

İŞTİRAK HALİNDE İŞLENEN SUÇLARDA GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

Önder TOZMAN*

GİRİŞ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 41. maddesinde *“iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme”* düzenlenmiş ve birinci fıkrada TCK m. 36' ya atıf yapılarak, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağının bu madde hükmünden yararlanabileceği hükme bağlanmıştır. TCK 41/2 maddesinde ise kanun koyucu, gönüllü vazgeçen suç ortağının çabasını, gönüllü vazgeçme hükmünden yararlanmak için yeterli görmüştür. Buna göre, *“suç, gönüllü vazgeçen ortağın gayreti haricinde bir sebeple işlenmemiş veya onun bütün gayretine rağmen işlenmişse”*, bu gönüllü vazgeçen ortak, gerekli gayreti göstermesi şartıyla yine de gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacaktır. Böylece 5237 sayılı TCK, 765 sayılı TCK'da yer almayan yeni bir düzenleme getirmiştir.¹

* Ar. Gör., Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

¹ TCK'da iştirak halinde işlenen suçlar bakımından kabul edilen bu düzenleme Alman Ceza Kanunu'ndaki (Al. CK) düzenlemeye benzemektedir. Al. CK'nın 24/II maddesinde iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme düzenlenmiştir. Buna göre, *“Bir fiile birden çok kişi katılmışsa, bunlardan hangisi gönüllü olarak fiilin tamamlanmasını önlerse teşebbüsten dolayı cezalandırmaz. Ancak fiil onun bir eylemi olmaksızın (onun haricinde başka bir nedenden dolayı) tamamlanmamışsa veya onun fiile olan önceki katkısından bağımsız olarak tamamlanmışsa, bu kişinin fiilin tamamlanmasını önlemek için gönüllü ve ciddi çabası da (ceza verilmemesi için) yeterli olacaktır”*. Belirtmek gerekir ki, Al. CK ayrıca bunlardan suçun vazgeçen failin dışında bir nedenle tamamlanmamış olması halini tek başına faillikte de kabul etmiştir. Al. CK'nın tek failin teşebbüsten gönüllü vazgeçmesini düzenleyen 24 maddesinin 1 fıkrasının 2. cümlesinde *“Eğer fiil, suçu işlemekten vazgeçen failin bir eylemi olmaksızın (onun haricinde bir nedenle) tamamlanmamışsa bu kişi gönüllü ve ciddi olarak suçun tamamlanmasını önlemeye çabalarsa cezalandırılmaz”* denilmektedir. Böylece Al. CK. icra hareketlerini bitiren faile ek bir cezasızlık imkanı daha getirmiştir. Buna göre, failin fiilin tamamlanmaması için gönüllü ve ciddi çabası cezasızlık için yeterli görülmüştür; fiil failin bu çabası sonucu değil de başka

Bu çalışmada, iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme düzenlemesinin mahiyetini ve vazgeçmenin genel şartlarını inceledikten sonra, iştirak halinde işlenen suçlardan vazgeçmenin Kanun'da öngörülen üç şeklini ele alacağız.

I. DÜZENLEMENİN MAHİYETİ

TCK m. 41/1'de, "*İştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır*" denilmektedir. Maddede "*sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır*" denilerek, gönüllü vazgeçmenin hukukî değil, ceza siyaseti düşünceleriyle kabul edildiği teyit edilmiştir.² Diğer yandan,

bir nedenle tamamlanmamış olsa bile fail gönüllü vazgeçme hükmünden yararlancaktır.

- ² Aynı görüşte: Bayraktar, Köksal, Teşebbüs, İştirak, Suçların Birleşmesi, in: *Türk Ceza Kanununun 2 Yılı -Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar*, Türk Ceza Hukuku Derneği, İstanbul 2008 (Teşebbüs), s. 144. Ancak Bayraktar burada, bu anlayışı hukuki ve adil bulmamakta, diğer yandan kanunilik ilkesine aykırı görmektedir: "Gönüllü vazgeçen aynı zamanda etkin olarak pişman olan kişi de olduğundan, bunun fail ya da azmettiren olmasında, yardımcılar teşebbüsten cezalandırılacaklardır. Acaba bu hal gerçekten hukuki ve adil midir? Bugünkü Ceza Kanunu sisteminde fail, suçun kanuni tanımındaki fiili gerçekleştiren kişi olmakla, bunun fiilden vazgeçmesi durumunda artık fiil olmayacağından yardımcıları ya da azmettirenleri teşebbüsten cezalandırmak kanunilik ilkesine aykırı olmayacak mıdır?", a. g. e., s. 144. Bayraktar'ın, gönüllü vazgeçmenin esasının hukuki olduğu yönündeki görüşleri için bkz. Bayraktar, Köksal: Faal Nedamet, *İÜHFM*, C. XXXIII, S. 3-4, İstanbul 1968, s. 125 vd. TCK'da, gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen 36. maddenin gerekçesinde de bu kurum suç politikası düşüncesiyle açıklanmıştır. Doktrinde de çoğunlukla kabul edilen görüş budur. Bkz. Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2006, s. 422; Centel, Nur / Zafer, Zafer / Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 3. Bası İstanbul 2005, s. 478; Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2006, s. 292; Sözüer, Adem, Suça Teşebbüs, İstanbul 1994, s. 239-240; İçel, Kayıhan / Sokullu-Akıncı, Fusun / Özgenç, İzzet / Sözüer, Adem / Mahmutoglu, Fatih S. / Ünver, Yener, İçel Suç Teorisi, İstanbul 2000, s. 357; Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2006, s. 406; Özbek, TCK İzmir Şerhi, *Yeni Ceza Kanununun Anlamı*, Ankara 2005, s. 410; Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.I, 11. Bası, İstanbul 1994, No: 576-577; Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Deneleri*, İstanbul 1992, s. 403. Gönüllü vazgeçmenin kabul edilmesi konusundaki teoriler için bkz. , Klaus, *Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis*, Berlin 1976, s. 33 vd; Maurach, Reinhart / Gössel, Heinz / Zipf, Heinz, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2* (AT. 2), Heidelberg 1989, § 41 Kn. 7 vd., Rudolphi, Hans-Joachim, *Rücktritt*, in: *Systematischer Kommentar (SK) zum Strafgesetzbuch*, Band I, 2. Auflage, Frankfurt am Main, 1977, § 24 Kn. 2 vd.; Zaczky, Rainer, *Rücktritt*, in: *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch (NK)*, Baden Baden 2005, § 24 Kn. 2 vd.; Erra, Carlos, Teşebbüste İhtiyariyle Vazgeçme (Çev. Sahir Erman), *İÜHFM*, C. X, S. 1-2,

hüküm iştirakte vazgeçme konusunu ayrıca düzenlememiş, TCK m. 36'ya atıf yapmakla yetinmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, maddede belirtilmese de iştirak bakımından bir özellik bulunmaktadır. TCK m. 36'da tek başına failin vazgeçmesi düzenlenirken ve bu bakımdan failden, sadece kendi işlemekte olduğu suçun *"icra hareketlerinden vazgeçmesi ya da suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemesi"* istenirken; iştirakin özelliği gereği, ortaklaşa işlenen bir suça katılan suç ortaklarının her biri diğer suç ortaklarının işlediği hareketlerden de sorumlu olduğu için, gönüllü vazgeçen suç ortağının sadece kendi katkısını ortadan kaldırması yeterli değildir; suç ortağı iştirak halinde işlenen suçun gerçekleşmesini önlemelidir. Nitekim TCK'nın 41/2 maddesinde, *"Suçun... gönüllü vazgeçenin gayreti dışında bir sebeple işlenmemiş olması, ... gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması"* denildiğine göre, suç ortağından asıl istenen ortaklaşa işlenen suçun gerçekleşmesini önlemektir.

Böylece iştirakte suç ortağına,³ onun faillik ya da iştirak olarak cezalandırılabilir katkısı bakımından, TCK m. 36'nın taleplerini/gereklerini aşar bir şekilde sonucu önleme yükümlülüğü getirilmiştir. Ortaklaşa işlenen suç teşebbüs evresine girmişse, suça katılanın gönüllü vazgeçme hükmünden yararlanabilmesi için mutlaka bu suçun tamamlanmasını önlemesi gerekir. Suç ortağının, cezadan kurtaran bir vazgeçmeden yararlanabilmesi için, sadece kendi katkısını nötrlestirmesi/geri alması her zaman yeterli değildir. Bundan daha çok, onun suçun tamamlanmasını önlemesi, ya da kanuni tipe uygun sonuç onun gayretinden bağımsız gerçekleşmiyor veya onun bütün gayretine rağmen gerçekleşiyorsa gönüllü ve ciddi olarak sonucu önlemeye çalışması gerekir.⁴

Alman doktrinde, iştirakte vazgeçmenin şartlarındaki bu keskinleşmenin kriminalpolitik bakımdan haklı olup olmadığı

İstanbul 1944, s. 686 vd.

³ Kanunda "suç ortağı" olarak geçtiği için biz de iştirak türünün ayrıca belirtilmediği durumlarda bu terimi kullanmayı tercih ettik.

⁴ Lilie, Hans / Albrecht, Dietlinde, Rücktritt, in: *Leipziger Kommentar (LK), Strafgesetzbuch-Grosskommentar*, 1. Band, 11. Auflage, Berlin 2003, § 24 Kn. 237; Roxin, Claus, *Strafrecht-Allgemeiner Teil, Band II (AT. II)*, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, München 2003, § 30, Kn. 331. Gerçekten, TCK m. 41/2'de "gösterdiği gayreti dışında" "bütün gayretine rağmen" denildiğine göre, gönüllü vazgeçen ortak, m. 41/2 hükmünden yararlanabilmesi için "ciddi bir çaba / gayret" istenmektedir.

tartışılmıştır.⁵ 1975 değişiklikleri sürecinde Alman Ceza Reformu Özel Komisyonu'nun görüşmelerinde bu düzenleme şöyle gerekçelendirilmiştir: *“Birçok kişinin katıldığı bir fiil, kural olarak tek faille işlenen suçlara göre daha tehlikelidir ve bu yüksek tehlikelilik tek failin fiile olan katkısını geriye çevirmesiyle ortadan kalkmaz. Müsterek fail diğer failin/faillerin fiile başlamasına katkıda bulunduğu için, ondan temel olarak fiilin tamamlanmasının önlenmesi istenmektedir”*.⁶

Doktrinde de bu düşünceye katılan yazarlar olmuştur. Buna göre, bir suça katılanın, diğerleri suçu işlemeye devam ederken, sadece basitçe kendi katkısını sonlandırması yeterli görülmez.⁷ Bunun arka planında *“birçok kişinin katılmasıyla oluşan fiil katkısı örgüsünden, tek bir failin hareketinden daha fazla bir fiil gücünün ortaya çıkması”* bulunmaktadır.⁸

Hâkim öğretisi ise⁹, ceza siyaseti bakımından bu düzenlemenin ye-

⁵ Bkz. Roxin, AT. II, § 30, Kn. 332; Wessels, Johannes / Beulke, Werner, *Strafrecht Allgemeiner Teil (AT.)*, Die Straftat und ihr Aufbau, 33. Auflage, Heidelberg 2003, Kn. 648; Jescheck, Hans Heinrich / Weigend, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil (AT.)*, 5. Auflage, Berlin, 1996, § 51 VI 3, Kühl, Kristian, *Strafrecht Allgemeiner Teil (AT)*, 4. Auflage, München 2002 (AT.) § 16 Kn. 91, § 20 Kn. 26.

⁶ Bkz. Roxin, AT. II, § 30, Kn. 332. Alman Ceza Kanunu'nun, 1975 Ceza Reformu'yla tek başına failin yanında iştirake gönüllü vazgeçmeyi de düzenleyen 24. maddesinden önce yürürlükte olan 46. maddesinde sadece tek başına failin gönüllü vazgeçmesi düzenlenmişti. Bu nedenle 46. maddenin sözü karşısında, failin yanında, azmettiren ve yardım edenin de gönüllü vazgeçmeden yararlanıp yararlanamayacağı tartışılmaktaydı. Genel olarak onların da gönüllü vazgeçmeden yararlanabileceği kabul edilmekteydi. Ancak, yeni düzenlemede “katılanın suçun tamamlanmasını önlemesi ya da en azından bunun için ciddi ve gönüllü olarak çaba göstermesinin aranması”nın tersine, katılanın sadece “kendi katkısını” geri alması çoğunluk görüşünce yeterli görülmekteydi. Bkz. Gores, Claus, *Der Rücktritt des Tatbeteiligten*, Berlin, 1982, s. 15. Türk hukukunda da 765 sayılı TCK döneminde, iştirak halinde işlenen suçların teşebbüs aşamasında kalması durumunda, gönüllü vazgeçmeden yararlanmak isteyen her bir ortağın sadece kendi katkısını değil bir bütün olarak suçun tamamlanmasını önlemesinin zorunlu olduğu kabul edilmekteydi. Bkz. Erem, Faruk, Suça İştirak, *AÜHFD*, C.3, S.1, Ankara 1946, s. 74 vd.

⁷ Gores, s. 232; Gropp, Walter, *Strafrecht-Algemeiner Teil (AT.)*, 3. Auflage, Berlin-Heidelberg, 2005, § 9 Kn. 87; Maurach / Gössel / Zipf, AT. 2, § 50 Kn. 85; Tröndle, Herbert / Fischer, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 51. Auflage, Münschen, 2003, § 24 Kn. 40.

⁸ Zaczyk, NK, § 24 Kn.94.

⁹ Bkz. Lillie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 238; Wessels / Beulke, AT., Kn. 648; Jescheck / Weigend, AT., § 51 VI 3; Roxin, AT. II, § 30, Kn. 331; Roxin, Claus: Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer, in: *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, s. 278; Eser, Albin, Rücktritt, in: *Schönke / Schröder Strafgesetzbuch-Kommentar (SS)*, 26. Auflage, München 2001, § 24 Kn. 101; Grünwald, Gerald, Zum Rücktritt des Tatbeteiligten

rinde olmadığı ve gerekçenin “sorumluluğun keskinleşmesi”ni tam açıklayamadığı görüşündedir. Eleştirilere göre, öncelikle “yüksek tehlike” düşüncesi yanlıştır; çünkü suça olan katkısını ortadan kaldıran suç ortağı, gerekçede belirtildiğinin aksine kendisine düşen tehlike miktarını ortadan kaldırmıştır ve artık vazgeçme için daha fazlasını istemenin gerekçesi de kalmamıştır. İkinci olarak, burada ceza siyaseti bakımından vazgeçme imtiyazının, suçun mümkün olan en iyi şekilde önlenmesine bağlanması düşünülmüş olabilir. Ancak, bu amaca bu yolla ulaşmak sisteme yabancıdır; çünkü suç ortağının cezadan kurtarılması, onun artık hiçbir payının olmadığı bir olayı önlenmesine bağlanmıştır. Başkasının fiilini önlememeye ise sadece çok özel durumlarda (Alman Ceza Kanunu, m. 138: planlanan suçu ihbar etmeme; m. 323c: yardımın terk edilmesi) cezai sonuçlar bağlanmıştır.¹⁰ Özellikle ikame edilebilir, yeri rahatlıkla doldurulabilir önemsiz bir yardımda bulunan suç ortağı için ana fiilin tamamlanmasını önlemek zor olacaktır. Bu tür olaylar için, kanunun düzenlemesinde, bu tür kişileri vazgeçmek için çok da teşvik etmeyen özel bir ağırlık olduğu açıktır.¹¹ Bununla birlikte, kanuni düzenlemenin dikkate alınmak zorunda olduğu da ifade edilmektedir.¹²

Kanaatimizce, “iştirakin cezalandırılmasının politik ve öze ilişkin esasının, sadece kendi davranışından kaynaklanan sonuçların değil, amaçlarına ulaşmak için nazara aldığı veya hesaba kattığı dış güçlerin (insanî veya doğal)

im künftigen Recht, in: *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, 1974, s. 706; Krey, Volker / Heinrich, Manfred, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band 2 (AT. 2), 2. Auflage, Stuttgart 2004, Kn. 519; Lenckner, Theodor, Probleme beim Rücktritt des Beteiligten, in: *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, Berlin 1973, s. 295 vd, 305; Stratenwerth, *Strafrecht Allgemeiner Teil (AT.)*, 4. Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 2000, § 12 Kn. 168; Herzberg, Rolf Dietrich, Grundprobleme des Rücktritts vo Versuch und Überlegungen de lege ferenda (Grundprobleme) NJW 1991, s. 1639; Scheurl, Guntram von: Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer, Berlin 1972, s. 76.

¹⁰ Roxin, AT. II, § 30, Kn. 333.

¹¹ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 238. Alman hukukunda Al. CK’nın bu düzenlemesinin ayrıca anayasaya ters düştüğü kaygılarının da ön plana çıktığı kapsamlı eleştirilerin kısmen haklı olduğunu gösteren zorlukları da içerdiği ifade edilmektedir. Bu hükmün uygulama bakımından açık olmadığı, içerik bakımından da çok anlaşılabilir olmadığı; hem uygulama hem doktrinde pek çok soruların ortaya çıkmasına neden olan başarısız bir düzenleme olduğu söylenmektedir. Bkz. Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 238; Roxin, AT. II, § 30, Kn. 301; Grünwald, s. 701 vd; Herzberg, Grundprobleme, s. 1639; Krey, AT. 2, Kn. 512, 519; Eser, SS, § 24 Kn. 74, 101.

¹² Roxin, AT. II, § 30, Kn. 335.

katılmasıyla ortaya çıkan sonuçların da yine o insana ait olduğu yolundaki ilke"¹³ olduğu göz önünde bulundurulduğunda, suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için sadece kendi katkısını kaldırması- nı yeterli görmeyen ve ondan ortaklaşa işlenen suçun tamamlanması- nın önlemesini isteyen düşünceye katılmak gerekir. 765 sayılı TCK dö- neminde de teşebbüs halinde kalan suçlara iştirakin mümkün olduğu ve suça katılan her bir ortağı

II. İŞTİRAKTE GÖNÜLLÜ VAZGEÇMENİN GENEL ŞARTLARI

A. Teşebbüs Evresine Girilmiş Bir Suçun Gerekliliği

1. Sadece Teşebbüs Edilen Bir Suçtan Vazgeçilebilmesi

Her şeyden önce, suçun¹⁴ TCK m. 35'e göre cezalandırılabilir bir teşebbüs evresine girmesi gerekir.¹⁵ Böylece TCK m. 41, suç, cezalandı- rılabilir bir teşebbüsün alanına girmediği sürece uygulanmaz. Örneğin bir kadın kocasını, suç ortağının öldürmesi için sözleştikleri bir yere getirmediğinde adam öldürme suçunun teşebbüs evresine girilmemiştir; yine bir davacının, davasında yalan tanıklık için birisinden ricada

¹³ Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku-Genel Kısım*, Ankara 2005, s. 273.

¹⁴ "Kanun, 37. maddesinde, iştirake ilişkin sorunları çözmemiş, tersine anlaşılması zor sorunlar yaratmıştır. Kanun 'Suçun kanuni tanımında yer alan *fiili* birlikte ger- çekleştirmekten' söz etmektedir. Bir kere, Kanun, birçok suçta, fiilin ne olduğunu söylememiş, bunun yerine fiili, içini yorumcunun dolduracağı bir 'durum' veya bir 'neticenin meydana gelmesi' olarak ifade etmiştir. Örneğin. 96. maddede öngörülen suçta '...eziyet çekmesine yol açan davranış...' bir durumu, 86. maddede öngörülen suçta '...vücuduna acı verme veya sağlığını ya da algılama yeteneğinin bozulma- sına neden olma...' bir neticeyi ifade etmektedir. Böyle olunca, 37. maddede yer alan 'fiil' terimi yanlış olmaktadır. Bunun doğrusu, 'suç' tur, çünkü fiile değil, suça iştirak edilmektedir". Hafizoğulları, Zeki, *Türk Ceza Hukuku Ders Notları*, Ankara 2007-2008 <http://www.zekihafizogullari.com/CezaHukuku%20Ders%20Notlari.pdf> (04.06.2008 tarihindeki güncellenmiş hali esas alınmıştır), s. 141.

¹⁵ Hafizoğulları, s. 111; Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 244; Kühl, AT, § 20 Kn. 263; Kühl, Kristian, *Strafgesetzbuch-Kommentar (Kommentar)*, 25. Auflage, München 2004, § 24 Kn. 28; Roxin, *Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer*, s. 278; Eser, SS, § 24 Kn. 79; Hein- rich, *Strafrecht Allgemeiner Teil I (AT. I)*, Stuttgart 2005, Kn. 802; Jacobs, *Strafrecht All- gemeiner Teil (AT.)*, 2. Auflage, Berlin-Newyork, 1991, 26 / 25; Krey / Heinrich, AT. 2, Kn. 513; Tröndle / Fischer, § 24 Kn. 38. İştirakin ikinci derecedenliği kuralı gereğin- ce, katılanın (Teilnehmer) teşebbüsten sorumlu olabilmesi, kendisi bütün katkısını çoktan sağlamış olsa bile, ancak sadece fail (Taeter) teşebbüs evresine girdiğinde söz konusu olabilir. Wessels / Beulke, AT, Kn. 648a.

bulunduğu ancak muhakeme sürecinde ismini bildirmediği durumda da henüz yalan tanıklık suçunun teşebbüs evresine girilmemiştir.¹⁶

Suç ortağının katkısı teşebbüs evresine ulaşmadığında, yani katılan icranın başlangıcından önce bir katkı sağlamamış veya bu katkısını hiçbir sonuç doğurmayacak şekilde etkisizleştirmişse onun bakımından TCK m. 41'in uygulanmasına gerek yoktur.¹⁷

2. Suç Ortağının Katkısının Suça Bir Etkisinin Olmaması Durumu

Suç ortağı hazırlık evresinde bir katkı sağlamış, ancak yine daha hazırlık evresindeyken bu katkısını tamamen etkisiz hale getirmişse, yine TCK m. 41'in uygulanmasına gerek yoktur. Örneğin, yardım eden, faili daha hazırlık evresindeyken suçtan vazgeçirebilirse TCK m. 41'e başvurmak ne mümkün ne de gereklidir. Eğer fail bundan sonra suçu icra ederse, ortada yardım edenin önceki katkısına dayandırılmayacak yeni bir suç vardır. Örneğin yardım eden, failin hırsızlıkta kullanacağını bildiği bir aleti ona verdikten sonra daha icraya başlamadan geri almışsa, onun katkısı sonradan failin yaptığı hırsızlığa kadar ulaşmamıştır. Burada fail, yardım edenin katkısından bağımsız ayrı bir suç işlemiştir.¹⁸ Olayda bir geri dönme durumu yoktur; çünkü vazgeçme, mutlaka bir teşebbüsün varlığını gerektirir. Oysa yardım edenin katkısı, suç daha teşebbüs evresine girmeden tamamen etkisizleştirilmiştir. Bir hırsıza maymuncuk veren bir kimse, potansiyel fail icra hareketleri evresine girmedikçe yardım etmeye teşebbüs eden olarak cezasız kalır. Bu evrede kendisi de bu maymuncuğu geri alırsa yine cezalandırılmayacaktır. Bu hareketinin gönüllü olup olmaması da önemli değildir; yardım eden, bu katkısını, üçüncü kişilerce gözetlendiğini fark ettiği için geri alsa bile cezasızdır.¹⁹

¹⁶ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 245; Roxin, AT. II, § 30, Kn. 310.

¹⁷ Eser, SS, § 24 Kn. 80; Eisele, Jörg, *Abstandnahme von der Tat vor Versuchbeginn bei mehreren Beteiligten*, ZStW 112 (2000) s. 767; Kühl, Kommentar, § 24 Kn 28; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 122.

¹⁸ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 248; Roxin, AT. II, § 30, Kn. 309; Eser, SS, § 24 Kn. 80; Kühl, Kommentar, § 24 Kn. 27; Rudolphi, § 24 Kn. 36; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 122.

¹⁹ Roxin, AT. II, § 30, Kn. 309; Grünwald, s. 706; Lenckner, s. 283; Rudolphi, SK, § 24 Kn. 36; Eser, SS, § 24 Kn. 79. Almanya' da 1975 değişiklikleri sürecinde Ceza Reformunu görüşen Özel Komisyonun toplantılarında bu konu gündeme gelmiş ve

3. Hazırlık Hareketleri Evresinde Vazgeçmenin Mümkün Olması

TCK m. 41'in uygulanması için, yardım edenin vazgeçme davranışını, suç ancak teşebbüs evresine girdiğinde yapması gerekmez. Eğer yardım eden, katkısını sağladıktan sonra daha hazırlık evresindeyken suçun tamamlanmasını önleyici çaba içine girerse, fiilin bundan sonra teşebbüs evresine girmesi ve ona isnat edilebilmesi durumunda, onun çabası bu maddenin uygulanma alanına girebilir. Bu durumda daha hazırlık evresindeyken gerçekleştirilen vazgeçme çabaları –sağlanan katkının tamamen etkisizleştirilmesi şartıyla– vazgeçene cezadan kurtarma imkânı getirebilir. Bu durum, vazgeçmenin varlığı için bir teşebbüsün olması gereğine aykırı değildir. Bu şart, yardım edenin, sonucun önlenmesine yönelik davranışı henüz hazırlık evresindeyken gerçekleştirdiği ve buna rağmen fiilin teşebbüs evresine geçtiği durumda da yerine gelmektedir. Bu bakımdan TCK m. 41 teşebbüsün zamansal olarak vazgeçme davranışından önce olmasını şart koşmamaktadır.²⁰

B. Suçun Tamamlanmasına Yönelik Kast

Suç ortağının, iştirakten sorumlu tutulabilmesi için, katkısını kasten gerçekleştirmesi de aranan şartlardan biridir. Sadece bu şart gerçekleştiğinde katılma cezalandırılabilir ve sadece bu durumda TCK m. 41 anlamında bir vazgeçme gündeme gelebilir²¹. Böylece suç ortağının

katılanın, fiile olan katkısını ortadan kaldırması anlamında, fiilde kullanılmak üzere verdiği aracın geri alması örneği verilmiş, bu hareketin Al. CK m. 24 / II' ye göre (TCK. m. 41) cezasızlık için yetmeyeceğine işaret edilmiştir. Bkz. Roxin, AT. II, § 30, Kn. 311.

²⁰ Bu yöndeki açıklamalar için bkz. Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 250-251.

²¹ Gropp, AT., § 10 Kn. 130; Kühl, AT., § 20 Kn. 201; Otto, Harro: Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre (AT.), 6. Auflage, Berlin 2000, § 22 Kn. 42; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 123. "Kanun, gerekçesinde, 'failin işlediği fiilin kasten işlenmesini' şart koşmakta, ancak 'failin bu fiil nedeniyle ayrıca kusurlu olmasına gerek yoktur' demektedir. Kanun koyucunun kafası karışıktır. Geçerli doktrin olarak, kusurluluğun gerek tabiatçı anlayışında gerekse normatif anlayışında kast ve taksir kusurluluğun türlerini oluşturmaktadır. Fiilinden bağımsız olarak failde kusurluluk aramak, kusurlu fiili değil de kusurlu faili esas alarak veya kınanabilirliği fiilden kaldırarak faile yüklemek, böylece kusurluluğu suçun unsuru olmaktan çıkarmak ve alışıldan farklı 'fail kusuruna' dayalı bir ceza hukuku anlayışını benimsemek, hakimi onurlandırmak değildir, hakimi araç kılarak kanun koyucunun totaliter eğilimlerini tatmin etmektir". Hafızoğulları, s. 111.

suçun tamamlanması açısından kasten davranmadığı olayları tartışmaya gerek yoktur. Örneğin yardım eden, asli faile bilerek elverişsiz bir araç vermişse ve böylece bu suçun teşebbüs evresinde kalacağından ve tamamlanmayacağından eminse böyledir.²²

Suç ortağı, gerçi hazırlık evresinde bir katkı sağlamış, ancak bunun yetersiz olduğunu ve suçun tamamlanabilmesi için bu katkısını tamamlaması gerektiğini, diğer bir deyişle bu katkısının başka bir şekilde ikame edilemeyeceğini biliyorsa ve böylece suçun onun katkısı olmadan nedensel süreçten önemli bir sapma yaparak gerçekleşeceğinden eminse, onun bir kastı olduğu söylenemez; bu durumda suça kanuni tipe uygun bir katkısı da bulunmamaktadır. Ancak, katkısını tamamlamayı ve böylece ihtimal olarak suç için nedensel olmayı hesaplıyorsa, suç teşebbüs evresine girdiğinde bu katkısından sadece TCK m. 41'in şartlarına göre dönebilir.²³

Ayrıca suç ortağı, başta sağladığı katkısını hazırlık hareketleri evresinde elverişsiz hale getirdiğinde de, TCK m. 41'i uygulamaya gerek olmadan cezasızdır. Bu olaylarda, suç ortağı gerçi başlangıçta suçu tamamlamak kastıyla katkısını sağlamıştır; ancak daha hazırlık evresindeyken yaptığı vazgeçme hareketiyle suçun sonuçsuz kalmasını sağlayacak bir etkide bulunmuştur. Suç ortağının katkısının baştan itibaren elverişsiz olmasıyla, başlangıçta elverişli olan katkının sonradan -icra başlamadan önce- elverişsiz hale getirilmesi arasında fark yoktur. Örneğin suç ortağının, daha önceden verdiği zehri zararsız bir tozla değiştirmesi veya hamileliği sona erdirecek bir ilaç yerine zararsız bir ilaç vermesi durumunda böyledir. Burada suç ortağı, yardım katkısını hazırlık evresinde ortadan kaldırmıştır. Zehrin yerine zararsız bir tozun konulması yardım hareketi olarak değerlendirilemez; çünkü yardım edenin artık kastı yoktur. Bu olaylarda bir vazgeçme sorunu gündeme gelmediği için gönüllü vazgeçme hükmünü uygulamaya gerek yoktur.²⁴

²² Zaczyk, NK, § 24 Kn. 123; Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 253.

²³ Eser, SS, § 24 Kn. 82; Vogler, Theo, *Rücktritt, in Leipziger Kommentar (LK) Strafgesetzbuch*, Grosskommentar, 1. Band Einleitung, §§ 1 bis 31, 10. Auflage (LK 10. Aufl.), Berlin 1985, § 24 Kn. 164; Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 254.

²⁴ Vogler, LK (10. Aufl.), Kn. 161; Otto, Theo: Versuch und Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten (Versuch und Rücktritt), JA 1980, s. 708; Lenckner, s. 284; Eser, SS, § 24 Kn. 83; Gores, s. 23 vd. Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 249; Roxin, AT. II, § 30, Kn. 310, 312; Roxin, *Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer*, s. 270 vd; Kühl, Kommentar, § 24

Eğer potansiyel yardım eden, verdiği zehrin yerine, yanlışlıkla kendisinin zararsız zannettiği ancak gerçekte o da öldürücü olan bir madde koymuşsa yine suça iştirak etmiş olmaz; çünkü bu olayda onun suçun tamamlanması yönünde bir iradesi yoktur. Görünüşte yardım eden durumunda olan fail, baştan itibaren zararsız zannettiği, ancak gerçekte zararlı olan bir madde vermiş olsaydı yine yardım eden sıfatını kazanmazdı; hazırlık evresindeki maddenin değiştirilmesi durumunun biraz önce veya sonra olmasının bir önemi yoktur.²⁵

Suç ortağının, suçun tamamlanması bakımından kasıtlı bir harekette bulunması gerekli, aynı zamanda yeterlidir. Eğer suç ortağı suçun tamamlanması iradesinden vazgeçmişse, bu vazgeçme zamansal olarak icraya doğrudan doğruya başlamadan önce olsa bile, bu durum tek başına onun, hemen arkadan başlayacak olan bir suça sübjektif ve objektif yönden kanuni tipe uygun katkısını ortadan kaldırmaz.²⁶ Bu bakımdan suç ortağının katkısını objektif bakımdan tamamen ortadan kaldırması gerekir; öyle ki suçun devam ettirilmesinin onu katkısıyla artık hiçbir ilgisinin kalmaması gerekir.²⁷

Kn. 28; Kühl, AT., § 20 Kn. 265; Eisele, s. 772; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 123.

²⁵ Roxin, AT. II, § 30, Kn. 313; Vogler, LK (10. Aufl.), Kn. 161; Lenckner, s. 284; Eser, SS, § 24 Kn. 83. Aksi görüş: “..yardım eden henüz hazırlık evresindeyken gerçi suçun tamamlanması kastını bırakmış, ancak katkısını –yanlışlıkla da olsa– tamamlanmanın ona isnadını engelleyecek şekilde kaldırmayı başaramamışsa ve asıl fail fiilini onun katkısı üzerine inşa etmişse, bu işlenen fiile kasıtlı katkısı var olmaya devam eder. Yardım eden asıl faille bilerek öldürücü bir zehir vermiş, ancak asıl fail doğrudan icraya başlamadan bu zehri zararsız olduğunu düşündüğü ama gerçekte aynı şekilde öldürücü bir zehirle değiştirmiş ve asıl fail bu zehri öldürmek için kullanmışsa öldürme suçuna kasıtlı olarak katılma vardır. Aynı şekilde asıl faille verdiği silahın kurşunlarını gizlice boşaltan, ancak bir mermiyi namluda unutan yardım eden de, asıl fail bu mermiyle mağduru vurduğunda bundan sorumludur. Ancak nedensel süreçten önemli bir sapma olduğunda istisna olduğunu kabul etmek gerekir. Böylece, örneğin adam öldürme suçuna yardım eden suç ortağı, asıl faille önce öldürücü bir zehir vermiş, ancak daha sonra bunu zararsız olduğunu düşündüğü –gerçekte ise yine öldürücü- bir maddeyle değiştirmiş ve fail de bunu kullanarak adam öldürmüştür olsun. Bu olayda adam öldürme suçuna bilinçli olarak bir yardımın varlığını kabul etmek gerekir” Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 256. Lilie/Albrecht’ le aynı görüşte: Zaczyk, NK, § 24 Kn. 123; Rudolphi, SK, § 24 Kn. 36.

²⁶ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 255; Eisele, s. 773; Gores, s. 27.

²⁷ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 255; Otto, Versuch und Rücktritt, s. 708, Zaczyk, NK, § 24 Kn. 123; Eser, SS, § 24 Kn. 83.

C. Suç Ortağının Katkısının Etkisini Devam Ettirmemesi

TCK m. 41'in uygulanabilmesi için, suç ortağının kasıtlı olarak tamamlanmaya yönelik katkısının (fail veya katılan olmasından bağımsız olarak), suçun tamamlanmasına kadar etkisini devam ettirmemesi gereklidir.²⁸ Böylece ilgili kişi tamamlanmış bir suça katılmaktan cezalandırılabilir olduğunda, yani suç tamamlandığında ve suç ortağının kasıtlı katkısı öngörülen nedensel süreçten önemli bir sapma olmaksızın tamamlanmaya kadar uzandığında vazgeçme artık mümkün değildir.²⁹ Bu durum, suç ortağının gerçi katkısını daha hazırlık evresinde sağladığı ve yine bu evrede vazgeçtiği, ancak bu katkısının tamamlanmaya kadar devam ettiği olaylar için de geçerlidir.³⁰ Başka bir anlatımla, ortağın, suça iştirakten gönüllü vazgeçmiş sayılabilmesi için, diğer suç ortaklarına ister haber versin isterse vermesin, sadece iştirak iradesinden vazgeçmiş olması, yani ortaklaşa işlemekte oldukları suçu bırakıp gitmesi yeterli değildir; ayrıca suçtaki nedensel katkısını bir şekilde gidermiş olması da gerekir. Suç ortağı, kendisi uzaklaşsa bile, suçta nedensel katkısı devam ettiği sürece suça iştirakten gönüllü vazgeçmiş sayılmaz.

Örneğin, işlemeye başladıkları hırsızlık suçunda, gözcülük yapmakta olan A olay yerinden ayrıldıktan sonra, öteki suç ortakları B ve C, onun varlığını hesaba katmayı sürdürmüşlerse, yani hala gözcülük yaptığını sanarak gönül rahatlığı içinde işlerine devam etmişlerse veya suçun işlenmesinde artık tüm ortaklar bakımından dönüşü olmayan bir noktaya gelinmişse, yani vazgeçmenin suçun işlenmesi üzerinde artık hiçbir etkisi bulunmuyorsa, A gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanamaz; çünkü A, ister haber versin isterse vermesin, sadece

²⁸ Al. CK'nın iştirakte vazgeçmeyi düzenleyen 24/II maddesine göre, bir suça katılanın öncelikle fiilin tamamlanmasını önlemesi gerekir. Ancak fiil geri dönenen bağımsız bir nedenle tamamlanmıyor, ya da "onun katkısından bağımsız olarak" işleniyorsa vazgeçenin gönüllü ve ciddi çabası cezasızlık için yeterlidir. Görüldüğü gibi suçun tamamlanması halinde vazgeçen suç ortağının gönüllü ve ciddi çaba göstererek cezadan kurtulabilmesinin şartı olarak fiilin "onun önceki katkısından bağımsız olarak işlenmesi" aranmaktadır. Kanaatimizce TCK m. 41/2b' de böyle bir kayıt konmamış olsa da iştirakin niteliği gereği hükmü böyle anlamak gerekir.

²⁹ Roxin, AT. II, § 30, Kn. 314; Jacobs, AT., 26 / 29; Krey / Heinrich, AT. 2, Kn. 514; Kühl, Kommentar, § 24 Kn. 25; Lenckner, s. 290; Rudolphi, SK, § 24 Kn. 35. Suç ortağının katkısının etkisini devam ettirmemesi konusunda, fail, azmettiren ve yardım eden bakımından ayrıntılı olarak bkz. Zaczyk, NK, § 24 Kn. 118 vd;

³⁰ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 257; Wessels / Beulke, AT., Kn. 650.

uzaklaşmakla suçtaki nedensel katkısını gidermiş olmamaktadır.³¹

Kanuni tipe uygun sonuç, suç ortağına isnat edilebilir bir şekilde ve öngörülen nedensel süreçten esaslı bir sapma olmaksızın meydana gelmişse, bu bakımdan onun katkısını ara dönemde sübjektif olarak bırakıp bırakmaması veya katkısını suçun tamamlanmasını önleyecek şekilde ortadan kaldırmaya çalışıp çalışmaması önemsizdir.³² Suç ortağı burada, genel olarak faillik ve katılmanın şartları dikkate alındığında, önleme çabalarının başarısız olması rizikosunu da yüklenmektedir.³³ Buna göre, azmettiren, suç işleme kararı almasına neden olduğu asli faili kararından vazgeçiremezse ve böylece fail suçu işlerse bu hükümden yararlanamaz. Asli failin dolandırıcılık suçunu işleyebilmesi için sahte belge hazırlayan yardım eden, bunları daha hazırlık evresindeyken geri istese bile bunda başarılı olamazsa ve suç bunlarla işlenirse sorumlu olacaktır. Aynı şekilde, bir müşterek fail, diğer suç ortağını/ortaklarını planladıkları yağma suçundan vazgeçirmeyi başaramamış ve suç onun sağladığı katkının da katılımıyla işlenmişse bu sonuçtan sorumludur.³⁴

Alman Federal Yüksek Mahkemesi (FYM)'nin kararına³⁵ konu olan bir olayda; A bankayı soymak için iki kadınla anlaşır ve hazırlık çalışmalarına da katılır (eylemi gerçekleştirecekleri bankanın konumu, müşteri yoğunluğu vs. hakkında araştırma yapar, kadınlarla beraber bankaya gidebileceği ve olaydan sonra kaçabilecekleri bir araba çalar). İcraya başlayacakları sırada A tekrar düşünür ve kararından vazgeçer. İki kadından, banka müşterilerini silahla tehdit edecek olanı -aynı zamanda kız arkadaşı- sözlü olarak vazgeçirmeye çalışır. Kendisi de, suç planına göre ona düşen paraların bir torbaya doldurma işini bankaya dahi gitmeyerek yerine getirmez. Ancak iki kadın banka soygununu gerçekleştirirler. FYM bu olayda A'nın "geri çekilmesi"ni onun lehine değerlendirerek müşterek faillikten değil yardım etmeden mahkûm etmiştir.

³¹ Hafizoğulları, s. 119. Aynı yönde: Erra, s. 717-718; Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 9. Baskı, Ankara 2006, Kn. 374.

³² Eser, SS, § 24 Kn. 76; Roxin, *Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer*, s. 272; Rudolphi, SK, § 24 Kn. 36; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 116.

³³ Eisele, s. 768, 775; Lenckner, s. 290; Roxin, *Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer*, s. 272; Rudolphi, SK, § 24 Kn. 36.

³⁴ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 259.

³⁵ BGHSt, 28, 346.

Bu olayda A gönüllü vazgeçme hükmünden yararlanamaz. Eğer A suça olan katkısını tamamen ortadan kaldırsaydı ceza almazdı. Ancak A, daha hazırlık evresindeyken suç işleme niyetinden vazgeçmesine rağmen somut olayda katkısını ancak kısmen (plana göre paranın onun tarafından alınmasını) kaldırmıştır. A'nın diğer katkıları (planlama, olay yeri hakkında bilgi toplama, olayda kullanılan arabanın çalınması) etkisini suçun tamamlanması evresine kadar sürdürmüştür. Ayrıca bu olaylarda cezadan kurtaran vazgeçmenin kabul edilmesi kriminalpolitik olarak da savunulabilir değildir. A suçu önleyebilirdi; kız arkadaşını zor kullanarak suçu işlemekten vazgeçirebilirdi veya banka görevlilerini uyarabilirdi ya da polise haber verebilirdi. Kanun koyucunun, bir yağma olayını A'ya enerjik bir şekilde önletme şansını, onu, sadece -sonucun gerçekleşmesini engellemeyen- bir vazgeçmesinden dolayı, bir cezasızlıkla ödüllendirerek peşinen heba etmesi için bir neden yoktur. Bu nedenlerle A sorumludur.³⁶

D. Vazgeçmenin Gönüllü Olması

Hangi kriterlere göre gönüllülüğün belirleneceği konusunda iki temel teori bulunmaktadır. Bunlar psikolojik ve normatif teoridir.³⁷ Bunların dışında, bu iki teoriyi birlikte değerlendiren ve gönüllülüğü, failin otonom ve heterenom karar almasına göre belirleyen teori bulunmaktadır.³⁸

Psikolojik yaklaşım vazgeçmenin gönüllülüğünü, failin *"kararına hâkim olarak kalması ve suç plânının icrasını hala mümkün kabul etmesi"*ne göre belirlemektedir.³⁹ Psikolojik yaklaşıma göre, *"etik niteliğin değerlendirme dışı bırakılması gerektiği kabul edilerek, vazgeçme sakının başka bir seçenek bırakmayacak şekilde faili etkileyip etkilemediğinin"* açıklığa kavuşturulması gerekir. Buna göre, psikolojik baskının gücü failin özgürce seçimini yapmasını devre dışı bırakıyorsa vazgeçme gönülsüz, buna

³⁶ Roxin, AT II, § 30, Kn. 315, 318.

³⁷ Teoriler için bkz. Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 148; Roxin, AT, II, § 30, Kn. 355; Eser, SS, § 24 Kn. 42; Jager Christian, *Das Frewilligkeitsmerkmal beim Rücktritt vom Versuch*, ZStW 112 (2000), s. 783; Maurach / Gössel / Zipf, AT, 2, § 41 Kn. 97.

³⁸ Bkz. Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 157; Eser, SS, § 24 Kn. 43; Gropp, AT, § 9 Kn. 73; Kühl, AT, § 16 Kn. 55; Kühl, Kommentar, § 24 Kn. 18; Maurach / Gössel / Zipf, AT, 2, § 41 Kn. 109; Tröndle / Fischer, § 24 Kn. 24; Wessels / Beulke, AT, Kn. 651.

³⁹ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 149; Eser, SS, § 24 Kn. 43.

karşılık fail ne dış bir zorlama nedeniyle engellenmemiş ne de manevî bir baskı nedeniyle fiili tamamlayamayacak hale gelmemişse vazgeçme gönüllüdür.⁴⁰

Psikolojik teoriyi kabul etmeyen doktrin⁴¹ gönüllüğün belirlenmesini normatif temelde yapmak istemektedir. Vazgeçmenin gönüllülüğü saf bir değerlendirme problemidir. Burada belirleyici olan “*failin iç düşüncelerinin değerlendirilmesi*” olacaktır. Böylece değişik varyasyonlarıyla temsil edilen normatif teoriye göre sadece psişik bulgu önemli değildir, ayrıca vazgeçme saikinin değerlendirilmesi de önemlidir. Bu bakımdan farklı değerlendirme kriterleri ortaya atılmıştır. Normatif teorinin en çok benimsenen yaklaşımı şu şekilde ifade edilmiştir: Vazgeçme hukuka sadık düşüncenin bir ifadesi olmalıdır. Fail, “*hukukun yörüngesine/sınırlarına döndüğünde*” gönüllü vazgeçmiş sayılır.⁴² Bir diğer tanımla vazgeçme, bir “*geriye dönme*” ve failin değişen düşüncesi-nin bir ifadesi olarak ve bu bakımdan “*yasal zemine geri dönüş*” olarak ortaya çıktığında gönüllüdür.⁴³ Bu çerçevede geri dönmenin gereklerine en uygun kriter olarak failin vazgeçme davranışının suç planına aykırılığı kabul edilmek zorunludur.⁴⁴

Bu iki yaklaşımın dışındaki üçüncü görüşe göre, gönüllülük sorunu somut olayda psikolojik ve normatif yaklaşımın birlikte ele alınarak cevaplandırılması gerekir. Sadece bu şekilde vazgeçme davranışının belirlenmesindeki zorluklar aşılabılır. Bu kavramların içinde yatan psikolojik unsurların normatif unsurlarla tamamlanması gerekir. Bu

⁴⁰ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 149; Heinitz, Ernst: Streitfragen der Versuchslehre, JR 1956, s. 249; Krey, AT. 2, Kn. 495; Baumann, Jürgen / Weber, Ulrich / Mitsch, Wolfgang: Strafrecht Allgemeiner Teil (AT), Bielefeld 2003, § 27 II 4; Köhl, Kommentar, § 24 Kn. 18; Jescheck / Weigend, AT, § 51 III 2; Vogler, LK (10. Aufl.), § 24 Kn. 88; Wessels / Beulke, AT., Kn. 651.

⁴¹ Roxin, AT. II, § 30, Kn. 355, Roxin, Claus, Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch, in: *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag* (Rücktritt vom unbeendeten Versuch), s. 256; Bottke, Wilfried, *Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Taeterverhalten*, Ebelsbach 1979, s. 496; Kohler, AT., s. 479; Gutmann, Alexander Peter, *Die Freiwilligkeit, Beim Rücktritt vom Versuch und Bei der Taetigen Reue*, Hamburg 1963, s.148 vd.; s. 314; Rudolphi, SK, § 24 Kn. 25.

⁴² Bottke, s. 441, 496 vd, s. 441; Jager, *Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefahrdungsumkehr*, Münschen 1996 (Rücktritt), s. 25.

⁴³ Roxin, *Rücktritt vom unbeendeten Versuch*, s. 256; Kohler, AT., s. 479; Bottke, s. 496 vd; Jager, Rücktritt, s. 25.

⁴⁴ Roxin, AT. II, § 30, Kn. 379; Jacobs, AT., 26 / 30.

bakımdan kanaatimizce de vazgeçme davranışının otonom ve hetere-nomluğu temelinde bir ayırım yapmak gerekir.⁴⁵ Gönüllülük, “*kendi iradesiyle*”, “*davranışında otonom olma*” anlamına gelir⁴⁶ ve “*kendiliğinden*”, “*kendi isteğiyle*”, “*zorlanmadan*”, “*zorlayıcı bir talep olmadan*”, “*baskı olmadan*” ifadeleriyle eş anlamlıdır.⁴⁷ Buna göre, fail zorlayıcı bir engel nedeniyle vazgeçmeye zorlanmıyor, aksine vazgeçmesi kendi otonom kararına dayanıyorsa gönüllülük vardır. Bir diğer deyişle fail gerçekten özgürce bir karar alarak, yani otonom olarak icra hareketlerini bırakı-yorsa ya da kanuni tipe uygun sonucun meydana gelmesini önlüyorsa gönüllüdür.⁴⁸ Faili vazgeçmeye iten neden, örneğin vicdan, pişmanlık, utanç, mağdura acıma, ruhsal sarsıntı, cezalandırmadan korkma gibi iç bir neden olabilir. Ancak mutlaka böyle olması gerekli değildir. Vazgeçmenin saiki dış bir sebepten de kaynaklanabilir. Böyle bir durumda da fail kararının hâkimi olarak kalıyorsa yani bu engeller onu suçu

⁴⁵ Bkz. Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 157; Eser, SS, § 24 Kn. 43; Gropp, AT., § 9 Kn. 73; Kühl, AT., § 16 Kn. 55; Kühl, Kommentar, § 24 Kn. 18; Maurach / Gössel / Zipf, AT. (1989) 2, § 41 Kn. 109; Tröndle / Fischer, § 24 Kn. 24; Wessels / Beulke, AT., Kn. 651.

⁴⁶ Zaczyk, NK, § 24 Kn. 68.

⁴⁷ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 158. “İhtiyar kavramı ‘serbest irade’ anlamına alın-mak gerekir. Bu nedenle vazgeçmenin yalnız iradi olması yetmez, serbest olması da lazımdır. Bir dereceye kadar ‘ihtiyar terimi’ ‘icbar’ (zorlama)nın aksidir. Hariçten gelen maddi veya manevi bir baskı altında teşebbüsten vazgeçen kimsenin hareketi iradi sayılabilirse de ihtiyara dayanan vazgeçme sayılamaz. Çünkü harici bir tazyik karşısında bulunan suçlunun kararı mutlak veya görelî bir mecburiyet altında alın-mış bir karardır”. Erem, Faruk / Danışman, Ahmet / Artuk, Mehmet Emin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 1997, s. 317. Aynı görüşte; Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Bası Ankara 2006, s. 770. “İhtiyarilik” ve “samimilik” arasındaki farklar için bkz. Erra, s. 698 vd.

⁴⁸ Frank, Reinhard, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich (RStGB)*, 18. Auflage, Tü-bingen 1931, § 46 II; Baumann / Weber / Mitsch, AT., § 27 Kn. 17; Eser, SS, § 24 Kn. 43; Krey / Heinrich AT 2, Kn. 496; Kühl, AT., § 16 Kn. 57; Vogler, LK (10. Aufl.), § 24 Kn. 91; Wessels / Beulke, AT., Kn. 651; Maurach / Gössel / Zipf, AT. 2, § 41 Kn. 118, 120. Yargıtay, bir kararında bu anlayışı esas almıştır: “765 sayılı TCK’nın 62. maddesi hükmüne göre, suça yönelen eylemin tam teşebbüs derecesinde kaldığı-nın kabulü için, sanıkta suç işlemek kastının bulunması, suça elverişli vasıtaların kullanılması, failin işlemeyi kastettiği cürmün icrasına ait bütün fiilleri bitirmesi ve fakat iradesi dışında bir sebepten dolayı o cürmün neticesinin meydana gelmeme-si koşullarının gerçekleşmiş olması gerekir. Burada yasanın müeyyideye bağladığı suçun işlenmesine ‘mani sebep’ failin dışında, iradesine yabancı bir sebeptir. Şayet tasarlanan eylemin gerçekleşmeme sebebi failin iradesine bağlanabiliyorsa, fail teşebbüs ettiği suçtan dolayı cezalandırılmaz. O ana kadar gerçekleşen eylemleri suç teşkil ediyorsa ona göre hüküm kurulur”. 5. CD. 24.4.1979, 1084 / 1086, YKD, Şubat 1981, s. 238 vd.

gerçekleştirmekten alıkoymuyor ve fail suça devam edebileceksen devam etmiyorsa vazgeçme hareketi otonomdur.⁴⁹

Buna karşılık, objektif olarak vazgeçme ifade eden davranış failin özgür kararına dayanmıyorsa, tersine ondan bağımsız şartlarca zorlayarak belirleniyorsa, diğer bir deyişle heterenomsa vazgeçme davranışı gönülsüzdür. Burada olayın şartları faili aleyhine o denli değişmiştir ki fail buna bağlı olarak oluşan riskleri ve dezavantajları taşıyabilecek durumda değildir veya göze almak istememektedir. Fail suçu mevcut şartlar altında tamamlanabilir kabul ediyor, ancak kendisini vazgeçme konusunda zorlanmış hissediyor, yani “*manevî baskı*” altında kararını alıyorsa davranışı özgür kararına dayanmamaktadır.⁵⁰ Bu olaylarda faili icraya devam etmekten alıkoyan, öngörülmeven önemli engeller oluşur; bu engeller failin suçu işleme yönündeki kararını almasında etken olan faktörleri ortadan kaldırarak suçu işlemesine engel olur.⁵¹

Gönüllülük hukuki bir kavramdır. Bu nedenle bu kavram sadece “*psikolojik*” anlamda anlaşılamaz; ancak diğer yandan özgür iradenin temel unsurunu yok edecek şekilde, sadece bir değerlendirmenin sonucu anlamında “*normatif*” olarak da anlaşılamaz. Burada vazgeçmenin cezadan kurtarıcı etkisi vazgeçme saikinın değerlendirilmesine bağlı değildir. Failin yasal zemine dönmesi söz konusudur; ancak Kanun saf normatif teorinin tersine gönüllülüğün belirlenmesinde ahlâkî olarak yüksek bir saikin varlığını aramamıştır.⁵² “*Burada yasallık söz konusudur, moralite değil*”. Bu nedenle kararın otonomluğu ahlâkî anlamda anlaşılamaz ve etik anlamda “*iyi*” bir saik de aranamaz.⁵³ Diğer yandan “*hukuk düzenine pozitif bir inanç*” da şart değildir.⁵⁴

⁴⁹ Wessels / Beulke, AT., Kn. 651; Baumann / Weber / Mitsch, AT., § 27 Kn. 17; Eser, SS, § 24 Kn. 43; Maurach / Gössel / Zipf, AT. 2, § 41 Kn. 109; Otto, AT., § 19 Kn. 40; Tröndle / Fischer, § 24 Kn.20; Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 158.

⁵⁰ Eser, SS, § 24 Kn. 44; Maurach / Gössel / Zipf, AT. 2 § 41 Kn. 109; Wessels / Beulke, AT., Kn. 652; Kühl, AT., § 16 Kn. 56; Krey / Heinrich, AT. 2, Kn. 497; Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 158.

⁵¹ Eser, SS, § 24 Kn. 47; Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 159.

⁵² Zaczyk, NK, § 24 Kn. 68; Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 159; Baumann / Weber / Mitsch, AT, § 27 Kn. 17; Tröndle / Fischer, § 24 Kn.20; Wessels / Beulke, AT., Kn. 651.

⁵³ Zaczyk, NK, § 24 Kn. 68.

⁵⁴ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 160.

III. İŞTİRAKTE SUÇUN TAMAMLANMASINI VEYA SONUCUN GERÇEKLEŞMESİNİ GÖNÜLLÜ ÖNLEME YOLUYLA VAZGEÇME (TCK m. 41/1)

TCK m. 41/1 hükmüne göre, iştirak halinde işlenen bir suçta teşebbüse katılan suç ortağı gönüllü olarak kanuni tipe uygun sonucun meydana gelmesini önlediğinde cezadan kurtaran bir şekilde vazgeçmiş olur. İştirak halinde işlenen suçta, suç ortaklarının her biri diğerlerinin fiilinden de sorumlu olduğu için, suç ortağının sadece kendi katkısını geri alması vazgeçmesi için yeterli değildir. Suç ortağı, katkısını geri almasıyla ya da ortadan kaldırmasıyla sonucu gerçekten önliyorsa o zaman vazgeçmeden yararlanabilir. Böylece TCK m. 41/1 objektif olarak katılanın nedensel bir vazgeçme davranışıyla suçun tamamlanmamasını şart koşturmaktadır; sübjektif olarak da bu kararın gönüllü olmasını aramaktadır.⁵⁵

TCK m. 41/1 hükmüne göre, vazgeçme için her şeyden önce suç ortağının suçun planlanan şekliyle tamamlanmamasını sağlaması, yani suçun diğer katılanlarca da kesinlikle icra edilememesini sağlaması gereklidir.⁵⁶ Bu durumda, TCK m. 41/1'e göre vazgeçebilmek için, bir suç ortağının diğer suç ortağını sadece vazgeçirmeye / fikrini değiştirmeye çalışması yeterli değildir. Eğer diğer suç ortağı veya ortakları onun bu uzak durmasına ve "*iç vazgeçmesi*"ne karşın, o olmaksızın hala fiillerine devam ediyorlarsa katılanın cezadan kurtarıcı bir vazgeçmesi söz konusu değildir.⁵⁷ Örneğin bir yardım eden, suçun icrası başladıktan sonra sadece gözcülük yerini terk etse, suçun icrası başladıktan sonra kaçsa, sadece pasif davransa veya malların nakline yardım etmese ancak bunu başka bir katılan yapsa, bu maddeye göre cezadan kurtarıcı şekilde vazgeçmiş olmaz.⁵⁸

Diğer yandan suç ortağının iradesinin sonucun önlenmesine yönelik olması gerekir. Bu nedenle, suç ortağının yanlışlıkla sonucu önlemesi yeterli değildir. Ancak tek başına faillikte olduğu gibi, sonucun önlenmesi, suç ortağının davranışının tek saiki olması gerekmez.⁵⁹

⁵⁵ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 265.

⁵⁶ Maurach / Gössel / Zipf, AT. 2, § 50 Kn. 106.

⁵⁷ Eisele, s. 752; Otto, Versuch und Rücktritt, s. 709; Tröndle / Fischer, § 24 Kn. 40; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 101.

⁵⁸ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 275, Tröndle / Fischer, § 24 Kn. 40.

⁵⁹ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 266.

Suç ortağının tamamlanmanın önlenmesine yönelik davranışı kanuni tipe uygun sonucun meydana gelmesini önlemelidir. Bu nedenle, suç ortağının sonucun doğmaması için çabaladığı, ancak çabalarının sonuçsuz kaldığı durumda bu hüküm uygulanmaz. Burada katılanın davranışının diğer bir nedenle birleşerek sonucu önlemesi de yeterli olacaktır.⁶⁰

Suç ortağının önceki katkısını geri alması ya da ortadan kaldırmasıyla aynı zamanda sonuç da önlenmiş oluyorsa vazgeçme için bu yeterlidir.⁶¹ Ancak eğer suç ortağının katkısını kaldırması/geri alması tek başına sonucun önlenmesi için yeterli değilse, başka bir şekilde ve çoğunlukla aktif karşı eylemler yoluyla suçun tamamlanmasını önlemelidir. Örneğin dolandırıcılığa teşebbüse katılan, aldatılan kişiyi henüz zararın meydana gelmesinden önce olayın gerçek yüzünü anlatırsa suçun tamamlanmasını önlemiş demektir.⁶² Suç ortağının başka şekilde de örneğin polis çağırmakla tehdit etmesi veya mağdurun kaçmasını sağlamasıyla da suçun tamamlanmasını önlemesi mümkündür.⁶³ Yine yalan tanıklığa teşebbüs etmede, katılan ifadesini zamanında düzeltir ve böylece suçun tamamlanmasını önlerse bu hükümden yararlanır.⁶⁴

Müşterek failler ortaklaşa bir karar alarak, icrasına başladıkları suçtan ya icra hareketlerini bırakarak ya da sonucun gerçekleşmesini önleyerek birlikte geri dönebilir. Müşterek faillerden birisinin tek başına vazgeçmek istemesi durumunda ise, bu failin ya suçun tamamlanması için zorunlu ve yeri doldurulamayacak katkısını yerine getirmemesi ya da aktif olarak tamamlanmayı önleyecek bir müdahalede bulunması gerekir. Böylece, vazgeçen müşterek fail suçun sadece kendi yönünden değil, diğer müşterek fail/failer bakımından da önlenmesini sağlamış olacaktır.⁶⁵ Örneğin müşterek fail, ortaklaşa planın aksine, onun için mümkün olmasına rağmen mağdura ateş etmiyor ve diğer

⁶⁰ Maurach / Gössel / Zipf, AT. 2, § 50 Kn. 105; Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 268; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 98; Eser, SS, § 24 Kn. 88; Rudolphi, SK, § 24 Kn. 39.

⁶¹ Eser, SS, § 24 Kn. 89; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 98; Grünwald, s. 701; Lenckner, s. 297; Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 268; Otto, fehlgeschlagener Versuch, s. 431; Kühl, Kommentar, § 24 Kn. 25; Wessels / Beulke, AT., Kn. 649.

⁶² Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 270; Eser, SS, § 24 Kn. 88; Maurach / Gössel / Zipf, AT. 2, § 50 Kn. 106; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 99.

⁶³ Roxin, *Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer*, s. 280.

⁶⁴ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 270.

⁶⁵ Baumann / Weber / Mitsch, § 27, Kn. 38-39.

katılanların da suçu tamamlayamayacağını biliyorsa adam öldürme suçuna teşebbüsten geri dönmüş olur.⁶⁶

Suç, azmettiren ve yardım eden olarak katılanlar da faille birlikte ya da ondan ayrı olarak suçtan gönüllü vazgeçebilir. Asıl failin, suça iştirak edenlerin vazgeçmesi sonrasında, iştirak edenlere isnat edilemeyecek başka bir suçu işlemesi durumunda da iştirak edenler gönüllü vazgeçmeden yararlanır. Ancak burada dikkat edilecek nokta, suçun fail tarafından teşebbüs evresine girecek şekilde işlenmeye başlamasıdır. İşlenmesine başlanmamış bir suçtan gönüllü vazgeçilmesi de mümkün değildir. Örneğin A, B'yi bir evi yakması için azmettirmiş olsun. Ancak A, B'nin icra hareketlerine başlamasından önce polise haber vermesi, polisin de gerekli önlemleri alıp B'yi icraya başlamadan önce yakalaması halinde, suçun icrasına daha başlanmadığı için azmettiren A'nın henüz cezalandırılabilen bir hareketi doğmamıştır. Bu durumda gönüllü vazgeçmenin uygulanmasına da gerek yoktur. Buna karşılık A, B'nin icra hareketlerine başlamasından sonra polise haber verip suçun tamamlanmasını önlemesi durumunda şartları meydana gelmişse gönüllü vazgeçmeden yararlanacaktır.⁶⁷ Dikkat edilmesi gereken bir nokta da, azmettirenin, kendi katkısının nedenselliğini sadece suçun tamamlanmasını önlediğinde kaldırabileceğidir.⁶⁸ Örneğin azmettiren, suç henüz tamamlanmadan failin düşüncesini değiştirebilirse, böylece fail azmettirenin bu karşı çabaları nedeniyle suç işlemekten vazgeçerse bunu başarmış olur.⁶⁹ Yardım eden ise, örneğin hırsızlık amacıyla bir sandığın açılması için mutlaka gerekli olan bir aleti geri aldığında ve diğer katılanlar bu nedenle icraya devam etmediklerinde suçun tamamlanmasını önlemiştir.⁷⁰ Aynı şekilde, dolandırıcılıkta kullanılmak üzere sahte belge düzenleyen yardım eden bu belgeleri tekrar geri alır, bu nedenle de mağdur mal varlığından bir şey kaybetmezse sonucu önlemiştir.⁷¹ Yine yardım eden, suç ortağının kolaylıkla başka yerden

⁶⁶ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 273; Eser, SS, § 24 Kn. 89;

⁶⁷ Baumann / Weber / Mitsch, AT., § 27, Kn. 42.

⁶⁸ Lilie / Albrecht, Lk, § 24 Kn. 269; Kühl, At., § 20 Kn. 265; Zaczyk, Nk, § 24 Kn. 103; Tröndle / Fischer, § Kn. 41.

⁶⁹ Eser, SS, § 24 Kn. 88; Maurach / Gössel / Zipf, AT. (1989) 2, § 50 Kn. 106; Jescheck / Weigend, AT., § 51 IV 3; Tröndle / Fischer, § Kn. 41.

⁷⁰ Eser, SS, § 24 Kn. 88; Maurach / Gössel / Zipf, AT. 2, § 50 Kn. 106; Tröndle / Fischer, § Kn. 41; Lenckner, s. 296.

⁷¹ Zaczyk, NK, § 24 Kn. 99.

sağlayamayacağı zehrin geri kalan miktarını teslim etmekten kaçınırsa ve bu nedenle de suç tamamlanamamış olursa adam öldürme suçuna teşebbüse yardım eden olarak katılmaktan gönüllü olarak geri dönmüş olur.⁷²

Teşebbüsten geri dönen suç ortağı, sonucu önlemek için üçüncü kişilerin yardımından yararlanabilir. Örneğin, sonucun meydana gelmesinden önce zamanında polisi olay yerine çağırdığında veya mağdura müdahale için tıbbi yardım ekibinin gelmesini sağladığında kanuni tipe uygun sonucu önlemiş olacaktır.⁷³ Ancak, ilgili kişiden sadece sonucun önlenmesini talep etme, suç ortağı sonuç alınacağından kesin bir şekilde emin değilse ve kendisi de gereken durumlarda kurtarmaya dâhil olmuyorsa yeterli değildir; ancak suç ortağı çağırdığı üçüncü kişilerin gerçekten gelip gelmeyecekleri ve mağdura ulaşacakları konusunda çok da kaygılı değilse sadece basit bir çağırma yeterli değildir.⁷⁴

Önleme davranışı ihmal şeklinde de olabilir.⁷⁵ Bunun için, suç ortağının kendi katkısına devam etmemesi kanuni tipe uygun sonucun meydana gelmemesi sonucunu doğurmalıdır ve suç ortağı da bunu bilmelidir. Suç ortağı böylece icra hareketlerini bırakarak da suçun tamamlanmasını veya sonucun gerçekleşmesini önleyebilir. Bu nedenle iştirak halinde işlenen suçlarda “tamamlanmanın önlenmesi” formülünü geniş yorumlamak gerekir. Aksi takdirde, hareketsiz kalarak kanuni tipe uygun sonucu önleyen suç ortağı, sadece bu şekilde hareketsiz kalarak yani suçun icrasını devam ettirmeyerek cezadan kurtarıcı geri dönmüş sayılmazdı.⁷⁶

⁷² Maurach / Gössel / Zipf, AT. 2, § 50 Kn. 111; Eser, SS, § 24 Kn. 89; Wessels / Beulke, AT., Kn. 649; Otto, Versuch und Rücktritt, s. 709; Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 273.

⁷³ Eser, SS, § 24 Kn. 88; Gropp, AT., § 9 Kn. 91; Freund, George, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (AT.), Personale Straftatlehre, Berlin 1998, § 9 Kn. 66; Roxin, *Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer*, s. 280; Roxin, AT. II, § 30, Kn. 337; Wessels / Beulke, AT., Kn. 648.

⁷⁴ Roxin, *Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer*, s. 280; Roxin, AT. II, § 30, Kn. 337; Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 271.

⁷⁵ Wessels / Beulke, AT., Kn. 649; Eser, SS, § 24 Kn. 89; Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 272; Kühl, AT, § 20 Kn. 264; Maurach / Gössel / Zipf, AT. 2, § 50 Kn. 110; Otto, AT., § 19 Kn. 68; Otto, Versuch und Rücktritt, s. 709; Rudolphi, SK, § 24 Kn. 39; Stratenwerth, AT., § 12 Kn. 111; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 101, Lenckner, s. 295; Roxin, *Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer*, s. 280.

⁷⁶ Maurach / Gössel / Zipf, AT. 2, § 50 Kn. 110; Otto, Versuch und Rücktritt, s. 709;

Suç ortağı artık suçun icrasına devam etmediğinde ya da suçun tamamlanmasının önlenmesi için aktif bir şekilde hareket eden diğer suç ortağıyla uyum içinde olduğunda, yani bu bakımdan onu onayladığında / desteklediğinde yine sonucu önlemiş kabul edilecektir. Aksi durumda vazgeçmek isteyen yardım edenin, aktif olarak vazgeçen asli failin vazgeçmesi yanında ona katılması ve vazgeçmesi mümkün olmazdı. Ancak bu bakımdan geri dönen suç ortaklarının iradelerinin aynı yönde olması ve hareketsiz kalan suç ortağının da bu şekilde nedensel sürece katılmış olması gerekir.⁷⁷ Sadece emir altında bu vazgeçmeyi onaylamak yeterli değildir ve gerçek bir vazgeçme değildir.⁷⁸ Bir suç ortağı, diğer suç ortağının vazgeçmesi nedeniyle devam etmiyor ve ayrıca artık bu nedenle suçun tamamlanmasının mümkün olmadığını biliyorsa onun devam etmemesi vazgeçme değildir.⁷⁹

IV. İŞTİRAKTE CİDDÎ VE GÖNÜLLÜ ÇABA GÖSTEREREK SUÇUN ÖNLENMESİNE ÇALIŞMAK YOLUYLA VAZGEÇME (TCK m. 41/2)

TCK 41/2 maddesinde, iştirak halinde işlenen suça teşebbüsten gönüllü olarak vazgeçmek isteyen suç ortağına bir kolaylık yolu açılmaktadır. Buna göre, suçun, gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması veya gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması hallerinde de gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacaktır.⁸⁰

Stratenwerth, AT, § 12 Kn. 111, Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 272.

⁷⁷ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 274; Vogler, LK (10. Aufl.), Kn. 170; Otto, *Versuch und Rücktritt*, s. 710; AT., § 19 Kn. 76.

⁷⁸ Zaczyk, NK, § 24 Kn. 101.

⁷⁹ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 274.

⁸⁰ Al. CK' da ise iştirak bakımından düzenleme şu şekildedir: "Eğer bir fiile birden çok kişi katılmışsa gönüllü olarak tamamlanmayı önleyene teşebbüsten dolayı ceza verilmez. Ancak eğer fiil vazgeçen bir şey yapmaksızın tamamlanmıyor (yani vazgeçenden bağımsız nedenlerle) veya onun önceki katkısından bağımsız olarak işleniyorsa, vazgeçenin fiilin tamamlanmasını önlemek için gönüllü ve ciddi çabası da cezasızlık için yeterlidir".

A. Suçun Gönüllü Vazgeçenin Gösterdiği Gayret Dışında Başka Bir Sebep İşlenmemiş Olması Hali (TCK m. 41/2a.)

TCK m. 41/2a' da, vazgeçen suç ortağına, vazgeçme davranışının sonucun önlenmesinde nedensel olmamasına rağmen gönüllü vazgeçme hükmünden yararlanma imkanı getirilmiştir.⁸¹ Ancak bunun için, suçun failin vazgeçme davranışı dışında başka bir nedenden dolayı işlenmemiş olması ve failin sonucun önlenmesi için mutlaka bir çaba içine girmiş olması gerekir. Maddede geçen “suçun gayreti dışında bir sebepten işlenmemiş olması”ndan bu anlaşılmaktadır.

1. Suçun Başka Bir Nedenden İşlenmemiş Olması

TCK m. 41/2a hükmünün uygulanabilmesi için öncelikle suçun teşebbüs evresinde kalması ve kanuni tipe uygun sonucun meydana gelmemesi gerekir. TCK madde 41/1'in tersine bu hüküm, suçun suç ortağının davranışından bağımsız nedenlerle tamamlanmamış olduğu, bu bakımdan suç ortağının davranışının sonucun önlenmesinde nedensel olmadığı olayları kapsar.⁸² Burada, suçun suç ortağının bir katkısı olmaksızın başka bir nedenden tamamlanmaması söz konusudur. Örneğin, failin kararından vazgeçtiğini ya da girişiminde başarısız olduğunu bilmeyen azmettirenin kararından vazgeçmesi/veya yardım edenin sağladığı katkıyı geriye almaya çalışması gibi.⁸³ Yine, suçun tamamlanmasının diğer suç ortaklarından biri tarafından önlenmesi durumunda da, sonucun vazgeçmek isteyen katılımdan bağımsız meydana gelmemesi söz konusudur.⁸⁴ Bu durumda gönüllü vazgeçerek suçun tamamlanmasını önleyen suç ortağı TCK m. 41/1'e göre cezasız kalırken, vazgeçme çabaları sonucun meydana gelmemesinde artık nedensel olmayan suç ortağı ise m. 41/2a'dan yararlanarak ceza almayacaktır.⁸⁵

Mağdurun aldığı tedbirler nedeniyle ya da üçüncü kişilerin veya

⁸¹ Bayraktar' a göre 41/2 maddeyle tuhaf, keyfilik yaratacak ve hakim in egemenliğine yol açacak bir düzenleme yapılmıştır. Bkz. Bayraktar, Teşebbüs, s. 144.

⁸² Eser, SS, § 24 Kn. 93; Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 285; Maurach / Gössel / Zipf, AT. 2, § 50 Kn. 114.

⁸³ Roxin, AT. II, § 30, Kn. 338.

⁸⁴ Zaczyk, NK, § 24 Kn. 109; Eser, SS, § 24 Kn. 94

⁸⁵ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 286.

başka şartların müdahalesiyle de sonuç gerçekleşmeyebilir. Üçüncü kişiler, bilinçli ya da bilinçsiz suç ortağının kurtarma hareketinden daha önce davranmış olabilir. Mağdurun kurtarılması, üçüncü kişilerin suç ortağından önce örneğin bir doktor çağırmasına veya ondan tamamen bağımsız tedbirlere dayanıyorsa, bu durumda sonuç suç ortağının bir eylemi olmaksızın meydana gelmemiştir.⁸⁶ Örneğin, müşterek failer bir yere bomba koymuş, ancak polis bu bombayı bulup etkisiz hale getirmiştir. Bundan haberi olmayan ve fiili gerçekleştirmekten vazgeçen suç ortaklarından biri bombayı etkisiz hale getirmek için polisi arar.⁸⁷ Yine, ortaklaşa yangın çıkaran faillerden birisi sonradan itfaiyeyi çağırması, ancak üçüncü bir kişi ondan önce itfaiyeye haber vermişse sonucun önlenmesinde nedensel değildir.⁸⁸

2. Sonucun Önlenmesi İçin Gönüllü ve Ciddi Çaba

Suç vazgeçen suç ortağından bağımsız bir nedenden işlenmemişse, suç ortağının cezadan kurtaran bir vazgeçmeden yararlanabilmesi suçun önlenmesi için ciddi ve gönüllü çaba⁸⁹ göstermesini gerektirir. Böylece, suç ortağının objektif bakımdan sonucun önlenmesinde etkili olamadığı durumda, ondan sübjektif olarak sonucun önlenmesi için ciddi ve gönüllü çaba istenmektedir.⁹⁰

Sonucun önlenmesi için ciddi çaba, suç ortağının kanuni tipe uygun sonucu yeterli kesinlikte/sonuç alıcı nitelikte önlemek için uygun görünen tedbirleri almasını gerektirir.⁹¹ Suç ortakları sonucun doğması için her şeyi yapmışlarsa, suç ortağının sonucu önlemek için ciddi çabada bulunmuş olması için sonucu önlemeye uygun tedbirleri alma-

⁸⁶ Roxin, AT. II, § 30, Kn. 265; Eser, SS, § 24 Kn. 70; Kühl, AT., § 16 Kn. 84; Krey / Heinrich, AT. 2, Kn. 509; Otto, AT., § 19 Kn. 50; Tröndle / Fischer, § 24 Kn. 36; Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 211.

⁸⁷ Roxin, AT. II, § 30, Kn. 265.

⁸⁸ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 198.

⁸⁹ Kanunda “gayret” kelimesi geçmesine rağmen “çaba” kelimesi bize daha kullanışlı gelmektedir. Diğer yandan bu çabanın göstermelik olmaması bakımından “ciddi” olması da gerekir.

⁹⁰ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 287

⁹¹ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 288; Eser, SS, § 24 Kn. 94; Gropp, AT., § 9 Kn. 91; Maurach / Gössel / Zipf, AT. 2., § 50 Kn. 113; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 110; Roxin, *Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer*, s. 280

sı gerekir.⁹² Suç ortağı, önünde birçok kurtarma seçeneği bulunuyorsa kesinlik/sonucu önlemeyi vaat etme ve ihtimaliyet bakımından yeterli olanları seçmelidir.⁹³ Dikkat etmek gerekir ki, burada TCK m. 36'dan farklı olarak, hukuki konunun, sadece vazgeçen suç ortağı tarafından tehlikeye düşürülmesi ölçüt alınmamıştır. Bundan da öte, suçun diğer suç ortaklarıyla birlikte teşebbüs evresine girdiği dikkate alınmak zorundadır. Bu nedenle suç ortağına, suçun bütünüünün tamamlanmasını önlemeye uygun tedbirleri alması zorunluluğunu yüklenmiştir.⁹⁴ Böylece suç ortağının kendi katkısını ortadan kaldırması, sadece, suç ortağının bu katkısını geri alması ya da ortadan kaldırmasının kanuni tipe uygun sonucun meydana gelmemesini sonuçlayabilecek olması halinde ciddi bir çaba sayılabilir.⁹⁵

Suç ortağının, objektif bakımdan sonucu önlemeye daha uygun bir aracı seçme imkânının olması, onun, bunun bilincinde olup olmasından bağımsız olarak ciddi çaba içinde olmasına engel değildir. Suç ortağı, sonucu önlemeye yeterli görülebilecek bir tedbiri aldığı anda çaba göstermiş sayılır.⁹⁶ Ancak suç ortağı, sonucun önlenmesini bilinçli olarak tesadüflere bırakmamalıdır. Eğer kendi önünde daha uygun kurtarma seçenekleri bulunduğunu bilmesine rağmen, çok kesin olmayan aracı devreye sokmuş ya da bu konuda çok da fazla bir kaygı duymamaktaysa ortada ciddi çaba yoktur.⁹⁷ Buna göre, öldürme amacıyla mağdurun yaralanmasına iştirak eden suç ortağı, yaralı için profesyonel bir yardımın gerektiğini bilmesine rağmen, yarayı sadece bir bez parçasıyla kapatması/sarması yeterli değildir.⁹⁸

Eğer suç ortağı, kurtarma tedbirlerine üçüncü kişileri dâhil etmişse bir ayırım yapmak gerekir. Suç ortağı öldürmeye teşebbüse iştirak ettikten sonra doktora ya da polise haber vermişse ve bunun sonucun

⁹² Eser, SS, § 24 Kn. 71.

⁹³ Eser, SS, § 24 Kn. 71; Maurach / Gössel / Zipf, AT. 2, § 41 Kn. 94; Wessels / Beulke, AT., Kn. 647; Zaczyk, NK, § 24 Kn.85.

⁹⁴ Zaczyk, NK, § 24 Kn. 110; Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 288.

⁹⁵ Eser, SS, § 24 Kn. 96; Grünwald, s. 710; Lenckner, s. 297; Otto, *Versuch und Rücktritt*, s. 709; Rudolphi, SK, § 24 Kn. 40; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 110; Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 289.

⁹⁶ Eser, SS, § 24 Kn. 101; Grünwald, s. 715; Otto, *Versuch und Rücktritt*, s. 709; Roxin, *Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer*, s. 281; Rudolphi, SK, § 24 Kn. 41.

⁹⁷ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 223; Rudolphi, SK, § 24 Kn. 30; Gores, s. 209.

⁹⁸ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 224.

önlenmesinde yeterli olacağını düşünüyorsa burada her hâlükârda ciddî bir çaba bulunduğunu kabul etmek gerekir.⁹⁹ Burada suç ortağının, gerçi doktorun veya polisin yaralıya gerçekten ulaşacağından emin olması gerekir; ancak kural olarak bir acil araması yeterli olacaktır –sadece bulunması çok zor bir adres olduğunda bu yetmeyebilir.– Ancak ortağın, çağırdığı doktorun/polisin meslekî görevlerini yapıp yapmadığını kontrol etme zorunluluğu yoktur.¹⁰⁰ Buna karşılık suç ortağı, mesleği kurtarma olmayan kişileri –mağdur da dahil– kurtarma faaliyetine dahil ettiğinde, bu kişilerin zorunlu ve yeterli tedbirleri aldığından emin olmalıdır.¹⁰¹ Bu nedenle, suç ortağı, adam öldürmeye tam teşebbüse iştirak ettikten sonra polisi, doktoru vs. harekete geçirmelerini üçüncü kişilerden talep etmesi durumunda, bu kişilerin onun bu isteğini yerine getireceklerinden emin değilse, sadece bu hareketi yeterli değildir. Buna karşılık suç ortağı, adam öldürmeye teşebbüse katıldıktan sonra, uzman olarak kabul ettiği bir sağlık görevlisinden, mağdura bakmasını, ona yardım etmesini ve asıl acil yardım doktorunu çağırmasını istemiş ve bu kişi de acil doktoruna haber verildiğini söylemişse ciddi çaba vardır.¹⁰²

Bir çaba, sadece gerçekten sonucun önlenmesine yönelik olduğunda, yani sadece görünüşte veya yarım gönülle olmadığında ciddîdir.¹⁰³ Ancak, bu, suç ortağının tek saikinin sonucu önleme olmasını gerektirmez. Suç ortağı aynı zamanda suç teşkil eden fiilini gizli tutmaya çalışmış da olsa sonucun önlenmesi için ciddî çaba gösterebilir.¹⁰⁴ Ayrıca çabanın ciddîliği, suç ortağına seçtiği kurtarma aracının gerçekten elverişli ve birçokları arasından en uygunu olduğu konusunda sonradan vicdanî ve eleştirel sorular sorma yükümlülüğü de getirmez.¹⁰⁵

⁹⁹ Eser, SS, § 24 Kn. 95; Lenckner, s. 297; Otto, Versuch und Rücktritt, s. 709; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 110.

¹⁰⁰ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 225.

¹⁰¹ Kühl, AT, § 16 Kn. 85; Maurach / Gössel / Zipf, AT. 2, § 41 Kn. 94; Wessels / Beulke, AT., Kn. 647; Zaczyk, NK, § 24 Kn.85.

¹⁰² Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 227.

¹⁰³ Eser, SS, § 24 Kn. 59; Jescheck / Weigend, AT., § 51 IV 2; Rudolphi, SK, § 24 Kn. 27b; Tröndle / Fischer, § 24 Kn. 35; Wessels / Beulke, AT., Kn. 647.

¹⁰⁴ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 234.

¹⁰⁵ Eser, SS, § 24 Kn. 72; Grünwald, s. 715; Rudolphi, SK, § 24 Kn. 30; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 92; Lenckner, s. 299; Jacobs, AT., 26 / 22.

B. Suçun Gönüllü Vazgeçenin Bütün Gayretine Rağmen İşlenmiş Olması Hali (TCK m. 41/2b)

TCK m. 41/2b hükmü vazgeçme iradesinde olan suç ortağına, suç tamamlanmış olmasına rağmen vazgeçme hükmünden yararlanma imkânı açmıştır. Ancak bunun için suçun, “suç ortağının önceki katkısından bağımsız olarak tamamlanması”¹⁰⁶ ve suç ortağının gönüllü ve ciddi çaba göstermesi gerekir.

1. Suçun, Suç Ortağının Önceki Katkısından Bağımsız Olarak Tamamlanması

TCK m. 41/2b hükmü bu manada yani suçun “katılanın katkısından bağımsız işlenmesi” şeklinde anlaşılırsa, böylece bu hükmün uygulama alanı, açık sözüne rağmen faillik ve yardım edenle sınırlandırılmış olur.¹⁰⁷ Sadece onlar bir suçun icrasına katılıp sonra vazgeçtiklerinde, onların tamamlanmaya yönelik katkılarının teşebbüs evresinde kaldığı, suçun tamamlanmasına rağmen bu katkıların tamamlanmaya etkilerinin olmadığı düşünülebilir. Ancak asıl failin hareketi bir azmettirene dayanıyorsa, suçun azmettirenin katkısından bağımsız

¹⁰⁶ TCK m. 41/(2)b’ de Al. CK m. 24/II c. 2’ de yer alan “katılanın önceki katkısından bağımsız ” kaydı yoktur. Ancak hükmü bu şekilde anlamak iştirakin niteliğine daha uygundur. “Öte yandan, ‘gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen suç işlenirse’ hükmünü, hükmün maksadına bakarak değerlendirmek gerekmektedir. Hiç kimse iradesi tahtında bilerek ve isteyerek suçun işlenmesine yaptığı bir katkıyı, isterse ‘bütün gayretini’ gösterebilir, suçun işlenmesinde davranışının nedensel etkisi kaldığı sürece, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanamaz. Hem iraden tahtında bilerek ve isteyerek işlenmekte olan bir suça katkıda bulunacaksınız, hem katkının etkisi devam edecek, hem de suçun işlenmemesi için bütün gayretimi gösterdim diyerek, tabiri caizse süttan çıkmış ak kaşık olacaksınız. Böyle bir uygulamanın uygar dünyada yerinin olduğunu sanmıyoruz. Gerekçede, ‘Keza, gönüllü vazgeçen suç ortağının bütün gayretlerine rağmen, diğer suç ortakları suçu işlemiş olabilir. Bu durumda, suçun işlenmiş olmasına rağmen, ... suçun işlenmemesi için elinden gelen bütün gayreti gösteren suç ortağının işlenen suça iştiraktan sorumlu tutulmaması gerekir’ denmektedir. Açıklamada bir açıklık yoktur. ‘Elinden gelen bütün gayreti göstermek’ hükmünden, iştiraktan vazgeçen ortağın iştiraktan vazgeçmeye muktedir olmasını anlamak gerekmektedir. Zaten iş işten geçmiş, ortağın nedensel katkısının etkileri hükmünü yerine getirmişse veya hala etkisini sürdürmekte devam ediyorsa, ne gayret gösterirse gösterebilir, artık ortak bakımından ortada gönüllü vazgeçilebilecek bir suç bulunmamaktadır. Burada aksini düşünmek, pişmanı ödüllendirmek değil, suçluya prim vermek olur”. Hafizoğulları, s. 120.

¹⁰⁷ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 297; Roxin, *Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer*, s. 280; Roxin, AT. II, § 30, Kn. 339; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 112.

olarak işlenmesi, bu suç yeni başka bir suç olmadıkça mümkün değildir. Ya azmettirenin azmettirme davranışı suçun tamamlanmasına kadar etkisini sürdürecektir ya da suç hangi nedenle olduğundan bağımsız olarak teşebbüs evresinde kalacaktır. Her iki halde de TCK m. 41/2b'nin uygulanması imkânsızdır. Eğer suç teşebbüs evresinde kalmışsa azmettirenin vazgeçmesi TCK m. 41/1'e, ya da sonuç onun çabalarından bağımsız bir nedenle tamamlanmıyorsa TCK m. 41/2a'ya dayanabilir.¹⁰⁸

Suç ortağının teşebbüs evresine etkisi olan katkısı suçun devamı için önemini kaybettiğinde, suç katılanın katkısından bağımsız olarak işlenmiştir. Örneğin yardım edenin, bir mağazadan yapılması düşünülen bir hırsızlık için verdiği maymuncuk, asıl fiili işleyecek fail için güvenlik nedeniyle uygun görülmemiş ve fail başka bir yolla içeri girmiş ve hırsızlığı tamamlamışsa böyledir.¹⁰⁹

Ayrıca suç ortağı kendi katkısını tamamen ortadan kaldırmış veya teşebbüs evresine girdikten sonra olay yerine hiç getirmemiş, ancak diğer ortak/lar hiç zaman kaybetmeksizin aynı amaca yönelik ve benzer hareket tarzıyla yani olay sürecinin birliği içinde suçu tamamlamışlarsa da, suç, suç ortağının katkısı olmaksızın tamamlanmış denebilir. Eğer müşterek fail, suç teşebbüs evresine girdikten sonra, olaya plânlandığı gibi dâhil olmuyor ve diğer suç ortakları karşısında açık olarak artık devam etmek istemediğini ifade ediyor ve artık hareketlerini devam ettirmiyorsa, suçun icrası onun katkısı üzerine bina edilmiş olmaz.¹¹⁰ Aynı şekilde yardım eden, asıl fail doğrudan kanuni tipin gerçekleştirilmesine başladıktan sonra eylemde kullanmak üzere verdiği silahı geri almışsa, asıl fail buna rağmen başka bir silahla suçu işlemişse yine bu suç yardım edenden bağımsız işlenmiştir.¹¹¹

Ancak burada suç ortağının önceki katkısını tamamen etkisizleştirmiş olmasına dikkat etmek gerekir. Suç ortağı, sadece, katkısını tamamlanma bakımından tamamen etkisiz hale getirmişse, suç onun bu katkısından bağımsız bir şekilde işlenmiş olur. Bu nedenle müşterek

¹⁰⁸ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 298.

¹⁰⁹ Eser, SS, § 24 Kn. 97; Roxin, *Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer*, s. 280; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 112; Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 298; Rudolphi, SK, § 24 Kn. 40.

¹¹⁰ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 299

¹¹¹ Eser, SS, § 24 Kn. 97; Roxin, *Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer*, s. 280; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 113; Otto, *Versuch und Rücktritt*, s. 709; Rudolphi, SK, § 24 Kn. 40.

faillerden birinin sadece olay yerini terk etmesi yeterli değildir.¹¹²

Eğer katkının tamamen etkisizleştirilmesi bütün çabalara rağmen başarılammışsa, bir vazgeçme, sadece suçun tamamlanmasının objektif ve sübjektif yönden katılana isnat edilememesi durumunda mümkündür.¹¹³ Müşterek fail, diğer faili suçu işlemekten alıkoyamamışsa ve katkısı filin tamamlanmasına kadar etkisini göstermişse veya yardım eden, çabalarına rağmen verdiği silahı geri alamamışsa, onların çabaları vazgeçmede değil, her halükarda cezanın bireyselleştirilmesinde dikkate alınacaktır.¹¹⁴

Bu olaylarda şu şekilde problem oluşabilir: Teşebbüs evresine kadar etkisini gösteren katkının psişik yönden etkisi, suç ortağı bu katkıyı hem gerçekten tamamen geri almış hem de diğer suç ortakları karşısında suçtan vazgeçtiğini açıkça belirtmiş olmasına rağmen, tamamlanmaya kadar devam etmiş olabilir.¹¹⁵ Belirtmek gerekir ki, eğer bir yardım etme için asıl fiile her türlü teşvik yeterli görülürse bu tür bir psişik etki çok nadir olarak tamamen kaldırılabilir. Bu takdirde bir katkının devam etmesinin varlığı, rahatlıkla diğer katılanın/katılanların sadece teşebbüse katılma yoluyla suçu tamamlama iradesini güçlendirdiği şeklinde gerekçelendirilebilir. Bu yorumla, yardım eden için bir vazgeçme ancak çok nadiren gündeme gelebilir.¹¹⁶

Öyleyse, sağlanan katkı sadece tamamlanma bakımından etkisini devam ettirmelidir, öyle ki bu bağlamda psişik katkının varlığını çok abartmamak gerekir. Eğer suç ortağı, diğer ortakların açıkça anlayabileceği şekilde suçun icrasından vazgeçme niyetiyle katkısını tamamen geri almışsa, aynı zamanda, katkısının başlangıçta var olan psişik destek etkisini de ortadan kaldırmış olacaktır/¹¹⁷ Bu durumda, sadece, diğer ortakların vazgeçme iradesinde olan ortağın katkısını etkisizleş-

¹¹² Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 300.

¹¹³ Baumann / Weber / Mitsch, AT., § 27 Kn. 43; Jacobs, AT., 26 / 28; Kühl, Kommentar, § 24 Kn. 27; Tröndle / Fischer, § 24 Kn. 42; Freund, AT., § 9 Kn. 70; Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 300.

¹¹⁴ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 300.

¹¹⁵ Eser, SS, § 24 Kn. 99; Maurach / Gössel / Zipf, AT. 2, § 49 Kn. 120; Eisele, s. 771; Gores, s. 113; Rudolphi, SK, § 24 Kn. 41; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 113.

¹¹⁶ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 301.

¹¹⁷ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 301; Roxin, *Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer*, s. 281, AT II, § 30, Kn. 340; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 112.

tirme ve sonucu önleme çabalarından haberdar olmaması durumunda ortağın bu katkısının psikik etkisini tamamlanmaya kadar devam ettirdiği söylenebilir.¹¹⁸

FYM'nin kararına¹¹⁹ konu olan bir olayda; A, D ile, ikisinin de kendilerini takip eden polisler gerekirse kurtulabilmek için ateş etmesi konusunda anlaşmıştır. Polisler onları bulduğunda D iki polisi vurur ve ikisini daha öldürmeye çalışır, ancak isabet ettiremez. A ateş etmemiş baştan itibaren ellerini havaya kaldırmış ve hiç silahına uzanmadan sonunda yere yatmıştır. D, A'nın pasif davranışını hiç fark etmemiş, tersine hep gerektiğinde kendisini koruyacak bir ortağının olduğunu düşünmüştür.

Burada A gönüllü vazgeçmeden yararlanamaz; çünkü A'nın D'ye psikik desteği (D öyle algılamaktadır) sonuna kadar devam etmiştir. Şüphesiz A'nın hareketsizliği onun sadece yardım eden olarak cezalandırılmasıyla ödüllendirilebilirdi; ancak FYM bu olayda A'yı müşterek fail olarak cezalandırmıştır. Eğer A, D ateşe başladığında D ile olan ilişkisini açıkça tamamen kesseydi böylece katkısını tamamen geri alabilirdi. Ancak bir vazgeçme bu durumda da olmazdı, çünkü bu durumda da A suçu önlemiş, hatta bunun için çabalamış olarak da kabul edilemezdi. Ancak bu durumda A tamamlanan suçtan dolayı değil sadece teşebbüse yardım etmekten ceza alırdı.¹²⁰

2. Sonucun Önlenmesi İçin Gönüllü ve Ciddî Çaba

Suç, suç ortağının önceki katkısından bağımsız olarak işlense de, suç ortağı sadece ciddî ve gönüllü olarak suçun tamamlanmasını önlemek için çaba gösterdiğinde cezadan kurtaran bir vazgeçmeden yararlanabilir.¹²¹

Ciddî çaba bakımından önceki açıklamalar geçerlidir. Suçun işlenmesini önlemek için ciddî çaba, suç ortağının yeterli kesinlikte sonucun meydana gelmesini önlemeye uygun ve bu bakımdan gerekli

¹¹⁸ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 301; Roxin, *Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer*, s. 281; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 113.

¹¹⁹ BGSt 37, 289.

¹²⁰ Roxin, AT, II, § 30, Kn. 320.

¹²¹ Kühl, Kommentar, § 24 Kn. 27; Scheurl, s. 144.

tedbirleri almasını gerektirir.¹²² Bu bakımdan suç ortağı kendi katkısını geri almasının sonucu önlemede yetersiz kalacağını biliyor veya bunu ihtimal dâhilinde görüyorsa başka tedbirleri de devreye sokmak zorundadır.¹²³ Bu, suç ortağının katkısını geri almasının, önce sonucun önlenmesi için yeterli olacağını zannetmesi, ancak sonra diğer ortakların suçun icrasından vazgeçmeyeceklerini fark etmek zorunda olması halinde de geçerlidir.¹²⁴

Çabanın ciddî olması için, vazgeçen ortağın, ulaşabildiği en iyi aracı devreye sokması gerekir; ancak bu aracın mutlaka objektif olarak sonucu önlemeye en uygun olması veya geri dönenin bu aracın elverişliliğini ayrıntılı bir şekilde test etmesi gerekmez. Ancak geri dönen bu araçtan sonuç alamayacağını anladığında, derhâl başka, sonuca götüreceğini umduğu en iyi aracı devreye sokmalıdır. Vazgeçenin sonucu önleme çabasında en iyi aracı devreye sokmasının sınırı, bu aracın kullanılmasının vazgeçenin yaşam, vücut bütünlüğü veya özgürlüğü bakımından tehlikeleri beraberinde getirmesi durumudur. Öyleyse vazgeçenin suçun icrasına devam etmeye karar veren ortağına zor kullanmasına, eğer bu ortak tarafından vurulma, ağır şekilde yaralama, bir yere kapatılma, vs. tehlikesi varsa gerek yoktur. Bu tehlikelerden kaçınarak en uygun görünen aracı seçmesi yeterlidir.¹²⁵

SONUÇ

5237 sayılı TCK'nın 41. maddesinde, 765 sayılı TCK'da yer almayan bir düzenleme yapılarak iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme hükme bağlanmıştır. TCK m. 41/1' de, "*İştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır*" denilmektedir. Maddede belirtilmese de iştirak bakımından bir özellik bulunmaktadır. İştirakin özelliği gereği, ortaklaşa işlenen bir suça katılan suç ortaklarının her biri diğer suç ortaklarının işlediği hareketlerden de sorumlu olduğu için, gönüllü vazgeçen suç

¹²² Eser, SS, § 24 Kn. 103; Jacobs, AT, 26 / 28; Maurach / Gössel / Zipf, AT, 2, § 49 Kn. 117; Roxin, *Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer*, s. 281; Zaczyk, NK, § 24 Kn. 114; Gores, s. 215; Rudolphi, SK, § 24 Kn. 40

¹²³ Eser, SS, § 24 Kn. 103; Freund, AT, § 9 Kn. 69; Gropp, AT, § 9 Kn. 87; Roxin, *Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer*, s. 281

¹²⁴ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 303

¹²⁵ Roxin, AT, II, § 30, Kn. 341

ortağının sadece kendi katkısını ortadan kaldırması yeterli değildir; suç ortağı iştirak halinde işlenen suçun gerçekleşmesini önlemelidir.

TCK m. 41'in uygulanabilmesi için her şeyden önce, suçun TCK m. 35' e göre cezalandırılabilir bir teşebbüs evresine girmesi gerekir. Diğer yandan suç ortağının, katkısını kasten gerçekleştirmesi de zorunludur. Sadece bu şart gerçekleştiğinde katılma cezalandırılabilir ve sadece bu durumda TCK m. 41 anlamında bir vazgeçme gündeme gelebilir. Böylece suç ortağının suçun tamamlanması açısından kasten davranmadığı olayları tartışmaya gerek yoktur. Ayrıca, suç ortağının kasıtlı olarak tamamlanmaya yönelik katkısının (fail veya katılan olmasından bağımsız olarak), suçun tamamlanmasına kadar etkisini devam ettirmemesi gereklidir. Böylece ilgili kişi tamamlanmış bir suça katılmaktan cezalandırılabilir olduğunda, yani suç tamamlandığında ve suç ortağının katkısı öngörülen nedensel süreçten önemli bir sapma olmaksızın tamamlanmaya kadar uzandığında vazgeçme artık mümkün değildir.

TCK m. 41/1 hükmüne göre, iştirak halinde işlenen bir suça teşebbüse katılan suç ortağı gönüllü olarak kanuni tipe uygun sonucun meydana gelmesini önlediğinde cezadan kurtaran bir şekilde vazgeçmiş olur. İştirak halinde işlenen suçta, suç ortaklarının her biri diğerlerinin fiilinden de sorumlu olduğu için, suç ortağının sadece kendi katkısını geri alması vazgeçmesi için yeterli değildir. Suç ortağı, katkısını geri almasıyla ya da ortadan kaldırmasıyla sonucu gerçekten önlüyorsa o zaman vazgeçmeden yararlanabilir. Suç ortağının tamamlanmanın önlenmesine yönelik davranışı kanuni tipe uygun sonucun meydana gelmesini önlemelidir. Bu nedenle, suç ortağının sonucun doğmaması için çabaladığı, ancak çabalarının sonuçsuz kaldığı durumda bu hüküm uygulanmaz.

TCK 41/2 maddesinde ise, iştirak halinde işlenen suça teşebbüsten gönüllü olarak vazgeçmek isteyen suç ortağı için, sonucu önlemede nedensel olması zorunluluğunu kaldıran bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, suçun, gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması veya gönüllü vazgeçenin bütün gayreti-ne rağmen işlenmiş olması hallerinde de gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacaktır. Ancak bu hükmün uygulanabilmesi için, birinci durumda suçun failin vazgeçme davranışı dışında başka bir nedenden dolayı işlenmemiş olması ve failin sonucun önlenmesi için gönüllü ve

ciddi bir çaba içine girmiş olması, ikinci durumda ise suçun, suç ortağının önceki katkısından bağımsız olarak tamamlanması ve yine suç ortağının gönüllü ve ciddi çaba göstermesi gerekir. İkinci durum için Kanun'da "*katılanın katkısından bağımsız*" kaydı olmamasına rağmen, iştirakin özelliği gereği hükmü bu şekilde anlamak uygun olacaktır. Diğer yandan kanaatimizce, bu hükümle suç ortağına, suçun tamamlanmasını önlemede nedensel olmadığı halde gönüllü vazgeçme imkânı tanınmakla, ciddi ve gönüllü bir çabanın olup olmadığı konusunda hâkime önemli bir takdir hakkı verilmiştir. Bu nedenle hâkimin somut olayın şartlarını çok iyi araştırması ve gerçekten hak edenleri bu hükümden yararlandırması gerekir.

KAYNAKLAR

- BAUMANN, Jürgen / WEBER, Ulrich / MITSCH, Wolfgang, Strafrecht Allgemeiner Teil (AT), Bielefeld 2003.
- BAYRAKTAR, Köksal, Faal Nedamet, İÜHFM C. XXXIII, S. 3-4, İstanbul 1968.
- BAYRAKTAR, Köksal, Teşebbüs, İştirak, Suçların Birleşmesi, in: Türk Ceza Kanunun 2 Yılı -Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği, İstanbul 2008 (Teşebbüs).
- BOTTKE, Wilfried, Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Taeterverhalten, Ebelsbach 1979.
- CENTEL, Nur / ZAFER, Zafer / ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3. Bası İstanbul 2005.
- DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler,
- DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.I, 11. Bası, İstanbul 1994.
- EİSELE, Jörg, Abstandnahme von der Tat vor Versuchbeginn bei mehreren Beteiligten, ZStW 112 (2000).
- EREM, Faruk / DANIŞMAN, Ahmet / ARTUK, Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997.
- EREM, Faruk, Suça İştirak, AÜHFD, C.3, S.1, Ankara 1946
- ERRA, Carlos, Teşebbüste İhtiyarîyle Vazgeçme (Çev. Sahir Eрман), İÜHFM, C. X, S. 1-2, İstanbul 1944.
- ESER, Albin, Rücktritt, in: Schönke / Schröder Strafgesetzbuch-Komentar (SS), 26. Auflage, München 2001.
- FRANK, Reinhard, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich (RStGB), 18. Auflage, Tübingen 1931.
- FREUND, George, Strafrecht Allgemeiner Teil (AT.), Personale Straftat-

- lehre, Berlin 1998.
- GORES, Claus, Der Rücktritt des Tatbeteiligten, Berlin, 1982.
- GROPP, Walter, Strafrecht-Allgemeiner Teil (AT.), 3.Auflage, Berlin-Heidelberg, 2005.
- GRÜNWALD, Gerald, Zum Rücktritt des Tatbeteiligten im künftigen Recht, in: Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, 1974.
- GUTMANN, Alexander Peter, Die Freiwilligkeit, Beim Rücktritt vom Versuch und Bei der Taetigen Reue, Hamburg 1963.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki, Türk Ceza Hukuku Ders Notları, Ankara 2007-2008 <http://www.zekihafizogullari.com/CezaHukuku%20Ders%20Notlari.pdf> (04.06.208 tarihindeki güncellenmiş hali esas alınmıştır).
- HEINITZ, Ernst, Streitfragen der Versuchslehre, JR 1956.
- HEINRICH, Bernd, Strafrecht Allgemeiner Teil I (AT. I), Stuttgart 2005.
- HERZBERG, Rolf Dietrich, Grundprobleme des Rücktritts vo Versuch und Überlegungen de lege ferenda (Grundprobleme) NJW 1991.
- İÇEL, Kayıhan / SOKULLU-AKINCI, Füsun / ÖZGENÇ, İzzet / SÖZÜER, Adem / MAHMUTOĞLU, Fatih S. / ÜNVER, Yener, İçel Suç Teorisi, İstanbul 2000
- JACOBS, Strafrecht Allgemeiner Teil (AT.), 2. Auflage, Berlin-Newyork, 1991.
- JAGER Christian, Das Frewilligkeitsmerkmal beim Rücktritt vom Versuch, ZStW 112 (2000).
- JAGER, Der Rücktritt vom Versuch als zurechnenbare Gefaehrdungsumkehr, Münschen 1996 (Rücktritt).
- JESCHECK, Hans Heinrich / WEIGEND, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil (AT.), 5. Auflage, Berlin, 1996.
- KREY, Volker / HEINRICH, Manfred, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 2 (AT. 2), 2. Auflage, Stuttgart 2004.
- KUHL, Kristian, Strafgezetsbuch-Kommentar (Kommentar), 25. Auflage, Münshen 2004.
- KUHL, Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil (AT), 4. Auflage, München 2002 (AT.).
- LENCKNER, Theodor, Probleme beim Rücktritt des Beteiligten, in: Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, Berlin 1973.
- LILIE, Hans / ALBRECHT, Dietlinde, Rücktritt, in: Leipziger Kommentar (LK), Strafgesetzbuch-Grosskommentar, 1. Band, 11. Auflage, Berlin 2003.
- MAURACH, Reinhart / GÖSSEL, Heinz / ZİPF, Heinz, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Heidelberg 1989 (AT.).
- OTTO, Harro, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre (AT.), 6. Auflage, Berlin 2000.
- OTTO, Theo, Versuch und Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten (Versuch und Rücktritt), JA 1980.

- ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, Yeni Ceza Kanununun Anlamı, Ankara 2005.
- ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006
- ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2006.
- ROXIN, Claus, Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer, in: Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag,
- ROXIN, Claus, Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch, in: Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag (Rücktritt vom unbeendeten Versuch)
- ROXIN, Claus, Strafrecht-Allgemeiner Teil, Band II (AT. II), Besondere Erscheinungsformen der Straftat, München 2003.
- RUDOLPHI, Rücktritt, in, Systematischer Kommentar (SK) zum Strafgesetzbuch, Band I, 2. Auflage, Frankfurt am Main, 1977.
- SCHEURL, Guntram von, Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer, Berlin 1972.
- SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006.
- SÖZÜER, Adem, Suça Teşebbüs, İstanbul 1994.
- STRATENWERTH, Günter, Strafrecht Allgemeiner Teil (AT.), 4. Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 2000.
- Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku-Genel Kısım, Ankara 2005.
- TRONDLE, Herbert / FISCHER, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 51. Auflage, München, 2003.
- ULSENHEIMER, Klaus, Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis, Berlin 1976.
- VOGLER, Theo, Rücktritt, in Leipziger Kommentar (LK) Strafgesetzbuch, Grosskommentar, 1. Band Einleitung, §§ 1 bis 31, 10. Auflage (LK 10. Aufl.), Berlin 1985.
- WESSELS, Johannes / BEULKE, Werner, Strafrecht Allgemeiner Teil (AT.), Die Straftat und ihr Aufbau, 33. Auflage, Heidelberg 2003.
- ZACZYK, Rainer, Rücktritt, in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch (NK), Baden Baden 2005.