

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNA GÖRE İŞTİRAK HÂLİNDE İŞLENEN SUÇLARDA GÖNÜLLÜ VAZGEÇME (TCK M.41)

(Voluntary Abandonment from Conspiracy)

Yrd. Doç. Dr. Cem ŞENOL¹

ÖZ

5237 sayılı TCK'da ilk kez düzenlenen konularda birisi de iştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmedir. Konunun düzenlendiği TCK m.41'de, iştirak hâlinde işlenen suçlarda suç ortaklarının gönüllü vazgeçmesi üç ayrı ihtimale göre düzenlenmiş, tüm bu ihtimaller açısından ise suç ortağının gayret göstermesi asgari koşul olarak aranmıştır. Fakat "gayret" kavramından ne anlaşılması gerektiği madde ve gerekçesinde açıklanmamıştır. Bu çalışmada TCK'nın 41. maddesinde düzenlenen iştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmenin şartları incelenecek ve özellikle gayret kavramından ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: İştirak, gönüllü vazgeçme, teşebbüs, gayret, elverişlilik

ABSTRACT

One of the issues held for the first time in the Turkish Penal Code No. 5237 is the voluntary abandonment of the crimes committed in the complicity. In Article 43/1 of the Turkish Penal Code, voluntary abandonment of accomplices in the crimes committed in the complicity was arranged according to three different possibilities and making an effort by the accomplices in terms of all these possibilities was sought for as a minimum condition. However, what was to be understood from the concept of striving was not explained. In this study, the conditions of voluntary abandonment of crimes committed in the complicity organized in Article 41 of the Turkish Penal Code will be examined and it will be emphasized in particular what should be understood from the concept of striving.

¹ Erzurum Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı



Keywords: Conspiracy, voluntaryabandonment, attempt, strive, convenience

GİRİŞ

765 sayılı² eski Türk Ceza Kanunu'nda³ kendisine ilişkin özel bir hükme yer verilmeyen iştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme, ilk kez 5237 sayılı TCK'nın⁴ 41. maddesinde düzenlenmiştir: *"İştirak hâlinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır. Suçun; a) Gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması, b) Gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması, hâllerinde de gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır"*. Alman Ceza Kanunu'nun⁵ 24. maddesi temel alınarak kaleme alınan maddeyle⁶, iştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme, tek fail tarafından işlenen suçlardan gönüllü vazgeçmeden ayrı olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle söz konusu düzenlemenin, TCK m. 36'nın özel hâlini oluşturduğunu söylemek yanlış olmaz⁷.

İştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmenin koşullarının Kanun'da ayrıca düzenlenmesinin nedeni, iştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeden yararlanma şartlarının tek başına işlenen suçlardan

2 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, Kabul Tarihi: 01.03.1926, RG Tarihi: 13.03.1926, RG No: 320.

3 Bundan sonra TCK olarak anılacaktır.

4 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG Tarihi: 12.10.2004, RG No: 25611.

5 Bundan sonra ACK olarak anılacaktır.

6 Alman Ceza Kanunu'nun 24. maddesi şu şekildedir: *"(1) Her kim, başlamış olduğu fiilin icra hareketlerine devam etmektен gönüllü olarak vazgeçer veya fiilin tamamlanmasını önlerse, suçta teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz. Fiilin tamamlanmasını önlemek için gönüllü ve ciddi bir şekilde çaba göstermiş olan fail, bu çabası suçun tamamlanmaması üzerinde etkili olmasa da cezalandırılmaz. (2) Fiile birden çok kişinin iştirak ettiği durumlarda, tamamlanmayı gönüllü olarak önleyen kişi, suçta teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz. Suçun tamamlanmasını önlemek için gönüllü ve ciddi çaba göstermiş olması, vazgeçen suç ortağının, vazgeçme davranışının suçun tamamlanmamasını engellemekte etkili olmadığı veya suç tamamlanmış olsa bile suçta yönelik nedensel katkısını ortadan kaldırdığı hâllerde de cezalandırılmaması için yeterli olur."* Dolayısıyla ACK ile TCK m.41'in üç temel noktada ayrıldığını söyleyebiliriz. İlk olarak ACK'da tek kişi tarafından ve iştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme aynı maddede düzenlenmiştir. İkinci olarak, TCK m.41'den farklı olarak ACK m.24'de gönüllü vazgeçmeden yararlanılması için gösterilmesi gereken çabanın niteliği, "ciddi çaba" olarak açıkça belirtilmiştir. Üçüncü olarak, ACK m.24/2-2'de iştirak edilen suçun vazgeçme davranışına rağmen tamamlandığı durumlarda, suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanması için sadece gönüllü ve ciddi çaba göstermesi yeterli görülmemiş, suçta yönelik nedensel katkısını ortadan kaldırması da aranmıştır.

7 HAFIZOĞULLARI, Zeki ve ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Us-A Yayınevi, Ankara 2015, s.345; AYDIN, Devrim, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009, s.237.



farklı koşullara tâbi tutulmasına ihtiyaç duyulmasıdır⁸. Bu ihtiyaç önemli ölçüde, bu suçlarda suçun işlenişine birden fazla kişinin katılmasının, şeriklerin sorumluluğunun bağlılık kuralına göre belirlenmesinin⁹ ve gönüllü vazgeçmenin hukuki niteliği gereği bir şahsi cezasızlık sebebi olmasının¹⁰ sonucudur.

Bu çalışmada, TCK m.41’de düzenlenen iştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmenin koşulları incelenecektir. Bu amaçla öncelikle bir suç ortağının söz konusu hükümden yararlanabilmesi için gerekli şartlar ele alınacak, ardından iştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmenin özel görünüm şekilleri ve düzenlemenin sonuçları üzerinde durulacaktır.

I. İŞTİRAK HÂLİNDE İŞLENEN SUÇLARDA GÖNÜLLÜ VAZGEÇMENİN KOŞULLARI

A. İştirak Hâlinde İşlenen Bir Suçun Bulunması

Tek faille işlenebilen bir suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesine iştirak denir¹¹. İştirak için, birden fazla kişinin suç işleme kararı kapsamında bir suçun icrasına katılması ve failin suç teşkil eden hukuka aykırı fiilin icrasına kast ile başlaması hem gerekli hem de yeterlidir (TCK m.40/1-3). İştirakin temel koşulu, suçun işlenişine birden fazla kişinin katılmasıdır. Bu koşulun gerçekleşmesi için ise birden fazla

-
- 8 Düzenlemenin hedefi maddenin gerekçesinde, “*maddede iştirak hâlinde işlenen bir suçta suç ortaklarından birinin gönüllü vazgeçmesinin ceza sorumluluğu üzerindeki etkisi düzenlenmiştir*” sözleriyle ifade edilmiştir.
- 9 Bağlılık kuralı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKBULUT Berrin, “Bağlılık Kuralı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIV, S. 1, Ankara 2010, s.176 vd; MAHMUTOĞLU, Fatih Selami ve KARADENİZ, Serra, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, Beta Yayınevi, İstanbul 2017, s.953 vd.
- 10 Gönüllü vazgeçmenin şahsi cezasızlık nedeni olduğu genel olarak kabul görse de gönüllü vazgeçme hâlinde ceza verilmemesinin gerekçesine ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşler için bkz. SÖZÜER Adem, *Suçta Teşebbüs*, KAZANCI, İstanbul 1994, s.235; ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet ve YENİDÜNYA A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s.611; MAURACH Reinhart, ZİPF Heinz ve GÖSSEL Karl Heinz, *Strafrecht Allgemeiner Teil Teilband 2: Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, C.F. Müller, 2014, s.114; *Leipziger Kommentar*, 12. Auflage, De GruyterVerlag, Berlin 2007, § 24 Kn.5.
- 11 BAUMANN Jürgen, MITSCH Wolfgang ve WEBER Ulrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Gieseking Verlag, 11. Auflage, 2003, s.655; KÜHL, Kristian, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, VahlenVerlag, MÜNCHEN 2008, s.734; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.618; CENTEL Nur, ZAFER Hamide ve Çakmut Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Yayınevi, İstanbul 2016, s.472; DÖNMEZER/ERMAN, Cilt II, s.446; ÖNDER Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s.414; İÇEL, KAYIHAN Sokullu – AKINCI Füsün, ÖZGENÇ İzzet, SÖZÜER Adem, MAHMUTOĞLU Fatih S. ve ÜNVER Yener, İÇel Suç Teorisi, Beta Yayınevi, İstanbul 2000, s.367; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.346.



kişinin, iştirak iradeleri (manevi koşul) doğrultusunda suçun icrasına nedensel katkı yapması (maddi koşul) gerekir. Diğer bir deyişle suça iştiraktan bahsedilebilmesi için, birden fazla kişi, suça katılma iradesi, yani iştirak kastıyla suçun icrası açısından nedensel değer taşıyan hareketler icra etmelidir¹².

1. Suçun İşlenişine Birden Fazla Kişinin Katılması

Tek başına suç işleyen kişinin gönüllü vazgeçmesi TCK m.36'ya tâbidir¹³. Bu nedenle TCK m.41'in uygulama alanı bulabilmesi için, söz konusu suçun en az iki kişi tarafından birlikte işlenmesi ve suça iştirak eden kişilerden birinin suçun icrasından gönüllü olarak vazgeçmesi gerekir¹⁴.

5237 sayılı TCK'da dar faillik anlayışı benimsenerek suça iştirak eden kişiler, failer ve şerikler olarak ikiye ayrılmıştır¹⁵. Bunlardan failer, fiil üzerinde kurdukları hâkimiyetin şekline göre, doğrudan, dolaylı veya müşterek fail olmak üzere üçe¹⁶, şerikler ise azmettiren ve yardım eden şerik olarak ikiye ayrılmıştır (TCK m.37, m.38 ve m.39)¹⁷. Ayrıca öğretilerde yardım eden şerikler de maddi ve manevi yardım eden şerik olarak ikiye ayrılmaktadır¹⁸. Gönüllü vazgeçmeden

- 12 DÖNMEZER/ERMAN, s.465 vd.; ÖNDER, s.421; JESCHECK HansHeinrich ve WEIGEND, Thomas, *LehrbuchdesStrafrechts*, DUNCKER&HUMBLLOTVERLAG, 1996, s.685; ÖZGENÇ İzzet, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s.497; AYDIN, s.110; EVİK, Vesile Sonay, *Suç İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu*, Onikilevha Yayınevi, İstanbul 2011, s.165; WESSELS, Johannes ve BEULKE Werner, *StrafrechtAllgemeinerTeil*, C.F. Müller, 2010, s.215.
- 13 ÖZTÜRK Bahri ve ERDEM, M. Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s.350.
- 14 Öğretilerde, iştirak hâlinde işlenen bir suçtan suç ortaklarının tamamının birlikte vazgeçmesi hâlinde TCK m.41 değil, m.36'nın uygulama alanı bulacağı belirtildiği gibi, bkz. ÖZGENÇ, s.558; tek başına failin veya suçun tamamlanmasını tek başına engelleme imkânına sahip suç ortaklarının vazgeçmesi açısından TCK m.36'nın, diğer hâllerde TCK m.41'in uygulama alanı bulacağı da ifade edilmektedir. ÖZTÜRK/ERDEM, s.356.
- 15 DEMİRBAŞ, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s.481, 482; MAURACH/GÖSSEL/ZİPF, s.376; BAUMANN/WEBER/MİTSCH, s.658. TCK, suç ortaklarının fail ve şerik olarak ayrılmasında fiile hâkimiyet teorisini esas almıştır. Teori için bkz. ROXİN, s.9 vd.; KÜHL, s.743; ÖZTÜRK/ERDEM, s.383; DEMİRBAŞ, s.485; KOCA Mahmut ve ÜZÜLMEZ, İlhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015, s.424; Evik, s.112 vd.
- 16 ROXİN, s.5, 19 vd.; KÜHL, s.747 vd.
- 17 ÖZGENÇ, s.497; ÖZBEK, Veli Özer, KANBUR Nihat, DOĞAN Koray, BACAŞIZ Pınar ve TEPE İlker, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015, s.553; JESCHECK/WEIGEND, s.684; ÖZEN Mustafa, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s.575. Yazar müşterek failliğin de bir şeriklik türü olduğu kanaatindedir.
- 18 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.499; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.467; AKBULUT Berrin, *Ceza*



yararlanacak suç ortağının iştirak statüsü TCK m.41'in uygulanması açısından önem taşımamaktadır. Hem müstakil hem müşterek hem dolaylı faillerin hem azmettiren hem de maddi ve manevi yardım eden şeriklerin gönüllü vazgeçmesi, özel hüküm niteliğinde olan TCK m.41'e tâbidir¹⁹.

2. İştirak İradesinin Varlığı

İştirak hâlinde işlenen suçlarda, suçun icrasına katılma iradesi manevi (sübjektif), suçun işlenişine yapılan nedensel katkı ise maddi unsurdur²⁰. Manevi unsur olan iştirak iradesi, nedensel katkıda bulunan kişinin suçun işlenmesine yönelik iştirak iradesine sahip bulunmasını ve yaptığı katkıyı iştirak iradesi gereğince yapmasını ifade eder²¹. Bu nedenle iştirak iradesinden bahsedilebilmesi, kişinin nedensel katkısının söz konusu suçun işlenişini mümkün kılıcı veya kolaylaştırıcı etki doğuracağını bilmesine ve katkısını bu sonucu sağlamak isteğiyle yapmasına bağlıdır. Dolayısıyla bir kişinin iştirak iradesinden söz edilebilmesi için, hem nedensel katkısıyla suçun icrasına katıldığı şeklinde bilme hem de failin fiilinin işlenişine davranışı ile katılmak istemesi şeklinde bir isteme unsurunun varlığı gerekir²².

Gönüllü vazgeçmeden yararlanacak kişinin iştirak iradesinin var olması, TCK m.41'in uygulama alanı bulabilmesinin ön koşullarından biridir. Zira iradesi doğrultusunda hareket etmeyen bir kişi iştirak hükümlerine göre cezalandırılmayacağı için, hakkında gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulama alanı bulması da söz konusu olmaz. Diğer bir ifadeyle TCK m.41, suçun işlenişine nedensel katkı yapan, ancak bunu iştirak kastı ile yapmayan kişiler hakkında uygulama alanı bulmaz.

Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.648.

19 Aksı görüş için bkz. ÖZTÜRK/ERDEM, s.356.

20 ÖNDER, s.420, 421; DÖNMEZER/ERMAN, s.473; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s.563.

21 MAURACH/GÖSSEL/ZİPF, s.537; ÖNDER, s.421; DÖNMEZER/ERMAN, s.478; ROXİN, s.172, 224.

22 ÖNDER, s.421; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.336. TCK'nın azmettirme ve yardım etmeyi düzenleyen 38. ve 39. maddelerinin aksine, ACK'nın azmettirme ve yardım etmeyi düzenleyen sırasıyla 26. ve 27. maddelerinde, şerikin kasıtlı suça iştirak kastıyla yani çifte kastla (doppelvorsatz) katılabileceği açıkça belirtilerek, iştirak iradesinin bilme ve isteme unsurlarından meydana geldiği açıkça vurgulanmıştır. Bu konuda bkz. ROXİN, s.172, 224; SATZGER Helmut, SCHLÜCKEBIER Wilhelm ve WIDMAIER Gunter, **StGBKommentar zum Strafgesetzbuch**, Carl HeymannsVerlag, 2014, s.244, 252; KÜHL, s.834, 859.



3. Suç Ortağının Suçun İşlenişine Nedensel Katkıda Bulunması

İştirake ilişkin hükümler, eylemleri suçun kanuni tanımındaki unsurları ihlal etmeyen, ancak gerçekleştirdiği hukuka aykırı, haksız bir davranışla suçun oluşmasına maddi ve/veya manevi nedensel katkı sağlayan kimseleri cezalandırma imkânı sağlayan genişletici hükümlerdir²³. Bu nedenle bir kişinin suça iştirak ettiğinden bahsedilebilmesi için, suçun icrasına nedensel katkı yapması, yani suçun icrasına iştirak iradesiyle katılan kişinin, suçun icrası sürecinde, işlenmesini irade ettikleri suçun işlenişini mümkün kılacak veya kolaylaştıracak eylemlerde bulunması gerekir²⁴. Somut olayda kişinin suçun icrasına nedensel katkı yapıp yapmadığı, suça vücut veren fiil dikkate alınarak belirlenir. Buna göre söz konusu suç, suç ortağının somut olaydaki katkısı olmadan işlenemeyecektiye ya da en azından işlendiği şekilde işlenemeyecektiye kişinin katkısının suç açısından nedensel değer taşıdığı kabul edilir²⁵.

Bir kişi hakkında iştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulama alanı bulabilmesi için, kişinin suçun icrasına yönelik maddi ya da manevi nedensel katkısının suçun icrasına başladığında devam etmesi gerekir²⁶. Bu gereklilik TCK m.41'in uygulanmasına ilişkin karşımıza birtakım varsayımlar çıkarmaktadır. Bu konuda birinci ihtimal, suç ortağının nedensel katkı amacıyla sağladığı vasıtanın somut olayda kullanılmadığı durumlarda ortaya çıkar. Bu gibi durumlarda suça nedensel katkı sağlamayan kişi, iştirak iradesi olsa bile iştiraktan sorumlu tutulamaz²⁷. Konut dokunulmazlığını ihlal suretiyle hırsızlık suçunu işleyen failin eve girmek için kendisine verilen anahtarı kullanmaması bu duruma örnek verilebilir. Bu durumda anahtarı veren kişi, iştirak iradesi olsa bile suçun işlenmesine nedensel katkıda bulunmadığı için cezalandırılmaz. Dolayısıyla kişinin suçun tamamlanmasına yönelik maddi ya da

23 ROXİN, s.6, 7; BAUMANN/WEBER/MİTSCH, s.740; ÖNDER, s.421; ZAFER Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı*, Beta Yayınevi, İstanbul 2016, s.460; AYDIN, s.51.

24 SATZGER/SCHLUCKEBIER/WİDMAIER, s.249-251; BAUMANN/WEBER/MİTSCH, s.743; DÖNMEZER/ERMAN, s.474; HAKERİ Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.540.

25 ROXİN, s.192, 193; ÖNDER, s.421; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s.563; EVİK, s.158 vd.

26 KÜHL, s.857 ,856; BAUMANN/WEBER/MİTSCH, s.745; SATZGER/SCHLUCKEBIER/WİDMAIER, s.251-249.

27 DÖNMEZER/ERMAN, s.476. Aksi yönde ÖNDER, s.420. Yazar, bu gibi durumlarda şerikin maddi bir katkısı bulunmasa bile manevi bir katkısının bulunduğu gerekçesi ile iştirak kurallarının uygulanacağı kanaatindedir. Bu konudaki görüşlerin toplu incelemesi için bkz. EVİK, s.163.



manevi nedensel katkısının ve/veya suçun tamamlanmasına yönelik iştirak iradesinin bulunmadığı durumlarda TCK m.41 uygulama alanı bulmaz²⁸.

İkinci ihtimal olarak, suça iştirak iradesiyle nedensel katkı sağlayan kişi, suçun icra hareketleri başlamadan önce nedensel katkısını ortadan kaldırmış olabilir. Örneğin B'yi öldürmek isteyen A'ya silah veren C, henüz icra hareketlerine başlamadan önce silahı A'dan geri almış olabilir. Bir suç ortağının cezalandırılabilmesi için suçun teşebbüs aşamasına girmiş olması gerekir (TCK m.40/1,3). Oysaki bu örnekte, C, hazırlık hareketleri aşamasında yaptığı nedensel katkıyı yine hazırlık hareketleri aşamasında ortadan kaldırdığından, icra hareketlerine başladığında suçun işlenmesine yönelik iştirak iradesine sahip değildir. Bu durumda C, hazırlık hareketleri aşamasında suça iştirak iradesini sergilemiş ve nedensel bir katkı sağlamış olsa da kastını ve katkısını suç teşebbüs aşamasına gelmeden ortadan kaldırdığından, iştirakin koşulları gerçekleşmemiş olur. Bu nedenle gönüllü vazgeçme hükümlerine de başvurulamaz²⁹.

B. Suçun Teşebbüs Aşamasına Girmiş Olması

Bir suç ortağının iştirakten sorumlu tutulabilmesi için, suçun en azından teşebbüs aşamasına girmesi gerekir (TCK m.40/3). Bu nedenle TCK m.41'in uygulama alanı bulabilmesi, suçun teşebbüs aşamasına girmesine, yani failin icra hareketlerine başlamış olmasına bağlıdır³⁰. Dolayısıyla suçun teşebbüs aşamasına girip girmediğinin tespiti, TCK m.41'in uygulanması açısından büyük öneme sahiptir.

Ceza hukuku öğretisinde hazırlık ve icra hareketlerinin ayrılmasına yönelik farklı teoriler ileri sürülmüştür³¹. TCK'da ise bu teorilerden maddi objektif teori esas alınarak hazırlık ve icra hareketlerinin ayrılmasında kullanılacak ölçüt, “doğrudan doğruya icraya başlayıp da” şeklinde ifade edilmiştir³². Buna göre bir suçun icra hareketleri, kanuni tipte belirtilen hareketler ile bu hareketlerle doğrudan doğruya bağlantılı olan, dar bir zaman ve mekân bağlantısı bulunan, bütünlük içerisindeki diğer

28 HEİNRİCH, s.518; MAURACH/GÖSSEL/ZİPF, s.583; ÖZGENÇ, s.559.

29 ÖZGENÇ, s.559; HEİNRİCH, s.518; WESSELS/BEULKE, s.248.

30 MAURACH/GÖSSEL/ZİPF, s.583; ÖZGENÇ, s.559; HEİNRİCH, s.518; WESSELS/BEULKE, s.248.

31 Bu teoriler hakkında bilgi için bkz. SÖZÜER, s.194; SCHÖNKE Adolf ve SCHRÖDER Horst, **Strafgeszbuch Kommentar**, C.H.BeckVerlag, 2006, s.4330 vd.; MAURACH/GÖSSEL/ZİPF, s.34 vd.; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s.594 vd.

32 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s.599, 600; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.453, 456; ÖZGENÇ, s.465 vd.



hareketlerdir³³. Konuyu bir örnekle açıklamak gerekirse; A, B'yi öldürmek için zehir satın alır, sonra bu zehri eve getirir ve yemeğe katar. Bu durumda zehrin satın alınması ve eve getirilmesi hazırlık hareketidir. İcra hareketleri ise zehir katılan yemeğin mağdura servis edilmesiyle başlar. Dolayısıyla bu örnekte, suç teşebbüs aşamasına ancak zehirli yemeğin servis edilmesinden sonra girmiş olur. Örneğimizi iştirak hâlinde işlenen bir suça uyarlayarak, A'ya zehri arkadaşı D'nin tedarik ettiğini ve daha sonra da pişmanlık duyduğunu varsayalım. Bu durumda TCK m.40/3³⁴ gereğince, D'nin cezalandırılabilmesi için A'nın eyleminin teşebbüs aşamasına girmesi, yani somut olayda A'nın zehir kattığı yemeği servis etmesi gerekir. Bu nedenle A zehirli yemeği servis etmedikçe D'nin fiili de cezalandırılabilir olmayacağından, gönüllü vazgeçme hükümleri de uygulama alanı bulmaz. Diğer bir söyleyişle TCK m.41 ancak maddede belirtilen diğer şartların da yerine getirilmesi kaydıyla, zehir yemeğe katıldıktan, yani icra hareketlerine başladıktan sonra uygulama alanı bulabilir³⁵.

Öğretide, suç ortaklarının hazırlık hareketleri safhasında gösterdikleri gayretle de gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabileceği savunulmaktadır³⁶. Buna göre suç ortağı, icra hareketlerini henüz hazırlık hareketleri aşamasındayken gerçekleştirmekten vazgeçmiş ve suçun icrasını önlemeye yönelik gayret teşkil eden hareketleri gerçekleştirmiş olabilir. Örneğin A, C'yi öldürmesi için azmettirdiği B'yi, icra hareketlerine başlamasından önce suçu işlemekten vazgeçmeye ikna etmek için gayret göstermiş olabilir. Bu durumda A, B'nin icra hareketleri aşamasına geçmesi kaydıyla, gönüllü vazgeçme oluşturan davranışlarını hazırlık hareketleri aşamasında gerçekleştirmiş olsa bile gönüllü vazgeçmeden yararlanmalıdır. Buna karşılık B icra hareketlerine başlamamış ise ortada cezalandırılabilir bir fiil bulunmadığı için gönüllü vazgeçmede söz konusu olmaz³⁷. Ancak böylesi bir durumda, şerikler asıl fail icra hareketlerine başlamadan, yani suç teşebbüs aşamasına varmadan önce suça iştirakten vazgeçerek nedensel katkısını ortadan kaldırmış ise TCK m.41'in uygulama alanı bulamayacağı kabulü daha doğru olur. Zira bu

33 SCHÖNKE/SCHRÖDER, s.431; HAKERİ, s.493, 494; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.600; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.400.

34 Adı geçen hükme göre, "Suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir."

35 ROXİN, s.577; MAURACH/GÖSSEL/ZİPF, s.544; ÖZGENÇ, s.559; WESSELS/BEULKE, s.248.

36 TOZMAN Önder, "İştirak Hâlinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.82, Ankara 2009, s.8.

37 ROXİN, s.577.



durumda, fiilin icra hareketlerine başlandığında iştirak iradesi, yani suçun tamamlanmasına yönelik kastı bulunmayan suç ortağı iştirak hükümlerine göre cezalandırılmayacağından³⁸, TCK m.41 uygulama alanı bulmaz.

C. Suç Ortağının Suçun İşlenmesini Engellemek İçin “Gönüllü Gayret” Göstermesi

Suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesinin temel koşulu, suçun işlenişini engellemeye yönelik “gönüllü gayret” göstermesidir. Gönüllü gayret, “gönüllü” hareket etme ve “gayret” gösterme olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır. Bunlardan gönüllülük, iştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmenin sübjektif yönünü; gayret ise objektif yönünü oluşturmaktadır³⁹. Suç ortağının gönüllü olarak hareket etmesi, yani gayretin gönüllü olması, içerik olarak TCK m.36’da düzenlenen “vazgeçmenin gönüllülüğü” ile örtüşmektedir. Gönüllülüğün aksine gayret kavramına ise TCK m.36’da yer verilmemiştir. Bu nedenle konu incelenirken önce gönüllülük ardından da gayret kavramından ne anlaşılması gerektiği ayrı ayrı incelenecektir.

1. Vazgeçmenin Gönüllü Olması

Gönüllülük, sübjektif irade ile ilgili bir durum olup, kişinin suç işleme kararından vazgeçmesinin dışsal bir zorlama olmaksızın kendi özgür iradesine dayanmasını ifade eder⁴⁰. Buna göre bir suç ortağının gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilmesi, suçun icrasından gönüllü olarak vazgeçmesine, yani icra hareketlerine son verilmesinin ya da suçun tamamlanmamasının ya da suçun işlenişini önlemek için gayret gösterilmesinin harici bir etkenin tesiri olmadan kendi özgür iradesinden kaynaklanmasına bağlıdır⁴¹. Suç ortağının karar verme serbestisine sahip olmadığı, hareketlerini kendi iradesinin dışında bir nedenden dolayı gerçekleştiremediği, icra hareketlerine devam “etmeme” değil, “edememesinin” söz konusu olduğu durumlarda ise

38 WESSELS/BEULKE, s.248; ÖZGENÇ, s.559; HEİNRİCH, s.518; İÇEL Kayhan ve EVİK Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Kitap**, Beta Yayınevi, İstanbul 2007, s.259.

39 Gönüllü vazgeçmenin, vazgeçme iradesi ve vazgeçme davranışı olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır. MAURACH/GÖSSEL/ZİPF, s.162 ,156; BAUMANN/WEBER/MİTSCH, s.635 ,634.

40 DÖNMEZER/ERMAN, s. 449 ,448; EREM Faruk, DANIŞMAN Ahmet ve ARTUK Mehmet Emin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 1997, s.317; LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.244; TRÖNDLE Herbert ve FİSCHER Thomas, **Beck’sche Kurz-Kommentare, StrafgesetzbuchundNebengesetze**, MÜNCHEN 2004, s.208.

41 TRÖNDLE/FİSCHER, s.208; KÜHL, s.555; WESSELS/BEULKE, s.248; DEMİRBAŞ, s.462. Bu sebeple pişmanlık, utanç hissi, ceza alma korkusu, cesaretini kaybetme, merhamet, vicdani sebepler gibi içsel duygu durumlar vazgeçmenin gönüllü sayılmasına engel değildir. LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.249.

gönüllü vazgeçmeden değil, teşebbüsten bahsedilebilir⁴². Zira gönüllülük, zorunluluğun zıddıdır⁴³. Bu nedenle suç ortağının suçun icrasını imkân ve iktidarı dışında kalan zorlayıcı bir sebebin etkisiyle tamamlayamadığı ya da suçun icrasını engellemek için gayret gösterdiği durumlarda, kendi isteğiyle vazgeçmesi değil tamamlayamaması, yani teşebbüs söz konusu olur⁴⁴. Bundan dolayı somut bir olayda suçun teşebbüs aşamasında mı kaldığı yoksa gönüllü vazgeçmenin mi söz konusu olduğunun belirlenmesi gönüllülüğün tespitine bağlıdır.

Somut bir vakiada gönüllü hareket edilip edilmediğinin tespitinde, olayın özellikleri ve suç planı çerçevesinde failin son hareketini gerçekleştirdiği andaki durum esas alınır⁴⁵. Bu zaman noktasında vazgeçme davranışının gönüllü olarak gerçekleştirildiğinden bahsedilebilmesi için, öncelikle suç ortağının farklı hareket tarzları arasında seçim yapma imkânına sahip olup olmadığı dikkate alınır. Bunun için de zorlayıcı bir dışsal sebep bulunmaksızın serbestçe karar verebilecek ve kendi tasavvuruna göre suçun icrasına devam edebilecek durumda olması gerekir⁴⁶. Dolayısıyla gönüllü olarak hareket edildiğinin kabul edilebilmesi, suç yolu içerisinde bulunulan aşama itibarıyla farklı hareket tarzları arasında seçim yapma imkânına sahip olunmasına bağlıdır. Burada seçim yapma imkânına sahip olunup olunmadığı değerlendirilirken dikkate alınacak bir husus, suçun icrasına devam etme imkân ve iktidarına sahip olunup olunmadığıdır⁴⁷. Buna göre kişi, suçu tamamlama imkân ve iktidarına sahip olmasına rağmen hareketlerine son vermiş ya da gayret göstermişse vazgeçmesi gönüllüdür, aksi takdirde gönüllü vazgeçmenin varlığından söz

42 KÜHL, s.555. Alman hukukunda failin gönüllü olarak hareket edip etmediğinin tespiti için Frank tarafından önerilen formül şu şekildedir: Eğer kişi istese yapabilecektiye ancak yapmak istemiyorsa vazgeçme gönüllüdür. Eğer isteseydi de yapamayacaktıysa gönüllü vazgeçmeden bahsedilemez. **Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK StGB)**, Carl Heymanns, 2015, §24 Kn.19; Leipziger Kommentar, §24 Kn.223; WESSELS/BEULKE, s.248. Frank'ın formülünün eleştirisi için bkz. SÖZÜER, s.248.

43 *“İhtiyar’ kavramı, ‘serbest irade anlamına almak gerekir. Bu nedenle vazgeçmenin yalnız iradi olması yetmez, serbest olması da lazımdır. Bir dereceye kadar ‘ihtiyar’ terimi ‘icbar’(zorlama)nın aksidir. Hariçten gelen maddî veya manevî bir baskı altında teşebbüsten vazgeçen kimsenin hareketi iradi sayılabirirse de ihtiyara dayanan vazgeçme sayılamaz. Çünkü harici bir tazyik karşısında bulunan suçlunun kararı mutlak veya görelî bir mecburiyet altında alınmış bir karardır.”* EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s.317. Bu konuda ayrıca bkz. LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.243.

44 SCHÖNKE/SCHRÖDER, s.466; WESSELS/BEULKE, s.249.

45 SK-StGB §24 Kn.20; SATZGER/SCHLUKEBİER/WİDMAIER, s.224; TRÖNDLE/FİSCHER, s.210.

46 SCHÖNKE/SCHRÖDER, s.466; LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.248; TRÖNDLE/FİSCHER, s.209; ÖZBEK/KANBUR/BACAĞIZ/DOĞAN/TEPE, s.506.

47 WESSELS/BEULKE, s.248; KÜHL, s.555; SÖZÜER, s.248; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.417.



edilemez⁴⁸. Zira suçta tamamlama imkân ve iktidarına sahip olmayan bir kişinin, suçun icrasına devam etme veya vazgeçme şeklinde farklı hareket tarzları arasında seçim yapma imkânına sahip olduğundan bahsedilemez. Bu nedenle de suç ortağının suçta tamamlama imkân ve iktidarına sahip olup olmadığı, dolayısıyla vazgeçmesinin gönüllülüğü tespit edilirken dikkate alınacak temel olgu, somut olayda eylemine devam etmesine engel olan ya da vazgeçme davranışını yapmaya zorlayan dışsal bir sebebin bulunup bulunmadığıdır⁴⁹. Böylesi bir sebebin varlığı, suçun tamamlanmamasının ya da vazgeçme davranışının yapılmasının suç ortağının elinde olmayan bir nedenden kaynaklandığını gösterir. Örneğin, elindeki bıçağı hasmına birkaç kez saplayan kimse, eylemine devam etmesine mâni olabilecek, mağdurun veya üçüncü kişinin müdahalesi gibi hiçbir harici engelin bulunmadığı bir durumda, kendi takdiri ile eylemine son vermiş ise vazgeçmesinin gönüllü olduğu kabul edilir. Buna karşılık hırsızlık suçunu işlemek için bir eve girmeye çalışan fail, sokakta devriye gezen polis arabasını gördüğü için yakalanma korkusuyla fiiline son vermiş ise icra hareketlerini tamamlamaması değil, tamamlayamaması söz konusudur. Zira suçun tamamlanmamasının kişinin iradesinden değil, yakalanma tehlikesi gibi dışsal bir zorlamadan kaynaklandığı böylesi bir durumda, gönüllü vazgeçmeden söz edilemez. Yine örneğin suç ortağı bir doktorun karşı karşıya olduğu tehdit veya cebir etkisi ile tıbbi müdahalede bulunarak suçun tamamlanmasını engellemek için gayret göstermesi durumunda da gönüllü olarak icra edilmiş bir gayretin varlığından bahsedilemez. Dolayısıyla suç ortağının tesadüfi olaylar veya üçüncü kişilerin yahut mağdurun davranışları hatta hava koşulları gibi kendisinden kaynaklanmayan, iradesi dışındaki sebeplerle hareketlerini tamamlayamadığı ya da suçun icrasını engellemek için gayret gösterdiği durumlarda gönüllü vazgeçmeden bahsedilemez⁵⁰.

İcra hareketlerine devam edememenin, suçta tamamlayamamanın veya vazgeçme davranışının gönüllü olduğunun kabul edilebilmesi için, suç ortağının vazgeçmesinin iradi olması, yani bu davranışının harici bir sebepten değil, kendi iradesinden kaynaklanmış olması da gerekir⁵¹. Aksi takdirde, icra hareketlerinin veya suçun tamamlanamamasının kişinin kendi hareketlerinden kaynaklanmadığı böylesi bir durumda gönüllü vazgeçmeden söz edilemez. Örneğin A'nın, kalp krizi geçirmesini

48 SCHÖNKE/SCHRÖDER, s.466; ÖNDER, s.403; HAKERİ, s.516.

49 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.615; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.470; KÜHL, s.555.

50 SÖZÜER, s.247; İÇEL, Suç Teorisi, s.362; HAKERİ, s.517, 516.

51 Vazgeçmenin iradiliği konusunda bkz. SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2005, s.292; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.417.



sağlamak amacıyla neticeyi meydana getirmeye elverişli bulunan birtakım ilaçları B'nin içeceğine yüksek dozda kattığını, ancak tam B servis edilen bardağı almak üzereyken, bardağın meydana gelen depremin etkisi ile devrildiğini varsayalım. Bu durumda icra hareketlerinin son bulması failin iradesinden kaynaklanan gönüllü bir davranışa değil elinde olmayan sebeplere dayandığından, fail teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılır.

Vazgeçmenin gönüllü olup olmadığının belirlenmesinde vazgeçen suç ortağının saiki ise önem taşımaz. Gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanması için vazgeçmesinin ahlaki bir sebebe dayanması ya da pişmanlık duyması gerekmez⁵².

2. Suçun İşlenmesini Engellemek İçin Gayret Gösterilmesi

a) Genel Olarak

Bir suç ortağının gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanması için sadece suçun işlenmemesini istemesi yeterli olmaz, katkısıyla işlenişini kolaylaştırdığı suçun işlenmesini engellemek için gayret olarak kabul edilebilecek bir çaba göstermesi de gerekir⁵³. Bu nedenle somut bir olayda gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulama alanı bulabilmesinin ilk ve temel koşulu, suç ortağının gayret olarak kabul edilebilecek çaba sergilemiş, suçun işlenmesini engelleyebilecek davranışta bulunmuş olmasıdır. Gayret, bir şeyi yapmak için çalışmak, çaba göstermek, didinmek anlamına gelir⁵⁴. Bir suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanmasını sağlayacak gayret ise suç ortağı tarafından suçun işlenmesine engel olmak üzere gösterilen çabadır. Bu bakımdan TCK m.41'in uygulanması açısından gayret, suç ortağı tarafından, suçun işlenmesine yani icrasına veya tamamlanmasına engel olmak için, bu amaca elverişli, sonuç alıcı nitelikte eylemlerle gösterilen çaba şeklinde tanımlanabilir⁵⁵.

52 LEİPZİGERKOMMENTAR, §24 Rn.253; SATZGER/SCHLUCKEBİER/WİDMAIER, s.223; SHÖNKE/SCHRÖDER, s.468; SÖZÜER, s.246; SOYASLAN, s.295; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.418. Gönüllü vazgeçmede failin motivasyonunun önem taşımadığı, gönüllülüğün tespitinde çoğunlukla kabul gören Ampirik Psikolojik Yaklaşımın kabulüdür. Buna karşın gönüllülüğün hukuk öncesi psikolojik değil, normatif bir olgu olduğunu ve bu nedenle hukuki bir değerlendirmeye tespitini savunan Normatif Yaklaşımına göre, kişinin gönüllü olarak hareket ettiğinin kabul edilebilmesi için, gayri meşru zeminde bulunmaktan pişman olup hukuk zemine dönmek için suç ile arasına içsel mesafe koyma isteğiyle hareket etmiş olması gerekir. Bu konuda bilgi için bkz. ROXİN, s.590; BAUMANN/WEBER/MİTSCH, s.637; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.505; TRÖNDLE/FİSCHER, s.208; LEİPZİGERKOMMENTAR, §24 Kn.221 vd.

53 Gayret kavramı konusunda bkz. ROXİN, s.562.

54 Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, s.906.

55 Alman hukukundaki açıklamalar için bkz. ROXİN, s.562 vd.; BAUMANN/WEBER/MİTSCH, s.647, 648; LEİPZİGER KOMMENTAR, § 24 Kn. 288, 289 ve 358. Roxin'e göre, failin



Somut bir olayda suçun tamamlanmasının engellenmesi için suç ortağı tarafından gösterilmesi gereken gayretin kapsamına girebilecek hususlar, işlenen suçun niteliğine, suçun işleniş şekline ve suç ortağının katkısının türüne, yani iştirak statüsüne (müşterek fail, azmettiren veya yardım eden) göre değişiklik gösterir⁵⁶. Örneğin müstakil fail, suçun icra hareketlerinin tamamlanmadığı hâllerde gayret koşulunu icra hareketlerine son vererek yerine getirebilir⁵⁷. Buna karşın, suçun fiil unsuru üzerinde hâkimiyeti bulunmayan bir şerikin icra hareketlerine son vermek suretiyle gayret göstermesi mümkün değildir. Suçun icrasını engellemeye yönelik aktif davranışlarda bulunması gerekir⁵⁸. Somut bir olayda suç ortağı, nedensel katkısını ortadan kaldırmaya çalışarak da gayret gösterebilir. Zira kimi durumlarda böylesi bir çaba, suç ortağının gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanması için tek başına yeterli, suçun icrasını önlemeye elverişli bir gayret oluşturur. Örneğin, A'nın, B'yi öldürmesi için C'yi azmettirdiğini varsayalım. Bu durumda A'nın, icra hareketlerinin başlamasından sonra, B'yi öldürmemesi konusunda C'yi ikna ederek suçun işlenmesini engellemesi, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanması için tek başına yeterli olur⁵⁹. Dolayısıyla bir suç ortağının gayret olarak kabul edilebilecek davranışlarına ilişkin önceden tahdidi bir sayım yapılması mümkün değildir.

Bir suç ortağı tarafından sergilenen davranışın gayret olarak nitelendirilebilmesi için gerekli şartlardan birisi, söz konusu çabanın suçun işlenmesini engellemeye yönelmiş olmasıdır. Bir davranışın yöneldiği amaca matuf olduğunun kabul edilebilmesi ise hedeflediği amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasına bağlıdır. Zira nasıl ki bir suçun işlenebilmesi ancak fiilin elverişliliği hâlinde mümkünse başarılı olamasa da en azından başarılı olma potansiyeli olan bir vazgeçmeden bahsedilebilmesi de vazgeçme davranışının elverişli olması durumunda söz konusu olabilir. Dolayısıyla suç ortağı tarafından sergilenen çabanın gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanmasına vücut verecek bir gayret olarak kabul edilebilmesi, suçun işlenmesini engellemeye elverişli olmasına bağlıdır.

vazgeçme davranışını gerçekleştirdiği andaki bakış açısına göre neticenin engellenmesi ihtimalini artıran her hareket gayret (bemühen) olarak kabul edilmelidir. ROXİN, s.564.

56 ÖZGENÇ, s.559; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.674.

57 SCHÖNKE/SCHRÖDER, s.464; TRÖNDLE/FİSCHER, s.211.

58 LEİPZİGERKOMMENTAR, §24 Kn.404; ROXİN, s.564; TRÖNDLE/FİSCHER, s.216; HAKERİ, s.544; EVİK, s.308.

59 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.472; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s.584; İPEKÇİOĞLU, PERVİN AKSOY, **Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s.147.



Bu açıklamalar çerçevesin de somut olayda gösterilen çabanın TCK m.41'in uygulanmasına yol açacak bir gayret olarak kabul edilebilmesi için; a) suç ortağı tarafından bir çaba sergilenmesi, yani suçun işlenmesini engelleyebilecek bir davranışta bulunulması, b) bu çabanın, suç ortağının gönüllü vazgeçme yönündeki iradesini gösterir şekilde suçun icrasını veya tamamlanmasını engelleme amacıyla yapılması ve c) bu amacı gerçekleştirmeyle elverişli olması gerekir.

Bu unsurlardan subjektif unsur olarak nitelendirilebilecek vazgeçme iradesinin, yani vazgeçme davranışının suçun tamamlanmasının önlenmesi amacıyla yapıldığının ispatı, önemli ölçüde somut olayda suç ortağı tarafından gösterilen çabanın suçun icrasını engellemeye elverişli olmasına bağlıdır. Bu nedenle suç ortağı tarafından sergilenen çaba ancak, suçun icrasını engellemeye elverişli olması durumunda gayret olarak kabul edilebilir.

b. Gayretin Elverişli Olması

Kanun koyucu bir suç ortağının gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanmasını, vazgeçmenin gönüllü ve iradi olduğunu gösterecek "gayret" in varlığına bağlamıştır. Böylece vazgeçmenin objektif unsurlardan hareketle tespit edilemediği böylesi bir durumda, suç ortağının suçun icrasını engelleyebilecek eylemlerde bulunarak, gönüllü çaba göstermek suretiyle vazgeçmeye yönelik subjektif iradesini ortaya koymasını aramıştır⁶⁰. Suç ortağının subjektif iradesini dış dünyaya yansıtacak, gayret olarak kabul edilebilecek çaba ise ancak suçun icrasına veya tamamlanmasına engel olabilecek, elverişli bir çabadır⁶¹. Zira suçun

60 LEİPZİGER KOMMENTAR, § 24 Kn.287; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s.971. ROXİN, 1975 yılında Kanun'a eklenen hükmün konuluş amacının, teşebbüste subjektif unsurlardan hareketle objektif olarak tamamlanmamış bir suçtan cezalandırılan failin suçtan vazgeçmeye yönelik subjektif düşüncesinin cezalandırılmaması için yeterli olması gerektiği fikri olduğunu belirtmektedir. ROXİN, s.562. Bu yaklaşımın doğru anlaşılabilmesi için, TCK'nın aksine, ACK'nın 22. maddesinde bir kişinin teşebbüsten cezalandırılabilmesi için, kendi tasavvuruna göre fiilin icrasına doğrudan doğruya başlamasının yeterli sayıldığını, fiilin elverişli olmasının veya suçun failin elinde olmayan bir sebeple tamamlanamamasının aranmadığını, bu nedenle Alman hukukunda failin, elverişsiz teşebbüs ve işlenemez suç hâlinde de subjektif unsurlardan hareketle teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılmasının mümkün olduğunu belirtmek gerekir.

61 TCK 41.maddenin ikinci fıkrasında suç ortağının iştirak ettiği bir suça ilişkin olarak gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilmesi için gayret göstermesinin yeterli kabul edilmesi ve bu gayretin suçun icrasını önlemede başarılı olmasının aranmaması, bir çabanın gayret olarak kabul edilebilmesi için taşınması gereken vasıfların tespitini gerekli kılmaktadır. Alman hukukunda, ACK m.24/2 ve m.31/2'de kullanılan "freiwilliges und ernsthaftes Bemühen" "gönüllü ve ciddi çaba" ifadesinden hareketle söz konusu vasıflar, "gönüllü ve ciddi" olma şeklinde belirlenmiştir. Buna karşın ACK'dan farklı olarak TCK m.41'de sadece, "gayret" ifadesi kullanılmıştır. Ancak kuşkusuz bu, suç ortağının alelade herhangi

icrasını engelleme amacına yönelik olmayan soyut bir çaba gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanmayı mümkün kılacak bir gayret oluşturmaz. Örneğin, gözcünün diğer suç ortaklarına haber vermeden suç mahâllini terk etmesi, kasanın taşınmasına yardım etmesi gereken suç ortağının bu yardımı yerine getirmemesi, söz konusu suç ortaklarının vazgeçme iradesini gösteren, hatta nedensel katkısını ortadan kaldıran davranışlar olsa da suçun işlenmesini engellemeye elverişli davranışlar değildir. Bu sebeple suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanmasını sağlayacak bir gayret olarak da kabul edilemez⁶². Dolayısıyla elverişli olma, bir çabanın gayret olarak kabul edilebilmesinin en önemli koşuludur.

Elverişli gayret, suçun icrasını engellemeye muktedir gayrettir⁶³. Bu nedenle bir gayretin elverişli olduğunun kabul edilebilmesi için, suç ortağının somut olaydaki çabasının, suçun icrasını objektif olarak engellemeye muktedir olmasına bağlıdır. Burada gösterilen çabanın elverişli sayılabilmesi için, suçun icrasını engelleme ihtimalinin varlığı yeterli sayılamamalı, hem gösterildiği zaman hem de içerik bakımından suçun icrasını kesine yakın bir olasılıkla engelleyebilecek olması

bir davranışıyla söz konusu hükümden yararlanabileceği anlamına gelmemektedir. Nasıl ki elverişli olmayan hareketler teşebbüs aşamasında kalmaya mahkûm, işlenemez suça vücut veriyor ise suçun işlenmesini engellemeye elverişli olmayan bir çabada başarıya ulaşması mümkün olmayan elverişsiz bir gayrettir. Bu sebeple Türk hukukunda gayret kavramının değerlendirilmesinde, yeterince ölçülebilir olmayan sübjektif nitelikteki “ciddi” yerine, hukuki anlama sahip bulunan içeriğinin belirlenmesinde davranışın maddi yapısının esas alınacak olması nedeniyle tespiti daha kolay olan “elverişli” kavramının esas alınması daha doğru olur. Objektif kriter kullanılması, ACK m.22’nin aksine TCK’da, işlenemez suç hâlinde sübjektif suç işleme kararlılığının failin cezalandırılması için yeterli sayılmaması; ACK m.24/2’nin aksine TCK’da, suç ortağının, vazgeçme davranışının suçun tamamlanmasını engellemekte başarılı olamadığı durumlarda gönüllü vazgeçmeden yararlanması için nedensel katkısını ortadan kaldırmasının aranmaması nedeniyle özellikle gereklidir. Burada çabanın elverişliliğinin değerlendirilmesi, doğal olarak fiilin elverişliliğinin değerlendirilmesi ile aynı esaslara tâbi olmalıdır. Nitekim aşağıda ilgili kısımda da değinileceği üzere Alman hukukunda da öğretilde azınlıkta kalan bir görüş ACK m.24’de geçen ciddi çaba tabirini elverişli çaba kavramına uygun biçimde yorumlamaktadır. Alman hukukunda ciddi çaba kavramının açıklanmasına ilişkin olarak bkz. ROXİN, s.565 vd., 585-587; LEIPZIGER KOMMENTAR, §24 Kn.288, 289, 358.

62 LEIPZIGER KOMMENTAR, §24 Kn.404; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.345; ÖZTÜRK/ERDEM, s.356; AYDIN, s.237; Evik, s.302.

63 Elverişlilik konusunda bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s.403.Yargıtay CGK’da 2.3.1987 tarih ve 549/92 sayılı kararında elverişliliği, “Elverişli aracın, kastedilen sonucu meydana getirme gücünde, etkinliğinde, kapasite ve yapısında olması gerekir” şeklinde açıklamıştır. Karar için bkz. ÖNDER, s.388.

aranmalıdır^{64,65}. Diğer bir ifadeyle ancak, suç ortağı tarafından icra edilen ve icra edildiği zaman ve içerik bakımından suçun tamamlanmasını engelleyebilecek değil, kesine yakın bir olasılıkla engelleyebilecek bir çaba elverişli gayret olarak kabul edilmelidir⁶⁶. Böylesi bir durumda, suç ortağı tarafından sergilenen çabanın icra edildiği zaman ve içerik olarak kesine yakın bir olasılıkla elverişli olup olmadığına ilişkin değerlendirme olay anındaki şartlar (exante) ve ortalama tarafsız bir kişinin hayat tecrübesi esas alınarak (objektif) yapılmalıdır⁶⁷. Dolayısıyla

64 Suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanması için nedensel katkısını kaldırmasının ve neticeyi engellemesinin koşul olarak aranmadığı bu durumda, gayretin neticeyi engellemeye elverişli olup olmadığına ilişkin nedensellik incelemesi normatif olarak yapılabileceğinden, gerçek olmayan ihmali suçlarda olduğu gibi kesine yakın bir olasılıkla önleme ihtimalinin varlığının aranması doğru olur. Gerçek olmayan ihmali suçlarda nedensellik bağı ve isnat edilebilirlik konusunda bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s.377.

65 Sübjektif yaklaşımın egemen olduğu Alman hukukunda, vazgeçme davranışının failin kendi düşüncesine göre suçun tamamlanmasını engellemek için yeterince güvenli olması ve suçun tamamlanmasını engelleme olasılığının bulunması yeterli kabul edilmektedir. LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.341. Ancak failin icra hareketlerini tamamladığı insan öldürmeye tam teşebbüs hâlinde, profesyonel sağlık yardımına başvurmak yerine yarayı elbise ile sarması gibi bir davranışın ciddi çaba teşkil etmeyeceği, vazgeçme davranışının suçun tamamlanmasını engellemeye elverişli olması gerektiği kabul edilmektedir. LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.342. Ayrıca bkz. LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.358.

66 Alman hukukunda çabanın ciddi olup olmadığının bu çalışmada önerilen şekilde objektif temelde varsayımsal bir nedensellik değerlendirmesiyle belirlenmesi az sayıda kişi tarafından savunulmaktadır. Bu konuda bkz. ROXİN, s.566, 567; LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.433.

67 Değerlendirmenin ex ante olarak yapılacağı konusunda bkz. BAUMANN/WEBER/MİTSCH, s.647; ROXİN, s.566.

Alman hukukunda konuyu düzenleyen ACK m.24'de suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanması için gerekli çaba açıkça, "gönüllü ve ciddi çaba (freiwilliges und ernshaftes Bemühen)" olarak tanımlandığından, gerek öğreti gerekse de yargı kararlarında suç ortağının çabasının gönüllü ve ciddi olarak kabul edilip edilmeyeceğinin belirlenmesinde, vazgeçen suç ortağının sübjektif değerlendirilmesinin esas alınacağı kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. ROXİN, s.565-567; SCHÖNKE/SCHRÖDER, s.477; LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.423, 424; BAUMANN/WEBER/MİTSCH, s.647. Sübjektif görüşü kabul edenlerin çabanın ciddi sayılması konusunda ayrılıkları temel nokta ise bazıların vazgeçen suç ortağının kendi bakış açısından neticenin engellenmesi için yeterli olduğunu düşündüğü uygun davranışı gerçekleştirmesini kâfi sayması, diğer bir kısmının ise alternatifler arasında neticeyi engelleme şansı en yüksek olan, en uygun hareketi icra etmesi gerektiğini kabul etmesidir. Ancak suç ortağının alternatif davranış tarzlarının neticeyi engellemeye uygunluğuna yönelik değerlendirme hatasının, açıkça tercih etmediği davranışın neticeyi engellemek konusunda daha güvenli olduğunun bilincinde olmadığı sürece, çabasının ciddi sayılmasına engel olmayacağı kabul edilmesi bu yaklaşım farklılığını pratikte büyük ölçüde önemsizleştirmektedir. LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Rn.65; ROXİN, s.565; SCHÖNKE/SCHRÖDER, s.477; BAUMANN/WEBER/MİTSCH, s.647, 648. Alman hukuk uygulamasında da Federal Mahkeme, BGHSt, 31, 50 kararında, sergilenen vazgeçme davranışının ciddi kabul edilebilmesi için, objektif olarak veya suç ortağının bakış açısına göre yeterli engelleme olasılığına sahip bir davranış olmasının yeterli kabul etmiştir. BGHSt 33, 202 kararında ise suç ortağının sübjektif değerlendirmesine göre mümkün olan bütün gayreti göstermesini aramıştır. Bu konuda bkz. ROXİN, (§30 Rn.276) s.565. BGHSt 48147 kararında ise neticenin engellenmesi için birden fazla alternatifin söz konusu olduğu durumlarda



elverişliliğin zaman ve içerik bakımından elverişlilik olarak iki boyutu bulunmaktadır.

c. Gayret Teşkil Eden Çabanın Zaman Bakımından Elverişli Olması

Suç, karar, hazırlık, icra ve tamamlanma aşamalarından oluşan ve suç yolu olarak isimlendirilen bir süreç içerisinde işlenir⁶⁸. Bu süreç içerisinde ise kişinin sadece icra hareketlerinin başlamasından tamamlanmasına kadar olan aşamadaki davranışları cezalandırılabilir niteliktedir. Bu nedenle kural olarak gönüllü vazgeçme de bu aşamada olabilir⁶⁹. Ancak neticeli suçlarda, suçun icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra neticenin meydana gelmesini engellemek suretiyle de gönüllü vazgeçme mümkündür⁷⁰.

TCK m.41/2'de yer verilen, suçun "gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen" işlenmesi şartı, gönüllü vazgeçen suç ortağının gayret teşkil eden davranışı suçun tamamlanmasından önce gerçekleştirmesi gerektiğini göstermektedir. Zira sonuç itibari ile başarılı olamasa bile, ancak bu zaman diliminde gösterilen bir çaba suçun işlenmesini veya tamamlanmasını engelleyebilecek elverişli gayret olarak kabul edilebilir⁷¹. Dolayısıyla elverişli bir gayretin varlığından bahsedilebilmesi için, gayret teşkil eden çabanın suçun tamamlanmasından önce icra edilmiş olması gerekir.

TCK m.41'in uygulama alanı bulması için, gayret olarak kabul edilecek çabanın, hazırlık hareketlerinin bitip icra hareketlerinin başlamasından sonra sonuç doğurması gerekir. Dolayısıyla gayret teşkil eden çaba hazırlık hareketleri aşamasında da icra edilebilir. Burada önemli olan, çabanın suç yolu içerisinde hangi aşamada gösterildiği değil, hangi aşamada sonuç doğurduğudur⁷². Ancak hazırlık hareketleri aşamasında gösterilen bir çaba henüz hazırlık hareketleri aşamasında suçun icrasının başlanmasına engel olmuş ise bu aşamada ortada cezalandırılabilir bir fiil olmadığından, TCK

failin en güvenli veya elverişli yolu tercih etmesi gerektiğini ifade etmiştir. Karar için bkz. LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Rn.65. Alman hukukunda değerlendirmenin objektif olarak yapılması ise azınlık görüşü oluşturmaktadır. Objektif görüşü savunanların bir kısmı da kişinin çabasının ciddi olduğunun kabul edilmesi için çabanın somut olaydan bağımsız olarak objektif olarak neticeyi önleme ihtimalinin varlığını yeterli görmekte, çabanın suçun tamamlanmasını kesine yakın bir olasılıkla engelleme ihtimalini aramamaktadır. ROXİN, s.567; TRÖNDLE/FİSCHER, s.217.

68 MAURACH/GÖSSEL/ZİPF, s.15; ÖNDER, s.384.

69 MAURACH/GÖSSEL/ZİPF, s.544; LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.371.

70 BAUMANN/WEBER/MİTSCH, s.613; SATZGER/SCHLUCKEBIER/WİDMAIER, s.216; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.416;

71 MAURACH/GÖSSEL/ZİPF, s.544; LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.394.

72 MAURACH/GÖSSEL/ZİPF, s.544; ROXİN, s.564.



m.41 uygulama alanı bulmaz⁷³. Yine suç ortağı hazırlık hareketleri aşamasında sergilediği çaba ile nedensel katkısını ortadan kaldırmış ise suçun işlenişine katkı sağlamadığı ve suça yönelik iştirak iradesi bulunmadığından, gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümler uygulama alanı bulamaz⁷⁴. Bu nedenle suç ortağının sergilediği çabanın maddenin uygulanmasına yol açacak gayret olarak kabul edilebilmesi için, etkisini failin hazırlık hareketleri safhasından çıkıp icra hareketleri safhasına girmesinden sonra göstermesi ve suçun icrasını engelleyecek bir zamanda icra edilmesi gerekir⁷⁵.

Bu noktada sergilenen çabanın zaman bakımından elverişli bir çaba olup olmadığının değerlendirilmesinde, suçun sırf hareket suçu veya neticeli bir suç olup olmadığı, hareketlerin bölünerek icra edilip edilmediği gibi suçun maddi yapısına ve somut olaya ilişkin hususlar dikkate alınmalıdır. Sergilenen çabanın zaman bakımından elverişli olup olmadığı ise olay anında şartlar (ex ante) ve ortalama tarafsız bir kişinin hayat tecrübesi dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

Bir suç ortağının icra hareketlerinin tamamlanmasından önce sergilediği çabanın zaman bakımından elverişli olup olmadığı, işlenen suçun maddi yapısından bağımsız olarak ele alınamaz. Zira TCK m.36'da hazırlık ve icra hareketlerinin ayrılmasında maddi objektif teorinin benimsenmiş olması nedeniyle, çoğu olayda icra hareketleri ile suçun tamamlanması arasında kısa bir zaman fasılası bulunmaktadır. Bu durum bir suç ortağının anılan safhada gösterdiği çabanın elverişli gayret olarak kabulünü oldukça zorlaştırmaktadır. Bu nedenle çoğu durumda, ancak suç mahâllinde bulunan bir suç ortağının göstereceği çaba suçun icra hareketlerinin tamamlanmasını önlemeye elverişli gayret oluşturabilecektir.

Suç ortağı tarafından sergilenen çabanın, suçun tamamlanmasını veya neticenin meydana gelmesini engellemek için üçüncü kişilere bildirimde bulunmak şeklinde gerçekleşmesi de mümkündür⁷⁶. Böylesi bir çabanın zaman bakımından elverişli olarak kabul edilebilmesi, bildirim, üçüncü kişinin suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini engelleyebileceği bir zaman diliminde yapılmış olmasına bağlıdır. Örneğin, azmettiren A, fail F'nin, M'yi evinde öldüreceği şeklinde henüz hazırlık hareketleri safhasında yapacağı bir ihbar ile kolluk güçlerini harekete geçirerek

73 ROXİN, s.577; ÖZGENÇ, s.559; WESSELS/BEULKE, s.248; AKDAĞ, Hale, "Gönüllü Vazgeçme", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C 3, S.2, Ankara 2013, s.117.

74 DÖNMEZER/ERMAN, s.476 ,475; MAURACH/GÖSSEL/ZİPF, s.586 ,544; SK-StGB, §24 Kn.36; WESSELS/BEULKE, s.248.

75 MAURACH/GÖSSEL/ZİPF, s.544; ROXİN, s.564.

76 SATZGER/SCHLÜCKEBIER/WIDMAIER, s.219; ROXİN, s.559.



suçun icra hareketlerinin başlamasından sonra suçun icrasını engelleyebilir. Ancak böylesi bir ihbar, insan öldürme suçunda TCK m.36 gereğince sadece silahın çıkarılması ve nişan alma gibi eylemlerin icra hareketi olarak kabul edildiği göz önüne alındığında⁷⁷, icra hareketlerinin başlamasından sonra yapılması durumunda zaman bakımından suçun icrasını önlemeye elverişli gayret teşkil etmez. Böylesi bir durumda, ancak olay mahallinde bulunan suç ortağının fiili müdahalesi zaman bakımından elverişli olabilir.

Kendisine yönelik olarak suç işlenen mağdura yapılan bildirim zaman bakımından elverişli olduğunun kabul edilebilmesi, yapılan bildirim mağdura ulaşması ve mağdurun kendisine karşı işlenen suçun icrasını ve/veya tamamlanmasını engelleyecek önlemler alabilmesine imkân verecek zamanda yapılmasına bağlıdır. Bu açıklamalar çerçevesinde örneğin, fail veya failerin ateşli silahla öldürmek için mağdurun bulunduğu yere girmesinden sonra, adam öldürme suçuna iştirak eden gözcü G'nin, olay mahallini terk ederek nedensel katkısını ortadan kaldırması ve olaya müdahale ederek engellemek için yeterli zamana sahip olmayan kolluk güçlerine bildirmesi, suçun tamamlanmasını veya neticenin meydana gelmesini engellemeye dönük elverişli gayret teşkil etmez. Buna karşın gözcü G'nin, suçun icrasını engellemeye yönelik fiziki çaba ortaya koyması ya da mağdurun kendisini koruma imkânına sahip olabileceği bir anda onu uyarması veya olaya müdahale edebilecek olay yerinden geçmekte olan kolluk güçlerine haber vermesi elverişli gayret olarak kabul edilmelidir.

Suç ortağının çaba olarak sağlık görevlilerine bildirimde bulunduğu durumlarda, yapılan bildirim zaman bakımından elverişli olarak kabul edilebilmesi için, bildirim yapıldığı zaman itibari ile sağlık görevlilerine, neticenin meydana gelmesini kesine yakın bir olasılıkla engelleyecek tıbbi müdahalede bulunma imkânı vermesi gerekir. Bu nedenle örneğin, olay yerinde aldığı yaralar neticesinde çok kısa sürede ölecek bir mağdur için sağlık yardımının harekete geçirilmesi zaman bakımından elverişli bir gayret teşkil etmez. Zira böylesi bir yardımın zaman bakımından elverişli kabul edilebilmesi için, mağdurun tıbbi yardımdan yararlanabilmesinin teorik bir ihtimalin ötesine geçerek pratikte de mümkün olması gerekir. Bunun için söz konusu bildirim, sağlık görevlilerinin olay yerine varmasına ve ölüm neticesinin meydana gelmesini engelleyecek şekilde tıbbi müdahalede bulunmasına imkân sağlayacak zamanda yapılmalıdır. Aksi takdirde suçun tamamlanmasını önlemeye elverişli gayretin varlığından söz edilemez⁷⁸.

77 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.601; HAKERİ, s.485, 486.

78 Sübjektif ölçütün esas alındığı ve işlenemez suçta teşebbüsün cezalandırıldığı Alman



Sırf hareket suçlarında mağdur veya üçüncü kişiye bildirimde bulunma şeklinde gösterilen çabaların çoğunda, bildirim yapıldığı sırada icra hareketlerine henüz başlanmamış ise suç ortaklarına, suç teşebbüs aşamasına girmediği, ortada cezalandırılabilir bir fiil bulunmadığı için ceza verilemeyecektir. Dolayısıyla bu durumda gönüllü vazgeçme hükümleri de uygulama alanı bulamayacaktır. İcra hareketlerine başlanmasından sonra yapılan bildirim ise çoğu durumda suçun icrasını veya tamamlanmasını engellemeyi mümkün kılacak elverişli bir gayret oluşturmayacağından, suç ortağının TCK m.41'den yararlanmasına imkân vermeyecektir. Dolayısıyla böylesi bir çabanın var olduğu durumlarda, ya TCK m.41'in uygulama alanı bulabilmesi söz konusu olamayacak ya da böylesi bir bildirim maddeden yararlanmayı mümkün kılacak, elverişli bir gayret olarak kabul edilemeyecektir. Böylesi bir bildirim neticeli suçlarda elverişli gayret teşkil etmesi ihtimali ise sırf hareket suçlarına göre daha yüksektir. Örneğin, bir aracın altına konulan zaman ayarlı bombanın etkisiz hâle getirilmesine imkân verecek bir zamanda kolluk güçlerine ihbar edilmesi, elverişli gayret olarak kabul edilir.

Suç ortağının gösterdiği çabanın suçun icrasını engellemek için bizzat müdahale etmek şeklinde ortaya çıktığı durumlarda, böylesi bir çabanın zaman bakımından elverişli olarak kabul edilebilmesi için, sırf hareket suçlarında suçun tamamlanmasından önce gösterilmiş olması gerekir. Buna karşın neticeli suçlarda, icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra gösterilen çabalar da zaman bakımından elverişli olabilir. Diğer bir ifadeyle suç ortağının neticeli suçlarda, suçun icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra ancak neticenin meydana gelmesini engelleyebilecek bir zaman diliminde sergilediği çaba da elverişli gayret teşkil edebilir⁷⁹. Örneğin bir suç ortağının, failin öldürme kastıyla üç bıçak darbesi ile yaraladığı mağduru yakında bulunan hastaneye götürmesi, mağdura tıbben etkili bir müdahalede bulunulması mümkün ise zaman bakımından elverişli gayret olarak kabul edilmelidir⁸⁰.

hukukunda, öldürmek kastıyla bir kişinin kahvesine zehir katmaya çalışırken yanlışlıkla aspirin kattıktan sonra acil yardımı arayan failin, bilirkişi tarafından gerçekten zehir katılırdı mağduru kurtarılmayacağı tespit edilmiş ise vazgeçme davranışı olay anındaki şartlara göre (ex ante) ve objektif olarak uygun olmadığından, gönüllü vazgeçmeden yararlanamayacağı belirtilmektedir. Bkz. ROXİN, s.566.

79 SCHÖNKE/SCHRÖDER, s.469; LACKNER, Karl ve KÜHL, Kristian, **Strafgesetzbuch mit Erläuterungen**, C.H.Beck Verlag, MÜNCHEN 1999, s.194.

80 BAUMANN/WEBER/MITSCH'e göre, mağduru öldürme kastıyla ancak objektif olarak sadece hafifçe yaralayan ancak bu yaralamayı tıbbi müdahalede bulunulmazsa yaşamsal tehlikeye yol açacak bir yaralama sanan failin, mağduru derhal hastaneye götürmesi hâlinde kurtulma şansının daha fazla olduğunu düşünmesine rağmen mağdura kendisine doktor çağırması için telefonu vermesi, ciddi çaba olarak kabul edilemez. BAUMANN/



Sonuç olarak suç ortağının TCK m.41/2'den yararlanabilmesi, gayret teşkil edecek çabasını suçun tamamlanmasından önce göstermesine ve bu çabanın içeriğinin suçun tamamlanmasını engelleyebilecek nitelikte olmasına bağlıdır. İcra hareketlerinin tamamlanmasından sonra sadece neticenin meydana gelmesini engellemeye yönelik olarak gösterilecek herhangi bir çaba ise gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanmak için yeterli olmaz. Zira bu aşamada suç ortaklarından birisi tarafından gösterilen çabanın neticenin meydana gelmesini kesine yakın olasılıkla engelleyebilecek bir çaba teşkil edeceğini söylemek zordur. Bu nedenle söz konusu aşamada gösterilecek her çaba, elverişli gayret olarak kabul edilemeyecektir.

aa. Gayret Teşkil Eden Çabanın İçerik Bakımından Elverişli Olması

Suç ortağı tarafından gösterilecek çabanın elverişli gayret olarak kabul edilebilmesi için, söz konusu çabanın icra edildiği zaman kadar içerik (icra ediliş) bakımından da suçun icrasını engellemeye elverişli olması gerekir. Bu nedenle hangi davranışların elverişli çaba olarak kabul edilebileceği üzerinde durulması yararlı olacaktır.

Suç tiplerinin maddi yapısının farklı olması, her olayın kendine özgü koşullarının bulunması, faillerin ve şeriklerin vazgeçme iradelerinin dış dünyaya farklı biçimde yansması⁸¹ gibi nedenlerden dolayı, bir davranışın maddi yapısı itibariyle suçun işlenişini engellemeye elverişli olup olmadığının önceden tahdidi biçimde tespiti mümkün değildir. Bu nedenle gerçekleştirilen davranışın elverişli olup olmadığı somut vakıda olayın özellikleri çerçevesinde belirlenebilir⁸². Ancak gösterilen çabanın içerik bakımından elverişliliğine ilişkin önceden bir takım tespitlerin yapılması mümkündür.

aaa. Gayret Teşkil Edecek Davranışın İcrai ya da İhmali Hareketlerle Gerçekleştirilip Gerçekleştirilemeyeceği

Gayret teşkil edecek çabanın içerik bakımından elverişliliğine ilişkin olarak üzerinde durulması gereken ilk husus, gösterilen çabanın elverişli olduğunun kabul edilebilmesi için, mutlaka aktif davranışlarla gerçekleştirilmesinin gerekip gerekmediği, suç ortağının hareketsiz kalmasının suçun icrasını engelleyebilecek elverişli bir gayret olarak kabul edilip edilmeyeceğidir.

WEBER/MİTSCH, s.648.

81 İPEKÇİOĞLU, s.146.

82 SATZGER/SCHLUCKEBİER/WİDMAIER, s.219.



Suç ortağının aktif davranışına dayanan icrai hareketlerinin, diğer koşulların da varlığı durumunda, elverişli çaba teşkil edebileceği kuşkusuzdur⁸³. Ancak bir suç ortağının, suça yönelik nedensel katkısının içeriğine bağlı olarak, suçun icrasını hareketsiz kalarak, ihmali bir davranışla engellemesi de mümkün olabilir⁸⁴. Hırsızlık suçuna katılan gece bekçisinin, suç planında kendi nedensel katkısını oluşturan kapıyı açma ya da alarm sistemini devre dışı bırakma eylemlerini gerçekleştirmemek suretiyle suçun işlenişini önlemesi, bu duruma örnek verilebilir. Bu durumda gönüllü vazgeçen suç ortağı olan bekçi, hareketsiz kalarak nedensel katkısını gerçekleştirmemek suretiyle suçun tamamlanmasını engellemektedir. Dolayısıyla somut olayın özelliklerine göre bir suç ortağının icrai davranışı yanında hareketsiz kalması da elverişli gayret oluşturabilir. Ancak somut bir olayda ihmali bir davranışın elverişli gayret teşkil edebilmesi icrai davranışa göre farklılık gösterir.

Öncelikle bir suçun işlenişinin ihmali davranışla engellenebilmesi, icrai davranışın aksine ancak kimi durumlarda ve her suç ortağı bakımından değil, ancak kimi suç ortakları bakımından mümkündür. Zira suç ortağının hareketsiz kalması, sadece hareketsiz kalmak suretiyle nedensel katkısını yerine getirmeyerek suçun tamamlanmasını engelleyebileceği durumlarda elverişli gayret teşkil edebilir⁸⁵. Bu ise ancak, suç ortağının nedensel katkısının suçun icrası açısından olmazsa olmaz nitelikte olduğu, yani suç ortağının fiil üzerinde fonksiyonel hâkimiyet kurduğu durumlarda mümkündür⁸⁶. Ayrıca somut olayda suç ortağı tarafından sağlanacak olan katkının ihmali değil, icrai davranışla yerine getirilecek bir katkı olması da gerekir. Zira hareketsiz kalmak suretiyle gerçekleştirilecek bir katkının ihmali davranış ile yerine getirilmediğini ve bu hareketsiz kalmanın suçun icrasını engellemeye elverişli olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu nedenle suç ortağının hareketsiz kalarak nedensel katkı sağladığı suçlarda ihmali davranışı elverişli gayret oluşturmaz⁸⁷. Örneğin, öldürülmek istenen kişinin yakın koruması olan suç ortağının, suçun işlenişine, saldırıyı engellemek, yani hareketsiz kalarak nedensel katkı sağlaması mümkündür. Bu durumda söz konusu suç ortağının hareketsiz kalması doğal olarak suçun icrasını engelleyebilecek bir gayret oluşturmaz. Bu nedenle elverişli gayret gösterdiğinin kabul edilebilmesi, suçun icrasını engelleyebilecek aktif bir davranışta bulunmasına bağlıdır.

83 SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER, s.219; LACKNER/KÜHL, s.194.

84 ROXİN, s.562; KÜHL, s.874; HEINRICH, s.520; BAUMANN/WEBER/MITSCH, s.651.

85 ROXİN, s.562; KÜHL, s.874; HEINRICH, s.520.

86 KÜHL, s.874; HEINRICH, s.520; TOZMAN, s.20.

87 KÜHL, s.874; TOZMAN, s.20.



Bu açıklamalar doğrultusunda somut olayda farklı iştirak statülerine sahip suç ortaklarının hareketsiz kalmasının elverişli gayret teşkil edip etmeyeceği üzerinde durulması yararlı olur.

Müstakil fail, suçun icra hareketlerini tek başına gerçekleştirir ve fiil üzerinde hâkimiyete sahiptir⁸⁸. Bu sebeple hareketlerini icra etmeden önceki süreçte suçun tamamlanmasına, hareketlerine devam etmeyerek engel olabilir⁸⁹. Buna karşın icra hareketlerinin tamamlanmasından sonraki aşamada hareketsiz kalarak neticenin meydana gelmesini engelleyemez. Dolayısıyla müstakil failin icra hareketleri safhasında hareketsiz kalması elverişli gayret olarak kabul edilebilecekken, icra hareketlerinin tamamlanmasından sonraki aşamada elverişli gayret gösterdiğinden bahsedilebilmesi aktif nitelikte davranışlarla çaba göstermesine bağlıdır⁹⁰.

Müşterek failin kendi hareketlerine son vermesi, kural olarak gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanması için yeterli değildir. Ayrıca suçun işlenmesini engellemek için gayret sergilemesi de gerekir⁹¹. Ancak müşterek failin hareketsiz kalması, somut olayda suçun işlenişine yaptığı nedensel katkıya ve vazgeçmenin zamanına göre, kimi durumlarda elverişli gayret oluşturabilir⁹². Suçun icra hareketlerini birlikte gerçekleştiren müşterek faillerden birinin hareketsiz kalması, böylesi bir durum suçun işlenişini engellemeyeceğinden, elverişli gayret oluşturmaz. Örneğin, A, B ve C'nin, çapraz ateş ile öldürmek için D'ye pusu kurduğunu varsayalım. Bu durumda müşterek fail durumunda olan A, B ve C'nin hareketleri, suçu meydana getirmeye aynı derecede elverişli, denk hareketlerdir. Bu nedenle ateş etmeyerek suçun işlenişini engelleyemeyecek bu kişilerin hareketsiz kalması elverişli gayret olarak kabul edilemez⁹³.

Buna karşın iş bölümü içerisinde tipikliğe vücut veren hareketlerin bir kısmını icra eden veya olmazsa olmaz nitelikte katkı sağlayarak suç üzerinde fonksiyonel hâkimiyet kuran müşterek fail, hareketsiz kalmak suretiyle nedensel katkısını yerine getirmeyerek suçun işlenmesine engel olabilir. İşte böylesi durumlarda müşterek failin hareketsiz kalması, suçun icrasını engelleyecek elverişli bir gayret olarak kabul edilebilir⁹⁴. Yukarıda

88 BAUMANN/WEBER/MİTSCH, s.669; HEİNRİCH, Cilt II, s.228; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s.916.

89 LACKNER/KÜHL, s.192; ZAFER, s.456; HEİNRİCH, Cilt I, s.517.

90 SCHÖNKE/SCHRÖDER, s.469; LACKNER/KÜHL, s.194.

91 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s.661; ÖZGENÇ, s.494; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.408.

92 ROXİN, s.564; TRÖNDLE/FİSCHER, s.216; KÜHL, s.874; ÖZTÜRK/ERDEM, s.358; TOZMAN, s.20.

93 ÖZTÜRK/ERDEM, s.358.

94 ROXİN, s.564; TRÖNDLE/FİSCHER, s.216.



zikrettiğimiz, gece bekçisinin alarm sistemini devre dışı bırakmayarak suçun işlenişine engel olması, müşterek failin hareketsiz kalmasının elverişli gayret olarak kabul edilebileceği hâle örnek verilebilir. Sonuç olarak, müşterek failin kendi hareketlerini yerine getirmemesi suçun icrasını tek başına önleyebilecek nitelikte değilse, hareketsiz kalması suçun icrasını engellemeye yönelik elverişli gayret olarak kabul edilemez⁹⁵. Gayret gösterdiğinin kabul edilebilmesi için, suçun icrasını engellemeye dönük aktif davranışlarda bulunması gerekir. Müşterek failin, suçun icra sürecindeki konumu ve katkısı her ne olursa olsun, suçun icra hareketlerinin tamamlanmasından sonraki aşamada ise ancak aktif davranışa dayalı çabası elverişli gayret teşkil eder⁹⁶.

Konuya ilişkin olarak, dolaylı failin hareketsiz kalmasının elverişli gayret teşkil edip etmeyeceği üzerinde de durmak gerekir. Suçun işlenmesinde başkasını araç olarak kullanan kişiye dolaylı fail denir⁹⁷. Bu durumda araçkişi, kastı bulunmadığı veya bir hukuka uygunluk sebebinden yararlandığı ya da kusurlu olmadığı için suçtan sorumlu tutulmayarak cezalandırılmaz. İşlenen suçun faili olarak, araç kişinin iradesine hâkim olan kişi, dolaylı fail sıfatıyla cezalandırılır⁹⁸. Dolaylı failin, suçu oluşturan hareketler değil, araç failin iradesi üzerinde hâkimiyeti bulunmaktadır. Bu nedenle fiili kendisi icra etmeyen dolaylı failin hareketsiz kalması elverişli gayret teşkil etmez⁹⁹. Bunun dışında dolaylı failin gönüllü vazgeçme iradesinin varlığının kabul edilebilmesi için, mümkün olan hâllerde, araç fail üzerindeki irade hâkimiyetini sonlandırmış olması da gerekir. Bu da aktif çaba gösterilmesi ile mümkün olabilir. Dolayısıyla dolaylı failin elverişli gayret gösterdiğinin kabul edilebilmesi, suçun icra hareketlerinin tamamlanmasını veya neticenin meydana gelmesini engellemeye yönelik aktif çaba göstermesine bağlıdır¹⁰⁰.

Dolaylı fail hakkında yapılan açıklamalar azmettiren suç ortağı için de geçerlidir. Azmettiren, suç teşkil eden fiil ve -dolaylı failin aksine- fail üzerinde doğrudan etkiye sahip olmayan, suça katkısı psikik boyutta olan

95 ROXİN, s.564; TRÖNDLE/FISCHER, s.216.

96 SCHÖNKE/SCHRÖDER, s.469; LACKNER/KÜHL, s.194.

97 Dolaylı faillik ve ortaya çıkış şekilleri hakkında bkz. ROXİN, s.22 vd.; KÜHL, s.749 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.435vd.; MAURACH/GÖSSEL/ZİPF, s.440 vd.; AKBULUT, Genel Hükümler, s.604 vd.

98 KÜHL, s.749; ÖNDER, s. 431; İÇEL/EVİK, s.274.

99 SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER, s.221; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.475; AYDIN, s.240.

100 SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER, s.221; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.475; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s.971; AYDIN, s.240.



bir suç ortağıdır¹⁰¹. Bu nedenle azmettirenin hareketsiz kalması, suçun icrasını engellemeye yönelik elverişli gayret teşkil etmez. Azmettirenin TCK m.41'den yararlanabilmesi, suçun işlenmesini engellemeye yönelik aktif çaba göstermesine bağlıdır¹⁰².

Bir diğer iştirak statüsü ise yardım etmedir. Maddi yardım eden şerik, yaptığı katkı ile suçun icrasını mümkün kılmaya da kolaylaştırmaktadır. Ancak yaptığı katkı fiil üzerinde hâkimiyet kurmasını sağlayacak, suçun icrasını engellemesini mümkün kılacak bir katkı değildir¹⁰³. Bu nedenle suçun icrasına, nedensel katkısını yerine getirmeyerek ve/veya hareketsiz kalarak engel olması mümkün değildir¹⁰⁴. Manevi yardım eden şerikliğe vücut veren hâller ise fiilin icrasına maddi katkı sağlamayan, suçun icra edilebilirliği üzerinde doğrudan etkisi olmayan davranışlar olduğundan, manevi yardım eden şeriklerin suçun icrası sürecinde hareketsiz kalması elverişli gayret oluşturmaz¹⁰⁵. Sonuç olarak yardım eden şeriklerin elverişli gayret gösterdiğinden bahsedilebilmesi, suçun icrasını önlemeye yönelmiş ve önlemeye elverişli aktif bir çaba içerisinde olmalarına bağlıdır.

Bu konuda son olarak, hareketsiz kalma şeklindeki bir davranışın elverişliliği değerlendirilirken dikkat edilecek hususlar üzerinde de durmak gerekir. Hareketsiz kalma şeklinde bir davranışın elverişli gayret olarak kabul edilebilmesi için, vazgeçmeye yönelik ihmali hareketin yapıldığı anda suçun teşebbüs aşamasına girmiş olması gerekir. Zira hazırlık hareketleri safhasında hareketsiz kalmak suretiyle nedensel katkısını yerine getirmeyen suç ortağı, işlenişine nedensel katkı sağlamadığı suçtan dolayı zaten cezalandırılmaz¹⁰⁶. İkinci olarak iştirak hâlinde işlenen suçlarda suç ortağının vazgeçmeye yönelik subjektif iradesi, dış dünyaya yansıyan gayreti dikkate alınarak tespit edilir. Suç ortağının, hareketsiz kalmak suretiyle suçun icrasını engellemeye yönelik çaba gösterdiği durumlarda suçun icrasını engellemeye yönelik dış dünyaya yansıyan aktif bir çabası bulunmadığından, vazgeçme iradesinin tespiti önemli bir problem oluşturur. Bu nedenle böylesi bir durumda

101 JESCHECK/WEIGEND, s.686; TRÖNDLE/FİSCHER, s.235; AKBULUT, Genel Hükümler, s.641; ÖZKAN, Halid, **Ceza Hukukunda Azmettirme**, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s.5 vd.

102 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.676; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.472; ÖZEN, s.595; Akdağ, s.121.

103 ROXİN, s.192, 198; TRÖNDLE/FİSCHER, s.240; LACKNER/KÜHL, s.221,223; Mahmutoğlu/Karadeniz, s.916.

104 HAKERİ, s.544; EVİK, s.308; AKDAĞ, s.120.

105 LACKNER/KÜHL, s.223, 224.

106 ÖNDER, s.406; SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER, s.249-251; BAUMANN/WEBER/MITSCH, s.745; KÜHL, s.856, 857.



suç ortağının hareketsiz kalmasına yol açan, hareket etmesini engelleyen başkaca bir sebebin bulunup bulunmadığının titizlikle araştırılması gerekir.

bbb. Suç Ortağının Nedensel Katkısını Ortadan Kaldırmasının Gerekip Gerekmediği

Üzerinde durulması gereken diğer bir husus, vazgeçen suç ortağının TCK m.41'den yararlanmasını sağlayacak elverişli gayret gösterdiğinin kabul edilebilmesi için mutlaka nedensel katkısını ortadan kaldırmasının gerekip gerekmediğidir. Bu konuda bir görüş, suç ortağının gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanması için nedensel katkısını gidermesinin gerekli olduğu kanaatindedir¹⁰⁷. Buna karşın katıldığımız görüşe göre, bir suç ortağının elverişli gayret gösterdiğinin kabul edilebilmesi için nedensel katkısını ortadan kaldırması gerekli değildir. Suçun tamamlanmasını engellemeye elverişli gayret göstererek hareketlerinin nedensel değerini ortadan kaldırması yeterlidir¹⁰⁸.

Bir olayda nedensel katkısını ortadan kaldırması tek başına suçun işlenmesini engellemeye yeterliyse suç ortağının katkısını gidermesi, gayret gösterdiğinin kabulü için yeterlidir¹⁰⁹. Ancak suç ortağının o suça ilişkin nedensel katkısını ortadan kaldırması her durumda beklenemeyeceği gibi, nedensel katkının ortadan kaldırılması da her zaman suçun tamamlanmasını önleyebilecek bir gayret teşkil de etmeyebilir¹¹⁰. Yine suçun icra hareketlerinin tamamlanmasından sonraki aşamada suça yönelik nedensel katkının ortadan kaldırılması mümkün de olmaz.

Öncelikle TCK m.36'da icra hareketlerinin başlangıcının tespitinde "doğrudan doğruya icraya başlama" kriteri benimsenerek teşebbüsün

107 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.346; AYDIN, s.238. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, söz konusu hükmü, "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" şeklinde yorumlamaktadır. Buna göre örneğin, yardım eden sıfatını taşıyan A, müşterek failler B ve C'ye, mağdur D'nin evine girmeleri için gereken araç ve gereçleri sağlar ve failler bu araç ve gereçleri kullanarak eve girerse, artık A ne gayret gösterirse gösterebilir, nedensel katkıyı giderme olanağı bulunmadığı için gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanamaz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.346.

108 SOYASLAN, s.491, 492; ÖZBEK/KANBUR/BACAĞIZ/DOĞAN/TEPE, s.584; KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s.475; EVİK, s.301. Konuya ilişkin müstakil bir hükme yer verilmeyen eTCK döneminde de suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanması için nedensel katkısını ortadan kaldırmasının şart olmadığı, katkısının nedensel değerini ortadan kaldıracak şekilde gayret göstererek suçun icrasını engellemesi durumunda gönüllü vazgeçmeden yararlanacağı belirtilmektedir. ÖNDER, s.406.

109 LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.397.

110 HEINRICH, Cilt I, s.522, 523; TOZMAN, s.18.



alanının oldukça daraltıldığı düşünülecek olursa nedensel katkısını ortadan kaldırması somut olayda suç ortağından beklenemeyebilir. Örneğin, azmettiren, icra hareketlerinin başlaması ile icra hareketlerinin sona ermesi arasındaki genellikle kısa zaman fasılası içerisinde faili suç işlemekten vazgeçireme de kendi fiziksel müdahalesiyle veya üçüncü bir kişinin yardımıyla suçun işlenmesini engelleyebilir¹¹¹. Yine suçun icrası üzerinde hâkimiyet kurmamış olan maddi veya manevi yardım eden şerik, hazırlık hareketleri aşamasında yaptığı nedensel katkıyı suçun icra hareketlerinin başlamasından sonra ortadan kaldırma imkânı bulamayabilir ya da katkısını ortadan kaldırması suçun icrasını engellemeye elverişli olmayabilir¹¹². Bunun yanı sıra suç ortağının, nedensel katkısını ortadan kaldırmak yerine, suçun işlenmesini engellemekte daha etkin olacağını düşündüğü başkaca davranışların icrasını tercih etmesi de mümkündür. Zira suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanması için, suçun işlenmesini engellemek için ne yapılması gerekiyorsa onu yapması ya da en azından denemesi gerekir¹¹³. Örneğin, azmettiren suç ortağı, mağdura ateş etmek üzere olan faile fiziksel müdahalede bulunarak suçun icrasını engellerse nedensel katkısını ortadan kaldırmamış olsa da suçun tamamlanmasını engellemeye elverişli gayret göstermiş olur. Dolayısıyla gösterilmesi gereken gayretin her durumda nedensel katkının ortadan kaldırılması şeklinde gerçekleşmesi gerekmez¹¹⁴. Bu gibi durumlarda suç ortağının suçun işlenmesini engelleyecek şekilde çaba göstermiş olması, gönüllü vazgeçmeden yararlanması için gerekli ve yeterlidir¹¹⁵.

Konuya ilişkin olarak Kanun'da yapılan düzenlenmenin lafzına bakıldığında da yapılan düzenleme ile gönüllü vazgeçmenin kapsamının genişletilmek istendiği, bu kapsamda suç ortağının gayret göstermiş sayılması için suça yönelik nedensel katkısını ortadan kaldırması gerektiği yönünde bir ifadeye ne maddenin metninde de gerekçesinde yer verilmediği görülmektedir¹¹⁶. Aksine suç ortağının gönüllü vazgeçmeden

111 ROXİN, s.585; CENTEL/ZAFER, s.472; EVİK, s.301.

112 Örneğin, suçun hazırlık hareketleri aşamasında keşif ve bilgi toplama faaliyetlerini yerine getiren suç ortağının, icra hareketleri başladıktan, hatta bu bilgileri diğer suç ortakları ile paylaştıktan sonra nedensel katkısını geri çekebilmesi mümkün olmaz. Söz konusu suç ortağı ancak suça yönelik katkısının nedensel değerini ortadan kaldıracak şekilde gayret gösterebilir. HEINRICH, s.521, 523.

113 TOZMAN, s.24; EVİK, s.301.

114 SCHÖNKE/SCHRÖDER, s.474, 475.

115 LEIPZIGER KOMMENTAR, §24 Kn.398.

116 TCK m.41'in aksine ACK m.24/2'de, suçun tamamlandığı durumlarda, suç ortağının gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilmesi için suçun tamamlanmaması ile failin gösterdiği gayret arasında herhangi bir nedensellik bağının bulunmaması, suçun vazgeçenin önceki katkılarına bağlı olmaksızın (unabhängig von seinem früheren Tatbeitrag) işlenmiş olması,



yararlanması için elverişli gayretinin varlığı yeterli sayılmıştır¹¹⁷. Bu nedenle gönüllü vazgeçen suç ortağının suça yönelik nedensel katkısını ortadan kaldırmış olması TCK m.41'den yararlanabilmesi için bir koşul değildir¹¹⁸.

Buna karşın nedensel katkının ortadan kaldırılma imkânı olmasına rağmen ortadan kaldırılıp kaldırılmadığı, özellikle suç ortağının vazgeçme iradesinin varlığının belirlenmesinde dikkate alınması gereken bir husustur. Zira vazgeçme iradesiyle hareket eden bir suç ortağı, mümkün olması durumunda öncelikle nedensel katkısını ortadan kaldırmaya çalışacaktır. Bu nedenle imkânı olmasına rağmen nedensel katkısını ortadan kaldırmak için gayret göstermeyen suç ortağının elinden gelen tüm gayreti gösterdiğini ve vazgeçme iradesi ile hareket ettiğini söylemek zorlaşacaktır. Sonuç olarak nedensel katkının ortadan kaldırılması veya kaldırılmak için çaba gösterilmesi, suç ortağının gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanması açısından mutlak bir koşul olmasa da suç ortağının vazgeçmeye yönelik sübjektif iradesinin ve elinden gelen bütün gayreti gösterip göstermediğinin tespiti açısından önem arz ettiği söylenebilir.

ccc. Üçüncü Kişilere Yapılan Bildirimin Elverişli Gayret Teşkil Edip Etmeyeceği

Gösterilen çabanın elverişliliğine ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir husus da suç ortağının, mağdura veya polis, itfaiye gibi kanun gereği toplumsal tehlikeleri engelleme ve tehlikeye göğüs germe yükümlülüğü altında bulunan üçüncü kişilere yapacağı bildirimlerin elverişli gayret olarak kabul edilip edilemeyeceğidir.

Suç ortağının, faile fiziksel müdahalede bulunarak veya kullanılacak araçları tahrip ya da yok ederek suçun işlenmesini engellemeye çalıştığı hâllerde, elverişli bir gayretin bulunduğu açıktır. Zira bu eylemlerin hepsi iradî bir vazgeçmeyi gösteren ve suçun işlenmesini kesine yakın bir olasılıkla önleyebilecek davranışlardır. Bunun yanı sıra Kanun'da gayretin içeriğine ilişkin herhangi bir sınırlamaya yer verilmediği, suç ortağının nedensel katkısını ortadan kaldırması bir şart olarak aranmadığı,

açıkça bir şart olarak aranmaktadır. Bu yüzden yaptığı katkı suçun tamamlanmasına kadar varlığını devam ettiren suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanamayacağı kabul edilmektedir. ROXİN, s.561, 579; HEİNRİCH, s.521.

117 TOROSLU, Nevzat, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Savaş Kitabevi, Ankara 2016, s.344; ÖZBEK/KANBUR/BACAĞSIZ/DOĞAN/TEPE, s.584.

118 ÖNDER, s.406; ÖZBEK/KANBUR/BACAĞSIZ/DOĞAN/TEPE, s.584; KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s.475; EVİK, s.301; TOZMAN, s.18.



sadece suçun icrasını engellemeye elverişli bir gayretin varlığı yeterli sayıldığı için, mağdur veya üçüncü kişiye bildirimde bulunulmasının, elverişli olması kaydıyla, gayret olarak kabulünün önünde de bir engel bulunmamaktadır¹¹⁹. Bu kapsamda örneğin, adam öldürme ya da yaralama suçuna iştirak eden suç ortağının, daha sonra bir doktora veya acil yardıma haber vermesi, çaba olarak kabul edilmektedir¹²⁰. Ancak suçun işlenişinin engellenmesine yönelik böylesi bir bildirim varlığının, otomatik olarak elverişli gayret koşulunun sağlanması anlamına gelmediğini söylemek gerekir. Suç ortağının yaptığı bildirim TCK m.41'den yararlanma sonucunu doğuracak bir gayret olarak kabul edilebilmesi için, yapılan bildirim, suç ortağının vazgeçme iradesini gösterir nitelikte ve suçun işlenişini veya neticeli suçlarda tamamlanmasını engelleyebilecek içerikte olması gerekir¹²¹. Bunun için yapılan bildirim, ihbarın yapıldığı kişilerin suçun icrasını önlemesini mümkün kılacak, suçun zamanına, yerine, işleniş şekline ve suça karışan kişilere ilişkin somut bilgiler içermelidir¹²². Somut olayda suç ortağı bu bilgilerin tamamına sahip değil ise bildirim elverişliliği incelenirken, suç ortağının sahip olduğu bilgilerin hepsini paylaşmış paylaşılmadığı, söz konusu bilgilerin suçun icrasını engelleme imkânı verip vermediği dikkate alınır¹²³.

Mağdura veya üçüncü kişiye yapılan bildirim elverişliliği değerlendirilirken, yapılan bildirim zaman bakımından elverişli olup olmadığı da dikkate alınmalıdır. Bundan kasıt, bildirim suçun işlenmesine engel olunabilecek bir zamanda yapılmış olmasıdır. Bu nedenle örneğin, adam öldürme suçuna iştirak eden suç ortağının, aldığı darbenin etkisiyle olay mahallinde öleceği açıkça anlaşılan bir kişi için acil servise yapacağı bildirim, mağdura, neticenin meydana gelmesini engelleyecek etkin tıbbi müdahalede bulunulmasına imkân sağlamayacağı için elverişli gayret olarak kabul edilmez¹²⁴.

119 ROXİN, s.585; LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.286; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.472; ÖZKAN, s.177.

120 LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.286; BAUMANN/WEBER/MİTSCH, s.648; TOZMAN, s.25.

121 SATZGER/SCHLUCKEBIER/WİDMAIER, s.219; LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.349.

122 SATZGER/SCHLUCKEBIER/WİDMAIER, s.219.

123 Alman hukukunda örneğin, öldürme kastıyla gerçekleştirilen bıçaklama ya da darbeye dayalı bir yaralama hâlinde, böylesi durumlar için gerekli tecrübeye ve hazırlığa sahip olan acil müdahale ekiplerine yaranın niteliği ve kullanılan alet konusunda ayrıntılı bilgi verilmesinin çabanın ciddi sayılmasına engel olmayacağı, ancak durumun kolaylıkla fark edilemeyeceği zehirlenme gibi durumlarda ayrıntılı bilgi vermenin gerekli olduğu belirtilmektedir. LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.349.

124 Alman hukukunda da suç ortağının vazgeçme davranışı olarak, polis, acil yardım, itfaiye gibi birimlere bildirimde bulunmuş olması durumunda, yardımın yaralıya ulaşmasını



Bunun dışında yapılan bildirim elverişli kabul edilebilmesi için, bildirimde bulunulan kişinin suçun işlenmesini engellemeye muktedir olması da gerekir. Zira ancak, suçun icrasına engel olabilecek bir kişiye yapılan bildirim elverişli gayret olarak kabul edilebilir. Bu nedenle örneğin, fiziksel ya da zihinsel yetersizliği nedeniyle suçun icrasını engelleyemeyecek durumdaki bir mağdura ya da üçüncü kişiye yapılan bildirim elverişli gayret olarak kabul edilemez.

ddd. Gayret Teşkil Edebilecek Alternatif Davranışların Tamamının Gerçekleştirilmesinin Gerekip Gerekmediği

Gayret olarak kabul edilecek çabanın içerik bakımından elverişliliğine ilişkin üzerinde durulması gereken son husus, suç ortağının somut olayda suçun işlenmesini engellemek için farklı şekillerde hareket etme imkânına sahip olmasıdır. Somut bir olayda suçun icrasını engellemeye elverişli farklı davranışlar icra etme imkânına sahip bir suç ortağının gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanması için, bu eylemlerden herhangi birini gerçekleştirilmesi yeterlidir. Bu davranışlardan hangisini gerçekleştirdiği önem taşımaz ve hepsini gerçekleştirmesi de gerekmez¹²⁵. Bunun sebebi TCK m.41'den yararlanabilmek için suçun işlenmesini önlemeye elverişli şekilde gayret gösterilmesinin yeterli olmasıdır¹²⁶. Gerçi burada TCK m.41/2-b'de yer verilen, suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için elinden gelen bütün gayreti göstermiş olması gerektiğine ilişkin ifade ilk bakışta tersine bir kanaatin oluşmasına yol açabilirse de söz konusu ifade suç ortağına, yapmaya muktedir olduğu imkân dâhilinde olan alternatif davranışlardan her birini gerçekleştirme yükümlüğü yüklememektedir¹²⁷. Bunun aksine söz konusu ifade ile kastedilen,

güvence altına almak için gerekli bilgileri vermesi gerektiği kabul edilmektedir. Buna göre örneğin, suç yerinin adresinin zor bulunacak bir yerde olması durumunda söz konusu yerin bulunmasını sağlayacak ayrıntılı adres bilgisinin verilmesi gerekmektedir. Buna karşın zaten herkesçe bilinen bir kilisede çıkan yangında kilisenin adının bildirilmesi yeterlidir. Suç ortağının bildirimde bulunulan görevlinin müdahale yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini ya da mesleki yetkinliğini denetleme yükümlülüğü ise bulunmamaktadır. Yine suç ortağının kendisinin veya mağdurun ismini bildirmesinin, nemo tenatur ilkesinden bağımsız olarak, gerekli olmadığı kabul edilmektedir. LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.343, 344.

125 LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.288, 289; TOZMAN, s.24, 30. Alman hukukunda, alternatif davranışlardan birinin diğerine göre neticeyi önleme ihtimalinin açıkça daha fazla olduğu durumlarda, suç ortağının ciddi çaba gösterdiğinden bahsedilebilmesi için bu davranışı tercih etmesi gerektiği savunulmaktadır. BAUMANN/WEBER/MİTSCH, s.647.

126 ÖZGENÇ, s.560; ÖZBEK/KANBUR/BACAĞIZ/DOĞAN/TEPE, s.584; EVİK, s.301.

127 BAUMANN/WEBER/MİTSCH, s.647; ROXİN, s.566, 567; ÖZTÜRK/ERDEM, s.257; TOZMAN, s.24.



somut olayda suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanması için gerçekleştirdiği gayret teşkil eden davranışın başarıya ulaşması için elinden gelen her türlü gayreti göstermesi gerektiğidir¹²⁸. Ancak böylesi bir gayretin, gösterdiği elverişli gayretin suçun icrasını engellemekte yetersiz kaldığı durumlarda, imkân da bulunması durumunda, suç ortağının suçun tamamlanmasını engellemek için yapabileceği başkaca davranışları da kapsadığını göz önünde tutmak gerekir. Bu nedenle somut olayda fiziksel müdahalede bulunmasına rağmen mağdurun vurulmasına engel olamayan suç ortağının elinden gelen bütün gayreti gösterdiğinin kabul edilebilmesi için, söz konusu suç ortağının örneğin sağlık yardımını harekete geçirmek için bildirimde bulunması da gerekir¹²⁹.

II. İŞTİRAK HÂLİNDE İŞLENEN SUÇLARDA GÖNÜLLÜ VAZGEÇMENİN GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ

A. Genel Olarak

İştirak hâlinde işlenen suçlarda suç ortakları, işlenen suçtan, suçu bizzat işledikleri için değil, failin fiiline yönelik iştirak iradeleri ve nedensel katkıları nedeniyle cezalandırılır¹³⁰. Bu nedenle iştirak hâlinde işlenen suçların doğası gereğince, bir suç ortağının işlenen suçtan kendi nedensel katkısını ortadan kaldırarak ya da TCK m.36'da öngörüldüğü gibi sadece icra hareketlerine son vererek, yani suçun icrasını engellemek suretiyle vazgeçebilmesi her zaman mümkün olmaz. Bu durum iştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanmasının farklı şartlara tâbi tutulmasına yol açmıştır.

İştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmenin düzenlendiği TCK m.41'de, suç ortaklarının gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabileceği üç farklı ihtimale yer verilmiştir¹³¹. İlk olarak TCK m.41/1'de, "*iştirak hâlinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır*" hükmüne yer verilerek, gönüllü vazgeçmenin, sonuçlarından sadece gönüllü vazgeçen suç ortağının yararlanabileceği bir şahsi cezasızlık sebebi olduğu belirtilmiştir¹³².

128 SCHÖNKE/SCHRÖDER, s.477; TOZMAN, s.24; EVİK, s.301.

129 LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.350; TOZMAN, s.30; EVİK, s.301, 306.

130 ÖNDER, s.421; ÖZGENÇ, s.497; DEMİRBAŞ, s.496, 497.

131 HEİNRİCH, s.518; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s.971; AKBULUT, Genel Hükümler, s.584

132 MAURACH/GÖSSEL/ZİPF, s.549; TRÖNDLE/FİSCHER, s.217. Gönüllü vazgeçmenin hukuki mahiyetine ilişkin, objektif, sübjektif ve suç politikası olmak üzere başlıca üç



Dolayısıyla söz konusu hüküm, bir suç ortağının, suçun icra hareketlerinin tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önleyerek, yani vazgeçmenin olağan koşullarını gerçekleştirerek vazgeçme hükümlerinden yararlanabilmesini düzenlenmektedir¹³³. Bunun yanı sıra ikinci fıkrada yapılan düzenleme ile suçun işlenmesini engellemek için gayret gösteren suç ortağının, gösterdiği gayret suçun icrasını engelleyemese bile gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacağı kabul edilmiştir (TCK m.2/41). Buna göre suç ortağı, işlenişine iştirak ettiği suçun işlenmesini veya tamamlanmasını önlemek için gerekli gayreti göstermiş olması koşuluyla, a) suçun gönüllü vazgeçenin gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması ya da b) gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması durumunda da gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanarak ceza almayacaktır¹³⁴.

Kanun koyucunun TCK m.41’de yaptığı düzenlemeyi değerlendirdiğimizde, maddenin birinci fıkrasında yer verilen hükmün, gönüllü vazgeçmeye ilişkin TCK m.36’da ve bağlılık kuralına ilişkin TCK m.40/1’de¹³⁵ yapılan düzenlemelerin devamı niteliğinde olduğunu söylemek yanlış olmaz. Bu nedenle söz konusu hükme yer verilmemiş olsaydı da TCK m.40/1 ve TCK m.36’nın birlikte değerlendirilmesiyle de aynı sonuca varılacaktı. Dolayısıyla aslında maddenin birinci fıkrasıyla herhangi bir yenilik getirilmemektedir¹³⁶. Maddenin ikinci fıkrasında yapılan düzenleme ise bazı yenilikler içermektedir. Bu nedenle TCK m.41’in anlaşılması, kapsamının belirlenmesi açısından daha fazla önem arz eden kısmın ikinci fıkrası olduğunu söylemek yanlış olmaz¹³⁷. Bunun sebebi fıkrada yer verilen açık hüküm ile suçun icrasını önlemek için elinden gelen bütün gayreti gösteren suç ortağının, suçun tamamlanmasını engelleyemese bile gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacağı kabul

teori ileri sürülmüştür. Ülkemiz öğretisinde gönüllü vazgeçmenin bir şahsi cezasızlık sebebi olarak kabulünde suç politikası teorileri esas alınmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.5 vd.; SCHÖNKE/SCHRÖDER, s.453; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.612.

133 LACKNER/KÜHL, s.197; SATZGER/SCHLUCKEBİER/WİDMAIER, s.221, 222; TOZMAN, s.17.

134 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.675; TOROSLU, s.344; ÖZTÜRK/ERDEM, s.357; ZAFER, s.482.

135 TCK m.40 f.1 son cümle: “suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.”

136 MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s.971; AYDIN, s.238. Söz konusu fıkraya, ACK’nın aksine, TCK’da tek kişinin gönüllü vazgeçmesi ve iştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmenin ayrı maddelerde düzenlenmesi nedeniyle yer verildiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

137 AYDIN, s.238.



edilmiş olmasıdır¹³⁸. Böylece bir suç ortağının suçun tamamlanmasını engellemek için gönüllü olarak elinden gelen bütün gayreti göstermesi, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilmesi için gerekli ve yeterli sayılmıştır¹³⁹.

B. Suç Ortağının Suçun Tamamlanmasını veya Neticenin Gerçekleşmesini Önlemesi Nedeniyle Vazgeçmeden Yararlanması

TCK m.41/1'de yapılan düzenlemede gönüllü vazgeçmenin şartları ayrıca belirtilmemiş, sadece vazgeçmenin sonucu düzenlenerek, gönüllü vazgeçmenin TCK m.36'da düzenlenen olağan koşullarının bu madde açısından da geçerli olacağı kabul edilmiştir. Dolayısıyla gönüllü vazgeçmeye ilişkin olarak TCK m.41/1'de yapılan düzenleme, koşulları açısından TCK m.36'nın iştirak hâlinde işlenen suçlar açısından tekrarı niteliğindedir¹⁴⁰. Dolayısıyla bir suç ortağının TCK m.41/1 hükmünden yararlanması için, icra hareketlerine başlanmış bir suçtan gönüllü olarak vazgeçmesi ve icra hareketlerinin ya da suçun tamamlanmasını engellemesi gerekli ve yeterlidir¹⁴¹. Böylesi bir sonucu fail, hareketlerine son vererek de gerçekleştirebilir. Fail dışında kalan suç ortaklarının ise fiilin icrasını veya suçun işlenişini engelleyecek elverişli gayret göstermesi gerekir.

TCK m.41/1'in uygulama alanı bulabilmesi, suçun icra hareketlerinin tamamlanmasının veya neticenin meydana gelmesinin önlemesine bağlıdır. Diğer bir ifadeyle TCK m.41, suç ortağının gösterdiği çabanın neticenin engellenmesi açısından nedensel etkiye sahip olduğu ve başarılı sonuç verdiği durumlarda uygulama alanı bulur¹⁴². Bu durumda sonucu itibari ile başarılı olan çaba, zaman ve içerik itibari ile de elverişli kabul edileceğinden, söz konusu çabanın elverişli olup olmadığının ayrıca incelenmesi gerekmez. Bu nedenle suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için, gösterdiği çaba ile suçun tamamlanamaması arasındaki nedensellik bağının varlığının tespiti yeterlidir¹⁴³. TCK m.41/1,

138 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.661, 662; TOROSLU, s.344; EVİK, s.303; AYDIN, s.238.

139 TOROSLU, s.344; ZAFER, s.482; TOZMAN, s.23.

140 AYDIN, s.238.

141 HEİNRİCH, s.519; TOZMAN, s.17.

142 SCHÖNKE/SCHRÖDER, s.474; TRÖNDLE/FİSCHER, s.212; SATZGER/SCHLUCKEBİER/WİDMAIER, s.221, 222; LACKNER/KÜHL, s.197; ÖZTÜRK/ERDEM, s.357.

143 LEİPZİGERKOMMENTAR, §24 Kn.289; BAUMANN/WEBER/MİTSCH, s.639, 642; SCHÖNKE/SCHRÖDER, s.474. Öztürk/Erdem'e göre suçun tamamlanmamasının birden fazla nedensel sebebinin bulunduğu durumlarda TCK m.41/1'in uygulama alanı bulması için, vazgeçme davranışının bu nedenlerden biri olması yeterlidir. ÖZTÜRK/ERDEM, s.357. Ayrıca bkz. TRÖNDLE/FİSCHER, s.213.



suçun tesadüfi nedenlerle tamamlanmadığı ya da suç ortağı tarafından gösterilen gayretin suçun tamamlanmasını engelleyemediği durumlarda ise uygulama alanı bulamaz¹⁴⁴. Bu durumda suç ortağı, şartları oluşmuş ise TCK m.41/2 gereğince gönüllü vazgeçmeden yararlanabilir.

C. Suç Ortağının Suçun Tamamlanmasını veya Sonucun Gerçekleşmesini Önleyememesine Rağmen Vazgeçmeden Yararlanması

Kanun koyucu TCK m.41/1'de iştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeyi TCK m.36'daki vazgeçmeye dair ana kurala paralel olarak düzenlemenin yanı sıra TCK m.41/2'de yaptığı düzenleme ile suç ortağının, suçun;

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

b) Gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması,

hâllerinde de gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanmasını kabul etmiştir. Buna göre suçun tamamlanmaması hâli kendi gösterdiği gayret dışında bir sebepten kaynaklanan veya gösterdiği gayret suçun tamamlanmasını engelleyemeyen bir suç ortağı da gönüllü vazgeçmeden yararlanabilir. Diğer bir ifadeyle gönüllü vazgeçmeden yararlanma gösterilen gayretin başarılı sonuç vermesine bağlı değildir. Suçun tamamlanmasını engellemeye elverişli gayret gösterilmesi yeterlidir¹⁴⁵.

1. Suçun Başkaca Bir Sebebin Etkisi ile İşlenememesine Rağmen Suç Ortağının Gösterdiği Gayret Nedeniyle Gönüllü Vazgeçmeden Yararlanması

Suç ortağının TCK m.41/2-a'da yer verilen hâlden yararlanabilmesi için, failin icra hareketlerine başladığı suçun tamamlanmayarak teşebbüs aşamasında kalmış ve bu tamamlanamama hâlinin, gönüllü vazgeçen suç ortağının elverişli gayreti dışında bir sebepten kaynaklanmış olması gerekir. Dolayısıyla düzenlemenin uygulama alanı bulabilmesi için, a) gönüllü vazgeçmeden yararlanacak suç ortağı tarafından, suçun icrasını veya tamamlanmasını engellemeye elverişli bir gayret gösterilmelidir, b) failin suçun icra hareketlerine başlamasından sonra suç tamamlanmamalıdır, c) ancak suçun tamamlanmaması, suç ortağının gösterdiği gayret dışında bir sebebin sonucu olmalıdır¹⁴⁶.

144 SCHÖNKE/SCHRÖDER, s.474; TRÖNDLE/FİSCHER, s.212; TOZMAN, s.17.

145 SATZGER/SCHLÜCKEBİER/WİDMAIER, s.222; TOROSLU, s.344.

146 SCHÖNKE/SCHRÖDER, s.46; SATZGER/SCHLÜCKEBİER/WİDMAIER, s.222; HEINRICH,



Bu koşullardan ilk ikisine ilişkin gerekli açıklamalar çalışmanın önceki kısımlarında yapılmıştır. Burada söz konusu açıklamalara atıf yapmakla yetinilip, sadece suçun gönüllü vazgeçmeden yararlanacak suç ortağının gösterdiği gayret dışında bir sebebin etkisi ile tamamlanmamış olması üzerinde durulacaktır.

TCK m.41/2-a'da yer verilen söz konusu koşula göre, suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanması için somut olayda suçun tamamlanamamış olması gerekir¹⁴⁷. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, suçun işlenmesinin icra hareketlerinin başlamasından önceki aşamada gösterilen gayret ile önlenmesi durumunda, ortada cezalandırılabilir bir fiil bulunmadığından gönüllü vazgeçme hükümleri uygulama alanı bulmaz. Bu nedenle TCK m.-2/41a'nın uygulama alanı bulabilmesi için, suçun, hareketlerinin icrasına başladıktan sonra tamamlanmamış olması gerekir¹⁴⁸. Suçun tamamlanmaması icra hareketlerinin bitirilememesi veya neticeli suçlarda neticenin meydana gelmemesi şeklinde iki farklı ihtimali ifade eder¹⁴⁹. Fıkranın uygulanması açısından bu iki ihtimal arasında fark gözetilmemiştir¹⁵⁰.

Suçun tamamlanmamasının suç ortağının gayreti dışında bir sebepten kaynaklanması, tamamlanamamanın suç ortağının gayreti dışında başkaca bir davranışın sonucu olmasını ifade eder¹⁵¹. Dolayısıyla bu durumda suç ortağı suçun tamamlanmasını engelleyemeye yönelik gönüllü bir gayret göstermekte, ancak suç, başkaca bir sebebin etkisi nedeniyle tamamlanamamakta, suç ortağının elverişli gayretinin ise suçun tamamlanamaması üzerinde nedensel etkisi bulunmamaktadır¹⁵². TCK m.41/2-a'da, somut olayda suçun tamamlanmasına engel olan başkaca sebebe ilişkin bir sınırlamaya gidilmediğinden, söz konusu sebebin niteliği fıkranın uygulanmasında önem taşımaz. Bu sebep üçüncü kişilerin müdahalesi, fail de dâhil olmak üzere başkaca bir suç ortağının vazgeçme davranışı veya mağdurun aldığı tedbirler gibi insan kaynaklı iradi ya da tabiat olayları gibi iradi olmayan, tesadüfi bir sebep olabilir¹⁵³.

Cilt I, s.521.

147 ÖZTÜRK/ERDEM, s.358; LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.420; HEİNRİCH, s.519.

148 HEİNRİCH, s.518; ÖZGENÇ, s.559.

149 SOYASLAN, s.290; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.606; ÖZEN, s.509.

150 TRÖNDLE/FİSCHER, s.216. Ancak söz konusu iki durumda gönüllü vazgeçmeden yararlanmak için sergilenmesi gereken gayretin mahiyetinin farklılık gösterdiği açıktır.

151 TRÖNDLE/FİSCHER, s.217; SATZGER/SCHLUCKEBİER/WİDMAIER, s.222; TOZMAN, s.22.

152 LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.440; BAUMANN/WEBER/MİTSCH, s.646, 650.

153 MAURACH/GÖSSEL/ZİPF, s.548; TRÖNDLE/FİSCHER, s.215, 217; TOZMAN, s.23.



Örneğin, suç ortağının, evin içindeki soygunun yapılacağı kasanın alarm sistemini devre dışı bırakmayarak elverişli bir vazgeçme davranışı gösterdiğini, ancak failin, uyanık olan evin hizmetçisi tarafından etkisiz hâle getirildiğimi varsayalım. Bu durumda vazgeçenin gösterdiği elverişli gayret ile suçun tamamlanmaması arasında herhangi bir nedensel ilişki bulunmamaktadır. Yine failin, o anda meydana gelen şiddetli depremin etkisi ile ya da seslere uyanan ev sahibine yakalanma korkusu ile evi terk etmesi de bu duruma örnek olarak verilebilir.

TCK m.41/2-a'nın, suçun, suç ortağının elverişli gayretiyle harici bir nedenin etkisinin birleşmesinin sonucu olarak tamamlanmadığı durumlarda ise uygulanmayacağını kabul etmek daha doğru olur. Suç ortağının, mağdura ateş etmek isteyen faile fiziksel müdahalede bulunarak ateş etmesini ilk etapta engellemesi, ancak müdahaleyi savuşturan failin tekrardan ateş etmek üzere iken mağdur tarafından meşru savunma hükümleri çerçevesinde öldürülmesi, bu duruma örnek verilebilir. Bu durumda gönüllü vazgeçen suç ortağı suçun tamamlanmasını engellemeye yönelik elverişli gayret göstermiş, ancak suçun tamamlanmaması mağdurun savunma hareketinin sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla suçun tamamlanmaması ile suç ortağının gösterdiği elverişli gayret arasında nedensel bir ilişki vardır. Fakat suçun tamamlanmaması tek başına bu nedensel gayretin sonucu değildir. Bu nedenle suçun tamamlanmamasının tek başına suç ortağının gösterdiği gayretin sonucu olarak meydana gelmediği bu gibi durumlarda da suç tamamlanmadığı, ancak bu tamamlanmama durumu ile suç ortağının gösterdiği gayret arasında nedensel ilişki bulunduğundan, suç ortağının TCK m.41/1'den yararlanması doğru olacaktır¹⁵⁴.

2. Suç Ortağının Suç Tamamlanmasına Rağmen Gösterdiği Gayret Nedeniyle Gönüllü Vazgeçmeden Yararlanması

Kanun koyucunun TCK m. 42/2-b'de yer verdiği bu ihtimalde, suç ortağının gösterdiği gayret, elverişli olmasına karşın suçun tamamlanmasını engelleyememekte, suç söz konusu gayrete rağmen tamamlanmaktadır¹⁵⁵. Dolayısıyla bu bentte yapılan düzenlemenin daha

154 Suçun tamamlanmasının engellenmesinde birlikte nedenselliğinin yeterli olup olmadığı konusunda bkz. LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.288, 28. ACK m.24/2'de suç ortağının suçun tamamlandığı durumlarda gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilmesi için, suçun tamamlanmaması ile failin gösterdiği gayret arasında herhangi bir nedensellik bağının bulunmaması, suçun vazgeçenin önceki katkılarına bağlı olmaksızın işlenmiş olması gerektiği, bir şart olarak açıkça aranmaktadır. LEİPZİGER KOMMENTAR, §24 Kn.438-441; SK-StGB, §24 Kn.40; ROXİN, s.561, 586; HEİNRİCH, s.521.

155 SATZGER/SCHLÜCKEBİER/WİDMAIER, s.222; TRÖNDLE/FİSCHER, s.217.



önce incelediğimiz iki durumdan temel farkı, bu ihtimalde suç ortağının suçun tamamlanmasına rağmen gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanması ve ceza almamasıdır.¹⁵⁶ Bu sebeple TCK m.42/2-b'nin uygulama alanı bulması için, a) suçun tamamlanması ve b) bu tamamlanmanın gönüllü vazgeçen suç ortağının gösterdiği bütün gayrete rağmen gerçekleşmesi gerekir¹⁵⁷. Bunlardan suçun tamamlanmış olması, somut olayda suç ortağı tarafından gösterilen gayretin, sırf hareket suçlarında icra hareketlerinin gerçekleştirilmesini, neticeli suçlarda ise neticenin meydana gelmesini engelleyemediğini ifade eder¹⁵⁸. Fıkranın uygulanması için varlığı gereken ikinci koşul olan, suçun, gönüllü vazgeçen suç ortağının bütün gayretine rağmen işlenmiş olması ise somut olayda suç ortağının suçun işlenişini engellemek üzere hem elverişli çaba gösterdiği hem de bu çabasının başarıya ulaşması için elinden gelen gayreti sarf ettiği anlamına gelir¹⁵⁹. Örneğin, faile silah sağlayan suç ortağının ateş etmek üzere olan faile müdahale ederek silahı elinden alması, ancak failin orada bulunan bir bıçak ile mağdurdu öldürmesi durumunda, suç ortağı, suçun tamamlanmasını engellemek için elverişli gayret göstermesine rağmen, suçun tamamlanmasını engelleyememiştir. Bu durumda suçun tamamlanmasını engellemek için elinden gelen bütün gayreti gösterdiğinden, TCK m.41/2-b'den yararlanır ve ceza almaz¹⁶⁰.

Anlaşılabacağı üzere kanun koyucu TCK m.41/2-b'de yer verdiği düzenlemeyle, aynı m.41/2-a'da olduğu gibi, suç ortağının gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilmesi için elverişli gayret göstermesinin yeterli olduğunu kabul etmiştir¹⁶¹. Bu durum Kanun'un gerekçesinde, *“Keza, gönüllü vazgeçen suç ortağının bütün gayretine rağmen, diğer suç ortakları suçu işlemiş olabilir. Bu durumda, suçun işlenmiş olmasına*

156 SATZGER/SCHLUCKEBIER/WİDMAIER, s.222; ROXİN, s.568.

157 ÖZTÜRK/ERDEM, s.360; TRÖNDLE/FİSCHER, s.217.

158 ZAFER, s.452; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.493; KÜHL, s.487.

159 ÖZTÜRK/ERDEM, s.360; TOZMAN, s.23 vd.; EVİK, s.304 vd.; ÖZKAN, s.173 vd.

160 BAUMANN/WEBER/MİTSCH, s.651; SATZGER/SCHLUCKEBIER/WİDMAIER, s.222; AKBULUT, s.585.

161 ACK m.24/2-2'ye göre, bu durumda suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanması, suçun tamamlanmasını engellemek için gönüllü olarak ciddi çaba göstermesinin yanı sıra suçun, vazgeçen suç ortağının suça ilişkin katkısı olmaksızın tamamlanmış olmasına da bağlıdır. Bu nedenle hükmün uygulama alanı bulması için, ya suç ortağının yaptığı katkı suçun tamamlanması üzerinde etkili olmamalı ya da suç ortağı yaptığı katkıyı tamamen etkisiz hâle getirmiş olmalıdır. Yaptığı katkı suçun tamamlanması açısından nedensel değer taşıyan suç ortağı ise gönüllü olarak ciddi çaba sergilemiş olsa bile gönüllü vazgeçmeden yararlanamamaktadır. Dolayısıyla söz konusu hükmün, örneğin, azmettiren suç ortağı hakkında uygulama alanı bulamayacağı da belirtilmektedir. Bu konuda bkz. ROXİN, s.561, 586; SCHÖNKE/SCHRÖDER, s.476; SATZGER/SCHLUCKEBIER/WİDMAIER, s.222; LEİPZİGERKOMMENTAR, §24 Kn.441; SK-StGB, §24 Kn.40.



rağmen, gönüllü vazgeçen ve suçun işlenmemesi için elinden gelen bütün gayreti gösteren suç ortağının işlenen suça iştirakten dolayı sorumlu tutulmaması gerekir” şeklinde belirtilmiştir. Düzenlemenin amacı gerekçede yer verilen, “*suçun işlenmemesi için elinden gelen bütün gayreti gösteren suç ortağının işlenen suça iştirakten dolayı sorumlu tutulmaması gerekir*” ifadesinden hareketle, bu gibi durumlarda suçun, gönüllü vazgeçmeden yararlanma için gayret göstererek iştirak iradesine son veren suç ortağına isnat edilemeyecek olmasıyla açıklanabilir¹⁶². Yine suçun işlenmesini engellemek için elverişli gayret göstererek iştirak iradesini ortadan kaldıran suç ortağına ceza verilmemesi, eylemli pişmanlığının ödüllendirilmesi olarak da düşünülebilir¹⁶³.

TCK m.41/2-a, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanma için suçun tamamlanmasının engellenmesinde başarılı olma koşulunu aramaması nedeniyle, fail bakımından TCK m.36’ya göre daha lehe bir hükümdür¹⁶⁴. Zira bir failin TCK m.36 çerçevesinde gönüllü vazgeçmeden yararlanması, kendi çabasıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin meydana gelmesini önlemesine, yani başarılı olmasına bağlıdır. İştirak hâlinde işlenen suçlarda ise fail, TCK m.41/2 gereğince suçun kendi gayret dışında başkaca bir sebeple işlenememiş ya da kendi gösterdiği gayrete rağmen işlenmiş olması hâlinde de gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilmektedir. Ancak failin elinden gelen bütün gayreti göstermesine rağmen suçun işlenişine engel olamamasının, daha çok nedensellik sürecinin failin beklediğinin dışında geliştiği durumlarla sınırlı olarak, istisnai hâllerde ortaya çıkabilecek bir durum olduğu açıktır. Örneğin, failin öldürmek istediği kişinin evine bomba koyduktan sonra pişman olup durumu kolluk güçlerine ihbar etmesi, ancak hedef kişinin tatilden erken dönmesi nedeniyle kolluk güçlerinin olaya müdahale edememesi durumunda, fail, icrasını önlemeye elverişli gayret göstermesine rağmen, suçun tamamlanmasını engelleyememiştir. Bu tip istisnai hâller dışında failin elinden gelen gayreti göstermesine rağmen suçun işlenmesine engel olamaması pek mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle TCK m.41/2-b hükmü uygulamada daha çok fail dışında kalan suç ortakları açısından uygulama alanı bulabilecek bir düzenlemedir¹⁶⁵.

162 ROXİN, s.562.

163 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.345.

164 Alman hukukunda, birden çok kişinin katıldığı suçlarda tehlikeliliğin daha fazla olması nedeniyle, ACK m.24/2’de suç ortağının ciddi gayret göstermesinin yanında nedensel katkısını ortadan kaldırılmasının veya suçun tamamlanmasının engellenmesinin aranmasıyla, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanmanın koşullarının ağırlaştırıldığı belirtilmektedir. Bkz. WESSELS/BEULKE, s.246, 247.

165 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.676.



III. SUÇ ORTAĞININ GÖNÜLLÜ VAZGEÇMESİNİN SONUCU

İştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme bir şahsi cezasızlık sebebi olduğundan, gönüllü vazgeçen suç ortağına ceza verilmez. Ancak bu sonuçtan sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı yararlanır. Diğer suç ortakları iştirak ettikleri teşebbüs aşamasında kalmış veya tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırılır¹⁶⁶. Örneğin, vazgeçen kişinin suçun faili olması durumunda, vazgeçmeden kaynaklanan şahsi cezasızlık hâlinde sadece fail yararlanır. Diğer suç ortakları ise vazgeçme iradesinin yokluğu nedeniyle teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılır (TCK m.40/3)¹⁶⁷.

TCK m.41'in uygulanmasına ilişkin olarak dikkat çeken ve üzerinde durulması gereken bir nokta, suçun tamamlanan kısmının suç teşkil etmesi hâlinde vazgeçen suç ortağının tamam olan kısımdan cezalandırılıp cezalandırılmayacağıdır. Bu konuda TCK m.36'da yer verilen, "...; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır" hükmünün TCK m.41'in uygulanmasında da geçerli olacağı konusunda öğretide görüş birliği bulunmaktadır¹⁶⁸. Ancak kısmi tamamlanma ve kısmi vazgeçmenin söz konusu olduğu bu durumda, somut olayda bazı hususlara dikkat edilmesi doğru olacaktır.

Öncelikle öğretide görüş birliği ile kabul edildiği üzere, suç ortağının iştirak iradesi ile katıldığı tamamlanmış suçlardan sorumluluğunun devam edeceği açıktır. Bu nedenle söz konusu hâlde gönüllü vazgeçen suç ortağının sorumluluğu belirlenirken, vazgeçen suç ortağının suçun tamamlanmış kısmının meydana gelmesinden önce, müstakil suç teşkil eden tamamlanan kısmın işlenmesini engellemeye elverişli gayret gösterip göstermediğinin dikkate alınması gerekir. Kanun koyucu bu durumu madde gerekçesinde, "*Ancak, bu durumda, suç ortağının gönüllü vazgeçme anına kadar gerçekleştirdiği fiillerin bağımsız bir suç oluşturması durumunda, bu suçtan dolayı sorumlu tutulacağı kuşkusuzdur*" şeklinde ifade etmiştir. Dolayısıyla burada suç ortağının suçun tamamlanan kısmından sorumlu olup olmayacağı konusunda vazgeçme davranışını oluşturan gönüllü gayreti gösterdiği anın dikkate alınması gerekir. Suçun tamam olan kısmının icrasından önce elverişli gayret gösteren suç ortağı, suçun, kendisinin bütün gayretine rağmen işlenmiş kısmından da sorumlu

166 MAURACH/GÖSSEL/ZİPF, s.549; TRÖNDLE/FİSCHER, s.217; KÜHL, s.757; DEMİRBAŞ, s.418; ZAFER, s.380.

167 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s.662; ÖZGENÇ, s.559; AKBULUT, s.588.

168 ÖZGENÇ, s.561; ZAFER, s.482; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.584; ÖZEN, s.595.



tutulamaz. Zirabu durumda ortada tamamlanmış bir suç olması nedeniyle gönüllü vazgeçen suç ortağı TCK m.41/1 ve 41/2-a hükümlerinden yararlanamasa da TCK m.41/2-b böylesi kısmi tamamlanma hâlinde de uygulama alanı bulur.

Buna karşın suç ortağı elverişli gayreti ilk suçun işlenmesinden sonra göstermiş ise iştirak iradesi ile gerçekleşmesine katkı sağladığı ve engellenmesine yönelik gönüllü gayret göstermediği suçun tamamlanmış kısmından sorumlu olur¹⁶⁹. Örneğin, C'nin hırsızlık suçu için gece bankaya girecek ortağı A'yı engellemek için bankanın gece bekçisine bildirimde bulunduğunu, ancak bekçinin, A'nın bankaya girmesine engel olamayıp sadece soyulmasına engel olabildiğini varsayalım. Bu durumda C, suçun tamamlanmış kısmının icrasından önce, bu suçun işlenmesini de engellemeye elverişli bir gayret gösterdiğinden, TCK m.41/2-b gereğince konut dokunulmazlığını ihlalden de sorumlu olmaz. Buna karşın C, elverişli gayretini oluşturan bildirim suçu ortağı A'nın bankaya girmesinden sonra yapmış ise konut dokunulmazlığını ihlal suçundan cezalandırılması gerekir. Zira bu durumda C, TCK m.41'den sadece gönüllü vazgeçtiği hırsızlık suçu için yararlanır. Yine örneğin, F tarafından öldürme kastı ile üç bıçak darbesi ile yaralanan M'yi hastaneye götürüp tıbbi müdahale ile hayatta kalmasını sağlayan suç ortağı C, tamamlanmış yaralamadan cezalandırılır. Ancak C, M'nin bıçak darbesi ile yaralanmasından önce suçun tamamlanmasını engellemeye yönelik elverişli gayret göstermesi durumunda, yaralamadan da sorumlu tutulamaz.

SONUÇ

İştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmenin şartları ve sonuçları hukukumuzda ilk kez 5237 sayılı TCK'nın 41. maddesinde düzenlenmiştir. İştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme konusunda müstakil bir düzenleme yapılması, birden fazla kişinin katkısı ile işlenen suçlarda, şahsi cezasızlık sebebi olan gönüllü vazgeçmeden suç ortaklarının hangi şartlar altında yararlanacağına açık bir hükümle belirlenmesi gerekliliğinin sonucu olup, düzenleme ile bu konudaki eksiklik giderilmeye çalışılmıştır. Söz konusu düzenlemenin yapılmasında ise ACK m.24/2 esas alınmıştır.

TCK m.41'e göre maddenin uygulama alanı bulabilmesinin ilk şartı, iştirak hâlinde işlenen bir suçun varlığıdır. Bu nedenle bir kişi açısından gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulama alanı bulabilmesi, suçun

169 ÖZGENÇ, s.561; ZAFER, s.482; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s.584; ÖZEN, s.595.



icrasına iştirak iradesiyle nedensel katkı sağlmasına bağılıdır. İkinci olarak iştirak hâlinde işlenen bu suçun teşebbüs aşamasına girmesi, yani suçun icra hareketlerinin doğrudan doğruya icrasına başlanması gerekir. Zira bir olayda cezalandırılabilir bir fiil bulunmadan şahsi cezasızlık sebebinin uygulama alanı bulması söz konusu olmaz. TCK m.40/3 gereğince suç teşebbüs aşamasına varmadan suç ortaklarının cezalandırılabilmesi söz konusu olamayacağından, gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulama alanı bulması da söz konusu olmaz. Bu nedenle suçun icra hareketlerinin doğrudan doğruya icrasına başlanmadığı sürece, TCKm.41 uygulama alanı bulmaz.

Kanun koyucu yukarıda açıklanan iki hususun varlığı hâlinde bir suç ortağının gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanması için birtakım ihtimallere göre bazı şartların varlığını aramıştır. Bu çerçevede maddenin birinci ve ikinci fıkralarında farklı ihtimaller düzenlenmiştir.

Söz konusu hükümlerden ilki olan TCK m.41/1'de suç ortağının gönüllü vazgeçmesi, TCK m.36'da düzenlenen tek failin gönüllü vazgeçmesiyle aynı şartlara tabi tutulmuştur. Buna göre bir suç ortağının TCK m.41/1 gereğince gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilmesi için, suçtan vazgeçmesinin iradi olması, gönüllü olması ve vazgeçme davranışının icra hareketlerinin tamamlanmasına veya neticenin meydana gelmesine engel olması gerekir. Öğretide Alman hukukunun etkisi ile söz konusu fıkranın sadece iştirak hâlinde suç işleyen failin vazgeçmesi hakkında uygulama alanı bulacağı ileri sürülmüştür. Ancak gerek konuya ilişkin ACK ve TCK'da yapılan düzenlemelerin farklı olması gerekse de fıkroda "suç ortakları"ndan bahsedilmesi nedeniyle bu görüşe katılmamaktayız.

Konuya ilişkin ikinci hüküm olan TCK m. 41/2'de ise iştirak hâlinde işlenen suçlarda suç ortağının gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanması, anılan suçların yapısı gereği, şeriklerin icra hareketleri üzerinde suçun işlenişini engelleyebilecek yeterli hâkimiyete sahip olmadığı göz önüne bulundurulmuş düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemede iştirak hâlinde işlenen suçlarda suç ortağının vazgeçme hükümlerinden yararlanması için mutlaka suçun tamamlanmasını engellemesi aranmamış, "gönüllü gayret" göstermesi yeterli kabul edilmiştir. Buna göre iştirak ettiği bir suçun işlenişini engellemek için gönüllü gayret gösteren suç ortağı, söz konusu suç, gösterdiği gayret dışında başka bir sebeple işlenmemiş olsa ya da bütün gayretine rağmen işlenmiş olsa da gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır. Dolayısıyla maddenin ikinci fıkrasının uygulama alanı bulması için vazgeçen suç ortağının gönüllü gayret göstermesi yeterlidir.



Alman hukuk öğreti ve uygulamasında bu soru cevaplanırken, ACK m.24'de suç ortağının gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanması için gereken çabanın "ciddi" olması gerektiğinin açıkça belirtilmesi nedeniyle, suç ortağının somut olayda sergilediği davranışın ciddi olup olmadığına ilişkin değerlendirmenin sübjektif ve ex ante olarak yapılması gerektiği kabulüyle hareket edilmiştir. Buna göre ciddi çaba olarak kabul edilecek davranışlar, suç ortağının kendi değerlendirmesine göre suçun tamamlanmasını engellemeye uygun olduğunu düşündüğü davranışlardır. Ancak bunun için, suç ortağının alternatif hareketler arasında suçun tamamlanmasını engelleme şansı en fazla olanı tercih etmiş olması da gerekir. Dolayısıyla Alman hukukunda çoğunluk görüşü, kanuni düzenleme nedeniyle değerlendirmenin objektif değil, sübjektif olarak yapılması gerektiğini kabul etmektedir.

TCK m.41'de ise suç ortağının gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanması için sadece gönüllü gayret göstermesi yeterli sayılmasına karşın, bu gayretin taşınması gereken unsurlara ilişkin herhangi bir belirleme yapılmamıştır. Bu durum suç ortağının vazgeçme davranışının gönüllü gayret olarak kabul edilebilmesi için taşınması gereken unsurların neler olduğu, ne zaman icra edilmesi gerektiği, mutlaka aktif bir davranış ile mi icra edilmesi gerektiği, suç ortağının suçun işlenişine yönelik nedensellik bağı ortadan kaldırmasının gerekip gerekmediği gibi, gayret kavramının değerlendirilmesinde kullanılacak ölçütlere ilişkin bazı sorular ortaya çıkarmaktadır. Türk hukukunda konuya ilişkin yapılan çalışmalarda, kanuni düzenlemeler arasındaki kimi açık farklılıklara rağmen, konu Alman hukuk öğretisindeki görüşlere paralel olarak ele alınmıştır. Ancak Türk hukukunda gösterilmesi gereken gayretin niteliğine, unsurlarına ilişkin açık bir düzenleme yapılmadığı, ayrıca Alman hukukunda maddenin konuluş gerekçesi Türk hukuku açısından geçerli olmadığı için, konunun genel hükümlerden hareketle ele alınması daha doğru olur. Buna göre, suç ortağının sergilediği vazgeçme davranışının gayret olarak kabul edilebilmesi, öncelikle suçun icrasını engellemeye elverişli olmasına bağlıdır. Bu kapsamda somut olayda gerçekleştirilen davranışın hem davranışın icra edildiği zaman hem de davranışın maddi içeriği açısından elverişli olması gerekir. Bu konuda yapılacak değerlendirmenin ise Alman hukukunda da önerildiği gibi olay anındaki şartlara göre (ex ante), fakat Alman hukukundan farklı olarak objektif tarafsız bir kişi dikkate alınmak suretiyle yapılması doğru olur. Buna göre suç ortağının vazgeçme davranışının elverişli gayret olarak kabul edilebilmesi için, yapıldığı an itibarıyla suçun tamamlanmasını kesine yakın bir olasılıkla önleyebilecek bir davranış olması gerekir. Ancak madde metninde açıkça aranmadığı



için, suç ortağının suça katkısının nedensel etkisini ortadan kaldırması bir şart değildir. Ayrıca suça, işlenebilmesi için olmazsa olmaz nitelikte icrai nedensel katkı sağlayacak suç ortaklarının, hareketsiz kalarak bu katkılarını yerine getirmemek suretiyle elverişli gayret göstermeleri de mümkündür.

Gönüllü vazgeçme bir şahsi cezasızlık sebebidir. Bu nedenle iştirak hâlinde işlenen suçlarda söz konusu şahsi cezasızlık hâlinde sadece vazgeçen suç ortağı yararlanabilir (TCK m. 41/1). Diğer suç ortakları ise suç tamamlanmış ise bu suçtan; suç tamamlanmamış ise söz konusu suça teşebbüsten cezalandırılır. Ancak gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanan suç ortağı, vazgeçmek için gönüllü gayret gösterdiği ana kadar icra edilen hareketlerin müstakil bir suç oluşturması durumunda işlenişine iştirak ettiği bu suçtan dolayı cezalandırılır.

Kanun'da konunun gelecekte düzenlemesi sırasında ise şu hususların dikkate alınması doğru olur.

1) TCK'nın iştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen 41. maddesi ile tek fail tarafından işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmenin koşullarını düzenleyen 36. maddesi tek bir madde olarak düzenlenmelidir.

2) Düzenlemede, suç ortaklarının gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanmasını sağlayacak gayretin taşınması gereken unsurlar, somut olayda uygulanmasına imkân verecek şekilde açıkça düzenlenmeli ve söz konusu unsurlar ile neyin kastedildiği maddenin gerekçesinde ayrıntılı bir biçimde izah edilmelidir.

3) Kanuna, failin işlenemez suç hâlinde de cezalandırılmasını öngören bir hüküm konması durumunda, gösterdiği davranışlardan vazgeçme iradesi açık bir biçimde saptanan suç ortağı için ceza indirimini öngören bir hükümde konmalıdır.



KAYNAKLAR

Akbulut, Berrin, “Bağlılık Kuralı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIV, S. 1, Ankara 2010.(“Bağlılık”)

Akbulut, Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara 2016. (“Genel”)

Akdağ, Hale, “Gönüllü Vazgeçme”, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C 3, S.2, Ankara 2013.

Aydın, Devrim, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009.

Artuk, Mehmet Emin, Gökçen, Ahmet ve Yenidünya, A.Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

Baumann, Jürgen, Mitsch Wolfgang ve Weber Ulrich, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Giesecking Verlag, 11.Auflage, 2003.

Centel Nur, Zafer, Hamide ve Çakmut, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Beta Yayınevi, İstanbul 2016.

Demirbaş, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014.

Dönmezer, Sulhi ve Erman, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II**, Beta Yayınevi, İstanbul 1999, (“Cilt II”).

Erem, Faruk, Danişman, Ahmet ve Artuk, Mehmet Emin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 1997.

Evik, Vesile Sonay, **Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, Onikilevha Yayınevi, İstanbul 2011.

Hafızoğulları, Zeki ve Özen, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Us-A Yayınevi, Ankara 2015.

Hakeri, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

İçel, Kayıhan, Sokullu - Akıncı, Füsun, Özgenç, İzzet, Sözüer, Adem, Mahmutoğlu, Fatih S. ve Ünver, Yener, İçel Suç Teorisi, Beta Yayınevi, İstanbul 2000.

İçel, Kayıhan ve Evik, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Kitap**, Beta Yayınevi, İstanbul 2007.

İpekçioğlu, Pervin Aksoy, **Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008.



Jescheck, Hans Heinrich ve Weigend, Thomas, **Lehrbuchdes Strafrechts**, Duncker&Humblot Verlag, 1996.

Koca, Mahmut ve Üzülmez, İlhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, SeçkinYayınevi, Ankara 2015.

Kühl, Kristian, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, VahlenVerlag, München 2008.

Lackner, Karl ve Kühl, Kristian, **Strafgesetzbuch mit Erläuterungen**, C.H.Beck Verlag, München 1999.

Leipziger Kommentar, 12. Auflage, De GruyterVerlag,Berlin 2007.

Mahmutoğlu, Fatih Selami ve Karadeniz, Serra, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, Beta Yayınevi, İstanbul 2017.

Maurach, Reinhart, Zipf Heinz ve Gössel Karl Heinz, **Strafrecht AllgemeinerTeil Teilband 2: Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat**, C.F. Müller, 2014.

Önder, Ayhan, **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.

Özbek, Veli Özer, Kanbur Nihat, Doğan Koray, Bacaksız Pınar ve Tepe İlker, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015.

Özen, Mustafa, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri**, Adalet Yayınevi,Ankara 2017.

Özgenç, İzzet, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.

Özkan, Halid, **Ceza Hukukunda Azmettirme**, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

Öztürk Bahri ve Erdem, M. Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.

Satzger, Helmut, Schluckebier, Wilhelm ve WidmaierGunter, **StGBKommentar zum Strafgesetzbuch**, Carl HeymannsVerlag, 2014.

Schönke, Adolf ve Schröder Horst, **Strafgesetzbuch Kommentar**, C.H.BeckVerlag, 2006.

SystematischerKommentar zum Strafgesetzbuch (SK StGB), Carl Heymanns, 2015.

Soyaslan, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2005.

Sözüer, Adem, **Suçta Teşebbüs**, Kazancı, İstanbul 1994.



Toroslu, Nevzat, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Savaş Kitabevi, Ankara 2016.

Tozman, Önder, "İştirak Hâlinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.82, Ankara 2009.

Tröndle, Herbert ve Fischer Thomas, **Beck'sche Kurz-Kommentare, Strafgesetzbuch und Nebengesetze**, München 2004.

Wessels, Johannes ve Beulke Werner, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, C.F. Müller, 2010.

Zafer, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı**, Beta Yayınevi, İstanbul 2016.