü Vazgeçme", Haccettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 2, 2013, 98. Madde gerekçesinin ilgili madde ile ne amaçlandığı konusunda kanunkoyucunun niyetini ortaya koyduğu, tarihsel yorum kapsamında gerekçe yorumundan da anlaşılmaktadır., Abdullah Batuhan Baytaç, Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum, İstanbul Arşivi, İstanbul, Oniki Levha, 2018, s.249.

mümkündür. Bu bağlamda suçun tamamlanmamış olması, yani teşebbüs aşamasında kalmış olması nedeniyle cezalandırılabilmesi TCK m.35’de düzenlenmiş olan suça teşebbüs hükmü sayesinde mümkündür. Dolayısıyla tamamlanmamış bir suçun cezalandırılabilmesi için somut olayın suça teşebbüse ilişkin şartlara uyması gerekmektedir. TCK m.35’e göre teşebbüs nedeniyle sorumluluğun doğabilmesi için; failin, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamamış olması gerekir. Bu noktada özellik gösteren husus, teşebbüs düzenlemesinde yer alan, “*failin elinde olmayan nedenler*” ifadesidir. Teşebbüs nedeniyle sorumluluk, ancak bu unsurun da gerçekleşmesi ile mümkün olmaktadır. Bu unsurun gerçekleşmediği, yani failin “elinde olan nedenlerle”, kendi iradesi ile suçun icra hareketlerini tamamlamadığı veya neticenin meydana gelmesini önlediği durumlarda, teşebbüsün unsurları oluşmayacağı için TCK m.35’e göre teşebbüs aşamasında kalmış bir suçtan da bahsedilemeyeceği ileri sürülebilecektir. Dolayısıyla bu durum gönüllü vazgeçmenin varlığının, suça teşebbüs düzenlemesinde yer alan olumsuz bir unsur olarak nitelendirilmesi şeklindeki yoruma imkân sağlayabilecektir. Bu durum ise, TCK’da yer alan gönüllü vazgeçme düzenlemesinin ve cezasızlık sonucunun dayanağının suç politikası ilkeleri değil, hukuk teorilerinin olduğu sonucuna götürebilecektir. Gerçekten bu yorum, ETCK kapsamında karşılığını bulmaktadır. ETCK’da gönüllü vazgeçme bakımından eksik teşebbüs – tam teşebbüs ayırımından ve düzenlemelerinden kaynaklı uygulama farklılığı bu yorumun ortaya konmasına imkan vermiştir. Şöyle ki; eksik teşebbüs – tam teşebbüs ayırımını benimseyen ETCK’da gönüllü vazgeçmenin uygulanabilmesi, ETCK m.61/2’de düzenlendiği üzere sadece eksik teşebbüs halinde kabul edilmekteydi. Faal nedamet olarak kabul edilen ve ETCK m.62’de düzenlenen tam teşebbüs halinde gönüllü vazgeçmeden söz edilmemiş olup, icra hareketlerinin tamamlanmış olması ile tam teşebbüs nedeniyle sorumluluk doğmaktaydı. Failin aktif çaba göstererek icra hareketlerini tamamladığı suçun neticesinin ortaya çıkmasını engellemesi hali faal nedamet olarak görülüyor fakat cezalandırılmasına engel olmuyordu. İşte eksik teşebbüs – tam teşebbüs arasındaki gönüllü vazgeçme konusundaki farklı uygulamada, kanuni metinde yer alan, “failin ihtiyarında olmayan mani sebep” koşulu bir anlam ifade etmekteydi. Doktrindeki bir görüşe göre; bu koşulun aksinden hareket ederek, eksik teşebbüs de

olsa tam teşebbüs de olsa failin elinde olan nedenlerle icra hareketlerinin bitirilmemesi veya icra hareketleri bitirilmesine rağmen neticenin gerçekleşmemesi hallerinde ortada cezalandırılabilir bir teşebbüs olmayacağı ileri sürülmüştür. Çünkü teşebbüsün koşulu olan “failin ihtiyarında olmayan mani sebep”, somut olayda bulunmamaktadır¹²⁷. Ancak bu yorum, teşebbüsün olmaması nedeniyle diğer suç ortaklarının da ceza sorumluluğunu kaldırarak haksız sonuçlara neden olabilecekti. Bu nedenle ETCK döneminde, eksik teşebbüs ve tam teşebbüs düzenlemelerinde yer alan “failin ihtiyarında olmayan mani sebepler” koşuluna bu şekilde bir anlam yüklenmekte ve gönüllü vazgeçmenin suçun tamamlanmasına kadar olan bütün aşamalarda uygulanması gereğine gerekçe gösterilmekteydi¹²⁸.

TCK ile ETCK’da yer alan ve doktrince de benimsenen gönüllü vazgeçme ile faal nedamet arasındaki ayrımı kaldırarak, gerek icra hareketleri aşamasında gerekse icra hareketlerinin tamamlanıp henüz neticenin gerçekleşmediği aşamada gönüllü vazgeçmenin uygulanmasına imkan verecek şekilde düzenleme yapılmıştır. Bu noktada dikkat çeken husus, suça teşebbüs düzenlemesinin yer aldığı TCK m.35’de “failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamama” unsurudur. ETCK döneminde suçun tüm aşamalarında gönüllü vazgeçme düzenlemesinin uygulanması gerektiği konusunda gerekçe oluşturan bu unsurun, TCK’nın gönüllü vazgeçme olanağına suçun tüm aşamalarında imkan vermesine rağmen neden yer aldığına bir anlam verip vermemek gereğine değinmek isteriz. Kanaatimizce ETCK döneminde ifade edilen yorum yöntemine, TCK’da yer alan gerek suça teşebbüs gerekse müstakil ve iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeye ilişkin düzenlemeleri imkan vermemektedir. Kanaatimizce, TCK m.35’de yer alan “elinde olmayan nedenler” ifadesi, Alman hukukunda doktrin ve yargı kararlarıyla ortaya atılan “geri dönüşsüz teşebbüs” (fehlgeschlagenen Versuch) kavramı çerçevesinde çıkan tartışmalarla beraber değerlendirildiğinde anlam kazanabilecektir. Aşağıda açıklayacağımız geri dönüşsüz teşebbüs vakaları çoğunlukla suçun tamamlanmamasının failin vazgeçme

¹²⁷ Sözüer, a.g.e., s. 241 vd.; İçel/Sokullu Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, a.g.e., s.358 vd., Mahmutoğlu/Karadeniz, a.g.e., s.832; Akdağ, a.g.e., s.97.

¹²⁸ Sözüer, a.g.e., s.243.

iradesinin bulunup bulunmadığının açık olmadığı yapılardan oluşmaktadır. Suçun teşebbüs aşamasında kalıp, failin teşebbüs nedeniyle cezalandırılabilir alana mı girdiği yoksa halen icra hareketleri aşamasında olup olmadığının çözümü, Alman hukukunda doktrince geliştirilen görüşler ve yargı kararları ile sağlanmaya çalışılmaktadır. Failin suçun icra hareketini kendisinin mi terk ettiği yoksa icra hareketini sonlandırmak zorunda mı kaldığı ortaya çıkan engelin niteliğine göre belirlenmelidir. İcra hareketinin sonlandığı an, failin elinde olmayan nedenlerden kaynaklandığı takdirde, failin bu andan sonra geri dönüşü olmayan bir noktaya ulaşmış olduğu kanaatindeyiz. Bu açıdan “elinde olmayan nedenler”’in, suça teşebbüs düzenlemesinde objektif bir kriter olarak, cezalandırılabilir alanın başlangıcını tespit eden ve vurgulayan bir kriter olduğu görüşündeyiz. Bu açıdan kanuni düzenlemenin lafzının, kanun koyucunun iradesine uymadığını söylemek yerinde olmayacaktır.

D. GÖNÜLLÜ VAZGEÇME DÜZENLEMESİNİN UYGULAMA ALANI

1. İcra Hareketleri Başlamış Olan Bir Suçun Varlığı

adlandırılmaktadır. Suç yolu; düşünce, hazırlık hareketleri, teşebbüs olarak da adlandırılan icra hareketleri, suçun tamamlanması ve netice aşamalarından oluşmaktadır¹²⁹. Suç yoluna giren fail, işlemeyi planladığı suçtan, netice gerçekleşmeden önce, suç yolunun herhangi bir aşamasında vazgeçebilmektedir. Fail, suçun henüz hazırlık hareketleri aşamasındayken de suçu işlemekten vazgeçmiş olabilir. Örneğin hasmını öldürmeye karar veren bir kişinin yaptığı plan çerçevesinde hazırlık hareketi niteliğindeki silah satın alma hareketine rağmen icra hareketine geçmeden bu suçu işlemekten vazgeçmiş olabilir. Durum teknik olarak vazgeçme

¹²⁹ Sami Selçuk, “Suç, Suç Yörüngesi ve Kalkışmanın Konumu”, Adalet Dergisi, Yıl 74, Sayı 5, Eylül-Ekim/1983, s. 802; Önder, a.g.e., s.394; Gropp, a.g.e., s.303; Sözüer, a.g.e., s.157; Mahmutoglu/Karadeniz, a.g.e., s.783; Zafer İçer, Suça Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ile İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması Meselesi, (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 2017, s.15; Yargıtay 14.CD, 2012/14973 E., 2015/2476 K., 05.03.2015.

olarak kabul edilmesine rağmen, kural olarak ceza hukukunda hazırlık hareketleri cezalandırılmamaktadır¹³⁰. Dolayısıyla hazırlık hareketleri aşamasında suçu işlemekten vazgeçen failin vazgeçme hareketi bir sonuç doğurmayacaktır.

TCK m.36'da düzenlendiği üzere, gönüllü vazgeçmenin söz konusu olabilmesi için öncelikle teşebbüs aşamasında bulunan bir suçun varlığı gereklidir. Bunun anlamı ise, suçun icra hareketlerine başlanmış olmasının gerekliliğidir. Bu noktada önem taşıyan husus ise suçun icra hareketlerinin ne zaman başlamış olduğunun tespiti. Çünkü cezalandırılabilir hareketlerin tespiti, hazırlık hareketleri ile icra hareketleri arasındaki sınırın belirlenebilmesine bağlı olup, ceza hukuku da bu andan itibaren devreye girecektir¹³¹. Bir hareketin hazırlık hareketi mi yoksa icra hareketi mi olduğunun belirlenebilmesi konusunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşler genel olarak objektif teoriler, subjektif teoriler ve karma teoriler olarak ayrılmıştır¹³². Aşağıda kısaca bu görüşlere değineceğiz.

a. Objektif Teoriler

Objektif teoriler, hazırlık hareketleri ile icra hareketleri ayrımının failin işlemeyi kast ettiği suça yönelik gerçekleştirmiş olduğu maddi nitelikteki hareketlere

¹³⁰ Sulhi Dönmezer, "Teşebbüste Hazırlık ve İcra Hareketleri Tefriki", İÜHFİM, Cilt 8, Sayı 3-4, 1942, s.433 vd.; Önder, a.g.e., s.399; Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.297 vd.; Sözüer, a.g.e., s.183; Özgenç, a.g.e., s.488; Zeki Hafızogulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara, USA Yayıncılık, 2018, s.309; Mahutoğlu/Karadeniz, a.g.e., s.783; Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.300; Nevzat Toroslu/Haluk Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara, Savaş, 2018, s.301; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, a.g.e., s.627; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara, Seçkin, 2018, s.448; Koca/Üzülmez, a.g.e., s.421; Tozman, a.g.e., s.86; Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.1096; Hazırlık hareketlerinin cezalandırılabilirliği hakkında detaylı bilgi için bkz. İçer, a.g.e., s.44 vd.; "Genel olarak suçun dış dünyada oluşmaya başladığı süreç, "hazırlık hareketleri" ve "icra hareketleri" olmak üzere birbirinden farklı iki evreye ayrılmaktadır. Suçu işlemek için kullanılacak âletlerin üretilmesi ya da temini, eylem yerinin araştırılması veya gözetlenmesi, eylemle ilgili çeşitli bilgilerin toplanması, suç işlendikten sonra sorumlu tutulmayı önleyici tedbirler alınması, suçtan elde edilecek eşyalar için güvenli bir yer ayarlanması gibi fiiller de hazırlık hareketleri olup, suç tipini oluşturan icra hareketlerinden önce gerçekleştirilen ve cezalandırılmayan davranışlardır.", CGK, 2014/273 E., 2016/107 K., 01.03.2016.

¹³¹ Sözüer, a.g.e., s.194; Koca/Üzülmez, a.g.e., s.440; Ali Kemal Yıldız, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Açıklamalar-Değerlendirmeler, Öğretiden Görüşler ve Yargıtay Kararları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2007, s.110; Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.626; Hazırlık hareketleri ile icra hareketlerinin birbirinden ayrılmasına ilişkin teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İçer, a.g.e., s.84 vd.

¹³² Roxin, AT II, §29, kn.99 vd.; Sözüer, a.g.e., s.194; İçer, a.g.e., s.84-85.

göre yapılması gerektiğini ifade etmektedirler. Failin düşüncesi, kastı veya iradesi dikkate alınmamaktadır. Değerlendirilmesi gereken husus, failin ortaya koyduğu fiziki harekettir¹³³. Objektif teoriler, temelde failin hareketinden yola çıkmakla birlikte ortaya koyduğu farklı kriterler bakımından ikiye ayrılmıştır. Bunlar şekli objektif teori ile maddi objektif teoridir.

Şekli objektif teori, söz konusu suç tipinin kanuni tanımını esas almaktadır. Bu görüşe göre, failin hareketinin icra hareketi olarak kabul edilebilmesi, bu hareketin söz konusu suç tipinin kanundaki düzenlemeye bir unsur ya da nitelikli hal olarak yer almasına bağlıdır. Eğer bu hareket suç tipinde açıkça yer almayan bir hareketse, hazırlık hareketi olarak kabul edilmelidir¹³⁴. Hukuk devletinin gereği olan suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve belirlilik ilkesine uygun bir yorum anlayışıyla hareket eden bu görüş, ceza kanununun güvence fonksiyonuna hizmet etmektedir¹³⁵. Ancak bu görüş çerçevesinde yapılan yorumun, teşebbüsün başlangıç anını geciktirerek cezalandırılabilir sınırı daralttığı ileri sürülmüştür. Buna göre aslında icra hareketi olan hareketlerin cezasız kalması sonucu ortaya çıkabilecektir¹³⁶. Bu görüş doğrultusunda, bir kimseyi silahla öldürmeyi planlayan fail, silahı ateş etme hareketini gerçekleştirmediği sürece hazırlık hareketleri aşamasında kalmış olacaktır. Failin mağdura nişan alması ya da pusu kurması, failin silahın emniyetini açması gibi hareketler kanuni tipte hareket olarak tanımlanmadıkları için hazırlık hareketleri olarak kalacaktır.

Frank tarafından ortaya atılan ve bu nedenle Frank formülü olarak da adlandırılan *maddi objektif teori* ise, icra hareketlerinin başlangıcını daraltan şekli objektif teorisinin dar yorumunu bir ölçüde geliştirmiştir. Frank, icra hareketinin varlığını kabul için salt kanuni düzenlemeyi esas almayarak, kanuni suç tipinde

¹³³ Dönmezer, a.g.m., s.437 vd.; Önder, a.g.e., s.404; Tozman, a.g.e., s.92.

¹³⁴ v. Liszt, a.g.e., s.305; Robert v. Hippel, a.g.e., s.398; Welzel, a.g.e., s.190; Mayer, Hellmuth, Strafrecht Allgemeiner Teil, Stuttgart 1967, s.143; Rudolphi, Hans-Joachim, “Zur Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch”, JuS., 1973, s.22; Jescheck/Weigend, a.g.e., s.512-513; Roxin, A.T. II, §29, kn.104; Gropp, a.g.e., §9, kn.30; George Freund, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Berlin Heidelberg 2009, §8, kn.53; Zaczyk, a.g.e., §22, kn.24; Sözüer, a.g.e., s.194.

¹³⁵ Ulrich Berz, “Grundlagen des Versuchsbeginns”, Jura, 1984, s.513; Sözüer, a.g.e., s.195.

¹³⁶ Roxin, A.T. II, §29, kn.105; Eser/Bosch, a.g.e., §22, kn.26; Gropp, a.g.e., §9, kn.309.

düzenlenen fiil ile zorunlu bağılılığı nedeniyle, doğal olarak tipik hareketin ayrılmaz parçası olarak sayılabilecek her hareketin icra hareketi olarak kabulü gerektiğini ileri sürmüştür¹³⁷. Buna göre; şekli objektif teoriye göre hazırlık hareketi sayılan nişan alma, pusu kurma, silahın emniyetinin açılması hareketleri doğal anlamda öldürme ya da yaralama hareketleriyle bütünlük taşıyan hareketler olduğu için maddi objektif teori görüşü çerçevesinde icra hareketleri olarak kabul edilmektedirler¹³⁸. Ancak Frank formülü, failin gerçekleştirdiği hareket ile kanuni tipte düzenlenen hareketin “doğal anlamda zorunlu bağılılık” taşıması kriterinin soyut olduğu yönünde eleştirilere maruz kalmıştır. Bu eleştiri çerçevesinde görüşün yeniden gözden geçirilmesi ile “zorunlu bağılılık” ölçütü, “doğrudan bağılılık” olarak geliştirilmiştir¹³⁹. Sonrasında ise Frank formülü, somutlaştırma ihtiyacıyla bir kademe daha geliştirilerek suç konusunun tehlikeye düşürülmesi kriteri ortaya atılmıştır. Buna göre, icra hareketlerinin başladığının kabulü için suçun konusunu doğrudan doğruya tehlikeye sokan hareketlerin yapılmış olması gerekmektedir¹⁴⁰.

b. Subjektif Teoriler

Subjektif teori taraftarları, icra hareketleri ile hazırlık hareketleri arasındaki farkı, failden hareket ederek, failin hukuk düzeni ile çatışan yani suç işlemeye yönelik iradesini ortaya koyan hareketlerin varlığına göre belirlemektedir. Bu görüşe göre, eğer bir hareket failin suç işlemeye yönelik iradesini gösteriyorsa icra hareketlerinin başladığı kabul edilmektedir¹⁴¹.

Bu görüş, failin suç işlemeye yönelik iradesinin yani kastının ispatı açısından zorluk taşımaktadır. Bu nedenle, sübjektif görüş kapsamında dış dünyaya yansıyan hangi hareketlerin dikkate alınacağı konusunda farklı ölçütler savunan görüşler ortaya atılmıştır. Bunlar arasında en katı biçimde savunulan görüş, failin suç işleme

¹³⁷ Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Auflage, Tübingen, 1931, s.48; Roxin, A.T. II, §29, kn.122; Gropp, a.g.e., §9, kn.32; Freund, a.g.e., §9, kn.54.

¹³⁸ Gropp, a.g.e., §9, kn.32.

¹³⁹ Sözüer, a.g.e., s.197; İçer, a.g.e., s.90.

¹⁴⁰ Roxin, A.T. II, §29, kn.125; Berz, a.g.e., s.513; Sözüer, a.g.e., s.198; İçer, a.g.e., s.91.

¹⁴¹ Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e., §40, kn.29; Gropp, a.g.e., §9, kn.34; Sözüer, a.g.e., s.202; İçer, a.g.e., s.96.

kastını ortaya koyan herhangi bir hareketin dış dünyaya yansımaları icra hareketinin başladığının kabulü için yeterli görmektedir¹⁴². Diğer görüş ise, suç işleme kastını kesin ve net biçimde ortaya koyan hareketler ile icra hareketlerinin başlayacağını ifade etmektedir. Bu görüş kapsamında bir kısım, suç işlemeye yönelik iradenin şüpheye yer vermeyecek şekilde ortaya koyan hareketleri; diğer kısım, failin suçu işleme konusunda kesin kararını verdiği andan itibaren gerçekleşen hareketleri; başka bir kısım ise, failin geri dönülmez bir şekilde suçu işlemeye karar verdiğini göstermesi halinde icra hareketlerinin başladığını kabul etmiştir¹⁴³.

Kanaatimizce sübjektif teoriler, ispat açısından ciddi zorluk taşıması, fiil ceza hukukundan oldukça uzak bir anlayış taşıyarak cezalandırılabilirlik sınırını aşırı genişletmesi nedenleriyle teşebbüsün başlangıcı bakımından kabul edilebilir değildir.

c. Karma Teoriler

Alman Ceza Kanunu'nun teşebbüs düzenlemesinde¹⁴⁴ benimsemiş olduğu karma teori; cezalandırılabilir alanın objektif teori tarafından daraltılmış olması, sübjektif teori tarafından ise genişletilmiş olması gerekçesi ile orta yol bulmak amacıyla her iki teori birlikte kullanılarak ortaya konulmuştur¹⁴⁵.

Karma teoriler kapsamında ileri sürülen görüşler, ortak anlayış olarak sübjektif bir temelden yola çıkarak, objektif ölçütlere göre tamamlama yöntemi ile teşebbüsün varlığını tespiti çalışmışlardır. Bu teoriler; sübjektif unsur olarak failin tasavvuru ile objektif unsur olarak doğrudan doğruya olan hareketleri birleştirmiştir. Bu çerçevede icra hareketinin başlangıcı, failin kendi suç planına göre, suç tipini gerçekleştirmek üzere ortaya koyduğu doğrudan doğruya hareketler olarak kabul

¹⁴² Eser/Bosch, a.g.e., §22, kn.29; Gropp, a.g.e., §9, kn.34; Önder, a.g.e., s.403. Sözüer, a.g.e., s.203; İçer, a.g.e., s.96.

¹⁴³ Paul Bockelmann, "Zur Abgrenzung der Vorbereitung und Versuch", JZ, 1954, s.471 vd.; Roxin, A.T. II, §29, kn.134; Sözüer, a.g.e., s.204; İçer, a.g.e., s.99.

¹⁴⁴ StGB § 22 – "Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt. / Her kim fiile ilişkin kendi tasavvuruna göre bir suç tipinin gerçekleştirilmesine yönelik doğrudan doğruya icraya başlarsa, suç teşebbüs aşamasındadır."

¹⁴⁵ Sözüer, a.g.e., s.206.

edilmektedir. Benzer bir anlayışla, karma teori taraftarı bir görüş ise; failin planına göre suçu işlemeye yönelik ortaya konulan hareketin, suçun konusunu doğrudan doğruya tehlikeye sokması halinde teşebbüs aşamasına geçildiğini kabul etmektedir¹⁴⁶.

Karma görüşün icra hareketinin başlaması konusunda esas olarak failin düşüncesinden hareket etmesi, sonrasında objektif kriterlere göre değerlendirme yapması, sübjektif görüşle aynı nitelikte görülerek eleştirilmiştir. Bu görüş çerçevesinde, fail, suçu işlemeye yönelik doğrudan doğruya hareketlere başladığını düşünmesine rağmen aslında hazırlık hareketi olan davranışlar cezalandırılabilir alana dahil olabilecektir. Bu nedenle suç planının da objektif bir ölçüt ile değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹⁴⁷.

d. Kanaatimiz

Kanaatimizce hazırlık hareketi ile icra hareketleri arasındaki sınırın belirlenmesinde sübjektif yaklaşımdan hareket edilmesi fiil ceza hukuku anlayışına uymayan bir tercihtir. Sübjektif görüşün, teşebbüsün başlangıç anı bakımından taşıdığı belirsizlikler cezalandırılabilir alanın sınırında da doğrudan belirsizliklere neden olarak, hukuki güvenceyi ihlal etmektedir. Hukuk devletinin gereği olan kanunilik ve dolayısıyla belirlilik ilkesi, failin fiilini esas almaktadır. Bu açıdan teşebbüs alanının belirlenmesinde ilkesel olarak objektif teorinin daha yerinde bir tercih olduğu düşüncesindeyiz. Ancak bu noktada da biçimsel objektif teorinin çözüm bakımından yeterli olmadığını düşünmekteyiz. Kanuni düzenlemede yer alan suç tiplerinde cezaya layık görülen davranışlar genellikle netice olarak öngörülmüş olup, bunlar gibi serbest hareketlerle işlenebilen suçlarda şekli objektif teorinin icra hareketinin başlangıcı olarak kanuni tipte yer alan hareketin yapılmasını araması, ceza hukukunun müdahale alanının oldukça daraltmaktadır. Örneğin öldürme suçu, her türlü hareketle işlenebilen bir suç olup, ölüm neticesinin hangi hareketlerle

¹⁴⁶ Eser/Bosch, a.g.e., §22, kn.31 vd.; Gropp, a.g.e., §9, kn.36; Bauman/Weber/Mitsch, AT., § 26, kn.47; Sözüer, a.g.e., s.206 vd.; İçer, a.g.e., s. 100 vd.

¹⁴⁷ Gropp, a.g.e., §9, kn.36-37; Eleştiriler için ayrıca bkz. Sözüer, a.g.e., s.207 vd.

gerçekleştirilebileceğine kanuni düzenlemelerde yer verilmesi imkan olan bir durum değildir. Şekli objektif teoriye göre, bir kimseyi silahla öldürmek için ateş etmek gerekmekte olup bunun öncesinde bulunan nişan alma, emniyetini açma gibi hareketlerin yapılması hazırlık hareketleri kapsamında değerlendirilmektedir. Bu anlayışla, silahla öldürme hareketinin teşebbüs alanında kabul edilebilmesi için mutlaka silahın ateş edilmesi fakat neticenin gerçekleşmemesinin söz konusu olması gerekmektedir. Halbuki silahla öldürme suçunda, nişan alma, emniyeti açma gibi hareketler öldürme fiilinin ayrılmaz parçasıdır. Bu nedenle, failin söz konusu suçu işlemek için dış dünyaya yansıyan hareketlerin ilgili suç için ifade ettiği anlamın belirleyici olduğunu düşünmekteyiz. Bu doğrultuda icra hareketlerinin başlangıcının, kişi güvenliğini esas alan objektif kriter belirlemenin yerinde olduğunu düşünerek, somut olayda failin hareketinin ilgili suç tipini gerçekleştirmeye elverişli olan ve suç tipiyle doğrudan bağlantılı hareketlerin dış dünyaya yansıdığı an olduğunu savunmaktayız¹⁴⁸. Ancak şunu ifade etmek gerekir ki, failin hareketi ile suç tipindeki hareketin doğrudan bağlantısının tespiti noktasında belirleyici olan hakim, şüphesiz ki somut olayın yeri, zamanı, fail-mağdur arasındaki ilişki gibi özellikleri ile ilgili suçun çok yönlü değerlendirmesini yaparak sonuca ulaşacaktır. Burada önemli olan bu değerlendirmesini yaparken keyfilikten uzaklaşması olup, bunu sağlayacak olan somut olaydaki objektif veriler olacaktır.

e. TCK'nın Kabul Ettiği Yaklaşım ve Uygulama

TCK m.35'de¹⁴⁹ yer alan teşebbüs düzenlemesine baktığımız zaman, teşebbüs anının tespiti bakımından kanuni düzenlemede teşebbüsün tanımı yapılırken açıkça bir tercihte bulunulduğu görülmektedir. Buna göre TCK, teşebbüs için “doğrudan doğruya icraya başlama” ölçütünü kabul ederek objektif teoriyi benimsemiştir. Ayrıca madde gerekçesinde yapılan açıklama ile, “doğrudan doğruya icraya başlama” ölçütüne açıklık getirilerek, Frank formülü olarak adlandırılan maddi objektif teorinin hazırlık hareketleri ile icra hareketleri arasındaki ayırmda belirleyici

¹⁴⁸ Aynı yönde Önder, a.g.e., s.406; Sözüer, a.g.e., s.209 vd; Yıldız, a.g.e., s.107 vd.

¹⁴⁹ TCK m.35/1: “Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.

olduğu ifade edilmiştir. “Doğrudan doğruya icraya başlama” ölçütü, madde gerekçesinde; *“Böylece işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanılmış sayılacaktır.”*, şeklinde açıklığa kavuşturulmuştur.

Uygulamaya baktığımızda ise Yargıtay kararlarında 765 sayılı ETCK ile 5237 sayılı TCK dönemlerinde farklı görüşlere başvurulduğu görülmektedir. Özellikle eski TCK döneminde istikrarlı bir uygulama bulunmadığını, hazırlık hareketleri ile icra hareketlerinin ayrımı konusunda Yargıtay’ın kimi kararlarında objektif anlayışın kimi kararlarında ise karma anlayışın etkisinin görüldüğünü söylemeliyiz. Bunu sebebi ise, 765 sayılı TCK m.61’de¹⁵⁰ yer alan teşebbüs düzenlemesinin farklı yorumlara imkan verir şekilde kaleme alınmış olmasıdır. Söz konusu düzenleme, teşebbüsün varlığı için sadece icra hareketlerine başlamış olmaya ifade ederek hazırlık hareketi ile icra hareketi arasındaki ayrımın çözümü konusunda bir tercih belirtmemiştir. Bu durum ise doktrin ve uygulamada farklı görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur.

Yargıtay’ın vermiş olduğu kararlara baktığımızda ETCK döneminde bazen maddi teorinin bazen sübjektif teorinin bazen de karma teorinin benimsendiği görülmektedir.

Yargıtay’ın icra hareketlerinin başlangıcını sübjektif teoriye göre belirlenmesi gerektiğini ifade eden bir kararına konu olan olayda sanık, arabasında bulunan çocuk olan mağduru kandırarak öpmüş, vücudunu okşamış ve sonrasında sivri bir cisim alarak arabadan dışarı çıkarak mağdura kendisini takip etmesini söylemiş, mağdur ise o sırada olay yerinden kaçmıştır. Bu olayda, sanık yerel mahkemece kaçırma ve ırza geçme suçlarına teşebbüsten cezalandırılmıştır.

¹⁵⁰ 765 sayılı TCK m.61/1: “Bir kimse işlemeği kast eylediği bir cürmü vesaiti mahsusa ile icraya başlayıpta ihtiyarında olmayan esbabı maniadan dolayı o cürmün husulüne muktazi fiilleri ikmal edememiş ise kanunda yazılı olmayan yerlerde fiil idam veya müebbet ağır hapis cezasını müstelzim olduğu halde müteşebbis hakkında yedi seneden eksik olmamak üzere muvakkat ağır hapis ve müebbet sürgün cezasını müstelzim olduğu takdirde üç sene müddetle ağır hapis cezası hükümlenir. Sair hallerde o cürüm için kanunen muayyen olan ceza yarısından üçte ikisine kadar indirilir.”

Yargıtay'ın ilgili ceza dairesi ırza geçmeye teşebbüs bakımından kararı bozmuş ve direnme üzerine olay Ceza Genel Kurulu önüne gelmiştir. CGK, bu olayda sanığın ırza geçme suçunun icra hareketlerine başlayıp başlamadığının tespiti noktasında, subjektif kıstastan hareketle, objektifin kıstasın bütünleştirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu bakımdan failin belirli bir suçu işlemek kastını iltibasa mahal bırakmayacak surette meydana koyan hareketlerin icra hareketleri olacağını belirterek, olayda sanığın arabadan inerek mağdura kendisini takip etmesini söyleyerek sakın bir yere bakınmaya başlamasının, ırza geçme suçunun icra hareketi olmadığını tespit etmiştir¹⁵¹.

Yargıtay bazı kararlarında ise icra hareketinin başlaması konusunda suçun kanuni tanımında yer alan hareketleri esas alan şekli maddi teoriyi esas almıştır. Yargıtay kararına konu olmuş bir olayda sanık, para karşılığı mağduru öldürmek için anlaşmış, mağdur hakkında detaylı araştırma ve keşif yapmış, silah temin etmiş, pusu planı yaparak pusu yerinde mağdurun gelmesini beklemiş. Ancak bu durumdan haberdar olan mağdur polise haber vermiş ve polis sanığı mağduru öldürmek için beklediği noktada silahıyla yakalamıştır. Bu olayda CGK, teşebbüsün söz konusu olabilmesi için suçun maddi unsurlarından olan bir hareketin gerçekleşmesi gerektiğini belirterek olayın hazırlık hareketleri aşamasında sonlandığını tespit etmiştir¹⁵². Bir diğer olayda Yargıtay, kaçırma suçunun söz konu olduğu bir durumda, kaçırma suçuna ait olan sürüklemek, kovalamak ve tutmak gibi kaçırma suçunun icra hareketlerinin başlamasından önce hareketin son bulması halinde kaçırma suçunun icra hareketlerinin gerçekleşmemiş olması sebebiyle suçun oluşmadığını tespit etmiştir¹⁵³. Yine bir kaçırma suçunda Yargıtay, sanığın hile ile evli kadını kaçırmayı suçunda ilk maddi unsur olan hilenin ancak kandırmayı amaçlayan hareketin başarıya ulaşması, yani hilenin mağduru kandırması halinde gerçekleşeceğine işaret ederek, kaçırma suçunun icra hareketlerinin başlamadığını tespit etmiştir¹⁵⁴. Hırsızlık suçu hakkında önüne gelen dosyada CGK, araba

¹⁵¹ CGK, 1984/98 E., 1984/378 K., 12.11.1984.

¹⁵² Karar için bkz. İçel/Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, a.g.e., s.337, dipnot.137.

¹⁵³ Karar için bkz. Önder, a.g.e., s.405.

¹⁵⁴ Karar için bkz. Sözüer, a.g.e., s.214.

hırsızlığının söz konusu olabilmesi için ancak arabanın çalıştırılıp hareket ettirilmesi yönündeki herhangi bir icra hareketinin olması gerektiğini ifade ederek, arabanın kapısının zorla açılarak içerisine girilmesi bakımından araba hırsızlığı suçunun icra hareketlerinin henüz başlamadığını tespit etmiştir¹⁵⁵.

Yargıtay'ın icra hareketlerinin başlangıcının kabulünde maddi objektif teoriyi esas aldığı kararları da bulunmaktadır. Bu kararların birinde; yukarıda bahsettiğimiz kaçırma suçu bakımından aksi sonuca ulaştığı görülmektedir. Bu sefer maddi objektif teoriden hareket eden Yüksek Mahkeme, kaçırmak üzere mağduru yakalamak için peşinden koşulmasını icra başlangıcı olarak kabul etmiştir¹⁵⁶. Yaralama suçuna ilişkin başka bir kararda Yargıtay, balta ve bıçakla mağdurun kovalanmasında yaralama suçunun icra hareketlerine başlandığını tespit etmiştir¹⁵⁷. Hırsızlık suçunun söz konusu olduğu bir olayda ise Yargıtay, evin bahçesinden giren failin, kapıdaki asma kilidi söküp, lambayı gevşettiği sırada gelen birinin olması üzerine kaçtıkları durumu hırsızlık suçuna teşebbüs olarak tespit etmiştir¹⁵⁸.

ETCK döneminde icra hareketlerinin başlangıcı bakımından karma teorinin benimsendiği kararları da görmek mümkündür. Kürtaj suçunun söz konusu olduğu bir olayda Yargıtay, doktor olan sanıkların kürtaj yapımı için hasta ile anlaşmalarını ve bunun ödemesini almalarını çocuk düşürme suçunun hazırlık hareketi olarak kabul etmiştir. Ancak ilgilinin ameliyathaneye alınması, ameliyat masasına yatırılması, yüzüne narkoz maskesi takılmasıyla birlikte çocuk düşürme suçuna yönelik icra hareketlerine başlandığını tespit etmiştir. Çünkü sanıkların kastı bu aşamada açık bir biçimde ortaya konarak, kanunen korunan hakların tehlikeye düşmesi söz konusu olmuştur¹⁵⁹.

¹⁵⁵ “Otonun mülkiyetine yönelik hırsızlıktan, ancak çalıştırılıp hareket ettirilmesi yönündeki herhangi icrai hareketten sonra söz etmek mümkündür. Halbuki sanıklar direksiyonun kilitli ve lastiğinde patlamış olduğunu görerek otoyolu çalmaktan vazgeçtiklerini söylemişler, bilirkişi anlatımları ile bu savunma doğrulanmıştır.”, CGK, 1995/6-179 E., 1995/206K., 12.06.1995.

¹⁵⁶ 5.CD, 1981/3854 E., 1981/3911 K., 16.02.1981, karar için bkz. Önder, a.g.e., s.405.

¹⁵⁷ 2. CD, 1981/6365 E., 1981/6559 K., 06.10.1981, karar için bkz. Önder, a.g.e., s.405.

¹⁵⁸ Karar için bkz. Sözüer, a.g.e., s.216.

¹⁵⁹ Karar için bkz. İçel/Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, a.g.e., s.338.

5237 sayılı TCK'da teşebbüs düzenlemesinde icra hareketlerinin başlangıcı konusunda “doğrudan doğruyalık” kriteri, yargı kararları üzerinde de etkisini göstermiştir. TCK m.35'in gerekçesinde de ifade edildiği üzere, “doğrudan doğruy icraya başlama” kriteri ile, işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması halinde icra hareketlerinin başladığı kabul edilecektir. Bu yaklaşım, hazırlık hareketleri ile icra hareketlerinin ayrımı konusunda maddi objektif teorinin benimsendiğini ortaya koymakta olup, Yargıtay da verdiği kararlarda baskın bir şekilde çözüm konusunda maddi objektif teoriden hareket etmektedir.

CGK, önüne gelen bir olayda, TCK'nın icra hareketlerinin başlangıcı konusundaki yaklaşımını ETCK ile karşılaştırmalı olarak ele alarak, objektif teoriyi net olarak ortaya koymuştur. Bu kararda CGK, icra hareketlerinin başlangıcı konusunda subjektif teoriden hareket ederek olayda icra hareketlerinin başladığı konusundaki kabulü yerinde bulmayarak, TCK'nın objektif teoriyi esas aldığını belirtmiştir. Dava konusu olayda mağdur, annesinin kendisini arayarak kardeşinin onu öldürmeye geleceğini söylemesi üzerine polisi arayarak durumu anlatır. Olay yerine gelen polis beklemeye başlar ve daha sonar ekmek bıçağı ile mağdurun evinin önüne gelen sanığı yakalar. Sanık verdiği ifadelerde de mağduru öldürmek üzere evine gittiğini kabul etmiştir. Olayda dava öldürmeye teşebbüs nedeniyle açılmışken, yerel mahkeme sanığı tehdit suçundan mahkum etmiştir. Ancak Yargıtay'ın ilgili ceza dairesi, sanığın hareketlerinin öldürmeye teşebbüs olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirterek yerel mahkeme kararını bozmuştur. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, öldürme kastının bulunmaması nedeniyle öldürmeye teşebbüsün oluşmadığı yönünde itiraz ederek dosyayı CGK önüne getirmiştir. CGK, bıçakla ve öldürmek amacıyla mağdurun evine yönelmiş olan sanığın ise, daha önceden evin önünde güvenlik önlemi alan kolluk güçlerince yakalanmış olduğunu, TCK'nın benimsediği objektif teoriye göre sanığın bu hareketlerinin öldürme suçu yönünden hazırlık hareketleri niteliğinde olduğunu, o ana kadarki hareketlerin, doğrudan doğruya icraya başlama ölçütü çerçevesinde icra hareketleri kapsamında kabul

edilemeyeceğini belirtmiştir. CGK, Ceza Dairesinin sübjektif teoriyi kabul ederek söz konusu hareketleri öldürme suçunun icra hareketi olarak kabul etmesinin TCK m.35’de düzenlenen teşebbüs maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir¹⁶⁰. Yargıtay’ın özellikle konut veya işyerlerinde hırsızlık suçunun işlenmesine ilişkin önüne gelen olaylarda icra hareketinin başlangıç anının tespiti konusunda oldukça benzer kararlar vardır. Karara konu olan bir olayda sanık, mağdurun işyerini soymak üzere işyerinin önüne gelir ve kapalı olan kepengin altı adet kilidinin ikisini kırar, diğerlerini de kırmaya uğraşırken yakalanır. Yargıtay burada sanığın hırsızlık suçunu gerçekleştirmeye elverişli hareketler yaptığını, işyerine hırsızlık yapmak amacıyla girmek için kepenk kilitlerini kırarak hırsızlık suçunun kanuni tanımında unsur ve nitelikli hal olarak belirtilmiş davranışları gerçekleştirmek suretiyle hırsızlık suçunun icra hareketlerine başlamış olduğunu tespit etmiştir. Ancak karara karşı ileri sürülen muhalif görüş, yerel mahkeme ile aynı değerlendirmeyi yapmak, olayda hırsızlık suçunun doğrudan icra hareketi olan “almak” fiiline yönelik henüz harekette bulunulmamış olması nedeniyle hırsızlık suçunun icra hareketlerinin başlamadığını, bu nedenle hırsızlık suçuna teşebbüsün bulunmadığını belirtmiştir¹⁶¹. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından değerlendirme yapılan bir kararda, mağduru kaçırmak amacıyla mağdurun evine gelen sanık, mağdurun kilitlediği kapıyı açamamıştır. Bunun üzerine sanık mağdurun kapısını zorlamıştır. Yargıtay burada sanığın kapıyı zorlama hareketinin, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun ancak hazırlık hareketleri olabileceğini tespit etmiştir¹⁶².

2. Tamamlanmamış Bir Suçun Varlığı

Failin, cezasızlık sonucunu doğuran gönüllü vazgeçme düzenlemesinden yararlanabilmesi için, suç yolunda katettiği yolun vazgeçme için bir anlam ifade etmesi gerekmektedir. Gönüllü vazgeçme hükmü, sübjektif unsurları

¹⁶⁰ CGK, 2010/1-153 E., 2010/206 K., 19.10.2010.

¹⁶¹ CGK, 2011/6-340 E., 2012/209 K., 22.05.2012; Aynı yönde benzer kararlar için bkz. CGK, 2013/507 E., 2014/340 K., 02.07.2014; 13. CD, 2013/33497 E., 2014/25197 K., 11.09.2014; 22. CD, 2015/5203 E., 2015/5403 K., 14.10.2015.

¹⁶² 14. CD., 2012/2733 E., 2014/1160 K., 05.02.2014.

gerçekleştirilmiş olsa bile, objektif unsurları gerçekleşmemiş suçlar için uygulanabilmektedir. Bu açıdan suçta öngörülen tipik neticenin gerçekleşmiş olması halinde gönüllü vazgeçme hükmünün uygulanabilmesi mümkün değildir. Ancak istisna olarak, fiil ile netice arasında nedensellik bağının olmadığı ya da gerçekleşmiş olan neticenin faile objektif olarak isnat edilemediği haller bu kapsamın dışında kabul edilmekte olup, bu hallerde şartların varlığı halinde de failin gönüllü vazgeçme hükmünden yararlanması mümkün olabilmektedir¹⁶³.

3. Geri Dönüşsüz Teşebbüs (Der fehlgeschlagene Versuch) Halinde Gönüllü Vazgeçmenin Uygulanabilirliği

a. Geri Dönüşsüz Teşebbüs Kavramı

Gerek Alman gerekse Türk ceza kanunlarında gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümler ya icra hareketleri aşamasında bu hareketlerden vazgeçilmesi ya da icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra neticenin önlenmesi şeklinde sınıflandırılmıştır¹⁶⁴. Alman doktrin ve mahkeme kararlarında, geri dönüşsüz teşebbüs halini açıkça kavram olarak geçirilmemiş olsa bile, esas itibarıyla kanuni olarak saptanmamış kendine özgü bir kategoride yer alan bağımsız bir hukuki kavram ya da kanunda yer alan standart teşebbüs formu altında yer alan bir hukuki kavram olarak kabul görmüştür¹⁶⁵. Geri dönüşsüz teşebbüs kavramı ile amaca ulaşmanın imkansız

¹⁶³ Kristian Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Auflage, München, Franz Vahlen, 2012, §16, kn.82; Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., §17, kn.888; Krey/Esser, a.g.e., §44, kn.1265.

¹⁶⁴ Markus Kampermann, **Grundkonstellationen beim Rücktritt vom Versuch – Zur Abgrenzung von fehlgeschlagenem, unbeendetem und beendetem Versuch in §24 Abs.1 StGB**, Frankfurt a.M., Lang, 1992, s.32; Liane Wörner, **Der fehlgeschlagene Versuch zwischen Tatplan und Rücktrittshorizont**, Baden-Baden, Nomos, 2009, s.35.

¹⁶⁵ Roxin, **A.T. II**, §30, kn.83-84; Wörner, **a.g.e.**, s.35; Kühl, benzer şekilde gönüllü vazgeçmede icra hareketleri aşaması karşılığı olan “tamamlanmamış”(unbeendet) ve icra hareketleri tamamlandıktan sonraki aşama olan “tamamlanmış”(beendet) kavramlarında kanunda yer almamasına rağmen benimsenin ve kullanılan kavramlar olduğuna dikkat çekmiştir., Kristian Kühl, **Lackner/Kühl Strafgesetzbuch Kommentar**, 27. Auflage, München, C.H.Beck, 2011, §24, kn.3; Rainer Zaczyk, **Nomoskommentar Strafgesetzbuch**, Band I, 4. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2013, §24, kn.19.

olduğu bir teşebbüste, icra hareketlerinden vazgeçmenin ya da neticenin önlenmesinin artık mümkün olmadığını ifade edilmektedir¹⁶⁶.

Geri dönüşsüz teşebbüs kavramı, failin işlediği somut suç çerçevesinde amacına ulaşmasının artık mümkün olmadığını gördüğü ya da en azından kabullendiği anı ifade eden bir kavramdır. Bu durumda failin fiile devam etme imkanı artık bulunmamaktadır¹⁶⁷. Teşebbüsün başarısız olması halinde gönüllü vazgeçmenin mümkün olması söz konusu olamaz. Ortada ne icra hareketlerinin terk edilebileceği bir teşebbüs ne de önlenebilecek bir sonuç vardır. Bu sonuç, gönüllü vazgeçme kurumunun “*tehlikenin geriye döndürülmesi*” (*Gefährdungsumkehr*) anlamından çıkmaktadır. Zaten daha fazla mevcut bulunmayan bir tehlikenin fail tarafından ortadan kaldırılması mümkün değildir. Failin kendi hatalı değerlendirmesi nedeniyle suçun tamamlanmasını mümkün görmemesi hali de geri dönüşsüz bir teşebbüs girişimi olarak kabul edilmektedir. Çünkü bu gibi hallerde icra hareketlerinin devamından, gönüllü vazgeçme kurumunun karakteri olan istenerek vazgeçilme söz konusu değildir¹⁶⁸.

b. Geri Dönüşsüz Teşebbüs ile Elverişsiz Teşebbüs (Der untaugliche Versuch) Arasındaki Ayrım

Elverişsiz teşebbüs; kararlaştırılan suçun işlenmesi failin tasarladığının aksine fiili ya da hukuki nedenler yüzünden haksızlığın eksiksiz bir şekilde gerçekleşmediği/gerçekleşmeyeceği durumları karşılayan bir kavramdır. Söz konusu elverişsizlik hali, suçun konusunda veya suçta kullanılan araçlara ilişkin olabilir¹⁶⁹.

Geri dönüşsüz teşebbüs, her şeyden önce failin sübjektif değerlendirmesine dayanan başarısızlığı ifade eden bir kavram iken; elverişsiz teşebbüs durumu, objektif nedenler dolayısıyla neticeye ulaşamamayı ifade etmektedir. Örneğin A’ nın,

¹⁶⁶ Roxin, **A.T. II**, §30, kn.77; Wessels/Beulke/Satzger, **a.g.e.**, §17, kn.890.

¹⁶⁷ Wörner, a.g.e., s.34; Zaczyk, **a.g.e.**, §24, kn.19.

¹⁶⁸ Jescheck/Weigend, **a.g.e.**, s.542-543; Roxin, **A.T. II**, §30, kn.77; Krey/Esser, **a.g.e.**, §44, kn.1271; Zaczyk, **a.g.e.**, §24, kn.20.

¹⁶⁹ Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., §17, kn.880; Sözüer, a.g.e., s.153.

B'nin görüntüsünü kaydetmek için yerleştirmiş olduğu kameranın bozuk olması, suçta kullanılan aracın elverişsizliğinden kaynaklanan bir elverişsiz teşebbüs halidir¹⁷⁰. Başka bir örnekte ise, askerliğe elverişli değildir raporuna sahip olan A'nın, Askeri Ceza Kanunu kapsamında firar suçu bakımından sorumluluğu, elverişsizliği sebebiyle mümkün olmayacaktır¹⁷¹. A'nın, öldürmek amacıyla B'ye ateş ettiği, ancak silahında mevcut tek kurşunu B'ye isabet ettirememesi ise, geri dönüşü olmayan teşebbüs olarak kendisini göstermektedir. Çoğunlukla elverişsiz teşebbüs halinin geri dönüşsüz teşebbüs olarak görünümü söz konusu olabilmektedir. Failin elverişsizliği önceden fark etmesi dolayısıyla icra hareketlerinin devamını önlemesi halinde bu örtüşme kendisini gösterebilmektedir. Genel bir çerçeve olarak şu söylenebilir ki; geri dönüşsüz teşebbüs hali çoğu durumda elverişsiz olarak görünebilir ancak her geri dönüşsüz teşebbüs hali elverişsiz olabileceği gibi her elverişsiz hal de geri dönüşsüz teşebbüs olmak zorunda değildir¹⁷².

c. Geri Dönüşsüz Teşebbüs Halleri

(1) Suçun Tamamlanmasının Fail Açısından Artık Mümkün Olmaması

Geri dönüşsüz teşebbüs halinin klasik karşılığı olan bu durumda, suçun icra hareketlerinin gerçekleştirilmesinin imkansızlığından anlaşılan, failin başarısızlık anına kadar gerçekleştirdiği doğrudan doğruya olan icra hareketlerinin bir noktadan sonra tamamlanmasının mümkün olmamasıdır¹⁷³. Fakat somut teşebbüsteki başarısızlık suçun işlenmesini imkânsız hale getirmeyebilir. Suç işleme planı daha sonra daha uygun koşullarda yeniden gerçekleştirilebilir. İcra hareketinin başarıya ulaşmaması, somut olayda kullanılan aracın elverişsizliğinden, failin beceriksizliğinden ya da suçun konusundaki bir yanılmadan kaynaklanabilir. *Aracın elverişsizliği* hallerine; atışa hazır bir silahın patlamaması, kurulu olan bombanın

¹⁷⁰ 12.CD., 2013/8447 E., 2014/2291 K., 03.02.2014.

¹⁷¹ 12. CD., 2015/17065 E., 2017/3695 K., 08.05.2017.

¹⁷² Roxin, AT II, §30, kn.82.

¹⁷³ Eser, a.g.e., §24, kn.11; Zaczyk, a.g.e., §24, kn.25; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.130; Kühl, AT, §16, kn.15.

patlamaması, zehrin beklenen sonucu göstermemesi, hırsızlık amaçlı kullanılan anahtarın kapıyı açmaması ya da kilit içinde kırılması halleri örnek verilebilir. Katilin mağduru öldüreceği sırada meydana gelen kalp krizi nedeniyle fiili gerçekleştirememesi, cinsel saldırı fiilini gerçekleştirecek olan failin cinsel anlamda gücünü yitirmesi, failin mağdur tarafından alt edilmesi ya da kaçmasına neden olunması hallerinde de *failin beceriksizliği* nedeniyle başarısızlık söz konusu olmaktadır. *Suçun konusunun eksik kaldığı* hallerdeki başarısızlığa da mağdurun mevcut olmaması ya da hırsızlık suçunda hırsızlık konusu eşyanın yerinde bulunmaması halleri örnek gösterilebilir.

Genellikle somut vakada ortaya çıkan durum ile failin düşüncesi birbiri ile örtüşmesine rağmen bu örtüşmenin olmadığı hallerde esas alınması gereken failin düşüncesi olmaktadır¹⁷⁴. Bu halde failin kendi hatalı değerlendirmesi nedeniyle suçun icrasının önlenmesinde “vazgeçme” değil, “başarısızlık” neticesi söz konusu olacaktır. Bu durum ise, cezalandırılabilir bir teşebbüsün varlığını göstermektedir.

Failin tipikliğin gerçekleşmesini imkansız olarak gördüğü halde söz konusu durum başarısız olarak nitelendirilebilecekken, failin fiilinin başarıya ulaşip ulaşmayacağından emin olmadığı hal farklı değerlendirilmektedir. Failin bu şüphe nedeniyle hareketine son vermesi, gönüllü ya da gönülsüz vazgeçmeyi mümkün kılacaktır. Örnek olarak hırsızlık için keşif yapan failin, ne olduğunu anlayamadığı şüpheli bir ses duyması üzerine korku nedeniyle geri çekilmesi vazgeçme olarak kendini gösterecektir. Bu kendiliğinden ortaya çıkan bir durumdur. Çünkü bir suç planı, normal olarak başarısızlık riskini de taşımaktadır, aksi durumda vazgeçme imkanı var olamaz.

¹⁷⁴

Roxin, AT II, §30, kn.82.

(2) Hareketin Konusunun Planlanan Suçtaki Konuya Uymaması

Suçun işlenmesini imkânsız hale getirmeyen ama bununla birlikte yine hata ya da karıştırma gibi sebeplerle tasarlanan suç planının sonuçsuz hale geldiği olaylar söz konusu olabilir. B’yi öldürmek isteyen A, arkasından yaklaştığı ve B olduğunu düşündüğü mağdurun son anda başka bir üçüncü kişi olduğunu fark ederek silahını cebine koyması hali, bu geri dönüşsüz teşebbüs haline örnek olarak gösterilebilmektedir. Şüphesiz koşullar açısından bakıldığında fail, suçu – yanlış mağdura karşı da olsa – işleyebilirdi. Ancak “bir suç”u işlemekten vazgeçmede değil, işlemek istediği suçtan vazgeçilmesi halinde gönüllü vazgeçmenin uygulanabilmesi mümkün olabilmektedir. Çünkü işlenmesi kastedilen suçta mağdur olan şahsın belirlenmiş olması önemlidir, herhangi biri olması değil. Bu halde suç, hareketin konusunun bulunmaması nedeniyle işlemesi imkânsızdır. Dolayısıyla yukarıda verilen örnekteki gibi bir olayda A, B’yi öldürmeye yönelik icra hareketinden geri çekilemeyecektir.

Aynı durum suçun konusunun bir eşya olduğu durumda da geçerlidir. Alman mahkeme kararına (RGSt 39, 37) yansıyan bir olayda, başkasına ait bir bahçede gördüğü lastik topu almak isteyen fail, bahçeye girip topu eline aldığı anda düşündüğü gibi lastik bir top değil, ahşap bir top olduğunu fark ederek geri bırakmış ve bahçeden ayrılmıştır. Mahkeme bu durumu başarısızlık olarak nitelendirmiştir ve gönüllü vazgeçme hükmünü uygulamadan hırsızlığa teşebbüsten hüküm vermiştir¹⁷⁵. Aynı şekilde, birinin çantasında değerli olduğunu düşündüğü bir evrakı alan fail, bunun önemsiz bir evrak olduğunu anlaması üzerine bunu geri bırakması hali de başarısızlık hali olarak nitelendirilmekte ve vazgeçme hükümlerinin uygulanmasına imkân vermemektedir.

Alman hukukunda kabul edilen geri dönüşsüz teşebbüs kavramı, hukukumuzda karşılığını “teşebbüs halinde kalmış suç” olarak bulmaktadır. Suçun

¹⁷⁵

Roxin, AT II, §30, kn.95.

icra hareketlerini gerçekleştirmeye başlayan fail, kendi iradesinden bağımsız nedenler yüzünden suçun icra hareketlerine devam etme imkânından yoksun kalmaktadır. Bu nedenler failin elinde olmayan nedenler olması sebebiyle de artık vazgeçmeye de imkân vermemektedir. Çünkü fail vazgeçme hareketi için artık geri dönüşü olmayan bir noktadadır. Bu noktadan sonra fail gönüllü vazgeçme imkânından faydalanamayacak olup, söz konusu suça teşebbüs nedeniyle cezalandırılacaktır.

4. Suçun İşlenişi Bakımından Özellik Gösteren Suç Tiplerinde Gönüllü Vazgeçmenin Uygulanabilirliği

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, gönüllü vazgeçme kurumunun uygulanabilir olması, ancak teşebbüs halinin söz konusu olabildiği durumlarda mümkündür. Dolayısıyla teşebbüsün mümkün olmadığı suçlarda gönüllü vazgeçme de mümkün olmayacaktır. Somut olayda suçun işlenişinde özellik gösteren istisnai durumlar olmakla birlikte, bazı suçlar teşebbüse olanaklı değildir. Aşağıda teşebbüse elverişli olmayan suç tiplerine kısaca değineceğiz.

a. Kabahatlere Teşebbüs

Kabahatlere teşebbüs meselesi Kabahatler Kanunu'nda açıkça düzenlenmiştir. KK m.13'de¹⁷⁶, ilgili kanunlarda aksine hüküm bulunmadığı sürece kural olarak kabahate teşebbüsün cezalandırılmayacağı açıkça düzenlenmiştir. Ancak ilgili kanunda belirlenmiş bir kabahate teşebbüsün cezalandırılabilmesi özel olarak düzenlemiş olabilir. Bu halde ise TCK'da düzenlenen teşebbüs ve gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümler söz konusu kabahat bakımından da uygulanacaktır. Dolayısıyla bu halde söz konusu kabahatin; kasten işlenebilen, elverişli icra

¹⁷⁶ KK m.13: “Kabahate teşebbüs cezalandırılmaz. Ancak, teşebbüsün de cezalandırılabilmesine dair ilgili kanunda hüküm bulunan haller saklıdır. Bu durumda, Türk Ceza Kanununun suça teşebbüse ve gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümleri, kabahatler bakımından da uygulanır.”

hareketlerine başlanmış fakat elde olmayan nedenlerle tamamlanamamış veya neticenin gerçekleşmemiş olması gerekmektedir¹⁷⁷.

Söz konusu kabahate teşebbüsün mümkün olmasının düzenlenmiş olması halinde, KK m.13 gereği bu kabahatten gönüllü vazgeçilebilmesi de mümkündür. Bu çerçevede, kabahatin iştirak halinde işlenmesi halinde TCK m.41’de düzenlenen iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme düzenlemesi de uygulanabilecektir¹⁷⁸. Şunu da belirtmek gerekir ki, failin işlemiş olduğu suçtan gönüllü vazgeçmesi halinde, o ana kadar meydana gelen hareketlerin suç değil de kabahat teşkil etmesi halinde, fail bu kabahat nedeniyle sorumlu olacaktır¹⁷⁹.

b. Taksirli Suçlara Teşebbüs

Gerek teşebbüs düzenlemesinin lafzından gerekse taksirin niteliğinden yola çıkıldığında taksirli suçlara teşebbüsün mümkün olmadığı ifade edilmektedir¹⁸⁰. Öncelikle kanuni düzenlemeden yola çıkıldığı zaman, teşebbüsün varlığı, fail için öngörülen, “işlemeyi kastettiği bir suç” koşulunun varlığına bağlıdır. Bu açıdan taksirli suça teşebbüs mümkün değildir. Taksirin niteliğinden yola çıkıldığı zaman da aynı sonuca varılmaktadır. Şöyle ki, taksirli suçlarda hareketin istenerek yapılması söz konusu olsa da neticeye yönelik bir isteme söz konusu değildir. Teşebbüsün varlığı için suçun tüm unsurlarına yönelik failde kast olması gerekirken, taksirli suçlarda netice kast kapsamında değildir¹⁸¹. Bu nedenle teşebbüsün mümkün olmadığı taksirli suçlarda gönüllü vazgeçme söz konusu olamaz.

¹⁷⁷ Hafizoğulları/Özen, a.g.e., s.308; Berrin Akbulut, Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanununun Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, Adalet, Ankara, 2010, s.393; Zeynel Temel Kangal, Kabahatler Hukuku, 2. Baskı, Oniki Levha, İstanbul, 2019, s.218.

¹⁷⁸ Kangal, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüsten Gönüllü Vazgeçme, s.346; Kangal, Kabahatler Hukuku, s.218-219; Akbulut, a.g.e., s.401.

¹⁷⁹ Akbulut, a.g.e., s.409.

¹⁸⁰ Önder, a.g.e., s.410; İçel/Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, a.g.e., s.350; Hafizoğulları/Özen, a.g.e., s.308; Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.347; Demirbaş, a.g.e., s.489; Mahmutoğlu/Karadeniz, a.g.e., s.788; Artuk/Gökcen, a.g.e., s.657; Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, a.g.e., s.450; Pervin Aksoy İpekçioğlu, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin, Ankara, 2009, s.177; Tozman, a.g.e., s.191-192; Akdağ, a.g.e., s.113.

¹⁸¹ Jescheck/Weigend, a.g.e., s.516; Özgenç, a.g.e., s.487

c. Teşebbüs Suçuna Teşebbüs

Korunan hukuksal değerleri özellik gösteren bazı suçlar, izlenen suç politikasının bir gereği olarak teşebbüs halinde kalmasına rağmen, kanunun açık düzenlemesi nedeniyle tamamlanmış suç gibi cezalandırılabilir. Bağımsız bir suç olarak düzenlenen bu suç tiplerinde icra hareketlerinin belli bir aşamaya gelmesi, hatta bazen salt hazırlık hareketlerini gerçekleştirmek cezalandırma için yeterlidir. Bu tip suçlar, “teşebbüs suçu” olarak adlandırılmaktadır¹⁸². Teşebbüs suçunda, doğrudan doğruya icraya başlanması ile tamamlanmış suç gibi cezalandırma söz konusu olacaktır ve bu suçlara teşebbüs mümkün değildir¹⁸³. Aksi takdirde hazırlık hareketlerinin cezalandırılması gündeme gelebilecektir. Ancak gönüllü vazgeçme ile faili suç işlemekten vazgeçirmeyi amaçlayan suç politikası gereği teşebbüs suçunun söz konusu olduğu hallerde failin somut suçu işlemekten vazgeçmesini teşvik edecek bir olanak sağlamak gerektiği düşüncesindeyiz. Bu doğrultuda bu suçlara ilişkin etkin pişmanlık düzenlemelerin getirilmesi amaca hizmet edebilecektir.

d. Sırf Hareket Suçlarına Teşebbüs

Suçun kanuni tanımında belirtilen hareketin yapılması ile tamamlanan sırf hareket suçları, kural olarak teşebbüse elverişli değildir. Ancak bu kuralın tek hareketin yapılması ile tamamlanan suçlar için geçerli olacağı söylenebilir. İcra hareketlerinin devam ettiği, yani icra hareketinin bir sürece yayıldığı şekilde işlenen suçlarda teşebbüs gündeme gelebilecektir¹⁸⁴. Örneğin hakaret suçunun yüze karşı

¹⁸² Önder, a.g.e., s.429; Selçuk, a.g.m., s.813; Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.339; Artuk/Gökçen, a.g.e., s.657; Özgenç, a.g.e., s.507; Mahmutoğlu/Karadeniz, a.g.e., s.815-816; Koca/Üzülmez, a.g.e., s.435; Tozman, a.g.e., s.228; Akdağ, a.g.e., s.111.

¹⁸³ Kanunumuzda da düzenlenmiş teşebbüs suçları bulunmaktadır. Örneğin göçmen kaçakçılığı (TCK m.79), anayasal düzeni ortadan kaldırmaya, değiştirmeye veya düzenin uygulanmasını önlemeye teşebbüs (TCK m.309), cumhurbaşkanına suikaste teşebbüs (TCK m.310/1), rüşvet konusunda anlaşmaya varılması (TCK n.252/3), uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin satışa arzı (TCK m.188/3) fiilleri tamamlanmış suç gibi cezalandırılmaktadır.; Baumann/Weber/Mitsch, a.g.e., §26, kn.13; Roxin, a.g.e., §29, kn.34; Demirbaş, a.g.e., s.488; Özgenç, a.g.e., s.507; Artuk/Gökçen, a.g.e., s. 657; Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, a.g.e., s.449; Koca/Üzülmez, a.g.e., s.435; İpekçioğlu, a.g.e., s.195; Tozman, a.g.e., s.228.

¹⁸⁴ Önder, a.g.e., s.429; İçel/Akinci/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, a.g.e., s.351; Demirbaş, a.g.e., s.490; Centel/Zafer /Çakmut, a.g.e., s.472; Artuk/Gökçen, a.g.e., s.651; İpekçioğlu, a.g.e., s.187; Akdağ, a.g.e., s.112.

sözle işlenmesi halinde suç o an tamamlanmış iken, hakaret suçunun mektupla işlenmesi halinde mektup muhatabına ulaşana kadar icra hareketlerinin devam ettiği kabul edileceğinden bu ihtimalde teşebbüs mümkündür. Dolayısıyla icra hareketlerinin devamı sırasında mektubun muhatabına ulaşması engellenerek gönüllü vazgeçmenin gündeme gelebileceği söylenebilecektir.

e. Tehlike Suçlarına Teşebbüs

Suçun konusu üzerinde zarar tehlikesi yaratması nedeniyle cezalandırılması öngörülen fiiller, tehlike suçları çerçevesinde düzenlenmiştir. Teşebbüsün cezalandırılmasının esası, suçun icra hareketlerinin başlaması ile suç konusunun zarar görme tehlikesinin kendisini göstermesidir. Bu açıdan tehlike suçlarına teşebbüs meselesine baktığımızda, zarar tehlikesine neden olan tehlikenin cezalandırılması gündeme gelecektir. Şöyle ki, tehlikeye neden olan fiil bir süreç içerisinde gerçekleşebilir. Tehlikeye neden olan fiil bölünebilir icra hareketlerinden oluştuğu durumlarda teşebbüs nedeniyle cezalandırma mümkün olabilecektir¹⁸⁵. Örneğin TCK m.178’de¹⁸⁶ düzenlenen işaret ve engel koymama suçunda, failin bir inşaat işinin görülmesi sırasında konulan işaret levhalarını sökmeye çalıştığı sırada engellenmesi hali teşebbüs nedeniyle sorumluluğu gündeme getirecektir. Başka bir örnekte ise, alkollü bir şekilde aracın sürücü koltuğuna oturan failin aracını çalıştırdığı sırada arkadaşı tarafından aracı sürmesinin engellendiği durumda failin TCK m.179/3’de düzenlenen trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçuna teşebbüs nedeniyle sorumluluğu doğacaktır.

¹⁸⁵ Selçuk, a.g.m, s.815; Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.347; Tozman, a.g.e., s.229; İpekçioğlu, a.g.e., s.185; Akdağ, a.g.m., s.113; Ömer Metehan Aynural, Soyut Tehlike Bağlamında Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu, Oniki Levha, İstanbul Arşivi, İstanbul, 2018, s.100-101.

¹⁸⁶ TCK m.178: “Herkesin gelip geçtiği yerlerde yapılmakta olan işlerden veya bırakılan eşyadan doğan tehlikeyi önlemek için gerekli işaret veya engelleri koymayan, konulmuş olan işaret veya engelleri kaldıran ya da bunların yerini değiştiren kişi, iki aydan altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.”

f. Kesintisiz Suçlara Teşebbüs

Kesintisiz suçlar, fiilin icrasının süreklilik arz ettiği, bir sürece yayıldığı suçlar olup, kesintisiz suçlara teşebbüs mümkündür¹⁸⁷. Kesintisiz suçlara teşebbüs konusunda önem taşıyan kavramlar, suçun tamamlanması ile bitmesidir. Kesintisiz suçlarda suçun tamamlanması anına kadar teşebbüs mümkün olup, suç tamamlandıktan sonra icra hareketleri devam ediyor olsa da suçun tamamlanmış olması nedeniyle teşebbüs mümkün olmamaktadır¹⁸⁸. Örneğin kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunu işlemeye yönelik harekete geçen fail, mağduru zor kullanmak suretiyle arabaya bindirmeye çalışarak icra hareketlerine başlamıştır. Ancak çevredekilerin müdahalesi nedeniyle failin başarılı olamadığı durumda suç tamamlanamamış olup, teşebbüs aşamasında kalmıştır ve teşebbüs nedeniyle sorumluluk gündeme gelecektir. Failin başarılı olarak mağduru arabaya bindirmesi fakat mağdurun daha sonra polis kontrolü sırasında kurtulması ihtimalinde ise suç, mağdurun arabaya bindirilmesi ile tamamlanmış olması nedeniyle teşebbüs nedeniyle değil, tamamlanmış suç nedeniyle sorumluluk doğacaktır.

g. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suça Teşebbüs

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara teşebbüs tartışması doktrinde ikili bir ayrım çerçevesinde yürümektedir. Bu suçlara iki şekilde teşebbüsün söz konusu olabileceği ifade edilmektedir. Bunlar; “neticesi sebebiyle ağırlaşmış teşebbüs” ve “neticesi sebebiyle ağırlaşmış suça teşebbüs” halleridir¹⁸⁹. İlk durumda, kasten işlenen temel suç teşebbüs aşamasında kalmışken, taksirle gerçekleşen ağır netice söz konusudur¹⁹⁰. Burada temel suç teşebbüs aşamasında kalmış olsa bile, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun varlığı kabul edilmektedir. İkinci durumda ise, temel suç

¹⁸⁷ Özgenç, a.g.e., s.507; Mahmutoglu/Karadeniz, a.g.e., s.816-817; Koca/Üzülmez, a.g.e., s.127.

¹⁸⁸ Özgenç, a.g.e., s.508; Önder Tozman, “Suçun Tamamlanması ve Sona Ermesi Kavramları”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 1, 2008, s.127.

¹⁸⁹ Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara teşebbüs konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Koray Doğan, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, Adalet, Ankara, 2011, s.237; Mahmutoglu/Karadeniz, a.g.e., s.822 vd.; Koca/Üzülmez, a.g.e., s.437.

¹⁹⁰ Doğan, a.g.e., s.237.

tipi tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış, ağır netice ise tamamlanmamış yani teşebbüs aşamasında kalmıştır¹⁹¹. Ancak bu ikinci durumun teşebbüs olarak nitelendirilebilmesi, teşebbüsün niteliği gereği failin ağır netice bakımından en azından olası kastının varlığına bağlıdır. Dolayısıyla bu halde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçta teşebbüsün olabilmesi için kast-kast ya da kast-olası kast kombinasyonunda bir yapının bulunması gerekmektedir¹⁹².

TCK m.23’de¹⁹³ genel hüküm olarak düzenlenen netice sebebiyle ağırlaşmış suç düzenlemesine baktığımızda, bu yapının ancak kast-taksir kombinasyonu ile oluşabileceği açıkça görülmektedir. Dolayısıyla TCK anlamında neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçta, ağırlaşan neticenin taksirli bir suç olması gerekeceğinden teşebbüsün mümkün olmadığını söylemek yerinde olacaktır¹⁹⁴. Ancak ilk durum olan, temel suçun teşebbüs halinde kalmasına rağmen, ağır neticenin gerçekleştiği halinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun varlığı kabul edilmekte olup, cezanın belirlenmesi farklılık göstermektedir¹⁹⁵.

¹⁹¹ Doğan, a.g.e., s.247.

¹⁹² Demirbaş, a.g.e., s.489; Koca/Üzülmüş, a.g.e., s.437 vd.; Centel/Zafer/Çakmut, a.g.e., s.471; Doğan, a.g.e., s.248 vd.

¹⁹³ TCK m.23: “Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.”

¹⁹⁴ Mahmutoglu/Karadeniz, a.g.e., s.823; Bu ayrım bağlamında, Yargıyat da neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçta teşebbüsün mümkün olmadığı görüşündedir., “Neticesi nedeniyle ağırlaşmış suçlarda failin bu ağır neticeden ancak onun gerçekleşmesi halinde sorumluluğu kabul edildiğinden, ağır neticeye yönelik taksir derecesinde bir kusur aranması sebebiyle teşebbüsün suç işleme kastına ait şartının gerçekleşmesi mümkün olmadığından ve meydana gelen sonuç istenmediğinden keza Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 18.12.1989 tarih ve 1989/5-314 Esas, 1989/399 s. Kararı içeriğine göre de; bu suçların teşebbüse elverişli bulunmadığı gözetilmeden...”, 5. CD, 2006/12682 E., 2007/2807 K., 12.04.2007.

¹⁹⁵ Neticesi sebebiyle ağırlaşmış teşebbüs durumunda cezanın belirlenmesinde Yargıtay, öncelikle temel suçta teşebbüs nedeniyle ceza indirimi yapılmasını, daha sonra neticesi sebebiyle ağırlaşan suç düzenlemesi dikkate alınarak cezanın belirlenmesi gerektiğini kabul etmektedir., “Nitelikli cinsel istismar suçuna teşebbüs sonucu TCK’nın 103/6. maddesinde beliren hal gerçekleştiğinden teşebbüs hükümlerinin neticeye değil buna neden olan nitelikli cinsel istismar fiiline uygulanıp, Ceza Genel Ku-rulu’nun benzerlik arz eden 20.11.2007 gün ve 2007/142 Esas, 2007/240 sayılı kararında teselsül için öngörülen haller bu durum nedeniyle de geçerli olduğundan fiilin teşebbüsten dolayı indirilmesi, ancak sonucu oluşturan TCK’nın 103/6. maddesine uyan eylemine uygulanmaması gerekirken yanlış anlam verilerek 103/6. madde ile belirlenen cezadan TCK’nın 35. maddesi ile indirim yapılması suretiyle eksik ceza tayin edilmesi...”, 5. CD, 2008/7211 E., 2008/7933 K., 23.09.2008; Aynı yönde karar bkz. 14. CD, 2014/3571 E., 2014/7943 K., 11.06.2014.

h. Objektif Cezalandırılabilme Şartı Öngören Suçlara Teşebbüs

Objektif cezalandırılabilme şartları, suçun unsurları ile ilgili olmayan, suçun tamamlanması ya da teşebbüs aşamasında kalması üzerinde etki göstermeyen, kanun koyucunun izlediği suç politikası gereği öngördüğü, cezalandırılabilir alanı daraltma amacı taşıyan koşullardır. Bu koşullar sadece söz konusu suç nedeniyle failin cezalandırılabilmesine imkan vermektedir¹⁹⁶.

Cezalandırılabilme şartı, suçun unsurları dışında kalan bir husus olup, suçun tamamlanması veya teşebbüs aşamasında kalmış olmasından bağımsız bir fonksiyon görmektedir. Suçun tamamlanmış olması veya teşebbüs aşamasında kalması ile failin bu suç nedeniyle cezalandırılıp cezalandırılmaması farklı hususlardır. Cezalandırma imkanı olmasa bile, teorik anlamda objektif cezalandırılma şartı bulunan bir suça teşebbüsün mümkün olduğu kanaatindeyiz. Bu durumda teşebbüs aşamasında kalmış olan suç nedeniyle fail, objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmediği sürece cezalandırılmayacaktır¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Mehmet Emin Artuk/Mehmet Emin Alşahin, “Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof.Dr.Nur Centel’e Armağan, Cilt 19, Sayı 2, 2013, s.18; Özgenç, a.g.e., s.680; Koca/Üzülmez, a.g.e., s.374; Zeynel T. Kangal, “Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 68, Sayı 1-2, 2010, s.152; Uğur Ersoy, Ceza Hukukunda Objektif Cezalandırılabilme Şartları, Adalet, Ankara, 2015, s.5; Elif Bekar, Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Suçlar, Oniki Levha, İstanbul Arşivi, İstanbul, 2017, s.18.

¹⁹⁷ İçel/Akinci/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, a.g.e., s.18; Artuk/Alşahin, a.g.m., s.22; Özgenç, a.g.e., s.683; Mahmutoğlu/Karadeniz, a.g.e., s.826; Koca/Üzülmez, a.g.e., s.375; Ersoy, a.g.e., s.192 vd.; Bekar, a.g.e., s.154.

İKİNCİ BÖLÜM

GÖNÜLLÜ VAZGEÇME KURUMUNUN YAPISAL UNSURLARI

I. GENEL AÇIKLAMALAR

Failin icra hareketlerine başlamış olduğu suçun elinde olmayan nedenlerle tamamlanamaması halinde, bu suça teşebbüs nedeniyle ceza sorumluluğu ortaya çıkmaktadır. Bu durumda suçun tamamlanmaması konusunda failin iradesi sözkonusu değildir. Suça teşebbüs nedeniyle failin cezalandırılacağı, TCK m.35/1’de; *“Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.”*, şeklinde açıkça ifade edilmiştir. Ancak failin icra hareketlerine başladığı suçun tamamlanmaması onun iradesi olarak da ortaya çıkabilir. Bu durum, icrasına başlanan suç bakımından gönüllü vazgeçme kurumunu gündeme getirecektir. Gönüllü vazgeçme kurumu TCK m.36’da; *“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.

İki kurum, suçun tamamlanmamasına farklı sonuçlar bağlamıştır. Failin icra hareketlerine başladığı suç iradesi dışındaki nedenlerle tamamlanmadığı durumda fail cezalandırılmayla karşılaşacakken; suçun tamamlanmamasını kendisinin sağladığı durumda teşebbüs halinde kalan suç nedeniyle cezalandırılmayacaktır. Örneğin; A, yüzmeye bilmeyen B’yi öldürmek amacıyla denize iter ve oradan uzaklaşır. Ancak B, oradan geçen birinin yardımıyla denizden çıkar ve ölmekten kurtulur. Bu ihtimalde A, öldürmeye teşebbüs nedeniyle sorumludur. Diğer ihtimalde ise A, pişman olarak denize atlar ve B’yi denizden çıkararak ölmesini engeller. Bu ihtimalde gönüllü vazgeçen A öldürmeye teşebbüs nedeniyle cezalandırılmayacaktır.

ETCK'dan farklı olarak TCK, suç yolundaki faile gönüllü vazgeçmeden yararlanabilme bakımından daha geniş bir imkan sunmuştur. Fail suçun tamamlanmasına kadar olan sürecin tüm aşamalarında, yani icra hareketlerinin devam ettiği sırada ya da icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra da netice gerçekleşene kadar gönüllü vazgeçerek teşebbüs nedeniyle cezalandırılmaktan kurulabilecektir. ETCK da cezasızlık sonucunu kabul etmeyen, icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra neticenin önlenmesi faal nedamet (etkin pişmanlık) olarak adlandırılmaktaydı¹⁹⁸. TCK, eksik-tam teşebbüs ayrımını kaldırarak teşebbüsün tüm aşamalarında gönüllü vazgeçmeyi kabul etmiş ve faal nedamet ile aynı sonuca bağlamıştır. Etkin pişmanlık halinin ise TCK'da suçun tamamlanmasından sonra, ancak uygulanabileceği düzenlenen suçlar için mümkün olabileceği kabul edilmiştir.

Bu başlık altında gönüllü vazgeçme kurumunun koşullarını genel hatları ile tespit ettikten sonra, ilerleyen başlıklarda detaylı incelemeler yapılacaktır. Gönüllü vazgeçme kurumunun söz konusu olabilmesi için, ilk bölümde belirttiğimiz üzere teşebbüs aşamasında bulunan, yani doğrudan doğruya icra hareketlerine başlanılmış ve fakat henüz tamamlanmamış bir suçun varlığı gereklidir. Henüz hazırlık hareketlerinde bulunduğu aşamada, hazırlık hareketleri cezalandırılabilir bir alan olmadığı için vazgeçme bir sonuç doğurmayacaktır. Ancak aşağıda açıklanacağı üzere iştirak halinde işlenen suçlarda yardım eden olarak suça katılan şerikin hazırlık hareketleri aşamasındaki vazgeçmesi, suçun icra hareketlerinin başladığı aşamada gösterdiği etkiye göre gönüllü vazgeçmenin uygulanıp uygulanamayacağını belirleyecektir.

¹⁹⁸ Bayraktar, faal nedamet ile gönüllü vazgeçme arasında nitelik farkı bulunmadığını, farkın farklı zamanlarda ortaya çıkmaları olduğunu ifade etmiştir. Bu sonuca, teşebbüsün şartlarından yola çıkarak ulaşmıştır. Teşebbüsün şartlarından olan “ihtiyarında olmayan sebep” şartının yokluğu cezalandırılabilir bir teşebbüsün varlığını ortadan kaldırmaktadır. Bayraktar görüşünü hukuki esaslara dayandırmıştır., Bayraktar, a.g.m., s. 138 vd.; Aynı yönde, İçel/Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, a.g.e., s.358 vd.; Dönmezer/Erman ise gönüllü vazgeçmenin cezasızlığını suç politikası le açıklamaktadır. Kanunun sadece eksik teşebbüs aşamasında gönüllü vazgeçmeyi kabul etmesi, fakat tam teşebbüs aşamasında bunu kabul etmemesi bilinçli bir tercih olup, suç politikası gereğidir., Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Esaslar, Cilt I, 11. Bası, Beta, İstanbul, 1994, s. 446, kn. 577.

TCK m.36’da, failin gönüllü vazgeçmeden yararlanabileceği ilk alternatif suçun icra hareketlerinde bulunulduğu aşamadır. Bu aşamada fail, doğrudan doğruya icra hareketlerine başlamış olduğu suçun icra hareketlerini terk ederek, suç yolunda devam etmeyi sonlandırarak suçu işlemekten vazgeçebilir. Örneğin; A, hasmını öldürmek için silahıyla B’ye nişan alması ile öldürme suçunun icra hareketlerine başlamıştır. Bu aşamada A, B’yi öldürmekten vazgeçtiği takdirde icra hareketini terk etmesi, hareketsiz kalması yani silahı ateşlemeksizin oradan ayrılması vazgeçmesi için yeterli olacaktır.

Gönüllü vazgeçmeden yararlanılabilecek ikinci alternatif ise icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra, fakat neticenin henüz gerçekleşmediği aşamada vazgeçmedir. Bu alternatifte fail, icra hareketlerine başlamış olduğu suçun icra hareketlerini tamamladıktan sonra icra hareketlerini terk etme olanağı artık bulunmamaktadır. İcra hareketleri tamamlandıktan sonraki muhtemel sonuçlar - araya başka sebepler girmedikçe- suçun tamamlanması veya neticenin gerçekleşmesi olacaktır. Bu aşamada failin gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi, failin icra hareketlerini gerçekleştirdiği suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemesine bağlıdır. İlk alternatiften farklı olarak bu alternatifte gönüllü vazgeçmeden yararlanmak isteyen failin aktif bir engelleme faaliyetinde bulunması gerekmekte ve engellenmenin başarıya ulaşması gerekmektedir. Yukarıda verdiğimiz örnekte A, nişan aldığı B’ye öldürmek amacıyla ateş etmiştir. Ancak pişman olan A, ağır yaralı bulunan B’yi hastaneye kaldırarak tıbbi müdahale yapılmasını sağlayarak ölüm neticesinin gerçekleşmesini engeller. Bu durumda A, gösterdiği aktif hareketi ile B’ye karşı gerçekleştirmek üzere icra hareketlerini tamamladığı öldürme suçunun ölüm neticesinin gerçekleşmesini engelleyerek vazgeçme de başarılı olmuştur.

TCK m.36’da imkân sunulan her iki alternatifte de bulunması gereken unsur, vazgeçme hareketinin gönüllü olması gereğidir. Gönüllü vazgeçme kurumunda objektif unsur “vazgeçme” hareketi iken, “gönüllülük” ise sübjektif unsurdur. Bu bölümde “vazgeçme” hareketine ilişkin açıklamalar yapılacak olup, vazgeçme olarak ifade ettiğimiz hususlar, vazgeçmenin gönüllü olduğu varsayımına dayalı olarak

yapılan açıklamalardır. Gönüllülük unsuruna ilişkin açıklamalar, çalışmamızın üçüncü bölümünün içeriğini oluşturmaktadır.

TCK m.41’de ise, iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme düzenlenmiştir. Düzenleme TCK m.36’da düzenlenen gönüllü vazgeçmeye atıf yapmakta olup, bu atıf iki hükmün birlikte değerlendirilmesi gereğini ortaya koymaktadır.

Düzenleme, gönüllü vazgeçme konusunda üç alternatif öngörmüştür. Maddenin birinci fıkrası; *“İştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır.(TCK m.41/1)”*, şeklindeki düzenleme ile gönüllü vazgeçmenin cezayı kaldıran şahsi niteliğinden hareketle, şartların her suç ortağı bakımından müstakilen değerlendirileceğini ortaya koymuştur. Bağlılık kuralı gereği, failin hazırlık hareketleri aşamasındaki vazgeçmesi diğer suç ortaklarının da sorumluluğunu doğurmayacakken, failin icra hareketlerine başlamasından sonraki süreçte her suç ortağının da ceza sorumluluğu başlayacak olup, bu noktadan sonra gönüllü vazgeçme şartları her suç ortağı bakımından ayrı değerlendirilecektir.

Diğer alternatifler, TCK m.41/2’de düzenlenen ve suçu müstakil şekilde işleyen faile göre oldukça avantajlı olan yapılardır. Bu yapılar; *“gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması(TCK m.41/2-a)”* ve *“gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması(TCK m.41/2-b)”* halleridir. Bu yapılardan ilki, vazgeçen suç ortağının suçun tamamlanmamasında nedensel bir katkısı olmamasına rağmen gönüllü vazgeçmeden yararlanma imkânı sunarken; diğer yapı suçun tamamlanmasına rağmen vazgeçen suç ortağına gönüllü vazgeçmeden yararlanma imkânı vermektedir. Ancak bu iki halde suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi, suçun tamamlanmasının önlenmesine yönelik gayret göstermesine ve gönüllü olmasına bağlıdır.

Somut olayda gönüllü vazgeçmenin uygulanabilir olması halinde bunun sonucu olarak fail ya da iştirak halinde işlenen suçlarda vazgeçen suç ortağı, işlenmek istenilen suça teşebbüs nedeniyle sorumlu olmayacaktır. Ancak vazgeçme

anına kadar gerçekleştirilen hareketler başka bir suç oluşturuyorsa, o suç nedeniyle cezalandırma söz konusu olacaktır. Yukarıda verdiğimiz örnekte, öldürmek amacıyla ateş ettiği B'yi hastaneye kaldırarak kurtulmasını sağlayan fail A, öldürme suçuna teşebbüs nedeniyle sorumlu olmayacak, ancak o ana kadar gerçekleştirmiş olduğu hareketlerin meydana getirdiği kasten yaralama suçu nedeniyle cezalandırılabilecektir.

II. SUÇUN VAZGEÇME NEDENİYLE TAMAMLANMAMIŞ OLMASI

Failin cezasızlık sonucunu doğuran gönüllü vazgeçme imkânından yararlanabilmesi için hangi koşulları karşılaması gerektiği, içinde bulunduğu suç yolunda hangi aşamada bulunduğuna göre farklılık göstermektedir. Cezasızlık sonucunun söz konusu olabilmesi için failin işlemeye başladığı suçun tamamlanmamış olması gerekmektedir. Neticenin gerçekleştiği anda, yani suçun tamamlandığı anda fail vazgeçmeyi istemiş olsa ve neticenin gerçekleştiğini bilmeseyse bile cezasızlığın söz konusu olması mümkün değildir. Fakat fail halen teşebbüs halindeki suçun icrası aşamasında ise bu durum farklılık göstermektedir¹⁹⁹.

Fail, suçu tamamlamak için kendisine göre gerekli görünen her şeyi henüz yapmamış ise, bu durumda vazgeçme hükmünden faydalanabilmesi için “icra hareketlerinin devamını gerçekleştirmekten vazgeçmesi” koşulunu yerine getirmesi yeterli görülmektedir. Bununla birlikte, fail kendi düşüncesine göre neticenin gerçekleşmesi için gerekli olan koşulları gerçekleştirmesine rağmen, neticenin meydana gelmesi failin hareketine ilaveten failden bağımsız bir nedensel faktörün etkisine ya da üçüncü bir kişinin hareketine bağlı ise failin vazgeçmeden yararlanabilmesi için sadece hareketini sonlandırması yetmeyip neticenin önlenmesine yönelik, mağdurun yararına bir takım karşı hareketler ortaya koyması gerekmektedir²⁰⁰.

¹⁹⁹ Jescheck/Weigend, a.g.e., s.540.

²⁰⁰ Jescheck/Weigend, a.g.e., s.540.

A. Suçun İcra Hareketlerinin Devamı Sırasında Vazgeçme

Teknik olarak vazgeçme olarak tanımladığımız “bırakma” hareketi; işlenmekte olan suça göre farklı görünümde karşımıza çıkabilir. Genel olarak, gerçekleştirilmekte olan hareketin terk edilmesi, hareketsiz kalınması vazgeçme kavramını karşılamaktadır ve failin suçu işlemekten vazgeçmesi için yeterli olmaktadır²⁰¹. Ancak ihmali suçlar gibi özellik gösteren hallerde zaten hareketsiz kalmakla işlenmekte olan suçtan vazgeçilmesi ancak “harekete geçerek”, sürece müdahale ederek mümkün olabilmektedir²⁰².

Suçun icra hareketlerinden vazgeçilmesi, failin icra hareketlerinin devamından gönüllü olarak vazgeçilmesi şeklinde oluşur. Bu durumda, icra hareketleri aşamasında olan fail, suçu tamamlamaya yönelik hareketini, söz konusu suçu sonlandırma kararına dayanarak yarıda bırakmaktadır. Önemli olan diğer husus ise bu kararın gönüllü bir şekilde verilmiş olmasıdır.

Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, failin vazgeçmeden yararlanmasına yönelik koşulları belirleyici olan, fiilin bırakıldığı an olup, bu an vazgeçme olarak kabul edilecek midir? Fiilin icrasının bırakıldığı an bazen icra hareketlerinin tamamlandığı an ile örtüşebilir ki bu durumda gerçek anlamda bir vazgeçmenin olup olmadığının tespiti cezasızlık sonucunda rol oynamaktadır. Bu nedenle öncelikle “vazgeçme” kavramını inceleyerek failin fiil karşısındaki konumunu ve suçun icra hareketlerini değerlendirmek yerinde olacaktır.

²⁰¹ Jescheck/Weigend, a.g.e., s.540; Baumann/Weber/Mitsch, a.g.e., §27, kn.15; Roxin, a.g.e., §30, kn.152; Eser, a.g.e., §24, kn.37; Gropp, a.g.e., kn. 50; Martin Heger, “Rücktritt”, Strafgesetzbuch, Kommentar, Verlag Franz Vahlen, München, 2013, kn.40; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.198; Kühl, a.g.e., §16, kn.42; Uwe Murmann, Versuchsunrecht und Rücktritt, C.F. Müller, Heidelberg, 1999, s.36; Freund, a.g.e., kn.46; Zaczyk, a.g.e., §24, kn. 49; Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., §17, kn.893; Artuk/Gökçen, a.g.e., s.651; Centel/Zafer/Çakmur, a.g.e., s.476; Mahmutoglu/Karadeniz, a.g.e., s.837; Koca/Üzülmez, a.g.e., s.440; Tozman, a.g.e., s.260; Akdağ, a.g.e., s.99. Türk hukukunda icra hareketlerini terk etmek suretiyle ortaya konan gönüllü vazgeçmei pasif gönüllü vazgeçme olarak da adlandırılmaktadır., Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta, İstanbul 2015, s.426.

²⁰² Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.200.

1. Objektif Unsur Olarak İcra Hareketlerinden Vazgeçilmesi

a. Vazgeçme

Gerek Alman hukukunda gerekse hukukumuzda gönüllü vazgeçmeden faydalanmak isteyen fail için kanuni düzenlemede iki alternatif öngörülmüştür. Alman hukukunda günümüzde hala kabul edilen eksik teşebbüs – tam teşebbüs ayrımı, yapılan ceza hukuku reformu ile kanunumuzca kaldırılmakla birlikte failin vazgeçme iradesini gösterdiği an, tespiti, gönüllü vazgeçmeden faydalanabilmesi için ne şekilde hareket etmesi noktasında belirleyici olmaktadır²⁰³.

TCK m.36’da düzenlenen alternatiflerden birincisi, icra hareketlerini yarıda bırakma durumunu “*suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçen...*” şeklinde ifade etmekte iken, ikinci alternatif, “*suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önleme*” şeklinde formüle edilmiştir²⁰⁴. Failin hangi aşamada vazgeçme iradesini gösterdiği, onun ne şekilde davranması gerektiğini belirleyecek olan kriterdir. Failin vazgeçme iradesini gösterdiği anın tespiti, failin gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmek için nasıl bir yükümlülük altında olduğunu belirleyecektir. Bu noktada suçun konusunun maruz kaldığı tehlike mi belirleyici olacaktır yoksa failin vazgeçme iradesi yeterli midir bunun belirlenmesi gerekmektedir.

Alman hukukunda hâkim görüşe göre “vazgeçme”, kanuni hükümde düzenlenen ilk şekil olan ve eksik teşebbüs (unbeendeten Versuch) olarak adlandırılan icra hareketleri aşamasında mümkün olarak kabul edilmektedir. Söz konusu vazgeçme hali, cezasızlık sonucu doğurması bakımından daha az katı şartlar öngörmekte olup, suç işleme kararından vazgeçme ve suçun icra hareketlerini

²⁰³ Adem Sözüer/Liane Wörner, “Der unbeendete Versuch – eine systematische Verortung – Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung der Versuchsformen”, Die Entwicklung von Rechtssystemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung, Baden-Baden, Nomos, 2014, s.373 vd.

²⁰⁴ Söz konusu durum Alman Ceza Kanununda (StGB §24) da paralel olarak; ilk alternatif, “suçun icra hareketlerine devam etmekten gönüllü olarak vazgeçen (... wer freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgibt...)” şeklinde; ikinci alternatif ise “suçun tamamlanmasını önleme (...deren Vollendung verhindert.)” şeklinde düzenlenmiştir.; Sözüer/Wörner, a.g.m., s.374.

gerçekleştirmeye yönelik hareketlerin bırakılması şeklinde kendisini göstermektedir²⁰⁵.

Suçun icra hareketlerinden vazgeçme için failin icra hareketlerine devam etme ya da icra hareketlerini bırakma konusunda seçim yapabilme imkânına sahip olması gerekmektedir. Bu seçim imkanının olmadığı hallerde vazgeçme söz konusu olamayacaktır. Bu imkanın yokluğunda farklı sebepler gündeme gelmektedir ve bu yokluk, failin teşebbüs ettiği suçta neticeye ulaşamaması hali ile failin icra hareketlerini tamamlayıp tamamlanamadığının belirlenmesi gereken olaylarda söz konusu olabilmektedir. Failin tasarladığı suç planını bütünüyle gerçekleştirmiş olmasına rağmen neticenin meydana gelmediği ve fakat gerçekleşmeyen neticeyi başarıya ulaştırmak için yeni bir plana göre harekete geçmesi halinde artık vazgeçme adına yapabilecek bir şeyi bulunmamaktadır²⁰⁶.

Alman içtihatları ile Alman doktrininin önemli bölümü de “vazgeçme” ile eksik teşebbüs arasındaki bağlantıyı kabul etmesine rağmen; günümüze kadar artan bir şekilde gelen eleştirilerde, eksik ve tam teşebbüs ayrımının gereksiz ve aldatıcı olduğu sebebiyle reddedildiği görülmektedir. Bu noktada dikkat çekilen taraf ise; eksik ve tam teşebbüs kavramlarının kanun tarafından ifade edilen kanuni kavramlar olmayıp, somut değerlendirmelerin bu açıdan kanuna değil, “vazgeçme” ve “önleme” kavramlarının amaçsal yorumuna dayanmasıdır. Bu eleştirileri haklı çıkaran nokta, failin somut olayda vazgeçme hareketi ile mi yoksa önleme hareketi ile mi gönüllü vazgeçme düzenlemesinden yararlanabileceğinin tespitinde şüpheye düşülmesi halinde kanunda yer almayan kavramların yorumundan sonuca ulaşılmasıdır²⁰⁷.

Failin teşebbüs ettiği fiilin niteliğini – yani fiilini terk ettiği ana kadar olan aşamanın belirlenmesi için değerlendirilmesi gereken en önemli veri, tespitite esas

²⁰⁵ Zaczyk, a.g.e., §24, kn. 49.

²⁰⁶ Kühl, a.g.e., §16, kn. 23.

²⁰⁷ Heckler, a.g.e., s.148; Rolf Dietrich Herzberg, “Gesamtbetrachtung und Einzelakttheorie beim Rücktritt vom Versuch: Entwurf einer Synthese”, NJW, 1988, s.1559; Ulsenheimer, a.g.e., s.148; Jäger, a.g.e, s.65.

alınacak olan andır. Şüphesiz ki failin işlemeye yöneldiği suçun icrası her zaman failin zihninde tasarladığı şekilde ilerlemeyebilir. Failin karşı karşıya kaldığı durum bazen fiili başarısızlıkla sonlandırabileceği gibi bazen de fiilini tekrar etmesi gerekebilir. Bu gibi teşebbüsü sonlandıran ya da kesintiye uğratan anlarda failin ne şekilde hareket ettiği, vazgeçme düzenlemesinin ne şekilde uygulanacağını ya da uygulanamayacağını belirlemektedir. Failin vazgeçebilmesi için salt icra hareketini terk etmesi yeterli midir, yoksa aktif davranışta bulunma yükümlülüğü doğmuş mudur; sorusunun cevabı Alman hukukunda iki hâkim görüş kullanılmıştır²⁰⁸. Bu ayrım Alman hukukunda eksik teşebbüs – tam teşebbüs olarak kabul edilmiş olup, Türk hukukundaki karşılığı icra hareketlerinin devamı aşaması ve icra hareketlerinin tamamlanması aşaması olarak kabul edilmektedir.

Alman hukukunda “vazgeçme ufku” (Der Rücktrittshorizont, Die Rücktrittsperspektive) olarak adlandırılan ve vazgeçme hareketinin yapıldığı anı göz önünde bulunduran görüş, failin son icra hareketini tamamladıktan sonraki düşüncesine önem vermektedir. Buna göre fail, hareketini bıraktığı ana kadarki yaptıklarına baktığı zaman, hala bir şeyler yapması gerektiğini mi düşünüyor yoksa yaptıkları neticenin gerçekleşmesi için yeterli mi şeklinde bir değerlendirme yapabiliyor olmalıdır. Örneğin mağduru silahıyla öldürmek isteyen fail, mağdura ateş eder, ancak fail sadece mağdurun yaralandığını ya da hiç isabet ettiremediğini fark eder ve neticeyi gerçekleştirmek için gerekli olan hareketlerin devamını getirmesi gerektiğini düşünür. Vazgeçme ufku kapsamında fail halen eksik teşebbüs aşamasındadır. BGH’nin önceki içtihatlarındaki görüşünü, “vazgeçme ufku” doğrultusunda değiştirmesinden sonra, bu görüş günümüze kadar doktrince de ittifakla hâkim görüş olarak kabul edilmiştir²⁰⁹. BGH, bu şekilde daha önce takip etmekte olduğu “fiil planı teorisi”ni (Tatplantheorie) tamamen terk etmiştir.

²⁰⁸ Jescheck/Weigend, a.g.e., s.540; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.140; Kühl, a.g.e., §16, kn.26; Gropp, a.g.e., kn. 50; Günter Stratenwert, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn, 2000, §11, kn.73; Otto, AT, §19 ,kn.8; Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., §17, kn.893.

²⁰⁹ Kühl, a.g.e., §16, kn.27; Rudolphi, SK, §24, kn.12; Gropp, a.g.e., kn. 59; Otto, a.g.e., §19, kn.14; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.144 vd.; Hans Kudlich/Jan C. Schuhr, “Rücktritt”, Satzger-Schluckebier-Widmaier, Strafgesetzbuch Kommentar, 3.Auflage, Köln, Carl Heymanns, 2016, §24, kn.34; Thomas Fischer, Strafgesetzbuch, 63. Auflage, C.H. Beck, München, 2016, §24, kn.15 vd.; Stratenwert, a.g.e., §11, kn.119; Zaczyk, a.g.e., §16, kn.12.

Değerlendirme anı sadece teşebbüsün türünü değil, teşebbüsün başarıya ulaşip ulaşmadığının tespiti bakımından da önem taşımaktadır. Söz konusu yaklaşım, suçun icrası bakımından her kesintiye bireysel olarak ele almayı öngörmektedir. Fakat genel değerlendirme bakımından şüphesiz failin teşebbüsüne başlamadan önceki düşüncesinin de bir anlamı olmalıdır.

Vazgeçme için sadece icra hareketlerinin bırakılmasının yeterli olup olmadığı, yani failin halen icra hareketlerini yerine getirme aşamasında olup olmadığının belirlenmesi konusunda sübjektif ve objektif olmak üzere iki teori üzerinde konuşulmaktadır.

Alman hukukunda eksik – tam teşebbüs ayrımının belirlenmesinde, failin düşüncesinin esas alındığı “*sübjektif teori*” hakim durumdadır²¹⁰. Bu teoriye göre fail, neticeye ulaşmak için kendi sübjektif görüşüne göre henüz gereken her şeyi yapmadığını, suçu tamamlamak için yapabileceği başka şeylerin daha olduğunu düşündüğü aşamada, icra hareketlerinin devamının mümkün olduğu kabul edilmekte ve “eksik teşebbüs” olarak adlandırılmaktadır. Yani teorinin bağlı olduğu kriter, failin suç işleme sürecine ilişkin planı ve düşüncesidir²¹¹. B’yi öldürmek için pusuda bekleyen A, B’nin ortaya çıkması ile arkasından yanaşmış ve elindeki bıçağı omzuna saplayarak B’nin yaralanıp yere düşmesine neden olmuştur. İcra hareketlerine devam ederek B’yi öldürebilecek durumda olan A, eksik teşebbüs aşamasındadır. Bu aşamada icra hareketlerine devam etmeyerek suç yerinden ayrılan A, suçun icra hareketlerini gerçekleştirmekten vazgeçmiştir.

Buna karşılık, failin düşüncesine göre, suçun tamamlanması için yapılması gerekli görülen her şeyin yapıldığı durum ise “tam teşebbüs” olarak adlandırılmaktadır²¹². Bazı durumlarda ise fail, icra hareketini terk ettiği ana kadarki yaptıklarının neticeyi gerçekleştirmeye yeterli olup olmadığı konusunda tereddütte

²¹⁰ Mezger, a.g.e., s.400; Jscheck/Weigend, a.g.e., s.541; Eser, a.g.e., §24, kn.13; Rudolphi, SK, §24, kn.15; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.154; Kühl, a.g.e., §16, kn.24; Sözüer/Wörner, a.g.m., s.387.

²¹¹ Mezger, a.g.e., s.400; Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, Berlin, de Gruyter, 1969, s.196; Maurach, Gössel, Zipf, a.g.e., §41, kn.22; Baumann/Weber/Mitsch, a.g.e., s.507; Roxin, a.g.e., §30, kn.163; Kühl, a.g.e., §16, kn.25; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.154.

²¹² Kühl, a.g.e., §16, kn.25.

olabileceği gibi hareketlerinin sonucu hakkında bir düşüncesi de olmayabilir. BGH, bu gibi durumlarda tam teşebbüsün olduğunu kabul etmek gerektiği yönünde değerlendirmede bulunmuştur²¹³. Yine bu doğrultuda failin son icra hareketini yerine getirdiği anda, neticenin meydana gelme ihtimalini tahmin etmesi halinde de tam teşebbüs halinin varlığı kabul edilmektedir²¹⁴.

Buna karşılık, sübjektif kriter ile tespitin somut olaylarda güvenilir olmaması nedeniyle, girilen arayış bazı yazarları objektif bakış açısını esas almaya yönlendirmiştir. Bu anlayışa göre; bir teşebbüsün eksik mi yoksa tamamlanmış mı olduğu, objektif bakış açısı²¹⁵ ya da objektif ve sübjektif unsurlar arasındaki bağlantıdan yola çıkılarak belirlenebilir²¹⁶. *Roxin*, suç konusunun maruz kaldığı tehlikeden yola çıkarak objektif sınırlandırmaya odaklanmıştır. Bu çerçevede eksik teşebbüs için hareketin tehlikeliliği; tam teşebbüs için ise failin görüşüne göre suçun tamamlanması için gereken bütün hareketlerin ötesinde, neticenin gerçekleşmesi failin iradesinden çıkmış olması belirleyicidir²¹⁷. *Ulsenheimer* da aynı düşüncüyü, vazgeçme imkânının verdiği cezasızlık ayrıcalığının anlam ve amacına dayanarak savunmaktadır. Ona göre; failin fiilini terk ettiği ana kadar yaptığı hareketler sonucun meydana gelmesi için objektif olarak elverişli ise, fail sübjektif olarak bunun farkında olmasa ve her ne sebeple olursa olsun netice gerçekleşmese bile tam teşebbüsün varlığı kabul edilmelidir²¹⁸. Eksik – tam teşebbüs ayrımını kabul etmeyen *Jäger*, sınırlandırmayı tehlikenin aşamaları üzerinden giderek objektifleştirmeye

²¹³ BGHSt 40, 304.

²¹⁴ BGHSt 4, s.181; BGHSt 10, s.131; BGHSt 22, s.332; BGHSt 23, s.359; BGHSt 14, s.79; BGHSt

31, s.170; BGHSt 33, s.295. Aynı yönde, Maurach, Gössel, Zipf, a.g.e., §41, kn.81; Eser, a.g.e., §24, kn.169; Kühl, a.g.e., §16, kn.27; Otto, a.g.e., §19, kn.17. Aksi yönde Rolf Dietrich Herzberg, “Der Rücktritt durch Aufgeben der weiteren Tatausführung”, Festschrift für Günter Blau zum 70. Geburtstag, Berlin, Walter de Gruyter, 1985, s.108.

²¹⁵ Saf objektif teori, sınırın belirlenmesinde failin düşüncesini tamamen dışlamaktadır. Önemli olan sadece hareketin tipik neticeyi gerçekleştirebilecek nitelikte olması ya da failin etkisinden bağımsız olarak ya da şans eseri suçun tamamlanıp tamamlanmadığıdır. Uwe Borchert / Uwe Hellmann, “Die Abgrenzung der Versuchsstadien des §24 I.,1. StGB anhand der objektive Erfolgstauglichkeit”, GA 1982, s.429 vd; Maurach, Gössel, Zipf, a.g.e., §41, kn.22; Ulsenheimer, a.g.e., s.219.

²¹⁶ Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.150; Roxin, AT II, §30, kn.163 vd.

²¹⁷ Claus Roxin, “Der Anfang des beendeten Versuchs, Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung zur Strafbarkeit von Vorbereitung und Versuch bei den Unterlassungsdelikten”, Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, Karlsruhe, de Gruyter, 1972, s.224.

²¹⁸ Ulsenheimer, a.g.e., s.225.

çalışmıştır. Ona göre vazgeçme imkanı, sadece failin hareketi ile suçun konusu için gerçek anlamda tehlike yaratmış olduğu olaylarda söz konusu olabilir. Failin suçun konusu bakımından objektif olarak bir tehlike yarattığı söylenemiyorsa, faile önlemeye yönelik bir yükümlülük yüklenemeyecektir. Ancak failin o ana kadar yaptığı hareketler nedeniyle tipik neticenin meydana gelmesi mümkün görünüyorsa, vazgeçme nedeniyle failin cezasızlığı elde etmesi için sadece icra hareketini bırakması yeterli olmayıp, neticenin meydana gelmesini önlemeye yönelik çabada bulunması gerekecektir²¹⁹. Bu görüşe paralel olarak *Heckler* de suçun konusunun düşürüldüğü tehlikenin neticeyi gerçekleştirme ihtimali bulunması halinde salt icra hareketinin terk edilmenin yeterli olamayacağını, failin yarattığı tehlikeyi ortadan kaldırması gerektiğini ifade etmiştir. Teşebbüs nedeniyle cezalandırma yaratılan tehlike nedeniyle doğuyorsa, vazgeçme nedeniyle cezasızlığın elde edilmesi de tehlikenin kaldırılması sayesinde olabilecektir²²⁰.

Bu iki görüşün yanında, bu iki görüşün bir arada kullanılarak tespitin mümkün olabileceğini ileri süren karma görüşler de destek görmüştür. Burada önemli olan; failin sübjektif düşüncesinin, onun suç teşkil eden hareketlerinin objektif durumuna uygunluğu olup, eksik-tam teşebbüs ayrımı buna göre yapılmalıdır. Bu değerlendirmenin objektif kıstaslarla fakat failin suç kastını da gösteren sübjektif durumu ilişkili bir şekilde yapılmasının tespiti daha sağlıklı hale getirebileceği ifade edilmiştir²²¹.

Fakat Alman hukukunda hakim olan sübjektif teori taraftarları, bu görüşlerin vazgeçme hükmünün ve doğurduğu sonuçların suç politikası aracı olması özelliğini ve amacını dikkate almamakla eleştirmişlerdir. Suç politikası gereği cezasızlık sonucu öngören ve cezayı kaldıran şahsi bir sebep olarak nitelendirilen gönüllü vazgeçme kurumu, suça teşebbüs etmiş olan failin hukuk düzenine dönüşünü gösterdiği “hareketini bırakma”sı, onun teşebbüs ettiği suç çerçevesinde olup,

²¹⁹ Jäger, a.g.e., s.88; Rudolphi, SK, §24, kn.15c; Thomas Feltes, “*Der fehlgeschlagene Versuch – Zur Abgrenzung von fehlgeschlagenem, beendetem und unbeendetem Versuch*”, GA, 1992, s.417.

²²⁰ Andreas Heckler, Die Ermittlung der beim Rücktritt vom Versuch erforderlichen Rücktrittsleistung anhand der objektiven Vollendungsgefahr-Zugleich ein Beitrag zum Strafgrund des Versuchs, Nomos, Baden-Baden, 2002, s.161-162.

²²¹ Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e., §41, kn. 20.

bundan vazgeçmeye ilişkin koşullar failin hareketine bağlıdır. Bu açıdan da failin söz konusu suçu ne ölçüde gerçekleştirdiğine ilişkin düşüncesinin – subjektif kriterin esas alınmasının kurumun niteliği gereği olduğunu belirtmişlerdir²²².

b. Vazgeçmenin Samimi Olması

Fail bakımından gönüllü vazgeçme hükmünün uygulanabilmesi için salt vazgeçme, kurumun niteliği ve doğurduğu sonuçlar nedeniyle yeterli değildir. Bilinçsizlik, yanlışlık gibi tesadüfler nedeniyle icra hareketlerinin kesilmesi söz konusu olmuşsa ya da fail aldatma amacıyla bu şekilde bir bırakma içerisinde ise onun açısından vazgeçme mümkün değildir. Vazgeçmenin “iradi(samimi)” olması, vazgeçmenin subjektif unsuru olarak kendisini göstermekte olup, failin suçu tamamlama kastını karşı yönde yani tamamlamama şeklinde değiştirmesini de kapsamaktadır. Bu aşamaya kadar failin zaten suçu tamamlama amacı olmadığı durumlarda vazgeçme de mümkün olmayacaktır. Yine failin, amacına ulaştığını düşünmesi nedeniyle icra hareketlerini terk etmesi halinde de vazgeçme söz konusu olmamaktadır²²³.

c. Vazgeçmenin Kesin Olması

Gönüllü vazgeçme hükmünün uygulanabilmesi için failin icra hareketlerini bırakması ne derece kesin olmalıdır, belirlenmesi gerekmektedir. Bu belirlemede önemli nokta, sadece gerçekleştirilen suça yönelik devam eden hareketleri değil, özellikle suç işleme kararını da bırakmanın varlığıdır. Failin suçu işlediği sırada kısa süreli duraksama ya da ara vermesi hali suçu işlemekten vazgeçtiği anlamına gelmez. Teşebbüsün suç işleme kararı ve suçun icra hareketlerine başlamasından oluştuğu

²²² Jescheck/Weigend, a.g.e., s.541; Eser, a.g.e., §24, kn.13; Rudolphi, SK, §24, kn.15; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.154; Kühl, a.g.e., §16, kn.24.

²²³ Herzberg, “Der Rücktritt durch Aufgeben der weiteren Tatausführung”, s.117; Rolf Dietrich Herzberg, “Beendeter oder unbeendeter Versuch: Kritisches zur neuen Unterscheidung des BGH”, NJW, 39.JAhrang, Heft 40, 1986, s.2467; Baumann/Weber/Mitsch, a.g.e., §27, kn.25; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.207.

gibi, gönüllü vazgeçme de suç işleme kararından vazgeçme ile suç işlemeye yönelik tüm faaliyetlerin bırakılmasından oluşmaktadır²²⁴.

İcra hareketlerini bırakmanın kesinliğini belirleme bakımından BGH'nin verdiği bir karardaki tespitler benimsenmektedir. Buna göre; failin, somut suçun icra hareketlerine geçici olarak ara vermesi ve kısa bir süre sonra önceki hareketleriyle bağlı olarak hareketlerini devam ettirme arzusunda olduğu hallerde icra hareketlerinin bırakılmış olduğundan söz etmek mümkün değildir²²⁵. Yine failin, düşüncesini değiştirmeksizin daha etkili olacağını düşündüğü için zamansal bir fark olmaksızın suç işleme yöntemini değiştirmesi ya da suçu işlemek için yeni bir araç temin etmesi halinde de icra hareketlerinin bırakılması söz konusu değildir²²⁶.

Failin somut hareketi değerlendirildiğinde, failin icrayı bırakma konusundaki kararlılığının kesin olduğu olaylarda tartışma olmamasına rağmen, failin suçu işlemeye yönelik somut icra hareketini bıraktığı fakat devam eden icra hareketlerini yerine getirme arzusunu içinde sakladığı ya da başkaca bir suçu gerçekleştirmeye yöneldiği olaylarda ciddi tartışma bulunmaktadır²²⁷.

Bu konuda doktrinin bir kısmı, failin suç işleme amacını belirleyici olarak kabul etmektedir. Bu doğrultuda, failin icra hareketlerini bırakmasından beklenen, onun amacına ulaşma arzusundan kesin olarak uzaklaşmasıdır. Vazgeçmeye konu olan suç da failin amacı doğrultusunda en baştan planladığı ve icra hareketlerine başlamış olduğu suç olup, failin bu plan dışında başka bir suça yönelmesi nedeniyle planladığı hareketleri bırakması halinde vazgeçmenin olabileceği ifade edilmektedir. Fakat fail, icra hareketlerini bıraktığı, planladığı somut suçu tamamlama arzusunu daha sonraki bir zamanda gerçekleştirmeyi içinde saklıyor ise vazgeçme söz konusu olmayacaktır. Çünkü cezasızlık sonucu, failin icra hareketlerini uygun zamanda

²²⁴ Roxin, AT II, §30, kn.158; Kühl, a.g.e., §16, kn.42.

²²⁵ BGHSt 7, 296 vd.

²²⁶ BGHSt 34, 58; BGHSt 33, 142; BGHSt 35, 187; BGH, NJW, 1957, s.190.

²²⁷ Wilfried Küper, "Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten", JZ, 1979, s.779; Wilfried Bottke, Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Täterverhalten, Rolf Gremer, München, 1979, s.373; Kühl, a.g.e., §16, kn.42; Eser, a.g.e., §24, kn.42; 38; Stratenwert, a.g.e., §11, kn.80;

gerçekleştirmek için erteleme halinde imtiyaz olarak faile sunulamaz. Çünkü erteleme ile fail suç işleme kararını değiştirmemiştir ve hukuki alana geri dönmüş değildir²²⁸. Bu sebeple de suç işleme düşüncesini daha uygun şartlara erteleyerek o an için kendini tehlikeden uzak tutan faili cezasızlık ile mükâfatlandırmak yerinde görülmemektedir²²⁹.

Fakat bu görüş, suç politikası aracı olan gönüllü vazgeçme hükmünün bu niteliğine ve kanuni lafzına da aykırı bir yorum olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Gönüllü vazgeçme yalnızca somut olarak işlenen suç için mümkün olmaktadır ve failin suçun konusuna yönelik kastının devam ettiğini göstererek hukuka düşman tavrını ortaya koymuş olsa bile, failin o ana kadar gerçekleştirmiş olduğu hareketlerinden vazgeçmesi imkânsız olmamalıdır²³⁰. Somut olarak icra hareketine dönüşmemiş olan kast, yani failin düşüncesi gönüllü vazgeçme hükmünü devreden çıkarmamalıdır. İcra hareketine devam etmeyen failin, sırf düşüncesi değişmedi gerekçesi ile cezasızlık imtiyazından faydalandırmamak kanuni hükmün amacına da aykırı olacaktır. Bu imtiyaz faili cesaretlendirme anlamına gelmemekte olup, zaten failin fiiline devam edip etmeme isteğinin de ispatı neredeyse imkânsızdır²³¹.

Diğer görüş ise; somut icra hareketlerinden yola çıkarak, o sırada icra edilmekte olan teşebbüsten dönmüş olmayı esas almaktadır. Buna göre failin sonraki hareketleri değerlendirildiğinde, bu hareketleri ile o zamana kadar gerçekleştirdiği hareketler arasında doğal bir bağlantının bulunduğu durumda gönüllü vazgeçmenin varlığı söz konusu olmayacaktır. Çünkü bu bağlantı önceki ve sonraki hareketlerin zamansal ve mekânsal olarak da bir bütünlük teşkil ettiğini göstermektedir²³². Fakat fail aslında teşebbüs ettiği suçu tamamlamayı içinde saklı tutmasına rağmen, sonraki hareketleri bu suç yolundan uzaklaştığını göstermekte ise failin gönüllü vazgeçme imtiyazından yararlanmasına engel bir durum bulunmamaktadır.

²²⁸ Rudolphi, SK, §24, kn.18; BGHSt 7, s.297.

²²⁹ BGHSt 21, s.321; BGH, NJW, 1957, s.190

²³⁰ Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.40; Jescheck/Weigend, a.g.e., III, dn.29; Kühl, a.g.e., §16, kn.43; Küper, a.g.m., s.779; Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e., §41, kn. 55; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.211.

²³¹ Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.40

²³² Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.212; Bloy, JUS, s.528.

Bu görüşe eleştiriler ise “doğal hareket” kavramı üzerinden geliştirilmiştir. Bu görüşe göre, her ne kadar fail ilk hareketini terk etmiş olsa da bunun arkasından gerçekleştirdiği aynı değerdeki başka bir hareket de gönüllü vazgeçmeden yararlanabilecektir. Bu yorumun gönüllü vazgeçme hükmünün uygulama alanını genişleteceği ileri sürülerek doğal hareket kavramının sınırlandırılması gerektiği ifade edilmiştir²³³.

BGH bu konunun çözüm yöntemi olarak içtihatlarında; failin, kasten işlediği hukuka aykırı fiilinden vazgeçmesi gerektiği anlayışından hareket etmektedir. Bu anlayışa göre gönüllü vazgeçme hükmü, cezasızlık sonucunu doğurması için ne failin suçlu iradesini ne de somut icra hareketini terk etmesini değil, daha ziyade suçu tamamlamaya yönelik devam eden icra hareketlerini terk etmesini öngörmektedir. Karara konu olan bir olayda; fail, mağduru öldürmek suretiyle yağma suçunu işlemeyi planlamıştır. Ancak doğrudan yağma suçunu tamamlar, mağduru öldürmekten ise vazgeçer. Bu durumda failin öldürme suçundan vazgeçmesi kabul edilerek öldürmeye teşebbüs nedeniyle cezalandırılmaz²³⁴.

Bu çerçeveden bakıldığında, failin suçu tamamlama düşüncesini zihninde koruduğu hallerde dahi icra hareketlerini terk etmesi hali gönüllü vazgeçme hükmünün uygulanmasına engel değildir. Fail suçlu iradesini ve suça yönelik kastını güncel tutuyor olsa dahi, suçun tamamlanmasına yönelik icra hareketlerini, ileride uygun koşullarda devam ettirmek üzere de olsa terk etmesi söz konusu teşebbüs için gönüllü vazgeçme hükmünden yararlanmasına imkan vermektedir²³⁵. Failin daha sonraki uygun koşulda suçu tamamlamaya yönelik devam eden hareketler ilk teşebbüsten bağımsız olarak müstakil bir fiil olarak kendisini gösterecektir. Fakat bırakılan hareketlerin devam eden hareketlerle zaman ve yer bakımından bütünlük göstermesi halinde vazgeçme gündeme gelmeyecektir²³⁶.

²³³ Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.39; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.212; Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., §17, kn.903.

²³⁴ BGHSt 33, s.142 vd.; Rudolphi, SK, §24, kn.18b; Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., §17, kn.904; Kühl, a.g.e., §16, kn.47;

²³⁵ Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.216; Kühl, a.g.e., §16, kn.45.

²³⁶ Kühl, a.g.e., §16, kn.46.

d. Başarısızlıkla Sonuçlanan Ancak Tekrarı Mümkün İcra Hareketlerinde Gönüllü Vazgeçme

Günümüzde doktrin tarafından en tartışmalı olarak görülen konu, işlenmeye başlanan bir suçun, ilk girişimde başarısızlıkla sonuçlanmasına rağmen, bunu başarıya ulaştırmaya yönelik hareketlerin tekrarının mümkün olduğu hallerde gönüllü vazgeçme hükmünün uygulanma imkanıdır. Bugün Almanya’da bir suçun icra hareketleri aşamasının devam mı ettiğinin (unbeendetem) yoksa tamamlandığının mı (beendetem) tespitinden daha çok tartışılan konu; söz konusu suçun icra hareketleri aşamasında olduğu mu (unbeendetem) yoksa başarısızlıkla mı sonuçlandığının (fehlgeschlagenem) birbirinden ayrılmasıdır. Bu husus özellikle suçun işlenmesinde birden fazla hareketin icra edildiği olaylarda çözümlenmesi gereken bir sorun olarak görülmektedir²³⁷. Bu ayrımın belirlenmesi, failin işlemeyi kastettiği suç nedeniyle teşebbüsten mi sorumlu olacağını yoksa işlemeyi kastettiği suçtan vazgeçmesi nedeniyle gönüllü vazgeçme imtiyazından mı yararlanacağını belirleme açısından önem arz etmektedir.

BGH kararlarına yansıyan bazı olaylarda; icra hareketlerine başlanan suç, ilk hareketler bakımından başarısızlıkla sonuçlanan bir teşebbüs gibi görünse de bu başarısızlığın sonrasında failin önceki hareketleri ile doğrudan bağlantı kurarak hareketlerini yenilemesi ya da yeni araçlarla hareketlerine yeniden başlaması halinde söz konusu fiillerin ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği tartışılmıştır. Mağduru öldürme amacıyla hareket eden failin, bu amaç doğrultusunda mağdura şişe ile saldırması, mağdurun üzerinden araba ile geçmesi, mağduru balkondan aşağıya itmesi, mağdurun üzerine benzin dökerek ateşe vermeye çalışması yönündeki hareketlerinin başarısızlıkla sonuçlanması üzerine, failin mağduru boğma şeklinde ya da başka bir yöntemle öldürmeye yöneldiği olaylar çözüm gerektiren sorunlar olmuştur. Burada failin başarısız olan ilk hareketinin “suça teşebbüs” nedeniyle sorumluluğunu mu gerektirdiği yoksa olayın tamamının değerlendirilmesi sonucunda

²³⁷ Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.93; Roxin, AT II, §24, kn.106; Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., §17, kn.891.

ikinci hareketinden vazgeçmesi halinde gönüllü vazgeçmenin varlığının kabulü mü gerekir önem taşımaktadır.

Bu konunun net biçimde ortaya konulabilmesi amacıyla, öncelikle BGH kararlarına yansıyan somut olayları ele alıp, sonrasında çözüm noktasında ortaya konulan teorilere değineceğiz.

Bu konuda ele alacağımız ilk olayda²³⁸; sanık, otomobilde beraber bulunduğu ve kendisinden ayrılmış olan nişanlısından kendisine geri dönmesini istemektedir. Ancak kadının bu talebi reddetmesi karşısında sanık öldürmek amacıyla kadının kafasına bir şişeyle vurur. Fakat istenen sonuca ulaşamaz, çünkü içerisinin yeteri kadar geniş olmaması nedeniyle etkili bir vuruş yapamamıştır. Bunun üzerine sanık arabadan inerek kadının boğazını bayılana kadar sıkıştırır. Sonunda ise sanık sakinleşmesi üzerine hareketinin devamından vazgeçmiş ve kadın hayatta kalmıştır.

İkinci olayda²³⁹; sanık, kendisinden boşanmaya karar vermiş olan karısını öldürmek ister. Benzin dolu bir kabı kadının üzerine dökerek kibritle yakmayı planlar. Ancak bu planı gerçekleştirmekte başarısız olunca, kadın bahçeye kaçar. Sanık kadını bahçede yakalar ve yere yatırarak boğmaya başlar ancak daha sonra bundan vazgeçer ve kadın hayatta kalır.

Son olayda²⁴⁰ ise, sanık, eski sevgilisinin mevcut erkek arkadaşını arabayla ezerek öldürmeye çalışır. Ancak mağdurun diğer tarafa atlaması nedeniyle sanık amacını gerçekleştirme konusunda başarılı olamaz. Bunun üzerine sanık, mağdurun üzerine kapanarak iki eliyle birlikte gözleri morarana kadar boğar. Sonrasında sanık fiiline son verir ve mağdur hayatta kalır.

Her üç olayda da faillerin planladıkları suçu işlemeleri sırasında ilk girişimleri sonuç vermiyor ve bunun üzerine mevcut imkânlar çerçevesinde geliştirdikleri yeni yöntemle aynı suçu tamamlamaya yöneldikten sonra suçu işlemekten vazgeçiyorlar.

²³⁸ BGHSt, 10, 129.

²³⁹ Karar için bakınız Roxin, AT II, §30, kn.181.

²⁴⁰ BGHSt 34, 53.

Bu olaylarda çözümlü gereken mesele, faillerin arzuladıkları neticeye ulaşmayan ilk hareketleri nedeniyle teşebbüs sorumluluğunun doğacağı mı; yoksa olayların devamında faillerin suç işlemekten vazgeçme hareketlerinin gönüllü vazgeçmeden yararlanmalarına imkân mı vereceğidir. Meselenin çözümü konusunda esas olarak; suç planı teorisi, bireysel hareket teorisi ve bütüncül değerlendirme teorisi ortaya atılmıştır. Öncelikle bu teorileri inceledikten sonra yukarıda belirttiğimiz olayların BGH tarafından değerlendirmesini inceleyeceğiz.

(1) Suç Planı Teorisi

Failin suç işlemeye yönelik hazırladığı planından hareket eden suç planı teorisi, planın en baştaki kapsamından hareket ederek çözüm üretmeye çalışmıştır. Teori, failin planını esas alan bir ayrıma gitmiştir. Buna göre; eğer fail en baştan itibaren suçu belirlemiş olduğu bir araçla işlemeyi planlamış, fakat bu araçla işlemeye başladığı suç başarısızlıkla sonuçlanmış ise bu andan itibaren gönüllü vazgeçme imkanı bulunmamaktadır ve fail suça teşebbüs nedeniyle cezalandırılabilir. Bu noktadan itibaren failin yeni bir araç temin ederek suçu işlemeye başlaması hali artık yeni bir planın gerçekleştirilmesi ve yeni bir fiilin varlığı anlamına gelmektedir ve gönüllü vazgeçme koşulları bu yeni fiil açısından ele alınmalıdır²⁴¹.

Eğer fail, kurduğu planda suçu işlemede kullanacağı araç konusunda bir belirleme yapmadan herhangi bir araçla işlemeyi amaçlamış ya da suç planında öngördüğü alternatif yöntemlerden birisi ile suçu tamamlamaya yönelmişse; amaca ulaşmaya yönelik gerçekleştirilen farklı fiil ve yöntemler bir bütün olarak değerlendirilir. Bu çerçevede icra hareketlerinin devam ettiği kabul edilerek gönüllü vazgeçmenin uygulanması mümkün kabul edilmektedir²⁴². Bu teoriye, BGH içtihatlarında 1982 yılına kadar belirleyici olarak başvurulmuştur²⁴³.

²⁴¹ Roxin, AT II, §30, kn.177; Ulsenheimer, a.g.e., s.156 vd.

²⁴² Roxin, AT II, §30, kn.177.

²⁴³ Zaczyk, a.g.e., §24, kn.12.

(2) Bireysel Hareket Teorisi

Teori, failin suçu gerçekleştirmeye yönelik elverişli gördüğü hareketleri esas almaktadır ve neticeye yönelik gerçekleştirilen her hareketin müstakil bir teşebbüs olduğu kabul edilmektedir. Buna göre hareketin başarısız olması halinde teşebbüs sorumluluğu doğmakta ve vazgeçme olanağı tanınmamaktadır. Neticeye yönelik her hareket, ister baştan planlanan hareketler kapsamında olsun ister tesadüfen gerçekleştirilsin, yenilenen bir teşebbüsü doğurmaktadır. Fakat bu yorumun, yaşamsal sürecin bütünlüğünü parçalara böldüğü ve vazgeçme imtiyazını oldukça sınırlandırdığı ileri sürülmüştür²⁴⁴.

Eser, eleştirileri dikkate alarak, bu teoriyi failin bakış açısından neticeye ulaşma yeterliliğinin değerlendirilmesi doğrultusunda somutlaştırarak güncellemiştir. Failin vazgeçme ufkundan hareket eden *Eser*, failin bırakıldığı andaki bireysel hareketin mutlak olarak olaya hâkim olduğunun söylenebildiği anda teşebbüsün başarısızlıkla sonuçlandığını ve vazgeçme imkânının olamayacağını ifade etmiştir. Yani son hareketinden sonra fail başkaca hareketlerle olaya hâkim olamıyorsa bu aşamada suçun icra hareketleri sonlanmıştır. Fakat fail, son hareketini, olayı kendi hâkimiyetinden çıkaracak derecede etkili görmüyorsa, hareketin suçun işlenmesi sürecinde nispi hâkimiyeti söz konusu olup icra hareketleri aşamasının devam ettiği söylenebilecek ve vazgeçme imkânı mümkün olabilecektir²⁴⁵. Yani, failin ilk hareketinden sonra olayın akışına müdahale edip edemeyeceği esas alınmaktadır.

(3) Bütüncül Değerlendirme Teorisi

Bütüncül değerlendirme teorisi, bireysel eylem teorisinin aksine olayın parçalarından değil, olayın bütününden hareket etmektedir. Buna göre; suçun gerçekleştirilmesi aşamasında başarısızlıkla sonuçlanan “bireysel bir hareket”

²⁴⁴ Roxin, AT II, §30, kn.178; Gutmann, a.g.e., s.92; Ulsenheimer, a.g.e., s.230; Jakobs, AT, §26, kn.15vd; Kristian Kühl, “Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung”, JUS, 1981, s.195; Matthias Bergmann, “Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung beim Rücktritt vom Versuch?”, ZStW, 100, 1988, s.351; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.94.

²⁴⁵ Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.21.

sonrasında, fail önceki hareketleri ile bağlantılı olarak neticenin gerçekleştirilmesi ümidi ile suçun icra hareketlerine devam edebiliyorsa suç, hala icra hareketlerinin gerçekleştirilmesi aşamasındadır ve bu aşamada failin fiilini bırakması – gönüllülük koşulunun olmasıyla – vazgeçme anlamına gelir ve cezasızlık sonucunu doğurur. Bu teori; fail suçun unsurlarını gerçekleştirmeye yönelik birden fazla müstakil fiil gerçekleştirse ya da birbirinden farklı suç aletleri kullansa da gerçekleşen olaylar bakımından vazgeçme hükmünün uygulanmasının tespitinde, bireysel fiillerin değerlendirilmesini değil, olayın bütüncül olarak değerlendirilmesini esas almaktadır²⁴⁶. Önemli olan suçun gerçekleştirilmesi kapsamındaki hareketler zincirindeki halkalar değil, olayın bütününe bakıldığında failin son hareketinden sonraki düşüncesidir ki, bu “vazgeçme ufku” (Der Rücktrittshorizont) olarak adlandırılmaktadır. Günümüzde Alman hukukunda bu teori, BGH kararlarında²⁴⁷ ve doktrinin büyük kesimi tarafından temsil edilmektedir²⁴⁸. Teorinin temelinde yatan, suç işleme kararının ve icraya başlangıcın bireysel olarak suçta kullanılan araçlardan ya da suçu tamamlamaya yönelik müstakil hareketlerden izole edilmesi değil, araçları amaca tabi kılmak ve araçlar ile birden fazla müstakil hareketlerin bütünlüğünün sağlanmasıdır.

(4) Karma Görüşler

Alman doktrininde öne çıkan bireysel eylem teorisi ve bütüncül değerlendirme teorisi arasında süren tartışmalar, birbirlerini inkar etmeyen çözüm önerilerinin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

²⁴⁶ Calus Roxin, “Der fehlgeschlagene Versuch”, JuS, 1981, s.6; Roxin, “Der Anfang des beendeten Versuchs, Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung zur Strafbarkeit von Vorbereitung und Versuch bei den Unterlassungsdelikten”, s.267; Rudolphi, SK, §24, kn.12b; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.106 vd.; Zaczyk, a.g.e., §24, kn.14.

²⁴⁷ BGHSt 33, 295; BGHSt 34, 53; BGHSt 40, 30435, 90; BGHSt 40, 75.

²⁴⁸ Roxin, “Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch”, s.251; Roxin, AT II, §30, kn.197; Jäger, a.g.e., s.45; Harro Otto, “Rücktritt und Rücktrittshorizont”, Jura, Heft:5, 2001, s.342; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.106; Köhl, a.g.e., §16, kn.26; Krey/Esser, a.g.e., §44, kn.1277; Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., §17, kn.891.

Bu çerçevede *Herzberg*, bütüncül değerlendirme teorisine karşı çıkmamakla birlikte, failin olayın bütünü bakımından vazgeçmesinin yanında bu olay kapsamında yer alan başarısızlıkla sonuçlanmış olan bir saldırının görmezden gelinmesini eleştirmektedir. O'na göre olay akışı içerisinde başarısızlıkla sonuçlanan teşebbüs sorumluluğu gerektirmektedir. İşte bu noktada, failin suçu gerçekleştirme konusundaki iradesinden vazgeçmesi, sorumluluğunun azalmasına yani teşebbüs nedeniyle verilecek cezasında indirim yapılmak suretiyle etkisini gösterebilir²⁴⁹.

Ranft ise, failin planını gerçekleştirme yönteminden yola çıkmıştır. Buna göre fail, başarısızlıkla sonuçlanan teşebbüsünün devamında, suçu tamamlamak amacıyla yeniden harekete geçtiğinde aynı araçlarla suçu işlemeye yolunda ise icra hareketlerinin devam ettiği kabul edilmelidir ve bu çerçevede devam eden hareketlerini terk etmesi halinde vazgeçme nedeniyle cezasızlık imtiyazından faydalanabilmelidir. Eğer fail, ilk hareketinin neticeye ulaşmaması üzerine neticeye ulaşmak için bir araç değişikliğine gitmişse ve devam eden hareketine yeni araç ile başlamışsa, bu noktada suçun icra hareketleri bakımından bağımsız yeni bir başlangıç kabul edilmeli ve önceki hareketi etkilenmeksizin ancak bu hareketinden vazgeçmesi mümkün olabilecektir. Önceki başarısızlıkla sonuçlanan hareketi nedeniyle teşebbüs sorumluluğu devam etmektedir²⁵⁰.

Rudolphi de *Ranft*'a benzer şekilde suçun işlenmesinde kullanılan araçlar üzerinden hareket etmiştir ancak değerlendirmesini bu araçlar arasındaki nitelik farkı üzerinden yapmıştır. O'na göre failin başarıya ulaşmayan hareketinde kullandığı araç ile ikinci hareketinde kullandığı araç ciddi anlamda farklılık teşkil etmekte ise her iki hareketin farklı bir teşebbüs teşkil ettiği söylenmelidir²⁵¹.

Yukarıda belirttiğimiz üzere Alman hukukunda bütüncül değerlendirme teorisi esas itibarıyla doğru olduğu kabul edilen teoridir. Bu kabulün sebebinde ise; Alman

²⁴⁹ Herzberg, “Der Rücktritt durch Aufgeben der weiteren Tatausführung”, s.97

²⁵⁰ Otfried Ranft, “Zur Abgrenzung von unbeendetem und fehlgeschlagenem Versuch bei erneuter Ausführungshandlung”, Jura, 1987, 527.

²⁵¹ Rudolphi, a.g.e., §24, kn.14.

hukukunda icra hareketlerinin devamı konusunda hâkim olan sübjektif görüşün olduğunu görebiliriz. Genel anlamda bütüncül değerlendirme teorisi ile güncellenmiş bireysel hareket teorisi aynı sonuca ulaşmakla birlikte, silahla öldürmeye yönelik olaylarda sübjektif görüşün etkisi altındaki bütüncül değerlendirme adil olmayan çözümlere ulaşabilmektedir. Failin öldürmek amacıyla mağdura bir el ateş etmesi ancak netice bakımından başarısız olması halinde, failin zihninde suçu başarıya ulaşana kadar devam ettirme düşüncesi varsa icra hareketlerinin devam ettiği ve bu koşullarda vazgeçme hükmünün hala uygulanabileceği sonucu çıkmaktadır. Fakat bu görüş, hareketin suçun konusu açısından meydana gelen tehlikeyi görmezden gelmiştir. Yaratılan ölüm tehlikesine rağmen fail, sonraki hareketlerinin devamındaki koşullara göre cezasızlık imtiyazından faydalanabilecektir. Bu nedenle özellikle silahla öldürmeye yönelik teşebbüslerde güncellenmiş bireysel hareket teorisinin objektif bir görüşle fiilin etkisi ve failin fiil üzerindeki hâkimiyetini dikkate alarak adil sonuçlara ulaşılabilirdiğini söyleyebiliriz. Bu şekilde fail, halen kontrolünde olan olayın akışını keserek, yani işlediği suçun icra hareketlerini terk ederek gönüllü vazgeçmenin cezasızlık imtiyazından faydalanabilir. Fakat şüphesiz ki failin bırakma anına kadarki hareketleri başka suçun oluşumuna sebebiyet vermişse bu suç nedeniyle sorumluluk devam edecektir.

Ancak şunu belirtmek gerekir ki suç işleme yolunda ilk hareketi başarısız olan fail, suçun tamamlanması hedefi ile hareketlerine devam ederken suç işleme aracı olarak kullanabileceği alternatiflerden habersiz ise kurumun suç politikası amacı gereği gönüllü vazgeçme hükmünden faydalanması mümkün değildir. Tehlikeliliğini gösteren faili cezasızlık ile ödüllendirmek, failin buna layık olduğunu samimi olarak göstermesini gerektirir ki bu samimiyet somut olayda, suç yolundaki failin amacına ulaşmaya elverişli imkânları – araçları kullanma imkânına sahip olduğunun bilincinde olmasına rağmen hareketlerine devam etmemesi şeklinde gösterilebilir. Eğer bu şekilde samimi bırakma söz konusu değilse suçun başarısızlıkla sonuçlanması nedeniyle failin teşebbüs nedeniyle sorumluluğu doğacaktır. Bu konuyu örnek ile somutlaştırmak gerekirse; mağduru öldürmek amacıyla silahındaki tüm kurşunları ateşleyen fakat isabet ettiremeyen fail, çantasında bulunan yedek şarjörden haberi olmaksızın suçu tamamlayamadığını düşünerek olay yerinden

ayrıldığı varsayımında, failin daha sonra yedek şarjörü fark etmesi halinde savunmasında; “*yedek şarjörüm olmasına rağmen icra hareketlerine devam etmedim*”, yönündeki beyanı samimi olarak kabul edilemeyecektir²⁵².

Tekrarı/devamı mümkün olan icra hareketleri bakımından dikkat edilmesi gereken bir husus da başarısızlıkla sonuçlanan ilk teşebbüsün arkasından gelen ikinci aşamanın zamansal ya da mekânsal niteliğidir. İlk icra hareketleri ile sonraki icra hareketleri arasında bağlantı olması gerektiğini daha önce ifade etmiştik. Bu bağlantıyı açmak gerekirse; bu bağlantının zamansal ve mekânsal olarak bir yakınlık içermesi gerektiğini söylemeliyiz. Bu bağlamda failin ikinci hareketi gerçekleştirmeye yönelik o anda aynı mekanda bulunan alternatif araçları temin etmesi için gerekli kısa süre ya da öldürmek istediği mağduru etkisiz hale getiren failin neticeye yönelik son hareketlerini gerçekleştirmeden önce verdiği kısa duraksamaların (dinlenme niteliğinde olabilir) bu bağlantıyı kopardığı söylenemeyecektir.

Ortaya konulan bu teoriler çerçevesinde, BGH’nin yukarıda belirttiğimiz olaylar hakkında verdiği kararları değerlendirdiğimizde; ilk olayda BGH’nin önceleri benimsediği fiil planı teorisi kendisini göstermiştir. Şişeyle kadının başına vurulması olayında BGH, fiil planı teorisinden hareket ederek, failin baştan belirlemiş olduğu suç planının esas alınması gerektiğini belirtmiştir. BGH’ye göre, eğer failin planı, öldürme suçunu suç planında öngördüğü araç ile – ki olayda şişe – işlemek üzerine inşa etmiş ise gerçekleşmeyen ölüm neticesi geri dönüşsüz teşebbüs hali olup, gönüllü vazgeçme mümkün değildir. Yeni bir araca geçme – ki olayda boğma – yeni bir plan olup yeni bir fiil olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla gönüllü vazgeçme koşullarının bu aşamadan sonra uygulanabilirliği değerlendirilmelidir. Ancak failin suç planına göre suçun işleniş şeklini belirli bir araçla sınırlamadığı hallerde, BGH bu durumda olayın parçalarını bir bütün olarak değerlendirilebileceğini belirterek bu durumda tek bir öldürme suçunun olduğunun kabulü ile bu durumda gönüllü

252

Ulsenheimer, a.g.e., s.235.

vazgeçmenin mümkün olabileceğini ifade etmiştir. Somut olayda BGH, başarısızlıkla sonuçlanan ilk girişimin öldürmeye teşebbüs olduğuna karar vermiştir.

İkinci olayda BGH, bütüncül değerlendirme teorisinden hareket etmiştir. Buna göre benzin dökerek mağduru yakmaya çalışma olayında BGH, bir önceki olayla benzer yapıda olmasına rağmen içtihat değişikliği ile aksine sonuca vararak öldürme suçundan gönüllü vazgeçmenin varlığına kanaat getirmiştir. BGH, önemli olanın failin başlangıçta düşüncesinin değil, gerçekleştirdiği son icra hareketinin sonrasındaki düşüncesi olduğunu belirtmiştir.²⁵³

Arabayla ezmeye çalışma olayında da BGH bütüncül değerlendirme teorisinden hareketle tek bir öldürme suçu girişiminin olduğunu kabul ederek, failin icra hareketlerine son vererek öldürme suçundan vazgeçebileceğini değerlendirmiştir. BGH bu kararda bütünlük teşkil eden olayın tespitinde fiiller arasındaki zamansal kesinti ile failin iradesinin önemine dikkat çekmiştir.

(5) Kanaatimiz ve Türk Hukukunda Durum

Bizim geri dönüşsüz teşebbüs olarak tanımladığımız, Alman doktrin ve uygulamasında “*fehlgeschlagene Versuch*” kavramıyla karşılık bulan, fail açısından ilk girişiminin başarısızlıkla sonuçlandığı olaylarda suçun işlenmesi amacıyla icranın devamı ya da tekrarı mümkün olabilir. Bu yapılarda Alman doktrinini başarısızlıkla sonuçlanan ilk girişim ile devam eden hareketler bakımından gönüllü vazgeçmenin tespiti için farklı teorileri ele almışlardır. Kanaatimizce meselenin çözümünde ele alınması gereken husus, içtima konusunun da esasını teşkil eden fiilin tek mi yoksa birden fazla mı olduğunun tespit edilmesidir²⁵⁴.

²⁵³ Roxin, **AT II**, §30, kn.181.

²⁵⁴ Gerek Alman doktrinini gerekse TCK, “fiil” kavramının karşılığı olarak “hareket” kavramını da kullanılmaktadır. Bu itibarla açıklamalarımızda ifade ettiğimiz hareket kavramı, fiilin yerine kullanılmaktadır. Fiil ve hareket kavramına ilişkin Alman hukukundaki açıklamalar için bkz. Roxin, **AT II**, §33, kn.10 vd; Mahmut Koca, “Fikri İçtima”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl:2, Sayı:4, Ağustos 2007, s.202.

Hareketin tek olup olmadığının belirlenmesinde doğal anlamda hareket tekliği ile hukuki anlamda hareket tekliği objektif teori kapsamındaki iki temel görüş olarak incelenmektedir.

Doğal anlamda hareket, kişinin iradi kararına dayanan ve ceza hukukunun önem atfettiği vücut hareketlerini esas almaktadır. Bu çerçevede gerçekleştirilen vücut hareketi kadar hareket olduğu kabul edilmektedir²⁵⁵. Elbette ki suçun işlenmesi sürecinde iradeye dayalı çok sayıda hareketin gerçekleştirilmesi mümkün, hatta çoğu zaman gereklidir. Ancak bu sürecin doğal anlamda hareket görüşü kapsamında değerlendirilmesi, her harekete bir önem atfetmeyi gerektirecektir, ki bu durum ceza hukuku anlamında önem taşımayan hareketleri de kapsamına alacaktır²⁵⁶. Bu nedenle hareketin tespit edilmesinde hukuki bakış açısı ile bir değerlendirme yapılması gerekmektedir²⁵⁷.

Suçun işlenmesi sürecinde failin gerçekleştirdiği, doğal anlamda birden çok olarak görünen hareketler, hukuki değerlendirme yoluyla, bütünlük arz etmeleri nedeniyle hukuken tek hareket olarak kabul edilmektedir. Bu durum, hukuki anlamda hareketin tekliği olarak tanımlanmaktadır²⁵⁸. Doğal anlamda birden çok hareketin olduğu üç durumda hukuki anlamda tek hareketin varlığı kabul edilmektedir. Bunlar; doğal hareket tekliği, tipik hareket tekliği ve zincirleme harekettir. Biz açıklamalarımızı, konumuzla bağlantısı olması ve kanaatimizin dayanağını oluşturması sebebiyle sadece doğal hareket tekliği ile sınırlı tutacağız.

Doğal hareket tekliği, Alman mahkeme içtihatlarınca ortaya konmuş bir görüştür. Alman Federal Yüksek Mahkemesi, Alman İmparatorluk Mahkemesi kararlarından yola çıkarak, doğal anlamda birden çok hareketi, hukuki anlamda tek

²⁵⁵ Roxin, AT II, §33, kn.17; Kayıhan İçel, Suçların İçtimaı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972, s.30; Koca, a.g.m., s.203; Neslihan Göktürk, Fikri İçtima, Adalet, Ankara, 2013, s.99.

²⁵⁶ Nurullah Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1954, s.19.

²⁵⁷ Urs Kindhäuser, "Normverstoß und natürliche Handlungseinheit – BGH", NJW 1984, 1568", JuS, 1985/2, s.104; Göktürk, a.g.e., s.101.

²⁵⁸ Koca, a.g.m., s.203; Göktürk, a.g.e., s.102; Tuba Kelep Pekmez, Ceza Muhakemesinde Fiil, İstanbul Arşivi, Oniki Levha, İstanbul, 2019, s.199 vd.; Fischer, a.g.e., §52, kn.2.

bir hareket olarak birleştirmeye çalışmıştır ve doğal hareket tekliğini şu şekilde tanımlamıştır: Birden fazla hareket, tek bir iradi karara dayanıyor ve dışarıdan bakıldığında zaman ve mekan olarak tek bir hareketmiş gibi nitelendirecek kadar birbirleriyle yakın bağlantı içerisindeyse, bu hareketler tek bir hareket oluştururlar²⁵⁹. Bu tanım, doğal hareket tekliğinin kabulü için dört kriter içermektedir. Bunlar; *tek bir iradi karar, aynı şekillerde birden çok hareket, hareketler arasında mekansal ve zamansal olarak yakın bir ilişki ile hareketlerin objektif olarak ve üçüncü bir kişi tarafından tek hareket olarak algılanmasıdır*²⁶⁰.

Öncelikle belirtmemiz gereken husus bu kriterlerin hepsinin bir arada bulunduğu hallerde somut olay bakımından doğal hareket tekliğinde tereddüt olmayacaktır. Ancak bütün kriterlerin bir arada bulunmadığı hallerde somut olaydaki verilere göre, diğer kriterler tespit konusunda destekleyici olabilecektir. Bu noktada, sübjektif bir nitelik taşıması nedeniyle ispatı zorluk taşıyan, tek bir iradi kararın varlığı kriteri önem taşımaktadır. Failin, suçu işleme sürecinde birden fazla hareket gerçekleştirmesi halinde bu hareketlerinin tek bir iradi karara dayanması halinde doğal hareket tekliğinin kabulü ile bütün hareketler tek bir hareket olarak değerlendirilecektir. Bu kriterin tespiti, suçun işlenişinin kesintiye uğradığı ya da suçun işlenişine ara verildiği hallerde zorluk gösterebilmektedir. Bu hallerde yukarıda ifade ettiğimiz üzere, somut olay bakımından diğer kriterlerin de dikkate alınması suretiyle iradi kararın tek olup olmadığı ortaya konabilecektir.

İkinci kriter olarak öngörülen aynı şekilde birden çok hareket, doğal anlamda birden çok hareketi ifade etmektir. Yani fail tarafından suçun işlenmesi sırasında fiziki olarak gerçekleştirilen beden hareketlerinin birden fazla olması gerekmektedir. Doğal fiil tekliği bağlamında hareketin birden çok olması iki şekilde

²⁵⁹ RGSt, 58, 116; RGSt, 44, 223; BGHSt, 10, 230; Kararlar için bkz. Fischer, a.g.e., §52, kn.3 ve Roxin, AT II, §33, kn.30; Jescheck/Weigend, a.g.e., s.710; Kühl, a.g.e., §21, kn.10; Otto, a.g.e., §23, kn.8.

²⁶⁰ Roxin, AT II, §33, kn.31; Fischer, a.g.e., §52, kn.3.

gerçekleştirilebilir. Suç, *tekrarlanan hareketlerle* işlenebileceği gibi *art arda gelen hareketlerle* de işlenebilmektedir²⁶¹.

Suçun tekrarlanan hareketlerle işlenmesi; failin aslında suçu işlemesi için hareketi tek sefer gerçekleştirmesi yeterli olmasına rağmen bu hareketi birden fazla, benzer ve seri şekilde tekrarlaması suretiyle işlemesidir²⁶². Örneğin yaralama suçunu işleyen failin mağdura birden fazla tokat atması, hakaret suçunu işleyen failin mağdura yönelik birden fazla sövme içeren sözleri, mağdurun iş yerine giren hırsızın iş yerinden aldığı eşyaları birer birer aracına yüklemesi durumlarında birbirini tekrardan oluşan birden çok aynı hareket hukuken tek fiil olarak kendisini göstermektedir. Ancak şunu ifade etmeliyiz ki; tekrarlanan bu hareketler zamansal olarak yakınlık göstermeli ve tek bir iradi karara dayanmalıdır.

Failin işlemeyi planladığı suç, işlenmesi sürecinde failin iradesi doğrultusunda ya da iradesinden bağımsız olarak aşamalara bölünmüş olabilir. Yani failin neticeye ulaşması, farklı aşamaları geçmesini gerektirebilir. Bu durumda failin suçu tamamlamaya yönelik gerçekleştirdiği hareketler, bu suçu tamamlamaya yönelik oluşmuş iradeye dayanıyor, zamansal ve mekânsal yakınlık bu aşamaları tek hareket olarak yorumlanmasını sağlıyorsa hukuki olarak tek hareketin olduğu kabul edilmelidir²⁶³. Failin süreç içerisinde gerçekleştirdiği her bir hareketin bağımsız suç tipini oluşturması, ya da hareketinin hazırlık hareketi teşkil etmesi ya da teşebbüsün başlaması, gerçekleştirilen hareketlerin doğal hareket tekliği bağlamında hukuken tek hareket olarak kabulüne engel değildir²⁶⁴. Suçun işlenmesi sürecinde fail tarafından gerçekleştiren birbirini takip eden hareketlerde farklı araçlar kullanılmış olabilir. Fail, suçu tamamlamak için araç değişikliğine ihtiyaç duyduğu ya da planı araç değişikliğini kapsadığı haller ile iradi ya da iradesi dışında hareketlerine ara vermesi halinde, bu aranın devamında yeni bir planla baştan işlemeyi karar verdiği suçu

²⁶¹ Manfred Maiwald, Die natürliche Handlungseinheit, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1964, s.70; Roxin, AT II, §33, kn.31.

²⁶² Jescheck/Weigend, a.g.e., s.713; Roxin, AT II, §33, kn.32; Fischer, a.g.e., §52, kn.10.

²⁶³ Roxin, AT II, §33, kn.42.

²⁶⁴ Maiwald, Natürliche Handlungseinheit, s.86.

gerçekleştirmeye devam etmesi hali fiilin tekliğine engel olmayacaktır²⁶⁵. Örneğin mağduru öldürmeye karar veren fail, suçu işlemek üzere harekete geçer ve öncelikle döverek mağdurun direncini kırar. Daha sonra fail elleriyle boğmak suretiyle mağduru öldürür. Başka bir örnekte ise, yine mağduru öldürmek üzere harekete geçen fail silahıyla mağdura ateş eder ve mağduru yaralar. Ancak silahının tutukluk yapması üzerine fail, eline geçirdiği bir taş ile mağdura vurarak onu öldürür. Her iki örnekte de failin planladığı öldürme suçunu gerçekleştirmek için meydana gelen süreç farklı hareketlerden ve hatta suçlardan meydana gelmektedir. Ancak olayda olduğu gibi, aynı iradi karar kapsamında kaldığı sürece, zamansal ve mekânsal yakınlığın sağlanması koşuluyla birliktelik oluşturan bu birden çok hareket, hukuki anlamda tek hareket olarak kabul edilmektedir.

Doğal hareket tekliğinin kabulü için objektif kriterlerden biri olmakla beraber, varlığı her somut olaya göre değerlendirmeyi gerekli kılan kriter, hareketler arasında zamansal ve mekânsal olarak yakın ilişkinin bulunması gereğidir. Özellikle zamansal açıdan yakınlık; kimi olayda anlık yakınlığı barındırırken, kimi olayda hareketler arasında saatlerin geçmesi söz konusu olabilecektir. Önemli olan, zamansal farklılığın hareketlerin halen bütünlük teşkil edecek şekilde değerlendirilmesini sağlıyor olmasıdır. Örneğin; fail, öldürmek istediği mağduru önce döverek etkisiz hale getirir ve arabasına bindirerek ıssız bir yer buluncaya kadar uzaklaşır. Uygun bir yer bulan fail, mağdura ateş ederek onu öldürür. Burada failin gerçekleştirmiş olduğu hareketler, kanaatimizce zaman ve mekan değişikliğine rağmen somut olay bakımından yakın ilişkinin kabulünü gerektirecektir. Zamansal ve mekânsal farklılığa rağmen hareketler kesintiye uğramamış olup, ilk başta ortaya konulan iradenin gerçekleştirilmesine yönelik süreç işlemektedir. Bu konuda BGH kararına yansıyan bir olayda²⁶⁶, fail öldürmek amacıyla bıçakladığı mağdurun otuz dakika geçmesine rağmen ölmediğini farketmesi üzerine onu arabayla şehrin dışında ormanlık bir alana götürerek yeniden bıçaklayarak öldürmüştür. BGH, burada failin hareketlerinin oldukça yakın ve doğrudan bağlantılı olduğundan, üçüncü bir kişi

²⁶⁵ Maiwald, a.e., s.92.

²⁶⁶ BGH 1 StR 346/73 (https://www.jurion.de/urteile/bgh/1973-11-13/1-str-346_73/).

tarafından bir bütün şeklinde tek hareket olarak görünebileceğini ifade etmiştir. Yargıtay kararına konu olan bir olayda da hareketler arasında zamansal farklılığa ilişkin tartışma yer almıştır. Söz konusu olayda²⁶⁷; failer bir bankanın ATM cihazında hırsızlık yapmak üzere harekete geçerek saat 19.00'da cihazın kapısını levye ile kırarlar ancak alarmin çalması üzerine olay yerinden kaçarlar. On dakika sonra geri gelerek polisin gelip gelmediğini kontrol ederler ve polisin gelmediğini görünce daha sonra devam etmek üzere civarda dolaşırlar. Saat 03.30'da geri dönen failer, makineyi açmaya çalışırken yakalanırlar. Olayda ilk derece mahkemesi birden çok hırsızlık suçunun oluşması nedeniyle zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade ederken ilgili ceza dairesi, yerinde bir yorum ile zamansal farklılığa rağmen hareketlerin bir bütünlük oluşturduğu gerekçesi ile hukuken tek hareketin, dolayısıyla tek bir hırsızlık suçunun oluştuğunu kabul etmiştir.

Doğal hareket tekliğinin varlığını teyit eden, yukarıda ifade ettiğimiz kriterleri bir bütün olarak değerlendiren, hareketlerin objektif olarak ve üçüncü bir kişi tarafından tek hareket olarak algılanmış olmasının gerekliliğidir. Yukarıda ifade ettiğimiz kriterler tek başlarına bir anlam ifade etmemekte olup, her somut olayın gerçekleştiriliş biçimi dikkate alınarak, failin tekrarlayarak veya art arda gerçekleştirdiği hareketlerin zamansal ve mekânsal olarak yakın ilişkide olduğu ve tek bir iradi karara dayandığı dışardan objektif bir bakış tarafından söylenebiliyorsa hukuken tek hareketin varlığı kabul edilmelidir.

Açıklamalarımız çerçevesinde, failin planlamış olduğu suçu işlemesi sürecinde ilk girişiminin başarısızlıkla sonuçlandığı olaylarda suçun işlenmesi amacıyla icranın devam ettirildiği ya da tekrarlandığı olaylarda, hareketlerin gerçekleştiriliş koşulları dikkate alınarak hareketin hukuken tek olup olmadığının tespitine gerek duyulmaktadır. Mahkeme kararlarına da yansıyan olayların değerlendirmesini yapacak olursak; BGH kararına konu olan bir olayda²⁶⁸; fail,

²⁶⁷ 13. CD., 2011/5105 E., 2012/6273 K., 19.03.2012.

²⁶⁸ BGH 2 StR 19/83(https://www.jurion.de/urteile/bgh/1983-09-21/2-str-19_83/).

rızasıyla cinsel ilişkide bulunduğu mağduru, daha sonra ondan kurtulmak için yumruklayarak döver. Ancak yaralanan mağdurdan gelen sesler üzerine fail tedirgin olur ve mağdurun kafasına şişeyle iki defa vurur. Mağdurun başına gelenleri başkasına anlatacağı nedeniyle endişeye kapılan fail mağduru öldürmeye karar vererek boğazını camla keser. Ancak mağdur ölmez ve öldürme suçu teşebbüs aşamasında kalır. Doğal hareket tekliğinin varlığını tartışan BGH, bu olayda failin gerçekleştirdiği hareketlerin zamansal ve mekânsal olarak sıkı bir bağlantı içermesine ve olayın bir bütünlük arz etmesine rağmen, hareketlerin tek bir iradi karara dayanmadığına kanaat getirmiştir ve iki ayrı fiilin varlığını kabul ile yaralama suçu ile öldürmeye teşebbüs suçlarının oluştuğuna karar vermiştir. Bizce de, salt hareketlerin zamansal ve mekânsal yakınlığı hukuken tek hareketin varlığının kabulünü gerektirmez. Bu açıdan iradi kararın tek olması, kriterleri bütünleyen bir işlev görmektedir. Somut olay, gerçekleşme şekli bakımından objektif bir gözlemci nezdinde bütün bir hareket olarak görülmesi algısına neden olsa bile, belirleyici olan failin iradesinin bütünlük göstermesidir. Fail yaralama suçunu gerçekleştirmeyi planlayıp bu doğrultuda harekete geçmesine rağmen, olayın gidişatında meydana gelen gelişmeler onun yeni bir karar alarak faili öldürmek yönünde harekete geçmesine neden olmuştur. Dolayısıyla failin yeni bir karar ile öldürme suçuna yöneldiği ve bu nedenle tek iradi kararın bulunmaması hareketin tek olarak kabul edilemeyeceğini ortaya koymaktadır²⁶⁹. Benzer bir olayda²⁷⁰; maddi sıkıntılardan kaynaklı sebeplerle karısı ile tartışmaya başlayan faile, karısı bir tokat atar. Buna sinirlenen fail karısını döver, ancak sonrasında pişmanlıkla ona destek olarak banyoya giderek toparlanmasına yardımcı olur. Mağdur kendisine gelmesiyle birlikte faile “serseri” ve “pislik” şeklinde bağırır ve polis çağırmakla tehdit eder. Bunun üzerine yeniden sinirlenen fail, karısını öldürmek amacıyla su dolu küvete mağdurun kafasını sokar ve boğarak öldürür. Bu olayda da BGH, tek bir iradi karara dayanmayan hareketler nedeniyle tek hareketin varlığını kabul etmeyerek tamamlanmış yaralama suçu ile öldürme suçunun oluştuğunu ifade etmiştir. Bizce de olayda tek hareketin varlığını kabul etmek mümkün olmayacaktır. Hareketler

²⁶⁹

Aksi yönde Göktürk, a.g.e., s.108.

²⁷⁰

BGH 1 StR 427/84 (https://www.jurion.de/urteile/bgh/1984-08-28/1-str-427_84/).

arasında zamansal ve mekânsal yakınlığa rağmen, fail ilk hareketinin hemen sonrasında suç işleme iradesini sonlandırmıştır. Ancak süreç içerisinde olayın gelişimi, faili yeniden suç işleme konusunda karar almasına neden olmuştur. Ancak şunu belirtmemiz gerekir ki, özellikle önce gerçekleştirilen yaralama suçu ve hemen arkasından gerçekleşen hareketin ölüm ile sonuçlandığı olaylarda tek iradi kararın varlığı, ispat sorununu beraberinde getirmektedir. Eğer failin baştan itibaren öldürme suçuna yönelik kastı söz konusu ise, bu durumda hareketin tek olduğunun kabulü noktasında dayanak daha ağır basabilecektir. Yukarıdaki başlıklarda incelediğimiz BGH kararlarını doğal hareket tekliği çerçevesinde değerlendirecek olursak; sözü geçen ilk kararda²⁷¹; fail araba içerisinde, öldürmeye yönelik başına şişe ile vurmuş ancak ölüm neticesi gerçekleşmemiştir. Bunu üzerine fail araç değişikliğine giderek, hareketlerini art arda gerçekleştirmek suretiyle öldürme suçunun icrasına devam etmiş ancak sonrasında suçu işlemekten vazgeçmiştir. Bu olayda tek hareketin varlığını kabul ile kasten öldürme suçundan gönüllü vazgeçmeden bahsedilebilecektir. Diğer karara²⁷² konu olan olayda ise; fail, öldürmek için karısının üzerine benzin döker ancak kibritin yanmaması üzerine karısı bahçeye kaçar. Mağduru takip eden fail, bahçede karısını boğarak öldürmeye başlar ancak vazgeçer. Bu olayda, araç değişikliği ile birlikte mekânsal değişiklik de söz konusu olmakla birlikte, tek bir iradi karar kapsamında zamansal ve mekânsal yakınlığın varlığının kabulü gerekli olup, tek hareketin varlığı söz konusudur. Burada da tek öldürme suçundan gönüllü vazgeçme söz konusu olmaktadır.

Yargıtay'ın hareketin tekliğine ilişkin kararlarda özellikle zamansal ve mekânsal yakınlık kriteri tartışması yaptığı görülmektedir. CGK kararına konu olan bir olayda²⁷³ failler, hürriyetten yoksun bıraktıkları mağdurun cebindeki parası ile birlikte farklı bankalara ait banka ve kredi kartlarını zorla alırlar. Daha sonra failler, aynı gece farklı bankalara ait ATM cihazlarından altı farklı işlemle mağdurun hesabından para çekerler. Genel kurul bu olayda, faillerin farklı işlemlerle

²⁷¹ BGHSt 10, 129.

²⁷² Karar için bakınız Roxin, AT II, §30, kn.181; Bkz. s.83 vd.

²⁷³ CGK, 2011/6-166 E., 2011/213 K., 18.10.2011.

sağladıkları menfaatleri birden fazla hareket olarak kabul ederek zincirleme suça ilişkin hükümlerin uygulaması gerektiği kanaatine ulaşmıştır. Bu kanaatin gerekçesi olarak ise; banka ve kredi kartlarının “değişik zamanlarda” birden çok işlemde kullanılarak yarar sağlanması ifade edilmiştir. Yani zamansal yakınlığın varlığı kabul edilmemiş, hatta tartışılmamıştır. Söz konusu karara, hareketin birden fazla olduğu yönündeki kabul bakımından katılmamaktayız. Şöyle ki; faillerin gerçekleştirmiş olduğu hareketleri, doğal hareket tekliğinin varlığı için açıkladığımız kriterler çerçevesinde değerlendirdiğimizde öncelikle hareketlerin tek bir iradi karar kapsamında gerçekleştirildiği noktasında tereddüt bulunmamaktadır. Zamansal ve mekânsal yakınlık kriterlerine baktığımızda – ki genel kurul zamansal yakınlığın bulunmadığını kabul etmiştir – faillerin ellerinde bulunan banka kartları ile farklı ATM cihazlarından para çekme işlemleri, tekrarlanan nitelikte hareketler olup objektif bir gözlemci nazarında bir bütünlük göstermektedir. Faillerin gerçekleştirmiş olduğu işlemler, farklı anlarda gerçekleşmiş olsa da süreç kesintisiz bir biçimde devam etmiştir. Kaldı ki farklı işlemlerin gerçekleştiği süreç toplam kırk yedi dakika sürmüştür²⁷⁴. Bu çerçevede, faillerin mağdurun farklı banka kartları ile ATM cihazlarından gerçekleştirdikleri işlemlerin hukuken tek hareket olarak kabul edilerek tek bir banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunun oluştuğu kanaatindeyiz²⁷⁵. Yargıtayın daire bazında da vermiş olduğu kararlarda zamansal yakınlık kriterini dar yorumladığını söylemek yanlış olmayacaktır. Kararların bir çoğunda²⁷⁶, hareketler arasında “kısa bir süre” geçmiş olması, hareketlerin farklı zamanlarda işlendiğini kabul ile zincirleme suçun uygulanması gerektiği işaret edilmektedir. Ancak hareketlerin fiilen kesintiye uğramadığı ve araya zaman girmediği durumun tek hareketin varlığının kabul edildiği görülmektedir²⁷⁷.

²⁷⁴ Kararda ATM cihazlarından para çekme saatleri, 02:30, 02:33, 02:34, 03:00, 03:15 ve 03:17 şeklinde yer almaktadır.

²⁷⁵ Aynı yönde, söz konusu kararda çoğunluk görüşüne katılmayan genel kurul üyesi Vuslat Dirim, hukuki ve fiili kesinti olmaksızın 47 dakika içerisinde gerçekleşen para çekme işlemlerinin bir bütün olarak tek bir fiil olduğunu ve tek bir kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunun işlendiğinin kabul edilmesi gerektiğini ifade ederek karşı oy kullanmıştır.

²⁷⁶ 6. CD., 2009/4396 E., 2012/18783 K., 02.11.2012; 9. CD., 2010/18604 E., 2012/5457 K., 25.04.2012.

²⁷⁷ 4. CD., 2009/26135 E., 2012/1243 K., 30.01.2012.

Hukuken hareketin tekliği ve çokluğu konusunda yaptığımız açıklamaları, gönüllü vazgeçme kurumunun uygulanabilirliği noktasında değerlendirdiğimizde, hareketin yapıldığı anın tespiti önem taşımaktadır. Failin doğal anlamda gerçekteşitirdiği birden fazla hareket hukuken tek hareket niteliğinde ise, birden fazla hareket arasındaki kesintiler, failin iradesinden ya da iradesi dışındaki nedenlerden kaynaklansa da teşebbüs halinde kalması ya da gönüllü vazgeçme anı bakımından dikkate alınmamalıdır. Teşebbüs nedeniyle cezalandırma ya da gönüllü vazgeçme nedeniyle cezasızlık, hareketin sona erdiği an değerlendirmeye konu edilmelidir. Örneğin fail, öldürmek amacıyla mağdurun kafasına cam şişe ile vurur. Ancak ölüm neticesi gerçekteşmeksizin mağdur yaralanır. Bu durum, failin öldürmeye teşebbüs nedeniyle sorumluluğunu gündeme getirecektir. Ancak failin, yaralanan mağdurun kaçtığı sırada onu yakalayarak boğarak öldürmeye çalışması halinde, failin hareketinin devam ettiği sonucuna ulaşılmalıdır. Fail, art arda gerçekteşitirilen hareketler suretiyle öldürme suçunu işlemeye devam etmektedir. Bu aşamada, failin mağduru boğarak öldürmeye çalıştığı sırada gönüllü vazgeçmesi halinde, failin öldürme suçundan gönüllü vazgeçtiği kabul edilmelidir. Bu olayda bir öldürmeye teşebbüs ile öldürme suçundan gönüllü vazgeçme değil, yalnızca öldürme suçundan gönüllü vazgeçme kabul edilmelidir.

B. Suçun İcra Hareketlerinin Tamamlanmasından Sonra Vazgeçme

Suç yolundaki faile, icra hareketlerini gerçekteşitmeye başlamış olduğu suç sonucunda cezasızlık imtiyazını elde edebileceği ikinci imkân, icra hareketlerinin tamamlanmasından sonraki aşamada sunulmuştur. Bu imkân, neticenin bir unsur olarak kabul edildiği suçlarda mümkün olmaktadır²⁷⁸. 765 sayılı eski TCK’da “faal nedamet (etkin pişmanlık)” olarak nitelendirilen bu hal, yeni TCK’da gönüllü vazgeçme kapsamına alınarak suçun tamamlanması sürecindeki tüm aşamalarda suç yolundaki failin bu imkândan yararlanabilmesi mümkün hale getirilmiştir. Ancak

²⁷⁸ Özgenç, a.g.e., s.512; Sözüer/Wörner, a.g.m., s.374 vd.Koca/Üzölmez, a.g.e., s.441; Özen, a.g.e., s.517.

cezasızlık sonucundan faydalanabilmek için ilk imkân olan icra hareketleri aşamasında vazgeçmeden farklı olarak bu aşama failden daha fazlası beklenmektedir. Çünkü fail, suçun icra hareketlerini tamamlamıştır ve suç başarıyla sonlanmayla karşı karşıya kalmıştır. Bu noktadan sonra failin icra hareketlerini terk etmesi yeterli görülmemektedir. Bu aşamada failden beklenen, neticeye ulaşmak için gerçekleştirdiği elverişli hareketlerinin sonrasında, yine kendi aktif davranışlarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesine engel olmasıdır. Bu doğrultuda cezasızlık sonucunun, neticenin önlenmesine yönelik failin arzusuna, elverişli aktif davranışına ve gönüllü olmasına dayandığını söyleyebiliriz²⁷⁹.

1. Suçun Tamamlanmasına veya Neticenin Gerçekleşmesini Önlemeye Yönelik Aktif Hareket

a. Hareketin Aktif Olması

İşlemek istediği suçun icra hareketlerini tamamlayan failin, son hareketinden sonra ne şekilde hareket edeceği cezalandırılma ya da cezasızlık imtiyazına kavuşmada belirleyici olacaktır. Failin bu noktada hareketsiz kalarak olayı akışına bırakma (pasif davranış) ve olayın akışına müdahale ederek (aktif davranış) suçun başarıya ulaşmasını engelleme seçenekleri bulunmaktadır. Genelde icra hareketleri tamamlanmış olan suçun mümkün görülen şekilde başarıya ulaşmasının engellenmesi salt pasif hareketlerle mümkün olmamaktadır. Suçun başarıya ulaşmasını önlemek isteyen failin bu iradesini aktif davranışlarla ortaya koyması gerekmekte olup, yalnızca fikrini değiştirmesi ve hareketsiz kalması ile tesadüflerin gerçekleşmesini beklemesi yeterli görülmemektedir²⁸⁰. Bunun yanında failin mağdura kendini kurtarma imkânı bırakacak şekildeki az da olsa “imkan”

²⁷⁹ Jescheck/Weigend, a.g.e., s.545; Roxin, AT II, §30, kn.211; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.178; Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.59; Kühl, a.g.e., §16, kn.65.

²⁸⁰ Jescheck/Weigend, a.g.e., s.545; Eser/Bosch, **a.g.e.**, §24, kn.59a; Lilie/Albrecht, **a.g.e.**, §24, kn.179; Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.315; Toroslu/Toroslu, a.g.e., s.317; Mahmutoglu/Karadeniz, a.g.e., s.837; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, a.g.e., s.651; Koca/Üzülmez, a.g.e, s.441; Yıldız, a.g.e., s.111; Akbulut, a.g.e, s.627; Hakan Hakeri, Ceza Hukuku, 21. Baskı, Ankara, Adalet, 2017, s.526; Tozman, a.g.e., s.322.

sayılabilecek davranışı da aynı şekilde pasif davranış olarak kabul edilmekte olup, cezasızlık sonucu için yeterli görülmemektedir.

Doktrinin çoğunluğu tarafından aktif davranıştan anlaşılmakta olan, davranışın icrai hareketlerle gerçekleştirilmesidir. Bu anlayış, failin müdahale edebileceği koşulların değişmesi ya da üçüncü bir kişinin müdahalesi nedeniyle suçun başarıya ulaşmayacağını görmesine rağmen bilinçli bir şekilde müdahale etmeyerek suçun başarıya ulaşma imkânını ortadan kaldırması halindeki “hareketsizliği” aktif davranış olarak kabul etmemektedir. Bu durumda fail gerçekten pişman olarak suçun başarıya ulaşmasını istememesine rağmen kendi müdahalesi olmadığı için gönüllü vazgeçme imkânından faydalanamayacaktır²⁸¹. Bu görüşe itiraz eden *Maiwald*, neticenin önlenmesi bakımından aktif kurtarma hareket ile ihmali nitelikteki hareket arasında bir fark bulunmadığını, neticenin önlenmesinin her iki halde de faile objektif olarak isnat edilebileceğini ileri sürmüştür²⁸².

Failden beklenen önlemeye yönelik müdahalenin aktif davranış şeklinde olması gerektiği söylenmekle birlikte bu davranışın bizzat failin tek başına gerçekleştirmesi şart değildir. Olayın akışı gerektirdiği takdirde fail üçüncü kişinin yardım niteliğindeki hareketlerinin katkısıyla da önlemeye yönelik aktif davranışları gerçekleştirebilir. Bu noktada önleme bakımından önemli olan üçüncü kişinin davranışının niteliği olmayıp, failin bu kişiyi sürece dahil etmesidir. Üçüncü kişinin bu sürece dahil olması tesadüf eseri değil failin bilinçli bir iradesi ile sağlanmalıdır. Bu bilinçli iradenin de üçüncü kişinin seçiminde önem arz ettiği kanaatindeyiz. Somut olaya göre değerlendirilmesi gereken bu hususta fail, herhangi bir üçüncü kişinin mi yoksa neticeyi önlemede etkisi olacak kişiyi mi sürece dahil etmesi gerektiği konusunda özen göstermelidir. Örneğin öldürmek amacıyla saldırdığı mağduru öldürmekten vazgeçen failin, yaralı olan mağduru kurtarması için yolda gördüğü küçük bir çocuğa haber vererek olay yerinden ayrılması neticeyi önlemeye

²⁸¹ Lilie/Albrecht, **a.g.e.**, §24, kn.179.

²⁸² Manfred Maiwald, “Das Erfordernis des ernsthaften Bemühens beim fehlgeschlagenen Versuch oder beendeten Versuch (§24 Abs.1 Satz 2 StGB)”, **Festschrift für E. A. Wolff zum 70. Geburtstag**, Berlin, Heidelberg, Springer, 1998, s.350.

yönelik hareket olarak kabul edilemeyecektir. Yargıtay kararına konu olan bir olayda ise, fail daha önce tartıştıkları karısını gece uyuduğu sırada hayati tehlike geçirecek şekilde bıçakla yaralar. Mağdurun bağıırışı üzerine failin üst katta oturan anne ve babası eve gelir, sanığın da yardımı ile bir araca bindirerek mağduru hastaneye götürerek kurtulmasını sağlarlar. Burada neticeyi önlemeye yönelik hareketi fail, üçüncü kişiler ile birlikte gerçekleştirmiştir. Failin hareketi önlemeye yönelik aktif hareket olarak kabul edilerek, kanaatimizce de yerinde bir şekilde failin gönüllü vazgeçmeden yararlanacağı belirtilmiştir²⁸³.

b. Hareketin İradi Olması

Suçun başarıya ulaşmasını önlemeye yönelik nedensel zincire müdahale edecek olan davranışın fail tarafından bilinçli (bewusst) ve istenerek (gewollt) gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Yanlışlık sebebiyle ya da istemeden suçun neticeye ulaşmasını engellemiş olan failin davranışı, aktif nitelikte de olsa iradi olmadığı için gönüllü vazgeçmeden yararlanmasına imkân vermez²⁸⁴. Yani önleme hareketinin elverişliliği ve yeterliliği hususu da failin iradesinin kapsamında olması gerekmektedir. Benzer şekilde, neticenin önceden gerçekleşmiş olduğu ya da neticeyi önleme imkânının artık olmadığı olaylarda da gerekli iradenin eksik olduğu kabul edilmektedir²⁸⁵. Buna karşılık, failin önleme iradesine ek olarak başka bir iradeyle de hareket etmiş olması, failin önlemeye yönelik davranışlarından sonra suçu saklamaya yönelik hareket etmesi ya da failin kastını mağdurun sahip olduğu başka bir hukuki değere yöneltmek yenilemesi hallerinde gönüllü vazgeçme hükmünün uygulanabileceği ileri sürülmektedir²⁸⁶.

Önlemeye yönelik iradenin zamansal olarak geçerliliğine baktığımızda, gönüllü vazgeçme kurumunun amacından hareketle bunun belirli bir zaman

²⁸³ Yargıtay 1. CD, 2014/5198 E., 2014/6399 K., 22.12.2014.

²⁸⁴ Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.59b; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.180; Kühl, a.g.e., §16, kn.65.

²⁸⁵ Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.59b; Baumann/Weber/Mitsch, a.g.e., §27, kn.15; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, a.g.e., s.652; Koca/Üzülmöz, a.g.e., s.442; Tozman, a.g.e., s.324. Yargıtay CGK, 2013/1-1558 E., 2013/72 K., 26.02.2013.

²⁸⁶ Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.59b.

diliminde oluşmasına ya da varlığını devam ettirmesinin bir önemi bulunmamaktadır. Failin için önemli olan, önleme hareketini gerçekleştirmeye başladığı anın neticenin önlenmesi bakımından etkili olabilmesidir. Artık neticenin gerçekleşmesi önlenemeyecek bir aşamaya geldiyse failin kararı hayata geçirilse bile bir anlamı olmayacaktır. Söz konusu ana kadar faildeki karar değişiklikleri, son olarak sonucu önleme başarısını göstermiş olması koşulu ile gönüllü vazgeçmeden yararlanmasına engel değildir. Bu doğrultuda, işlemeye başladığı suçun icra hareketlerini tamamlayarak olay yerinden ayrılan fail ya da işlediği suçun neticesinin gerçekleştiği konusunda hataya düşen fail, kararını değiştirerek önlemeye yönelik hareketlerde bulunarak bu çabasını başarıya ulaştırması hallerinde gönüllü vazgeçmeden yararlanabilecektir. Neticenin gerçekleşme anına kadarki süreçte faildeki karar değişikliklerinin, son kararın önleme hareketine yönelik olması koşuluyla bir önemi bulunmamaktadır.

c. Hareketin Elverişliliği

Genel olarak bu aşamada vazgeçme hareketi, suçtan vazgeçtiğinin göstergesi olan iradenin dışı vurumu olmalıdır²⁸⁷. Yukarıda belirttiğimiz gibi icra hareketlerinin tamamlanmasından sonraki aşamada gönüllü vazgeçmeden faydalanmak için pasif kalmak yeterli olmayıp failin aktif davranışının gerekliliği koşuldur. Pasif davranış ile aktif davranış arasında nitelik bakımından bir fark olduğu net olmakla birlikte failin sadece bu farkı göstermesi de yeterli değildir. Aktif davranış da belirli bir nitelikte olmalı ki sonuçta faile cezasızlık imtiyazını sağlayabilsin. Bu niteliği belirleyecek olan ise somut olaydaki fiilin niteliği ile olayın koşullarıdır. Bazı olaylarda failin en ufak bir hareketi neticenin gerçekleşmesini önleyebilecekken, bazı olaylarda tek başına azami çaba göstermesi bile neticenin önlenmesi bakımından bir önem arz etmeyebilmektedir. Önemli olan failin neticeyi önlemeye yönelik elverişli araçları doğru bir şekilde kullanarak hareket etmesidir.

²⁸⁷

Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.59c.

Hareketin niteliği bakımından ittifakla kabul edilen husus, failin hareketinin neticeyi önlemeye yönelik asgari bir nedensellik içermesi gereğidir. Fail, işlemek istediği suçun başarıya ulaşmasına yönelik sebeplere müdahale ederek başarıya ulaşma imkânını kesmelidir. Ayrıca önleme hareketi nedensel etkisinin yanında faile isnat da edilebilmelidir²⁸⁸. Ancak nedensellik ve isnat edilebilirliğin yanında önlemeye yönelik hareketin başkaca bir niteliğe sahip olup olmaması hususu Alman doktrininde ve BGH kararlarında oldukça tartışmalıdır. Birbirine karşı gerekçelere sahip iki ana teorinin yanında, bu teorilerden yola çıkarak oluşan farklı görüşler failin önlemeye yönelik hareketinin sahip olması gereken nitelikleri konusunda yol göstermektedir.

Şansın artırılması teorisi (Die Chancenerhöhungstheorie) olarak adlandırılan ilk teori, failin sonucu önleme amacına yönelik nedensel bir katkıyı devreye sokmasını yeterli görmektedir. *En iyi performans teorisi (Die Bestleistungstheorie)* olarak adlandırılan ikinci teori ise, failden, gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için sonucu önlemeye yönelik yapabileceğinin en iyisini yapmasını beklemektedir²⁸⁹. *Farklılaşma teorisi (Die Differenzierungstheorie)* ise, önleme hareketini kimin yaptığına göre bir değerlendirmeye gitmektedir.

(1) Şansın Artırılması Teorisi

Geçmişten günümüze ağırlıklı olarak savunulan teori taraftarları, suçun başarıya ulaşmasının önlenmesine yönelik elverişli bir önleme hareketinin varlığı için en azından bir nedensel katkıyı yeterli görmektedir. Failin suçun başarıya ulaşmasını sağlamak için daha fazla yapabileceğinin olmasının ya da yapabileceğinin en iyisini yapmamış olmasının gönüllü vazgeçmenin kabulüne engel olmadığı kabul edilmektedir²⁹⁰. Failin, suçun başarıya ulaşmasını önlemek için elindeki olanaklardan faydalanması yeterlidir.

²⁸⁸ Roxin, AT II, §30, kn.212 vd; Kühl, a.g.e., §16, kn.67.

²⁸⁹ Roxin, AT II, §30, kn.218 vd; Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.59c.

²⁹⁰ Jescheck/Weigend, a.g.e., s.546; Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.59c; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.184; Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., §17, kn.906; Klaus Hoffman-Holland, “Rücktritt”,

Bu teorinin temsilcilerinin dayanak noktası, kanunun lafzı olmaktadır. Gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmek için kanunun lafzının, açık bir şekilde suçun başarıya ulaşmasının önlenmesini aradığına dikkat çeken yazarlar; failin kendisine isnat edilebilecek bir şekilde kendi hareketiyle suçun başarıya ulaşmasını önlemesi halinde, mümkün olan en iyi ve güvenli imkanı kullanmamış olsa bile gönüllü vazgeçmeden faydalanabileceğini belirtmektedirler. Bu kabul, kanun koyucunun benimsediği, “netice iyi ise, her şey iyidir” (Ende gut, alles gut) prensibinin sonucudur. Kaldı ki cezanın önleme amacı çerçevesinde bu koşullarda faile ceza verilmesi de bu amaca hizmet etmeyecektir²⁹¹.

Teori temsilcilerinin dayandıkları diğer bir argüman ise, mağduru koruma (*Das Opferschutzargument*) düşüncesidir. Bu düşünceye göre, suçun başarıya ulaşmasını önlemek için failden en iyi imkanı kullanmasını beklemek, mağdurun kurtarılma imkanını azaltabilecektir. Çünkü failden beklenen daha fazlası olup, bu beklenti failin gönüllü vazgeçme imkanını koşullarını ağırlaştırma suretiyle zorlamaktadır. Faile suçtan dönmesi için altın köprü inşa edilmesi ve fakat ondan en iyi performansın beklenmesi, onu kurtarma hareketini yapması konusunda tereddüte düşürebilecek ve bu şekilde koşulların ağırlaşması fail için yeterli teşviki sağlamayacaktır ve önleme hareketlerinden vazgeçmesine neden olarak mağdurun kurtarılması riske atılmış olacaktır. Fail, beklenen en iyi imkanı kullanması sırasında işlemiş olduğu suç nedeniyle açığa çıkabileceği korkusuyla önleme/kurtarma hareketinden vazgeçebilecek ve bu halde kaybeden mağdur olacaktır²⁹².

Tipikliğin gerçekleşmesi üzerinden değerlendirmeye dayanan üçüncü argüman ise objektif olarak isnat edilebilirliktir²⁹³. Buna göre, tipiklikte yer alan

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 3. Auflage, München, C.H.Beck, 2017, §24, kn.127.

²⁹¹ Ingeborg Puppe, “Der halbherzige Rücktritt – Zugleich eine Besprechung von BGHSt 31, 46”, Neue Zeitschrift für Strafrecht, 1984, s.489; Hans Joachim Rudolphi, “Rücktritt vom beendeter Versuch durch erfolgreiches, wenngleich nicht optimales Rettungsbemühen”, Neue Zeitschrift für Strafrecht, 1989, s.512; Rudolphi, SK, §24, kn.27; Roxin, AT II, §30, kn.234; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.185; Kühl, a.g.e., §16, kn.70; Boß, a.g.e., s. 143.

²⁹² Roxin, AT II, §30, kn.235; Puppe, a.g.e., s.490.

²⁹³ Roxin, AT I, §11.

suçun neticesini oluşturmaya yönelik fiili ile suçun konusu bakımından izin verilmeyen bir tehlike yaratan faile meydana gelen netice objektif olarak isnat edilebilmektedir. Aynı çerçevede failin suçun başarıya ulaşmasını engellemeye yönelik bir imkanı yaratması da gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için yeterli görülmelidir. Bu şekilde suçun başarıya ulaşmasının önlenmesi, isnat edilebilirlik düşüncesine dayanmaktadır²⁹⁴. Katkısı nedeni ile suçun oluşumu kendisine isnat edilebilen fail, suçun başarıya ulaşmasını engellemeye yönelik katkısı nedeniyle gönüllü vazgeçme imtiyazından faydalanabilmelidir.

(2) En İyi Performans Teorisi

Alman doktrin ve mahkeme kararlarında vazgeçme koşulunu belirlemede benimsenmekte olan diğer görüş failin çabasını esas almaktadır. Bu görüşe göre sonucu önlemeye yönelik nedensel katkısı olabilecek her hareket gönüllü vazgeçme için yeterli değildir. Failin bu imtiyazdan faydalanabilmesi için, hareket imkânları arasındaki, sonucu önlemeye yönelik en güvenli ve elverişli olan hareketi gündeme getirmesi gerekmektedir²⁹⁵. Önleme hareketleri kapsamında, suçun başarıya ulaşmasını önlemeye yönelik tedbirlerin alınması bu teori bakımından gönüllü vazgeçmeden faydalanabilmesi için yeterli değildir.

En iyi performans teorisine dayanak olarak üç temel argüman ileri sürülmüştür. “Göze alma” düşüncesini esas alan olası kast argümanı (*das dolus eventualis Argument*), suç işlemeye yönelen failin olası kastla hareket ederek neticenin gerçekleşmesini kabullenmesinden yola çıkmaktadır. Bu kabulü tersinden okuyan düşünce, failin suçun başarıya ulaşmasını engellemeye yönelik hareket ettiği sırada mevcut imkânlardan en güvenli olanı seçmeyerek ve en iyi çabayı göstermeyerek, isteksizce (*halbherzig*) hareket etmesi suretiyle, aslında

²⁹⁴ Rene Bloy, “Zurechnungsstrukturen des Rücktritts vom beendeten Versuch und Mitwirkung Dritter an der Verhinderung der Tatvollendung-BGHSt 31, 46 und BGH”, JuS, 1987, s.533; Rudolphi, Rücktritt vom beendeter Versuch, s.511; Roxin, AT II, §30, kn.236.

²⁹⁵ Hans Jürgen Römer, “Vollendungsverhinderung durch ernsthaftes Bemühen, MDR, 1989, s.945; Günther Jakobs, “Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten”, ZStW, 104, 1992, s.82; Hoffman-Holland, a.g.e., §24, kn.130.

önlenebilecek olan sonucun gerçekleşmesini göze aldığını ileri sürmektedir²⁹⁶. Yani fail, suçun başarıya ulaşmamasını kabullenmektedir. Bu nedenle suçun başarıyı ulaşmasını kabullenerek olurlarına bırakan faili, sadece bu süreçteki bir katkısı nedeniyle gönüllü vazgeçmeden yararlandırmamak gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre fail, suçun başarıya ulaşmamasını ihtimale bırakmayarak elinden gelen çabayı göstermesi gerekir ki gönüllü vazgeçme imkânından yararlanabilsin.

Teorinin dayandığı bir diğer argüman, elverişsiz teşebbüs (*das Beispiel des untauglichen Versuchs*) vakıalarıdır. Elverişsiz teşebbüs hallerinde, “gönüllü ve ciddi çaba” (*freiwilliges und ernsthaftes Bemühen*) noktasında en iyi performans teorisinin haklılığının kendisini gösterdiği ileri sürülmektedir²⁹⁷. Burada öncelikle elverişsiz teşebbüs halinin Alman ceza hukukunda cezalandırılabilir bir hal olduğunu belirtmemiz gerekir ki elverişsiz teşebbüs halinde gönüllü vazgeçme kurumunun gündeme gelmesinin normatif dayanağını açıklayabilelim. ACK m.24/1,c.2’de, suçun, vazgeçenin katkısı olmadan tamamlanmadığı hallerde vazgeçen kişinin cezasızlıktan faydalanabilmesi için suçun tamamlanmasını önleme konusunda gönüllü ve ciddi bir çaba göstermesi aranmaktadır. Bu gereklilik, suçun tamamlanma imkânı olmayan durumda bile kişiden en iyi performansın beklenmesi, suçun konusu bakımından tehlike doğurmuş olan elverişli bir teşebbüs halinde her halükarda daha azının beklenemeyeceği görüşüne götürmektedir.

Örnek olarak ölüm neticesine ulaşabilecek ağır yaralama olaylarına baktığımızda; ağır yaralanan mağdurun failin katkısı olmaksızın ölüm neticesine ulaşacakken, ilk teoriye göre mağdurun ölümünü engellemeye yönelik bir tedbir alması cezasızlık için yeterli; yaralama suçunun sonradan ve failin düşüncesinin aksine en baştan ölüm neticesi için elverişli olmaması halinde failin vazgeçmeden

²⁹⁶ Roxin, AT II, §30, kn.237.

²⁹⁷ Rolf Dietrich Herzberg, “*Problemfälle des Rücktritts durch Verhindern der Tatvollendung*”, Neue juristische Wochenschrift, 8. Jahrgang, Heft:11, 1989, s.1420; Roxin, AT II, §30, kn.241.

yararlanabilmesi için en iyi performansı göstermesinin beklenmesi bir çelişki olarak görülmektedir²⁹⁸.

Jakobs'un dayanağı olan ihmal argümanı (*Das Unterlassungsargument*) ise ihmali suçlardan hareket ederek gerekçelendirilmektedir. Buna göre, ihmali hareketle işlenen suçlarda, neticenin önlenmesi için garantörden elinden gelenin en iyisi yapması bekleniyorken, icrai hareketle işlenen suçlarda failin bundan daha azını yapması yeterli görülmemelidir²⁹⁹.

(3) Farklılaşma Teorisi

Roxin'in belirleyici olarak en elverişli gördüğü farklılaşma teorisi, neticenin önlenmesinin failin bizzat kendisi tarafından mı yoksa başkası ya da başkasının da katkısıyla birlikte mi sağlanıp sağlanmadığı noktasından hareket etmektedir³⁰⁰.

Bu doğrultuda, neticenin gerçekleşmesinin önlenmesi fail tarafından tek başına gerçekleştirilmişse, fail hakkında her zaman şansın artırılması teorisine göre değerlendirme yapılması gerektiği ve buna göre de neticeyi önlediği kabul edilmektedir. Gerek kanunun lafzının gerekse izlenen suç politikasının da bu sonucu haklı çıkardığı ileri sürülmektedir. Çünkü bu durumda failin suçun başarıya ulaşmasını önlemeye yönelik arzusu o kadar açık ve etkilidir ki, fail suç işlemeye yönelik iradesinin yasal zemine dönmüş olduğunu yeterli ölçüde ortaya koymuştur.

BGH bir kararında bu düşünce ile hareket ederek failin gönüllü vazgeçmeden yararlanabileceğini ifade etmiştir. Karara konu olan olayda fail, eski kız arkadaşına araba ile çarparak öldürmek ister ancak son saniyede sert bir fren yaparak aracı durdurarak neticenin gerçekleşmesini önler. Roxin'in isabetli bulduğu kararda, BGH, gönüllü vazgeçmenin olduğunu kabul etmiş ve yine failin neticenin gerçekleşmesini

²⁹⁸ Roxin, AT II, §30, kn.241.

²⁹⁹ Jakobs, AT, §26, kn.21.

³⁰⁰ Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.186.

önleyecek daha iyi bir yolun bulunduğunun belli olup olmaması halinde de gönüllü vazgeçmeden yararlanabileceğine işaret etmiştir³⁰¹.

Buna karşılık failin suçun başarıya ulaşmasını önleme konusunda başka bir kişiye güveni söz konusuysa ya da başka bir kişiyi devreye soktuysa, bu durumda suçun tamamlanmasının önlenmesi için failden elindeki imkânlardan en iyi olan önleme/kurtarma hareketi yapmış olması beklenmelidir. Bu tür olaylarda kanunun lafzının, şansın artırılması teorisinin uygulanmasına imkân vermediği ifade edilmektedir. Çünkü sonucu önleme/kurtarma hareketini içerisinde birden fazla kişinin yer alması, bu kişilerin her birinin katkısının sonucu önleyen olarak görülmesi anlamına gelmemektedir³⁰². Bu çerçevede yukarıda bahsetmiş olduğumuz BGH kararlarına yansıyan olayları ele aldığımızda; karısını öldürmek üzere hareket eden kocanın karısını yaraladıktan sonra pişman olarak onu hastaneye yakın bir yerde yolda bırakması ve kadının yoldan geçen bir adam tarafından hastaneye götürülmesi sayesinde ölümünün engellenmesi durumunda gönüllü vazgeçmiş sayılamayacaktır.

Failin, daha iyisini yapabileceği kurtarma/önleme hareketleri mevcut olmasına rağmen, isteksizce(halbherzig) gerçekleştirdiği hareketinin sonucunda suçun başarıyla tamamlanmasını önlemesi halinde gönüllü vazgeçme imkânından faydalandırılması suç politikası açısından makul bulunmamaktadır. Çünkü failin etkili olmayan hareketleri mağdurun tehlikeye düşmesine neden olabilecek ve sonucu önleme ihtimali azalacaktır. Bu konuda failin kendisini açığa çıkarmamak için elindeki mevcut imkânları sınırlı olarak kullanması düşüncesi de bu açıdan uygun bulunmamaktadır. Faili gönüllü vazgeçme ayrıcalığından faydalandırabilmek için mağduru korumak adına koşulları kolaylaştırmak, aynı ölçüde mağdurun zararına da neden olabilecektir. Kolay dönme imkânı, failin hareketini daha tehlikeli boyutlara ulaştırmasına neden olabilecektir. Bu bağlamda mağdurun korunması için en iyi performansın aranması mağdurun yararına olacaktır. Kaldı ki failin

³⁰¹ Roxin, AT II, §30, kn.245; Karar için bkz. Roxin, a.e., §30, kn.222.

³⁰² Rudolphi, **NStZ**, s.513; Rudolphi, **SK**, §24, kn.27c; Herzberg, "Problemfälle des Rücktritts durch Verhindern der Tatvollendung, s.513.

kurtarma/önleme hareketi sırasında açığa çıkma korkusu, onun elinden gelenin en iyisini yapmasına engel değildir. Fail kendisini saklayarak da elindeki imkânları suçun tamamlanmasının önlenmesine ve mağdurun korunmasına seferber edebilecektir³⁰³.

(4) Failin Görüşü Bakımından Elverişlilik

Gönüllü vazgeçme kurumunun hukuki niteliğinden hareket eden bu görüş, gönüllü vazgeçmenin cezayı kaldıran şahsi bir sebep olduğuna dikkat çekerek, bu bağlamda koşullarının da şahsi olarak, yani faile göre belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir³⁰⁴. Buna göre, bir davranış; failin tek başına yapmış olmasından, failin devreye soktuğu başka birisi tarafından yapılması ya da başka birisinin katkısıyla yapılmış olmasından bağımsız olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Değerlendirmede ise belirleyici kriter, söz konusu davranış failin zihninde suçun başarıya ulaşmasını önlemeye elverişli olup, buna yönelik olmasıdır. Faile göre yapılması gerekli olan hareketler ve güvenli araçların kullanılmış olması önleme hareketinin yerine getirildiği anlamına gelmektedir. Fakat fail, suçun başarıya ulaşmasını önleme konusunda başvurabileceği daha elverişli imkânlar olmasına rağmen bunlardan daha azıyla yetinerek olayın akışını tesadüflere bırakmışsa, failin suçu önlemeye yönelik hareket ettiğini söylemek mümkün olmayacaktır. Fail önlemeye yönelik nedensel bir katkı sunmuş olsa bile zihninde suçun başarıya ulaşma ihtimalinin varlığı vazgeçme davranışının kabulüne engel olmaktadır. Fail tek başına hareket etmesi halinde, neticenin gerçekleşmesini güvenli bir şekilde önlemeye yönelik gerekli tedbirleri bizzat almalıdır. Yukarıda belirttiğimiz gibi fail önlemeye yönelik hareketin gerçekleştirilmesi sürecine başka bir kişiyi de katabilir. Fakat bu halde fail, bu üçüncü kişinin gerekli önleme/kurtarma hareketini yaptığından ya da yapacağından emin olana kadar o kişi üzerinde gözetimini

³⁰³ Roxin, **AT II**, §30, kn.247.

³⁰⁴ Zaczyk, **a.g.e.**, §24, kn.61; Lilie/Albrecht, **a.g.e.**, §24, kn.188; Fischer, **a.g.e.**, §24, kn.35.

sürdürmelidir³⁰⁵. Yani sadece üçüncü bir kişinin haberdar edilmiş olması yeterli kabul edilmemektedir.

Bu görüş çerçevesinde dikkat çekilmesi gereken husus; önlemeye yönelik hareket olarak objektif anlamda en gerekli hareket ve en güvenli tedbirlerin seçilmesi mutlak değildir. Faile göre önlemeyi mümkün kılan hareketler gerçekleştirilmişse bunların en gerekli ve en güvenli hareketlerin olması şart değildir³⁰⁶. Eğer hareket önlemeye yönelik başarılı olmuşsa, nicelik olarak daha üstün bir hareketin varlığının önemi bulunmamaktadır. Yeter ki hareket; sonucu tesadüfe bırakacak şekilde değil, failin kontrolü altında ve bilinçli bir şekilde, iradesi çerçevesinde icraya geçirilmiş olsun.

(5) Türk Ceza Kanununun Kabul Ettiği Anlayış ve Yargıtay Uygulaması

Daha önce belirttiğimiz gibi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu düzenlemesi icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra da suç yolundaki faile gönüllü vazgeçme imkânı sunmuştur. Bu bakımdan 765 sayılı eski TCK'da “etkin pişmanlık” olarak nitelenen haller gönüllü vazgeçme kapsamına alınarak suçun icrası sürecindeki tüm aşamalarda gönüllü vazgeçme imkânından faydalanmak mümkün hale getirilmiştir³⁰⁷.

TCK'da gönüllü vazgeçme hükmünü düzenleyen 36. maddede, failin bu aşamadan sonra gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için ne şekilde hareket etmesi gerektiği konusunda bir belirleme yapmamış fakat madde gerekçesi bu hususu aydınlatmıştır. Madde gerekçesinde; icra hareketlerinin bitmesinden sonra gönüllü vazgeçmenin kabulü için vazgeçenin suçun tamamlanmasını önlemek bakımından ciddi bir çaba göstermesi gereği ifade edilmiştir. Bu izahat, kanun koyucunun iradesinin, icra hareketlerinin tamamlanmasından sonraki aşamada gönüllü vazgeçme

³⁰⁵ Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.188.

³⁰⁶ Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.59c.

³⁰⁷ Özgenç, a.g.e., s.512; Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.1098.

hareketinde bulunan failin vazgeçmeye yönelik hareketinin elinden gelenin en iyisi olması gerektiğini ortaya koymaktadır.

Bu izahat ışığında; bu aşamada failin vazgeçme iradesini gösteren hareketinin pasif nitelikte olması mümkün değildir. Fail suçun tamamlanmasına ya da neticenin önlenmesine yönelik nedensel bir katkı sunan ve kendisine isnat edilebilir, elindeki imkânları zorlayan aktif bir harekette bulunmalıdır.

İfade ettiğimiz üzere, vazgeçme hareketinin niteliği kanuni düzenlemede tanımlanmamış olup, yorum madde gerekçesinin ifade ettiği çerçevede yapılmaktadır. Hareketin niteliğinin belirlenmesi konusunda, gönüllü vazgeçme hükmünün uygulanma koşullarının ortaya konulduğu Yargıtay kararları, bu niteliğin somutlaştırılmasını sağlamıştır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, gönüllü vazgeçme koşullarını irdelediği bir kararında; icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra gönüllü vazgeçmek isteyen failin gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için icra hareketlerine devam etmemesini yeterli görmeyerek, sonucu önlemeye yönelik aktif faaliyette bulunması gerektiğini ifade ederek bu faaliyet için ciddi çaba göstermesi gerektiğini vurgulamıştır³⁰⁸. Yüksek mahkemeye göre, aktif davranışın bizzat failin kendisi

³⁰⁸ Söz konusu karara yansıyan olayda; sanığın kasten öldürme suçuna teşebbüsten cezalandırılmasına karar verilmiş, uyuşmazlık, gönüllü vazgeçme koşullarının oluşup oluşmadığının belirlenmesi konusunda ortaya çıkmıştır. Olayda fail, mağduru öldürmeye yönelik olarak dokuz adedi yaşamsal tehlikeye neden olacak şekilde 24 yerinden bıçaklamış, icra hareketlerini tamamladıktan sonra ve fakat ölüm sonucu gerçekleşmeden önce eyleminden dolayı pişmanlık duyarak mağdurun yaralarına üzerindeki kıyafet ile tampon yapmış, ambulans çağırması, büro sahibi olan ağabeyine de haber verip onun da ambulans çağırmasını sağlamış ve mağdura ulaşılması kolay olsun diye büro kapısını açık bırakmış, bina görevlisine ambulans çağırmasını söyleyerek onu da mağdur ile ilgilenmeye yönlendirmiş, olay yerine çok yakın bir yerden geçmekte olan emniyet ekiplerine yaralama olayını anlatarak adresi söylemiş ve mağdurun çok geçmeden hastaneye yetiştirilmesi ve ameliyat sonucu hayatının kurtulması yönünde harekette bulunan sanığın eylemi ilk derece mahkemesi tarafından gönüllü vazgeçme kabul edilmeksizin öldürmeye teşebbüs olarak kabul edilmiştir. Özel daire ise, gönüllü vazgeçmenin koşullarının oluştuğunu tespit ederek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. İlk derece mahkemesinin kararının direnmesi üzerine Ceza Genel Kurulu önüne gelen dosyada Kurul, vazgeçme iradesini ortaya koyan sanığın aktif çabalarının, sonucun gerçekleşmesini önlemeye yönelik etkin eylemler olduğunun kabulünde zorunluluk bulunduğunu ifade ederek, gönüllü vazgeçme koşulları olduğundan, sanığın öldürmeye teşebbüs suçu yerine, o ana kadar icra ettiği eylemlerin karşılığı olup, tamamlanan silahla kasten yaralama suçundan cezalandırılması tespitinde bulunarak özel dairesinin bozma kararını yerinde bulmuştur. Yargıtay CGK, E.2011/1-692, K.2012/60, T.28.02.2012.

tarafından fiilen gerçekleştirilmiş olması şart olmayıp, onun iradesine dayanmak koşuluyla bu hareketin üçüncü kişinin katkısıyla da gerçekleştirilmiş olması yeterlidir. Söz konusu “ciddi çaba” (*ernsthafte Bemühen*) ise, Yargıtay tarafından, failin içinde bulunduğu koşullarda sonucun gerçekleşmesini önlemeye yönelik mevcut olan bütün olanaklarını seferber etmesi gerekliliği şeklinde tanımlamıştır. Bu çerçevede, somut olay çerçevesinde failin meydana gelebilecek neticeyi önleyebilmek bakımından sahip olduğu imkânları ne şekilde kullandığı önem taşımaktadır. Gönüllü vazgeçmenin samimiyetinin tespiti açısından Yargıtay bu araştırmanın yapılmasını gerekli görmektedir. Failin mağduru hayatı tehlike doğuracak biçimde yaraladığı bir olayda Yargıtay, kurtarma hareketi olarak kendisini gösteren, mağdurun ambulansla hastaneye kaldırılması hareketinin kimin tarafından sağlandığının öncelikle tespit edilmesi, daha sonra gönüllü vazgeçmenin uygulanıp uygulanmayacağına belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir³⁰⁹. Bu şekildeki olaylarda Yargıtay istikrarlı bir şekilde kurtarma hareketinde failin nedensel katkısının olup olmadığının öncelikli olarak tespitini aramaktadır. Yargıtay, özellikle öldürmeye yönelik fiillerde neticenin önlenmesi suretiyle gönüllü vazgeçmenin söz konusu olabilmesi için failin elinden gelenin en iyisini yapmasını aramaktadır. Bu doğrultuda ölüm neticesini önlemek için failin bizzat gerçekleştirdiği ya da katkı sunduğu ilk yardım hareketleri Yargıtay tarafından “ciddi çaba” olarak kabul edilmektedir³¹⁰. Yargıtayın katılmadığımız bir kararında; fail, bir inşaat şantiyesinde bir çok görgü tanığının huzurunda mağdura öldürmek amacıyla av tüfeği ile öldürücü

³⁰⁹ “Sanığın, bıçakla birden fazla vurarak eşi olan mağdureyi ... yaşamını tehlikeye sokacak şekilde yaraladığı olayda; sanığın, olayın hemen sonrasında 05.09.2011 tarihinde kollukta alınan ifadesinde, mağduru yaraladıktan sonra 155 Polis imdat telefonunu aradığını ve durumu bildirerek ambulans talep etmesi üzerine bir süre sonra olay yerine gelen ambulansın, mağdur eşini alarak hastaneye götürdüğünü bildirmesi, sonraki aşamalarda alınan savunmalarında bu hususu tekrarlaması ve sanık ile mağdurun müşterek çocukları olan tanık İ. Y.’un da tüm aşamalarda alınan ifadelerinde babası olan sanığın polisi aradığı hususunu doğrulaması hep birlikte dikkate alındığında, 155 Polis imdat merkezi ile 112 Acil Ambulans Servislerine ne şekilde ve kim tarafından haber verildiği araştırılarak, sonucuna göre sanık hakkında “gönüllü vazgeçme” hükümlerini düzenleyen TCK’nun 36.maddesinin uygulanıp uygulanamayacağının tartışılması gerektiğinin gözetilmemesi...”, 1. CD., 2013/582 E., 2013/4317, 11.06.2013; benzer kararlar 1. CD., 2015/1176 E., 2015/5056 K., 26.10.2015; 1. CD., 2016/1585 E., 2016/2341 K., 03.05.2016.

³¹⁰ 1. CD., 2015/346 E., 2015/3970 K., 17.06.2015; 1. CD., 2015/2993 E., 2015/2849 K., 04.05.2015; 1. CD., 2015/3582 E., 2015/4669 K., 06.10.2015

bölgelerine hedef alarak hayati tehlike teşkil edecek şekilde ateş ederek yaralamıştır. Olay yeri tanıklarının yaralının yanına gelmesi üzerine fail, “siz gelmeseydiniz öldüreceğim” şeklinde sözler söyleyerek, devamında “alın bunu hastaneye götürün” demiştir. Bu olayda ilk derece mahkemesi, kasten öldürmeye teşebbüsden hüküm vermiştir. Ancak Yargıtay ceza dairesi, olayda failin mağduru hastaneye götürmelerini söylemesini, gönüllü vazgeçme bakımından değerlendirmesi gerektiğini ifade ederek kararı bozmuştur. Olayın gerçekleştiği koşulları değerlendirdiğimizde, gönüllü vazgeçmenin uygulanabilirliği bakımından ancak neticenin önlenmesi suretiyle gönüllü vazgeçme söz konusu olabilir. Bu çerçevede ise failden beklenen aktif hareketi ve ciddi çabası ile ölüm neticesinin meydana gelmesini önlemeye yönelik hareketlerde bulunmasıdır. Yargıtayın benimsediği uygulamaya göre, failin öldürme suçlarında neticenin önlenmesi suretiyle gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için elinden gelen olanakları bizzat veya katkı sunarak azami ölçüde kullanılmalıdır. Bu hareketler mağdurun bizzat hastaneye götürülmesinin sağlanması ve eşlik edilmesi, olay yerinde ilk yardım yapılması veya yapılmasına katkı sağlanması, yetkin üçüncü kişilerin olaya müdahalesinin sağlanması, kurtarma hareketinin üçüncü kişilerce gerçekleştirilmesi halinde kurtarmaya yönelik faaliyetlerin tesadüflere bırakılmaması gibi aktif davranışlardır. Somut olaya baktığımızda, olayın gerçekleştiği yer birçok tanığın ve mağdurun iş arkadaşlarının bulunduğu yer olup, kurtarma hareketi bu kişiler tarafından zaten gerçekleştirilmektedir. Zaten olay gerçekleştiği anda da tanıkların ambulans ve polis çağırdığı tartışmasızdır. Bu faaliyetler çerçevesinde failin sadece mağduru hastaneye götürmelerini söylemesi ne aktif hareket ne de ciddi çaba olarak kabul edilmemelidir. Kanaatimizce olayda gönüllü vazgeçmenin uygulanmasını gerektirecek koşullar bulunmamaktadır³¹¹.

Belirttiğimiz üzere, failin ciddi çaba gösterip göstermediğinin kabulü, elindeki imkânları kullanabilmesine bağlı olduğu gibi kendi özellikleri de belirleyici

³¹¹ Söz konusu kararda, ilgili ceza dairesi kararına muhalif kalan iki üye, failin neticeyi önlemeye yönelik aktif bir çabasının olmaması nedeniyle gönüllü vazgeçmenin tartışılmamasının bozma nedeni yapılmaması gerektiğini ifade etmişlerdir., 1. CD., 2016/1410 E., 2017/1390 K., 25.04.2017.

olabilecektir. Örneğin öldürme amacıyla mağduru denize iten fail, mağdurun ölmesini daha fazla istememektedir ve mağduru kurtarmak istemektedir. Böyle bir olayda, yüzmeyen failden kendisinin de denize atlayarak kurtarma hareketini gerçekleştirmesi beklenebilir değildir. Burada failin ciddi çaba olarak kabul edilebilecek hareketi, en kısa zamanda üçüncü bir kişinin müdahalesini devreye sokmak için çabalamasıdır. Bu bağlamda failin çocuk olduğu bir vakıada öldürme suçunun söz konusu olduğu halde, failden ölüm neticesinin gerçekleşmesini önlemesi için çaba olarak ilk yardım yapmasını beklemek mümkün olmayacaktır. Bu çerçevede değerlendireceğimiz bir Yargıtay CGK kararında; suç tarihinde 13 yaşında olan fail, komşusu olan mağdureyi evinde tek başına iken hayati tehlikeye neden olacak şekilde bıçaklamış ve sonrasında kapıyı kapatarak evine gitmiştir. Üzerindeki kanı gören annesine ve ağabeyine, mağdureye bir şeyler olduğunu, gidip bakmaları gerektiğini söyleyerek onların mağdurenin evine gitmelerini sağlamıştır. Böylelikle mağdure, failin ağabeyi tarafından çağırılan ambulansla hastaneye kaldırılmış ve kurtarılmıştır. Bu olayda ilk derece mahkemesi gönüllü vazgeçme olmadığını belirterek kasten öldürmeye teşebbüsten hüküm kurmuş, Yargıtay'ın ilgili ceza dairesi gönüllü vazgeçmenin varlığını ileri sürerken; CGK, gönüllülüğün ve neticenin önlenmesi için ciddi bir çabanın olmaması nedeniyle gönüllü vazgeçmenin uygulanamayacağını belirterek ilk derece mahkemesinin kararını yerinde bulmuştur. Yukarıdaki açıklamalarımız doğrultusunda somut olayı ciddi çaba kriteri kapsamında değerlendirdiğimizde, failin neticeyi önlemek bakımından mevcut imkânları ne şekilde kullandığını tespit etmek önem taşımaktadır. Somut olayda failin neticeyi önlemeye yönelik söz konusu hareketi, üçüncü kişileri harekete geçirerek yaralı mağdurun hastaneye götürülmesini sağlamak olmuştur. Failin yaralama hareketini kendisinin yaptığını itiraf etmemiş olması gönüllü vazgeçmeden yararlanmasına engel olmamalıdır. Önemli olan kurumun düzenleniş amacına hizmet etmesini sağlayacak şekilde neticenin önlenmesidir. Olayda failin çocuk olduğu düşünüldüğünde de kurtarma hareketi olarak gerçekleştirebilecekleri sınırlı olup, ondan ilk yardım yapmasını beklemek gerçekçi olmayacaktır. Fail, olayın şartları değerlendirildiğinde en hızlı yapabileceği olanak olan üçüncü kişileri harekete

geçirerek mağdurenin kurtarılmasına yönelik zinciri harekete geçirmiştir. Bu nedenle kanaatimizce somut olayda ciddi çabanın varlığının kabulü gerekmektedir³¹².

2. Suçun Tamamlanmasının veya Neticenin Gerçekleşmesinin Önlenmesi

Bu aşamada gönüllü vazgeçmenin söz konusun olabilmesi için, vazgeçme hareketi suçun tamamlanmasının önlenmesi noktasında başarıya ulaşmış olmalıdır. Bunun için iki şey gereklidir: Suçun tamamlanmasının önlenmesi ile nedensellik ve isnat edilebilirlik.

a. Suçun Tamamlanmasının Önlenmesi

Öncelikle şunu ifade etmek gerekir ki, kanunumuzda suçun icra hareketlerinin tamamlanmasından sonraki aşamada gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmek için suçun tamamlanmasının veya neticenin gerçekleşmesinin önlenmesi aranmakta olup, aslında her iki kavram da suçun tamamlanmasını ifade etmektedir. İki kavramın birlikte kullanılma gerekçesi, sırf hareket suçları ile netice

³¹² “...yaralanmanın hayati tehlikeye sebebiyet verecek nitelikte olduğu, sanığın eylemleri sonucunda katılanın ağır yaralı vaziyette yere düştüğü, sanığın mutfakta aldığı başka bir bıçağı bükerek mağdurenin yanına bıraktığı, kendi getirdiği suçta kullandığı bıçağı ise görünmeyecek şekilde odadaki TV sehpasının altına altığı, eldivenleri de çıkartıp mutfaktaki sebzeğin arkasına sakladığı, yerde yatan katılanın yanına gelerek “Makbule teyze öldün mü?” diye sorduğu, katılan “Ölmedim” deyince bu kez “Beni şikayet edecek misin?” diye sorduğu, katılan “Yok” diye cevap verince katılanı o halde bırakıp kapıyı kapatarak evden ayrıldığı ve kendi evine gittiği, evine geldiğinde ellerinde ve yüzünde kan olduğunu gören annesi ve ağabeyine “Makbule teyzeye bir şey oldu, gidin bakın” dediği, bunun üzerine annesi Fatma’nın katılanın kapısını çaldığı, katılanın sürünerek kapıyı açtığı, sanığın ağabeyi tarafından çağrılan ambulansla hastaneye kaldırılan katılanın acil ameliyata alınıp hayatta kaldığı olayda; sanığın suçta kullandığı bıçağı ve eldiveni saklayarak savunması doğrultusunda katılanın bıçak üstüne düştüğü algısını uyandırmak için mutfaktan aldığı başka bir bıçağı büküp mağdurenin yanına bırakması, sonra mağdurenin ölüp ölmediğini kontrol edip mağdureye “Benden şikayetçi olacak mısın” diye sorması, ancak katılanın şikayetçi olmayacağını söylemesi üzerine eylemine son vermesi, yaşlı ve ağır yaralı katılanı evde yalnız bırakıp kapıyı kapatması, ellerinde ve yüzünde kan olduğunu gören ağabeyi ve annesine mağdureye bir şeyler olduğunu söylemek dışında neticenin meydana gelmesini engellemek için hiçbir ciddi çaba içerisinde bulunmaması karşısında, sanığın davranışlarının gönüllülüğe dayanmadığı gibi neticenin gerçekleşmesini önlemek bakımından ciddi bir çaba niteliğinde de olmadığından gönüllü vaz geçmenin şartlarının gerçekleşmediği kabul edilmelidir.”, CGK, 2013/1-126 E., 2014/364 K., 11.07.2014.

suçlarının nitelikleri gereği olup, gönüllü vazgeçmenin mümkün olabilmesi için suçun tamamlanmamış olması şarttır.

Suçun icra hareketlerinin tamamlanmasından sonraki aşamada failin gönüllü vazgeçme imkanından faydalanabilmesi, vazgeçme hareketinin başarılı olmasına, yani suçun unsurlarından olan tipik neticenin gerçekleşmemesine bağlıdır³¹³. Bu noktada önemli olan, vazgeçme hareketi ile failin hedefinin neticenin gerçekleşmesini önleme olmalıdır. Bu bağlamda salt neticenin gerçekleşmesinin ertelenmesi ya da olayın gerçekleştirilme sürecinde geçici ara verme halleri neticenin önlenmiş olması anlamına gelmeyip, gönüllü vazgeçmenin uygulanabileceği hallerden kabul edilmemektedir. Aksine bu gibi haller, yeni bir nedensel süreci ortaya çıkaran yeni bir suç olarak kendisi göstermektedir. Fail, gerçekleştirdiği haksızlık konusunda iradesini değiştirerek hareketlerini de bu yönde yenilemelidir³¹⁴. Yine failin neticenin önlenmesine yönelik hareketi fonksiyonel olarak bir önem taşımamaktaysa, bu hareketi önleme hareketi olarak kabul etmek yerinde değildir. Fail söz konusu hareketi yapmamış olsaydı da süreç zaten önlenme ile sonuçlanacaksa önleme hareketinden bahsedilemeyecektir. BGH kararına yansıyan bir olayda mahkeme, failin mağdura ateş ettiği olay yerinden ayrılırken, silah sesini duyarak olay yerine yönelen iki kişiye mağdura bakmalarını söylemesini önleme hareketi olarak kabul etmemiştir³¹⁵.

Failin gönüllü vazgeçme imkânından faydalanabilmesi, failin suçun işleniş sürecinde mevcut olan ve tasavvur ettiği nedensel süreçten önemli bir sapma olmaksızın, neticenin önlenmesine yönelik hareketinin varlığı halinde mümkün olabilir. Fail suçun tamamlanmasını önlemeye yönelik hareketleri ile çabalamaya başladığı anda, suçun tamamlanmasının önlenmesi konusundaki riski de halen taşımaktadır ve bu aşamada önlemeye yönelik hareketleri gerçekleştirdiği sırada

³¹³ Kayıhan İçel, a.g.e., s. 540; Toroslu/Toroslu, a.g.e., s.310; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, a.g.e., s.651; Koca/Üzülmez, a.g.e., s.441; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s.468; Yıldız, a.g.e., s.111; Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.627; Tozman, a.g.e., s.340; Özen, a.g.e., s.517.

³¹⁴ Zaczyk, a.g.e., §24, kn.55.

³¹⁵ BGHSt, 33, s.295; Roxin, AT II, §30, kn.213 Otto, a.g.e., §19, kn.46; Rudolphi, SK, §24, kn.27c; Zaczyk, a.g.e., §24, kn.57; Bloy, Zurechnungsstrukturen des Rücktritts, s.528.

suçun tamamlanması halinde çabasına ve uğraşısına rağmen gerçekleşen netice nedeniyle sorumluluğuna gidilecektir. Çünkü neticenin gerçekleşmesi şunu göstermektedir ki, fail, suçun tamamlanmasını önlemek için ya yeterli çaba göstermemiştir ya gerçekleştirdiği hareketler elverişli değildir ya da önleme hareketini gerçekleştirme zamanında geç kalmıştır³¹⁶.

Ancak bazı haller vardır ki bu hallerde netice, failin tüm önleme çabasına rağmen gerçekleşmiştir. Bu haller üçüncü kişinin ya da bizzat mağdurun davranışında gündeme gelebilmektedir. İcra hareketlerini tamamladıktan sonra pişmanlık duyarak gönüllü vazgeçmek isteyen fail, neticenin gerçekleşmesini önlemeye yönelik hareketleri gerçekleştirmesine rağmen, mağdurun kendisinin neticenin önlenmesini engellemesi halinde gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmelidir³¹⁷. Örnek vermek gerekirse, öldürmek amacıyla yaraladığı mağduru pişman olarak hastaneye götüren fail için, mağdurun burada tıbbi müdahaleyi reddetmesi nedeniyle ölmesi durumunda da gönüllü vazgeçme hükmünün uygulanabileceğini ifade etmeliyiz.

Benzer şekilde, failin icra hareketlerini tamamlamasından sonra neticenin gerçekleşmesini önlemeye yönelik ciddi çabasına rağmen, neticenin gerçekleşmesinin önlenmesi failin hareketi dışındaki bir sebepten kaynaklanmışsa bile bu halde de failin çabası, gönüllü vazgeçme hükmünün uygulanabilmesine olanak sağlamalıdır³¹⁸. Fakat bu halde, failin kendi hareketi dışındaki sebebin varlığından haberdar olup olmaması noktasında bilinci önem arz etmektedir. Failin bu sebepten haberi olmadığı durumlar hükmün uygulanması bakımından sorun teşkil etmeyecektir. Eğer fail bu sebepten haberdar ve neticenin önlenmesini sadece bu sebebin etkinliğine bırakmışsa neticeyi önlemeye yönelik ciddi çabasından bahsedilemeyecek ve netice gerçekleşmese bile gönüllü vazgeçme hükmünden yararlanamayacaktır. Ancak fail, diğer sebepten haberdar olsa bile neticenin önlenmesinde kendi çabasını da devreye sokmuşsa, neticenin önlenmesinde sadece

³¹⁶ Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.61.

³¹⁷ Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.62/63.

³¹⁸ Jescheck/Weigend, a.g.e., s.546; Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.64/65; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.200.

diğer sebebin etkisi söz konusu olsa dahi gönüllü vazgeçme ayrıcalığından faydalanabilecektir³¹⁹.

Bunların dışında, failin icra hareketlerini tamamlamasına rağmen objektif nedenler yüzünden neticenin gerçekleşmesinin mümkün olmadığı hallerde gönüllü vazgeçmenin uygulanması mümkün değildir. Çünkü bu objektif nedenler failden bağımsız olup, neticenin gerçekleşmemesi de failin hareketinden dolayı değildir. Fail amacına ulaşmaya yönelik icra hareketini gerçekleştirmiş ancak imkansızlık nedeniyle netice gerçekleşmemiştir. Silahındaki tek kurşunu mağduru öldürme amacıyla ateşleyip isabet ettiremeyen fail icra hareketlerini tamamlamıştır ancak gönüllü vazgeçme imkanının söz konusu olması mümkün değildir. Alman hukukunda “geri dönüşsüz teşebbüs” (*der fehlgeschlagene Versuch*) olarak adlandırılan bu durum, hukukumuzda karşılığını “teşebbüs” kapsamında bulmakta olup, teşebbüs aşamasında kalmış suçu ifade etmekte ve suça teşebbüs nedeniyle sorumluluğu söz konusu olmaktadır³²⁰.

b. Nedensellik ve İsnat Edilebilirlik

Gönüllü vazgeçmenin söz konusu olabilmesi için, icra hareketleri tamamlandıktan sonra neticenin gerçekleşmenin önlenmesi, vazgeçme hareketinden kaynaklanmalıdır. Yani neticenin önlenmesi, faile objektif ve sübjektif olarak isnat edilebilir bir nedensel etkiyi gerektirmektedir³²¹. Şunu belirtmek gerekir ki isnat edilebilirlik için önlemeye yönelik hareket ve nedensel etkinin mutlak olarak failin tek başına gerçekleştirmiş olması şart değildir. Ancak bu noktada neticenin önlenmesi konusunda iştirak halinde gerçekleştirilen hareketler içerisinde failin hareketinin etkisi kendisini göstermelidir.

Failin sadece bir başkasını haberdar etmesi ve onu neticenin gerçekleşmesini önlemeye yönlendirmesi fail açısından yeterli bir etki olarak kabul edilmeyecektir. Bu nedenle günümüzde tartışmasız bir şekilde objektif olarak isnat edilebilirlik de

³¹⁹ Sözüer, a.g.e., s.250.

³²⁰ Sözüer, a.g.e., s.250.

³²¹ Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.197; Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e., s.1098.

gönüllü vazgeçmenin varlığı için koşul olarak kabul edilmektedir³²². Aksi takdirde failin neticeyi önlemeye yönelik hareketinin nedensel sürece etkisinin zayıf olduğu durumlarda dahi neticenin başka bir etken nedeniyle gerçekleşmediği hallerde fail gönüllü vazgeçme imkânından faydalanarak cezasız kalabilecektir.

Failin önlemeye yönelik nedensel süreci başlatmış olmasına rağmen, önleme sonucunu olayın gidişine bıraktığı ve neticenin tesadüfen önlendiği olaylarda, önleme başarısını faile yüklemek isabetli olmayacaktır. Fail tarafından ağır yaralı olarak ıssız bir yerde bırakılan mağdur, gezginler tarafından tesadüfen bulunarak ölümden kurtarılması halinde faile neticenin önlenmesi sonucu isnat edilemeyecektir. Çünkü failin önleme hareketi olarak yaptığı şey, yaralı mağduru ıssız bir yerde bırakmak olup, bu hareket mağdura tek başına dahi kurtulma imkânı vermemektedir. Alman içtihatlarında kabul edildiği üzere failin bu hareket tarzı, onun neticeyi önlemeye yönelik kastının olmadığını göstermektedir³²³. Yine failin yaralı olan mağdura kendisini kurtarma imkânı yaratabilmesi için telefonu uzatması olayında da BGH, neticenin önlenmesinin faile isnat edilemeyeceğini ifade etmiştir³²⁴.

Başta ifade ettiğimiz üzere, önleme hareketinin başarılı olmasından faili yararlandırılabilmemiz için isnat edilebilirliğin objektif ve sübjektif olarak gerçekleşmesi aranmaktadır. Bu çerçevede failin neticenin meydana gelmemesinde objektif katkısı olmasına rağmen, sübjektif anlamda failin düşüncesi ile gerçekleşen sürecin birbirinden esaslı oranda farklılık göstermesi halinde gönüllü vazgeçmenin söz konusu olamayacağı ifade edilmektedir³²⁵. Örneğin fail, öldürmeye yönelik yaraladığı mağdurun başında vazgeçme amacıyla neticenin gerçekleşmemesi (ölüm neticesinin gerçekleşmemesi) için yüksek sesle dua etmektedir. Failin sesinin o bölgede bulunan üçüncü kişinin dikkatini çekmesi üzerine bu kişinin gerekli tedbirleri alması sayesinde mağdur kurtarılmıştır. Olayın sonunda durum, vazgeçme iradesini ortaya koyan failin arzusu ile örtüşmektedir. Olayda failin neticenin önlenmesi konusundaki objektif katkısı inkar edilememekle birlikte, düşüncesi

³²² Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.66; Roxin, AT II, §30, kn.213; Zaczyk, a.g.e., §24, kn.57.

³²³ Roxin, AT II, §30, kn.213; Zaczyk, a.g.e., §24, kn.57.

³²⁴ Zaczyk, a.g.e., §24, kn.57.

³²⁵ Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.199.

neticenin önlenmesine yönelik süreç ile örtüşmemektedir. Bu şekilde fail, olayın akışını tesadüflere bırakmıştır. Baumann/Weber/Mitsch, icra hareketlerinin tamamlanmasından sonraki aşamada gönüllü vazgeçmenin söz konusu olabilmesi için vazgeçme iradesinin hem objektif (failin katkısı) hem de sübjektif (failin düşüncesi) anlamda var olmasını ve neticenin önlenmesi süreciyle uyumlu olması gerektiğini ifade etmektedir³²⁶. Bu koşullar altında tesadüfen meydana gelmeyen neticenin faile isnat edilmesi mümkün olmayacaktır.

Bu bağlamda şunu belirtmek gerekir ki, bu durum yukarıda ifade ettiğimiz failin çabasına rağmen objektif nedenlerle neticenin gerçekleşmemesi halinden farklılık göstermektedir. O ihtimalde failin davranışı ve düşünsel olarak sürece yansıttığı çaba uyuşmaktadır. Bu nedenle gerçekleşmeyen neticeden faydalanabilmektedir. Gerçekleşmeyen neticenin faile isnat edilebilmesi için tespit edilmesi gereken husus, salt failin katkısı neticenin önlenmesini gerçekleştirmemiş olsa bile failin çabası neticenin önlenmesi konusunda kuvvetli bir ihtimali yaratıp yaratmadığıdır³²⁷. Eğer zaten failin çabası bu ihtimali ortaya çıkarıyorsa, failin dışındaki sebepten dolayı netice önlenmiş olsa bile bu faile isnat edilebilecek ve fail gönüllü vazgeçmeden faydalanabilecektir.

Gönüllü vazgeçmenin uygulanabilmesi için neticenin gerçekleşmemesi koşulunun göz ardı edileceği bir istisna kabul edilmektedir. Failin hareketi ile yarattığı riskin devamında gerçekleşen neticenin faile objektif olarak isnat edilemediği durumlarda gönüllü vazgeçmenin uygulanabilmesi – diğer koşulların varlığı halinde – mümkün olabilecektir. Bu doğrultuda örnek vermek gerekirse; failin, öldürme amaçlı yaraladığı mağduru hareketinden pişman olarak ambulans çağırarak hastaneye kaldırılması yönünde hareket etmesine rağmen ambulansın yolda geçirdiği trafik kazasında mağdurun hayatını kaybetmesi olayında ölüm neticesi faile isnat edilemeyeceği için gönüllü vazgeçme faile uygulanabilecektir. Yine failin öldürme kastıyla dövdüğü mağduru öleceğini düşünerek olduğu yerde bırakarak ayrılan failin pişman olarak geri döndüğünde bu zaman aralığında mağdurun üçüncü

³²⁶ Baumann/Weber/Mitsch, **a.g.e.**, §27, kn.28.

³²⁷ Lilie/Albrecht, **a.g.e.**, §24, kn.202.

bir kişi tarafından bıçaklanarak öldüğü durumda da gönüllü vazgeçmenin uygulanması söz konusu olabilecektir³²⁸. İsnat edilebilirliğin gerekliliğinin önemini ortaya koyduğu bir başka hal ise, mağdurun failin kurtarma çabasını kabul etmemesi ve onu etkisiz hale getirdiği durumdur. Mağdurun ölüm neticesinin gerçekleşmesine kendisinin neden olduğu bu halde de fail ölüm neticesi bakımından sorumlu tutulamayacaktır³²⁹.

III. İŞTİRAK HALİNDE İŞLENEN SUÇLARDA GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

A. Genel Bakış ve Düzenlemenin Amacı

Ceza kanunlarının özel hükümler kısmında tarif edilen suç tipleri, özellik gösteren bazı istisnaları dışında prensip olarak herkes tarafından müstakilen işlenebilirler. Ancak bu suçların işlenmesinde birden fazla kişinin birlikte hareket etmesi ya da suçun işlenmesinde başkaca kişilerin şeriklik kapsamında değerlendirilebilen etki ve katkıları söz konusu olabilmektedir.

Gönüllü vazgeçme kurumunun uygulanması sadece müstakil olarak işlenen suçlarda değil, farklı statüde de olsa birden fazla suç ortağının yer aldığı suçlarda da mümkündür. İştirak halinde işlenen suçlarda, suça iştirak eden tüm suç ortaklarının birlikte gönüllü vazgeçmesi hali özellik gösteren bir durum olmayıp, her suç ortağı bakımından TCK m.36'da düzenlenen gönüllü vazgeçme hükmü uygulanabilecektir³³⁰. Ancak suça katılan faillerin bir kısmının gönüllü vazgeçmesi halinde sorumluluk bakımından nasıl hareket edeceği TCK m.41'de düzenlenmiştir.

TCK m.41, iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme halinde sorumluluğun belirlenmesinde; doğal olarak gönüllü vazgeçme kurumunun hukuki niteliğinden hareket ederek, iştirak halinde işlenen suçlarda sadece gönüllü vazgeçen

³²⁸ Jescheck/Weigend, a.g.e., s.546; Roxin, AT II, §30, kn.284; Kühl, a.g.e., §16, kn.82.

³²⁹ Roxin, AT II, §30, kn.284.

³³⁰ Özgenç, a.g.e., s.583; Yıldız, a.g.e., s.124.

suç ortağının gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabileceğini ifade etmiştir³³¹. Gönüllü vazgeçmenin hukuki niteliğinin “cezayı kaldıran şahsi bir sebep” olduğunu yeniden belirterek, bu sebebin sadece kendisinde var olan fail bakımından sonuç doğuracağını ifade etmeliyiz. Dolayısıyla gönüllü vazgeçme koşulları, vazgeçen her fail bakımından bireysel olarak değerlendirilmelidir³³².

Şunu belirtmek gerekir ki aşağıda da inceleyeceğimiz üzere, iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmek, daha sıkı koşulları gerektirmektedir. Bunun sebebi ise, birden fazla kişinin katkısı ile işlenen suçun ortaya çıkardığı tehlikelilik durumunun daha yüksek olmasıdır. Birlikte suçun icrasına başlayan suç ortaklarından birisi suçun işlenişinde belli bir aşamadan sonra vazgeçmiş olması halinde dahi o aşamaya kadar olan katkısı, suçun diğer katılanlarca işlenmeye devam etmesinde yararlanılmasına neden olmaktadır³³³. Örneğin bir iş yerini soymak için anlaşılan A ve B; bu iş yerinde çalışan C’yi de ikna ederek soygun planına dahil ederler. C, iş yerinde bulunan gizli kameraların yeri hakkında bilgiler ile alarm sisteminin şifresini ve paraların bulunduğu gizli bölmenin bilgilerini A ve B ile paylaşır. Bu bilgiler doğrultusunda A, B ve C plan yaparak soygun için işyerine gelirler ancak A ve B’nin içeride olduğu sırada C, pişmanlık duyarak olay yerinden uzaklaşır. C’nin olay yerinden uzaklaşması, suçun işlenmesinden vazgeçtiği yönündeki iradesini ortaya koymasına rağmen, suçun işlenmesi için söz konusu birlikteliğe sunduğu katkı işlevselliğini korumaktadır. Bu şekilde suça katılanların yarattığı örgü, tek faile göre çok daha etkili bir güç ortaya çıkarmaktadır³³⁴.

Aşağıda detaylarıyla inceleneceği üzere, iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmek isteyen her bir suç ortağı bakımından TCK m.36’da düzenlenen gönüllü vazgeçme hükmünün şartlarının gerçekleşmesi gerekir. Ancak TCK

³³¹ TCK m.41/1: “İştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır.”

³³² Jescheck/Weigend, a.g.e., s.549; Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.73; Gropp, a.g.e., §9, kn.87; Hoffman-Holland, a.g.e., §24, kn.156; Kühl, a.g.e., §16, kn.90; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.365; Zaczyk, a.g.e., §24, kn.96; Sözüer, a.g.e., s.240.

³³³ Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.74; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.364.

³³⁴ Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.364; Zaczyk, a.g.e., §24, kn.94.

m.36'dan farklı olarak, ortaklık içerisinde bulunan suç ortağı, gönüllü vazgeçmek istediği nokta henüz suçun icra hareketleri aşamasında ise, salt icra hareketlerini terk etmesi yeterli görülmemektedir. Suç ortağının sunduğu katkı, suç ortaklığında etkisini göstermeye devam ettiği takdirde suçun tamamlanmasını engellemelidir. Bu noktada gönüllü vazgeçen suç ortağından daha fazla yükümlülük yerine getirmesi beklenmektedir. Ancak TCK m.41/2'de³³⁵, bu durumun iki istisnası düzenlenerek gönüllü vazgeçmek isteyen suç ortağına, “gayret” göstermesi halinde bundan yararlanma imkânı sunulmuştur.

Gönüllü vazgeçme iradesi ile hareket ederek, “*bütün gayreti*” ile suçun tamamlanmasını önleme yönünde hareket eden suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi konusunda TCK m.41 çeşitli alternatifler sunmuştur. Bunların ilkinde; vazgeçen suç ortağı, diğer suç ortakları üzerinde de etkili olarak suçun tamamlanmasını engellemiş olabilir. Bu durumda vazgeçen suç ortağı, gönüllü olmak kaydıyla gönüllü vazgeçmeden yararlanabilecektir. Bu süreçte diğer suç ortaklarından da suçun tamamlanmasını önleme konusunda aynı irade ile hareket eden varsa, her suç ortağı cezayı kaldıran bu şahsi sebepten faydalanacaktır. TCK m.41/2-a'da yer alan ikinci alternatifte; vazgeçme iradesi ile hareket eden suç ortağı suçun tamamlanmasını engelleme konusunda ciddi bir gayret göstermekte; fakat suç, vazgeçen suç ortağının engelleme gayretinin nedensel bir katkısı olmaksızın, başka bir sebep yüzünden tamamlanmamaktadır. Bu durumda da, vazgeçen suç ortağının gönüllü ve ciddi gayreti gönüllü vazgeçmeden yararlanmasını sağlamaktadır. Son olarak TCK m.41/2-b'de, suçun başarıyla tamamlanmış olmasına rağmen, vazgeçen suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanabileceği bir imkan sunulmuştur. Vazgeçen suç ortağı, suçun tamamlanmasını engelleme konusunda bütün gayreti göstermesine rağmen suç tamamlanmış ise, bu gayret karşılık bulmakta ve vazgeçen suç ortağı gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmektedir³³⁶. Ancak bu alternatifte şunu

³³⁵

TCK m.41/2: “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.”

³³⁶

Bu alternatif, hükmün uygulanması sırasında ispat sorunlarına yol açabileceği nedeniyle, ispat hukuku boyutu ile özen gösterilmesi hususu vurgulanmaktadır., Özgenç, a.g.e., s.585.

belirtmek gerekir ki; suçun tamamlanmasında, vazgeçen suç ortağının en başta sunduğu katkının etkisinin olmaması gerekmektedir.

TCK m.41/2 düzenlemesindeki imkânlara baktığımızda, suçun tamamlanmasının engellenmesinin başarılmasına rağmen gönüllü vazgeçmenin uygulanabileceğinin kabulü, TCK m.36 çerçevesinde gönüllü vazgeçmeden yararlanan müstakil faile göre daha avantajlı bir durum ortaya koymaktadır³³⁷. Kanaatimizce bu düzenleme, iştirak halinde işlenen suçlarda suç ortağını suç işlemekten vazgeçme imkânı sunarak meşru zemine dönmesini sağlama amacından çok, suç ortaklığının başarıya ulaşmasını engellemeye yöneliktir. Zaten işlenmekte olan bir suça katkı sunarak cezalandırılabilir alana giren suç ortağı, bireysel etkisinin belki çok az olduğu bir birliktelikte, suçun tamamlanmasını tek başına engelleme imkânına sahip olmayabilecektir. Böyle bir durumda, vazgeçme düşüncesine sahip suç ortağını, kendisinin katkısı olmasa da aslında tamamlanabilecek suçtan vazgeçirmeye teşvik edilmesi, onun gayreti sayesinde suçun diğer suç ortaklarınca tamamlanamaması sonucunu doğurabilecektir.

Alman ceza hukukunda iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme hususu, gönüllü vazgeçmenin düzenlendiği, “Vazgeçme”(Rücktritt) başlıklı StGB §24’de ikinci fıkra olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme TCK ile benzer bir içeriğe sahiptir. StGB §24/2’de³³⁸; *“Suçun işlenmesinde birden çok suç ortağının bulunması halinde, suçun tamamlanmasını önleyen suç ortağı teşebbüs nedeniyle cezalandırılmaz. Suçun tamamlanmasının önlenmesi, vazgeçen suç ortağının katkısı olmaksızın gerçekleşmişse veya vazgeçen suç ortağının önceki katkısından bağımsız olarak tamamlanmışsa, vazgeçen suç ortağı, suçun tamamlanmasını önlemek için*

³³⁷ Bu düzenleme, hakime takdir hakkının ötesinde bir yetki kullanımına imkan vererek keyfiliğe yol açabileceği nedeniyle eleştiriye de maruz kalmıştır., Köksal Bayraktar, “Teşebbüs, İştirak, Suçların Birleşmesi”, Türk Ceza Kanunun 2 Yılı Sempozyumu - Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği, İstanbul, 2008, s.144.

³³⁸ § 24/2: “Sind an der Tat mehrere beteiligt, so wird wegen Versuchs nicht bestraft, wer freiwillig die Vollendung verhindert. Jedoch genügt zu seiner Straflosigkeit sein freiwilliges und ernsthaftes Bemühen, die Vollendung der Tat zu verhindern, wenn sie ohne sein Zutun nicht vollendet oder unabhängig von seinem früheren Tatbeitrag begangen wird.”

gönüllü ve ciddi çaba göstermişse cezasızlıktan yararlanır.”, şeklinde yer alan düzenleme, TCK’da olduğu gibi istisnaları da içermektedir.

B. Kurumun Kapsamı Dışında Kalan Haller

İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeye ilişkin hüküm, yalnızca başarıya ulaşmış suça iştirak hallerini ilgilendirmektedir. Suç ortaklığı gibi görünen bazı olaylar, somut özellikleri nedeniyle daha en baştan ilgili kurumun uygulamasının dışında kalabilmekte ve kurumun koşullarının değerlendirilmesine gerek kalmamaktadır. Suç ortaklarının işlemek için bir araya geldikleri suçun, henüz cezalandırılabilir bir teşebbüs aşamasına dahi gelmediği ya da suç ortağının suçun tamamlandığı ana kadar suçun işlenmesine katkısını sunduğu ya da suç ortağının suçun tamamlanmasına yönelik kastının bulunmadığı haller kurumun kapsamı dışında kalmaktadır. Bu gibi hallerde gönüllü vazgeçme gündeme gelmeyeceği için cezasızlık mümkün olmayıp suça iştirake ilişkin genel hükümlerin uygulanması söz konusu olacaktır.

1. Hazırlık Hareketleri Aşamasında Vazgeçme

İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme hükmü, iştirak şekilleri bakımından faillik ya da şeriklik ayrımı söz konusu olmaksızın uygulanabilecektir. Ancak bu hükmün uygulanabildiği durumlarda göz ardı edilmemesi gereken bir diğer husus ise bağıllık kuralıdır. Çünkü suça katılanların vazgeçtikleri ana göre ceza sorumluluğun kalkması bağıllık kuralının var olup olmadığına göre belirlenebilecek ve koşullara göre, iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümlerin uygulanması hiç gündeme gelmeyebilecektir. Bağıllık kuralı gereği şeriklerin sorumluluğunun doğması, işlenmek istenen suç kapsamında en azından teşebbüs aşamasına varmış bir fiilin varlığını gerektirmektedir³³⁹.

³³⁹ Roxin, AT II, §30, kn.310; Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.80; Rudolphi, SK, §24, kn.36; Zaczyk, a.g.e., §24, kn.122; Özgenç, a.g.e., s.564; Muhammed Demirel, Suça İştirakte Bağıllık Kuralı, İstanbul, On İki Levha, 2017, a.g.e., s.363.

Gerek müstakil/müşterek fail olsun, gerekse sunduğu katkı fiil üzerinde hâkimiyet kuramayacak seviyede kabul edilen şerik olsun, iştirak iradesinden vazgeçtikleri anın tespiti önem arz etmektedir. Henüz icra hareketlerinin başlamadığı alanı ifade eden hazırlık hareketleri cezalandırılabilir bir alan olmayıp bu aşamada suça katılanlar tarafından sunulan katkılar – hazırlık hareketlerinin bir unsur olarak düzenlendiği suçlar hariç – ceza sorumluluğunu doğurmayacaktır. Dolayısıyla ceza hukukunun prensip olarak müdahale etmediği bu alanda, suç ortaklarının iştirak iradesinden vazgeçerek sundukları katkıları geri almaları da ceza hukuku kapsamında bir sonuç doğurmayacaktır³⁴⁰. Ancak bu noktada özellik gösteren husus, suç ortağının sunduğu katkının, başlamış olan icra hareketlerine etki göstermemiş olmasıdır. Yani hazırlık hareketleri aşamasında, ileriye dönük olarak sunulmuş olan katkı, mutlaka suçun faili tarafından icra hareketleri aşamasına geçilmeden tamamen etkisiz hale getirilmiş olmalıdır. Bu durumda iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeye ilişkin düzenlemelerin uygulanma alanı söz konusu olmayacaktır. Bu koşullarda failin suçu işlemesi halinde, bu suç, suça katılanın dahil olmadığı yeni bir karara dayanarak işlenmiştir ve katkısını daha hazırlıklık hareketleri aşamasında ortadan kaldırmış olan suç ortağının sorumluluğu doğmayacaktır. Neticenin bu katılana isnat edilebilmesi ve dolayısıyla cezalandırılması mümkün değildir³⁴¹. Örneğin bir iş yerini soymayı planlayan A'ya B, kilitleri açabilmesi için maymuncuk verir. Fakat henüz A hırsızlık suçunun icra hareketlerine başlamadan B'nin maymuncuğu geri alması halinde, A hırsızlık suçunu kendi imkanları ya da başkalarının katkısı ile tamamlamış olsa da B'nin cezasızlığı üzerinde bir etkisi olmayacaktır. Burada B'nin katkısını geri almasının gönüllü olup olmamasını da bir önemi bulunmamaktadır. Çünkü katkının etkisiz hale getirilmesi hazırlık hareketleri aşamasında tamamlanmış olup, B'nin durumunun gönüllü vazgeçme kurumunun uygulanması kapsamında bulunmamaktadır³⁴².

³⁴⁰ Roxin, AT II, §30, kn.309; Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.79; Zaczyk, a.g.e., §24, kn.122; Özgenç, a.g.e., s.584.

³⁴¹ Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.80; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.377.

³⁴² Roxin, AT II, §30, kn.309; Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.79; Rudolphi, SK, §24, kn.36; Zaczyk, a.g.e., §24, kn.122.

Aynı şekilde BGH kararlarına yansıyan olaylarda; kişinin yalan tanıklık yapması için anlaştığı birinin ismini mahkemede tanık olarak bildirmekten vazgeçmesi³⁴³ ya da kocasını öldürtmek isteyen kadının kocasını plana göre cinayetin gerçekleşeceği yere götürmekten vazgeçmesi³⁴⁴ halleri, henüz suçun teşebbüs aşamasına varmadığı kabul edilerek gönüllü vazgeçme kurumunun da kapsamı dışında kaldığı ifade edilmiştir. Bu gibi olaylarda suça iştirake ilişkin genel hükümler uygulanacaktır.

Benzer bir durum ise suç ortağının katkısını hazırlık hareketleri aşamasında ortadan kaldırmak yerine elverişsiz hale getirmesidir. Suçu tamamlamak için elverişli bir katkı sunan suç ortağının henüz icra hareketleri başlamadan katkısını elverişsiz hale getirmesi ile en baştan itibaren elverişsiz katkı sunulmuş olmasının arasında bir fark bulunmamakta olup her ikisi de katkının etkisiz kılınması sonucunu ortaya çıkarmaktadır ve gönüllü vazgeçme kurumunun uygulanması koşulları bulunmaksızın cezasızdır³⁴⁵.

2. Suçun Tamamlanmasında Suç Ortağının Katkısının Devamı

Suçta iştirak koşulları kapsamında her bir suç ortağı tarafından ortaya konan katkılar suç tamamlanıncaya kadar devam ettiği sürece her bir fail, nedensel katkısı neticenin oluşması bakımından kendisine isnat edilebilir olduğu takdirde gerçekleşen iştirak şekline göre suçun birlikte işlenmesinden sorumlu olmaktadır³⁴⁶. Gönüllü vazgeçmeye ilişkin genel kuralda olduğu gibi iştirak halinde işlenen suçlarda da suça katılanların icra hareketleri aşamasında icra hareketlerini bırakma suretiyle ya da neticenin önlenmesine yönelik çaba gösterme şeklinde gönüllü vazgeçmesi mümkündür. Ancak iştirak halinde işlenen suçlarda suça katılanın salt icra hareketini terk etmiş olması gönüllü vazgeçmeden yararlanmasına imkân vermez³⁴⁷.

³⁴³ BGHSt 4, 200.

³⁴⁴ BGH GA, 1974, 243.

³⁴⁵ Roxin, AT II, §30, kn.312; Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.83.

³⁴⁶ Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.76; Zaczyk, a.g.e., §24, kn.116.

³⁴⁷ Roxin, AT II, §30, kn.314

İştirak halinde işlenen bir suçun icra hareketleri aşamasında, suça katılanlardan birinin vazgeçme iradesine sahip olduğu durumda, salt suç ortaklığını terk etmesi gönüllü vazgeçmesi için yeterli değildir. Söz konusu suç ortağı, gerek hazırlık evresinde gerekse icra hareketleri aşamasında bu birlikteliğe nedensel bir katkı sağlamıştır ve bu katkı kendisi vazgeçme iradesini ortaya koyduğu takdirde bile suçun tamamlanmasına kadar etkisini gösterecek nitelikte ise iştirak iradesinden vazgeçmiş olmasının bir etkisi olmayacaktır. Suçun neticesi, nedensel süreç içerisinde ilgili suç ortağına isnat edilebilir şekilde meydana gelmişse, salt bu süreç içerisinde subjektif olarak katkının geri alınmasının bir önemi bulunmamaktadır ve suç ortağı katkısının türüne göre müşterek fail, azmettiren ya da yardım eden olarak suçun tamamlanmasından dolayı sorumlu olacaktır. Suç ortağı iştirak iradesinden vazgeçmiş olsa bile ortaya koyduğu nedensel katkı icra hareketleri sürecinde etkisini devam ettiriyorsa suça iştirakten vazgeçtiği sonucu çıkmayacaktır³⁴⁸.

Somutlaştırmak gerekirse, yukarıda vermiş olduğumuz örnekte iş yerini soymak için bir araya gelen A, B ve C; C'nin iş yerinin gizli kameraları, alarm sisteminin şifresi ve paraların bulunduğu gizli bölmeler hakkında verdiği bilgiler üzerine harekete geçiyor. Ancak C, A ve B'nin içeride olduğu sırada pişmanlık duyarak iştirak iradesinden vazgeçtiğini ortaya koyarak olay yerini terk ediyor. Ancak C'nin birlikteliğe koyduğu katkı nedensel süreçte hala etkindir ve suçun tamamlanmasına uzanan süreçte de C'nin salt vazgeçmiş olmasının bir etkisi olmayacaktır ve gönüllü vazgeçmeden yararlanamayacaktır.

Ancak şunu ifade etmek gerekir ki suçun tamamlanmasından önceki bir süreçte iştirak iradesinden vazgeçme, subjektif koşullardaki değişiklik nedeniyle iştirak türünde de değişime neden olabilmektedir. Örneğin en baştan planlanana göre müşterek faillik şeklinde işlenmeye başlanan hırsızlık suçunda, icra hareketlerine başlanıldığı sırada suç ortaklarından birinin vazgeçerek salt olay yerini terk ettiği durumda, birlikteliğe daha fazla iştirak etmese de gerek hazırlık hareketleri

³⁴⁸ Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.76; Claus Roxin, "Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer", Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, 274; Fischer, a.g.e., §24, kn.38; Zaczyk, a.g.e., §24, kn.116.

aşamasında gerekse icra hareketleri başladıktan sonra sunduğu katkıları suçun tamamlanmasına hizmet etmeye devam edecektir. Bu şekildeki bir vazgeçme suç ortağına gönüllü vazgeçme imkânı vermemekle birlikte müşterek fail olarak değerlendirilmesini önleyebilecek ve yardım eden olarak sorumluluğu doğacaktır³⁴⁹. Bu çerçevede yukarıda verdiğimiz örnekte, iş yeri hakkında bütün önemli bilgileri birlikteliğe sunarak suç planının buna göre yapılmasını sağlayan ve bizzat icra hareketleri aşamasına dahil olarak müşterek fail olarak hareket eden C'nin iştirak şekli, icra hareketleri sırasında vazgeçmesi halinde yardım eden olarak kabul edilmelidir.

BGH kararına konu olan bir olayda; A, bir bankayı soyamak için iki kadın ile anlaşır ve olay yerinin keşfi, kadınlardan birinin bankaya ulaşımını sağlamak için bisiklet çalınması gibi hususların gerçekleştirildiği hazırlıklara bizzat katılır. Ancak icraya başlayacakları sırada adam endişeye düşerek vazgeçmeye karar verir ve kadınlardan kız arkadaşı olan ve müşterileri silahla tehdit ederek korkutacak olanı da vazgeçmek için ikna etmeye çalışır. Bankaya da gitmeyip olay yerinden uzaklaşarak, plana göre kendi üzerine düşen kısım olan paraları çantaya koyma işini de yapmaz. Ancak iki kadın, A olmaksızın banka soygununu gerçekleştirirler. BGH bu olayda gönüllü vazgeçmenin mümkün olmayacağını belirtmiştir. Çünkü A hazırlık aşamasındayken vazgeçme iradesini ortaya koymuş olmasına rağmen, birlikteliğe sunduğu katkıyı tam olarak ortadan kaldırmamış olması sebebiyle cezasızlıktan yararlanamayacağı ifade edilmiştir. BGH, A'nın suç ortaklığına sunduğu katkıyı kısmen ortadan kaldırdığını, suçun planlanma, olay yerinin keşfinin yapılması ve bisikletin çalınması suretiyle sunduğu katkıların ise suçun tamamlanmasına kadar etkisini sürdürdüğü tespitini yapmış ve A'nın geri çekilmesini göz önünde bulundurarak yardım etme nedeniyle mahkumiyetine karar vermiştir³⁵⁰.

Bu yöntem *Backmann* tarafından eleştirilmiştir. Backmann, gerekçe olarak “tehlike hâkimiyeti” (*die Gefährherrschaft*) olgusundan hareket etmektedir. Buna

³⁴⁹ Roxin, AT II, §30, kn.314; Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.77.

³⁵⁰ BGHSt 28, 346.

göre; tehlike hakimiyetine sahip olma, yani vazgeçen suç ortağının vazgeçmeden evvelki katkısı olmaksızın suçun tamamlanmayacağı kesin ise, yani planın gerçekleştirilmesi için son ve nihai karar onun elinde ise bu vazgeçme cezasızlıkla karşılanmalıdır. Backmann, söz konusu olayda da şartların böyle olduğunu ancak A'nın hakimiyetinin öngörülemez biçimde elinden çıktığını ve olayın akışının tesadüfe dayandığını ifade etmiştir. Bu durumda A'nın cezasızlıktan yararlanması gerektiğini ileri sürmüştür³⁵¹. Ancak bu görüş, suça katılanın vazgeçmeden faydalanabilmesi için öngörülen kanuni koşullara uymaması ve kanunen öngörülme bir kavram olan “tehlike hakimiyetine” dayanması sebebiyle eleştirilmiştir. Ayrıca suç politikası gereği de, başarıya ulaşmış bu suç nedeniyle cezasızlığın kabul edilmesi mümkün görülmemektedir. Çünkü A, suçun işlenmesini önlemeye yönelik bir harekette bulunmamıştır. A, kız arkadaşını zor kullanarak engelleme imkanını ya da banka görevlilerine haber verme imkanını değerlendirerek kanun koyucunun verdiği cezasızlık imkanından yararlanma şansını kullanamamıştır³⁵².

Suç ortağının vazgeçme iradesini ortaya koyduğu ve fakat hayata geçiremediği durumlara ilişkin ise farazi bir örnek Almanya’da tartışılmıştır. Örneğe göre müşterek fail olarak hareket eden A, B ve C, bir suikast gerçekleştirmek amacıyla bir bomba hazırlarlar ve plana göre A bombayı yerleştirir. Fakat A daha sonra tereddüt eder ve bombayı etkisiz hale getirmeye karar verir. Bunun üzerine B ve C, A’yı bağlayarak bombayı etkisiz hale getirmesini önleyerek bombanın patlamasını sağlarlar³⁵³. Burada A'nın meydana gelen ölümlerden müşterek fail olarak sorumlu olacağı, gönüllü vazgeçmenin gündeme gelmeyeceği ifade edilmektedir³⁵⁴. Çünkü sonuç olarak A, suçun tamamlanması bakımından katkısını etkisizleştirmiş değildir. Bu nedenle A'nın katkısını etkisizleştirmişçesine kabul edilerek iştirak statüsünün yardım eden olarak hafifletilmesi dahi makul

³⁵¹ Leonard Backmann, “Strafbarkeit des vor Tatbeginn zurückgetretenen Tatbeteiligten wegen vollendeter Tat?”, JuS, 1981, s.336 vd.

³⁵² Roxin, AT II, §30, kn.317-318.

³⁵³ Roxin, AT II, §30, kn.326.

³⁵⁴ Theodor Lenckner, “Probleme beim Rücktritt des Beteiligten”, Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, Walter de Gruyter, Berlin, 1973; s.291; Roxin, AT II, §30, kn.327.

görülmemektedir. Aksi görüşte olan Otto'ya göre ise, A'nın neticenin gerçekleşmesi bakımından sorumluluğu bulunmamaktadır. Otto bu sonuca “*isnadiyet ilişkisinden*” (*der Zurechnungszusammenhang*) hareket ederek ulaşmıştır. Ona göre; vazgeçmek isteyen suça ortağının (olayda A) olay üzerindeki hâkimiyetinin, gerçekleşmesi muhtemel sonucun riskleri hakkında bilgisi olan birisi tarafından ortadan kaldırılması, onun katkısı ile netice arasındaki isnadiyet ilişkisini de ortadan kaldıracaktır. Çünkü bu kişinin katkısını etkisiz hale getirme imkânı elinde olmayan sebeple imkânsız hale getirilmiştir. Bu doğrultuda neticeyi önlemek için ciddi çaba gösterdiğini kabul ettiği A'nın gönüllü vazgeçme imkânından yararlanabileceğini, çünkü suçun onun katkısından bağımsız olarak işlendiğini ileri sürmektedir³⁵⁵.

Otto'nun bu olayın çözümü konusundaki görüşleri eleştirilmiştir. Gönüllü vazgeçme kurumunu uygulanmasında genel ilke; iştirak halinde işlenen ya da tek başına işlenen suçlar olsa da faile/suç ortağına isnat edilebilir bir neticenin olduğu hallerde vazgeçmenin mümkün olamayacağıdır. Tartışılan örnekte de A'nın yaratmış olduğu tehlikeye dayanan netice gerçekleşmiştir ve bu açıdan isnadiyetin varlığı şüphesizdir. Dolayısıyla başarısız olmuş bir vazgeçme çabasının da ödüllendirilmesi hakkaniyete uygun düşmeyecektir. Roxin, bu farazi olayı yine bir olasılık ile karşılaştırarak Otto'nun çözümünün uygun olmayacağını belirtmiştir. Roxin verdiği örnekte; A'nın baygınlık geçirmesi nedeniyle bombayı etkisiz hale getirme imkânından yoksun kalması durumu ile A'nın üçüncü kişi tarafından engellenmesi nedeniyle bombayı etkisiz hale getirememesi durumlarının, Otto'nun çözümüne göre farklı sonuçlara ulaştıracağı üzerinde durmuştur³⁵⁶. İlk durumda A gönüllü vazgeçme imkânına sahip olmayacak ancak ikinci durumda cezasızlıkla ödüllendirilerek adil olmayan sonuçlara ulaşılacaktır. Halbuki her iki durumda da suçun işlenmesine sunulan katkı, neticenin gerçekleşmesi bakımından isnat edilebilir durumdadır. Kaldı ki StGB §24/2 bakımından da bu çözüm ikna edici görülmemektedir. Çünkü A'nın katkısı, suçun tamamlanması bakımından en temel etkendir ve kanun bu aşamadaki suç ortağının vazgeçmeden yararlanabilmesi bakımından suçun onun katkısından

³⁵⁵ Harro Otto, “Versuch und Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten”(Teil 2), JA, 1980, s.709, 717.

³⁵⁶ Roxin, AT II, §30, kn.328.

bağımsız olarak işlenmesi koşulunu da öngörmüştür ki olayda bizzat A'nın katkısının etkinliği hükmün uygulanmasını da engellemektedir³⁵⁷.

3. Suç Ortağının Suçun Tamamlanmasına Yönelik Kastının Olmaması

Suçta iştirakten dolayı suç ortağının sorumluluğunun doğması, suç ortağının suça iştirak konusunda iradesini ortaya koymasına bağlıdır. Suça iştirak kastı olmayan kimsenin ilgili suç bakımından suç ortağı olarak kabulü mümkün değildir. Suç ortağının iştirake yönelik kastının, suçun icra hareketlerine geçilmesinden önce – hazırlık hareketleri aşamasında – veya en geç icra hareketlerinin gerçekleştirildiği sırada ortaya konmuş olması ve suçun icrası süresince mevcut olması gerekmektedir. Ancak bu şartın varlığı halinde iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme kurumunun uygulanması söz konusu olabilir³⁵⁸. Bu çerçevede suç ortağının suçun tamamlanması bakımından kastının bulunmadığı olaylarda iştirakten de vazgeçtiğini söylemek mümkün olmayacaktır.

BGH “gizli soruşturmacı” düzenlemesinden yola çıkarak vermiş olduğu bir kararda, suç ortağının zehri, zararsız ve suçun başarıya ulaşması bakımından etkisiz olan bir madde ile değiştirerek faile bilinçli olarak vererek suçun teşebbüs aşamasında kalmasını sağlayacak şekilde hareket ettiği olayda, suç ortağında suçun tamamlanmasına yönelik kast bulunmaması sebebiyle iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükme başvurmaya gerek olmadığını belirtmiştir³⁵⁹.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi ilk başta iştirak iradesi ile hareket eden suç ortağının, sonradan – fakat halen hazırlık aşamasında iken katkısını elverişsiz hale getirmesi halinde de aynı şekilde hareket edilmektedir. Örneğin yardım edenin, faile verdiği tüfeğin dolu fişeklerini daha sonradan failden habersiz manevra fişegi ile değiştirmesi halinde ya da hırsızlık suçunun işlenmesine yardım edenin suçun

³⁵⁷ Roxin, AT II, §30, kn.329; Lenckner, a.g.m., s.293.

³⁵⁸ Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.379; Gropp, a.g.e., §10, kn.129 vd.; Zaczek, a.g.e., §24, kn.123.

³⁵⁹ BGHSt 39, 236; Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.83; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.380.

işlenmeye başlanmasından önce hırsızlık yapılacak olan yere polis göndermesi hallerinde suç ortağı suçun tamamlanmasına yönelik kastının olmadığını göstererek gönüllü vazgeçmenin de uygulanabilme alanından çıkmıştır³⁶⁰.

Hata halinin söz konusu olduğu durumları değerlendirmek gerekirse, hatanın kastı kaldıran etkisi sorumluluğun belirlenmesinde belirleyici olmaktadır. Başta belirttiğimiz gibi suça iştirak için iştirak iradesi ile birlikte işlenmek istenen suçun tamamlanmasına yönelik kastın varlığı gerekmekte olup, iştirak iradesinden vazgeçen suç ortağı, bu iradesini katkısını geri almak suretiyle ortaya koyduğu sırada olası hatası sebebiyle genel kurala göre bundan yararlanabilecektir. Yani suç ortağı, katkısını geri aldığını düşünmesine rağmen suç onun katkısının de etkisiyle tamamlanmış ise burada hata halinin kastı kaldıran fonksiyonunu değerlendirmek gerekecektir. Yukarıdaki örnekler üzerinden konuyu somutlaştırmak gerekirse, zehir ile zararsız bir maddeyi değiştiren suç ortağı; yanlışlıkla zararsız olduğunu düşündüğü madde olarak yine zehirli bir madde koyması sonucunda suçun tamamlanması halinde, kendisinin suçun tamamlanması yönünde kastı bulunmaması sebebiyle suça iştirak ettiği söylenemeyecektir³⁶¹.

İştirak kastının gereği olarak belirtmemiz gereken önemli husus ise; iştirak iradesinden vazgeçen suç ortağının bu iradesini katkısını ortadan kaldıracak şekilde ortaya koymasıdır. Yani suça iştirak kastından vazgeçen potansiyel suç ortağının kastını ortadan kaldırması yeterli olmayıp, yukarıdaki başlıkta da belirttiğimiz üzere o ana kadar sunmuş olduğu bir katkı varsa, bunun suçun icrası sürecine uzanmamasına da dikkat etmesi gerekmektedir³⁶². Vazgeçen suç ortağı, manevi unsurun yanında maddi unsura ilişkin de katkısını ortadan kaldırmalıdır. Tabi ki bu husus, suçun tamamlanabilmesi sürecinde etkin rolü olan bir katkı söz konusu olduğu hallerde geçerlidir. Suçun tamamlanmasına yönelik nedensel süreç içerisinde etkin bir katkısının varlığı halinde, suç ortağının vazgeçebilmesi ancak iştirak halinde

³⁶⁰ Lenkner, a.g.m., s.284; Claus Jürgen Gores, Der Rücktritt des Tatbeteiligten, Duncker & Humblot, Berlin, 1982, s.23; Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.83; Zaczyk, a.g.e., §24, kn.123.

³⁶¹ Roxin, AT II, §30, kn.313; Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.84; Lenckner, a.g.e., s.284.

³⁶² Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.382; Haft, JA, s.306; Gores, a.g.e., s.27; Otto, JA, s. 707 vd.; Zaczyk, a.g.e., §24, kn.123.

işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme koşullarının sağlanması halinde mümkün olabilecektir³⁶³.

C. İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçmeden Yararlanabilme Alternatifleri

Yukarıda belirtilen haller dışında olmak üzere, iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme, suç ortağının katkısının işlenmek istenen suçta etkin olduğu ve kendisinin de kasten hareket ettiği hallerde uygulanabilir. Ayrıca işlenmek istenen suçun icra hareketleri aşamasında mı olduğu yoksa icra hareketlerinin tamamlanmasından sonraki aşamada mı olduğu arasında bir fark bulunmamaktadır. İştirak halinde işlenen suçlarda, suçun başarıya ulaşma şansı tek başına işlenen suçlardakine göre daha yüksek olmakla birlikte, suç yolunda birden fazla kişinin etkisinin varlığı tek bir suç ortağının olayın akışındaki kontrolü sağlamakta da zorluğu aynı oranda yüksektir. Bu nedenle işlenmek istenen suçtan vazgeçmek isteyen suç ortağı, tek başına işlenen suçlardaki faile göre daha fazla yükümlülük altındadır. Bu suç ortağının, salt kendi payına düşen icra hareketini yapmayı terk etmesi yeterli olmayıp, işlenmekte olan suçun hangi aşamasında olursa olsun diğer suç ortaklarını da vazgeçirmeye yönelik çaba göstermesi beklenmektedir. Çünkü bu suç ortağı da, her ne kadar sonradan vazgeçme yönündeki iradesini göstermiş olsa da baştan ortaklığa sunmuş olduğu katkı ile suçun başarıya ulaşma şansını yaratmıştır³⁶⁴.

TCK m.41 düzenlemesinde, iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeden faydalanılabilecek üç alternatif öngörülmüştür. Bunlar; suçun tamamlanmasını ya da neticenin gerçekleşmesini önleme (TCK m.41/1), vazgeçenin önlemeye yönelik gayretinin varlığına rağmen suçun başka bir sebep nedeniyle işlenmemiş olması (TCK m.41/2-a) ve suçun vazgeçenin gayretine rağmen işlenmiş olması (TCK m.41/2-b) halleridir.

³⁶³ Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.82; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.381.

³⁶⁴ Gores, a.g.e., s.165; Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.85.

1. Suçun Tamamlanmasını ya da Neticenin Gerçekleşmesini Önleme

a. Teşebbüs Edilen Suçun Tamamlanmasını ya da Neticenin Gerçekleşmesini Önleme

İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeye ilişkin düzenlemede (TCK m.41/1), suç ortağının kastının kapsamındaki suçun tamamlanmasını önlemek suretiyle gönüllü vazgeçme imkanının sağladığı cezasızlığı elde edebileceği genel olarak düzenlenmiştir. Burada cezasızlığın elde edilmesi, suç ortağının suça olan katkısının niteliğinden bağımsız olarak kabul edilmektedir. Suç ortağının suçun işlenmesine olan katkısı ne kadar yüksek oranda olursa olsun tamamlanmanın önlenmesini sağladığı takdirde cezasızlığı elde edebilecektir. Ancak şunu belirtmek gerekir ki vazgeçen suç ortağı, tamamlanmanın önlenmesine yönelik iradi bir hareket içerisinde olmalıdır. Tamamlanmanın önlenmesi yanlışlık sonucu vuku bulmuşsa gönüllü vazgeçmeden bahsedilemeyecektir³⁶⁵.

Gönüllü vazgeçmeden yararlanması için suçun tamamlanmamasında vazgeçmek isteyen suç ortağının önlemeye yönelik katkısının nedensel etkisinin varlığı gerekmektedir. Tamamlanmama ve suç ortağının vazgeçmesinin nedensel etkisinin gerekliliği, suç ortağının hangi tür iştirak statüsünde olduğundan bağımsızdır. Müşterek fail veya yardım eden, ortaklığa sunduğu katkıyı geri çekerek suçun tamamlanmasını imkânsız hale getirirse ya da azmettiren, azmettirdiği kişi suçu tamamlamadan önce geri çevirerek onu vazgeçmeye ikna ederse gönüllü vazgeçmenin uygulanabilmesi mümkün olabilecektir³⁶⁶.

Söz konusu düzenlemede önem arz eden “önleme” kavramı, müstakil olarak işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmedeki “önleme” kavramı ile benzerlik göstermekle

³⁶⁵ Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e., §50, kn.105; Gores, a.g.e., s.162; Zaczky, a.g.e., §24, kn.98; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.394-395.

³⁶⁶ Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e., §50, kn.108; Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.88; Otto, JA, s. 709; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.400; Fischer, a.g.e., §24, kn.40a.

birlikte aynı anlamda kullanılmamaktadır. Buradaki önlemenin daha geniş bir anlamı kapsadığını ifade etmeliyiz. Aralarındaki farklılık, dayanak noktalarından kaynaklanmaktadır. Müstakil fail olarak işlenen suçlarda önleme kavramının içeriğini vazgeçme performansı doldururken; iştirak halinde işlenen suçlarda suç ortaklarının performansı ve bunlar arasındaki ilişki doldurmaktadır. Suç ortağının ihmali hareketi de dahil suçun tamamlanmasını önleyen her davranış biçimi önleme olarak kabul edilmektedir. Ancak önemli olan önleme hareketinin etkin olması olup bu çerçevede ne sadece önleme düşüncesi ne de sadece çaba yeterli görülmemektedir³⁶⁷.

Önceki açıklamalarımızda birden çok suç ortağı ile birlikte işlenen suçlardaki tehlikeliliğin yüksekliği nedeniyle kanun koyucunun iştirak halinde işlenen suçlarda cezasızlıkla sonuçlanan gönüllü vazgeçme imkânının, müstakil olarak işlenen suçlardaki gönüllü vazgeçmeye göre daha ağır koşullarla düzenlediğini belirtmiştik. Burada vazgeçmek isteyen suç ortağının, işlenmekte olan suçun icra hareketlerini tek başına terk etmesi yeterli görülmemektedir. Vazgeçen suç ortağının gönüllü vazgeçmeden faydalanabilmesi için diğer suç ortaklarıyla birlikte icrasına başladıkları suçun tamamlanmasını, sunduğu katkıyı sonlandırarak ve o ana kadar sunmuş olduğu katkıyı da tamamıyla geri alarak önlemeyi sağlamalıdır³⁶⁸. Ayrıca şunu özellikle belirtmemiz gerekir ki; suç, diğer suç ortakları tarafından da onun katkısı olmadan tamamlanamayacak durumda olmalıdır³⁶⁹.

Suçun tamamlanmasını önleme bakımından vazgeçen suç ortağının bu şekildeki hareketleri yeterli olmuyorsa, ondan beklenen suçun tamamlanmasını önlemeye yönelik aktif davranışta da bulunmasıdır. Önemli olan suçun tamamlanmasının önlenmesi olup, vazgeçen suç ortağının bunu ne şekilde sağladığının bir önemi bulunmamaktadır. Önlemeye yönelik hareketinin nedensel olması yeterlidir³⁷⁰. Bu çerçevede suç ortağının gönüllü vazgeçme olarak kabul

³⁶⁷ Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.89; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.400; Hans Kudlich, “Grundfälle zum Rücktritt vom Versuch, JuS, 1999, 350; Zaczyk, a.g.e., §24, kn.98.

³⁶⁸ Lenckner, a.g.m., s.297; Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.88.

³⁶⁹ Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e., §50, kn.111; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.393-394.

³⁷⁰ Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.88; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.396.

edilen hareketlerinden şu şekilde örnekler verebiliriz: iştirak halinde işlenen dolandırıcılık suçunda vazgeçen suç ortağının mağduru uyarak aldanmasını önlemesi³⁷¹; suç ortağının yalan tanıklık edeceği sırada yanlış bilgileri vaktinde düzeltmesi³⁷²; vazgeçen suç ortağının diğer ortakları polise bildirmekle korkutarak suçun işlenmesini önlemesi³⁷³; vazgeçen suç ortağının, mağduru öldürmek için kullanılacak zehri mağdura verilmeden önce imha etmesi³⁷⁴; sahte belge ile mağdurun malvarlığını ele geçirmeye çalışan suç ortaklarından sahte belgeyi hazırlayan suç ortağının belgeyi geri alarak imha etmesi ile mağdurun malvarlığında zararın olmasına engel olma³⁷⁵; suç ortağının, mağduru öldürmek için diğer suç ortaklarına tedarik etmesi gereken zehrin ilave miktarını tedarik etmekten kaçınması³⁷⁶; icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra neticenin gerçekleşmesini önlemek için üçüncü kişileri de devreye sokarak tıbbi yardımın sağlanmasına neden olma³⁷⁷. Ayrıca şunu da söylemek gerekir ki, suç ortağının suç ortaklığını terk etmesine rağmen suç işlenmeye devam edilmiş fakat sonrasındaki gelişmeler vazgeçen suç ortağına isnat edilemeyecek neticelere neden olmuşsa, bu durumda da nedensel süreçteki önemli farklılaşma suç ortağının gönüllü vazgeçmesine engel bir durum teşkil etmeyecektir.

Aşağıda vazgeçen failin iştirak statüsüne göre gönüllü vazgeçmeye ilişkin düzenlemenin ne şekilde uygulanacağı incelenecektir.

(1) Dolaylı Fail

Bir suçun; arka plandaki bir kişi tarafından, suçun icra hareketlerini gerçekleştiren kişi üzerinde hâkimiyet kurularak onu araç olarak kullanmak suretiyle dolaylı faillik şeklinde işlenmesi halinde gönüllü vazgeçmenin gündeme gelebilmesi

³⁷¹ BGHSt, 38, 223.

³⁷² BGHSt, 4, 172.

³⁷³ Zaczky, a.g.e., §24, kn.99.

³⁷⁴ Zaczky, a.g.e., §24, kn.99.

³⁷⁵ BGHSt 47, 358.

³⁷⁶ Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.89; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.400; Otto, AT, §19, kn.68.

³⁷⁷ Gores, a.g.e., s.163; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.399; BGHSt 41, 10.

için elbette tüm iştirak formlarında olduğu gibi öncelikle suçun aracı kişi tarafından icra hareketleri aşamasına geçmiş olması gerekmektedir.

Öncelikle araç olarak kullanılan kişi açısından incelediğimizde; araç kişi, suçun icra hareketlerine başladıktan sonra kendisi karar alarak icra hareketlerini yapmaktan vazgeçer ve suçun tamamlanmasını önlerse, gönüllü vazgeçmesine ilişkin sonuçlar yalnızca bu araç kişi üzerinde doğacaktır. Yani suçun tamamlanmasının önlenmesi araç kişiye dayandığı takdirde, cezayı kaldıran şahsi sebepten sadece kendisi faydalanabilecektir³⁷⁸.

Arka planda olan dolaylı failin gönüllü vazgeçmesi bakımından değerlendirdiğimizde, dolaylı failin gönüllü vazgeçmeden faydalanabilmesi için suçun tamamlanmasını aracı vasıtasıyla önlemesi gerekecektir. Tamamlanmanın önlenmesi daha çok dolaylı failin aracı kişi ya da olayın akışı üzerindeki aktif müdahalesi ile sonuç verebilecektir, ancak somut olayın özelliklerine göre ihmali hareketin de kafi gelebileceği haller söz konusu olabilir³⁷⁹.

Bu noktada şunu söyleyebiliriz ki dolaylı failin gönüllü vazgeçmesi, müstakil şekilde suç işleyen fail ile benzerlik göstermektedir. Dolaylı failin suçun işlenmesinde kullandığı araç, müstakil failin kullandığı bir suç aleti yerine bir kişidir. Dolaylı fail bir kişiyi suç aleti olarak kullanmaktadır ve bu kişinin suçun işlenmesi sırasındaki fiilleri dolaylı faile isnat edilebilmektedir.

(2) Müşterek Fail

Suçun birden çok fail ile müşterek faillik şeklinde işlenmesi söz konusu olabilir. Müşterek faillik şeklinde işlenen suçta gönüllü vazgeçme farklı şekillerde karşımıza çıkabilir. Öncelikle müşterek faillerin ortak bir karar alarak tamamının gönüllü vazgeçmesi de söz konusu olabilir. Bu durumda eğer suç henüz icra hareketleri aşamasında ise icra hareketlerinin terk edilmesi suretiyle TCK m.36'ya

³⁷⁸ Zaczek, a.g.e., §24, kn.100; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.454.

³⁷⁹ Jescheck/Weigend, a.g.e., s.551; Zaczek, a.g.e., §24, kn.100; Scheurl, a.g.e., s.133.

göre; icra hareketleri tamamlanmış ise her biri neticenin gerçekleşmesini önlemek suretiyle gönüllü vazgeçmeden yararlanabilirler³⁸⁰.

Birlikte suç işleme kararı ile bir araya gelen ve fiil üzerinde hâkimiyet sağlayan müşterek faillerden birisinin gönüllü vazgeçmek istemesi söz konusu olabilir. Bu halde gönüllü vazgeçme nedeniyle cezayı kaldıran şahsi sebep, yalnızca gönüllü vazgeçen müşterek fail için sonuç doğuracaktır. Müşterek faillik, bir sınırlama olmaksızın TCK m.41 düzenlemesinin kapsamına giren iştirak biçimidir. Ancak gönüllü vazgeçmek isteyen müşterek failin suçun işlenmesine olan katkısı ve birliktelikteki konumu, onun cezasızlığı ne şekilde elde edebileceğini belirleyici durumdadır.

Bazı durumda müşterek faillerden birinin katkısı, suçun işlenebilmesi için elzem olup, onun katkısı olmaksızın suçun tamamlanma imkânı bulunmamaktadır. Bu durumdaki bir müşterek fail, suçun henüz icra hareketleri aşamasında iken gönüllü vazgeçmek isterse, üzerine düşen katkıyı yerine getirmeyerek, icra hareketlerini terk etmek suretiyle gönüllü vazgeçme imkânından faydalanabilecektir³⁸¹. Bu koşullarda müşterek fail, müstakil fail gibi konumlanmış olup, TCK m.41 yerine TCK m.36 düzenlemesinin uygulanması mümkün olacaktır. Müşterek faillerden birisinin gönüllü vazgeçmesi nedeniyle suçun tamamlanamamış olması, yukarıda belirttiğimiz gibi sadece bu müşterek fail bakımından sonuç doğuracak olup, cezalandırılmayacaktır. Diğer müşterek failler, suçun icra hareketleri aşamasına girmiş olmaları sebebiyle cezalandırılabilir teşebbüs alanına dahil olmuşlardır ve bu ana kadar da vazgeçme iradelerini ortaya koymadıkları için suçu işlemek istemelerine rağmen, diğer müşterek failin suç ortaklığını terk etmesi nedeniyle suç tamamlanamamıştır ve bu nedenle suça teşebbüs nedeniyle sorumlulukları doğacaktır.

³⁸⁰ Roxin, AT II, §30, kn.308; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.367; Zaczyk, a.g.e., §24, kn.101.

³⁸¹ Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e., §50, kn.110; Lenckner, a.g.m., s.281; Gores, a.g.e., s.165; Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.89; Rudolphi, SK, §24, kn.39; Zaczyk, a.g.e., §24, kn.101; Scheurl, a.g.e., s.77.

Müşterek faillerden herhangi birinin icra hareketleri aşamasında gönüllü vazgeçmesine rağmen, diğer müşterek failler suç yolunda devam etmeye yönelik iradelerini sürdürebilirler. Müşterek faillerin suç ortaklığındaki payları, birlikte belirledikleri suç planına göre karşılıklı münferit katkılardan oluştuğu bu gibi durumlarda gönüllü vazgeçme için yalnızca TCK m.41 uygulanabilecektir. Bu durumda suç ortaklığını terk eden müşterek failin sadece terk yönündeki iradesini göstermesi, gönüllü vazgeçmeden yararlanması için yeterli olmayacaktır. Öncelikle yapması gereken, suç ortaklığına sunduğu katkıyı ileriye dönük olarak etkisiz hale getirmek olmalıdır. Ayrıca gönüllü vazgeçen müşterek fail, suçun diğer müşterek faillerce tamamlanmasını önlemek için çaba göstermelidir³⁸². Bu koşulların varlığı halinde, aşağıdaki başlıklarda inceleyeceğimiz üzere gönüllü vazgeçen müşterek failin TCK m.41/2 düzenlemesi çerçevesinde gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi mümkün olabilmektedir.

Müşterek failin icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra gönüllü vazgeçmesi için uygulanacak olan düzenleme de TCK m.41'dir. Bu halde gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için müşterek failden beklenen, aktif davranışlarla neticenin gerçekleşmesini önlemeye yönelik hareket etmesidir. Bu aşamada gönüllü vazgeçmenin uygulanabilirliği, gösterilen çabanın niteliğine bağlıdır.

(3) Yardım Eden

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, yardım edenin suça iştirak nedeniyle sorumluluğu, suçun faili tarafından icra hareketlerine başlamış olması ile doğacaktır. Ancak yardım eden için hazırlık hareketleri aşaması gönüllü vazgeçme bakımından özellik gösteren bir aşama olarak kabul edilebilir. Kural olarak hazırlık hareketleri aşamasında vazgeçme, henüz ortada teşebbüs olmadığı için anlamlı olmayıp, gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanabileceği bir alan değildir. Ancak gönüllü vazgeçen, yardım eden statüsünde ise TCK m.41 uygulanabilirliği birkaç hususun değerlendirmesine bağlıdır. Yardım edenin vazgeçtiği aşama ile sunduğu ya da

³⁸²

Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.367.

sunmayı vadettiği katkının suç ortaklığına ne ölçüde yansıdığı önem taşıyan hususlardır.

Yardım eden hazırlık hareketleri aşamasında suç ortaklığında yer alma iradesini ortadan kaldırmış ve suç ortaklığına sunduğu/sunacağı katkıyı tamamen etkisiz hale getirmiş olabilir. Bu durumda yardım edenin gönüllü vazgeçeceği bir teşebbüs hali söz konusu olmadığından, TCK m.41'in gündeme gelmesi de söz konusu olmayacaktır. Diğer suç ortaklarınca suçun icra hareketlerine başlanmış olması gönüllü vazgeçen yardım edenin sorumsuzluğuna bir etki etmeyecektir³⁸³.

Aynı şekilde yardım edenin, suç ortaklığına dahil olup icra hareketleri başladıktan sonra gönüllü vazgeçerek, katkısını etkisiz hale getirmenin ötesinde icra hareketlerinin tamamlanmasını önlemesi halinde TCK m.41'e göre gönüllü vazgeçmiştir ve sorumlu olmayacaktır³⁸⁴.

Yardım edenin hazırlık aşamasında vazgeçmesinde, katkısını ileriye yönelik etkisiz hale getirememiş olması farklılık göstermektedir. Yardım eden henüz hazırlık aşamasında iken vazgeçme iradesini ortaya koymuş, ancak suç ortaklığına sunduğu/sunacağı katkıyı etkisiz hale getir(e)memiş ve suçun icra hareketlerine başlanmış ise vazgeçen yardım eden için TCK m.41'in uygulanması gündeme gelecektir.

TCK m.41 çerçevesinde yardım eden, suç ortaklığına sunduğu katkının somut olaydaki etkisine göre aktif veya pasif davranışı ile suçun tamamlanmasını engelleyerek gönüllü vazgeçebilir. Sunulan katkının suçun işlenmesindeki nedensel etkisini kaldırması esas olup, bunun aktif veya pasif davranışla sağlaması önem taşımamaktadır³⁸⁵. Yine yardım eden suçun tamamlanmasını bizzat kendi

³⁸³ Lenckner, a.g.m., s.296; Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.88; Zaczyk, a.g.e., §24, kn.102; Fischer, a.g.e., §24, kn.41.

³⁸⁴ Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e., §50, kn.111; Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.89.

³⁸⁵ Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e., §50, kn.110; Lenckner, a.g.m., s.295; Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.89; Rudolphi, SK, §24, kn.39; Otto, a.g.e., §19, kn.68; Kudlich, a.g.m., s.450; Zaczyk, a.g.e., §24, kn.101.

faaliyetleriyle önleyebileceği gibi üçüncü kişileri devreye sokarak da bunu sağlayabilir³⁸⁶.

(4) Azmettiren

Bağlılık kuralı gereği azmettirenin gönüllü vazgeçmesinin mümkün olabilmesi için azmettirdiği kişinin, azmettirdiği suçun icra hareketlerine başlamış olması gerekmektedir. Ancak bu noktadan sonra gerek azmettiren gerekse azmettirilen kişinin gönüllü vazgeçmesi söz konusu olabilir. İcra hareketlerinin başlamasından sonra, azmettiren ile azmettirilen kişilerin gönüllü vazgeçmesi hallerini ayrı ayrı belirtmek gerekirse; azmettirilen, yani suçun icra hareketlerini bizzat gerçekleştiren failin gönüllü vazgeçmesinin koşulları müstakil fail gibi TCK m.36'ya göre değerlendirilecektir. Kurumun hukuki niteliği gereği de gönüllü vazgeçmenin hukuki sonucu sadece azmettirilen kişi üzerinde doğacaktır. Bu durumda azmettirenin, azmettirdiği suça ilişkin teşebbüs nedeniyle sorumluluğu doğacaktır.

Azmettirenin gönüllü vazgeçme suretiyle sorumluluktan kurtulabilmesi içinse sessiz kalması yeterli olmayacak, suçun tamamlanmasını, suç işleme kararı verdirdiği azmettirdiği kişiyi bu kararından vazgeçirmesi suretiyle önlemesi gerekmektedir³⁸⁷. Azmettirenin azmettirdiği kişiyi icra hareketlerine devam etmekten vazgeçirmesi ya da suçun tamamlanmasını önlemeye yönelik diğer imkanları harekete geçirmesi yönünde başarılı olması halinde, gönüllü vazgeçmeden faydalanabilecektir. Ancak azmettiren, azmettirdiği kişiyi kararını değiştirmesi konusunda ikna edemez ya da azmettirilen görünüşte vazgeçmiş gibi görünürse, bu durumda azmettirenin teşebbüs nedeniyle ya da suçun tamamlanması halinde tamamlanması nedeniyle sonuçtan sorumluluğu doğacaktır. Azmettirenin suçun tamamlanmasının önlenmesi konusunda azmettirdiği kişiyi etkileme gücü bulunmadığı takdirde gönüllü vazgeçmeden ancak neticenin gerçekleşmesini önleme

³⁸⁶

Roxin, Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer, s.280.

³⁸⁷

Kühl, a.g.e., §20, kn.265; Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.88.

konusunda başarılı olması ya da bütün önleme gayretine rağmen suçun neticesinin gerçekleşmiş olması halinde yararlanabilir. Bu durumda azmettirilen kişinin teşebbüs ya da suçun tamamlanması nedeniyle sorumluluğunda bir değişiklik olmayacaktır³⁸⁸.

b. Başka Bir Suçun İşlenmesi Halinde Gönüllü Vazgeçmenin Etkisi

Suç ortağının baştan beri katkısını sunduğu planlanan suçun tamamlanmasını gönüllü vazgeçmesi suretiyle önlemesi ile birlikte sorumluluğu o noktada sona erecektir. Gönüllü vazgeçen suç ortağının, ortaklığı terk etmesinden sonra geriye kalan suç ortağının/ortaklarının bir suç işlemesi söz konusu olursa, bu suç “başka bir suç” olarak kendisini gösterecek ve gönüllü vazgeçen suç ortağının bu yeni suç nedeniyle sorumluluğuna gidilemeyecektir³⁸⁹. Örneğin hırsızlık suçu için anlaşmış suç ortaklarından birisinin gönüllü vazgeçmesi nedeniyle hırsızlık suçunun işlenmemesi, fakat bunun yerine geriye kalan suç ortaklarının hırsızlık suçunun mağduruna yönelik nitelikli bir yaralama suçu gerçekleştirmek suretiyle hırsızlık suçunu işlemeye çalışmaları halinde gönüllü vazgeçen suç ortağının yağma suçu nedeniyle sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Benzer başka bir örnekte; A ve B müştereken hırsızlık suçu işlemek için anlaşır. A, anlaşılan günde olay mahallinde iken plana göre üzerine düşen katkıyı yerine getirmeyerek ya da sunduğu katkıyı geriye çekerek hırsızlık suçunun işlenmesini önleyerek gönüllü vazgeçmeden yararlanır. Bunun üzerine B’nin ertesi gün tek başına hareket ederek evvelden çalmak istedikleri parayı mağduru kandırarak dolandırıcılık suçu işleyerek elde etmesi durumunda da A’nın sorumsuzluğu etkilenmeyecektir. Çünkü A, beraber işlemek için B ile anlaştığı suçun tamamlanmasını önlemiş olup, bu aşamadan sonrasının onun “önleme sorumluluğu” kapsamında olmadığını söylemeliyiz.

³⁸⁸ Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e., §50, kn.106; Baumann/Weber/Mitsch, a.g.e., §27, kn.42; Zaczyk, a.g.e., §24, kn.103.

³⁸⁹ Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e., §50, kn.95; Roxin, AT II, §30, kn.345; Gores, a.g.e., s.217; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.405; Zaczyk, a.g.e., §24, kn.105.

Gönüllü vazgeçen suç ortağının suç ortaklığından ayrılmasından sonra işlenen suçun ne zaman başka bir suç olduğu, ne zaman başlangıçta teşebbüs edilen suçun devamı olduğu konusundaki tespit güçlük gösterebilmektedir. Yeni suçun başka bir suç olarak nitelendirilebilmesi için gönüllü vazgeçen suç ortağının salt katkısını geri almış olmasının yeterli olmadığı kanunun lafzından ve kanun koyucunun iradesinden de çıkmaktadır³⁹⁰. Bu çerçevede yukarıda vermiş olduğumuz hırsızlık örneği üzerinden somutlaştırmak gerekirse, hırsızlık için maymuncuk temin eden A'nın salt maymuncuğu geri alarak olay yerini, terk etmesi gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için yeterli değildir. A'nın hırsızlık suçunun tamamlanmasını önlemesi gerekmektedir. Burada B'nin hırsızlık suçunu kendi imkânları ile başarıya ulaştırması halinde, suçun tamamlanmasında A'nın katkısının bir etkisi olmamasına rağmen suçun başarıya ulaşmasını engellemeye yönelik bir çaba içerisinde olmayıp suçun tamamlanmış olması nedeniyle ilk başta teşebbüs edilen hırsızlık suçunun devamı olduğu söylenecektir.

Başka bir suçun olup olmadığının tespitindeki güçlük, tek başına işlenen suçlarda da kendisini göstermektedir. Benzer soru burada kendisini; *“icra hareketlerinin kesin olarak bırakılması ne zaman söz konusu olmaktadır?”*, şeklinde göstermektedir. Gönüllü vazgeçen suç ortağının ortaklığı terk etmesinden sonra işlenmiş olan suçun, teşebbüs edilen suç ile aynı suç mu yoksa başka bir suç mu olduğunu cevaplama konusunda hareket noktasından ilki, Alman doktrinde başvuru olan *“doğal hareket birliği”* kriteridir³⁹¹. Fakat doğal hareket birliği kavramının kesin bir ölçüt olmadığı, geniş ve dar yoruma açık olması sebebiyle farklı sonuçlara varabileceği sebebiyle eleştirilmektedir. Ayrıca doğal hareket birliği kavramının içtima alanında bir kriter olduğu, iştirak halinde işlenen suçlarda dikkate alınması gereken bir özellik göstermediği ileri sürülmektedir³⁹². Eser ise meseleyi suç ortağının ceza sorumluluğunda isnadiyet üzerinden çözmeye çalışmıştır. Ona göre; suç ortaklığını terk eden suç ortağı, teşebbüs edilen başlangıçtaki suça sunduğu katkı nedeniyle

³⁹⁰ Roxin, AT II, §30, kn.346; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.407; Zaczyk, a.g.e., §24, kn.105.

³⁹¹ Lenckner, a.g.m., s.303; Küper, a.g.m., s.779; Roxin, Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer, s.285; Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.91.

³⁹² Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.407.

cezalandırılabilir durumdaysa; ortaklığı terk etmesi nedeniyle gönüllü vazgeçmeden yaralanabilmesi, suç onsuz tamamlanmışsa bile, tamamlanma ona objektif ya da sübjektif olarak isnat edilememesine bağlıdır³⁹³.

Doğal hareket birliği kriterine karşılık, “*hayat olayı*”ndan hareket eden görüş ise, teşebbüs edilen suç ile yeni suç arasında karşılaştırma yapmak suretiyle benzerlik gösteren noktaları tespit etmeye çalışmaktadır. Bu görüşe göre; ortaklıktan ayrılan suç ortağı dışındaki ortak/ortakların işlemeye devam ettikleri ya da tamamladıkları suç, saldırı amaçları ve saldırı yöntemleri bakımından ilk teşebbüs ettikleri suç ile değişiklik göstermiyor; zamansal ve mekânsal anlamda da yakın bir birliktelik teşkil etmekte ise, bu hayat olayı sürecinin bir bütün teşkil ettiği kabul edilerek suçların aynı oldukları kabul edilmektedir³⁹⁴. Buna göre; suç ortaklığını terk eden suç ortağı, suç ortaklarıyla birlikte icra hareketine başladığı ancak sonrasında gönüllü vazgeçme iradesi ile ortaklıktan ayrılmasından sonra diğer ortak/ortakların işlediği suçun başarıya ulaşması halinde; bu suçun en baştan planlanan ve icrasına başlanan suçla amaçsal ve yöntemsel açıdan benzerlik taşıdığı, zamansal ve mekânsal olarak bütünlük teşkil ettiği söylenebildiği takdirde sorumluluğu devam edecektir. Bu halde ortaklığı terk eden suç ortağının salt katkısını geri alması gönüllü vazgeçmesi için yeterli kabul edilemeyecektir. Yani gönüllü vazgeçmek isteyen suç ortağı, ortaklıktan ayrılmasına rağmen suçun başarıya ulaşmasını engelleyememiş ya da çaba göstermemişse gönüllü vazgeçmenin sonuçlarından faydalanamayacaktır. Çünkü icra hareketinin başlangıcında kendisinin de dahil olduğu suç işlenmeye devam etmektedir.

Aynı esastan hareket eden *Otto*; bu tartışmada aynı suçun olup olmadığının tespitinde suçun konusunun aynı olması ve suç işleme yöntemdeki benzerliğin bir ölçüt olabileceğini kabul etmekte, ancak vazgeçilmez olmadığını belirtmektedir. Ona göre asıl dikkate alınması gereken, suçların arasında zamansal ve mekânsal sürekliliğin varlığıdır. Bu doğrultuda, mağdura karşı işlenmekte olan bir suçun,

³⁹³ Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.92.

³⁹⁴ Scheurl, a.g.e., s.119; Roxin, AT II, §30, kn.350; Otto, JA, s.710; Gores, a.g.e., s.235; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.409; Zaczyk, a.g.e., §24, kn.106.

sonradan esaslı bir değişiklik göstererek farklı bir nitelik alması halinde mağdurun ve belki de konunun aynı olması suçların aynı olduğu anlamına gelmeyecektir. Bu benzerlik, ilk teşebbüs edilen suç ile sonradan tamamlanan suçun aynılığını tespit bakımından bir hareket noktası olarak dikkate alınabilecektir ancak zorunlu ölçüt olarak görülmemektedir. Otto, görüşünü şu örnekle de somutlaştırmaya çalışmıştır: Bir trende hırsızlık yapmak için anlaşılan yankesicilik çetesi üyeleri, bir suç ortağının ayrılması nedeniyle treni kaçırlar ve planı işletemezler. Bunun üzerine geri kalan suç ortakları bir sonraki trende ilk baştan planladıkları hırsızlık suçunu işlerler. Otto'ya göre bu örnekte sonraki trende bulunan yolculara karşı gerçekleştirilen hırsızlık suçları, mağdurlar aynı olmasa da ilk planda belirlendiğı şekliyle aynı suç olarak kabul edilmelidir. Bu koşullar altında ayrılan suç ortağının gönüllü vazgeçmenin sonuçlarından faydalanabilmesi için, ortaklıktan ayrılmış olsa dahi ilk başta planladıkları suçun devamına engel olması gerekmektedir. Burada görüldüğü gibi suçların aynılığı için suçun konusunun ve mağdurunun aynı olması başla başına bir kriter olarak kabul edilmemelidir. Suçun konusunun ve mağdurunun aynı olmasının suçların aynılığında kriter olarak kabul edilebilmesi ancak suç ortakları bakımından mağdurun ya da konunun bireysel olarak önem göstermesi halinde mümkün olabilecektir. Bu nedenle Otto, genel kural olarak zamansal ve mekânsal yakınlığın suçların aynılığının tespitinde güvenilir kriter olduğunu ileri sürmektedir³⁹⁵.

Kanaatimizce ne salt suçun mağduru, konusu ve saldırı yönteminin aynılığı kriteri ne de salt hayat olayının bütünlük taşıyor olması, suçların aynılığının tespitinde tek başına sağlıklı sonuçlar vermeyebilecektir. Somut olayın taşıdığı özelliklere göre; bazen hayat olayının bütünlük taşımaması sebebiyle aynı suçun aynı mağdura karşı işlenmesi hali aynı suç olarak kendisini göstermeyebilecektir. Aynı durum tersi durum için de geçerli olabilecek olup, aynı mekânda ve çok yakın zaman dilimi içerisinde aynı mağdura karşı farklı nitelikte ya da farklı yöntemle işlenen ya da mağdurun özellik göstermesine rağmen farklı mağdura karşı işlenmiş olan suç aynı suç olarak kabul edilemeyebilecektir. Öncelikle işlenen suçların kanuni tip açısından

395

Otto, JA, s. 710.

birbirinden farklı suçlar olup olmadığı, suçların aynılığın tespitinde ilk kriter olarak kullanılabilir. Bilindiği üzere suça iştirakin söz konusu olabilmesi için bağıllık kuralı gereği suç ortağında öncelikle iştirak kastı olmalı ve kast suç ortaklığı tarafından işlenmesi planlanan suçun maddi unsurlarını kapsamalıdır³⁹⁶. Bu nedenle ortaklıktan ayrılan suç ortağının, en baştan planlanan ve kastı kapsamında olan suç dışında başka bir suç işlenmesi halinde bu suç bakımından kastının olmaması nedeniyle sorumluluğu olmayacaktır ve suçların aynılığı da söz konusu olmayacaktır. Örneğin hırsızlık suçunu işlemek için bir araya gelen suç ortaklarından birisinin vazgeçerek suç ortaklığını terk etmesinden sonra geriye kalan suç ortaklarının hırsızlık için girdikleri evde hırsızlık yerine ev sahibine karşı gerçekleştirdikleri cinsel saldırı suçundan dolayı sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Aynı şekilde planlarına göre sözlü olarak tehdit suçunu işlemek için bir araya gelen suç ortakları, bir suç ortağının ayrılmasından sonra tehdit suçunun yerine yaralama suçunu işlemeleri halinde ayrılan suç ortağının dahil olduğu plandan farklı bir yöntemle, farklı bir suç oluşturan şekilde gerçekleştirilen tehdit suçundan sorumluluğu olmayacaktır.

Suçun konusu bakımından değerlendirme yapacak olursak, suçun konusundaki değişimlerin otomatik olarak suçun aynılığına etki edeceğini söylemek mümkün değildir. Bu şekilde suçun konusunda değişiklik gösteren durumlarda belirleyici olan kriter, suçun konusunun suç ortakları açısından sahip olduğu önemdir. Suç ortakları, suç planlarını özel bir konu ve suç üzerine inşa ederek yapmışlar ve icraya geçtikten sonra suç ortaklarından birinin vazgeçerek ortaklığını terk etmesi durumunda, bu noktadan sonra diğer suç ortaklarıncı suçun başka bir konu üzerinde ya da başka bir mağdura karşı işlenmesi suçların farklılaşmasına neden olacaktır³⁹⁷. Bu durumda diğer ortaklarca işlenmiş olan suç nedeniyle ayrılan suç ortağının sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Ancak suç ortaklarının işlemeyi planladıkları suç, konu ya da mağdur bakımından değil, sadece korunan hukuksal değer bakımından

³⁹⁶ Demirel, a.g.e., s.429-430.

³⁹⁷ Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.93; Roxin, Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer, s.286; Lenckner, a.g.m., s.304; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.413.

bireyselleştirilmiş olabilir. Yani plan çerçevesinde belirlenmiş bir korunan hukuksal değere karşı belirlenmiş bir suç işlenecek ve fakat suçun konusu ya da mağduru failler açısından önem taşımamakta ise bu durumda suç ortağının en baştan beri bu şekilde planlanmış bir suç için oluşmuş ortaklıktan ayrılması halinde, o ayrıldıktan sonra kalanlarca işlenecek olan suçlar aynı suç niteliğinde olup, ayrılan suç ortağının bu suçların işlenmesini önleme yükümlülüğü bulunmakta ve suç ortaklığı nedeniyle sorumluluğu devam etmektedir. Örneğin bir spor salonunun soyunma odasında spor yapan kişilerin eşyalarını çalmak için giren bir hırsızlık çetesi üyeleri, planlarını somut bir konu üzerine inşa etmemişlerdir. Bu veri doğrultusunda, suç ortaklarının salona girmesinden önce bir suç ortağının gönüllü vazgeçme iradesi ile olay yerinden ayrılması halinde kalan ortakların, spor yapanlardan hangisinin eşyalarını çaldığının bir önemi bulunmadığından ilk başta suç ortakları ile planlanan suçun işlendiği söylenebilecektir. Bu noktada ayrılan suç ortağı, hırsızlık suçunu önlemeye yönelik harekette bulunmadığı için sorumlu olmaya devam edecektir.

İştirak iradesinden gönüllü olarak vazgeçerek ayrılan suç ortağı, katkısını geri alarak suçun tamamlanmasını o an için önlemiş olabilir. Ancak bununla birlikte geriye kalan ve suçun tamamlanmasına yönelik iradelerini sürdüren diğer suç ortaklarının daha uygun bir zamanda ve elverişli koşullarla bu suçu tamamlamaya yönelik yeniden harekete geçmeleri söz konusu olabilir. Bu durumda üzerinde durulması gereken mesele, vazgeçen suç ortağının en baştan teşebbüsüne dahil olduğu suçun işlenmesini önlemeye yönelik yükümlülüğünün ne kadar devam edeceğidir. Örnek üzerinden somutlaştırmak gerekirse; A ve B, bir iş yerindeki kasayı soymak için anlaşır ve plan yaparlar. Plana göre A, kasayı açmak için gerekli olan teknik ekipmanı getirecektir. Olay yerine geldiklerinde A, suçu işlemekten vazgeçtiğini B'ye bildirir ve yanında getirdiği teknik ekipmanı B'nin kullanmasına da izin vermez. B, suç işleme iradesine hala sahip olsa da mevcut koşullarla suçu başarıya ulaştıramayacağını anlayarak olay yerinden uzaklaşır. Mevcut durumda A, suçun tamamlanmasını önlemiş ve gönüllü vazgeçmeden yararlanma imkânını elde etmiştir. Ancak B'nin daha sonraki bir zamanda, gerekli ekipmanı tedarik ederek aynı mağdura karşı, aynı konu üzerinde, aynı yöntemle, aynı suçu işlemeye yönelik harekete geçmesi halinde A'nın suçun tamamlanmasını önleme yükümlülüğü halen

devam etmekte midir? Somut olayda, teknik olarak B'nin işlemeye devam ettiği suç, A ile B'nin en başta teşebbüsüne başladıkları suçla aynılık göstermekle birlikte, ilk teşebbüs A'nın önlemesi ile birlikte başarısızlıkla sonuçlanmış ve A gönüllü vazgeçmeden yararlanmıştır. B'nin, suçu uygun zamanda ve uygun koşullarda yeniden işlemeye teşebbüs etmesi, B'nin müstakil kararına dayanmaktadır. Yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi mağdurun, konunun, yöntemin aynı olması, esasında aynı suçun işlendiği anlamına gelmeyip, kanaatimizce suçların aynılığını belirleyici kriteri zamansal ve mekânsal yakınlık olmaktadır. Çünkü bu kriterler, vazgeçen suç ortağının olay üzerindeki hakimiyetini göstermesi ve olayın kontrolüne müdahale etme imkanına sahip olması bakımından belirleyici olmaktadır. Bu çerçevede örneğimizi değerlendirdiğimizde, ilk teşebbüsün sonlanması ile birlikte, olayın sonrası bakımından A'nın B'nin üzerindeki önleme yükümlülüğü sonlanmıştır. Bu aşamadan sonra A'nın B'ye nezaret etmesi beklenemeyecektir ve A'nın gönüllü vazgeçme imkanına hâlel gelmeyecektir.

2. Suçun Tamamlanmasının Önlenmesine Yönelik Ciddi Çaba ile Gönüllü Vazgeçme

Birden fazla kişinin bir araya gelerek işlediği suçta ortaya çıkan tehlikelilikte suçun işlenmesindeki kolaylık nedeniyle iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme koşullarının, müstakil failin gönüllü vazgeçme koşullarına göre daha ağır olduğu üzerinde durmuştuk. Yukarıda açıkladığımız TCK m.41/1'de düzenlenen suç ortağının gönüllü vazgeçme alternatifinden başka, TCK m.41/2, suç ortağına gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için iki alternatif daha sunmuştur. Bu alternatifler, birinci fıkradaki düzenlemenin aksine gönüllü vazgeçme koşullarını kolaylaştırmaktadır. İkinci fıkra düzenlemesine göre; suçun gönüllü vazgeçen suç ortağının gösterdiği gayreti dışındaki başka bir sebeple işlenmemiş olması veya gönüllü vazgeçen suç ortağının bütün gayretine rağmen işlenmiş olması hallerinde; gönüllü vazgeçen suç ortağının suçun tamamlanmasını önlemeye yönelik ciddi çabasının varlığı, gönüllü vazgeçmeden yararlanmak için yeterli olacaktır.

a. Suçun Başka Bir Sebeple İşlenmemiş Olması

Gönüllü vazgeçen suç ortağının TCK m.41/2-a düzenlemesinden faydalanarak cezasızlığı elde edebilmesi için öncelikle teşebbüs aşamasında bulunan bir suçun varlığı gereklidir. Gönüllü vazgeçme düzenlemesine paralel olarak, suçun tamamlanmamış olması bu düzenleme de koşul olarak yer almaktadır. Ancak farklılık gösteren husus, tamamlanmama sonucunda, gönüllü vazgeçen suç ortağının bir katkısının olmamasıdır. Yani vazgeçmek isteyen suç ortağı, vazgeçmeye yönelik harekete geçmesine rağmen suçun tamamlanmaması, üçüncü bir kişinin hareketinin ya da başka bir sebebin nedensel süreçte etkili olmasından kaynaklanmış olmalıdır. Bu durumda suçun tamamlanmasını engellemeye yönelik hareketine rağmen suçun tamamlanmamasında etkisi bulunmayan vazgeçen suç ortağı, suçun başka bir nedenden dolayı tamamlanmamasından faydalanacak ve gönüllü vazgeçmeden yararlanabilecektir³⁹⁸. Ancak vazgeçme iradesine sahip olan suç ortağının, sonuca etkili olmasa da bir çaba içerisinde olması gerekmektedir.

Suç ortaklığı yapısı içerisinde somutlaştırdığımız bir örnekte A, hasmı olan B'nin öldürülmesi için C'yi azmettirerek, ona silah da temin eder. C, yaptığı plan çerçevesinde B'yi öldürmeye yönelik harekete geçerek B'nin evinin önünde pusu kurar. Bu sırada A, B'nin öldürülmesine yönelik iradesinden vazgeçer ve C'nin planı tamamlamasını önlemeye yönelik harekete geçer. A, önce vazgeçtiğini bildirmek için C'yi arar ancak ulaşamaz; akabinde dikkatli olması uyarısında bulunmak için B'yi arar ancak ona da ulaşamaz. Bunun üzerine A, C'ye engel olmak üzere B'nin evine gider ve C'nin öldürmek için ateş ettiği B'yi hastaneye götürerek kurtardığı anlaşılır. Somut olayda vazgeçme iradesine yönelen A, suçun tamamlanmasının önlenmesi konusunda azmettirmiş olduğu C üzerinde etkin olamamasına rağmen, C'nin kendi iradesiyle vazgeçmiş olması, etkisini A üzerinde de gösterecek ve gönüllü vazgeçme nedeniyle A ve C, öldürmeye teşebbüs nedeniyle cezalandırılmayacaklardır.

³⁹⁸ Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e., §50, kn.114; Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.95; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.420; Zaczyk, a.g.e., §24, kn.109.

Yardım eden statüsündeki suç ortağı da vazgeçme iradesi ile katkısını ortadan kaldırmak suretiyle suçun tamamlanmasının önlenmesine yönelik harekete geçmesine rağmen, doğrudan failin suçu tamamlamaktan vazgeçmesi halinde gönüllü vazgeçmeden yararlanabilecektir. Örneğin A, bir iş yerini soymak için harekete geçer ve gerekli olan ekipmanı B'den temin ederek icra hareketlerine başlamak üzere iş yerine gider. Ancak bu durumdan pişmanlık duyan B, katkısını geri alarak suçun tamamlanmasını önlemeyi sağlamak adına A'nın peşinden gider ve ayrıca durumu polise bildirir. B iş yerine vardığında, iş yerinin kapısının kırık olduğunu ve bazı eşyaların götürülmek üzere hazır olduğunu görür. Ancak daha sonra A'nın eşyaları almaktan vazgeçerek iş yerinden ayrıldığı anlaşılır. Bu durumda da B'nin suçun tamamlanmasını önlemeye yönelik çabası, tamamlanmama bakımından etkili olmasa da A ve B gönüllü vazgeçmeden yararlanacaklardır.

Bu düzenleme çerçevesinde gönüllü vazgeçme, sadece icra hareketleri başlamadan önce değil, icra hareketleri başladıktan sonra neticenin meydana gelmesini önleme suretiyle de mümkün olabilir. Suç ortağı, suç planı çerçevesinde icra hareketlerini gerçekleştirmekten vazgeçebileceği gibi; herhangi bir suç ortağı icra hareketlerine başlanmış olan suçu, önleme/kurtarma hareketini gerçekleştirerek tamamlanmasını önleyebilir. Bu ihtimalde vazgeçme iradesi ile harekete geçmiş ancak hareketi suçun önlenmesi üzerinde etkili olmamış olan suç ortağının da gönüllü vazgeçmeden yararlanma imkanını açmış olacaktır³⁹⁹. Ancak bu durumda suç ortaklarının cezalandırılmama dayanakları farklılık göstermektedir. Şöyle ki; gönüllü vazgeçerek suçun tamamlanmasını önleme hareketini bizzat gerçekleştiren ve etkili olan suç ortağı TCK m.41 kapsamında cezasız kalırken, gönüllü vazgeçme iradesi ile önleme/kurtarma yönünde harekete geçen ancak suçun tamamlanmamasına nedensel katkısı olmayan suç ortağı TCK m.41/2-a kapsamında cezasız kalacaktır⁴⁰⁰.

399

Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.94; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.421; Fischer, a.g.e., §24, kn.42.

400

Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.421.

Bu düzenleme çerçevesinde gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmek için suçun tamamlanmasının önlenmesine yönelik hareketin suç ortaklarından biri tarafından gerçekleştirilmiş olması şart değildir. Suçun tamamlanmasının önlenmesi, üçüncü kişilerin müdahalesi sonucu ya da mağdurdan kaynaklı nedenlerle ya da tesadüfi nedenlerle sağlanmış olması da gönüllü vazgeçmek isteyen ancak zamansal olarak suçun tamamlanmasının önlenmesindeki nedensel sebebin gerisinde kalan suç ortağının cezasızlığını engellemeyecektir⁴⁰¹. Örneğin yukarıda verdiğimiz örnek üzerinden hareket ettiğimizde; A, B'nin öldürülmesi için C'yi azmettiriyor. C, B'nin evinin önünde pusu kuruyor ve B evden çıktığında silahıyla B'ye doğru ateş ederek olay yerinden kaçıyor. Ağır yaralı olan B, çevredekiilerin müdahale etmesi sonucu cankurtaran ile hastaneye kaldırılıyor ve kurtuluyor. Bu süreçte vazgeçme iradesine sahip olan A, C'yi durdurmak için arıyor ancak ulaşamıyor, B'yi dikkatli olması için arıyor ancak ulaşamıyor. Bunun üzerine kendisi müdahalede bulunmak için B'nin evine gidiyor ve B'nin hastaneye kaldırıldığını görüyor. Mağdurun kurtarılmasına yönelik üçüncü kişilerin hareketi, suç ortağının önleme hareketinden önce gerçekleştirilerek suçun neticesinin meydana gelmemesinde nedensel katkısı sağlamıştır. Bu katkıdan haberi olmaksızın suçun tamamlanmasını önlemeye yönelik harekete geçen ancak çabası nedensel süreçte katkısı olmamasına rağmen A gönüllü vazgeçmeden yararlanabilecektir. Aynı olay akışında, B'nin kendi tedbirini alması sonucunda C'yi fark ederek müdahale edilmesini sağladığı durumda da A, aynı şekilde gönüllü vazgeçmeden yararlanabilecektir. Aynı şekilde tesadüfen ortaya çıkan gelişmelerin, vazgeçme iradesine sahip olan suç ortağının önleme hareketinden bağımsız ve daha önce suçun tamamlanmasının önlenmesine neden olduğu durumda da hareketi tamamlanmama bakımından nedensel olmayan suç ortağının gönüllü vazgeçme nedeniyle cezasızlığına engel olmayacaktır. Örneğin topluluğun bulunduğu bir alana saatli bomba yerleştiren suç ortaklarından biri pişmanlık duyarak bombayı infilak etmeden etkisiz hale getirmek için harekete geçer ve bu doğrultuda polise haber verir. Ancak polis süresinden önce bombanın bulunduğu alana

⁴⁰¹

Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.94; Otto, a.g.e., §19, kn.50; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.422.

yetişememesine rağmen, mekanizmada oluşan arıza nedeniyle bombanın infilak etmediği anlaşılır. Bu durumda da vazgeçen suç ortağının hareketi suçun tamamlanmaması bakımından nedensel sürece dahil olmamasına rağmen gönüllü vazgeçmeden yararlanabilecektir.

b. Suçun Vazgeçenin Gayretine Rağmen İşlenmiş Olması

İştirak halinde işlenen suçlarda, gönüllü vazgeçen suç ortağının bu imkândan yararlanabileceği düzenlenen diğer alternatif, vazgeçen suç ortağının suçun tamamlanmasını önlemek için gösterdiği gayrete rağmen suçun tamamlanmış olması halidir. Kural olarak, iştirak halinde işlenen bir suçun icrasına başladıktan sonra bu iradeden vazgeçen suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi, suçun tamamlanmasının önlenmesinin başarılı olmasına bağlıdır. Ancak bu kuralın bir istisnası olarak TCK m.41/2-b düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile suç ortaklarının icra hareketlerine başladıkları suç tamamlanmış olmasına rağmen, vazgeçen suç ortağının, şartların bulunması durumunda gönüllü vazgeçmeden yararlanabileceği öngörülmüştür⁴⁰². Bu şekilde, samimi olarak vazgeçme iradesini ortaya koyan suç ortağının çabası karşılıksız bırakılmamaktadır. Ancak bu halde gönüllü vazgeçmenin sonuç doğurabilmesi, vazgeçen suç ortağının katkısının suçun tamamlanmasında nedensel bir etkisi olmamasına bağlıdır. Yani suçun tamamlanması, vazgeçen suç ortağının önceden ortaklığa sunmuş olduğu katkısından bağımsız olarak gerçekleşmiş olmalıdır. Vazgeçmek isteyen suç ortağı, katkısını ortadan kaldırmayı mutlaka suçun tamamlanma aşamasına girmeden önce yapmış olmalıdır. Ancak suç ortağı hala teşebbüs evresinde iken katkısını sonlandırmış ve katkısının ileriye dönük etki göstermesini engellemiş ise suçun tamamlanmış olması halinde suça iştirak nedeniyle sorumluluğuna gidilemeyecektir. Bu suç ortağının sorumluluğu, suçun teşebbüs aşamasındaki

⁴⁰² Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.98; Gerald Grünwald, “Zum Rücktritt des Tatbeteiligten im künftigen Recht”, Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, Berlin, Walter de Gruyter, 1974, s.705; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.436; Zaczyk, a.g.e., §24, kn.112.

haliyle sınırlıdır ve gönüllü vazgeçme koşulları bu çerçevede değerlendirilmelidir⁴⁰³.

Gönüllü vazgeçmenin bu alternatifinin uygulanabilirliği konusunda, suç ortağının statüsü bakımından tartışma bulunmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere, bu alternatifte gönüllü vazgeçmenin mümkün olabilmesi için suçun tamamlanması, vazgeçen ortağın katkısından bağımsız olarak gerçekleşmiş olmalıdır. Dolayısıyla suç ortağının iradesine bağlı olarak, suçun, suç yolundaki gidişatını etkileyebilecek nitelikte bir katkının söz konusu olması gerekmektedir⁴⁰⁴. Bu açıdan azmettiren suç ortağı, doğrudan failden ya da yardım edenden farklılık göstermektedir. Suç ortaklığı içerisinde yer alan, yardım eden ya da fiili gerçekleştiren doğrudan fail statüsündeki suç ortağı, icra hareketlerine başlamış oldukları bir suçun teşebbüs aşamasında olduğu sırada vazgeçme iradesi ile suç ortaklığına sundukları katkıyı sonlandırmalarına ve ileriye dönük etkisini önlemelerine rağmen suçun tamamlanması diğer suç ortaklarınca sağlandığında, suçun tamamlanmasına etkileri olmadığı halde gönüllü vazgeçmeden yararlanabilecektir. Bu durumda suçun tamamlanmasında kendi katkılarından bağımsız faktörlerin etkili olduğu söylenebilecektir. Ancak aynı durumun azmettiren suç ortağı açısından geçerli olabilmesi mümkün görünmemektedir. Çünkü azmettiren kişi, belli bir suçu işleme konusunda henüz bir fikri olmayan kişiye, suç işlemeye yönelik karar aldırılmaktadır. Dolayısıyla azmettirilen, suçun icra hareketlerini yerine getiren doğrudan fail suçun tamamlanmasını sağlamışsa, bu sonucun elde edilme amacı en baştan azmettirenin katkısıdır. Azmettirenin bir kişiye suç işlemeye yönelik karar verdirmesi ve bunun yerine getirilmesi arasındaki nedensellik ilişkisinin kesilmesi, doğrudan fail tarafından yeni bir karara dayalı başka bir suç işlenmediği sürece söz konusu olmamaktadır. Dolayısıyla azmettiren statüsündeki suç ortağı ancak TCK m.41/1'e göre suçun tamamlanmasının önlenmesini sağlama ya da TCK m.41/2-

⁴⁰³ Rudolphi, SK, §24, kn.40; Roxin, Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer, s.280; Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.97-98.

⁴⁰⁴ Roxin, AT II, §30, kn.339.

a'ya göre, suçun tamamlanmasının başka nedenlerle önlenmesi halinde gönüllü vazgeçme imkânından yararlanabilecektir⁴⁰⁵.

Gönüllü vazgeçen suç ortağı, teşebbüs aşamasındayken katkısını ileriye etki etmeyecek şekilde tamamen ortadan kaldırmış olabileceği gibi, katkısını ortadan kaldırmaya yönelik tüm çabasına rağmen bunu sağlayamamış olabilir.

İlk ihtimalde, vazgeçen suç ortağına rağmen geri kalan suç ortakları planlanan doğrultuda aynı suçu güncelledikleri hareket şekliyle suçu tamamlamaları halinde vazgeçen suç ortağının katkısı olmaksızın tamamlanmış olup, onun gönüllü vazgeçmeden yararlanmasına engel bir durum bulunmayacaktır⁴⁰⁶. Örneğin müşterek faillik şeklinde A, B ve C bir bankayı soymaya karar verirler. Plana göre A, B ve C işyerine girdikleri sırada kapıda gözcülük yapacak ve işlerini bitirdikten sonra kendisine ait olan ve kendi kullandığı arabayla olay yerinden kaçmalarını sağlayacaktır. A, olay yerinde buluştuklarında vazgeçme iradesini ortaya koyduğunda ve arabasıyla beraber olay yerinden ayrıldığında bundan sonrası için aynı suçun B ve C tarafından tamamlanması halinde A'nın katkısından bağımsız işlenmesi nedeniyle A'nın gönüllü vazgeçmesini engelleyecek durum bulunmamaktadır. Yardım eden fail üzerinden de örnek vermek gerekirse; bir işyerini soymak isteyen B ve C'ye, A, kapı kilidini açabilmek için gerekli el aletlerini tedarik ediyor. Ancak B ve C icra hareketlerine başladıkları sırada A olay yerine gelerek vazgeçme iradesi ile sağladığı el aletlerini geri alıyor. Bunun üzerine B ve C, işyerinin camını kırarak içeriye giriyor ve soygunu gerçekleştiriyorlar. Bu durumda da A'nın gönüllü vazgeçmeden yararlanmasını engelleyen bir durum bulunmamaktadır. B ve C, yardım eden A'nın katkısından bağımsız olarak hırsızlık suçunu tamamlamışlardır.

İkinci ihtimalde ise vazgeçen suç ortağı, suç ortaklığı sunduğu katkıyı ortadan kaldıramamasına rağmen bu katkı, suçun tamamlanmasına nedensel olarak

⁴⁰⁵ Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.438; Aynı yönde Tozman, Suça Teşebbüs, s.379.

⁴⁰⁶ Roxin, Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer, s.281; Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.97; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.439.

bir etki sağlamamış olabilir. Vazgeçme iradesi ile suç ortaklığına sunduğu katkıyı ortadan kaldırmaya yönelik çabasına rağmen bunda başarılı olamayan suç ortağı, söz konusu katkısı suçun tamamlanması bakımından önem taşımadığı takdirde gönüllü vazgeçmeden yararlanabilecektir⁴⁰⁷. Yani suçun tamamlanmasına yönelik hareketlerine devam eden suç ortakları, vazgeçen suç ortağının sunduğu katkı kullanımlarına sunulmuş halde olmasına rağmen bunu tercih etmeyerek, bundan bağımsız başka bir şekilde suçu tamamlamışlarsa vazgeçen suç ortağının gönüllü vazgeçmesine engel bir durum bulunmamaktadır. Suçun tamamlanması objektif olarak onun katkısından bağımsız işlenmiş olup, sübjektif olarak da diğer suç ortakları, onun suç ortaklığından ayrılma iradesine sahip olduğunu da bilmektedirler. Dolayısıyla suçun tamamlanması ona isnat edilemeyecektir. Örneğin bir işyerini soymak için harekete geçen B ve C, kapı kilidini açabilmek için A'dan gerekli el aletlerini alırlar ancak A vazgeçerek aletleri geri almaya çalışmasına rağmen bunu başaramaz. İşyerine giden B ve C ise, A'dan aldıkları el aletlerini kullanmak yerine işyerinin arka tarafında bulunan ve açık unutulmuş bahçe kapısından içeri girerek hırsızlık suçunu işlerler. Bu durumda, A'nın suç ortaklığından vazgeçme iradesini ortaya koymuş ve bu doğrultuda sunduğu katkıyı ortadan kaldırmaya çalışmasına rağmen bunu başaramamış; ancak A'nın sunmuş olduğu katkı, geriye kalan suç ortaklarınca suçun tamamlanması bakımından nedensel sürece dahil edilmemiş ve suç bu katkıdan bağımsız olarak işlenmiştir. Dolayısıyla A, gönüllü vazgeçmeden yararlanabilecektir.

Eğer vazgeçen suç ortağı, katkısını ortadan kaldırmayı başaramamış ve bu katkı suçun tamamlanmasında geriye kalan suç ortaklarınca kullanılmış ise vazgeçen suç ortağı gönüllü vazgeçmeden yararlanamayacaktır. Çünkü sunmuş olduğu katkı, suçun tamamlanmasında nedensel sürece dahil olmuştur. Ancak vazgeçen suç ortağı, katkısını ortadan kaldırmaya yönelik ciddi bir çaba göstermiş olmasına rağmen bunu başaramamışsa, gönüllü vazgeçmeden yararlanamayacak

⁴⁰⁷ Römer, a.g.m., s.122; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.442; Fischer, a.g.e., §24, kn.42. Gropp, a.g.e., §9, kn.87 vd.

olsa da cezanın belirlenmesi bakımından hakim tarafından değerlendirilebilecek bir kriter olarak başvurulabilir.

Şu husus üzerinde durmak gerekir ki; vazgeçen suç ortağının katkısını ortadan kaldırmasında, önceden sunmuş olduğu bu katkının niteliği önem taşımaktadır. Birliktelikte yer alan suç ortakları; suç işlemeye teşvik etme, suç işleme kararını kuvvetlendirme, suçun nasıl işleneceği konusunda tavsiyelerde bulunma gibi manevi katkı sunabileceği gibi, suçun işlenebilmesi için gerekli araçların sağlanması veya bizzat suçun işlenmesinde yer alma gibi maddi katkılar sunabilmektedir. Genellikle suç ortağının sunduğu maddi katkı, diğer suç ortakları üzerinde manevi destek olarak da bir etkiye neden olmaktadır⁴⁰⁸. Bu bağlamda, vazgeçme iradesinin suç ortaklarına açıklanmak suretiyle katkı olarak sunulan maddi desteğin ortadan kaldırılması, manevi desteğin de ortadan kalktığı anlamına gelecektir. Burada iradenin açıklanmasının amacı, diğer suç ortaklarının, vazgeçen suç ortağının ortaklıktan ayrıldığı konusunda tereddüde düşmeden bilgilerinin olmasını sağlamaktır. Vazgeçen suç ortağı, bu iradesini diğer suç ortaklarınca öğrenileceğine emin olacağı herhangi bir şekilde ortaya koyabilir. Bu bağlamda, müşterek faillik şeklinde işlemeyi planladıkları suçun icrasına başlayan suç ortaklarından birisinin vazgeçme iradesi ile olay yerinden diğer suç ortaklarının haberi olmaksızın ayrılması, gönüllü vazgeçmeden yararlanması için yeterli olmayacaktır. Ya da suçun işlenmesinden sonra yardım edeceği vaadinde bulunan yardım eden konumundaki suç ortağının bu iradesinden vazgeçmiş olmasına rağmen bu kararından diğer suç ortaklarının haberdar olmaması halinde gönüllü vazgeçmeden yararlanması mümkün olmayacaktır⁴⁰⁹. Çünkü bu hallerde suç ortağı vazgeçmeye yönelmişse de diğer suç ortaklarının bu durumdan haberdar olmamaları, onların en azından manevi desteğin sürdüğü düşüncesini taşımalarına neden olacaktır ve bu da katkının devam ettiği anlamına gelecektir. Örneğin bir iş yerini soymayı planlayan A ve B, çaldıkları malları C'ye ait olan depoya getirerek

⁴⁰⁸ Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e., §50, kn.120; Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.99; Roxin, AT II, §30, kn.340; Gores, a.g.e., s.113; Scheurl, a.g.e., s.108; Fischer, a.g.e., §24, kn.42a; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.443; Zaczek, a.g.e., §24, kn.113.

⁴⁰⁹ Roxin, AT II, §30, kn.340.

burada saklayabileceklerine ilişkin C'den söz alırlar ve C depoda uygun yeri hazırlar. Ancak C bu kararından vazgeçmesine ve bu katkıyı sağlamayacak olmasına rağmen bu konuda A ve B'ye herhangi bir bildirimde bulunmaz. Daha sonra A ve B planlanan soygunu gerçekleştirirler ancak çaldıkları mallarla birlikte yakalanırlar. Burada C vazgeçme iradesine sahip olmasına rağmen, fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağı vaadinden vazgeçtiğini A ve B'ye bildirmemiş olması sebebiyle, suçun işlenmesinde A ve B'nin aklında halen C'nin katkısının olduğu yer almaktadır ve bu destek suçun işlenmesine de yansımıştır. Bu durumda C'nin gönüllü vazgeçmeden yararlanması mümkün olmayacaktır⁴¹⁰.

c. Neticenin Önlenmesine Yönelik Ciddi Çaba

Suç ortaklığından ayrılma yönünde iradeye sahip olan suç ortağının, suçun başka bir nedenle işlenmemiş olması ve kendi sunduğu katkıdan bağımsız olarak tamamlanmış olduğu ihtimallerinde gönüllü vazgeçmeden yararlanma imkanı ancak suçun neticesinin önlenmesine yönelik “*ciddi bir çaba*” göstermesi halinde söz konusu olabilmektedir. Bu ihtimallerde vazgeçen suç ortağının, işlenmek istenen suçun ulaştığı sonuç bakımından objektif olarak bir etkisi olmamasına rağmen, subjektif durumu gönüllü vazgeçmeden yararlanmasına imkan sağlamaktadır. Vazgeçen suç ortağına bu imkan, vazgeçme iradesini ne şekilde ortaya koyduğuna göre tanınmaktadır. Bu ihtimallerde ondan beklenen, samimiyetini gösteren ölçüde suçun tamamlanmasını önlemeye yönelik ciddi ve gönüllü bir çaba içerisinde bulunmuş olmasıdır⁴¹¹.

⁴¹⁰ BGH kararına yansıyan bir olayda, müşterek faillik şeklinde suç işleyen suç ortakları polisten kaçmaktadır ve bu kaçış sürecinde gerektiğinde polise silahla karşılık verecekleri konusunda karar almışlardır. Ancak suç ortakları yakalandığında, suç ortaklarından biri 2 polisi öldürmüş iken diğer suç ortağının daha kovalamanın başına polise direnmeden teslim olduğu ve bu durumdan diğer suç ortağının haberdar olmadığı anlaşılmıştır. Bu olayda BGH, suç ortaklarını müşterek fail olarak cezalandırmıştır. Çünkü kovalamanın devamında polisleri silahla karşı koyan suç ortağının bu şekilde davranmasında diğer suç ortağının manevi desteğinin devam ettiği üzerinde durulmuştur. Baştan teslim olan suç ortağı, aldıkları karar doğrultusunda hareket etmeyeceği yönündeki iradesinden, diğer suç ortağını haberdar etmeli idi., BGHSt 37, 289.

⁴¹¹ Herzberg, MK, §24, kn.210; Haft, JA, s.306; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.445.

Kanaatimizce ciddi çabanın tespitinde, TCK m.36'da öngörülen ve suçun tamamlanmasını önlemeye yönelik çaba ile benzer değerlendirme yapmak yerinde olacaktır. Buna göre; vazgeçen suç ortağından beklenen, işlenmek istenen suçun tamamlanmasının önlenmesini sağlamak için gerekli olan ve önlemeye elverişli tedbirleri alarak bu yönde hareket etmesidir⁴¹². Bu çerçevede suç ortağının sadece suç ortaklığına sunduğu katkıyı etkisizleştirmesi esasında ciddi bir çaba olarak nitelendirilemeyecek olsa da katkının suçun işlenmesini sağlamadaki rolü önem taşımaktadır. Eğer bu katkı, suçun başarıyla işlenebilmesi için olmazsa olmaz önemde bir katkı ise, bu katkının etkisizleştirilmesi ciddi bir çaba olarak nitelendirilebilecektir. İştirak halinde işlenen suçların, müstakil fail olarak işlenen suçlara göre sahip olduğu nispeten karmaşık yapıları, vazgeçen suç ortağının sorumluluğunu da aynı ölçüde artırmaktadır. Vazgeçen suç ortağı, suçun tamamlanmasının önlenmesi bakımından sadece kendi katkısından değil, diğer suç ortaklarının da ortaklığa sunduğu katkı çerçevesindeki hareketlerinin de sorumluluğunu taşımaktadır. Dolayısıyla ciddi çabanın var olduğunun kabulü için sadece kendi katkısını etkisizleştirmesi değil, suç ortaklarınca suçun tamamlanmasını önlemeye yönelik harekette bulunması gerekmektedir⁴¹³.

Geri kalan suç ortakları tarafından suçun başarıyla tamamlanmasını önlemeye yönelik ciddi çaba göstermesi beklenen, ortaklıktan ayrılmış olan suç ortağı için önleme hareketi olarak birden çok alternatif bulunabilir. Şüphesiz ki önlemeye yönelik mevcut alternatiflerden hangisinin seçileceği konusunda onlara bizzat muhatap olan ve somut olayın içerisinde yer alan suç ortağının takdiri önem taşımaktadır. Suçun önlenmesi bakımından hangi aracın daha uygun olacağı muhatabın takdirinde olmakla birlikte, kanaatimizce seçim konusunda kendisinden beklenen asgari bir kriter de bulunmalıdır. Buna göre; vazgeçen suç ortağının, olağan hayat tecrübelerine göre işlenişine katıldığı suçun, başarıya ulaşmasını önlemeye

⁴¹² Roxin, AT II, §30, kn.341; Gores, a.g.e., s.215; Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.103; Fischer, a.g.e., §24, kn.42b.

⁴¹³ Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.103; Rudolphi, SK, §24, kn.41; Römer, a.g.m., s.137; Gropp, a.g.e., §9, kn.87; Freund, a.g.e., §9, kn.69; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.446; Fischer, a.g.e., §24, kn.42b; Zaczyk, a.g.e., §24, kn.114.

yönelik olan, suç yolundaki somut koşullarına göre objektif olarak ilk ulaşabileceği ve makul olarak nitelendirilebilecek tedbirleri alması, ciddi çaba göstermiş olduğunun kabulü için yeterli kabul edilmelidir. Vazgeçen suç ortağının, suçun önlenmesine yönelik her biri diğerinden daha elverişli olan birden fazla alternatifle karşılaşması halinde kendisinden beklenen, asgari olarak suçun önlenmesi için objektif olarak yeterli görülen yöntemi seçmesidir. Ancak seçilen bu yöntemin diğerlerine göre başarıya ulaşacağı konusunda suç ortağının tereddüdü bulunmaması gerekmektedir. Yoksa mevcut olan alternatiflerden en uygununu seçme zorunluluğu kendisine yüklenmemelidir. Ancak suç ortağının seçtiği yöntem, suçun önlenmesi bakımından objektif anlamda tatmin edici görülmemekte olup, suçun önlenmesi tesadüfe bırakılmışsa suç ortağının ciddi çaba gösterdiği söylenemeyecektir⁴¹⁴. Örneğin A ve B, C'yi öldürmeye yönelik iştirak halinde hareket ederler. C silahla yaralandıktan sonra A, vazgeçme iradesi ile ağır yaralı C'nin eline cep telefonunu verir ve olay yerinden uzaklaşır. Burada A'nın, öldürme suçunun neticesinin gerçekleşmesini önlemeye yönelik ciddi çaba gösterdiğini söylemek mümkün olmayacaktır. Çünkü A'nın yaptığı, neticenin meydana gelmesini önlemeye yönelik bir ihtimal yaratmak olsa da bu ihtimalin başarı şansı tesadüflere bırakılmıştır. Ağır yaralı durumda bulunan C'nin telefonu gerekli şekilde kullanabileceği konusunda A'nın yeterli derece tatmin olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır. Burada A'dan beklenen, yaralı B'ye tıbbi yardımın ulaşacağından emin olacağı şekilde hareket etmesidir.

IV. İhmali Suçlarda Gönüllü Vazgeçme

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere gönüllü vazgeçmenin uygulanabilirliği ancak teşebbüsün mümkün olduğu durumlarda söz konusudur. Bu nedenle teşebbüsün mümkün olmadığı suçlarda gönüllü vazgeçme de mümkün olmayacaktır. Bu çerçevede, Türk hukukunda ihmali suçlar bakımından bir ayırım yapmak gerekmektedir. İhmali suçlara teşebbüs konusunda Türk doktrininde, Alman

⁴¹⁴ Roxin, AT II, §30, kn.341; Zaczyk, a.g.e., §24, kn.114.

doktrinin aksine gerçek ihmali suçlar ile gerçek olmayan ihmali suçlar arasında farklı düşünülmektedir.

Türk hukukunda kural olarak gerçek ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Ancak somut olayda söz konusu olan gerçek ihmali suçun işlenebilmesi belli bir zaman aralığı gerektiriyor ya da hareket bölünebilir nitelikte ise bu durumda teşebbüsün mümkün olabileceği ifade edilmektedir.⁴¹⁵

Gerçek olmayan ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olduğu konusunda Türk ve Alman doktrinlerinde bir fark bulunmamaktadır. Gerçek olmayan ihmali suçlar da bir suç yolunu barındırmakta olup, bu suçlarda icra hareketlerine başlama anının tespiti önem taşımaktadır.

Bilindiği üzere gönüllü vazgeçme kurumu, uygulanabilirlik açısından iki alternatif sunmuştur. İcra hareketlerinin devam sırasında gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmek için icra hareketlerini terk etmek/vazgeçmek yeterli iken; icra hareketlerinin tamamlanmasından sonraki aşamada ise aktif bir çaba ile suçun tamamlanmasının veya neticenin gerçekleşmesinin önlenmesi gereklidir. İlk durum; “yapmama” şeklinde negatif nitelikte iken; ikinci durum, “müdahale etme” şeklinde aktif niteliktedir. İcrai suçlarda hal böyle iken ihmali suçlarda bu alternatiflerde söz konusu olan negatif ve aktif nitelikteki vazgeçme hareketlerinin aynı şekilde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışma konusudur⁴¹⁶.

Alman doktrininde bir görüş; gerçek olmayan ihmali suçların söz konusu olduğu durumlarda, henüz tamamlanmamış bir teşebbüs ile tamamlanmış bir teşebbüs arasındaki gibi bir ayrımın yapılmasının gerekli olmadığını ileri sürmektedir. Bu görüş, bu ayrımın sadece icrai hareketlerde vazgeçme alanını net bir şekilde belirlemeye hizmet ettiğini savunarak, gerçek olmayan ihmali suçun söz konusu olduğu hallerde “yapmama” şeklinde suçu işleyen garantörün her zaman için kurtarmaya yönelik müdahale etmesi gerektiğini savunmaktadır. Fail ancak aktif bir

⁴¹⁵ İçel/Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, a.g.e., s. 352.

⁴¹⁶ Fischer, a.g.e., §24, kn.14a; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.463.

önleme davranışı ile vazgeçebilecektir. Suç yoluna giren fail, hareketsiz kalmak suretiyle işlemeye başladığı gerçek olmayan ihmali suçta, hareketsiz kaldığı müddetçe suçun konusunu tehlikede tutmakta ve neticenin gerçekleşmesine yaklaşmaktadır. Fail ancak hareketsizliğine son vererek, müdahale etmek suretiyle vazgeçme hareketinde bulunabilir⁴¹⁷.

Hâkim görüş ise, icrai suçlardaki vazgeçme ile gerçek olmayan ihmali suçlardaki vazgeçmenin farklılık taşıdığını ileri sürmektedir. Bu görüşe göre; suçun işlenmesinin başındaki aşama ile sonraki aşama arasında önleme hareketi bakımından farklılık gönüllü vazgeçme kurumunun gereğidir. Suçun tamamlanmasının veya neticenin gerçekleşmenin önlenmesi bakımından aktif davranışın daha fazla çabayı gerektirdiği savunulmaktadır. Netice meydana gelme de suçun konusunun tehlikeye düşme derecesi ile aynı ölçüde daha yoğun bir önleme yükümlülüğü olması gerektiği söylenmektedir⁴¹⁸.

Farklılaştırma görüşü olarak adlandırılan hâkim görüş, önleme hareketi bakımından daha fazla çabanın aranması gerektiği hallere ilişkin dayanağını gönüllü vazgeçme kurumunun temel düşüncesinden aldığını savunurken; ilk görüş taraftarları ihmali hareketin devamı ile tamamlanması arasında sınır belirleme konusunun problemli olacağını ileri sürerek pratik bir faydası olmadığını ifade etmektedirler. Bu görüşe göre, ihmali hareketle suçu işlemeye başlayan fail, garantör olarak aktif davranışı ile müdahale ederek neticenin gerçekleşmesini önlemiş ise, ihmalin hangi aşamada kesildiğinin bir önemi yoktur⁴¹⁹. Farklılaştırma görüşü, ihmali hareketin hangi aşamada bulunduğunu belirlemede failin aktif davranışını kriter olarak almaktadır. Bu çerçevede, fail, ihmali hareket ile başladığı suçta, basit bir kurtarma hareketi ile neticenin ortaya çıkmasını önleyebilecek durumda ise suç icra hareketleri aşamasında kabul edilmelidir. Eğer fail, sadece suç teşkil eden “yapmama” şeklindeki ihmali hareketini yapsa bile neticenin gerçekleşmesine engel olamayacak

⁴¹⁷ Roxin, AT II., §29, kn.269.

⁴¹⁸ Jescheck/Weigend, a.g.e., s.639; Roxin, AT II., §29, kn.139; Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.27; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.467; Otto, a.g.e., §19, kn.85 vd.; Backmann, JUS, s.341; Jakobs, AT, §29, kn.116; Gropp, a.g.e., §9, kn.72; Freund, a.g.e., §8, kn.67.

⁴¹⁹ Roxin, AT II., §29, kn.270; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.467.

aşamada ise, suçun icra hareketleri tamamlanmıştır ve bundan sonrası için garantörün daha fazla aktif bir çaba içerisine girerek neticeyi önlemeye yönelik hareket etmelidir. Yani garantör için artık yükümlü olduğu “yapma” hareketini yapması da vazgeçme için yeterli olmayacak, daha fazla çaba gerekecektir⁴²⁰.

Kanaatimizce Alman doktrininde farklılaştırma görüşü karşısında yer alan görüş yerindedir. İhmali hareketin niteliği de dikkate alındığında, önleme bakımından her zaman için aktif bir hareketin gerekli olduğu açık olup, bunun ölçüsünü belirlemede suç yolunda içerisinde bulunulan aşamanın önemi olmadığını ifade etmeliyiz. Kaldı ki Türk hukuku bakımından eski TCK’da mevcut bulunan eksik teşebbüs – tam teşebbüs ayrımının ortadan kaldırılması ile bu ayrımın belirlenmesinin bir önemi bulunmamaktadır. Sonuç olarak gerçek olmayan ihmali suçun neticesinin ortaya çıkmasının garantör olan fail tarafından önlenmesinin sağlanması önem taşımaktadır.

⁴²⁰ Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.28-29; Gropp, a.g.e., §9, kn.72; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.468.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GÖNÜLLÜLÜK

I. GÖNÜLLÜLÜK KAVRAMI

Önceki bölümlerde ifade ettiğimiz gibi, gönüllü vazgeçmenin söz konusu olabilmesi için, birbiri ile bağlantılı çok aşamalı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. İlk değerlendirme; teşebbüs aşamasına ulaşmış, yani icra hareketlerine başlanmış bir suçun varlığının tespiti olmalıdır. Bu tespitten sonra, içinde bulunulan suç yoluna göre icra hareketlerinin devamından vazgeçilmiş olması, icra hareketleri tamamlanmış ise suçun neticesinin önlenmiş olması veya önlemeye yönelik ciddi çabanın gösterilmiş olmasını ifade eden “vazgeçme”nin varlığı gerekmektedir. Bu iki aşamanın değerlendirilmesinin olumlu sonuçlanmasından sonra ise son olarak bu “vazgeçme”nin gönüllü olması cezasızlığın söz konusu olabilmesi için şarttır. Gönüllülük unsuru, gönüllü vazgeçme kurumunun cezasızlık sonucunu sağlayabilmesi için vazgeçmenin bütün alternatiflerinde bulunması gereken subjektif koşuldur⁴²¹.

Failin vazgeçme hareketinin gönüllü olmaması, onun teşebbüs halinde bulunduğu suç nedeniyle cezalandırılması sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle gönüllülüğün tespiti son derece önem taşımaktadır. Tamamen failin iç dünyasını ilgilendiren bir kavram olan gönüllük ile aynı anlamda kullanılan “ihtiyari” kavramının kelime anlamı sözlükte; *isteğe bağlı, seçmeli olan, seçimlik* olarak tanımlanmıştır⁴²². Bu kavramın gönüllü vazgeçme kurumuna yansımaları ise, failin vazgeçme hareketinin kendi kararının sonucu olmasıdır. Failin içerisinde bulunduğu

⁴²¹ Tozman, a.g.e., s.260; Ali Emrah Bozbayındır, “Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçmede Gönüllülük Şartı”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018/1, s.88.

⁴²² http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5b2d5f8e5b1d33.86770824, 22.06.2018.

koşullarda birden fazla seçeneği varken bu imkânlardan birisini, herhangi bir zorlama olmaksızın seçmesi gönüllülüğünü yansıtabilecektir⁴²³.

Failin cezasızlığı ile sonuçlanmasına imkân veren gönüllü vazgeçme kurumunun koşullarının somut olaya doğru bir şekilde uygulanabilmesi, izlenen suç politikasının bir ürünü olan bu kurumun olumlu sonuçlarını yerinde bir şekilde ortaya koyacaktır. Bu nedenle koşulların kriterlere dayalı olarak inşa edilmiş olması, somut olayda tespit bakımından doğru sonuçlara ulaşılmasını sağlayacaktır. Gönüllü vazgeçme kurumunun objektif koşulu olan “vazgeçme” hareketine nazaran, subjektif nitelikteki “gönüllülük” koşulunun tespiti önem taşımakla birlikte zorluk da göstermektedir⁴²⁴. Bunun temel sebebi, gönüllülüğün failin iç dünyasına ilişkin bir kavram olmasıdır. Her ne kadar “gönüllülük” kavramı soyut bir olguyu ifade etse de, bu olgunun varlığının tespitini somut kriterlere dayandırmak doğru sonuçlara ulaşabilmek açısından büyük önem taşımakta olup, esasında kurumun özünü de oluşturmaktadır. Failin gönüllü vazgeçmesi, gönüllü olması bakımından iç dünyasına ilişkin olmakla birlikte iç dünyasını etkileyen faktörlerin büyük kısmı dış kaynaklı da olabilmektedir. Bu noktada önem arz eden husus ise hangi nitelikteki dış faktörlerin gönüllü olduğunun kabul edileceğidir.

Kurumun subjektif koşulu olan “gönüllülük”, TCK’nın 36. maddesinin başlığında yer alırken, koşullar bakımından benzer bir içeriğe sahip olan StGB’nin 24. maddesinin başlığı “vazgeçme (Rücktritt)” olarak düzenlenmiştir. Gönüllülük kavramı madde başlığında yer almamasına rağmen, Alman doktrininde de kurumun temel unsuru olarak kabul edilmektedir⁴²⁵. Gönüllülüğün tespiti konusunda hukukumuzdaki düşüncelerin gelişmesini sağlamak açısından Alman doktrininde uzun yıllardır yapılan çalışmaların katkısı olacağı şüphesizdir.

⁴²³ Jescheck/Weigend, a.g.e., s.544.

⁴²⁴ Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.222.

⁴²⁵ Kühl, AT, §16, kn.53.

II. GÖNÜLLÜLÜĞÜN TESPİTİNDE BAŞVURULAN TEORİLER

Gönüllülüğün tespiti konusunda Alman doktrininde bir fikir birliği bulunmamaktadır. Görüşler temelde iki yaklaşım çerçevesinde oluşmuştur. Bunlar; psikolojik ve normatif yaklaşımlardır⁴²⁶. Psikolojik bakış açısından hareket eden ve Alman doktrinine uzun yıllar hakim olan, geleneksel yaklaşım olarak kabul edilen Frank Formülü, psikolojik yaklaşım başlığı altında ele alınacaktır.

A. Psikolojik Yaklaşım

Gönüllülüğü psikolojik bir kavram olarak gören bu yaklaşım, kavramın açıklamasını lafzından hareket ederek yapmaktadır. Gönüllülüğü “özgür irade” (frei + Willig) olarak tanımlayan görüş için önemli olan failin serbest bir seçim yapma imkanı içerisinde olmasıdır. Esasen psikolojik yaklaşım için vazgeçmenin serbest iradeye dayanması yeterli olup, bunun gönüllü olduğunu kabul etmektedir. Ancak psikolojik yaklaşım taraftarlarının bir kısmı, gönüllülüğü belirleyenin vazgeçme saiki olduğunu savunmaktadır⁴²⁷. Bu bakımdan, vazgeçen failin otonom saikle mi heteronom saikle mi hareket ettiğinin tespitine önem vermektedirler.

1. Psikolojik Yaklaşımın Temeli

Alman doktrininde hâkim görüş olan psikolojik yaklaşım, gönüllülüğü irade özgürlüğü olarak tanımlamaktadır⁴²⁸. Alman içtihatları da gönüllülüğü öteden beri irade özgürlüğünü, iç ya da dış kaynaklı zorlamanın şekillendirdiği psikolojik bir kavram olarak ifade etmektedir. Bu anlayış, ilk olarak eski Alman Ceza Kanunu 46. maddesinin yorumu ile ortaya çıkmıştır. Buna göre; failin işlemeye başladığı suç, işlenme aşamasındayken (unbeendeter Versuch), “kendi iradesinden bağımsız

⁴²⁶ Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.43; Roxin, AT II, §30, kn.355; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.221; Bozbayındır, a.g.m., s.96; Christian Jäger, “Das Freiwilligkeitsmerkmal beim Rücktritt vom Versuch”, ZStW, 112/4, 2000, s.783.

⁴²⁷ Mareike Hermann, Der Rücktritt im Strafrecht Eine kritische Analyse von § 24 StGB de lege lata und Überlegungen de lege ferenda, Berlin, Duncker & Humblot, 2013, s.106.

⁴²⁸ Jescheck/Weigend, a.g.e., s.544; Zaczyk, a.g.e., §24, kn.64.

olarak” suçun tamamlanması önlenmiş ise ya da suçun icra hareketleri tamamlanmış olmasına rağmen (beendeter Versuch) söz konusu teşebbüs önceden keşfedilmiş ise gönüllü vazgeçmenin varlığı inkâr edilmekteydi⁴²⁹.

Buna göre, failin hala kendi kararının arkasında olduğu durumlar ile ne dışsal bir zorlama ne de içsel bir baskı olmaksızın suçun işlenmesinden vazgeçtiği durumlar gönüllü olarak kabul edilmektedir⁴³⁰. Aksi halde, yani fail dışarıdan kaynaklı bir zorlayıcı güç nedeniyle ya da manevi baskı nedeniyle vazgeçmeye yönelmişse, bu vazgeçmenin gönüllü olarak kabulü mümkün olmayacaktır⁴³¹. Bu yaklaşım açısından, vazgeçme saikinin niteliği önem taşımamaktadır. Bu doğrultuda vazgeçme saikin ahlaki niteliği de değerlendirilmeyip, failin içerisinde bulunduğu durumda serbest bir şekilde karar alıp almadığı belirleyici olmaktadır⁴³².

2. Otonom ve Heterenom Saikle Vazgeçme

Günümüzde Alman doktrin ve içtihatlarında gönüllülüğün belirlenmesinde baskın olarak kullanılan yöntem, failin vazgeçme saikinden hareket edilmesidir. Bu yöntemde, otonom ve heterenom neden kavramları öne çıkmaktadır.

a. Otonom Saik

Otonom saik, failin kendi iç dünyasından kaynaklanan nedenleri ifade etmektedir ve failin vazgeçmesi otonom saike dayanmaktaysa, vazgeçmenin gönüllü olduğu kabul edilmektedir. Bu kabule, gönüllülük kavramının kelime anlamından ve eş anlamlarından yola çıkarak ulaşılmaktadır. Gönüllülük; “kendi iradesinden”, “hareketin kendi kararından olması”, “kendi arzusuyla”, “özgür seçimden”, “kendi

⁴²⁹ BGHSt, 35, 184.

⁴³⁰ Jescheck/Weigend, a.g.e., s.544; Ulsenheimer, a.g.e., s.283; Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.43; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.222; Zaczyk, a.g.e., §24, kn.64; Schmidhäuser, a.g.e., §15, kn.84.

⁴³¹ Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.222; Manfred Maiwald, “Psychologie und Norm beim Rücktritt vom Versuch”, Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, Heidelberg, C. F. Müller, 1999, s. 270.

⁴³² Roxin, AT II, §30, kn.381; Maiwald, Psychologie und Norm beim Rücktritt vom Versuch, s.262; Fischer, a.g.e., § 24, kn.19c; Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., §17, kn.915; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.246; Schubert, a.g.e., s. 208; Bozbayındır, a.g.m., s.262.

içerisinden”, “kendi isteğine göre”, “zorlama olmaksızın”, “talep olmaksızın”, “baskı olmaksızın”, “serbestçe”, “kendisi”, “kendiliğinden” anlamlarına gelmektedir⁴³³.

Bu çerçevede failin vazgeçmesi, herhangi bir zorlayıcı nedene değil de kendi kararına dayanıyorsa, vazgeçmenin gönüllü olduğu söylenebilecektir⁴³⁴. Yani fail, kendi aldığı karar ile işlemeye başladığı suçun icra hareketlerini terk ediyor ya da neticenin meydana gelmesini önlüyorsa, vazgeçmesinin gönüllü olduğu kabul edilecektir. Failin bu kararı almasının arkasında yatan sebepler; failin duyduğu vicdan azabı, pişmanlık, mağdura acıma, ruhsal sarsıntı veya ceza alma korkusu gibi duygu ve düşünceler olabilir. Failin vazgeçme iradesini oluşturan bu duygu ve düşüncelerin oluşumu dış nedene dayanabilir. Örneğin mağdurun, kendisini öldürmeye yönelik harekete geçen faili ikna etmeye yönelik sözleri ve davranışlarının failde pişmanlık ya da acıma duygusu uyandırması sonucu failin vazgeçmesi mümkün olabilir. Ancak burada önemli olan, failin bu etkiye rağmen özgürce kendi kararını vermesi ve kararına hâkim olarak kalmasıdır⁴³⁵.

Örneğin; mağduru öldürmeye yönelen failin, diğer suç ortağının ikna etmesi nedeniyle öldürmekten vazgeçmesi ya da mağdurun silah tehdidinden korkmaması nedeniyle fail yaşadığı şaşkınlık nedeniyle mağduru öldürmekten vazgeçmesi halleri bu çerçevede gönüllü olarak kabul edilmektedir.

⁴³³ Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.43; Kühl, AT, §16, kn.55; Puppe, a.g.e., § 36, kn.49; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.243; Hermann, a.g.e., s.105.

⁴³⁴ Welzel, a.g.e., s.197; Jescheck/Weigend, a.g.e., s.544; Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.43; Jäger, Das Freiwilligkeitsmerkmal beim Rücktritt vom Versuch, s.788; Maiwald, a.g.m., s.262; Kühl, AT, §16, kn.55; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.244; Mahmutoglu/Karadeniz, a.g.e., s.847; Akbulut, a.g.e., s.493.

⁴³⁵ Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., §17, kn.915; Yargıtay kararına konu olan olayda; sanık, arkadaşı ile birlikte, gece vakti komşusunu yağmalamak için kapısının zilini çalar, kapıyı açan mağdurun boğazına sarılıp içeri sokup yere yatırdıktan sonra göğsüne basıp etkisiz hale getirirler. Sanık üzerinde taşıdığı bıçağı mağdurun yüzüne dayayıp “Sesini çıkarma seni öldürürüz” diyerek tehdit eder, daha sonra mağdurdan bir şey istemeden, evden de bir şey almadan mağdura yağma suçunu işlemek için geldiklerini, ancak vazgeçtiklerini söyleyip özür dileyerek evden çıkıp giderler. Bu olayda Yargıtay, sanıkların kendi iradeleri ile suçu işlemekten vazgeçtiklerine kanaat getirerek yağma suçundan gönüllü vazgeçtiklerine kanaat getirmiştir., 6. CD., 2013/31692 E., 2016/4738 K., 06.06.2016; Yine başka bir kararda Yargıtay; mağdureyi tuvalete sokmasının ardından cinsel organını anüsüne değdiren ve mağdurenin ağlamaya başlaması üzerine eylemine devam etme imkanı varken kendiliğinden sonlandırdığı anlaşılan fail hakkında, nitelikli cinsel istismar suçundan gönüllü vazgeçmesi nedeniyle çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğunu ifade etmiştir., 14. CD., 2018/2763 E., 2018/3632 K., 14.05.2018.

b. Heterenom Saik

Otonom saike karşı kullanılan heterenom saikte ise, failin vazgeçme hareketinde dış kaynakların hâkimiyeti kendisini göstermektedir. Buna göre; vazgeçmeye yönelik hareket, failin özgürce verdiği bir karara değil, aksine kendisinden bağımsız nedenlerin zorlamasına dayanmaktaysa heterenom saik söz konusudur ve bu durumda vazgeçme hareketi gönüllü değildir⁴³⁶.

Suç yolunda ilerleyen fail, suçun işlenmesi sürecinde ortaya çıkan koşulların değerlendirmesini yaptığında, üstesinden gelemeyeceğini düşündüğü riskler ve olumsuzluklarla karşılaşabilir. Bu koşullarda dahi suçun tamamlanması mümkün olup, fail, suçu tamamlama imkanına sahip olmasına rağmen manevi baskı nedeniyle kendisini vazgeçmeye mecbur görüyorsa, bu koşullar altında vazgeçme hareketi özgür iradesini yansıtmamaktadır. Ortaya çıkan yeni riskler ve olumsuz koşullar, failde en baştan beri bulunan suçu tamamlama yönündeki arzusunu ortadan kaldırmak zorunda bırakarak suçun tamamlanmasını, sübjektif olarak olanaksız kılmaktadır⁴³⁷.

Örneğin yağma suçu işlemek için bir markete giren fail, kasaya yönelmesine rağmen sürekli markete giren müşteriler ya da içeride bulunanların bakışlarının üzerine yönelmesi nedeniyle suçu tamamlamadan ayrılması hali, otonom/heterenom saik ayrımına göre gönüllü olmayacaktır. Aslında bu örneklerde failin suçu tamamlaması bakımından objektif anlamda bir engel bulunmamasına rağmen, fail mevcut koşullardaki riskler – ki olayda yakalanma riski nedeniyle ortaya çıkan manevi baskı ile vazgeçmeye yönelmiştir.

⁴³⁶ Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e., §50, kn.109; Kühl, AT, §16, kn.56; Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.44; Otto, a.g.e., §19, kn.40; Fischer, a.g.e., §24, kn.20; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.245; Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., §17, kn.916.

⁴³⁷ Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.47; Baumann/Weber/Mitsch, a.g.e., §27, kn.17.

3. Psikolojik Yaklaşım Yönelik Eleştiriler

Psikolojik yaklaşıma ilişkin görüşlere yönelik eleştiriler, manevi baskının derecesi, “özgür irade” kriteri ve vazgeçme saiki üzerinden ortaya konulmuştur.

Eleştirilerin en başında, “gönüllülük” kavramının hukuki bir kavram olmasına rağmen, daha çok kendisine psikolojik bir anlam yüklenmiş olduğu yönündedir. “Psikometrik” olarak görülen bu yaklaşımda, faili vazgeçmeye yönlendirecek olan psikolojik/manevi baskının ne büyüklükte olması gerektiğini gösteren bir ölçek bulmanın mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Fail üzerinde etki gösterebilecek olan sayısız etken bulunmakta olup, bu etkenler psikolojik baskının derecesinin tespitine imkân vermemektedir. Hangi nicelikteki baskının gönüllü/gönüllü olmayan ayrımını yapabileceği muğlak olup, bu durum görüşün en zayıf yanını oluşturmaktadır. Bu durum ise varılan sonuçlar bakımından farklılıklar gösterebilecek olup, keyfiyet ile birlikte hukuki açıdan belirlilik de ihlal edilecektir⁴³⁸.

Psikolojik yaklaşımda ön planda olan “özgür irade” kriterinin gönüllük bakımından mutlak bir ölçüt belirleme imkânı bulunmamaktadır. Çünkü vazgeçen fail, hiç şüphesiz ki gerekçesi ne olursa olsun kendi kararına dayanarak vazgeçmiştir ve bu karar onun serbest iradesinin ürünüdür. Mevcut koşullar ve dış etkenler failin üzerinde etki göstermiş olmalarına rağmen, fail başka şekilde hareket etme imkânına sahip olduğu takdirde vazgeçme hareketi yine de kendi özgür iradesinin ürünüdür ve gönüllülük sonucunu doğuracaktır⁴³⁹. Her vazgeçmenin bir karara dayanması gerektiğinden, BGH’nin kabul ettiği psikolojik yaklaşıma göre ancak failin kendi kararını verme imkânının bulunmadığı haller gönülsüz olarak kabul edilebilecektir⁴⁴⁰. Aynı şekilde failin suçun işlenmesi sırasında ortaya çıkan risklerin suçun tamamlanmasına engel olacağını öngörmesi halinde vazgeçmesi durumunda

⁴³⁸ Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e., §50, kn.106; Roxin, AT II., §30, kn.370; Herzberg, Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch, s.360; Ulsenheimer, a.g.e., s.428; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.224; Zaczyk, a.g.e., §24, kn.65; Bottke, a.g.e., s.469.

⁴³⁹ Roxin, AT II., §30, kn.368.

⁴⁴⁰ Gutmann, a.g.e., s.190; Roxin, AT II., §30, kn.368 vd.; Ulsenheimer, a.g.e., s.300.

da özgür iradesi ile vazgeçtiğinin kabulü gerekecektir. Çünkü bu halde de failin önünde suçun tamamlanmasına yönelik hareketlerine devam etme seçeneği bulunmasına rağmen özgür iradeyle aksi yönde hareket ettiği ileri sürülebilecektir⁴⁴¹.

Vazgeçme saikinden hareket edilmesi halinde ise; failin vazgeçme kararında etkisi olabilecek herhangi bir dışsal etki, failin otomatik olarak gönülsüz olduğu şeklinde sonuçlanacaktır. Halbuki gönülsüz vazgeçen failde olduğu gibi gönüllü vazgeçen failde de onu vazgeçirmeye yönelik iç veya dış kaynaklı bir baskı olabilir. Bu görüşün kabulü halinde, örneğin hırsızlık suçun icra hareketlerine başlamış olan fail, duyduğu bir takım seslerden tedirgin olarak olay yerini terk ettiğinde ya da batıl inançları nedeniyle duyduğu seslerden korkarak suç işlemekten vazgeçmiş olması durumlarında aynı sonuca ulaşılabilecektir⁴⁴².

B. Frank Formülü

Frank formülü, gönüllülüğün tespitinde oldukça uzun zaman kullanılmış olan ve bugün hala taraftarı bulunan bir çözüm yöntemidir. Alman doktrininde günümüzde önceki kadar başvurulan bir yöntem olmasa da, Frank formülü Türk hukukunda gönüllülüğün belirlenmesinde en sık başvurulan yöntem olup Yargıtay kararlarında da bu yaklaşımın benimsendiği görülmektedir⁴⁴³.

Frank, gönüllülüğün belirlenmesi konusundaki çözüm yönteminde psikolojik bakış açısından hareket etmeye çalışmıştır. Frank Formülü, failin vazgeçme hareketinin gönüllü olup olmadığının tespitine ilişkin psikolojik bir yöntem olarak kabul edilmektedir⁴⁴⁴. Frank, failin saikini irade sebebi olarak kabul eder. Onun için

⁴⁴¹ Sözüer, a.g.e., s.248.

⁴⁴² Zaczyk, a.g.e., §24, kn.65; Tozman, a.g.e., s.287.

⁴⁴³ Yargıtay kararına konu bir olayda fail, farklı zamanlarda mağdurun yanına gelerek anal yoldan ilişkiye girmek istemiş ancak mağdurun makatını sıkması üzerine hareketlerine son vermiştir. Yargıtay kararında, failin hareketlerini nitelikli cinsel istismar suçunu oluşturacak şekilde devam ettirme imkanı olmasına rağmen, ciddi bir engel olmaksızın hareketlerine son vermesi nedeniyle gönüllü vazgeçmenin oluştuğuna kanaat getirmiştir., 14. CD., 2018/1830 E., 2018/4828 K., 02.07.2018.

⁴⁴⁴ Guttman, a.g.e., s.172; ; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.223.

faildeki vazgeçme kararının ne şekilde ortaya çıktığı ve saikinin vazgeçme isteğini ne şekilde etkilediği önemlidir. Etik nitelendirme önemszenmemektedir⁴⁴⁵.

Frank’a göre fail, “neticeye ulaşabileceğim halde bunu istemiyorum.”, diyerek suç yolunda bulunduğu suçu işlemekten vazgeçmişse bu vazgeçme gönüllüdür ve cezasızlığı hak etmektedir. Bunun dışındaki bütün durumlarda, özellikle failin, “neticeye ulaşmak istediğim halde bunu başaramıyorum.”, dediği hallerde, vazgeçmenin gönüllü olmadığı kabul edilmektedir⁴⁴⁶. Frank, bu çözüme eski Alman Ceza Kanunundaki (m. 46) gönüllü vazgeçme düzenlemesinin lafzından ulaşmıştır.

Ancak Frank’ın çözümü, günümüzde Alman doktrininin çoğunluğu tarafından eleştirilmektedir. Eleştirilere göre, Frank’ın formülü gönüllü olup olmamanın belirlenmesine ilişkin bir kriter ortaya koymamaktadır. Formülün ancak failin hareketinin vazgeçmeye elverişli olup olmadığı konusunun tespitine olanak tanıdığı ifade edilmektedir. Diğer yandan Alman hukukunda kullanılmakta olan “geri dönüşsüz teşebbüs” kavramının da Frank formülünün gönüllü vazgeçme vakalarında gönüllülüğün tespitinde çözüm olarak kullanılmasına imkân vermeyeceği ileri sürülmektedir⁴⁴⁷.

Gerçekten Frank formülü, özellikle failin suç yolunda karşılaştığı riskler nedeniyle plan değişikliğine gittiği ya da vazgeçtiği durumlarda gönüllülüğün tespitinde amaca hizmet etmeyecektir⁴⁴⁸.

C. Normatif Yaklaşım

Psikolojik yaklaşımın gönüllülüğün tespitinde sunduğu çözümler, gönüllü vazgeçme kurumunun amacıyla uyuşmadığı yönündeki eleştirileri beraberinde getirmiştir. Bu eleştiriler, gönüllü vazgeçme kurumunun düzenlenme amacı ile

⁴⁴⁵ Gutman, a.g.e., s.172.

⁴⁴⁶ Frank, a.g.e., §46, kn.II.

⁴⁴⁷ Jescheck/Weigend, a.g.e., s.544; Roxin, Der fehlgeschlagene Versuch, s.2; Kühl, AT, §16, kn.54; Ulsenheimer, a.g.e., s.314; Fischer, a.g.e., §24, kn.21; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.223.

⁴⁴⁸ Sözüer, a.g.e., s.248.

cezasızlık gibi imtiyaz niteliği taşıyan sonucunun hangi şartlarla elde edilebileceği göz önünde bulundurularak normatif kriterler belirlenmesi gerektiği ihtiyacını ortaya koymuştur. Böylece gönüllü vazgeçme kurumunun uygulanması da izlenen suç politikası ile uyumlu hale gelebilecektir⁴⁴⁹. Kanaatimizce de gönüllülüğün psikolojik yani soyut kriterlerle tespiti, kurumun düzenlenmesi ile güdülen amaca varılmada sağlıklı bir değerlendirme yapılabileceği konusunda tereddütler taşımaktadır.

Alman doktrininde, yargı kararlarının aksine ağırlıklı olarak normatif teori destek bulmakta ve temsil edilmektedir. Doktrindeki bu yaklaşıma göre, vazgeçme durumunda vazgeçme saikinın belirlenmesi gönüllülüğün tespiti bakımından oldukça önemlidir. Çünkü gönüllü vazgeçme kurumunda genellikle belirleyici olan gönüllülük olup, bir standart belirlenmesi bu noktada önem taşımaktadır⁴⁵⁰.

Gönüllülüğün tespitini normatif temele dayandırmaya çalışan bu yaklaşımda, kendi içerisinde farklı gerekçelerden hareket eden birden fazla görüş ileri sürülmüştür. Ancak bu görüşler, ortak nokta olarak psikolojik değerlendirmeyi bir kenara koyarak, vazgeçme saikinden hareket etmektedirler. Görüşler arasındaki farklılıklar ise değerlendirme ölçütlerinde kendisini göstermektedir. Suçlu mantığı, vazgeçme saikinın ahlaki niteliği, suç planından sapma, suç ortaklığı prensipleri gibi ölçütler bu görüşlerin ağırlık noktalarını oluşturmaktadır.

1. Suçlu Mantığı Teorisi

Roxin tarafından ortaya konulan suçlu mantığı teorisine göre vazgeçme hareketinin gönüllü olup olmadığının tespiti, failin “suçlu mantığı normlarından” (Normen der Verbrechervernunft) ayrılıp ayrılmadığına göre belirlenmektedir⁴⁵¹. Roxin, teorisini RGH ve BGH kararlarından hareketle şekillendirmiştir. Ona göre,

⁴⁴⁹ Jescheck/Weigend, a.g.e., s.544-545; Roxin, **AT II**, §30, kn.355; Maiwald, Psychologie und Norm beim Rücktritt vom Versuch, s.258; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.225; Zaczyk, a.g.e., §24, kn.66; Sözüer, a.g.e., s.249; Bozbayındır, a.g.m., s.105.

⁴⁵⁰ Rudolphi, a.g.e., §24, kn.25; Zaczyk, a.g.e., §24, kn.66.

⁴⁵¹ Roxin, Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch, s.252.

RGH, kararında kullanmış olduğu gerekçe ile o zamana kadar kabul edip uyguladığı psikolojik yaklaşımı fark etmeden terk ederek normatif kritere yönelmiştir. RGH, kararında, “mevcut şartlar altında, failin karşılaştığı fark edilme ve cezalandırılma tehlikesinin, fail tarafından akılı başında bir şekilde değerlendirdiğinde katlanamayacağı...”, şeklindeki gerekçede yer alan “akılı başında” (vernünftigerweise) ifadesi, normatif anlayışı işaret etmektedir. Roxin, burada kullanılan “akıl” kavramının ne anlama geldiğini açıklamaya çalışmıştır. Buradaki “akıl” (Vernunft); kararlı, somut suç planının taşıdığı riskleri ve başarıya ulaşma şansını soğukkanlı biçimde değerlendiren failin hareket tarzını ifade etmektedir. Bu gerekçe doğrultusunda, suçun işlenmesi sürecinde fark edildiğinin farkına varan fail, akıllıca davranarak suç işlemekten geri çekilmiştir. Bu hareket tarzı fail bakımından “suçlu mantığı normlarına” uyma olup, elbette ki hukuk düzeninin öngördüğü ödüllendirmeyi hak etmeyecektir. Çünkü bu şekilde suçlu mantığı normlarına uygun nitelikteki vazgeçme gönüllü olarak nitelendirilemeyecektir. Buna karşılık, suç yolundan somut bir sebep olmaksızın ciddi bir korkuya kapılarak olay yerinden uzaklaşan fail, iştigal ettiği işin (mesleğinin) kriterlerine göre “akılsızca” (unvernünftig) hareket etmektedir. Çünkü olağan bir suçlu sebepsiz yere bir korkuya kapılamaz. Bu koşullardaki vazgeçme gönüllü olarak kabul edilmelidir. Çünkü hukuk düzeni, “suçlu mantığı normları”ndan ayrılmayı ödüllendirmektedir⁴⁵².

“Suçlu mantığı normları”ndan ayrılan fail, suç planına da aykırı davranmaktadır ve bu durum failin, en başta suç işlemeye yönelik harekete geçerken sahip olduğu saikleri ile de bağdaşmayan yeni bir durum yaratmıştır. Bu durum, illegal zeminde bulunan failin legal zemine dönüş iradesini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla meşru alana “geri dönen” fail, cezalandırılma ihtiyacını kendisi ortadan kaldırmıştır⁴⁵³. Bu şekilde gönüllüğün anlamı ile cezalandırmanın amacına ilişkin teoriler, gönüllü vazgeçme imtiyazının amacı ile uyum göstermektedir.

⁴⁵² Roxin, Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch, s.252; Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, s.37; AT II, §30, kn.383; Scheurl, a.g.e., s.59; Jakobs, AT, §26, kn.36; Schmidhäuser, a.g.e., §15, kn.83.

⁴⁵³ Roxin, AT II, §30, kn.383; Bottke, a.g.e, s.471.

Bu teori kapsamında, gönüllülük değerlendirilmesi yapılırken dikkat edilmesi gereken iki husus bulunmaktadır. Birincisi, vazgeçme etik bir nitelik taşımak zorunda değildir. Failin yasal sınırlar içerisine dönmesi yeterlidir. İkincisi ise; somut suç bakımından failin yasal sınırlara dönmüş olması gereğidir. Failin ileride aynı kişiye ya da konuya karşı aynı suç işlemeye arzusunda olması gönüllü vazgeçmeden yararlanmasına engel olmayacaktır⁴⁵⁴.

Suçlu mantığı teorisi, tek tip standart bir suçlu tipinin kabulünden hareket ettiği iddiası ile eleştirilmiştir. Dolayısıyla “suçlu mantığı normları” bu görüşlerce makul bulunmamıştır. Bir katil, cinsel suç faili ya da dolandırıcının tek düze bir hareket biçimi olduğuna dair kanıtlanmış bir veri olmadığı ifade edilmiştir. Yine bu çerçevede Roxin’in ortaya koyduğu bu kriterin belirsiz olduğu ise bir diğer eleştiri noktasıdır⁴⁵⁵. Eleştirilere karşı Roxin, standart bir suçlu profili öngörmediğini, bu noktada yanlış anlaşıldığını ifade etmiştir. Kanaatimizce Roxin bir hareket noktası oluşturmaya çalışmıştır. Elbette bir kesin bir formül ortaya koyarak hangi hareketin gönüllü hangi hareketin gönüllü olmadığını tespit etmek mümkün olmamaktadır. Önemli olan tespit konusunda hareket noktası belirleyebilmektir. Bu açıdan Roxin, somut olaydaki vazgeçme hareketinin yasal zemine dönüş olarak kabul edilip edilemeyeceğinin belirlenebilmesi için normatif kritere dayalı bir hareket noktası oluşturma konusunda yardımcı olmayı amaçladığını ifade etmiştir⁴⁵⁶.

2. Norma Uygunluğa Dönüş Yaklaşımı

Walter tarafından ortaya atılan bu yaklaşım, failin davranışını norma uygun hale getirmesini esas almaktadır. Walter’in ortaya koyduğu kriter, failin “yeterli derecede norma uymaya hazır olduğunu” (hinreichende Normbefolgungsbereitschaft) ortaya koymasıdır. Bu yaklaşımda tespit edilmesi gereken husus, norm ihlali sureti ile hukuka aykırılığı yaratan failin bu ihlali – yani

⁴⁵⁴ Roxin, AT II, §30, kn.381.

⁴⁵⁵ Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.226; Ulsenheimer, a.g.e., s.306; Jäger, Der Rücktritt vom Versuch, s.102.

⁴⁵⁶ Roxin, AT II, §30, kn.383.

hukuk düzeni ile bulunduğu çatışma halini nasıl çözdüğüdür⁴⁵⁷. Gönüllü vazgeçmenin uygulanabilmesi için failden beklenen, norma uygun davranmaya dönmesidir. Ancak fail bu dönüşün kesin bir dönüş olduğunu göstermelidir. Esasında, suçu işlemeye yönelik kurduğu planına aykırı yönde karar alan failin norma uygun davranarak yasal zemine geri dönmesi doğru olsa da gönüllü vazgeçme kurumunun önleme amacı noktasında eksiklik taşıdığı ileri sürülmüştür. Bu yaklaşımın, gönüllü vazgeçme kurumunun yalnızca özel önleme amacını kapsadığı, çünkü gönüllü vazgeçmenin varlığı halinde dahi faildeki “zararlı eğilimlerin” varlığı devam edebildiği ifade edilmektedir. Walter, verdiği şu örnekle de görüşünü somutlaştırmaya çalışmıştır: Bir gaspçı soymak için bir mağdura saldırmış ancak daha zengin ve daha kazançlı çıkacağını düşündüğü başka bir kişinin gelmesi üzerine, onu soymak için ilk mağdura yönelik saldırısını sonlandırması gönüllü vazgeçme olarak kabul edilmeyecektir⁴⁵⁸.

Vazgeçme saikine önem atfetmeden, kanun koyucunun gönüllülüğün belirlenmesi amacıyla olduğunu ileri süren Amelung da gönüllülüğün hukuk ilkeleri çerçevesinde somutlaştırılması gerektiğini ifade etmektedir. Ona göre gönüllü vazgeçme düzenlemesi tehlikeliliğin geriye döndürülmesini esas almakta olup, fail yarattığı tehlikeyi ortadan kaldırmalıdır. Bu şekilde fail, norma uygun bir düşünce yapısına dönerek gönüllülüğünü ortaya koymuştur. Amelung’a göre failin hukukun zorlayıcı gücü ya da hâkim olunamayan fiziki ya da ruhi etkilerden bağımsız olarak ortaya koyduğu vazgeçme hareketi gönüllüdür⁴⁵⁹.

3. Hukuk Düzenine Dönüş Yaklaşımı

Schünemann, gönüllü vazgeçmenin cezasızlık öngören etkisini dikkate almış, gönüllülüğün tereddütsüz olarak normatif kriterlere dayanması gerektiğini ifade ederek yaklaşımını bu esasta temellendirmiştir. Ona göre vazgeçmenin

⁴⁵⁷ Michael Walter, Der Rücktritt vom Versuch als Ausdruck des Bewahrungsgedankens im zurechnenden Strafrecht, Göttingen, Schwartz, 1980, s. 67.

⁴⁵⁸ Walter, a.g.e., 92; Zaczyk, a.g.e., §24, kn.66.

⁴⁵⁹ Knut Amelung, “Zur Theorie der Freiwilligkeit eines strafbefreienden Rücktritts vom Versuch”, ZStW, v.120(2), 2008, s.243.

gönüllülüğünü kabul edebilmek için failin icra hareketlerine başlamış olduğu teşebbüsünün, hukuk düzenini bozan etkisini ortadan kaldırması gerekmektedir. Schünemann, gönüllü vazgeçmenin genel önleyici yönünü öne çıkarmaktadır⁴⁶⁰. Önemli olan, ortaya çıkan hukuka aykırılık ile toplumun bozulmuş olan düzeninin ve güvenin yeniden eski hale getirilmiş olduğuna dair inancının sağlanmış olmasıdır. Failin anlık durumlara göre hareket ederek norma uyup uymamaya yönelmesi, toplumun norma güven ve güvenlik duygusunun bozulmasına neden olacaktır⁴⁶¹.

4. Zorunluluk Halinin Koşullarını Ölçüt Alan Yaklaşım

Gönüllülüğün tespiti için normatif bir kriter olarak kusuru kaldıran nedenlere ilişkin teoriden (Schulderfüllungstheori) hareket eden Herzberg, StGB § 35’de düzenlenen zorunluluk halinin kriterlerinin ölçüt olarak kullanılabileceği görüşündedir. Zorunluluk hali teşkil eden tehlike durumunun yarattığı baskı, vazgeçme hareketinin gönüllü olup olmadığının tespitinde belirleyici olmaktadır. Buna göre; eğer vazgeçme hareketi, zorunluluk halinin tehlikeye maruz kalma koşulunda olduğu gibi, maruz kalınan tehlikenin baskısı nedeniyle gerçekleştirilmişse vazgeçme hareketinin gönüllü olduğu söylenemeyecektir⁴⁶². Ancak Alman hukukunda zorunluluk halinin uygulanabilmesi için tehlike içerisinde olan kişiler sınırlı olarak sayılmış olduğundan, bu koşulun gönüllü vazgeçme kurumunda kullanılmasında keyfiliğe yol açarak sınırlı uygulamaya neden olacağı konusunda eleştirilmiştir⁴⁶³.

5. Dolaylı Faillik Halinin Koşullarını Ölçüt Alan Yaklaşım

Jäger ise, gönüllülüğün belirlenmesinde suç ortaklığına ilişkin ilkelerden hareket edilmesi gerektiği görüşündedir. Bu çerçevede, dolaylı faillik kriterlerinin

⁴⁶⁰ Bernd Schünemann, “Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, 2. Teil: Schuld und Kriminalpolitik”, GA, 1986, 323.

⁴⁶¹ Schünemann, a.e., s.324.

⁴⁶² Dietrich Herzberg/ Klaus Hoffmann-Holland, “Rücktritt”, Münchener Kommentar Strafgesetzbuch, §1-37, 2. Aufl., München 2011, §24, kn.125.

⁴⁶³ Wessels/Beulke/Satzger, a.g.e., §17, kn.917.

belirleyici olacağını ifade etmektedir. Buna göre; dolaylı faillik durumunu ortaya koyan zorlama, kusur yeteneğinden yoksun olma, hata halinde bulunma ya da irade yeteneğinin ortadan kalkmasına neden olan hallerin varlığı, gönülsüzlüğe dayanak teşkil etmektedir. Failin araç konumunda bulunduğu hallerde vazgeçmesi gönüllü olarak kabul edilmemelidir⁴⁶⁴.

D. Kanaatimiz

Somut olayda gönüllü vazgeçmenin varlığının tespiti konusunda zorluk gösteren ve bir o kadar da önem taşıyan unsur gönüllülüktür. Şüphesiz ki bu zorluğun sebebi, gönüllülüğün subjektif niteliğinden kaynaklanan ispat meselesidir. Öncelikle şunu söylemeliyiz ki, gönüllülüğün ya da gönülsüzlüğün açık olduğu olaylarda, aşağıda açıklayacağımız üzere hangi teorinin benimsendiğinin bir önemi bulunmamakta olup, varılan sonuçlar aynılık göstermektedir. Ancak subjektif nitelikteki gönüllülük unsurunun tespiti, failin vazgeçmesinin bir tesir sonucu olduğu olaylarda zorluk göstermektedir. Kanaatimizi önceden belirtmek gerekirse, bu tip vakalarda gönüllülük unsurunun tespitinde normatif yaklaşımın öncelikli olarak benimsenmesinin yerinde olduğu görüşündeyiz. Bu konuda dayanak noktamızı, gönüllü vazgeçme kurumunun ihdas amacı oluşturmaktadır. Suç yolunda olan failin meşru zemine dönmesini sağlamayı hedefleyen gönüllü vazgeçme kurumu, failin vazgeçme hareketinin gönüllü olup olmadığının tespitinde normatif kriterlere dayanmalı ki objektif ve adil bir sonuca ulaşabilsin.

Gönüllülüğün tespitinde şüphesizki somut olayın şartları, ki bu noktada ise öncelikle olarak failin planı ile planda ortaya çıkan sapma önem taşımaktadır. Bu koşulların belli saiklere dayanan normatif kıstaslarla değerlendirilmesi gönüllülüğün bulunup bulunmadığının tespitine imkan verecektir. Değerlendirme ile varılması gereken sonuç, failin vazgeçme hareketini meşru zemine dönmek amacıyla gerçekleştirmiş olduğunun tespitidir. Bu bağlamda, failin özgür iradesi ile meşru zemine dönmüş olması, gönüllülüğün varlığını gösterecektir.

⁴⁶⁴

Jäger, Der Rücktritt vom Versuch, s.98 vd.

Ancak şunu da ifade etmek gerekir ki, birçok olayda başvurulması gereken teori ise ne salt psikolojik teori ne de salt normatif teori olmalıdır. Psikolojik yaklaşım dışlanamaz, çünkü vazgeçme failin kendi iradesi ile ortaya konmalıdır. Normatif teori dışlanamaz, çünkü gönüllü vazgeçme kurumunun ihdas amacı failin meşru zemine dönmesini sağlamak olup bu noktada faili vazgeçmeye iten neden gönüllülüğün tespitinde önem taşımaktadır. Şüphesizki psikolojik yaklaşımın esas aldığı özgür irade ile karar alma yadsınamayacak bir kriter olmakla birlikte, vazgeçme saikinın dikkate alınmaksızın değerlendirilen özgür irade ile alınan karar, gönüllü vazgeçme kurumunun amacına hizmet etmeyecek sonuçlara varabilecektir. Bu nedenle psikolojik ve normatif yaklaşımlar, somut olaylarda gönüllülüğün tespitinde birbirini tamamlayıcı şekilde uygulanmaları halinde yerinde sonuçlar verebilecektir. Örneğin failin suç planından saptığı bir vakada, vazgeçme hareketinin tespitinden sonra hareketin özgür bir irade ile olduğundan şüphe edilmediği takdirde, plandan sapma saikinın tespiti önem taşımakta ve belirleyici olmaktadır. Failin saiki, meşru zemine dönmek olmalıdır.

III. GÖNÜLLÜLÜĞÜN TESPİTİNDE PSİKOLOJİK VE NORMATİF YAKLAŞIM UYGULAMALARI

Günümüzde gönüllülüğün tespitinde psikolojik ve normatif yaklaşımlar özellikle Alman doktrin ve uygulamasında Frank formülüne nazaran daha çok kullanılmakta ve tartışmaya konu edilmektedir. Ancak şunu belirtmek gerekir ki hangi yaklaşım kabul edilirse edilsin, gönüllülüğün belirlenmesinde önem taşıyan husus failin bakış açısıdır⁴⁶⁵. Daha önce belirttiğimiz üzere, gönüllülük failin iç dünyasına ilişkin bir husus olup, gönüllü vazgeçme imkanından yararlanabilmesi için tartışma konusu olan bu iç dünyanın dışa yansımalarının somut kriterlere başvurularak sağlıklı bir sonuca varılmasının sağlamaktır. Bu sonuç bize gönüllülüğün varlığını ya da yokluğunu gösterecektir.

⁴⁶⁵

Fischer, a.g.e., §24 kn.17.

Genel olarak psikolojik ve normatif yaklaşımların, özellikle suçun işlenmeye devam edilmesinin fail açısından önemli risk taşıdığı somut olaylara uygulanmasında çoğunlukla aynı sonuca vardığı görülmektedir. Örneğin geceleyin hırsızlık yapmak için bir işyerinin kapısını zorlayarak açmaya çalışan fail, görüldüğünü fark eder ve yakalanacağını düşünerek hırsızlık suçunu işlemekten vazgeçer ve oradan uzaklaşır. Bu koşullarda failin vazgeçmesi, hem psikolojik hem de normatif yaklaşım tarafından gönüllü olarak kabul edilmemektedir. Psikolojik yaklaşıma göre fail, psişik olarak bir baskı altında olduğundan vazgeçmekten başka bir seçeneği bulunmamaktadır. Normatif yaklaşım bakımından ise failin yasal zemine dönme iradesi bulunmamaktadır, aksine gelişen koşullara göre duruma uygun hareket içerisinde girmiştir.

Elbette gönüllülüğün tespitinde standart bir formül oluşturmak mümkün olmamakla birlikte bazı yapıları tespit bakımından benzerlik gösterebilmektedir. Aşağıda özellikle Alman doktrin ve yargı kararları ile Yargıtay kararlarında tartışmalara konu olmuş bazı yapılar üzerinden psikolojik ve normatif yaklaşımların vardığı sonuçlar incelenecektir. Bu yapıları; yaklaşımların vardığı sonuçlar bakımından örtüşen ve çelişen sonuçlar ekseninde bir tasnifle inceleyeceğiz.

A. Psikolojik Yaklaşım ile Normatif Yaklaşımın Sonuçlar Bakımından Örtüştüğü Yapılar

1. Suç Planına Göre Riskin Arttığı Haller ve Fark Edilme Korkusu

Suç yoluna giren fail, gerek daha önceden gerekse bu süreç içerisinde suçun işlenmesine yönelik bir suç planı doğrultusunda hareket eder. Bu suç planı bazen çok detaylı bir değerlendirmeyi içerirken birlikte bazen yüzeysel de olabilmektedir. Ancak hangisi olursa olsun fail, zihninde mutlaka risk değerlendirilmesini yapmıştır. Failin bu değerlendirmesi, suçun başarıya ulaşması için kabullendiği riskleri kapsamaktadır. Suç yoluna girildikten sonra ise koşulların değişimine göre, failin en başta zihninde değerlendirmesini yaptığı risklerde de suçun başarıya ulaşma

ihtimalinde de sapmalar söz konusu olabilecektir. Suçun başarıyla tamamlanmasına engel bir durum olmasa bile failin başta zihninde düşündüklerinden daha zorlu koşullar ortaya çıkabilecektir.

Failin baştaki suç planına dahil etmediği riskler çeşitli sebeplerden kaynaklanabilir. Ancak riski artıran haller konusunda ilk akla gelen failin fark edilmesidir(keşfedilme=Die Entdeckung)⁴⁶⁶. Fark edilmeden anlaşılması gereken, failin hukuka aykırı bir hareket içerisinde olduğunun mağdur ya da üçüncü bir kimse/kimseler tarafından anlaşılmasıdır. Genel olarak failin suç işlenirken fark edilmiş olması, fail açısından bunun sonucu olarak yakalanmayı göze alacağı bir hal olarak görülmemektedir. Olağan koşullarda failin yakalanacağını kabul ederek bir suçu işlemeye devam etmesi istisnai bir durum teşkil etmektedir⁴⁶⁷.

Fark edilmiş olmakla, yakalanma riski ile yüzleşen failin suç işlemekten vazgeçmesi gerek psikolojik gerekse normatif yaklaşımlar bakımından gönülsüz olarak kabul edilmektedir. Psikolojik yaklaşıma göre gönüllülük yoktur, çünkü fark edildiğini anlayan fail, iç dünyasında oluşan psikolojik baskı ve yakalanma korkusu ile suçu baştaki planına göre başarıyla tamamlayamayacağını görmektedir ve vazgeçmekten başka seçeneğinin olmadığına inanmaktadır. Normatif yaklaşıma göre gönüllülük yoktur, çünkü failin vazgeçme hareketi yasal zemine dönüş teşkil etmemektedir. Fail olayın gelişimine göre değişen koşullara uygun hareket etmeyi tercih etmiştir⁴⁶⁸.

Ancak şunu söylemek gerekir ki failin fark edilmiş olması nedeniyle suç işlemekten vazgeçmiş olması her koşulda gönülsüz olarak tanımlanmamalıdır. Belirleyici olan somut olaydaki vazgeçmenin hangi şartlar altında gerçekleştiğidir. Eğer failin vazgeçmesi, fark edilmiş olması ile engelleneceğini ya da adli prosedürle karşılaşacağı korkusundan kaynaklanıyorsa gönüllü olmadığının kabulü gerekecektir.

⁴⁶⁶ Kühl, a.g.e., §16, kn.58; Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.49; Zaczyk, a.g.e., §24, kn.70.

⁴⁶⁷ Wilfried Bottke, Zur Freiwilligkeit und Endgültigkeit des Rücktritts vom versuchten Betrug, JR, 1980/11, s.442; Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.56; Walter, a.g.m., s.408; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.267.

⁴⁶⁸ Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.56; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.273; Zaczyk, a.g.e., §24, kn.70.

Ancak somut olayın şartlarına göre failin fark edilmiş olması planını gerçekleştirme konusunda tehlike oluşturmuyorsa, bu şartlarda vazgeçmenin gönüllülüğün varlığına engel olacağı söylenmemelidir. Somut olayda fail fark edilmesine rağmen kendisine suçu gerçekleştirme noktasında engelleme gerçekleştirmeyeceği ya da şikayette bulunmayacağı konusunda bir şüphesi yoksa vazgeçmesi gönüllü olarak kabul edilebilecektir⁴⁶⁹. Ancak fark edilmenin fail açısından önem taşımadığı olaylarda failin suçu aleni bir şekilde işlemesi söz konusu olabilmektedir. Bu hallerde vazgeçmenin gönüllülüğünün tespitinde fark edilme bir kriter olarak değerlendirmeye katılmamalıdır.

Gönüllülük unsurunun subjektif niteliği itibariyle kanaatimizce gönüllülüğün tespitinde de belirleyici olan failin içerisinde bulunduğu subjektif koşullar ve düşüncesidir. Fark edilme olgusunun objektif olarak varlığı yeterli ve şart değildir. Yeterli değildir, çünkü yukarıda belirttiğimiz gibi fark edilmiş olmanın fail üzerinde belirli bir etki doğurup doğurmadığının tespiti belirleyici olmaktadır. Şart değildir, çünkü fail hiç kimse tarafından fark edilmemiş olsa bile kendi hatalı değerlendirmesinin etkisi ile bir engel olduğunu düşünerek suç işlemekten vazgeçmiş ise gönüllü olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır⁴⁷⁰.

2. Cezalandırılma Korkusu

Suç işlemekten vazgeçen failin vazgeçme saiki cezalandırılmadan korkmasına da dayanabilir. Eğer fail, fark edilme ya da yakalanma ihtimali olmaksızın salt kendi kararına dayanarak vazgeçmişse, vazgeçme saiki cezalandırılmadan korkma olsa da gönüllülüğe engel bir durum bulunmamaktadır⁴⁷¹. Belirttiğimiz üzere bu noktada önemli olan failin vazgeçme hareketini özgür kararına dayalı olarak vermiş olmasıdır.

Cezalandırılma korkusu nedeniyle vazgeçen failin gönüllülüğünü tespit noktasında da psikolojik ve normatif yaklaşımlar aynı sonuçlara ulaşmaktadır.

⁴⁶⁹ Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.265-266; Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.52.

⁴⁷⁰ Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.264.

⁴⁷¹ Kühl, a.g.e., §16, kn.62.

Gerekçeler noktasında; psikolojik yaklaşım failin iç dünyasında oluşan karar doğrultusunda, zorlama olmaksızın vazgeçmiş olmasından hareket ederken; normatif yaklaşım cezalandırılma korkusuyla da olsa failin özgür iradesiyle yasal zemine dönmüş olmasına önem atfetmektedir⁴⁷². Failin, soğukkanlı bir suçlu gibi gizlilik içerisinde suçu işleyebilecekken yasal zemine dönmüş olması olağan bir suçlu hareketi olmadığı için gönüllü olduğu kabul edilmelidir.

Benzer durum failin dış etkenlerden etkilenererek vazgeçmesi için de geçerlidir. Ancak burada söz konusu olan, fail üzerinde bir baskı oluşturmeyen dış etkenlerdir. Dış etkiye rağmen failin kendi iradesine dayanan kararının varlığı önemlidir. Tehdit gibi fail üzerinde bir baskı oluşturacak etkiler olmadan; örneğin failin bir başkası ya da suç ortağı tarafından suçu işlememe konusunda ikna edilmesi, mağdurun faili cezalandırılacağı konusunda uyarması sonucunda failin vazgeçmesi hallerinde fail, kendi kararına hakim olarak vazgeçmişse gönüllülük mümkün olacaktır⁴⁷³.

3. Etik Nedenle Vazgeçme

Vazgeçme saikinin etik niteliği, gönüllülüğün tespitinde bir kriter olmayıp, bu bakımından gerek psikolojik gerekse normatif yaklaşım aynı yönde düşünmektedir⁴⁷⁴. Failin vazgeçme hareketi hangi ahlaki gerekçelere dayanıyorsa dayansın hem psikolojik hem de normatif yaklaşım için önem taşıyan failin hareketinden vazgeçmiş olmasıdır. Psikolojik yaklaşıma göre, vazgeçme hareketi serbest iradeye dayandıktan sonra arkasında ahlaki bir gerekçe taşıyor olması önemli değildir. Normatif yaklaşıma göre de fail ahlaki bir kaygı taşımasa da yasal zemine dönmüş olması gönüllülük bakımından önemli olandır. Etik nedenlerin dışında, failin iç dünyası kaynaklı olan; failin pişmanlık duyması, kendisini vicdanen rahatsızlık hissetmesi, kendisinde acıma duygusunun ortaya çıkması, utanması gibi nedenlerle vazgeçmenin de gönüllü olduğu açıktır.

⁴⁷² Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.264; Kühl, a.g.e., §16, kn.17; Zaczyk, a.g.e., §24, kn.70; Jäger, Der Rücktritt vom Versuch, s.99; Fischer, a.g.e., §24, kn.19a.

⁴⁷³ Roxin, AT II, §30, kn.391; Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.56.

⁴⁷⁴ Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.56; Zaczyk, a.g.e., §24, kn.73; Jescheck/Weigend, a.g.e., s.544.

Dini nedenler de dış faktörlerin etkisi ile devreye girerek failin vazgeçmesine neden olmuşsa her zaman için gönüllü olarak kabul edilmelidir. Örneğin RGH, suç işlemekte olan failin karşısında aziz kabul edilen bir din adamının resmini görmesi nedeniyle, dini nedenlerin etkisiyle vazgeçmesi olayında, failin vazgeçmesinin gönüllü olduğunu değerlendirerek teşebbüsün cezalandırılmayacağını belirtmiştir. Aynı şekilde kilise çanının çalmaya başlaması ya da ezan okunmaya başlaması halinde, dini nedenlerle failin suç işlemekten vazgeçmiş olması halleri de gönüllü olarak kabul edilmelidir⁴⁷⁵.

Batıl inanışlar nedeniyle vazgeçen fail de aynı kategoride değerlendirilmelidir. Örneğin failin suç işlemeye başladığı sırada baykuş sesi duyması, önünden kara kedi geçmesi ya da güneş tutulmasını fark etmesi hallerinde suçu işlemekten vazgeçmesi gönüllü olarak kabul edilmelidir. Bu hallerde gerek psikolojik gerekse normatif yaklaşımlar, failin suçu işlemesi için zorlayıcı bir engel bulunmadığını ve failin olağan bir suçlu hareketine aykırı olarak yasal zemine dönmüş olmasını gönüllü olarak nitelendirmektedir⁴⁷⁶.

B. Psikolojik Yaklaşım ile Normatif Yaklaşımın Sonuçlar Bakımından Çeliştiği Yapılar

Yukarıda belirttiğimiz üzere bazı olay yapılarında psikolojik ve normatif yaklaşımlar aynı sonuca varmaktadır. Ancak Alman içtihatlarına yansıyan üç yapıdaki olaylarda varılan sonuçlar doktrine görüş ayrılığı bakımından önemli tartışmalara neden olmuştur. Aşağıda bu olaylarda psikolojik yaklaşımı hâkim görüş olarak benimseyen BGH'nin verdiği sonuçlar ile normatif yaklaşımı benimseyen doktrinin çoğunluğunun olay hakkındaki değerlendirmeleri ile kanaatimizi ortaya koyacağız.

⁴⁷⁵ Roxin, AT II, §30, kn.390.

⁴⁷⁶ Roxin, AT II, §30, kn.390.

1. Suçun İşlenmesi Sırasında Failin Önceliğinin Değişmesi

Psikolojik ve normatif yaklaşımın vardığı sonuçlar bakımından farklılık gösteren ve BGH'nin önüne gelen ilk kategorideki olay şu şekilde gelişmiştir: Sanık A, eski karısı E ile E'nin yeni sevgilisi F'yi öldürmek ister. Bunun için bir parkta pusu kurar ve ilk görünen F'yi ağır yaralayarak kaçamayacak duruma getirir. Sonrasında E'nin gelmesi üzerine, E'yi kaçırmamak için daha fazla F ile uğraşmayarak onu o şekilde bırakır. A için ayrıldığı karısı E'yi öldürmek öncelikli amaç olduğu için F yerine E'ye yönelen A, 17 bıçak darbesi ile E'yi öldürürken; F kurtulur⁴⁷⁷.

Bu olayda BGH, psikolojik yaklaşım çerçevesinde yaptığı değerlendirme ile A'nın F'yi öldürmekten gönüllü olarak vazgeçtiği kararına ulaşmıştır. Mahkemeye göre A, F'yi öldürmesine yönelik engelleyici bir dış baskı olmadan; özgür iradesi ile E'ye yönelerek onu öldürmeye karar vermiştir. Mahkemenin gerekçesini oluşturan husus, gelişen yeni durumun fail için zorlayıcı bir engel teşkil edip etmemesidir. Eğer yeni durum (somut olayda E'nin ortaya çıkması), A'nın F'yi öldürmesini engelleyici bir husus olarak değerlendirilebilirse gönüllü olarak kabul edilmeyebilirdi. Ancak somut olayda E'nin ortaya çıkması, F'nin öldürülmesini engelleyecek nitelikte olmadığı için psikolojik yaklaşım doğrultusunda A'nın gönüllü olduğu kabul edilmiştir.

Ancak bu olayda normatif yaklaşım açısından bir değerlendirme yapıldığında tam aksi bir sonuca ulaşılmaktadır. Normatif yaklaşımda temel gösterge olarak ele aldığımız failin yasal zemine dönüşünün gerçekleşip gerçekleşmediğine baktığımızda, olayda A'nın F'yi öldürme hareketinden vazgeçmesinin nedeni, kaçmadan E'yi öldürebilmektir. Olayda fail, başarıya ulaşması kendisi için daha önemli olan öldürmeyi gerçekleştirebilmek için bir önceki öldürme suçunu tamamlamaktan vazgeçmiş olup, bu durum failde suçlu iradesinin devam ettiğini göstermektedir. Bu çerçevede failin yasal zemine döndüğünü söylemek mümkün

⁴⁷⁷

BGHSt, 35, 184.

olmadığı için F'yi öldürmekten vazgeçmiş olmasını gönüllü olarak kabul edilmemelidir⁴⁷⁸.

2. Failin Suç İşleme Yöntemini Değiştirmesi

Psikolojik ve normatif yaklaşımların farklı sonuçlara vardığı bir diğer yapı ise, failin suçu işlemek ile hedeflediği amaca daha kolay ve tehlikesiz bir yöntemle ulaşabileceğini düşünerek suç işlemekten vazgeçtiği olaylardır.

BGH önüne gelen bir olaya baktığımızda⁴⁷⁹; sanık A, tecavüz etmek amacıyla yakaladığı O'yu yere savurur. Bedensel olarak A'dan zayıf olan O, etkili bir biçimde karşı koyamayacağını görerek bir kurnazlık düşünür. O, A'ya, eğer biraz dinlenmesine izin verirse, sonrasında halen ilişkiye girmeyi istiyorsa güç kullanmasına gerek olmadan bunu yapacağını söyler. O, bu şekilde zaman kazanarak kendisine yardım edebilecek birilerinin durumu fark edebileceğini düşünür. O'nun düşündüğü gibi olur ve A, dinlenmesi için O'yu rahat bırakır. Bu sırada orada yürüyüş yapan iki kişi yaklaştığında da O bağırarak yardım ister ve bunun üzerine A kaçır ve O kurtulur.

Psikolojik yaklaşımdan hareket eden BGH, bu olayda da A'nın gönüllü olarak vazgeçtiği sonucuna ulaşmıştır. Mahkemeye göre, A, oyalanarak hemen gerçekleştirebileceği cinsel ilişkiden vazgeçmek zorunda kalacağı bir sebebe maruz kalmamıştır. O'nun gönüllü olarak A ile ilişkiye gireceğini kabul etmesi, A bakımından bir beklenti yaratmıştır. Bu beklenti A'nın vazgeçmesine neden olan etkidir. Ancak bu beklenti, A bakımından beklemekten başka çare bırakmayacak kadar zorlayıcı bir duruma ortaya çıkarmamıştır. Yani failin bir baskı olmaksızın, o anda cinsel ilişkiyi gerçekleştirebilecekken, bir baskı olmadan vazgeçmiş olması gönüllü olduğu sonucuna ulaştırmıştır.

⁴⁷⁸ Roxin, AT II, §30, kn.359; Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.56; Kühl, a.g.e., §16, kn.61.
⁴⁷⁹ BGHSt, 7, 296.

Ancak Roxin'in işaret ettiği üzere burada öncelikle tespit edilmesi gereken husus, vazgeçme hareketinin gerçekten olup olmadığıdır. Aslında A, hareketine yalnızca kısa bir ara vermiştir. O; korkunun etkisi ile isteyerek cinsel ilişkiye gireceğini belirtmiştir. Yani cinsel ilişki gerçekleşmiş olsaydı bile bu ilişkinin rıza ile gerçekleştiği değil, cebir tehdidi ile gerçekleştiği söylenecekti⁴⁸⁰. Kanaatimizce de A'nın vazgeçme hareketinin varlığı söz konusu değildir. Ancak vazgeçme hareketinin kabulü halinde; normatif yaklaşım çerçevesinde gönüllüğü değerlendirmek gerekirse, bu varsayılan vazgeçme hareketinin gönüllü olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü fail iradesinin yasal zemine dönmek olmadığını, aksine işlemek istediği suçu daha az riskle ve daha kolay biçimde gerçekleştirebilme ihtimalini değerlendirdiğini göstermiştir. Fail, amacına ulaşmaktaki düşüncesini korumaktadır.

Yine BGH önüne gelen, failin aynı suçu başka bir yöntemle işlemeye yöneldiği başka bir olayda A, T'ye sahip olduğu kayığı risklere ve hırsızlığa karşı sigorta yaptırmasını sağlamak konusunda aracılık eder. Daha sonra ise T'yi kayığı saklayarak çalınmış gibi göstermesi için başvuruda bulunarak sigortadan parasını almaya ve parayı paylaşmaya ikna eder. Sigorta ödemesinin gecikmesi üzerine A'nın aklına başka bir fikir gelir ve A harekete geçer. Bu plan doğrultusunda A, T'nin kayığı kendisinin sakladığı bilgisini sigorta şirketi ile paylaşır ve kendisine bir miktar ödeme yapılması karşılığında kayığın yerini söyleyeceğini bildirir. Sonuç A'nın öngördüğü şekilde gerçekleşir⁴⁸¹.

Olayda söz konusu olan suç, T'nin, sigorta şirketini A'nın azmettirmesi ile dolandırmasıdır. Tartışma konusun ise A'nın, T ile en baştan beri planladıkları yöntemle sigorta şirketini dolandırmaktan vazgeçmesinin gönüllü olup olmadığının tespitidir. BGH bu olayda da psikolojik yaklaşımdan hareket etmiştir ve bu çerçevede A'nın, sigorta şirketini dolandırmaya teşebbüs etmeye azmettirmeden gönüllü olarak vazgeçtiğini kabul etmiştir. Çünkü A'nın suçu baştan planladığı şekilde işleme imkânı olmasına rağmen icra hareketlerine devam etmeyi tercih

⁴⁸⁰ Roxin, AT II, §30, kn.361.

⁴⁸¹ Karar için bkz. Roxin, AT II, §30, kn.362.

etmemiştir. Kabule göre; A'nın söz konusu suçu ilk planladığı şekilden vazgeçerek başka bir plan çerçevesinde suçu işlemeye yönelmesi de farklılık göstermemektedir ve gönüllülüğün ortadan kalkmasına neden olmayacaktır⁴⁸². Ancak normatif yaklaşıma göre, failin yasal zemine dönmesi söz konusu değildir ve bu nedenle gönüllülüğün kabulü mümkün değildir. Çünkü fail, dolandırıcılık suçunun hileli hareketini gerçekleştirirken, bunu terk ederek başka bir hileli hareket ile suçu işlemeye devam etmiştir. Bu şekilde failin ilk hileli hareketi terk etmiş olması, yasal zemine döndüğünü değil aksine daha az riskle suçu işleyebileceği şekilde planını güncellediğini göstermiştir ve bu nedenle gönüllülüğün gündeme gelmesi kanaatimizce de mümkün değildir⁴⁸³.

3. Failin Üstesinden Gelinmesi Zor Manevi Bir Engelle Karşılaşması

Psikolojik ve normatif yaklaşımların vardığı sonuçlar bakımından farklılık gösteren son yapıyı; failin, vicdan azabı, suçluluk düşüncesi, acıma ve utanma gibi iç dünyasında oluşan engellerin, aşılması zor bir hale gelmesi nedeniyle suçu işlemekten vazgeçtiği olaylar oluşturmaktadır. Genelde failin iç dünyasından kaynaklı nedenlerle suç işlemekten vazgeçmesi psikolojik yaklaşım bakımından gönüllü kabul edilmekle birlikte, failin iç dünyasında ortaya çıkan baskının etkisi somut olayda değerlendirilmektedir. Bu gibi hallerde BGH'nin farklı sonuçlara vardığı kararları bulunmaktadır.

BGH önüne gelen bir olayda; A, öldürmek amacıyla karısını yatak odalarında bıçaklar. Bu sırada odanın kapısında kavganın gürültüsü nedeniyle uyanan iki çocukları birden görünür. A, duygusal ve psişik nedenlerin de etkisiyle, çocuklarının gözünün önünde suçu işlemeye devam etmez ve çocukları odanın dışına çıkartır. A, odada karısıyla yeniden yalnız kalmasına rağmen, ruhsal nedenlerle, bu olaya tanık

⁴⁸² Aynı yönde Jakobs, AT, §26, kn.35; Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e., §41, kn.116.

⁴⁸³ Aynı yönde AT II, §30, kn.363; Bottke, Zur Freiwilligkeit und Endgültigkeit des Rücktritts vom versuchten Betrug, s.442; Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.56.

olan çocuklarının yakınında fiilini devam edebilecek durumda olmadığından karısını öldürmeye yönelik hareketlere devam etmez⁴⁸⁴.

Bu olayda psikolojik yaklaşımı benimseyen BGH, A'nın vazgeçme hareketinin gönüllü olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Mahkemeye göre A, çocuklarının olaya şahit olması ile öyle bir psikolojik sarsıntı yaşamıştır ki, bu durum çocukların dışarı çıkmasından sonra da devam ederek onu suçu tamamlayamaz hale getirmiştir ve bu nedenle gönüllülük söz konusu değildir⁴⁸⁵. Ancak burada yukarıdaki olayların aksine, normatif yaklaşım çerçevesinde bir değerlendirme yapıldığında A'nın vazgeçme hareketi gönüllü olarak kabul edilmelidir. Çünkü A'nın çocuklarına bakışı onun suç işleme yönündeki düşüncesini değiştirerek yasal zemine dönmesine neden olmuştur. Bu nedende A'nın öldürmeye teşebbüs nedeniyle cezasızlığını sonuçlayan gönüllü bir vazgeçmenin kabulü gereklidir⁴⁸⁶.

C. Gönüllülüğün Değerlendirildiği Bazı Örnek Yapılar

1. Failin İçsel Nedenlerle Vazgeçmesi

Gönüllülüğün varlığının tespiti konusundaki en net vakalar, dış koşullar değişmeksizin failin kararını kendisi gözden geçirerek vazgeçtiği vakalardır. Bu noktada faili etkileyen takdire şayan saikler etkili olabilir. Örneğin failde ortaya çıkan vicdani duygular, failin yaptığı hareketlerinden utanması, failde ilk anda mevcut olan sinir halinin ortadan kalkması, failin mağdura acıması ya da cesaretinin kırılması gibi iç nedenler faili suçu işlemekten vazgeçecek duruma getirebileceği gibi, faili o suçu işlemeye iten nedenin ortadan kalkması, dışsal bir neden olmaksızın kaygıya kapılması, o suça yönelik ilgisini yitirmesi ya da suça devamın fail için sıkıcı bir hal alması gibi sebepsiz nedenler de vazgeçme hareketinin gönüllü olduğu

⁴⁸⁴ Karar için bkz. Roxin, AT II, §30, kn.364.

⁴⁸⁵ Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.57.

⁴⁸⁶ Jäger, Der Rücktritt vom Versuch, s.101; Roxin, AT II, §30, kn.364.

sonucuna varılmasını sağlayabilecektir⁴⁸⁷. Çünkü fail her halükarda suç planından saparak hukuk düzenine dönmüştür.

İçsel nedenin fail üzerinde yarattığı baskının büyüklüğü esas olarak önem taşımamakla birlikte, ortaya çıkan baskının aşılamayacak boyuta ulaşması, somut olaya göre gönüllülüğü ortadan kaldıracabilecektir. Ortaya çıkan baskının fiziki duruma ne şekilde yansıdığının değerlendirmesi gerekmektedir. Değerlendirmede suçun işlenmesine yönelik iradi bir değişiklik söz konusu olmaksızın, failin suçu işleyebilmesi konusunda fiziksel olarak becerisi, yeteneği etkileniyor mu etkilenmiyor mu ortaya konulmalıdır. Somutlaştırmak gerekirse, cinsel saldırı suçunu işlemeye yönelik harekete geçen failin, bu sırada heyecan ve gerginlik duygusu nedeniyle iktidarsız bir hale gelmesi örneğinde, gönüllü vazgeçmeden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Çünkü fail burada yasal zemine dönüş iradesi ile vazgeçmiş değildir. Aksine suçu tamamlamaya yönelik iradesi olmasına rağmen elinde olmayan nedenle suçu tamamlayamamıştır⁴⁸⁸. Fakat bu noktada fiziksel yeteneksizliğe neden olan baskı, gönüllülük sonucuna varacak bir nitelikte de olabilir. Fiziksel yeteneksizliğin, failin kendi içerisindeki geri dönüşün sonucu olması halinde vazgeçme hareketinin gönüllü olduğu kabul edilmelidir. Bu doğrultuda, vicdan azabı duyması nedeniyle sinir krizi geçirerek fiili gerçekleştiremeyecek hale gelen failin vazgeçmesi gönüllüdür. Yukarıda örnek verdiğimiz cinsel saldırı suçunu bu koşullara uyarladığımızda, cinsel saldırı suçunu işlemeye yönelik harekete geçen failin utanması veya pişmanlık duyması ve bu nedenle iktidarsız hale gelerek fiili gerçekleştiremeyecek durumda olması halinde gönüllü vazgeçmenin varlığı kabul edilmelidir.

⁴⁸⁷ Bottke, Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik, s.497; Roxin, AT II, §30, kn.387.

⁴⁸⁸ Söz konusu durum Alman hukukunda geri dönüşsüz teşebbüse örnek teşkil etmekte olup, bu gibi olaylardaki teşebbüs halinde gönüllü vazgeçmenin söz konusu olamayacağı kabul edilmekte olup, teşebbüs nedeniyle sorumluluğu doğmaktadır.

2. Şarta Bağlı Hallerde Şartın Gerçekleşmemesi Nedeniyle Vazgeçme

Bazı durumlarda suç yoluna giren failin suçun icra hareketlerine devam edebilmesi bir koşulun meydana gelmesine bağlanmış olabilir⁴⁸⁹. Bu koşulun gerçekleşmemesi ise faili suçu tamamlamaktan alıkoyabilir. Örneğin bir iş yerini soymayı planlayan A, plan doğrultusunda öncelikle işyerinin bahçesine girecek ve bahçede bulunan bekçi köpeğini zehirli yemek vererek etkisiz hale getirecek ya da güvenlik görevlisinin içeceğine onu etkisiz hale getirecek ölçüde uyku hapi atacak ve bunun akabinde işyerine kolaylıkla girebilecektir. Ancak köpeğin zehirli yemeği yememesi ya da güvenlik görevlisinin içeceği içmemesi nedeniyle A planını gerçekleştirmeden iş yerinin bahçesinden ayrılır. Burada A'nın planının başarıyla sonuçlanması köpeğin ya da güvenlik görevlisinin etkisiz hale getirilmesine bağlı tutulmuş ve bu koşulların gerçekleşmemesi nedeniyle A planını tamamlamaktan vazgeçmiştir.

Bu örneğimizde A'nın vazgeçme hareketinin gönüllü olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır. Her ne kadar suçun tamamlanması önünde mutlak bir engel olmayıp, tamamlanma imkanı hala mevcut olsa da koşullar failin amacını gerçekleştirme noktasında zorluk ve risk taşımaktadır. Fail, bu riski göze alamayarak icra hareketlerine son verme kararı almak zorunda kalmış olup, gönüllülüğünden bahsedilemeyecektir⁴⁹⁰.

Benzer şekilde, planının mevcut koşullar ya da ihtimaller nedeniyle başarısızlığa uğrayacağı yönündeki kaygının faili vazgeçmeye yöneltmesi hali de aynı çerçevede değerlendirilebilecek ve gönülsüzlük sonucuna ulaşılabilecektir. Örneğin hırsızlık suçunu işlemek için işyerine giren A, planlamasına göre belirlediği kaçış rotasında polis kontrolü olabileceğini düşünerek kaçamayacağı yönündeki endişe ile suçu işlemekten vazgeçmesi halinde bu vazgeçme gönüllü olarak kabul

⁴⁸⁹ Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.268.

⁴⁹⁰ Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.57.

edilemeyecektir. Yine başka bir varsayımda A, girdiği işyerinde hırsızlık suçunu tamamlayabilmesi için mevcut bir cam bölmeyi kırması gerekiyorken, çıkabilecek bir gürültüyü göze alamayıp suçu işlemekten vazgeçerek olay yerinden ayrılması durumunda gönüllülüğten bahsedilemeyecektir⁴⁹¹.

3. Mağdur Davranışı ya da Dış Etkenler Nedeniyle Failin Vazgeçmesi

Failin suçu işlemekten vazgeçmesi, mağdurun durumu fark etmesi ile savunma mekanizmasını harekete geçirmesi ya da dış koşulların devreye girmesi nedeniyle de gerçekleşmiş olabilir. Ancak bu koşulları her somut olayın özelliklerine göre değerlendirmek gerekmektedir. Çünkü suçun işlenmesi sırasında meydana gelebilecek söz konusu gelişmeler, failin suçu başarıyla tamamlamasına engel hal teşkil etmeyebilir⁴⁹².

Örneğin evlerin bulunduğu karanlık bir sokakta yalnız yürüyen B'nin yolunu, yağma suçunu işlemek isteyen A keser ve silah tehdidi ile parasını vermesini ister. Bu saldırı üzerine B, birilerinin dikkatini çekerek yardım çağırabileceğini düşünerek çığlık atar. Bu koşullarda failin gönüllüğünün tespitinde yukarıda belirttiğimiz gibi somut olayın koşulları belirleyici olacaktır. Elbette A, bu koşullar altında da suçun icra hareketlerine devam ederek başarıya ulaşma ihtimaline sahip olabilir. Ancak A'nın vazgeçerek olay yerinden uzaklaşması durumunda, vazgeçmenin gönüllülüğünün belirlenmesi önem taşımaktadır. B'nin savunma mekanizmasını devreye sokarak yardım çağırma hareketi ile A'nın ne ölçüde etkilendiği olay yerinin özelliklerine göre belirlenebilecektir. Olayımızın evlerin bulunduğu bir sokakta gerçekleştiği dikkate alındığında, yardım çağırısının karşılık bulabileceği pek muhtemel olup, bu koşullar A bakımından yakalanma riskini yükseltmektedir. Objektif bir değerlendirme ile olağan bir suçlu açısından bu suçun icrasına devam etmemek mantıklı bir hareket olarak nitelendirilebilecek ve bu durumda suçlu

⁴⁹¹ Eser, a.g.e., §24, kn.49; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.269;

⁴⁹² Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.269.

mantığına uygun hareket ederek vazgeçen failin gönüllü olmadığı kanaatine varılacaktır. Ancak farklı koşullarda benzer bir örnek verecek olursak; ıssız bir ormanlık alanda gezintiye çıkan B'yi takip eden A, B'ye yönelik cinsel saldırı suçunu işlemeye yönelik harekete geçerek B'yi şiddet kullanarak direnemeyecek hale getirir. B direnemeyecek halde olmasına ve yardım çağrılarının karşılık bulma olasılığının çok düşük olmasına rağmen, bu şartlar altında cinsel ilişki gerçekleştirme amacından vazgeçen A'nın bu vazgeçmesinin gönüllü olduğu sonucuna varılmalıdır. Çünkü A'nın vazgeçme hareketi, mevcut koşullarda olağan bir suçlu açısından mantıklı değildir⁴⁹³.

Suçun icra hareketlerine başlayan failin vazgeçmesi, mağdur dışındaki nedenlerden de kaynaklanmış olabilir. Yukarıda verdiğimiz ilk örnekteki yağma suçunda failin, icra hareketlerine mağdurun yolunu keserek başladığı sırada, karanlık olan sokaktaki sokak lambalarının yanması ya da sokağa başka insanların geldiğini fark etmesi nedenleriyle vazgeçmesi halinde de faili gönüllü olduğu sonucuna varılamayacaktır. Elbette fail, yakalanma riskine rağmen suçu tamamlama imkanına sahiptir ancak mantıklı bir suçlunun bakış açısına göre fail tanınmış olması nedeniyle yakalanma ya da zarar görme riskini alamayarak suçu tamamlamaktan vazgeçmiştir⁴⁹⁴.

4. Suçun Konusunun Failin Beklentisini Karşılamaadığı Olaylar

Fail, işlemek istediği suçun icra hareketlerini planı doğrultusunda gerçekleştirmeye başlayarak neticeye ulaşabilecek duruma gelmesine rağmen, suç konusundan kaynaklanan nedenlerle suçu işleme ile elde edeceği kazanım kendisi için anlamsız bir nitelik almış olabilir. Bu yapılar, kendisini özellikle suçun konusunun fail tarafından önceden bireyselleştirmediği, malvarlığına karşı suçlarda kendisini göstermektedir. Failin bir işyerindeki para kasasını soymak üzere işyerine girdiği,

⁴⁹³ Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.270, Roxin, AT II, §30, kn. 393-394.

⁴⁹⁴ Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.270; Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.49; Zaczyk, a.g.e., §24, kn. 71.

fakat kasada yüksek meblağ para bulmayı beklerken çok az miktarda bir parayla karşılaşması nedeniyle parayı almaktan vazgeçtiği örneğimizde vazgeçme hareketini gönüllü olarak nitelemek mümkün değildir. Bu hal Alman hukukunda geri dönüşsüz teşebbüs olarak kabul edilen vakalardandır⁴⁹⁵.

Bu çerçevede Yargıtay CGK kararına konu olan, uyuşturucu madde ticareti suçuna ilişkin bir olaya değinmek isteriz⁴⁹⁶. Söz konusu olayda failler, ticari faaliyet amacıyla uyuşturucu satıcısı kişilerle uyuşturucu satın almak üzere görüşme ayarlarlar. Bu arada failler şüphe nedeniyle polis tarafından teknik takip altındadırlar. Yapılan telefon görüşmeleri neticesinde buluşan failler, uyuşturucu maddeyi görürler ve fiyat konusunda pazarlık yaparlar. Fakat uyuşturucunun kalitesi bekledikleri nitelikte olmamasına rağmen fiyatın yüksek olduğuna karar verirler ve satın almaktan vazgeçerler. Elde edilen telefon konuşması delillerinden, faillerin suça konu olan uyuşturucu maddeyi iki milyar liraya almaları halinde piyasaya satamayacaklarını, ayrıca polis takibi altında oldukları konusunda şüphelendikleri için uyuşturucu maddeyi almaktan vazgeçtiklerini ifade ederler. Yerel mahkemenin gönüllü vazgeçmenin bulunmadığı yönündeki kararı Yargıtay ilgili ceza dairesi tarafından, gönüllü vazgeçmenin bulunduğu yönündeki görüşle bozulmuştur. Yerel mahkemenin direnme kararı üzerine ise olay CGK önüne gelmiştir. Öncelikle yerel mahkeme direnme kararına baktığımızda, yerel mahkeme, faillerin, uyuşturucunun kalitesini beğenmedikleri, fiyatının yüksek olması nedeniyle piyasaya satmalarının mümkün olmayacağı ve polis takibinden şüphelendikleri için uyuşturucuyu almaktan vazgeçmelerini gönüllü olarak kabul etmeyerek suçun teşebbüs aşamasında kaldığına hükmetmiştir⁴⁹⁷. CGK ise olayda faillerin uyuşturucuyu almaktan vazgeçmelerinin gönüllü olduğuna kanaat getirerek gönüllü vazgeçmenin uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. CGK, faillerin uyuşturucuyu almaktan otonom iradeleri ile vazgeçtiğini, failler beğenmemiş olsa bile olaydaki miktar (924 gram) esrarı satın

⁴⁹⁵ Roxin, Der fehlgeschlagene Versuch, s.3; Ulsenheimer, **a.g.e.**, s.320; Zaczyk, a.g.e., §24, kn.25; Fischer, a.g.e., §24, kn.6.

⁴⁹⁶ CGK, 2014/10-183 E., 24.03.2015.

⁴⁹⁷ Yerel mahkemenin direnme gerekçesi: "...kalitesini beğenmedikleri suça konu esrarların fiyatının iki milyardan aşağı inilmemesi, iki milyara alındığı takdirde piyasaya satmalarının mümkün olmaması ve polis takibinden şüphelendikleri için almaktan vazgeçtikleri, eylemlerinin satmak amacıyla uyuşturucu madde satın almaya teşebbüs suçunu oluşturduğu, olayda gönüllü vazgeçme şartlarının oluşmadığı...".

alma imkânları olduğu halde icra hareketlerine son verdikleri gerekçesi ile vazgeçmenin gönüllü olduğuna karar vermiştir⁴⁹⁸. Somut olayda CGK kararına katılmadığımızı ifade etmeliyiz. Olayda faillerin suçu işlemekten vazgeçmelerinin sebebi suçun konusun olan uyuşturucunun, suçu işlemek ile elde edecekleri beklentilerini karşılamayacak olmasıdır. Yani suçun icrasına devam failer bakımından bir anlam ifade etmeyecektir. Normatif bir yaklaşım olan suçlu mantığı açısından baktığımızda da, faillerin suçu işlemekten vazgeçme gerekçeleri suç konusu olan uyuşturucuyu tekrar piyasaya sokarak para kazanma imkânlarının bulunmaması olup, meşru zemine dönmek gibi bir düşünceleri bulunmamaktadır. Gönüllü vazgeçmenin ihdas amacına baktığımızda da failden beklenen meşru zemine dönüşünü sağlamasıdır. Somut olayda polis takibinden şüphelenme ve temin edecekleri uyuşturucunun yeniden satışından kazanacakları para beklentisinin düşük kalması, failleri olağan bir suçlu düşüncesiyle vazgeçmeye yöneltmiştir. Kanaatimizce olayda gönüllü vazgeçmeden bahsetmek yerinde değildir.

D. Kusur Yeteneğinin Bulunmadığı Durumda Gönüllülük

Suç yolunda bulunan fail, en baştan itibaren ya da vazgeçmeye karar verdiği durumda bu karar anında kusur yeteneğinden yoksun olabilir. Bu şekilde kusur yeteneğinden yoksun olan failin vazgeçmesinin gönüllü olup olmadığı konusunda Alman doktrininde görüş ayrımı bulunmaktadır. Azınlık görüşüne göre⁴⁹⁹, kusur yeteneğinden yoksun olan failin özgür iradesiyle almış olduğu bir karar söz konusu

⁴⁹⁸ CGK'nın olayda gönüllülüğün bulunduğu dair gerekçesi: "Sanıkların uyuşturucu madde ticareti suçunun icra hareketlerine başladıkları, ticaret amacıyla uyuşturucu madde satın almak üzere yayladaki çadır evine giderek uyuşturucu maddeyi gördükleri, hakkındaki mahkûmiyet hükmü kesinleşen sanık A.. ile pazarlık yaptıkları, fakat uyuşturucu maddenin bekledikleri kalitede olmaması ve buna bağlı olarak fiyatını yüksek bulmaları nedeniyle alışverişten kendi otonom iradeleri ile vazgeçtikleri olayda, sanıklar tarafından beğenilmemiş olsa dahi suçun unsurları için yeterli nitelikte bulunan ve hukuk düzenince suç konusu kabul edilen 924 gram net esrar elde edilebilecek oranda hint kenevirini satın alma imkan ve fırsatı var olduğu halde, görevlilerce yapılan bir baskın ya da başkaca bir dış engel bulunmadan icra hareketlerine son verdikleri ve buna bağlı olarak suçun tamamlanamadığı görülmektedir. Sanıkların eylemlerine devam etme imkanı varken her ne saikle olursa olsun kendi özgür irade ve otonom kararları ile vazgeçmeleri nedeniyle haklarında TCK'nun 36. maddesi uyarınca gönüllü vazgeçme hükmünün uygulanma şartlarının gerçekleştiği kabul edilmelidir."

⁴⁹⁹ Zaczek, a.g.e., §24, kn.76.

olamaz. Bu nedenle gönüllü vazgeçmenin uygulanamayacağı ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, bu tip vakalarda Alman Ceza Kanununda teşebbüsün cezalandırılabilirliğinin düzenlendiği m.23/3⁵⁰⁰ uygulama alanı bulacaktır.

Bizim de katıldığımız hakim görüşe göre⁵⁰¹ ise, vazgeçen failin kusur yeteneğinin olmaması gönüllülüğün kabulüne, dolayısıyla gönüllü vazgeçmenin de uygulanabilmesine engel bir durum değildir. Gönüllü vazgeçme ve sonucu, suçun unsurları dışındaki bir kavram olup kusurlulukla da ilgili değildir. Kasten hareket ederek suç yolunda bulunabilen kusur yeteneğinden yoksun olan fail, şartları bulunduğu takdirde gönüllü vazgeçmeden de yararlanabilmelidir.

E. Gönüllülüğün Tespitinde Şüpheyeye Düşülmesi

Vazgeçme hareketinin gönüllülüğünün tespiti noktasında bazı olaylarda belirsizlikler söz konusu olabilir. Somut olayın değerlendirmesinde, faili vazgeçmeye yönelten birçok veri olmasına rağmen failin vazgeçme hareketini gönüllü olarak gerçekleştirip gerçekleştirmediği kesin olarak ortaya konamayabilir. Somut olayda faili vazgeçmeye yönelten muhtemel birden çok neden olup, değerlendirmede bu nedenlerin gönüllü olmayan vazgeçmenin kabulünü haklı çıkarabilecek ölçüdeyse gönüllülüğün kabulü mümkün olmayacaktır. Ancak olayda gönülsüzlük kanısını oluşturabilecek nedenler olmakla birlikte, gönüllülüğün de tartışmaya değer görülmesine neden olan verilerin varlığı halinde in dubio pro reo (şüpheden sanık yararlanır) ilkesinin uygulanması sonucu failin lehine olarak gönüllülüğün varlığının kabulü gerekecektir⁵⁰².

Yargıtay da ceza muhakemesinin evrensel nitelikteki bu ilkesine, failin vazgeçme hareketini gönüllü olarak gerçekleştirip gerçekleştirmediğinin tespit

⁵⁰⁰ StGB §23/3: “Fail ağır bir algılama hatası yapması nedeniyle, suçun konusunu teşkil eden şeyin veya fiili işlemekte kullanılan vasıtaların cinsinden dolayı, suçu işlemeye teşebbüs ederken yaptığı hareketlerin suçun tamamlanmayacağını idrak etmemişse, mahkeme ceza vermekten vazgeçebilir veya cezayı takdiren indirebilir.”

⁵⁰¹ Maurach/Gössel/Zipf, a.g.e., §41, kn.122; Jäger, Der Rücktritt vom Versuch, s.105; Eser/Bosch, a.g.e., §24, kn.46; Rudolphi, SK, §24, kn.26; Fischer, a.g.e., §24, kn.4.

⁵⁰² Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.278; Zaczek, a.g.e., §24, kn.75; Schubert, a.g.e., s. 209; Tozman, a.g.e., s.312; Bozbayındır, a.g.m., s.99.

edilememesi halinde başvurulması gerektiği görüşündedir. Yargıtay'ın önüne gelen bir dosyada, fail, mağduru kendisine bir miktar para vermesi gerektiğine ikna ederek dolandırmaya yönelik harekete başlamış ve mağdur buna inanmış, fakat parası olmaması nedeniyle üçüncü bir kişiden parayı alacağını söylemiştir. Bunun üzerine fail, para vermesine gerek olmadığını söyleyerek olay yerinden ayrılmıştır. Burada tespit edilemeyen husus, faili vazgeçme hareketine yönlendiren sebebin ne olduğudur. Failin vazgeçme sebebi yakalanma tehdidi midir yoksa gerçekten kendi kararı ile yasal zemine mi dönmüştür noktası tespit edilememiştir ve Yargıtay fail lehine yorum yaparak olayda gönüllük koşulunun bulunduğunu kabul ederek, yerinde bir şekilde failin gönüllü vazgeçmeden yararlanmasına karar vermiştir⁵⁰³.

IV. GÖNÜLLÜ VAZGEÇMENİN ETKİN PİŞMANLIKTAN FARKI

TCK'da etkin pişmanlık kurumunun yeni bir sistematik ile suça teşebbüse ilişkin bir husus olmaktan çıkarıldığını ilk bölümde ifade etmiştik. ETCK'da yer alan gönüllü vazgeçme ile kavramsal olarak kanunda yer almasa da faal nedamet olarak adlandırılan, icra hareketlerinin tamamlanmasından sonraki vazgeçme hali bakımından kabul edilen ayrım TCK ile kaldırılarak her iki durum da gönüllü vazgeçme kurumu kapsamında düzenlenmiştir. Etkin pişmanlık kurumu, niteliği itibariyle gönüllü vazgeçme gibi haksızlık ve kusurluluk kapsamı dışında yer alan bir husustur. Ancak aralarında önemli farklılıklar bulunmaktadır.

⁵⁰³ “...somut olay değerlendirildiğinde; sanıkların araçla X İlçesine dolandırıcılık amacı ile geldikleri, mağdur tarafından yapılan teşhisten de anlaşıldığı üzere sanığın mağdura Ziraat Bankasından geldiğini, bankadaki parasına 750 TL yatırması gerektiğini, bunun için son gün olduğunu, yoksa biriken 7000 TL parasını alamayacağını söylediği, mağdurun ise yanında para olmadığını, komşudan alacağını söylemesi üzerine, sanığın ben parayı yatırırım diyerek evden gittiği oluştaki uygun şekilde kabul edilmesine göre, sanığın eyleminden yakalanma tehdidi ile vazgeçtiği hususunda herhangi bir delil bulunmadığı, bu itibarla şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca suç işlemekten gönüllü olarak vazgeçtiğinin kabulü ile sanıklar hakkında TCK'nun 36. maddesinin uygulanması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması,” Yargıtay 11. CD., E.2014/1907, K.2016/925, T.10.02.2016.

Etkin pişmanlık, TCK sistemi içerisinde; “suçun tamamlanmasından sonra failin pişmanlık duyarak suçun işlenmesinin meydana getirdiği sonuçları gidermeye yönelik davranışlarda bulunması”, olarak tanımlanmaktadır⁵⁰⁴.

Etkin pişmanlık kurumu, TCK sisteminde suçun tamamlanmasından sonraki aşamada, failin davranışlarına ilişkin olarak düzenlenmiştir. Yani etkin pişmanlık ancak suç yolunun sona erdiği, suçun tamamlanmasından sonra uygulanabilir bir kurumdur. Gönüllü vazgeçme kurumu ise, suçun icra hareketlerinin başlaması ile suçun tamamlanması arasındaki süreçte her zaman gündeme gelebilecektir.

TCK sisteminde etkin pişmanlık kurumuna baktığımızda, kanunun genel hükümlerinde bu konuda bir düzenleme yapılmadığı görülmektedir. Bu açıdan, tüm suçlar açısından uygulanabilir bir etkin pişmanlık kurumu kabul edilmemiştir. Etkin pişmanlık kurumunun uygulanabilirliği, ancak kanunun açıkça düzenlemiş olduğu suçlar için söz konusu olabilmektedir⁵⁰⁵. Gönüllü vazgeçme kurumu ise genel bir hüküm olup, şartların elverdiği bütün suçlar için uygulanabilmektedir.

Gönüllü vazgeçme ile etkin pişmanlık kurumları, bazı durumlarda failden beklenen yükümlülük bakımından da farklılık gösterebilmektedir. Gönüllü vazgeçen fail, suç yolunda bulunduğu aşamaya göre gönüllü vazgeçmeden faydalanabilmek için, içinde bulunduğu şartlara göre hareket etmek durumundadır. Bu şartlar, bazen failin hiç bir şey yapmamasını, yani icra hareketini salt terk etmesini yeterli kabul ederken, bazen icra hareketini terk etmesi yeterli olmayıp, neticeyi önlemeye yönelik aktif bir harekette bulunmasını gerektirebilir. Failin yükümlülüğü gönüllü vazgeçme kurumunda bu şekilde koşullara göre değişebilmekteyken; etkin pişmanlık

⁵⁰⁴ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s.445.

⁵⁰⁵ TCK’da etkin pişmanlık kurumunun uygulanabileceği düzenlenen suç tiplerine örnekler: TCK m.93 – organ ve doku ticareti suçu, TCK m.110 – kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, TCK m.168 – malvarlığına karşı suçlar, TCK m.184/5 – imar kirliliğine neden olma suçu, TCK m.192 – uyuşturucu suçları, TCK m.221 – suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu, TCK m.248 – zimmet suçu, TCK m.254 – rüşvet suçu, TCK m.269 – iftira suçu, TCK m.274 – yalan tanıklık suçu. Ayrıca TCK dışında bazı özel ceza kanunlarında da etkin pişmanlık düzenlemeleri bulunmaktadır. Örnek olarak: Çek Kanunu m.6, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu m.5, Bankacılık Kanunu m.160/5 ve 6, Sermaye Piyasası Kanunu m.110/3.

kurumunun uygulanabilmesi, mutlaka failin pişmanlığını ortaya koyacak ve suç tipinde öngörülen yükümlülüğü yerine getireceği bir hareketi emretmektedir.

Gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlık kurumlarını sonuçları bakımından değerlendirdiğimizde; cezayı kaldıran şahsi sebep niteliğinde olan gönüllü vazgeçme kurumunda, failin icra hareketlerine başladığı suçtan vazgeçmesi halinde bu suça teşebbüs nedeniyle cezalandırılmayacağı m.36'da düzenlenmiştir. Ancak vazgeçme anına kadar gerçekleştirilen hareketler başka bir suçu oluşturuyorsa bu suç nedeniyle sorumluluk devam etmektedir. Etkin pişmanlık kurumu ise bazen gönüllü vazgeçmede olduğu gibi tamamen cezadan kurtarıırken bazen ceza indirimi öngörmektedir⁵⁰⁶.

V. GÖNÜLLÜ VAZGEÇMENİN HUKUKİ SONUÇLARI

A. Teşebbüs Nedeniyle Cezalandırılmama

Gönüllü vazgeçme şartlarını sağlayarak vazgeçen fail, TCK m.36'ya göre icra hareketlerine başlamış olduğu suça teşebbüs nedeniyle cezalandırılmayacaktır. Şayet suç iştirak halinde işlenen bir suç ise, bu durumda m.41'de öngörülen şartları yerine getirmiş olan suç ortağı ya da ortakları m.36'ya göre cezasızlığı elde edebilecektir. Cezasızlık kanunen öngörülen sonuç olup, gönüllü vazgeçme koşullarının sağlanmış olması halinde cezalandırmama takdire bağlı değildir.

Ancak failin vazgeçme anına kadar gerçekleştirmiş olduğu davranışlar başka bir suçu oluşturmuşsa, bu suç nedeniyle failin sorumluluğu bulunmakta olup, cezalandırılmasına engel durum bulunmamaktadır.

⁵⁰⁶ Örneğin rüşvet suçuna ilişkin etkin pişmanlık düzenlemesine göre, TCK m.254/1'de; "Rüşvet alan kişinin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, rüşvet konusu şeyi soruşturmaya yetkili makamlara aynen teslim etmesi halinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz.", şeklindeki düzenleme cezayı tamamen kaldırmaktadır. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin TCK m.110'da yer alan etkin pişmanlık düzenlemesinde ise; "Yukarıdaki maddede tanımlanan suçu işleyen kişi, bu suç nedeniyle soruşturmaya başlanmadan önce mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın, onu kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakacak olursa cezanın üçte ikisine kadarı indirilir.", şeklinde ceza indirimi kabul edilmiştir.

Gönüllü vazgeçme kurumunun amacı suç işleyen faili suçu işlemekten alıkoyarak, meşru zemine dönmesini sağlamaktır. Bu doğrultuda suçun başarıya ulaşmasının önlenmiş olması, kurumun önem taşıyan yanıdır. Bu konuda müstakil fail şeklinde işlenen suçlar ile iştirak halinde işlenen suçlar farklılık göstermektedir. Müstakil failin gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesinin en önemli koşulu, suçun başarıyla tamamlanmasının önlenmesidir. Suçun icra hareketi aşamasındaki vazgeçmede failin icra hareketlerini terk etmesi çoğu zaman suçun tamamlanmasını önlemek için yeterli olmaktadır. Ancak icra hareketleri tamamlandıktan sonra gönüllü vazgeçmeden yararlanmak isteyen fail neticenin gerçekleşmesini önlemek için yapması gerekenler şüphesiz icra hareketlerini terk etmenin ötesindedir. Fail, neticenin gerçekleşmesini önlemek için çaba göstermiş olmalı ve bu çaba başarıya ulaşmalıdır. Aksi takdirde fail, gönüllü vazgeçmenin sonuçlarından faydalanamayacaktır. Fakat failin neticeyi önlemeye yönelik çabaları TCK m.62’de düzenlendiği üzere, cezanın belirlenmesinde takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilebilir⁵⁰⁷.

B. Gönüllü Vazgeçmenin Vazgeçme Anına Kadar Tamamlanmış Olan Suça Etkisi

Fail planladığı ve icra hareketlerine başladığı suçu işlerken, aynı anda başka suçların da unsurlarını gerçekleştirmiş olabilir. Bu durum karşımıza iki ihtimalde ortaya çıkabilecektir. Failin vazgeçme anına kadar gerçekleştirmiş olduğu hareketler tamamlanmış bir suçu oluşturmuş olabilir. Birinci ihtimalde; tamamlanmış olan suç, failin işlemek istediği ancak gönüllü vazgeçtiği suçun bir unsuru veya ağırlatıcı nedeni olabilir. İkinci ihtimalde ise; tamamlanmış suç, failin gönüllü vazgeçtiği suçtan başka bir suç olabilir.

İlk ihtimalde, failin vazgeçme anına kadar gerçekleştirmiş olduğu hareketler, failin işlemeyi kast ettiği suçun içerisinde bulunan bir unsur suç teşkil ediyor olabilir. Genelde bileşik suç olarak karşımıza çıkan bu suç tiplerinde, failin unsur şeklinde

⁵⁰⁷ Bekar, “Gönüllü Vazgeçme”, s.46-47.

ortaya çıkan hareketi tamamlanmış suçu oluşturması halinde, failin gönüllü vazgeçtiği teşebbüs aşamasında kalmış suçtan bağımsız olarak cezalandırılmalıdır. Örnek üzerinden gitmek gerekirse, yağma suçunu işlemek üzere icra hareketlerine başlayan A, yolda karşısından gelen B'ye bıçak çekerek parasını ister. B'nin duyduğu korkudan etkilenen A, yağma suçunu işlemekten vazgeçerek olay yerinden ayrılır. Burada, A tarafından tamamlanmamış bir yağma suçu olup, gönüllü vazgeçmesi nedeniyle A yağmaya teşebbüs nedeniyle cezalandırılmayacaktır. Ancak A'nın vazgeçtiği ana kadar yapmış olduğu hareket, B'ye bıçak çekerek onu parasını vermesi için tehdit etmektir. A'nın hareketi tamamlanmış tehdit suçunu oluşturmuş olup, A, yağmaya teşebbüs nedeniyle cezasızlığı elde ederken, tehdit suçu nedeniyle cezalandırılacaktır. Bir diğer örnekte, mağdur B ile cinsel ilişkiye girmek isteyen A, zor kullanarak B'nin direncini kırarak yere yatırmış ve kıyafetlerini çıkartmış olmasına rağmen cinsel ilişkiyi gerçekleştirmeden olay yerinden ayrılır. A, TCK m.102/2'de düzenlenen nitelikli cinsel saldırı suçundan gönüllü vazgeçmiştir. Ancak A'nın vazgeçtiği ana kadar gerçekleştirdiği hareketler, B'nin cinsel dokunulmazlığını ihlal etmesi nedeniyle TCK m.102/1'de cinsel saldırı suçunun temel şeklini düzenleyen suçu oluşturmuştur. Bu çerçevede A, cinsel saldırı suçunun nitelikli halini işlemekten gönüllü vazgeçmesi nedeniyle nitelikli hale teşebbüsten cezalandırılmayacak ancak vazgeçme anına kadar gerçekleştirdiği hareketler nedeniyle cinsel saldırı suçunun temel şeklinden cezalandırılması söz konusu olacaktır⁵⁰⁸.

İkinci ihtimalde ise; failin icra hareketlerine başladığı fakat gönüllü vazgeçtiği suç ile vazgeçtiği ana kadar yaptığı hareketlerin oluşturduğu suçlar birbirinden bağımsız suçlardır. Bu ihtimalde de varacağımız sonuç birinci ihtimaldeki durumla aynı olup, gönüllü vazgeçen fail gönüllü vazgeçtiği suç

⁵⁰⁸ Koca/Üzülmez, temel suçtan cezalandırmayı kabul etmiyor. Başka suç oluşup oluşmadığına bakılması gerektiği görüşünde., Koca/Üzülmez, a.g.e., s.445; Yargıtay uygulamasında, cinsel saldırı veya cinsel istismar suçlarının nitelikli hallerinin işlenmesinden vazgeçilmesi halinde, ceza sorumluluğunun cinsel saldırı veya cinsel istismar suçlarının temel şeklinden olacağı yönünde yerleşmiş kabul bulunmaktadır., Bu yöndeki bazı kararlar için: 14. CD., 2016/1926 E., 2020/163 K., 08.01.2020; 14. CD., 2016/12374 E., 2017/1116 K., 02.03.2017; 14. CD., 2016/92 E., 2016/1883 K., 29.02.2016; 14. CD., 2018/1830 E., 2018/4828 K., 02.07.2018; 14. CD., 2018/2763 E., 2018/3632 K., 14.05.2018.

nedeniyle cezalandırılmayacak fakat vazgeçme anına kadar yaptığı hareketlerin oluşturduğu suç nedeniyle sorumluluğu devam edecektir. Örneğin, B'yi öldürmek amacıyla ona silahla ateş eden A, pişmanlık duyarak B'yi kurtarmaya yönelik çabada bulunur ve başarılı olarak B'nin hayatta kalmasını sağlar. Bu durumda A, icra hareketlerini gerçekleştirmesine rağmen gönüllü vazgeçmek suretiyle B'nin ölümünü engellemiş ve öldürmeye teşebbüsten cezalandırmamayı hak etmiştir. Ancak A'nın vazgeçtiği ana kadar gerçekleştirdiği hareket B'ye silahla ateş etmek olup, bu hareket kasten yaralama suçunu oluşturmuştur. Bu durumda gönüllü vazgeçmesi nedeniyle öldürmeye teşebbüsten cezalandırılmayacak olan A, kasten yaralama suçundan sorumlu olacaktır. Başka bir örnekte; öğrencilerin sınav notlarının bulunduğu bilgisayar sisteminde bazı öğrencilerin geçmesini sağlamak üzere onlara ait notları değiştirmeyi planlayan A, bu amacı doğrultusunda sisteme girerek icra hareketlerine başlar. Bir süre sonra pişman olarak vazgeçerek sistemden çıkan A'nın hareketi, TCK m.244/2'de⁵⁰⁹ düzenlenen, “sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme” suçuna teşebbüsü oluşturmaktadır. Ancak A'nın gönüllü vazgeçme şartlarını sağladığı durumda A, TCK m.244/2 nedeniyle teşebbüsten sorumlu tutulamayacak olsa da, gönüllü vazgeçtiği ana kadar gerçekleştirmiş olduğu hareket, TCK m.243/1'de⁵¹⁰ düzenlenmiş olan “bilgi sistemine girme” suçunu oluşturmuş olması nedeniyle bu suçtan sorumlu olacaktır.

Alman doktrinde gönüllü vazgeçme halinde tamamlanmış olan suçun tehlike suçu olması ihtimalinde, tehlike suçu nedeniyle de cezalandırılmamanın mı söz konusu olacağı, yoksa tehlike suçunun cezalandırılabilirliğinin etkilenmeyeceği mi konusunda görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bu konuda bir görüş tehlike suçunun somut ya da soyut olmasına göre farklı değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Diğer görüş ise, tehlike suçunun somut ya da soyut olması arasında fark

⁵⁰⁹ TCK m.244/2: “Bir bilgi sistemindeki verileri bozan, yok eden, değiştiren veya erişilmez kılan, sisteme veri yerleştiren, var olan verileri başka bir yere gönderen kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

⁵¹⁰ TCK m.243/1: “Bir bilgi sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak giren veya orada kalmaya devam eden kimseye bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.”

olmaksızın her iki ihtimalde de cezalandırmanın mümkün olduğunu ileri sürmektedir⁵¹¹.

İlk görüş, gönüllü vazgeçmenin etkisinin, tamamlanmış olan somut tehlike suçunu da kapsamı gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüşün dayanağı olarak, tehlike suçunda söz konusu olan tehlikenin, teşebbüs halindeki zarar suçunun yöneldiği suçun konusu ile aynı olduğu ve bu açıdan zarar suçu tehlike suçunu da kapsadığı ifade edilmektedir. Tehlike suçundaki tehlike, zarar suçu olan teşebbüs halindeki suçun ilk adımı, öncüsü olarak görülmektedir. Failin teşebbüs ettiği zarar suçundan gönüllü vazgeçmesi, neden olduğu zarar tehlikesine rağmen onun cezalandırılmamasını sonuçladığına göre, bu tehlikenin düzenlendiği somut tehlike suçunun da gönüllü vazgeçme kapsamında olması gerektiği ileri sürülmektedir. Buna karşılık, soyut tehlike suçlarında ise, tehlike suçlarının koruduğu genel bir tehlike nedeniyle gönüllü vazgeçme halinde de bu tehlike korunmaya değer olduğu için, gönüllü vazgeçme anına kadar tamamlanmış olan suçun soyut tehlike suçu olması durumunda bu suç nedeniyle cezalandırmanın gerekli olduğu ileri sürülmektedir.

Bizim de katıldığımız ve daha geniş kabul gören diğer görüş ise⁵¹², somut ya da soyut tehlike suçu olsa da, failin teşebbüs halinde bulunduğu suçtan gönüllü vazgeçmiş olması ile bu suç kapsamında bulunan tehlike suçunun tamamlanmış olmasını engellemeyip, cezalandırılabilir duruma gelir. Gönüllü vazgeçme kurumu, suç politikası gereği oluşturulan bir kurum olup, suçun unsurlarının oluşup oluşmadığına ilişkin bir husus değildir. Gönüllü vazgeçmenin uygulanabileceği suç, teşebbüs aşamasında bulunulan suç olup, bu aşamaya kadar başkaca suçların tamamlanıp tamamlanması ancak kendi unsurları bakımından değerlendirilebilecek bir husustur ve gönüllü vazgeçmenin uygulanabilirliğin tamamlanmış suçlara ilişkin bir etkisi olamayacaktır. Bu açıdan somut ya da soyut tehlike suçu açısından da bir ayırım yapmak yerinde değildir.

⁵¹¹ Eser/Bosch, **a.g.e.**, §24, kn.110; Zaczyk, **a.g.e.**, §24, kn.127.

⁵¹² Lilie/Albrecht, **a.g.e.**, §24, kn.486.

StGB'nin yanı sıra TCK'da bu yoruma imkân verecek şekilde düzenlenmemiştir. Suç politikası nedeniyle teşebbüs halinde kalan zarar suçundan cezalandırılmama suretiyle, gönüllü vazgeçmesi nedeniyle adeta ödüllendirilen fail, tamamlanmış olan tehlike suçundan da muaf tutulması halinde gönüllü vazgeçme kurumunun varlık nedeniyle de tutarsızlığa neden olacaktır. Kanunun korunan hukuksal değer bakımından önem atfetmesi nedeniyle suç olarak düzenlemiş olduğu tehlike suçlarının bu şekilde geniş bir yorumla cezalandırılma dışında tutulması kanunun lafzına açıkça aykırılık oluşturacağı gibi tehlike suçlarının ihdas amacına da uymamaktadır.

C. Ceza Muhakemesine İlişkin Sonuçlar

Gönüllü vazgeçme, teşebbüs halinde bulunan suçun cezalandırılmamasını sonuçlayan bir kurum olup, niteliğinin cezayı kaldıran şahsi sebep olduğu ifade edilmişti. Bu niteliği gereği, gönüllü vazgeçme suçun unsurlarına ilişkin olmayıp; suçun oluşup oluşmadığı ya da teşebbüs aşamasında kaldığına ilişkin sonuçları bulunmamaktadır. Fiilin niteliği suç olarak varlığını devam ettirmektedir. Gönüllü vazgeçme, cezalandırılabilirlik koşuluna ilişkin bir husustur. Ceza muhakemesi kanununda düzenlenen hüküm çeşitlerine baktığımızda, gönüllü vazgeçme nedeniyle teşebbüsten cezalandırılmanın ortadan kalktığı durumda verilecek karar, “ceza verilmesine yer olmadığı” (CMK m.223/4-b)⁵¹³ kararıdır⁵¹⁴.

Bunun yanı sıra CMK'da, yargılama masraflarına ilişkin “*Beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi hâlinde gider*”, madde başlıklı düzenleme yer almaktadır. Düzenlemeye göre⁵¹⁵, gönüllü vazgeçen fail, gönüllü vazgeçmesi

⁵¹³ CMK m.223/4- : “İşlenen fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen;

a) Etkin pişmanlık,
b) Şahsî cezasızlık sebebinin varlığı,
c) Karşılıklı hakaret,
d) İşlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı,

⁵¹⁴ Dolayısıyla, faile ceza verilmemesi hallerinde, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.”
Zeynel T. Kangal, “Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüsten Gönüllü Vazgeçme”, Beiträge zum deutschen und türkischen Strafrecht und Strafprozessrecht, Die Entwicklung von Rechtssystemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung, Baden-Baden, Nomos, 2010, s.361.

⁵¹⁵ CMK m.327: “(1) Hakkında beraat veya ceza verilmesine yer olmadığına karar verilen kişi, sadece kendi kusurundan ileri gelen giderleri ödemeye mahkûm edilir.

nedeniyle cezalandırılmamasına rağmen yargılama masraflarından sorumlu olabilecektir⁵¹⁶.



⁵¹⁶ (2) Bu kişinin önceden ödemek zorunda kaldığı giderler, Devlet Hazinesince üstlenilir.”
Benzer şekilde bir düzenleme Alman Ceza Yargılaması Kanununda da (StPO §467) bulunmaktadır.; Lilie/Albrecht, a.g.e., §24, kn.481.

SONUÇ

Çalışmamızda gönüllü vazgeçme kurumu ve uygulanmasından kaynaklı tartışmalı hususlar Türk ve Alman hukuklarının perspektiflerinden, teorik temellerinden hareketle incelenmiştir. Türk ceza hukuku reformu sonucunda ortaya çıkan 5237 sayılı TCK'da, suça teşebbüs düzenlemesi kapsamında eksik-tam teşebbüs ayrımının kaldırılması ile bağlantılı olarak gönüllü vazgeçme kurumunu da yeniden ele almış ve uygulama alanını genişletilmiştir. Yapılan düzenleme ile izlenen suç politikasının gereği olarak suçun işlenmesi sürecindeki bütün aşamalarda gönüllü vazgeçmeden yararlanma imkânı sunulmuştur. Buna karşılık etkin pişmanlık kurumu, sadece kanunda düzenlenen suçlar bakımından uygulanabilir hale getirilmiştir.

Gönüllü vazgeçme nedeniyle teşebbüs halinde kalmış suçtan cezalandırılmamanın dayanağı konusunda hukuk teorileri ve suç politikası teorileri üst başlıklarında birçok teori ortaya konmuştur. Hukuk teorileri gönüllü vazgeçmenin cezasızlık sonucunu ceza hukukunun sistematğinde aramıştır. Bu teorilere göre vazgeçmenin cezasızlığı, suçun unsurlarındaki eksiklikten kaynaklanmaktadır. Bu hareket noktasından yola çıkarak, failin vazgeçmesi ile teşebbüs halindeki suçun ortadan kalktığını, dolayısıyla cezalandırılabilir bir suçun artık söz konusu olmadığı ileri sürülmüştür. Hukuk teorileri, vazgeçme ile ortadan kalkan unsurun hangisi olduğu konusunda, unsurun niteliğine göre kendi içerisinde sübjektif ve objektif teoriler olarak ikiye ayrılmıştır. Ancak maddi ve manevi unsurları ile hukuka aykırılık unsurunun oluştuğu, teşebbüs halindeki bir suçtan vazgeçilmesinin, suçun oluşmadığı yönündeki gerekçe ile cezasız bırakılması, ortadaki haksızlığın “yok olduğu” anlamına gelmektedir ki bu kabul edilemez. Ayrıca bu görüşün kabulü halinde iştirak halinde işlenen suçlarda, gönüllü vazgeçen suç ortağı dışındaki suç ortaklarının cezalandırılmama gerekçesi açıklanamayacaktır. Kanaatimizce cezayı kaldıran şahsi bir sebep olarak nitelendirdiğimiz gönüllü vazgeçmenin cezasızlık dayanağını izlenen suç politikasında aramamız gerekmektedir. Bir suç teşebbüs aşamasına ulaşması ile cezalandırılabilir hale gelir. Fail vazgeçmiş olsa bile o ana kadar gerçekleşen fiilleri teşebbüs nedeniyle cezalandırılabilir halde olup,

vazgeçmesi oluşan durumu ortadan kaldıran bir nitelik taşımamaktadır. Yani vazgeçme o ana kadar yapılanları ortadan kaldırıcı nitelikte değildir. Bu nedenle TCK düzenlemesine göre, gönüllü vazgeçen failin cezalandırılmaması kanun koyucunun tercihi olup, izlenen suç politikasının gereğidir. Bu durum, madde gerekçesinde; *“Gerek icra hareketleri aşamasında gerekse icra hareketlerinin bitmesinden sonra, failin suçu tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçmesini teşvik etmek modern suç politikasının temel araçlarından biri-dir.”*, ifadesi ile vurgulanmıştır. Belirttiğimiz üzere gönüllü vazgeçme, suçun tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk üzerinde etkisi olmayan, suçun unsurları dışında kalan bir kurumdur. Cezalandırılabilir aşamaya ulaşmış teşebbüs, gönüllü vazgeçme kurumu ile izlenen suç politikası gereği ceza sorumluluğundan bağışık tutulmaktadır.

Gönüllü vazgeçme iradesinin ortaya konması, icra hareketleri aşamasında gönüllü vazgeçme ile icra hareketlerinin tamamlanmasından sonraki gönüllü vazgeçmesinde farklı şekillerde kendisini göstermektedir. Failin henüz icra hareketlerini gerçekleştirmekte olduğu gönüllü vazgeçmenin söz konusu olabilmesi, vazgeçme hareketinin varlığına bağlıdır. Teknik olarak vazgeçme olarak tanımladığımız “bırakma” hareketi; işlenmekte olan suça göre farklı görünümelerde karşımıza çıkabilir. Genel olarak, gerçekleştirilmekte olan hareketin terk edilmesi, hareketsiz kalınması vazgeçme kavramını karşılamaktadır ve suçu işlemekten vazgeçmesi için yeterli olmaktadır. Ancak ihmali suçlar gibi özellik gösteren hallerde zaten hareketsiz kalmakla işlenmekte olan suçtan vazgeçilmesi ancak “harekete geçerek”, sürece müdahale ederek mümkün olabilmektedir. Suçun icra hareketlerinden vazgeçme için failin, icra hareketlerine devam etme ya da icra hareketlerini bırakma konusunda seçim yapabilme imkânında olması gerekmektedir. Bu seçim imkânının olmadığı hallerde vazgeçme söz konusu olamayacaktır. Failin teşebbüs ettiği fiilin niteliğini – yani fiilini terk ettiği ana kadar olan aşamanın belirlenmesi için değerlendirilmesi gereken en önemli veri, tespitte esas alınacak olan andır. Şüphesiz ki failin işlemeye yöneldiği suçun icrası her zaman failin zihninde tasarladığı şekilde ilerlemeyebilir. Failin karşı karşıya kaldığı durum bazen fiili başarısızlıkla sonlandırabileceği gibi bazen de fiilini tekrar etmesi gerekebilir. Bu gibi teşebbüsü sonlandıran ya da kesintiye uğratan anlarda failin ne şekilde

hareket ettiği, vazgeçme düzenlemesinin ne şekilde uygulanacağını ya da uygulanamayacağını belirlemektedir. Failin vazgeçebilmesi için salt icra hareketini terk etmesi yeterli midir, yoksa aktif davranışta bulunma yükümlülüğü var mıdır? Bu konuda Alman hukukunda kesinti anının tespitinden hareket eden iki hâkim görüş kullanılmıştır. Vazgeçme için sadece icra hareketlerinin bırakılmasının yeterli olup olmadığı, yani failin halen icra hareketlerini yerine getirme aşamasında olup olmadığının belirlenmesi konusunda sübjektif ve objektif olmak üzere iki teori tartışılmaktadır. Sübjektif teori, failin suç işlemeye sürecine ilişkin planı ve düşüncesini esas almaktadır. Sübjektif kriterin somut olaylarda güvenilir sonuçlara varamayacağını ileri süren objektif teori, genel olarak hareketin tehlikeliliğinden hareket etmiştir. Kanaatimizce bu iki görüşün bir arada kullanılarak tespitin mümkün olabileceğini ileri süren karma görüşler daha uygun sonuçlara varabilecektir. Buna göre; önemli olan failin sübjektif düşüncesinin, onun suç teşkil eden hareketlerinin objektif durumuna uygunluğu olup, suçun bulunduğu aşamanın tespiti buna göre yapılmalıdır. Bu değerlendirmenin objektif kıstaslarla fakat failin suç kastını da gösteren sübjektif durumu ilişkili bir şekilde yapılması tespiti daha sağlıklı hale getirebilecektir.

Kanaatimizce, doktrin tarafından da en tartışmalı olarak görülen konu, işlenmeye başlanan bir suçun, ilk girişimde başarısızlıkla sonuçlanmasına rağmen, bunu başarıya ulaştırmaya yönelik hareketlerin tekrarının mümkün olduğu hallerde gönüllü vazgeçmenin uygulanma imkânıdır. Bu husus, özellikle suçun işlenmesinde birden fazla hareketin icra edildiği olaylarda çözümlenmesi gereken bir sorun olarak görülmektedir. Bu sorunun çözümü, failin işlemeyi kastettiği suç nedeniyle teşebbüsten mi sorumlu olacağını yoksa işlemeyi kastettiği suçtan vazgeçmesi nedeniyle gönüllü vazgeçme imtiyazından mı yararlanacağını belirleyecektir. Bizim geri dönüşsüz teşebbüs olarak tanımladığımız, Alman doktrin ve uygulamasında “*fehlgeschlagene Versuch*” kavramıyla karşılık bulan, fail açısından ilk girişiminin başarısızlıkla sonuçlandığı olaylarda suçun işlenmesi amacıyla icranın devamı ya da tekrarı mümkün olabilir. Bu yapılarda Alman doktrini başarısızlıkla sonuçlanan ilk girişim ile devam eden hareketler bakımından gönüllü vazgeçmenin tespiti için farklı teorileri ele almışlardır. Kanaatimizce meselenin çözümünde odaklanılması gereken

husus, içtima konusunun da esasını teşkil eden fiilin tek mi yoksa birden fazla mı olduğunun tespiti. Hareketin tek olup olmadığının belirlenmesinde doğal anlamda hareket tekliği ile hukuki anlamda hareket tekliği objektif teori kapsamındaki iki temel görüş olarak incelenmektedir. Kanaatimizce failin planlamış olduğu suçun işlenmesi sürecinde ilk girişiminin başarısızlıkla sonuçlandığı olaylarda suçun işlenmesi amacıyla icranın devam ettirildiği ya da tekrarlandığı olaylarda, hareketlerin gerçekleştiriliş koşulları dikkate alınarak hareketin hukuken tek olup olmadığının tespitine gerek duyulmaktadır. Failin doğal anlamda gerçekleştirdiği birden fazla hareket hukuken tek hareket niteliğinde ise, birden fazla hareket arasındaki kesintiler, failin iradesinden ya da iradesi dışındaki nedenlerden kaynaklansa da teşebbüs halinde kalması ya da gönüllü vazgeçme anı bakımından dikkate alınmamalıdır. Teşebbüs nedeniyle cezalandırma ya da gönüllü vazgeçme nedeniyle cezasızlık, hareketin sona erdiği an değerlendirmeye konu edilmelidir.

Suç yolundaki faile, icra hareketlerini gerçekleştirmeye başlamış olduğu suç sonucunda cezasızlık imtiyazını elde edebileceği ikinci imkân, icra hareketlerinin tamamlanmasından sonraki aşamada sunulmuştur. Bu imkân, neticenin bir unsur olarak kabul edildiği suçlarda mümkün olmaktadır. Ancak cezasızlık sonucundan faydalanabilmek için ilk imkân olan icra hareketleri aşamasında vazgeçmeden farklı olarak bu aşama failden daha fazlası beklenmektedir. Çünkü fail, suçun icra hareketlerini tamamlamıştır ve suç başarıya ulaşma noktasındadır. Bu noktadan sonra failin icra hareketlerini terk etmesi yeterli görülmemektedir. Bu halde failden beklenen, neticeye ulaşmak için gerçekleştirdiği elverişli hareketlerinin sonrasında, yine kendi aktif davranışlarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesine engel olmasıdır. Bu doğrultuda cezasızlık sonucunun; neticenin önlenmesine yönelik failin arzusuna, elverişli aktif davranışına ve gönüllü olmasına dayandığını söylemeliyiz. TCK'da gönüllü vazgeçme hükmünü düzenleyen 36. maddesi, failin bu aşamadan sonra gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için ne şekilde hareket etmesi gerektiği konusunda bir belirleme yapmamış fakat madde gerekçesi hükmün açıklamasında bu hususu aydınlatmıştır. Madde gerekçesinde; icra hareketlerinin bitmesinden sonra gönüllü vazgeçmenin kabulü için vazgeçenin suçun tamamlanmasını önlemek bakımından ciddi bir çaba göstermesi gerektiği ifade

edilmiştir. Bu izahat, kanun koyucunun iradesinin, icra hareketlerinin tamamlanmasından sonraki aşamada gönüllü vazgeçme hareketinde bulunan failin vazgeçmeye yönelik hareketinin elinden gelenin en iyisi olması gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu izahat ışığında; bu aşamada failin vazgeçme iradesini gösteren hareketinin pasif nitelikte olması yeterli olmayıp, suçun tamamlanmasına ya da neticenin önlenmesine yönelik nedensel bir katkı sunan ve kendisine isnat edilebilir, elindeki imkânları zorlayan aktif bir hareketi gerekmektedir. İfade ettiğimiz üzere, vazgeçme hareketinin niteliği kanuni düzenlemede tanımlanmamış olup, yorum madde gerekçesinin ifade ettiği çerçevede yapılmaktadır. Bu aşamada gönüllü vazgeçmenin söz konusu olabilmesi için, vazgeçme hareketi suçun tamamlanmasının önlenmesi noktasında başarıya ulaşmış olmalıdır. Bunun için iki şey gereklidir: Suçun tamamlanmasının önlenmesi ile nedensellik ve isnat edilebilirlik.

Gönüllü vazgeçme kurumunun uygulanması sadece müstakil olarak işlenen suçlarda değil, farklı statüde de olsa birden fazla suç ortağının yer aldığı suçlarda da mümkündür. İştirak halinde işlenen suçlarda, suça iştirak eden tüm suç ortaklarının birlikte gönüllü vazgeçmesi hali özellik gösteren bir durum olmayıp, her suç ortağı bakımından TCK m.36'da düzenlenen gönüllü vazgeçme hükmü uygulanabilecektir. Ancak suça katılan faillerin bir kısmının gönüllü vazgeçmesi halinde sorumluluk bakımından nasıl hareket edileceği TCK m.41'de düzenlenmiştir. TCK m.41, iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme halinde sorumluluğun belirlenmesinde; doğal olarak gönüllü vazgeçme kurumunun hukuki niteliğinden hareket ederek, iştirak halinde işlenen suçlarda sadece gönüllü vazgeçen suç ortağının gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabileceğini ifade etmiştir. Gönüllü vazgeçmenin hukuki niteliğinin “cezayı kaldıran şahsi bir sebep” olduğunu yeniden belirterek, sadece bu sebebin var olduğu fail bakımından sonuç doğuracağını ifade etmeliyiz. Dolayısıyla gönüllü vazgeçme koşulları, vazgeçen her fail bakımından bireysel olarak değerlendirilmelidir. İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmek isteyen her bir suç ortağı bakımından TCK m.36'da düzenlenen gönüllü vazgeçme hükmünün şartlarının gerçekleşmesi gerekir. Ancak TCK m.36'dan farklı olarak, ortaklık içerisinde bulunan suç ortağı, gönüllü vazgeçmek istediği nokta henüz suçun

icra hareketleri aşamasında ise, salt icra hareketlerini terk etmesi yeterli görülmemektedir. Suç ortağının sunduğu katkı, suç ortaklığında etkisini gösterdiği takdirde suçun tamamlanmasını engellemelidir. Bu noktada gönüllü vazgeçen suç ortağı daha fazla yükümlülük altındadır Ancak TCK m.41/2’de, bu durumun iki istisnası da düzenlenerek gönüllü vazgeçmek isteyen suç ortağına, “gayret” göstermesi halinde bundan yararlanma imkânı sunulmuştur. TCK m.41/2 düzenlemesindeki imkânlar baktığımızda, suçun tamamlanmasının engellenmesinin başari lamamasına rağmen gönüllü vazgeçmenin uygulanabileceğinin kabulü, TCK m.36 çerçevesinde gönüllü vazgeçmeden yararlanan müstakil faile göre daha avantajlı bir durum ortaya koymaktadır. Kanaatimizce bu düzenleme, iştirak halinde işlenen suçlarda suç ortağını suç işlemekten vazgeçme imkânı sunarak meşru zemine dönmesini sağlama amacından çok, suç ortaklığının başarıya ulaşmasını engellemeye yöneliktir. Zaten işlenmekte olan bir suçta katkı sunarak cezalandırılabilir alana giren suç ortağı, bireysel etkisinin belki çok az olduğu bir birliktelikte, suçun tamamlanmasını tek başına engelleme imkânına sahip olmayabilecektir. Böyle bir durumda, vazgeçme düşüncesine sahip suç ortağını, kendisinin katkısı olmasa da aslında tamamlanabilecek suçtan vazgeçirmeye teşvik edilmesi, onun gayreti sayesinde suçun diğer suç ortaklarınca tamamlanamaması sonucunu doğurabilecektir.

İştirak halinde işlenen suçlarda, suç ortağının vazgeçmesine rağmen geri kalan suç ortaklarının suç işlemesi halinde vazgeçen suç ortağının sorumluluğu tartışmalı bir husustur. Suç ortağının baştan beri katkısını sunduğu planlanan suçun tamamlanmasını gönüllü vazgeçmesi suretiyle önlemesi ile birlikte sorumluluğu o noktada sona erecektir. Gönüllü vazgeçen suç ortağının, ortaklığı terk etmesinden sonra geriye kalan suç ortağının/ortaklarının bir suç işlemesi söz konusu olursa, bu suç “başka bir suç” olarak kendisini gösterecek ve gönüllü vazgeçen suç ortağının bu yeni suç nedeniyle sorumluluğuna gidilemeyecektir. Gönüllü vazgeçen suç ortağının suç ortaklığından ayrılmasından sonra işlenen suçun ne zaman başka bir suç olduğu, ne zaman başlangıçta teşebbüs edilen suçun devamı olduğu konusundaki tespit güçlük göstermektedir. Yeni suçun başka bir suç olarak nitelendirilebilmesi için gönüllü vazgeçen suç ortağının salt katkısını geri almış olmasının yeterli olmadığı

kanunun lafzından ve kanun koyucunun iradesinden de çıkmaktadır. Kanaatimizce suçların aynılığını belirleyici kriteri zamansal ve mekânsal yakınlık olmaktadır. Çünkü bu kriterler, vazgeçen suç ortağının olay üzerindeki hâkimiyetini göstermesi ve olayın kontrolüne müdahale etme imkânına sahip olması bakımından belirleyici olmaktadır.

TCK m.41/2’de düzenlenen, suç ortaklığından ayrılma yönünde iradeye sahip olan suç ortağının, suçun başka bir nedenle işlenmemiş olması ve kendi sunduğu katkıdan bağımsız olarak tamamlanmış olduğu ihtimallerinde gönüllü vazgeçmeden yararlanma imkânında ise “*ciddi çaba*” unsuru tartışmaya değerdir. Bu alternatifte suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi, neticenin önlenmesine yönelik “*ciddi bir çaba*” göstermesi halinde söz konusu olabilmektedir. Kanaatimizce ciddi çabanın tespitinde, TCK m.36’da öngörülen ve suçun tamamlanmasını önlemeye yönelik çaba ile benzer değerlendirme yapmak yerinde olacaktır. Buna göre; vazgeçen suç ortağından beklenen, işlenmek istenen suçun tamamlanmasının önlenmesini sağlamak için gerekli olan ve önlemeye elverişli tedbirleri alarak bu yönde hareket etmesidir. Bu çerçevede suç ortağının sadece suç ortaklığına sunduğu katkıyı etkisizleştirmesi esasında ciddi bir çaba olarak nitelendirilemeyecek olsa da katkının suçun işlenmesini sağlamadaki rolü önem taşımaktadır. Eğer bu katkı, suçun başarıyla işlenebilmesi için olmazsa olmaz önemde bir katkı ise, bu katkının etkisizleştirilmesi ciddi bir çaba olarak nitelendirilebilecektir. İştirak halinde işlenen suçların, müstakil fail olarak işlenen suçlara göre sahip olduğu nispeten karmaşık yapıları, vazgeçen suç ortağının sorumluluğunu da aynı ölçüde artırmaktadır. Vazgeçen suç ortağı, suçun tamamlanmasının önlenmesi bakımından sadece kendi katkısının değil, diğer suç ortaklarının da ortaklığa sunduğu katkı çerçevesindeki hareketlerinin de sorumluluğunu taşımaktadır. Dolayısıyla ciddi çabanın var olduğunun kabulü için sadece kendi katkısını etkisizleştirmesi değil, suç ortaklarınca suçun tamamlanmasını önlemeye yönelik harekette bulunması gerekmektedir.

İhmali suçlarda gönüllü vazgeçme konusunda ise, gerçek olmayan ihmali suçlarda gönüllü vazgeçmenin söz konusu olabileceği kanaatindeyiz. Gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmek için ihmali hareketin niteliği de dikkate alındığında,

önleme bakımından her zaman için aktif bir hareketin gerekli olduğu açık olup, bunun ölçüsünü belirlemede suç yolunda içerisinde bulunulan aşamanın önemi olmadığını ifade etmeliyiz. Önemli olan, gerçek olmayan ihmali suçun neticesinin ortaya çıkmasının garantör olan fail tarafından önlenmesinin sağlanmasıdır.

Gönüllü vazgeçmenin söz konusu olabilmesi için, birbiri ile bağlantılı çok aşamalı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. İlk değerlendirme; teşebbüs aşamasına ulaşmış, yani icra hareketlerine başlanmış bir suçun varlığının tespiti olmalıdır. Bu tespitten sonra, içinde bulunulan suç yoluna göre icra hareketlerinin devamından vazgeçilmiş olması, icra hareketleri tamamlanmış ise suçun neticesinin önlenmiş olması veya önlemeye yönelik ciddi çabanın gösterilmiş olmasını ifade eden “vazgeçme”nin varlığı gerekmektedir. Bu iki aşamanın değerlendirilmesinin olumlu sonuçlanmasından sonra ise son olarak bu “vazgeçme”nin gönüllü olması cezasızlığın söz konusunun olabilmesi için şarttır.

Gönüllüğün belirlenmesi konusunda görüşler temelde iki yaklaşım çerçevesinde oluşmuştur. Bunlar; psikolojik ve normatif yaklaşımlardır. Alman doktrinine uzun yıllar hâkim olan, geleneksel yaklaşım olarak kabul edilen Frank Formülü, psikolojik yaklaşım kapsamında değerlendirilmektedir. Psikolojik yaklaşım için vazgeçmenin serbest iradeye dayanması yeterli olup, bunun tespitinin yapılmış olması gönüllülüğün olduğunu göstermektedir. Psikolojik yaklaşımının gönüllüğün tespitinde hareket ettiği nokta, gönüllü vazgeçme kurumunun amacıyla uyuşmadığı yönündeki eleştirileri beraberinde getirmiştir. Bu eleştiriler, gönüllü vazgeçme kurumunun düzenlenme amacı ile cezasızlık gibi imtiyaz niteliği taşıyan sonucunun hangi şartlarla elde edilebileceği göz önünde bulundurularak normatif kriterler belirlenmesi gerektiği ihtiyacını ortaya koymuştur. Kanaatimizce gönüllük unsurunun tespitinde normatif yaklaşımın öncelikli olarak benimsenmesinin yerinde olduğu görüşündeyiz. Bu konuda dayanak noktamızı, gönüllü vazgeçme kurumunun ihdas amacı oluşturmaktadır. Suç yolunda olan failin meşru zemine dönmesini sağlamayı hedefleyen gönüllü vazgeçme kurumu, failin vazgeçme hareketinin gönüllü olup olmadığının tespitinde normatif kriterlere dayanmalı ki objektif ve adil bir sonuca ulaşabilsin. Bu noktada özellikle kararlarında ağırlıklı olarak psikolojik

yaklaşımından hareket eden Yargıtay'ın objektif kriterler noktasında tartışmaların yer alacağı kararlarının ortaya konması, gönüllü vazgeçme kurumunun amacına uygun uygulanmasına hizmet edeceği kanaatindeyiz.



KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin : **Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanununun Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi**, Adalet, Ankara, 2010.
- : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Baskı, Adalet, Ankara, 2018.
- Akdağ, Hale : **“Gönüllü Vazgeçme”**, **Haccettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 3, Sayı 2, 2013, 91-126.
- Allfeld, Philipp / Meyer, Hugo : **Lehrbuch des deutschen Strafrechts: Allgemeiner Teil**, 9. Auflage, Leipzig, Deichert, 1934.
- Amelung, Knut : **“Zur Theorie der Freiwilligkeit eines strafbefreienden Rücktritts vom Versuch”**, **ZStW**, v.120(2), 2008, s.205-245.
- Artuk, Mehmet Emin/ Alşahin, Mehmet Emin : **“Objektif Cezalandırılabilirlik Şartı ve Zamanaşımı”**, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof.Dr.Nur Centel’e Armağan, Cilt 19, Sayı 2, 2013, s.17-44.
- Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/ Çakır, Kerim : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Ankara, Adalet, 2018.
- Aynural, Ömer Metehan : **Soyut Tehlike Bağlamında Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu**, Oniki Levha, İstanbul Arşivi, İstanbul, 2018.
- Bach, Jochim : **Rücktritt vom Versuch und Erfolgseintritt**, Göttingen, 1977.
- Backmann, Leonard : **“Strafbarkeit des vor Tatbeginn zurückgetretenen Tatbeteiligten wegen vollendeter Tat?”**, **JuS**, 1981, s.326-341.
- Bauer, Anton : **Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprocesse**, Band I, Göttingen, Dieterich, 1840.

Baumann, Jürgen/
Weber, Ulrich/
Mitsch, Wolfgang

: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 11. Auflage, Bielefeld, Giesecking, 2003.

Bayraktar, Köksal

: “*Faal Nedamet*”, **İÜHF**, Cilt 33, Sayı 3-4, 1967, s.120-154.

: “Teşebbüs, İştirak, Suçların Birleşmesi”, **Türk Ceza Kanunun 2 Yılı Sempozyumu - Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar**, Türk Ceza Hukuku Derneği, İstanbul, 2008.

Baytaz, Abdullah Batuhan

: **Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum**, İstanbul Arşivi, İstanbul, Oniki Levha, 2018.

Beccaria, Cesare

:**Suçlar ve Cezalar Hakkında**, Çeviren: Sami Selçuk, 2.Baskı, İmge, Ankara, 2010.

Bekar, Elif

: **Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Suçlar**, Oniki Levha, İstanbul Arşivi, İstanbul, 2017.

: “Gönüllü Vazgeçme”, **Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku**, 2. Kitap, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2010, 39-54.

Bentham, Jeremy

: **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation (1781)**, Batoche Books Kitchener, 2000.

Bergmann, Matthias

: “Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung beim Rücktritt vom Versuch?”, **ZStW**, 100, 1988, s. 329–358.

Berneker, Erich

: “Der Versuch im griechischen Recht”, **Festschrift für Ernst Rabel**, Band II, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1954, s.33-77.

Berz, Ulrich

: “Grundlagen des Versuchsbeginns”, **Jura**, 1984, s.511-519.

Binding, Karl

: **Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen**, München, Duncker & Humblot, 1915.

- Bloy, Renè : **Die dogmatische Bedeutung der Strafaufhebungsgründe**, Berlin, Duncker&Humblot, 1976.
- : “Zurechnungsstrukturen des Rücktritts vom beendeten Versuch und Mitwirkung Dritter an der Verhinderung der Tatvollendung-BGHSt 31, 46 und BGH”, **JuS**, 1987, s.528-533.
- Bockelmann, Paul : “Zur Abgrenzung der Vorbereitung und Versuch”, **JZ**, 1954, 468-473.
- Bockelmann, Paul : “Wann ist der Rücktritt vom Versuch freiwillig?”, **Neue juristische Wochenschrift**, 8. Jahrgang, Heft:39, 1955, s.1417-1421.
- Borchert, Uwe/
Hellmann, Uwe : **Die Abgrenzung der Versuchsstadien des §24 1.,1. StGB anhand der objektive Erfolgstauglichkeit**, GA 1982.
- Boß, Hendrik : **Der halbherzige Rücktritt, Zum Rücktritt des Alleintäters vom beendeten Versuch**, Berlin, Duncker&Humblot, 2002.
- Bottke, Wilfried : **Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Täterverhalten**, Rolf Gremer, München, 1979.
- : Zur Freiwilligkeit und Endgültigkeit des Rücktritts vom versuchten Betrug, **JR**, 1980/11, s.441-444.
- Bozbayındır, Ali Emrah : “Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçmede Gönüllülük Şartı”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2018/1, s.87-168.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/
Çakmut, Özlem : **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 10. Bası, Ankara, Beta, 2017.
- Demirbaş, Timur : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Ankara, Seçkin, 2018.
- Demirel, Muhammed : **Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı**, İstanbul, On İki Levha, 2017.

- Doğan, Koray : **Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar**, Adalet, Ankara, 2011.
- Dönmezer, Sulhi : “Teşebbüste Hazırlık ve İcra Hareketleri Tefriki”, **İÜHFM**, Cilt 8, Sayı 3-4, 1942, s.433-456.
- Dönmezer, Sulhi/
Erman, Sahir : **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Esaslar**, Cilt I, 11. Bası, Beta, İstanbul, 1994.
- Erem, Faruk/
Danışman, Ahmet/
Artuk, Mehmet Emin : **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin, Ankara, 1997.
- Erra, Carlo : “Teşebbüste İhtiyariyle Vazgeçme”, Çeviren: Sahir Erman, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 10, Sayı: 1-2, 1944, s.679-720.
- Ersoy, Uğur : **Ceza Hukukunda Objektif Cezalandırılabilme Şartları**, Adalet, Ankara, 2015.
- Eser, Albin : “Rücktritt”, **Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar**, 29. Auflage, München, 2014.
- Feltes, Thomas : “Der fehlgeschlagene Versuch – Zur Abgrenzung von fehlgeschlagenem, beendetem und unbeendetem Versuch, **GA**, 1992, s.395-426.
- Feuerbach,
Paul Johann Anselm : **Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten, 2.Teil**, Gießen, Tasché und Müller, 1804
- Feuerbach,
Paul Johann Anselm /
Mittermaier,
Carl Joseph Anton : **Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts**, 14. Auflage, Gießen, Heyer, 1847.
- Fischer, Thomas : **Strafgesetzbuch**, 63. Auflage, C.H. Beck, München, 2016.

- Finger, August : **Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Band 1**, Berlin, Heymanns, 1904.
- Frank, Reinhard : **Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich**, 18. Auflage, Tübingen, 1931.
- Freund, Georg : **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Berlin Heidelberg, 2009.
- Giffhorn, Kurt : **Über Bedeutung und Begriff der "Freiwilligkeit" beim Rücktritt vom Versuch und bei der tätigen Reue**, Göttingen, 1948.
- Gores, Claus Jürgen : **Der Rücktritt des Tatbeteiligten**, Duncker & Humblot, Berlin, 1982.
- Gökçen, Ahmet : **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri**, İstanbul, 1989.
- Göktürk, Neslihan : **Fikri İçtima**, Adalet, Ankara, 2013.
- Gropp, Walter : **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. Auflage, Heidelberg, Springer, 2005.
- Grünwald, Gerald : "Zum Rücktritt des Tatbeteiligten im künftigen Recht", **Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag**, Berlin, Walter de Gruyter, 1974, 701-719.
- Gutmann, Alexander Peter : **Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei der Tätigen Reue**, Hamburg, Hansischer Gildenverlag, 1963.
- Hafizoğulları, Zeki/
Özen, Muharrem : **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Ankara, USA Yayıncılık, 2018.
- Haft, Fritjof : Der Rücktritt des Beteiligten bei Vollendung der Straftat, **Juristische Arbeitsblätter**, 1979, 306-312.
- Hakeri, Hakan : **Ceza Hukuku**, 21. Baskı, Ankara, Adalet, 2017.
- Hälschner, Hugo : **Das Preußische Strafrecht**, Bonn, Marcus, 1855.

- Heckler, Andreas : **Die Ermittlung der beim Rücktritt vom Versuch erforderlichen Rücktrittsleistung anhand der objektiven Vollendungsgefahr-Zugleich ein Beitrag zum Strafgrund des Versuchs**, Nomos, Baden-Baden, 2002.
- Heger, Martin : Heger, "Rücktritt", **Strafgesetzbuch, Kommentar**, Verlag Franz Vahlen, München, 2013.
- Hepp, Carl Ferdinand Theodor : **Versuch über einzelne Lehren der Strafrechtswissenschaft**, Heidelberg, 1827.
- Hermann, Mareike : Der Rücktritt im Strafrecht **Eine kritische Analyse von § 24 StGB de lege lata und Überlegungen de lege ferenda**, Berlin, Duncker & Humblot, 2013.
- Herzberg, Dietrich/
Hoffmann-Holland, Klaus : "Rücktritt", **Münchener Kommentar Strafgesetzbuch, §1-37**, 2. Aufl., München, C.H.Beck, 2011.
- Herzberg, Rolf Dietrich : "Der Rücktritt durch Aufgeben der weiteren Tatausführung", **Festschrift für Günter Blau zum 70. Geburtstag**, Berlin, Walter de Gruyter, 1985, 97-121.
- : "Beendeter oder unbeendeter Versuch: Kritisches zur neuen Unterscheidung des BGH", **Neue juristische Wochenschrift**, 39. Jahrgang, Heft40, 1986, s.2466-2471.
- : "Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch", **Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag**, Berlin, Walter de Gruyter, 1987, 325-367
- : "Gesamtbetrachtung und Einzelakttheorie beim Rücktritt vom Versuch: Entwurf einer Synthese", **NJW**, 1988, s.1559-1563.
- Herzog, Reinhold : **Rücktritt vom Versuch und Thätige Reue**, Würzburg, Adalbert Stuber's Verlagsbuchhandlung, 1889.
- Hillenkamp, Thomas : "Versuch", **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Großkommentar**, Erster Band, 12. Auflage, Berlin, De Gruyter Recht, 2007.

- von Hippel, Reinhard : **Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch: zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Versuchslehre**, Berlin, de Gruyter, 1966.
- von Hippel, Robert : **Deutsches Strafrecht, Zweiter Band, Das Verbrechen Allgemeine Lehren**, Berlin 1930.
- Hoffman-Holland, Klaus : “Rücktritt”, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1**, 3. Auflage, München, C.H.Beck, 2017.
- İçel, Kayıhan : **Suçların İctimai**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972.
- : Kayıhan İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Beta, 2018.
- İçel, Kayıhan/ Akıncı, Füsün Sokullu/Özgenç, İzzet/ Sözüer, Adem/Mahmutoğlu, Fatih S./ Ünver, Yener : **Suç Teorisi**, 3. Bası, İstanbul, Beta, 2004.
- İçer, Zafer : **Suçta Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ile İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması Meselesi**, (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 2017.
- İpekçioğlu, Pervin Aksoy : **Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs**, Seçkin, Ankara, 2009.
- Jäger, Christian : **Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr**, München, C.H.Beck, 1996.
- : “Das Freiwilligkeitsmerkmal beim Rücktritt vom Versuch”, **ZStW**, 112/4, 2000, s.783-810.
- Jakobs, Günther : **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Berlin, De Gruyter, 1991.
- : Günther Jakobs, “Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten”, **ZStW**, 104, 1992.
- Janka, Karl/ Rulf, Friedrich : **Das Österreichische Strafrecht**, 2. Auflage, Prag, F. Tempsky, 1890.

- Jescheck, Hans-Heinrich : “*Anmerkung zum BGH-Urteil vom 14.04.55*”, **Monatsschrift für Deutsches Recht**, 1955, s.562-563.
- Jescheck, Hans Heinrich/
ligend, Thomas : **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Berlin, Duncker&Humblot, 1996.
- Joecks, Wolfgang : **Strafgesetzbuch Studienkommentar**, 11. Auflage, München, C.H. Beck, 2014.
- Kampermann, Markus : **Grundkonstellationen beim Rücktritt vom Versuch – Zur Abgrenzung von fehlgeschlagenem, unbeendetem und beendetem Versuch in §24 Abs.1 StGB**, Frankfurt a.M., Lang, 1992.
- Kangal, Zeynel T. : “Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüsün Gönüllü Vazgeçme”, **Beiträge zum deutschen und türkischen Strafrecht und Strafprozessrecht, Die Entwicklung von Rechtssystemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung**, Baden-Baden, Nomos, 2010, 335-361.
- : Zeynel T. Kangal, “*Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 68, Sayı 1-2, 2010, s.151-167.
- : “*Kişisel Cezasızlık Nedenleri ve Cezayı Kaldıran veya Azaltan Kişisel Nedenler*”, **Kazancı Hukuk Dergisi**, 2011, Cilt 7, Sayı 85-86, s.38-60.
- : **Kabahatler Hukuku**, 2. Baskı, Oniki Levha, İstanbul, 2019.
- Kelep Pekmez, Tuba : **Ceza Muhakemesinde Fiil**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2018.
- Kindhäuser, Urs : “Normverstoß und natürliche Handlungseinheit – BGH”, NJW 1984, 1568”, **JuS**, 1985/2, s.100-105.
- Koca, Mahmut : “Fikri İçtima”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:2, Sayı:4, Ağustos 2007, s.197-221.
- Koca, Mahmut/
Üzülmez, İlhan : **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Bası, Seçkin, Ankara, 2018.

- Kolster, Hubertus : **Die Qualität der Rücktrittsbemühungen des Täters beim beendeten Versuch**, Frankfurt am Main, Lang, 1993.
- Köstlin, Christian Reinhold : **System des deutschen Strafrechts Allgemeiner Teil**, Tübingen, 1855.
- Krey, Volker/
Esser, Robert : **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. Auflage, Stuttgart, 2016.
- Kudlich, Hans : “Grundfälle zum Rücktritt vom Versuch”,
JuS, 1999, 349-356.
- Kudlich, Hans/
Schuhr, Jan C. : “Rücktritt”, **Satzger-Schluckebier-Widmaier, Strafgesetzbuch Kommentar**, 3.Auflage, Köln, Carl Heymanns, 2016.
- Kunter, Nurullah : **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1954.
- Kühl, Kristian : “Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung”, **JUS**, 1981, s.193-196.
- Lackner/Kühl Strafgesetzbuch Kommmentar**, 27. Auflage, München, C.H.Beck, 2011.
- Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8. Auflage, Franz Vahlen, München, 2017.
- Künzler, Hans : **Subjektivismus und Objektivismus in der Lehre vom absolut untauglichen Versuch**, Juris, Zürich, 1947.
- Küper, Wilfried : “Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten, **JZ**, 1979, s.775-787.
- Lang-Hinrichsen, Dietrich : “Bemerkungen zum Begriff der “Tat” im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Strafzumessung, des Rücktritts und der tätigen Reue beim Versuch und der Teilnahme (Normativer Tatbegriff), **Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag**, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1969, 353-380.



- Lenckner, Theodor : “Probleme beim Rücktritt des Beteiligten”, **Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag**, Walter de Gruyter, Berlin, 1973; s.281-307.
- Lilie, Hans/
Albrecht, Dietlinde : “Rücktritt”, **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, Band I, 11. Auflage, Berlin, De Gruyter Recht, 2003.
- von Liszt, Franz : **Lehrbuch des deutschen Strafrechts**, 21-22. Auflage, Berlin, De Gruyter, 1919.
- Luden, Heinrich : **Handbuch des deutschen gemeinen particularen Strafrechts**, Band I, Jena, 1842.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami/
Karadeniz, Serra : **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, İstanbul, Beta, 2017.
- Maiwald, Manfred : **Die natürliche Handlungseinheit**, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1964.
- “Das Erfordernis des ernsthaften Bemühens beim fehlgeschlagenen Versuch oder beendeten Versuch (§24 Abs.1 Satz 2 StGB)”, **Festschrift für E. A. Wolff zum 70. Geburtstag**, Berlin, Heidelberg, Springer, 1998, 337-359.
- “Psychologie und Norm beim Rücktritt vom Versuch”, **Gedächtnisschrift für Heinz Zipf**, Heidelberg, C. F. Müller, 1999, s. 255-270.
- Maurach, Reinhart/
Gössel, Karl Heinz/
Zipf, Heinz : **Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2**, 7. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, 1989.
- Maurach, Reinhart : **Grundrß des Strafrechts: Allgemeiner Teil**, Wolfenbüttel, Wolfenbütteler, 1948.
- Mayer, Hellmuth : **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Stuttgart 1967.
- Meyer, Hugo : **Lehrbuch des deutschen Strafrechts**, 4. Auflage, Leipzig, Deichert, 1888.

- Mezger, Edmund : **Strafrecht Lehrbuch**, München&Leipzig, Duncker&Humblot, 1931.
- Mommsen, Theodor : **Römisches Strafrecht**, Leipzig, Duncker&Humblot, 1899.
- Murmann, Uwe : **Versuchsunrecht und Rücktritt**, C.F. Müller, Heidelberg, 1999.
- Osenbrüggen, Eduard : **Abhandlungen aus dem deutschen Strafrecht**, Band I, Ferdinand Enke, 1857.
- Otto, Harro : “Rücktritt und Rücktrittshorizont”, **Jura**, Heft:5, 2001, s.341-347.
- : **Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre**, 7. Auflage, Berlin, De Gruyter Recht, 2004.
- : “Versuch und Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten”(Teil 2), **Juristische Arbeitsblätter**, 1980, 707-712.
- Önder, Ayhan : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt II-III, 2. Bası, İstanbul, Beta, 1992.
- Özbek, Veli Özer : **TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı**, Cilt I, 3. Bası, Ankara, 2006.
- Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker : **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Ankara, Seçkin, 2018.
- Özen, Mustafa : **Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri**, Adalet, Ankara, 2017.
- Özgenç, İzzet : **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, 3. Bası, Adalet Bakanlığı Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası, Ankara, 2006.
- : **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, Ankara, Seçkin, 2018.
- Petters, Walter : **Praktische strafrechtsfalle mit losungen : ein induktives strafrechtslehrbuch**, 1. Teil, Berlin, J. Schweitzer, 1958.

- Puppe, Ingeborg : “Der halbherzige Rücktritt – Zugleich eine Besprechung von BGHSt 31, 46”, **Neue Zeitschrift für Strafrecht**, 1984, s.488.
- Ranft, Otfried : “Zur Abgrenzung von unbeendetem und fehlgeschlagenem Versuch bei erneuter Ausführungshandlung, **Jura**, 1987, 527.
- Römer, Hans Jürgen : “Vollendungsverhinderung durch *ernsthafte Bemühen*, **MDR**, 1989, s.945-947.
- Roxin, Claus : “Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch”, **Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag**, Berlin, de Gruyter, 1972, s.251-276.
- : “Der Anfang des beendeten Versuchs, Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung zur Strafbarkeit von Vorbereitung und Versuch bei den Unterlassungsdelikten”, **Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag**, Karlsruhe, de Gruyter, 1972, s.213-233.
- : **Kriminalpolitik und Strafrechtssystem**, Berlin, de Gruyter, 1973.
- : “Der fehlgeschlagene Versuch”, **JuS**, 1981, s.1-9.
- : “Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer”, **Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag**, 1998, 267-278.
- : **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Band II, München, C. H. Beck, 2003.
- : **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Band I, 4. Auflage, München, C. H. Beck, 2006.
- Rudolphi, Hans Joachim : “Zur Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch”, **JuS.**, 1973, 20-25.
- : “Versuch, Rücktritt”, **Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Band I, 2. Auflage, Frankfurt am Main, Carl Heymanns, 1977.
- “Rücktritt vom beendeter Versuch durch erfolgreiches, wenngleich nicht optimales Rettungsbemühen”, **Neue Zeitschrift für Strafrecht**, 1989, s.508.

- v. Scheurl, Guntram : **Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer**, Berlin, Duncker&Humblot, 1972.
- Schmidt, Richard : **Grundriß des deutschen Strafrechts: vergleichende Darstellung des geltenden Rechts sowie des geplanten neuen Strafrechts nach dem im Rechtsausschuss des Reichstags beratenen Entwurf von 1927**, Leipzig, Hirschfeld, 1931.
- Schmidt, Eberhard : **Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege**, 3. Auflage, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1983.
- Schmidhäuser, Eberhard : **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Tübingen, Mohr, 1982.
- Schmoller, Ernst : **Die geschichtliche Entwicklung des Versuchsbegriffs**, Poettcke, Greifswald, 1921.
- Schröder, Horst : “Die Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch”, **Monatsschrift für Deutsches Recht**, 1956, s. 321.
- Schröder, Horst : “Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch”, **Juristische Schulung**, 2. Jahrgang, H.3, 1962, s.81-87.
- Schumann, Antje : **Zum Standort des Rücktritts vom Versuch im Verbrechensaufbau, Eine Untersuchung anhand der Dogmatik zum System von Versuch und Rücktritt seit dem 19. Jahrhundert**, Berlin, Duncker&Humblot, 2006.
- Schünemann, Bernd : “Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, 2. Teil: Schuld und Kriminalpolitik”, **GA**, 1986, s.293-352.
- v. Schwarze, Friedrich Oskar : “Versuch und Vollendung”, **Franz von Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrecht in Einzelbeiträgen, Band 2, die allgemeinen Lehren**, Berlin, Carl Habel, 1871.
- Selçuk, Sami : “*Suç, Suç Yörüngesi ve Kalkışmanın Konumu*”, **Adalet Dergisi**, Yıl 74, Sayı 5, Eylül-Ekim/1983, s. 798-815.

- Soyaslan, Doğan : **Teşebbüs Suçu**, Ankara, Kazancı, 1994.
- : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Bası, Ankara, Yetkin, 2018.
- Sözüer, Adem : **Suçta Teşebbüs**, İstanbul, Kazancı, 1994.
- Sözüer, Adem/
Wörner, Liane : “Der unbeendete Versuch – eine systematische Verortung – Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung der Versuchsformen”, **Die Entwicklung von Rechtssystemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung**, Baden-Baden, Nomos, 2014, s.363-391.
- Stratenwert, Günter : **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn, 2000.
- Streng, Franz : Schuld ohne Freiheit? – Der funktionale Schuldbegriff auf dem Prüfstand, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, 1989, s.271-334.
- Taner, Tahir : **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1949.
- Toroslu, Nevzat/
Toroslu, Haluk : **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş, Ankara, 2018.
- Tozman, Önder : “*Suçun Tamamlanması ve Sona Ermesi Kavramları*”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 3, Sayı 1, 2008, s.117-145.
- : **Suçta Teşebbüs**, Ankara, Adalet, 2015.
- Udeh, Abdulkadir : **Mukayeseli İslam Ceza (Suç) Hukuku Genel Hükümler**, 1. Cilt, Çeviren: Ali Şafak, 2. Baskı, Kayıhan, İstanbul, 2012.
- Ulsenheimer, Klaus : **Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis**, Berlin, de Gruyter, 1976.
- Ünver, Yener : **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Seçkin, Ankara, 2003.
- Walter, Michael : **Der Rücktritt vom Versuch als Ausdruck des Bewahrungsgedankens im zurechnenden Strafrecht**, Göttingen, Schwartz, 1980.

- Wege, Heike : **Rücktritt und Normgeltung**, Berlin, Duncker & Humblot, 2011.
- Welzel, Hans : **Das Deutsche Strafrecht**, Berlin, de Gruyter, 1969.
- Wessels, Johannes/
Beulke, Werner/
Satzger, Helmut : **Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau**, 45. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller, 2015.
- Wörner, Liane : **Der fehlgeschlagene Versuch zwischen Tatplan und Rücktrittshorizont**, Baden-Baden, Nomos, 2009.
- Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/
Artuç, Mustafa : **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, 3. Cilt, Adalet, Ankara, 2014.
- Yıldız, Ali Kemal : **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Açıklamalar-Değerlendirmeler, Öğretiden Görüşler ve Yargıtay Kararları**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2007.
- Zachariä, Heinrich Albert : **Lehre vom Versuche der Verbrechen**, 2. Teil, Göttingen, 1839.
- Zaczyk, Rainer : **Nomoskommentar Strafgesetzbuch**, Band I, 4. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2013.
- Zafer, Hamide : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Beta, İstanbul 2015.

ÖZGEÇMİŞ

1985 yılında Samsun’da doğdu. İlk ve orta öğrenimini Tekirdağ Namık Kemal İlkokulunda, İstanbul Ataköy Medeni Berk İlkokulunda ve İstanbul Ataköy Atatürk Ortaokulunda, lise öğrenimini ise Mersin Ticaret ve Sanayi Odası Anadolu Lisesi’nde tamamladı. 2008 yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden mezun oldu. 2009 yılında İstanbul Barosu’na kaydolarak bir süre serbest avukatlık yaptı. 2012 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku bölümünde “Suç Politikasının Temel İlkeleri Açısından Türk Hukukunda Cinsel Suçlar ve Kastrasyon” isimli tezi ile yüksek lisans öğrenimini tamamladı. Aynı yıl İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku bölümünde başladığı doktora öğrenimini 2019 yılında “Gönüllü Vazgeçme” isimli tezi ile tamamladı. 2015 yılında Tübitak bursu ile gittiği Almanya’nın Halle(Saale) şehrinde bulunan Halle-Wittenberg Martin Luther Üniversitesi’nde 14 ay boyunca misafir araştırmacı olarak doktora çalışmalarını sürdürdü.

Sertaç Işıka, 2011 yılının Şubat ayından itibaren İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı’nda araştırma görevlisi olarak çalışmaya devam etmektedir.