

TEŞEBBÜSTE İHTİYARİLE VAZGEÇME (*)

Carlo Erra

İÇİNDEKİLER: 1 — Giriş; 2 — *Iter criminis*'in kesilmesi, Failin iradesine bağlı olan ve olmıyan sebepler, İhtiyarile vazgeçme; 3 — Eski İtalyan devletlerinin mevzuatı, Zannardelli Kanunu, Rocco Kanunu; 4 — İhtiyarile vazgeçme bir muafiyet sebebi olmalı mıdır? Muhtelif fikirlerin izahı; 5 — Kabul ettiğimiz nazariye ve diğer telâkkilerin tenkidi; 6 — Samimi vazgeçme ve ihtiyarî vazgeçme; 7 — İhtiyarî vazgeçme ve gayri ihtiyarî vazgeçme. İlmî kanaatlerin ve jürisprüdansın gözden geçirilmesi; 8 — Tefrik kıstasının tespiti, Misaller; 9 — İhtiyarile vazgeçmenin maddî unsuru; 10 — Muafiyet sebebinin mahiyet ve kıymeti, İştirak haline tatbiki; 11 — Vazgeçmeğe rağmen cezalandırılabilen fiiller; 12 — Esas mahkemesinin hükmünün temyiz mahkemesince kontrol edilememesi

1 — Bu fasikülde intişar etmiş olan iki temyiz kararı (1), doktrin ve jürisprüdans bakımından mer'î ceza kanunundaki ihtiyarile vazgeçme müessesesini tetkik etmek ve 56 ncı maddenin ikinci fıkrasında mezkûr kaidenin amelî tatbikatı hususunda faideden hâli olmıyacak mülâhazalarda bulunmak fırsatını bize vermektedir.

2 — Malûm olduğu veçhile, kendilerine vücut veren fiilin müteaddit hareketlere bölünmesine müsait olan bazı suçlar vardır; buna mukabil, ancak bir tek hareketten ibaret bulunan suçlar da mevcuttur. Muhtelit suç denilen birincilerini teşkil eden fiil bir takım hareketlere inkısam eder (*Iter criminis*), şöyle ki icraya başlama ile suçun tamam olması arasında bir ayrılık, bir mesafe vardır;

(*) Carlo Erra, *La desistenza volontaria nel tentativo*, *Annali di diritto e procedura penale*, 1937, s. 760-770; 950-962 (S. E.).

(1) Cass., 2 nci daire, 24 ocak 1934, Hukuku âmme c/. Monastero (*Ann. di dir. e proc. pen.*, 1937, s. 824), Cass.; 2 nci daire; 30 mayıs 1934; Hukuku âmme c/. Zilli (*ibidem* s. 826).

basit suç denilen ikincilerde ise, fiilin zaman itibarile bölünmesi imkânsızdır, şöyle ki bunlara vücut veren tek fiil suçun tamamlanmasına tetabuk eder (2).

İmdi, mademki bazı suçlarda failin suçu tamamlıyabilmesi için buna isal edecek muhtelif hareketleri birbiri ardınca ika eylemesi icap etmektedir, şu halde bir suçun icrasına, bunu ikaya gayrı müphem bir şekilde müteveccih bulunan elverişli hareketlerle, başlandıktan sonra, bu hareketlerin mayyen bir noktada katedilmeleri veya, bütün hareketlerin bitmiş olmasına rağmen, neticenin tahakkuk eylememesi imkân dahilindedir.

Fail, neticeye vasıl olmak için lâzımgelen bütün hareketleri henüz ika etmediği takdirde, hareket kat'edilmiş olur (3). Fail suçu tamamlanarak için elinden gelen her şeyi yaptığı, yani suçu vücuda getiren bütün hareketleri mevkii fiile koyduğu halde, suç tamamlanmadığı takdirde, netice tahakkuk etmemiş olur (4). Netice itibarile, her iki halde de suç tamamlanmıyor.

Bir suçun neticelenmesini mucip olabilecek sebepler muhtelifdir. Fakat, bizzat kanunun taksimine uyularak, bunlar iki zümrede toplanabilirler: failin iradesine bağlı olan sebepler ve bu iradeye bağlı olmıyan sebepler (5). Birinciler dolayısıyla suç fail tarafından ihtiya-

(2) Cezacıların tamamlanmış suç hakkında ileri sürmüş oldukları tarifleri serdedecek değiliz. Şurasını hatırlatmak kâfidir: «Suçu teşkil eden cürmî fiilin unsurları suçlunun ihmâl veya icrası neticesinde gerçekleştikleri takdirde, suç tamam olur». (Saltelli e Romano Di Falco, *Commento teorico pratico del nuovo codice penale*, Roma, 1930, cilt I, kısım 1; s. 335).

(3) Misal: bir kimse, hırsızlık maksadile, bir evin duvarına merdiven dayıyor, yukarı çıkıyor, bir pencerenin camlarını kırıyor. Bu anda, herhangi bir sebep dolayısıyla, hırsız kaçıyor. Bu vaziyette, hırsızlık suçunun neticesinin (başkasının menkul malını almak) tahakkuk edebilmesi için, hırsızın pencereden içeri atlaması, meskene girmesi, alacağı şeyleri arama lâzımdı; şu halde yaptığı hareket tamamlanmadan katedilmiştir.

(4) Misal: Bir kimse, hasmını öldürmek maksadile, onu bir nehirin kenarında bekliyor ve önünden geçerken o noktada derin olan suya atıyor; fakat mağdur başkaları tarafında kurtarılıyor. Bu vaziyette fail bütün hareketleri yapmıştır, fakat adam öldürme cürmünün neticesi (bir adamın ölmesi) tahakkuk etmemiştir.

(5) Bu taksim mülga kanunda *expressis verbis* (sarahaten) zikredilmişti. 61 inci maddenin birinci kısmile 62 nci madde, 61 inci maddenin son fıkrasında mevzuubahs olan «ihtiyarile» yani failin iradesine tâbi vazgeçmeye mukabil, «ihtiyarında olmıyan sebepler dolayısıyla» icra hareketlerinin

rile terk edilmekte: ikinciler dolayısıyla ise, suça failin iradesi hilâfına olarak, mâni olunmaktadır.

Failin iradesinden hariç sebepler dolayısıyla suçun tamam olmaması, malûm olduğu veçhile, Zanardelli kanunu mucibince, hareketin bitmemesine veya sadece neticenin tahakkuk eylememesine göre, nakıs teşebbüs (m. 61, kısım 1) ve tam teşebbüs (m. 62) gibi iki ayrı suç şekline vücut verdiği halde, mer'i ceza kanunu mucibince her iki vaziyette de aynı şekilde nizamlanmıştır; gerçekten bu iki faraziyede de daima nakıs teşebbüs hali mevcuttur (m. 56 kısım 1), çünkü, «hareketlerin elverişli ve muayyen bir suça müteveccih oldukları tespit edilince, farklı bir cezaî disiplin bakımından bu hareketlerin derecelendirilmeleri, iter criminis suçunun iradesinden müstakil sebepler dolayısıyla suçun tamam olmasına kadar varmadığı takdirde, ancak keyfî olabilir» (6).

Suçun failin iradesine tâbi sebepler dolayısıyla tamamlanmaması ise, hareketin tamamen icra edilip edilmemesine göre, farklı cezaî neticelere götürür. Birinci faraziyede, fail kendiliğinden hareketi terkmiş 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 cezalandırılabilmeyi bertaraf eden hal vardır (m. 56, fıkra 2). İkincisinde ise, fail neticeye kendiliğinden mâni olduğu için, teşebbüsten dolayı cezalandırılabilmeyi bertaraf etmiyen ve fakat sadece teşebbüs için tespit edilmiş olan cezayı tahfif eyleyen, faal nedamet hali mevcuttur (7).

ikmal edilmemesinden ve suçun tamamlanmamasından bahsetmekte idiler. Mer'i kanununun 56 ncı maddesi ise, birinci kısmında, «ihtiyarında olmıyan sebepler dolayısıyla» cümlesini ihtiva etmemektedir, fakat açıktır ki bu kaydın zımnen mevcut olması icap eder, zira, birinci kısma mukabil, «ihtiyarile» vazgeçme ve «ihtiyarile» suça mâni olma hallerini birer muafiyet ve tahfif sebebi addeden aynı maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarından bu netice istidlâl olunmaktadır.

(6) *Ceza Kanununun kat'i tasarısı hakkında Adliye Bakanının raporu (İhzarî çalışmalar, cilt V, birinci kısım, s. 101)*. Bittabi hâkim, kanunen muayyen asgarî ve azamî hadler arasında hareket ederek, ceza kanununun 133 üncü maddesi mucibince, müşahhas cezayı tespit ederken, failin yaptığı hareketin varmış olduğu safhayı nazarı itibara alacaktır.

(7) Adliye Bakanı kat'î tasarı hakkındaki raporunda (*İhzarî çalışmalar, cilt V, kısım 1*) failin ihtiyarında olmıyan sebepler dolayısıyla suçun tamamlanmaması hususunda derpiş olunan tek faraziyeye mukabil, bu iki faraziyenin derpiş edilmesini ve failin ihtiyarile suçun tamam olmaması

3 — Tetkikatımızı, girişte de söylediğimiz veçhile, ihtiyarile vazgeçme müessesesine hasredeceğimiz cihetle, bu konuyu eski İtalyan mevzuatında nizamlıyan hükümleri görmemiz ve bundan sonra mer'i kanunu incelememiz faideli olacaktır.

Vazgeçme 1808 Napoli Krallığı kanunu tarafından (m. 48), 1819 İki Sicilia kanunu tarafından (m. 73), 1832 Papalık nizamnamesi tarafından (m. 11), 1839 (m. 106) ve 1859 (m. 101) Sardegna kanunları ve 1853 Toscana kanunu (m. 48) tarafından kabul edilmişti (8). Bütün bu kanunlar, vazgeçene daha hafif bir ceza tertip eden papalık nizamnamesi müstesna, vazgeçmenin teşebbüsten dolayı cezalandırılabilmeyi bertaraf eylemek neticesini haiz olduğunu sarahaten tespit ediyorlardı (9). Bununla beraber bazıları (meselâ Toscana kanunu)

halinde farklı neticelerin terettüp eylemesini şu şekilde izah ediyor: «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; halbuki, hareketi ikmal ettikten sonra fail neticenin tahakkukuna mâni 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 şartile, vazgeçme teşebbüsten dolayı cezalandırılabilmeyi bertaraf eder; ikinci vaziyette ise, nedamet veya pişmanlık ancak cezanın ölçüsüne müessir olabilir».

Şurasına da işaret edelim ki, kanun, zararın tazmini veya suçun neticelerinin bertaraf yahut tahfif olunması şekillerinde tecelli eden nedameti, suçun tamam olmasından sonra vukubulduğu takdirde dahi, nazarı itibara almaktadır. Fakat tabiidir ki, bu vaziyette, artık teşebbüs mevcut olamayacağından, ancak tamamlanmış suç için tespit edilmiş olan cezanın indirilmesi mevzuubahs olabilir (m. 62, n. 6).

(8) Tolomei (*Il pentimento nel diritto penale*, Padova, 1926, s. 43) Carlo Emanuele III ün yağmaya veya tehdide teşebbüs hallerinde, cezanın «tecavüzün ağırlığı» ile mütenasip olmasından başka, «neticenin tahakkuk etmemesini mucip olan sebeplere» de uygun bulunmasını tespit eylemesi keyfiyetinde, vazgeçmenin ilk ve zımnî bir tanınmasını görmektedir (bk. *Leggi e costituzioni del 7 aprile 1770*, kitap IV, böl. 6, n. 10).

(9) Mer'i *Codex iuris canonici* ise, şöyle demektedir: «ab omni impunitate liberatur qui sponte ab incepta delicti executione destiterit, si nullum ex conatu damnium aut scandalum ortum sit» (can. 2213 § 3) «teşebbüsten hiç bir zarar veya günah vesilesi tevellüt etmedikçe, başlanmış olan suçun icrasından kendiliğinden vazgeçen kimse her türlü mesuliyetten kurtulur» (S. E.).

vazgeçmenin samimî olmasını talep ettikleri halde, diğer bazılarına göre vazgeçmenin ihtiyarî olması kâfi idi.

1887 İtalyan kanun tasarısı hakkındaki raporda, bu müessesenin esası olarak, şu prensipler tespit edilmişti (m. 60): 1 — Vazgeçmenin ihtiyarî olması kâfi idi; 2 — Vazgeçme bir muafiyet sebebi idi; 3 — Bununla beraber, suç teşkil ettikleri takdirde, ika edilmiş olan hareketlerden dolayı cezalandırılabilme bâki idi. Nazır Zanardelli böyle bir tanzimin sebeplerini şu şekilde izah etmişti: «Mademki teşebbüsün isnad olunabilmesi bakımından, bizatîhî teşebbüsün mahiyeti dolayısıyla, ceza siyasetinden mülhem mesuliyet mülâhazaları üstün tutulmak icap eder, şu halde bizzat failinin ihtiyarile gayri müessir ve zararsız bir hale konulmuş olan bir teşebbüsün içtimaî tehlikeden âri bulunduğu ve, cezanın suçlu üzerinde kanunu tam bir şekilde ihlâl eylemeğe tahrik eden bir âmil olarak tesir icra etmemesi için müdebbir bir vazıı kanunun suçtan geri dönmeği teşvik eylemekle mükellef olduğu inkâr edilemez. Bu keyfiyet suçlularla uzlaşmak demek değildir, çünkü, icra olunan hareketler başlı başlarına bir suçun unsurlarını teşkil ettikleri takdirde, fail cezasız kalmaz, fakat hâdisede tamamlamış olduğu bu suçtan dolayı cezalandırılır: *quod factum, infectum fieri nequit* (*)... Müessir olabilmesi için, vazgeçmenin samimî olması icap edip etmiyeceği, yahut ihtiyarî olmasının kâfi gelip gelmiyeceği münkaşa edilmiştir. Tercih edilen noktai nazar bu ikincisidir, çünkü, hem cezaî adalet beşerî hareketlerin en derin sebeplerini araştırmakla mükellef değildir, hem de, aksi halde, vazgeçenden ekseriya temin edemeyeceği ve hâkimlerin çok kerre tahkik eylemek vasıtasına malik bulunamayacakları bir delil talep edilmiş olur. Binaenaleyh bir suça sadece teşebbüs etmiş olan kimsenin cezalandırabilmesini bertaraf etmek için, kabili tecziye olan teşebbüs mefhumuna karşılık olarak, suçun tamamlanmasının failin iradesinden müstakil olmıyan sebepler dolayısıyla tâlik edilmiş olması kâfidir» (10).

Tasarı bir âyân komisyonu tarafından incelendi ve bu komisyon, vazgeçmenin ihtiyarîliği hususunda, samimiyetin de aranması halinde, vazgeçmenin derunî sebeplerini tâmik eylemenin gayet müşkül olacağı ve, diğer taraftan, vazıı kanunun, kendi gayeleri bakımından; ahlâkî nedâmeti talep etmemesi icap eyliyeceği ve fakat, sonradan

(*) Yapılmış olan bir şey, yapılmamış bir hale konulamaz. (S. E.).

(10) *Ceza Kanunu tasarısı hakkındaki nezaret (Zanardelli) raporu*, 1887, n. LIV.

vukubulan bir pişmanlık neticesi olmak şartıyla, haricî bir hareket sıfatıyla suç işlemekten rücu etmekle iktifa eylemesi lâzımgüleceği mülahazalarile, 60 ıncı madde hakkında şartsız ve kayıtsız tasvibini izhar eyledi (11).

Mürakabe komisyonunda ise ihtilâflar zuhur etti. Gerçekten komisyon üyelerinden Faranda «ihtiyarile» kelimesinin yerine «samimî olarak» ibaresinin ikame edilmesini talep eyledi. «İrade daima serbest değildir; bilâkis, bir hırsızın bir kasayı kırarken yaklaşmakta olan şahısların çıkardıkları gürültüyü işitmesi üzerine vazgeçmesi halinde olduğu gibi, bazı vaziyetlerde, bir nevi zarurete bağlıdır. Hırsızın bu vazgeçmesi iradî olmakla beraber, samimî değil, fakat cebridir ve kendisini cezadan muaf tutmak için sebep yoktur» (12). Faranda'nın teklifine, «ihtiyarile» kelimesi ipka olunduğu takdirde tatbikatta bunun ifade ettiği mâna hakkında ihtilâflar zuhur eyliyeceğini, «zira, irade cebre müstenit olduğu, suçtan vazgeçmenin, manevî mâhiyette olsalar bile, karşılaşılan engellerin bir neticesi bulunduğu, vazgeçme veya icra hareketlerinin inkıtaa uğraması yegâne kurtuluş yolu olduğu ahvalde, cezasız kalmanın bir adaletsizlik olacağını» (13), ileri sürerek, Marcora da iltihak etti. Bununla beraber, ekseriyet, samimiyetin talep olunması halinde namütenahî ve derin incelemelerin yapılması icap edeceği mülahazasile Pessina tarafından tasvip olunan ve «cebre müstenit bir irade artık irade değildir» sözü ile Ellero tarafından ikmal edilen, Lucchini'nin «kanun iç âlemde gayet derin incelemeler yapmak derecesine varmamalıdır; o yalnız haricî hareketlere bakmalıdır; vazgeçmenin gerek üçüncü şahısların tavsiyelerinden gerekse salâhiyetli mercilerin müdahalesinden azade bulunması aranmamalıdır; vazıı kanun için irade kâfidir» şeklindeki noktai nazara iştirak ederek, 1887 ve âyan komisyonu tasarılarındaki fikirleri aynen muhafaza eyledi (14).

Böylece vazgeçme müessesesi, ihtiyarîlik kisvesi altında, 61 inci maddenin son kısmında (Bir suçun icrasına başlamış olan kimse) suçun icra hareketlerinden ihtiyarile vazgeçerse, başlı başına bir suç

(11) *Âyan Komisyonunun Raporu*, kitap I, böl. III. 2, IV.

(12) 13 aralık 1888 tarihli Kral kararnamesile tesis edilmiş olan Komisyonun zabıtları, resmi tab'ı, s. 193.

(13) 13 aralık 1888 tarihli Kral kararnamesile tesis edilmiş olan Komisyonun zabıtları, s. 193-194.

(14) 13 aralık 1888 tarihli Kral kararnamesile tesis edilmiş olan komisyonun zabıtları, s. 193.

teşkil ettiği takdirde, ancak icra edilmiş olan hareket için tespit edilmiş bulunan cezaya maruz kalır» diyen 1889 kanununa girmiş oldu.

Mer'î ceza kanununun ihzarî çalışmaları sırasında, müessese, Zanardelli kanunu tarafından kabul edilmiş olan şekli ile hiç bir itiraza mahal vermedi, şöyle ki ne nezaret ne de meclis komisyonunun za-bitlerinde bu mevzu hakkında hiç bir kayda tesadüf edilemez. Keza ilk tasarı hakkında noktai nazarlarını dermeyan eylemeğe davet edilen bütün organlar (hâkimler, üniversiteler, avukat ve dâva vekilleri kraliyet ve meslek komisyonları) ya vazgeçme müessesesini incelememişler veya, buna tamamen iltihak eylemişlerdi. Yalnız Viterbo şehiri avukatları kraliyet komisyonu (raportör, avukat Tirasacchi), muhalif bulunduğunu şu şekilde izhar etti: «İcra edilmiş olan hareketlerin başlı başlarına suç teşkil etmemeleri şartile, tasarının ihtiyarile vazgeçme halinde failin cezalandırılmıyacağı kaydını muhafaza eylemiş olması şayanı tasviptir. Fakat, bedihî adaletsizliklere meydan verilmemek için, «ihtiyarile» kelimesinin yerine «samimiyetle» sözünün ikame edilmesi daha iyi olur, çünkü iter criminis'in inkıtaa uğraması, yakalanma korkusu veya cürmî hareketten elde edilen kârı muhafaza eyleyememek endişesinden ibaret olabilen, menfaatperest veya gayrı samimî saiklerden ileri geldiği takdirde değil, fakat faal bir nedametın nişanesi, vicdanın derunî bir sevkinin ve müsmir bir pişmanlığın neticesi olduğu takdirde nazarı itibara alınmağa lâyıktır. Yukarıki faraziyede, açıktır ki vazgeçme failin daha az tehlikeli ve içtimaî düzene aykırı bir şahıs olduğuna delil teşkil edemez, binaenaleyh kendisinin cezasız kalması doğru değildir. Çünkü, bazı hallerde tefrik kolay olmasa dahi, ekseri ahvalde hâdisenin hususiyetleri, vazgeçmenin saiklerini tayin ve binnetice basit iradeye samimiyetin de inzımam edip etmediğini tespit eylemek için lâzım-gelen unsurları temin ederler» (15).

Fakat, yukarıda da söylenildiği veçhile, bu tek muhalefet sesi münakaşaya bile mevzu teşkil etmedi ve vazgeçme müessesesi, 1889 kanunundaki hatlarile, ilk tasarının 58 inci ve kat'i tasarının 60 ıncı maddeleri vasıtasile, ceza kanununun 56 ncı maddesinin ikinci fıkrasına tamamen geçti.

4 — İtalyan mevzuatını gördükten ve, iradesinden müstakil olmıyan sebepler dolayısıyla failin vazgeçmesinin teşebbüsten dolayı mesuliyetini kaldıracağıının ve fakat, bizim kanunumuzda olduğu gi-

(15) *Ceza ve ceza usulü kanunlarının ihzarî çalışmaları*, cilt III, birinci kısım, s. 444.

bi, iter criminis esnasında ika edilmiş olan muhtelif suçlardan dolayı cezalandırılabilmeğe mâni olamayacağına yabancı mevzuatta da, umumiyet itibarile, kabul edilmiş olduğunu ilâve eyledikten sonra, gayet münakaşalı bir mesele ile karşılaşmaktayız: ihtiyarile vazgeçme halinde teşebbüsün cezalandırılmamasının esası nedir (16)?

Şurasını hemen söliyelim ki, gayeye vüsul için vasıta olarak işlenmiş olan suçtan dolayı ceza vermek hususu mahfuz kalmak şartile, ihtiyarile vazgeçmenin teşebbüsü cezasız bırakması icap edeceği, doktrin sahasında hemen hemen ittifakla kabul edilmiş bulunan bir keyfiyettir.

Bununla beraber, bilhassa Alman müellifleri arasında, bu prensipe muhalif olanlar yok değildir. Gerçekten, hukukî cepheden düşünülerek, vazgeçmenin, suç işlemek kastının zeval bulmasını ifade eylese bile, icranın başlangıcı olan hareketleri ortadan kaldıramıyacağı ve binaenaleyh, vazgeçmeye rağmen, yalnız iter criminis sırasında ika edilmiş olan muhtelif suçlardan dolayı değil, fakat teşebbüsten dolayı da faile ceza verilmek icap edeceği ileri sürülmüştür (factum infectum fieri nequit). Ceza siyaseti bakımından da, bir suçun icrasına başlamış olan kimseyi cezalandırmanın maslâhata uygun bulunduğu inkâr edilemeyeceği, çünkü, bu şekilde, bir defa icraya başladıktan sonra, ilerde vazgeçse bile cezadan kurtulamıyacağını bileceği cihetle, suçlunun cürmî kastını mevkii fiille koymaktan çekineceği ilâve olunmuştur. Bu nazariyenin başlıca müessisleri şunlardır: Almanya'da Tittmann (17), Kleinschord (18), Osembrüggen (19), John (20); Geyer (21); ve

(16) İşaret edelim ki, bütün bu paragrafta «ihtiyarile» sözünü ancak kanunun metnine uymak için kullanmaktayız; binaenaleyh zikredilen müelliflerden bazılarının vazgeçmenin esası olarak sadece ihtiyariliği değil fakat samimiliği kabul etmiş olmaları mümkündür. Fakat bu fikir ayrılığı cezalandırmamanın esasının incelenmesi bakımından önemsizdir.

(17) Tittmann, *Über die wissenschaftliche Behandlung des peinlichen Réchts*, Leipzig 1798, I, s. 271.

(18) Kleinschord, *Systematische Entwicklung der Grundlagsverfassung und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts*, Erlangen 1796, I, s. 94.

(19) Osembrüggen, *Abhandlungen aus dem deutschen Strafrecht*, Erlangen 1857, I, s. 38.

(20) John, *Entwurf mit Motiven zu einem Strafgezetzbuch für d. Nordd. Bund*. Berlin 1868, s. 222 ve müt.

(21) Geyer in *Gerichtsaal*, 1869, XXI, s. 3; aynı müellifin *Rivista penale*, 1882, XV, s. 12 ve müt..

Cohn (22); İtalyada Carmignani (23); Benevolo (24); Belçika'da Legraverend (25). Bununla beraber şurasına dikkat etmek icap eyler ki, bu müelliflerden bazıları (meselâ Geyer, Carmignani, Benevolo ve Legraverend) vazgeçenin teşebbüsten dolayı cezalandırılmasında ısrar etmekle beraber açık bir tenakuza düşerek, cezanın hafifletilmesinin daha doğru olacağı, çünkü «icranın ortasında samimî olarak vazgeçen kimsenin, sair bütün hareketleri de işleyen şahsa nazaran, daha az bir cürmî enerjiyi açığa vuracağı» (26) neticesine varmaktadırlar.

Buna mukabil vazgeçme halinde teşebbüsün cezalandırılmıyacağını ileri sürenler çok daha kalabalıktırlar.

Bunlar da, muhalif nazariyenin taraftarları gibi, noktai nazarlarını hem siyasî hem de hukukî mülâhazalara istinad ettirmektedirler.

Ceza siyaseti bakımından deniliyor ki, teşebbüsün vazgeçme halinde dahi cezalandırılması hukuken icap etmekte ise de, başlamış olduğu icra hareketlerini ihtiyarile terketmiş olan kimseyi cezalandırmamak daha doğru olur, çünkü, bu sıfat failin zihninde nedameti tevlit edecek bir âmil olarak icrai tesir eyler. Fail, iter criminis'in ortasında tevakkuf eylediği takdirde cemiyetin kendisini tecziyeden feragat edeceğini bilirse, icra hareketlerini durdurmağa, bunlardan rücu etmeğe sevk edilmiş olur; halbuki Devlet pişman olan kimseyi cezasız bırakmazsa, onu, bir suretle, suçu tamamlamağa teşvik etmiş olur. Ceza siyaseti mülâhazaları dolayısıyla cezalandırılmama nazariyesi diyeceğimiz bu nazariyeye iltihak edenler bilhassa şu müellifler olmuştur: Feuerbach (27); Mittermaier (28); Finger (29); Listz (30); Meyer

(22) Cohn, *Zur Lehre v. versuchten und unvollendeten Verbrechen*, Breslau 1880, I, s. 556; aynı müellif, *Die Revisionsbedürftigkeit d. heutigen Versuchsbegriffs*, Breslau 1916 s. 148 ve müt..

(23) Carmignani, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Pisa 1831, II, b. 15, s. 343 ve müt.; aynı müellif *Iuris criminalis elementa*, Milano 1863, 245 e not 3.

(24) Benevolo, *Il tentativo*, Torino 1887, n. 75 s. 85.

(25) Legraverend, *Traité de législation criminelle*, Bruxelles 1832, I, 116, not 3.

(26) Benevolo, *Il tentativo*, s. 85.

(27) Feuerbach, *Kritik des kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuch*, Giessen 1804, II, s. 102.

(28) Mittermaier, *Contribuzione alla dottrina del conato*, (Mori - *Scritti germanici*, Livorno, 1846, I, s. 251).

Alfred (31); Rossi (32); Carrara (33); Alimena (34); Oliva (35); Majno (36); Manzini (37); Cavallo (38) ve Florian (39).

Siyasî mülâhazalara istinad eden nazariyenin, gördüğümüz veçhile teşebbüsün hukuken cezayı müstelzim bulunmasına rağmen, vazgeçmenin cezadan muaf kılıcı bir tesiri haiz olacağını kabul et-

(29) Finger, *Lehrbuch*, I, s. 318.

(30) Liszt, *Lehrbuch d. deutschen Strafrechts*, Berlin u. Leipzig 1921, s. 192.

(31) Meyer Alfred, *Lehrbuch d. deutschen Strafrecht*, Leipzig 1922, s. 198.

(32) Rossi, *Traité de droit pénal*, Bruxelles 1852, s. 353: «il importe aux individus et à la société, qui a le devoir de les protéger, d'arrêter le crime dans son cours, de favoriser le désistement volontaire. Une sanction pénale quelconque contre la tentative abandonnée serait au contraire un aiguillon» (fertler ve onları himaye etmekle mükellef olan cemiyet için ehemmiyetli olan cihet, suçu yol üstünde durdurmak, ihtiyarile vazgeçmeyi teşvik eylemektir. Terkedilmiş olan teşebbüs hakkında bir cezaî müeyyidenin tespiti bilâkis tahrik edici bir âmil olur — S. E.).

(33) Carrara, *Del grado della forza fisica del delitto (Opuscoli*, Firenze 1909 I, § 120-121); aynı müellif, *Programma di diritto criminale*, Firenze; 1907, Hususî kısım, I, § 1180: «acı bir neticeye mâni olabilecek şekilde ve safhada, bütün çarelere baş vurarak, nedameti tevlit eylemek, yüksek bir siyasî mülâhaza prensipinin icabatındandır».

(34) Alimena, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, Torino 1896, II, s. 415 ve müt. : Cezalandırmama «bizzat suçlunun vicdanında kök salmış bulunan bir önleme vasıtasıdır».

(35) Oliva, *Del tentativo (Riv. pen.* 1882; s. 160).

(36) Majno, *Commento al codice penale Italiano*, Torino 1924, I, s. 190.

(37) Manzini, *Trattato di diritto penale Italiano secondo il codice del 1930*, Torino, 1933, II, s. 394: «İhtiyarile vazgeçtiği takdirde; ceza siyaseti mülâhazalarından mülhem olarak, Devlet müteşebbis hakkında ceza vermek salâhiyetinden (ki bu salâhiyet isnad kabiliyetinden neş'et eder) feragat eylemektedir. İhtiyari olduğu takdirde, vazgeçme tenkil zaruretini bertaraf eder, çünkü failin suçluluğa mâni saiklere tevfikân hareket edebileceğini meydana çıkarır. Diğer taraftan cezalandırmamayı vaadederek suçtan rücu eylemeyi teşvik etmek içtimaî bakımdan faidelidir».

(38) Cavallo, *Il delitto tentato*, Napoli 1934, s. 79: «Siyasî mülâhaza; icra hareketlerine devamdan vazgeçtiği takdirde, gayrı kabili tamir bir surette mahvolmadığını, fakat cemiyetin, kendisini cezalandırmaktan feragat ederek, itibarını iade eyliyeceğini bilmek hususunun, nedamete teşvik edici bir âmil sıfatile, failin ruhî haleti üzerinde yapacağı hayırhah tesirden ibarettir».

(39) Florian *Trattato di diritto penale*, Roma 1934, Umumi kısım, I; s. 646: «kıstas siyasî maslâhattan ibarettir».

mesine mukabil, bazı müellifler vazgeçmenin bu tesirini, terkedilmiş olan teşebbüsün, umumî prensipler mucibince, cezalandırılmıyacağı esasına istinad ettirirler. Bununla beraber, sözü geçen müellifler fikirlerini hukukî olmakla beraber, yeknasak olmıyan bürhanlarla teyid eylediklerinden, hukukî mülâhazalara binaen cezalandırmama mevzuunda muhtelif nazariyeler vücade gelmiştir.

Horn (4), Puglia (41), Restano (42), Resignani (43); Cavallo (44) ve Florian (45) gibi bazı müellifler ihtiyarile vazgeçme halinde teşebbüsün cezalandırılmamasının, başlamış olduğu icra hareketlerini

(40) Horn, *Der Versuch*, (*Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft*, 1900, XX, s. 353 ve müt. : «vazgeçen fail, haricî sebepler dolayısıyla menolunmadığı bütün hallerde... suç işlemeğe kabiliyetli olmadığını ispat etmiş olur».

(41) Puglia, *Del tentativo*, Messina 1884, s. 78: «Fikrimizce, fail tehlikeli olmadığı için, nedamet cezadan muaf kılmalıdır; cezanın tertibi vasıtasile mümkün olduğu takdirde elde edilmek istenilen şey, yani suçlunun hukuken terbiye olunması, hakikatte kanunu ihlâl eylemeğe teşebbüs eden kimsenin ruhi faaliyetinin enerjisi vasıtasile temin olunmuştur. Ceza faydasız ve binnetice gayri âdil olurdu».

(42) Restano, *Il tentativo secondo la scuola criminale positiva*, Savona 1895, s. 134 ve müteakıp.

(43) Resignani, *Il tentativo* (*Enciclopedia giuridica italiana*, Milano 1922, XVI, birinci kısım, s. 292 ve müt.) : «teşebbüste sadece cürmî kastı ve suçlunun tehlikeli halini arayan ve cezalandıranlar için, failin suç yolunda tevakkuf etmesini mucip olan nedamet, içtimaî hayat kaidelerine intibak edebilmenin bir nişanesi olarak tefsir edilmek icap eyler; diğer bir tâbirle bu pişmanlık failin aklına gelmiş olan suçu, ika etmek için lâzım gelen enerjiden mahrum bir şahıs olduğunu meydana koyar».

(44) Cavallo, s. g. *Il delitto tentato*, s. 78: «suç yolunu ihtiyarile terkedenden ve bunun tamamlanmasına götürececek hareketleri inkıtaa uğratan kimse, bu hareketile bir suçlu, mahvolmuş bir şahıs değil, fakat, bir şaşkınlık veya yoldan çıkma ânında kötü bir tarike tevessül etmiş olmakla beraber, fenalık sokağında tam zamanında durmak ve aklını başına toplamak kuvvetini kendisinde bulan bir kimse olduğunu ispat etmiş olur; bu vaziyette, tatbik edilmesi için lâzım gelen gayeler ortadan kalktığı cihetle, cezaî kaidenin faaliyete geçmesi için sebep kalmaz». Ancak, yukarıda görüldüğü veçhile, bu mülâhazalara, Cavallo, cezalandırmamak hususunda siyasi faide mülâhazalarını da ilâve etmektedir.

(45) Florian s. g. : *Trattato di diritto penale*, Umumî kısım, s. 645 «vazgeçme teşebbüsün cezalandırılmasındaki sebebi ortadan kaldırır, çünkü hukukun ihlâl olunması tehlikesi zail olur». Bununla beraber, belirtilmiş olduğu veçhile, Florian dahi noktai nazarını bilhassa siyasi maslahat müâhazalarına istinat ettirir.

terketmek suretiyle, failin kötü fikrinin zaafını veya tehlikeli bir kimse olmadığını açığa vurmuş olması keyfiyetinden ileri geldiğini iddia ederler. (Tehlikesizlik nazariyesi).

Zachariae (46), Berner (47), Pessina (38) ve Civoli (49) gibi diğer bazılarına göre ise, mademki teşebbüsün cezalandırılabilmesi için, hukuka aykırı haricî bir hareketten maada, bilhassa kötü bir irade, ceza kanununun bir kaidesini ihlâl matuf cürmî bir kast ta lâzımdır, şu halde bu kastın yerine buna muhalif olan diğer bir kast ikame olunduğu herhalde tecziye olunabilme mantıken ortadan kalkar. İmdi, iter criminis'in muayyen bir noktasında, o zamana kadar failin harekâtının esasını teşkil etmiş olan suçu tamamlamak niyeti yerine, bundan vazgeçmek niyeti kaim olduğuna göre, bu yeni kast, geçmişe şamil olarak, eski kastı siler ve teşebbüsün hukukî mevcudiyetini iptal eder (iptal nazariyesi).

Buna yakın olan ve yokluk nazariyesi denilen nazariyeye göre, teşebbüsün cezalandırılabilmesi için, bütün faaliyete şamil bir tamamlama iradesinin mevcudiyeti lâzımdır; binaenaleyh, vazgeçme halinde, bu irade ancak inkitaa takaddüm eden hareketler hakkında mevcut olup, suçun tamam olması için yapılması gereken hareketlerde bulunmadığından dolayı, cürmî kastın iptalini mucip geçmişe şamil bir sebep mevzuubahs değildir; fakat bu kast, terk hasebile, hukuken batıldır. Luden (50), Oetker (51) ve, zannımızca, Saltelli ve Romano Di Falco (52) bu fikirdedirler.

(46) Zachariae, *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen*, Gottingen 1839, II s. 240-242.

(47) Berner, *Gutachten für den XIII deutsch. Juristentag (Verhandlungen v. s. Berlin 1876, I, s. 132)*; aynı müellif, *Trattato di diritto penale* (İtalyancaya tt. Bertola), Milano 1892, s. 151.

(48) Pessina, *Elementi di diritto penale*, Napoli 1882, I (Umumî kısmı); s. 256: «suçun müşahhas bir hakikat olarak tezahürü reddolunmuştur, şu halde bu tezahürden sonra bir çare sıfatile tatbik edilen ve ceza içtimaî fiilinden ibaret bulunan suçun reddine ihtiyaç yoktur».

(49) Civoli, *Manuale di diritto penale*, Milano 1900, s. 454; aynı müellif; *Trattato di diritto penale*, Milano 1912, I, s. 578: «teşebbüste cürmî kastın tecellisinden başka bir şey derpiş edilmediğine göre, bu kastın yerine buna mugayir olan bir diğeri kaim olduğu takdirde, açıktır ki vazı kanunun müdahalesini haklı gösteren sebepler ortadan kalkarlar».

(50) Luden, *Handbuch d. deut. gem. u. pratik. Strafrechts*, Jena 1847, I; § 69, s. 420.

(51) Oetker, *Der Versuch und die schweizerischen Strafgesetzenwürfe* (*Zeitschrift f. Strafrechtswiss.*, XVII, 1897, s. 68).

Lammasch (53), Binding (54), Delitala (55) ve Massari (56) gibi bazıları ise ihtiyarile vazgeçmede teşebbüsün infisahî bir şartını, Vannini (57) gibi diğer bazıları da bunun talikî bir şartını derpiş ederek, cezalandırmamayı kabul ediyorlar. infisahî şart nazariyesinin taraftarları şu şekilde düşünüyorlar: muayyen bir suçu tamamlamak maksadile, bir harekete başlamak, teşebbüsün cezalandırılabilmesi bakımından, ancak fail ihtiyarile vazgeçmediği takdirde hukukî bir kıymeti haizdir; binaenaleyh ihtiyarile vazgeçme, teşebbüsün cezalandırılabilmesi için, infisahî bir şart mahiyetindedir. Buna mukabil Vannini'ye göre, «icraya başlanmış olmasına rağmen, failin ihtiyarında olmıyan haricî bir sebep zuhur etmedikçe, yani bu sebep dolayısıyla ihtiyarile vazgeçme imkânı ortadan kalkmadıkça... teşebbüs sıfatile cezaen gayrı meşru hiç bir hareket henüz ika olunmamıştır»; binaenaleyh mademki «icra hareketlerini durduran suçlunun ihtiyarında olmıyan sebep... cezaî gayrı meşru hareketin müspet bir talikî şartı olarak tezahür eylemektedir, şu halde ihtiyarile vazgeçme, suçun menfi bir talikî şartını teşkil eder».

Nihayet Tolomei'ye (58) göre, vazgeçilmiş olan teşebbüsün cezalandırılmaması, inkıtân gayri ihtiyarî oluşunun, teknik ve cezaî mânasında, teşebbüsün hukukî bir unsurunu teşkil eylemesi keyfiyetinden ileri gelmektedir. Bu müellif, teşebbüsün mevkiî fiile konulmuş olan maddî hareketler dolayısıyla cezalandırılmadığı, çün-

(52) Saltelli ve Romano Di Falco, s. g. *Commento teorico - pratico del nuovo codice penale*, I, s. 344: «icra hareketlerinin inkıtâa uğraması failin iradesine bağlı olduğu takdirde, cezalandırılabilen teşebbüs mevcut değildir, çünkü muayyen bir suçu ika etmek kastı ortadan kalkmaktadır».

(53) Lamasch, *Das Moment objectiver Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechens Versuches*, Wien 1879, s. 71.

(54) Binding, *Das bedingte Verbrechen* (*Gerichtsaal*, 1906, LXVIII; s. 22 ve müt.); aynı müellif, *Grundriss zu Vorlesungen über das deutsche Strafrecht*, Leipzig 1908, s. 126.

(55) Ceza kanununun ilk tasarısı hakkında fikir beyan ederken Milano Mukaddes Kalb Katolik Üniversitesi namına vermiş olduğu rapora bk. *İhzarî çalışmalar*, cilt III, birinci kısım, s. 434.

(56) Massari, *Le dottrine generali del diritto penale*, Napoli 1930, s. 180-181.

(57) Vannini, *Desistenza volontaria e ravvedimento attuoso* (*Suppl. Rivista penale*, 1920; s. 153-159).

(58) Tolomei, s. g. *Il pentimento nel diritto penale*, s. 123 ve müt.. Aynı müellif: *Il problema giuridico della desistenza dal tentativo* (*Riv. di dir. e proc. pen.*, 1912, birinci kısım, s. 193 ve müt.).

kü bu hareketler başlı başlarına «cezaî müeyyidelerle himaye edilmiş bulunan kıymetlere zarar iras eylememek hususundaki nehiye karşı gelmedikleri, zira bu zararı meknî olarak bile ihtiva eylemedikleri» ve fakat suçun tamamlanmasına kadar failin bütün suç yolunu katetmekte devam eylemesi imkânın mefruz olması hasebile teşebbüsün cezalandırılmakta olduğu fikrinden hareket etmektedir. Bununla beraber bu karine bir esasa istinad etmek icap eyler, bu esas da icranın failin ihtiyarında olmıyan sebepler dolayısıyla inkıtaa uğramış olmasından ibarettir, zira bu sebepler haylûlet etmemiş olsalardı, failin plânını tatbika devam eylemiş olacağı bihakkın farzedilebilir. Binaenaleyh, «icra hareketlerini gayrı ihtiyarî bir şekilde inkıtaa uğratan sebep tahakkuk etmedikçe... teşebbüs mevcut olmaz; şu halde vazgeçmenin geçmişe şamil olarak teşebbüsü iptal eylediği veya bunun infisahî bir şartını teşkil ettiği doğru değildir, fakat bu vazgeçme dolayısıyla esaslı bir hukukî unsur bulunmamakta ve icra safhası normal ehemmiyetsizliğini muhafaza eylemektedir» (59).

5 — Bu mebhasteki muhtelif nazariyeleri telhis ettikten sonra, terkedilmiş olan teşebbüsün cezalandırılmıyacağını kabul eden ve bu ademi tecziyenin sebebini siyasî faide mülâhazalarında gören nazariyeye iltihak eylediğimizi bilâtereddüt beyan edebiliriz.

Kabul etmekte olduğumuz prensiplerin doğru bir esasa müstenit bulduklarını belirtebilmek için, evveleminde, teşebbüsün, ihtiyarile vazgeçme halinde dahi, hukuken cezalandırılabilceğini ispat etmemiz icap eyler; bunu yaparken de aksini müdafaa eden nazariyelerin neden dolayı şayanı kabul olmadıklarını inceliyeceğiz; terkedilmiş teşebbüsün hukuken kabili tecziye olduğunu tespit eyledikten sonra ise, bunu cezalandırmamayı icap ettiren ceza siyaseti mülâhazalarını izah edeceğiz.

Mer'î kanun mucibince teşebbüsün unsurları şunlardır: **a)** bir veya daha ziyade hareketlerin icra edilmiş olması; **b)** gayrı müphem bir şekilde muayyen bir suçun ikına müteveccih olmaları lâzımgehlen bu hareketlerin elverişli olması; **c)** hareketlerin ikmal edilememesi veya neticenin tahakkuk eylememesi; **d)** o suçu işlemek kastının bulunmaması. Bu son unsur teşebbüsü, icra edilmiş olan hareketlerin muhtemel olarak meydana getirebilecekleri diğer suçlardan ayırt etmeğe medar olur; gerçekten, bu unsur dolayısıyla, teşebbüsün mevcut olabilmesi için, maddî hareketlerin yapılmasından maada, bir iradenin de bulunması iktiza eder; bu irade yalnız ika edilmiş

(59) Tolomei, s. g. *Il pentimento nel diritto penale*, s. 134.

olan hareketlerin menşeiini teşkil etmekle kalmayıp, evvelce tespit olunan gayenin tahakkukunu da istihdaf eylemelidir (60).

Şimdi, hırsızlık maksadile bir evin duvarına merdiven dayıyan, buna çıkan ve bir pencerenin camlarını kıran kimse misalini ele alalım. Bu kimse —tekrar edelim— hırsızlıkta bulunmak istemektedir ve yaptığı hareketler bu gayeye müteveccihdir. Ancak, bu şahıs, camları kırdıktan sonra, cürmî faaliyetine devam edecek yerde, merdivenden iniyor ve her şeyi terk ediyor. Fail giriştiği işten, ister yapmakta olduğu kötü hareketten dolayı nedamet duyduğu için, isterse geçmekte olan bir kimsenin icraatının farkına varmış ve etrafa yaymış bulunduğu için caymış olsun, teşebbüsün cezalandırılabilmesi bakımından bu iki faraziye beyninde, fikrimizce, hukukî hiç bir fark gözetilemez; gerçekten her iki halde de bir hırsızlığı ika eylemeğe matuf ve failin bu suçu işlemek hususundaki kastından mülahem muayyen elverişli hareketler mevzuubahistir. Terk veya inkıta ânına kadar cereyan etmiş olan faaliyet aynidir; ancak bu andadır ki arada bir ayrılık zuhur ediyor, çünkü bir halde ihtiyarî bir terk. diğerrinde ise cebre müstenit bir inkıta mevcuttur.

Hiç bir itiraza mahal vermiyeceğini zannettiğim bu mukaddemeden sonra, terkedilmiş teşebbüsün cezalandırılmamasını hukukî mülahazalara istinat ettiren nazariyelerin kabule şayan olmadıkları kolayca görülür.

Tehlikesizlik nazariyesinin yanlış olduğu meydandadır. Filhakika cürmî hareketinden ihtiyarile vazgeçmiş olan kimse, kendisini o âna kadar harekete getirmiş olan kötü niyeti yenmek ve geriye atmak enerjisini gene kendinde bulmuş olması hasebile, tehlikeli bir şahıs olmadığını ispat etmiş olur (61). Fakat bu mülahazaya binaen terkedilmiş teşebbüsün cezalandırılmayışının, hukukî yönden izah olunabilmesi için, inkıtaa uğramış bulunan teşebbüsün cezalandırılması bakımından kötü niyette sebat etmenin veya failin tehlikeli olmasının aranması lâzımgelir. Fakat böyle bir şey aranmamaktadır, binaenaleyh tehlikesizlik hakkındaki mülahazalar meseleyi hallet-

(60) Bir hasma tabanca teşhir etmek, başlı başına tehdit suçunu teşkil edebilir; fakat, zamanında durdurulmuş olan fail, tabancayı tevcih etmekten maada, hasmını öldürmek te istemişse, adam öldürmeye teşebbüs mevcut olur.

(61) Aksi kanaatte bk.: Carmignani, s. g. *Teoria delle leggi della sicurezza sociale* II, böl. 15, s. 343 ve müt.; Tolomei, s. g. *Il pentimento del diritto penale*, s. 106.

meğe salih değildir; bunlar —fikrimizce— vazgeçenin cezalandırılmaması hususundaki ceza siyasetinden mülhem sebeplere ilâve suretile nazarı itibara alınabilirler.

İptal, yokluk, infisahî veya talikî şart ve unsur nazariyeleri de keza bizi tatmin etmekten uzaktır.

Gerçekten vazgeçme dolayısıyla cürmî kastın iptalinden veya yokluğundan bahsetmek yersizdir; çünkü vazgeçme icra hareketlerinin muayyen bir safhasında suçu tamamlamak niyetinin zeval bulduğunu ifade ederse de, bu niyete uyularak ika edilmiş olan hareketleri ortadan kaldıramaz; binaenaleyh bu hareketler mevcut olduklarından dolayı, niyetin muahharen değişmiş olması hasebile, ne geçmişe şamil olarak iptal edilebilirler ne de yok farzolunabilirler.

Keza infisahî şart mefhumuna müracaat etmek te bir netice veremez; mademki infisahî şart, şart gerçekleştiği takdirde *restitutio in pristinum* (eski hale getirme) mahfuz kalmak kaydile, hukukî muamelenin hemen muteber olmasını mucip olur. Şu halde, vazgeçme teşebbüsün cezalandırılabilmesi için infisahî bir şart olarak telâkki edildiği takdirde, cezalandırılabilmenin mevcut olduğu ve binnetice teşebbüsün tekemmül eylediği kabul edilmek lâzımgelir.

Vazgeçmede suçun menfi bir taliki şartını gören nazariye de başka bir neticeye götürmez. Şart infisahî olduğu takdirde, şartın muallakta bulunduğu devrede hukukî muamelenin bütün normal neticelerini doğurduğu ve şart talikî olduğu halde ise muamelelerin şartın tahakkukuna kadar gayrı muteber bulunduğu doğrudur; fakat muteber olmama, mevcut bulunmama demek değildir, bilâkis bu mevcudiyeti tazammun bile eder (62); binaenaleyh, vazgeçmenin vukuuna kadar teşebbüsün cezalandırılabilmesi muallakta kalacaksa da, teşebbüsün hiç mevcut olmadığı iddia edilemez.

Terkten önce teşebbüsün bütün rükünleriyle mevcut olduğu itirazından, unsur nazariyesi de kurtulamamaktadır. İnkıtân gayri ihtiyarî oluşu teşebbüsün bir unsuru olduğundan, bu kat edici

(62) De Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile*, Messina, 5 inci tabı; I; s. 282: «Şart talikî olduğu takdirde meydana gelen hukukî vaziyet muamelelerin ademi mevcudiyeti ile tekemmülü ortasında bulunan bir şeydir: muamelelerin henüz mevcut bulunmadığı iddia edilemez, çünkü muamele doğmuştur ve tamamen muteber olması için neticenin tahakkukundan başka bir şeye ihtivaç yoktur». Keza Venzi, *Manuale di diritto civile Italiano*, Torino 1928, s. 152 ye de bk..

gayri ihtiyarî sebep, vazgeçmenin vukubulması hasebile, tahakkuk eylemediği takdirde, icra edilmiş maddî bir hareketin mevcut olduğu ve fakat «teşebbüs» hukukî hâdisesinin gerçekleşmediği iddiası (63) fikrimizce yanlıştır. Suçun unsurları cürmî kast, cürmî hareket (icra veya ihmal), hukuka aykırı netice ve hareketle netice arasında sebebiyet alâkasından ibarettir (64) ve bunlar meyanında inkıtân gayri ihtiyarî olması şartına tesadüf edilmemektedir. Diğer taraftan, bu nazariye de, diğerlerini tenkit etmesine rağmen, cezalandırılması icap eden bir fiilin, muahhar bir hâdise (ihtiyarile vazgeçme) dolayısıyla cezalandırılmıyacağını kabul eylemektedir.

Demek oluyor ki, yukarıda incelemiş olduğumuz ilmî telâkkilerden hiç biri, ihtiyarile vazgeçme halinde teşebbüsün tecziye edilmesini, hukukî mülâhazalara müsteniden, izaha muvaffak olamaktadır. Zira, rücuda önce teşebbüs hukukî hâdisesini teşkil etmiş olan hareketlerin, terk dolayısıyla ve birdenbire bu vasfı zayi eylemelerinin mümkün olamaması, aşılması kabil olmıyan bir mania sıfatı ile, bu telâkkilerin karşısına dikilmektedir. Hakikat şudur ki, aşılması mümkün olmıyan bir yerden geçilemez ve mevcut olmuş olan bir şey mevcut olmamış sayılmaz (*factum infectum nefas*); bu hususta yapılan bütün gayretler beyhudedir.

Gerçekten, gerek teşebbüsün katolunması gerekse terkedilmesi halinde failin kastının ve icra eylediği hareketlerin, vazgeçme ânına kadar, aynı oldukları ve ancak bu ânda, birinde cebrî bir inkıta, diğerinde ise ihtiyarî bir terk mevzuubahs olmak itibarile, iki faraziye beyninde bir ayrılık tezahür eylediği kabul edilince, bu iki hâdisenin cezaî neticeleri bakımından farklı bir şekilde tavsif olunması, ancak keyfî olabilir. Kastın sonradan tahavvül etmiş olması yalnız failin işlemek niyetinde olduğu ve ihtiyarile vazgeçtiği ziyade hakkında bir önemi haiz olabilir, yoksa failin icra eylemiş bulunduğu hareketler hususunda hiç bir kıymet ifade edemez. İnkıtaa uğramış teşebbüs cezalandırılıyorsa, gerek icra edilmiş bulunan hareketler, gerekse terk hâdisesine kadar faili sevk ve idare eylemiş olan kast itibarile, bunun tamamile aynı olan terkedilmiş teşebbüs hakkında farklı bir muamelenin yapılması hukuken izah edilemez.

Böylece, terkedilmiş teşebbüsün cezalandırılmaması hususunda hiç bir hukukî sebep mevcut olmadığından dolayı, katedilmiş teşeb-

(63) Tolomei, s. g. *Il pentimento nel diritto penale*, s. 134.

(64) Saltelli e Romano Di Falco, s. g. *Commento teorico - pratico del nuovo codice penale*, I, s. 228.

büsten asla farklı bulunmıyan bu hâdisenin cezalandırılması icap eder.

Ancak, hukuken mantikî olan bu netice ceza siyaseti bakımından kabul olunabilir mi?

Gördüğümüz veçhile, terkedilmiş teşebbüsün kabili tecziye olduğunu müdafaa edenler, fikirlerinin doğruluğunu hukukî yönden ispat eyledikten sonra, ad abundantiam (fazla olarak) vazgeçeni cezalandırmamanın fena bir ceza siyasetinin alâmeti olacağını da iddia ederler; bunlara göre, suçlu, icra hareketlerine bir defa başladığı takdirde, bilâhara bundan vazgeçse dahi cezalandırılacağını bileceğinden, bu hareketlere girişmekten çekinecektir. Binaenaleyh, bir suçun icrasına başlamadan önce, suçlu kendi kendine düşünecek ve ilerde vazgeçmek istese bile cezadan kurtulamıyacağını göz önünde tutarak, icraya başlamaktan feragat eyleyecektir.

Bu mülâhazaların ne kadar yersiz olduklarını belirtmeğe zannımızca lüzum yoktur, Cürmî bir faaliyete girişeceği sırada suçlunun vazgeçse bile cezalandırılacağını hesaba katacağını düşünmek mantıksızdır, çünkü vazgeçmek niyetile faaliyete girişmiş olduğunu tasavvur etmek hakikate mugayirdir. Açıktır ki bir harekete başlanıldığı takdirde bunu tamamile icra etmek hususunda kat'î bir niyet mevcut olur, aksi halde harekete başlanılmazdı.

Bilâkis biz, ceza siyasetinden müllhem mülâhazaların terkedilmiş teşebbüsün cezalandırılmamasını tavsiye ettiklerine kaniyiz. Yukarıda da söylemiş olduğumuz veçhile, içtimaî faide mülâhazalarile cezalandırmama nazariyesi, cezadan muaf kılmanın failin ruhunda nedamete teşvik edici bir âmil olacağı düşüncesine dayanır. Gerçekten, icraya başlarken suçlunun vazgeçmek niyetinde olması ve terkin cezaî neticelerini hesaba katması, mevcut tenakuz dolayısıyla, kabili tasavvur değilse de, bir defa suçun icrasına başlandıktan sonra, vicdan azabı, pişmanlık, ceza korkusu veya diğer herhangi bir sebebin kendisini geri çekilmeğe sevkeylemeleri gayet normaldir. Binaenaleyh kanun cezalandırmamayı kabul ettiği takdirde, suçlu cürmî faaliyetinde devam etmemek hususundaki duygusunu hemen tâkip eyliyecektir; halbuki kanun bu muafiyeti tecviz eylemediği takdirde, suçlu bütün suç yolunu sonuna kadar katedecektir, zira terkin kendisine hiç bir faidesi dokunmamakta ve artık fiili tamamladığı ahvalde mühim bir kayba maruz bulunmamaktadır.

Buna mukabil denmiştir ki (65), vazgeçme halleri o kadar nadir-

(65) Cohn, s. g. *Die Revisionsbedürftigkeit*, s. 157.

dir ki, muafiyetin ortadan kaldırılması büyük bir ziya sayılamaz; buna cevap olarak adli tatbikatta birçok vazgeçme hallerinin vukubulduğunu (bu fasikülde münderiç olan hükümlerden bir tanesi buna misal teşkil eder) (66), ve bir tek suçlunun bile suç yolundan ayrılmasını mucip olacak bir hükmü kabul eden kanunun daima müdebbir bir kanun addedilmek icap edeceğini dermeyan eyleyebiliriz. Kanunun tatbikını müstelzim fiilî unsurların gerçekleştiği kabul edildiği takdirde, ceza siyasetinden mülhem maslahata uygunluk mülâhazalarının kanunun atıl kalmasını izah edemeyecekleri de, itiraz olarak, ileri sürülmüştür (67); halbuki, isabetli oldukları takdirde, içtimaî faide mülâhazaları bizzat hukuktan üstün tutulmalıdırlar; diğer yandan, umumî, hususî ve ferdî af hallerinde, Devlet, cezalandırılması lâzım gelen bir fiilden dolayı, tamamen veya kısmen ceza vermekten veya çektirmekten feragat eylemektedir.

İhtiyarile vazgeçmenin cezalandırılmaması, bu keyfiyet teşebbüsü terk hususunda suçlu üzerinde tesir icra ettiğinden dolayı, esas itibarile tecviz edilmekle beraber, bu muafiyeti ceza siyaseti bakımından izah edebilmek sadedinde, talî olarak, tehlikeli halin ademi mevcudiyeti dolayısıyla cezalandırmamayı terviç eyliyen müelliflerin fikirlerinden de istifade edilebilir. Filhakika ihtiyarile vazgeçme, failin suç yolunda durmak ve aklını başına toplamak enerjisini kendinde bulması ve tamamlamayı niyet etmiş bulunduğu suç sonuna kadar götürebilmek için lâzım gelen kuvvetten mahrum olması hasebile, suçlunun içtimaî hayat kaidelerine intibak edebileceğini meydana koyar. Binaenaleyh, hukuken bir kıymeti haiz olmamalarına rağmen —bunun sebebini ispat etmiştik— bu mülâhazalar bizzat failinin iradesile zararsız ve tesirsiz bir hale sokulan bir teşebbüsün hiç bir içtimaî tehlike arz etmeyeceğini belirtmekte ve, diğer fikirlere inzımam ederek, vazı kanunu terkedilmiş teşebbüsü cezalandırmamaya teşvik eylemektedirler.

Terkedilmiş teşebbüsün kabili tecziye olmadığını beyan etmek suretile, kanunumuz, mezkûr ceza siyasetine müstenit mülâhazalardan mülhem olmuştur (68).

(66) Cass., 2 nci daire, 30 mayıs 1934, Hukuku âmme c/. Zilli (*Ann. di dir. e proc. pen.*, 1937, s. 826).

(67) Tolomei, s. g. *Il pentimento nel diritto penale*, s. 98, Keza Pesina; *Elementi di diritto penale*, I, s. 353 e de bak.

(68) Yukarıda § 3 te, mülga ceza kanunu tasarısı hakkındaki Zanardelli raporundan bu mevzua müteallik sözleri almıştık: «cezanın suçlu üzerinde kanunu tam bir şekilde ihlâl eylemeğe tahrik eden bir âmil ola-

6 — Yukarıda (§ 2) söylediğimiz veçhile suçlunun cürmî faaliyeti, kanunun belli başlı iki kategoriye toplamış bulunduğu muhtelif sebepler dolayısıyla, tamamlanmamış olabilir. Bu iki kategori şunlardır: failin iradesinden müstakil olan ve olmıyan sebepler. Bu iki halde kanunun kabul etmiş olduğu farklı hükümleri de belirtmiştik: suçlunun iradesinden hariç sebeplerle tamamlanmamış olan hareket (gayri ihtiyarî vazgeçme) teşebbüs sıfatile cezalandırılır (C. K. m. 56 birinci kısım); failin iradesile tamamlanmamış bulunan hareket ise (ihtiyarile vazgeçme) keza teşebbüs sıfatile cezadan muaf tutulur (C. K. m. 56 ikinci fıkra).

Şimdi cezayı kaldıran vazgeçme mevzuunda bir mesele ile karşılaşmaktayız: ihtiyarile vazgeçme ile samimî vazgeçme arasında fark var mıdır? Böyle bir fark mevcutsa, kanunumuz «ihtiyarile» ibaresini kullanmak suretile, vazgeçmenin samimî olması şartını bertaraf ederek, sözü geçen farkı nazarı itibara almış mıdır?

Her iki suale de müspet bir cevabın verilmek icap edeceği şüphesizdir.

Âmiyane mânalarına müteradif olarak kullanılmalarına rağmen, «samimilik» ile «ihtiyarîlik» sözleri farklı mefhumları ifade ederler. İhtiyarîlik, muayyen bir gayeye teveccüh etmek suretile harekete geçmekten ibaret bulunan amelî bir ruhî faaliyettir; samimilik ise insanın, her türlü haricî sebepten mücerret olarak, muayyen bir şekilde harekete geçmeğe karar verebilmek hususundaki iktidarudur. Binaenaleyh ihtiyarîlik samimilikten daha fazla olan bir şeydir ve onu ihtiva eder; şöyle ki samimî hareket aynı zamanda ve daima ihtiyarî olduğu halde, ihtiyarî hareket samimî olmıyabilir. Böylece samimî vazgeçme ile ihtiyarî vazgeçme arasındaki fark açıkça görülmektedir. Birinci halde fail girişmiş olduğu cürmî faaliyetten, sadece ve tamamile dahilî olan mülâhazalar dolayısıyla, yani haricî hiç bir tazyikin müdahalesi bulunmaksızın rücu etmektedir. İkinci halde ise fail icra hareketlerini, dahilî saikler dolayısıyla değil, fakat —ilerde izah edeceğimiz veçhile— irade üzerinde cebir vaki olmamak şartile, haricî âlemden neş'et eden âmillerin sevki neticesinde terkeylemektedir.

rak tesir icra etmemesi için, müdebbir bir vazı kanun suçtan geri dönmeği teşvik eylemekle mükelleftir». Mer'î kanun hakkındaki raporlar cezalandırmamayı muhik gösteren sebeplerden bahsetmiyorlar; binaenaleyh yeni vazı kanunun, bu hususta hiç bir tadilât yapmış olmadığına göre, aynı mülâhazaları benimsemiş olduğunu kabul etmek icap eyler.

Sözü geçen fark vazı kanun tarafından da nazarı itibara alınmış bulunmaktadır; bu keyfiyet iki mülâhazadan istihraç olunabilir. Evveleminde, Zanardelli kanununun ihzarî çalışmaları sırasında, 1887 tasarısına merbut raporda, vazgeçmenin samimî olmasını değil, ancak ihtiyarî bulunmasını aramanın maslahata daha uygun olacağı Adliye nazırı tarafından sarahaten beyan edilmişti (69) ve aynı şey bu mebhaste hiç bir tâdilât yapmamış bulunan, yeni kanun hakkında da söylenilmek icap eder. Saniyen mer'î kanun 56 ncı maddenin ikinci fıkrasında (ihtiyarile vazgeçme) ve aynı maddenin son kısmında (faal nedamet) «ihtiyarile» ibaresini kullandığı halde, 62 nci maddenin 6 numaralı bendinde (zararın tazmini veya tahfif olunmasına matuf faaliyet hafifletici sebebi) «samimî surette» sözünü istimal eylemektedir; aynı mânayı ifade etmiyen iki kelimenin kullanılması ise —bilhassa lisan itibariyle doğru olmak meziyetini haiz bulunan bir kanun metninde— daima farklı mefhumları tazammun eder. Binaenaleyh mer'î kanunun vazgeçmenin ihtiyarî olmasile iktifa eylediği ve ayrıca samimîliği de istilzam etmediği neticesine varmak icap eder, ni tekim gerek doktrin gerekse jürisprüdans bu hususta müttefiktirler (70).

Ceza kanunu tasarısı hakkındaki raporunda Nazır Zanardelli nin

(69) *Zanardelli raporu, n. LIV.*

(70) Doktrin hakkında bk. : Saltelli ve Romano Di Falco, s. g. *Commento teorico - pratico del nuovo codice penale*, I, s. 344-345; Maggiore, *Principi di diritto penale*, Bologna 1932, I; s. 292; Manzini; s. g. *Trattato di diritto penale Italiano*, II, s. 393-394; Cavallo; s. g. *Il delitto tentato*; s. 79; Florian, s. g. *Trattato di diritto penale*, Umumi kısım; I; s. 645. — Bilâkis Sabatini (*Istituzioni di diritto penale*, Catania, 1933; I; s. 164) «ihtiyarile vazgeçme demek samimî olarak vazgeçme demektir» iddiasında bulunmaktadır.

Jürisprüdans hakkında son olarak şunlara bk.: cass. I daire, 12 ocak 1925, Cacièse (*Cass. unica*, 1925, s. 193); id.; I daire; 4 mart 1925; Alfiero (*Cass. unica*, 1925; s. 382); id., II daire, 30 ocak 1933; Di Censo (*Ann. di dir. e proc. pen.*, 1933; s. 1013); id., II daire, 30 mayıs 1934; Hukuku âmme 6; Zilli (*Ann. di dir. en proc. pen.*, 1937; s. 826).

Bu hususta esas mahkemelerinin kararları arasında pek nadir olarak aksi fikri iltizam edenler vardır (meselâ Catania ist. mah. 21 haziran 1934, Sapienza, in *Rass. giudiz.*, 1934, s. 113; C. K. 56 ncı maddenin ikinci fıkrasında derpiş olunan faraziyenin tahakkuk edebilmesi için yalnız ihtiyarîlik unsurunun değil, fakat samimîlik unsurunun da bulunması icap edeceğine karar vermiştir); fakat bu inhiraflar jürisprüdansın yeknasaklığını sarsmağa muvaffak olamamaktadırlar.

gayet doğru olarak belirtmiş bulunduğu veçhile (71), beşerî hareketlerin batınî saiklerini tâmik eylemek, ceza adaletini ilgilendirmez; halbuki vazgeçmenin cezalandırılmaması hususunda samimilik şartı arandığı takdirde, böyle bir inceleme bizzarure yapılacaktır; diğer taraftan samimiliğin mevcudiyeti, çok kerre, ne vazgeçen tarafından ispat edilebilecek, ne de hâkim tarafından tespit olunabilecektir.

Bununla beraber, samimî vazgeçme ile ihtiyarî vazgeçme beynindeki farkın pratik bakımdan hiç bir önemi yoktur; çünkü kanun ihtiyarî vazgeçmeyi cezayı kaldırıcı bir sebep sayıyorsa, evleviyetle samimî vazgeçme halinde de teşebbüsün cezalandırılmaması icap eder. Belki de bunun içindir ki bütün müellifler sözü geçen fark üzerinde durmuş değillerdir. Bu farkı tebarüz ettirenler de, failin münhasıran kendi içinden gelen veya başkaları tarafından tavsiye olunan sebepler dolayısıyla hareketinden rücu etmeğe karar vermiş bulunmasına göre, samimî veya ihtiyarî vazgeçmenin mevzuubahs olacağını kabul hususunda müttefiktirler (72); bizim de kabul eylediğimiz bu neticeye, jürisprüdans ta tamamile iltihak etmektedir (73).

Binaenaleyh, hakikî nedametden gayrı (74), suç kurbanına karşı birdenbire hissedilen merhamet (75), suçun işlenmesinin başka bir zamana tehiri (76), girişilen işin güçlüğü düşünmenin mucip olduğu nevmidi (77), ceza (78) veya meşhut suç halinde yakalanmak

(71) S. g. *Zanardelli raporu*, n. LIV.

(72) Benevolo, s. g. *Il tentativo*, s. 80-83; Impallomeni, *Il codice penale* Firenze, 1904, I, s. 265; Massari; s. g. *Le dottrine generali del diritto penale*; s. 180-181; Saltelli e Romano Di Falco, s. g. *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, I, s. 344-345; Maggiore; s. g. *Principi di diritto penale*, I, s. 292; Manzini; s. g. *Trattato di diritto penale*; II; s. 393-394; Cavallo, s. g. *Il delitto tentato*, s. 80-81.

(73) Son olarak bk.: cass., 16 nisan 1934, Zanardelli (*Giust. pen.* 1935; II, s. 943); id.; II daire, 30 mayıs 1934, Hukuku âmme c/. Zilli (*Ann. dir. e proc. pen.*, 1937, s. 826).

(74) Majno, s. g. *Commento al codice penale italiano*, I, s. 191; Manzini, s. g. *Trattato di diritto penale*, II; s. 394; Florian, s. g. *Trattato di diritto penale*; Umumî kısım, I; s. 663; Sabatini, s. g. *Istituzioni di diritto penale*, I, s. 164 ise ihtiyarile vazgeçmeyi yalnız bu hale inhisar ettirmektedir.

(75) Majno, s. g. *Commento al codice penale italiano*, I; s. 191; Manzini, s. g. *Trattato diritto penale*, II; s. 394; Florian, s. g. *Trattato di diritto penale*; Umumî kısım; I, s. 663.

(76) Florian, s. g. *Trattato di diritto penale*, Umumî kısım, I; s. 663.

(77) Benevolo, s. g. *Il tentativo*, s. 81.

(78) Majno, s. g. *Commento al codice penale italiano*, I; 191; Man-

korkusu (79) gibi sebeplerle cürmî hareketten rücu eylemek, bütün bu faraziyelerde vazgeçenin kararı üzerinde haricî hiç bir tazyikin vukubulmamış olması şartile, hep samimî vazgeçme halleridir.

Her türlü haricî tazyikin ademi mevcudiyetinden ibaret bulunan bu menfi şart —bu hususta ısrar etmek faideden hâli olmayacaktır— sözü geçen hallerin samimî vazgeçme sayılabilmeleri bakımından gayet mühimdir. Filhakika, bilfarz suç kurbanına karşı duyulan merhamet, failin kalbinde samimî olarak değil de, uyuyan bir kimseyi öldürmek isteyen bir şahsın ânide uyuyan suç kurbanının rica ve niyazları dolayısıyla vazgeçmesi halinde olduğu gibi, haricî sebeplerden doğmuş olabilir. Keza yakalanmak korkusu, herhangi haricî bir sebepten müstakil olarak zuhur edeceği yerde, failin suçu işlemekte olduğu mahalle bir takım kimselerin yaklaşmakta bulduklarını işitmesinden de neş et etmiş olabilir. Açıktır ki bu gibi hallerde, samimî vazgeçmeden değil, fakat, ilerde tafsilâtile göreceğimiz veçhile, birinde ihtiyarî, diğerinde ise gayrı ihtiyarî vazgeçmeden bahsedilebilir. Demek oluyor ki, aynı vazgeçme sebebi (suç kurbanına karşı duyulan merhamet, ceza veya yakalanmak korkusu v.s.) kendini tevlit eden saike göre farklı hukukî ehemmiyeti haiz olur. Bunun içindir ki girmiş olduğu evden yakalanmak ve adaletin pençezini,

s. g. *Trattato di diritto penale*, II, s. 394; Florian; s. g. *Trattato di diritto penale*; Umumî kısım, I, s. 663.

(79) Aksi kanaatte, yani gayrı ihtiyarî vazgeçmenin mevzuubahs olduğu hakkında: Majno; s. g. *Commento al codice penale Italiano*, I, s. 191; (maahaza ceza korkusu dolayısıyla vazgeçmeye cezayı kaldırıcı bir tesir izafe eyleyen bu müellifin, yakalanmak korkusu ile vazgeçmeye bu tesiri tanımaması kolayca anlaşılmamaktadır, zira fikrimizce, «ceza korkusu» ile «yakalanmak korkusu» ibareleri aynı manayı ifade ederler); Saltelli e Romano Di Falco, s. g. *Commento teorico - pratico del nuvo codice penale*, I, s. 345; Sabatini, s. g. *Istituzioni di diritto penale*, I; s. 164.

Halbuki Temyiz Mahkemesi, zikredilen 30 mayıs 1934 tarihli kararile (II. daire Hukuku âmme c/. Zilli, *Ann. di dir. e proc. pen.*, 1937, s. 826); «umumî bir yol üzerinde bulunan bir dükkânın kapısını hırsızlık maksadile açtıktan sonra, işlemekte olduğu hareketin neticelerinden korkarak vazgeçen ve oradan uzaklaşan» kimsenin fiilinde ihtiyarile vazgeçme halinin mevcut olduğuna hükmetmiştir. Fikrimizce hiç olmazsa suçlunun üzerinde haricî âmillerin tesir icra edip etmedikleri anlaşılamiyan metne göre, samimî vazgeçmeden bahsetmek daha doğru olurdu. Bununla beraber, bu karar, sözü geçen müelliflerin kanaatlerine mugayir olarak, «suçun neticelerinden korkarak» (ve binaenaleyh yakalanmak ve cezalandırmak korkusu dolayısıyla) vazgeçme halinde failin cezalandırılmıyacağını kabul ettiği için, mühimdir.

sine düşmek korkusu dolayısıyla kaçan hırsızın fiilinde, samimî veya ihtiyarî vazgeçme değil, fakat cezalandırılabilen teşebbüs keyfiyetini derpiş eden bazı müelliflerin (80) bu iddiaları, mutlak mânada alındıkları takdirde, bize doğru görünmemektedir; hırsız yan odada ayak sesleri işitmiş olduğu için kaçmış olabilir ve bu vaziyette sözü geçen muhterem müelliflerin iddialarına karşı hiç bir itiraz ileri sürülemez; fakat yakalanmak korkusu hiç bir haricî âmilin dahil bulunmaksızın failin derununda da zuhur etmiş olabilir ve bu vaziyette ise samimî vazgeçmenin mevcudiyeti şüpheye mahal vermez. Massari (81) nin doğru olarak işaret eylediği veçhile, rücu «ahlâkî düşüncelerden ileri gelebileceği gibi, benci bir hesaplamanın da neticesi olabilir»; mühim olan cihet rücuun «doğrudan doğruya haricî bir tazyikten âzade bulunmasıdır...; binaenaleyh kelimenin ahlâkî veya dinî mânasında hakikî bir pişmanlığın mevcut olması lâzım gelmez, zira ahlâkî mülâhazalar ceza hukukuna yabancıdırlar» (82).

7 — Yukarıki paragrafta teşebbüsün sırf dahilî olan sebeplerle terkedilmesinden bahsetmiş ve bu terkin samimî vazgeçmeye vücut vereceği neticesine varmıştık. Şimdi icra hareketlerinin haricî sebepler dolayısıyla inkıtaa uğramalarıyla meşgul olmamız ve bu hususta başka bir meseleyi halletmemiz lâzım gelmektedir; ne vakit ihtiyarî ve ne vakit gayri ihtiyarî vazgeçme mevcut olur? Kanunen aynı muameleye tâbi tutulmuş olmalarına binaen, ihtiyarî vazgeçme ile samimî vazgeçme beynindeki farkın hiç bir pratik önemi hâiz bulunmamasına mukabil, ihtiyarî vazgeçme ile gayri ihtiyarî vazgeçme arasındaki farkın tesbit olunması gayet mühimdir; gündelik adlî hayatta vuku bulan muhtelif hâdiseler, bu iki rücu şekilleri beynindeki hududun çizilmesinin daima kolay olmadığını göstermektedir; bu da, nazarî prensipler hususunda değilse bile, pratik hâdiseleri bu iki şekilden birine ithal etmek mevzuunda, gerek doktrin gerekse jürisprüdans sahasında tesadüf olunan tereddütleri izah eder.

Şimdi bu mebhastaki doktrin ve jürisprüdansı kısaca gözden

(80) Majno, s. g. *Commento al codice penale italiano*, I, s. 191; Saltelli e Romano Di Falco, s. g. *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, I; s. 345; Maggiore, s. g. *Principi di diritto penale*; I; s. 292; Sabatini; s. g. *Istituzioni di diritto penale*, I, s. 164.

(81) Massari, s. g. *Le dottrine generali del diritto penale*, s. 180-181.

(82) Aksi kanaatte: Sabatini, s. g. *Istituzioni di diritto penale*, I; s. 164: «vazgeçme nedametın mahsulü olmalıdır».

geçirdikten sonra, değişik hâdiseleri halletmeğe en uygun telâkki eylediğimiz kıstası ileri süreceğiz.

Carrara (83) ya göre, icra hareketlerinin inkıtaa uğraması, her hangi bir tesadüften veya üçüncü bir şahsın fiilinden tevellüt edebilen, tesadüfî sebeplerden ileri gelmişse, gayri ihtiyarî vazgeçme ve binnetice cezalandırılabilen teşebbüs mevcuttur; bu tesadüfî sebepler, failin maddî şahsiyeti üzerinde (bir kimsenin failin kolunu tutması veya suç kurbanının müessir bir şekilde mukavemet eylemesi hallerinde olduğu gibi) yahut failce kullanılan vasıtalar üzerinde (bir kapıyı açmak için hazırlanan anahtarın kilidinin içinde kırılması halinde olduğu gibi) tesir icra ettikleri takdirde, maddî, failin iradesi üzerinde tesir icra ederek, onu, arzusu hilâfına, vazgeçmeye icbar eyledikleri takdirde ise (zabıta tarafından yakalamak, halkın tehacümü, suç kurbanının bağırıp çağırması veya failce bir mânia sayılan diğer her hangi bir hâdisenin vuku bulması hallerinde olduğu gibi), manevî olurlar; inkıta tesadüfî olmıyan, yani failin iradesine bağlı bulunan haricî sebepler dolayısıyla vuku bulduğu takdirde de ihtiyarile vazgeçme mevcuttur. Bu telâkkinin, müellifler tarafından, bunlardan bazıları mevzu üzerinde fazla durmayıp basit teyitlerle iktifa etmiş olmalarına rağmen, umumiyet itibarıyla kabul edilmiş olduğunu söyleyebiliriz. Meselâ Manzini (84) ye göre «suçun icra safhasında cürmî faaliyetin devamına her hangi bir sebeple engel olan veya failin elde etmek istediği maksada nisbetle bu devamı mutlak surette beyhude kılan haricî bir sebep zuhur eylediği takdirde, vazgeçme müessir olmaz» Saltelli ve Romano Di Falco (85) ya göre suçtan rücu, müessir olabilmek için, «failin iradesi hilâfına» vuku bulmuş olmak lâzımdır; Maggiore (86) ye göre, bu irade «zorlanmış» olmamalıdır; Pessina (87), Impallomeni (88), Civoli (89), Resignani (90), Majno (91),

(83) Carrara, s. g. *Programma di diritto criminale*, Umumi kısım, I; § 585 ve müt.; İd., s. g. *Grado nella forza fisica del delitto*, § 108 ve müt.

(84) Manzini, s. g. *Trattato di diritto penale*, II; s. 392.

(85) Saltelli e Romano Di Falco, s. g. *Commento teorico - pratico del nuovo codice penale*, I, s. 345.

(86) Maggiore, s. g. *Principi di diritto penale*, I, s. 292.

(87) Pessina, s. g. *Elementi di diritto penale*, I, s. 256.

(88) Impallomeni, s. g. *Il codice penale illustrato*, s. 265.

(89) Civoli, s. g. *Manuale di diritto penale*, s. 456.

(90) Resignani, s. g. *Tentativo*; s. g. sahife.

(91) Majno, s. g. *Commento al codice penale italiano*, I, s. 191.

Sabatini (92)- Florian (93), aynı fikirdedirler.

Cavallo (94) mesele ile daha etraflı bir şekilde iştigal ederek, «ihtiyarile vazgeçme halinde fail kendisinin karar vermesini mucip olan ruhî haleti tekrar yaşadığı ve bu sefer başka bir şekilde karar verdiği halde, gayri ihtiyarî vaz geçmede evvelce verilmiş olan karar sâbit kalmakta ve fail bizatihî bu kararı değil, fakat bunu tatbik edebilmek imkânını gözden geçirmektedir.»

Sözü geçen müellifler tarafından kabul olunan kıstastan, Benevolo'nun tercih eylediği kriter kat'î surette ayrılmaktadır; bu müellif te manevî haricî sebeplere maddî haricî sebepleri birbirinden tefrik etmektedir, fakat ancak bu son sebeplerin mevcudiyeti halinde gayri ihtiyarî vazgeçmeyi kabul eylemektedir; manevî haricî sebepler halinde vazgeçme daima ihtiyaridir (95).

Şimdi jürisprüdansa geçelim. Temyiz mahkemesi, başlanılan cürmî faaliyetin devamına failin iradesinden hariç manî bir sebebin zuhuru halinde vazgeçmenin ihtiyarî sayılamıyacağını tedris etmek hususunda müttefiktir (96), diğer bir tâbirle vazgeçme ihtiyarî olabilmek için failin serbest iradesinden doğmuş olmak lâzım gelir (97); halbuki son icra hareketlerine mâni olan veya failin muhakkak bir tehlikeye maruz kalmasını icap ettiren sebepler dolayısıyla vuku bulan vazgeçme, irade zorlanmış olduğu için, gayri ihtiyarî sayılmak lâzım gelir (98). Keza vazgeçmenin icra hareketlerinde devam edildiği takdirde yakalanmak kanaat veya şüphesinden ileri gelmesi halinde dahi vaziyet aynidir (99). Netice itibariyle fail kendi iradesinden hariç maddî veya manevî sebepler dolayısıyla tevakuf eylediği her halde suçun icrası terkedilmiş değil, inkıtaa uğra-

(92) Sabatini, s. g. *Istituzioni di diritto penale*, I; s. 164.

(93) Florian, s. g. *Trattato di diritto penale*, Umumî kısım; I; s. 662.

(94) Cavallo, s. g. *Il delitto tentato*, s. 80-81.,

(95) Benevolo, s. g. *Il tentativo*, s. 80-83.

(96) Cass., II daire, 12 şubat 1907, Barbera (*Suppl. Riv. pen.*; XV; s. 353); id., II daire, 17 aralık 1907; Baccari (*Suppl. Riv. pen.*, XVIII; s. 121).

(97) Cass. II daire, 1 aralık 1914, Patricola (*Riv. penale*, LXXXII; s. 769).

(98) Cass. II daire, 1 aralık 1914, Patricola (*Riv. penale*, LXXXII; s. 769).

(99) Cass. II daire, 6 haziran 1924, Giuliani (*Riv. pen.*, CI, s. 346). Mafih yakalanmak kanaat veya şüphesi haricî sebeplerden ileri gelmiyorsa, samimî vazgeçme mevcut olur (bk. § 6).

miştir, halbuki ancak terk keyfiyetidir ki cezalandırmamayı mucip olabilir (100).

Ekseriyet itibariyle, esas mahkemelerinin kararları da bu kıstaslardan mülhem olmuştur. Firenze istinaf mahkemesine göre, cürmî hareketi ikmal etmek hususunda her hangi bir saikle yapılan tavsiyeye binaen vaki olan vaz geçme ihtiyarîdir, halbuki yakalanmak korkusu ve icraya devamın faidesiz olacağına kanaat getirilmesi dolayısıyla vuku bulan vazgeçme böyle değildir (101). Umumiyet itibariyle failin iradesinden istikak eden vazgeçme ihtiyarî, fail cürmî kastında sebat etmiş olsa bile, karşı gelebileceği objektif sebeplerin mucip oldukları vaz geçme ise gayri ihtiyarî olarak târif edilmektedir (102).

8 — Doktrin ve jürisprüdansı bu şekilde kısaca gözden geçirdikten sonra, iki nevi vazgeçme beyninde bizce doğru olan hattı fasılı bulabilmek için, umumî kanaate uyarak, haricî maddî sebeplerle, haricî manevî veya ruhî sebepler arasındaki farktan hareket edeceğiz.

Failin seçmiş olduğu vasıtaları tamamiyle kullanabilmesine mâni olan ve, kendisinin maddî faaliyetini felce uğratarak, gerek kendi şahsı gerekse istimal eylediği vasıta üzerinde tesir icra ede-

(100) Cass., 25 haziran 1909, Delogu (*Giust. pen.*, 1909; s. 1099); id.; 13 ağustos 1909, Carna (*Giust. pen.*, 1910, s. 150); id.; 25 haziran 1915, Bargellini (*Giust. pen.*, 1915, s. 1281, s. 1175); id., II daire; 8 aralık 1919; Coarezza (*Riv. pen.*, LCCCCII, s. 608, n. 2); id., II daire; 13 haziran 1921; Canova; (*Riv. pen.*, LCCCCV, s. 541); id., II daire 3 ekim 1922, Fasoli (*Riv. pen.*; 1924; s. 157); id., 9 ocak 1924, Vaini (*Giust. pen.*, 1924, s. 464); id.; 24 kasım 1924, Capece, (*Giust. pen.* 1925, s. 284); id., I daire 12 ocak 1925; Cacièse (*Cass. unica*, 1925, s. 193); id. 1 temmuz 1925, Paxi (*Cass. unica*, 1925; s. 449); id., 30 ekim 1925, Castagna, (*Scuola positiva*, 1926; II; s. 113); id. 3 şubat 1928; Scropo (*Scuola positiva*, 1928, II, s. 543); id.; 16 nisan 1934; Zanardelli (*Giust. pen.*; 1935, II, s. 943; m. 376); id. II daire, 30 mayıs 1934; Hukuku âmme c/. Zilli (*Ann. di dir. e proc. pen.*, 1937, s. 826).

(101) Firenze istinaf mahkemesi; 31 ağustos 1926, Borghini (*Foro toscano*, 1926; s. 44). Bununla beraber yakalanmak korkusu hakkında § 6 da söylenenlere bk.

(102) Lecce bidayet mahkemesi, 15 nisan 1914, De Siena (*Riv. pen.*, 1915, s. 563, not); Fiume istinaf mahkemesi, 17 mayıs 1924, Cabrian (*Riv. pen.*; C, s. 362); Bari istinaf mahkemesi, 15 kasım, 1925; Lanotte (*Corte Bari*; 1926; s. 7); Firenze istinaf mahkemesi; 25 şubat 1929, Persiani (*Foro toscano*, 1926, s. 38); Torino bidayet mahkemesi, 26 şubat 1930, Leban (*Foro Supalpino*; 1930, s. 955).

bilen sebepler, maddî sebeplerdir. Bu gibi sebepler, ister tamamen tesadüfî isterse üçüncü şahısların iradesine bağlı olsunlar, failin istediği ve sözü geçen sebepler zuhur etmemiş olsalardı neticeleneceği harekette devam eyliyebilmesini mutlak surette imkânsız kılarak, failin iradesi hilâfına tesir icra ederler. Diğer bir tâbirle, bu sebeplerin haylûlet eylemeleri üzerine, fail için seçilecek yol yoktur; artık istediği gibi hareket edemez; tesadüf veya üçüncü bir şahsın istimal ettiği kuvvet müvacehesinde durmağa mecburdur.. Binaenaleyh hareketini ikmal edememek zorundadır. Şu halde maddî sebepler dolayısıyla vukua gelen vazgeçme daima gayri ihtiyarîdir ve teşebbüse meydan verir. Bu kıstasların tatbik olunmaları suretiyle aşağıdaki kimseler, inkıtân üçüncü şahısların iradeleri dolayısıyla vaki olması hasebiyle, cezalandırılmak lâzım gelir: başkası tarafından kolu tutulan ve müessir fiil ika etmek isteyen kimse (103); ahârın cebine elini sokarken yakalanan yankesici (104); istimal ettiği hile ve saniaların üçüncü bir şahıs tarafından açığa vurulması halinde dolandırıcı (105); tecavüze maruz kalan şahsın mütecavize ateş ederek onu yaralaması ve suça devam etmek hususundaki cesaretini kırması (106) veya kendisiyle cinsî münasebette bulunmak isteyen kimse tarafından yatağın üzerine atılan kadının bağırarak, ağlamak ve tekme atmak suretiyle ırza geçmenin tamamlanmasını imkânsız kılması (107) hallerinde olduğu gibi, suç kurbanının müessir bir mukavemetiyle karşılaşan mütecaviz; bir kimseyi yaralamak maksadiyle onu, elinde bıçak olduğu halde, kovalıyan ve suç kurbanının bir eve sığınması ve kendisinin de hemen ve enerjik bir surette müdahalede bulunan bir şahıs tarafından tutularak uzaklaştırılması hasebiyle gayesine erişemiyen suçlu (108); bir müşteriye vereceği şaraba su katarken yakalanan aşçı (109). Keza inkı-

(103) Carrara, s. g. *Programma di diritto criminale*, umumî kısım, § 385 ve müt.; Id., s. g. *Grado nella forza fisica del delitto*, § 103 ve müt.; Majno, s. g. *Commento al codice penale italiano*, I, s. 188; Manzini, s. g. *Trattato di diritto penale*, II, s. 390.

(104) Manzini, s. g. *Trattato di diritto penale*, II, s. 390.

(105) Manzini, s. g. *Trattato di diritto penale*, II, s. 390.

(106) Benevolo, s. g. *Il tentativo*, s. 82-83.

(107) Cass., II daire, 24 ocak 1934, Hukuku âmme c/. Monastero (*Ann. di dir. e proc. pen.* 1937, s. 824).

(108) Cass. 24 kasım 1924, Capace (*Giust. pen.*, 1925, s. 284).

(109) Cass. II daire, 17 aralık 1907, Baccari (*Suppl. Riv. pen.*, XVII; s. 121).

tain tesadüfî olması hasebiyle aşağıdaki şahısların teşebbüsten dolayı mesul tutulmaları icap eder: bir kapıyı açmak maksadiyle kullandığı anahtarın kilit içerisinde kırılması halinde hırsız (110); bir kapıyı kırarken eli yaralanan hırsız (111); bir tarasadan atlıyarak girmiş olduğu kiliseden, orada bulduğu ve tarasaya girmek için kullandığı tahta merdivenin kırılması dolayısıyla çıkamıyan hırsız (112); patlayıcı madde ile teçhiz edilmiş olduğunu görünce bir kasayı açmaktan çekinen hırsız (113).

Manevî sebepler dolayısıyla vuku bulan vazgeçmenin incelenmesi halinde ise mesele bu kadar basit değildir. Failin iradesi üzerinde tesir icra ederek, giriştiği işten geri çekilmesini mucip olan sebepler, manevî sebeplerdir. Bunlar da, maddî sebepler gibi, sırf tesadüfî veya üçüncü şahısların iradesine bağlı olabilirler, fakat, bunlardan farklı olarak, failin başlamış bulunduğu cürmî harekette devam etmesini mutlak surette imkânsız kılmayıp, yeni sebebin birden bire zuhur eylemesi üzerine, failin suçun icrası sırasında durmasını mucip olacak şekilde tesir ederler. Bıçağını bir şahsın göğsüne saplıyacağı anda, arkasından habersizce gelen bir kimse tarafından katil yakalansa ve elinden silâhı alınsa, suçlu mutlak surette öldürmek imkânsızlığında bulunmuş olur; bilâkis katil, öldüreceği anda, bir takım kimselerin hızla geldiklerini duyarak veya suç kurbanının ricalarına boyun eğerek kaçarsa, bunlara rağmen hareketi tamamlamak ve öldürücü darbeyi vurmak imkânına malik bulunduğu cihetle, yakalanmak korkusu veya mağdura karşı hissettiği merhamet dolayısıyla geri çekilmiş olur.

Mademki bu gibi sebeplerin mevcudiyeti halinde failin icra hareketlerine devam eylemesi mümkündür, şu halde manevî sebepler dolayısıyla, manen zorlanmış olsa bile, vazgeçmenin ihtiyarî olacağını beyan eden Benevolo (114) ile Cavallo (115) da bu neticeye varmaktadırlar; şayet «irade» insanın muayyen bir şekil-

(110) Carrara, s. g. *Programma di diritto criminale*, Umumî kısım, § 385 ve müt.; İd., s. g. *Grado nella forza fisica del delitto*, § 108 ve müt.; Majno, s. g. *Commento al codice penale Italiano*, I, s. 188; Manzini, s. g. *Trattato di diritto penale*, II, s. 390.

(111) Manzini, s. g. *Trattato di diritto penale*, II, s. 390.

(112) Cass. II daire, 15 şubat 1907, Barbera (*Suppl. Riv. pen.*, XV, s. 353).

(113) Manzini, s. g. *Trattato di diritto penale*, II, s. 392.

(114) Benevolo, s. g. *Il tentativo*, s. 82.

(115) Cavallo, s. g. *Il delitto tentato*, s. 80.

de karar verebilmek iktidarı ise, açıktır ki manevî bir cebir karşısında dahi, failin başka bir şekilde hareket etmesi mümkün olduğuna göre, fiil gene iradî olarak kalmaktadır (*coacta voluntas tamen est voluntas (*)*).

Bununla beraber, «ihtiyarîlik» tâbiri hukuken daha dar bir mânâda anlaşılacak icap eder; yani ihtiyarî olarak failin sadece kendi kendine karar vermiş olduğu bir hareketi değil, fakat serbest, yani zorlanmamış bir kararın mahsulü bulunan bir hareket anlaşılacak lâzım gelir.

Binaenaleyh manevî sebepler meyanında failin iradesini zorlayan ve zorlamıyan sebepler diye bir ayırma yapmak icap eder. Birinciler, serbest bir kararı tevlit etmedikleri için, vazgeçmenin ihtiyarî sayılmamasını mucip olurlar ve binnetice teşebbüsün cezalandırılmamasına sebebiyet vermezler; ikinciler ise, kararın serbestliğini bağlamadıkları için, ihtiyariyle terkedilmiş ve binnetice gayri kabili tecziye olan bir teşebbüse vücut verirler (116).

Fakat manevî sebepler iradeyi ne vakit zorlarlar? Belirttiğimiz veçhile, müellifler, failin iradesi hilâfına hareket ettiği ve teşebbüse başkası tarafından mâni olunduğu zaman zorlanmış bir iradenin mevcut bulunduğunu iddia eylemekle iktifa ederek, bu nokta üzerinde fazla durmamaktadırlar; bu suretle de aynı prensibi başka kelimelerle tekrar etmekten başka bir şey yapmamaktadırlar. Mesele ile yakından ilgilenererek buna lâzım gelen vüs'ati veren müellif ise Cavallo olmuştur. Kendisi fikrini şu şekilde ifade eylemektedir: «Zorlanmış olan iradede, hariçten gelen tesirler suçu tamamlamak kararının değiştirilmesine âmil olmazlar. Bu karar bütün tahakkuk edebilme kudretiyle mevcudiyetini muhafaza etmektedir; fakat... girilen işi neticelendirebilmek imkânının hesaplanmasından mütevellit yeni bir irade ve bu hesaplamanın neticesi olan yeni bir karar meydana gelmektedir... Hülâsa ihtiyariyle vazgeçmede harekete geçilmesini mucip olan saikleri nazarı itibare alan, yani verilen kararı değiştirmek maksadiyle onu tekrar gözden geçiren yeni bir karar

(*) Zorlanmış irade gene de iradedir (S. E.).

(116) Cavallo dahi (s. g. *Il delitto tentato*, s. 80), zorlanmış olan iradeyi ihtiyarî addetmekle beraber, ancak manevî cebirden âri bulunan vazgeçmenin cezalandırılmaması fikrindedir. Benevolo (s. g. *Il tentativo*, s. 82), bu iki nevi arasında bir ayırma yapmamaktadır; fakat kendisi ihtiyarile vazgeçmenin teşebbüsün cezalandırılmamasını mucip olamayacağını kabul eden nazariyeye taraftardır.

mevcuttur. İradeden müstakil sebepler dolayısıyla vaki olan vazgeçmede... evvelce alınmış olan karar muhafaza edilmektedir. Bu kararın saikleri tekrar gözden geçirilmiş değildir; fakat bu kararı tatbik edebilip edememek imkânı hakkında yeni bir karar alınmaktadır» (117).

Şüphesiz ki Cavallo meseleyi doğru bir şekilde vazetmek ve tatminkâr bir surette halleylemek şerefini hâiz bulunmaktadır. Bununla beraber bu hususu biraz daha tafsil etmenin faideden hâli olmıyacağına kaniiz.

Fikrimizce haricî manevî sebep insan iradesinin üzerine iki şekilde tesir icra edebilir. Yani faili suçu işlemek hususunda evvelce vermiş olduğu kararı tekrar ele almağa ve bunun yerine, faideli bir şekilde ve hususî hiç bir tehlikeye maruz kalmaksızın bitirebileceği halde, girişmiş olduğu işi terketmek kararını ikame eylemeğe sevk edebilir (118); yahut, böyle bir sebebin zuhuru halinde, failin yakalanmak veya cezalandırılmak korkusu yüzünden yahut girişmiş olduğu işi faideli bir surette neticelendirememek mülâhazasıyla geri çekilmesini mucip olabilir.

Birinci vaziyette vazgeçme ihtiyarîdir. Anî hiç bir tehlikeye maruz bulunmaksızın, kararlaştırılan maksadın elde olunmasına kadar harekette devam edebilmek emniyeti, vazgeçmenin ihtiyarîliğini vasıflandıran keyfiyettir; failin istihdaf eylediği gayeyi muhal gösteren hiç bir husus karara müessir olmamaktadır, binaenaleyh, bizzat fail icra hareketleri bitmeden veya netice tahakkuk etmeden önce geri dönerse, yani Carnelutti'nin derin bir vukufla işaret etmiş olduğu veçhile (119), illiyet rabitasını bizzat kendisi frenlerse, bu irade tahavvülünün serbest ve zorlanmamış olduğu açıkça görülür.

İkinci vaziyette ise yakalanmak veya cezalandırılmak korkusu yahut cürmî hareketi neticelendirebilmek hususundaki müşkülât veya imkânsızlık, failin iradesi üzerinde, işin tehlikeli veya neticenin şüpheli olmasına binaen, aksi halde neticelendireceği bir faaliyetten geri çekilmeğe karar vermesini mucip olacak surette tesir icra ederler ve gayri ihtiyarî vazgeçmeye vücut verirler.

(117) Cavallo, s. g. *Il delitto tentato*, s. 80-81.

(118) *Hususî* bir tehlike dedik, çünkü açıktır ki her cürmî harekette daima bir risk mevcuttur; fakat bu *umumî tehlikeyi* suçlu zaten hesaba katmış bulunmaktadır ve, *hususî* hiç bir hal vaki olmadıkça, bunu tekrar nazarı itibara almaz.

(119) Carnelutti, *Teoria generale del reato*, Padova 1933, s. 56.

Bu hususta iyice tebarüz ettirilmesi lâzım gelen cihet şudur ki, vazgeçmenin ihtiyarî olup olmadığına karar verebilmek için, hususî fiilî durumu değil, karar ânında failin içinde bulunduğu ruhî vazîyeti nazarı itibare almak icap eder; binaenaleyh, hakikatte failin bütün icra hareketlerini rahatça ikmal edebilmek imkânı mevcut olduğu halde, kendisi bu hareketlerde faideli bir şekilde devam edemiyecğini zannederek vazgeçmiş olursa, bu vaz geçme failin cezalandırılmamasını mucip olmaz; diğer taraftan, hakikatte failin hareketini neticelendirebilmesi asla mümkün olmadığı halde, kendisi bu imkânsızlığı bilmiyerek vazgeçmiş olursa, cezadan muaf tutulmak icap eder. Böylece bir eve girip te hırsızlık etmekte olan bir takım şahıslar, bir köpeğin havlaması üzerine kaçarlarsa, evde hiç kimsenin bulunmaması halinde, faideli bir şekilde hareketlerinde devam edebilecekleri; çünkü, hakikatte, giriştikleri işi neticelendirebilmek imkânının mevcut olduğu iddia edilemez; hırsızlar, hırsızlık etmek istemedikleri için değil, fakat görüldüklerini zannettikleri için kaçmışlardır. Bilâkis suçlu, tehdit mektubunu yazdıktan sonra, pişman olur ve parayı almak için tespit etmiş olduğu mahalle gitmezse, o mahallin civarında zabıta memurlarının pusu kurmuş olmaları halinde, kendisinin ihtiyarile, veya daha doğrusu samimî olarak vazgeçmediği, çünkü gayesine erişebilmesinin mutlak surette imkânsız bulunduğu iddia edilemez; fail bu imkânsızlığı bilmiyordu ve binaenaleyh vazgeçmiş olmasından istifade eder (120).

Yukarıda izah edilen mefhumlar, manevî sebepler dolayısıyla vaki olan vazgeçmenin ihtiyarî olup olmadığını kat'î surette anlıyabilmek imkânını vermekte ve gündelik tatbikatın namütenahî hâdiseleri karşısında, ne zaman birinin ve ne vakit diğerinin mevcut olduğuna hükmedebilmek için emin bir kıstas temin eylemektedirler.

Samimî vazgeçme halini teşkil ettiklerini görmüş olduğumuz faraziyelerden sarfınazar, aşağıdaki kimseler ihtiyarile vazgeçmiş olurlar: başlamış olduğu suçtan başkalarının nasihat ve teşvikleri dolayısıyla rücu eden kimse (121); bir baykuşun gece vakti ötmesi

(120) Cavallo, s. g. *Il delitto tentato*, s. 83-84. Manzini (s. g. *Trattato di diritto penale*, II, s. 393) mutlak değil ancak nisbî bir imkânsızlığın vazgeçmeye cevaz verebileceğini kabul etmektedir; fakat, Cavallo'nun gayet doğru olarak dediği gibi, hâkim hâdisenin objektif hallerini değil, failin ruhî durumunu nazarı itibara alacağı cihetle, mutlak ve nisbî imkânsızlık arasında bir ayırma yapmağa mahal yoktur.

(121) Saltelli e Romano Di Falco, s. g. *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, I, s. 345; cass., II daire; 30 mayıs 1934; Hukuku âmme c/. Zilli (*Ann. di dir. e proc. pen.*, 1937, s. 826).

veya içinde herkesin uyumuş bulunduğu bir evin derin sükûtunu bozan garip bir gürültü işitmesi üzerine titreyerek kaçan ve batıl itikatlara inanan suçlu (122); bir yangına maruz kalan ve sigorta kumpanyasına yaptığı ilk ihbarda sakıyımış olduğu bir takım eşyaların yanmış bulduklarını beyan ettikten sonra, bunun şüpheyi mucip olduğunu görerek, vakit ve zamanile ikinci bir ihbarda bulunan kimse (123); bir köy evine elinde tabanca olduğu halde giren ve fakat hasta ve yardıma muhtaç bulunan babasını göstererek ağlıyan bir kızcağızın ricalarına dayanamıyarak geri dönen hırsız (124); uyumakta olan arkadaşının odasına, parasını çalmak maksadile giren, para çantasının bulunduğu ceketi eline alan, elini cebine sokacağı sırada sakin ve emin uyumakta olan arkadaşının yüzüne bakan, çalmanın doğru olup olmayacağını, bunun arkadaşı için mucip olacağı mahrumiyet ve ümitsizliği düşünen ve ceketi yavaşça yerine koyarak odadan dışarı çıkan şahıs (125); kendisile evlenmek isteyen ve bu talebi reddolunan arkadaşlarını tâkip etmeğe tehditlerle bir kadını icbar eyleyen, fakat kadının o gece geleceğini vaad etmesi üzerine kendisini serbest bırakıp evine kadar refakat eden kimseler (126); bir köy yolunda tanıdığı bir kıza rastlayıp ta ona malik olmak arzusuna kapılarak, belinden yakalıyan, yol kenarında yere yatıran, eteklerini kaldıran ve öpen ve fakat müessir bir şekilde mukavemet eden kızın bağırması üzerine, yaptığı hareketten nadim görünerek, kendisini serbest bırakan ve af dileyen kimse (127).

(122) *Aksi kanaatte*: Manzini, s. g. *Trattato di diritto penale*, II, s. 392. Fakat fail gürültünün uyanmış olan bir şahıs tarafından yapıldığını zannederek kaçmış olsa, açıktır ki, gayri ihtiyarî vazgeçme mevcut olurdu.

(123) Brescia ist. mah., mayıs 1920 (Manzini, s. g. *Trattato di diritto penale*, II' s. 393). Filhakika fail, şüphelere rağmen, kastettiği gayeyi elde edebilmek imkânına güvenerek, desisesinde devam edebilirdi.

(124) Cavallo, s. g. *Il delitto tentato*, s. 81-82.

(125) Cavallo, s. g. *Il delitto tentato*, s. 82. Bununla beraber, fikrimizce burada *samimî* vazgeçme mevcuttur.

(126) Cass., I daire, 4 mart 1925, Alfiero (*Cass. unica*; 1925; s. 382).

(127) Cass., II daire, 30 nisan 1932, Candussi (*Ann. di dir. e proc. pen.*; 1932, s. 1051). Karar mülga kanunun hükümlerine taallük ediyordu; yüksek mahkeme, ırza tecavüz suçunda ihtiyarile vazgeçmeyi ve binaenaleyh bu suça teşebbüsün cezalandırılmamasını kabul etmekle beraber; Candussi'nin; esas mahkemelerinin kararı veçhile ve mülga kanunun 61 inci maddesinin son fıkrası mucibince, ırza tasaddiden mesul olmasına hükmetmişti. Mer'i kanuna göre ırza tecavüze teşebbüsten ihtiyarile vazgeçme meselesi zuhur edemezdi, zira cinsi münasebetten gayri şehvani hareket-

Bilâkis vazgeçmenin gayrı ihtiyarî olması hasebile aşağıdaki şahıslar, teşebbüsten dolayı cezalandırılmak lâzım gelir: başka bir şahsın gelmesi veya sahte anahtarla bir eve girdikten sonra, ev sahibinin, tahmini hilâfına, evde bulunduğunu görmesi üzerine geri dönen hırsız (128); uyumakta olan arkadaşının ceketinin cebine, para çantasını almak maksadile elini sokan ve fakat arkadaşının âni bir harekette bulunması üzerine, uyandığını ve kendisini gördüğünü zannederek ceketini yere atan ve kaçan kimse (129); çalmak istediği şeyin artık işine yaramıyacak bir şekilde bozulmuş olduğunu göreyerek almaktan vazgeçen hırsız (130); bir domuz sürüsünü ele geçirmek istediği halde, hayvanların kaçması ve girilmesi güç bir ormana

ler, failin gayesi cinsî münasebette bulunmak olsa bile, daima başlı başlarına cezalandırılırlar (son olarak bk.: cass., II daire, 2 mayıs 1934, Casu (*Ann. di dir. e proc. pen.* 1934, s. 1144).

Bununla beraber Candussi hâdisesi pek vazih değildir; failin girişmiş olduğu işi kadının mukavemeti ve bağırmaları üzerine mi yoksa karşılaşılan mukavemetle müterafık olsa bile, duyulan pişmanlık dolayısıyla mı terketmiş olduğu iyice anlaşılmamaktadır. Ancak bu son halde mahkemenin kararı doğru olabilir; birinci halde mukavemet veya başka şahısların vak'a mahalline gelebilmeleri korkusu dolayısıyla cinsî münasebetin imkânsız bulunmasından mütevellit bir vazgeçme mevcut olup, bu gayrı ihtiyarî vazgeçme suç kurbanından talep edilen ve kadını fiili ihbar eylememeğe sevk etmek gayesini güdebilen af dolayısıyla ortadan kalkmaz.

Gerçekten buna benzer diğer bir hâdisede (kadını yere atan ve elbiselerini kaldıran adam, pantolonlarını çözdükten sonra, kadının ilk defa bağırması üzerine, fiilinden vazgeçip uzaklaşıyor) yüksek mahkeme (II daire, 30 ocak 1933, Hukuku âmme c/, Di Censo, in *Ann. di dir. e proc. pen.*; 1933, s. 1013): «sözü geçen bağırma, hâdisede, failin iradesi hilâfına, yenilmesi mümkün olmıyan bir cebir veya mania olarak değil, fakat kendisinin evvelce yapmağa karar vermiş olduğu cürmî hareketten vazgeçmek hususunda serbest iradesini tayin eden bir vasıta olarak tesir icra eylemiş» olduğuna karar vermiş ve doğru olarak ihtiyarile vazgeçmenin bulunduğunu kabul etmiştir; buna mukabil, keza müşabih diğer bir hâdisede, yüksek mahkeme 24 ocak 1934 tarihli Hukuku âmme c/. Monastero kararile (*Ann. di dir. e proc. pen.*, 1937, s. 824) «suçlunun müphem olmıyan hareketlerle icrasına başlamış bulunduğu cürmî plânını kızın cinsî münasebete mani olmağa matuf elverişli vasıtalarla mukavemet etmesi dolayısıyla, terketmiş olduğunu» kabul ederek, vazgeçmenin ihtiyarî olabilmesini reddetmiştir.

(128) Majno, s. g. *Commento al codice penale italiano*, s. 191.

(129) Cavallo, s. g. *Il delitto tentato*, s. 82.

(130) Manzini, s. g. *Trattato di dritto penale*, II; s. 393.

dalması dolayısıyla gayesine erişemiyen kimse (131); birçok şahısların içinde istirahat etmekte oldukları bir eve girmek isteyip te bir köpeğin ortalığı velveleye veren havlaması üzerine kaçan hırsız (132); cürmî plânın tatbik olunmasını imkânsız veya tehlikeli kılabilecek yabancı şahısların huzuru dolayısıyla hırsızlık suçunun icra hareketlerine devamdan vazgeçen maznunlar (133); kırmak istediği kapının mukavemeti ve yakalanmak tehlikesi yüzünden fazla ileri gitmeyen hırsız (134); suç kurbanının cebinden para çantasını yere düşürttükten sonra, bunu alacağı bir sırada, mağdurun bağırması üzerine kaçan hırsız (135); bir duvarı deldikten ve bodruma girdikten sonra, suç işliyecekleri yere girebilmek için bir duvarı daha delmek icap edeceğini anlıyarak vazgeçen maznunlar (136); bir kimsenin köy evine yağma kastile giren ve fakat uyanan bir kızın bağırması üzerine halkın tehacümünden korkarak kaçan kimse (137); evvelce satın almış olduğu bir şeyin bedelini hile ve sanialarla vermemeğe boş yere uğraştıktan sonra, diğer âkidi kandıramıyacağını anlıyan kimse (138); suç mahallinde zabıta kuvvetlerinin mevcut olduğunu görünce geri dönen (139), keza, şantaj halinde, talep olunan parayı havi paketi, etrafta polislerin gizlenmiş olduklarının far-

(131) Cass., 24 nisan 1929 (*Riv. Ital. di dir. pen.*, 1929; s. 702).

(132) Cass. 13 ağustos 1909, Carrara, (*Giust. pen.*, 1910, s. 150).

(133) Cass., 16 nisan 1934, Zanardelli (*Giust. pen.*, 1935, II; s. 943; m. 376).

(134) Bari ist. mah., 15 kasım, 1925, Lanotte (*Corte Bari*, 1926; s. 7).

(135) Cass. II daire, 8 aralık 1919, Coarezza (*Riv. pen.* XMII, s. 608; not 2).

(136) Firenze ist. mah., 25 şubat 1929. Persiani (*Foro toscano*, 1929, s. 38). Birinci derecede hüküm veren Livorno bidayet mahkemesi, 6 aralık 1928 tarihli kararile (*ibid.*, 1929, s. 40), hâdisede vazgeçmenin ihtiyarî olduğuna hükmetmişti. Fakat açıktır ki hırsızlar için tahmin etmedikleri bir güçlük arzetmesi ve bu kadar müşkül bir teşebbüse giriştikleri takdirde yakalanmalarının büyük bir ihtimal dahilinde bulunması hasebile vazgeçmişlerdir.

(137) Cavallo, s. g. *Il delitto tentato*, s. 82.

(138) Cass., II daire, 28 şubat 1934, Marinosci ve Verga (*Giust. pen.*, 1934, II, s. 698).

(139) Cass., II daire, 25 haziran 1909, Delogu (*Giust. pen.*; 1909, s. 1099). 6 haziran 1924 tarihli kararile (Giuliani, in *Riv. pen.*, CI, s. 346) yüksek mahkeme zabıta kuvvetlerinin mevcudiyeti hakkında basit bir şüphenin dahi vazgeçmeyi gayrı ihtiyarî kılacağını kabul etmiştir. Bu iddia hakkındaki kaydı ihtirazilerimizi yukarıda söylemiştik (§ 7 ye bk.).

kına vararak çekmiyen suçlu (140); karanlık bir sokakta bir adamı çeviren ve fakat bunun bağırmaları ve karısının kapıyı açarak dışarı vuran ışık sayesinde mütecavizleri tanıması üzerine kaçan şahıslar (141); vasitanın bozukluğu veya âmilin teknik kabiliyetsizliği dolayısıyla faydasız olacağını anlayınca sahte para imalinden vazgeçen kalpazan (142); bir kadını kaçırmak üzere iken komşuların müdahalesi dolayısıyla vazgeçen ve cürmî hareketini terkeylemek mecburiyetinde kalan kimse (143); evinin kapısını kırmağa başlayan şahısların müdahalesi üzerine, kaçırmış olduğu kadını bırakıp kaçan suçlu (144); bir kadının ırzına geçmek maksadile kendisine tecavüz eden ve fakat kadının bağırp çağırması üzerine pek az uzakta bulunan kocasının geleceğinden korkarak vazgeçen kimse (145); bir köy yolunda giden bir kadını görüp ona malik olmak istiyen ve mümanaasına rağmen kadını kollarile sıkı surette yakalayıp yere attıktan sonra bir dizini üzerine koyan ve fakat iki çocuğun geldiğini görünce kaçan genç (146); bir kadınla cinsî münasebette bulunmak isteyip te onu yakalayan, öpen, yatağın üzerine atan, fakat kadının bayılması üzerine, suç kurbanına birdenbire ârız olan hastalıktan korkarak ve hareketsiz durmasından tiksinererek, vazgeçen kimse (147); hücre bir mahalde rastladığı bir kıza malik olmak maksadile, koluna girip yere atan ve üzerine yattıktan sonra eteklerini kaldırmağa uğraşan ve fakat mağdurenin bağırmaları ve mütecavizi tanıyarak kendisini ihbar edeceğini söylemesi üzerine, vazgeçen şahıs (148); memleketten çık-

(140) Cass., 25 haziran 1915, Bargelini (*Giust. pen.*, 1915, s. 1281; m. 1175). Bu paragrafta belirtmiş olduğumuz veçhile, maznun zabitanın almış bulunduğu tertibatı bilmez ve sırf nadim olduğu için parayı çekeceği mahalle gitmezse, samimî vazgeçme mevcut olur.

(141) Cass., 25 ekim 1921, Nicoletti (*Scuola positiva*, 1922; II; s. 177).

(142) Fiume ist. mah., 17 mayıs 1924, Cabrian (*Riv. pen.*, C, s. 362).

(143) Cass., I daire, 12 ocak 1925, Cacièse (*Cass. unica*, 1925; s. 193).

(144) Cass., 3 şubat 1928, Scropo (*Scuola positiva*, 1928; II; s. 543).

(145) Cass., II daire, 1 aralık 1914, Patricola (*Riv. pen.*; XMII; s. 769).

(146) *Aksi kanaatte* bk. Lecce bidayet mahkemesi, 15 nisan 1914, De Siena (*Riv. pen.* 1915, s. 563, not). «bu vaziyette vazgeçme doğrudan doğruya maznunun ihtiyarından ileri gelmiştir, zira maznun, iki çocuğun gelmesine rağmen, icraatına devam edebilirdi» diyen mahkemenin düştüğü hata bedihidir. De Siena şüphesiz ki icraatına devam edebilirdi; fakat, çocuklar yardım isteyeceklerine göre, gayesine erişemeyeceğine kanaat getirmiş ve binaenaleyh iradesi zorlanmıştı.

(147) Cass., I daire, 8 temmuz 1925, Paxi (*Cass. unica*, 1925; s. 499).

(148) Cass., II daire, 13 haziran 1921, Canova (*Riv. pen.*, VC; s. 541).

ve *Giust. pen.*, 1921, s. 951). Keza bk. cass., II daire, 24 ocak 1934; Hukuku âmme c/. Monastero (*Ann. di dir. e proc. pen.*, 1937, s. 824). mak istiyen ve fakat dağ hududunun aşlamıyacağını anlıyarak vazgeçen kimse (149).

9 — Müessir olabilen vazgeçmenin manevî unsurunun incelenmesini bitirdikten sonra, bunun maddî unsuru hakkında da bir iki söz söylemek icap eder.

Almış olduğumuz müteaddit misallerin müşterek bir cepheleri bulunduğunu görmüştük: vazgeçme iter *criminis*'i ikmal edebilmek için ika olunmaları iktiza eden bir takım hareketlerin icra edilmemeleri suretile vukua gelmektedir. Bu faraziye pratik hayatta ekseriyetle vukua gelen bir hal olmakla beraber, ihtiyarile vazgeçme mefhumunu sadece *ihmale* irca etmek doğru olmaz. Suçtan vazgeçme yapılmış olan hareketleri veya bunların neticelerini iptal etmeğe matuf bir *icra* şeklinde de tezahür edebilir (150). Bu şekil vazgeçmenin tesadüf olunabileceği mühim bir suç zümresi *ihmal* suretile *icra* suçlarından mürekkeptir; meselâ öldürmek maksadile bir çocuğa veya hastaya yemek vermiyen dadı ve hastabakıcı, bu gayelerine erişebilmek için epice uzun bir müddetin müruru icap ettiğine göre, suçtan vazgeçmek istedikleri takdirde çocuğa ve hastaya yemek vermek mecburiyetindedirler (151). Fakat, müspet bir *icra* suretile işlenen suçlar meyanında da bazıları vardır ki, bunlarda

(149) Torino bidayet mahkemesi, 26 şubat 1930, Leban (*Foro Subalpino*, 1930, s. 955).

(150) Resignani, s. g. *Il tentativo* s. g. sahife. — Keza bk. Manzini, s. g. *Trattato di diritto penale*, II, s. 394. — *Aksi kanaatte*: Carnelutti (s. g. *Teoria generale del reato*, s. 56) ye göre vazgeçme ancak bir *ihmal* şeklinde vukua gelebilir, «çünkü *vazgeçme* sadece bir *yapmama* demektir».

(151) İhmal suretile *icra* suçlarında (cali ihmali suçlar), metinde söylendiği veçhile, icranın ihmali suretile başlamasile tamamlanması arasında bir fasılanın mevcudiyetine binaen, teşebbüs mevcut olabildiği halde, sırf ihmali olan suçlarda (hakiki ihmali suçlar) teşebbüs mevzuubahs olmaz, çünkü ihmali suçun tamamlanması bizzat suçu meydana getiren *ihmale* tetabuk eder. Bk. Saltelli e Romano Di Falco, s. g. *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, I, s. 343; Civoli, s. g. *Trattato di diritto penale*, I' s. 573.

Carnelutti (s. g. *Teoria generale del reato*, s. 56, not) ise, vazgeçmenin *yapmak* suretile tecelli edebileceğini kabul eylemiyerek, cali ihmali suçlarda nedametinin bir *icra* şeklinde tezahür ettiğini ve bunun bir vazgeçme sayılamıyacağını, bu gibi suçlarda vazgeçmenin imkânsız olduğunu ancak zarara mâni olmanın mevzuubahs olabileceğini ileri sürmektedir.

vazgeçmenin müessir olabilmesi için, aksi istikamette bir icranın vukubulması lâzımgelir; böylece bir treni yoldan çıkarmak maksadile rayların üzerine bir mania koyan şahıs, ancak vakit ve zamanile bu maniayı kaldırmak suretile vazgeçebilir. Dikkat edilmedir ki, aksi istikamette yapılan hareket, icra edilmiş olan hareketleri veya bunların neticelerini iptal edemeyip, sadece tamamlanmasına mâni olabilmişse, fail suçun tamamlanması için lâzım ve kâfi gelen bütün hareketleri yapmış olduğuna göre, C. K. m. 56 son kısım mucibince, teşebbüs için tespit edilmiş olan cezanın indirilmesinden başka bir netice tevhit etmez. Bu gibi faaliyetin karakteristik bir misalini mart 1922 de Walter Johnson namında bir İngiliz bahriyelisile karadan gemiye kadar sandalla götürmek ücretinden dolayı kavga ederek, İngiliz denize atan ve fakat boğulacağı bir anda kendisini kurtararak bir tahlisiye şirketinin memurlarına teslim eden Genovalı meçhul bir kayığın fiilinde görmek mümkündür (152).

Maddî unsur hakkında diğer bir nokta üzerinde de durmak icap eder. Vazgeçmeyi teşebbüsü tekrarla makla karıştırmamalıdır. Bir hasmını öldürmek isteyen bir şahıs, ona bir el ateş ediyor, fakat kurşun boşa gidiyor; tabancasında başka kurşun bulunduğu ve bir defa daha ateş edebilmek imkânına malik olduğu halde, bunu yapmıyor. Açıktır ki bu hali samimî vazgeçme telâkki etmek yanlıştır. Vazgeçmenin mevcudiyeti için bulunması lâzımgelen şart —bunu yukarıda da belirtmiştik— hareketin icra edilmemiş olmasıdır; fakat verdiğimiz misalde, kurşunun patlamasını takip eden vukuat failin yedi iktidarında bulunmadığından dolayı, suçlu hareketin tamamlanması için yapılması icap eden her şeyi ika eylemiştir. Kendisi icra hareketlerinden vazgeçmiş değildir; bunları tekrarlamaı ihmal etmiştir. Binaenaleyh bütün iter criminis'i bitirdiği halde herhangi bir sebep yüzünden neticenin tahakkuk etmemesi üzerine yeniden hukuka mugayir bir harekete girişmeyen kimsenin teşebbüs dolayısıyla cezalandırılması icap eder. Aksi halde hemen hemen bütün teşebbüs derecesinde kalan suçların cezalandırılmamaları lâzımgelirdi (153).

10 — § 5 te söylenenlerden anlaşıldığı veçhile, ihtiyarile vazgeç-

(152) Manzini tarafından nakledilmektedir (s. g. *Trattato di diritto penale*, II, s. 398, not 1).

(153) Manzini, s. g. *Trattato di diritto penale*, II, s. 394; Manjo, s. g. *Commento al codice penale italiano*, I, s. 191.

me teşebbüsün isnat olunabilmesi üzerinde tesir icra etmez. Karar serbestçe verildiği ve kanun hükmü bilindiği cihetle, isnat kabiliyeti tamdır; ancak kanun mesuliyeti kaldırmakta, yani, cezaî ehliyeti hâiz bulunmakla beraber, failin ika etmiş olduğu hareketlerin neticesine maruz kalmasına mâni olmaktadır.

Bu muafiyet sebebi, fiilin icra suretinden çok, iradîlik şartını aramasına göre, «kastın derecesine» taallük eder ve binaenaleyh sübjektif mahiyette bir sebep sayılmak lâzımgelir (C. K. m. 70 n. 2).

Bu mukaddemeden sonra, vazgeçmenin iştirak halindeki tesir ve kıymetini incelemeğe başlıyalım.

Birçok şahısların bir suçun icrasına maddeten iştirak ettiklerini, yani hepsinin maddî harekette dahil bulunduğunu farzederek, üç hali hazırı itibare almamız icap eder.

İster ayrı ayrı, yani hiç biri diğerinin yaptığından haberdar olmaksızın, isterse önce aralarında anlaşarak, hepsi vazgeçmiş olabilirler. Bu halde hiç bir müşkülât yoktur: bütün şerikler, ihtiyarile vazgeçtiklerinden dolayı, ceza görmeyeceklerdir.

Bir şerik vazgeçmiş ve suçun diğerleri tarafından dahi işlenmesini mümkün kılmayacak bir şekilde hareket etmiş olabilir: bir hasımlarını öldürmek hususunda aralarında anlaşan iki arkadaş silâhlı olarak suç kurbanının evine gidiyorlar, fakat suçu işleyecekleri sırada, bir tanesi tecavüze maruz kalan şahsın ricaları karşısında kalbi yumuşayarak, daha fazla devam edemeyeceğini söylüyor, silâhı atıyor ve arkadaşını da bu şekilde hareket etmeğe davet eyliyor; lâkin arkadaşı kararından vazgeçmek istemiyerek, hasmını öldürmek için ileri atılıyor, fakat diğeri tarafından yakalanıp elinden silâhı alınıyor. Bu halde birinci suçlunun vazgeçme hasebile teşebbüsten dolayı cezadan muaf tutulacağı şüphesizdir; fakat, sübjektif mahiyeti dolayısıyla, bu muafiyet sebebi şeriklere sirayet etmediği için (C. K. m. 119), diğeri, teşebbüsten dolayı mesul tutulmak icap eder, zira kendisine nisbetle suç münhasıran üçüncü bir şahsın müdahalesi yüzünden ikmal edilememiştir. Aynı şey, diğerinin vazgeçmesine iltihak etmek istemekle beraber, kendi üzerine vaki olan maddî cebir dolayısıyla değil, fakat vazgeçen arkadaşının kendisini ihbar edeceğini söylemesi veya buna benzer tehditlerde bulunmasından ibaret manevî cebir üzerine suçu yarıda bırakmağa sevk edilmesi halinde de varittir.

Nihayet şeriklerden birinin ihtiyarile vazgeçmiş olmasına rağmen, suça diğerleri tarafından devam edilmiş ve binaenaleyh suç tamamlanmış olabilir; yukarıda verdiğimiz misalde iki arkadaştan

birincisinin diğèrinin hasmını öldürmesine mâni olamaması halinde olduğu gibi. Bu vaziyette vazgeçme müessir olmaz ve vazgeçen şerik dahi adam öldürmeden mesul tutulur. Çünkü: «bütün şerikler, müştereken istemiş oldukları suçun müessir sebepleri oldukları için, bu suç tamamile ve birinci derecede ferden yaptıkları faaliyetten müstakil olarak, hepsini mesuliyet altına sokar» (154). Teşebbüsten ihtiyarile vazgeçen şahıs diğèr şeriklerin de faaliyetini durdurmağa muvaffak olamazsa, «kendi iradî fiilinin suça iştirak etmiş olduğu anda istemiş olduğu neticelerini bertaraf edememek imkânsızlığını yine kendine isnad etmelidir; bundan başka kastın suçun bütün icra safhalarında devam etmesinin şart olmadığı da malûmdur» (155). Bitabi vazgeçenin bu kararını diğèrlerine bildirmemesi halinde de aynı neticeye varılmak icap eder; meselâ hırsızlık etmek için anlaşılan müteaddit şahıslardan gözcülük eden, pişman olarak uzaklaşsa, eve girmiş olan diğèrleri hırsızlığı ika eyledikleri takdirde, gözcü de tamamlanmış suçtan mesul tutulacaktır.

Suçta iştirakin bir şekli olmak itibarile, suç işlemek için vekâlet verilmesi halinde de aynı hal çarelerine varılmak icap eder. Müekkil ihtiyarile vekâleti geri alır ve maddî fail de ya ihbardan sonra veya bizzat kendi kararile (vekâletin geri alındığı haberi kendisine ulaşmadan önce) suçu ika etmekten vazgeçerse, hiç biri cezalandırılmayacaktır. Müekkil cürmî niyetinde sebat ettiği halde, maddî fail ihtiyarile vazgeçerse, ancak kendisi için müessir olabilen bu vazgeçmenin müekkile nazaran hiç bir kıymeti olmaz; çünkü vazgeçme —yukarıda söylenildiği veçhile— şeriklere kabili sirayet olmıyan sübjektif bir muafiyet sebebidir ve diğèr taraftan müekkile nazaran icra hareketlerini iradesi haricinde inkıtaa uğratan bir sebep mahiyetindedir, zira «bu sebebin tahakkuku üzerine kendi teşviki dolayısıyla ika edilecek olan suçun tamamlanması, arzusu hilâfına, imkânsız hale gelmiştir» (156). Nihayet müekkil fikrini değiştirmekle beraber, maddî faili nedametinden ve vekâleti geri aldığından haberdar etmiş olsun veya olmasın, suçun tamamlanmasına mâni olmadığı takdirde

(154) Manzini, s. g. *Trattato di diritto penale*, II, s. 540.

(155) Manzini, s. g. *Trattato di diritto penale*, II, s. 450.

(156) Civoli, s. g. *Manuale di diritto penale*, s. 475; Id. s. g. *Trattato di diritto penale*, I, s. 629-631; Carrara, s. g. *Programma di diritto Criminale*, Umumî kısım, § 492; Resignani, s. g. *Il tentativo*; s. g. sahife. — İşaret etmeğe lüzum yoktur ki maddî fail icraya başlamadan önce vazgeçer ve hiç bir icra hareketinde bulunmazsa müekkil de cezalandırılmaz, yalnız emniyet tedbirlerine maruz kalabilir (C. K. m. 115).

—geri alınma haberinin vekile vasıl olmamasının müekkile gayri kabili isnad bir sebepten ileri gelmiş bulunması önemsizdir (bu haberi ihtiva eden mektubun kaybolması veya gecikmesi, yahut suçun tespit olunan vakitten önce işlenmesi v.s.. gibi)— vekil gibi işlenen suçtan dolayı hesap vermeğe mecburdur; çünkü sadece suç işlemek için vekâlet vermek suretile müekkil talihini maddî failin talihine bağlamış olur ve iter criminis bu maddî fail tarafından ikmal edilmiş olduğuna göre, netice aynı zamanda müekkilin fiilinden de ileri gelmiş sayılır (157).

11 — İhtiyarile vazgeçme teşebbüsün cezalandırılmamasını mucip olur; yani failin sonradan vazgeçmeğe karar vermiş olduğu suçun tamamlanmasına matuf olmaları itibarile ika edilmiş olan hareketleri gayri kabili tecziye kılar. Fakat bu hareketler, terkedilmiş olan suçun unsurlarını da meydana getiriyorlarsa, bu son suçu da cezalandırmamak için sebep yoktur, çünkü, aksi halde suçlu başka bir suçta matufmuş gibi göstererek ve bundan vazgeçmiş olduğunu ispat ederek, muayyen bir suçun cezasından kolaylıkla kurtulmak yolunu bulabilir (158).

Ceza kanununun 56 ncı maddesinin ikinci fıkrası vazgeçmenin«... başlıbaşlarına diğer bir suç teşkil ettikleri takdirde, icra edilmiş olan hareketlerden mesul» olacağını tespit eylemektedir (suç ister cürüm isterse kabahat olsun vaziyet aynidir). Böylece bir adamı öldürmek için tüfeği ile nişan alan ve ateş etmeden önce ihtiyarile vazgeçen kimse, adam öldürmeğe teşebbüsten değil, fakat silâhla tehditten (159), pusu kurup yoldan geçmekte olan bir şahsa «ya canını, ya malını» diyerek elinde silâhla tehditte bulunan, fakat suç kurbanının yalvarmaları üzerine vazgeçen kimse, yağma suçuna teşebbüsten değil keza silâhla tehditten dolayı mesul olur (160); hırsızlık etmek maksadile kapıyı kıran, fakat eve girdikten sonra ihtiyarile vazgeçen kimse, hırsızlığa teşebbüsten dolayı değil, fakat nâsı ızrardan ve

(157) Civoli, s. g. *Manuale di diritto penale*, s. 476-477; Id. s. g. *Trattato di diritto penale*, s. 629-631; Resignani, s. g. *Il tentativo*, s. g. sahife.

Aksi kanaatte Carrara (s. g. *Programma di diritto criminale*, umumî kısım, § 495) maddî failin müekkilin nedametinden haberdar olduğu halde icrada devam ederek suçu tamamlaması takdirinde yalnız kendisinin mesul tutulmasını kabul etmektedir.

(158) Cavallo, s. g. *Il delitto tentato*, s. 84.

(159) Manzini, s. g. *Trattato di diritto penale*, II, s. 395.

(160) Cavallo, s. g. *Il delitto tentato*, s. 85.

mesken masuniyetini ihlâlden dolayı mesul tutulur (161); bir müddet devam olunduktan sonra ölümü intaç edecek olan zehir dos e'lerini bir kimseye, öldürmek maksadile, içiren kimse, vazgeçtiği takdirde, zehirlemeye teşebbüsten değil, fakat suç kurbanının muhtemel olarak maruz kaldığı müessir fiilden dolayı mesul olur (162).

12 — İhtiyarile vazgeçmenin vasıf ve mahiyeti hakkında yukarıki numaralardan söylenen şeylerden, bu muafiyet sebebini tanıyıp tanımamak hususunun maddî bir takdir meselesi olduğu ve binaenaleyh temyiz mahkemesinin vazifesi haricinde bulunduğu anlaşılmaktadır (163). Bittabi esas mahkemesinin kararı temyiz mahkemesince kontrol edilmemek için, kanunun tatbikinde hatadan âri bulunmak, mukni esbabı mucibeye dayanmak ve bu esbabı mucibede tenakuzu muhtevi olmamak iktiza eder; aksi halde, yüksek mahkeme, aleyhine müracaat vaki olan kararı haklı olarak bozar (C. U. M. K. m. 475 ve 524).

Carlo Erra

Tercüme eden :

Sahir Erman

Ceza Hukuku Asistanı

(161) Cavallo, s. g. *Il delitto tentato*, s. 85.

(162) Majno, s. g. *Commento al codice penale italiano*, I, s. 192.

(163) Manzini, s. g. *Trattato di diritto penale*, II, s. 395; cass., II daire; 24 ocak 1934. Hukuku âmme c/. Monastero (*Ann. di dir. e proc. pen.*, 1937, s. 824); id., 16 nisan 1934; Zanardelli (*Giust. pen.*, 1935, II, s. 943; m. 376).