

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Etkin Pişmanlık (FSEK M. 71/3)

Die tätige Reue im Gesetz über geistige und künstlerische Werke (Art. 71/3 des FSEK)

Araş. Gör. Dr. Bilal Osmanoğlu*

ÖZ

Etkin pişmanlık, kanunda öngörülen belirli suç tiplerinde suç sonrası olumlu bir davranışı gerektiren bir cezayı kaldıran veya azaltan şahsi sebeptir. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 71/3'te bir etkin pişmanlık hükmü düzenlenmektedir. Buna göre, hukuka aykırı olarak üretilmiş, işlenmiş, çoğaltılmış, dağıtılmış veya yayımlanmış bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı satışı arz eden, satan veya satın alan kişi, kovuşturma evresinden önce bunları kimden temin ettiğini bildirerek yakalanmalarını sağladığı takdirde, hakkında verilecek cezadan indirim yapılabilceği gibi ceza vermekten de vazgeçilebilir.

Anahtar Kelimeler: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, eser, etkin pişmanlık, itirafçı tanık, cezada indirim, bildirimde bulunmak

Effective Remorse in the Law on Intellectual and Artistic Works (Art. 71/3 of FSEK)

ABSTRACT

Effective remorse, which requires an offender's positive post-offense conduct, is a personal reason that waives or reduces the penalty in certain types of crimes stipulated in the law. Article 71/3 of the Law

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, E-posta: osmanoglu@tau.edu.tr; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2342-4773>.



No. 5846 on Intellectual and Artistic Works regulates an effective remorse provision. Accordingly, if any person who puts up for sale, sells or buys a work, performance, phonogram or production that has been unlawfully produced, adapted, reproduced, distributed or broadcast, provides information as to from whom he or she obtained such item and enables them to be captured before the prosecution process, the penalty to be imposed may be reduced or waived.

Keywords: *Law on Intellectual and Artistic Works, work, effective remorse, principal witness, reduction of penalty, provide information*

GİRİŞ

Etkin pişmanlık, kanunda öngörülen belirli suç tiplerinde suç tamamlandıktan sonra, fail veya şerikin gönüllü olarak ve zamanında zararı önlemesini, zararı gidermesini veya suçların aydınlatılmasına önemli bir katkıda bulunmasını gerektiren cezayı kaldıran veya azaltan şahsi bir sebeptir¹. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) m. 71/3'te de bir etkin pişmanlık düzenlemesi yer almaktadır. Buna göre, "hukuka aykırı olarak üretilmiş, işlenmiş, çoğaltılmış, dağıtılmış veya yayımlanmış bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı satışa arz eden, satan veya satın alan kişi, kovuşturma evresinden önce bunları kimden temin ettiğini bildirerek yakalanmalarını sağladığı takdirde, hakkında verilecek cezadan indirim yapılabileceği gibi ceza vermektense vazgeçilebilir."

Etkin pişmanlığın kanunda özel olarak gösterilen suç tiplerine özgü olması ve dağınık yapısı, kimi zaman kurumun sistematliğini zedelemekte ve tutarsız kanuni düzenlemelerin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. FSEK m. 71/3'te yer alan etkin pişmanlık hükmü de hem kapsamı hem koşulları hem de hukuki sonuçları itibarıyla tartışmalı bir düzenlemedir.

¹ Karş. İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. bs., Seçkin Yay., Ankara, 2023, s. 799; Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. bs., Seçkin Yay., Ankara, 2023, s. 446; Yasemin Baba, *Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2013, s. 3.

İlk olarak, etkin pişmanlığın kapsamında yer alan suç tipleri açıkça gösterilmemekte, aksine fıkrada belirli hareketleri yapan failden söz edilmektedir. Ancak bu tercih, hangi suçların bir etkin pişmanlık hükmü ihtiva ettiği konusunda uygulamada tartişmalara neden olmaktadır. Hakimlerin dahi mutabık kalamadığı bir konuda, faillerin bir öngörüde bulunmaları oldukça zordur. Bu durum ise faillerin etkin pişmanlığa yönelmesini engellemekte ve düzenlemenin teşvik edici özelliğini azaltmaktadır.

İkincisi, etkin pişmanlığın hukuki sonuç doğurabilmesi için failin suça konu eserleri kimden temin ettiğini bildirmesi yeterli görülmemekte, ayrıca bildirilen bu kişilerin yakalanmaları aranmaktadır. Ancak faillerin yakalanması kural olarak soruşturma makamlarının yetki ve görevinde olduğundan, bu koşul hem hükmün uygulanabilirliğini önemli ölçüde azaltmakta hem de adil olmayan sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Zira iki fail tarafından aynı ölçüde bilginin verildiği iki farklı olayın birinde bildirilen kişiler yakalanmış, diğerinde ise soruşturma makamlarının ihmali veya dikkatsizliği nedeniyle elden kaçırmış olabilir. Burada aynı muhteviyatta bilgi veren faillere farklı hukuki muamelede bulunmak, eşitlik ilkesini ihlal edecektir. Ayrıca, bu belirsizlik, faillerin etkin pişmanlık göstermekten çekinmelerine neden olacaktır. Zira çok nitelikli bilgiler vermiş olsa dahi, cezasızlık veya ceza indirimini tamamen üçüncü kişilerin başarisına bağlı kılınmaktadır.

Halihazırda literatürde FSEK m. 71/1-2'de düzenlenen manevi, mali veya bağlantılı haklara tecavüz suçlarını konu eden önemli çalışmalar bulunmaktadır. Ancak bu kapsamlı eserlerde FSEK m. 71/3'te yer alan etkin pişmanlık düzenlemesi sınırlı olarak ele alınabilmektedir. Halbuki, yukarıda temas edildiği üzere, bu etkin pişmanlık düzenlemesi oldukça sorunlu bir formülasyonu ihtiva etmektedir. Bu nedenle FSEK m. 71/3'ün müstakil bir çalışmada, Türk ceza hukukunda düzenlenen diğer etkin pişmanlık düzenlemeleriyle karşılaştırmalı olarak incelenmesi gerekmektedir.

Bu çalışmada da öncelikli olarak etkin pişmanlık düzenlemeleri sınıflandırılarak, FSEK m. 71/3'ün hukuki niteliği tespit edilecektir. Ardından etkin pişmanlığın ortak koşulları çerçevesinde, bu

düzenlemenin ayrıntılı olarak irdelenmesine geçilecektir. Burada, özellikle Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) bulunan çeşitli etkin pişmanlık düzenlemeleri ile benzeşen ve farklılaşan yönler karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır. Nihayet, hükmün hukuki sonucu incelenecektir.

I. Etkin Pişmanlık Düzenlemesinin Sınıflandırılması

Etkin pişmanlık, esas itibarıyla suç sonrası olumlu bir davranıştır. Ancak bu davranışın içeriği, ilgili etkin pişmanlık düzenlemesinin özgülendiği suç tipine bağlı olarak farklılık gösterebilmektedir. Söz gelimi, örgüt suçlarına ilişkin TCK m. 221/1'den failden örgütü dağıtması istenmektedir. Böylece örgüt faaliyeti çerçevesinde bir suç işlenerek bir zararın meydana gelmesinin önlenmesi amaçlanmaktadır. Buna karşın malvarlığına karşı suçlara ilişkin TCK m. 168'de, bu nevi suçlarda halihazırda bir zarar meydana geldiği için artık zararı önleme amacının ön planda tutulması mümkün değildir. Nitekim kanun koyucu da ceza indirimini, suç nedeniyle meydana gelen zararı gideren fail ve şerikler için öngörmektedir. Öte yandan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarına ilişkin TCK m. 192'de ise ne bir zararı önleme ne de bir zararı giderme amacı bulunmaktadır. Bilakis, failden diğer suç ortaklarını ve suça konu maddelerin saklandığı yerleri haber vermesi beklenmektedir. Bu bilgilerin de yardımıyla suçların açığa çıkartılması hedeflenmektedir.

Bu çerçevede etkin pişmanlığı üçlü bir tasnife tabi tutmak mümkün gözükmemektedir. Buna göre, zararı önlemeye yönelik etkin pişmanlık düzenlemelerini, önleyici etkin pişmanlık; zararı gidermeye yönelik etkin pişmanlık düzenlemelerini, tazmin edici etkin pişmanlık ve failin kendi eylemiyle bağlantılı suçlar hakkında yetkili makamlara bilgi vermesini arayan etkin pişmanlık düzenlemelerini ise itirafçı tanık düzenlemesi olarak nitelendirmekteyiz². İtirafçı tanık düzenlemeleri Alman ceza hukuku gibi kimi hukuk sistemlerinde etkin pişmanlıktan

² Önleyici ve tazmin edici etkin pişmanlık ayrımı için bkz.: Thomas Hillenkamp, "Möglichkeiten der Erweiterung des Instituts der tätigen Reue", *Wiedergutmachung und Strafrecht: Symposium aus Anlaß des 80. Geburtstages von Friedrich Schaffstein*, Münih, 1987, s. 81 vd.

ayrı ve bağımsız bir ceza hukuku kurumu olarak görülmektedir³. Ancak Türk ceza hukuku sisteminde bunların da etkin pişmanlığın bir parçası olarak nitelendirildikleri belirtilmelidir.

FSEK m. 71/3'te failden suça konu eseri kimden temin ettiğini bildirmesi istenmektedir. Burada, suça konu maddeleri yok etme şeklinde bir zararı önleme amacından söz etmek mümkün değildir. Aynı şekilde, mağdurun zararını giderme şeklinde bir tazmin amacı da bulunmamaktadır⁴. Aksine, failden suçların aydınlatılmasına önemli bir katkıda bulunması beklemektedir. Gerçekten öğretilde de bu düzenleme ile kanun koyucunun suça konu eserlerin kaynağı olan kişiye ulaşmayı hedeflediği belirtilmektedir⁵. Bu nedenle FSEK m. 71/3'ün itirafçı tanık düzenlemesi niteliğinde bir etkin pişmanlık hükmü olduğu kanısındayız. Kanun koyucu, faillerin kendi suçlarıyla bağlantı başka suçlar hakkında yetkili makamlara bilgi vermesi için bir teşvik oluşturmaktadır.

II. Etkin Pişmanlığın Koşulları

Etkin pişmanlık, kanunda etkin pişmanlık hükmü öngören bir suçun varlığı, suçun tamamlanması, pişmanlık hareketi, gönüllülük ve zamanındalık şeklinde beş koşuldan teşekkül etmektedir⁶.

Hemen belirtelim ki, etkin pişmanlıktan fail gibi şerikler de yararlanabilmektedir. Bu çerçevede aşağıda kimi zaman basitleştirmek için yalnızca failden söz edilecek olsa da aynı hususlar şerikler bakımından da geçerlidir.

A. Etkin Pişmanlığın Kapsamına Dahil Olan Suçlar

Türk ceza hukukunda genel bir hüküm olarak düzenlenmeyen etkin pişmanlık, yalnızca kanunda öngörülen suç tiplerinde uygulama

³ Jörg Kinzig, *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. bs., C.H.BECK, 2019, § 46b, kn. 3.

⁴ Ahmet Caner Yenidünya, "Telif ve Bandrol Suçları", (05.11.2024), (Çevrimiçi) <https://caneryenidunya.com/telif-ve-bandrol-suclari/>, 05.11.2024.

⁵ Aras Türay, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Manevi, Mali ve Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçları (FSEK m. 71)*, Seçkin Yay., Ankara, 2024, s. 705.

⁶ Baba, s. 33 vd.

alanı bulan bir hukuk kurumudur. Bu nedenle öncelikle FSEK m. 71/3'te yer alan hükmün kapsamı belirlenmelidir.

FSEK m. 71/3'te "*hukuka aykırı olarak üretilmiş, işlenmiş, çoğaltılmış, dağıtılmış veya yayımlanmış bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı*" satışa arz etme, satma veya satın alma eylemlerinden söz edilmektedir. Etkin pişmanlıktan sadece bu eylemleri gerçekleştiren fail ve şerikler yararlanabilecek, buna karşın farklı bir hareketi icra etmek suretiyle suç işleyen kişiler, bunlar FSEK kapsamında düzenlenmiş olsa bile, etkin pişmanlıktan yararlanamayacaktır⁷. Ancak pişmanlık hareketini yerine getirmeleri halinde, bu davranışları takdiri indirim nedeni (TCK m. 62) olarak dikkate alınmalıdır⁸.

FSEK m. 71/1-1'in iki ayrı suçtan teşekkül ettiği kabul edilirse⁹, hukuka aykırı olarak işlenmiş ve çoğaltılmış eserleri satışa arz etmek veya satmak suretiyle yaymak ve satın almak, FSEK m. 71/1-1(2)'de suç olarak ihdas edilmiştir. Ancak FSEK m. 71/1-1(1)'de düzenlenen bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın işlemek, temsil etmek, çoğaltmak, değiştirmek, dağıtmak, her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletmek ve yayımlamak, etkin pişmanlığın kapsamına dahil edilmemiştir¹⁰. Dolayısıyla FSEK m. 71/1-1'in bir bütün halinde etkin

⁷ Sinan Bayındır, "Eser Sahibinin İzni Olmaksızın Eseri Umuma İletim Suçu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sa. 113, 2014, s. 330; Hilal Selcen Turan, *Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi*, Seçkin Yay., Ankara, 2012, s. 209.

⁸ TCK m. 62/2: "*Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları veya cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri göz önünde bulundurulabilir.*"

⁹ Türay, s. 490.

¹⁰ "*Öte yandan 5846 sayılı Kanun'un 71. maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde tanımlanan suçun unsurunu oluşturan seçimlik hareketler iki grup hâlinde düzenlenmiş olup bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın "işlemek", "temsil etmek", "çoğaltmak", "değiştirmek", "dağıtmak", "her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletmek" ve "yayımlamak" şeklindeki birinci grup seçimlik ... yönünden aynı maddenin son fıkrasında düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanamayacağı anlaşılmaktadır.*" Bkz.: CGK, E. 2018/621, K. 2021/3, T.

pişmanlık hükmü içerdiği söylenememektedir¹¹. Ayrıca, FSEK m. 71/1'in diğer bentlerinde (2-3-4-5-6) yer alan suçlar ile FSEK m. 71/2'de düzenlenen suçlar da etkin pişmanlığın dışında tutulmuştur¹². Yine, kanunun farklı maddelerinde yer alan diğer suç tipleri de bir etkin pişmanlık hükmü ihtiva etmemektedir. Söz gelimi, teknolojik önlemleri etkisiz kılma (FSEK m. 72) veya bandrol suçlarını¹³ (FSEK m. 81/4¹⁴, 84/9, 84/10, 84/11, 84/12) işleyen faillerin etkin pişmanlıktan yararlanması mümkün değildir. Bu nedenle öğretide, haklı olarak FSEK m. 71/3'ün kapsam itibarıyla sınırlı bir etkin pişmanlık düzenlemesi olduğu belirtilmektedir¹⁵.

Etkin pişmanlık, kural olarak TCK ve diğer yan ceza kanunlarında dağınık bir şekilde bulunmaktadır. Ancak kanun koyucu kimi zaman bir bölümde yer alan suçlara ilişkin ortak etkin pişmanlık düzenlemeleri ihdas edebilmektedir. Söz gelimi, bir tazmin edici etkin pişmanlık düzenlemesi olan TCK m. 168, malvarlığına karşı suçlara ilişkin ortak bir hükümdür. Ancak bu halde bile, ilgili bölümdeki bazı suçlar etkin pişmanlık hükmünün kapsamına alınmayabilmektedir. Bu durum, hukuki eşitlik sorunlarını beraberinde getirmektedir. Gerçekten TCK m. 168, aynı bölümde düzenlenen suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunu (TCK m. 165) kapsamına dahil etmemesi

28.01.2021 (dejure.ai.). Hukuka aykırı şekilde yayım halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulama alanı bulacağını yönünde bkz.: Bayındır, s. 331.

¹¹ Türay, s. 654, 844.

¹² Levent Yavuz/Türkay Alıca/Fethi Merdivan, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*, C. II (49-91. Maddeler), 2. bs., Seçkin Yay., Ankara, 2014, s. 2303; Türay, s. 748, 762, 780, 791, 804 ve 828.

¹³ Muhammed Taha Büyüktavşan, "5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun (FSEK) 81. Maddesinde Düzenlenen Bandrol Yükümlülüğüne Riayet Etmeme Suçları", *Adalet Dergisi*, Sa. 65, 2020, s. 433; Yusuf Başlar, "Fikir ve Sanat Eserleri Kapsamında Bandrol Suçları", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sa. 7, 2016, s. 262.

¹⁴ "FSEK m.71/I-1'de sanık lehine mevcut olan bu imkan, FSEK m.81/4 için mevcut değildir." Bkz.: 7. CD., E. 2022/2953, K. 2022/5391, T. 21.03.2022 (lexpera.com.tr).

¹⁵ İhsan Baştürk, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukukumuzda Cezai Koruma*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2022, s. 68.

nedeniyle; banka veya kredi kartları ile yarar sağlama suçuna ilişkin TCK m. 245/1 ise malvarlığına karşı suçlarla benzer nitelikte olmasına karşın bir etkin pişmanlık hükmü ihtiva etmemesi nedeniyle hukuk devleti ilkesine ve eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi (AYM) önüne taşınmıştır.

Hukuki eşitlik ilkesi, Anayasa'nın "*Kanun önünde eşitlik*" başlıklı 10. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre, tüm insanlara hukuken eşit davranılmalıdır. Farklı muamele, yalnızca eşitsiz hukuki sonuçları haklı çıkarabilecek nitelikte ve ağırlıkta nedenlerin mevcut olması halinde mümkündür¹⁶. Kanun koyucu aynı hukuksal durumda olanlara aynı, farklı hukuksal durumda olanlara farklı davranarak hukuki eşitliği sağlamalıdır. Bu durum, yalnızca kişi aleyhine olan düzenlemeler bakımından değil, aynı zamanda etkin pişmanlık gibi lehe düzenlemeler bakımından da geçerlidir¹⁷. Ancak AYM, hukuki eşitlik ilkesinin, ayrı hukuki durumda olanlara ayrı kurallar öngörmeyi değil, yalnızca aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını engellediğini belirtmektedir. Mahkeme, farklı suç tipleri bakımından farklı artırım veya indirim nedenleri öngörmenin, kanun koyucunun takdir yetkisinin içerisinde olduğunu vurgulamaktadır. Bu çerçevede, TCK m. 165'in aynı zamanda adliyeye karşı işlenmiş bir suç niteliğinde olması ve TCK m. 245/1'in kartın bağlı bulunduğu hesap sahibinin kişisel verilerini de koruması nedeniyle diğer malvarlığına karşı suçlardan ayrıldığına altına çizerek, ilgili faillerin aynı hukuki konumda bulunmadıklarına kanaat getirmiştir. Buna göre, söz konusu farklılıkların, kanun koyucunun takdir yetkisinin sınırları içerisinde kaldığı değerlendirilmiş ve eşitlik ilkesine bir aykırılık teşkil etmediği sonucuna varılmıştır¹⁸.

Kanun koyucu kimi zaman söz konusu endişeleri dikkate alarak kanun değişikliği yapabilmektedir. Söz gelimi, yukarıda sözü edilen banka veya kredi kartları ile yarar sağlama suçu için 2006 yılında 5560 sayılı Kanun ile etkin pişmanlık imkanı getirilmiş (TCK m. 245/5) ve

¹⁶ Andreas Voßkuhle/Christian Bumke, *Casebook Verfassungsrecht*, 7. bs., 2015, s. 468.

¹⁷ Voßkuhle/Bumke, s. 450-451.

¹⁸ AYM, E. 2007/46, K. 2009/36, T. 26.02.2009; AYM, E. 2006/123, K. 2009/43, T. 05.03.2009 (normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/).

gerekçede eşitlik ilkesine vurgu yapılmıştır¹⁹. Ancak görüldüğü üzere, AYM'nin hukuki eşitlik ilkesi çerçevesinde etkin pişmanlığın kapsamına ilişkin denetimi oldukça sınırlıdır²⁰. Bu nedenle FSEK m. 71/1-1(2) ile diğer bent, fıkra ve maddelerde düzenlenen suçlar arasında kimi farklılıkların bulunması, AYM tarafından etkin pişmanlığın ilk kısma özgülünmesinin hukuki eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmadığı şeklinde yorumlanması için yeterli görülecektir.

Bununla birlikte, FSEK m. 71/3'ün AYM önüne taşınan diğer etkin pişmanlık düzenlemelerinden farklı bir durumu ihtiva ettiği belirtilmelidir. Diğerlerinin aksine, FSEK m. 71/3 yalnızca farklı fıkra ve bentlerde düzenlenen farklı suçlar arasından ayırım yapmamakta, aynı zamanda FSEK m. 71/1-1(2)'de yer alan tek bir suçun seçimlik hareketleri arasında da ayırma gitmektedir²¹. Gerçekten – etkin pişmanlığa dahil olan seçimlik hareketler gibi FSEK m. 71/1-1(2)'de düzenlenen – hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yaymak, ithal veya ihraç etmek, kişisel kullanım amacı dışında elinde bulundurmak ya da depolamak hareketleri, etkin pişmanlık hükmünün kapsamına dahil edilmemiştir²². Burada seçimlik hareketler arasında korunan hukuki

¹⁹ 06.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun", R.G. 19.12.2006, Sa. 26381.

²⁰ Ayrıca, Mahkeme etkin pişmanlık hükümleri arasındaki koşullar ve hukuki sonuçları itibarıyla ortaya çıkan tutarsızlıklar konusunda da farklı bir yaklaşım sergilememektedir. Bkz.: AYM, E. 2009/6, K. 2010/19, T. 28.01.2010; AYM, E. 2010/38, K. 2011/112, T. 30.06.2011; AYM, E. 2011/22, K. 2012/31, T. 01.03.2012; AYM, E. 2014/127, K. 2015/5, T. 14.01.2015 (normkararlarbilgi bankasi.anayasa.gov.tr/).

²¹ Benzer nitelikte etkin pişmanlık düzenlemelerine TCK'da da rastlanmaktadır. Söz gelimi TCK m. 93, yalnızca organ veya dokularını satma eylemine (TCK m. 91/3) yönelik etkin pişmanlık olanağı düzenlerken, aynı fıkroda yer alan satın alma ve satılmasına aracılık etme eylemleri ile birinci, ikinci, beşinci ve altıncı fıkradaki eylemleri ise kapsam dışında bırakmaktadır.

²² "...hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri "kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yaymak", "ithal veya ihraç etmek" ve "kişisel kullanım amacı dışında elinde bulundurmak ya da depolamak" şeklindeki ikinci

değer, maddi konu veya manevi unsur yahut yaptırım bakımından bir ayırım yapmak mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla AYM'nin çeşitli kararlarında ortaya koyduğu "faillerin aynı hukuksal durumda bulunmadıkları" argümanı buraya aktarılamamaktadır.

Hükmün itirafçı tanık düzenlemesi niteliğinde olması da bu farklılığı haklı çıkarmaya imkan vermemektedir. Zira nasıl ki hukuka aykırı olarak üretilmiş bir eseri satışı arz eden, satan veya satın alan fail, bunları kimden temin ettiğini bildirerek suçların aydınlatılmasına yardım edebilmekteyse; aynı şekilde hukuka aykırı olarak üretilmiş bir eseri yayan, ithal veya ihraç eden, elinde bulunduran ya da depolayan fail de açıklamada bulunmak suretiyle söz konusu yardımı yerine getirebilir. Farklı bir açıdan bakmak gerekirse, nasıl ki soruşturma makamları suçların aydınlatılması için hukuka aykırı olarak üretilmiş bir eseri satışı arz eden, satan veya satın alan failin vereceği bilgilere ihtiyaç duyuyorsa, aynı şekilde bu nitelikteki bir eseri yayan, ithal veya ihraç eden, elinde bulunduran ya da depolayan failin vereceği bilgilere de muhtaçtır. FSEK m. 71/3 mevcut haliyle hukuki eşitlik ilkesini ihlal etmektedir. Kanaatimizce hükmün kapsamı, FSEK m. 71/1-1(2)'nin tamamını kapsayacak şekilde genişletilmelidir. Böylece hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yaymak, ithal veya ihraç etmek, kişisel kullanım amacı dışında elinde bulundurmak ya da depolamak seçimlik hareketlerini işleyen faillerin de etkin pişmanlıktan yararlanabilmesine imkan sağlanmalıdır²³.

Öte yandan etkin pişmanlık hükmünde suç olarak düzenlenmemiş bazı eylemlerden de söz edildiği görülmektedir. Gerçekten FSEK m. 71/3'te yalnızca hukuka aykırı olarak "işlenmiş" veya "çoğaltılmış" eserleri değil, aynı zamanda hukuka aykırı olarak "üretilmiş", "dağıtılmış" veya "yayımlanmış" eserleri de satışı arz eden, satan veya satın alan kişinin etkin pişmanlıktan yararlanabileceğini belirtmektedir. Ancak FSEK m. 71/1-1(2) hükmü incelendiğinde,

grup seçimlik hareketler yönünden aynı maddenin son fıkrasında düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanamayacağı anlaşılmaktadır." Bkz.: CGK, E. 2018/621, K. 2021/3, T. 28.01.2021 (dejure.ai).

²³ Türey, s. 706.

bunların suç olarak düzenlenmediği görülmektedir²⁴. Söz gelimi hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın dağıtılmış eserleri satın almak, bir ceza yaptırımına tabi kılınmamıştır. Aynı şekilde, FSEK m. 71/3'te yalnızca "eser" den değil, aynı zamanda "icra", "fonogram" ve "yapım" dan da bahsedilmektedir. Halbuki FSEK m. 71/1-1(2)'de suçun konusu olarak yalnızca "eser" e yer verilmektedir. Eser²⁵, icra, fonogram ve yapım birbirlerinden bağımsız kavramlar olup, kanunilik ilkesi gereğince eserin tüm bunları kapsayan bir şekilde anlaşılması mümkün değildir. Dolayısıyla etkin pişmanlık hükmü, hukuki eşitlik ilkesinin yanı sıra, kanun yapma tekniği açısından da sorunludur.

B. Suçun Tamamlanması

FSEK m. 71/3'ün itirafçı tanık düzenlemesi niteliğinde olduğunu açıklamıştık. Kanaatimizce itirafçı tanık düzenlemeleri suçun teşebbüs aşamasında ulaştığı andan itibaren uygulanabilmelidir. Zira hukuka aykırı olarak işlenmiş bir eseri satın alan fail gibi, satın almaya teşebbüs eden fail de suçların aydınlatılmasına yardım edebilir. Ancak itirafçı tanık düzenlemeleri, Türk ceza hukukunda bağımsız bir hukuk kurumu olarak görülmemekte, aksine kanun koyucu tarafından etkin pişmanlık olarak nitelendirilmektedir. Etkin pişmanlık ise suç tamamlandıktan sonra uygulama alanı bulan bir hukuk kurumudur²⁶. Kanun koyucu, gönüllü vazgeçmeye ilişkin TCK m. 36'nın gerekçesi dahil birçok yerde bu hususu vurgulamaktadır²⁷. Bu nedenle FSEK m. 71/3, satışa arz etmek ve satmak suretiyle yaymak veya satın almak seçimlik hareketlerinin tamamlandığı anda gündeme gelebilecektir. O halde bu hareketlerin ne zaman tamamlandığı belirlenmelidir.

²⁴ Esra Dikmen, *Manevi, Mali ve Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçları (FSEK m. 71/1-1)*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2023, s. 154.

²⁵ FSEK m. 1/B'de eser, "sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini" olarak tanımlanmıştır.

²⁶ Arif Emre Sümer, "Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, Sa. 2, s. 1242.

²⁷ TCK m. 36 gerekçesi: "Suç bütün unsurlarıyla tamamlandıktan sonra örneğin çalınan eşyanın geri verilmesi veya kaçırılan kişinin serbest bırakılması hallerinde, artık vazgeçme değil etkin pişmanlık söz konusudur."

Öncelikle, FSEK m. 71/1-1(2)'de asıl hareketlerin “yaymak”, “satın almak”, “ithal etmek”, “ihraç etmek”, “elinde bulundurmak” ve “depolamak” olduğu belirtilmelidir²⁸. Yaymak, “Yayma hakkı” başlıklı FSEK m. 23'te yayma ile dağıtmanın eş anlamlı kullanılması nedeniyle eserin dağıtılması şeklinde açıklanmaktadır²⁹. Dağıtım ise satmak, satışa arz etmek, kiralamak veya bağışlamak gibi farklı şekillerde gerçekleştirilebilmektedir³⁰. Ancak etkin pişmanlık hükmü, bu şekillerden yalnızca “satışa arz etmek” ve “satmak”tan söz etmektedir. Satışa arz etmek, suça konu eserin maddi bir menfaat karşılığında başkasının mülkiyetine geçirileceğinin, potansiyel alıcıların bilgisine sunulmasıdır. Satmak ise maddi bir menfaat karşılığında suça konu eserin mülkiyetinin devredilmesidir³¹. Satma eylemi satış sözleşmesinin yapılmasıyla değil, mülkiyetin satın alan kişiye devredilmesiyle tamamlanmaktadır³². Etkin pişmanlık hükmünde yer alan diğer bir hareket türü ise satın almaktır. Hemen belirtelim ki, bu ifadeden FSEK m. 71/1-1(2)'de yazılı “ticari amaçla satın alan” anlaşılmalıdır³³. Satın alma, suça konu eserin maddi bir menfaat karşılığında mülkiyetinin kazanılmasıdır. Suçun tamamlanması için yalnızca satış sözleşmesinin yapılması yeterli olmayıp, ayrıca mülkiyetin satın alan kişiye devredilmiş olması gerekmektedir³⁴.

Kanun'da dış dünyada ayrıca bir değişikliğin meydana gelmesi aranmadığı için sırf hareket suçudur³⁵. Buna göre, bahsi geçen hareketlerin tamamlanmasıyla suç oluşacak ve etkin pişmanlığın bu koşulu yerine gelmiş olacaktır.

²⁸ Dikmen, s. 125 vd; Türay, s. 677.

²⁹ Türay, s. 679.

³⁰ Türay, a.y.

³¹ Dikmen, s. 126.

³² Türay, s. 580.

³³ Teknail Özderiyol, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar*, 2. bs., On İki Levha Yay., İstanbul, 2021, s. 1203; Turan, s. 208.

³⁴ Türay, s. 681.

³⁵ Ahmet Caner Yenidünya, “5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Manevi ve Mali Haklara Tecavüz Suçları”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. X, Sa. 3-4, 2006, s. 254.

C. Pişmanlık Hareketi

Pişmanlık hareketi, “*hukuka aykırı olarak üretilmiş, işlenmiş, çoğaltılmış, dağıtılmış veya yayımlanmış*” bir eserin, icranın, fonogramın veya yapımın kimden temin edildiğini bildirmektedir.

Bildirimin hangi süje veya makama yapılacağı, kanunda açıkça gösterilmemiştir. Ancak hükmün amacı suçların aydınlatılması olduğuna göre, bildirim soruşturma veya kovuşturma makamlarına yapılmalıdır. CMK m. 158 uyarınca, suça ilişkin ihbar veya şikâyet, Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabilir. Ayrıca, kendilerine yapılan ihbar veya şikayeti, ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına göndermekle yükümlü valilik, kaymakamlık ve mahkemeler de bildirim muhatabıdır.

Kanunda bildirim şekline ilişkin de bir açıklık bulunmamaktadır. Buna göre, fail bildirimini sözlü veya yazılı olarak gerçekleştirebilir. Ancak tebligat ile bildirim, yalnızca açıklamada bulunanın kim olduğunun belli olması halinde hukuki sonuç doğurur.

Etkin pişmanlıktan yararlanmak isteyen fail veya şerik, suça konu eseri kendisine temin eden kişiyi soruşturma makamlarına açıklamalıdır. Ancak mutlaka temin eden kişinin isim-soyisim bilgisinin verilmesi şart görülmemeli, temin edenin belirlenebilmesine imkan veren bilgiler de yeterli kabul edilmelidir. Öğretide, temin eden kişinin adresinin veya nerede bulunabileceğinin de bildirilmesi gerektiği savunulmaktadır³⁶. Ancak temin edenin belirlenebilmesini mümkün kılan fail hakkında, yalnızca ilgili kişinin adresini bildirmediği için etkin pişmanlık hükmünün uygulanmaması yoluna gidilmemelidir. Önemli olan verilen bilginin, failerin yakalanmalarını sağlamaya elverişli olmasıdır.

Bildirimin içeriği, suçların aydınlatılmasına önemli bir katkı mahiyetinde olmalıdır. Bu çerçevede bildirim, henüz soruşturma makamları tarafından temin eden kişinin kimliği öğrenilmeden önce yapılmalıdır. Halihazırda bilinen bir bilginin açıklanması, pişmanlık hareketi olarak failin hesabına katılmamalıdır. Ancak soruşturma

³⁶ Türey, s. 705.

makamları çok sayıda kişiden şüpheleniyor ancak temin eden kişinin hangisi olduğuna henüz kanaat getiremiyorsa, itirafçı tanığın açıklaması suçların aydınlatılmasına önemli bir katkı olarak değerlendirilmeli ve etkin pişmanlık hükümleri uygulanmalıdır.

İştirak halinde işlenen suçlarda, etkin pişmanlığın şahsi bir sebep olmasının bir sonucu olarak yalnızca bildirimde bulunan fail veya şerik etkin pişmanlıktan yararlanacaktır³⁷. Suça konu maddeleri temin eden kişilerin, faillerden birinin verdiği bilgiler sayesinde yakalanması halinde, ceza ayrıcalığı buna bir katkıda bulunmayan diğer suç ortaklarına sirayet etmeyecektir.

Birden fazla fail veya şerikin farklı zamanlarda açıklamada bulunması halinde, etkin pişmanlık yalnızca ilk açıklamada bulunan kişi hakkında uygulanmalıdır. Ancak suç ortaklarının aynı anda açıklamada bulunmaya hazır olmaları halinde, ilk olarak kimin beyanının alındığı bir önem arz etmemektedir³⁸.

Öte yandan kanun lafzında, etkin pişmanlık hükmünün uygulanabilmesi için yalnızca temin eden kişinin bildirilmesini yeterli görülmemiş, ayrıca bu kişinin yakalanması da şart koşulmuştur. Öğretide de temin eden kişinin yakalanmadığı durumlarda, failin, gerekli bilgileri paylaşmış olsa dahi, etkin pişmanlığın hukuki sonucundan yararlanamayacağı savunulmaktadır³⁹. Ayrıca, bu sebeple FSEK kapsamında etkin pişmanlık imkanının uygulanamaz hale getirildiği belirtilerek, madde metni eleştirilmektedir⁴⁰.

Kanaatimizce, FSEK m. 71/3 itirafçı tanık düzenlemelerinin amacı ve mantığı ile uyumlu değildir. Zira bu tür düzenlemelerde failden beklenen suçların aydınlatılmasına, suçluların yakalanmasına veya suça konu maddelerin ele geçirilmesine yardım etmesidir. Buna karşın suçluların yakalanması görevi, etkin pişmanlıktan yararlanmak isteyen

³⁷ Bayındır, s. 331.

³⁸ Kinzig, § 46b, kn. 12.

³⁹ Özderiyol, s. 1204; Türay, s. 705; Yavuz/Alıca/Merdivan, s. 2304.

⁴⁰ Yenidünya, "Telif ve Bandrol Suçları". Hükmün zamanındalık olarak kovuşturma evresinin öncesi ile sınırlanmasını da dikkate alarak aynı yönde bkz.: Baştürk, s. 68.

fail veya şeriklere yüklenmemektedir. Gerçekten bu konuda yetki ve görev soruşturma makamlarının uhdesinde olup, itirafçı tanığa devredilmemektedir⁴¹. Fail soruşturma makamlarına ne kadar nitelikli ve detaylı açıklamada bulunmuş olursa olsun, temin eden kişi veya kişiler, kolluk görevlilerin bilgiyi iyi değerlendirememeleri, harekete geçmekte ihmalkarlık göstermeleri veya suçluların yurt dışına kaçmış olması nedeniyle yakalanamamış olabilir. Bu konuda etkin pişmanlıktan yararlanmak isteyen kişinin yapabilecekleri son derece kısıtlıdır. Dolayısıyla failin sorumluluğu, açıkladığı bilginin niteliği ve önemi ile sınırlı tutulmalıdır.

Türk ceza hukukunda, FSEK m. 71/3'e benzer şekilde, itirafçı tanığın etkin pişmanlıktan yararlanabilmesini suç ortaklarının yakalanmasına bağlı kılan başka etkin pişmanlık düzenlemeleri de bulunmaktadır. Söz gelimi uyuruşturucu veya uyarıcı madde suçlarına ilişkin TCK m. 192/1, bu suçlara iştirak etmiş olup etkin pişmanlıktan yararlanmak isteyen kişinin yalnızca suç ortakları veya suçta konu maddelerin yerlerini merciiine haber vermeyi yeterli görmemekte, aynı zamanda verilen bilginin suç ortaklarının veya suçta konu maddelerin ele geçirilmesini sağlamasını şart koşmaktadır. Ancak öğretide, yukarıda dile getirdiğimiz hususları dikkate alınmak suretiyle, failin doğru, etkili ve faydalı bilgi verip vermediği incelemekte ve suçların aydınlatılmasına önemli bir katkıda bulunan itirafçı tanığın, hükmün hukuki sonucundan yararlandırılması gerektiği belirtilmektedir⁴².

Sonuç olarak, FSEK m. 71/3 bağlamında da suçta konu eserin temin ettiği kişiyi bildiren fail veya şerikin, bildirdiği kişiler yakalamamış olsa dahi, pişmanlık hareketini yerine getirdiği kabul edilmelidir⁴³. Ayrıca, bu çerçevede FSEK m. 71/3'te kanuni bir değeriklik yapılması isabetli olacaktır.

⁴¹ Baştürk, s. 69.

⁴² Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 19. bs., Seçkin Yay., Ankara, 2021, s. 997-998; Fahrettin Kıdıll, *Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçları*, Adalet Yay., Ankara, 2020, s. 260-261.

⁴³ Bayındır, s. 330.

D. Gönüllülük

Etkin pişmanlığın diğer bir koşulu, gönüllülüktür. Gönüllülüğün tanımına ve içeriğine dair açıklamalar, psikolojik veya normatif teoriler olmak üzere iki ana başlıkta toplanmaktadır⁴⁴. Ancak gerek Alman gerekse Türk uygulaması subjektif teoriyi esas almaktadır⁴⁵. Buna göre, gönüllülük failin dışsal bir zorlayıcı duruma veya zihinsel bir baskıya maruz kalmadan pişmanlık hareketini gerçekleştirmesi anlamına gelmektedir⁴⁶.

Öte yandan “pişmanlık” kavramının günlük dilde veya din, psikoloji ve sosyoloji gibi farklı alanlarda kullanımı, gönüllülüğün içeriğinin karıştırılmasına neden olabilmektedir. Ancak etkin pişmanlıkta, failin onaylanmaya değer veya etkin açıdan değerli bir saike sahip olması ya da ahlaki bir gelişim göstermesi gerekmemektedir⁴⁷. Şüphesiz böyle bir saik veya duygu etkin pişmanlığa engel değildir ancak failin her zaman gerçek bir pişmanlık, acıma veya utanma duygusuyla hareket etmesi beklenmemelidir.

⁴⁴ Ali Emrah Bozbayındır, “Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçmede “Gönüllülük” Şartı”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018/1, s. 97 vd.

⁴⁵ Fatih Selami Mahmutoğlu/Serra Karadeniz, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, Beta Basım, Ankara, 2017, s. 852.

⁴⁶ Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 9. bs., Beta Yay., İstanbul, 2016, s. 476-477; Yavuz Erdoğan, “Gönüllü Vazgeçme”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Sa. 13, 2010, s. 102.

⁴⁷ Alexander Gutmann, *Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei der tätigen Reue*, Hansischer Gildenverlag Joachim Heitmann, Hamburg, 1963, s. 120 ve 213; Holger Matt/Frank Saliger, “Ausbau der Tätigen Reue im deutschen Strafrecht”, *Österreichisches Anwaltsblatt*, Sa. 6, 2016, s. 309; Morten Blöcker, *Tätige Reue*, Nomos, 2000, s. 139 ve 147; Mustafa Temmuz Oğlakcıoğlu/Tobias Oliver Kulhanek, “Antizipierte tätige Reue”, *Juristische Rundschau*, Sa. 11, 2014, s. 464 ve 467; Veli Özer Özbek, *İzmir Şerhi: Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı – Gerekçeli – İçtihatlı): Cilt I Genel Hükümler – Madde 1-75*, 4. bs., Seçkin Yay., Ankara, 2010, s. 628.

Dolayısıyla ahlaki değerlendirmeler prensip olarak dışarıda bırakılmalıdır⁴⁸.

FSEK m. 71/3 hükmü incelendiğinde, açıkça gönüllülükten söz eden bir ifadeye rastlanmamaktadır. Benzer durumlar, TCK'da düzenlenen birçok etkin pişmanlık düzenlemesinde de karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten TCK m. 93/1, 184/5, 192/1-2, 192/4, 201/1-2, 221/1, 248/1, 254/1, 282/6, 289/2 ve 316/2'de herhangi bir gönüllülük unsuru bulunmamaktadır. Öğretide, bu nevi kimi boşlukların soruşturma makamlarının suç olgusunu öğrenmiş olup olmadığı dikkate alınarak yapılan bilinçli bir tercih olduğu belirtilmektedir. Söz gelimi, zimmet suçuna ilişkin etkin pişmanlık düzenlemesi olan TCK m. 248'in soruşturma öncesi uygulama alanı bulan 1. fıkrasında gönüllülüğe yer verilmezken, soruşturma başladıktan sonra uygulama alanı bulan 2. fıkrasında "gönüllü olarak" kavramının kullanılmasının bilinçli bir tercih olduğu ileri sürülmektedir⁴⁹. TCK m. 93/1 ile 93/2 ve TCK m. 192/1-2 ile 192/3 arasında da benzer bir ilişkiden söz edilebilir. Ancak tüm boşluklar tutarlı bir şekilde açıklanamamaktadır. Söz gelimi fail hakkında verilen mahkumiyet kararının kesinleşmesinden sonra dahi uygulanabilen TCK m. 184/5'te herhangi bir gönüllülük kavramına rastlanmamaktadır.

Benzer bir tartışma Alman ceza hukukunda da yapılmaktadır. Zira birer etkin pişmanlık düzenlemeleri olan Alman Ceza Kanunu (Al.

⁴⁸ "TCK m. 192'ye ilişkin kanun görüşmeleri sırasında Prof. Dr. Adem Sözüer: "Gönüllü vazgeçme veya etkin pişmanlıkta, kişinin iç dünyasında gerçekten nedamet duyup duymadığına bakmıyoruz sadece. Yani, gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlık da, biz, suç politikası gereğince, kişinin suç yolundan, kendi iradesiyle dönüp dönmemesine bakıyoruz. O yüzden, kendi iç dünyasında gerçekten pişmanlık duyup duymadığına ilişkin konular, aslında ne gönüllü vazgeçmeyi, suça teşebbüsü ne de buradaki etkin pişmanlığı belirleyici unsuru değildir." Bkz.: Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, *Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu*, Ankara, 2005.

⁴⁹ Ali Kemal Yıldız, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Seminer Notları*, İstanbul Barosu Yay., İstanbul, 2007, s. 310; İsmail Malkoç, *Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu: Özel Hükümler*, C. II, Ankara, 2006, s. 1653; İzzet Özgenç, *Zimmet Suçu*, 2. bs., Seçkin Yay., Ankara, 2012, s. 71.

CK) § 239a/4 ve 266a/6'te gönüllülük unsuruna yer verilmemiştir⁵⁰. Bir görüş, bu farklılığı ilgili düzenlemelerin çok farklı tarihlerde ihdas edilmesiyle açıklamaktadır⁵¹. Diğer bir görüş ise kanun koyucunun etkin pişmanlık yoluyla hukuki değerlerin korunmasına teşvik oluştururken, bunu ek bir gönüllülük engeline bağlı kılmamak için bilinçli bir tercihte bulunduğu savunmaktadır⁵². Ancak tüm boşlukların bilinçli olduğuna yönelik açık bir belirti bulunmamaktadır⁵³. Nedeni kolaylıkla açıklanamayan bu tatmin edici olmayan durumun kolaylıkla giderilmesi de mümkün gözükmemektedir⁵⁴. Zira gönüllülük unsurunun böyle bir koşul öngörmeyen etkin pişmanlık düzenlemelerine kıyasen uygulanması, failin aleyhine kıyas teşkil edecektir. Alman öğretisi ise bu tür bir kıyası reddetmektedir⁵⁵. Bu nedenle şantaj amacıyla insan kaçırma suçuna ilişkin Al. CK § 239a/4'te, failin etrafını kolluk görevlileri sardığı için silahını bırakarak mağdurların ayrılmasına izin vermesi halinde dahi etkin pişmanlıktan yararlanacağı belirtilmektedir⁵⁶.

⁵⁰ Martin Heger, *Lackner/Kühl/Heger Strafgesetzbuch*, 30. bs., C.H.BECK, 2023, § 239a, kn. 10.

⁵¹ Albin Eser/Nikolaus Bosch, *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. bs., C.H.BECK, 2019, § 24, kn. 117-118.

⁵² Viviana E. Thompson, "Modelle" der Selbstanzeige im Wirtschaftsordnungswidrigkeitenrecht und ihre strafrechtlichen Vorbilder, Duncker & Humblot, Berlin, 2018, s. 43, dn. 109.

⁵³ Sophie Härtl-Meißner, *Die tätige Reue im deutschen und österreichischen Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2020, s. 173-174.

⁵⁴ Horst Schröder, "Die Koordinierung der Rücktrittsvorschriften", *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965*, Duncker & Humblot, Berlin, 1966, s. 383-384.

⁵⁵ Hans-Joachim Fritz, *Die Selbstanzeige im Beitragsstrafrecht gemäß § 266a Absatz 5 StGB: Untersuchung zur Einordnung der Vorschrift als materiell-rechtliche Regelung der Wiedergutmachung im Strafrecht*, S. Roderer, Regensburg, 1997, s. 143; Härtl-Meißner, s. 173; Schröder, s. 384.

⁵⁶ Urs Kindhäuser/Edward Schramm, *Strafrecht Besonderer Teil I: Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft*, 10. bs., Nomos, Baden Baden, 2022, § 239a, kn. 22; Joachim Renzikowski, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 4. bs., C.H.BECK, 2021, § 239a, kn. 97; Wilhelm Schluckebier, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 13. bs., Walter de Gruyter, Berlin, 2023, § 239a, kn. 54.

Türk öğretisinde ise etkin pişmanlık bağlamında, ilgili düzenlemede gönüllülük unsuruna yer verilsin veya verilmesin, failin gönüllü olarak hareket etmesinin vazgeçilmez bir koşul olduğu ileri sürülmektedir⁵⁷. Yargıtay da bu nevi düzenlemeler söz konusu olduğunda, failin “kendiliğinden” hareket etmesini gerekli görmektedir⁵⁸. Ancak bu uygulamanın, failin aleyhine kıyas teşkil ettiği kanaatindeyiz. Kanunilik ilkesi gereğince (TCK m. 2/3) kıyasen uygulanmanın da mümkün olmadığını düşünüyoruz⁵⁹. Sonuç olarak, FSEK m. 71/3 gönüllülük koşulu içermeyen bir etkin pişmanlık düzenlemesidir. Zorlayıcı bir kuvvet altında hareket eden fail de etkin pişmanlıktan yararlandırılmalıdır.

E. Zamanındalık

Zamanındalık, pişmanlık hareketinin belirli bir zaman içerisinde yerine getirilmesini ifade etmektedir. Zamanında olmayan bir bilgi açıklamasının, etkin pişmanlık olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

FSEK m. 71/3'e göre, pişmanlık hareketi olarak bildirim, kovuşturma evresine geçilmeden önce yerine getirilmesi gerekmektedir. Kovuşturma, iddianamenin kabulüyle başlayan bir ceza muhakemesi evresini ifade etmektedir (CMK m. 2/1-f). Buna göre, yetkili makamlarca suç şüphesinin öğrenilmesi veya soruşturma işlemlerine başlanması etkin pişmanlığı dışlamamaktadır. İddianamenin düzenlendiği ancak

⁵⁷ Baba, s. 93-94.

⁵⁸ İmar kirliliğine neden olma suçu bakımından bkz.: “Bu nedenle yıkımın idarece gerçekleştirildiği hâllerde failin yıkıma fiilen karşı gelip gelmediği ve iradi olarak yıkım masraflarını karşılayıp karşılamadığı hususları araştırılarak failin fiilen yıkıma karşı gelmediğinin ve cebri icra gibi herhangi bir zorlama olmaksızın kendiliğinden yıkım masrafları ödediğinin tespit olunması” Bkz.: CGK, E. 2017/684, K. 2018/479, T. 25.10.2018 (legalbank.net). Parada sahtecilik suçu bakımından bkz.: sanık ... ve diğer suç ortaklarının parada sahtecilik suçunu işlediklerini kendiliğinden görevlilere açıklayarak, üzerinde bulunduğu sahte paraları görevlilere teslim ettiği” Bkz.: 8. CD, E. 2017/24926, K. 2018/2839, T. 15.03.2018 (legalbank.net).

⁵⁹ Abdullah Batuhan Baytaz, *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2018, s. 349.

henüz iddianamenin kabulüne karar verilmediği aşama da – soruşturmanın bir parçası olduğundan – etkin pişmanlığın uygulama alanına dahildir. İddianamenin verildiği tarihten itibaren 15 gün içinde kabul edilmesi gerekmektedir. Bu süre sonunda iade edilmeyen iddianame kabul edilmiş sayılmaktadır. Böylece kamu davası açılmakta ve kovuşturma evresi başlamaktadır (CMK m. 174/1-3, 175). Kovuşturma evresine geçildikten sonra yapılan bilgi açıklaması, bildirimde bulunan fail veya şerikin FSEK m. 71/3 hükmünden yararlanmasını sağlamayacaktır⁶⁰. Ancak bu kişiler bakımından takdiri indirim nedeninin (TCK m. 62) uygulanması mümkündür.

Yürütülen ceza muhakemesi, FSEK m. 71/1-1’de yazılı suçlarla ilgili olmalıdır. Başka bir suç nedeniyle kovuşturma evresine geçilmesi, etkin pişmanlığın uygulanmasına bir engel teşkil etmemelidir. Ayrıca, iştirak halinde işlenen suçlarda henüz suç isnadı kendisine yönetilmemiş olan fail veya şerik, diğer suç ortakları hakkında kovuşturma evresine geçilmiş olsa dahi, etkin pişmanlıktan yararlanabilmelidir.

Arzu edilen bu olsa bile, FSEK m. 71/3 failin fırsatı olan ilk anda açıklamada bulunmasını gerektirmemektedir. Suç şüphesinin öğrenilmesinden önce iş birliği yapmayı, soruşturma evresinde bilgi vermeyi tercih eden fail veya şerik de etkin pişmanlıktan yararlanacaktır. Ancak bu durum, mahkemece hükmün hukuki sonucunu tayin edilirken, önemli bir rol üstlenebilir.

Ayrıca belirtelim ki, zamanındalık koşulu yalnızca itirafçı tanığın bildirimde bulunma anına ilişkindir⁶¹. Daha önce ifade ettiğimiz üzere, temin eden kişilerin yakalanmasını etkin pişmanlığın sonuç doğurması için gerekli görmemekteyiz. Ancak aksi yöndeki görüşün kabul edilmesi halinde dahi, temin eden kişilerin kovuşturma evresine geçildikten sonra yakalanması, itirafçı tanık kovuşturma evresinden önce bildirimde bulunduğu takdirde, onun etkin pişmanlıktan yararlanmasını engel teşkil etmeyecektir⁶².

⁶⁰ Özderiyol, s. 1205.

⁶¹ Türey, s. 706.

⁶² Aynı yönde bkz.: Yavuz/Alıca/Merdivan, s. 2304.

Öğretide, etkin pişmanlık hükmünün uygulama alanının kovuşturma evresine geçilmeden önceki aşama ile sınırlandırılması eleştirilmektedir. Buna göre, failin kovuşturma evresinde de etkin pişmanlıktan yararlanmasının önü açılmalıdır⁶³. Ayrıca, kovuşturma evresi için daha düşük bir cezada indirim oranı öngörülebileceği belirtilmektedir⁶⁴. Gerçekten çeşitli etkin pişmanlık düzenlemeleri incelendiğinde, kanun koyucunun kimi zaman farklı ceza muhakemesi aşamaları için farklı cezada indirim oranları belirleyerek hükmün uygulama alanını genişlettiği görülmektedir. Söz gelimi malvarlığına karşı suçlara ilişkin TCK m. 168, kovuşturma başlamadan önceki aşamaya özgü birinci fıkrasında cezanın üçte ikisine kadarın indirilmesini öngörürken; kovuşturma başladıktan sonra ancak hüküm verilmezden önceki ikinci fıkrasında cezanın yarısına kadarının indirilmesini öngörmektedir. Yine, uyuşturucu veya uyarıcı madde suçlarına ilişkin TCK m. 192, suçun resmi makamlar tarafından haber alınmadan önceki aşamada (1. ve 2. fıkra) cezasızlık sağlarken; suç haber alındıktan sonra aşamada (3. fıkra) yardımın niteliğine göre dörtte birden yarısında kadar indirim sağlamaktadır. Benzer bir yaklaşıma FSEK m. 71/3'te niye yer verilmediği, kanunun gerekçesinden anlaşılamamaktadır.

Etkin pişmanlık düzenlemelerinin uygulama alanına ilişkin bu tür tutarsızlıklar, eşitlik ilkesinin ihlali endişelerini de beraberinde getirmektedir. Gerçekten kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin TCK m. 110'un, birçok düzenlemenin aksine, etkin pişmanlık imkanını soruşturmaya başlanmadan önceki aşama ile sınırlaması nedeniyle eşitlik ilkesini ihlal ettiği ileri sürülmüş ve konu AYM önüne taşınmıştır. AYM ise etkin pişmanlık düzenlemeleri arasında, düzenlemelerin amacı doğrultusunda farklı koşullar öngörmenin eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmediğini belirterek, TCK m. 110 ile mağdurun bir an önce hürriyetine kavuşmasının amaçlandığını vurgulamış ve bu doğrultuda yapılan sınırlamanın kanun koyucunun takdir yetkisi içinde

⁶³ Yavuz/Alıca/Merdivan, a.y.

⁶⁴ Türay, s. 706.

bulduğuna kanaat getirmiştir⁶⁵. Yine, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda yer alan etkin pişmanlık düzenlemesinin (m. 5/2) kovuşturma evresinde uygulanamaması nedeniyle eşitlik ilkesi ihlal ettiği öne sürülmüştür. Ancak Mahkeme, önceki yaklaşımını sürdürerek, söz konusu ilkenin farklı hukuki durumda olanlara aynı kurallar öngörmeyi gerektirmediğini belirtmiş ve düzenlemeyi eşitlik ilkesine aykırı görmemiştir⁶⁶. Buna göre, FSEK m. 71/3 kapsamında benzer bir nedenle ortaya konacak bir somut norm itirazının, AYM nezdinde ihlal ile sonuçlanması olası görünmemektedir.

Her ne kadar FSEK m. 71/3'ün kovuşturmaya geçilmeden önceki aşama ile sınırlanması, Anayasa'ya bir aykırılık oluşturmasa da yapılacak bir kanun değişikliği ile hükmün uygulama alanının kovuşturma evresine genişletilmesi de herhangi bir Anayasal ilkeyi ihlal etmeyecektir. Halihazırda kovuşturma evresinde de uygulanabilen birçok etkin pişmanlık düzenlemesi bulunduğu gibi, mahkumiyet kararı kesinleşinceye kadar gündeme gelebilen düzenlemelere (örneğin TCK m. 274/3) ve hatta kesin hükümden sonra dahi uygulanabilen düzenlemelere (örneğin TCK m. 184/5) rastlamak mümkündür. Bilakis, bu genişletme, fail ve şerikleri manevi, mali veya bağlantılı haklara tecavüz suçlarının aydınlatılmasına katkıda bulunmaya teşvik edecektir. Zira öğretide belirtildiği üzere, yetkili makamlarla iş birliği yapma isteği, genellikle kovuşturma evresinde ortaya çıkmaktadır⁶⁷.

Sonuç olarak, FSEK m. 71/3'ün kovuşturma evresine genişletilmesine yönelik öneriye katılıyoruz. Ancak bunun mutlaka ceza indirim oranının azaltılarak yapılması gerektiği yaklaşımına iştirak etmiyoruz. Zira bir sonraki başlıkta açıklayacağımız üzere, hukuki sonucu belirleyen tek kriterin açıklamanın zamanı olmaması gerektiği kanısındayız.

⁶⁵ AYM, E. 2009/6, K. 2010/19, T. 28.01.2010 (normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/).

⁶⁶ AYM, E. 2014/127, K. 2015/5, T. 14.01.2015 (normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/).

⁶⁷ Kinzig, § 46b, kn. 20.

III. Etkin Pişmanlığın Hukuki Sonucu

Etkin pişmanlık cezayı kaldıran veya azaltan şahsi cezasızlık sebebidir. FSEK m. 71/3 ise hem cezasızlık hem de cezada indirim olanağı öngören Türk ceza hukuku bakımından istisnai sayılabilecek bir hukuki sonucu ihtiva etmektedir. Yukarıda açıklanan koşulları yerine getiren fail veya şerik hakkında cezada indirim uygulanabileceği gibi ceza vermekten de vazgeçilebilmektedir.

Hukuki sonucu tayin edecek olan mahkemedir. Ancak kanunda, mahkemenin bu iki sonuçtan birini tercih ederken, hangi ölçütü esas alacağına dair bir açıklık bulunmamaktadır. Bununla birlikte itirafçı tanık düzenlemeleri söz konusu olduğunda, belirleyici husus açıklamanın mahiyetidir. Gerçekten organ veya dokularını satma suçuna ilişkin TCK m. 93/2 veya uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarına ilişkin TCK m. 192/3 gibi benzer nitelikteki etkin pişmanlık düzenlemelerinde, cezada indirim oranının açıkça yardımın niteliğine göre tayin edileceği belirtilmiştir. Ayrıca, Yargıtay, bu yönde bir ibareye yer verilmemesine rağmen, örgüt suçlarına ilişkin TCK m. 221/4(2)'de cezada indirim oranını belirlerken, verilen bilginin niteliğini ve örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçların aydınlatılmasına ile suç ortaklarının tespitine katkısını esas almaktadır⁶⁸.

Buna göre, suç konu eseri satışa arz eden, satan veya satın alan kişinin, yetkili makamlara yaptığı açıklamaların niteliği önem arz etmektedir. Hukuki sonuç belirlenirken, eseri temin eden kişinin yalnızca tasvir mi edildiği yoksa açık kimlik bilgisinin mi paylaşıldığı,

⁶⁸ "5237 sayılı Kanun'un 221 inci maddesinin dördüncü fıkrasının ikinci cümlesi kapsamında etkin pişmanlıkta bulunulduğunun kabulü halinde bu suçtan dolayı verilecek cezada 1/3'ten 3/4'e kadar bir indirim yapılacağı öngörülmektedir. Buna göre belirlenen cezadan en az 1/3, en fazla 3/4 oranında bir indirim yapılacaktır. Bu iki sınır arasında yapılacak indirim, verilen bilginin niteliği, örgütün yapısı ve faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ya da diğer örgüt mensuplarının tespiti ile ilgili olmak üzere elverişlilik derecesi, ceza soruşturması ya da kovuşturmasının hangi aşamasında etkin pişmanlıkta bulunulduğu gibi kıstaslar nazara alınarak mahkeme tarafından takdir ve tayin edilecektir." Bkz.: 3. CD, E. 2022/31417, K. 2024/4369, T. 20.03.2024; 3. CD., E. 2021/21720, K. 2024/9511, T. 10.09.2024 (lexpera.com.tr).

bu kişinin nerede bulunabileceği dair bilgi verilip verilmediği, eserin temin edildiği birden fazla kişi varsa bunların tamamının açıklanıp açıklanmadığı ve eserin ne zaman ve nerede temin edildiğine dair somut, doğru ve faydalı bilgi verilip verilmediği göz önünde bulundurulmalıdır.

Öte yandan hukuki sonucun tayininde açıklamanın zamanı da dikkate alınmalıdır. Her ne kadar mevcut düzenleme itibarıyla etkin pişmanlıktan yalnızca kovuşturma evresine geçilene kadar yararlanmak mümkün ise de suç şüphesinin yetkili makamlarca öğrenilmesinden önce yapılan açıklama ile soruşturma evresi başladıktan sonra yapılan açıklama bir tutulmamalıdır. Ancak bu durum, mutlaka ilk halde cezasızlık; ikinci halde ise ceza indirimini uygulanacağı şeklinde anlaşılmamalıdır. Zira kimi zaman nispeten geç yapılan bir açıklama, erken aşamada yapılan bir açıklamaya kıyasla, suçların aydınlatılmasına çok daha büyük bir katkıda bulunabilir. Dolayısıyla failin imkanı olan ilk anda açıklama yapmaması, cezasızlık olanağını ortadan kaldırmamalıdır.

Kanaatimizce etkin pişmanlığın hukuki sonucu gerek açıklamanın içeriği ve bunun fail veya şerikin konumu ile uyumu gerekse açıklamanın zamanı bir bütün olarak değerlendirilerek belirlenmelidir⁶⁹. Bu çerçevede, hükmün uygulama alanının kovuşturma evresine genişletilmesine yönelik önerimiz kabul edilirse dahi, hukuki sonuç bağlamında bir değişiklik yapılması gerekmemektedir.

Son olarak, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "*Kamu davasını açmada takdir yetkisi*" başlıklı 171. maddesine göre, yürütülen bir soruşturma kapsamında Cumhuriyet savcısı tarafından yeterli şüphe elde edilmiş olmasına rağmen, cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların varlığı halinde, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilebilmektedir. Bu yetkinin kullanılabilmesi, etkin pişmanlık düzenlemesinin salt cezayı kaldıran bir etki göstermesine bağlıdır. Ancak FSEK m. 71/3'ün doğrudan doğruya cezayı kaldıran şahsi sebep olduğu söylenememektedir. Zira fıkrada hukuki sonuç olarak cezasızlık ve ceza indirimini birlikte öngörülmüştür. Yukarıda ifade edildiği üzere, hukuki

⁶⁹ Karş. Yavuz/Alıca/Merdivan, s. 2304.

sonucu tayin etme yetkisi de mahkemeye aittir. Cumhuriyet savcısının henüz soruşturma evresinde bu konuda bir karar verme imkanı bulunmamaktadır. Bu nedenle FSEK m. 71/3'te yazılı koşulların yerine geldiğinden bahisle, Cumhuriyet savcısının takdir yetkisi kullanarak kovuşturma yer olmadığı kararı vermesi mümkün değildir.

SONUÇ

Suç sonrası olumlu bir davranış olarak etkin pişmanlık, yalnızca kanunda öngörülen suç tiplerinde karşımıza çıkmaktadır. Kurumun bu dağınık yapısı, etkin pişmanlık düzenlemelerinin kapsamı, koşulları ve hukuki sonuçlarına yönelik tartışmaları beraberinde getirmektedir. Gerçekten FSEK m. 71/3'te yer alan etkin pişmanlık hükmü de birçok açıdan tartışmalı bir düzenlemedir.

Çalışmada öncelikle etkin pişmanlık düzenlemeleri sınıflandırılarak, FSEK m. 71/3'ün itirafçı tanık düzenlemesi niteliğinde olduğu belirlenmiştir. Zira failden, zararı önlemesi veya zararı gidermesi beklenmemektedir. Aksine, suça konu maddeleri kimden temin ettiğini bildirmesi istenmektedir. Böylece kanun koyucu, bir ceza ayrıcalığı oluşturmak suretiyle failleri suçların aydınlatılmasına önemli bir katkıda bulunmaya teşvik etmektedir.

FSEK m. 71/3'ten yalnızca *“hukuka aykırı olarak üretilmiş, işlenmiş, çoğaltılmış, dağıtılmış veya yayımlanmış bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı”* satışı arz etme, satma veya satın alma eylemlerini gerçekleştiren fail veya şerikler yararlanabilmektedir. Sözü edilen seçimlik hareketler ise kural olarak FSEK m. 71/1-1(2)'de düzenlenmektedir. Buna göre, maddede yazılı diğer suçları veya FSEK'ye yer alan farklı suçları işleyen kişilerin, etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi mümkün değildir. Ancak benzer bir etkin pişmanlık davranışını gerçekleştirmeleri halinde, bu durum takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınabilecektir.

Aynı kanunda düzenlenmiş olsa bile, farklı suçlara ilişkin bu farklı tutum, prensip olarak hukuki eşitlik ilkesini ihlal etmemektedir. Zira suçlar arasında korunan hukuki değer veya maddi konu gibi hususlarda farklılıklar bulunması, kanun koyucunun geniş takdir yetkisi kapsamında, farklı muameleyi haklı çıkarmaya yeterli görülmektedir. Ancak etkin pişmanlık düzenlemesi, FSEK m. 71/1-1(2)'de yazılı tüm seçimlik hareketleri de bünyesinde barındırmamaktadır. Gerçekten

hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yaymak, ithal veya ihraç etmek, kişisel kullanım amacı dışında elinde bulundurmak ya da depolamak hareketleri, etkin pişmanlık hükmünün kapsamına dahil edilmemiştir. Bu durum, hukuki eşitlik ilkesi bakımından sorunlu gözükmektedir.

Ayrıca, FSEK m. 71/1-1(2)'nin maddi konusu yalnızca "eser" dir. Ancak FSEK m. 71/3'te eserin yanı sıra, "icra", "fonogram" ve "yapım" dan da bahsedilmektedir. Dolayısıyla, etkin pişmanlık hükmü, suç olarak düzenlenmemiş kimi hareketleri de kapsar şekilde formüle edilmiştir. Bu nedenle FSEK m. 71/3 kanun yapma tekniği açısından da sorunlu gözükmektedir.

Pişmanlık hareketi, "hukuka aykırı olarak üretilmiş, işlenmiş, çoğaltılmış, dağıtılmış veya yayımlanmış bir eserin, icranın, fonogramın veya yapımın kimden temin edildiğini" bildirmektedir. Bildirim, sözlü veya yazılı olarak Cumhuriyet Başsavcılığına, kolluk makamlarına, valilik, kaymakamlık ve mahkemelere yapılabilir.

Bildirimin içeriği, suçların aydınlatılmasına önemli bir katkı mahiyetinde olmalıdır. Bildirilen kişilerin yakalanmalarını sağlamaya elverişli bilgi, önemli bir katkı olarak kabul edilmelidir. Ancak soruşturma makamlarının bir ihmali veya dikkatsizliği nedeniyle bildirilen kişilerin yakalanamaması, itirafçı tanığın etkin pişmanlıktan yararlanmasına bir engel teşkil etmemelidir. Aksi bir kabul, hükmün uygulanabilirliğini azaltacağı gibi, adil olmayan sonuçlara da neden olabilecektir.

İştirak halinde işlenen suçlarda, etkin pişmanlığın şahsi bir sebep olmasının bir sonucu olarak yalnızca bildirimde bulunan fail veya şerik hükmün hukuki sonucundan yararlanacaktır.

FSEK m. 71/3'te açıkça gönüllülükten söz eden bir ifade bulunmamaktadır. Hükmün uygulanabilmesi için etkin pişmanlık kurumunun isminden veya amacından hareketle gönüllülük koşulu aramak, fail aleyhine kıyas teşkil edeceğinden, kanunilik ilkesi aykırıdır. Zorlayıcı bir kuvvet altında hareket eden fail de etkin pişmanlıktan yararlandırılmalıdır.

Bildirim, kovuşturma evresine geçilmeden önce yerine getirilmelidir. Bu andan sonra yapılan bildirimler, yalnızca takdiri indirim nedeni olarak göz önünde bulundurulabilir. Ancak kanaatimizce, etkin pişmanlığın uygulama alanı hüküm kesinleşinceye kadar genişletilmelidir. Zira yetkili makamlarla iş birliği yapma isteği, genellikle kovuşturma evresinde ortaya çıkmaktadır.

FSEK m. 71/3'te hukuki sonuç olarak cezada indirim veya ceza vermekten vazgeçme imkanı birlikte öngörülmüştür. Bu nedenle Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini kullanarak kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermesi mümkün değildir.

Hukuki sonucu tayin edecek olan mahkemedir. Kanunda bir açıklık olmamakla birlikte bu konuda, açıklamanın içeriği, bunun itirağı tanığın konumu ile uyumu ve açıklamanın zamanı bir bütün olarak değerlendirilmelidir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

ıkar atışması: Yazar çıkar atışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Peer-Review: Externes Peer-Review-Verfahren.

Interessenkonflikt: Der/die Autorinnen unterliegt/unterliegen keinem Interessenkonflikt.

Finanzielle Untersttzung: Der/die Autorinnen erklrt/en, dass diese Studie keine finanzielle Untersttzung erhalten hat.

EXTENDED SUMMARY

Effective remorse, as offender's positive post-offense conduct, appears only in the types of crimes stipulated in the law. This disorganized structure of the institution brings along discussions on the scope, conditions and legal consequences of effective remorse regulations. Indeed, the provision on effective remorse under Art. 71/3 of the Law No. 5846 is a controversial provision in many respects.

In the study, first of all, effective remorse regulations are classified, and it is determined that Art. 71/3 of the FSEK is in the nature of a principal witness regulation. This is because the perpetrator is not expected to prevent or remedy the damage. On the contrary, the perpetrator is required to provide information from whom he obtained the items subject to the crime. Thus, the legislator encourages the perpetrators to make an important contribution to the investigation of crimes by creating a criminal privilege.

Only perpetrators who commit the acts of offering for sale, selling or purchasing a work, performance, phonogram or production that has been unlawfully produced, adapted, reproduced, distributed or broadcast may benefit from Art. 71/3 of the FSEK. The aforementioned optional acts are regulated in Art. 71/1-1(2) of the Code. Accordingly, it is not possible for persons who commit other crimes written in the article or other crimes included in FSEK to benefit from effective remorse. However, if they perform a similar act of effective remorse, this may be taken into consideration as a reason for discretionary reduction.

Even if regulated under the same law, this different treatment of different offenses does not, in principle, violate the principle of legal equality. This is because the differences between the offenses in terms of the legal value protected or the material object are deemed sufficient to justify the different treatment within the framework of the legislator's broad discretion. However, the effective remorse regulation does not include all the optional acts listed in Art. 71/1-1(2) of the Code. Indeed, the acts of disseminating, importing or exporting, possessing or storing for nonprivate use any works adapted or reproduced unlawfully are not included in the scope of the effective remorse provision. This situation seems problematic in terms of the principle of legal equality.

Furthermore, the material object of Art. 71/1-1(2) of the Code is only "work". However, Art. 71/3 FSEK also mentions "performance", "phonogram"

and “production” in addition to the work. Consequently, the effective remorse provision has been formulated in such a way as to cover certain acts that are not regulated as criminal acts. For this reason, Art. 71/3 FSEK seems problematic in terms of legislative technique.

The act of remorse provides information about the person from whom a work has been unlawfully produced, adapted, reproduced, distributed or broadcast. Notification may be made orally or in writing to the public prosecutor’s office, law enforcement agencies, governorships, district governorships and courts.

The content of the report must make a significant contribution to the investigation of criminal offenses. Information that is sufficient to ensure the capture of the reported persons should be considered a significant contribution. However, the failure to capture the reported persons due to the negligence or carelessness of law enforcement officers should not constitute an obstacle to the confessing witness benefiting from effective remorse. To assume otherwise would not only limit the applicability of the provision but could also lead to unjust consequences.

Art. 71/3 of FSEK does not explicitly mention voluntariness. Requiring voluntariness based on the name or purpose of the effective remorse in order to apply the provision is contrary to the principle of legality, as it would constitute a comparison against the perpetrator. The perpetrator who acts under compulsion should also benefit from effective remorse.

Providing information must be done before the prosecution process. Notifications made after that time can only be considered as a reason for discretionary reduction. However, the scope of application of effective remorse should be extended until the finalization of the judgment. This is because the willingness to cooperate with the competent authorities usually emerges during the prosecution phase.

As a legal consequence of effective remorse, the possibility to reduce the penalty or not to impose a penalty is foreseen together. Therefore, it is not possible for the public prosecutor to decide not to prosecute by using his discretion.

It is for the court to determine the legal outcome. Despite the lack of clarity in the law, it is essential to consider the content of the statement, its compatibility with the position of the confessing witness, and the timing of the statement as a whole.

KAYNAKÇA

- Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, *Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu*, Ankara, 2005.
- BABA Yasemin, *Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2013.
- BAŞLAR Yusuf, "Fikir ve Sanat Eserleri Kapsamında Bandrol Suçları", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sa. 7, 2016.
- BAŞTÜRK İhsan, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukukumuzda Cezai Koruma*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2022.
- BAYINDIR Sinan, "Eser Sahibinin İzni Olmaksızın Eseri Umuma İletim Suçu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sa. 113, 2014.
- BAYTAZ Abdullah Batuhan, *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2018.
- BLÖCKER Morten, *Tätige Reue*, Nomos, 2000.
- BOZBAYINDIR Ali Emrah, "Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçmede "Gönüllülük" Şartı", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018/1 (87-169).
- BÜYÜKTAVŞAN Muhammed Taha, "5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun (FSEK) 81. Maddesinde Düzenlenen Bandrol Yükümlülüğüne Riayet Etmeme Suçları", *Adalet Dergisi*, Sa. 65, 2020 (395-440).
- CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 9. bs., Beta Yay., İstanbul, 2016.
- DİKMEN Esra, *Manevi, Mali ve Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçları (FSEK m. 71/1-1)*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2023.
- ERDOĞAN Yavuz, "Gönüllü Vazgeçme", *Ceza Hukuku Dergisi*, Sa. 13, 2010.
- ESER Albin/BOSCH Nikolaus, *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. bs., C.H.BECK, 2019.
- FRITZ Hans-Joachim, *Die Selbstanzeige im Beitragsstrafrecht gemäß § 266a Absatz 5 StGB: Untersuchung zur Einordnung der Vorschrift als materiell-rechtliche Regelung der Wiedergutmachung im Strafrecht*, S. Roderer, Regensburg, 1997.

- GUTMANN Alexander, *Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei der tätigen Reue*, Hansischer Gildenverlag Joachim Heitmann, Hamburg, 1963.
- HÄRTL-MEİßNER Sophie, *Die tätige Reue im deutschen und österreichischen Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2020.
- HEGER Martin, *Lackner/Kühl/Heger Strafgesetzbuch*, 30. bs., C.H.BECK, 2023.
- HILLENKAMP Thomas, "Möglichkeiten der Erweiterung des Instituts der tätigen Reue", *Wiedergutmachung und Strafrecht: Symposium aus Anlaß des 80. Geburtstages von Friedrich Schaffstein*, Münih, 1987.
- KIDIL Fahrettin, *Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçları*, Adalet Yay., Ankara, 2020.
- KİNDHÄUSER Urs/SCHRAMM Edward, *Strafrecht Besonderer Teil I: Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft*, 10. bs., Nomos, Baden Baden, 2022.
- KİNZİĞ Jörg, *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. bs., C.H.BECK, 2019.
- KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. bs., Seçkin Yay., Ankara, 2023.
- MAHMUTOĞLU Fatih Selami/KARADENİZ Serra, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, Ankara, Beta Basım, 2017.
- MALKOÇ İsmail, *Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu: Özel Hükümler*, C. II, Ankara, 2006.
- MATT Holger/SALİGER Frank, "Ausbau der Tätigen Reue im deutschen Strafrecht", *Österreichisches Anwaltsblatt*, Sa. 6, 2016.
- OĞLAKCIOĞLU Mustafa Temmuz/KULHANEK Tobias Oliver, "Antizipierte tätige Reue", *Juristische Rundschau*, Sa. 11, 2014.
- ÖZBEK Veli Özer, *İzmir Şerhi: Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı – Gerekçeli – İçtihatlı): Cilt I Genel Hükümler – Madde 1-75*, 4. bs., Seçkin Yay., Ankara, 2010.
- ÖZDERYOL Teknail, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar*, 2. bs., On İki Levha Yay., İstanbul, 2021.
- ÖZGENÇ İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. bs., Seçkin Yay., Ankara, 2023.

- ÖZGENÇ İzzet, *Zimmet Suçu*, 2. bs., Seçkin Yay., Ankara, 2012.
- RENIKOWSKI Joachim, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 4. bs., C.H.BECK, 2021.
- SCHLUCKEBIER Wilhelm, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 13. bs., Walter de Gruyter, Berlin, 2023.
- SCHRÖDER Horst, "Die Koordinierung der Rücktrittsvorschriften", *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965*, Duncker & Humblot, Berlin, 1966.
- SÜMER Arif Emre, "Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, Sa. 2 (1229-1270).
- TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 19. bs., Seçkin Yay., Ankara, 2021.
- THOMPSON Viviana E., "Modelle" der Selbstanzeige im Wirtschaftsordnungswidrigkeitenrecht und ihre strafrechtlichen Vorbilder, Duncker & Humblot, Berlin, 2018.
- TURAN Hilal Selcen, *Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi*, Seçkin Yay., Ankara, 2012.
- TÜRAY Aras, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Manevi, Mali ve Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçları (FSEK m. 71)*, Seçkin Yay., Ankara, 2024.
- VOßKUHLE Andreas/BUMKE Christian, *Casebook Verfassungsrecht*, 7. bs., 2015.
- YAVUZ Levent/ALICA Türkay/MERDİVAN Fethi, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*, C. II (49-91. Maddeler), 2. bs., Seçkin Yay., Ankara, 2014.
- YENİDÜNYA Ahmet Caner, "5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Manevi ve Mali Haklara Tecavüz Suçları", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. X, Sa. 3-4, 2006, s. 237-272.
- YENİDÜNYA Ahmet Caner, "Telif ve Bandrol Suçları", (05.11.2024), (Çevrimiçi) <https://caneryenidunya.com/telif-ve-bandrol-suclari/>, 05.11.2024.
- YILDIZ Ali Kemal, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Seminer Notları*, İstanbul Barosu Yay., İstanbul, 2007.