

Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçmede “Gönüllülük” Şartı

Dr. Öğr. Üyesi Ali Emrah BOZBAYINDIR*

Öz: Türk Ceza Kanunu ve birçok ülke mevzuatı failin, gönüllü olarak suçun icrasından vazgeçmesi veya suçun tamamlanmasına mani olması halinde cezalandırılmayacağı yolunda bir hükme yer vermektedir. Gönüllü vazgeçme müessesinin şartları arasında gerek nazari gerek tatbiki olarak yorum güçlükleri, en çok “gönüllülük” şartının muhteva ve kapsamı bakımından ortaya çıkmaktadır. Bu çalışmada evvela teşebbüs ve gönüllü vazgeçme hükümleri arasında ele alınarak, meseleye bütüncül bir bakış açısı kazandırılmaya çalışılmıştır. Akabinde Almanya, Avusturya, İsviçre, İngiltere ve İtalya Ceza Hukuklarında gönüllü vazgeçme müessesine ilişkin düzenlemeler ele alınmış, gönüllülük şartına ilişkin öğreti ve uygulama tetkik ve tahlil edilmiştir. Bu ülkelerin bir kısmı Türk Hukuku üzerindeki tesirleri, diğerleri ise gönüllü vazgeçme bakımından benimsedikleri farklı yaklaşımlar nedeniyle çalışmaya dâhil edilmiştir. Türk Ceza Hukuku’nda gönüllülük şartı ise tarihsel gelişim seyri içinde ele alınmış, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dönemi öğreti ve uygulaması ise ayrı bir başlık altında incelenmiştir. Çalışmanın netice kısmında ise gönüllülük unsurunun muhtevası hususunda çalışma boyunca incelenen görüşleri hülasa etmeye ve mesele hakkındaki kanaatimizi ortaya koyduk.

Anahtar Kelimeler: Teşebbüs, Gönüllü Vazgeçme, Gönüllülük, Hür İrade, Aktif Vazgeçme.

The Voluntariness Requirement of Withdrawal from Attempt in Turkish and in Comparative Criminal Law

Abstract: The Turkish Penal Code and penal codes in various jurisdictions contain a rule on withdrawal from attempt. Accordingly a person shall not be punished for

* Makale gönderim tarihi: 09.05.2018. Makale kabul tarihi: 21.06.2018.

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı (emrah.bozbayindir@izu.edu.tr).

the attempt, if he voluntarily abandons his effort to commit the crime or prevents its completion. The issue of interpretation and delimitation of the scope of the institute of voluntary abandonment is a common issue in such jurisdictions. This study deals firstly with the issue of the relation between the norms of attempt and voluntary abandonment. The following section of the study is dedicated to analysis of law and doctrine of voluntary abandonment in comparative criminal law, including German, Austrian, Swiss, French, Italian and English criminal law systems. These jurisdictions have been selected for this study either because of their very influence upon Turkish legal system or their particularities in regard to regulation of voluntary abandonment and the content and limits of the requirement of voluntariness. The section on Turkish law on voluntary abandonment analysed in its historical development, and the contemporary doctrine and jurisprudence on the condition of voluntariness is the subject of a distinct section. In conclusion, we have summed up the main findings as well as our own view with respect to the interpretation and content of the voluntariness requirement.

Keywords: Attempt, Voluntary Abandonment, Voluntariness, Free Will, Active Withdrawal.

I. GİRİŞ

Gönüllü vazgeçmenin manevi unsuru olan gönüllülük şartı, bu müessesenin en önemli ve en tartışmalı meselelerini bünyesinde barındırmaktadır. Bu unsurun muhtevasının belirlenmesi, gönüllü vazgeçme kurumunun ihdas amacına uygun olarak tatbik edilebilmesi bakımından büyük önem arz etmektedir. Hiç şüphesiz, teşebbüs öğretisinin en tartışmalı konularının başında gönüllü vazgeçmede “gönüllülük” kavramının muhtevasının belirlenmesi gelmektedir. Bir başka deyişle gönüllü vazgeçmenin gönülsüz vazgeçmeden, eski tabirle ihtiyari vazgeçmenin gayri ihtiyari vazgeçmeden tefriki meselesidir. Bu mesele üzerindeki tartışma gönüllü vazgeçme müessesine hukuk sisteminde yer veren tüm ülkelerde hararetli tartışmalara konu olmuş, olmaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 36 hükmü gönüllü vazgeçme kurumuna bir cezayı kaldıran şahsi sebep olarak yer vermektedir. Kanun, gerek icra hareketlerinden vazgeçme gerekse suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önleme hallerinde failin kurumdan istifade edebilmesini, bu vazgeçmenin veya aktif önleme davranışının gönüllü olması şartına bağlamaktadır. Kanun’un gerekçesi, gönüllü vazgeçme müessesine yer verilmesi ve 765 Sayılı Kanun’da faal nedamet olarak tavsif edilen, gerek failin gerek icra hareketlerinin bitmesinden sonra gerekse suçü tamamlamaktan sonra

vazgeçmesine imkân sağlayan kanun hükmünü, faili vazgeçmeye teşvik düşüncesini esas alan bir suç siyaseti ile izah edilmektedir.

Müessesenin kapsamının bu şekilde genişletilmesi, 765 Sayılı Kanun'da kullanılan ihtiyar yerine gönüllülük kavramının tercih edilmiş olması bu kurumun yeniden tetkik ve tahlil edilmesi lüzumunu ortaya çıkarmıştır. Buna ilave olarak, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun son zamanlarda verdiği, gönüllülük şartını oldukça geniş yorumladığı kararlar karşısında teşebbüsten vazgeçmenin ne zaman ihtiyari olduğu meselesi, bu konuda öğretisi ve uygulamadaki görüşlerin tetkik ve tahlil edilmesini elzem hale getirmektedir.

Gönüllülük şartı konusunda yapacağımız tahlilden evvel bir ön mesele olarak teşebbüs ve gönüllü vazgeçme hükümleri arasındaki ilişkinin objektif ve sübjektif teşebbüs teorileri çerçevesinde ele alınacaktır. Bu konuda iki müessese arasında olması gereken ahenk veya böyle bir ahengi lüzumlu görmeyen görüşler izah edildikten sonra Türk Ceza Kanunu'nda bu iki müessesinin düzenlenme tarzı bu zaviyeden değerlendirilecektir (II.).

Takep eden bölüm ise mukayeseli hukukta gönüllülük şartını ele almaktadır. Bu mesele hakkında, gerek eski kanunumuz gerekse mer'i kanunumuz dönemindeki etütlerdeki yabancı hukuk sistemlerinin, bilhassa mehzaz İtalyan Kanunu ve yeni dönemde Alman Hukuku'nun hatırı sayılır tesiri de göz önüne alındığında çalışmada geniş bir mukayeseli hukuk tahliline yer verilmesi lüzumu ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda, Türk Ceza Hukuku üzerindeki tesirleri bakımından İtalyan, Fransız ve Alman Hukuku'ndaki öğretisi ve yargı kararlarının tetkikine özel bir ihtimam gösterilmeye gayret edilmiştir. Alman Ceza Hukuku'nda mevzuu öteden beri psikolojik ve normatif teoriler etrafında tartışılmakta, Alman Federal Mahkemesi'nin yaklaşımı psikolojik teori kapsamında ele alınmaktadır. Çalışmamızda bu ülkedeki yerleşik öğretisi ve uygulamaların tahlilinin yanısıra öğretilerde son dönemde ortaya atılan çözüm önerilerini, bilhassa olması gereken hukuk bakımından ortaya konan görüşleri inceleyeceğiz (III. A.). Fransız Ceza Hukuku da gönüllü vazgeçmeyi teşebbüsün menfi unsuru olarak düzenlemesi ve Fransız Yargıtayı'nın gönüllülük şartını dar yorumlaması bakımından ön plana çıkmaktadır (III. C.). Bu ülke öğretisinde de hususiyet arz eden görüşlerin tetkinine gayret edilmiştir. İtalyan Ceza Hukuku öğretisi ve uygulaması da bilhassa eski ceza kanunumuzun mehzazı olmasından ve teşebbüs öğretisinde objektif bir yak-

laşım benimsemesinden ötürü çalışmamızın konusu bakımından hususi bir önemi haizdir (III.F). Almanca konuşan diğer memleketlerden olan ve gerek mevzuat gerekse yargı uygulamaları bakımından gönüllü vazgeçme müessesinin değerlendirilmesi noktasında yerinde çözümlere ulaştığını düşündüğümüz İsviçre (III.E.) ve Avusturya (III.B.) da çalışma kapsamında dâhil edilmiştir. Buna ilave olarak meselenin ele alınma tarzında hukuk sistemleri arasında ne kadar farklılıklar olabileceğini göstermekte bakımından, hukuk sisteminde müstakil fail bakımından gönüllü vazgeçme kurumuna yer vermeyen İngiltere ve bu ülkede muhtemel bir gönüllü vazgeçme hükmünün gönüllülük şartı etrafında yapılan tartışmalar da ana hatlarıyla izah edilecektir (III.D.).

Mukayeseli hukuk bahsinden sonra Türk Ceza Hukuku'nda gönüllülük şartı meselesinin tarihsel gelişimi, son dönem Osmanlı Ceza Kanunları ve öğretisinden başlayarak 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu dönemi öğretisi ve uygulaması ile nihayet Türk Ceza Kanunu tasarılarında gönüllülük şartının tahliliyle neticelendirilecektir (IV.A.). 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ise ayrı bir dönem olarak ele alınmıştır. Bu başlık altında evvela öğretilerde gönüllülük konusundaki görüş, yaklaşım ve bu hususta ortaya konan ölçütlerin tetkiki ve akabinde Yargıtay'ın yeni kanun döneminde gönüllülük kavramını nasıl yorumladığı, gönüllü vazgeçmeyi gönülsüz vazgeçmeden ayırma konusunda tatbik ettiği ölçütleri ele alınacaktır (IV.B.).

Netice ve kanaatimiz başlığını taşıyan son kısım ise çalışmanın kendi görüşlerimizi de ortaya koymak suretiyle mesel hakkında değerlendirmede bulunduğumuz bölüm olacaktır. Bu kapsamda bilhassa mukayeseli hukuk tahlili ve tarihsel gelişimi içinde tetkik ettiğimiz Türk öğretisi ve uygulamasında ortaya konan ölçütlerden de ilham alınarak yeni dönem uygulamasına ışık tutmasını umduğumuz gönüllü vazgeçmeyi gönülsüz olandan tefrik konusunda tatbik edilmesi gereken ölçütleri ortaya koymaya gayret edeceğiz (V.).

II. TEŞEBBÜS VE GÖNÜLLÜ VAZGEÇME HÜKÜMLERİ ARASINDAKİ MÜNASEBET

Ceza hukuku öğretisinde öteden beri teşebbüs konusunda failin suç işleme iradesinin mi yoksa teşebbüs fiili ile yol açtığı tehlikenin mi esas alınacağı sorusu oldukça münakaşalı bir mesele halini almıştır. Bu husustaki

yaklaşımlar umumiyetle sübjektif ve objektif teşebbüs teorileri başlığı altında ele alınmaktadır. Öğretide, daha otoriter rejimlerin genellikle sübjektif bir teşebbüs hukuku, liberal hukuk ve devlet anlayışının ise fiilin tehlikeliği esasına dayanan objektif bir teşebbüs hukuku benimsediği ifade edilmektedir.¹ Teşebbüsü icra hareketlerinin başlangıcıyla sınırlayan objektif yaklaşım, devlet erkinin kullanılmasını sıkı bir şekilde kanunlara bağlayan XIX. yüzyıl liberal hukuk devlet anlayışının bir sonucudur.² Bu iki yaklaşım arasındaki fark bilhassa hazırlık hareketleri ve icra hareketlerinin tefriki ve mutlak imkânsızlık vakalarının değerlendirilmesi konularında büyük önem kazanmaktadır.³

Bu çerçevede bir ceza kanununda hangi yaklaşım benimsenmişse bu, doğrudan doğruya gönüllü vazgeçme bakımından benimsenen yaklaşıma ve bu müessesenin geçerlilik şartlarına yansımaktadır. Bir başka deyişle teşebbüs ve gönüllü vazgeçmeye müteallik hükümler arasında bir ahenk (korelasyon) olması gerektiği görüşü ileri sürülmektedir.⁴ Örneğin, Alman Ceza Kanunu tasarısı üzerinde yapılan çalışmalarda o zaman için yürürlükte olan Alman Ceza Kanunu § 46 objektivist bir lafza sahip olduğu ve anılan dönemde artık yargı ve öğretinin büyük bir kısmı tarafından benimsenmiş olan sübjektif teşebbüs teorisiyle söz konusu maddenin telif edilemeyeceği ifade edilmiştir.⁵ Objektif bakış açısına göre teşebbüs, suçun tamamlanmasına nazaran eksik, nakıs bir durumdur ve bu nedenle daha hafif cezalandırılması zorunludur. Sübjektif bakış açısına göre ise teşebbüs, suçun tamamlanmasına nazaran daha az bir haksızlık içermediğinden daha az cezalandırılması da uygun değildir. Bu nedenle sübjektif yaklaşımda ceza verilmemesinin nedeni özel bir şekilde belirtilmeli ve zorunlu indirim şeklinde de düzenlenmemelidir.⁶ Bu teorik yaklaşımlar mevcut kanuni düzenlemeler üzerinden bir

¹ Katrin Schubert, *Der Versuch- Überlegungen zur Rechtsvergleichung und Harmonisierung*, Duncker & Humblot, Berlin 2006, s. 38.

² Schubert, s. 42.

³ Alexander Tipold, *Rücktritt und Reue*, neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien 2002, s. 23; Matthias Brockhaus, *Die strafrechtliche Dogmatik von Vorbereitung, Versuch und Rücktritt im europäischen Vergleich*, Verlag Dr. Kovac, Hamburg 2006, s.447-448.

⁴ Brockhaus, s. 493.

⁵ Bkz. Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 2. Band, Allgemeiner Teil, 14. Bis 25. Sitzung, Bonn 1958, s. 177.

⁶ Bkz. Paul Bockelmann, *Strafrechtliche Untersuchungen*, Verlag Otto Schwartz & Co, Göttingen 1957, s. 154.

örnekle somutlaştırılabilir. Örneğin, objektif bir yaklaşımın eseri olan İtalyan teşebbüs normuna göre teşebbüste ceza indirimi zorunluyken⁷, sübjektif bir yaklaşımın eseri olan Alman düzenlenmesinde teşebbüs sadece bir takdir indirimi nedenidir.⁸ Nitekim Türk Ceza Kanunu'nda da teşebbüs halinde zorunlu ceza indirimi öngörülmüştür.⁹ Kanun'un gerekçesinde de objektif teorinin benimsendiği açıkça belirtilmiştir.

Teşebbüs konusundaki bu teorik yaklaşımlar arasındaki en azından teorik düzeydeki bu sarıh fark kendisini teşebbüs normlarının devamı niteliğinde olan ya da doğrudan Fransa örneğinde olduğu gibi doğrudan teşebbüs normu içinde düzenlenmiş olan gönüllü vazgeçme müessesinin düzenlenmesinde de göstermektedir.¹⁰ Objektif yaklaşıma göre gönüllü vazgeçme ancak gönüllü vazgeçme hareketinin neticenin husule gelmesini önlemesine sebebiyet vermesi halinde kabul edilecektir. Buna mukabil sübjektif yaklaşıma göre kural olarak gönüllü vazgeçmeye teşebbüsün kendisi kâfidir.¹¹ Bir başka deyişle sübjektif yaklaşıma göre failin suç işleme iradesini ortadan kaldırdığını gösteren her durumda cezasızlık veya en azından ceza indirimi sonucuna gidilmelidir. Sübjektif anlayışa göre, cezalandırma için teşebbüs iradesi yeterli oluyorsa, cezasızlık için de gönüllü vazgeçme teşebbüsü yeterli olmalıdır.¹² Objektif yaklaşıma göre hazırlanmış gönüllü vazgeçme hükümlerinde sadece neticeyi önleyen, başarılı vazgeçme hareketleri dikkate alınmaktadır. Keza vazgeçme hareketinin elverişsizliği veya üçüncü kişi tarafından neticenin önlenmesi halinde cezai sorumluluğun ortadan kalkması gerektiği ifade edilmektedir.¹³

Öğretide bu teorilerin saf olarak değil genellikle her teorinin birbirinden unsurlar taşıdığı, bir başka deyişle teşebbüste olduğu gibi her gönüllü vazgeçme teorisinin aynı zamanda hem objektif hem sübjektif unsurları ihtiva ettiği ileri sürülmektedir; ancak bunlar arasındaki fark vurgu yaptıkları noktalarda ortaya çıkmaktadır.¹⁴ Bu fark gönüllü vazgeçme hükümlerinin dü-

7 Bkz. İtalyan Ceza Kanunu m. 56 f. 2.

8 Bkz. Alman Ceza Kanunu m. 23 f. 2.

9 Bkz. Türk Ceza Kanunu m. 35 f. 2.

10 Bkz. Brockhaus, s. 493.

11 Bockelmann, s. 154.

12 Niederschriften, s. 177.

13 Krşl. Schubert, s. 190; Tipold, s. 24; Brockhaus, s. 493.

14 Tipold, s. 24.

zenlenme şekline de yansiyabilmektedir. Örneğin, vazgeçmenin teşebbüsün menfi unsuru olarak tanımlanması halinde vazgeçme teşebbüs hareketi ortadan kalkmakta ve böylece artık bir teşebbüsün varlığından söz etme imkânı kalmamaktadır. Gönüllü vazgeçmenin müstakil bir düzenlemede müspet olarak düzenlenmesi halinde ise teşebbüsün haksızlık (*Versuchsunrecht*) mevcudiyetini devam ettirmekte ve gönüllü vazgeçme bu nedenle sadece bir cezayı kaldıran şahsi bir sebep niteliği arz etmektedir.¹⁵

Bu açıklamalardan hareketle gönüllü vazgeçmeyi izah eden teorilerin de objektif ve sübjektif kıstaslara uygunluk bakımından sınıflandırılmaları mümkündür. Örneğin, kastın zayıflığı (tehlikesizlik) teorisi gönüllü vazgeçme müessesesini, failin kriminal enerjisinin düşüklüğü, kastının yeterli yoğunlukta olmamasına dayandırdığından sübjektif teoriler arasında sayılmaktadır. Buna karşılık, altın köprüler teorisi ise failin vazgeçme hareketine vurgu yaptığından objektif bir yaklaşımı yansıtmaktadır. Kısacası, failin ilgili suç tipinde korunan konu üzerinde ortaya çıkardığı tehlikeyi izale etmesini gönüllü vazgeçene ceza verilmemesinin esası olarak belirleyen bir teorinin objektif bir yaklaşımı benimsediği söylenebilir.¹⁶ Netice itibarıyla, teşebbüsü daha objektif tanımlayan ve yorumlayan bir hukuk sisteminde gönüllü vazgeçmenin de objektif kıstaslara bağlı kalarak yorumlanacağı, buna mukabil teşebbüste sübjektif yaklaşım benimsendiğinde de gönüllü vazgeçmenin sübjektif bir yorumla ele alınacağı söylenebilir.¹⁷

Buna mukabil öğretilerde iki müessese arasında tutarlılık aranmasının tek ideal olmadığı görüşünde olan müellifler de vardır. Örneğin, İtalyan ceza hukukçusu *Fornasari*, teşebbüs ve gönüllü vazgeçme müesseseleri arasındaki insicamın hukuki müesseselerin etkinliği göz önüne alındığında tek değer ve amaç olmaması gerektiği görüşündedir. Müellif, bilakis hem teşebbüs ve hem de gönüllü vazgeçme normlarının ya hareketin haksızlığı ya da neticenin haksızlığına bağlı kılınması yolundaki yaklaşımın terkedilmesine taraftardır. *Fornasari*, teşebbüs ve gönüllü vazgeçme bakımından kendi ideal yaklaşımını ortaya koymaktadır. Müellife göre, teşebbüste “objektif” yaklaşım, gönüllü vazgeçmede ise “sübjektif” yaklaşım hürriyet ideali temeline inşa edilecek bir ceza hukukunun gereklerine en iyi uyan yaklaşımdır. Keza,

¹⁵ Schubert, s. 190.

¹⁶ Tipold, s. 24-25.

¹⁷ Tipold, s. 25.

müellif bu iki farklı yaklaşıma birden yer veren bir hukuk sistemine karşı çok güçlü bir argümanın da olmadığı düşüncesindedir. Böylece teşebbüsün elverişliliği kıstasıyla hukuki değerleri etkin bir şekilde tehlikeye sokan fiiller cezalandırılarak fiil ceza hukukuna uygun bir çözüm getirilmiş olacaktır.¹⁸

Gönüllü vazgeçme bakımından ise fail telafi edici hareketiyle hukuki değeri ihlal etmediğinden, failin cezalandırılması artık ne genel ne de özel önleme amaçları bakımından lüzumludur. Bu noktada ceza hukukuna müracaat edilmesi, teşebbüs hareketi tipik de olsa adil olmayacaktır.¹⁹ Keza, tam teşebbüsten gönüllü vazgeçmede hareketin tehlikeliliğinin önemli ölçüde artmış olması ise nitelik bakımından değil nicelik bakımından yapılacak bir ayırımın mevzuu olabilir.²⁰ Bu nedenle tam teşebbüsten vazgeçme bakımından daha ağır bir düzenlemenin benimsenmesi yerinde değildir. Ayrıca tam teşebbüsten ve eksik teşebbüsten vazgeçmenin birlikte değerlendirilmesi, bu iki vazgeçme halinin tefrikinde yaşanacak önemli sorunların bertaraf edilmesi anlamına gelecektir. Müellif, bu ayırımın salt sınıflandırma amacıyla muhafaza edilmesinin mümkün olduğunu ama bu ayırımın aralarında uzun yıllar hapis cezası farkı olan kararlarının şartı haline getirilmemesi gerektiği hususunu vurgulamaktadır.²¹ Netice itibarıyla *Fornasari*, mevcut tam teşebbüsten vazgeçme hükmü bakımından İtalyan düzenlemesini orantısız olduğu için tenkit etmektedir. Bu düzenlemenin, sosyal bakımdan uyumlu bir vatandaşın cezalandırılması suretiyle asosyalleştirilmesi riskini barındırdığını ileri sürmektedir.²² Sonuç olarak *Fornasari*, müstakbel İtalyan Ceza Kanunu için sadece elverişli teşebbüsün cezalandırıldığı ve hem tam hem de eksik teşebbüsten gönüllü vazgeçmenin cezalandırılmadığı bir model önermektedir.²³

Bu izahlar ışığında Türk Ceza Kanunu m. 35 ve 36 hükümlerinin bu ideal çözüme yaklaştığı söylenebilir. Zira hukuk sistemimizde elverişsiz te-

¹⁸ Gabriele Fornasari, “Die Regelung des Versuchs und des Rücktritts vom Versuch im deutschen und italienischen Strafrecht“, in: Fragmentarisches Strafrecht, Beiträge zum Strafrecht, Strafprozeßrecht und zur Strafrechtsvergleichung, Für Manfred Maiwald aus Anlaß seiner Emeritierung, verfaßt von seinen Schülern, Mitarbeitern und Freunden, Peter Lang, Frankfurt 2003, ss. 49-59, s. 56.

¹⁹ Fornasari, s. 58.

²⁰ Fornasari, s. 58.

²¹ Ibid.

²² Ibid.

²³ Fornasari, s. 59.

şebbüs cezalandırılmamakta ve failin suçun icrasını tamamladıktan sonra suçun tamamlanması ve neticenin husule gelmesini önlemesi halinde de bu aktif önleme davranışı gönüllü vazgeçme kapsamında mütalaa edilmektedir.

III. MUKAYESELİ HUKUK

A. Almanya

Alman Ceza Kanunu, m. 24’de düzenlenmiş olan gönüllü vazgeçme hükmüyle pozitif bir düzenlemeye gitmiştir.²⁴ Anılan madde Türk Ceza Kanunu m. 36’da yer alan ve gönüllülük şartına muadil olan “hür irade” (*Freiwilligkeit*) kavramını ihtiva etmektedir. Maddede hem müstakil fail bakımından hem de iştirak halinde işlenen suçlar bakımından gönüllü vazgeçme düzenlenmiştir. Gönüllülük şartı bu vazgeçme hallerinin tümünü kapsayan ortak bir şart niteliğindedir.²⁵

Almanya’da 24.madde kapsamında gönüllülük şartının yorumu üzerine görüş ayrılıkları mevcuttur. Bir vazgeçme hareketinin bu madde hükmünden yararlanıp yararlanmayacağı genellikle gönüllülük şartının olup olmamasına göre değerlendirilen bir husustur. Bu bakımdan gönüllülük şartının, gönüllü vazgeçme hükmünün merkezi kavramı olduğunu söylemek abartı olmayacaktır. Bu husustaki açıklamalarımıza başlamadan evvel Alman Kanunu’nda gönüllülük için kullanılan “*Freiwilligkeit*” terimini izah etmemiz gerekir. Bu terim esasen “hür irade” manasına gelmektedir. Buradan da anlaşılacağı üzere arada benzerlik olsa da bu kelime tam olarak gönüllülük kelimesine karşılık gelmemektedir. “Hür irade” kavramı salt psikolojik bir karar alma sürecinin ifadesidir ve günlük kullanımdaki bu ifade kavramın lafzi sınırını teşkil etmektedir. Bu nedenle de failin saikinin dikkate alınamayacağı görüşünün temelinde bu terimin kullanılması yatmaktadır.²⁶

²⁴ Alman Ceza Kanununun m. 24 f. 1 hükmü şu şekildedir: “Her kim hür iradesiyle, fiilin icra hareketlerine devam etmekten vazgeçer veya fiilin tamamlanmasına engel olursa, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz. Fiil vazgeçenin katkısı olmadan tamamlanmamışsa, fiilin tamamlanmasını engellemek için hür iradesiyle ciddi bir çaba gösterdiği takdirde cezalandırılmaz.”

²⁵ Jürgen Baumann, Ulrich Weber, Wolfgang Mitsch ve Jörg Eisele, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 12. Auflage, Verlag Ernst und Werner Giesking, Bielefeld 2016, s. 691; Kristian Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Auflage, Vahlen, München 2017, s. 566.

²⁶ Bu terimin anlamı hakkında tafsilatlı bir tahlil için bkz. Mareike Hermann, *Der Rücktritt im Strafrecht, Eine kritische Analyse von § 24 StGB de lege lata und Überlegungen de lege ferenda*, Duncker & Humblot, Berlin 2013, s. 75 vd.

Esasen “hür irade” kavramı Alman hukuk öğretisinde bu konudaki iki temel görüşün ana eksenini ve tartışmaların yönünü tayin etmiştir. Bir tarafta hür iradeyle vazgeçmeyi psikolojik kıstaslara, bir başka söyleyişle failin içinde bulunduğu psikolojik baskıya göre değerlendiren psikolojik teoriler, diğer tarafta ise normatif bir değerlendirmeyle örneğin vazgeçme saikinin toplum açısından yararlı olup olmadığına göre (*Verdienstlichkeit*) bu şartı değerlendiren normatif teoriler yer almaktadır.²⁷ Günümüzde de hangi kıstaslara göre gönüllülük şartının belirleneceği konusunda bir uzlaşma söz konusu değildir.²⁸ Son zamanlarda iki görüşü uzlaştırma teşebbüsleri de ortaya çıkmıştır.

Bu mesele teorik olduğu kadar pratik önemi de haizdir. Genel olarak, mukayeseli hukuka bakıldığında mahkemelerin gönüllülük şartı konusunda çelişkili kararlar verebildikleri görülmektedir.²⁹ Geçmişte *Frank* Formülü hür iradenin varlığının tespiti için kullanılırken günümüzde daha ziyade otonom-heteronom sebep ayırımına müracaat edilmektedir.³⁰ Otonomi ve heteronomi kavramları aslında gönüllü-gönülsüz veya hür irade eseri olan ve olmayan terimlerinin eş anlamlı ifadelerinin ötesinde bir anlam taşımamaktadır. Bu nedenle de bu ayırım öğretide “boş laf” (*Worthülse*) olduğu tenkidine dahi uğramıştır.³¹ Bir başka görüşe göre hür iradeyle vazgeçme

²⁷ Claus Roxin, „Über den Rücktritt vom unbeeendeten Versuch“ in: Hans Lüttger (hrsg.), Festschrift für Ernst Heintz zum 70. Geburtstag, Walter de Gruyter, 1972 Berlin, ss. 251-276, s. 252; Manfred Maiwald, “Psychologie und Norm beim Rücktritt vom Versuch”, in: Karl Heinz Gössel ve Otto Triffterer (hrsg.), Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, C. F. Müller, Heidelberg 1999, ss. 255-270; Günter Stratenwerth ve Lothar Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat, 6. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2011, s. 215; Reinhard Maurach, Karl Heinz Gössel ve Heinz Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg 2014, s. 164; Nikolaus Bosch ve Albin Eser, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Auflage, C.H. Beck, München 2014, § 24 kn. 43.

²⁸ Hans Lilie ve Dietlinde Albrecht, in: Heinrich Wilhelm Laufhütte, Ruth Rissing-van Saan ve Klaus Tiedemann (hrsg.), Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Erster Band, De Gruyter Recht, Berlin 2007, § 24 kn. 221; Katharina Beckemper ve Kai Cornelius, in: Bernd von Heintschel-Heinegg (hrsg.), Beck’scher Online-Kommentar, 37. Edition, Stand: 01.02.2018, § 24 kn. 29.

²⁹ Bkz. Bitzilekis, s. 661.

³⁰ Johannes Wessels, Werner Beulke ve Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 46. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg 2016, kn. 915; Fritjof Haft, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, C. H. Beck, München 1998, s. 241.; Schubert, s. 208.

³¹ Bu husustaki tartışmalar hakkında bkz. Hermann, s. 104-105; Stratenwerth/Kuhlen, s. 215-216.

kavramı bazen psikolojik bazen de normatif kıstaslara müracaatla belirlenmektedir.³² Burada vazgeçme bakımından failin olay anındaki bilgisi ve perspektifi esas alınmaktadır.³³

Psikolojik ve normatif teoriler genellikle birçok olayda benzer neticelere varmaktadır. Buna mukabil, failin vazgeçme saikinin niteliğine göre değerlendirme yapan normatif teorilerin uygulandığında müessesenin tatbik sahasının bazı vaka tipleri hariç tutulmak üzere daraltıldığını söylemek mümkündür.³⁴

1. Psikolojik Teori

Öğretide de hâkim görüş olan psikolojik teori esasen İmparatorluk Mahkemesi'nden bu tarafa Alman Federal Mahkemesi tarafından yerleşik içtihatlarla benimsenmiş olan yaklaşımdır.³⁵ Kimi müellifler, haklı olarak psikolojik teorinin salt psikolojik değerlendirmeyle sınırlı kalmadığını bu teorinin de normatif nitelik taşıdığını ileri sürmüştür.³⁶

Bir görüşe göre de esas mesele gönüllülük kavramının normatif bir muhtevaya sahip olması değil bu muhtevanın nasıl belirleneceğidir. Esasen kanunlar normatif yapılar olduklarından bir kelimenin lafzi sınırları dâhilinde kaldığı sürece ona normatif mana yüklemenin mümkün olduğu ileri sürülmektedir.³⁷ Buna göre vazgeçme, failin harici baskılar nedeniyle değil, bilakis otonom (kendiliğinden) nedenlerle karar verdiği hallerde gönüllüdür. Vazgeçmenin gönüllü olup olmadığının belirlenmesinde harici psikolojik baskının şiddeti

³² Urs Kindhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden 2017, s. 271.

³³ Hermann, s. 75.

³⁴ Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Verlag C.H. Beck, München 2003, s. 591; Christian Jäger, in: Jürgen Wolter (hrsg.) *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band I, § § 1-37 StGB, 9. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln 2017, § 24 kn. 69.

³⁵ Hans-Heinrich Jescheck ve Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 1996, s. 544; Jäger, § 24 kn. 65; Beckemper/Cornelius, § 24 kn. 30.

³⁶ Maurach/Gössel/Zipf, s. 167; Maiwald, s. 255, 270.

³⁷ Bkz. Walter Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Springer, Berlin 2015, s. 366-367; Uwe Murmann, *Grundkurs Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2015, s. 428.

ve failin vazgeçme kararı üzerindeki tesiri belirleyici rol oynamaktadır.³⁸ Bu kapsamda örneğin vicdan azabı, pişmanlık, utanç, mağdura acıma, şok hali ve cezadan korunmak gibi sebepler otonom sebepler olarak değerlendirilmektedir. Vazgeçme için harici bir sebep de vesile olabilir (örneğin mağdurun faili ikna etmesi). Her hâlükârda mühim olan failin bu tesirlere rağmen kendi kararlarını alabilme yetisini muhafaza etmiş olmasıdır. Fail otonom bir karar aldığı anda suçun icrasına devam edebilmek ile suçun icrasından vazgeçmek arasında bir tercih yapabilme imkânı olduğu hissine sahiptir.³⁹

Failin kusur yeteneğinin olmaması gönüllü vazgeçmeyi etkilemez.⁴⁰ Gönüllü vazgeçme failin halihazırda hak ettiği teşebbüsten cezasını kaldırmasına rağmen kusurunu tamamen ortadan kaldırmamaktadır. Bu nedenle öğretilerdeki azınlık görüşün aksine burada kusurluluğu kaldıran bir halin varlığı kabul edilmemektedir.⁴¹ Buna göre gönüllü vazgeçme bir şahsi cezasızlık nedeni olarak tavsif edilmektedir.⁴²

Kanun gönüllülük şartı bakımından ahlaki bir saikin varlığını aramaktadır. Örneğin, bir cinsel saldırı faili mağdurun rızasıyla ilişki teklifini kabul eder ve koşulsuz olarak suçun icrasından tamamen vazgeçerse artık bu nevi bir vazgeçmenin gönüllü olduğu kabul edilmektedir.⁴³ Keza hırsızın daha fazla parası olduğunu düşündüğü mağdura yönelerek icrasına başladığı hırsızlıktan vazgeçmesinin de hür irade eseri olduğu kabul edilmektedir. Burada esas kıstas otonom sebeplerle hareket etmiş olmasıdır. Fail harici bir baskı olmaksızın hür iradesiyle vazgeçme kararını almış ise bu vazgeçme gönüllüdür.⁴⁴

Buna karşılık vazgeçme heteronom sebeplere dayanıyorsa, yani failin iradesinden bağımsız nedenlerden kaynaklanıyorsa bu nevi bir vazgeçmenin

³⁸ Hermann, s. 105-106.

³⁹ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, s. 692.

⁴⁰ Wessels/Beulke/Satzger, kn. 915; Thomas Fischer, Strafgesetzbuch, 65. Auflage, C.H.Beck, München 2018, § 24 kn. 19a; Kindhäuser, s. 271.

⁴¹ Örneğin, *Haft*'a göre haksızlık ve kusurun derecesi önemli derecede azalmakta ve bu nedenle faile ceza verilmemesi sonucunu doğuran bir kusurluluğu kaldıran hal niteliğindedir. Haft, s. 234.

⁴² Wessels/Beulke/Satzger, kn. 887; Fischer, §24 kn. 2.

⁴³ Wessels/Beulke/Satzger, kn. 915; Schubert, s. 208; Fischer, § 24 kn. 19c; Beckemper/Cornelius, § 24 kn. 32.

⁴⁴ Beckemper/Cornelius, § 24 kn. 30, 32; Maiwald, s. 261-262.

gönüllü olmadığı kabul edilmektedir. Failin aşamayacağı manevi engeller veya vakaya ilişkin şartların fail aleyhine değişmesi neticesinde ortaya çıkan risk veya dezavantajlı durumları göze alamaması halinde de vazgeçmenin gönüllü olmadığı kabul edilmektedir.⁴⁵ Bu çerçevede genellikle failin, fiilinin keşfedildiği veya keşfedilmekten korktuğu durumlarda da somut olayın şartları çerçevesinde bir değerlendirme yapılmalıdır. Failin işlediği suçun gizli işlemeyi planladığı ve yakalanma riskinin önemli ölçüde arttığını düşündüğü hallerde vazgeçmenin gönüllü olmadığı kabul edilmektedir.⁴⁶ Keza bir cinsel saldırı failinin, beklentisinin aksine mağdur tarafından tanınması neticesinde, cezai takibata uğramaktan korkarak derhal vazgeçmesi hali gönüllü olarak telakki edilmemektedir.⁴⁷ Görüldüğü gibi failin vazgeçmede hür iradesinin bulunmadığının kabul edildiği vakalar, genellikle O'nun fiilin icrasına devam etmesinden kaynaklanabilecek dezavantajlı durumların ortaya çıkması nedeniyle vazgeçtiği hallerde söz konusu olmaktadır.⁴⁸ Failin gönüllü vazgeçip geçmediği konusunda şüphe olması halinde de şüpheden sanık yararlanır ilkesine müracaat edilmektedir.⁴⁹

Öğretide psikolojik nedenlerin ayırımı bakımından otonom ve heterenom sebepler ayırımı yapılmaktadır. Aslında bu terimler, kanunun lafzında tercih edilmiş olan hür irade ve hür olmayan irade ayırımının başka şekilde ifade edilmesinden başka bir şey değildir. Bu kavramları kısaca ifade etmek gerekirse: otonom sebepler failin kendisinden kaynaklanan vazgeçme sebepleri; heterenom saikler failin dışında onu suçun icrasından vazgeçmeye zorlayan harici saiklerdir. Buna göre fail şayet zorlayıcı harici saikler neticesinde suçun icrasından vazgeçmişse bu vazgeçmenin gönülsüz, buna karşılık fail kendi otonom iradesiyle vazgeçme kararını vermişse artık gönüllü bir vazgeçmeden söz edilebilir.⁵⁰ Elbette bu harici sebeplerin her zaman gönüllü vazgeçmeyi ortadan kaldırdığı gibi sonuç doğurmamaktadır. Harici saikler de olsa önemli olan failin son kertede kendisinin hür iradesiyle vazgeçme kararını alabilmesidir.⁵¹

⁴⁵ Wessels/Beulke/Satzger, kn. 916; Beckemper/Cornelius, § 24 kn. 30.

⁴⁶ Bkz. Kindhäuser, s. 270-271.

⁴⁷ Wessels/Beulke/Satzger, kn. 916; Bockelmann/Volk, s. 215.

⁴⁸ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, s. 692.

⁴⁹ Wessels/Beulke/Satzger, kn. 916; Schubert, s. 209; Kindhäuser, s. 272.

⁵⁰ Maurach/Gössel/Zipf, s. 165; Jäger, § 24 kn. 67.

⁵¹ Rudolf Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2012, s. 336.

a) Alman Federal Yüksek Mahkemesi

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin yerleşik içtihatları gönüllü vazgeçmede psikolojik kıstasları tatbik etmekte ve öğretide de hâkim görüş olarak görülmektedir.⁵² Mahkeme bu konuda değerlendirme yaparken ampirik-psikolojik kıstaslara müracaat etmektedir.⁵³ Birden fazla saikin varlığı halinde hangisi belirleyici ise ona göre karar verilmektedir.⁵⁴

Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre failin kendinden kaynaklanan nedenlerle vazgeçmesi ve suçun icrasını mümkün görmesi iradilik için şarttır.⁵⁵ Bu göre hür iradesiyle vazgeçme kararının verilmesi halinde vazgeçmenin gönüllü olduğu kabul edilecektir.⁵⁶

Mahkeme, öğretide geliştirilmiş olan gönüllü vazgeçme kurumunun tatbik sahasını daraltan normatif teorileri reddetmektedir. Buna göre, gönüllü vazgeçmenin söz konusu olduğu bir vakayı incelerken, failin suçun icrasından vazgeçme kararında tabiri caizse iplerin kendi elinde olup olmadığına bakmaktadır. Bunun için Mahkeme, artık yerleşik hale gelmiş olan failin kendi kararlarına hâkim olup olmadığı (*Herr seiner Entschlüsse*) ve suçun icrasının halen fail tarafından mümkün görülüp görülmediği sorusunu sormaktadır.⁵⁷ Burada esasen failin suçun icrasından gönüllü vazgeçmesi sırasında bu kararını hür iradesiyle alıp almadığına bakılmaktadır. Bir başka ifadeyle, fail vazgeçme kararını alırken ne harici zecri tesirlerin ne de kendi içinde yaşadığı ruhsal baskının tesirinde olmalıdır.⁵⁸ Buna karşılık Mahkeme, failin psikolojik bir baskının tesirinde kalarak hür iradesinin tamamen ortadan kalkması neticesinde gerçekleştirdiği vazgeçme davranışına değer tanımamakta ve bu şahsi cezasızlık sebebinden faili istifade ettirmemektedir.⁵⁹ Mahkeme değerlendirmede bulunurken failin vazgeçme

⁵² Rengier, s. 336; Kindhäuser, s. 271; Hermann, s. 101 vd.; Maurach/Gössel/Zipf, s. 165, 167.

⁵³ Bkz. BGH, Beschl. v. 10.07.2013- 2 StR 289/13 (LG Aachen), Strafverteidiger (6), 2014, s. 336-337; Fischer, § 24 kn. 19.

⁵⁴ Fischer, § 24 kn. 19

⁵⁵ Fischer, § 24 kn. 19.

⁵⁶ Rengier, s. 336.

⁵⁷ Klaus Hoffmann-Holland, in: Bernd von Heintschel-Heinegg (hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Auflage, C.H. Beck, München 2017, § 24 kn. 103; Fischer, § 24 kn. 19; Lilie/Albrecht, § 24 kn. 222; Schubert, s. 208; Beckemper/Cornelius, § 24 kn. 31.

⁵⁸ Fischer, § 24 kn. 19; Jäger, § 24 kn. 65.

⁵⁹ Hoffmann-Holland, § 24 kn. 103.

iradesini ortaya çıkararak sebebin ahlaki olup olmadığını dikkate almadan, vazgeçme nedeninin onun üzerindeki zecri tesirinin derecesini esas almaktadır.⁶⁰

Keza, Alman Yüksek Mahkeme'sine göre failin gönüllü vazgeçmedeki saikinin ahlaken tasvip edilebilir olup olmadığının önemi yoktur. Fail, soğukkanlı bir değerlendirmeye hala suçun icrasını tamamlayabileceğini düşünmesine rağmen bundan vazgeçmişse artık bu vazgeçmenin hür bir iradenin eseri olduğu kabul edilmektedir.⁶¹ Örneğin Mahkeme, failin öldürmek istediği diğer kişinin kaçtığını fark ederek ilk mağduru bıçaklamaktan vazgeçtiği öncelikli olarak öldürmek istediği mağdura yöneldiği vakada, failin ilk mağdura karşı suçun icrasından vazgeçmesinin gönüllü olduğuna hükmetmiştir.⁶²

Failin vazgeçmesinde birden fazla saikin söz konusu olması halinde bunlardan hangisi hâkim sebep ise ona göre karar verilmektedir. Örneğin, polis tarafından yakalanma ihtimalini de düşünen bir failin esasen mağdura duyduğu öfkenin soğuması nedeniyle suçu işlemekten vazgeçmesi halinde de failin hür iradesiyle vazgeçtiği kabul edilmektedir.⁶³

Yukarıda verilen örneklerdeki yaklaşımı ve meseleyi ele alış tarzını Alman Federal Yüksek Mahkemesi, emsal niteliği taşıyan kararlarında her zaman yinelemektedir.⁶⁴ Örneğin, failin boşandığı eşinin sevgilisini öldürme kastıyla yaraladıktan sonra bu suçun icrasını eski eşini kaçırmamak için bırakıp eski eşini yaralayarak on altı bıçak darbesiyle öldürdüğü vakada yerel mahkeme faili, kasten adam öldürmenin nitelikli hali ve adam öldürmeye teşebbüsten cezalandırılmasına hükmetmiştir. Yerel mahkeme, failin sevgiliyi öldürme kastıyla yaraladığı olayda teşebbüsün sona ermediğini kabul etse de bunun gönüllü olmadığı kanaatine ulaşmıştır. Temyiz üzerine karar veren Federal Mahkeme, yerel mahkemenin failin fiilinden hür iradesiyle vazgeçmediği yolundaki kararını bozmuştur. Mahkeme, yerel mahkemenin fail eşini öldürmek amacıyla sevgilisini öldürme teşebbüsünden vazgeçtiği-

⁶⁰ Lilie/Albrecht, § 24 kn. 222.

⁶¹ Hoffmann-Holland, § 24 kn. 104.

⁶² Hoffmann-Holland, § 24 kn. 104.

⁶³ Hoffmann-Holland, § 24 kn. 104.

⁶⁴ BGHSt 35, 184, in: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, 35. Band, Carl Heymanns Verlag, Köln 1989, ss. 184-187.

ni, bu nedenle vazgeçmenin hür irade neticesi olmadığı yolundaki görüşün yanlış olduğuna hükmederek şunları ifade etmiştir:

‘Yerleşik içtihatlarla göre hür irade şartının gerçekleşmesi bakımından mühim olan sanığın aldığı kararlar üzerinde hakimiyetinin devam edip etmediği ve suç planının icrasını hala mümkün görüp görmediğidir..., sanık harici bir zorlayıcı durum veya ruhsal baskının altında kalarak fiili icra edemeyecek hale gelmemiş olmalıdır. Bu konuda değerlendirme yapılırken faili teşebbüsten vazgeçmeye yönelen şartların onun için “zorlayıcı bir engel” teşkil edip etmediğine bakılmalıdır. Somut olayda ise failin eski eşinin sevgilisini öldürmekten vazgeçmeye götüren şartlar bu nitelikte değildir. Failin teşebbüsten vazgeçme kararı daha ziyade soğukkanlı bir değerlendirmenin ürünüdür.⁶⁵ Keza yerleşik içtihatlarla göre failin hür iradesinin ahlaka uygun bir nedenle eşinin sevgilisine saldırılarına devam etmekten vazgeçmiş olmasına dayanmasına da gerekmemektedir.’⁶⁶

Ayrıca failin tüm suç işleme planını işlemekten vazgeçmesi de gönüllü vazgeçmenin şartı değildir. Mahkeme’ye göre somut olayda failin eski eşinin sevgilisine yaptığı saldırıyı bırakıp eski eşini öldürmeye gitmesi ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Failin elbette gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için tamamıyla teşebbüsten vazgeçmesi gerekir; ancak burada anlaşılması gereken maddi hukuk anlamında tek fiildir.⁶⁷

Yüksek Mahkeme, yerleşik içtihatlarla hür irade konusunda geliştirilen ve uygulanan bu kıstasların her zaman memnuniyet verici neticelere sebebiyet vermediğini kabul etmiştir. Bu durum da öğretinin büyük kısmının hür irade konusundaki “psikolojik yaklaşıma” karşı olmasını ve gönüllü vazgeçmede failin saikinin normatif olarak değerlendirilmesinin zorunlu olması yolundaki görüşünü izah etmektedir. Buna karşılık Mahkeme, Ceza Kanunu’nun m. 24 hükmünde yer alan hür irade kavramının psikolojik kıstasların uygulanmasını zorunlu kıldığını ifade etmiştir. Bu nedenle Mahkeme, bu kavrama saf bir normatif muhteva yüklemenin mümkün olmadığı görüşündedir.⁶⁸

⁶⁵ BGHSt 35, 184, 186.

⁶⁶ BGHSt 35, 184, 186; karşı. Maiwald, s. 262.

⁶⁷ BGHSt 35, 184, 186-187.

⁶⁸ BGHSt 35, 184, 187.

Mahkeme'nin gönüllülük konusundaki temel yaklaşımını ortaya koyan 1987 yılında verdiği bu karar hakkında yazılan tüm karar tahlilleri karara muhalefet etmiştir.⁶⁹ Buna mukabil, 1987 senesinde verilen bu kararda, temellerini Alman İmparatorluk Mahkemesi kararlarında bulan, failin kendisini vazgeçme kararı alırken hür hissedip hissetmediği veya bir zorunluluğun ortaya çıkardığı mecburiyetin sevkiyle mi hareket ettiği kıstasının uygulandığı vurgulanmalıdır.⁷⁰

Buna ilave olarak, benzer vakalarda Mahkeme'nin farklı neticele- re varması eleştiri konusu olmuştur. Mahkeme'nin bu özeleştirisi, taraftar olduğu görüşe itimadı olmadığı şeklinde yorumlanmıştır.⁷¹ Buna karşılık, yukarıdaki vakaya ilişkin olarak öğretilde, gönüllü vazgeçmede saf psikolojik belirleme yapılması ve etik bir değerlendirmenin söz konusu olmaması nedeniyle vazgeçmenin gönüllü olduğu sonucuna varan müellifler de vardır.⁷²

Keza, Mahkeme'nin hür irade kavramına ilişkin yaptığı lafzi yorum da öğretilde eleştirilmiştir. Örneğin, *Puppe* pratik felsefede hürriyet kavramına ilişkin köklü bir gelenek olduğunu; buna göre kişinin ancak belli normlara uyarak hür olabileceğini ve insanın sadece dürtü ve ihtiyaçlar tarafından yönetilmediğini ifade ettikten sonra bu hürriyet anlayışının en önemli temsilcisinin *Immanuel Kant* olduğunu eklemiştir. Almanya'nın en yüksek mahkemesinin yargıçlarının bundan habersiz görünmelerinin çok talihsiz olduğunu kaydetmiştir. Buna karşılık *Puppe*, *Kant* felsefesinin bir unsurunun da hukukta ahlaki ölçütlerin kullanılmasına karşı itiraz olduğunu da vurgulamaktadır. Modern hukukun harici olanla alakadar olduğu ve vatandaşların ahlaki veya gayri ahlaki gerekçelerle hukuka uyduklarının bir önemi bulunmadığı açıktır. Mamafih, bu yazara göre gönüllü vazgeçmede söz konusu olan failin hukuka uygun davrandığının tasdiki değildir. Bilakis burada söz konusu olan failin teşebbüsten vazgeçerek ödüllendirilmeyi hak eden, adeta yaptığını telafi eden bir çaba ortaya koymuş olmasıdır. Bu nedenle failin teşebbüsten dolayı cezayı hak edecek şekilde hürriyetinden feragat edip etmediğinin tespiti hukuk etiğinin ölçütleri olmaksızın halledilecek bir mesele

⁶⁹ Bkz. Maiwald, s. 255 vd.

⁷⁰ Maiwald, s. 257.

⁷¹ Bkz. Hermann, s. 107-108

⁷² Jescheck/Weigend, s. 544.

değildir.⁷³ Buna karşılık *Roxin*, hür irade kavramının günlük hayattaki kullanımının da tamamen göz ardı edilemeyeceği, daha ziyade kendi görüşünün hür irade kavramının günlük hayattaki manasıyla telif edilebileceğini ileri sürmüştür.⁷⁴ *Roxin*, kanunun lafzında yer alan hür irade (*Freiwilligkeit*) kavramına normatif bir mana yüklenmesine, kanunun düzenlediği müessesenin temelinde yatan ampirik ve olgusal temelin esas alınmak suretiyle yapılması halinde bir engel olmadığı kanaatinde. Buna mukabil, salt fail üzerindeki psikolojik baskının şiddetini esas alan psikolojik görüşün ne anlamlı ne de kabili tatbik olduğunu ileri sürmektedir. Ayrıca müellif, kanunun lafzının da saf bir psikolojik yaklaşımı zorunlu kılmadığı görüşündedir.⁷⁵ Her hâlükârda bu izahlardan saf bir normatif teorinin savunulmasının Alman Ceza Kanunu m. 24 hükmünün lafzı karşısında savunulmasının pek mümkün olmadığı sonucu çıkmaktadır.⁷⁶

Alman Federal Yüksek Mahkemesi, her ne kadar psikolojik teoriyi benimsese de gönüllü vazgeçme düzenlemesinin ardında yatan temel düşüncüyü normatif teorilerin daha iyi yansıtabileceği görüşünü de yukarıda izah edilen kararında ifade etmektedir. Kararda, normatif teorilerin kanunun lafzıyla telif edilemez nitelikte olduğunu ortaya koymuştur. Mahkeme, daha çarpıcı bir biçimde bu konudaki çözümün ancak kanun değişikliği ile mümkün olabileceği görüşünü de ileri sürmüştür.⁷⁷ Öğretide de sadece gönüllü vazgeçme normunun amacından yola çıkarak saf bir normatif değerlendirmeye gönüllülük kavramının yorumlanmasının hür irade kavramının lafzıyla bağdaşamayacağı ileri sürülmektedir.⁷⁸

b) Frank Formülü

Psikolojik teori çerçevesinde sıkça zikredilen *Frank* Formülü de psikolojik kıstasları esas almaktadır. Bu formüle göre fail şayet “neticeye ulaşmaya imkân olmasına rağmen artık istemiyorum” diyorsa vazgeçmesi gönüllü, buna karşılık “neticeye ulaşmak istesem de artık ona ulaşamam” diyorsa vaz-

⁷³ Bkz. Ingeborg Puppe, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 3. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden 2016, s. 281.

⁷⁴ *Roxin*, s. 609-610.

⁷⁵ *Roxin*, s. 611.

⁷⁶ Aynı yönde bkz. Hermann, s. 129 vd, 140; Kühl, s. 567; Hoffmann-Holland, § 24 kn. 116.

⁷⁷ BGHSt 35, 184, 187.

⁷⁸ Lilie/Albrecht, § 24 kn. 231; Rengier, s. 338; Beckemper/Cornelius, § 24 kn. 33.1.

geçmenin gönüllü olmadığı sonucuna varılır.⁷⁹ Frank, formülünün bununla beraber gerçekte gönüllü vazgeçme saikinin ahlaki değerinin (*ethischen Wert*) önemli olmadığı düşüncesinin bir ifadesi olduğunu vurgulamıştır.⁸⁰ Ayrıca bu müellif, bu nedenle İmparatorluk Mahkemesi'nin hırsızın malın değerini az bularak hırsızlığa teşebbüsten vazgeçmesine ceza vermemesinin yerinde olduğu görüşünü dile getirmiştir.⁸¹

Bu formül öteden beri vazgeçmeye elverişli olan ve olmayan davranışı tanımladığı ve dolayısıyla iradilik konusunda tatbik edilebilir bir kıstas ortaya koymadığı gerekçesiyle tenkide uğramıştır.⁸² Zira failin artık istese de suçun icrasına devam edemeyeceğini düşündüğü bir durumda başarısız teşebbüs söz konusu olduğundan bu durumda gönüllü vazgeçmenin mümkün olmadığı ileri sürülmüştür.⁸³

2. Normatif Teoriler

Saf psikolojik teori olarak nitelendirilebilecek olan yaklaşımlar öğretide ağır eleştirilere uğramıştır.⁸⁴ Normatif teoriler ise failin vazgeçme saikinin gönüllü vazgeçme müessesinin *ratio legis*'i de dikkate alarak değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Genel olarak normatif teoriler, failin vazgeçme davranışını cezalandırmanın amaçları ışığında değerlendirilmesi suretiyle, bu davranışın failin hukuka uygun davranma tutumuna geri dönme niteliği arz edip etmediğine bakarak gönüllülük konusundaki değerlendirmeyi yapmaktadır. Fail bakımından hukuka uygun davranma iradesinin söz konusu olduğu vakalarda artık failin ne genel ne de özel önleme mülahazasıyla cezalandırılması icap edecektir.⁸⁵ Normatif teoriler marifetiyle gönüllülüğün gai tahdidi ihtiyacı duyulmasının bir diğer önemli nedeni de fail lehine cömert bir düzenleme niteliği arz eden gönüllü vazgeçme normu ve tatbikatının meşru bir zemine oturtulması ihtiyacıdır. Bu nedenle hür

⁷⁹ Reinhard Frank, "Vollendung und Versuch", in: Vergleichende Darstellung, Deutschen und Ausländischen Strafrechts, Verlag von Otto Liebmann, Berlin 1908, s. 231.

⁸⁰ Frank, s. 231.

⁸¹ Frank, ibid.

⁸² Lilie/Albrecht, § 24 kn. 223.

⁸³ Bkz. Puppe, s. 281; Jäger, § 24 kn. 63.

⁸⁴ Krşl. Eser/Bosch, § 24 kn. 42; Hoffmann-Holland, § 24 kn. 109.

⁸⁵ Rengier, s. 337; Stratenwerth/Kuhlen, s. 215; Jäger, § 24 kn. 68; Beckemper/Cornelius, § 24 kn. 33.

irade kavramının sadece hukuk dışındaki değerlendirme kıstaslarına yani psikolojik olarak tanımlanmasının mümkün olmadığı, normatif bir sınırlandırmanın şart olduğu savunulmaktadır.⁸⁶ *Maiwald'* a göre, hür irade şartının kanuna eklenmesiyle bizatihi gönüllü vazgeçme halinde faile tanınan cezasızlık ayrıcalığı ihdas amacına hizmet edebilmektedir.⁸⁷ Bir başka deyişle hür irade, teşebbüsten vazgeçene ceza verilmemesinin nedenini teşkil etmektedir.⁸⁸

Yalnızca psikolojik kıstaslara müracaat edilmesinin bu şahsi cezasızlık sebebinin ihdas gerekçesiyle bağdaşmadığı ileri sürülmüştür. Ayrıca hür irade (*freien Willens*) kavramının psikolojik olmaktan ziyade ahlaki bir kavram olduğu da ifade edilmiştir.⁸⁹ Yüksek Mahkeme içtihadının çelişkileri barındırdığı ve keyfi olduğu da ileri sürülmektedir.⁹⁰ Psikolojik yaklaşıma yöneltilen bu tenkitlerin ardından farklı müellifler tarafından çeşitli normatif teoriler ortaya konulmuştur. Bu çerçevede hür irade kavramı meselesi psikolojik-ampirik bir kavram olarak değil bilakis bir değerlendirme sorunu olarak ele alınmıştır. Bu teorilere bakıldığında genel olarak failin cezalandırılmasının ahlaka uygunluğundan failin vazgeçmesinin gönüllü vazgeçme müessesinin amacıyla bağdaşır olup olmadığı kıstasını esas alan bir yelpazede de oldukları görülmektedir. Tüm bu teorilerin ortak noktası gai bir yorumla 'hür irade' kavramının uygulama sahasını daraltma amacı gütmeleri ve failin kendi hür (*otonom*) iradesiyle hareket etmesine ilave olarak çeşitli şekillerde formüle ettikleri failin içsel olarak fiilden uzaklaşmasını (*innere Distanzierung von der Tat*) talep etmeleridir. Zira ancak bu şekilde failin suça teşebbüsle ortaya çıkardığı cezalandırma lüzumu ortadan kalkabilecektir.⁹¹ Bu nedenle bu teorilerin genellikle kanunun lafzıyla bağdaşmadıkları ve kanunilik ilkesini ihlal ettikleri ileri sürülmektedir.

Bu teoriler uyguladıkları kıstas ve kavramlar bakımından çeşitlilik arz etmektedir. Bununla birlikte failin vazgeçme saikinin "hukuka veya hukukiliğe geri dönüş" niteliği taşıması gerektiği bu teorilerin ortak noktasıdır.

⁸⁶ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, s. 691.

⁸⁷ Maiwald, s. 258.

⁸⁸ Maiwald, s. 259.

⁸⁹ Lilie/Albrecht, § 24 kn. 224.

⁹⁰ Bkz. Lilie/Albrecht, § 24 kn. 224.

⁹¹ Bkz. Fischer, § 24 kn. 20.

Hangi hallerde bu şartın gerçekleşmiş sayılacağı konusunda ise çok farklı görüşler ileri sürülmüştür.⁹² Bu çalışmada çok tartışılmış olması nedeniyle *Bockelmann*'ın hukuk ahlakı ve *Roxin*'in suçlu mantığı teorisi ile son zamanlarda *Bitzilekis* tarafından geliştirilen suç mantığı teorileri detaylı olarak ele alınacaktır. Bunlar dışında öğretilerde tartışılan birçok teori mevcuttur.⁹³ Buna mukabil çalışmanın sınırları düşünülerek aşağıda bunlarla ilgili tanıtıcı bilgi verilmesiyle iktifa edilmiştir. Öğretilerde geliştirilen normatif teorilerden bazıları şunlardır⁹⁴:

- *Herzberg* tarafından mazeret sebebi olan zorunluluk haline (Al. CK. m. 35) kıyasen geliştirilen görüşe göre fail bu zorunluluk halindeki sebepler nev'inden tehlikelere maruz kalarak vazgeçtiği hallerde gönüllü vazgeçmeden söz edilemez.⁹⁵ Bu kıstas keyfi olduğu ve mağdurun faile yakın bir kimse olduğu durumlarda kurumun uygulama alanını oldukça daralttığı tenkidine uğramıştır.⁹⁶
- Gönüllülüğün tespitinde diğer hukuki kurumlara kıyasla çözüm getirme çabalarından biri de *Jäger* tarafından ortaya atılmıştır. Bu müellefe göre, iştirake ilişkin kurallar üzerinden mesele çözülebilir. Buna göre dolaylı failin sorumluluğunu ortadan kaldıran cebir, kusur yeteneğinin bulunmaması, hata veya hareketin anlamını yitirmesi gibi durumlarda artık vazgeçmenin gönüllü olmadığı kabul edilmektedir.⁹⁷
- *Amelung* da gönüllülük ile menfi bir tanım yapma çabasına girişmiştir. Buna göre vazgeçme zorlayıcı sebeplerin, üzerinde hâkimiyet kurulamayan bedensel veya ruhi hallerin neticesinde ortaya çıkmışsa

⁹² Bkz. Hermann, s. 115 vd.; Roxin, s. 618 vd.; Stratenwerth/Kuhlen, s. 216; Hoffmann-Holland, § 24 kn. 110; Rainer Zaczyk, in: Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann ve Hans-Ulrich Paeffgen (hrsg.), Strafgesetzbuch Nomos Kommentar, 5. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden 2017, § 24 kn. 66.

⁹³ Bu teorilerin tafsilatlı bir tahlili için bkz. Hermann, s. 115 vd.; ayrıca bkz. Maurach/Gössel/Zipf, s. 166-167.

⁹⁴ Bu teoriler psikolojik, ampirik unsurlar da ihtiva ettiklerinden karma teoriler olarak da tavsif edilmektedir. Hermann, s. 117-119.

⁹⁵ Wessels/Beulke/Satzger, kn. 917.

⁹⁶ Wessels/Beulke/Satzger, kn. 917.

⁹⁷ Jäger, § 24 kn. 70 vd.; ayrıca bkz. Roxin, s. 622-624; Wessels/Beulke/Satzger, kn. 917.

gönüllü vazgeçmeden söz edilemez.⁹⁸ Bu görüşlerin vardığı neticeler büyük oranda öğretideki hâkim görüşle örtüşmektedir.⁹⁹

a) Bockelmann: Hukuk Ahlakı Teorisi

Bockelmann'a göre failin vazgeçme hareketinde saikinin ahlaki (etik) niteliğine bakılarak vazgeçmenin gönüllü olup olmadığı tespit edilmelidir. Bu müellife göre teşebbüsten vazgeçmede ahlaki saikler önemsiz olmak şöyle dursun, gönüllülüğe ilişkin değerlendirmede belirleyici kıstas olmalıdır. Müellif bu görüşünün ceza hukukunu ahlakileştireceği görüşünü reddetmektedir. Burada ahlaki saikten kastın “hukuk ahlaki” olduğu yoksa subjektif değer yargıları, belli bir dünya görüşü veya dini inancın hâkim tarafından tatbiki anlamına gelmediğini ifade etmiştir. Burada müellif, meşhur “hukukun ezoterik ahlaki” kavramını kullanmaktadır. Buna göre, failin suçtan arzu ettiği neticeyi elde edemeyeceğini görerek vazgeçmesi veya daha sonra müsait şartlar oluştuğunda suçu işlemeye karar vermesi halinde bu vazgeçme artık gönüllü değildir.¹⁰⁰ *Gössel*, diğer normatif teorilere yapılan tenkidi yineleyerek *Bockelmann*'ın görüşünün kanuna uygun olmadığını ileri sürmüştür.¹⁰¹ Günümüzde *Bockelmann*'ın görüşü savunulmasa da *Eser'in* vazgeçme hareketinin vazgeçenin hukuka sadakat içinde bir tutum sergilemesi gerektiği yolundaki normatif teorisi bu görüşe yaklaşmaktadır.¹⁰² Keza, *Eser'in* hür iradenin (“*freier Wille*”) psikolojik değil ahlaki bir kavram olduğu yolundaki görüşü de bu fikri güçlendirmektedir.¹⁰³

b) Roxin: Suçlu Mantığı Teorisi

Claus Roxin, 1972 yılında yayınladığı *Heinitz Armağanı*'ndaki çalışmasında gönüllü vazgeçme kurumunun ratio legis yani müessesenin hizmet etmek istediği gayeden yola çıkarak hür iradeyle vazgeçme şartını ele almış ve günümüze kadar öğretide etkisini sürdüren “suçlu mantığı/aklı” (*Verbrec-*

⁹⁸ Knut Amelung, „Zur Theorie der Freiwilligkeit eines strafbefreidenden Rücktritts vom Versuch“ *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (120), 2008, ss. 206-245, s. 237 vd.

⁹⁹ Wessels/Beulke/Satzger, kn. 917.

¹⁰⁰ Bockelmann, s. 183.

¹⁰¹ Maurach/Gössel/Zipf, s. 167.

¹⁰² Eser/Bosch, § 24 kn. 43.

¹⁰³ Eser/Bosch, § 24 kn. 43.

hervernunft) geliştirmiştir. *Roxin* psikolojik teorilerin, failin manevi dünyasında cereyan eden psikolojik durumlar tespit edilemeyeceğinden, psikolojik kıstaslara göre yapılacak değerlendirmelerin keyfiliğe yol açacağı görüşündedir.¹⁰⁴

Roxin'in temel argümanı, bir failin vazgeçmesinin iradi kabul edilebilmesi için bunun fail aklı olarak tabir ettiği akıl yürütme biçimine aykırı olması gerekir. Bu yazara göre, şayet failin işlediği suç tipi bakımından vazgeçme davranışı makul ise artık bu kişinin gönüllü vazgeçme kurumundan yararlanmaması gerekir.¹⁰⁵ *Roxin'in* bu görüşü, bu müellifin tüm suç teorisinde olduğu gibi suç siyaseti mülahazasına istinat etmektedir. *Roxin*, gönüllü vazgeçmede iradilik şartını da değerlendirirken suç siyaseti zaviyesinden vazgeçen failin bu iradesine değer tanınıp tanınmayacağı meselesini tartışmaktadır. Bu çerçevede örneğin Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin cinsel saldırı teşebbüsü sırasında mağdurun kısa bir süre sakinleştikten sonra rıza ile ilişki sözü vermesi üzerine suçun icrasından vazgeçen failin iradi olarak vaz geçtiğini kabul ettiği kararı tenkit etmektedir.¹⁰⁶ Burada Mahkeme, failin hür iradesiyle cinsel saldırıdan vazgeçtiğini kabul etmiştir. Zira müellife göre failin esas amacı mağdurla cinsel ilişkiye girmek olduğundan, failin suçun icrasından vaz geçmesi işlemek istediği suçun mantığına uygun düşmektedir. Mağdurun teklifi failin planlarını gerçekleştirmesini oldukça kolaylaştırmaktadır. Bu nedenle *Roxin*, suç politikası zaviyesinden değerlendirme yaparak bu durumu kullanan failin cezasızlıkla ödüllendirilmesinin yerinde olmadığı görüşüne varmaktadır.¹⁰⁷ Burada *Roxin*, *Bockelmann* gibi hukukun ezoterik ahlakından yani failin vazgeçme sebebinin ahlaksızlığından yola çıkmak yerine suçlu mantığı düşüncesi üzerinden failin ceza alması gerektiği yolundaki görüşü temellendirmektedir.¹⁰⁸ Buna göre fail hukuka uygun davranma iradesiyle hareket etmişse vazgeçme hareketi iradi, buna karşılık salt failin işlediği suç tipiyle ilgili amaçlara hizmet ediyorsa vazgeçmenin iradi olmadığı kabul edilmektedir.¹⁰⁹ Burada *Roxin* bir model fail belirlemekte ve onun bakış açısıyla bir

¹⁰⁴ Roxin, FS-Heinitz, s. 252.

¹⁰⁵ Roxin, FS-Heinitz, s. 258.

¹⁰⁶ BGHSt 7, 296 ff.

¹⁰⁷ Roxin, FS-Heinitz, s. 259.

¹⁰⁸ Roxin, FS-Heinitz, s. 260.

¹⁰⁹ Lilie/Albrecht, § 24 kn. 226.

kar zarar dengesi hesabına dayalı olarak iradilik unsurunu ele almaktadır. *Roxin'in* faili inatçı, işlemeyi kast ettiği suç tipiyle ilgili risk ve imkânları soğukkanlılıkla değerlendirerek hareket eden biridir.¹¹⁰ Bu müellife göre fail yakalanma ve cezalandırılma endişesi gibi akla uygun bir nedenle vaz geçerse bu artık iradi bir vazgeçme değildir. Failin görüldüğünü düşünüp icradan vazgeçmesinin söz konusu olduğu bir vakada fail akla uygun hareket etmiştir. Mamafih, suçlu davranışına son derece uygun olan bu davranışın hukuk düzeni tarafından ödüllendirilmemesi gerektiğinden bu vazgeçmenin iradi olmadığı kabul edilmelidir. Buna karşılık bir hırsız aşırı korku içinde aniden hırsızlık fiilinden vazgeçer ve olay yerinden kaçarsa, kendi mesleğinin kıstaslarına göre akla uygun hareket etmiş olmayacaktır; çünkü akli başında bir suçlu bir neden olmaksızın korkuya kapılmaz. Yine birini öldürmeye teşebbüs eden failin öldürmeyi planladığı diğer kişiyi kaçırmak için vazgeçme davranışında bulunması da suçun işlendiği zaman ve duruma uygundur. Bu nedenle bu görüşe göre fail gönüllü vazgeçmeden yararlanmamalıdır.¹¹¹ Bu durumda mesleğini iyi icra edemeyen hırsız hukuk düzeni tarafından ödüllendirilmelidir. Netice itibarıyla *Roxin'in* iradilik unsuru bakımından temel değerlendirme kıstası, failin hukuka uygun davranışta bulunma iradesini mi gösterdiği yoksa işlemeyi kast ettiği suç bakımından mantıklı olan bir davranış mı gösterdiği.¹¹² *Roxin* normatif iradilik modeline göre failin vazgeçme nedeninin ahlaken tasvip edilen bir neden olması önemli olmayıp somut suçla tevil edilemeyecektir. Fail işlemeyi kast ettiği suçta olan yaklaşımının esaslı bir biçimde değiştiğini gösteren davranışta bulunması yeterlidir.¹¹³

Roxin teorisine yönelik suçlu mantığı kavramının ampirik bir karşılığı olmadığı tenkidine de cevap vererek, buradaki suçlu mantığının sadece normatif bir yardımcı ölçüt olduğunu, ampirik bir karşılığının elbette olmadığını ifade etmiştir. Müellif geliştirdiği teorinin sadece gönüllü vazgeçme vakalarında gönüllülük şartının yorumuna bir yardımcı araç olduğunu, bu şarta müteallik tüm vakaları çözen bir anahtar olmadığını vurgulamıştır.¹¹⁴ Hiç şüphesiz müellif tarafından da vurgulandığı gibi buradaki en önemli kıstas

¹¹⁰ Roxin, FS-Heinitz, s. 256.

¹¹¹ Hoffmann-Holland, § 24 kn. 111.

¹¹² Roxin, FS-Heinitz, s. 256.

¹¹³ Lilie/Albrecht, § 24 kn. 226.

¹¹⁴ Roxin, Allgemeiner Teil II, s. 601.

failin vazgeçme hareketinin suç planına uygun olmayan bir davranış teşkil etmesidir. Örneğin failin mağdura acıması, cesaretini yitirmesi veya sebepsiz bir korkuya kapılması hallerinde, fail işlemeyi kast ettiği suça yönelik motivasyonu ile telif edilemeyecek, suç planına aykırı bir saikle teşebbüsten vazgeçmektedir. Bu nedenle fail, teşebbüs davranışını vazgeçme davranışıyla iptal ettiğinden (kaldırdığından) artık cezalandırılmayı gerektiren bir fiilden de söz edilmeyecektir. Genel önleme bakımından da bir cezalandırma gereği söz konusu olmayacaktır; çünkü nihayetinde hukukun gerekleri failin suç planına galebe çalmıştır. Özel önleme amacı bakımından da fail vazgeçme davranışıyla hukuka saygı göstermiş olduğundan cezalandırma lüzumu ortaya çıkmayacaktır.¹¹⁵

Şüphesiz *Roxin'in* teorisi normatif irade hürriyeti teorilerinden yalnızca biridir. Öğretide, irade hürriyetinin varlığının kabulünü failin toplum bakımından tehlikeli olduğu intibahını ortadan kaldırmasına, toplumun hukuk normlarına karşı sarsılan güvenini tazelemesine veya failin durumundaki hayali bir kişinin nasıl davranması gerektiği gibi kıstaslara bağlanmasını savunan görüşler de mevcuttur.¹¹⁶ Gönüllü vazgeçmenin hukuka sadakat içinde olan bir tavrın yansıması olması gerektiğini savunan görüşe göre, vazgeçme ancak failin davranışının yeniden hukuk yoluna girmesi şeklinde değerlendirilebilecek ise vazgeçmenin gönüllü olacağı kabul edilmektedir. *Ulsenheimer* tarafından savunulan bu görüşe göre fail hukuka uygun davranışın temel değerlerinden saparak suça teşebbüs etmekte ve gönüllü vazgeçme halinde tekrar hukuka uygun davranma iradesini ortaya koymaktadır. Bu nedenle ancak failin hukuka uygun davranma iradesini ortaya koyduğu düşünülen vakalarda iradesinin hür olduğu kabul edilmektedir.¹¹⁷

Gönüllülük şartının uygulama kapsamının bu şekilde daraltılması, daha doğrusu hür irade kavramının normatif olarak bu denli genişletilmesinin “hür irade” teriminin lafzını aşan bir genişletici yorum olduğu tenkidi gerek yargı kararları gerekse de öğretide bu teorilere getirilen en esaslı tenkidtir. Esasen bu şekilde gönüllü vazgeçme kurumuna ilişkin suç siyaseti mülazımları bir bakıma hür irade kavramı üzerinden gönüllü vazgeçmenin şartı

¹¹⁵ Roxin, Allgemeiner Teil II, s. 599.

¹¹⁶ Bkz. Lillie/Albrecht, § 24 kn. 227 vd.; Fischer, § 24 kn. 20.

¹¹⁷ Klaus Ulsenheimer, Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis, Walter de Gruyter, Berlin 1976, s. 314 vd.

haline getirilmektedir.¹¹⁸ Bu nedenle Federal Mahkeme hür irade kavramının normatif olarak yorumlanmasını reddetmektedir. Gönüllü vazgeçmenin uygulama sahası böylelikle hatırı sayılır bir şekilde daraltılmaktadır. Buna karşılık *Rengier'e* göre mağdurun korunması mülahazasıyla gönüllü vazgeçme daha geniş yorumlanması gereken bir kurumdur.¹¹⁹

c) *Bitzilekis: Suç Mantığı Teorisi*

Yunan hukukçu *Bitzilekis* tarafından geliştirilen suç mantığı teorisi ortaya koyduğu kıstaslar ve failin işlemeyi kastettiği suç tipini esas alması bakımından kendi içinde tutarlı bir yapı arz etmektedir. Buna göre, gönüllü vazgeçmeden söz edilebilmesi için failin vazgeçme hareketini gerçekleştirme imkânı ve iradesi olmalıdır. Failin suçun icra hareketlerini tamamlama imkânı veya tamamlama iradesi mevcut değilse artık gönüllü vazgeçmeden söz edilemez.¹²⁰

Ayrıca failin iradesinin her türlü olumsuz harici şartı ortadan kaldıracığı düşüncesi de yerinde değildir. Zira bu bakış açısıyla mağdurun kanlar içinde kalması veya failin üçüncü bir kişi veya mağdur tarafından ikna edilmesi gibi haller harici engel olarak telakki edilebilecek ve vazgeçmenin iradi olmadığını kabul etmek gerekebilecektir. Çalınmak istenen arabanın alarmının çalması, fırtına kopması, bekçi köpeğinin havlaması veya aniden kapının çalması gibi durumlar da bu çerçevede değerlendirilebilir.¹²¹

Peki, bu harici tesirler, örneğin polisin veya üçüncü bir kişinin olay mahalline aniden gelmesi, fiilin işlendiğinin ortaya çıkması veya mağdurun silahını alması gibi durumlarla aynı kapsamda mı değerlendirilecektir?¹²²

Yukarıda izah edilen bu harici etkilerden hangisinin veya hangilerinin failin otonom hareket etme yeteneğini ortadan kaldırdığı sorusuna cevap vermek pek mümkün gözükmemektedir. Keza failin bu gibi tesirlerle, harici âlemde meydana gelen değişikliklerle mi yoksa sadece kendi manevi

¹¹⁸ Bkz. Fischer, § 24 kn. 20.

¹¹⁹ Rengier, s. 338.

¹²⁰ Bkz. Nikolaos Bitzilekis, "Zur Autonomie der Rücktrittentscheidung", in: Felix Herzog ve Ulfrid Neumann (hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2010, ss. 661-679, s. 661-662

¹²¹ Bitzilekis, s. 662.

¹²² Bitzilekis, s. 663.

âleminde aldığı bir kararla mı vazgeçtiği sorusuna da cevap vermek mümkün değildir. Bu nedenle, harici zorlayıcı nedenlerin ölçülmesi ve derecelendirilmesine dönük her türlü çaba başarısız olacağı gibi aynı zamanda inandırıcı ve akla uygun olmaktan uzak olacaktır. *Bitzilekis*, buradan yola çıkarak failin hangi tesirlerin etkisinde kalarak vazgeçtiğinin cevabının olayın ve failin toplumsal bağlamı içinde yapılacak normatif bir değerlendirmeye mümkün olabileceği görüşündedir. Bir başka deyişle bu müellife göre harici veya dahili bir unsurun failin iradesini zorlayan bir engel mi sadece failin alacağı kararlara bir vesile olma vasfı mı taşıdığı ampirik-psikolojik ölçütler kullanılarak anlaşılabilir. Bu görüşe göre; failin vazgeçme hareketinin iradiliği konusundaki değerlendirme failin değer yargılarından ve onun hareketine verilen sosyal tepkilerden bağımsız değerlendirilemez. Bilakis bu konudaki değerlendirme hukuki ve ahlaki normlar çerçevesinde yapılmalıdır. *Bitzilekis*, bu konuda normatif bir değerlendirmeye gitmenin bu değerlendirmenin psikolojik temelini ortadan kaldırmadığını da vurgulamaktadır. Müellifin üzerinde durduğu nokta psikolojik-ampirik unsurların failin hür iradesiyle hareket edip etmediğini tespiti yeterli kıstaslar sağlamadığı hususudur.¹²³

Gönüllülük şartı hususunda benimsenen bu yaklaşıma göre, failin üzerindeki psikolojik baskının yani O'nu vazgeçmeye yönlendiren saikin yoğunluğu (*Intensität des Motivs*) değil saikin türü (*Art des Motivs*) gönüllülük bakımından yapılacak değerlendirmede esas alınmalıdır. *Bitzilekis'e* göre failin ceza alacağı korkusuyla vazgeçmesiyle, hayati veya vücut bütünlüğüne yönelik tehlike veya derhal yakalanma korkusuyla vazgeçmesi arasında büyük fark vardır. Birinci halde fail, ceza normlarının korkutucu tesiri altında hareket ettiği sürece hukuk çerçevesinde hareket ederken, diğer hallerde fail suçun icrasıyla doğrudan irtibatlı tehlikeleri düşünerek adeta suçun ortaya çıkardığı zorunluluk hali (*verbrecherischen Not*) çerçevesinde hareket etmektedir. Daha fazla risk almak istemediği için suçun icrasından vazgeçen failin gönüllü vazgeçmediği kabul edilmelidir. Zira fail pratik gereklilikler neticesinde vazgeçmeye mecbur olmuştur, gönüllü vazgeçmemiştir.¹²⁴ Bu izahlar ışığında *Bitzilekis*, hür irade kavramının failin psikolojik durumuna atıfla çözümünün ikna edici ve memnuiyet verici neticeler vermediğini ve irade hürriyeti kavramının saf tasviri (deskriptif) bir tarzda yorumlanmanın

¹²³ Bitzilekis, s. 663-664.

¹²⁴ Bitzilekis, s. 664-666.

mümkün olmadığı görüşündedir. Failin otonom mu yoksa heterenom sebeplerle mi hareket ettiği sorusu ancak normatif kıstaslar marifetiyle mümkün olabilir. Bu nedenle, failin ceza almaması sonucunu doğuran hukuk öğretisinin bir kurumunun suç siyasetini dikkate alan bir muhtevayla donatılması icap etmektedir.¹²⁵

Roxin'in aklı bir ölçüt olarak ortaya koymasından istifade eden *Bitzilekis* suçlu mantığı yerine “suç mantığı” (*Verbrechenslogik*) kavramını geliştirmiştir. *Roxin'in* suçlu mantığının tatmin edici sonuçlar doğurmadığını kaydeden yazar gönüllü vazgeçmeden söz edilebilmesini failin “suçunu” tasfiye etmesi, ortadan kaldırması gerektiğini ileri sürmektedir. Bunun da ancak failin vazgeçme davranışı neticesinde bundan işlemeyi kast ettiği suçla alakalı bir fayda temin etmemesi ile mümkün olacağını ifade etmektedir. Bu faydanın da ancak menfi olarak tespit edilebileceği, kural olarak vazgeçmenin gönüllülüğe delalet edeceğini eklemektedir. Buna göre vazgeçme ancak istisnai hallerde gönülsüz olacaktır. Buradaki değerlendirmede de failin vazgeçmeyle birlikte değişen şartlara göre suçla ilgili tutumunu değiştirip değiştirmediği, bir başka deyişle işlemeyi kast ettiği suçla alakalı vazgeçme davranışıyla daha avantajlı bir durum yaratıp yaratmadığı kıstası esas alınacaktır. Bu noktada *Bitzilekis* üç vaka tipinde vazgeçmenin gönüllü olmayacağı sonucuna varmaktadır.¹²⁶ Bunlar:

1. *Vazgeçmenin, failin suç işleme amacına hizmet ettiği vakalar.* Bu gibi vakalarda fail, icrasına başladığı fiili bir başka suç işlemek için bırakılmaktadır. Failin daha zengin mağdura saldırmak için daha fakir mağduru bırakması bu vaka tipine örnektir. Fail bu gibi vakalarda ya başka bir mağdura ya da başka bir suça yönelmektedir (örneğin, dolandırıcılıktan vazgeçerek zimmet suçu işleme). Burada soyut suç işleme amacı değil, somut suça teşebbüs fiilinin yarattığı durumundan yararlanmak söz konusudur.¹²⁷ Buna göre failin suçtan elde edeceği menfaati artırdığı durumlarda vazgeçmenin gönüllü olmadığı kabul edilmelidir. Teşebbüsten vazgeçme daha hafif bir suçun işlenmesi için gerçekleştirilmişse artık vazgeçme gönüllüdür. Örneğin, failin kasten yaralamadan vazgeçerek hakaret etmeye karar vermesi halin-

¹²⁵ Bitzilekis, s. 666-667.

¹²⁶ Bitzilekis, s. 672.

¹²⁷ Bitzilekis, s. 672-673.

de yaralama suçundan vazgeçmenin gönüllü olduğu kabul edilmektedir. Burada, failin vazgeçme davranışında kriminal enerjisinin düşmesinin mi yoksa tam aksine suç işleme konusunda ortaya çıkan yeni imkânların mı belirleyici olduğu tespit edilmelidir.¹²⁸

2. *Vazgeçmenin suça teşebbüsün ortaya çıkardığı zorunluluk halinden kurtulmaya hizmet ettiği vakalar.* Bu gibi vakalarda vazgeçme failin kendi hukuki değerlerine yönelik tehlikelerin bertaraf edilmesi için elverişli bir araç olarak görünmektedir. Bir başka deyişle gerçekten böyle bir durum olmasa da failin böyle bir zorunluluk halinin bulunduğunu düşünmesi kâfidir.
3. Bu kapsamdaki üçüncü vaka tipi de *failin eylemde bulunmasının artık bir anlamı kalmaması (Wegfall des Handlungssinns) neticesi vazgeçme davranışını gösterdiği vakalardır.* Örneğin, failin suçun konusunun kendi beklentilerinin gerisinde kalması nedeniyle vazgeçme davranışını göstermesi suçun mantığına uyduğundan bu vazgeçme gönüllü sayılmayacaktır.¹²⁹

Netice olarak *Bitzilekis*, failin hür iradesiyle suçun icrasını neticelendirilmesinin sadece zorlayıcı tesirlerden değil aynı zamanda suçun gerekliliklerden bağımsız olması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu nedenle vazgeçme şayet failin icrasına başladığı suçun mantığına uygunsa artık gönüllü vazgeçmeden söz edilemez.¹³⁰

3. Karma Teoriler

Psikolojik ve normatif teorilerin eksiklerinden yola çıkarak öğretilerde, psikolojik ve normatif unsurları uzlaştırmaya çalışan yaklaşımlar da ortaya atılmıştır.¹³¹ Örneğin, *Lilie/Albrecht* somut vakada gönüllülük şartı ele alınırken psikolojik ve normatif unsurları dengeleyen bir yaklaşım benimsenmesi gerektiği görüşündedir. Bu müelliflere göre ancak bu sayede gönüllü vazgeçme davranışının hür irade eseri olup olmadığı anlaşılabilir. Bu noktada psikolojik unsurların normatif unsurlarla sınırlandırılması düşüncesi ön plana çıkmaktadır. Böylece ispat hukuku bakımından ortaya çıkabilecek sorunların üstesin-

¹²⁸ Bitzilekis, s. 673-675.

¹²⁹ Bitzilekis, s. 677-678.

¹³⁰ Bitzilekis, s. 678.

¹³¹ Bkz. Hermann, s. 117 vd.; Kühl, s. 566.

den gelinmesi umulmaktadır. Hür irade kavramını, psikolojik bir kavram olmaktan ziyade bir hukuk kavramı olarak değerlendiren yazarlar yukarıda izah edilen psikolojik değerlendirme unsurlarına öngörülmeven harici engeller unsurunu eklemektedir. Buna göre fail kendi orijinal suç planında öngöremediği harici durumlar nedeniyle suçu tamamlayabileceğini düşünmesine rağmen ortaya çıkan yeni şartlar nedeniyle adeta paralize olmuş ise artık gönüllü vazgeçmeden söz edilemez.¹³² Buna karşılık bu teori saf normatif teorilerden farklı olarak ahlaken yüce bir vazgeçme saikinin varlığını hür iradenin varlığı için aramamaktadır. Buna göre ahlakilik yerine hukukilik esas alınmaktadır. Hatta *Zaczyk* psikolojik ve normatif hür irade yerine Alman Ceza Kanunu m. 24 hükmündeki hür iradenin bir hukuk kavramı (*Rechtsbegriff*) olduğunu ileri sürmüştür. Buna göre, burada söz konusu olan ahlakilik değil hukukiliktir. Burada failin iradi olarak gerçekleştirdiği vazgeçme davranışı hukuki değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Burada esas olan harici olarak hukuka uygun davranmış olan failin bu durumda haksızlığı tam manasıyla gerçekleştirmiş olmasıdır. Burada belirleyici ölçüt, failin harici ve dâhili baskısı altında kalmadan vazgeçme kararını almış olması ve bu kararın bir zaruretin yarattığı baskının eseri olmaması gerekmektedir. *Zaczyk* bu hukuki değerlendirmede somut vakanın şartlarının değerlendirileceği ve burada ilk derece mahkemelerinin verecekleri karara büyük oranda saygı gösterilmesi gerektiği görüşündedir. Elbette kazuistik bir metotla vaka tiplerine göre gruplandırma yapılması bu hususta karar verilmesini kolaylaştıracaktır.¹³³

Bu çerçevede karma görüşler bakımından failin vazgeçme davranışında hukuk düzenine karşı müspet bir tutum içinde olması da aranmamaktadır. Bir başka deyişle failin, vazgeçme saikinin ahlaken kabule şayan olması gerekli değildir. Genel olarak bu görüş normatif, değerlendirici unsurları kurumun adilane bir şekilde sınırlandırılması için ek unsurlar olarak telakki etmektedir.¹³⁴

4. Vaka grupları

a) Öncelik vakaları (*Vorrangsfällen*)

Failin mağdura yönelik saldırısını bir başkasına saldırmak için sona er-

¹³² Lillie/Albrecht, § 24 kn. 243-245.

¹³³ *Zaczyk*, § 24 kn. 68.

¹³⁴ Lillie/Albrecht, § 24 kn. 246-247; ayrıca bkz. Maurach/Gössel/Zipf, s. 167.

dirdiği vakalarda normatif ve psikolojik teoriler farklı neticelere varmaktadır. Normatif teoriye göre faili hukuka uygun davranma iradesi göstermediğinden hür iradesiyle davranmadığı kabul edilmektedir.¹³⁵ Gerçekten bu gibi vakalarda psikolojik teori taraftarı *Kühl*¹³⁶ ve *Maiwald*¹³⁷ gibi yazarlar da psikolojik teorinin normatif değerlendirmeye sınırlandırılmasına taraftardır. Daha doğrusu *Maiwald*, Alman Yüksek Mahkemesi'nin kıstaslarını uygulayarak da öncelik vakalarında vazgeçmenin gönüllü olmadığı neticesine varmaktadır. Bu müellife göre, failin öncelik verdiği suçu işlemek durumunda kalması bir hür irade değil failin içinde bulunduğu şartlar nedeniyle kendisini zorunlu hissettiği bir durumdur. Örneğin, yukarıda açıklanan, eski eşini öldürmek için eşin sevgilisini öldürmekten vazgeçen fail bakımından eşini öldürme saiki pekâlâ bir baskı (*Zwang*) olarak değerlendirilebilir. Bir başka deyişle, fail şayet her halükarda ikinci mağduru öldürmek istediye, ilk suçun icrasına devam edemezdi.¹³⁸ Normatif yaklaşım taraftarı *Roxin* ise böyle bir vakada gönüllü vazgeçmenin söz konusu olmadığını; çünkü failin vazgeçme hareketinin hukuka uygun davranışa dönme niteliğinde olmadığı düşüncesidir.¹³⁹

b) Erteleme vakaları (*Aufschubfällen*)

Bunun tipik örneği fail cinsel saldırı gerçekleştirdiği sırada mağdurun zaman kazanmak amacıyla kurnazca (hileli beyanla) başka bir yerde veya biraz sakinleştikten sonra cinsel ilişkiye rızayla gireceğini beyan ettiği vakalardır. Burada fail şiddete başvurarak tecavüz etme imkânını elinde tuttuğunu düşünmekte ve tekrar şiddet uygulamak konusunda da tereddüt etmemektedir. Psikolojik teoriye göre bu gibi vakalarda vazgeçme gönüllüdür. Buna karşılık normatif teoriler ise failin hür iradesiyle vazgeçtiğini kabul etmeme temayülü göstermektedir. *Rengier* bu nevi vakalarda failin gönüllü vazgeçmeden yararlanması gerektiği düşüncesindedir. Zira bu yazara göre burada fail tecavüz yerine rızaya dayalı cinsel ilişkiye girmeye hazır olduğunu

¹³⁵ Kai Ambos, in: Dieter Dölling, Gunnar Duttge, Stefan König ve Dieter Rössner (hrsg.) *Nomos Kommentar, Gesamtes Strafrecht Handkommentar*, 4. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden 2017, § 24 kn. 33.

¹³⁶ Kühl, s. 569.

¹³⁷ Maiwald, s. 256, 263.

¹³⁸ Maiwald, s. 264.

¹³⁹ Roxin, s. 591-592, 600-601.

göstermekte ve gönüllü vazgeçme imkânının varlığı mağdurun korunması amacına hizmet etmektedir.¹⁴⁰

c) Manevi Engel vakaları (Hemmnisfällen)

Bu gibi vakalarda fail içine girdiği manevi baskı nedeniyle suçun icrasını tamamlamamaktadır. Örneğin, eşini öldürmeye teşebbüs eden failin çocuklarını görünce fiilin icrasından vazgeçtiği vakada, normatif teoriye göre fail hür iradesiyle vazgeçmiştir; çünkü vazgeçme davranışla tekrar hukuka uygun davranma iradesi göstermiştir.¹⁴¹ Buna karşılık Alman Federal Mahkemesi bu olayda failin gönüllü vazgeçmediğine hükmetmiştir. Mahkeme'ye göre fail çocuklarının aniden olay yerine gelmesi nedeniyle panik neticesinde korkuya kapılmış ve kendi içinde yaşadığı karşı konulamaz psikolojik engeller nedeniyle karısını bıçaklamaya devam edememiştir. Sonuç olarak, Mahkeme'ye göre failin bu vakada vazgeçmesine neden olan harici baskı nedeniyle, vazgeçme hareketi hür irade eseri olarak değerlendirilmemiştir.¹⁴²

d) Diğer Vakalar

Bu gibi vakalar bir yana bırakıldığında psikolojik ve normatif kıstasların birçok olayda benzer neticelere vardıkları ve kimi ortak noktaları da olduğu hususu vurgulanmalıdır. Failin *ex-ante* bakış açısının değerlendirmede esas olması¹⁴³, psikolojik görüşün ahlaki saikleri esas almaması ve normatif teorilerin de umumiyetle ahlaki saikler yerine failin hukuka uygun davranma tutumuna geri dönüşünü esas alması ve şüphe halinde sanığın gönüllü vazgeçmeden yararlanması gibi hususlar bunlar arasında yer almaktadır.¹⁴⁴ Failin vakaya ilişkin sübjektif bilgisinin elverişsiz teşebbüsün de cezalandırıldığı Alman sisteminde fail teşebbüsün elverişli olduğunu düşündüğü sürece elverişsiz teşebbüsten de gönüllü vazgeçme mümkün olmaktadır.¹⁴⁵

Son olarak öğretilde hâkim olan görüşe göre kusur yeteneği olmayan

¹⁴⁰ Rengier, s. 338; Ambos, § 24 kn. 33.

¹⁴¹ Ambos, § 24 kn. 33.

¹⁴² BGH, Rücktritt vom Versuch aus seelischen Gründen, Neue Zeitschrift für Strafrecht, 1994, ss. 428-429, s. 429.

¹⁴³ Bkz. BGH, Beschl. v. 28.01.2015-4 StR 574/14 (LG Essen), Strafverteidiger (11), 2015, s. 688.

¹⁴⁴ Ambos, § 24 kn. 34.

¹⁴⁵ Jescheck/Weigend, s. 545; Jäger, § 24 kn. 64.

failin de gönüllü vazgeçebileceği kabul edilmektedir. Buna göre, gönüllü vazgeçme doğal kastı (*natürlichen Vorsatz*) bulunduğu sürece gönüllü vazgeçmenin failin kusur yeteneğinin bulunmamasından etkilenmeyeceği kabul edilmektedir.¹⁴⁶

Uygulamada şu vakalarda failin hür iradesiyle vazgeçtiği kabul edilmektedir:

- Cinsel saldırıda mağdurun daha sonra rızasıyla cinsel ilişkiye gireceğine söz vermesi üzerine failin vazgeçmesi;
- Failin cesaretini yitirmesi;
- Üçüncü kişinin sakinleştirmesi sonucu vazgeçme;
- Vicdanen failin rahatsız olması ve cezalandırılmaktan korkarak vazgeçme;
- Kimsenin duyma imkânı olmamasına rağmen mağdurun çığlık atması üzerine vazgeçme;
- Utanma duygusu nedeniyle vazgeçme;
- Duygusal şok nedeniyle vazgeçme.¹⁴⁷

Keza şu vakalarda da vazgeçmenin gönüllü olmadığı kabul edilmiştir:

- Failin yeni ortaya çıkan şartlar nedeniyle artık suçu işlemesinin çok riskli olduğunu düşündüğü vakalar;
- Manevi âleminde yaşadığı baskı nedeniyle suçun tamamlamaya muktedir olmaması;
- Yaşadığı psikolojik şok sebebiyle aldığı karara hâkim olamadığı haller (*Herr seiner Entschlüsse*) bu gibi durumlar zorlayıcı bir hal ve duygusal baskı durumlarında ortaya çıkmaktadır. Mağdurun yağma suçunda icra edilen cebir veya tehditten korkmaması durumunda çok daha farklı bir suç aracının lüzumlu hale gelmesi; öngörülmedik şekilde üçüncü bir kişinin olay yerine gelmesi gibi haller bu kapsamdadır;
- Vazgeçmeye iten düşüncenin fail tarafından vazgeçmeye mecbur eden bir engel veya duygusal bir baskı olarak telakki edilmesi

¹⁴⁶ Ambos, § 24 kn. 34; Kühn, s. 570; Hoffmann-Holland, § 24 kn. 108.

¹⁴⁷ Bkz. Fischer, 24 kn. 22; Hoffmann-Holland, § 24 kn. 108; Zaczyk, § 24 kn. 73; Beckemper/Cornelius, § 24 kn. 32.

- Yağma mağdurunun failin tehdidinden etkilenmemesi üzerine başka bir suç aracının gerekli olduğu hallerde vazgeçme;
- Failin fiili işlerken şaşırması veya rahatsız olması veya suçun işlenmesi imkânının kalmadığını düşünmesi hallerinde vazgeçme;
- Beklenmedik bir şekilde üçüncü bir kişinin suç mahalline gelmesi durumunda vazgeçme.¹⁴⁸

İcra sırasında ortaya çıkan yeni şartlar neticesinde failin ortaya çıkan riski fazla bulması nedeniyle vazgeçme ve yakalanma korkusu nedeniyle failin vazgeçtiği vakalarla daha sık karşılaşılmaktadır. Failin suçu tamamlaması kendisi açısından oldukça riskli gördüğü durumlarda artık gönüllü vazgeçmeden bahsedilemeyeceği kabul edilmektedir. Buna göre, örneğin yakalanacağı ve cezalandırılacağına emin olan veya bu konudaki yüksek riski fark eden ve vazgeçen failin gönüllü vazgeçmediği kabul edilmektedir. Keza, suçun tamamlanmasından kendisini tehlikede gördüğü için vazgeçen failin de gönüllü vazgeçmediği kabul edilmektedir. Bu noktada vurgulanması gereken husus bu gibi saiklerin fail tarafından onu vazgeçmeye icbar eder nitelikte görülmesidir. Fail, şahitlerin huzurunda veya yakalanma riskini göze alarak örneğin intikam saikiyle bir suça teşebbüs eder ve akabinde vazgeçerse artık burada failin yakalanma riskinin varlığı onun vazgeçmede hür iradesini ortadan kaldırmaz; çünkü burada artık bu olguların varlığı failin vazgeçme davranışını belirleyici nitelik arz etmemektedir.¹⁴⁹

Failin suçun icrasına başlamadan evvel öngöremediği hatırı sayılır risklerin ortaya çıkması nedeniyle teşebbüsten vazgeçtiği vakalarda, yukarıda da belirtildiği gibi vazgeçmenin failin hür iradesine dayanmadığı kabul edilmektedir. Örneğin, failin silahında tek bir kurşun kaldığı ve mağdurun da kendi silahına ulaştığı bir vakada vazgeçmenin gönüllü olmadığı kararı verilmiştir. Burada artan risk nedeniyle artık failin verdiği karar üzerinde hâkimiyetini kaybetmekte ve bu nedenle gönülsüz olarak vazgeçmektedir. Failin yakalanma riskini barındıran durumlar şayet fail tarafından öngörülebilecek nitelikteyse artık buradaki risk artışının gönüllülük üzerinde bir tesiri olmadığı kabul edilmektedir. Örneğin, güvenlik kamerasıyla izlendiğinin zaten aşikâr olduğu bir yerde mağdurun güvenlik kamerasına işaret

¹⁴⁸ Bkz. Fischer, § 24 kn. 23; Rengier, s. 339; Kindhäuser, s. 271; Hoffmann-Holland, § 24 kn. 107; Zaczyk § 24 kn. 69, 71.

¹⁴⁹ Rengier, s. 339; Zaczyk § 24 kn. 70.

etmesinin başlı başına failin hür iradesini ortadan kaldırmayacağı kabul edilmektedir.¹⁵⁰

5. Değerlendirme

Sonuç olarak uygulamada Alman Federal Yüksek Mahkemesi tarafından zaman zaman çelişkili kararlar şeklinde de kendisini gösterse psikolojik yaklaşıma uygun kararlar verilmektedir. Mahkeme'nin yukarıda da zikredilen bir kararında da açıkça ifade edildiği üzere mevcut m. 24 hükmünün lafzı, bilhassa hür irade terimi başka türlü bir yoruma müsaade etmemektedir. Bir başka deyişle failin vazgeçme iradesini hür bir surette tesis edip etmediğinin ötesinde bir gönüllü vazgeçme saikinin ilave şart olarak eklenmesi kanunun lafzına uymamaktadır.¹⁵¹ Keza, Mahkeme tarafından da kabul edildiği üzere geliştirilen suç mantığı veya suçlu mantığı esasına dayalı veyahut da hukuk ahlakından hareketle failin vazgeçme saikini bir kıtas olarak belirleyen teoriler daha adil bulunsalar bile bu nedenle tatbik kabiliyeti bulmaları güçtür. Bu nedenle kimi zaman verilen kararlar gönüllü vazgeçme hükmünün ihdası gerekçesi, *ratio legis* ile çelişebilmektedir. Bilhassa sübjektif teşebbüs teorisine istinat eden mükâfat teorisi ve cezanın genel ve özel önleme amaçları teorileri bakımından izahı güç vakalarda failin bu şahsi cezasızlık sebebinden istifade edebilmesi söz konusu olabilmektedir. Buna karşılık uygulamada hâkimlerin, hukuki sezgileriyle büyük bir oranda psikolojik ölçüleri doğru değerlendirmeleri nedeniyle normatif teorilerle çoğunlukla benzer neticelere vardıkları ifade edilmektedir.¹⁵² Buna karşılık, bu görüşün keyfilik tenkitlerine engel olamadığı da açıktır.

Bu nedenlerle olsa gerek, Alman hukukunda olması gereken hukuk bakımından (*de lege ferenda*) çözüm önerileri de getirilmeye başlanmıştır. Bu öneriler sorunu mevcut normun yorum tarzlarında değil normun kendisinde olduğunu ileri sürerek, kanun değişikliğinin yerinde olacağını ileri sürmektedir. Örneğin, *Hermann*'a göre mevcut Alman mevzuatına göre (*de lege lata*) getirilecek olan düzenlemelerin hiçbiri tatmin edici bir netice ortaya çıkarmayacaktır.¹⁵³ Bu yazara göre mevcut hükümde mutlak cezasız-

¹⁵⁰ Hoffmann-Holland, § 24 kn. 107.

¹⁵¹ Bkz. Hermann, s. 140.

¹⁵² Zaczyk, § 24 kn. 65.

¹⁵³ Hermann, s. 98, 165 vd.

lık sonucunun doğması yerine hâkime somut olayın şartlarına göre cezada indirimde gitme veya ceza vermeme konusunda takdir yetkisi tanınmalıdır. Bizim konumuz bakımından daha da önemlisi yazar, gönüllülük şartı failin manevi âleminde cereyan eden ve haricen bilinmesi pek mümkün olmayan bir durum olduğundan madde metninden çıkarılmalıdır. Bunun yerine keyfiligi önleyecek bir değerlendirmeye konu olabilecek samimi çaba şartının benimsenmesi önerilmektedir (*sich ernsthaft um die Vermeidung der Tatvollendung bemühen*). Bu teorik çerçeve kapsamında Hermann gönüllü vazgeçmeye ilişkin şu madde önerisini getirmektedir: ”Mahkeme, şayet fail veya şerik neticenin husule gelmemesi için samimi çaba gösterirse cezada indirim yapar veya ceza vermekten imtina edebilir.”¹⁵⁴

B. Avusturya

Avusturya Ceza Kanunu’nun 16. maddesinde yer alan olan gönüllü vazgeçme müessesesi¹⁵⁵ bir şahsi cezasızlık sebebi olarak düzenlenmiştir.¹⁵⁶ Avusturya uygulaması ve öğretisinde de gönüllü vazgeçmede gönüllülük şartı ana mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Bilhassa psikolojik yaklaşım dayanan Frank formülü, eleştirilere ve tüm vakaları çözememesine rağmen gerek öğretide gerekse uygulamada yaygın bir şekilde kullanılmaktadır¹⁵⁷. *Roxin’in* suçlu mantığı formülü de öğretilerde savunulmaktadır. Her iki formül de birçok vakada aynı sonuca götürmelerine karşın sınır vakaları olarak tabir edilen durumlarda aralarındaki fark ortaya çıkmaktadır. Örneğin, A’nın B’ye karşı yağma suçu işleme kastıyla suçun icrasına başlayacağı sırada C bir deste banknotu düşürür. A derhal yağma suçunun icrasından vazgeçer ve

¹⁵⁴ Hermann, s. 270; ayrıca bkz. Maurach/Gössel/Zipf, s. 165 dipnot 406; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, s. 691 dipnot 114.

¹⁵⁵ Avusturya Ceza Kanunu’nun teşebbüsten vazgeçme başlıklı m. 16 hükmü şu şekildedir:
(1) Fail hür iradesiyle icra hareketlerinden vazgeçerse suça teşebbüsten veya buna iştirakten cezalandırılmaz. İştirak halinde işlenen suçlarda da teşebbüsü veya suçun tamamlanmasına hür iradesiyle mani olduğu takdirde de cezalandırılmaz.
(2) Fail, kendisinin katkısı olmaksızın suçun icrası veya netice husule gelmemiş olması halinde de şayet bu halin farkında olmadan suçun icrasını veya neticenin husule gelmesine mani olmak için hür iradesiyle ciddi bir çaba göstermiş olması halinde cezalandırılmaz.”

¹⁵⁶ Ernst Eugen Fabrizy, Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 12. Auflage, Manz’sche Verlag, Wien 2016, § 16 kn. 2.

¹⁵⁷ Bkz. Diethelm Kienapfel, Frank Höpfel ve Robert Kert, Grundriss des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 15. Auflage, Manz’sche Verlag, Wien 2016, s. 152.

bulduğu paraları cebe indirir. Bu nevi bir vakada *Frank* Formülü failin hür iradesiyle vazgeçtiği sonucuna varırken *Roxin* Formülüne göre vazgeçme gönüllü değildir. Buna karşılık, *Roxin* Formülüne göre batıl inançları nedeniyle örneğin baykuş ötmesini kötü şans olarak yorumlayan failin vazgeçmesi gönüllüken, *Frank* formülüne göre bu nevi bir vazgeçme hür iradenin eseri değildir.¹⁵⁸

Failin gönüllü vazgeçmeden istifade edebilmesi vazgeçmenin hür irade neticesi olması gerekmektedir. Failin gönüllü vazgeçtiğinin kabul edilebilmesi için failin kendine ‘suçun icrasını tamamlayabilirim ama bunu hiçbir şekilde istemiyorum veya en azından şu anda istemiyorum’ demesi gerekmektedir.¹⁵⁹ Gönüllülük şartı bakımından yapılan değerlendirme failin *ex ante* bilgisi esas alınarak yapılmaktadır. Buna göre fail, kendi algılayışına göre subjektif suçun icra hareketlerini tamamlayabileceğini düşünmesine rağmen suç işleme kararından vazgeçmişse bu vazgeçme iradesinin gönüllü olduğu kabul edilmektedir.¹⁶⁰ Yukarıda da belirtildiği gibi gönüllülük şartı bakımından öğretide umumiyetle *Frank* Formülü ve *Roxin* Formülüne dayanılmaktadır.¹⁶¹ Örneğin, cinsel saldırı mağdurunun adet gördüğünü veya cinsel organında enfeksiyon olduğunu söylemesi üzerine failin vazgeçmesi gönüllü kabul edilmemektedir. Bir başka örnekte failin hata neticesinde fiili tamamlamayacağı ve görüldüğü kanaatine varması halinde de vazgeçmenin gönüllü olmadığı kabul edilmektedir. Keza keşfedilme, yakalanma korkusu da gönüllülüğü ortadan kaldırmaktadır.¹⁶²

Hür iradenin belirlenmesi bakımından failin maddi veya manevi bir baskı altında olmadan kararı vermesi gerektiği kabul edilmekte ve bu şart failin “otonom saiklerle” (*autonome Motive*) hareket etmesi koşulu olarak adlandırılmaktadır. Genel kabul gören anlayışa göre failin gönüllü vazgeçmede güttüğü saikin ahlaki bir nitelik taşıması gerekmemektedir.¹⁶³

¹⁵⁸ Kienapfel/Höpfel/Kert, s. 153.

¹⁵⁹ Fabrily, § 16 kn. 8.

¹⁶⁰ Gerhard Hager ve Wolfram Massauer, in: Frank Höpfel ve Eckart Ratz (hrsg.) Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Manz’sche Verlag, Wien 1999, §§ 15, 16, kn. 127; Fischer, § 24 kn. 24.

¹⁶¹ Bkz. Kienapfel/Höpfel/Kert, s. 152-153.

¹⁶² Fabrily, § 16 kn. 8.

¹⁶³ Hager/Massauer, §§ 15, 16 kn. 127.

Avusturya Ceza Hukuku'nda gönüllülüğün belirlenmesi bakımından öne çıkan hususiyet failin suç planı kıstasının uygulanmasıdır. Bunun gerekçesi olarak *Frank* Formülünün gönülsüzlüğü bir başka deyişle hür iradenin mevcut olmadığı durumları kapsamakta yetersiz kalmasıdır. Gerçekten, *Frank* Formülü failin önünde seçme imkânının mevcut olduğu durumları ihtiva etmesine karşın (“*ich will nicht mehr, obwohl ich noch könnte*”), formülün menfi tarafı failin artık bir seçeneğinin kalmadığı (“*ich kann nicht mehr*”) durumları tarif ettiğinden, bu nevi durumların artık gönüllü vazgeçme kapsamında değerlendirilemeyeceği ifade edilmektedir.¹⁶⁴ Bu nedenle *Frank* Formülünün ihtiva ettiği bu nakısanın giderilmesi için öğreti ve uygulamada formül şu şekilde tatbik edilmektedir: fail şayet kendine suç planına uygun bir şekilde suçu tamamlayabileceğini söylüyorsa (“*dass eine dem Tatplan entsprechende Vollendung noch möglich wäre*”) artık bu vazgeçme gönüllüdür.¹⁶⁵ Failin gönüllülüğünün tespiti bakımından O'nun suç planı esas alınmaktadır. Buna göre suçun icrası sırasında öngörülme şartlar zuhur ederse ancak fail açısından bu değişen şartlara rağmen suçun icrasının tamamlanması mümkün gözüküyorsa vazgeçmede hür iradenin varlığı kabul edilecektir.¹⁶⁶ Fail tarafından yapılan değerlendirmede artık suçun icrasının imkânsız olduğu kanaati oluşursa bu vazgeçmenin gönüllü olmadığı kabul edilmektedir. Bir başka deyişle, suçun işlendiği sırada ortaya çıkan şartlardan bağımsız olarak alınan vazgeçme kararında gönüllülük şartının varlığı için bir karine teşkil etmektedir. Buna karşılık, somut vakanın şartları çerçevesinde alınan bir vazgeçme kararının yakından incelenmesi icap etmektedir. Buna göre, failin vazgeçme davranışı failin hukukiliğe geri dönüş olarak yorumlanmadığı vakit artık gönüllü bir vazgeçmeden söz edilemeyecektir.¹⁶⁷ Bu şartın bir sonucu da failin fiilin icrasından nihai olarak vazgeçmesi zorunluluğunu beraberinde getirmesidir. Buna karşılık başka bir zaman suçu tekrar etme konusundaki fikir gönüllü vazgeçme kararının geçerliliğini etkilemez.¹⁶⁸

Öğretide *Triffterer*, suç planını esas alan çözümün de tek başına yeterli olmadığını ileri sürmüştür. Zira bu formüle göre de failin gönüllü hareket et-

¹⁶⁴ Otto Triffterer, *Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer-Verlag, Wien 1985, s. 370.

¹⁶⁵ Triffterer, s. 370; Schubert, s. 213.

¹⁶⁶ Hager/Massauer, §§ 15, 16 kn. 128.

¹⁶⁷ Hager/Massauer, §§ 15, 16 kn. 129.

¹⁶⁸ Hager/Massauer, §§ 15, 16 kn. 130.

mediğinin tespiti için esas suç planından ne kadar sapmış olması gerektiği sorusu cevapsız kalmaktadır. Bu nedenle olsa gerek müellif Alman Hukuku'nda karma görüşlere benzeyen psikolojik ve normatif teorilerin kombine edilmesine dayanan bir çözüm önerisi geliştirmiştir.¹⁶⁹ Buna göre harici şartların failin vazgeçmesine olan tesirleri psikolojik olarak değerlendirilmeli ve buna ilave olarak belirlenen normatif kıstas da failin vazgeçme davranışı O'nun içsel bir kararla hukuka geri dönme iradesini ortaya koymuş olmalıdır.¹⁷⁰ Failin gönüllülüğü konusundaki değerlendirmenin ön koşulu ise failin hala suçu tamamlayabileceğine inanmasıdır. Seçme şansı olmayanın vazgeçmesinden de söz edilemez. Failin vazgeçme imkânı olduğuna inandığı bir vakada da O'nun vakadan bağımsız mı yoksa vakadan kaynaklanan sebeplerle mi vazgeçtiği araştırılmalıdır. Vakadan bağımsız bir vazgeçme, failin otonom iradesine dayanır. Failin pişman olması, zengin olmak için daha kolay bir yol görmesi veya fiilin işlendiği zamanda tiyatro biletinin olduğunu fark ederek vazgeçmesi otonom vazgeçme olarak değerlendirilmektedir. Bu örneklerden de anlaşılacağı üzere *Triffterer*, vazgeçmenin ahlaken yüce bir saike dayanması şartını aramamaktadır. Suçun icrasına başlandığı sırada ortaya çıkan harici nedenlerle vazgeçme durumlarında vazgeçme gönülsüz olabilir. Buna mukabil her harici nedenin de gönüllülüğü ortadan kaldıracığı söylenemez. Burada harici etkinin failin psikolojik durumu ve suç planı üzerindeki tesirinin derecesi belirleyici olacaktır.¹⁷¹ Örneğin, mağdurun olay yerinden kaçması halinde vazgeçmenin gönüllü olmadığı kabul edilmektedir. Burada harici şartların gerçekten var olması gerekli görülmemekte failin subjektif olarak bu harici şartların mevcut olduğunu düşünmesi yeterli görülmektedir.¹⁷²

Öğretide *Fuchs* da gönüllülük bakımından, vazgeçme hareketinin faydalı bir davranış olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine göre bir değerlendirme yapılması gerektiği kanaatindedir. Burada da vazgeçme davranışının değerlendirilmesindeki kıstas failin manevi olarak suça teşebbüsten vazgeçmesi ve vazgeçme davranışının hukuk dairesine geri dönme niteliği arz etmesidir.¹⁷³ Müellif Avusturya öğretisindeki genel görüşe uygun

¹⁶⁹ Triffterer, s. 370.

¹⁷⁰ Triffterer, s. 370.

¹⁷¹ Triffterer, s. 371.

¹⁷² Triffterer, s. 371; Schubert, s. 214-215.

¹⁷³ Helmut Fuchs, *Strafrecht Allgemeiner Teil I, Grundlagen und Lehre von der Straftat*, 9. Auflage, Verlag Österreich, Wien 2016, s. 307.

bir yaklaşımla vazgeçmenin otonom saiklerden kaynaklanması halinde her zaman gönüllü olacağını ifade etmektedir. Buradaki kıstas vakaya müteallik harici şartların failin icraya başlamasından itibaren değişmemesi veya değişmişse de failin lehine değişmiş olmasıdır. Keza ahlaken yüce bir vazgeçme saikinin mevcudiyeti de aranmamaktadır. Bu çerçevede, pişmanlık, mağdura acıma gibi saiklerin yanında cesaretsizlik, ceza korkusu, suçun icrasından evvel failin planında bir değişiklik ortaya çıkmamasına rağmen yakalanma korkusu gibi saiklerle olan vazgeçme de gönüllüdür.¹⁷⁴ Burada vakaya ilişkin şartlarda çok esaslı olmayan değişikliklerin de gönüllü vazgeçmeyi ortadan kaldırmayacağı kabul edilmektedir. *Fuchs'a* göre, fail bakımından yeni zorluk, tehlike veya dezavantajlı durumların ortaya çıkması ve bunlar karşısında artık failin suçun icrasına devam etmesi açıkça mantığa, akla aykırıysa artık bu vazgeçmenin hür iradenin eseri olmadığı kabul edilmektedir.¹⁷⁵ Örneğin, konutta hırsızlık yapacak olan failin ev sahibinin gelmesi veya polis sireni duyması nedeniyle vazgeçmesi gönüllü değildir. Failin, bir dükkânda hırsızlık yaparken görülmesi üzerine çaldığı eşyayı iadesi halinde bu vazgeçme suç planında olmayan bir nedenle ortaya çıktığından bu vazgeçme de gönüllü değildir.¹⁷⁶

C. Fransa

Fransız Ceza Hukuku'nda gönüllü vazgeçme, teşebbüs hükmünün (*la tentative*) menfi unsuru olarak tanımlanmıştır. Buna göre teşebbüs gönüllü vazgeçmenin bulunmaması halinde (*l'absence d'un désistement volontaire*) cezalandırılacaktır.¹⁷⁷ Fransız Ceza Kanunu'nun 121-5 hükmünde düzenlenmiş olan teşebbüs şu şekilde tanımlanmıştır:

Teşebbüs, failin suçun icrasına başlamış olması ve failin elinde olmayan nedenlerle kesintiye uğraması veya başarısız olması halinde oluşur.

Genel olarak liberal hukuk düşüncesiyle şekillenmiş olan Fransız teşebbüs hukukunda suçun planlama ve hazırlık hareketlerinin net biçimde icra hareketlerinden ayrıldığı objektif bir yaklaşım gerek eski 1810 Ceza

¹⁷⁴ Fuchs, s. 307-308.

¹⁷⁵ Fuchs, s. 308.

¹⁷⁶ Fuchs, s. 308.

¹⁷⁷ Vazgeçmenin müspet unsuru ise failin doğrudan suçun icrasına başlamış olmasıdır (*l'absence de désistement volontaire*).

Kanunu¹⁷⁸ gerekse de 1994 Ceza Kanunu'nda¹⁷⁹ benimsenmiştir. Her iki kanunda da teşebbüs başlangıcına ilişkin olarak icra hareketlerine başlama (*un commencement d'exécution*) kıstası benimsenmiştir.¹⁸⁰ Teşebbüsün başlangıcına ilişkin bu objektif koşula ilave olarak kanun, teşebbüsün failin elinde olmayan nedenlerle başarısız olmadığı şartıyla birlikte zimni olarak gönüllü vazgeçmenin bulunmamasını (*circontances indépendantes de la volonté de son auteur*) teşebbüsün koşullarından biri haline getirmiştir. Bu şekilde gönüllü vazgeçme sistematik bakımdan teşebbüsün menfi bir unsuru (infisahi şartı) olarak tanımlanmıştır.¹⁸¹ Belçika ve Lüksemburg da gönüllü vazgeçmede menfi zimni gönüllü vazgeçme normu (*Negativ-Implizite*) çözümünü benimseyen ülkelerdir.¹⁸² Bir başka deyişle bu ülkelerde gönüllü vazgeçmenin olmaması (failin elinde olmayan nedenlerle suçun tamamlanmamış) teşebbüsten sorumlu olmanın şartlarından birini teşkil etmektedir. Gönüllü vazgeçmenin hukuki neticesi ise teşebbüsün ortadan kalkması, adeta hiç işlenmemiş gibi olmasıdır.¹⁸³ Failin suçu tamamlayamaması halinde gönüllü vazgeçme, failin hür iradesiyle suçun icrasına devam etmemiş olması halinde söz konusu olacaktır.¹⁸⁴

Fransız Ceza Hukuku'nda da gönüllü vazgeçmede gönüllülük şartı bu müessesinin en önemli unsuru olma niteliğini haizdir. Fransız öğretisinde gönüllülük şartı bakımından tatbik edilecek kıstaslar üç grupta ele alınmaktadır. Bunlar şunlardır:

1. Kendiliğinden vazgeçme (*désistement libre* veya *spontane*)
2. Zoraki vazgeçme (*désistement contraint*)
3. Tesir altında vazgeçme (*désistement influencé*)

Failin, hür iradesiyle ve kendi aldığı bir kararla (*cause interne*) suçu işlemekten vazgeçmesine kendiliğinden vazgeçme denilmektedir ve bu kapsa-

¹⁷⁸ Bkz. Fransız Ceza Kanunu 1810 m. 2.

¹⁷⁹ Bkz. Fransız Ceza Kanunu 1994 m. 121-5.

¹⁸⁰ Bkz. Brockhaus, s. 29 vd.

¹⁸¹ Brockhaus, s. 36, 111; Schubert, s. 192; Catherine Elliott, *French Criminal Law*, Routledge, London 2011, s. 98; Jean Pradel, *Droit pénal général*, 19. édition Cujas, Paris 2012, s. 329 vd.; Bernard Bouloc, *Droit pénal général*, 24. édition, Dalloz, Paris 2015, s. 232 vd.

¹⁸² Bkz. Belçika ve Lüksemburg Ceza Kanunu m. 51; ayrıca bkz. Schubert, s. 193.

¹⁸³ Schubert, *ibid.*

¹⁸⁴ Elliott, s. 98.

ma giren hallerde istinasız olarak failin cezai sorumluluğu ortadan kalkmaktadır.¹⁸⁵ Burada hür irade yerine genellikle kanunun lafzında yer almayan spontane olma/kendiliğinden (*spontanéité*) terimi kullanılmaktadır.

Kendiliğinden vazgeçme kavramının muhtevasına bakıldığı vakit vazgeçmenin harici etkiler bulunmaksızın failin kendisinin aldığı bir kararı ifade etmektedir. Burada vazgeçme saiki ve bunun ahlaki nitelikte olup olmadığı kendiliğindenlik değerlendirmesinde herhangi bir rol oynamamaktadır. Öğretide yerleşik olan görüşe göre failin örneğin pişmanlık neticesinde veya yakalanma korkusuyla vazgeçmesi değil failin kendisinden kaynaklanan, içsel sebeplerle vazgeçmesi (*cause interne*) mühimdir.¹⁸⁶

Zoraki vazgeçme ise yalnızca harici şartların (*cause extériuer*) tesirinde kalarak failin teşebbüsten vazgeçmesidir ki bu hal hiçbir zaman gönüllü vazgeçme addedilmemektedir. Öğretide bu duruma örnek olarak mağdurun faile nazaran fiziki üstünlüğü olması, mağdur tarafından tanınması veya aniden polisin veya üçüncü kişinin olay yerine gelmesi verilmektedir. Ayrıca muayenehanede iken aniden hamile olan bayanın reddetmesi nedeniyle doktorun kürtajı gerçekleştirememesi de bu kapsamda değerlendirilmektedir.¹⁸⁷

Bu iki grup arasındaki kategoride ise failin belli bir harici tesirin altında hareket ettiği ancak bu tesirlerin O'nu planladığı suçu işlemekten alıkoymadığı vakalar yer almaktadır. Bu ara grupta yer alan vakalarda failin gönüllü vazgeçme hükmünden yararlanıp yararlanamayacağı münakaşalıdır. Öğretide harici ve dâhili sebeplerden hangisinin ağırlıklı olarak failin aldığı vazgeçme kararını etkilediğine, karar alma sürecini etkileyen hâkim sebebe bakılmaktadır. Buna göre failin (*la cause prépondérante*) bakılmaktadır. Burada failin perspektifinin mi yoksa objektif şartlardan mı yola çıkılarak, failin hangi sebebin tesiri altında hareket ettiğinin tespiti sorunu ortaya çıkmaktadır.¹⁸⁸ Bu konudaki değerlendirme çoğu kez maddi vakaya ilişkin değerlendirmeye bağlı kalmaktadır. Örneğin, sanığın bir ses duyup kaçtığı bir vakada teşebbüsün olup olmadığını mahkeme somut olayın şartlarına göre değerlendirecektir.¹⁸⁹

¹⁸⁵ Brockhaus, s. 112; Schubert, s. 194.

¹⁸⁶ Brockhaus, s. 113

¹⁸⁷ Brockhaus, s. 114; Schubert, 194-195.

¹⁸⁸ Brockhaus, s. 115; Schubert, s. 195; Elliott, s. 98.

¹⁸⁹ Elliott, ibid.

Öğretide *Prothais* bu görüşü tenkit etmiştir. Bu müellif öğretide hâkim olan görüşün rasyonel ve soğukkanlı bir fail tipini esas alarak O'nun iradesinin harici şartlarla icbar edilip edilmediğini ve bu nevi bir failin bu cezasızlık sebebinden istifade etmemesi gerektiği görüşündedir. Buna ilave olarak bu müellif psikolojik şartların hesaba katılması gerektiğini, bununla da kalmayarak failin vazgeçemedeki saikinin ahlaki niteliğine bakılması gerektiği görüşündedir. Böylece yakalanma korkusuyla hareket eden bir failin vazgeçmesi her zaman gönülsüz addedilmelidir. Keza failin fiili işlemeden kaynaklanan risklerin oldukça arttığını düşünerek vazgeçmesi de gönüllü değildir. Buna mukabil *Prothais*, failin bilinçli bir tercihle tekrar hukuka uygun davranma iradesini gösterdiği veya mağdura acıyarak suçun icrasından vazgeçmesi hallerinde zorunlu olarak gönüllülük şartının var olduğunun kabul edilmesi gerektiği görüşündedir.¹⁹⁰ Bu nedenle *Prothais* övgüye mazhar veya kabul edilebilir saik (“*motives louables*”) kıstasını getirerek bu gibi saiklerin varlığı halinde vazgeçmenin gönüllü olabileceğini ileri sürmüştür.¹⁹¹

Fransız Yargıtayı'nın kararlarına bakıldığında çok istisnai hallerde failin teşebbüsten gönüllü vazgeçtiğinin kabul edildiği görülmektedir.¹⁹² Mahkeme, hırsızın mağdurun öldüğünü fark ederek hırsızlıktan vazgeçtiği veya sigorta parası almak için kaza süsü verdiği bir olayda da sigortaya başvurup sonra başvurusunu çektiği vakada vazgeçmenin gönüllü olduğunu kabul etmiştir.¹⁹³ Keza, Mahkeme failin kapalı bir dükkâna hırsızlık yapmak amacıyla girmek üzereyken bir arkadaşına rastlaması ve O'nun telkiniyle fiilin icrasından vazgeçtiği olayda bu nevi bir tesir altında vazgeçmenin gönüllü olduğunu kabul etmiştir. Burada, harici tesirin zorlayıcı olmadığı müddetçe başlı başına gönüllülüğü ortadan kaldırmayacağı kabul edilmektedir. Bu kararında Mahkeme'nin faili vazgeçmeye sevk eden sebeplerden hangisinin ağır bastığı kıstasına dayanarak karar verdiği ifade edilmektedir. Bu çerçevede, Mahkeme fail suçun icrasına başladığı sırada aniden üçüncü bir kişinin ortaya çıkması nedeniyle suçun icrasından vazgeçmesinin gönüllü olmadığına karar vermiştir.¹⁹⁴ Bir başka vakada da sanıklar bir cesedi çıkar-

¹⁹⁰ Brockhaus, s. 115; Alain Prothais, *Tentative et Attentat*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1985, s. 69-70.

¹⁹¹ Schubert, s. 194.

¹⁹² Brockhaus, s. 116; Schubert, s. 196.

¹⁹³ Brockhaus, s. 116.

¹⁹⁴ Brockhaus, s. 117-118.

mak amacıyla mezar kazarken korkup kaçmışlardır. Bu vakada mahkeme teşebbüsün şartlarının oluşmadığına (gönüllü vazgeçmenin olduğuna) karar vermiştir.¹⁹⁵

D. İngiltere

Common law geleneğinde kural olarak iştirak halinde gönüllü vazgeçmeye müteallik hükümler saklı tutulmak kaydıyla, gönüllü vazgeçme müessesesi yoktur. Bu nedenle genel olarak İngiliz gönüllü vazgeçme hukukunun, gönüllü vazgeçen faile Kıta Avrupası'na nazaran daha az cömert olduğunu söylemek mümkündür.¹⁹⁶

Hiç şüphesiz bu durum İngiliz Ceza Hukuku'nda gönüllü vazgeçme bakımından çok farklı bir tercihin söz konusu olduğunu göstermektedir. Bu yaklaşıma göre, teşebbüs kendi başına bir suç tipi olarak tavsif edildiğinden, bir defa teşebbüs icra edildikten sonra vazgeçme marifetiyle ortadan kaldırılması (*being negatived by a withdrawal*) mümkün değildir. Geleneksel olarak İngiliz öğretisinde, fail bir defa suçu işledikten sonra geriye dönük olarak bu suçun işlenmemiş sayılması ("*uncommission*") kabul edilmez surette mantığa aykırıdır. Keza, bu yaklaşım hukuk komisyonu tarafından kabul edilmiş ve meclis tarafından da 1981 tarihli Cezai Teşebbüs Kanunu'nda (*Criminal Attempts Act 1981*) benimsenen yaklaşım olmuştur.¹⁹⁷

Buna mukabil son zamanlarda öğretilde, gönüllü vazgeçme müessesinin kabul edilmesi yolunda görüşler de savunulmaya başlanmıştır. Örneğin, öğretilde *Simester ve Sullivan*'a göre ideal olan gönüllü vazgeçmenin cezayı ortadan kaldıran (*defence*) bir hal olarak kanun koyucu tarafından düzenlenmesidir.¹⁹⁸ Burada konumuz bakımından önemli bir tespit yapan müellifler böyle bir durumda en büyük meselenin gönüllü (*voluntary*) ve gönülsüz (*involuntary desistance*) vazgeçme arasındaki ayırımın yapılması olduğu görüşündedir.¹⁹⁹ Öğretilde *Horder* ise gönüllü vazgeçme halinde failin kusuru ye-

¹⁹⁵ Fort-de-France, 22 sept. 1967, J.C.P., 1968 II.15583 (Elliott, s. 98).

¹⁹⁶ Bkz. John Spencer, "Brief Comments from an English perspective", in: Klaus Tiedemann (hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union*, Freiburg-Symposium, Carl Heymanns Verlag, Köln 2002, ss. 435-445, s. 442; Schubert, s. 190.

¹⁹⁷ Spencer, s. 443.

¹⁹⁸ AP Simester, JR Spencer, Findlay Stark, GR Sullivan ve GJ Virgo, *Simester and Sullivan's Criminal Law, Theory and Doctrine*, 6th Edition, Hart Publishing, Oxford 2016, s. 355-356.

¹⁹⁹ Simester/Spencer/Stark/Sullivan/Virgo, s. 356.

terince azalmadığından cezayı kaldıran bir hal olarak düzenlenmesine gerek olmadığı görüşündedir.²⁰⁰

E. İsviçre

Almanca konuşan memleketler arasında İsviçre, gönüllü vazgeçme düzenlenmesi hür irade kavramının yerine “kendiliğinden” teriminin tercih edilmesi ve hukuki netice olarak cezasızlığın yanında takdiri indirim nedeninin alternatifini ihtiva etmesi bakımından ön plana çıkmaktadır. Gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen vazgeçme ve faal nedamet başlıklı İsviçre Ceza Kanunu m. 23 f. 1 ve 2 hükümleri şu şekildedir:

1. *Fail, cezalandırılabilir fiili kendiliğinden sona erdirmez veya tamamlanmasına mani olunmasında katkıda bulunursa, Mahkeme cezada indirim yapabileceği gibi ceza vermekten imtina edebilir.*
2. *Bir suça birden fazla fail veya şerik iştirak etmişse, Mahkeme kendiliğinden suçun tamamlanmasına mani olunmasında katkıda bulunanların cezasında indirim yapabileceği gibi ceza vermekten imtina edebilir.*

İsviçre Ceza Kanunu’nun ifadesiyle vazgeçmenin failin kendiliğinden/spontane (*aus eigenem Antrieb, de sa propre initiative, l’autore ha spontaneamente desistito*) vermiş olduğu bir karar olması gerekmektedir.²⁰¹ Failin vazgeçme kararında esasen içinde bulunduğu durumdan bağımsız manevi durumu ve sınırlı olmak kaydıyla içinde bulunduğu durumdan kaynaklanan harici şartlar rol oynayabilir.

Benzer şekilde İsviçre Federal Mahkemesi’nin yerleşik kararlarına göre de hür irade şartı tespit edilirken failin verdiği kararlar üzerinde hâkimiyetini devam ettirip ettiremediğine bakılmaktadır. Failin ne harici ne de ruhi baskı altında kalarak vazgeçme kararını vermiş olması gerekmektedir. Buna ilave olarak failin suçun tamamlanmasını engelleyecek bir şartın, bu nitelikte olduğunu bilmiyor olması gereklidir. İsviçre’de failin otonom saiklerle hareket etmesi şartı da aranmaktadır. Bu noktada vicdan azabı, mağdura acıma ve farkedilme korkusu failin vazgeçme nedenlerinden biri

²⁰⁰ Jeremy Horder, *Ashworth’s Principles of Criminal Law*, 8th Edition, Oxford University Press, Oxford 2016, s. 502.

²⁰¹ Bkz. İsviçre Ceza Kanunu m. 23.

olabilir.²⁰² Failin gönüllü vazgeçmesine mağdur veya müşterek fail gibi harici bir şart da neden olmuş olabilir. Burada önemli olan failin bakış açısıyla fiilin icrası sırasında onu gönüllü vazgeçmeye zorlayan herhangi bir durumun söz konusu olmamasıdır.²⁰³ Burada önemli olan failin hâkim sebep olarak harici şartların baskısı altında vazgeçmemiş olması, kendi iradesinin vazgeçme kararında belirleyici olmuş olmasıdır.²⁰⁴

Harici şartların fiilin işlenmesini zorlaştırması durumunda, örneğin mağdurun direnmesi gibi durumlarda ise şayet ortaya çıkan engel teşebbüsün başarısız olma riskini önemli ölçüde artırıyorsa ve icraya devam etmenin akla ve mantığa uymadığı açıksa artık burada hür iradeyle vazgeçmenin olmadığı kabul edilmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi de kararlarında failin mantığa uygun olarak başka türlü hareket imkânı olmaması (*vernünftigerweise nicht anders handeln konnte*) gibi bir kıstasa müracaat etmektedir. Bu ifade İsviçre öğretisinde de savunulan *Roxin'in* suçlu mantığı teorisini akla getirmektedir. Alman hukukunda failin saikinin tespitindeki güçlüklerin İsviçre bakımından da sözkonusu olduğu ifade edilse de m. 23 hükmünün cezasızlık yerine hâkime takdirini indirim imkânı da tanınması nedeniyle bu meselinin çok büyük bir sorun teşkil etmediği ifade edilmektedir.²⁰⁵

Failin hür iradesiyle hareket edip etmediğinin tespiti failin bakış açısı esas alınarak yapılmalıdır. Bu nedenle fiilin icrası objektif olarak mümkün olmasa dahi vazgeçmenin gönüllü olduğu kabul edilmelidir. Buna karşılık, fiilin icrasının halen mümkün olmasına rağmen fail bunun mümkün olmadığını düşünüyorsa artık vazgeçmenin gönüllü olmadığı kabul edilmelidir.²⁰⁶

Failin ahlaki nedenlerden mi yoksa kendi menfaati için mi vazgeçtiğinin kural olarak bir önemi yoktur.²⁰⁷ Bu nedenle yakalanma ve cezalandırılma

²⁰² Bkz. Kurt Seelmann ve Christopher Geth, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2016, s. 140; *Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts aus dem Jahre 1957*, Amtliche Sammlung, 83. Band, IV. Teil, Strafrecht, Imprimeries Reunies S.A., Lausanne 1957, s. 1-2

²⁰³ Seelmann/Geth, s. 140.

²⁰⁴ Marcel Alexander Niggli ve Stefan Maeder, in: Marcel Alexander Niggli ve Hans Wiprächtinger (hrsg.), *Basler Kommentar Strafrecht I*, 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2013, Art. 23 kn. 10.

²⁰⁵ Niggli/Maeder, Art. 23 kn. 12.

²⁰⁶ Stefan Trechsel, Peter Noll ve Mark Pieth, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 7. Auflage, Schulthess, Basel 2017, s. 183.

²⁰⁷ Niggli/Maeder, Art. 23 kn. 10; Trechsel/Noll/Pieth, s. 183.

korkusu nedeniyle, artık bir menfaati olmadığını düşünerek aniden suçu tamamlamaktan vazgeçerse de vazgeçmenin gönüllü olduğu kabul edilmektedir. Örneğin, yağma suçunda tehdit aracının elverişsizliği, çalınmak istenen yiyeceklerin lezzetli bulunmaması gibi durumlarda vazgeçmenin gönüllü olduğu kabul edilmektedir.²⁰⁸

F. İtalya

Teşebbüste, icra hareketi bakımından elverişlilik şartını ihtiva eden İtalyan Ceza Kanunu bu sebeple teşebbüste objektif yaklaşımı benimseyen kanunlar arasında yer almaktadır.²⁰⁹ Elverişliliğin tespiti *ex ante* bir perspektifle ve neticeyi husule getirme bakımından icra hareketinin somut olarak elverişli olup olmadığının değerlendirilmesi suretiyle yapılmaktadır.²¹⁰ Yine, İtalyan hukukunda teşebbüs cezalandırılması bakımından failin fiil hakkındaki tasavvuru pek bir ehemmiyet taşımamaktadır. Bir başka deyişle İtalyan Ceza Hukuku'nda neticenin haksızlığı hareketin haksızlığına nazaran daha büyük bir önemi haizdir. Bunun sonucu olarak teşebbüsten bir kimsenin ceza alabilmesi için *ex ante* bir bakış açısıyla ilgili suç tipinde korunan hukuki değer bakımından gerçekten tehlike yaratılıp yaratılmadığının hâkim tarafından tespit edilmesi gerekmektedir. Ayrıca, suçun icrası tamamlanmadığı veya netice meydana gelmediği için failin mutlaka tamamlanmış suça nazaran daha az ceza alması gerekmektedir.²¹¹

Gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen İtalyan Ceza Kanunu m. 56 f. (3)-(4) hükümleri şu şekildedir:

Fail fiilden gönüllü olarak vazgeçtiği takdirde, gerçekleştirdiği hareketler bizatihi başka bir suçu oluşturuyorsa sadece O suçtan cezalandırılır.

Fail neticeyi gönüllü olarak önlemişse, suça teşebbüs bakımından öngörülen cezanın üçte birinden yarısına kadarı indirilerek tespit edilen ceza ile tecziye edilir.

²⁰⁸ Trechsel/Noll/Pieth, ibid.

²⁰⁹ Bkz. İtalyan Ceza Kanunu m. 56 f. 1; tarihsel gelişim seyri içinde İtalyan Şehir Devletleri ve Papalık mevzuatının gönüllü vazgeçmeye müteallik hükümleri hakkında malumat için bkz. Erra, 682 vd.

²¹⁰ Fornasari, s. 50.

²¹¹ Fornasari, s. 51-53.

İtalyan kanun koyucusu 3. fıkrada düzenlenmiş kurum için “*desistenza volontaria*” (gönüllü vazgeçme) kavramını kullanırken; 4. fıkrada düzenlenen kurum için “*recesso attivo*” (faal nedamet/aktif gönüllü vazgeçme) kavramını kullanmıştır. Faal nedamet halinde faile teşebbüs ettiği suçun cezasında indirim yapılmasının arkasında yatan düşünce, failin bu nevi bir vada ilgili suçun tamamlanması için hâlihazırda gerekli ve yeterli olan tüm eylemleri gerçekleştirdikten sonra vazgeçme iradesi ve davranışını ortaya koymuş olmasıdır. Buna karşılık gönüllü vazgeçme halinde tipik eylem neticelendirilmemiş sadece teşebbüsün sınırları ihlal edilmiştir. İtalyan Hukuku bu iki fail, bir başka deyişle iki vazgeçme tipi arasındaki farka bunlara tatbik edilecek hukuki neticeler bakımından değer tanımıştır.²¹² Bir başka deyişle, faal nedamet halinde fail, gönüllü ve başarılı bir biçimde suçun tamamlanmasına mani olmasına rağmen hukuki değer ihlali bakımından esaslı bir adım attığından kanun koyucu bu olgusal durumu dikkate almıştır.²¹³ Her iki halde de vazgeçmenin gönüllü olması (*volontariamente*) gerekmektedir.

Öğretide *Fornasari*'ye göre, neticenin haksızlığı tam teşebbüste önemli bir rol oynamaktadır. Failin bu aşamadaki vazgeçmesi sadece O'na istisnasız ceza indirimi imkânı sağlamaktadır. Müellif İtalyan Ceza Hukuku'ndaki objektif yaklaşımla ahenkli bir biçimde hukuk düzeninin failin teşebbüsün tamamlanmasından sonraki aşamadaki hukuka uygun davranma iradesine failin O ana kadar gerçekleştirdiği tipik hareket gözetilmeksizin dikkate alınamayacağını ifade etmektedir.²¹⁴ Aynı şekilde müellif, son zamanlardaki ceza kanunu tasarılarında bu iki gönüllü vazgeçme hali arasındaki tefrikin ve farklı hukuki neticelerin kaldırılmasının teklif edildiğini fakat bunların he-

²¹² Fornasari, s. 54; Bu hususta Adalet Bakanı nihai ceza kanunu tasarısında bu hususu şu şekilde izah etmiştir: “Failin iradesinin müdahalesi dolayısıyla suçun tamamlanmaması halinde mesele başkadır, çünkü bu vaziyette, irade hareket ikmal edilmeden önce faaliyete geçtiği takdirde, açıktır ki failin hakiki bir vazgeçmesi mevcuttur; hâlbuki hareketi ikmal ettikten sonra fail neticenin tahakkukuna mani olmağa muvaffak olursa, artık vazgeçmeden değil (çünkü yapılmış olan bir hareketten artık vazgeçilemez), fakat ancak nedamet veya pişmanlıktan bahsedilebilir. Bu tefrikin hukuki neticeleri, tasarı tarafından derpiş edilenlerden başka olamaz; birinci vaziyette, başlıbaşına suç olarak nazara alınan işlenmiş hareketlerden dolayı suçluluk mahfuz kalmak şartıyla, vazgeçme teşebbüsten dolayı cezalandırılabilmeyi bertaraf eder; ikinci vaziyette ise, nedamet veya pişmanlık ancak cezanın ölçüsüne müessir olabilir.” (Zikreden, Erra, s. 681 dipnot 7).

²¹³ Fornasari, ibid.

²¹⁴ Fornasari, s. 55.

nüz yasalaşmadığını ilave etmiştir. Buna ilave olarak *Fornasari*, bu konudaki geleneksel İtalyan çözümünün nevi şahsına münhasır nitelikte olduğunu başka hukuk düzenlerinde genellikle bu tamamlanmış ve eksik teşebbüsten vazgeçme arasında bir ayırım yapılmadığı hususunu da kaydetmektedir.²¹⁵ Teşebbüs ve gönüllü vazgeçme bakımından İtalyan ve Alman yaklaşımlarını mukayese eden müellif, İtalyan yaklaşımında bu müesseselere bağlanacak hukuki neticenin tek taraflı olarak söz konusu suç tipiyle ilgili tehlikenin derecesini esas alınırken, Alman yaklaşımında vatandaşın hukuka sadakatinin belirleyici kıstas olduğu hususunu vurgulamaktadır.²¹⁶

Gönüllülük şartına gelindiğinde İtalyan hukukunda da failin ahlaken yüce bir saikle suçtan vazgeçmiş olması şartı aranmamaktadır. Öğretide, *Frank* formülüne benzeyen, failin suçun icrasına devam edebilirim ama etmiyorum (*potrei continuare, ma non voglio*) demesi halinde vazgeçmenin gönüllü olacağı; buna mukabil fail “suçun icrasına devam etmek istiyorum ama devam edemem” diyorsa vazgeçmenin gönüllü olmadığı kabul edilmektedir.²¹⁷ *Marinucci/Dolcini*'ye göre, vazgeçmenin gönüllülüğü failin icra hareketini tamamlayabileceğine ilişkin subjektif bir kanaate sahip olmasını gerektirmektedir. Harici bir zorlayıcı şart faili vazgeçmeye zorlamış ise artık vazgeçmenin gönüllü olması ihtimali ortadan kalkmış olmaktadır. Failin işlemeyi kastettiği suçu tamamlama konusunda hiçbir imkânı kalmadığı kanaatine varmış olması gerekir. Örneğin, polis arabalarının sirenlerini duyarak failin kaçması halinde vazgeçme gönüllü değildir.²¹⁸ Bu çerçevede İtalyan Yargıtayı failin hata eseri artık kasten öldürme suçunu işleme imkânının kalmadığını düşündüğü vakada vazgeçmenin gönüllü olmadığına karar vermiştir.²¹⁹ Benzer şekilde Mahkeme, failin hırsızlık yapmak üzere girmeye teşebbüs ettiği işyerinde güvenlik kamerasının yakınlığı nedeniyle suçun icrasına devam edilmesinin oldukça riskli olması halinde vazgeçmenin de gönüllü olmadığına karar vermiştir.²²⁰ Keza Mahkeme, fail bir işyerine yüzünde mas-

²¹⁵ Fornasari, s. 55.

²¹⁶ Fornasari, s. 56.

²¹⁷ Giorgio Marinucci ve Emilio Dolcini, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, 6th ediziyone, Giuffrè Editore, Milano 2017, s. 479.

²¹⁸ Marinucci/Dolcini, s. 480.

²¹⁹ Cass. Sez. I, 4 February 2009, n. 9015, Petralito, in CED Cassazione n. 242877 (Zikreden: Dolcini/Marinucci, s. 480).

²²⁰ Cass. Sez. IV, 24 June 2010, n. 32145, Sergi, in CED Cassazione n. 248183 (Zikreden: Dolcini/Marinucci, s. 480).

keyle ve büyük bir bıçakla girdikten sonra kasanın boş olduğunu anlayarak teşebbüsten vazgeçmesinin gönüllü olmadığına da karar vermiştir.²²¹ Mahkeme, failin mağduru darp edip, hareketsiz hale getirip soyarak cinsel saldırı teşebbüsünü gerçekleştirmesi olayında, mağdurun çığlık atarak komşuların dikkatini çekme tehdidi üzerine faili evden dışarı atmasında vazgeçmenin gönüllü olduğuna karar vermiştir.²²²

Gönüllülük İtalyan öğretisine göre failin pişmanlık duymasını ve hatta suç işleme niyetinin nihai olarak ortadan kalkmasını (*un abbandono definitivo del proposito criminoso*) dahi gerekmemektedir. Buna göre, failin faydacı mülahazalarla (*calcoli utilitaristici*) teşebbüsten vazgeçmesi halinde de vazgeçme gönüllüdür. Örneğin, hırsızlığa teşebbüsten vazgeçen failin birkaç gün sonra suçu işlemenin daha kârlı neticeler vereceğini düşünmesi nedeniyle vazgeçmesinin de gönüllü olacağı kabul edilmektedir.²²³ Faal nedamet bakımından da gönüllülük şartının gönüllü vazgeçmedeki şartlara tabi olduğu ifade edilmektedir.²²⁴

Buna karşılık öğretilerde farklı yaklaşımlar da mevcuttur. Örneğin, İtalyan ceza hukukçusu *Fornasari*, teşebbüs ve gönüllü vazgeçme müesseseleri arasındaki insicamın hukuki müesseselerin etkinliği göz önüne alındığında tek değer ve amaç olmaması gerektiği görüşündedir. Müellif, bilakis hem teşebbüs ve hem de gönüllü vazgeçme normlarının ya hareketin haksızlığı ya da neticenin haksızlığına bağlı kılınması yolundaki yaklaşımın terkedilmesine taraftardır. Nihai olarak *Fornasari*, teşebbüs ve gönüllü vazgeçme bakımından kendi ideal yaklaşımını ortaya koymaktadır. Müellife göre, teşebbüste “objektif” yaklaşım, gönüllü vazgeçmede ise “sübjektif” yaklaşım hürriyet ideali temeline inşa edilecek bir ceza hukukunun gereklerine en iyi uyan yaklaşımdır. Keza, müelleif bu iki farklı yaklaşıma birden yer veren bir hukuk sistemine karşı da çok güçlü bir argümanın da olmadığı düşüncesindedir. Böylece teşebbüsün elverişliliği kıstasıyla hukuki değerlerleri etkin bir şekilde tehlikeye sokan fiiller cezalandırılarak fiil ceza hukukuna uygun

²²¹ Cass. Sez. II, 5 Decembre 2013, no. 51514, Martucciello, in CED Cassazione, n. 258076 (Zikreden: Dolcini/Marinucci, s. 480).

²²² Cass. Sez. III, 18 September 2014, n. 51420, M., in CED Cassazione n. 261389 (Zikreden: Dolcini/Marinucci, s. 480); İtalyan Yargıtayı'nın daha eski kararlarının tahlili için bkz. Erra, s. 704 vd.

²²³ Dolcini/Marinucci, s. 480.

²²⁴ Dolcini/Marinucci, s. 481.

bir çözüm getirilmiş olacaktır.²²⁵ Gönüllü vazgeçme bakımından ise fail telafi edici hareketiyle hukuki değeri ihlal etmediğinden failin cezalandırılması artık ne genel ne de özel önleme amaçları bakımından lüzumlu değildir. Bu nedenle, burada ceza hukukuna müracaat edilmesi teşebbüs hareketi tipik de olmuş olsa adil olmayacaktır.²²⁶ Keza, tam teşebbüsten gönüllü vazgeçmede hareketin tehlikeliliğinin önemli ölçüde artmış olması ise nitelik bakımından değil nicelik bakımından yapılacak bir ayırımın mevzuu olabilir.²²⁷ Öyleyse tam teşebbüsten vazgeçmede daha ağır bir düzenlemenin benimsenmesi yerinde değildir. Ayrıca tam teşebbüsten ve eksik teşebbüsten vazgeçmenin birlikte değerlendirilmesi, bu iki vazgeçme halinin tefrikinde yaşanacak önemli sorunların bertaraf edilmesi anlamına gelecektir. Müellif, bu ayırımın salt sınıflandırma amacıyla muhafaza edilmesinin mümkün olduğunu ama bu ayırımın sonucuna bağlanacak uzun yıllar hapis cezası kararlarının şartı haline getirilmemesi gerektiği hususunu vurgulamaktadır.²²⁸ Netice itibarıyla *Fornasari*, mevcut tam teşebbüsten vazgeçme bakımından İtalyan düzenlemesini orantısız olduğu için tenkit etmektedir. Bu düzenlemenin, sosyal bakımdan uyumlu bir vatandaşın cezalandırılması suretiyle asosyalleştirilmesi sonucu riskini barındırdığını ileri sürmektedir.²²⁹ Sonuç olarak *Fornasari*, müstakbel İtalyan Ceza Kanunu için sadece elverişli teşebbüsün cezalandırıldığı ve hem tam hem de eksik teşebbüsten gönüllü vazgeçmenin cezalandırılmadığı bir model önermektedir.²³⁰

IV. TÜRK CEZA HUKUKUNDA GÖNÜLLÜLÜK ŞARTI

A. Tarihsel Gelişim

Gönüllü vazgeçme, kapsamı ve kendisine bağlanan hukuki neticeler önemli değişiklikler arz etmekle beraber Türk Ceza Hukuku'nda öteden beri tanınan bir müessese olagelmıştır. 1858 ve 765 sayılı ceza kanunlarımızda gönüllü vazgeçme müessesine yer verilmiştir. 1858 Ceza Kanunu: “*Bir kimse bir cinâyetin îkâmı tasmim edipte vesâit-i mahsusa ile icrasına bed'*

²²⁵ Fornasari, s. 56.

²²⁶ Fornasari, s. 58.

²²⁷ Ibid.

²²⁸ Ibid.

²²⁹ Ibid.

²³⁰ Fornasari, s. 59.

ederek yed-i ihtiyarında olmayan esbâb-ı mânia haylûletiyile ol cinâyetin husûlüne muktezî ef'âli ikmal edememişse... müteşebbis hakkında yedi sene-den eksik olmamak üzere kalâbendlik ve müebbed nefy cezası hükm olunur.” Görüldüğü gibi tanımda failin “yed-i ihtiyarında olmayan esbâb-ı mania” unsuruyla gönüllü vazgeçmede ihtiyarilik şartı açıkça zikredilmiştir. Aynı Kanun’da “Müteşebbis cürmün ef al-icrasiyesinden bil-ihtiyar feragat ettiği ve fakat tamam olan kısım fil haddizatında bir cürüm teşkil eylediği halde ancak ol kısma mahsus ceza ile mücazat olunur” hükmü gönüllü vazgeçme suçun icrasından “bil-ihtiyar feragat” kavramıyla ifade edilmiştir.

Öğretide, gönüllü vazgeçme eksik teşebbüsün bir görünüm biçimi olarak tavsif edilmiştir. Zöhrap’a göre: “Harekat-ı icrâiyyenin nakıs ve na-temam kılması iki suretle olabilir. Birincisi, fâilin “kendi irade ve ihtiyarıyla” yani esbab-ı icrâiyyeyi ta’kib ve devam etmekte iken bir noktada beyan-ı nedamet ve bir güne mâni-i harici olmadığı halde itmamından kendiliğinden vazgeçmesidir. İkincisi, fail ef'âl-i icrâiyyeyi itmama sâ’ iken “yed-i ihtiyârında bulunmayan esbab-ı mânia hayluleti ile” itmama muktedir olmamasıdır. Bu her iki suret teşebbüs-ü gayr-ı tâmu teşkil eder.”²³¹ Buradan da anlaşılacağı üzere müellif, irade ve ihtiyar kavramlarına müracaatla harici bir mani olmadan failin teşebbüsten vazgeçmesi halinde vazgeçmenin gönüllü olacağını ifade etmektedir. Müellif gönüllü vazgeçmeye şöyle bir örnek vermektedir: “Birinci şıkka bir misal göstereyim. Bir kimse diğerini katl etmeği fikrinde kasd ve tasmim ve bir kama tedarik, katl edeceği şahsa tekarrüb ve belki kamasını teşhir dahi eder. İtmam-ı cürme hiçbir mani yoktur. Fakat o anda salah-ı fikrisi avdet etmekle katli ikâ’ dan “kendiliğinden” vazgeçer. Yahud bir kere tevcih-i silahla hafif bir cerh ikâ’ eylediği ve katli tamamen ikâ’ a mâni olacak hiçbir sebep bulunmadığı halde ikinci def’a isti’ mâl-i silahdan kendisi “bil-ihtiyar” ferâgat eder. Bunlar teşebbüs-ü gayr-ı tâmdır.”²³² Görüldüğü gibi gönüllülük kavramından evvel bu şartı ifade etmek üzere kullanılan “bil-ihtiyar” ve “kendiliğinden” vazgeçme kavramlarının harici bir mani olmaksızın failin kendi iradesiyle suç icrasından vazgeçmeyi ifade etmek için kullanılmıştır. Bir başka deyişle, ihtiyariyle vazgeçme, harici bir mani olmaksızın failin kendiliğinden suçun icrasından vazgeçme anlamına gelmektedir.

²³¹ Kırkor Zöhrap, Hukuk-u Ceza, Ahmed Sâki Bey Matbaası, İstanbul, 1325 (1907), s. 166.

²³² Zöhrap, ibid.

Mehazı 1899 İtalyan Ceza Kanunu gibi²³³ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 61 hükmü gönüllü vazgeçmeyi teşebbüsün menfi bir unsuru olarak tanımlamıştır.²³⁴ Buna göre bir kimse “*icraya başlayıp da ihtiyarında olmayan esbabı maniadan dolayı o cürmün husulüne muktazı filleri ikmal*” edememiş ise teşebbüsten cezalandırılacaktır. Keza, öğretilerde teşebbüsün cezalandırılmasının şartlarından biri olan “*icra hareketlerinin bitmemesi yahut bitmişse de neticenin hâsıl olmaması, failin elinde bulunmayan mani sebeplerden ileri gelmiş*”²³⁵ olmasının muhalif mefhumu olarak vazgeçme şu şekilde tanımlanmıştır: “*eğer fail başladığı icra hareketlerinden kendi ihtiyarile vazgeçmişse cezalandırılmaz; mesela birisini öldürmek için tabancasını çeken kimse atacağı sırada, herhangi bir düşünce ile bundan vazgeçmiş olsa, teşebbüs cezası verilemez*”.²³⁶ Eksik ve tam teşebbüs ayırımı yapan Kanuna göre, ihtiyarile vazgeçme sadece eksik teşebbüs halinde kabul edilmekte, tam teşebbüsten vazgeçme halinde ise faal nedamet söz konusu olmaktadır ve bu durum ancak bir takdiri indirim sebebi olarak değerlendirilebiliyordu.²³⁷

Gönüllü vazgeçmenin hukuki neticesi de aynı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir: “*Müteşebbis, cürmün ef ali icrayesinden ihtiyariyle vazgeçtiği, fakat tamam olan kısım esasen bir suç teşkil ettiği halde ancak o kısma mahsus ceza ile cezalandırılır.*” Failin teşebbüsten vazgeçtiği ana kadar icra ettiği hareketlerin başlı başına bir suçun unsurlarını teşkil etmesi halinde O suçun cezasından cezalandırılması *quod factum, infectum fieri ne-*

²³³ Bkz. Codice Penale Per Il Regno D'Italia 1889, m. 61; ayrıca bkz. Carlo Erra, “Teşebbüste İhtiyarile Vazgeçme” (Çev. Sahir Erman), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. X, S. 1-2, İstanbul 1944, ss. 679-720, s. 681.

²³⁴ Bu hususta bkz. Adem Sözüer, Suça Teşebbüs, Kazancı Yayınları, İstanbul 1994, s. 242-243.

²³⁵ M. Tahir Taner, Ceza Hukuku, Umumi Kısım, Üçüncü Basım, Akgün Matbaası, İstanbul 1953, s. 267, 271-272.

²³⁶ Taner, m. 272.

²³⁷ Erra bu hususu şöyle izah etmiştir: “Suçun failin iradesine tabi sebepler dolayısıyla tamamlanmaması ise, hareketin tamamen icra edilip edilmemesine göre, farklı cezai neticelere götürür. Birinci faraziye, fail kendilğinden hareketi terketmiş olduğu için, ihtiyarile vazgeçme denilen ve, başlıbaşlarına ayrı bir suç teşkil eyledikleri takdirde icra edilmiş olan hareketlerden dolayı ceza vermek hususu mahfuz kalmak şartıyla, teşebbüsten dolayı cezalandırılabilmeyle bertaraf eden hal vardır (m. 56, fıkra 2). İkincisinde ise, fail neticeye kendilğinden mani olduğu için, teşebbüsten dolayı cezalandırılabilmeyle bertaraf etmiyen ve fakat sadece teşebbüs için tespit edilmiş olan cezayı tahfif eyleyen, faal nedamet hali mevcuttur.” Erra, s. 681.

quit (yapılmış olan bir şey, yapılmamış bir hale konulamaz) ilkesine istinat etmektedir.²³⁸

765 sayılı Kanun döneminde öğreti ve yargı uygulamasında esasen failin sırf kendi ihtiyarıyla vazgeçmesi yeterli görülmüş, buna ilave olarak vazgeçme saikinin önemli olmadığı ifade edilmiştir. *Taner*'e göre vazgeçme ister pişmanlık veya acımdan, ister ceza korkusundan, ister başka bir düşünceden ileri gelsin vazgeçme ihtiyarıyla olduğu sürece fail bu müesseseden istifade etmelidir.²³⁹

Müellife göre failin harici bir tesir neticesinde icraya devamdan vazgeçmesi halinde bu vazgeçme artık kendiliğinden değildir. Buna ilave olarak müellif, vazgeçmenin ancak “*nedamete dayanan serbest ve samimi bir vazgeçme*” olması halinde faili cezadan kurtarabileceği ve bu konudaki değerlendirmenin hadiseye, onun vukuu tarzına göre takdir edilmesi gerektiği görüşündedir.²⁴⁰ *Dönmezer/Erman* ise failin icra hareketlerinden vazgeçmesi samimi bir pişmanlığa dayanmasa da ihtiyarıyla vazgeçmenin olabileceği görüşündedir.²⁴¹ Bu müellifler gönüllü vazgeçmeyle gönülsüz, kendiliğinden olmayan vazgeçmeyi tefrik için failin suç planını esas alan bir kıstas ortaya koymuştur. Buna göre: “*şayet fail suçu işlemek hususunda daha önce verdiği kararı yeniden gözden geçirmeye yöneltilmiş ve bu kararı sonuna kadar götürebilecek durumda olduğu halde icrayı yarıda bırakmış, nedensellik bağlantısını kendisi frenlemiş ise vazgeçme ihtiyariyledir; buna karşılık, fail icraya başlarken gözönünde tuttuğu ve hesaba kattığı risklerin dışında kalan bir faktör yüzünden, icrayı tehlikesizce sona vardıramayacağını anladığı için, icra hareketlerine devam etmemişse, vazgeçme ihtiyarıyla değildir.*”²⁴²

Öğretide ve uygulamada, vazgeçmenin ne zaman gönüllü olduğunun tespiti bakımından *Frank* formülüne de istinat edilmiştir.²⁴³ Bu nedenle burada failin icra hareketlerini sonuna kadar götürülebileceği konusunda O'nun

²³⁸ Bkz. *Erra*, s. 683.

²³⁹ *Taner*, s. 273; bkz. aynı yönde *Ayhan Önder*, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: II-III, Beta, İstanbul 1992, s. 418.

²⁴⁰ *Taner*, s. 273.

²⁴¹ *Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman*, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Genel Kısım, Cilt: 1, 13. Bası, Beta, İstanbul 1997, s. 448.

²⁴² *Dönmezer/Erman*, s. 449.

²⁴³ Bkz. *Önder*, s. 418-419.

sübjektif kanaati esas alınmıştır.²⁴⁴ Buna göre, köpeğin havlamasından kaçan hırsız, icra hareketlerini sonuna kadar götüremeyeceğine inandığı ve yakalanmaktan korktuğu için artık suç işlemek imkânının kalmadığı kanısında olduğundan ihtiyariyle vazgeçme yoktur.²⁴⁵

Frank formülü öğretide tenkide uğramış, formülün katı bir şekilde uygulanması halinde failin sübjektif olarak suçun icrasının imkânsız olduğu kanaatinde olduğu ancak objektif olarak suçun icrasının mümkün olduğu her olayda vazgeçmeyi gönülsüz sayılması gerekeceği ifade edilmiştir.²⁴⁶ Bu nedenle öğretide *Sözür*, psikolojik kıstaslar yerine *Roxin*'in suçlu mantığı teorisinin benimsenmesi görüşünü ileri sürmüştür. Müellif bu hususta şu görüşleri ifade etmiştir: “[...] vazgeçmenin gönüllü olup olmadığını yalnızca failin psikolojik dünyasındaki değişimleri esas alarak belirlemeyi öneren görüşleri benimseyememekteyiz. Kanaatimizce gönüllü-gönüllü olmayan vazgeçmenin tespiti psikolojik bir araştırmadan ziyade normatif değerlendirme ve incelmeyi gerektirir [...] Biz bu konuda şöyle bir ölçütün uygulanabilmesinin mümkün olduğunu düşünmekteyiz: Eğer fail “suçlu mantığına” (*Verbrechervernunft*) göre olay anında yakalanma ve bunun sonucunda cezalandırılma tehlikesini göze alamadığından dolayı suç yolunda ilerleyemiyorsa, vazgeçmesi gönüllü değildir. Çünkü bu halde fail suçlu bir kişinin makuliyet ya da mantık ölçülerine göre davrandığından, hukuk düzenince cezalandırılmamayı hak etmemektedir.”²⁴⁷ Detaylarını mukayeseli hukuk bahsinde ele aldığımız bu görüşün esasını suç politikası mülahazalarıyla failin vazgeçmesinin hukuk düzenine dönüş iradesinin bir ifadesi olup olmadığı değerlendirilmektedir.

Erem/Danışman/Artuk ise ihtiyar kavramının “serbest irade” şeklinde anlaşılması gerektiği görüşündedir. Bu müelliflere göre: “vazgeçmenin yalnız iradi olması yetmez, serbest olması da lazımdır. Bir dereceye kadar “ihtiyar” terimi “icbar” (zorlama)nın aksidir. Hariçten gelen maddi veya manevi bir baskı altında teşebbüsten vazgeçen kimsenin hareketi iradi sayılabilirse de ihtiyara dayanan vazgeçme sayılamaz. Çünkü harici bir tazyik karşısında bulunan suçlunun kararı mutlak veya görelî bir mecburiyet altında alınmış bir

²⁴⁴ Dönmezer/Erman, s. 449-450.

²⁴⁵ Dönmezer/Erman, s. 450.

²⁴⁶ *Sözür*, s. 248.

²⁴⁷ *Sözür*, s. 248-249.

karardır.”²⁴⁸ Yargıtay da bu konuda verdiği kararlarda serbest irade kıstasına istinat etmiştir.²⁴⁹ Bu hususta Yargıtay: “teşebbüsün varlığının kabulü için gerekli olan neticenin, failin elinde olmayan bir engel yüzünden” gerçekleşmemiş olmasını aramıştır.²⁵⁰ Yargıtay bu konuda verdiği bir başka kararında şu ölçütleri ortaya koymuştur: “Y. CGK.nun 1979 gün ve 1979/43 sayılı ve dairemizce de benimsenen görüşleri veçhile, sanığın ırza geçme kastı ile icrai hareketlerine başlaması, yalnız başına teşebbüs hükmünün uygulanmasına yeterli olmamasına, ancak açıklanabilir ve kabul edilebilir bir engelin mevcudiyeti halinde teşebbüse yer verilebileceğine, şayet ciddi bir engel mevcut değilse, sanık yarına olan maddenin uygulanması gerekmesine nazaran; olayımızda olduğu gibi, sanığın mağdureyi nüfuz ve hakimiyeti altına aldıktan sonra penisi ile zorlaması ve dıştan hiçbir engel bulunmadan, mağdurenin (acıyor) demesi ile kendiliğinden bırakması halinde, eylemi TCK’ nun 61/son maddesi de gözetilerek, tasaddi olarak nitelendirilmesi gerekirken yazılı şekilde, ırza geçmeye teşebbüs olarak kabulü, yasaya aykırıdır.”²⁵¹ Yargıtay, mağdurenin yalvarması, eşine veya annesine şikâyet edeceğini söylemesi ve mağdurun ağlaması neticesinde failin teşebbüsten vazgeçmesini ihtiyariyle vazgeçme olarak kabul etmiştir.²⁵² Bu örneklerden de anlaşılacağı üzere Yargıtay, harici sebepler bir engel seviyesine ulaşmadığı sürece failin teşebbüsten vazgeçmesinin gönüllü olduğunu kabul etmiştir. Yüksek Mahkeme’nin ifadesiyle failin ifadesine bağlı olmayan “mani sebepler” yüzünden suçun icrasından vazgeçmek durumunda kalınmış ise artık bu durumda iradi “ihtiyari” bir vazgeçmeden söz edilmez. Bu noktada Yargıtay’ın salt psikolojik ölçütlerle hareket etmediğini gösteren, müessesinin ratio legisini dikkate aldığı intibasını uyandıran kararları da vardır: Örneğin, “Olay günü müdahilin B.G.’den onun evde yalnız olduğunu öğrenen sanık, Bakkal A.H.’den adres sorarak müdahilin evine gitmiş, kapıya açan müdahile ‘Beni içeri davet etmiyor musun? Babanla konuşacağım şeyler var’ diyerek emrivaki yapıp içeri girdikten sonra, müdahili kolundan tutup yere yatırmış, kazağını kaldırıp göğüslerine el atmış, kendi pantolonunun düğmelerini çözmeye başlayınca müdahil, sanığın ırzına yönelik eyleminden başka türlü kurtulamayacağını anlayarak ‘Şimdi

²⁴⁸ Faruk Erem, Ahmet Danişman ve Mehmet Emin Artuk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997, s. 317.

²⁴⁹ Sözüer, s. 251.

²⁵⁰ Yarg. 5. CD., 26.10.1978, E. 1978/2612-K. 3146 (Zikreden: Sözüer, s. 252).

²⁵¹ Yarg. 5 CD, 1981-3303/3424 (Zikreden: Sözüer, s. 252).

²⁵² Kararlar için bkz. Sözüer, s. 252-253.

çocuklar gelir. Adım çıkar. Sen şimdi git ben gelirim' demiş, bu söze inanan sanık, müdahili bırakarak evden ayrılmıştır [...] Saniğin, müdahilin arzına geçmeye yönelik eyleminden, kendi arzusu ile değil; müdahilin hileli yollara başvurarak, bir başka ortamda rızasıyla arzına geçmesine izin vereceğine inandırması sonucu vazgeçmiş olduğunun açıkça anlaşılması karşısında, saniğin eyleminin zorla irza geçmeye eksik kalkışma olarak nitelendirilmesi gerektiğinden..."²⁵³ Alman Hukuku'nda erteleme vakaları başlığı altında izah ettiğimiz failin mağdurun hileli beyanla faili suçun icrasında vazgeçirdiği bu vaka tipinde Yargıtayımız, Alman Federal Mahkemesi'nden farklı olarak bu nevi bir vazgeçmenin gönüllü olmadığına karar vermiştir. Aslında Yargıtay, mağdurenin faili hileli ifadelerle ikna etmesini bir nevi harici mani sebep olarak tavsif etmiştir. Buna mukabil, burada zorlanmış bir iradeden ziyade failin hukuka uygun davranma iradesi (arzusunun) bulunmaması nedeniyle O'nun bu müesseseden yararlanmamasına karar verildiği kanaatindeyiz. Bir başka deyişle bu vakada salt failin karar alma süreci dikkate alındığında serbest irade ürünü bir vazgeçmeden söz edilebilse de bu nevi bir vakada failin müesseseden istifade etmesine imkân sağlanması normun amacına uygun olmadığından kararda açıkça zikredilmese de normatif bir sınırlandırmaya gidilme ihtiyacı duyulmuştur.

1940-2003 yılları arasındaki tüm Türk Ceza Kanunu tasarıları da eksik teşebbüs-tam teşebbüs ayırımını muhafaza etmiş ve bunlardan vazgeçmeye farklı hukuki neticeler bağlamıştır. Örneğin, 1940 TCK tasarısında yürürlükteki İtalyan Ceza Kanunu'nu (*Codice Rocco*) aynen benimsemişti. Tasarının Teşebbüs alt başlıklı I. Fasıl 80. maddesinde: "*Eğer suçlu isteyerek fiilden vazgeçerse, vazgeçinceye kadar işlemiş olduğu hareketler kendi başına başka bir suç teşkil ettiği takdirde o suça mahsus ceza ile cezalandırılır*" hükmüyle gönüllü vazgeçmeyi düzenlemiş; TCK m. 36'da gönüllü vazgeçme olarak düzenlenen (tam) teşebbüsten vazgeçme ise faal nedamet olarak düzenlenmişti. Buna göre fail: "*kendisi isteyerek neticenin tahakkukuna mani olursa, teşebbüs ettiği cürme mahsus cezanın üçte birden yarısına kadar indirilerek hükmolunur.*" 1958, 1987, 1989, 1997, 2000 ve 2003 TCK tasarıları da eksik ve tam teşebbüs ayırımını benimsediklerinden gönüllü vazgeçme ve faal nedamete farklı hukuki neticeler bağlayan hükümler ihtiva etmişlerdir. 2003 Hükümet tasarısında da gönüllü vazgeçme kurumu, eksik

²⁵³ Yarg. CGK., 5.10.1987, E.5/214 – K.425 (Zikreden: Osman Yaşar, Uygulamada Türk Ceza Yasası, Genel Hükümler, Seçkin, Ankara 2000, s. 939-940).

teşebbüs başlıklı m. 37 hükmünde şu şekilde düzenlenmiştir: “Fail, cürmün icra hareketlerinden kendiliğinden vazgeçtiği ve fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.” Failin suçun icra hareketlerini bitirmiş olmakla birlikte çabalarıyla neticenin meydana gelmemesini sağlamış olması halinde ise failin eksik teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılması öngörülmüştü. Tasarılar incelendiğinde gönüllülük kavramına eşanlamlı olarak “isteyerek” ve “kendiliğinden” kavramlarının kullanıldığı görülmektedir. Kavramın muhtevası konusunda yani vazgeçmenin ne zaman gönüllü olacağı konusunda en son Dönmezer tasarısı olan 2003 tasarısının gerekçesi birtakım izahlar ihtiva etmektedir:

Maddenin son fıkrasında “kendiliğinden vazgeçme” halinde failin ceza sorumluluğu düzenlenmiştir [...] Ancak teşebbüste engelleyici nedenlerle icranın bitirilememesiyle kendiliğinden vazgeçmeyi birbirinden ayırmak her zaman kolaylıkla olanaklı değildir. Bu konuda şöyle bir ölçü göz önünde bulundurmaya olanaklıdır: Şayet fail suçu işlemek hususunda daha önce verdiği kararı yeniden gözden geçirmeye yönelmiş ve bu kararı sonuna kadar götürebilecek durumda olduğu halde icrayı yarıda bırakmış, nedensellik bağlantısını kendisi frenlemiş ise, vazgeçme kendiliğindedir; buna karşılık, fail icraya başlarken göz önünde tuttuğu ve hesaba kattığı risklerin dışında kalan bir etmen yüzünden, icrayı tehlikesizce sona varamayacağını anladığı için, icra hareketlerine devam etmemişse, vazgeçme kendiliğinden değildir.²⁵⁴

Görüldüğü üzere burada Dönmezer/Erman formülü tekrar edilmiş ve izahların devamında da failin icra hareketlerini yarıda bıraktığı zaman, bunları sonuna kadar götürüp götürmemeye hususundaki kanaatine bakılması gerektiği ifade edilmiştir.²⁵⁵

B. 5237 Sayılı TCK Dönemi

1. Öğreti

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda 765 sayılı Kanun dönemindeki ihtiyarıyla vazgeçme ve faal nedamet ayırımı kaldırılmıştır. Adalet Alt

²⁵⁴ 14/4/2003 tarihinde Bakanlar Kurulu’na kararlaştırılan Türk Ceza Kanunu Tasarısı, Madde Gerekçeleri, s. 18.

²⁵⁵ Ibid, s. 18-19.

Komisyonu'nda Kabul Edilen Metin ve daha sonra bu metnin yasalaşmasıyla birlikte 765 sayılı Kanun ve TCK tasarılarında mevcut olan gönüllü vazgeçme-faal nedamet ayırımı kaldırılmıştır. Daha doğrusu eskiden faal nedamet olarak tavsif edilen failin suçun tamamlanmasını veya neticenin önlenmesini kendi çabalarıyla engellemesi hali gönüllü vazgeçmenin bir görünüm biçimi olarak düzenlenmiştir.²⁵⁶ Bu husus Kanun'un gerekçesinde şöyle ifade edilmiştir:

765 sayılı Türk Ceza Kanununda sadece icra hareketlerinin devamı aşamasında kabul edilen gönüllü vazgeçme, icra hareketlerinin bittiği ancak neticenin meydana gelmediği olaylar bakımından da öngörülmüştür. Böylece suçun icrası sürecindeki bütün aşamalarda gönüllü vazgeçme mümkün hale gelmektedir. Ancak icra hareketlerinin bitmesinden sonra gönüllü vazgeçmenin kabulü için, vazgeçenin suçun tamamlanmasını önlemek bakımından ciddi bir çaba göstermesi gerekmektedir.

Suç bütün unsurlarıyla tamamlandıktan sonra örneğin çalınan eşyanın geri verilmesi veya kaçırılan kişinin serbest bırakılması hallerinde, artık vazgeçme değil etkin pişmanlık söz konusudur.

Böylece gönüllü vazgeçme kurumunun kapsamı genişletilmiş, bu durum TCK m. 36'ya yöneltilen eleştirilerin odak noktasını teşkil etmiştir.²⁵⁷ Esasen kanun hükmünde biri teşebbüsten vazgeçmeyi yani icra hareketlerini bırakmayı diğeri ise suçun tamamlanmaması için aktif bir davranışın varlığını arayan iki hal düzenlenmiştir. Bu ikinci hal eski kanun döneminde faal nedamet olarak adlandırılan haldir. Yeni Kanun döneminde *Zafer*, bu iki kavramı mevcut etkin pişmanlık hükümleriyle de karıştırılma ihtimalini de bertaraf edecek şekilde pasif ve aktif gönüllü vazgeçme olarak adlandırmak-

²⁵⁶ Bkz. Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 10. Bası, Beta, İstanbul 2017, s. 473-474; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 13. Bası, Seçkin, Ankara 2017, s. 506-510.

²⁵⁷ Bu hususta krşl. Önder Tozman, *Suç Teşebbüs, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 242-244; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 478-479; M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 626, 635; Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, US-A Yayınları, Ankara 2017, s. 320-321; Özgenç, s. 506-507.

tadır.²⁵⁸ Bu bakımdan gönüllü vazgeçmenin manevi unsuru olan gönüllüğün tespiti icra hareketlerinde daha büyük bir önem arz etmektedir.

Yeni Kanun döneminde de vazgeçmenin ne zaman bizzat failin isteği ile gerçekleşip gerçekleşmediği önemli bir mesele niteliği arz etmektedir; çünkü bir yandan gönüllü vazgeçmenin kapsamı genişletilmiş diğer taraftan da fail gönüllülük gönüllülük şartının gerçekleşmediği tespit edildiği takdirde işlemeyi kastettiği suça teşebbüsten cezalandırılacaktır.²⁵⁹ Öğretide, aktif gönüllü vazgeçme halinde yani suçun tamamlanması veya neticenin husule gelmesine mani olunması için çaba gösterilmiş olması icap ettiğiinden vazgeçmenin gönüllüğünün tespiti nispeten daha kolay olacaktır.²⁶⁰ Burada icrai davranışın yorumlanmasının ihmali davranışlara nispetle kolay olması olgusuna istinat edilmekte ve failin kendi çabalarıyla neticeyi engellemiş olması gerektiğinden burada failin gösterdiği çaba ve neticenin ortaya çıkmasını engellemek bakımından taşıdığı nedensel değer önem arz edecektir.²⁶¹

Gönüllülük şartı bakımından vazgeçmenin samimi olması gerekmediği ve failin hangi saikle vazgeçtiğinin bir önemi bulunmadığı kabul edilmektedir.²⁶² Daha açık bir ifadeyle failin ayrıca ahlaki bir saikle hareket etmiş olmasına gerek olmadığı kabul edilmektedir.²⁶³ Samimiyet koşulunun aranmasının kurumun tatbik sahasını daraltacağı, bu nedenle bu suç siyaseti aracı olarak tavsif edilen gönüllü vazgeçme için samimiyet koşulunun değil iradi vazgeçmenin yeterli olduğu görüşü benimsenmektedir.²⁶⁴ Bu noktada gönül-

²⁵⁸ Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK m. 1-75, 6. Bası, Beta, İstanbul 2016, s. 456; ayrıca bkz. Yavuz Erdoğan, “Gönüllü Vazgeçme”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 5, Sayı: 13, Ağustos 2010, ss. 93-124, s. 100-101.

²⁵⁹ Centel/Zafer/Çakmut, s. 475-476.

²⁶⁰ Zafer, s. 457.

²⁶¹ Krşl. Centel/Zafer/Çakmut, s. 477; Erdoğan, s. 101.

²⁶² Zeynel T. Kangal, “Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüsten Gönüllü Vazgeçme”, in: Walter Gropp, Bahri Öztürk, Âdem Söztür ve Liane Wörner (Hrsg.), Beiträge zum deutschen und türkischen Strafrecht und Strafprozessrecht, Baden-Baden 2010, ss. 335-361, s. 350; Tozman, s. 305; Zafer, s. 457.

²⁶³ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Seçkin, Ankara 2017, s. 435; Centel/Zafer/Çakmut, s. 476.

²⁶⁴ İçel, s. 521, 523 dipnot 97. Teşebbüsten vazgeçmede ihtiyar mı yoksa samimiyet şartının aranacağı hususu bilhassa İtalyan Ceza Hukuku’nda Zanardelli ve Rocco Kanunlarının hazırlıkları sırasında değerlendirilmiştir. Dönemin Adalet Bakanı Zanardelli samimiyet yerine ihtiyar kavramının tercih edilmesini şu şekilde izah etmişti: “... Müessir olabilmesi için, vazgeçmenin samimi olması icap edip etmeyeceği, yahut ihtiyari olmasının kafi gelip gelmeye-

lülüğün, 765 sayılı Kanun zamanındaki ihtiyarılık gibi anlaşılmaya devam ettiği söylenebilir. Buna mukabil, Özgenç gönüllülüğü “*herhangi bir engel olmaksızın pişmanlık duyarak kişinin suçtan vazgeçmiş olması*” olarak tanımlamaktadır.²⁶⁵ Müellife göre, hırsızlık kastıyla konuta girmeye çalışırken köpek havlaması üzerine teşebbüsten vazgeçen failin, yakalanmak korkusuyla hareket ettiğinden, vazgeçme yönünde bir iradesi vardır; ancak bu irade zorlanmış bir iradedir. Bu nedenle bu nevi vakalarda vazgeçme gönüllü değildir.²⁶⁶ Yazar, 765 sayılı Kanun dönemindeki içtihatlarla atıf yaparak ihtiyarılık ve gönüllülük kavramlarının mana ve muhteva bakımından farklılık arz etmediğini ortaya koymaktadır.²⁶⁷

Görüldüğü gibi burada iradilik ve ihtiyarılık ayırımı billurlaşmaktadır. Gerçekten, gönüllü vazgeçme kapsamında salt iradilik yeterli görülmemekte failin aynı zamanda iki ihtimal arasında harici bir engel olmaksızın kendiliğinden karar vermesi neticesinde girdiği fenalık sokağından çıkarak hukuk yoluna geri dönmesi gerekmektedir. Bir başka deyişle her ihtiyari hareket

ceği münakaşa edilmiştir. Tercih edilen noktai nazar bu ikincisidir, çünkü, hem cezai adalet beşeri hareketlerin en derin sebeplerini araştırmakla mükellef değildir, hem de, aksi halde, vazgeçenden ekseriya temin edemeyeceği ve hakimlerin çok kerre tahkik eylemek vasıtasına malik bulunamayacakları bir delil talep edilmiş olur. Binaenaleyh bir suça sadece teşebbüs etmiş olan kimsenin cezalandırılabilmesini bertaraf etmek için, kabili tecziye olan teşebbüs mefhumuna karşılık olarak, suçun tamamlanmasının failin iradesinden müstakil olmanın sebepleri dolayısıyla talik edilmiş olması kafidir.” Erra, s. 683. Bu yaklaşım tarzı Rocco Kanunu tarafından da benimsenmiştir, ancak Kanun’un hazırlık çalışmaları sırasında Viterbo şehri avukatları kraliyet komisyonu ihtiyar yerine samimiyet kavramının kullanılmasının daha yerinde olacağını şu şekilde izah etmişti: “... bedihi adaletsizliklere meydan verilmemek için, “ihtiyarile” kelimesinin yerine “samimiyetle” sözünün ikame edilmesi daha iyi olur, çünkü iter criminis’in inkıtaa uğraması, yakalanma korkusu veya cürmi hareketten elde edilen karı muhafaza eylememek endişesinden ibaret olabilen, menfaatperest veya gayrı samimi saiklerden ileri geldiği takdirde değil, fakat fall bir nedametın nişanesi, vicdanın deruni bir sevkının ve müsmir bir pişmanlığın neticesi olduğu takdirde nazarı itibara alınmağa layıktır. Yukarıki faraziyyede, açıktır ki vazgeçme failin daha az tehlikeli ve içtimai düzene aykırı bir şahıs olduğuna delil teşkil edemez, binaenaleyh kendisinin cezasız kalması doğru değildir. Çünkü, bazı hallerde tefrik kolay olmasa dahi, ekseri ahvalde hadisenin hususiyetleri, vazgeçmenin saiklerini tayin ve binnetice basit iradeye samimiyetin de inzımam edip etmediğini tespit eylemek için lazımgelen unsurları temin ederler”. Erra, s. 685.

²⁶⁵ Özgenç, s. 504.

²⁶⁶ Özgenç, ibid.

²⁶⁷ Müellif, Yargıtay’ın, failin dışında iradesine yabancı bir sebeple teşebbüsten vazgeçmesinin gayrı ihtiyari, tasarlanan eylemin gerçekleşmeme sebebi failin iradesine bağlanabiliyorsa ihtiyari bir vazgeçmeden söz edilebileği yolundaki içtihadını zikretmektedir. Özgenç, s. 505.

iradi olmakla birlikte her iradi hareket ihtiyari değildir. Bir irade zorlanmış da olsa iradededir. Buna mukabil harici veya dâhili bir maninin mevcudiyeti teşebbüsten vazgeçmeyi ihtiyari, yani gönüllü olmaktan çıkarır.

Zafer, gönüllülüğün isteyerek, hiçbir baskı olmadan imkânlardan birini seçmeyi ifade ettiğini, bu nedenle failin gerçekten pişman olması gerekmediğini ifade etmektedir.²⁶⁸ Bu bağlamda gönüllülüğe eski Kanun döneminde kullanılan ihtiyariyle ve kendiliğinden terimlerine karşılık gelen bir mana verildiği kaydedilmelidir. Örneğin, *Koca/Üzülmez*, gönüllülüğün isteyerek gerçekleştirme, seçme şansının bulunduğu bir durumda imkânlardan birini tercih etme anlamına geldiğini ifade etmektedir.²⁶⁹ Bu hususta saikin aranaçına dair ne kanun ne gerekçede bir sarahat olduğu ifade edilerek gönüllü vazgeçmenin saikleri üzerinde durmaya gerek olmadığı ileri sürülmektedir.²⁷⁰ Failin daha sonra devam etmek üzere suçun icrasına devam etmemesi halinde gönüllülük şartının gerçekleşmediğini kabul edenler olduğu gibi²⁷¹ bu gibi hallerde önemli olanın o anda suçun işlenmemiş dolayısıyla kamu düzeninin bozulmamış olması nedeniyle vazgeçmenin gönüllü olduğu görüşü de savunulmaktadır.²⁷²

Gönüllülük şartı bakımından 5237 sayılı Kanun döneminde göze çarpan husus meselenin daha ziyade Alman Ceza Hukuku'nda yukarıda izah ettiğimiz psikolojik-normatif teoriler ikilemi etrafında tartışılmaya başlamasıdır.²⁷³ Alman öğretisinde hâkim olan yeni psikolojik teori tarafından benimsenen ve esasen gönüllü vazgeçmeyi gönülsüz olandan tefrikte serbest irade-serbest olmayan iradenin yabancı sözcükler ifadesinden başka bir anlam ifade etmeyen otonom-heteronom sebeple vazgeçme kavramını benimseyen yazarlar da mevcuttur. Öğretide *Tozman*, bu hususta Alman öğretisinde ele alınan görüşleri tetkik ettikten sonra şu neticeye varmaktadır: “[...] vazgeçme de gönüllülük sorunu somut olayda psikolojik ve normatif yaklaşımın birlikte ele alınarak cevaplandırılması gerekir. Bu bakımdan kanaa-

²⁶⁸ Zafer, s. 457; Erdoğan, s. 105.

²⁶⁹ Koca/Üzülmez, s. 435.

²⁷⁰ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 633.

²⁷¹ Zafer, s. 457; Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Adalet, Ankara 2017, s. 530.

²⁷² Erdoğan, s. 106.

²⁷³ Bkz. Tozman, s. 284 vd.; Fatih Selami Mahmutoglu ve Serra Karadeniz, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, Beta, İstanbul 2017, s. 845 vd.

timizce de vazgeçme davranışının otonom ve heterenomluğu temelinde bir ayırım yapılmak gerekir. Böylece gönüllülüğün asıl anlamı da açıkça ortaya çıkacaktır."²⁷⁴ Hatta aşağıda ele alacağımız Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararlarından birinde de faillerin "kendi otonom iradeleri" ifadesi kullanılmıştır. Bu ifadenin serbest irade kavramına nazaran ne gibi bir muhtevi derinliği olduğu anlaşılammaktadır. Yüksek Mahkeme'nin anlamı sarih olmayan ve kullanımı zaruri olmayan bu gibi yabancı terimlere müracaat ederek karar inşa etmesinin yerinde olmadığı düşüncesindeyiz.

Buna mukabil önceki Kanun döneminde olduğu gibi psikolojik teori kapsamında değerlendirilen *Frank* formülüne başvurmak suretiyle de vazgeçmenin gönüllü olup olmadığı belirlenmektedir.²⁷⁵ Ayrıca, vazgeçmenin gönüllü olup olmadığının tespitinde failin karar anındaki ruhi durumunun esas alınması gerektiği görüşü hâkimdir.²⁷⁶ Keza iradilik ile gönüllülüğün bir yere kadar aynı olduğu ancak maddi veya manevi bir tazyik söz konusu olduğu vakit bu iradi davranışın serbest irade ürünü "hür gönüllü" bir irade olmadığı ve bu nedenle kanuni şartı gerçekleştirmediği ifade edilmektedir.²⁷⁷ Burada esasen failin suçun icrasına devam edebilme imkânı olmasına rağmen devam etmemesi ölçütü benimsenmektedir.²⁷⁸

Yeni Kanun döneminde de suçlu mantığı kıstasına müracaat edilmesi savunulmaktadır.²⁷⁹ *Hakeri*, gönüllülük ile izahlarının başında failin ne için vazgeçtiğinin önemi olmadığını ifade etmiş olmasına karşın²⁸⁰ belli vakalarda gönüllü vazgeçme müessesinin amacına müracaat edilerek uygulama kapsamının daraltılması görüşündedir. Yazar görüşünü şu şekilde izah ediyor: "... *Mağdur kendisini öldürmek isteyen kiralık katil, "sen 100 bin TL karşılığında bunu yapıyorsan, ben sana beni öldürmemen için 200 bin TL veririm" önerisinde bulunur ve kiralık katil bunu kabul ederek vazgeçer-*

²⁷⁴ Tozman, s. 296-297. Müellif bu ayırımı esas alarak somut olaylarda gönüllülük şartının varlığını kazuistik bir anlayışla ele almaktadır. Tozman, s. 299-322; ayrıca bkz. Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 847.

²⁷⁵ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 629; Zafer, s. 457; Demirbaş, s. 475; Centel/Zafer/Çakmut, s. 476; Hakeri, s. 530.

²⁷⁶ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 629; Demirbaş, s. 475-476.

²⁷⁷ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 632-633.

²⁷⁸ Zafer, s. 457.

²⁷⁹ Bkz. Hakeri, s. 532; ayrıca bkz. Erdoğan, s. 104.

²⁸⁰ Hakeri, s. 529.

se, esasen yukarıdaki bütün kriterlere göre vazgeçme gönüllüdür. Ne var ki, burada hukuk düzeninin gönüllü vazgeçmeyi kabul etmesi mümkün olamaz, zira bu örnekte gönüllü vazgeçmenin arkasında yatan amacın gerçekleştiğini söylemek olanaklı değildir. Altın köprüünün amacına aykırı bir durum söz konusu olacağından, kiralık katile bu olayda gönüllü vazgeçme hükümlerini uygulamamak gerekecektir.”²⁸¹ Gönüllü vazgeçmede, suç siyaseti teorisi olarak da adlandırılan altın köprü teorisini benimseyen yazar, failin iradi olarak vazgeçmesine ilave olarak vazgeçme davranışının gönüllü vazgeçme normunun amacına uygun olmasını, bir başka deyişle failin vazgeçmede saikinin kurumun amacına uygunluğu şartını aramak suretiyle gönüllü vazgeçmenin tatbik sahasını daraltan normatif bir yaklaşım benimsemektedir. Yazar, ayrıca Alman hukukundaki, failin birinci mağduru öldürmeye teşebbüs etmiş failin, ikinci bir mağduru öldürmek için yarıda bıraktığı ilk eyleminde vazgeçmenin gönüllü olmadığı görüşündedir.²⁸² Benzer şekilde yazar, üçüncü kişinin faili ihbar etme riski mevcut olduğu bir durumda failin “akıllı bir şekilde” yeni duruma göre strateji geliştirmesinin ve suçu işlemekten vazgeçmesinin, suçlu mantığına uyduğundan, gönüllü olmadığı görüşündedir.²⁸³ Bu görüş tenkide uğramıştır. Erdoğan’a göre: “Kanundaki düzenleme yapılrken failin saikine önem verilmemiştir. Şayet burada vazgeçmeyi kabul etmez isek fail neticede kasten öldürmeye teşebbüs suçundan dahi olsa (ki bu suçun cezası oldukça ağırdır) cezaevine girmek yerine daha az para karşılığında dahi olsa suçun işlenmemiş olmasının tercihi üstün tutulması gerektiğinden, biz saike önem verilmemesi gerektiğini düşünüyoruz. Kaldı ki 36’ncı maddede vazgeçen failin vazgeçme saikine bakılacağına dair bir sarahat yoktur. Bu bakımdan vazgeçme sebebi iyi veya kötü niyet mahsulü olabilir.”²⁸⁴ Bu tenkide bakıldığında iki husus ön plana çıkmaktadır. Bunlardan birincisi Kanun’un lafzının failin saikine bakılmasına dair bir hüküm içermemesi; ikincisi de faillerin suç işleme kararlarından vazgeçerken gönüllü vazgeçme normunu dikkate aldıklarıdır ki bunun gerçekte karşılığının olduğunu söylemek güçtür. Keza, kanunun lafzı açıkça saikin varlığını aramasa da bu gönüllülük kavramına normatif muhtevanın da yüklenmesi suretiyle normun amacıyla ahenkli bir uygulamanın teminine mani değildir.

281 Hakeri, s. 533.

282 Hakeri, s. 532.

283 Hakeri, s. 531.

284 Erdoğan, s. 107.

Benzer şekilde eski TCK döneminde *Dönmezer/Erman* tarafından geliştirilen ve yukarıda izah edilen ölçütlerin yeni TCK döneminde de geçerli olduğu ve uygulanabileceği ileri sürülmüştür.²⁸⁵ Bu çerçevede, dış etkenler, mağdurun kaçması veya direnmesi, icra hareketlerine devam etmenin imkânsız hale gelmesi, tesadüfi olaylar, üçüncü kişilerin engelleyici müdahalesi gibi harici engellerin gönüllülüğü ortadan kaldırdığı kabul edilmektedir.²⁸⁶ Esasen, failin icraya başlarken göz önünde tuttuğu ve hesaba kattığı riskler haricinde üçüncü bir faktör nedeniyle suçun icrası önemli ölçüde zorlanmış veya yakalanma tehlikesi artmışsa bu durumda vazgeçmenin gönüllü olmadığı kabul edilecektir.²⁸⁷ Bu hususta şu örnekler verilmektedir: hasmına ateş etmek isteyen failin elinin tutulması, yankesicilik yapmak isteyen hırsızın yakalanması, maddi bir engel nedeniyle vazgeçme, kapıyı açmak için kullanılan anahtarın kırılması veya mağdurun karşı koyması hallerinde vazgeçme gönüllü olmayacaktır; çünkü fail bu vakalarda teşebbüsü elinde olmayan nedenlerle tamamlamamıştır. Sayılan objektif nitelikteki engellerin yanında failin korkması gibi sübjektif nitelikte engeller nedeniyle de vazgeçme söz konusu olabilir. Bu hususta şöyle bir kıstas uygulanması önerilmektedir: “*Şayet fail, icra hareketlerini devam ettiremeyeceğini görerek vazgeçmek zorunluluğu duymuşsa, vazgeçme kendiliğinden, yani gönüllü değildir.*”²⁸⁸ Buna mukabil, harici engel örneğin köpeğin havlaması gibi bir engel ortaya çıktıktan sonra dahi fail suçun icra hareketlerine devam edebileceğine inanıyorsa, bu durumda da gönüllü vazgeçme mümkün olabilecektir.²⁸⁹ Esasen failin utanma, acı, ceza korkusu, ahlaki düşünceler gibi dış faktörler olmasızın failin kendisine ait iç nedenlerle vazgeçmesinin kuşkusuz gönüllülük şartının gerçekleştiğinin en açık örnekleri niteliğindedir.²⁹⁰ Bu gibi olaylarda harici şartlar değişmemesine ve failin hesaba kattığı riskler dışında bir faktör veya başkaca bir harici mani sebep olmamasına rağmen kendiliğinden aldığı kararla teşebbüsten vazgeçmektedir.²⁹¹

²⁸⁵ Bkz. Kangal, s. 348-349.

²⁸⁶ Kangal, s. 348; Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta, İstanbul 2016, s. 521; Koca/Üzülmez, s. 435; Centel/Zafer/Çakmut, s. 476.

²⁸⁷ Hakeri, s. 529-530.

²⁸⁸ İçel, s. 522.

²⁸⁹ İçel, ibid.; Koca/Üzülmez, s. 435; Hakeri, s. 532.

²⁹⁰ İçel, s. 523.

²⁹¹ Krşl. Hakeri, s. 530.

2. Uygulama

Yargıtay yeni Kanun döneminde verdiği kararlarda da esasen “serbest irade” ölçütünü uygulamakta ve gönüllülük kavramını oldukça geniş yorumlamaktadır. Öğretide *Mahmutoğlu/Karadeniz*, Yüksek Mahkeme’nin psikolojik yaklaşımı benimsediği görüşündedir.²⁹² Uygulamada, failin icra hareketlerini yarıda bıraktığı vakalarda bunları sonuna kadar götürebileceği kanaatinde olup olmadığı araştırılarak hüküm verilmektedir.²⁹³

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2015 senesinde karara bağladığı iki olayda gönüllülük şartına ilişkin benimsediği ölçütleri ortaya koymuştur. Genel Kurul’un karara bağladığı birinci olayda failler uyuşturucu madde satın almak üzere gitmiş, uyuşturucu maddeyi (924 gram net esrar elde edilebilecek oranda Hint keneviri) görmüşler yapılan pazarlık neticesinde uyuşturucu maddenin bekledikleri kalitede olmaması ve buna bağlı olarak fiyatını yüksek bulmaları nedeniyle alışverişten vazgeçmişlerdir. Kurul bu vakada gönüllülüğe ilişkin benimsediği ölçütleri ortaya koymuş ve vazgeçmenin gönüllü olduğuna karar vermiştir. Kararın ilgili kısımları şu şekildedir:

Vazgeçmenin sübjektif şartı olan ve dördüncü bentte açıklanan gönüllülük, gerçek anlamda pişmanlığı ifade etmemektedir. Korktuğu ya da mağdura acıdığı için veya vicdan azabı, tanrı korkusu gibi başkaca iç etkenlerin varlığıyla vazgeçmesi durumunda da fail hakkında gönüllü vazgeçme söz konusu olacaktır. Önemli olan failin kendi iradesi ile suç işlemekten vazgeçmesi, icra hareketlerini yarıda bırakması ya da neticenin gerçekleşmesini engellemesi olup, vazgeçmenin kaynağını insanın özünde olması gereken iyilik duygusundan alması gerekli değildir. Esasen ceza muhakemesinde psikik dürtülerin kaynağını ispatlamak da kolay olmadığından, faille ceza vermemek için fiili isteyerek kesmesi yeterli görülmelidir. Böylece, vazgeçmenin içten bir pişmanlığın sonucu olması gerek olmayıp failin samimiyeti aranmayacağından, suçu daha sonra işlemek üzere vazgeçmiş olması halinde dahi, kamu düzeni de bozulmamış olduğu için gönüllü vazgeçme hükmünden yararlandırılacaktır.

²⁹² Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 852.

²⁹³ Bkz. Centel/Zafer/Çakmut, s. 476-477; Erdoğan, s. 102-103.

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 Ayfer ile pazarlık yaptıkları, fakat uyuşturucu maddenin beklemedikleri kalitede olması 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 hükmününün uygulanma şartlarının gerçekleştiği kabul edilmelidir.²⁹⁴

Görüldüğü üzere Yargıtay failin teşebbüsten vazgeçme saikini dikkate almamakta, failin fiilini isteyerek kesmesini yeterli görmektedir. Bu karara, on bir Genel Kurul üyesinin, gönüllü vazgeçme şartları bulunmadığından yerel mahkeme hükmünün onanması gerektiği düşüncesiyle karşı oy kullandıkları kaydedilmelidir. Bu noktada yerel mahkemenin 10.12.2013 gün ve 238-303 sayılı direnme kararının gerekçesinin zikredilmesi yerinde olacaktır:

“... Sanık Ayfer, yayladaki evlerine gelen sanıklara, eşi sanık Bilal'in talimatı ile suç konusu esrarları gösterdiğini, gelen sanıklardan bayan olanın 'bu tohumluk, bu bize yaramaz, bizde bundan çok var' dediğini ve geri gittiklerini beyan etmektedir.

Sanıklar Veli ile Hacı'nin yaylaya uyuşturucu almaya giderken 13.08.2012 günü saat 17.41'de yaptıkları görüşmede, Hacı'nin Veli'ye, 'Ya orda karşıda polisler var, polis hepsi onlar seni mi takip ediyorlar' dediği,

Sanık Hacı'nin uyuşturucu almaya gidip uyuşturucuyu almadan geri döndükten sonra dosya dışı başka bir kişi ile yaptığı telefon

²⁹⁴ Yargıtay CGK, E. 2014/10-183, K. 2015/62, T. 24.3.2015 (www.kazanci.com.tr).

görüşmesinde ‘iyi ikiden aşağı olmaz diyo haa’ dediği görülmektedir.

Sanık Ayfer’in beyanı, zikredilen telefon konuşmalarına göre, sanıklar Veli, Gültaze ve Hacı’nin kalitesini beğenmedikleri suçla konu esrarların fiyatının iki milyardan aşağı inilmemesi, iki milyara alındığı takdirde piyasaya satmalarının mümkün olmaması ve polis takibinden şüphelendikleri için almaktan vazgeçtikleri, eylemlerinin satmak amacıyla uyuşturucu madde satın almaya teşebbüs suçunu oluşturduğu, olayda gönüllü vazgeçme şartlarının oluşmadığı...”

Yerel Mahkeme açıkça malın kalitesizliği ve failerin polis takibinden şüphelenmelerini harici engel olarak tavsif etmiş ve bunun vazgeçmenin gönüllülüğünü ortadan kaldırdığına hükmetmiştir.

Genel Kurul’un 2015 yılında gönüllülük şartını tartıştığı ikinci karar ise cinsel saldırıya teşebbüsten vazgeçmeyle ilgilidir. Bu olayda fail, olay günü ailece görüştükleri yalnız olduğunu bildiği mağdurenin evine gitmiş ve havalandırılması için açık bırakılan evin kapısından içeriye girerek mağdureye yorgun olduğunu söyleyip çay yapmasını istemiş, mağdure ailece görüştükleri için failin bu isteğini kabul etmiş ve ev işlerine devam etmek için yatak odasına geçmiştir. Fail, mağdurenin arkasından yatak odasına giderek O’na sarılmış ve göğüslerini sıkmış, bağırmakta olan mağdureye “sus bağırma, sen bu işi yapıyormuşsun, birlikte yapalım” demiş, mağdure kurtulmak için faili itmiş ve bağırmaya başlamış, bunun üzerine fail koridora çıkmış ve tekrar “senle yapalım” demiş, mağdure de koridora doğru bir tahta fırlatmış ve mutfağa doğru bıçak almaya yönelmesi üzerine fail evden çıkmıştır.²⁹⁵ Genel Kurul bu olayda failin nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs ettiğine ve fakat bu suçla teşebbüsten gönüllü vazgeçtiğine hükmetmiştir. Genel Kurul bu olayda gönüllülük ile ilgili öğretideki görüşleri naklettikten sonra Yargıtay’ın gönüllülük şartıyla ilgili görüşünü şu şekilde özetlemiştir:

Yargısal kararlarda da, suç yolunda (*iter criminis*) ilerleyen sanık daha fazla ilerleme imkânına ve kanaatine sahip olduğu halde, suç yolunda ilerlemeyerek icrayı yarıda bırakmışsa ya da icra hareketleri tamamlandıktan sonra kendi çabası ile sonucun meydana gelmesini önlemişse vazgeçmenin gönüllü olduğu, buna karşılık fail icraya başlarken gözönünde tuttuğu ve

²⁹⁵ Yargıtay CGK, E. 2014/14-600, K. 2015/194, 9.6.2015 T. (www.kazanci.com.tr).

hesaba kattığı risklerden başka bir faktör sebebiyle icra hareketlerine devam etmemişse ya da sonuca ulaşamamışsa vazgeçmenin gönüllü olmadığı, bu halde icra hareketleri failin elinde olmayan engelleyici sebeplerle bitirilemediğinden ya da sonuç failin elinde olmayan sebeplerle meydana gelmediğinden teşebbüsün sözkonusu olduğu vurgulanmıştır.

Bu izahlardan sonra Genel Kurul somut olay bakımından şu kanaat ulaşmıştır:

[...] sanığın katilana sarılmak ve katılanın göğüslerini sıkmak suretiyle icra hareketlerine başladığı, bu sırada katilana söylediği “sus bağırma, sen bu işi yapıyormuşsun, birlikte yapalım” sözleri ve koridorda birliktelik teklifini sürdürmesi sanığın kastının nitelikli cinsel saldırı suçuna dair olduğu, fakat sanığın dosya kapsamı ve olay yerinin özelliklerine göre evde yalnız olan mağdureye karşı icra hareketlerini devam ettirebilme ve arzu ettiği sonucu gerçekleştirebilme imkânı var olduğu halde ciddi bir engel bulunmamasına karşın kemali istemi ile eylemine son vererek evden ayrıldığı, anlaşılacakla 5237 Sayılı Kanununun 36. maddesi hükmü uyarınca eyleminin o ana kadar tamamlanmış kısmı olan basit cinsel saldırı suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi gerekmektedir.

Olayda itiraz kanun yoluna başvurarak olayın Genel Kurul’un önüne gelmesine neden olan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise bu olayda gönüllülük şartının gerçekleşmediğini şu şekilde temellendirmişti:

“... Sanığın mağdurenin evinde yalnız bulunduğu sırada, yatak odasında temizlik yapmakta olan mağdurenin peşinden gidip arkasından sarılarak göğüslerini sıktığı ve açıkça ‘sus bağırma, sen bu işi yapıyormuşsun, birlikte yapalım’ sözleriyle cinsel ilişkiye girmek istediğini belirtmek suretiyle sanığın kastının ‘nitelikli cinsel saldırı’ suçuna yönelik olduğu ve suçun doğrudan doğruya icrasına ‘elverişli hareketlerle’ başladığı, ancak mağdurun bir yandan kendisini iterek elinden kurtulması diğer yandan bağırması sebebiyle sanığın elinde olmayan sebeplerle suçu tamamlayamadığı, olay yeri ve zamanı göz önünde tutulduğunda, mağdurun direnç göstermesi ve bağırması üzerine, yakalanma riski ortaya çıkan sanığın fiiline son vermesi gönüllü vazgeçme olarak değerlendirilemeyeceği, fiilinin ‘nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs’ suçunu oluşturacağı...”

Bu olayda da Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazında mağdurun direnç göstermesi ve bağırmasının failin yakalanma riskini ortaya çıkarması nedeniyle bu harici engelin vazgeçmenin serbest irade ürünü olmadığı görülmüştür. Elbette bu nevi olaylarda somut olayın şartları belirleyici olacaktır. Bize göre de karara konu olan olay yakından incelendiğinde mağdurenin direnmesi ve bağırmasının ciddi bir engel niteliği arz ettiği ve bu nedenle gönüllülük şartının oluşmadığı kanaatindeyiz. Buna karşılık Yargıtay'ın şu kararında gönüllülük şartının varlığı konusunda verdiği kararın yerinde olduğu düşüncesindeyiz:

*[...] Mağdurenin aşamalarda istikrarlı ve tüm dosya kapsamına göre, sanığın mağdureyi pazara götürme bahanesiyle traktörünün sepetine alıp onu ağaçlık bir alana götürüp donunu ve kilodunu indirmeye çalıştığı sırada, mağdurenin karşı koyup hasta olduğunu bildirmesi üzerine, sanığın mağdureyi bırakarak organ sokma eylemini gerçekleştirmemesi şeklinde sübut bulan olayda, sanığın eylemlemesini tamamlamasına ciddi bir engel olmadığı, hareketlerini sonuna kadar götürebilmesi imkan dahilinde bulunduğu halde, mağdurenin hasta olduğunu bildirmesi üzerine icra hareketlerine kendiliğinden son verdiğinin anlaşılması karşısında, sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 36. maddesi hükmü uyarınca gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanmak suretiyle, sanığın eyleminin basit nitelikteki cinsel saldırı suçu olarak kabul edilmesi gerekirken, suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde vücuda organ sokmak suretiyle nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüs suçundan ceza tayin edilmesi [...]*²⁹⁶

Olayın تنها bir yerde gerçekleşmesi ve mağdurenin ciddi bir mukavemet gösteremeyecek durumda olması karşısında failin kendiliğinden, serbest irade ürünü olarak nitelikli cinsel saldırıya teşebbüsten vazgeçtiği yolundaki kararın yerinde olduğu kanaatindeyiz.

Yüksek Mahkeme'nin vazgeçmenin gönüllü olmadığını kabul ettiği vakalarda genellikle suçun konusu veya üçüncü kişinin olay yerine gelmesiyle ilgili harici engeller söz konusu olmaktadır. Örneğin, hırsızlık suçunda failin

²⁹⁶ Yarg. 14. CD., E. 2012/1525, K. 2013/13036, 10.12.2013 T. (www.kazanci.com.tr); ayrıca bkz. Yarg. 14. CD., E. 2011/1625, K. 2012/2596, 5.3.2012 T. (www.kazanci.com.tr); Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 852 dipnot 106.

evde değerli eşya bulamaması nedeniyle bir şey çalmadan konuttan ayrılması halinde Yüksek Mahkeme vazgeçmenin gönüllü olmadığına ve failin hırsızlık suçuna teşebbüsten ceza alması gerektiğine karar vermiştir.²⁹⁷ Kaçakçılığa teşebbüs eden failin gümrük salonun تنها olması ve sıkı kontrol olması nedeniyle bavullarını bırakıp olay yerinden ayrılması²⁹⁸ veya okulda hırsızlık için icra hareketlerini gerçekleştirdikleri sırada okulun hademesinin okula gelmesi karşısında yakalanmaktan korkarak teşebbüsten vazgeçmesi şeklinde gerçekleşen olaylarda vazgeçme eyleminin gönüllü olmadığına karar vermiştir²⁹⁹.

Yargıtay failin örneğin yakalanma tehdidi ile vazgeçtiği hususunda herhangi bir delil bulunmadığı vakalarda şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca gönüllülük şartının oluşturduğuna karar vermektedir.³⁰⁰ Buna mukabil bu hususta her somut olayın şartlarına göre değerlendirme yapılmalı, şayet her düşünülebilen saik failin gönülsüzlüğü sonucuna götürüyorsa vazgeçmenin gönülsüz olduğuna karar verilmelidir.³⁰¹

V. NETİCE VE KANAATİMİZ

Çalışmamızda Türk ve mukayeseli hukukta gönüllü vazgeçme müessesinin manevi unsurunu teşkil eden gönüllülük şartının muhteva ve sınırlarını tayin etmek üzere gerek öğreti gerekse uygulamada ortaya koyulan kıstasları tetkik ve tahlil ettik. Çalışmanın bu bölümü, bu tetkik ve tahlillerin sentezi ve gönüllü vazgeçmenin gönülsüz vazgeçmeden tefriki hususunda emin kıstaslar niteliğinde olduğu kanaatine ulaştığımız ölçütleri ihtiva etmektedir.

Evvela, tüm manevi unsurlar gibi failin gerçekten hangi saikle teşebbüsten vazgeçtiğini tespit etmek zordur. Kastın ispatında olduğu gibi buradaki değerlendirme hariçten dâhile ulaşmak suretiyle yapılmaktadır. Bir başka deyişle, faili teşebbüsten vazgeçmeye sevk eden saik somut olayın

²⁹⁷ Yarg. 2. CD., 2014/789 E., 2015/1440 K., 02.02.2015 T. (Zikreden Mahmutoglu/Karadeniz, s. 854); ayrıca bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 633 dipnot 160.

²⁹⁸ Yarg. CGK., 1988/7-242 E., 1988/559 K., 26.12.1992 T. (Zikreden Mahmutoglu/Karadeniz, s. 854); ayrıca bkz. Hakeri, s. 532.

²⁹⁹ Yarg., CD., 2015/8044 E., 2015/5899 K., 21.10.2015 T. (Zikreden Mahmutoglu/Karadeniz, s. 854).

³⁰⁰ Yarg. 11. CD., E. 2014/1907, K. 2016/925, 10.2.2016 T. (www.kazanci.com.tr); ayrıca bkz. Mahmutoglu/Karadeniz, s. 855.

³⁰¹ Bkz. Tozman, s. 312.

harici şartlarından yola çıkılarak tespit edilecektir. Bu hususta, ilk derece mahkemelerinin failin saikini, yani elverişli hareketlerle icrasına başlayarak suç işleme kastını ortaya koyan failin niçin karar değişikliğine gittiğinin tespiti hayati önemi haizdir. Bu suale fail davranışı ve olayı çevreleyen şartlardan yola çıkılarak cevap aranmalıdır. Buna mukabil, salt harici şartlarla yetinilmesi katı bir objektivizme yola açabileceğinden, failin kişiliği ve şahsi özellikleri de dikkate alınmaktadır. Bilhassa, gönüllü vazgeçmede failin icra eylediği veya aktif davranışla mani olduğu neticeden, o ana kadar husule gelen haksızlığın muhtevası etkilenmektedir. Kanun koyucu, suç siyaseti mülahazalarıyla, o ana kadar işlenen fiiller bir suç teşkil ediyorsa faili sadece o suçtan cezalandırmaktadır. Gönüllü vazgeçme halinde fiilin haksızlık içeriği etkilenmekle birlikte, cezayı kaldıran bir şahsi sebep olan bu kurumla faile, “*fenalık sokağında tam zamanında durmak ve aklını başına toplamak kuvvetini kendisinde bulan bir kimse olduğunu ispat etmiş*” olduğundan, Zöhrap’ın deyişiyle salah-ı fikrisi avdet eden faile işlemeyi kastettiği suça teşebbüsten dolayı ceza verilmemektedir. Failin bu imkândan yararlandırılması için suçun icrasından vazgeçmesinin gönüllü olması şartı, müessesinin bu amacına uygun tatbikine imkân sağlayan bir hudut ve çerçeve niteliğindedir.

Mukayeseli hukuka bakıldığı vakit, farklı terim ve kelimeler tercih edilmekle birlikte gönüllülüğün bu kurumun en önemli şartı olduğu görülmektedir. Buna mukabil, kullanılan terim ve kelimelerin gerek lafzı gerekse hukuki manaları arasında derin farklılıklar olduğu görülmüştür. Bilhassa Alman Hukuku’nda gönüllülük kavramının karşılığında kullanılan “*Freiwilligkeit*” kavramının lafzi hudutları ve bu hududun kurumun *ratio legis* esas alınmak suretiyle aşılabileceği meselesi Alman hukukunda bu husustaki görüş ayrılıklarının ana fay hatlarından birini teşkil etmektedir. Bu tartışma, failin ceza ile tecziye edilip edilmeyeceğini belirlediğinden oldukça mühimdir. Gerek kanunilik ilkesi gerekse de hukuki kavramların muhtevasının lafza sıkı sıkıya bağlı olup olmadığı sorularıyla birlikte değerlendirildiğinde mesele daha büyük önem kazanmaktadır. Bu çerçevede, Alman Federal Mahkemesi ve öğretinin kahir ekseriyatı, teşebbüsten vazgeçmede aranacak vazgeçme kararının hür irade eseri olmasının kâfi olduğu, buna inzımmam (eklenen) eden bir ölçütün teşebbüsten vazgeçme hükmünün lafzını aşacağı ve bunun neticesinde kurumun tatbik sahasını kanuna aykırı olarak daraltacağı görüşündedir. Bu görüş yabana atılır cinsten değildir. Buna mukabil, hür iradenin muhtevasını daha ziyade psikolojik karar alma süreçleriyle tes-

pit eden Federal Mahkeme'nin, tüm vakalarda normun *ratio legis* ile ahenkli sonuçlara varamadığını kendisi de kabul etmiş, hatta bazı vakalarda normun amacından hareketle iradiliğin yanında failin vazgeçme saikini çeşitli kıstaslarla değerlendiren normatif teorilerin daha adeletli neticelere varabildiğini de ifade etmiştir. Yine de salt değerlendirmeye dayanarak, normatif (kaidevi) kavram inşasının ceza hukuku müessesinin düzenlediği ontik olgunun tasviri (deskriptif) gerçekliğinden soyutlanarak salt değerlendiricinin değerlendirilmesi de mahzurludur. Bu nedenle, gönüllülük konusunda geliştirilecek her görüşün failin karar alma süreçleri ve O'nu vazgeçme kararına sevk eden harici ve dâhili etkileri hesaba katması gerekir.

Türk Ceza Hukuku'nda da eski kanun devrinde “ihtiyar” yeni kanun devrinde de “gönüllülük” kavramının hür irade manasında kullanıldığı ve Yargıtay'ın da psikolojik yaklaşıma yaklaşan ve gönüllülüğü adeta iradilikle eş anlamlı gören bir yaklaşım çerçevesinde karar verdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Öğretide pek azınlıkta olan müelliflerin gönüllü vazgeçme normunun *ratio legisini* dikkate aldıkları müşahede edilmektedir. Bu görüşlerin isabetinden ziyade ele alınması lazım gelen ön mesele, Alman Hukuku'ndaki lafzi sınır meselesinin Türk Hukuku'nda gönüllülük kavramı bakımından da gündeme gelip gelemeyeceğidir. Bize göre, eski kanun döneminde irade ve ihtiyar arasında net bir ayırım yapmak mümkündü. Buna göre irade ihtiyarı kapsamaktadır. Bir başka deyişle ihtiyari olan her davranış aynı zamanda iradidir. Buna mukabil, her iradi davranış ihtiyari değildir. İrade, mümkün olmayan bir şeyi isteme manasına gelebileceği gibi zorlanmış bile olsa irade iradedir. Bu nedenle hayır kökünden gelen ihtiyar kelimesine hür iradeye inzimam eden doğruyu seçme, suç yolundan çıkarak hukuk yoluna girme manası yüklenebilir. Keza, yeni kanun döneminde tercih edilen “gönüllülük”³⁰² terimi de bir şeyi hiçbir yükümlülüğü yokken tercih etmek, isteyerek yapmak manasına gelmektedir ki bu kavramın lafzının da hür iradenin ötesinde gönüllü vazgeçme müessesinin *ratio legisiyle* ahenkli bir muhtevayı taşıyabileceği kanaatindeyiz. Bu nedenledir ki Alman Hukuku'nda bu hususta zuhur eden münakaşalı meselelerin memleketimize ithalinde fayda iktiza edememekteyiz. Bu bağlamda, kanımızca öğreti ve Yargıtay kararlarında kullanılan “otonom” karar kavramının semantik ve

³⁰² Buna karşılık gönülsüzlük ise “isteksiz”, “istemeyerek” manalarına gelmektedir. Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük 1, 9. Baskı, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 1998, s. 874.

muhtevi bakımdan önümüzdeki meselenin hallinde pek bir fayda sağlama-yacaktır. Burada, kanunda kullanılan terimlere mümkün olduğunca sadık kalınması ve bunun sonucu olarak Alman Kanun'daki '*freiwillig/unfreiwillig*' kavramlarının başka kelimelerle ifadesinden daha farklı bir şey olmayan '*otonom-heterenom*' ikilemesi yerine kanuni terimler olan '*gönüllü-gönülsüz*' ikilemesinin kullanılmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz. Nihayet, salt iradilik değil buna inzımm eden kıstasların gönüllü vazgeçmeyle gönülsüz vazgeçme arasındaki hudutların tayin ve tespitinde kullanılmasının da Türk gönüllü vazgeçme normunun lafzını aşan bir yorum olmayacağı düşüncesindeyiz. Zira gönüllülük terimi failin teşebbüsten vazgeçme kararını hangi saikle aldığı ve bu saikin normun ihdas amacına uygun olup olmadığı sorusunun sorulmasına imkân tanımaktadır.

Bu izahlar ve yukarıdaki tetkilerimiz ışığında gönüllü vazgeçmeyi gönülsüz vazgeçmeden tefrik etmek üzere şunların emin kıstaslar teşkil ettiği kanaatine ulaşmış bulunmaktayız:

1. Evvela gönüllü vazgeçmenin söz konusu olduğu vakalar üçlü bir tasnife tabi tutulmalıdır:

- a. Gönüllü vazgeçmenin sarıh olduğu vakalar;
- b. Gönülsüz vazgeçmenin sarıh olduğu vakalar;
- c. Failin tesir altında kalarak teşebbüsten vazgeçtiği vakalar.

Fransız Hukuku'ndan ilham alarak teklif ettiğimiz bu gruplandırma sayesinde pratik çözümlere gidilebilecektir. Her halükarda, bu vakalarda esas mesele failin vazgeçmeye sevk eden saik veya saiklerin tespiti ve tefsiridir.

2. Vazgeçmenin gönüllülüğünün sarıh olduğu vakalar, bu kurumun ideal tipini teşkil etmektedir. Bunların başında failin içten bir pişmanlık duyarak suçun icrasından vazgeçtiği veya neticenin husule gelmesine mani olduğu vakalar gelmektedir. Failin dini, ahlaki veya kanunların buyruklarına uyan bir kimse olma saikiyle vazgeçmesi halinde vazgeçme her zaman gönüllüdür. Zira burada tam da normun ihdas amacıyla ahenkli olarak fail suça teşebbüsten vazgeçmekle kalmamakta hukukun buyruklarına uygun davranma iradesini de ortaya koymaktadır. Buna mukabil, vazgeçmede salt ahlaki saiklerle vazgeçmenin gönüllü olarak kabulü müessesinin tatbik sahasını oldukça daraltabilir; ancak burada hukuk ahlakına müracaat edilmesini müdafaa edilen görüşler ahlaki yargıların subjektifliği tenkidini bertaraf et-

meleri bakımından birçok vakada emniyetli bir kıstas olabilir. Mağdura acıma, mağdurun faili iknası veya hukuka uygun davranmaya çağırarak O'nun salah-ı fikrîsinin avdet etmesine vesile olması hallerinde vazgeçme sarih bir şekilde gönüllüdür. Hangi harici veya dâhili sebepten kaynaklanırsa kaynaklansın ani pişmanlık, genel bir yakalanma veya ceza alma korkusuyla alınan vazgeçme kararları; keza, failin cesaretini yitirmesi, bir arkadaş veya üçüncü bir kişinin iknası gibi harici tesirlerle husule gelen vazgeçme de gönüllüdür.

3. Gönülsüz vazgeçmenin sarih olduğu vakalarda ise fail harici şartların zorlamasıyla, adeta O'nu icbar ederek mecbur kılması neticesinde vazgeçmektedir. Aniden polisin, üçüncü kişinin veya mağdurun olay mahalline intikal etmesi veya mağdurdan kaynaklanan direnç gibi hallerde vazgeçme gönülsüzdür. Mağdurun failin tehdidinden etkilenmemesi, mağdur tarafından tanınması, mağdurun faile fizik üstünlüğünün olması gibi hallerde vazgeçme sarih bir biçimde gönülsüzdür. Suç icrasına devam etmenin örneğin hırsızlık suçunun icrası sırasında failin güvenlik kamerasına çok yakını olduğunu görmesi nedeniyle ortaya çıkan hususi yakalanma riski nedeniyle vazgeçmesi de gönülsüzdür.

4. Gönüllülük bakımından failin sübjektif kanaati esas olduğundan, failin artık suçu işleyemeceğini düşünmesi halinde, objektif olarak bu imkân halen mevcut olsa bile vazgeçme gönülsüzdür. Aynı şekilde, fail suçun icrasına imkânı olduğunu düşünse bile objektif olarak bu imkânın olmaması gönüllülük konusunda varılacak yargıya tesir etmez. Örneğin, failin artık kasten öldürme suçunu işleme imkânının kalmadığını düşündüğü bir vaka da vazgeçme gönülsüzdür. Elbette başta da belirttiğimiz gibi failin manevi âlemindeki cereyan eden bu süreçlerin tespiti, harici şartlardan yola çıkılarak maddi vakanın objektif şartları çerçevesinde gerçekleştirilmektedir.

5. Failin gönüllü vazgeçme iradesinin hukuka uygun davranma iradesinden farklı saiklerle oluştuğu vakalarda gönüllü mü yoksa gönülsüz bir vazgeçmenin mi olduğu konusu münakaşalıdır. Bu gibi vakaların bazılarında failin hür iradesiyle vazgeçmesine mukabil, bu vazgeçme davranışı O'nun artık hukuka uygun davranma fikrine dönmesinden değil bilakis menfaatperest (*utilitarian*) mülâhazalardan kaynaklanmaktadır. Yukarıda tetkik ettiğimiz Yargıtay kararında, malî kaliteli bulmaması nedeniyle teşebbüsten vazgeçmesi halinde failin vazgeçmesinin gönüllü mü gönülsüz mü olduğu hususunda bu nedenle yorum güçlüğü yaşanmaktadır. Yargıtay, sanıkların Hint kenevirini satın alma imkân ve fırsatı olduğu halde, görevlilerce yapılan

bir baskın ya da başkaca bir dış engel bulunmadan icra hareketlerine son vermelerini gönüllü vazgeçme olarak tavsif etmiştir. Bir başka deyişle, Yargıtay gönüllülüğü hür irade olarak tanımlamakta buna inzimam eden bir kıstas tatbik etmemektedir. Bu yargısını da vazgeçmenin içten bir pişmanlığın sonucu olmasına gerek olmadığı, suçu daha sonra işlemek üzere failin vazgeçmiş olması halinde dahi kamu düzeni de bozulmamış olduğu için gönüllü vazgeçme hükmünden yararlanması gerektiği kanaatinde. Biz bu yorum tarzına iştirak edemiyoruz. Yargıtay'ın vazgeçme saikinin türünü dikkate almamasının, gönüllü vazgeçme normunun amacıyla uyuşmadığı düşüncesindedir. Zira Yargıtay'ın karara bağladığı bu vakada, başkaca kıstaslara müracaat etmeden vazgeçmenin gönülsüz olduğu sonucuna varılabilir. Malın değerinin azlığı failin gerçekleştirmeyi kast ettiği uyuşturucu "ticareti" suçu bakımından harici bir engel olarak yorumlanabilir. Faillerin polis takibinde olduklarını bildikleri ifadesi de doğru kabul edilecek olursa, polis takibinin yarattığı hususi yakalanma korkusunun da sarih bir gönülsüz sebebi teşkil eden harici bir sebep olduğuna kuşku yoktur.

6. Bize göre bu nevi hür iradenin mevcut olduğu ancak failin müesseseden istifade ettirilmesinde hukuk ve adalet duygusu bakımından tereddüt yaratan vakalarda gönüllü vazgeçme normunun *ratio legisine* istinat edilme-lidir. Elbette burada yukarıda da bahsettiğimiz gibi failin vazgeçme davranışında salt değerlendirici ölçütlere başvurulmamalı, bu ilave ölçütlere müracaat normun amacına uygun olarak Kühl'ün ifadesiyle söylecek olursak normatif bir düzeltme (*normative Korrektur*)³⁰³ olarak değerlendirilmelidir.

7. Bu hususta gerek Türk gerekse mukayeseli hukukta ortaya konulan kıstasları yukarıda izah ettik. Örneğin, uyuşturucu ticareti vakasında *Roxin'in* suçlu mantığı kıstası kabul edildiği takdirde; failin işlediği suçun mantığı uyuşturucu ticaretinden kar elde etmek olduğuna göre, malın kalitesiz olması halinde satın alma eyleminin icrasına devam etmesi O'nun ticareti bakımından pek akla, mantığa yatmaz. Dolayısıyla bu vazgeçme suçlu mantığına uyduğundan vazgeçme gönüllü değildir. Dikkat edilirse bu kıstas menfi (*ex negativo*) bir değerlendirmeye müsaittir; çünkü vazgeçme ancak suçlu mantığıyla tenakuz halinde olursa gönüllü addedilecektir. Keza, *Bitzilekis'in* suç mantığı kıstası da failin vazgeçmeyle birlikte değişen şartlara göre suçla ilgili tutumunu değiştirip değiştirmediği, bir başka deyişle işlemeyi kast

³⁰³ Kühl, s. 569.

ettiği suçla alakalı vazgeçme davranışıyla daha avantajlı bir durum yaratıp yaratmadığını esas almaktadır. Müellifin, vazgeçmenin bu kıstaslar uyarınca gönülsüz olduğu kanaatine ulaştığı vakalardan biri de failin suçun icrasına devam etmesinin artık bir anlamı kalmadığı vakalardır. Müellif, bu vaka tipine örnek olarak failin suçun konusunun kendi beklentilerinin altında kalması nedeniyle vazgeçmesini vermektedir. Bu çerçevede, Yargıtay'ın uyuşturucu ticareti vakasına bakıldığında, suçun konusu olan hint kenevirinin beklentilerinin altında kalması nedeniyle failin vazgeçmesinin gönülsüz olduğu neticesine ulaşılır. Burada müellif, yerinde bir tespitle vazgeçmenin gönüllü olabilmesi için sadece zorlayıcı tesirlerin bulunmamasını yeterli görmemekte buna ilave olarak vazgeçmenin suçun gerekliliklerinden bağımsız olması gerektiği kıstasını ortaya koymaktadır. *Bitzilekis*'in kıstası da *Roxin*'in gibi menfi bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Buna göre, vazgeçme şayet failin icrasına başladığı suçun mantığına uygunsuzsa vazgeçme gönülsüzdür.

8. Bize göre, burada failin suç planını ve işlemeyi kast ettiği suçun somut olaydaki şartlarını esas alan bir değerlendirme birçok vakanın doğru çözümünü temin edebilecek bir kıstastır. Burada sorulması gereken soru, failin suçun icrası sırasında ortaya çıkan risklerin faili vazgeçmeye icbar etmesi nedeniyle mi yoksa fail suç planını icra etme imkânına sahip olmasına rağmen suç işleme kararını yeniden gözden geçirerek yeni bir karar almadığıdır. Buna mukabil, suç planına uymayan yeni hallerin (riskler ve sair harici sebepler) ortaya çıkması nedeniyle suçun icrasından zorunlu olarak vazgeçmişse artık vazgeçme gönüllü değildir. Failin vazgeçme saiki, işlemeyi kasettiği suçla kabili telif olmamalıdır. Öğretide öteden beri savunulan ve köklerini örneğin *M.E. Mayer*³⁰⁴ ve *Cavallo* gibi müelliflerin görüşlerinde bulan³⁰⁵ failin suç planını esas alan görüş, günümüzde *Roxin* gibi müellifler

³⁰⁴ Max Ernst Mayer, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2. Auflage, Carl Winters, Heidelberg 1923, s. 370.

³⁰⁵ “Zorlanmış olan iradede, hariçten gelen tesirler suçu tamamlamak kararının değiştirilmesine amil olmazlar. Bu karar bütün tahakkuk edebilme kudretiyle mevcudiyetini muhafaza etmektedir; fakat... girişilen işi neticelendirebilmek imkanının hesaplanmasından mütevellit bir irade ve bu hesaplamasının neticesi olan yeni bir karar meydana gelmektedir... Hülâsa ihtiyarıyla vazgeçmede harekete geçebilmesini mucip olan saikleri nazarı itibare alan, yani verilen kararı değiştirmek maksadiyle onu tekrar gözden geçiren yeni bir karar mevcuttur. İradeden müstakil sebepler dolayısıyla vaki olan vazgeçmede... evvelce alınmış karar muhafaza edilmektedir. Bu kararın saikleri tekrardan gözden geçirilmiş değildir; fakat bu kararı tatbik edilebilip edememek imkânı hakkında yeni karar alınmaktadır.” Cavallo, s.g. Il delitto tentato, s. 80-81 (Zikreden: Erra, s. 708-709).

tarafından savunulmaktadır. Bu görüşün esasını, failin suç planında öngördüğü risklerin dışında ortaya çıkan bir sebeple mi yoksa suç planını devam imkânının mevcut olduğu kanaatinde olmasına rağmen daha önce verdiği suç işlemeye ilişkin kararı gözden geçirip yeni bir karar (suç yolundan dönme kararı) alıp almadığı meselesi teşkil etmektedir. Örneğin, eşini öldürmeye teşebbüs eden babanın çocuklarının gelmesi üzerine yaşadığı duygulanım neticesinde teşebbüsten vazgeçmesi, O'nun suç planına aykırıdır. Fail bu nevi vakalarda, O'nu suç işlemeye sevk eden saikle tevil edilemeyecek yeni bir saikin tesiriyle teşebbüsten vazgeçmektedir. Salt psikolojik kıstasla hareket edilirse teşebbüsten vazgeçen babanın vazgeçmesinin gönülsüz olduğuna hükmetmek gerekir. Buna mukabil, hukukun değerlendirci gözünden bakıldığında O'nda hukuka uygun davranma iradesini tetikleyen, yeni saik (çocuklarının olay yerine gelmesi) failin bu müesseseden yararlandırılmasını gerektirir.

9. Buna mukabil failin hukuk yoluna dönmekten ziyade değişen şartlara ve ortaya çıkan yeni plan dışı risklere bir tepki olarak suçtan vazgeçtiği vakalarda; aslında fail, suç işleme kararını muhafaza etmektedir. Yargıtay'ın uyuşturucu ticareti vakasında malın kalitesizliği, failin suç planına uymayan yeni bir durumdur. Keza, failin cinsel saldırıda bulunduğu sırada mağdurenin fail açısından öngörülme mukavemeti de failin planına uymayan yeni şartlardır. Bu noktada, fail ortaya çıkan yeni faktörlere rağmen suç planına uygun bir şekilde suçun icrasını tamamlayabileceği kanaatindeyse, vazgeçme gönüllüdür. Gönülsüz vazgeçmede, fail daha evvel aldığı suç kararını muhafaza etmesine karşın, failin iradesinden bağımsız sebepler yüzünden teşebbüsten vazgeçme durumunda kalmaktadır. Çalışmamızda gönüllülük şartının mevcudiyetine cezasızlık, mevcut olmamasına ise suça teşebbüsten ceza hükmü öngören Türk hukuku da dâhil olmak üzere ele alınan diğer hukuk sistemlerinde gönüllü-gönülsüz olarak tabir edebileceğimiz sınır vakalarında yorum güçlükleriyle karşılaşıldığı görülmektedir. Hukuki netice noktasında cezasızlığın yanına indirim sebebi olarak gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen ve her ikisini de hâkimin takdirine bırakan İsviçre Ceza Kanunu'nun esnek çözümü de olması gereken hukuk çerçevesinde yerinde bir çözüm gibi gözükmektedir.

KAYNAKLAR

- Ambos, Kai, in: Dieter Dölling, Gunnar Duttge, Stefan König ve Dieter Rössner (hrsg.) Nomos Kommentar, Gesamtes Strafrecht Handkommentar, 4. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden 2017.
- Amelung, Knut, Zur Theorie der Freiwilligkeit eines strafbefreidenden Rücktritts vom Versuch“ Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (120), 2008, ss. 206-245.
- Artuk, M. Emin Artuk/Gökçen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang/Eisele, Jörg, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Auflage, Verlag Ernst und Werner Giesking, Bielefeld 2016.
- Beckemper, Katharina/Cornelius, Kai, in: Bernd von Heintschel-Heinegg (hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, 37. Edition, Stand: 01.02.2018.
- BGH, Beschl. v. 28.01.2015-4 StR 574/14 (LG Essen), Strafverteidiger (11), 2015, s. 688.
- BGH, Rücktritt vom Versuch aus seelischen Gründen, Neue Zeitschrift für Strafrecht, 1994, ss. 428-429.
- BGHSt 35, 184, in: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, 35. Band, Carl Heymanns Verlag, Köln 1989, ss. 184-187.
- Bitzilekis, Nikolaos, “Zur Autonomie der Rücktrittentscheidung”, in: Felix Herzog ve Ulfrid Neumann (hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2010, ss. 661-679.
- Bockelmann, Paul, Strafrechtliche Untersuchungen, Verlag Otto Schwartz & Co, Göttingen 1957.
- Bosch, Nikolaus/Eser, Albin, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Auflage, C.H. Beck, München 2014.
- Bouloc, Bernard, Droit pénal général, 24. édition, Dalloz, Paris 2015.
- Centel, Centel/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Bası, Beta, İstanbul 2017.
- Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt: 1, 13. Bası, Beta, İstanbul 1997.

- Elliott, Catherine, *French Criminal Law*, Routledge, London 2011.
- Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts aus dem Jahre 1957, Amtliche Sammlung, 83. Band, IV. Teil, Strafrecht, Imprimeries Reunies S.A., Lausanne 1957.
- Erdoğan, Yavuz, “Gönüllü Vazgeçme”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl: 5, Sayı: 13, Ağustos 2010, ss. 93-124.
- Erem, Faruk/Danışman, Ahmet/Artuk, Mehmet Emin, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku*, Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997.
- Erra, Carlo, “Teşebbüste İhtiyarile Vazgeçme” (Çev. Sahir Erman), *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. X., S. 1-2, İstanbul 1944, ss. 679-720.
- Fabrizy, Ernst Eugen, *Strafgesetzbuch, Kurzkommentar*, 12. Auflage, Manz’sche Verlag, Wien 2016.
- Fischer, Thomas, *Strafgesetzbuch*, 65. Auflage, C.H.Beck, München 2018.
- Fornasari, Gabriele, “Die Regelung des Versuchs und des Rücktritts vom Versuch im deutschen und italienischen Strafrecht“, in: *Fragmentarisches Strafrecht, Beiträge zum Strafrecht, Strafprozeßrecht und zur Strafrechtsvergleichung*, Für Manfred Maiwald aus Anlaß seiner Emeritierung, verfaßt von seinen Schülern, Mitarbeitern und Freunden, Peter Lang, Frankfurt 2003, ss. 49-59.
- Frank, Reinhard, “Vollendung und Versuch”, in: *Vergleichende Darstellung, Deutschen und Ausländischen Strafrechts*, Verlag von Otto Liebmann, Berlin 1908.
- Fuchs, Helmut, *Strafrecht Allgemeiner Teil I, Grundlagen und Lehre von der Straftat*, 9. Auflage, Verlag Österreich, Wien 2016.
- Gropp, Walter, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Springer, Berlin 2015.
- Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, US-A Yayınları, Ankara 2017.
- Haft, Fritjof, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Auflage, C. H. Beck, München 1998.
- Hager, Gerhard/Massauer, Wolfram in: Frank Höpfel ve Eckart Ratz (hrsg.) *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. Auflage, Manz’sche Verlag, Wien 1999, §§ 15, 16.
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 21. Baskı, Adalet, Ankara 2017.

- Hermann, Mareike, Hermann, Der Rücktritt im Strafrecht, Eine kritische Analyse von § 24 StGB de lege lata und Überlegungen de lege ferenda, Duncker & Humblot, Berlin 2013.
- Hoffmann-Holland, Klaus, in: Bernd von Heintschel-Heinegg (hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Auflage, C.H. Beck, München 2017.
- Horder, Jeremy, Ashworth's Principles of Criminal Law, 8th Edition, Oxford University Press, Oxford 2016.
- İçel, Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta, İstanbul 2016.
- Jäger, Christian in: Jürgen Wolter (hrsg.) Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, § § 1-37 StGB, 9. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln 2017.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 1996.
- Kienapfel, Diethelm, Frank Höpfel ve Robert Kert, Grundriss des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 15. Auflage, Manz'sche Verlag, Wien 2016.
- Kindhäuser, Urs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden 2017.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Seçkin, Ankara 2017.
- Kühl, Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Vahlen, München 2017.
- Lilie, Hans/Albrecht, Dietlinde, in: Heinrich Wilhelm Laufhütte, Ruth Rissing-van Saan ve Klaus Tiedemann (hrsg.), Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Erster Band, De Gruyter Recht, Berlin 2007.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami/Karadeniz, Serra, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, Beta, İstanbul 2017.
- Maiwald, Manfred, "Psychologie und Norm beim Rücktritt vom Versuch", in: Karl Heinz Gössel ve Otto Triffterer (hrsg.), Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, C. F. Müller, Heidelberg 1999, ss. 255-270.
- Marinucci, Giorgio/Dolcini, Emilio, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, 6th edizione, Giuffrè Editore, Milano 2017.
- Maurach, Reinhard/Gössel, Karl Heinz/Zipf, Heinz, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg 2014.
- Mayer, Max Ernst, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2. Auflage, Carl Winters, Heidelberg 1923.

- Murmann, Uwe, Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2015.
- Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 2. Band, Allgemeiner Teil, 14. Bis 25. Sitzung, Bonn 1958.
- Niggli, Marcel Alexander/Maeder, Stefan, in: Marcel Alexander Niggli ve Hans Wiprächtiger (hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht I, 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2013.
- Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II-III, Beta, İstanbul 1992.
- Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 13. Bası, Seçkin, Ankara 2017.
- Pradel, Jean, Droit pénal général, 19. édition Cujas, Paris 2012.
- Prothais, Alain, Tentative et Attentat, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1985.
- Puppe, Ingeborg, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 3. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden 2016.
- Rengier, Rudolf, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2012.
- Roxin, Claus, „Über den Rücktritt vom unbeeendeten Versuch“ in: Hans Lüttger (hrsg.), Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag, Walter de Gruyter, 1972 Berlin, ss. 251-276.
- Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Verlag C.H. Beck, München 2003.
- Schubert, Kathrin, Der Versuch- Überlegungen zur Rechtsvergleichung und Harmonisierung, Duncker & Humblot, Berlin 2006.
- Seelmann, Kurt/Geth, Christopher, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2016.
- Simester, AP/Spencer, JR/Stark, Findlay/Sullivan, GR/Virgo, GJ, Simester and Sullivan's Criminal Law, Theory and Doctrine, 6th Edition, Hart Publishing, Oxford 2016.
- Sözüer, Âdem, Suça Teşebbüs, Kazancı Yayınları, İstanbul 1994.
- Spencer, John, "Brief Comments from an English perspective", in: Klaus Tiedemann (hrsg.), Wirtschaftstrafrecht in der Europäischen Union, Freiburg-Symposium, Carl Heymanns Verlag, Köln 2002, ss. 435-445.

- Stratenwerth, Günter/Kuhlen, Lothar, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat, 6. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2011.
- Taner, M. Tahir, Ceza Hukuku, Umumi Kısım, Üçüncü Basım, Akgün Matbaası, İstanbul 1953.
- Tipold, Alexander, Rücktritt und Reue, neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien 2002.
- Tozman, Önder, Suça Teşebbüs, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- Trechsel, Stefan/Noll, Peter/Pieth, Mark, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 7. Auflage, Schulthess, Basel 2017.
- Triffterer, Otto Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil, Springer-Verlag, Wien 1985.
- Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük 1, 9. Baskı, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 1998.
- Ulsenheimer, Klaus, Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis, Walter de Gruyter, Berlin 1976.
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil, 46. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg 2016.
- Yaşar, Osman, Uygulamada Türk Ceza Yasası, Genel Hükümler, Seçkin, Ankara 2000.
- Zaczyk, Rainer, in: Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann ve Hans-Ulrich Paeffgen (hrsg.), Strafgesetzbuch Nomos Kommentar, 5. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden 2017.
- Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK m. 1-75, 6. Bası, Beta, İstanbul 2016.
- Zöhrap, Kirkor, Hukuk-u Ceza, Ahmed Sâki Bey Matbaası, İstanbul, 1325 (1907).