

**Gießener Schriften  
zum Strafrecht und zur Kriminologie**

herausgegeben von

Prof. Dr. Britta Bannenberg  
Prof. Dr. Walter Gropp  
Prof. Dr. Bernd Hecker  
Prof. Dr. Günter Heine  
Prof. Dr. Arthur Kreuzer  
Prof. Dr. Gabriele Wolfslast

Band 35

Walter Gropp/Bahri Öztürk/Adem Sözüer/Liane Wörner

**Beiträge zum deutschen und  
türkischen Strafrecht und  
Strafprozessrecht**

Die Entwicklung von Rechtssystemen in ihrer  
gesellschaftlichen Verankerung



**Nomos**

## Vorwort

Vom 27.05.-3.6.2009 veranstalteten das Franz von Liszt-Institut für internationales Recht und Rechtsvergleichung der Justus-Liebig-Universität Gießen, das Zentrum für Strafrechtswissenschaft der Kültür Universität Istanbul und das Institut für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Strafanwendungsrecht der Universität Istanbul mit Unterstützung der Alexander von Humboldt-Stiftung ein Kolloquium in Gießen und in beiden Instituten in Istanbul, das sich mit aktuellen Fragestellungen des deutschen und türkischen Strafrechts und des Strafprozessrechts beschäftigte. Das Kolloquium bildete zugleich die Auftaktveranstaltung einer Alexander von Humboldt-Institutspartnerschaft zwischen den Instituten, in der die Wissenschaftler und die Nachwuchswissenschaftler und Nachwuchswissenschaftlerinnen der Institute seit dem 01. Juni 2009 unter Schirmherrschaft der Alexander von Humboldt-Stiftung gemeinsam rechtsvergleichend forschen.

Die wissenschaftliche Zusammenarbeit der beteiligten Institute geht auf gemeinsame Forschungszeiten der Institutsleiter in den 80er und 90er Jahren am Freiburger Max Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht unter damaliger Leitung von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Albin Eser, MCJ, zurück, dessen Mitwirkung an dem hiesigen Projekt deshalb mit großer Freude aufgenommen wurde.

Als Auftaktveranstaltung der Institutspartnerschaft wurde mit dem Kolloquium die wesentliche Grundlage für die Institutsforschungsthemen erarbeitet. Im Zentrum des hier in Angriff genommenen Rechtsvergleichs steht für die Beteiligten die intensive Auseinandersetzung mit den zum 01. Juni 2005 in der Türkei ganz maßgeblich neu eingeführten Strafgesetzen in ihrer Wirkung auf die und Verankerung in der Gesellschaft. Die Forschung konzentriert sich zunächst auf das türkische Strafgesetzbuch und die türkische Strafprozessordnung im Besonderen im Rechtsvergleich zu den entsprechenden deutschen Gesetzen. Denn die Vorschriften des deutschen materiellen Strafrechts wie des Prozessrechts hatten einen wesentlichen Einfluss auf die neuen türkischen Bestimmungen. Insbesondere soll der Verankerungsprozess der neuen Gesetze in der türkischen juristischen Wissenschaft, in der türkischen juristischen Praxis und in der Gesellschaft begleitet werden. Aus der Untersuchung eben jener Verankerungsprozesse von rechtlichen Regelungen und ihrer weiteren Wirkung im Recht und in der Gesellschaft erhoffen sich die Beteiligten die Erforschung von Wirkungsmechanismen im deutschen und im türkischen Recht.

Im vorliegenden Veröffentlichungsband als einem Ergebnis der Auftaktveranstaltung finden sich unter den zahlreichen Beiträgen der institutsexternen und institutsinternen Teilnehmer Ausführungen zu Fragestellungen der Beweisver-

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8329-5343-0

Die Bände 1 – 13 sind erschienen in der Reihe „Nomos Universitätsschriften Recht“

1. Auflage 2010  
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2010. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

### Anhang zu den relevanten gesetzlichen Vorschriften

*Strafgesetzbuch für das deutsche Reich von 1871*<sup>55</sup>

#### § 46

Der Versuch als solcher bleibt straflos, wenn der Täter

1. die Ausführung der beabsichtigten Handlung aufgegeben hat, ohne dass er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren, oder
2. zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war, den Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens gehörigen Erfolges durch eigene Tätigkeit abgewendet hat.

*Neuveröffentlichung des Strafgesetzbuches 1871 am 1.1.1975*<sup>56</sup>

#### § 24 [Rücktritt]

(1) Wegen Versuchs wird nicht bestraft, wer freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgibt oder deren Vollendung verhindert. Wird die Tat ohne Zutun des Zurücktretenden nicht vollendet, so wird er straflos, wenn er sich freiwillig und ernsthaft bemüht, die Vollendung zu verhindern.

(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.

*Türkisches Strafgesetzbuch, Gesetz Nr. 5237 vom 26.9.2004, in Kraft seit 1.6.2005*

#### Artikel 35

(1) Wer zur Begehung einer Straftat, deren Verwirklichung er beabsichtigt, mit tauglichen Handlungen unmittelbar ansetzt, sie aber aus Gründen, die er nicht beeinflussen kann, nicht vollenden kann, ist wegen Versuchs verantwortlich.

(2) Im Falle eines Versuchs wird der Täter je nach Schwere des Schadens und der Größe der Gefahr statt mit erschwertem lebenslangem Gefängnis mit 13 bis 20 Jahren Gefängnis und statt mit lebenslangem Gefängnis mit 9 bis 15 Jahren Gefängnis bestraft. In den sonstigen Fällen wird die Strafe um ein Viertel bis um drei Viertel herabgesetzt.

#### Artikel 36:

(1) Wegen Versuchs wird nicht bestraft, wer freiwillig die Ausführung der Straftat verzichtet oder mit eigenen Bemühungen die Vollendung der Tat oder den Eintritt des Erfolges verhindert. Stellt der vollendete Teil jedoch an sich eine Straftat dar, so wird er nur mit der Strafe für diese Straftat bestraft.

<sup>55</sup> Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1871, RGBI 1871, 128 ff.

<sup>56</sup> Allgemeiner Teil nach dem Zweiten Gesetz zur Reform des StGB vom 4.7.1969 (BGBl. I S. 717), Neuverkündigung im StGB vom 1.1.1975 (BGBl. I S. 1).

## Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüsün Gönüllü Vazgeçme

Zeynel T. Kangal

*Das alte türkische Strafgesetzbuch in seiner Fassung bis zum 31.5.2005 sah einen strafbefreienden freiwilligen Rücktritt nur vom unvollendeten Versuch in einer Vorschrift mit dem strafbaren Versuch v. Art. 36 des neuen türkischen Strafgesetzbuches in der Fassung seit dem 1.6.2005 behandelt den strafbefreienden freiwilligen Rücktritt sowohl vom unvollendeten Versuch als auch vom vollendeten Versuch in einer eigenen Vorschrift. Danach liegt ein strafbefreiender Rücktritt vom Versuch vor, wenn der Täter freiwillig die Ausführung der Straftat aufgibt oder mit eigenen Bemühungen die Vollendung der Tat oder den Eintritt des Erfolges verhindert. Stellt ein vollendeter Teil der Tat jedoch für sich eine Straftat dar, so wird der Täter nur mit der Strafe für diese Straftat bestraft. Das neue türkische Strafgesetzbuch enthält aber keine Regelung über den nicht-kausalen Rücktritt eines Alleintäters. Trotzdem regelt Art. 41 türk. StGB (2005) den freiwilligen Rücktritt bei Beteiligung mehrerer. Danach kommen aber die Regeln über den freiwilligen Rücktritt nur dem Beteiligten zugute, der freiwillig zurückgetreten ist. Würde die Straftat aus einem anderen Grund als dem Bemühen des freiwillig Zurücktretenden nicht begangen oder trotz aller Bemühungen des freiwillig Zurücktretenden begangen, soll die Vorschrift über den freiwilligen Rücktritt, also Art. 36 türk. StGB (2005) Anwendung finden.*

### I. Suça Teşebbüsün Gönüllü Vazgeçme Kavımı

Bir suçun tamamlanmaması failin iradesine bağlı olabileceği gibi, iradesi dışında gerçekleşen bir nedene de bağlı olabilir. Failin iradesi dışında bir nedenle icra hareketleri kesilirse veya icra hareketleri tamamlanmakla birlikte suç tipinde tasvir edilen netice gerçekleşmezse, fail teşebbüs derecesinde kalmış suçtan dolayı sorumlu tutulacaktır. Böyle bir ihtimalde suçun tamamlanmamasını TCK md. 35, kişinin "elinde olmayan nedenler" şeklinde ifade etmiştir. Failin iradesine bağlı olarak suçun tamamlanmaması hâline de, kanun koyucu birtakım hukuksal sonuçlar bağlamıştır. Failin içinde olan nedenlerle suçun tamamlanmaması, başka bir deyişle failin icra hareketlerini iradi olarak sona erdirmesi veya icra hareketlerini bitirmesine ilişkin aktif davranışları ile tipik

neticenin meydana gelmesini engellemesi hâlinde ise, gönüllü vazgeçme söz-konusu olur.

Eksik teşebbüs – tam teşebbüs ayrımını benimseyen 765 sayılı TCK'nun 61. maddesinin 2. fıkrası sadece eksik teşebbüs bakımından gönüllü vazgeçmeyi kabul etmişti. Buna göre, fail icra hareketlerini yarıda keserek suç işleme kararını gönüllü olarak geri aldığı takdirde, icrasına başladığı suçtan dolayı ceza verilmemekte, ancak o ana kadar yaptığı hareketler başka bir suç oluşturuyorsa, bundan ceza verilmekteydi.

765 sayılı TCK tam teşebbüs bakımından gönüllü vazgeçmeden (doktrinde faal nedamet olarak isimlendirilmekteydi) bahsetmediğinden, fail icra hareketlerini bitirdikten sonra neticenin gerçekleşmemesi yönünde aktif bir çaba göstermiş olsa bile, tam teşebbüsten cezalandırılması sonucuna varılmaktaydı. Bununla birlikte, doktrinde tam teşebbüste de failin gönüllü vazgeçmesinden (faal nedametinden) yararlanması gerektiği yönünde bazı görüşler ortaya atılmıştı.

Bir görüşe göre, failin lehine kıyas yapmak mümkün olduğundan 765 sayılı TCK md. 61/2'deki gönüllü vazgeçmeye ilişkin düzenleme, TCK md. 62'de tam teşebbüs bakımından öngörülmeyle gönüllü vazgeçme (faal nedamet) hâllerine de kıyasen uygulanmalıydı.<sup>1</sup>

Diğer bir görüş, 765 sayılı TCK md. 61 ve 62'de yer alan "*failin ihtiyarında olmayan mani sebepler*" koşulunun karşıt anlamından, failin elinde olan nedenlerle icra hareketlerini bitirmemesi veya tipik neticenin gerçekleşmesini önlemesi durumunda, eksik ve tam teşebbüsün koşullarından biri bulunmadığı için faile ceza verilmemesi gerektiği sonucuna varmaktaydı. Böylece bu görüşe göre, icra hareketlerini tamamlayan fail, neticenin meydana gelmesini iradî davranışıyla önlerse, "*failin ihtiyarında olmayan mani sebepler*" koşulu oluşmadığından tam teşebbüs de bulunmamaktaydı.<sup>2</sup> Ancak bu görüş eleştirilmiştir. Bu eleştiriye göre, 765 sayılı TCK, ihtiyariyle vazgeçen kimsenin cezalandırılmayacağından sadece eksik teşebbüse ayrılmış olan 61. maddede söz etmiş, tam teşebbüse ait olan 62. maddede failin vazgeçmesi hususunu öngörmemiştir. Bu iki hükmün karşılaştırılması suretiyle yapılacak sistematik yorumdan çıkan tek anlam, ihtiyariyle vazgeçmenin sadece eksik teşebbüste etkili olmasından, tam teşebbüste bir öneminin olmamasından ibarettir.<sup>3</sup>

Başka bir görüşe göre ise, suçun icra hareketlerinden sonra, netice meydana gelmeden önceki safhasında da kastın bulunması gerekir. Oysa ki (icra hareketleri tamamlandı ve netice meydana gelmeden önce gerçekleştirilen gönül-

1 İçel, *Kayıhan/Donay, Sühayl*, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, 1. Kitap, 4. Bası, İstanbul 2005, sh: 88-89; Oral, *Mehmet*, Teşebbüs, Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu – Genel Hükümler – (26-27 Mart 1997 – İstanbul), İstanbul 1998, sh: 206.

2 İçel, *Kayıhan/Sokullu-Akıncı, Füsün/Özgenç, İzzet/Sözter, Adem/Mahmutoglu, Fatih S./Unver, Yener, İçel – Suç Teorisi*, 2. Kitap, 3. Bası, İstanbul 2004, sh: 358, 359; *Sözter, Adem*, Suça Teşebbüs, İstanbul 1994, sh: 242.

3 *Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir*, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, c: I, 11. Bası, İstanbul 1994, No: 577; *Soyaslan, Doğan*, Teşebbüs Suçu, Ankara 1994, sh: 144.

lü vazgeçme anlamında) faal nedamet cumunda artık suç işleme kastı bulunmamaktadır. Kastın bulunmaması ise, heketin ceza hukuku yönünden önemini ortadan kaldırmakta ve faile ceza vermemesini gerektirmektedir.<sup>4</sup>

Yine 765 sayılı TCK'da suçun tamamlanmasından sonra neticeyi telafi etmeye yönelik çabaların cezalandırılabilirliği etkilediği bazı düzenlemelere (bugünkü anlamda etkin pişmanlık düzenlemelerine) rastlamak mümkündür. Örneğin, mal aleyhine suçlarda malın desî veya zararın tazmini (md. 523), kız, kadın ve erkek kaçırma suçlarında çıkarılan mağdurun serbest bırakılması (md. 432) suç sonrası faal nedamet hâli olarak düzenlenmiştir.<sup>5</sup>

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu suça tebbüsten gönüllü vazgeçmeyi iki hükümde ele almıştır. TCK md. 36'da tebir failin gönüllü vazgeçmesi düzenlenmişken, TCK md. 41'de iştirak hâline işlenen suçlara teşebbüsten gönüllü vazgeçme düzenlenmiştir.

TCK md. 36'ya göre:

*"Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat taam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır".*

TCK md. 41'e göre:

*"(1) İştirak halinde işlenen suçlara sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır;*

*(2) Suçun;*

*a) Gönüllü vazgeçenin gösterdiği gretî dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması,*

*b) Gönüllü vazgeçenin bütün gayrete rağmen işlenmiş olması, Hallerinde de gönüllü vazgeçme hüümleri uygulanır".*

TCK md. 36, 765 sayılı TCK dönemindeki doktrin tarafından yapılan gönüllü vazgeçme ve faal nedamet ayrımını kaldırmıştır. TCK md. 36 gereğince gönüllü vazgeçme, icra hareketleri aşamasında mümkün olabileceği gibi, icra hareketlerinin tamamlanıp da netice gerçekleşmeden önce de mümkün olabilmektedir. Bu temel fark eksik teşebbüs ile tam teşebbüs arasındaki ayrımdan çıkmaktadır. Böylece TCK'da açıkça yapılmayan eik – tam teşebbüs ayrımı TCK md. 36'da dolaylı olarak öngörülmüştür.<sup>6</sup>

TCK md. 36'da düzenlenen gönüllü vazgeçmenin hukuk devleti ilkesine (AY md. 2), eşitlik ilkesine (AY md. 1) ve kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığının korunması hakkına (Y md. 17) aykırı olduğu ileri sürül-

4 *Bayraktar, Köksal*, "Faal Nedamet", İÜHF 1968, c: XXXIII, sy: 3-4, sh: 137, 138, 152.

5 Bkz. *Şen, Ersan*, Türk Ceza Hukuku, İstanbul 2002, sh: 235-236.

6 *Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan*, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 8. Bası, Ankara 2005, No: 356.

müştür.<sup>7</sup> Ancak Anayasa Mahkemesi gönüllü vazgeçmeye ilişkin bu düzenlemeyi sözkonusu hükümlere aykırı bulmamış ve iptal istemini reddetmiştir.<sup>8</sup>

TCK md. 36 sadece suçta teşebbüs aşamasında sözkonusu olabilir. Failin hareketi henüz teşebbüs eşiğine ulaşmamışsa, hazırlık hareketleri sözkonusu olacağından TCK md. 36'daki gönüllü vazgeçme düzenlemesi de uygulama alanı bulamaz. Hazırlık hareketlerinde tipe uygun bir fiil bulunmadığından zaten cezalandırılmamaktadır.<sup>9</sup> Örneğin, yol kenarında gördüğü benzin istasyonunu soymak isteyen fail, silâhını ve kar maskesini hazırlar. Ancak benzin istasyonuna 50 metre kala bu plânından vazgeçtiği ve oradan uzaklaştığı takdirde, icra hareketlerine başlamadığından zaten gönüllü vazgeçme de sözkonusu olmaz.<sup>10</sup>

Teşebbüs aşamasında kalmış bir fiil, bir hukuka uygunluk nedeninden dolayı cezalandırılmıyorsa, yine gönüllü vazgeçme uygulama alanı bulamaz. Örneğin bir kişi yaşlı faili tabancayla tehdit eder ve ondan parasını vermesini ister. Ancak fail bundan korkmaz ve saldırıyı defetmek için elindeki bastonu saldırganın vurmak üzere havaya kaldırır. Fail, saldırganın elindeki silâhi korkudan bıraktığını görmesi üzerine ona vurmaktan vazgeçer. Burada teşebbüs aşamasında kalmış olan kasten yaralama suçu meşru savunma nedeniyle hukuka uygun olduğundan, bastonla vurma hareketinden vazgeçilmesinin bir önemi kalmamaktadır.<sup>11</sup>

7 Karşıyaka 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin başvuru gerekçeleri şöyledir: "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. Oysa ki dosyamızın sanığı 5237 sayılı Yasa'nın 36. maddesindeki hüküm nedeniyle hastanenin tedavi olanaklarının gelişmiş olması ve müdahaleyi yapan hekimlerin becerisi nedeniyle olay mağdurunun 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". (Bkz. RG. 30.1.2008, sy: 26772).

## II. Gönüllü Vazgeçmenin Etkin Pişmanlıktan Farkı

Yeni TCK sistemindedekin pişmanlık bazı suçlar bakımından suçun tamamlanmasından sonra fan neticeyi gönüllü olarak telafi etmeye yönelik davranışlarını ifade etmezdir. Böylece etkin pişmanlık neticenin gerçekleşmesinden sonra kanunda belirtilen suçlar açısından cezayı kaldıran veya cezadan indirim yapılmasını getiren şahsî bir neden olarak ele alınmaktadır.<sup>12</sup>

8 "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 36. maddesinde gönüllü vazgeçme durumu düzenlenmiştir. Yapılan düzenlemeyle, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda sadece icra hareketlerinin devamı anasında kabul edilen gönüllü vazgeçme, icra hareketlerinin bittiği ancak neticenin meydana gelmediği olaylar bakımından da öngörülmüştür. Maddede, gönüllü vazgeçme haddi kural olarak failin icrasına başladığı suçtan dolayı ceza verilemeyeceği, ancak o kadar yapılan hareketlerin müstakil bir suç oluşturduğu durumda failin cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre, fail suçun icra hareketlerinden gönü olarak vazgeçer veya kendi çabasıyla suçun tamamlanmasını veya sonucun gerçekleşmesini önlerse teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacaktır. Ancak, gönüllü vazgeçimine kadar gerçekleşen eylem ayrı bir suç oluşturduğu takdirde, fail sadece o suça ait ceza ile cezalandırılacaktır. // Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kural, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimle gözönüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre belirlenir. Yasakoyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi türe ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebepler kabul edilebileceği ve ceza sistemini tamamlayan müesseseler konusunda takdir yetkisine sahiptir. // Çağdaş ceza kanunlarında, toplumsal barışı bozan, bireyde korku toplumda gerginlik yaratan suçların önüne geçilebilmesi için faileri suç işlemekten da suçun tamamlanmadan vazgeçmeye özendirerek kurallara yer verildiği görülmektedir. İtiraz konusu kuralın, izlenen suç politikası uyarınca gerek icra hareketleri aşamasında gerekse icra hareketlerinin bitmesinden sonra, failerin 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 vazgeçenlerin yaşadıkları yerin az ya da çok gelişmişliğini dikkate alarak farklı hükümler öngörmekte; aksine suçu işlemekten gönüllü vazgeçen tüm failerin aynı hükümden yararlanmaları sağlamaktadır. Esasen Türk Ceza Kanunu'nun benimseydiği "mülkiyet ilkesi uyarınca, Türk Ceza Kanunu ülkenin tümünde ve suç işleyen kişilere her hangi birırım 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. // İtirazın konusu kuralın Anayasa'nın 17. maddesiyle ilgisi görülmemiştir" (AYM, 3.1.2008, E. 25-75/2008-1, RG. 30.1.2008, sy: 26772).

9 "Sanık, mağdur henüday yerine gelmeden pusuda elinde suçta kullandığı av tüfeği yok iken polisler tarafından yakalanmıştır. // Böylece sanık hazırlık aşamasında yakalanmış, icrai harekette bulunmamıştır. Sanığın mağdur olay yerine geldiği anda bile icradan kendiliğinden vazgeçmesi olanağı vardır" (CGK 16.4.1984, E. 1-14/K. 149, *Yaşar, Osman, Uygulamada Türk Ceza Yasası, Genel Hükümler*, Ankara 2000, sh: 944-945).

10 *Baumann, Jürgen/Wer, Ulrich/Mitsch, Wolfgang*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 11. Auflage, Biefeld 2003, § 27, No: 3.

11 *Baumann/Weber/Mitsch*, § 27, No: 3.

12 *Özgenç, İzzet*, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 2. Bastı, Ankara 2007, sh: 439; *Koca, Mahmut/Üzülmez, İlin*, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2008, sh: 362.

Gönüllü vazgeçmeye ilişkin düzenlemeler kural olarak bütün suç tipleri için geçerlidir. Buna karşın etkin pişmanlık hükümleri sadece kanunda açıkça öngörülen suç tipleri bakımından uygulama alanı bulabilir. Örneğin organ ve doku ticareti (md. 93), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (md. 110) suçları ile malvarlığına karşı suçlar (md. 168) açısından etkin pişmanlık düzenlemeleri öngörülmüştür.<sup>13</sup>

Yine gönüllü vazgeçme düzenlemesi işlenmesi kastedilen suçta teşebbüsten dolayı cezalandırmayı ortadan kaldırmaktadır. Etkin pişmanlık hükümleri ise, cezalandırılabilirliği daima ortadan kaldırmamakta, yalnızca cezanın indirilmesine de olanak tanıyabilmektedir.<sup>14</sup>

### III. Karşılaştırmalı Hukukta Gönüllü Vazgeçme

#### 1. Gönüllü Vazgeçmeyi Açıkça Düzenleyen Hukuk Sistemleri

Fransız Ceza Kanunu gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen ayrıntılı bir hükme açıkça yer vermemiştir. Ancak Ceza Kanunu md. 121-5'de yer alan ifadenin karşıt anlamından hareketle gönüllü vazgeçme kabul edilmektedir. Buna göre; "İcra hareketlerine başlanmasıyla ortaya çıkan teşebbüs, icra hareketleri yalnızca, failin iradesine bağlı olmayan nedenlerden dolayı yarıda kaldığı veya sonucu gerçekleşmediği takdirde meydana gelir". Böylece fail suç girişiminden gönüllü olarak vazgeçtiği (iradesine bağlı neden) takdirde, teşebbüsün koşullarından biri oluşmadığından kendisine ceza verilememektedir. Doktrin ve uygulama vazgeçmenin hüküm doğurabilmesi için gönüllü olması ve suçun tamamlanmasından önce gerçekleştirilmesi koşullarını aramaktadır.<sup>15</sup>

Belçika Ceza Kanunu da Fransız Ceza Kanunu'na benzer bir düzenleme içermektedir. Gerçekten Belçika Ceza Kanunu'nun 51. maddesine göre; "Bir cürüm ya da cünha işleme kararı, bu cürüm ya da cünhanın icra hareketlerine başlanmasını teşkil eden ve yalnızca, failin iradesine bağlı olmayan nedenlerle yarıda bırakılan veya sonuçları gerçekleşmeyen dış dünyadaki hareketlerle açığa vurulduğu takdirde, cezalandırılabilir teşebbüs mevcuttur". Böylece gönüllü vazgeçme hâlinde cezalandırılabilir bir teşebbüs bulunmadığından, faile de ceza verilemeyecektir.

13 TCK'da etkin pişmanlık hükmü içeren bazı suç tiplerinin analizi için bkz. *Günay, Erhan, Öğreti ve Uygulamada Yeni Türk Ceza Kanunundaki Etkin Pişmanlık ve Gönüllü Vazgeçme*, Ankara 2006, sh: 21 vd.

14 *Kindhäuser, Urs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Baden-Baden 2005, § 32, No: 4.

15 *Desportes, Frédéric/Le Gunehec, Francis*, Droit pénal général, 12<sup>e</sup> éd., Paris 2005, No: 455; *Pradel, Jean, Manuel de droit pénal général*, 14<sup>e</sup> éd., Paris 2002, No: 388; *Stefani, Gaston/Levasseur, Georges/Bouloc, Bernard*, Droit pénal général, 19<sup>e</sup> éd., Paris 2005, No: 239.

#### 2. Gönüllü Vazgeçmeyi Açıkça Düzenleyen Hukuk Sistemleri

##### a) Cezanın Zorunlu Olarak Kaldırılmasını Öngören Hukuk Sistemleri

Batılı hukuk sistemlerinin çoğunluğu failin gönüllü vazgeçmi hâlinde, icrasınbaşlamış olduğu suçtan dolayı cezalandırılmamasını açça öngörmüşler.

Alm Ceza Kanunu § 24 hem tek başına suçun icrasına girmiş fail bakımından hem de iştirak hâlinde işlenen suçlar bakımından gönüllü vazgeçme düzenlemiştir. Buna göre:

(1) Her kim gönüllü olarak, failin icra hareketlerine devam etmekten vazgeçer veya failin tamamlanmasına engel olursa, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz. Fiil vazgeçenin katkısı olmadan tamamlanmamış, failin tamamlanmasını engellemek için gönüllü ve ciddi çaba sarf etti takdirde, vazgeçen cezalandırılmaz.

(2) Bir fiile birden fazla kişi katılmışsa, failin tamamlanmasını gönüllü olarak engelleyen kişi teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz. Bununla birlikte, fiil vazgeçenin katkısı olmadan tamamlanmamışsa ya da fiile iha önceki kısımdan bağımsız olarak gerçekleşmişse, onun failin tamamlanmasını engellemeye yönelik gönüllü ve ciddi çabası ceza verilmemesinin yeterlidir.

Yine Austurya Ceza Kanunu § 16 da tek bir failin gönüllü vazgeçmesini ve iştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeyi birlikte ele almıştır. Bu hükümü şekilde kaleme alınmıştır:

(1) Fail gönüllü olarak icra hareketlerinden vazgeçer ya da iha hareketlere birden fazla kişi katılmışsa, bunu engeller veya neticeyi gönüllü olarak savuşturursa, teşebbüsten ya da buna iştiraktan dolayı cezalandırılmaz. (2) Fail, katkısı olmadan icra hareketleri ya da netice gerçekleşmemişse, iha hareketlerini engellemek ya da neticeyi savuşturmak için bilmeden gönüllü ve ciddi çaba gösterdiği takdirde de cezalandırılmaz.

İspanyolukuku da aynı yolu izlemiştir. İspanyol Ceza Kanunu md 6/2'de tek bir fail gönüllü vazgeçmesi, md. 16/3'de de iştirak hâlinde işlem suçlarında gönüllü vazgeçme düzenlenmiştir. İspanyol Ceza Kanunu md. 16/3 şu şekildedir:

(2) Her kim ya suçun daha önceden başlayan icra hareketlerinden vazgeçer suretiyle ya da neticenin ortaya çıkmasını önlemek suretiyle suçun tamamlanmasını gönüllü olarak engellerse, başka bir suçu ve kabahati işlemedikleri takdirde, o zamana kadar gerçekleştirilen hareketler bakımından ortaya çıkacak olası sorumluluk saklı kalmak koşuluyla, teşebbüsün başlamasında kalmış olan suçtan dolayı cezasız kalır.

(3) Bir fiile birden fazla kişi katılmışsa, daha önceden başlayan icra hareketlerinden vazgeçen ve failin tamamlanmasını ciddi, kesive kararlı

olarak engelleyen veya engellemeye çalışan kişi veya kişiler, başka bir suçu veya kabahati ifade ettikleri takdirde, o zamana kadar gerçekleştirilen hareketler bakımından ortaya çıkacak olası sorumluluk saklı kalmak koşuluyla, cezasız kalırlar.<sup>16</sup>

Yine İsveç,<sup>17</sup> Danimarka,<sup>18</sup> Rusya,<sup>19</sup> Polonya<sup>20</sup> ve Slovenya<sup>21</sup> ceza kanunları da aynı yöntemi takip etmişlerdir.

16 Madde metni için bkz. *Hoffman, Markus/ Meliá, Manuel Cancio*, Das spanische Strafgesetzbuch, Freiburg im Breisgau 2002, sh: 23-24.

17 1962 tarihli İsveç Ceza Kanunu'nun 23. bölümünün 3. paragrafı şu şekildedir: "Fiilin icra hareketlerini kesmek suretiyle ya da başka bir şekilde suçun tamamlanmamasına gönüllü olarak yol açan kişi bir suç teşebbüsünden, hazırlığından ya da anlaşmasından dolayı mahkûm edilemez. Suçun tamamlanması hâlinde bir araçla izinsiz olarak bizzat uğraşan kişi, aracın cezalandırılabilir şekilde kullanılmasının gönüllü olarak önüne geçerse, bu yüzden mahkûm edilemez" (Madde metni için bkz. *Cornils, Karin/ Jareborg, Nils*, Das schwedische Kriminalgesetzbuch, Freiburg im Breisgau 2000, sh: 171).

18 1933 tarihli Danimarka Ceza Kanunu § 22 şöyledir: "Fail, fiilin icra edilmesine ya da fiille takip edilen amaca ulaşılmasına karşı koyan tesadüfi engeller dolayısıyla değil de, gönüllü olarak icra hareketlerinden vazgeçer veya fiilin tamamlanmasını engeller veya hut da fiilin tamamlanmasını engelleyen hareketleri yaparsa, fiilin tamamlanması failin bilgisi olmadan başarısızlığa uğramasına ya da başka şekilde savuşturulsa bile, teşebbüs cezalandırılmaz". İştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen § 24 ise şöyledir: "Katılan, § 22'de gösterilen koşullar altında fiilin tamamlanmasını engeller veya fiilin tamamlanmasını engelleyen hareketleri yaparsa, fiilin tamamlanması failin bilgisi olmadan başarısızlığa uğramasına ya da başka şekilde savuşturulsa bile, cezalandırılmaz" (Madde metinleri için bkz. *Cornils, Karin/ Greve, Vagn*, Das dänische Strafgesetzbuch, Freiburg im Breisgau 1997, sh: 29-30).

19 1997 tarihli Rus Ceza Kanunu md. 31 şöyledir: "1. Bir suçun hazırlanmasının bir kişi tarafından durdurulması veya bu suçun işlenmesine doğrudan yönelen hareketlerin (veya ihmallerin) durdurulması, kişi suçu başarıyla sonuçlandırma olanağının bilincinde ise, bu suçtan gönüllü vazgeçme olarak adlandırılır. 2. Kişi bir suçu başarıyla sonuçlandırmaktan gönüllü ve kesin olarak vazgeçtiği takdirde, bu suçtan cezaen sorumlu olmaz. 3. Bir suçu sonuçlandırmaktan gönüllü olarak vazgeçen kişi, gerçekleştirdiği hareket gerçekte başka bir suçun kurucu unsurlarını içerdiği takdirde cezaen sorumlu değildir. 4. Bir suçun organizatörü ve bir suça azmettiren, kamu makamlarına uygun zamanda ihbarda bulunarak veya gerekli diğer tedbirleri alarak suçun fail tarafından tamamlanmasına engel oldukları takdirde, cezaen sorumlu olmazlar. Bir suçun şeriki suçun işlenmesini önlemek için kendisine bağlı bütün tedbirleri aldığı takdirde, cezaen sorumlu olmaz. 5. Bu maddenin dördüncü paragrafında öngörülen organizatörün ve azmettirenin hareketleri suçun fail tarafından tamamlanmasının önlenmesini sonuçlamadığı takdirde, bu kişiler tarafından alınan tedbirler cezanın belirlenmesinde mahkeme tarafından hafifletici nedenler olarak nitelendirilebilir" (Madde metni için bkz. *Golovko, Léonid*, Le Code pénal russe de 1997, Paris 1998, sh: 60).

20 1997 tarihli Polonya Ceza Kanunu md. 15 şu şekildedir: "§ 1. Her kim gönüllü olarak fiilin tamamlanmasından vazgeçer ya da tipe uygun neticeyi engeller ise, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz. § 2. Fail tipe uygun neticeyi engellemek için gönüllü olarak çaba göstermişse, mahkeme olağanüstü ceza indirimini uygulayabilir". İştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen 23. madde de şöyledir: "§ 1. Yasaklanmış fiilin tamamlanmasını gönüllü olarak engellemiş olan katılan cezalandırılmaz. § 2. Katılan yasaklanmış fiilin tamamlanmasını engellemek için gönüllü olarak çaba göstermişse, mahkeme olağanüstü ceza indirimini uygulayabilir" (Madde metinleri için bkz. *Weigend, Ewa*, Das polnische Strafgesetzbuch, Freiburg im Breisgau 1998, sh: 42, 45).

21 1995 tarihli Slovenya Ceza Kanunu'nun gönüllü vazgeçme başlıklı 24. maddesi şöyledir: "1. Bir suçu işlemeye teşebbüs eden fail, bundan kendi girişimiyle gönüllü olarak

#### b) Cezanın Belirlenmesinde Hâkime Takdir Yetki Veren Hukuk Sistemleri

İsveç Ceza Kanunu'nun 23. maddesi, gönüllü vgeçen failin ya da şerikin cezasının belirlenmesinde hâkime takdir yetkisi vmettedir. Böylece hâkim gönüllü vazgeçen kişiye ceza vermeyebileceği gibicezasında indirim de gidebilecektir. Bunu öngören 23. madde şu şekildedir

1. *Fail kendi inisiyatifiyle cezalandırılabilir faaleti sonuna kadar sürdürmekten vazgeçmişse ya da suçun tamamlanması engellemeye katkıda bulunmuşsa, hâkim cezada indirim yapabilir ya cfaili cezanın tamamından muaf tutabilir.*
2. *Birden fazla fail ya da şerik fiile iştirak etmiş hâkim, suçun tamamlanmasını engellemeye kendi inisiyatifiyle katkıda lunanın cezasında indirim yapabilir ya da onu cezanın tamamından muaf tutabilir.*
3. *Hâkim aynı zamanda, diğer nedenler engel olısaydı, vazgeçmesi suçun tamamlanmasını engelleyecek olan fail veya şikin de cezasında indirim yapabilir ya da onu cezanın tamamından muaf tutabilir.*
4. *Birden fazla fail ya da şerikten biri suçun tamamlanmasını engellemek için kendi inisiyatifiyle ciddi çaba göstermişse, suçun katkısından bağımsız olarak işlendiği takdirde, hâkim, onun cezasını indirimde gidebilir ya da onu cezanın tamamından muaf tutabilir.*

İtalyan Ceza Kanunu md. 56 ise, fiilin icra hareketlerine devam edilmemesi hâlinde teşebbüs derecesinde kalmış suçtan dolayiaile ceza verilmeyeceğini belirtmiştir. Ancak fail icra hareketlerini tamamladıan sonra neticenin gerçekleşmesini önlediği takdirde, hâkim, fail hakkında tebbüse verilecek cezanın üçte birinden yarısına kadarını indirerek belirleyeçci cezaya karar verecektir. İtalyan Ceza Kanunu'nun gönüllü vazgeçmeye ilişkin 56. maddesinin 3. ve 4. fıkraları şöyledir:

*"Fail fiilden gönüllü olarak vazgeçtiği takdirde gerçekleştirdiği hareketler biziatihi başka bir suçu oluşturuyorsa, yalnızca bunun cezasıyla cezalandırılır.*

*Fail neticeyi gönüllü olarak önlemişse, suça tebbüs bakımından öngörülen cezanın üçte birinden yarısına kadarindirilen ceza ile cezalandırılır".<sup>22</sup>*

vazgeçtiği takdirde, cezadan tamamen muaf tutulacaktır. Fail suçu işlemekten gönüllü olarak vazgeçtiği takdirde, bağımsız başka bir suç teşbeden hareketlerden dolayı cezalandırılacaktır". İştirak hâlinde işlenen suçlarda gönü vazgeçmeyi düzenleyen 29. maddenin 2. fıkrası da şöyledir: "Fail, azmettiren veirdim eden suçun işlenmesini gönüllü olarak engellemişse, cezadan tamamen muaf tuacaktır" (Madde metinleri için bkz. *Pradel, Jean*, Le Code pénal slovène, Paris 2004, : 39, 40).

22 Madde metni için bkz. *Riz, Roland/Bosch, Johanna*, İtalenisches Strafgesetzbuch, Bozen 1995, sh: 65..

## IV. Suça Teşebbüsten Gönüllü Vazgeçmenin Hukuksal Niteliği

Suçta teşebbüste tipe uygunluk, hukuka aykırılık ve kusur gönüllü vazgeçme ile ortadan kalkmamaktadır. Teşebbüs aşamasında kalmış olan fiil ile de cezalandırılabilirliğin bu koşulları yerine getirildiğinden, gönüllü vazgeçmenin suçun unsurlarına ilişkin bir kavram olmadığı ortaya çıkmaktadır. Gönüllü vazgeçme, teşebbüs aşamasında kalan fiili ortadan kaldıran ve bu fiil sonrası gerçekleştirilen bir davranıştır. Ancak bu gönüllü vazgeçme davranışı, teşebbüs aşamasındaki fiilin haksızlık ve kusur unsurlarını ortadan kaldırmamaktadır.<sup>23</sup>

Bununla birlikte, doktrinde gönüllü vazgeçmenin kusuru ortadan kaldıran bir neden ya da mazeret nedeni olduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır.<sup>24</sup> Teşebbüs düzeyinde kalan fiil ile gönüllü vazgeçme teşkil eden davranış arasında zaman yönünden mevcut olan ilişkiye dikkat çekilerek bu görüşe karşı çıkmaktadır. Buna göre, gönüllü vazgeçme teşkil eden davranış, kusur yargısının dayandığı teşebbüs aşamasında kalmış fiili takip eder. Oysa ki, yalnızca tipe uygun ve hukuka aykırı fiilin kınanabilirliğini ortadan kaldıran maddî vakıalar kusurun ortadan kalkması etkisini doğurabilirler.<sup>25</sup>

Bugün doktrinde egemen görüş, gönüllü vazgeçmenin teşebbüsün cezalandırılabilirliğinin önüne geçen, böylece cezayı ortadan kaldıran şahsî bir neden olduğunu kabul etmektedir.<sup>26</sup>

## V. Gönüllü Vazgeçmenin Cezayı Ortadan Kaldırmasının Nedenini Açıklayan Teoriler

## 1. Altın Köprü Teorisi

Bu teoriye göre, ceza hukuku teşebbüsün başlangıç amacı neticesinin gerçekleşmesi arasındaki yolda faile altından köprüler inşa etmektedir. Böylece fail bakımından mağduru koruyan bir geri dönüş ve vazgeçme yolu cazip hâle ge-

23 *Kühl, Kristian*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, München 2002, § 16, No: 8.

24 Bu görüş ve eleştirisi için bkz. *Amelung, Knut*, Zur Theorie der Freiwilligkeit eines strafbefreienden Rücktritts vom Versuch, ZStW 120 (2008), sh: 211.

25 *Baumann/Weber/Mitsch*, § 27, No: 5.

26 *Özgenç*, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, sh: 435; *Özgenç, İzzet*, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 3. Bası, Ankara 2006, sh: 477; *Öztürk/ Erdem*, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, No: 352; *Koca/ Üzülmöz*, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, sh: 354-355; *Önder, Ayhan*, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, sh: 401; *Sözüer*, Suça Teşebbüs, sh: 240; *Wessels, Johannes/ Beulke, Werner*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 35. Auflage, Heidelberg 2005, No: 626; *Baumann/Weber/ Mitsch*, § 32, No: 2; *Kindhäuser*, § 32, No: 2; *Kühl*, § 16, No: 8; *Gropp, Walter*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Berlin-Heidelberg 2005, § 9, No: 93; *Özbek, Veli Özer*, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gereğeli-İçtihatlı), c: I Genel Hükümler (Madde 1-75), 3. Baskı, Ankara 2006, sh: 458; *İpekçioglu, Pervin Aksoy*, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Ankara 2009, sh: 126.

tirilmektedir. Böylece teşebbüs ile tehlikeye sokulan hüksal değer son anda zarardan korunmaktadır.<sup>27</sup>

Bununla birlikte bu teori eleştirilmiştir. Bu teorinin gerçeklerden uzak bir yaklaşımda bulunduğu, çünkü failerin büyük bir kısmını gönüllü vazgeçmeye ilişkin düzenlemedeki cezalandırılmama olanağını bilediği ve kendilerini böyle bir olanağın mevcudiyetiyle motive etmediği eleştirisi yöneltmiştir.<sup>28</sup>

## 2. Ödül Teorisi

Bu teoriye göre, fail icra hareketlerine başladıktan sonra bu icra hareketlerini yarıda bıraktığı veya icra hareketlerini tamamlasa bileteciye engel olduğu takdirde, o ana kadarki hareketleri cezalandırılmayak ödüllendirilmektedir.<sup>29</sup> Çünkü fail neticesinin ortaya çıkmasını engellemekle birlikte yasal zemine geri dönerek teşebbüsü değersizleştirmekte ve kamuoyun hukuk bilinci üzerindeki olumsuz etkiyi siltmektedir. Böylece cezalandırma gereksinimi ortadan kalkmaktadır.<sup>30</sup>

## 3. Gönüllü Vazgeçmenin Cezalandırmanın Amaçlarını Ortadan Kaldırdığını İleri Süren Teori

Bugün Alman doktrininde de egemen olan bu teoriye göre, teşebbüs ile gerekçelendirilen cezalandırmanın özel ve genel önlem amaçları gönüllü vazgeçmede önemli derecede azalmakta ve böylece teşebbüs oluşturan fiile artık ceza hukuku reaksiyonu zorunlu olmaktan çıkmaktadır. Buna göre, gönüllü vazgeçme teşebbüsün cezaya liyakatinde hiçbir değişikli yapmamakta, sadece cezaya liyakat cezalandırma bakımından yeterli düzey altında kalmaktadır. Ceza hukuku aracılığıyla fail üzerindeki (özel önleme) toplum üzerindeki (genel önleme) önleyici etki teşebbüsten gönüllü vazgeçme durumunda zorunlu olmamaktadır. Fail iradî olarak vazgeçerek, kendi güyle geçmişe dönerek norma uygun yaşam tarzı yolunu bulmakta, böylece ceza adaleti yoluyla failin yeniden topluma kazandırılmasına gerek kalmamaktadır. Failin gönüllü vazgeçmesi, teşebbüsün normun istikrarını bozan etkisini ıtralize ettiği için kamuoyuna genel önleme bakımından hitap etmeye deerek kalmamaktadır. Çünkü kamuoyunun hukuk düzenine olan itimatı etkiliir şekilde zedelenme-

27 Bkz. *Amelung*, Zur Theorie der Freiwilligkeit eines strafbefreienden Rücktritts vom Versuch, sh: 209-210.

28 *Baumann/Weber/Mitsch*, § 27, No: 7.

29 Bkz. *Sözüer*, Suça Teşebbüs, sh: 239.

30 *Wessels/Beulke*, No: 626; *Kindhäuser*, § 32, No: 3.



mektedir.<sup>31</sup> Nitekim Yargıtay da gönüllü vazgeçmede faile ceza verilmemesinin nedenini cezalandırmanın amaçlarına dayandırmıştır.<sup>32</sup>

## VI. Gönüllü Vazgeçmenin Koşulları

### 1. Suçun Tamamlanmaması

Gönüllü vazgeçmenin uygulanabilmesi için suçun tamamlanmaması, başka bir deyişle neticenin gerçekleşmemiş olması gerekir. Eğer netice gerçekleşmişse artık teşebbüs sözkonusu olamayacağından, gönüllü vazgeçme de sözkonusu olmaz. Çünkü gönüllü vazgeçme teşebbüs evresinin başlamasından kanunî tipte tasvir edilen neticenin gerçekleşmesine kadar devam eden bir süreçte mümkün olabilmektedir.

TCK md. 36, suçun tamamlanmamasından veya neticenin gerçekleşmemesinden bahsetmektedir. Eğer failin işlemeyi kastettiği suç, neticesi harekete bitişik bir suç ise, fail hareketi yaptığı anda netice de gerçekleşecektir. Neticesi harekete bitişik suçlarda failin icra hareketlerini bitirmeden suçu işlemekten vazgeçmesi gerekir.<sup>33</sup> Örneğin fail bir gece yarısı parkta yürümekte olan bir kişinin kafasına parasını almak için vurur. Bu darbenin etkisiyle mağdurun yere yıkılarak bayılması üzerine failin mağdurun parasını almaktan vazgeçmesi durumunda, yağma suçunun icra hareketleri tamamlanmadığı için TCK md. 36'nın uygulanması mümkündür. Ancak faile kasten yaralamadan dolayı ceza verilebilecektir.

Neticesi harekete bitişik olmayan suçlarda ise fail, icra hareketlerini gönüllü olarak yarıda kesebileceği gibi, icra hareketlerini bitirmiş olsa bile, henüz netice meydana gelmeden suçu işlemekten gönüllü olarak da vazgeçebilir. Ancak icra hareketlerini bitirdiği için neticenin meydana gelmemesi yönünde aktif bir çaba göstermesi gerekir.<sup>34</sup> Örneğin, fail husumet beslediği bir kişiye öldürme kastıyla bir el ateş eder. Vücuduna kurşun isabet eden mağdur ölmekle birlikte, kan kaybetmeye başlar. Ancak fail, mağduru arabasıyla bir hastaneye yetiştirerek kay kayırdan ölmesinin önüne geçer. Burada fail icra hareketlerini tamamlamakla birlikte, neticenin meydana gelmemesi için çaba sarf etmiştir. Bu nedenle TCK md. 36 burada da uygulama alanı bulacaktır.

31 *Baumann/Weber/Mitsch*, § 27, No: 8.; *Kühl*, § 16, No: 6; *Kindhäuser*, § 32, No: 3.

32 "Ceza siyaseti bakımından, cezanın amaçları gözönünde bulundurularak, gönüllü vazgeçen faili, işlemeyi kastettiği eürme eksik kalkışmaktan cezasız bırakmayı, cezalandırmadan daha yararlı kabul eden bir düşünceyle kabul edilen gönüllü (ihtiyariyle) vazgeçme..." (CGK 27.6.2000, E. 113/K. 138, *Bakici, Sedat*, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, 2. Baskı, Ankara 2008, sh: 821).

33 *Centel, Nur/ Zafer, Hamide/ Çakmut, Özlem*, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 4. Bası, İstanbul 2006, sh: 466.

34 *Koca/ Üzülmüş*, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, sh: 357; *İpekçioğlu*, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, sh: 156.

### 2. Vazgeçme Davranışı

Failin icra hareketlerine başladıktan sonra suç işleme kararından içsel arak vazgeçmesi, gönüllü vazgeçmeye ilişkin kuralın uygulanması için yeterli değildir. Failin vazgeçme iradesini cezayı ortadan kaldırmaya elverişli bir davranışla da dış dünyaya yansıtması gerekir.

Fail başlamış olduğu suçun icra hareketlerini yarıda keserek, daha sıkrak icra hareketlerini gerçekleştirme yönünde ihmali bir davranış sergileyebilir.

Fail icra hareketlerini tamamlamış ise, netice gerçekleşmeden önce akf bir çaba göstererek neticenin meydana gelmesine engel olursa, işlemeyi kastığı suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz.

Gerçek olmayan ihmali suçlar bakımından da fail aktif bir çabayla suçun tamamlanmamasını veya neticenin gerçekleşmemesini engellerse, gönüllü vazgeçme kuralından yararlanabilir. Örneğin, hasta çocuğuna ilaçlarını kastevermeyerek onu öldürmek isteyen bir anne, birkaç gün sonra bundan vazgeçerek ilaçlarını düzenli olarak verdiği takdirde kasten adam öldürmeye teşebbüsten ceza almaz.

### 3. Vazgeçme Davranışının İradî Olması

Teşebbüsün cezalandırılabilirliği sadece iradî bir vazgeçmeyle oıdan kaldırılabilir. Suçun tamamlanmamasına irade dışı veya dikkatsizlik yüzünden neden olduğu takdirde, teşebbüsün cezalandırılabilirliği devam eder. Örneğin, fail, mağdura öldürme kastıyla bir bardak zehirli çay verir. Mağdubardakı tam ağzına götürmek üzereyken, fail dikkatsizliği yüzünden mağduçarparak, mağdurun bardakı elinden düşürmesine neden olduğu takdirde iradî bir vazgeçme sözkonusu olmaz.<sup>35</sup>

### 4. Vazgeçmenin Gönüllü Olması

Vazgeçmenin teşebbüsü cezalandırılabilir olmaktan çıkarması için gönüllü olması şarttır. Failin icra hareketlerini tamamlamaktan vazgeçmesi veya neticenin meydana gelmesini önlemesi gönüllü değilse, TCK md. 36 uygulamaları bulmaz. Örneğin, cam kırıklarının olduğu bir pencereden içeri gıneye çalışırken yaralanan bir hırsızın icra hareketlerini tamamlamaktan vazgenesi gönüllü değildir. Çünkü kamuoyunun hukuka olan güveninin teşebbüs aşamasında kalan suç ile sarsılması yalnızca gönüllü vazgeçme ile yaden

35 *Baumann/Weber/Mitsch*, § 27, No: 15.

dengelemekte ve böylece failin hukuk alanına geri dönmesi sağlanmaktadır.<sup>36</sup>

Failin vazgeçmeye zorlanması halinde, gönüllü vazgeçmeden bahsedilemez. Zira bir zorlama karşısında vazgeçen fail, fiili bir gerçeğe boyun eğdiği için cezalandırmada önleme amacı ortadan kalkmamaktadır. Gönüllü vazgeçmede ise fail, icra hareketlerine devam etmek veya neticenin gerçekleşmesini engellemek suretiyle fiili sürdürme alternatifi ile icra hareketlerine son verme veya neticeyi önleme alternatifi arasında serbestçe bir tercih yapabilme olanağına sahip olmalıdır.<sup>37</sup> Dış etkenler, mağdurun kaçması veya direnmesi,<sup>38</sup> icra hareketlerine devam etmenin imkânsız hâle gelmesi, tesadüfi olaylar, üçüncü kişilerin müdahalesi<sup>39</sup> gibi maddi zorlama durumlarında failin vazgeçmesi gönüllü değildir.<sup>40</sup> Örneğin, kendisiyle cinsel ilişkide bulunmak isteyen fail tarafından yatağın üzerine atılan kadının bağırarak, ağlamak ve tekme atmak suretiyle ırza geçmenin tamamlanmasını imkânsız kılmasında gönüllü vazgeçme yoktur.<sup>41</sup> Manevî zorlama noktasında ise, *Dönmezer/Erman*'ın kri-

36 *Kühl*, § 16, No: 53.

37 *Baumann/Weber/Mitsch*, § 27, No: 17.

38 "... sanıkların mağdureyi yata evinden zorla çıkarıp götürmeye çalıştıktan sonra 10-15 metre kadar sürükledikleri sırada, mağdure ve annesinin feryat mümanaatlarının da devam ettiği ve olay yerine gelen tanığın müdahale etmesi üzerine mağdureyi bırakıp kaçtıkları ve böylece icrai hareketlere başlamakla beraber mağdurenin mukavemetini kıramadıkları ve onu emniyet sahasından çıkarmak isterken mani sebeplerle icrai hareketleri tamamlayamadan onu bırakmak ve kaçmak zorunda kaldıklarından eylemleri eksik teşebbüs niteliğindedir" (CGK 5.3.1979, E. 5-24 K. 101, *Yaşar*, Uygulamada Türk Ceza Yasası, Genel Hükümler, sh: 951).

39 "Sanıkların savunması ve tanık beyanlarına göre sanıkların el arabasına yükleyerek depo dışına çıkardıkları kumaşları sanık M.'in getirdiği araca yüklemek isterken olay yerine gelen tamirlere görülmeleri üzerine, tekrar kumaşları içeri aldıkları hususu sabit olup, sanıkların eylemleri hırsızlığa eksik teşebbüs suçunu oluşturduğundan..." (7. CD, 16.11.2005, E. 2005-571/2005-20121, www.kazanci.com) (20.2.2010). "Mağdurenin aşamalarındaki anlatımlarına göre evine gelen sanığın ağzını ve elini tutup yattığı, eteğini ve çamaşırını stırdıktan sonra üstüne abandı, mağdurenin direnmesi ve bağırması üzerine olayı duyan komşuların seslerinin gelmesiyle sanığın bırakıp kaçtığından anlaşılması karşısında, sabit olan eyleminin ırza geçmeye eksik teşebbüs niteliğinde olduğunun gözetilmemesi..." (5. CD, 23.2.2004, E. 2003-3651/K.2004-1033, www.kazanci.com) (20.2.2010). "...olay günü 8 yaşında bulunan mağduru tenha bir mahalle götüren sanığın onun ırzına geçmek üzereyken mağdurenin canı acıyıp bağırması sonucu tanık Mehmet'in olay yerine gelmesiyle ihtiyarında olmayan bir sebeple eylemini tamamlayamadığı..." (5. CD, 11.11.2003, E. 2002-7928/K.2003-6238, www.kazanci.com) (20.2.2010). "Sanık Rahmi'nin aracına aldığı müdahil-sanık Mübecce'le ıssız yolda "istediğin çerçeveyi alayım sen bir kere bana ver" diye ırza geçme kasdını açıklarak saldırdığı, mağdurenin direnerek kendisini yaralaması ve bu esnada askeri jipin gelmesi üzerine kaçtığı anlaşıldığından..." (5. CD, 9.10.2003, E. 2002-5813/K. 2003-4912, www.kazanci.com) (20.2.2010).

40 *Koca/Üzümez*, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, sh: 359; *Pradel*, Manuel de droit pénal général, No: 389; *Stefani/Levasseur/Bouloc*, No: 240.

41 *Enza, Carlo*, "Teşebbüste İhtiyarile Vazgeçme", (Çev.: *Erman Sahir*), İÜHFEM 1945, c: X, sy: 3-4, sh: 706. "Sanıkların, olay tarihinde 62 yaşında bulunan mağdurenin, kendilerine karşı koyamayacağı düşünülüp, ırzına geçmeye karar verdikleri, olay gecesi kardeşinde bulunan mağdurenin evine girerek gelmesini bekledikleri, saat 21.00-21.30 sıralarında eve gelen kadının üzerine atılarak sanık Fethi'ye ait göçü başına geçirip

terinin kabul edilebileceğini düşünüyoruz. Buna göre, "fail suçu işlemek hususunda daha önce verdiği kararı yeniden gözden geçirmeye yöneltilmiş ve bu kararı sonuna kadar itirebilecek durumda olduğu hâlde icrayı yarıda bırakmış, nedensellik bilantısını kendisi frenlemiş ise, vazgeçme gönüllüdür. Buna karşılık, fail icrayı başlarken göz önünde tuttuğu ve hesaba kattığı risklerin dışında kalan bir faör yüzünden icrayı tehlikesizce sona vordıramayacağı anladığı için icra hareketlerine devam etmemişse, vazgeçme gönüllü değildir".<sup>42</sup> Örneğin, giüğü evde alarmin ötmesi veya köpeğin havlaması üzerine icra hareketlerine devam etmeyen failin vazgeçmesi gönüllü değildir.<sup>43</sup>

Yere yatırmaya çalıştıkları, mağdurenin karşı koyup bağırması üzerine panik ve korkuya kapılan sanıkların hırıve ciddi engel neden olmaksızın mağdureyi bırakıp kaçtıkları anlaşılmış bulunmasıgöre, TCK'nun 61. son maddesi gereğince tamamlanan eylemlerinin sarkıntılık suçunu oluşturduğu gözetilmeden, ırza geçmeye eksik teşebbüs kabul edilerek TCK'nun 416/81. maddeleri ile uygulama yapılması, bozmayı gerektirmiştir" (5. CD, 15.10.1992, E824, K. 3128, *Yaşar*, Uygulamada Türk Ceza Yasası, Genel Hükümler, sh: 960-961'ırza geçme maksadıyla icrai hareketlerine başlayan ve mağdurenin bağırma ve direnmesiyle karşılaşan sanığın bu direnmeyi kırarak eylemini tamamlama imkânı bulunduğihâlde, iradi olarak vazgeçtiği ve TCK'nun 61/son maddesi uyarınca bu aşamada tamamlanan kısmın sarkıntılık suçunu oluşturduğu gözetilmeden..." (5. CD, 21.1.19, E. 5203 K.200, *Yaşar*, Uygulamada Türk Ceza Yasası, Genel Hükümler, sh: 961-966.Bu kararlarda Yargıtay, mağdurenin karşı koymasını failler tarafından kırılabilir niyete olmasından dolayı faillerin vazgeçmesi için maddi zorlama bakımından yeterli botta görmemekte, ancak manevî zorlama bakımından da vazgeçmenin gönüllülüğünü ortadan kaldırmadığı sonucuna varmaktadır.

42 *Dönmezer/Erman*, Nari ve Tatbiki Ceza Hukuku, c: I, No: 579. *Sözür'e* göre; "Fail suçlu mantığına göre o anında yakalanma ve bunun sonucunda cezalandırılma tehlikesini göze alamadığından dolayı suç yolunda ilerlemiyorsa, vazgeçmesi gönüllü değildir. Çünkü bu hâlde fasuclu bir kişinin makuliyet ya da mantık ölçütlerine göre davranmadığından, hukuk dâsinde cezalandırılmamayı hak etmemektedir... Hukuk düzeninin suçlu mantığının nolardan kopmayı ya da ayrılmayı mükâfâtlandırması gerekir. Failin vazgeçmesi huk düzenine yani legaliteye dönüş iradesini ifade ediyorsa, vazgeçme gönüllüdür diyebiliriz" (*Sözür*, Suça Teşebbüs, sh: 249). "... Fail icra hareketlerini yarıda bıraktığı zaman bunları sonuna kadar götürebileceği kanaatinde ise ve bu kanaate rağmen icraya devam etmişse, ihtiyariyle vazgeçme vardır; buna karşılık failin icraya devam etmemesini sebebi icra hareketlerini sonuna kadar götüremeyeceği, iter eriminin' te daha fazla işlemek imkânının artık kalmadığı kanaati ise, vazgeçme ihtiyariyle değildir, icra hareketlerinin bitmemesine failin elinde olmayan engelleyici sebepler neden olmuştur, orada kıs teşebbüs hali vardır. // Bu açıklamalar ışığı altında olayımıza tekrar bakılacak olursaptanacak sonuç şudur. Paraya ihtiyacı olan sanık, paralı olduğunu bildiği mağdurekötürarak ondan para almaya karar vermiştir. Bu kararını icraya başlamış ve mağdura ihluktubu göndermiştir. Durumu izlemiş, tertibat alındığı fark ettiği için paranın konusunu istediği apartman kapısına yaklaşmamıştır. Buna rağmen sanık vazgeçmemiş, icra hareketlerini sürdürmüş, mağdura ikinci mektubu göndererek hem istediği para miktarını artırmış, hem de paranın kapıcı ile iskeleye gönderilmesini istemiştir. Bununla da tınmemiş, daha da ileri giderek, durumu yakından izlemek için kardeşi olan kapıcımınma gelmiştir. Burada, mağdurenin polise haber verdiğini ve polise önlem alındığı öğrenmiştir. İşte sanığın iradesine bağlı olmayan bu engeller 'mani sebepler' yüzünden icra hareketi tamamlanamamıştır. // Bu durumda, artık iradi 'ihtiyari' bir vazgeçmeden söz edilmesine olanak bulunmayan olayda, sanığın eyleminin gaspa eksik teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden..." (CGK 25.4.1983, E. 6-98 K. 194, *Yaşar*, Uygulamada Türk Ceza Yasası, Genel Hükümler, sh: 946-948; Aynı yönde bkz. CGK 27.6.00, E. 113/K. 138, *Bakıcı*, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza

Vazgeçmenin samimi olması gerekmez, gönüllü olması yeterlidir. Vazgeçmenin gönüllülüğü çeşitli nedenlere dayanabilir. Failin hangi saikle gönüllü vazgeçtiğinin bir önemi bulunmamaktadır. Örneğin, failin ortaya çıkması ve ceza takibatı korkusu,<sup>44</sup> mağdurun veya başka kişilerin yalvarması, failin veya

Hukuku Genel Hükümleri, sh: 822). "Sanıkların, ormanda odun topladığı sırada mağdureyi kaçırmalarını müteakip, olay yerinde bulunan kardeşi Nejla'nın durumu köye geleceği ailesine bildirmesi üzerine, mağdurenin babası Salih; köy muhtarı Ramazan ve jandarma komutanı Ali'nin takibe başladıklarını anlamaları nedeniyle mağdureyi hakimiyet sahasına alamadan bırakıp kaçtıklarını anlaşılmış olması karşısında, kaçırma suçunun eksik teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeyerek tamamlanmış kabul, bozmayı gerektirmiştir" (5. CD, 6.11.1991, E. 4040/K. 4743, *Yaşar*, Uygulamada Türk Ceza Yasası, Genel Hükümler, sh: 962). "Sanığın, arabasına aldığı mağdure ile Osmaniye'den hareketle Ceyhan istikametinde 15 km. kadar gittiği sırada arkadan başka bir vasıta ile gelen mağdurenin annesinin farkına vararak mağdureyi orada bırakıp eylemine son verdiği anlaşılmış olması karşısında, sanığın takip nedeniyle icra hareketlerini tamamlayamadan ve mağdureyi egemenlik alanına sokmadan eyleminin kesintiye uğradığı ve bu sebeple kaçırma suçunun eksik kalkışma aşamasında kaldığı nazara alınarak TCK'nun 61. maddesi uyarınca cezasından indirim yapılması gerekirken tam fiilden ceza tayini, bozmayı gerektirmiştir" (5. CD, 8.10.1991, E. 3101/K.4097, *Yaşar*, Uygulamada Türk Ceza Yasası, Genel Hükümler, sh: 962).

- 43 Benzer örnekler için bkz. *Erem, Faruk/ Danışman, Ahmet/ Arut, Mehmet Emin*, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 1997, sh: 317. "Olay akşamı saat 20.00 sıralarında Sirkeci garında çiklet satan mağdurun yanına gelen sanığın (benimle gel, yoksa bende silah var, seni öldürürüm) diye tehdit ederek yakındaki Gülhane Parkı'na götürüp çalılar arasında zorla pantolonunu sıyırıp yere yüzükoyun yatırarak penisini mağdurun önüne dayayıp abandığı sırada mağdurun bağıracağı, böylece sanığın irza geçmeye yönelik icrai hareketlere başladığı sırada mağdurun bağırması üzerine meskun ve umumi yerlerden olan parkta başkalarının her an gelip müdahale edebileceği korkusu ile icrai hareketleri tamamlayamadığını anlaşılmış, bu durumda ihtiyari ile vazgeçmenin sözkonusu olamayacağına nazaran mahkemenin kabul ve uygulamasında isabetsizlik bulunmadığı sonucuna varılmıştır" (CGK 25.5.1982, E. 5-132/K. 247, *Yaşar*, Uygulamada Türk Ceza Yasası, Genel Hükümler, sh: 949-950). "Daha önce tanışıp konuştuğu mağdure ile telefonla anlaşıldıktan sonra eve gelip mağdureyi dışarı çıkardığı sırada babasının uyanıp seslenmesi üzerine olay yerinden uzaklaşan sanığın eylemi rızaen kaçırma eksik teşebbüs suçunu oluşturduğu anlaşılmış, rağmen yazılı şekilde beraat kararı verilmesi, bozmayı gerektirmiştir" (5. CD., 13.5.1993, E. 1647/K. 2092, *Yaşar*, Uygulamada Türk Ceza Yasası, Genel Hükümler, sh: 959). "Sanığın çıkardığı tenasül ağızvanu mağdurenin ağızvanu sokmak istediği sırada, çocuğun annesi Ayşe'nin sesini duyması üzerine fiili tamamlayamadan kaçıp gittiği anlaşıldığı hâlde, irz ve namusa tasaddi eyleminin eksik teşebbüs derecesinde kaldığı gözetilmeyerek..." (5. CD., 4.6.1992, E. 1611/K. 1923, *Yaşar*, Uygulamada Türk Ceza Yasası, Genel Hükümler, sh: 961).
- 44 "Olay tarihinde kocası köy dışında çalıştığı anlaşılan mağdurenin çocuklarıyla birlikte yatmakta olduğu eve gece saat 04.00 sıralarında gelen sanığın, evin cam ve çerçevelerini kırarak suretiyle odadan içeri girdiği, gürültüyü duyarak uyanan mağdureyle evin içerisinde karşılaştığında üzerine gidip sırtından kavrayacak şekilde sarıldığı, mağdurenin evinin yakınında oturan kayınbiraderinin ismiyle bağırması, uyanıp yanlarına gelen 8 yaşlarındaki oğluna 'oğlum koş amcanlara haber ver' demesi üzerine oğlunun haber vermek üzere kapıya doğru koşması nedeniyle panikleterek evden kaçtığı anlaşılmakla; sanığın gerçekleştirmediği düşündüğü irza geçme eylemini iradesi dışında ve yakalanma endişesiyle tamamlayamadığı ve bu durumda ihtiyari ile vazgeçmeden söz edilemeyeceği gözetilerek irza geçmeye eksik teşebbüsten mahkûmiyeti yerine yazılı şekilde hüküm kurulması..." (5. CD, 23.6.2004, E. 5709/K. 5150, *Bakıcı*, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, sh: 823).

yakınlarının sağlığı ya da diğer hukuksal değerleri bakımından ortaya çıkabilecek riskler, üçüncü kişilerin iknası, utanma duygusu, tikslenme,<sup>45</sup> vicdan azabı gibi failin kararı üzerinde çok güçlü psikolojik faktörler vazgeçme kararında etkili olabilmektedir.<sup>46</sup> Mağdur hileli beyanlarla failin vazgeçme kararına etkide bulunmuşsa, artık gönüllü vazgeçmeden bahsedilemez.<sup>47</sup>

## VII. Tek Bir Failin Gönüllü Vazgeçmesi

### 1. Nedensel Vazgeçme

TCK md. 36'nın uygulama alanı bulabilmesi için failin gönüllü vazgeçmesi ile suçun tamamlanmaması (neticenin meydana gelmemesi) arasında bir nedensel-

- 45 "Sanık olay tarihinde mağdurenin rızası hilafına eve girdikten sonra irza geçme kastıyla icrai hareketlerine başlayarak mağdureyi zorla soyduğu, kendisi de soyunduktan sonra henüz yeni doğum yapan mağdurede kanama olduğunu görünce ciddi ve harici bir engel olmadan ihtiyariyle eyleme son verdiği anlaşılmakla, TCK'nun 61/son maddesi uyarınca sanığın tamamlanan eyleminin niteliğinin buna göre tayin ve takdiri gerekirken irza geçmeye eksik teşebbüs suçundan yazılı şekilde hüküm kurulması..." (5. CD, 1.10.2003, E. 2003-5355 K. 2003-4692, www.kazanci.com) (20.2.2010).
- 46 *Desportes/Le Gunehec*, No: 455. "Kaçırma kastıyla mağdurenin yatak odasına gidip ağızvanu kapatarak salona getiren sanığın adı geçenin burnunun kanadığını görünce icrai hareketlerinden kendiliğinden vazgeçerek olay yerinden kaçtığı ve mağdurenin bağırmasının sanığın kaçmasından sonra vukubulduğunun anlaşılmamasına göre, TCK'nun 61/son maddesi uyarınca tamamlanan eylemin sarkıntılık suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde (TCK'nun 430/1, 61. maddeleriyle) hüküm tesisi, bozmayı gerektirmiştir" (5. CD., 25.2.1993, E. 345/K. 810, *Yaşar*, Uygulamada Türk Ceza Yasası, Genel Hükümler, sh: 960). "Mağdurun önüne penisini zorlaması sırasında mağdurenin 'acıyor' demesi üzerine başladığı icrai hareketlerden kendiliğinden iradi olarak vazgeçen sanığın eyleminin TCK'nun 61/son maddesi uyarınca 415/2. maddesine uyan irz ve namusa tasaddi suçunu oluşturduğu gözetilmeyerek yazılı şekilde (TCK'nun 414/2, 61. maddeleriyle) hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir" (5. CD., 8.7.1992, E. 1908/K. 2425, *Yaşar*, Uygulamada Türk Ceza Yasası, Genel Hükümler, sh: 961). "Irza geçme kastı ile icrai hareketlerine başlayan sanığın, ciddi bir engel sebep kabulü mümkün olmayan mağdurenin ağlaması üzerine, iradi olarak eyleminden vazgeçtiği anlaşılmamasına göre, bu aşamadaki eylemin TCK'nun 61/son maddesi uyarınca irz ve namusa tasaddi suçunu oluşturacağı gözetilmeden..." (5. CD., 10.3.1992, E. 495/K. 755, *Yaşar*, Uygulamada Türk Ceza Yasası, Genel Hükümler, sh: 961).
- 47 "Olay günü müdahilin kardeşi B.G. 'den onun evde yalnız olduğunu öğrenen sanık, Bakal A.H.'dan adres sorarak müdahilin evine gitmiş, kapıyı açan müdahile 'Beni içeri davet etmiyor musun? Babanla konuşacağım şeyler var' diyerek emrivaki yapıp içeri girdikten sonra, müdahili kolundan tutup yere yatırmış, kazağını kaldırıp göğüslerine al atmış, kendi pantolonunun düğmelerini çözmeye başlayınca müdahil, sanığın irzına yönelik eyleminden başka türlü kurtulamayacağını anlayarak 'Şimdi çocuklar gelir. Adım çıkar. Sen şimdiki ben gelirim' demiş, bu söze inanan sanık, müdahili bırakarak evden ayrılmıştır. // Sanığın, müdahilin irzına geçmeye yönelik eyleminden, kendi arzusu ile değil; müdahilin hileli yollara başvurarak, bir başka ortamda rızasıyla irzına geçmesine izin vereceğini inandırması sonucu vazgeçmiş olduğunun açıkça anlaşılmaması karşısında, sanığın eyleminin zorla irza geçmeye eksik kalkışma olarak nitelendirilmesi gerektiğinden..." (CGK 5.10.1987, E. 5-214/K. 425, *Yaşar*, Uygulamada Türk Ceza Yasası, Genel Hükümler, sh: 939-940).

lik bağlantısının bulunması gerekir. Başka bir ifadeyle, neticenin gerçekleşmesinin nedeni vazgeçme davranışı olmalıdır. Vazgeçme davranışı olmasaydı, fiil objektif olarak isnad edilebilir şekilde tamamlanacak ve bu sayede failin cezalandırılabilirliği tamamlanmış suça dayandırılabilir idi ise, bu nedensellik bağlantısı vardır demektir.<sup>48</sup>

Bu noktada elverişsiz teşebbüste gönüllü vazgeçmenin olanaklı olmadığını da belirtmek gerekir. Zira elverişsiz teşebbüste suçun tamamlanamaması, failin gönüllü vazgeçme davranışının etkili olmadığı nedenlerden ileri gelmektedir. Örneğin, bir hırsız, içindekileri çalmak istediği bir kasayı kırar ve bunun boş olduğunu fark eder. Yine fail mağdura öldürme kastıyla isabetli bir atış yapar. Fakat mağdur birkaç saniye önce kalp krizinden dolayı ölmüştür. Bu örneklerde fail, artık hareketlerine devam ederek suçu tamamlayamayacağı gibi, icra hareketlerini yarıda keserek veya neticenin meydana gelmesinin önüne geçerek suçun tamamlanmasına engel olma olanağına da sahip değildir.<sup>49</sup>

TCK md. 36, nedensel vazgeçme davranışının iki şeklini düzenlenmektedir. Birincisi, failin suçun icra hareketlerinden vazgeçmesi; ikincisi, failin kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemesidir.

#### a) Failin Suçun İcra Hareketlerinden Vazgeçmesi

İcra suçlara teşebbüste failin icra hareketlerinden vazgeçmesi, yerine getirilmeleri, fiilin tamamlanması sonucuna götüren ve halen gerçekleştirilmesi mümkün olan tipe uygun hareketlerin ihmal edilmesi anlamına gelmektedir.<sup>50</sup>

Buradaki vazgeçme, fiili kasten tamamlamaya yönelik diğer icra hareketlerinden uzaklaşma anlamına gelmektedir. Bu vazgeçmenin sübjektif unsurunu

48 *Baumann/Weber/Mitsch*, § 27, No: 21; *Kühl*, § 16, No: 67.

49 *Baumann/Weber/Mitsch*, § 27, No: 21.

50 *Kindhäuser*, § 32, No: 19. "Eline aldığı taşı atmayan sanığın, işlemeyi kastettiği cürmün icra hareketlerinden ihtiyariyle vazgeçtiğinin kabul edilmiş olması karşısında, TCK'nun 61. maddesinin son fıkrası hüküm nazara alınmadan suçun ne suretle oluştuğu açıklanmadan (TCK'nun 456/4, 61 maddeleriyle) mahkumiyet hükmü tesisi..." (2. CD., 15.10.1992, E. 9458/K. 10439, *Yaşar*, Uygulamada Türk Ceza Yasası, Genel Hükümler, sh: 956). "Sanığın tasaddi kastıyla başladığı icra hareketlerinden, herhangi bir dış müdahale ve ciddi bir engel bulunmadan; ağlayarak olay yerinden kaçan mağdura göz yummak suretiyle iradî şekilde vazgeçtiği anlaşıldığından TCK'nun 61/son maddesi uyarınca tamamlanan eylemin, sarkıntılık suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde (TCK'nun 415/1, 61. maddeleriyle) hüküm tesisi, bozmayı gerektirmiştir" (5. CD., 23.2.1993, E. 396/K. 723, *Yaşar*, Uygulamada Türk Ceza Yasası, Genel Hükümler, sh: 960). "Sanığın tüm aşamalarda "mağdura ait büfenin kepenginin asma kilidini ve camını kırdığını, ancak pişman olup bir şey almadan ayrıldığını" savunmuş bulunması ve suçun yapıcı davranışlarını sürdürüp tamamlanmasını engelleyen herhangi bir dış nedenin söz konusu olmaması karşısında; 765 sayılı TCY'nin 61/son (5237 sayılı TCY'nin 36/1) maddesinin uygulama yeri bulunup bulunmadığının tartışmasız bırakılması... bozmayı gerektirmiştir..." (6. CD., 23.2.2006, E. 2004-722/K. 2006-1709, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)) (20.2.2010).

(vazgeçme iradesini), fiili tamamlama kastının yerini, fiili tamamlamama iradesi şeklindeki karşı bir kararın alınması oluşturmaktadır. Bu vazgeçme, fail bu karşı kararına kadar fiili tamamlama kastını hâlâ taşıyorsa, mümkündür. Zira failin fiili tamamlama kastı ortadan kalkmışsa, artık vazgeçmesi de sözkonusu olmaz. Başka bir ifadeyle, fiili tamamlama kastı, vazgeçme kararının alınmasından önce ortadan kalkmışsa, diğer icra hareketlerine devam etmeme icra hareketlerinden vazgeçme anlamına gelmemektedir. Bu nedenle, fail olası kastla gerçekleştirdiği teşebbüse devam etmediği durumlarda vazgeçme sözkonusu olmaz. Çünkü fail göze aldığı suç tipi gerçekleşmeden doğrudan hedeflediği ilk amacına ulaşmaktadır. Örneğin, fail arabasıyla bir polis görevlisinin ölmesini göze alarak polis barikatını yararak geçer. Polis memuru son anda yan tarafa atlayarak failden kendisini kurtarır. Burada başarılı bir kaçıştan sonra failin polisi hâlâ ezmek için icra hareketlerinden vazgeçmesi sözkonusu değildir.<sup>51</sup>

Bir suçun nitelikli hâlinin icra hareketlerinden vazgeçilmesi de mümkündür. Örneğin, üzerinde bir silâhla yağma suçunun icra hareketlerine başlayan fail, mağdurun fiziksel olarak kendisinden zayıf olduğunu fark edince, silâhını kullanmaktan vazgeçer ve yağma suçunun icra hareketlerine devam eder. Fail mağdurun üzerinde alınabilecek değerli bir şey bulamadığından icra hareketlerine devam etmez. Burada silâhla yağma suçuna (TCK md. 149/1-a) teşebbüsten vazgeçmek hüküm doğurur. Bununla birlikte, yağma suçunun basit hâline teşebbüsten vazgeçme sözkonusu olmaz<sup>52</sup> (TCK md. 148).

Bileşik suçlarda gönüllü vazgeçme hâlinde suçların birleşmesi çözümlenmekte ve her bir suç bağımsız olarak değerlendirilmektedir. Örneğin fail bir evde kapalı bir dolabı kırdıktan sonra hırsızlıktan vazgeçiyor. Bu durumda fail TCK md. 142/1-b gereğince cezalandırılmaz. Ancak konut dokunulmazlığını ihlâl (TCK md. 116) ve mala zarar verme (TCK md. 151) suçlarından sorumluluğu devam eder.<sup>53</sup>

Bir fiilin birden çok davranıştan oluşan gelişimi TCK md. 36 anlamında tek fiil olarak ele alınır. Mekânsal ve zamansal bağlantı nedeniyle tek bir yaşam sürecini oluşturan ya da içtima öğretisine hareket teklifi kuralları gereğince tek bir fiilin parçası olarak ele alınan davranışlar tek bir fiil olarak değerlendirilmektedirler. Örneğin, fail mağdura bir el ateş eder ve mermi isabet etmez. Tabancada tek bir kurşun bulunduğu için fail mağduru bu kez elleriyle boğarak öldürmeye çalışır. Mağdurun suratı renk atmaya başlayınca fail kolunu çözer ve mağduru bırakır. Boğma hareketine devam etmeme icra hareketlerinden vazgeçme anlamına gelir. Failin mağduru kurşunla öldürmeye çalışması hareketi de boğma hareketinden vazgeçmeyle birlikte gönüllü vazgeçme kuralı kapsamında kalacaktır. Çünkü buradaki fiil bütünsel olarak mağdurun

51 *Baumann/Weber/Mitsch*, § 27, No: 25.

52 *Kindhäuser*, § 32, No: 21; *Kühl*, § 16, No: 48.

53 *Soyaslan, Doğan*, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2005, sh: 296; *Soyaslan*, Teşebbüs Suçu, sh: 126-127.

yaşamına yönelik saldırıdır. Ateş etmek ve boğmak doğal hareket teklifini oluşturur ve TCK md. 36 anlamında tek bir fiili oluşturur. Bu nedenle failin gönüllü vazgeçmesi yalnızca boğmaya çalışma dolayısıyla değil, aynı zamanda ateş etme dolayısıyla gerekçelendirilen teşebbüsün cezalandırılabilirliğini de ortadan kaldırır.<sup>54</sup>

İhmalî suçlar emredilen hareketin yerine getirilmemesi sayesinde gerçekleştirildiğinden, bu suçlarda icra hareketlerinden vazgeçme, emre uygun bir hareketin aktif olarak yerine getirilmesini zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla ihmalî suçlarda vazgeçme failin kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemesinin özel bir görünüm şeklinden başka bir şey değildir. Dolayısıyla ihmalî suçlara teşebbüsten vazgeçme bakımından ek-sik teşebbüs – tam teşebbüs ayrımının yapılmasının bir önemi de bulunmamaktadır.<sup>55</sup>

#### b) Failin Kendi Çabalarıyla Suçun Tamamlanmasını veya Neticenin Gerçekleşmesini Önlemesi

Fail bütün icra hareketlerini tamamladıktan sonra, suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini aktif bir davranışıyla engelleyebilir. Fail bunu tek başına yapabileceği gibi, başkalarından da yardım isteyebilir. Örneğin, fail bir hekimden yardım isteyebilir ya da kolluk kuvvetlerine haber verebilir.<sup>56</sup> Bu-

54 *Baumann/Weber/Mitsch*, § 27, No: 31. Aksi görüş için bkz. *İpekçioğlu*, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, sh: 130.

55 *Baumann/Weber/Mitsch*, § 27, No: 2; *Öztürk/ Erdem*, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, No: 361; *Toroslu, Nevzat*, Ceza Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2005, sh: 267; *Hakeri, Hakan*, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri, Ankara 2003, sh: 277, 278; *Aydın, Devrim*, Suça Teşebbüs, AÜHF 2006, c: 55, sy: 1, sh: 104; *İpekçioğlu*, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, sh: 130.

56 "Sanık icra hareketlerini tamamlamakla birlikte bunu takiben neticenin gerçekleşmesini önleyici davranışlara girip yaralıyı hastaneye götürmekle lehine 5237 sayılı TCK.nun 36. maddesinin uygulanmasında isabetsizlik görülmemiştir..." (1. CD, 23.11.2006, E. 3001/K. 5139). "Sanığın, mağduru tüfekle yaraladıktan sonra kardeşlerine haber verip yaralı mağduru hastaneye götürerek tedavi olmasını sağladığı, icra hareketlerinin bitmesinden sonra neticenin meydana gelmesini önlediği tüm dosya kapsamından anlaşılmalıdır; sanığın, 5237 sayılı TCK.nun 36. maddesine göre gönüllü vazgeçme anına kadar ki eylemlerinin ayrı bir suç teşkil etmesi halinde bu suçtan ceza verileceğinin öngörülmesi karşısında sanık hakkında yasal olmayan gerekçelerle TCK.nun 36. maddesinin tatbik edilmemesi..." (1. CD, 9.5.2007, E. 5047/K.3390); "...sanık Derya'nın eşi ile arasında geçen tartışma sonrası tuz ruhu içerek intihar etmeyi düşündüğü, önce oğlu bir yaşındaki Alican'a tuz ruhu içirdiği, daha sonra kendisinin tuz ruhu içtiği, bilincini kaybetmeden oğlunun rahatsızlandığını görünce pişmanlık duyarak oğlu Ali Can'ı hastaneye kaldırdığı, hayatı tehlike geçiren Ali Can'ın yoğun tedavi sonucu yaşama döndürüldüğü olayda; // Sanık icra hareketlerini tamamlayıp neticenin meydana gelmesini engellediğinden eyleminin 765 sayılı TCK kapsamında öldürme tam teşebbüs olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. 5237 sayılı TCK.nun 36. maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçme hükmü gözönünde tutularak yaralama suçundan 5237 sayılı TCK uyarınca hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden..." (1. CD, 14.11.2007, E.

nunla birlikte, failin, müdahalesini istediği üçüncü kişilerin neticeyi önleyebilecek durumda olduklarından emin olması gereklidir.

Failin bizatihi vazgeçme girişiminin, vazgeçme neticesinin kendisine başka kişilerin katkısı olmaksızın isnad edilebilir bir ağırlığa sahip olması gerekir. Örneğin, fail zehirlediği mağdura kismaya neden olan bir ilaç vererek onu ölümden kurtardığında gönüllü vazgeçmeden yararlanır.<sup>57</sup>

Bu bağlamda akıl dışı veya batıl inanca dayalı vazgeçme davranışı cezayı ortadan kaldıran bir etkiye sahip değildir. Örneğin fail eşini öldürme kastıyla ağır bir şekilde yaralar. Ancak daha sonra pişmanlık duyarak eşinin hayatta kalmasını ister. Fail bir tarikatın mensubu olarak eşinin vücuduna her türlü tıbbi müdahaleyi reddettiğinden, eşinin ölümünü yüksek sesle okuduğu dualarla engellemeye çalışır. Failin kardeşi bu girişimin faydasız olduğunu bildiğinden yengesini hastaneye yetiştirerek ölmesini son anda engeller.<sup>58</sup> Burada failin TCK md. 36 anlamında gönüllü vazgeçmesi sözkonusu değildir.

Failin vazgeçme davranışı ile netice arasında yeni bir illiyet serisi ortaya çıkmışsa, fail yine de gönüllü vazgeçme hükmünden yararlanır. Örneğin öldürme kastıyla yaraladığı mağduru kurtarmak için fail ambulans çağırır. Ancak ambulans hemzemin geçitte kaza yaptığı için mağdur ölür. Burada fail neticenin gerçekleşmemesi için gönüllü olarak ciddi çaba göstermesine rağmen, suç tamamlanmıştır. Bu durumda failin gönüllü vazgeçmesi nedensel olmayan gönüllü vazgeçme kapsamında ele alınmalıdır.<sup>59</sup>

Yalnızca üçüncü kişi veya mağdur suçun tamamlanmasını engellediği takdirde, fail suçun tamamlanmaması için ciddi çaba göstermişse, nedensel olmayan gönüllü vazgeçme bakımından davranışı değerlendirilir. Fail suçun tamamlanmasını dolaylı fail (başkasını tehdit yoluyla araç olarak kullanıp neticeyi önlemesi) ya da müşterek fail (suya ittiği mağduru sudan bir başkasıyla birlikte çıkarması) olarak engellediği takdirde de gönüllü vazgeçmeden yararlanır. Aynı şekilde fail vazgeçme davranışının azmettirenini olarak neticenin gerçekleşmesini engellemişse, gönüllü vazgeçme düzenlemesi uygulama alanı bulur.<sup>60</sup>

Fail gönüllü vazgeçme davranışı sergiledikten sonra, tekrar fiili tamamlama kastıyla hareket ederse, artık gönüllü vazgeçme düzenlemesinden yararlanamaz. Yalnızca bir suç tipi bakımından teşebbüsün cezalandırılabilirliğini ortadan kaldıran ve başka bir suç tipi bakımından teşebbüs veya suçu tamamlama açısından etkisi olmayan kısmi vazgeçme de mümkündür. Örneğin, fail yağma suçunu işlemek için mağduru hayatı bölgelerinden ağır bir şekilde yaralar. Fail mağdurun üzerindeki parasını ve değerli eşyalarını aldıktan sonra, mağdura ilk yardımında bulunur, ambulans çağırır ve olay yerinden uzaklaşır. Böylece

2006-6376-K. 2007-8392). Kararlar için bkz. *Bakıcı*, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, sh: 824-825.

57 *Küht.*, § 16, No: 73.

58 *Baumann/Weber/Mitsch*, § 27, No: 28.

59 *Küht.*, § 16, No: 82.

60 *Küht.*, § 16, No: 75.

mağdur ölmekten kurtulur. Bu olayda tamamlanmış bir yağma suçu bulunmaktadır. Ancak kasten adam öldürmeye teşebbüsten gönüllü vazgeçme düzenlenmesinin uygulanması mümkündür.<sup>61</sup>

Aynı şekilde fail iki kişinin uyumakta olduğu bir evi her ikisini de öldürme kastıyla ateşe verir. Yangın büyüme başladıktan sonra, evde bulunanlardan birini kurtarır. Bu örnekte fail kurtardığı mağdur bakımından nitelikli kasten öldürme suçuna teşebbüsten gönüllü vazgeçme düzenlenmesinden yararlanabilir.<sup>62</sup>

## 2. Nedensel Olmayan Vazgeçme

Nedensel olmayan vazgeçmede, vazgeçme davranışı fiilin tamamlanmasını önleyici bir etkiye sahip olmayabilir ya da fail fiilin tamamlanmaması için çaba sarf etmesine karşın, fiil yine de tamamlanmış olabilir. Fiilin tamamlanmaması vazgeçme davranışına değil, ya önceden mevcut veya fiilin icrası esnasında ortaya çıkan fiilin tamamlanmasına elverişsizliğe ya da failin hiçbir katkısının olmadığı, özellikle mağdurun veya diğer kişilerin fiilin tamamlanmasını önlemeye yönelik tedbirleri gibi başka nedenlere dayanmaktadır. Fakat fail böyle bir durumda fiilin tamamlanmasını vazgeçme davranışı sayesinde engellediği düşüncesiyle hareket etmektedir.<sup>63</sup> Örneğin fail öldürme kastıyla ateş ettiği mağdurun kurtarılması için ambulans çağırdığı esnada, yoldan geçen birinin mağduru arabasıyla hastaneye götürmesi durumunda fail gönüllü vazgeçme hükmünden yararlanır.

Yine fail fiilin tamamlanmaması için ciddi çaba göstermesine rağmen, başka bir nedenden dolayı netice meydana gelmişse, nedensel olmayan vazgeçmesi sözkonusudur. Örneğin ölümcül derecede kasten yaraladığı mağduru zamanında bir hastaneye götürmesine rağmen, yanlış tıbbî müdahale sonucu mağdur hayatını kaybettiğinde failin ciddi çabası, her ne kadar yeni bir nedensellik serisinin devreye girmesi nedeniyle nedensel değer taşımasa da, gönüllü vazgeçme davranışını ifade eder.

Tek bir failin nedensel olmayan gönüllü vazgeçmesine ilişkin bir düzenleme TCK'da yer bulmamıştır. Tek failin nedensellik değeri taşımayan vazgeçmesini düzenleyen Alman Ceza Kanunu § 24/1,c.2'ye benzer bir hüküm TCK'ya alınmamıştır. Bununla birlikte TCK md. 41/2'de iştirak hâlinde işlenen suçlarda nedensel olmayan vazgeçme kabul edilmiştir. Birden fazla kişinin katıldığı bir fiilin tek bir fail tarafından işlenen suçlara göre kural olarak daha tehlikeli olduğu gözönünde bulundurulduğunda, teşebbüsten vazgeçenin, nedensel olmayan gönüllü vazgeçmeden iştirak hâlinde işlenen suçlarda yararlanmasına karşın, tek başına işlediği suçlarda yararlanamaması düşünülemez. Bu nedenle,

61 Kühl, § 16, No: 47.

62 Baumann/Weber/Mitsch, § 27, No: 30.

63 Baumann/Weber/Mitsch, § 27, No: 32; Kindhäuser, § 32, No: 28.

TCK md. 41/2'nin tek bir failin nedensel olmayan gönüllü vazgeçmesi hâllerine kıyasen uygulanabileceği (fail lehine kıyas) kanaatindeyiz.

Nedensel olmayan vazgeçme davranışı fiilin tamamlanmasını önlemeye yönelik çabadır. Böyle bir durumda fail, önleme tedbirleriyle fiilin tamamlanmasına karşı koymaya karar vermek ve bu kararını fiilin tamamlanmasını engellemeye *ex-ante* olarak elverişli görünen hareketlere dönüştürmek zorundadır. Bu önleme çabası ciddi olmalıdır. Failin fiilin tamamlanmaması için en elverişli hareketi yapması gerekir. Ancak buradaki ciddiyet objektif fiili bir olgu kapsamında değil, failin fiil hakkındaki tasavvuru kapsamında değerlendirilmelidir. Fail fiilin tamamlanmasını engelleme bakımından büyük bir şans sunan yolu tercih etmelidir.<sup>64</sup>

## VIII. İştirak Hâlinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme

Gönüllü vazgeçme cezayı ortadan kaldıran şahsî bir neden olduğu için, TCK md. 41 gereğince, iştirak hâlinde işlenen suçlarda sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır.<sup>65</sup>

### I. Nedensel Vazgeçme

TCK md. 41/1, suç ortağının gönüllü vazgeçme davranışıyla suçun tamamlanmaması arasında nedensellik bağlantısı bulunması hâlinde, TCK md. 36'daki düzenlemenin uygulanabileceğini öngörmektedir. Böylece iştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme, nedensel değerde bir harekette bulunan iştirakçilerden birinin hareketinin nedensel değerini ortadan kaldırması, başka bir ifadeyle suçun tamamlanmasını engellemeye çalışması durumunda sözkonusu olabilmektedir.<sup>66</sup>

#### a) Müşterek Fail

Suçun kanunî tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişiler, ortak bir kararla suçun icra hareketlerine devam etmekten vazgeçtikleri veya suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önledikleri takdirde, her biri

64 Baumann/Weber/Mitsch, § 27, No: 34; Wessels/Beulke, No: 647.

65 Gropp, Strafrecht, Allgemeiner Teil, § 9, No: 87, 93; Kindhäuser, § 32, No: 2, 29; Öztürk/ Erdem, No: 355; Koca/ Üzümler, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, sh: 359-360; Özbek, TCK İzmir Şerhi, sh: 458, 503-504; Aydın, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Ankara 2009, sh: 237; Aydın, Devrim, Suça Teşebbüs, sh: 106; Özgenç, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, sh: 488.

66 Aydın, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, sh: 237; Tozcan, Önder: "İştirak Hâlinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme", TBB 2009, sy: 82, sh: 203, 205-206, 213, 217.

gönüllü vazgeçme kuralından yararlanır.<sup>67</sup> Tam teşebbüste faillerden her biri, gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmek için, diğer fail veya failerin neticeyi önlemeye yönelik çabalarına muvafakat da etmiş olabilir. Örneğin askeri bir birliğin yakınına saat ayarlı bir bomba yerleştiren üç terörist, olası mağduriyetler nedeniyle vicdan azabı duyarak kısa bir süre sonra ortak bir kararla bombayı uzaklaştırma kararı alırlar. İçlerinden yalnız biri bombayı etkisiz hâle getirerek olay yerinden uzaklaşmış olsa bile, diğer iki terörist de gönüllü vazgeçme hükmünden yararlanır.<sup>68</sup>

Faillerden birinin gönüllü vazgeçmesi iki şekilde ele alınabilir. Birinci ihtimalde, failin fiilin tamamlanması bakımından katkısı zorunlu ve yeri dolduramazdır. Bu durumda vazgeçen fail, gönüllü vazgeçme davranışından yararlanır. Örneğin, iki terörist askeri bir birliğin yakınına cep telefonu ile harekete geçen uzaktan kumandalı bir bomba yerleştirirler. Bu mekanizmayı teröristlerden biri telefonuyla bombanın üzerindeki cep telefonunu aramak suretiyle harekete geçirecektir. Ancak bu terörist pişmanlık duyarak cep telefonunu aramaz ve bu girişim başarısız olur. Burada terörist fiilin tamamlanması bakımından gerekli olan zorunlu katkıyı yerine getirmeyerek (ihmalî hareketiyle) eksik teşebbüs aşamasında gönüllü vazgeçmiştir. Gönüllü vazgeçme hükmünden bu katkıyı sağlamayan terörist yararlanmakla birlikte, diğer suç ortağı olan terörist yararlanamaz.<sup>69</sup>

İkinci ihtimalde ise, fail fiilin tamamlanmasına aktif olarak karşı koymaktadır. Bu durumda da vazgeçen fail, gönüllü vazgeçme davranışından yararlanır. Bu tür durumlarda fail, fiile olan katkısını geri çektiğinde veya fiilden uzaklaştığında diğer faillerin fiilin tamamlanması için hareketlerine devam edebileceklerini bilmektedir. Bu nedenle fiilin tamamlanmaması için aktif bir davranışta bulunmak zorundadır. Örneğin, üç arkadaş polis devriyesinin önünden sık geçtiği bir villayı soymak üzere anlaşılırlar. Villanın karşısında gözcülük yapması gereken fail, pişmanlık duyar ve diğer failler villanın bahçesine girdikleri zaman villa sahibini ya da polisi haberdar eder. Böylece gönüllü vazgeçme düzenlemesinden yararlanabilir.<sup>70</sup> Eğer fail villa sahibine ya da polise haber vermek yerine vazgeçmesi nedeniyle gözcülük yerinden ayrılıysa, bundan haberdar olmayan diğer failler onun varlığını hesaba katarak güven içeri-

67 "Sanıklardan Turgay'ın mağdura sarılarak seni seviyorum, bir kez ilişkiye girelim dediğinde mağdurun kabul etmemesi üzerine diğer iki sanıkla mağduru dövdükleri, ellerini ve kollarını tutarak boğazını sıktıkları, mağduru etkisiz hale getirdikleri ve başka kimse- nin bulunmadığı ev ortamında irza geçmeleri mümkün olan sanıklar karşısında mağduru- nun etkin direnme halinin mani sebep olarak kabul edilemeyeceği, ciddi sayılabilir bir engel mevcut değilken vazgeçilen eylemin de TCK'nun 61/son maddesi delaletiyle 416/2. maddesine uygun irz ve namusa tasaddi niteliğinde olduğu gözetilmeden, yazılı şekilde irza geçmeye teşebbüs suçundan sanıklar hakkında hüküm kurulması..." (5. CD, 31.5.2004, E. 2905/K. 4447, *Bakıcı*, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, sh: 823).

68 *Kindhäuser*, § 32, No: 30.

69 *Kindhäuser*, § 32, No: 30.

70 *Kindhäuser*, § 32, No: 30.

sinde işlerine devam etmiş olacaklarından vazgeçen fail gönüllü vazgeçme düzenlemesinden yararlanamazdı.<sup>71</sup>

#### b) Dolaylı Fail

Dolaylı failin araç olarak kullandığı kişi üzerinde kurduğu hâkimiyete son vermesi gönüllü vazgeçme için yeterli değildir. Dolaylı failin gönüllü vazgeçme düzenlemesinden yararlanabilmesi için üzerinde hâkimiyet kurduğu araç kişinin icra hareketlerini tamamlamasına veya icra hareketlerini tamamlamışsa aktif bir davranışla neticenin gerçekleşmesine engel olması gerekmektedir.<sup>72</sup>

#### c) Azmettiren

Azmettirenin gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için azmettirdiği kişinin icra hareketlerini tamamlamasını ya da icra hareketleri tamamlanmışsa neticenin meydana gelmesini önlemesi gerekir. Bunu, azmettiren azmettirdiği kişideki suç işleme kararını ortadan kaldırmak suretiyle yapabileceği gibi, yetkili makamlara haber vererek failin icra hareketlerini veya suçu tamamlamasını engellemek suretiyle de gerçekleştirebilir.<sup>73</sup>

#### d) Yardım Eden

Yardım eden aktif veya pasif bir davranışıyla failin fiilini tamamlamasını engellediği takdirde, vazgeçmesi nedensellik değeri taşımaktadır. Yardım eden, suçun işlenmesine olan katkısının nedensellik değerini ortadan kaldıracak bir davranış sergilemelidir. Yardım eden araç sağlamışsa bu aracı geri alması veya mağduru veya yetkili makamları haberdar etmesi hâlinde gönüllü vazgeçme hükümleri uygulama alanı bulur.<sup>74</sup> Örneğin, yardım eden, failin başka yerden kolayca sağlayamayacağı zehrin geri kalan miktarını teslim etmekten kaçınırsa ve dolayısıyla da suç tamamlanamamış olursa adam öldürme suçuna teşebbüse iştiraktan gönüllü olarak vazgeçmiş olur.<sup>75</sup> Failin yardım edenin vazgeçmesi

71 *Tozman*, İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme, sh: 211-212.

72 *Koca/Üzülmez*, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, sh: 360-361.

73 *Önder*, Ceza Hukuku Dersleri, sh: 406; *Demirbaş, Timur*, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara 2006, sh: 425; *Özbek*, TCK İzmir Şerhi, sh: 504; *Aydın*, Devrim, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, sh: 240; *Mahmutoğlu, Fatih S.*, "Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu", İÜHF 2005, c: LXIII, sy: 1-2, sh: 108-109; *Tozman*, İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme, sh: 219.

74 *Aydın*, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, sh: 240-241; *Özbek*, TCK İzmir Şerhi, sh: 504; *Tozman*, İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme, sh: 219-220.

75 *Tozman*, İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme, sh: 219-220.

dolayısıyla başka bir fiili işlemesi ve bunu tamamlaması hâlinde de, birlikte işlenmesi kararlaştırılan suçu engelleme sözkonusudur.

## 2. Nedensel Olmayan Vazgeçme

Suç ortağı, suça yönelik nedensel katkısını ortadan kaldırdıktan sonra suç tamamlanmış veya suç başka bir neden dolayısıyla tamamlanmamış olsa bile, gönüllü vazgeçme düzenlemelerinden yararlanır. Böylece suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için, vazgeçme davranışıyla suçu tamamlamaya yönelik nedensel katkısını ortadan kaldırmaya yönelik çabaları yeterli olacaktır.<sup>76</sup>

### a) Suçun Gönüllü Vazgeçenin Gösterdiği Gayret Dışında Başka Bir Sebep İhlenmemiş Olması (md. 41/2-a)

Neticenin gerçekleşmeyerek suçun teşebbüs aşamasında kalması, suç ortağının göstermiş olduğu gayret dışında, diğer suç ortaklarının gönüllü vazgeçmesiyle veya üçüncü kişilerin müdahalesiyle veyahut mağdurun aldığı tedbirlerle mümkün olabilir. Örneğin, failin (TCK md. 41/1 gereğince) teşebbüsten gönüllü vazgeçtiğini bilmeyen azmettirenin polise durumu bildirmesi hâlinde, her ne kadar azmettirenin vazgeçme davranışı ile suçun tamamlanmaması arasında nedensellik bağlantısı bulunmasa da, azmettirenin gönüllü vazgeçme düzenlemesinden yararlanacaktır. Yine vazgeçen suç ortağının diğer faillerle metro istasyonuna yerleştirdikleri bombayı polise ihbar etmesinden önce, polis bombayı bulmuş olsa bile, gönüllü vazgeçen fail bundan yararlanır.<sup>77</sup>

Fiil vazgeçen suç ortağından bağımsız bir nedenden dolayı tamamlanmamışsa, vazgeçenin cezadan kurtulabilmesi için diğer suç ortakları tarafından fiilin tamamlanmaması için ciddi gayret göstermiş olması gerekmektedir. Fiilin tamamlanmaması için ciddi gayret, vazgeçenin neticenin meydana gelmemesi için uygun tedbirleri almasını ifade etmektedir.<sup>78</sup>

### b) Suçun Gönüllü Vazgeçenin Bütün Gayretine Rağmen İşlenmiş Olması (md. 41/2-b)

Diğer failer fiili tamamlamışlarsa, vazgeçen fail, fiilin tamamlanması onun fiile önceki katkısından bağımsız olarak meydana gelmesi ve bu yüzden ona isnad

76 Aydın, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, sh: 238.

77 Tozman, İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme, sh: 222-223.

78 Tozman, İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme, sh: 223-224.

edilememesi koşuluyla gönüllü vazgeçme düzenlemesinden yararlanır. Bu ihtimalde de fail, fiilin tamamlanmasını engellemek için ciddi gayret göstermiş olmalıdır.

Yardım edenin bütün gayretine rağmen, fiil fail tarafından tamamlanmışsa, yardım eden gönüllü vazgeçme hükmünden yararlanır. Örneğin, yardım edenin, failin icra hareketlerine başlamasından sonra fiilde kullanılmak üzere verdiği silâhı geri almasının ardından fail başka bir silâhla suçu tamamlamışsa, yardım eden yine de gönüllü vazgeçmeden yararlanacaktır.<sup>79</sup>

## IX. Suça Teşebbüsten Gönüllü Vazgeçmenin Sonuçları

Gönüllü vazgeçme durumunda fail, işlemeyi kastettiği suça "teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır" (TCK md. 36). Buna göre fail, başlamış olduğu icra hareketlerini yarıda bıraktığı ya da icra hareketlerini tamamlayıp da neticesinin meydana gelmesini önlediği suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacaktır. Bununla birlikte, failin yarıda bıraktığı ya da tamamlanmış olduğu icra hareketleri bir suç tipine uygun düştüğü takdirde, fail bu suçtan dolayı cezalandırılacaktır. Örneğin, öldürme kastıyla ağır yaraladığı mağduru hastaneye götürerek kurtulmasını sağlayan fail kasten adam öldürme suçuna teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacak, ancak kasten yaralamadan (TCK md. 86) dolayı cezalandırılacaktır. Aynı şekilde yağma suçunun icra hareketlerine devam etmekten vazgeçerek mağdurun eşyasını almayan fail kasten yaralamadan dolayı cezalandırılacaktır.<sup>80</sup> Yine hırsızlık suçunun icra hareketlerini yarıda kesen fail, somut olaya göre, konut dokunulmazlığını ihlâl (TCK md. 116) veya mala zarar verme (TCK md. 151) suçundan cezalandırılabilir.

Gönüllü vazgeçme, cezalandırılabilir bir teşebbüsün artık mevcut olmaması sonucunu doğurur. Böylece gönüllü vazgeçme suçun sonuçlarına değil, cezalandırılabilirlik koşullarına ilişkindir. Bu yüzden gönüllü vazgeçme nedeniyle teşebbüsün cezalandırılabilirliği ortadan kalkacağından, fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir (CMK md. 223/4-b).

79 Tozman, İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme, sh: 227.

80 "Sanığın 80 yaşlarında olan mağdurenin altınlarını gasp etmek amacıyla, boynunu sıkarak icra hareketlerine başladıktan sonra, eylemine devam etme imkanına sahip olduğu hâlde gönüllü olarak vazgeçtiği, ... dosya içeriğinden açıklıkla anlaşılması nedeni ile TCK.nun 61/son maddesi gözönünde tutularak, o ana kadar gerçekleşen müessir fiilde bulunmak suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken, eylemin gasp amacıyla öldürmeye eksik teşebbüs olarak nitelendirilerek yazılı şekilde hüküm tesisi yasaya aykırıdır" (1. CD., 5.12.1989, E. 2970/K. 3430, Yaşar, Uygulamada Türk Ceza Yasası, Genel Hükümler, sh: 953).