

PAPER DETAILS

TITLE: İstirak Halinde İmlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçmeden Yararlanmak İçin Gösterilmesi
Gereken Gayret

AUTHORS: Ahmet BOZDAG

PAGES: 79-102

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1478027>

İŞTİRAK HALİNDE İŞLENEN SUÇLARDA GÖNÜLLÜ VAZGEÇMEDEN YARARLANMAK İÇİN GÖSTERİLMESİ GEREKEN GAYRET*

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet BOZDAĞ**

ÖZ

İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme, Türk Ceza Kanunu'nun 41. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme kapsamında suça iştirak etmiş olan suç ortaklarından birinin veya bir kısmının gönüllü olarak suçun tamamlanmaması için gayret göstermesi halinde gönüllü vazgeçme söz konusu olabilecektir. Ancak suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanması için gösterdiği gayretin belirli bir niteliğe sahip olması gerekir. Gösterilen gayretin, teşebbüs aşamasına gelmiş suçun icra hareketlerinin tamamlanmaması ve/veya neticenin meydana gelmemesi amacıyla iradi ve gönüllü olarak yapılan, kullanılan araç, yöntem ve zaman bakımından objektif olarak sonuç elde etmeye elverişli üstün çaba niteliğinde olması gerekir. Ayrıca suç ortağının göstermesi gereken gayretin kapsam, nitelik, etkinlik ve zaman bakımından yeterliliği, her somut olayda işlenen suç veya suçların türü, suçun işleniş şekli, zamanı ve yeri ile suç ortağının suçun teşebbüsüne yaptığı katkı ve iştirak türü dikkate alınarak mahkeme tarafından belirlenmelidir.

Kanun koyucu TCK'nın 41. maddesinin 2. fıkrasında yer verdiği gönüllü vazgeçme düzenlemesiyle, suçun tamamlanmasının engellenmiş olması neticesine değil, suçun tamamlanmasının engellenmesine yönelik niyete ve gayrete değer vermiştir.

İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme müessesesi şahsi bir cezasızlık sebebi olarak düzenlendiği için, gönüllü vazgeçen suç ortağının cezai sorumluluğu bulunmamakta fakat işlenen fiil tüm suç ortakları bakımından suç olma özelliğini korumaya devam etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Gönüllü vazgeçme, suç ortağının gönüllü vazgeçmesi, gayret, üstün çaba, gayretin kapsamı.

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 31/10/2020

Kabul Edildiği Tarih: 19/11/2020

** Gaziantep Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

E-Mail: bozdag hukuk@gmail.com

ORCID: 0000-0002-1157-9199

THE EFFORT THAT MUST BE SHOWN IN ORDER TO BENEFIT FROM VOLUNTEER WAIVING IN THE CRIMES COMMITTED AS PARTICIPATION

ABSTRACT

Voluntary abandonment in jointly committed offences is specifically regulated in the Article 41 of the Turkish Penal Code. An accomplice, who derives benefit from this regulation, is obligated to make effort to prevent the completion of the crime. In this case, the effort of the accomplice must contain of a certain quality. The accomplice, who knowingly and voluntarily, should make effort to achieve objective results in terms of the means, method and time to prevent the crime from happening. In addition, the competence of the effort required by the accomplice in terms of scope, nature, efficiency and time should be determined by the court. In determining such parameters, the Court should take into account the type of crime or crimes committed in each concrete incident, the form, time and place of the crime, and the contribution and participation of the accomplice to the crime attempt.

According to the voluntary abandonment in jointly offences under Article 41(2) Turkish Criminal Code, lawmaker does not take into account the result of prevention of crime's completion.

Rather, it considers the intention and effort to attempt to prevent the crime from taking place. Since Voluntary abandonment in jointly offences is regulated as a personal impunity, the accomplice who voluntarily renounces his or her participation has no criminal liability. Yet, the act would amount to a crime for all accomplices.

Keywords: Voluntary renunciation, voluntary renunciation of accomplice, effort, high effort, scope of effort.

GİRİŞ

Suç, tarihsel süreçte her toplumda var olan bir vaka olduğu gibi suçlulukla mücadele ve suçluluğun önlenmesi de her toplumda hedeflenen bir amaç olmuştur. Bu hedef doğrultusunda birbirinden farklılıklar arz etse de her dönemde ve her toplumda suçlulukla mücadele için suç siyaseti¹ olarak ifade edilen ilkeler, stratejiler ve araçlar geliştirilmiş ve uygulanmıştır.

Modern ceza hukukunda suçluluğun önlenmesi amacıyla suçun unsurları dışında cezai sorumluluğu genişleten müesseselere yer verildiği gibi cezai sorumluluğun alanını daraltıcı müesseselere de yer verilmiştir. Bunlardan suçun icra hareketlerine başlamış olan fakat iradesi dışındaki sebeplerle suçu tamamlayamayan failin cezalandırılmasını öngören suça teşebbüs müessesesi, cezalandırılmanın alanını genişletirken²; suçun icra hareketlerine başlamış olan fakat iradesi ile gönüllü olarak suçu tamamlayamayan failin teşebbüsten dolayı cezalandırılmamasını öngören gönüllü vazgeçme müessesesi ise cezai sorumluluğun alanını daraltmaktadır.

Suç işleme oranlarının zirveye ulaştığı günümüzde, gerek ülkemizde gerekse dünyada suçluluğun önlenmesi için büyük çaba sarf edilmektedir. Ülkemizde suçluluğun önlenmesi veya en azından azaltılması amacıyla, suç işlenmeden önce, suç işlenmeye başladıktan fakat suç tamamlanmadan önce ve suç tamamlandıktan sonra uygulanmak üzere çeşitli önleyici müesseseler geliştirilmiştir. Bunlardan biri de gönüllü vazgeçme kurumudur.

Gönüllü vazgeçme, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda iki farklı hükümde düzenlenmiştir. Kanun'un 36. maddesinde genel olarak tek fail tarafından işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme düzenlenirken, 41. maddede ise iştirak halinde işlenen suçlarda suç ortaklarının gönüllü vazgeçmesi özel olarak düzenlenmiştir. Kanun'un 41. maddesinin 2. fıkrası kapsamında iştirak halinde işlenen suçlarda suç ortaklarının gönüllü vazgeçme müessesesinden yararlanabilmesi için "gayret" göstermesi gerektiği düzenlenmiş olmakla birlikte, suç ortağının göstermesi gereken "gayretten" ne anlaşılması gerektiği ve "gayretin kapsamı" hakkında Kanun'da açıklayıcı bir hüküm bulunmamaktadır.

Bu çalışmada, konunun anlaşılması amacıyla ana hatları ile suça iştirak ve gönüllü vazgeçme kurumları anlatıldıktan sonra, asıl konumuz olan TCK'nın 41. maddenin 2. fıkrası kapsamında iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeden yararlanmak için gönüllü vazgeçenin göstermesi gereken "gayretin" kapsamı üzerinde detaylı bir şekilde durulacaktır.

¹ "İşte, genel ve özel önleme dâhil, suça karşı direnç ve mücadelede hedefleri belirlemek, araçları tespit etmek ve bunların ne suretle kullanılacaklarını göstermek üzere oluşturulan stratejiler ve bunların uygulanmaları san'atı suç siyasetini oluşturur.", DÖNMEZER, Sulhi; "Suç Siyaseti", İÜHFİM, C. 52, S. 1-4, 1987, s. 7; Farklı suç siyaseti tanımları için bkz: ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019, s. 48-49; DEMİRBAŞ, Timur; Kriminoloji, Ankara, 2016, s. 50-51.

² ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019, s. 495; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019, s. 413; AKBULUT, Berrin; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019, s. 615; HAFIZOĞULLARI, Zeki; Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Ankara, 1987, s. 290.

II. GENEL OLARAK SUÇA İŞTİRAK VE GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

Öncelikle iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeden yararlanmak için gösterilmesi gereken gayretin kapsamının izahında ve doğru anlaşılmasında faydalı olacağını düşündüğümüzden, suça iştirak ve gönüllü vazgeçme konuları ana hatları ile ele alınacaktır.

a) Suça İştirak

Suçlar, kural olarak tek kişi tarafından işlenebileceği gibi birden fazla kişi tarafından da işlenebilir. Suçun özel görünüş şekillerinden biri olan suça iştirak, kasten işlenen bir suçun birden fazla kişi tarafından fikir ve irade birliği içinde işlenmesidir³.

Suça iştirak, Türk Ceza Kanunu'nun birinci kitap, birinci kısım, dördüncü bölümünün 38-41. maddelerinde, faillik, azmettirme ve yardım etme başlıkları altında düzenlenmiştir.

- **Faillik;** suçun işlenişi üzerinde doğrudan hâkimiyet kurarak icra hareketlerini bizzat gerçekleştiren doğrudan fail ve bir başka kişiyi suçun işlenmesinde araç olarak kullanan dolaylı failden oluşmaktadır⁴. Doğrudan faillik, tek kişiden (müstakil fail) oluşabileceği gibi birden fazla kişiden de (müşterek fail) oluşabilir.⁵ Suça iştirakin en önemli şekli müşterek failliktir. Müşterek faillik, suçun icra hareketlerinin birden fazla kişi tarafından birlikte suç işleme kararına bağlı olarak suçun icrası üzerinde müşterek hâkimiyet kurularak işlenmesini ifade eden suça iştirak şeklidir⁶. Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra tüm faillerce fiil üzerinde müşterek hâkimiyet kurulduğundan, her bir suç ortağı fail statüsündedir. Dolayısıyla müşterek faillerden her biri işlenen haksızlıktan doğrudan doğruya kendi fiillerinden sorumlu olacaktır⁷.

- **Azmettirme;** Türk Ceza Kanunu'nun 38. maddesinde şerikliğin bir türü olarak düzenlenmiş olan suça azmettirme, suç işleme düşüncesi hiç

³ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR; s. 721; DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir; Nazari ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım, C. II, İstanbul, 1997, s. 446; Kural olarak suçlar tek kişi tarafından işlenebileceği gibi birden fazla kişi tarafından da işlenebilir. Ancak bazı suçlar yapıları gereği veya kanundaki tarifleri gereği ancak birden fazla fail tarafından işlenebilirken (çok failli suçlar), bazı suçlar ise ancak en az bir fail ve en az bir şerik tarafından iştirak halinde işlenebilmektedir (zorunlu şerikliğin söz konusu olduğu suçlar), ÖZGENÇ, İzzet; Suça İştirakin Hukukî Esası ve Faillik, İstanbul, 1996, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayını No: 2, s. 19; KOCA/ÜZÜLMEZ; s. 444; TOSUN, Öztekin; Suç Hukuku El Kitabı, İstanbul, 1982, s. 292, 293.

⁴ JESCHECK, Hans-Hinrich; Alman Ceza Hukukuna Giriş (Çev: Feridun Yenisey), İstanbul, 2007, s. 44-45.

⁵ Bu konuda detaylı bilgi için bkz: HAKERİ, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019, s. 553-560.

⁶ "Birlikte faillikten (müşterek faillikten) söz edebilmek için hem subjektif hem de objektif unsurların somut olayda bulunması gerekmektedir. Subjektif olarak birlikte fiilde bulunma kararının daha doğrusu planının sabit olması gerekmektedir. Buna ilaveten ayrıca – her bir birlikte fail için ayrı ayrı – objektif unsurların, fiile objektif katkılarının mevcudiyeti gerekmektedir. Fiile objektif katkının nasıl bir niteliğinin olacağı, faillik ve şeriklik ayrımı için hangi teorisinin kabul edildiğine bağlı olacaktır". HEINRICH, Bernd; Ceza Hukuku Genel Kısım -II, (Editör: Yener Ünver), Ankara, 2015, s. 254.

⁷ ÖZGENÇ; Suça İştirakin Hukukî Esası ve Faillik, s. 461-462; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR; s. 730.

bulunmayan bir kişinin, belirli bir suçu işlemeye ikna edilmesidir⁸. Dolayısıyla azmettirmeden bahsetmek için, ayırt etme yeteneğine sahip bir kişinin işlemeyi hiç düşünmediği bir suçun işlenmesine ikna edilmiş olması gerekir. Suça azmettirmede azmettirenin, suçun icra hareketleri üzerinde hâkimiyet kurmadığından müşterek fail olarak kabul edilmemekle birlikte suç işleme düşüncesinin oluşmasındaki büyük katkısı nedeniyle fail ile aynı cezai sorumluluğu bulunmaktadır⁹.

- **Yardım etme;** Türk Ceza Kanunu'nun 39. maddesinde şerikliğin ikinci türü olarak düzenlenmiş olan suça yardım etme, kişinin, başka fail/failler tarafından kasten işlenen bir suçun icra hareketleri üzerinde hâkimiyet kurmadan (faillik ve azmettirme derecesine varmadan) suçun işlenmesine kasten maddi ve/veya manevi katkı sağlamasıdır¹⁰. Ancak sağlanan maddi katkının hiçbir şekilde suçun icra hareketleri üzerinde hâkimiyet kuracak boyuta varmamış olması, keza sağlanan manevi katkının da azmettirme boyutuna ulaşmamış olması gerekir. Başka bir ifadeyle, *"Yardım etmede fiil üzerinde hâkimiyet kurulmamakta, sadece suçun icrası kolaylaştırılmaktadır. Yardım edenin hareketi, faillere nazaran suçu yaratıcı, yapıcı nitelik taşımaz; sadece destekleyici, hazırlayıcı, kolaylaştırıcıdır. Dolayısıyla yardım eden figüran konumundadır"*¹¹.

Yardım etme fiilleri, Türk Ceza Kanunu'nun 39. maddesinin 2. fıkrasında yer alan yardım etme şekillerini, maddi yardım etme (*Suçun işlenmesinde kullanılan araçları temin etmek; suçun icrasından önce veya icrası sırasında suçun icrasını kolaylaştıracak maddi yardımda bulunmak*) ve manevi yardım etme (*Suç işlemeye teşvik etmek; suç işleme kararını kuvvetlendirmek; fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek; suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek*) olarak iki kategoride incelemek mümkündür. Kanun koyucu, yardım edenin, fail ve azmettirenine göre, belirli oranda indirim yapılarak cezalandırılacağını düzenlemiştir. Böylece faillik ve azmettirmeden farklı olarak yardım edenin cezai sorumluluğu daha hafif belirlenmiştir.

Bağlılık kuralı gereği, iştirak halinde işlenen suçlardan dolayı iştirakçilerin işlenen suçtan sorumlu tutulabilmesi için, kasten işlenmiş bir suçun tamamlanmış veya en azından teşebbüs aşamasında kalmış olması gerekir. Ayrıca iştirak halinde, suçun işlenmesine iştirak eden her kişi (fail, azmettiren ve yardım eden) diğer iştirakçilerin

⁸ "Kanunun kullandığı «azmettirmek» tâbiri manevî iştirak için elzem olan psikolojik fiilin mahiyeti hakkındaki bütün tereddütleri izale etmektedir. Suçun sebebi, suç işleme niyetinin azmettirilene nakledilmiş olmasıdır. Böylece işlenmiş suçlarda suçu işleyen faaliyetinin gerisinde suça sebep olan yani azmettiren kimse bulunur. Faildeki suç fikri ve suç kararı münhasıran azmettirenin eseridir. «Azmettirme» istilâhı suçun ilk ve müessir sebebini yaratmak mânâsına gelir. O halde suç fikrini uyandırmış olmak, suçun manevî ortağı olmağa yetmez, bu kararın icra safhasına intikalini yani suçun müessir sebebi olmayı temin edecek derecede kesif bir manevî faaliyete ihtiyaç vardır.", EREM, Faruk; "Suça İştirak", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1946, Cilt 3, Sayı 1, s. 83; AKBULUT; s. 718.

⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ; s. 483; AKBULUT; s. 719; HEINRICH; Ceza Hukuku Genel Kısım -II, s. 309.

¹⁰ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR; s. 754; ÖZGENÇ; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 568; HEINRICH; Ceza Hukuku Genel Kısım -II, s. 345.

¹¹ HAKERİ; s. 574.

cezalandırılmasını etkileyen kişisel sebepler dikkate alınmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır (TCK m. 40).

b) Gönüllü Vazgeçme

Modern ceza hukukunda suç ve suçluluğun önlenmesine yönelik geliştirilen suç siyasetleri ile kişilerin suç yoluna girmesinin önlenmesi, suç yoluna giren failin suç tamamlamaması ve nihayet suçu tüm unsurları ile tamamlayan failin tekrar suç işlememesi için çeşitli genel ve özel önleyici müesseseler geliştirilmiştir. Ceza hukukunda ideal olan, kişilerin suç yoluna hiç girmemesinin sağlanmasıdır. Ancak bu ideale ulaşmak her zaman mümkün olmadığından, suç yoluna girmiş olan kişilerin suçu bütün unsurları ile tamamlamalarının önlenmesi de tamamlayıcı ideal olarak uygulanmaktadır. Bu düşüncelerle geliştirilen müesseselerden biri de suç yoluna girip suçun icra hareketlerine başlamış olan failin, suçu tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçmesine yönelik gönüllü vazgeçmedir¹².

Bir defa suçun icra hareketlerine başlamakla tehlikeli halini gösteren failin cezalandırılmamasının, adalet duygusunu zedeleyeceği, cezanın amacına aykırı olacağı ve failin gönüllü vazgeçip geçmediğinin tespitinin tam olarak mümkün olmadığı gerekçeleri ile gönüllü vazgeçme müessesesinin uygulanmasına karşı çıkan görüşler¹³ bulunmaktadır. Ancak bu görüşlerin aksine günümüzde, suçlulukla mücadelede doktrindeki ekseriyet gönüllü vazgeçme müessesesini faydalı bir cezasızlık sebebi olarak kabul ederken, yürürlükteki ceza hukuku mevzuatlarında¹⁴ da gönüllü vazgeçme faydalı bir cezasızlık sebebi olarak düzenlenmektedir¹⁵. Doktrinde gönüllü vazgeçme halinde failin cezalandırılmaması gerektiği konusunda genel olarak fikir birliği bulunmakla birlikte, gönüllü vazgeçen failin cezalandırılmamasının dayanağını oluşturan sebebin ne olduğu konusunu açıklamaya yönelik subjektif teoriler, objektif teoriler ve suç politikası teorileri çatısı altında birbirinden farklı birçok görüş ileri sürülmüştür¹⁶.

Gönüllü vazgeçme, Türk Ceza Kanunu'nun birinci kitabının ikinci kısmında "suça teşebbüs" başlıklı üçüncü bölümünün 36. maddesinde ve "suça iştirak" başlıklı dördüncü

¹² ERRÁ, Carlo; "Teşebbüste İhtiyariyle Vazgeçme", (Çev: Sahir Erman), İÜHFM, C. X, S. 3-4, 1945, s. 683; DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir; Nazari ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım, C. I, İstanbul, 1997, s. 445; "Çağdaş ceza kanunlarında, toplumsal barışı bozan, bireyde korku ve toplumda gerginlik yaratan suçların önüne geçilebilmesi için failleri suç işlemekten ya da suçu tamamlamaktan vazgeçmeye özendirerek kurallara yer verildiği görülmektedir. İtiraz konusu kuralın, izlenen suç politikası uyarınca gerek icra hareketleri aşamasında gerekse icra hareketlerinin bitmesinden sonra, faillerin suçu tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçmelerini teşvik etmek amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır." Anayasa Mahkemesi, E: 2005/75, K: 2008/1, T: 3.1.2008.

¹³ ÖNDER, Ayhan; Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, 1992, s. 401; DÖNMEZER/ERMAN; Nazari ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım, C. II, s. 443-445.

¹⁴ Alman Ceza Kanunu m. 24, Avusturya Ceza Kanunu m. 16, İsviçre Ceza Kanunu m. 23/1-2, Fransız Ceza Kanunu m. 121/5, İtalya Ceza Kanunu m. 56/3-4, bu konuda detaylı bilgi için bkz: BOZBAYINDIR, Ali Emrah; "Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçmede Gönüllülük Şartı", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018/1, s. 95-137.

¹⁵ ÖNDER; s. 401.

¹⁶ Bu teoriler hakkında detaylı bilgi için bkz; SÖZÜER, Adem; Suça Teşebbüs, İstanbul, 1993, s. 135-139; ÖNDER; s. 402-403; ERRÁ; s. 679-716; DÖNMEZER/ERMAN; Nazari ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım, C. II, s. 443-445; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR; s. 708-709; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem; Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, 2020, 474-475.

bölümünün 41. maddesinde suçun özel görünüş şekilleri arasında düzenlenmiş bir müessesedir¹⁷. Gönüllü vazgeçme, izlenen suç siyaseti gereğince kişileri icraya başladıkları suçu gönüllü olarak tamamlamaktan vazgeçmeye teşvik etmek amacıyla ve teşebbüsten dolayı failin cezalandırılmasını önleyen bir şahsi cezasızlık sebebi olarak düzenlenmiştir¹⁸.

Türk ceza hukukunda genel olarak gönüllü vazgeçme, failin kasten ve elverişli hareketlerle doğrudan doğruya bir suçun icrasına başladıktan sonra gönüllü olarak suçun icra hareketlerini tamamlamaması veya icra hareketleri tamamlandıktan sonra neticenin meydana gelmesine engel olması şeklindeki bir şahsi cezasızlık sebebi olarak kabul edilmektedir.¹⁹ Bu tanım ve kabul doğrultusunda genel olarak gönüllü vazgeçmenin söz konusu olabilmesi için; (a) failin kasten bir suçun icrasına doğrudan doğruya elverişli hareketlerle başlamış olması, (b) failin kast ettiği suçu tamamlamamış olması (icra hareketlerini tamamlamamış olması ya da icra hareketlerini tamamlamış olmasına rağmen neticenin meydana gelmemiş olması), (c) failin suçu tamamlamamasının iradi ve gönüllü olması gerekir²⁰.

Gönüllü vazgeçme, teşebbüse elverişli her suçta ve suçun icrasının devam ettiği her aşamada mümkün olup sırf hareket suçlarında icra hareketleri tamamlanana kadar, neticeli suçlarda ise netice gerçekleşene kadar her zaman mümkündür. Dolayısıyla sırf hareket suçlarında icra hareketleri tamamlandıktan sonra ve neticeli suçlarda netice gerçekleştikten sonra gönüllü vazgeçme mümkün değildir²¹. İcra hareketlerinin tamamlanmaması şeklinde gerçekleşen gönüllü vazgeçmede, failin icrai veya ihmali bir hareketle suçun icra hareketlerine son vermesi gerekirken; neticenin önlenmesi şeklinde gerçekleşen gönüllü vazgeçmede ise failin aktif bir hareketle neticenin meydana

¹⁷ Türk Ceza Kanunu'nda failin suça teşebbüsten dolayı cezalandırılabilmesi için suçu irade dışı bir sebeple (gönülsüz olarak) tamamlamamış olması gerektiği, gönüllü vazgeçmenin söz konusu olduğu hallerde suça teşebbüsün "irade dışı sebeple suçu tamamlamamış olmak şartının" gerçekleşmediği gerekçesiyle failin zaten suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacağı, bu nedenle TCK m. 41/2 fıkrasındaki hüküm dışında TCK'da gönüllü vazgeçmenin düzenlenmesinin gereksiz olduğu görüşü konusunda bkz; AKYÜREK Güçlü; "Gönüllü Vazgeçme Düzenlemesi Gerekli midir?", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: X, Sayı: 2, Yıl: 2013. s.184-203.

¹⁸ YCGK, E: 2014/10-183, K: 2015/62, T: 24.03.2015; "Gerek icra hareketleri aşamasında gerekse icra hareketlerinin bitmesinden sonra, failin suçu tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçmesini teşvik etmek modern suç politikasının temel araçlarından biridir." (TCK m. 36'nın madde gerekçesi); CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; s. 475; ÖZGENÇ; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 519; DÖNMEZER/ERMAN; Nazari ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım, C. I, s. 447; SÖZÜER; s. 140; ÖNDER; s. 402-403; HAKERİ; s. 507; ERDOĞAN, Yavuz; "Gönüllü Vazgeçme", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 2010 Cilt: 5, S. 13, s. 98; EPÖZDEMİR, Rezan; "Gönüllü Vazgeçme", TBB Dergisi, 2018 (138), s. 82; TOZMAN, Önder; "İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 82, 2009, 202; ÖNDER; s. 403; ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019, s. 467; Alman ceza hukukundaki benzer görüşler için bkz: BOCK, Dennis; Strafrecht Allgemeiner Teil, 2018, s. 461-462; ZAFER, Hamide; Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2019, s. 518.

¹⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ; s. 436; AKDAĞ, Hale; "Gönüllü Vazgeçme", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(2) 2013, s. 92; ERDOĞAN; s. 98.

²⁰ AKYÜREK; s.187; AKBULUT; s. 647; KOCA/ÜZÜLMEZ; s. 520; EPÖZDEMİR; s. 92-93.

²¹ YCGK, E: 2015/6-258, K: 2017/486, T: 21.11.2017; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR; s. 710; ERDAGÖZ, Özcan; "Türk Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun Konuya İlişkin Bir Kararının Değerlendirilmesi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2013, s. 1067.

gelmesini önlemiş olması gerekir²². Genel olarak gönüllü vazgeçmenin tüm unsurlarıyla gerçekleşmesi için suçun tamamlanmaması failin iradesinden ve gönüllülüğünden kaynaklanmalıdır. Gönüllü vazgeçmede iradilik, failin suçu tamamlama ve tamamlamama imkân ve kudretine sahip olmasına rağmen bilinçli olarak suçu tamamlamama seçeneğini tercih etmesidir²³. Gönüllülük²⁴ ise failin iradi olarak seçmiş olduğu suçu tamamlamama seçeneğini zorlayıcı bir baskı altında kalmadan özgür iradesiyle (meşru veya ahlaki bir sebebe dayanıp dayanmaması önemli olmaksızın) seçmiş olmasını ifade etmektedir²⁵. Failin suçu tamamlamamasının gönüllü olup olmadığının tespiti failin iç dünyasına yönelik subjektif bir değerlendirme olduğundan²⁶, failin iradi olarak suçu tamamlamadığının tespit edildiği durumlarda vazgeçmenin gönüllü olduğunun da karine olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyim. Bu nedenle, suçu tamamlamaktan iradi olarak vazgeçen failin, zorlayıcı sebeplerle (gönülsüz olarak) suçu tamamlayamadığı ispat edilmediği sürece (gönüllülüğün varlığında şüphe olursa) vazgeçmenin gönüllü olduğu kabul edilmelidir²⁷.

²² ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR; s. 710; ERDAGÖZ; s. 1068.

²³ KOCA/ÜZÜLMEZ; s. 440; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR; s. 711; ŞENOL, Cem; “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre İştirak Hâlinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme (TCK m. 41)”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 5, Sayı 10, 2017, s. 516-517.

²⁴ Bock’a göre, “Dışsal zorlamaların aksine, failin kararlarının efendisi olarak kalması gerekir ki, gönüllü terk edilmekten söz edilebilsin. Temel kural: “Yapabilsem bile istemem” ve “İstesem bile yapamam” olmalıdır.”, BOCK; s. 479; JAKOBS, Günther: Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Berlin, 1991, s. 757; Fail “Ben söz konusu suçu tamamlayabilecek durumda olmama rağmen, bu eylem çerçevesinde daha fazla harekette bulunmak istemiyorum” diyorsa gönüllülük vardır. Fakat fail “Gerçekten istememe rağmen suçu tamamlayamıyorum.” diyorsa gönüllülük yoktur. HEINRICH, Bernd; Ceza Hukuku Genel Kısım -I, (Editör: Yener Ünver), Ankara, 2014, s. 524; Ayrıca gönüllü vazgeçmede gönüllülük kavramını açıklayan teoriler ve konunun mukayeseli hukukta düzenlenmesi ve kapsamı hakkında detaylı bilgi için bkz; BOZBAYINDIR, s. 95-157; BABA, Yasemin; “Alman Öğreti ve Uygulaması Işığında Vazgeçmede Gönüllülük Unsuru”, TAAD, S. 14, 2013, s. 1129-1137; “Gönüllü kelimesi, genel anlamıyla zorlama (icbar) kelimesinin karşılığı olup, gönüllü veya başka bir ifadeyle ihtiyari vazgeçme ise; failin kendi isteğiyle icra hareketlerine devam etmemesi veya bu hareketleri tamamladıktan sonra iradi etkin davranışlarıyla tipik neticenin meydana gelmesini önlemesi olarak ifade edilebilecektir.” YCGK, E: 2014/10-183, K: 2015/62, T: 24.03.2015.

²⁵ DÖNMEZER/ERMAN; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C. I, s. 449-450; ÖZGENÇ; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 520; ÖNDER; s. 403; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR; s. 711; KOCA/ÜZÜLMEZ; s. 440-441.

²⁶ “Kanun iç âlemde gayet derin incelemeler yapmak derecesine varmamalıdır; o yalnız harici hareketlere bakmalıdır; vazgeçmenin gerek üçüncü şahısların tavsiyelerinden gerekse salâhiyetli mercilerin müdahalesinden azade bulunması aranmamalıdır; vazı kanun için irade kâfidir.”, ERRA; s. 684; Sözüer’e göre; “ gönüllü – gönüllü olmayan vazgeçmenin tespiti psikolojik bir durumdan ziyade normatif değerlendirme ve irdelemeyi gerektirir. Bu noktadaki sorun ise hangi normatif ölçülerin söz konusu değerlendirmeye esas teşkil edeceğidir. Biz bu konuda şöyle bir ölçütün uygulanabilmesinin mümkün olduğunu düşünmekteyiz: Eğer fail suçlu mantığına göre olay anında yakalanma ve bunun sonucunda cezalandırılma tehlikesini göze alamadığından dolayı suç yolunda ilerlemiyorsa, vazgeçmesi gönüllü değildir. Fakat failin vazgeçmesi hukuk düzenine geri dönüş iradesini yansıtıyorsa, vazgeçme gönüllüdür.” SÖZÜER; s. 149; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; s. 476.

²⁷ JAKOBS; s. 758; BABA; s. 1147.

III. İŞTİRAK HALİNDE İŞLENEN SUÇLARDA GÖNÜLLÜ VAZGEÇMEDEN YARARLANMAK İÇİN GÖSTERİLMESİ GEREKEN GAYRET

A) Genel Olarak

Kural olarak suçlar tek kişi tarafından işlenebileceği gibi birden fazla kişi tarafından iştirak halinde de işlenebilmektedir. Özellikle günümüzde başta örgütlü suçlar olmak üzere genellikle suçlar birden fazla kişi tarafından işlenmektedir. Bu realite, kanun koyucuyu suçun iştirak halinde işlenmesi halinde suç ortaklarının nasıl cezalandırılacakları konusunda özel düzenleme yapmaya zorlamıştır. Bu kapsamında tek fail tarafından işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme düzenlemesinin yanında ayrıca iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme müessesesi özel olarak düzenlenmiştir. İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmenin özel olarak düzenlenmesinin temel sebebi, iştirak halinde işlenen suçlarda suçun birden fazla kişi tarafından farklı katkılarla işlenmesi, iştirakçilerin sorumluluğunun bağlılık kuralına göre farklı farklı belirlenmesi ve gönüllü vazgeçme müessesesinin bir şahsi cezasızlık sebebi olarak kabul edilmiş olmasıdır²⁸.

İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme, Türk Ceza Kanunu'nda ayrı hükümde özel olarak düzenlendiği gibi mukayeseli hukukta da birçok ülke ceza kanununda bu konuda özel düzenlemeler bulunmaktadır²⁹.

Türk Ceza Kanunu'nda iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme kurumu 41. maddede şöyle düzenlenmiştir;

“(1) İştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır.

*“(2) Suçun; a) Gönüllü vazgeçenin gösterdiği **gayreti** dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması, b) Gönüllü vazgeçenin bütün **gayretine** rağmen işlenmiş olması, hallerinde de gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır”.*

Bu Kanun hükmünün birinci fıkrasında, 36. maddedeki hüküm ile aynı doğrultuda, gönüllü vazgeçen suç ortağının (iştirakçinin) suçun tamamlanmasını (icra hareketlerinin tamamlanmasını veya neticeli suçlarda neticenin gerçekleşmesini) önlemek koşuluyla bu cezasızlık sebebinden yararlanacağı düzenlenirken; ikinci fıkra iştirakçinin suçun tamamlanmaması için elinden gelen tüm gayreti göstermesine rağmen suçun tamamlanması veyahut suçun başka bir sebeple tamamlanmaması halinde dahi gönüllü vazgeçmeden yararlanacağı hüküm altına almıştır. Dolayısıyla kanun koyucu 2. fıkra, suç tamamlansa dahi iştirakçinin suçun tamamlanmaması amacıyla gösterdiği gayreti, gönüllü vazgeçme kapsamında şahsi cezasızlık sebebi olarak düzenlemiştir. Başka bir ifadeyle kanun koyucu, 2. fıkradaki hüküm ile izlenen suç siyaseti gereğince iştirakçileri

²⁸ ŞENOL; s. 509.

²⁹ Alman Ceza Kanunu m. 24/2 deki düzenlemenin detayı hakkında bkz: HOFFMANN-HOLLAND, Klaus; Münchener Kommentar zum StGB (BeckOK StGB), 2020, StGB § 24; HEINTSCHEL-HEINEGG, BERND VON; BeckOK StGB/Cornelius, 2020, StGB § 24; HEINRICH; Ceza Hukuku Genel Kısım -I, s. 518-523; Avusturya Ceza Kanunu m. 16, İsveç Ceza Kanunu m. 23/2 hakkında detaylı bilgi için bkz: BOZBAYINDIR, s. 95-137.

suçun tamamlanmaması için gayret göstermeye teşvik etmek için gönüllü vazgeçme müessesesinin alanını oldukça genişletmiştir.

İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme kurumundan yararlanmak için âdeta en önemli koşul olarak düzenlenmiş olan “gayret gösterme” kavramının anlamı, kapsamı ve hukuki sonuçlarının tespiti uygulamada büyük önem arz etmektedir.

B) Gösterilmesi Gereken Gayret

1. Gayret Göstermesi Gereken Kişi

Öncelikle iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme müessesesinden yararlanmak için gayret göstermesi gereken kişilerin kimler olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. TCK’nın 41. maddesinin 1. fıkrasında her “suç ortağının” gönüllü vazgeçmeden yararlanabileceğinden, 2. Fıkra ise “gönüllü vazgeçenin” gayret göstermesinden bahsedilmiştir. Ayrıca 41. maddenin madde gerekçesinde 2. fıkra kapsamında “suç ortaklarının gayret göstermesinden” bahsedilmiştir³⁰. Dolayısıyla kanun koyucu 41. maddenin madde başlığında iştirak kavramını kullanmasına rağmen, madde metninde ve madde gerekçesinde “iştirakçi” kavramı yerine “suç ortağı” kavramını kullanmayı tercih etmiştir. Ancak 41. madde ve gerekçesi incelendiğinde, kanun koyucunun suç ortağı kavramını, suça iştirak eden iştirakçiler kavramının eş anlamlısı olarak kullandığını söyleyebiliriz. Bu gerekçelerle 41. madde bir bütün olarak değerlendirildiğinde, diğer koşulların da sağlanması şartıyla ister fail (doğrudan fail ve dolaylı fail) ister azmettiren ister yardım eden³¹ olsun suça iştirak etmiş olan her iştirakçinin (suç ortağının) suçun tamamlanmaması için elinden gelen gayreti göstermesi halinde (her suç ortağının göstereceği gayretin kapsamı aynı olmamakla birlikte) gönüllü vazgeçmeden yararlanabileceği³² kanaatindeyiz. Bu konuda detaylı bilgi ve örnekler

³⁰ “İştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme ile ilgili olarak bazı durumlarla karşı karşıya gelinebilmektedir. Gönüllü vazgeçen suç ortağı, suçun işlenmemesi için elinden gelen bütün gayreti göstermiş ve fakat suç başka bir nedenle işlenememiş olabilir. Bu durumda dahi, gönüllü vazgeçen suç ortağının gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlandırmak gerekecektir. Keza, gönüllü vazgeçen suç ortağının bütün gayretine rağmen, diğer suç ortakları suçu işlemiş olabilir. Bu durumda, suçun işlenmiş olmasına rağmen, gönüllü vazgeçen ve suçun işlenmemesi için elinden gelen bütün gayreti gösteren suç ortağının işlenen suça iştirakten dolayı sorumlu tutulmaması gerekir. Ancak bu durumda, suç ortağının gönüllü vazgeçme anına kadar gerçekleştirdiği fiillerin bağımsız bir suç oluşturmaması durumunda, bu suçtan dolayı sorumlu tutulacağı kuşkusuzdur.” (TCK m. 41’in madde gerekçesi).

³¹ “İnceleme konusu olayda, istihbari bilgiler nedeniyle hakkında teknik takip kararı alınan H., ticaret amacıyla uyuşturucu madde satın almak için Honaz’dan gelen V. ve G. ile satmak amacıyla uyuşturucu madde bulunduran sanık B. ve eşi A. arasındaki bağlantıyı sağlamıştır. Uyuşturucu maddenin V. ve G. tarafından beğenilmemesi nedeniyle satın alınmayıp yayla evinden geri dönülmesi sırasında da, henüz görevlilerce yakalanmadan önce başka iki kişi ile telefon görüşmesi yaparak onlara da “2000 lira istiyorlar” şeklinde söylemek suretiyle B.’in evindeki uyuşturucu maddenin satılmasına aracılık etme iradesi ve niyetini devam ettirmiştir. TCK’nun 41. maddesine göre sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilecek olup, uyuşturucu madde ticareti suçuna yardım etme şeklindeki eylemini tamamlamış olan ve hareketinin neden olduğu durumları ortadan kaldırmayıp iradesine de devam eden sanık hakkında gönüllü vazgeçme hükmünün uygulanma şartları bulunmamaktadır.” YCGK, E: 2014/10-183, K: 2015/62, T: 24.03.2015.

³² “Türk Ceza Kanunu’nda ve ceza hükmü içeren diğer kanunlarda yer alan tüm suçlarda uygulanacak genel hüküm niteliğindeki itiraz konusu kural, suçu işlemekten gönüllü vazgeçen faillerin yaşadıkları yerin az ya da çok gelişmişliğini dikkate alarak farklı hükümler öngörmemekte; aksine suçu işlemekten gönüllü vazgeçen tüm faillerin aynı hükümden yararlanmalarını sağlamaktadır. Esasen Türk Ceza Kanunu’nun

aşağıda gayret kavramının kapsamı başlığı altında verilecektir. Fakat 41. maddede düzenlenmiş olan iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeden yararlanılması, iştirakçilerin sadece bir kısmının gönüllü vazgeçmesi halinde mümkün olabilmektedir. Başka bir ifadeyle tüm iştirakçilerin fikir birliği içinde suçun tamamlanmasını engellemeye yönelik gayret göstermesi halinde 41. madde değil 36. madde kapsamında gönüllü vazgeçme değerlendirmesinin yapılması gerekmektedir³³. TCK'nın mehzaz kanunu olan Alman Ceza Kanunu'nun 24. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiş olan iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme müessesesinden, fail ve şerik ayrımı yapılmaksızın tüm iştirakçilerin yararlanabileceği kabul edilmektedir³⁴.

2. Gayret Kavramı

Kanun koyucu gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen 36. maddede “*çaba gösterme*” kavramını kullanırken; iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen 41. maddenin 2. fıkrasında “*gayret gösterme*” kavramını kullanmıştır. Ancak kanun koyucu, aynı konuyu düzenleyen iki maddede neden aynı kavramın değil de farklı kavramların kullanıldığını ne madde metninde ne de madde gerekçesinde açıklamamıştır.

Arapça **ğyr** kökünden türetilmiş olan gayret (ğayrat غيرة) kelimesi, “*bir şey uğruna büyük hırs gösterme, kıskançlık, fanatizm*”³⁵ (aşırılık); “*çalışma, çaba, çalışma isteği, koruma, esirgeme*”³⁶; “*dinî metinlerde kıskançlık anlamında kullanılan Arapça gayret kelimesi, kişinin kendi mahremini koruması yönünde gösterdiği aşırı duyarlılık, izzet-i nefsine, şeref ve namusuna zarar verecek durumlardan sakınıp korunmasını sağlayan duygusal tepki, daha özel olarak da ‘erkek veya kadının başkasının cinsel ilgisine karşı kendi eşini koruma ve savunma duygusu’ mânasına gelir. Râgıb el-İşfahânî insanın kendini, evini ve ailesini, ülkesini, kısaca aidiyet ilişkisi olan her şeyi koruma duygusu için*

benimsediği “mülkilik ilkesi” uyarınca, Türk Ceza Kanunu ülkenin tümünde ve suç işleyen kişilere her hangi bir ayırım yapmadan uygulanmak durumundadır. Bu nedenle, itiraz konusu kuralın eşitlik ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.” Anayasa Mahkemesi, E: 2005/75, K: 2008/1, T: 3.1.2008; KOCA/ÜZÜLMEZ; s. 503-504; DEMİRBAŞ, Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019, s. 532-533; AKBULUT; s. 662.

³³ ÖZGENÇ; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 597; “*Sanığın, yaşı küçük olduğu için soruşturması ayrı yürütülen ve evinde misafir olarak bulunduğu arkadaşı... ile birlikte, gece vakti'ın komşusu olan yakınını yağmalamak için kapısının zilini çaldıkları, kapıyı açan yakınının boğazına sarılıp içeri sokup yere yatırdıktan sonra göğsüne basıp etkisiz hale getirdikleri, sanığın üzerinde taşıdığı bıçağı yakınının yüzüne dayayıp “Sesini çıkarma seni öldürürüz” diye tehdit ettiği, daha sonra yakından bir şey istemeden, evden de bir şey almadan yakına yağıma suçunu işlemek için geldiklerini, ancak vazgeçtiklerini söyleyip özür dileyerek evden çıkıp gittikleri, yakınının olay sırasında bıçak kullanılmaksızın basit tıbbi müdahale ile giderilecek şekilde yaralandığının anlaşılması karşısında; sanığın eyleminden gönüllü olarak vazgeçtiği, 5237 sayılı TCK'nın 36. maddelerine göre eylemin tamamlanmış kısmına göre değerlendirme yapılması gerektiği.” Y. 6. CD, E: 2013/31692, K: 2016/4738, T: 06.06.2016.*

³⁴ FREUND, Georg; Strafrecht Allgemeiner Teil, 2009, s. 361; HEINRICH; Ceza Hukuku Genel Kısım -I, s. 518; JESCHECK; s. 43.

³⁵ <https://www.etimolojiturkce.com/kelime/gayret> (Erişim: 28.08.2020).

³⁶ Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim: 28.08.2020)

de gayret kavramının kullanıldığını belirtir”³⁷. Hukuk sözlüğünde de gayret, “bıkıp usanmadan çalışma, çaba ve çalışma isteği olarak” tanımlanmıştır³⁸.

Gayret kavramının Arapça kökeni ve kullanımı dikkatlice incelendiğinde, gayret ve çaba kavramlarının benzer anlamda olduğunu fakat aynı anlama sahip olmadığını, iki kavram arasında anlam yoğunluğu bakımından önemli fark olduğunu söyleyebiliriz. Gayret; kendiliğinden (dış zorlama olmadan) gelişen içten ve samimi bir ruh halini ifade ettiği gibi aynı zamanda erdemli bir davranışı da ifade eden bir kavramdır. Bu nedenledir ki toplumumuzda gayretli kişiler her zaman takdir edilen kişilerdir. Dolayısıyla gayret kavramı, sıradan bir çabadan öte, içten gelen aşırı bir çabayı, aşırı bir duyarlılığı, aşırı korumacılığı ve büyük bir hırs ile koruma çabasını ifade etmektedir. İştirak halinde işlenen suçlarda iştirakçilerin TCK’nın 41. Maddesinin 2. fıkra kapsamında gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için göstermesi gereken gayreti, suçun tamamlanmaması için gösterilmesi gereken gönülden gelen aşırı çabayı, başka bir ifadeyle elden gelen en iyi çabanın gösterilmesi olarak anlamak gerekir. Alman Ceza Kanunu’nda iştirak halinde işlenen suçlarda teşebbüsten gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen 24. maddenin 2. fıkrasında “ciddi çaba gösterme” (ernsthafte Bemühen) kavramı kullanılmıştır³⁹. Alman Federal Mahkemesi de verdiği kararlarda, “ciddi çabayı, gönüllü vazgeçen suç ortağının kendi gücü oranında ve kendi kanaatine göre suçun tamamlanmasının engellenmesi için gerekli olan her şeyi yapması şeklinde tanımlamaktadır”⁴⁰.

3. Gayretin Kapsamı

TCK’nın 41. maddesinin 2. fıkrası kapsamında iştirak halinde işlenen suçlarda suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanması için, suça iştirak etmekten vazgeçmesi ve suçun tamamlanmamasını istemesi yetmez; aynı zamanda iştirak ettiği (ortağı olduğu) suçun tamamlanmaması için gayret göstermiş olması da gerekir⁴¹. Suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanması için göstermesi gereken gayretin kapsam, nitelik, etkinlik ve zaman bakımından yeterliği, her somut olayda işlenen suç veya suçların türü, suçun işleniş şekli, zamanı ve yeri ile suç ortağının suçun teşebbüsüne yaptığı katkı ve iştirak türü dikkate alınarak belirlenmelidir⁴².

Suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanmak için göstermesi gereken gayretin, teşebbüs aşamasına gelmiş suçun icra hareketlerinin tamamlanmaması ve/veya neticenin meydana gelmemesi amacıyla iradi ve gönüllü olarak yapılan, kullanılan araç, yöntem ve zaman bakımından objektif olarak sonuç elde etmeye elverişli üstün çaba niteliğinde olması gerekir⁴³. Dolayısıyla gösterilen gayretin, teşebbüs aşamasına gelmiş suçun tamamlanmasını önlemek amacıyla yapılması ve bu amacı gerçekleştirmeye elverişli olması şeklinde iki temel özelliği bulunmaktadır.

³⁷ HÖKELEKLİ, Hayati; Kıskaçlık, TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 25, 2002, s. 496.

³⁸ YIMAZ, Ejder; Hukuk Sözlüğü, Ankara, 2020, s. 397.

³⁹ BOCK; s. 461, 489; Strafgesetzbuch (StGB) (Çev; Feridun Yenisey/Gottfried Plagemann), İstanbul, 2015, s. 21.

⁴⁰ HOFFMANN-HOLLAND; Rn. 141-142; HEINTSCHEL-HEINEGG; Rn. 63-64.

⁴¹ HEINRICH; Ceza Hukuku Genel Kısım –I, s. 522; ŞENOL; s. 519; TOZMAN; s. 223; KOCA/ÜZÜLMEZ; s. 504; Y. 16. CD, E: 2018/7103, K: 2019/1953, T: 220.3.2019.

⁴² ÖZGENÇ; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 597-598; AKDAĞ; s. 117; TOZMAN; s. 223-224.

⁴³ ŞENOL; s. 518; AKBULUT; s. 660.

a) Gayretin Teşebbüs Aşamasına Gelmiş Suçun Tamamlanmasını Önlemeye Yönelik Olması

TCK'nın 41. maddesinin 2. fıkrası kapsamında iştirak halinde işlenen suçlarda suç ortağının gönüllü vazgeçme kurumundan yararlanması için, işlenişine yaptığı katkı ile teşebbüs aşamasına gelmiş olan suç veya suçların tamamlanmasını önlemeye yönelik gayret göstermesi gerekmektedir. Dolayısıyla suç ortağının subjektif olarak suça iştirak etme iradesinden gönüllü olarak vazgeçmesi yetmemekte, aynı zamanda objektif olarak göstereceği gayret ile suçun diğer suç ortakları tarafından tamamlanmamasına yönelik ciddi çaba sarf etmesi de gerekmektedir⁴⁴. Suç ortağının suçun tamamlanmasını önleme amacı dışında herhangi bir amaçla göstereceği gayret, gönüllü vazgeçme kurumundan yararlanmasını sağlamayacaktır⁴⁵. Örneğin, suç ortağının sadece kendisini kurtarmak, bir yakını kurtarmak, malvarlığını kurtarmak amacıyla yaptığı hareket ile korku ve panik içinde refleks olarak yaptığı hareketler gönüllü vazgeçme olarak kabul edilmeyecektir. Fakat suç ortağı yapmış olduğu bu hareketleri aynı zamanda suçun da tamamlanmasını önlemeye yönelik olarak yapmışsa bu takdirde gönüllü vazgeçmeden yararlanabilecektir.

Dolayısıyla suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanması için, gayret gösterme kapsamında yapmış olduğu hareketlerin, her halde teşebbüs aşamasına gelmiş olan suçun tamamlanmasının önlenmesine yönelik olması gerekir. Gösterilen gayretin işlenmekte olan suçun tamamlanmamasına yönelik olmasının bir diğer önemi de gönüllü vazgeçme müessesesinin subjektif koşulu olan "gönüllülüğün" somut olayda var olup olmadığının tespitinde ortaya çıkmaktadır. Gönüllülük koşulu, subjektif nitelikte olduğundan ancak suç ortağının suçun tamamlanmasını önlemeye yönelik göstereceği gayretten çıkarım yoluyla tespit edilebilecektir⁴⁶. Dolayısıyla somut olaylarda gönüllülüğü somutlaştıran, suçun tamamlanmasını önlemeye yönelik gösterilen gayrettir.

b) Gayretin Teşebbüs Aşamasına Gelmiş Suçun Tamamlanmasını Engellemeye Elverişli Olması

TCK'nın 41. maddesinin 2. fıkrası kapsamında iştirak halinde işlenen suçlarda suç ortağının gönüllü vazgeçme kurumundan yararlanabilmesi için, işlenişine yaptığı katkı ile teşebbüs aşamasına gelmiş olan suç veya suçları önlemeye yönelik göstermiş olduğu veya göstereceği gayretin, söz konusu suç veya suçların tamamlanmasını engellemeye elverişli olması da gerekmektedir. Gerek teoride gerekse uygulamada bu konunun en can alıcı ve açıklanmaya muhtaç konusu, gösterilen gayretin elverişliliği konusudur. Gösterilen gayretin elverişliliği, her somut olayda birbirinden farklılıklar arz etmekle birlikte, genel olarak somut olay bir bütün olarak değerlendirildiğinde gösterilen gayretin objektif olarak nitelik ve zaman bakımından somut suçun tamamlanmasını önlemeye elverişli olması gerekmektedir.

⁴⁴ FREUND; s. 362; JAKOBS; s. 756.

⁴⁵ BOCK; s. 479.

⁴⁶ ŞENOL; s. 520.

aa) Gayretin Objektif Olarak Elverişli Olması

Gayretin objektif olarak elverişli olması, teşebbüs aşamasındaki suçun objektif olarak tamamlanmasının engellenebilir olmasını ve suç ortağının hareketlerinin objektif olarak suçun tamamlanmasını engellemeye yeterli olmasını ifade etmektedir.

Gösterilen gayretin objektif olarak elverişli olabilmesi için öncelikle, teşebbüs aşamasına gelmiş suçun tamamlanmasının objektif olarak engellenmesinin mümkün olması gerekir. Çünkü objektif olarak tamamlanmasının engellenmesi mümkün olmayan (imkânsız olan veya çok zayıf olan) bir suçun engellenmesi için gösterilen gayretin de elverişli olması mümkün değildir⁴⁷. Bir suçun objektif olarak tamamlanmasının engellenmesinin mümkün olup olmadığının tespiti de her somut olaya göre belirlenmelidir. Örneğin, bir kişiyi şehir merkezinden çok uzak bir ormanlık alanda öldürücü bölgeden ağır bir şekilde yaralayan faillerden birinin, mağduru hastaneye götürecek ve başkalarından da yardım isteyecek imkâna sahip olmaması nedeniyle sağlık mesleği mensubu olmamasına rağmen bizzat mağduru ameliyat yapmaya çalışmasının, objektif olarak suçun tamamlanmasını önlemesi (somut olayda mağdurun ölmesini engellemesi) mümkün değildir.

Suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için gösterilen gayretin objektif olarak suçun tamamlanmasını engellemeye elverişli olması da gerekir.⁴⁸ Her suç ve suçun işlenişi aynı olmadığı gibi her suçun ortakları da aynı yapıda ve özellikte değildir. Gösterilen gayretin elverişliliği, her somut olayın gerçekleşme şartları ile gönüllü vazgeçen suç ortağının kişisel özellikleri dikkate alınarak belirlenmelidir⁴⁹. Bu belirleme, somut olayın şartları içinde gönüllü vazgeçen suç ortağının kişisel özelliklerine sahip ortalama herhangi bir kişinin göstermesi beklenen gayrete göre belirlenmelidir⁵⁰. Örneğin, bir kişiyi öldürücü bölgeden ağır bir şekilde yaralayan faillerden gönüllü vazgeçenin hekim olması, öğretmen olması, tornacı olması, çocuk olması, yaşlı olması, bayan olması durumunda suç ortağının objektif olarak göstermesi gereken gayretin kapsamı birbirinden farklılık arz edebilecektir. Hekim olan suç ortağından yaralının yarasına imkânlar dâhilinde tıbbi müdahalede bulunması beklenebilirken, hekim olmayan suç ortağından bizzat tıbbi tedavide bulunması beklenmeyebilir. Benzer şekilde, yetişkin ve genç suç ortağından gerektiğinde yaralı kişinin taşınarak bir sağlık merkezine götürülmesi beklenebilirken, yaşlı ve çocuk olan suç ortağından böyle bir davranış beklenmeyebilir.

bb) Gayretin Nitelik Bakımından Elverişli Olması

Suç ortağı tarafından gösterilen gayretin suçun tamamlanmasına nitelik olarak da engel olmaya elverişli olması gerekmektedir. Suç tiplerinin maddi unsurlarının birbirinden farklı olması, her somut olayın koşullarının birbirinden farklı olması, suç ortaklarının (iştirakçilerin) kişisel özelliklerinin farklı olması gibi nedenler, gayretin nitelik bakımından elverişliliğinin de her somut olaya göre belirlenmesini gerektirmektedir.⁵¹

⁴⁷ HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019, s. 344-345.

⁴⁸ JAKOBS; s. 755; ŞENOL; s. 521-522.

⁴⁹ ŞENOL; s. 522.

⁵⁰ AKBULUT; s. 660.

⁵¹ ŞENOL; s. 527.

Bu nedenle gösterilen gayretin nitelik bakımından elverişliliği tespit edilirken, suç ortağının yapması beklenen icrai veya ihmali hareketin yapılıp yapılmadığının, yapılmışsa uygun araçların ve yöntemlerin tercih edilip edilmediğinin göz önünde bulundurulması gerekir.

İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmek isteyen suç ortağı, teşebbüs aşamasına gelmiş olan suç veya suçların tamamlanmasının önlenmesinin olayın şartları içinde kendisine göre en yüksek ihtimalde nasıl ve hangi araçlarla mümkün olabileceğini objektif olarak (kendi imkânları nispetinde) düşünmek ve buna uygun olarak gayret göstermek zorundadır⁵². Kanun koyucu TCK'nın 41. maddesinin 2. fıkrası kapsamında suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanması için fail (doğrudan fail, dolaylı fail), azmettiren veya yardım eden olup olmadığını ve suça yaptığı katkısı ortadan kaldırıp kaldırmadığını dikkate almamış, sadece suç ortağının iştirak ettiği suçun tamamlanmaması için objektif olarak gayret göstermesini yeterli kabul etmiştir⁵³. İcra hareketleri tamamlanmadığı sürece icra hareketlerini sonlandırabilecek gayretin gösterilmesi, neticeli suçlarda ise neticenin meydana gelmemesi için objektif olarak yeterli gayretin gösterilmesi gerekli ve yeterlidir.

Gönüllü vazgeçen suç ortağının suçun icra hareketleri tamamlanmadan önce; icrai hareketli suçlarda ihmali harekette bulunmak⁵⁴ ya da ilk icrai hareketleri bertaraf edecek ikinci bir icrai harekette bulunmak; ihmali hareketli suçlarda ise icrai harekette bulunmak suretiyle suçun tamamlanmasını engellemeye yönelik ve objektif olarak yeterli gayret göstermesi gerekir. Gönüllü vazgeçen suç ortağının kendisi tarafından veya diğer suç ortakları tarafından gerçekleştirilmekte olan icrai hareketleri sona erdirmek için icrai veya ihmali harekette bulunarak gayret göstermesi gerekir. Başka bir ifadeyle gönüllü vazgeçen suç ortağının mümkün olması ve suçun tamamlanmasının önlenmesi için gerekli olması halinde, bizzat suça yaptığı nedensel katkısı ortadan kaldırması ve diğer suç ortaklarının suçu gerçekleştirmeye yönelik hareketlerini etkisiz kılacak icrai veya ihmali hareketlerde bulunması zorunludur⁵⁵. Örneğin, ölmesini istedikleri bir hastanın

⁵² "Alman hukukunda bazı yazarlar, suçun tamamlanmasını engelleyecek en iyi çabanın gösterilmesinin aranmadığını, suç ortağının birçok alternatiften en güvenliğini ve en umut verici olanını kullanmasının gerekli olmadığını, bilakis suç ortağının kendisine göre suçun tamamlanmasını önlemek için yeterli görünen aracı kullanmasının yeterli olacağını savunmaktadır.", HEINTSCHEL-HEINEGG; Rn. 65.

⁵³ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; s. 478; ÖZEN, Mustafa; Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, Ankara, 2017, s. 603; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ; s. 537; AKBULUT; s. 662-663; ŞENOL; s. 533-534; Karşı görüş için bkz, HAFIZOĞULLARI/ÖZEN; s. 345.

⁵⁴ "Sanıkların uyuşturucu madde ticareti suçunun icra hareketlerine başladıkları, ticaret amacıyla uyuşturucu madde satın almak üzere yayladaki çadır evine giderek uyuşturucu maddeyi gördükleri, hakkındaki mahkûmiyet hükmü kesinleşen sanık A. ile pazarlık yaptıkları, fakat uyuşturucu maddenin bekledikleri kalitede olmaması ve buna bağlı olarak fiyatını yüksek bulmaları nedeniyle alışverişten kendi otonom iradeleri ile vazgeçtikleri olayda, sanıklar tarafından beğenilmemiş olsa dahi suçun unsurları için yeterli nitelikte bulunan ve hukuk düzenince suç konusu kabul edilen 924 gram net esrar elde edilebilecek oranda hint kenevirini satın alma imkân ve fırsatı var olduğu halde, görevlilerce yapılan bir baskın ya da başkaca bir dış engel bulunmadan icra hareketlerine son verdikleri ve buna bağlı olarak suçun tamamlanamadığı görülmektedir. Sanıkların eylemlerine devam etme imkânı varken her ne saikle olursa olsun kendi özgür irade ve otonom kararları ile vazgeçmeleri nedeniyle haklarında TCK'nun 36. maddesi uyarınca gönüllü vazgeçme hükmünün uygulanma şartlarının gerçekleştiği kabul edilmelidir." YCGK, E: 2014/10-183, K: 2015/62, T: 24.03.2015.

⁵⁵ HEINTSCHEL-HEINEGG; Rn. 61-62; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; s. 478.

tedavisini bilerek yapmayan iki hekimden birinin bir süre sonra gönüllü vazgeçerek hastanın tedavisini gerçekleştirmek için elinden gelen icrai hareketleri (tomografi çektirmek, iğne yapmak, serum takmak, ameliyat etmek) yapması; bir kişiyi öldürmek için kişinin içeceğine etkili zehir katan üç kişiden birinin gönüllü vazgeçerek kişinin zehirli içeceği içmesine engel olmak (kişinin içeceği içmemesi için uyarması, içeceği içmemesi için dökmesi, içeceği başka bir içecekla değiştirmesi) için elinden gelen gayreti göstermesi; bir kişiyi öldürmek için içine zehir koydukları içeceği mağdura zorla içirmeye çalışan suç ortaklarından birinin gönüllü vazgeçerek içeceği zorla içirmekten vazgeçmesi; bir bankada yağma suçunu işlemeleri için silah sağlayarak maddi yardımda bulunan suç ortağının (yardım eden) gönüllü vazgeçme kapsamında diğer failer bankada suçun icra hareketlerini gerçekleştirirken, haber verdiği kolluk güçlerinin gelmesine kadar diğer suç ortaklarının kaçmaması için bankanın kapısını kilitlemesi veya kolluğa suçun tamamlanmasını engelleyebilecek şekilde yeterli ve doğru bilgi vermesi örnek olarak gösterilebilir.

Gönüllü vazgeçen suç ortağının, icrai hareketleri veya ihmali hareketleri tamamlanmış neticeli suçlarda netice henüz meydana gelmemişse, neticenin meydana gelmemesi için icrai bir harekette bulunmak suretiyle suçun tamamlanmasını (neticenin meydana gelmesini) engellemeye yönelik gayret göstermesi gerekir. Dolayısıyla neticeli suçlarda icrai veya ihmali hareketler tamamlandıktan sonra ancak neticenin önlenmesine yönelik gayret gösterilmesi halinde TCK'nın 41. maddesinin 2. fıkrası kapsamında gönüllü vazgeçmeden yararlanılabilir. Örneğin, bir kişiyi silahla öldürücü bir şekilde yaraladıktan sonra olay yerinden ayrılan suç ortaklarından birinin gönüllü vazgeçme kapsamında geri dönerek mağduru bizzat hastaneye götürmesi veya başkaları tarafından mağdurun hastaneye götürülmesini sağlaması; öldürmek istedikleri kişinin içinde bulunduğu evi ateşe veren suç ortaklarından birinin gönüllü vazgeçme kapsamında pencereden yanan evin içine girerek mağduru dışarı çıkarmasına rağmen mağdurun bir süre sonra ölmesi; A tarafından B'yi öldürmesi için azmettirilen C'nin, B'nin içinde olduğu evi yakması üzerine A'nın gönüllü vazgeçme kapsamında B'nin dışarı çıkması için kapıyı kırması, itfaiyeye haber vermesi ya da ambulans çağırmasına rağmen B'nin ölmesi veya B'nin evdeki güvenli gizli bölmeye gizlenerek kurtulması, örnek verilebilir.

Örneklerden de anlaşılacağı gibi suçun tamamlanmasının önlenmesine yönelik gösterilmesi gereken etkin gayret kapsamındaki icrai hareketlerin, bizzat gönüllü vazgeçen suç ortağı tarafından gerçekleştirilebileceği gibi bu hareketlerin, suç ortağının talebi, yönlendirmesi veya zorlaması sonucu üçüncü kişiler tarafından da gerçekleştirilmiş olması mümkündür⁵⁶. Önemli olan suçun tamamlanmasını önlemeye yönelik hareketlerin, gönüllü vazgeçen suç ortağının göstermiş olduğu gayretin sonucu olarak gerçekleşmiş veya gerçekleştirilmiş olmasıdır. Ayrıca suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için yapmış veya yaptırmış olduğu icrai hareketlerin, somut olayda diğer suç ortaklarının da objektif olarak suçun tamamlanmasını engellemeye nitelik olarak elverişli olması her halde zorunludur.

⁵⁶ ŞENOL; s. 534-535.

Gönüllü vazgeçen suç ortağının göstermiş olduğu gayretin etkin olması için, suçun tamamlanmasının önlenmesine yönelik kullanılan araçların da objektif olarak etkin olması gerekir. Gönüllü vazgeçen suç ortağının yardım talep ettiği üçüncü kişilerin, çağırdığı itfaiyenin veya ambulansın, çağırdığı çilingirin, yaralıyı götürdüğü sağlık personelinin objektif olarak suçun tamamlanmasını önlemeye katkı sunabilecek kişiler veya araçlar olması gerekir. Onun için gönüllü vazgeçenin, somut olayda **imkânları ölçüsünde** suçun tamamlanmasını önleyebilecek kişi ve araçlar arasından en etkin olabilecek olanları tercih etmesi gerekir⁵⁷. Örneğin, uzak bir mesafede bulunan mağdurun kaçması için uyarmak amacıyla üçüncü kişi ile haber göndermek veya bizzat uzak mesafeyi kat ederek mağdurun yanına gitmek yerine mağdurun telefonla uyarılması gecikmeleri önleyeceği için daha etkin bir araç olacaktır. Evi yakılan kişinin kurtulması için sadece itfaiye ve ambulansa haber verilip beklenmesi yerine, ayrıca **mümkün olması halinde** uyuyan mağdurun uyanması için zilin çalınması, cama vurulması, camın veya kapının kırılması, yangın söndürme tüpü ile ateşe müdahale edilmesi gibi etkin hareketlerin de yapılması gerekir. Ölmesi için suya atılan mağdurun kurtarılması için itfaiyeyi aramak yerine mümkün olması halinde öncelikle yakında bulunan kişilerden yardım talep edilmesi, mağdura can simidi veya halat uzatılması veya yüzme biliniyorsa bizzat suya atılarak mağdurun kurtarılmaya çalışılması daha etkin hareket olacaktır.

Gönüllü vazgeçen suç ortağının, somut olayda imkânlar ölçüsünde suçun tamamlanmaması için yararlı olabilecek araçlardan en azından birini seçmesi yeterli ve zorunludur. Dolayısıyla gönüllü vazgeçenin tüm yararlı olabilecek araçları aynı anda seçmesi ve kullanması zorunluluk olmayıp, bu hususta takdir yetkisi bulunmaktadır. Önemli olan objektif olarak suçun tamamlanmasını önleyebilecek yeterlilik ve elverişlilikteki araçlardan birini seçmiş olmasıdır.⁵⁸ Ancak suçun tamamlanmasını önlemeye elverişli olduğu düşünülerek seçilen aracın yetersiz olduğunun anlaşılması halinde, gönüllü vazgeçenin imkânlar dâhilinde başka elverişli bir aracı seçmesi zorunludur. Aksi halde suç ortağı gönüllü vazgeçmeden yararlanamaz⁵⁹.

dd) Gayretin Zaman Bakımından Elverişli Olması

İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçen suç ortağının suçun tamamlanmasını önlemeye yönelik yaptığı hareketlerin elverişli gayret olarak kabulü için, yapılan hareketlerin suçun tamamlanmasını önlemeye zaman bakımından da elverişli olması gerekir⁶⁰.

İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçen suç ortağının TCK'nın 41. Maddesinin 2. fıkrası kapsamında gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için, suçun tamamlanmasını (icrai veya ihmali hareketin etkisiz kılınmasını veya neticenin meydana gelmesini⁶¹) engellemeye yönelik gayreti, suçun icra hareketleri başladığı andan suçun

⁵⁷ HEINTSCHEL-HEINEGG; Rn. 75.

⁵⁸ ŞENOL; s. 536; TOZMAN; s. 224.

⁵⁹ HOFFMANN-HOLLAND; Rn. 179-180; HEINTSCHEL-HEINEGG; Rn. 76; TOZMAN; s. 230; AKBULUT; s. 661.

⁶⁰ AKBULUT; s. 661.

⁶¹ Şenol tarafından ileri sürülen, "icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra sadece neticenin meydana gelmesini önlemeye yönelik olarak gösterilecek herhangi bir çabanın ise gönüllü vazgeçme

tamamlanma anına kadar olan zaman diliminde göstermesi gerekir.⁶² Başka bir ifadeyle kural olarak suç teşebbüs aşamasına gelmeden önce yapılan hareketler gönüllü vazgeçme kapsamında değerlendirilemeyeceği gibi suç tamamlandıktan sonra yapılan hareketler de gönüllü vazgeçme kapsamında değerlendirilemeyecektir. Ancak istisnai olarak suçun icra hareketleri başlamadan (hazırlık hareketleri aşamasında) gösterilen gayretin, suçun icra hareketleri başladıktan sonra suçun tamamlanmasına engel olabilecek niteliğe sahip olması halinde gayret gösteren suç ortağı gönüllü vazgeçmeden yararlanabilecektir⁶³. Örneğin, öldürme suçunu işlemek isteyen B'ye maddi yardım kapsamında silah sağlayan suç ortağı A'nın, diğer suç ortağı B icra hareketlerine başlamadan önce gönüllü vazgeçme kapsamında mağdur olarak hedef alınacak C'yi zamanında uyarması sonucu C'nin suçu önlemek için polisten gerekli tedbirleri almasını istemesine rağmen fail tarafından öldürülmesi halinde gönüllü vazgeçen suç ortağı A, göstermiş olduğu gayreti dolayısıyla bu suçtan sorumlu tutulmayacaktır.

Aynı şekilde suçun tamamlanmasının önlenmesine yönelik gayretin, üçüncü kişilere, mağdura veya diğer suç ortaklarına bildirim yapılması suretiyle de gösterilmesi mümkündür. Bu kapsamda gösterilen gayretin zaman bakımından elverişli gayret olarak kabul edilebilmesi için, diğer suç ortaklarına yapılan bildirimin suç ortakları suçu tamamlamadan önce yapılmış olması; mağdura yapılan bildirimin suç tamamlanmadan önce mağdura ulaşmış olması ve mağdurun kendisine karşı işlenmekte olan suçun tamamlanmasını önlemek için tedbir alabilmesine imkân verecek zaman diliminde yapılmış olması; üçüncü kişilere yapılan bildirimin suç tamamlanmadan önce üçüncü kişilere ulaşmış olması ve üçüncü kişilerin suçun tamamlanmasını önleyebilecek tedbirleri alabilecek zaman diliminde yapılmış olması gerekir⁶⁴. Örneğin, bir kişiyi öldürmeye teşebbüs eden suç ortaklarından birinin gönüllü vazgeçme kapsamında kişinin ölmemesi için zamanında kolluk kuvvetlerine ve ambulansa haber vermesine rağmen ambulansın yolda meydana gelen bir kaza dolayısıyla olay yerine çok geç gelmesi nedeniyle yaralı kişinin ölmesi veya aynı örnekte ambulans olay yerine gelmeden önce yoldan geçen başka bir kişi tarafından, yaralının, bu kişinin özel otomobiliyle hastaneye götürülmesi ve mağdurun ölmemesi halinde bu suç ortağı gönüllü vazgeçmeden yararlanacaktır. Fakat aynı örnekte yaralı mağdur uzun süre kan kaybettikten sonra suç ortağının ambulans çağırmasına rağmen yaralının ambulans gelmeden veya ambulans geldikten kısa süre sonra kan kaybından ölmesi halinde, gayret olarak nitelendirilebilecek hareketler zaman bakımından elverişli olmadığından bu suç ortağı gönüllü vazgeçmeden yararlanamayacaktır.

hükümlerinden yararlanmak için yeterli olmayacağı” şeklindeki görüşe (ŞENOL; s. 527) katılmak mümkün değildir. Bu düşüncüyü destekleyecek ne kanun metninde ne de kanunun madde gerekçesinde herhangi bir hüküm bulunmadığı gibi uygulamada da suçların ekseriyetinde neticenin meydana gelmesinin önlenmesi suretiyle veya neticenin önlenmesine yönelik gayret gösterilerek gönüllü vazgeçmenin gerçekleştiği görülmektedir. Dolayısıyla kanun koyucu kanun metninde, TCK'nın 41/2. maddesi kapsamında gönüllü vazgeçmeden yararlanmak için icra hareketlerinin önlenmesine yönelik gösterilen gayret ile neticeli suçlarda neticenin önlenmesine yönelik gösterilen gayret arasında herhangi bir farklı düzenlemeye gitmemiştir.

⁶² ŞENOL; s. 524.

⁶³ AKBULUT; s. 663.

⁶⁴ ŞENOL; s. 524-525; AKBULUT; s. 661.

5. Gayret Gösterilmesinin Ceza Hukuku Bakımından Hukuki Sonuçları

İştirak halinde işlenen suçlarda TCK'nın 41. maddesinin 2. fıkrası kapsamında gösterilen elverişli gayretin ceza hukukunda önemli sonuçları bulunmaktadır. İştirak halinde işlenen suçlarda suç ortaklarından bir kısmının teşebbüs aşamasına gelmiş suçun objektif olarak tamamlanmasını engellemeye elverişli gayret göstermesi halinde, bu gösterilen gayretin suçun tamamlanmasına engel olup olmadığına bakılmaksızın suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanacağı düzenlenmiştir. Gerek TCK m. 36'daki gerekse m. 41'deki gönüllü vazgeçme kurumu şahsi cezasızlık sebebi olarak düzenlenmiş olduğundan, iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçen suç ortağının, teşebbüs aşamasına gelmiş veya tamamlanmış olan suçtan cezai sorumluluğu bulunmayacaktır⁶⁵. Başka bir ifadeyle, iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme şahsi bir cezasızlık sebebi olarak düzenlendiğinden, gönüllü vazgeçen suç ortağının teşebbüs edilen suç bakımından cezai sorumluluğu bulunmasa da işlenen fiil tüm suç ortakları bakımından suç olma özelliğini korumaya devam edecektir. Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre yapılacak ceza yargılamasında, tüm suç ortakları kast edilen suça teşebbüsten veya tamamlanmış suçtan yargılanacak fakat yargılamanın sonunda, TCK m. 41/2 kapsamında gönüllü vazgeçen suç ortağı veya ortakları hakkında CMK'nın m. 223/4-b gereği ceza verilmesine yer olmadığına karar verilecektir.

Ancak TCK'nın 40. maddesinde düzenlenmiş olan *"suçun işlenmesine iştirak etmiş her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel (şahsi) nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır"* şeklindeki hüküm ile 41. maddede düzenlenmiş olan *"iştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır"* şeklindeki hüküm birlikte değerlendirildiğinde; iştirak halinde işlenen suçlarda sadece TCK'nın 41. maddesinin 2. fıkrası kapsamında gönüllü vazgeçen suç ortağının şahsi cezasızlık sebebi olan gönüllü vazgeçmeden yararlanabileceği, diğer suç ortaklarının ise bu şahsi cezasızlık sebebinden yararlanamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır⁶⁶. Dolayısıyla suça azmettiren, gönüllü vazgeçtiği takdirde diğer suç ortakları gönüllü vazgeçmeden yararlanamayacak; yardım eden gönüllü vazgeçtiğinde diğer suç ortakları gönüllü vazgeçmeden yararlanamayacak; fail gönüllü vazgeçtiğinde diğer suç ortakları gönüllü vazgeçmeden yararlanamayacaktır.

Ayrıca TCK'nın 36. maddesi kapsamında gönüllü vazgeçmeden yararlanan suç ortağı, kast edilen suçtan gönüllü vazgeçtiği ana kadar icra edilen fiiller kast edilen suç dışında başka bir suçu oluştuyorsa bu suçtan sorumlu olacaktır⁶⁷. Örneğin, C'yi öldürmek için ağır bir şekilde yaralayan A ve B olay yerinden ayrıldıktan sonra A'nın gönüllü vazgeçme kapsamında geri dönerek C'yi hastaneye götürmesi ve onun iyileşmesini sağlaması halinde, A her ne kadar C'ye karşı kasten öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulmayacaksa da gönüllü vazgeçme anına kadar kasten gerçekleştirilen kasten yaralama suçundan sorumlu olacaktır. H'yi öldürmek için arabasına saatli bomba koyan

⁶⁵ ŞENOL; s. 545.

⁶⁶ ZAFER; s. 549; *"Gönüllü vazgeçme, şeriklere kabili sirayet olmayan subjektif bir muafiyet sebebidir ve diğer taraftan müekkile nazaran icra hareketlerini iradesi haricinde inkıtaa uğratan bir sebep mahiyetindedir, zira bu sebebin tahakkuku üzerine kendi teşviki dolayısıyla ika edebilecek olan suçun tamamlanmaması, arzusu hilâfına, imkânsız hale gelmiştir."* ERRA; s. 718.

⁶⁷ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR; s. 771; ŞENOL; s. 545; AKBULUT; s. 665; JAKOBS; s. 765.

M ve L olay yerinde gizlenip beklerken, H tam arabasına bineceği sırada M'nin gönüllü vazgeçme kapsamında koşup H'yi geriye çekip yere yatırması sonucu araçtaki bomba patlamasına rağmen H'nin ölmemesi halinde, M her ne kadar H'ye karşı kasten öldürmenin nitelikli haline teşebbüsten cezalandırılmasa da gönüllü vazgeçme anından önce arabaya koyduğu bombanın patlaması sonucu araba kullanılamaz hale geldiğinden mala zarar verme suçundan ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un 12. maddesinde düzenlenmiş olan suçlardan sorumlu olacaktır.

SONUÇ

Modern ceza hukukunda suç ve suçluluğun önlenmesine yönelik geliştirilen suç siyasetleri ile kişilerin suç yoluna girmesinin önlenmesi, suç yoluna giren failin suç tamamlamaması ve nihayet suçu tüm unsurları ile tamamlayan failin tekrar suç işlememesi için çeşitli genel ve özel önleyici müesseseler geliştirilmiştir. Ceza hukukunda ideal olan, kişilerin suç yoluna hiç girmemesinin sağlanmasıdır. Ancak bu ideale ulaşmak her zaman mümkün olmadığından, suç yoluna girmiş olan kişilerin suçu bütün unsurları ile tamamlamalarının önlenmesi de tamamlayıcı ideal olarak uygulanmaktadır. Bu düşüncelerle geliştirilen kurumlardan biri de suç yoluna girip suçun icra hareketlerine başlamış olan failin, suçu tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçmesine yönelik gönüllü vazgeçme müessesesidir.

Türk ceza hukukunda gönüllü vazgeçme, izlenen modern suç siyaseti gereğince kişileri icraya başladıkları suçu gönüllü olarak tamamlamaktan vazgeçmeye teşvik etmek amacıyla, teşebbüsten dolayı faillerin cezalandırılmasını engelleyen bir şahsi cezasızlık sebebi olarak düzenlenmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nda iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme, Kanun'un 41. maddesinde özel olarak düzenlenmiş olup suç ortağının TCK'nın 41. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiş olan gönüllü vazgeçmeye ilişkin özel hükümden yararlanabilmesi, iştiraki ile teşebbüs aşamasına gelmiş olan suçun tamamlanmaması için gayret göstermesine bağlanmıştır. Arapça **ğyr** kökünden türetilmiş olan gayret kavramı, sıradan bir çabadan öte, içten gelen aşırı bir çabayı, samimi aşırı bir duyarlılığı, aşırı korumacılığı ve büyük bir hırs ile koruma çabasını ifade etmektedir. TCK'nın 41. maddesinin 2. fıkrası kapsamında suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanmak için göstermesi gereken gayretin, teşebbüs aşamasına gelmiş suçun icra hareketlerinin tamamlanmaması ve/veya neticenin meydana gelmemesi amacıyla iradi ve gönüllü olarak yapılan, kullanılan araç, yöntem ve zaman bakımından objektif olarak sonuç elde etmeye elverişli, samimi ve üstün çaba niteliğinde olması gerekir. Ancak suç ortağının göstermesi gereken gayretin kapsam, nitelik, etkinlik ve zaman bakımından yeterliği, her somut olayda işlenen suç veya suçların türü, suçun işleniş şekli, zamanı ve yeri ile suç ortağının suçun teşebbüsüne yaptığı katkı ve iştirak türü dikkate alınarak belirlenmelidir. İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmek isteyen suç ortağı, teşebbüs aşamasına gelmiş olan suç veya suçların tamamlanmasının önlenmesinin en yüksek ihtimalde nasıl mümkün olabileceğini objektif olarak düşünmek ve buna uygun olarak gayret göstermek zorundadır. Ayrıca suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için yapmış veya yaptırmış olduğu icrai veya ihmali hareketlerin somut olayda diğer suç ortaklarının da objektif olarak suçu tamamlamasını engellemeye nitelik olarak elverişli olması her halde zorunludur. Dolayısıyla gösterilen gayretin elverişliliği,

her somut olayda olayın koşulları ve suç ortağının kişisel özellikleri dikkate alınarak ceza muhakemesinde yapılacak yargılama sonucunda ulaşılabilecek vicdani kanaate göre belirlenmelidir.

Kanun koyucu TCK'nın 41. maddesinin 2. fıkrası kapsamında iştirak halinde işlenen suçlarda suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için, fail (doğrudan fail, dolaylı fail), azmettiren veya yardım eden olup olmadığını ve suça yaptığı katkıyı ortadan kaldırıp kaldırmadığını dikkate almamış, sadece suç ortağının iştirak ettiği suçun tamamlanmaması için objektif olarak gayret göstermesini yeterli kabul etmiştir. İcra hareketleri tamamlanmadığı sürece icra hareketlerini sonlandırabilecek, neticeli suçlarda ise icra hareketleri tamamlandıktan sonra neticenin meydana gelmemesi için objektif olarak yeterli olabilecek gayretin gösterilmesi gerekli ve yeterlidir. Dolayısıyla kanun koyucu, 2. fıkradaki bu özel gönüllü vazgeçme düzenlemesiyle suçun tamamlanmasının engellenmiş olması neticesine değil, suçun tamamlanmasının engellenmesine yönelik niyete ve gayrete değer vermiştir.

İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme şahsi bir cezasızlık sebebi olarak düzenlendiğinden, gönüllü vazgeçen suç ortağının cezai sorumluluğu bulunmasa da işlenen fiil tüm suç ortakları bakımından suç olma özelliğini korumaya devam edecektir. Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre yapılacak ceza yargılamasında, tüm suç ortakları kast edilen suça teşebbüsten veya tamamlanmış suçtan yargılanacak fakat yargılamanın sonunda, TCK'nın 41. maddesinin 2. fıkrası kapsamında gönüllü vazgeçen suç ortağı veya ortakları hakkında CMK m. 223/4-b gereği "ceza verilmesine yer olmadığına karar" verilecektir.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019.
- AKDAĞ, Hale; “Gönüllü Vazgeçme”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 3 (2) 2013.
- AKYÜREK Güçlü; “Gönüllü Vazgeçme Düzenlemesi Gerekli midir?”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. X, S. 2, 2013.
- ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019.
- BABA, Yasemin; “Alman Öğreti ve Uygulaması Işığında Vazgeçmede Gönüllülük Unsuru”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 14, 2013.
- BOCK, Dennis; Strafrecht Allgemeiner Teil, Springer, 2018.
- BOZBAYINDIR, Ali Emrah; “Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçmede Gönüllülük Şartı”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018/1.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem; Ceza Hukukuna Giriş, 11. Baskı, Beta Yayınevi, 2020.
- DEMİRBAŞ, Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2019.
- DEMİRBAŞ, Timur; Kriminoloji, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2016.
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir; Nazari ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım, C. II, 14. Baskı, Beta Yayınları, 1997.
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir; Nazari ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım, C. I, 14. Baskı, Beta Yayınları, 1997.
- DÖNMEZER, Sulhi; “Suç Siyaseti”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 52, S. 1-4, 1987.
- EPÖZDEMİR, Rezan; “Gönüllü Vazgeçme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2018 (138).
- ERDAGÖZ, Özcan; “Türk Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun Konuya İlişkin Bir Kararının Değerlendirilmesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2013.
- ERDOĞAN, Yavuz; “Gönüllü Vazgeçme”, Ceza Hukuku Dergisi, C. 5, S. 13, 2010.
- EREM, Faruk; “Suça İştirak”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, 1946.
- ERRA, Carlo; “Teşebbüste İhtiyariyle Vazgeçme”, (Çev: Sahir Eрман), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. X, S. 3-4, 1945.
- FREUND, Georg; Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Springer, 2009.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, US-A Yayıncılık, 2019.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki; Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Ankara, Seçkin Kitabevi, 1987.
- HAKERİ, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019.

- HEINRICH, Bernd; Ceza Hukuku Genel Kısım -I, (Editör: Yener Ünver), 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2014.
- HEINRICH, Bernd; Ceza Hukuku Genel Kısım -II, (Editör: Yener Ünver), 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2015.
- HEINTSCHEL-HEINEGG, BERND VON; BeckOK StGB/Cornelius, 46. Ed. 2020, StGB § 24.
- HOFFMANN-HOLLAND, Klaus; Münchener Kommentar zum StGB (BeckOK StGB), 4. Auflage, 2020, StGB § 24.
- HÖKELEKLİ, Hayati; Kıskançlık, TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 25, 2002.
- JAKOBS, Günther: Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch, 2., neubearb. und erw. Aufl., Berlin, 1991.
- JESCHECK, Hans-Hinrich; Alman Ceza Hukukuna Giriş (Çev: Feridun Yenisey), 2. Baskı, Beta Yayınevi, 2007.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2019.
- ÖNDER, Ayhan; Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, 1992.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAĞSIZ, Pınar; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2019.
- ÖZEN, Mustafa; Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2017.
- ÖZGENÇ, İzzet; Suça İştirakin Hukukî Esası ve Faillik, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayını No: 2, 1996.
- ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayınları, 2019.
- SÖZÜER, Adem; Suça Teşebbüs, Kazancı Hukuk Yayınları No: 134, 1993.
- Strafgesetzbuch (StGB) (Çev: Feridun Yenisey/Gottfried Plagemann), 2. Baskı, Beta Yayınevi, 2015.
- ŞENOL, Cem; “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre İştirak Hâlinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme (TCK m. 41)”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 5, S. 10, 2017.
- TOSUN, Öztekin; Suç Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ar Basım Yayın ve Dağıtım, 1982.
- TOZMAN, Önder; “İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 82, 2009.
- YILMAZ, Ejder; Hukuk Sözlüğü, 7. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2002.
- ZAFER, Hamide; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Beta Yayınevi, 2019.