

GİRİŞ

Suç yolundan dönme olayının bir bölümünü teşkil eden «faal nedamet» in konu olarak alındığı bu incelememizde üç bölüm bulunmaktadır.

İlk bölümde faal nedamet genel hatları ile ortaya konmuştur. Tanım, benzer kavramlardan farkı, tarihî gelişim, mukayeseli hukuk içindeki değerlendirilişine göre meydana çıkan sistemler bu bölümde incelenmiştir.

İkinci bölümde faal nedamet durumunda faile ceza verilip verilmemesi sorunu tartışılmıştır. Failin bu durumda da cezalandırılması gerektiğini savunan görüşler açıklandıktan sonra karşıt görüşler de belirtilmiştir. Doktrinde ileri sürülmüş görüşler belirtildikten sonra kişisel görüşümüz açıklanmış ve vardığımız bu sonuç ile Türk Ceza Kanununun konu ile ilgili durumu karşılaştırılmıştır. Aynı bölümde faal nedamet ile iştirak müessesesinin ilişkilerine de değinilmiştir.

Son bölümde faal nedametın meydana gelebilmesi için gerekli şartlar incelenmiştir. Teşebbüse elverişli suçun icrasının tamamlanması, icra hareketlerinin sona ermesi ile ilgili görüşler ve kanaatimiz, failin neticeye engel olması ve ihtiyarile hareket etmesi bu bölümün önemli konularını teşkil etmiştir.

İncelemede faal nedamet genel bir kavram olarak ele alınmış, Türk Ceza Kanunu ve diğer özel ceza kanunlarındaki faal nedamet, pişmanlık ile ilgili özel maddeler konunun dışında bırakılmıştır.

I. BÖLÜM. GENEL OLARAK FAAL NEDAMET

I — Kavram

Neticenin meydana gelmemesi failin iradesinin dışındaki sebeplerin etkisi ile olduğu gibi, bizzat failin kendi hareketleri ile de olabilmektedir. Fail icra hareketleri sırasında «iter criminis» i silebileceği gibi, icra hareketlerinden sonra da neticenin meydana gelmesini önleyebilmektedir; bu son durumda faal nedametten söz edilir.

Hukukî anlamdaki faal nedameti, olağan anlamdaki nedametten, işlenilen suçtan, kabahatten duyulan nedametten, pişmanlıktan ayırmak gerekir (1).

A — Tanım

Faal nedametın tanımı üzerinde doktrinde görüş birliği bulunmaktadır: «İcranın bitmesinden sonra failin neticenin gerçekleşmesine, kendi ihtiyarında olan sebeplerle engel olması hâli» (2). Böylece faal nedamet, neticeyi, suç olayını meydana getirebilmek için yeterli ve gerekli hareketlerin tamamlanmasından sonra bu hareketlerin etkilerini ortadan kaldırma faaliyetidir (3). Tıpkı, karısını öldürmek isteyen kocanın bu amaçla onu zehirlemesi ve fakat ölüm neticesi henüz meydana gelmeden bir panzehirle zehirin etkisini ortadan kaldırması (4); müşteriyle taşıma ücretinden dolayı tartışıp sinirlenen kayıkçının, boğulması için, onu denize atması ve fakat boğulacağı bir anda kurtarması (5) gibi.

B — Benzer Kavramlardan Farkı

1. Faal Nedamet ve İhtiyarîle Vazgeçme :

Gerek faal nedamet, gerekse ihtiyarîle vazgeçme icra hareketlerinin varlığına bağlı bulunmakta, ve teşebbüsün çeşitli şekillerini ortadan kaldırmaktadırlar. Faal nedamette failin neticenin önüne geçmesi, onu önlemesi söz konusu olmasına karşılık ihtiyarîle vazgeçmede fail iradi olarak harekete geçerek icranın bitmesine engel

(1) Jean Constant, **Manuel de Droit Pénal**, tome premier, 7. éd. (Liège, Imprimerie Nationale, 1959), s. 641.

(2) Sulhi Dönmezer - Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, cilt I, 3. bası, (İstanbul, Sermet matbaası, 1965), s. 473.

Benzer tanımlar için bakınız:

François Clerc, **Introduction à l'étude du Code Pénal Suisse**, Partie Générale, (Lausanne, Librairie de Droit, 1942), s. 60-61.

Constant, 641.

(3) Vincenzo Cavallo, **Diritto Penale**, Parte Generale, Volume Secondo, (Napoli, Casa Editorice dott. Eugenio Jovene, 1955) s. 749.

(4) Clerc, 61. Faruk Erem, **Türk Ceza Hukuku**, Genel Hükümler, 7. bası, (Ankara, Ajans - Türk matbaası, 1966), s. 653.

(5) Carlo Erra, «Teşebbüste İhtiyarile Vazgeçme», çev: Sahir Erman, **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, cilt X, sayı 3-4 (1944), s. 716den (Manzini, Trattato di Diritto Penale, II, s. 398, not 1.)

olmaktadır (6). İcra hareketleri yönünden belirtilen bu ayrılığın yanısıra doktrinde başka kıstaslar ileri sürülmüştür.

Faal nedamet ile ihtiyarîle vazgeçmeyi engel olucu hareket yönünden ayıran yazarlar, faal nedamette cürmî faaliyetini bitiren failin, neticenin meydana gelmemesi için etkili şekilde, aktif olarak geriye dönmesi, yaptığı hareketlerin etkisini silmesi gerektiğini; ihtiyarîle vazgeçmede failin etkisiz, pasif kalması, daha ileriye gitmekten çekinmesinin yeterli olduğunu belirtiyorlar (7).

Ayırımı irade yönünden yapanlar şu açıklamada bulunuyorlar: «Failin iradesinin müdahalesi dolayısıyla suçun tamamlanmamasında irade hareket ikmal edilmeden önce faaliyete geçtiği takdirde, açıktır ki failin hakiki bir vazgeçmesi mevcuttur; halbuki hareketi ikmal ettikten sonra failin neticenin tahakkukuna mani olmağa muvaffak olmasında artık vazgeçmeden değil (çünkü yapılmış olan bir hareketten artık vazgeçilemez) fakat ancak nedamet veya pişmanlıktan bahsedilebilir» (8).

Fransız doktrininde netice yönünden bir ayırım yapılmaktadır. Faal nedamet ancak neticenin meydana gelmesinden sonra, yâni neticesi harekete bitişik suçlarda (délits formels - şeklî suçlar) söz konusu olabilir; ve suçla ortaya çıkan izleri tamir etme amacını taşır. İhtiyarîle vazgeçme ise neticesi hareketten ayrı suçlarda görülmekte (délits matériels - maddî suçlar) ve bu durumda netice, suç meydana gelmemektedir (9).

Kanunî hükümler yönünden yapılan ayırım, ihtiyarîle vazgeçmenin teşebbüsün cezalandırılabilirliğini ortadan kaldırdığı, faal nedamet ise cezada indirmeyi meydana getirdiği, belirtilmiştir (10).

Kanaatimizce, engel olucu hareket yönünden yapılan ayırım

(6) Dönmezer - Erman, 473. Erra, 680.

(7) Marc Antoine Schaffner, «Le Répentir Actif», *Journal des Tribunaux*, no. 5, (1963), s. 131. Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale*, Parte Generale, Terza Editione, (Milano, Dott. Antonino Giuffrè Editore, 1955), s. 352. Erem, 654. Jürgen Baumann, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 3. bası, (Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 1964), s. 473.

(8) Erra, 681, dipnot 7. «Bu husus 1930 İtalyan ceza kanunu kati tasarısı raporunda belirtilmiştir.»

(9) Gaston Stefani - Georges Levasseur, *Droit Pénal Général et Criminologie*, (Dalloz, 1957), s. 128 M. Hugueney, *Répétitions Ecrites sur le Droit Criminel*, (Paris, 1932), s. 63.

(10) Rel. Min. di Prog. def. di un nuovo. cod. pen., Lov Pre. V/1, no. 70, 100.

bütün durumlara uygulanabilir nitelikte görünmemektedir. Faal nedamette failin etkili şekilde neticeye engel olmak istemesine karşı, ihtiyarîle vazgeçmede de fail etkili olarak neticenin meydana gelmemesine çalışmaktadır; demiryolu üzerine kasten bir kaya parçacığı koyan kimsenin bunu sonradan alması durumunda etkili bir hareket vardır ve ihtiyarîle vazgeçmenin şartları gerçekleşmiştir.

İhtiyarile vazgeçmede gerçek bir vazgeçmenin bulunduğu, buna karşılık faal nedamette böyle bir durumun bulunmadığı görüşüne katılamamaktayız (11). Kanaatimizce faal nedamette gerçek bir vazgeçme, ihtiyarîle vazgeçmeğe oranla daha yoğun bir pişmanlık vardır. Öldürmek istediği kimseyi denize atıp pişman olarak sonra denizden çıkaran failin pişmanlığı; mağduru kayığa alarak sahilden çok uzaklaşan, mağdurun elini kolunu bağlayan ve fakat sonra vazgeçen failin pişmanlığından çok daha fazla değil midir?

Fransız doktrininde görüş birliğine varılan ayırımı da katılamamaktayız. Herşeyden önce gerek faal nedamet, gerekse ihtiyarîle vazgeçme, ilke olarak, neticesi harekete bitişik suçlarda sözkonusu olamazlar, çünkü neticesi harekete bitişik suçlarda hareket yapılır yapılmaz suç meydana gelir ve bu suçlar, hareketin parçalara bölünebilip nâkıs teşebbüsün olabildiği durum müstesna, teşebbüse müsait olmayan suçlardandır (12). Ayrıca ilerde belirteceğimiz gibi faal nedamet ancak suçtan önce var olabilir, suçtan sonra, suçun sonuçlarını tamir eden bir nedamet hali gerçek anlamdaki faal nedameti teşkil etmemektedir.

Bizce faal nedamet ile ihtiyarîle vazgeçme arasında nitelik farkı yoktur (13). Soyut olarak irade ve hareket yönünden her ikisi de aynı niteliklere sahiptir; faal nedamette ihtiyarîle vazgeçmeğe göre daha yoğun bir pişmanlığın, suçtan dönme isteğinin bulunması sadece bir derece farkıdır. Fakat somut plânda farklı zamanlarda ortaya çıkmaktadırlar, fark buradadır.

(11) Erem, 654, iradî yönden aralarında bir farkın bulunmadığını belirtiyor.

(12) Dönmezer - Erman, 477-478.

(13) Antolisei faal nedametın ihtiyarile vazgeçmeden farklı bir muamele tarzına bağlı kılınmasının kolayca benimsenemeyeceğini belirtmekte, fakat gerekçe göstermemektedir. Antolisei, **Manuale di Diritto Penale, Parte Generale**, (Milano, 1960), s. 363.

2. Faal Nedamet ve Teşebbüsün Tekrarlanmaması :

Faal nedameti, teşebbüsün tekrarlanmaması ile karıştırmamak gerekir (14). Mağduru öldürmek için havagazı musluğunu açan ve fakat gazın çok kuvvetsiz gelmesi dolayısıyla mağdura öldürücü etki yapamadığını gören failin musluğu kapatması ve bir daha açmaması durumunda sadece tam teşebbüs hali, ve teşebbüsün tekrarlanmaması durumu vardır, fakat faal nedamet mevcut değildir.

Faal nedamette, fail, iter criminis'e tamamen hâkim olarak sonucu önlemekte, iter criminis'in önüne geçmektedir. Teşebbüsün tekrarlanmamasında ise, fail, iradesi dışındaki sebeplerin sonucu önlemesi dolayısıyla etkili olmamakta, sadece hareketi tekrarlamamaktadır.

3. Faal Nedamet ve Sonuçların Silinmesi :

Fail işlediği suçun sonuçlarını ortadan kaldırmak için gayret sarfedebilir; zararı tazmin edebilir, mağdurdan özür dileyebilir, mağdura yapılan tıbbî müdahalelerin masrafını ödeyebilir, mağdurun manevi bakımdan dūçar olduğu zararı tamir edebilir (15). Bu gibi hareketler faal nedametten, suçun meydana gelmesinden sonra var olmaları bakımından ayrılırlar, ve ancak takdirî hafifletici sebep olarak kabul olunabilirler (16).

C — Faal Nedamet'in İkiye Ayrımı :

Faal nedamet geniş anlamı ile kabul edildiği zaman failin suçu önlemesi ve suçun sonuçlarını ortadan kaldırması faaliyetleri anlaşılır. Böylece faal nedamet suçtan önceki ve suçtan sonraki faal nedamet olmak üzere ikiye ayrılır. Bizce gerçek anlamda faal nedamet suçtan önceki durumdur, bu durumda suçun meydana gelme-

(14) Erra, 716.

(15) Paul Logoz, *Commentaire du Code Pénal Suisse*, Partie Générale, (Neuchatel, Editions Delachaux), s. 280.

(16) İsviçre ceza kanununun 64 ve 22. maddelerinde durum açıklıkla belirtmektedir:

madde. 22/2. Neticenin gerçekleşmesini kendi iradî hareketi ile önleyen veya önlemeye katılan kimse hakkında yargıç cezayı serbestçe hafifletebilir.

madde. 64/5. Suçlu hareketlerinde samimi bir pişmanlık gösterdiği, zararı, kendisinden beklenildiği ölçüde, tamir ettiği zaman.....

yargıç cezayı hafifletebilir.

sine engel olunmakta, failin iradesi dolayısıyla teşebbüs veya suç ile ilgili hükümlerin uygulanmaması sağlanmaktadır. Suçtan sonraki (post délictum) (17), faal nedamette ise, suçun işlenmesi ile kamu düzeni ihlâl edilmekte, kanunlara karşı gelinmekte ve sonra sadece suçun izleri, etkileri silinmekte, tamir edilmektedir (18). Bu durumda faile, takdiri (ve bazı hallerde kanunî) hafifletici sebeplerle indirilmiş ceza verilmektedir (19).

II — Tarihi Gelişim :

A. Roma Hukukunda :

Roma hukukunda bir teşebbüs anlayışı, kavramı yoktu, daima kanunun yasakladığı fiilin ikasında ceza verilirdi (20); dolayısıyla suçun meydana gelmesinden önceki faal nedamet uygulamada belirlememişti. Özel ceza hukukunda (délicta privata) suçun meydana gelebilmesi için zararın gerçekleşmesi gerekirdi (21). Fakat özel suçlardan hırsızlık ayrı şekilde cezalandırılmış ve zararın tamir edilmesi, çalınan malın iadesinde dahi failin cezalandırılacağı be-

(17) Pierre de Casabianca, **Code Pénal du Royaume d'Italie**, (Paris, Imprimerie Nationale), s. 39.

(18) A. Chauveau - Faustin Hélie, **Théorie du Code Pénal**, tome premier, 6. éd. (Paris, Librairie Générale de Jurisprudence, 1908), s. 409. Emile Garçon, **Code Pénal Annoté**, tome premier, (Recueil Sirey, Paris), s. 23, not: 22.

(19) Mukayeseli hukukta, suçtan sonraki faal nedamet değişik cezalandırma şekillerine bağlı tutulduğu görülmektedir. Örneğin Rus ceza kanunu m. 38/1'e göre suçtan sonraki faal nedamet genel bir hafifletici sebep sayılırken-Tomaso Napolitano, **Il nuovo codice penale sovietico**, (Dott. A. Giull ve Editore, 1963) s. 116, İtalyan (308, 309, 376, 386 inci maddeleri), Fransız (247, 355, 266 inci maddeleri), Belçika (508 bis, 509 uncu maddeleri), ve İsviçre (174, 196, 308 inci maddeler) ceza kanunlarında özel hafifletici sebep olarak kabul edilmiştir. Suçtan sonraki faal nedamet takdiri hafifletici sebep olarak ta uygulandığı görülmektedir. Fransız ceza hukukunda dolandırıcılık, emniyeti suiistimal suçlarında iadenin etkisiz olduğu kabul edilmekte — Garçon, 23, not. 22, 23 — iken adam öldürme, müessir fiil suçlarında fail pişmanlığından faydalandırılmıştır - Louis Hugueney, «Crimes et Délits contre les Personnes» **Revue de Sciences Criminelles et de Droit Pénal Comparé**, tome XII, (1957), s. 374.

(20) Théodore Mommsen, **Le Droit Pénal Romain**, trad. J. Duquesne, tome premier, (Paris, Albert Fontemoing Editeur, 1907) s. 110.

(21) Mommsen, 111.

lirtilmişti (22). Böylece suçtan sonraki faal nedamet, başka bir deyimle «geç kalmış nedamet» hâli ile karşılaşıyoruz (23): «Her kim başkasına ait bir malı hırsızlık ve kazanç temini gayesi ile elde etmişse, bunu sonradan sahibine iade etmek şeklinde düşüncesi değişmiş olsa dahi o yine hırsız sayılır; zira hiç kimse suçu işledikten sonra pişman olmakla kusurlu olmaktan kurtulamaz» (24). Kamusal ceza hukukunda, cezalandırma için, cürmî iradenin belirmesi yeterli idi, zararın meydana gelmesi ayrıca aranmazdı (25). Topluma verilecek zarardan önce failin kendiliğinden suçu işlememesi kuralı, para ile ilgili suçlarda söz konusu oluyordu: «Sahte para basmış olan kimse, onu tamamen meydana getirmekten kaçınmışsa, bu pişmanlık onun menfaati gözönüne alınarak beraat ettirilir.» (26). Aynı kural dinsel suçlar için de kabul edilmişti (27).

B. Cermen Hukukunda :

Cermen hukukunda, teşebbüs konusunda, genel bir kural yoktu. Netice sorumluluğunun söz konusu olduğu eski devirlerde teşebbüs cezalandırılmamakta idi (28). İtalyalı hukukçuların etkisi ile teşebbüsün Cermen hukukuna girdiği 14. yüzyıla kadar durum böyle devam etmiş (29) ve dolayısıyla faal nedamet kavramı uygulamada belirmemişti.

Teşebbüs kavramı «Carolina» kanununda ele alınmıştı. 178. maddede «failin iradesi dışındaki sebeplerin suçu meydana getirebilecek nitelikteki hareketlerin önüne geçmesi ile suçun teşekkül et-

(22) Mommsen, 111. Robert V. Hippel, *Deutsches Strafrechts, Das Verbrechen*, (Berlin, 1930), s. 71.

(23) Garraud, *Traité Théorique et Pratique du Droit Pénal Français*, tome premier, 3. éd. (Paris, Recueil Sirey, 1913), s. 506.

(24) Ulpianus'un belirttiği bir bölümde şöyle deniyordu: «De Furtis, L. 65, D» — Qui ea mente alienum qui contrectavit ut lucri faceret, tametsi, mutato consilio, id domino postea reddit, fur est; nemo enim talit peccato poenitentia sua nocens esse desiit — Garraud, 506 no. 29 Chauveau - Hélie, 380.

(25) Mommsen, 112 - 113.

(26) L. 19, D, Ad Leg. Corn. de fasis: «Qui falsam monetam percusserunt, si id totum formare noluerunt, suffragio justae poenitentiae absolvuntur.» Mommsen, 113. Garraud, 506, no. 29.

(27) Mommsen, 113, no. 4.

(28) Hippel, 106.

(29) Hippel, 206.

memesi» ile teşebbüs belirtilmişti. Müsterek hukukun temelini teşkil eden Carolina'nın kuralları Alman devletlerinin kanunlarını etkilemişti (30). Kanunlaştırma hareketlerinde teşebbüsün çeşitli safhaları tartışılmış, fakat faal nedamet durumu dikkate alınmamıştı.

C. İslâm Hukukunda :

İslâm ceza hukukunda, genel kural olarak, teşebbüs cezalandırılmadığı (31), için suçtan önceki faal nedametten fail yararlanmaktadır. Fakat suçtan sonraki faal nedamete de özel durumlarda rastlanmaktadır, tıpkı yalan tanıklıkta bulunanların daha sonra ifadelerinin doğru olmadığını bildirmeleri halinde kendilerine daha hafif bir ceza verilmesi (32); hırsızın çaldığı malı dava başlamadan önce geri vermesi halinde cezadan kurtulması (33); kadın veya kız kaçırılanların kaçırılanı iade etmeleri halinde hapisten çıkmalarına izin verilmesi (34); yol kesenlerin yakalanmadan önce tövbe etmeleri halinde haklarındaki «had»'in düşmesi (35) fakat «kisas» in ortadan kalkmaması (36) gibi.

III — Mukayeseli Hukukta :

Alman objektivist okulu ile ceza hukuku doktrin ve uygulamasına girmiş olan faal nedamet (37) kavramı kanunlarda değişik şekillerde değerlendirilmiştir. Mukayeseli hukuk incelemeleri değişik sistemlerin varlığını ortaya koymaktadır.

(30) Franz Von Liszt, *Traité de Droit Pénal Allemand*, trad. René Lobstein, tome premier, (Paris, V. Giard et E. Brière, 1911), s. 299.

(31) Coşkun Üçok, «Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler», *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, III. cilt, 1. sayı, (1946), s. 145. Fakat olaycı niteliğe sahip İslam Hukukunda «sirkat, nehb ve garet gibi..» bazı suçlarda teşebbüs cezalandırılmaktadır. Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuki İslâmiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu*, üçüncü cilt, (İstanbul, İstanbul matbaacılık, 1950), s. 342.

(32) Üçok, 134. Bilmen, 78.

(33) Bilmen, 304 Üçok, 143.

(34) Bilmen, 341.

(35) Bilmen, 322-323.

(36) Bilmen, 312.

(37) Constant, 641dan (Jean Bourgon Mangel, *Du Répentir Actif en Droit Pénal*, Dijon, 1933).

A — Faal Nedameti Genel Bir Kavram Olarak Belirtmeyen Sistemler :

Belçika, Fransız, Lüksemburg, Avusturya, Lichtenstein (38), Portekiz, Hollanda ve Türk ceza kanunlarında faal nedamet genel kural olarak belirtilmemiştir. Bu sistemlerde faal nedamet durumunda kanunların özel maddelerinde gösterilen veya yargıcın takdirine göre beliren ceza uygulanmaktadır (39).

B — Faal Nedameti Genel Bir Kavram Olarak Belirten Sistemler :

Bu sistemlerin kendi aralarında ikiye ayrıldıkları görülmektedir.

I. Cezanın Zorunlu Olarak Tamamen Kaldırılmasını Kabul Eden Sistemler :

Batı Almanya ceza kanununun 46. (40), Norveç CK'nun 50., Polonya CK'nun 25., Bulgaristan CK'nun 16., Danimarka CK'nun 22., ve İzlanda CK'nun 21. (41) maddelerinde ve Finlandiya CK'nun IV. bölüm 2. paragrafında faal nedamet durumunda teşebbüs ile il-

(38) «Avusturya ve Lichtenstein ceza kanunlarının 46/9 ve 47/b maddelerinde fail ve fiille ilgili hafifletici sebepler bölümünde suçtan doğan sonuçların silinmesinden sözedilerek suçtan sonraki faal nedamete yer verilmektedir.» Marc Ancel-Yvonne Marx, **Les Codes Pénaux européens**, (Paris, Centre Français de Droit Comparé), s. 102 ve 1032, 1. ve 3. ciltler.

(39) Örneğin, Fransız ceza hukuku sisteminde faal nedamet takdiri hafifletici sebep sayılmaktadır. J. A. Roux, **Cours de Droit Criminel Français**, tome I, 2. éd. (Paris, Recueil Sirey, 1927), s. 243dan (L'exposé des motifs de Berlier Locré, XXX, p. 237).

(40) Alman ceza kanunu paragraf 46/2'ye göre:

«Şayet fail kendi inisiyatif'i ile fiilinin keşfedilmesinden önce, suç veya cürümün meydana getirilmesi için gerekli icrayı önlerse, teşebbüs cezalandırılmaz.» Ancel - Marx, 17.

(41) İzlanda ceza kanunu madde 21'e göre:

«Suçun gerçekleşemez nitelikte olmadığı, veya mani veya diğer tesadüfi sebepler dolayısıyla gerçekleşemezliği bulunmadığı durumda, suçun meydana getirilmesinden önce failin kendi iradesi ile hareketini gerçekleştirmekten vazgeçmesi halinde teşebbüsten dolayı ceza verilmesi yerinde değildir; ve aynı şekilde şayet fail bir suçu gerçekleştirme tehlikesine sebebiyet verdiği veya buna inandığı durumda, suçu önler veya suç gerçekleşemez nitelikte olmaz veya suç başka şekilde gerçekleşecek olsa idi onu önleyecek şekilde hareket etti ise, cezalandırılmaz.» Ancel-Marx, 824.

gili cezanın verilmeyeceği belirtilmektedir. Bu sistemlerden Danimarka CK'nunda ilginç bir hüküm bulunmaktadır:

«Teşebbüs; şayet fail tesadüfî sebepler dolayısıyla değil de kendi iradesi ile hareketin icrasına veya öngörülen amacın gerçekleşmesini önleyerek, cürmî iradesinin tamamlanmasından vazgeçerse; cezalandırılabilen hareketinin ikamını önlerse; veya hareketi, kendine rağmen başarısız olmasa veya düşünülen şekilde meydana gelmiş olsa idi suç önlenecik idi ise; cezalandırılmaz» (42).

Bu sistem içinde yer alabilecek ilginç bir durum Rus CK'da bulunmaktadır. Rus CK'nu m. 16'a göre: «kim ki iradî olarak bir suç tamamlamaktan geri çekilirse ona, fiil başka bir suç teşkil etmediği takdirde, ceza verilmez.» İhtiyarîle vazgeçme ile faal nedameti aynı madde ile hüküm altına almış olan bu kanuna göre failin ilgili maddeden yararlanabilmesi için gerçek bir pişmanlıkla hareket etmesi, dolayısıyla sosyal tehlikeliliğinin bulunmaması gerekir (43).

2. Cezanın Hafifletilmesini Kabul Eden Sistemler :

Bu ayırımı giren kanunlarda faal nedamet durumunda teşebbüse verilen cezanın yargıcın takdirine göre indirileceği belirtilmektedir. Örneğin Macar CK'nu m. 18/2 ye göre faal nedamet durumunda yargıcın sınırsız olarak cezayı hafifletebileceği kaydedilirken (44), İsviçre CK'nu m. 22/b. 2 ye göre yargıç cezayı serbestçe indirebilmektedir (45). Yargıca, Grönland CK'nu 88. maddesinde daha hafif bir tedbir verebilme yetkisi (46), ve, Yunan CK'u 44. maddesinde «83. maddeye göre indirilecek cezanın yarısını takdirine göre daha da indirebilme» (47), yetkisi tanınmaktadır. İtalyan CK'u m. 56/4'e göre yargıcın takdir yetkisi, teşebbüs'e verilecek cezanın 1/3 ilâ 1/2 arasındadır (48).

(42) Ancel - Marx, 332.

(43) Napolitano, 115 - 116.

(44) Ancel-Marx, 803.

(45) Logoz, 88.

(46) Ancel-Marx, 407 «Groenland ceza kanunu madde 88/6 ve 7. bentlerinde suçtan önceki faal nedamet ile suçtan sonraki faal nedamet aynı hükümlere bağlı tutulmuşlardır.»

(47) Ancel-Marx, 723.

(48) Ancel-Marx, 882 «1950 Piccioni tasarısında failin iradî olarak neticeyi önlemesi halinde cezanın 2/3'ini geçmemek üzere indirilerek ve-

II. Bölüm. FAAL NEDAMET VE CEZALANDIRMA İLİŞKİLERİ:

Faal nedametın cezalandırılıp cezalandırılmaması, hukukî esası ile yakından ilgilidir. Bu konuda değişik görüşler ileri sürülmüş-tür.

I — Faal Nedametın Cezalandırılmasını Savunan Görüşler :

A. Faal Nedametın Cezalandırılabilmesinin Hukukî Yönden Açıklanışı :

Faal nedamette önemli olan hareketlerde beliren cürmî irade-dir. İcra hareketleri ile tehlikeli bir fenalık belirmiştir, gerçek bir tehlike meydana getirilmiştir, toplumsal haklar ve ödevler açıkca ihlâl edilmiştir (49). Hernekadar fail icra hareketlerinin bitmesin-den sonra neticenin meydana gelmesini önlerse de suç yolunda bulunduğú sırada yapmış olduğu hareketleri silemiyeceği, meydana gelmiş olan, hiç olmamış gibi kabul edilemiyeceği cihetle, faile teşebbüsten dolayı ceza vermek gerekecektir (50).

B. Faal Nedametın Cezalandırılabilmesinin Ceza Siyaseti Yönünden Açıklanışı :

Faal nedamet halinde faile ceza vermenin faydaları açıktır. Fail bir defa icraya başladıktan sonra, ilerde vazgeçse bile cezadan kurtulamıyacağını bilecek ve bundan böyle suçlu cürmî kasdını hareketlerle açığa çıkarmaktan çekinecektir (51). Ayrıca suç yolundan dönen kimsede gene de bir suç işleme tasavvuru, kararlılığı bulunacak ve kamu düzeni için tehlikeli kişiliği devam edecektir. Faal nedamet sebeplerinin içten bir ahlakîliğe dayanmadığı hal-lerde bu durum daha açıklıkta belirecektir (52).

rileceđi belirtilmiştir.» Prog. pre. del. Cod. Pen. I. Roma, 1949, art 31, Piccioni 1950.

(49) Bkz. M. Thomas Givanovitch, «La situation du désistement volontaire dans le système du droit criminel», **Revue Internationale de Droit Pénal**, no. 2, (1927), s. 197.

(50) Bkz. Schaffner, 139. Erra, 686.

(51) Bkz. Erra, 686.

(52) Bkz. Schaffner, 140.

Türk ceza hukuku sisteminde *Dönmezer - Erman* faal nedametin teşebbüs kuralları ile cezalandırılacağını ceza siyaseti açısından savunmaktadırlar. Bu görüşe göre, Türk ceza kanununun 61. maddesinin 1. fıkrasında nâkıs teşebbüs belirtilmiş, 2. fıkrasında ise failin ihtiyarîle vazgeçmesi durumunda ceza verilmeyeceği açıklanmıştı. TCK'nun hukukî kriteri benimsemiş olması halinde bu 2. fıkra gereksiz olacak ve failin iradesinden hariç olmayan sebeplerden dolayı icranın bitirilmemesi veya neticeye engel olunması hallerinde faile ceza verilmeyecekti; oysa kanunda faal nedamete, genel ilke olarak, yer verilmemiş, ihtiyarîle vazgeçme ile ilgili kural konulmakla yetinilmiş, ceza siyaseti düşüncesi üstün tutulmuştur (53).

II — Faal Nedamete Ceza Verilmemesini Savunan Görüşler :

A — Faal Nedamete Ceza Verilmemesinin Hukukî Yönden Açıklanışı :

Hukukî yönden, faal nedamet durumunda bulunan faile ceza verilmemesini savunan çeşitli görüşlerdeki temel, fiilin artık teşebbüs durumunda olmadığıdır.

1. Tehlikesizlik Nazariyesi :

Suç yolunda ilerlerken kendi ihtiyarındaki sebeplerle bunu terkeden ve neticeye engel olan kimse tehlike halinden, veya fenalıktan arındığını artık doğrulamıştır (54). «Suç yolunu ihtiyarîle terkeden ve bunun tamamlanmasına götürecek hareketleri durduran kimse, bu hareketi ile bir suçlu, mahvolmuş bir kişi değil, fakat, bir şaşkınlık veya yoldan çıkma ânında kötü bir tarihe rastlamış olmakla beraber, fenalık sokağında tam zamanında durmak ve aklını başına toplamak kuvvetini kendisinde bulan bir kimse olduğunu ispat etmiş olur» (55). Böylece fail nadim olmağa elverişli olduğunu gösterir, nedamet duygusunun uyanması cezadan beklenen

(53) *Dönmezer - Erman*, 469, 474.

(54) Bkz. *Givanovitch*, 197. *Erra*, 689-690.

(55) Bkz. *Erra*, 689, dipnot, 44..... dan (*Cavallo*, *Il delitto tentato*, s. 78).

sonuçlardan biri değil midir? (56), ve dolayısıyla cezadan beklenen amaca zaten ulaşılmamış mıdır?

Bu bölümde yer alabilecek başka bir görüşe göre, faal nedamette faildeki hukuka aykırılık bilinci, suçu tamamlamaya gidecek kadar kuvvetli değildir ve failde, teşebbüste görülen tehlikelilik azalmış bulunmaktadır (57).

Tehlikesizlik nazariyesi, teşebbüste de failin kötü niyetinde ısrar etmesinin, tehlikeli olmasının aranmamasına rağmen cezalandırıldığı düşüncesi ile eleştirilmiştir (58).

2. İptal Nazariyesi :

Bu görüşe göre, teşebbüste cezalandırılan failin hukuka aykırı hareketlerinden başka, cürmî iradenin belirmesidir (59) oysa faal nedamet halinde bu kastın yerine karşıt bir kast ile hareket edilmekte, icraya başlanırken açıklanan suç işleme kastı yeni irade ile bertaraf edilmektedir (60). Böylece fail kusurluluğunu bertaraf etmekte (61) ve sorumluluğunun temeli ortadan kalkmaktadır (62). Kanun koyucunun müdahalesini haklı gösteren sebepler artık bulunmamaktadır (63).

İptal nazariyesi eleştirilmiştir. Buna göre, vazgeçme suçu tamamlamak niyetinin ortadan kalktığını belirtirse de, bu niyete uyularak yapılmış hareketleri ortadan kaldıramaz; binaenaleyh bu hareketler mevcut olduklarından dolayı, niyetin sonradan değişmiş olması sebebiyle ne geçmişe etkili olarak iptal edilebilirler, ne de yok farzedilebilirler (64).

(56) Bkz. Givanovitch, 195, dipnot, 27.

(57) Bkz. Adolf Schönke - Horst Schröder, **Strafgesetzbuch**, Kommentar, 12. neubearbeitete Auflage, (München und Berlin, C. H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, 1965), s. 256. «Alman yüksek mahkemesi 28.2.1956 tarihli kararında bu hususu belirtmiştir». (BGH St 9. 52).

(58) Bkz. Erra, 694.

(59) Bkz. Erra, 690, dipnot, 49.

(60) Bkz. Erra, 690. Dönmezer - Erman, 465. Schaffner, 139.

(61) Bkz. Schönke - Schröder, 256.

(62) Bkz. Givanovicht, 195.

(63) Bkz. Erra, 690 ve dipnot 49.

(64) Bkz. Erra, 694. Ewald Schuh, **Der Rücktritt vom Versuch und Seine Bedeutung für die Teilnahme**, Diss. (Leipzig, Buchbruckerei Robert Noste, 1910), s. 25. «Fakat bu görüş te eleştirilmiştir: cürmî irade faal nedamet ile ortadan kaldırıldığı için, yapılmış hareketler cezalandırmağı doğrulamaya artık yetmemektedir.» Schaffner, 139.

3. Yokluk Nazariyesi :

Bu nazariye taraftarları: «teşebbüste cezalandırılan hususun bütün faaliyete şamil bir tamamlama iradesinin varlığı olduğunu, faal nedamet halinde ise bu iradenin ancak suçtan dönmeden önce gelen hareketler hakkında var olup, suçun tamam olması için yapılması gereken hareketlerde bulunmadığını (65), suçun tamamlanma iradesinin daha başlangıçta eksik olduğunu, ısrarlı ve ciddi bir cürmî iradenin var olmadığını (66) savunmuşlardır .

Yokluk nazariyesine karşı iptal nazariyesinde ileri sürülen eleştiriler tekrarlanmıştır.

4. Bozucu ve Bekletici Şart Nazariyeleri :

Bozucu şart nazariyesini benimseyenlere göre: «belirli bir suçu tamamlamak amacıyla, bir harekete başlamak, teşebbüsün cezalandırılabilmesi bakımından, ancak fail ihtiyarîle vazgeçmediği ve nâdim olmadığı takdirde hukukî bir değere sahiptir; binaenaleyh ihtiyarile vazgeçme ve faal nedamet teşebbüsün cezalandırılabilmesi için bozucu bir şart niteliğindedir (67).

Bekletici şart nazariyesi ise: «madem ki icra hareketleri failin iradesi haricinde olan mani sebebin ortaya çıkmaması halinde, teşebbüs kuralları ile cezalandırılmamaktadır, ve bu mani sebepler bir çeşit müspet bekletici şarttır, faal nedamette menfi bekletici şarttır» düşüncesi ile ileri sürülmüştür (68).

Bu nazariyeler de eleştiriden kurtulamamışlardır. Bozucu şart nazariyesine karşı, bozucu şart'ın bulunduğu hallerde hukukî muamele muteberdir ve fakat bu şartın ortaya çıkması ile varlığını kaybeder, dolayısıyla ihtiyarile vazgeçme veya faal nedamet halinde hukuken muteber bir olay yani teşebbüsün meydana gelmiş olması gerekir (69), oysa böyle bir durum yoktur, henüz gerçekleşmemiştir, denilmiştir.

Bekletici şart nazariyesinin de kabul edilemeyeceği ileri sürülmüş; «vazgeçme ve faal nedamete kadar teşebbüsün cezalandırılabilmesi askıda kalacaksa da, gine de bir teşebbüs vardır ve girişil-

(65) Erra, 690.

(66) Givanovitch, 195, dipnot, 27.

(67) Bkz. Erra, 691. Dönmezer - Erman, 465.

(68) Bkz. Erra, 691.

(69) Bkz. Erra, 694.

miş hareketin cezalandırılabilmesi için neticenin gerçekleşmesinden başka bir şeye ihtiyaç yoktur» (70) denilmiştir.

5. Unsur Nazariyesi :

Bu nazariyeye göre: «tam teşebbüsün olabilmesi için failin iradesi dışında bir sebebin neticeye engel olması gerekir; oysa faal nedamette fail iradesi ile neticeye engel olmakta, böylece hareketin, suçun işlenmesine yönelişi ortadan kalkmakta, dolayısıyla cezaî sorumluluğun bir şartı bulunmamaktadır» (71).

Nazariye mani sebebin teşebbüste bir unsur olarak kabul edilmediği sistemlerde eleştirilmiştir. Örneğin Alman ceza hukukunda mani sebep teşebbüsün bir unsuru değildir, ve bu nazariye bu nedenle kabul edilmemektedir (72).

B — Faal Nedamete Ceza Verilmemesinin Ceza Siyaseti Yönünden Açıklanışı :

Bu görüşü savunan bilimcilere göre: «Suç işleme ile tehdit edilmiş hukukî değerlerin tümünü koruyabilmek amacı ile, cezalandırılabilen faile, geriye dönebilmesi ve suçu önlemesi için altından köprü sunmalıdır (eine goldene Brücke) (73); çünkü böylece daha vahim sonuçlardan kaçınılacak (74), ve suçlunun suçu tamamlaması önlenecektir (75). «Ayrıca bunlara ek olarak» faal nedamete ceza vermeme devletin açık menfaati dolayısıyla doğrulanabilir. Devletin, kötülüğün tamamlanmasının önüne geçmek için, suçluyu cezasızlık veya çok hafif bir ceza vaadi ile teşvik etmesinde açık bir menfaati vardır. Devletin cezalandırma görevi pratik bir toplumsal korunma görevidir; ve bu görev, cürmî iradenin oluşumunu engellemek amacıyla sahip olan cezaî tedbirleri içinde bu-

(70) Bkz. Erra, 694, ve dipnot 62.

(71) Bkz. Givanovitch, 196, 194. Erra, 692. Dönmezer - Erman, 468.

(72) Paul Joseph, **Die Wirkung der tatigen Reue auf die Strafbarkeit der Taters und der Teilnehmer**, Diss. (Rostock, 1910), s. 24.

(73) Bkz. Schaffner, 139. Schönke - Schröder, 256. Schuh, 38. Joseph, 24.

(74) Hippel, 383.

(75) Hippel, 410-411. «Aynı görüş Alman ceza kanununun faal nedamet ile ilgili maddesinin gerekçesinde de belirlemiştir.»

lunduran ceza kanunlarının faal nedameti teşvik edici nitelikten uzak bulunmaları ile bağdaşamaz (76)» denilmiştir.

III — Kanaatimiz :

Biz faal nedametın esasının hukukî yönden açıklanabileceği kanaatindeyiz. Yukarıda belirttiğimiz görüşlerden «iptal nazariyesi» ne yaklaşan ve onu tamamlayan bir düşünceyi benimsemekteyiz, şöyle ki:

Bilinmektedir ki dış âlemde gerçekleşmiş bir olayın ceza hukuku yönünden önemi olabilmesi için dört unsurun bulunması gerekir. Kanunîlik, maddî, hukuka aykırılık ve manevî unsurlar olayı suç haline getirirler. Bu unsurlardan mânevi unsurun temeli, belirli bir fiil ile fail arasında ve esas itibariyle psikolojik nitelikte bir ilişki olarak kabul edilen (77) kusurluluktur. Kusurluluğun önemli bir çeşidini kast meydana getirir. Kişinin kastından sorumlu olabilmesi için kasdın suçun bütün safhalarında bulunması ve âdeta suçu safha safha izlemesi gerekir (78).

Bu ilkelerden hareketle icra hareketlerinden sonra, netice meydana gelmeden önce yani suçun bu safhasında da kasdın bulunması gerekir. Oysa faal nedamet durumunda artık suç işleme kasdı bulunmamaktadır. Dolayısıyla hareket, olay temelsiz kalmaktadır; kasdın bulunmayışı hareketin ceza hukuku yönünden önemini ortadan kaldırmakta ve faile ceza verilmemesini gerektirmektedir.

IV — Türk Ceza Hukukunda Faal Nedametın Genel İlke Olarak Bulunmayışı :

TCK'ü 61 ve 62. maddelerinde nâkıs ve tam teşebbüse yer verilmiş ve teşebbüsün şartları belirtilmiştir. 61. maddede ihtiyarîle vazgeçme halinde faile ceza verilemeyeceği açıklanmış ve fakat tam teşebbüse ayrılmış olan 62. maddede faal nedamet söz konusu edil-

(76) Ottorino Vannini, *Il problema Giudico del Tentativo*, Seconda Edizione rivedata ed accresciuta, (Milano, Dott. A. Giuffrè, Editore, 1950), s. 118.

(77) Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, II. cilt, 3. bası, (İstanbul, Sermet matbaası, 1966), ss. 227.

(78) Dönmezer - Erman, cilt II, s. 248.

memiştir. Bu durum karşısında *Dönmezer - Erman* «iki hükmün karşılaştırılması suretiyle yapılacak sistematik tefsirden çıkan yegâne mâna ihtiyarile vazgeçmenin sadece nâkıs teşebbüste etkili olup, tam teşebbüste bir önemi olmayacağından ibarettir» demektedir (79) ve faal nedamet halinde faile «tamamlanmış veya yerine göre tam teşebbüs halinde kalmış suçun cezası verilmek gerekir» (80) görüşünü savunmaktadırlar. *Erem* aynı düşünceyi ileri sürmekte ve faal nedamet ile ilgili açık bir hükmün kanunda yer almasının birçok tereddütleri gidereceğini, şimdiki durumda faal nedamete TCK'ın m. 61/2 nin uygulanamayacağını belirtmektedir (81). Çünkü *Erem*'e göre, «61. maddenin 2. fıkrasında — cürmün efali icraiyesinden vazgeçmek — bahis konusudur. Tam teşebbüste bütün fiiller ikmal edilmiş olmasına binaen tamamlanmış olanın icrasına devamdan vazgeçmek hali tasavvur edilemez» (82). Doktrinde ileri sürülen bu görüşler yasama faaliyetlerini etkilemiştir. Ceza kanunu değişikliği tasarısınının 67. maddesinin son fıkrasına göre «fail, neticenin husulüne mâni olmak için ihtiyarile ciddi ve esaslı gayret sarfetmiş ve netice de husul bulmamış ise, tam teşebbüsten dolayı tâyin edilecek ceza altında birinden fazla olmamak üzere indirilir (83)».

Biz, kanunumuzun bugünkü şekli ile farklı düşünülmeğe elverişli olduğu kanaatindeyiz. TCK'nun 62. maddesine göre failin tam teşebbüsten dolayı cezalandırılabilmesi için, «işlemeği kastettiği cürmün icrasına taalluk eden bütün fiilleri bitirmiş, fakat ihtiyarında olmayan sebepten dolayı o cürüm meydana gelmemiş» olmalıdır. Faal nedamet halinde ise, cürüm, failin ihtiyarında olan sebeplerden dolayı meydana gelmemekte (84), ayrıca failde suç işleme kastı da artık bulunmamaktadır; dolayısıyla faal nedamette teşebbüsün şartlarından ikisi bulunmamaktadır.

Faal nedametın hukukî esası hakkında vardığımız sonuçtan giderek diyebiliriz ki kanunumuzda cürümlerde kasdın bulunması gerektiği 45. maddede açıkça belirtilmektedir. Dolayısıyla bu maddede, kastın, suçun bütün safhalarında bulunması gerektiğini ifade etmektedir. Teşebbüs; tamamlanmış suçtan büsbütün ayrı bir hü-

(79) *Dönmezer - Erman*, cilt I, 469.

(80) *Dönmezer - Erman*, cilt I, 474.

(81) *Erem*, 653.

(82) *Erem*, 654.

(83) *Dönmezer - Erman*, cilt I, 474.

(84) *Dönmezer - Erman*, cilt I, 468. Bkz. *Erra*, 691-692.

viyete malik bulunmadığı (85), hakkında uygulanan hüküm esas suça uygulanan hükmü genişletici, tamamlayıcı nitelikte olduğu (86) için; suç yolu yönünden bir özellik taşımamaktadır. Teşebbüste de suç yolu gerçekleştirilmesi düşünülen neticede son bulmaktadır. Böylece faal nedamet ânında, suç yolunun icranın bitmesinden sonraki safhasında, kast bulunmadığına göre faile ceza vermek, kusurluluğu olmayan kişiyi cezalandırmak olacaktır.

Biz faal nedamet halinde tam teşebbüs hükümlerinin uygulanacağı görüşüne katılamamaktayız. Kanunun 61/2. maddesinde ihtiyarile vazgeçmenin belirtilmesi ve faal nedamet ile ilgili bir hükmün bulunmaması dolayısıyla tam teşebbüse verilecek cezanın faal nedamette de uygulanması düşüncesi karşısında değişik bir görüşleri sürülebileceği kanısındayız, şöyle ki: kanun koyucu ihtiyarile vazgeçmede cezasızlığı kabul ederken, kanunda teşebbüs için belirtilen şartlardan ikisinin bulunmaması dolayısıyla, hukuken cezalandırılmayan bir hususu sadece doğrulamış, hukuki bir gerçeği tekrarlamıştır; faal nedamet ile ihtiyarile vazgeçme arasında teşebbüsün şartlarının bulunmaması yönünden fark olmadığına göre faal nedametın cezalandırılabilmesi istisnaî bir nitelik kazanmaktadır, dolayısıyla kanun koyucunun bunu açık bir hükümle belirtmesi gerekir. Oysa kanunda açık bir hüküm yer almış değildir.

Ayrıca faal nedamete tam teşebbüs hükmünün şu nedenle uygulanamayacağını düşünmekteyiz: yasa yapıcısı hukuken daha hafif bir durumu, olayı, daha ağır bir durumla bir tutamaz; mani sebebin iter criminisi engellemesi ile failin bunu engellemesi tabiidir ki hukuki yönden, failin iradesi yönünden farklıdır, dolayısıyla tam teşebbüs ile faal nedamet aynı cezaî hükümlere bağlanamazlar.

Türk Ceza Kanunu sisteminde faal nedamette faile ceza verilememesinin hukuki yönden açıklanabileceği görüşündeyiz. Teşebbüsün şartları kanunda açık olarak belirtildiği ve faal nedamette bunlardan ikisi bulunmadığı için cezanın verilememesi hukuki esasa dayanmaktadır. Kanunun ihtiyarile vazgeçme ve faal nedamet'in cezalandırılabilip cezalandırılmaması karşısında ceza siyaseti kistasını uygulayabilmesi için teşebbüsün şartlarını daha belirsiz, daha kapalı olarak belirtmesi gerekirdi. Nitekim Alman Ceza Kanunu paragraf 43/1 de teşebbüsü: «Bir cürüm veya cünhanın icrasının başlangıcını teşkil eden fiillerle bir cürüm veya cünha işleme kara-

(85) Dönmezer - Erman, cilt I, s. 434.

(86) Dönmezer - Erman, cilt I, s. 433.

rını uygulamaya koyulan kimse kastedilen cürüm veya cünhanın tamamlanmaması halinde teşebbüsten dolayı cezalandırılır» diyerek tanımlamış ve ceza siyaseti düşüncesiyle (87) 46. paragrafta ihtiyarile vazgeçme ve faal nedamet'e ceza verilmemesini belirtmiştir.

V — Faal Nedamet ve İştirak İlişkileri :

Tek kişinin işleyebileceği suça birden fazla kişinin katılması ile meydana gelen iştirak ile faal nedamet müessesesi arasında ilişkiler meydana gelebilmektedir.

Önce failerin hepsinin birden suçu önlediğini düşünelim. İster ayrı ayrı, birbirlerinden haberdar olmaksızın, isterse aralarında anlaşarak, bütün şerikler neticeyi önlemiş olabilirler, bu durumda hiçbir zorluk yoktur: bütün şerikler, faal nedamet ile suçu önledikleri için kanaatimizce cezalandırılmayacaklardır.

Asli maddi fail, icra hareketlerinden sonra geri dönerse ne şekilde hareket edilebilecektir? Faal nedamet'in ceza siyaseti görüşü ile cezalandırılabilirliğini kabul eden görüşe göre bu nevi vazgeçme artık ne kendisinin ne de öncelikle diğer şeriklerin durumuna tesir etmez (88). Biz bu durumda farklı şekilde düşünülebileceği kanaatindeyiz. Herşeyden önce faal nedamet'in hukuki esası hakkında vardığımız sonuç gereğince faile ceza verilemeyecektir. Ve bu cezasızlık diğer şeriklere de tesir edecektir. Çünkü ortada artık cezalandırılabilen tipik fiil bulunmamaktadır.

Faal nedamet'in hukuki esası hakkında vardığımız sonuç gereği, bu ilkenin asli maddi failden başka diğer şeriklerin suçtan dönmelelerinde de uygulanabileceği kanısındayız.

III. BÖLÜM. FAAL NEDAMETİN ŞARTLARI :

Faal nedamet'in meydana gelebilmesi için fiil ve faille ilgili bazı özelliklerin gerçekleşmesi gerekir. Teşebbüs edilen suçun teşebbüse elverişli bir suç olması, ve icra hareketlerinin sona ermiş olması fiil

(87) Hippel, 410-411 bu husus faal nedamet ile ilgili bölümün gerekçesinde belirtilmiştir.

(88) Dönmezer - Erman, cilt I, 468. Schönke - Schröder, 266.

ile ilgili şartlardır. Failin neticeye engel olması ve «ihtiyarîle» hareket etmesi de faille ilgili şartları teşkil etmektedir.

I — Teşebbüse Elverişli Bir Suça Teşebbüs Edilmelidir :

Çeşitli ceza hukuku sistemlerine, suçların özelliklerine göre bazı suçlar teşebbüse elverişli sayılmamışlardır. Türk ceza hukuku sistemine göre taksirle işlenen cürümler, kabahatler, kasdın aşılması suretiyle işlenen suçlar, cezalandırılabilme şartını ihtiva eden suçlar, ihmalî suçlar, itiyadî suçlar (89), ve neticesi harekete bitişik suçlar (90) teşebbüse elverişli olmayan suçlardır, dolayısıyla faal nedametın söz konusu olmadığı suçlardır.

II — İcra Hareketleri Sona Ermelidir :

Faal nedamette, icra hareketleri tamamlandıktan sonra, fail neticenin meydana gelmesini önlemektedir. Acaba icra hareketleri ne zaman sona ermiştir? Soru çeşitli şekillerde cevaplandırılmıştır.

A — Gerekli Hareketlerin Tamamlanması Görüşü :

Bazı yazarlara göre, fail neticenin gerçekleşmesi için gerekli bütün hareketleri tamamlamışsa icra hareketlerinin de tamamlandığından sözedilir, ve neticenin meydana gelmesi için gereken hareketler, failin yapmağı düşündüğü hareketler olmayabilir (91). Kanaatimizce Yargıtayımız çeşitli kararları ile bu görüşü benimsemiştir. Örneğin, 4CD. 9.6.1959 tarih ve 3210/1027 sayılı kararında «..... işlemeğı kasedettiğı suçun icrasına taálluk eden fiilleri bitirmiş olmasına.....», ve CUH 13.1.1958 tarih ve 2/5-5 sayılı kararında «..... yaralama cürmünün icrasına taálluk eden bütün fiilleri bitirdiğı...» (92) denilerek ilke açıklıkla belirtilmektedir. Bu bölümde

(89) Bu konuda bkz. Dönmezer - Erman, cilt I, 475-480.

(90) Bkz. Dönmezer - Erman, cilt I, s. 477-478. Schaffner, 134.

(91) Dönmezer - Erman, cilt I, s. 459. ... dan (Carrara, Programma, prg. 405, 406, 408). Schaffner, 133. Schönke - Schröder, 256. (Alman hukuk doktrininde Baumann, Kohlrausch - Lange, Maurach, Mezger'de aynı görüşü ileri sürmüşlerdir.)

(92) M. Muhtar Çağlayan, Türk Ceza Kanunu, cilt I, (Ankara, 1962), s. 254.

yer alabilecek diğer yazarlara göre «failin kullanmayı tercih ettiği vasıtalar bakımından neticeyi meydana getirmek için, yapacağı başka şeyler mevcutsa, icra hareketleri bitmemiştir; bu vasıtaların hepsini kullanmış, başkaca yapacak birşeyi kalmamışsa icra hareketleri bitmiştir (93).

İleri sürülmüş diğer bir görüşe göre ise: gerçekleşmesi istenilen neticenin yapılan hareketle meydana getirilmesine imkân bulunduğu, tecavüz edilecek hak ve menfaat kullanılan vasıtanın etki çevresi içinde olduğu takdirde icra bitmiştir; yapılan hareketin neticeyi meydana getirmeğe yeterli olup olmadığı tecrübeler, çoğunlukla vuku bulan hususlar (id quad plerumque accidit) ilkesine uyularak tespit edilecektir (94).

Bu görüşler çeşitli yönlerden eleştirilmiştir: «Sözü geçen kriterler icranın bitmesini daha ziyade sübjektif bakımdan izaha çalışmaktadır; çünkü neticenin gerçekleşmesi bakımından zarurî veya kâfi gelen veya failce yapılabilen bütün hareketlerin yapılıp yapılmadığını ifade eden hareketlerin icrayı bitirdiğini anlayabilmek için, yine failin ne gibi bir hareketi yapması gerekirken yapmamış olmasının takdiri icap eder. Diğer bir deyişle, failin neticeyi meydana getirmek için fiilen yapmış olduğu hareketlere değil, yapması gerekirken yapmamış olduğu hareketlere bakılmaktadır (95). Ayrıca bu görüşler kabul edildiği takdirde icra hareketlerinin bitmesi ile icra hareketlerini tekrarlama karıştırılmış olacak ve çeşitli çelişik durumlar meydana gelebilecektir. Böylece silâhındaki tek mermiyi ateşleyip mağduru vuramayan kimseyi tam teşebbüsten dolayı cezalandırmak, buna karşılık silâhındaki altı mermiden iki veya üçünü ateşlediği halde mağdura isabet ettiremeyen ve geri kalan mermileri ateşlemeyen şahsı, nâkıs teşebbüs halinde ihtiyarile vazgeçtiği cihetle cezasız bırakmak gerekecektir (96)».

Sübjektif yönden icra hareketlerinin sona ermesini açıklayan görüşe göre: «Objektif kriterlerin kabulü mümkün değildir, çünkü hareketlerin devamının başarıya ulaşp ulaşamayacağı ve bu hareketlerin ne çeşit hareketler olması gerektiği sorusu sadece failin suç işleme plânına göre gerçekleşecektir» (97).

(93) Dönmezer - Erman, cilt I, 459. ...dan (Manzini, II, 1920, 282).

(94) Dönmezer - Erman, cilt I, 460. ...dan (Massari, 182-184).

(95) Dönmezer - Erman, cilt I, 460. ...dan (Vannini, 45).

(96) Dönmezer - Erman, cilt I, 460-461 ...dan (Vannini, 45).

(97) Schönke - Schröder, 257.

Kanaatimizce bu eleştiriler cevaplandırılmağa elverişlidir. Önce *Vannini*'nin sözü geçen görüşleri sübjektif olarak nitelendirmesine katılamamaktayız. Her üç görüşün ortak yanı neticenin meydana gelmesi için gerekli hareketlerin gerçekleştirilmesidir. Gereklilik hareketler yönünden belirebileceği gibi, vasıtalar ve imkânlar yönünden de belirebilir, dolayısıyla bu üç görüşte objektif niteliktedir. Ayrıca bu görüşlerin icra hareketlerinin bitmesi ile tekrarlanmasını karıştırdığı görüşü de cevaplandırılmağa elverişlidir. Objektif yönden neticenin meydana gelebilmesi için gerekli hareketler tamamlanınca icra da sona ermiştir, tek merminin ateşlenmesi ile objektif olarak netice meydana gelebildiğine, gereklilik gerçekleştiğine göre namluda daha çok merminin bulunması artık önemli olmayacaktır. Sübjektif yönden yapılan eleştiri bizce bazı güçlüklerle karşılaşacaktır; failin suç işleme plânına göre icra hareketlerinin bitip bitmemesi nasıl tespit edilecektir? Failin suç işleme plânını açığa çıkarmak zor değil midir?

B — Hareketlerin Ortadan Kaldırılması Görüşü :

Failin icra hareketleri karşısındaki durumunu inceleyen yazarlar farklı bir görüş ileri sürmüşlerdir: yapılan hareket ancak müspet bir hareketle ortadan kaldırılabiliyorsa, yani yapılan hareketin neticeyi meydana getirmemesi için müspet bir ikinci hareketin yapılmasına ihtiyaç varsa, icra bitmiştir; buna karşılık yapılan hareketin neticeyi meydana getirmemesi için, sadece durmak yeterli ise, neticenin gerçekleşmemesi için müspet bir ikinci hareket yapılması gereksiz ise, icra henüz bitmemiştir (98).

Bu görüş şu şekilde eleştirilmiştir: «Bir çok hallerde bu kriterlerle uygun bir neticeye varmak imkânsız görülür. Örneğin küçük çocuğunu öldürmek maksadiyle emzirmeyen ana ölüm neticesine engel olmak istese, müspet bir harekette bulunmak yani çocuğunu emzirmek mecburiyetindedir. Dolayısıyla söz konusu kritere göre, ana, çocuğunu emzirmediği anda icra hareketlerini bitirmiştir; ortada tam teşebbüs vardır. Oysa sözü geçen kıstası benimseyen yazarlar dahi, belirtilen durumda tam değil, nâkıs teşebbüsün bulunduğunu, binaenaleyh ana vazgeçip de çocuğunu emzirmeğe koyul-

(98) Antolisei, (1955) 352. Bkz. Dönmezer - Eрман, cilt I, 461 ...dan (Civoli, 575, Von Hippel, 219, Majno, 300).

duğu takdirde ihtiyarile vazgeçmenin mevcut olacağını ve kendisine ceza verilmeyeceğini kabul ederek çelişmeye düşmektedirler (99).

C — Failin Düşüncesinin Önemli Olması Görüşü :

Konuyu sübjektif yönden açıklayan başka bir görüşe göre ise: «Şayet fail kendi düşüncesine göre fiilin tamamlanması için bütün hareketleri yapmamışsa icra bitmemiştir; fail, düşüncesine göre, fiilin tamamlanması için bütün hareketleri yapmış ve bitirmişse icra bitmiştir. Bütün hareketler ile belirtilmek istenen her türlü hareket değil, fail tarafından düşünülen hareketlerdir (100). Şayet fail etkilerini uzun sürede gösterecek bir vasıta kullanmışsa fail yönünden yeterli sürenin geçmesi icranın sona ermesi sonucunu meydana getirir (101).

Bizce icranın bitmesini sübjektif yönden açıklayan görüş kabul olunamaz. Failin yaptığı düşündüğü hareketlerin sona ermesi halinde icranın sona erdiği kabul edilirse bu nasıl tesbit edilecek, nasıl ispatlanacaktır? Bu durumda faile, icranın devam etmesi veya sona ermesi olaylarından herhangi birini seçme yetkisi tanınmıyor mu?

D — Hareketlerin İz ve Eserlerinin Silinmesi Görüşü :

Failin icra hareketleri karşısındaki iktidarı, imkânları açısından bir görüş Türk doktrininde *Dönmezer - Erman* tarafından ileri sürülmüştür: «fail yaptığı hareketler üzerinde tasarruf imkânını muhafaza ediyor, yaptığı hareketleri yapılmamış addettirmek imkânına malik bulunuyor, yaptığı hareketin bütün iz ve eserlerini silebilecek durumda bulunuyorsa icra bitmemiştir; buna mukabil fail ne yaparsa yapsın, yapılmış olan hareketlerin bütün eser ve izlerini ortadan kaldıramıyor, bu hareketlerin yapılmamış sayılmasını temin edemiyor, sadece zararlı neticenin gerçekleşmesine engel olabilecek bir durumda bulunuyorsa, icra bitmiştir» (102).

(99) Dönmezer - Erman, cilt I, 462. Antolisei, 352.

(100) Bkz. Schönke - Schröder, 256-257. Alman Yüksek Mahkemesi 16.4.1953 tarihli kararında bu görüşü belirtmiştir. (BGH St 4, 181).

(101) Schönke - Schröder, 257. Alman İmparatorluk Mahkemesi 10.4.1923 tarihli kararında bu ilke kabul edilmişti. (RG St 57. 280).

(102) Dönmezer - Erman, cilt I, 463.

Kanaatimizce bu kıstas mutlak, kesin bir kural olarak kabul edilemez. Gerçekten, tabancasında bir çok kurşun bulunduğu halde, bunlardan sadece birini ateşleyen ve mağdura isabet ettiremeyen fail, silâhtan çıkan mermi üzerinde tasarruf imkân ve iktidarından yoksundur; şu halde icra bitmiştir (103). Aynı görüşe göre mağdura tabancayı uzatıp ateşlemeyen fail hareketinin iz ve eserlerini tabancayı bırakarak sildiğine göre, adam öldürme suçunun, icra hareketleri bitmemiştir; fakat aynı olay karşısında değişik şekilde düşünülebilir: fail yaptığı hareketin bütün iz ve eserlerini silememiştir, çünkü tabanca karşısında bulunan mağdurun korkusu, psikolojik buhranı hiçbir zaman silinemez, dolayısıyla olayda icra hareketleri bitmiştir. Böylece kıstas bizi farklı sonuçlara götürebilmektedir.

Bu nedenle biz icra hareketlerinin sona ermesi konusunda «gereklilik» kıstasını benimsemekteyiz. Neticenin meydana gelebilmesi için gerekli hareketler yapılmışsa icra hareketleri sona ermiştir. Bu gereklilik önce işlenmek istenen suçun özellikleri gözönüne alınarak tesbit edilecektir; sonra, olaya, failin yaptığı hareketlere, içinde bulunduğu şartlara bakılacaktır. Gerekliliğin tesbitinde işlenmek istenen suçun özellikleri ile failin hareketlerinin karşılaştırılmasında «*id quad plerumque accidit*» ilkesi uygulanacaktır.

Bu görüşümüzün müspet hukukumuzda uygulanabileceği kanısındayız. Şöyle ki TCK 62. maddedeki «cürmün icrasına taallük eden *bütün fiiller*» deyiminin me haz kanundaki karşılığı «işlemeği istediği suç için *gerekli* (necessario) *herşey*» dir, dolayısıyla icra, bu gerekli herşey'in tamamlanması ile son bulacaktır (104).

III — Fail Neticeye Engel Olmalıdır :

Neticenin meydana gelmemesi için failin kendi fiil ve fiil ile neticenin meydana gelmemesi arasında illiyet bağı bulunmalıdır.

A — Failin Kendi Fiili :

Faal nedamette ilk olarak failin neticeyi önlemeye yönelmiş

(103) Dönmezer - Erman, cilt I, 463.

(104) İtalyan yargıtayı 7.1.1891 ve 28.4.1890 tarihli kararlarında gerekli hareketlerin tamamlanması kıstasını kabul etmiştir. Tito Carletti, *Codice Penale*, (Firenze, Barbera Editore, 1907) art. 62.

fiili gereklidir (105). Bu fiilin önceki cürmî faaliyete son verecek biçimde bilinçli olması gerekir. Dolayısıyla her kim bilmeden yahut hataen fiilinin tamamlanmasını önlerse geri dönmüş sayılamaz (106), failde pişmanlığın, suçtan dönme duygusunun etkili olarak bulunması, ve bu sebeple hareket etmiş olması gereklidir. Failin kendi fiili ile belirtilmek istenen, kasdında bir değişikliğin meydana gelmesi ve hareketinin mağdurun diğer bir hukukî menfaatine yönelmesidir (107).

Neticeyi üçüncü kişinin önlemesi durumunda faal nedametten söz edilebilir mi? Faal nedamette failin yalnız kendi hareketi gerekli değildir; gerekli olan failin kendi çabası ile neticeyi önlemek istemesidir, üçüncü kişinin, failin isteği, uyarması ile hareket etmesi yeterlidir (108). Netekim İsviçre CK. 22/2 de «neticenin meydana gelmesini önlemekten veya önlemeğe katılmaktan» sözedilmektedir, dolayısıyla üçüncü kişinin müdahalesinde de faal nedamet meydana gelebilmektedir. Tıpkı zehirle adam öldürmek isteyen kimse- nin zehiri verdikten sonra mağduru doktora götürmesi ve doktorun tedavisi ile mağdurun kurtulması (109) gibi. Fakat üçüncü kişinin neticeye engel olamaması halinde fail yaptığı hareketlerden sorumlu olacaktır (110). Üçüncü kişilerin failin teşviki dışında hareket ederek neticenin meydana gelmesini önlemeleri halinde faal nedametten sözedilemez (111).

B — Fiil ile Neticenin Önlenmesi Arasında İlliyet Bağı :

Failin fiili ile neticenin meydana gelmemesi olayı arasında bir illiyet bağı bulunmalıdır. İlliyet bağı hareketle netice arasında başka fiiller olmadığı zaman kolayca tespit edilebilir. Fakat neticenin meydana gelmesinden önce birçok hareketler bulunmuşsa illiyet bağı nasıl tespit edilecektir? Örneğin mağduru öldürmek için denize atan ve fakat bir süre sonra onun kurtulma gayretlerine yar-

(105) Schönke - Schröder, 263. Bu ilke Alman İmparatorluk mahkemesinin 21.9.1936 tarihli kararında da belirtilmiştir. (RG St 39-221).

(106) Schönke - Schröder, 263. Alman İmparatorluk mahkemesinin 6.5.1923 ve 29.10.1934 tarihli kararlarında bu husus açıklanmıştır. (RG St. n. 63 159, 68 381).

(107) Schönke - Schröder, 263.

(108) Schönke - Schröder, 263. Schaffner, 134. Logoz, 88.

(109) Schaffner, 134. Logoz, 88.

(110) Schönke - Schröder, 263.

(111) Schönke - Schröder, 263.

dım eden kimsenin durumunda tam teşebbüs kuralları mı yoksa faal nedamet kuralları mı uygulanacaktır? Kanaatimizce illiyet bağının tespitinde objektif ve sübjektif kıstasları uygulamak gerekir. Önce failin hareketine bakılacaktır, acaba böyle bir hareket önceki hareketi silebilecek güçte midir? Bunu tespit ederken genel hayat tecrübelerinden, failin içinde bulunduğu şartlardan yararlanılacaktır. Objektif yönden illiyet bağı tespit edildikten sonra failin sübjektif durumu incelenecektir. Fail ihtiyarîle mi hareket etmiştir? Objektif ve sübjektif kıstasların uyuşumu halinde illiyet bağının varlığı kabul edilecektir.

İllyet bağının tespitinde ilginç sorunların belirmesi mümkündür.

Önce failin pişmanlıkla harekete geçmesinden önce başka bir hareketin neticeyi önlemesi durumunu inceleyelim. Örneğin gece yarısı ıssız bir yerde bir kimseyi öldürmek için bıçaklayan ve sonra kaçan fail bir süre sonra pişman olarak onu kurtarmak için geri dönse, fakat yoldan geçen bir doktorun mağduru tedavi ettiğini görse, acaba kendisine faal nedamet kuralları uygulanabilecek midir? Sübjektif unsura büyük önem veren Danimarka ceza hukuku sisteminde soruya olumlu cevap verilmektedir. Doktrinde de bu çözümlerin hakkâniyet ilkesine uygun olduğunu belirten görüşler bulunmaktadır (112). Bizce bu durumda faal nedametten sözedilemez. Failin iradesinin hareketlerine etkili olması, hareketlerde belirmesi, neticeyi önleyebilecek nitelikte olması gerekir. Aksi yönde bir düşünce tarzı faal nedamet ile suçtan duyulan pişmanlığın karıştırılması sonucunu doğuracaktır.

Failin neticeyi önleme çabasına rağmen neticenin meydana gelmesinde ilke olarak faile tamamlanmış suçun cezası verilir (113). Fakat şayet mani sebep failin tahmin edemeyeceği nitelikte olup failin suçu önlemeye yönelmiş hareketleri neticeyi önleyecek yeterlilikte ise meydana gelen neticeden fail sorumlu tutulamıyacaktır. Örneğin, mağduru öldürmek isteyerek ateş eden, fakat sonra nâdim olarak hastahaneye götürmeğe çalışan faile, mağdurun yolda trafik kazasında ölmesinde, adam öldürme suçunun cezası verilemeyecektir. Fakat fail bu durumda tam teşebbüs kuralları ile cezalandırılacaktır (114). *Schönke - Schröder* suçun neticesinin tamamen mağ-

(112) Schaffner, 136.

(113) Schönke - Schröder, 263.

(114) Schönke - Schröder, 263.

durun davranışı dolayısıyla meydana gelmesi durumunda da faile ceza verilemeyeceğini belirtmektedirler (115). Örneğin öldürülmek istenen kimsenin ağır yaralı durumda iken kendisine kan verilmesine engel olması gibi.. Kanaatimizce failin tahmin edemeyeceği mani sebep ile mağdurun engel olması arasında fark bulunmamaktadır. Bu nedenle ilgili durumda da tam teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceği kanısındayız.

IV — Fail İhtiyarîle Hareket Etmelidir :

A — Önlemede İhtiyarîlik ve Samimilik :

Acaba failin gerçek bir pişmanlık sonucu hareket etmesi aranacak mıdır? Yoksa dış olayların etkisinde kalmaksızın failin neticeyi önlemesi yeterli midir? Suça ihtiyarile engel olma failin kendi iradesine bağlı sebeplerle gerçekleşirken (116), samimiyetle engel olma ise içten gelen bir pişmanlık sonucu yapılan eylemi ifade etmektedir (117). Samimi önlemede fail sadece ve tamamıyla dahilî düşünceler dolayısıyla yâni harici hiçbir tazyikin müdahalesi kalmaksızın neticenin gerçekleşmemesini sağlamakta, ihtiyarîle önlemede ise fail neticeyi, dahilî saikler dolayısıyla değil, fakat iradesi üzerinde cebir bulunmamak şartıyla dış âlemde meydana gelen sebepler dolayısıyla gerçekleştirilmemektedir (118).

Önlemede ihtiyariliğin yeterli olup olmadığı, samimiliğin aranıp aranmayacağı tartışmalara yol açmıştır.

Önlemede ihtiyariliği yeterli görenlere göre önlemede samimilik aranacak olursa, «beşerî hareketlerin batınî saikleri» ni bulma faaliyeti ister istemez yapılacak, samimiliğin varlığı da, çok kere, ne fail tarafından doğrulanabilecek, ne de yargıç tarafından tespit edilebilecektir (119). 1887 *Zanardelli raporunda* belirtildiği gibi «beşerî hareketlerin batınî saiklerini araştırmak ceza adaletini ilgilendirmez (120)».

Fakat faal nedamette samimiliği öngörenlere göre ise vazgeç-

(115) Schönke - Schröder, 263.

(116) Dönmezer - Erman, cilt I, 469-470. Schaffner, 132. Logoz, 88.

(117) Dönmezer - Erman, cilt I, 470.

(118) Erra, 698.

(119) Erra, 700.

(120) Erra, 700. ...dan (Zanardelli raporu, n LIV).

menin, nâdim olmanın temelinde tam bir pişmanlık olmalıdır (121). Pozitivistler tarafından ileri sürülen bu görüş bazı yasama faaliyetlerinde de ifadesini bulmuştur. Örneğin *Ferri* Toskanya mevzuatını örnek göstererek projesinde ihtiyarî değil (volontariamente) samimi, kendiliğinden (spontaneamente) engellemeğe yer vermiştir (122). Sovyetler Birliği ceza hukuku sisteminde de vazgeçme tam bir pişmanlık üzerine kurulmuştur: fail ancak toplumsal yönden tehlikeli olmadığı zaman cezasız kalmaktadır (123). Tehlikesizlik samimî bir pişmanlık dolayısıyla meydana gelmektedir. Ümanist ceza hukuku doktrininde de faal nedamette sadece iradilik yeterli görülmemekte, içtenlik esas tutulmaktadır (124).

Bugün, ihtiyarilikte gerçek bir pişmanlığın aranmayacağı genel olarak kabul edilmiş bir ilkedir (125). Türk ceza hukuku sisteminde de aynı ilke benimsenmiştir: TCK. 61/2 de «ihtiyarîle» deyimini yer almıştır. Yargıtay tam bir pişmanlığı kabul etmemekte, dış sebeplerin baskısı altında kalmaksızın yapılan hareketi ihtiyarî olarak kabul etmektedir. Gerçekten CUH. 11.6.1956 tarih ve itiraz 111/135 sayılı kararında ilkeyi şu şekilde belirtmiştir: «... maznun cürmün tamam olmasına hâkikaten mani teşkil edecek esaslı sebeplerle karşılaşmaksızın ister nedamet hissi, ister ceza korkusu ile olsun terkeylediği teşebbüsten sorumlu tutulamıyacağına göre...» (126).

B — İhtiyarilik İle İlgili Görüşler :

Acaba ihtiyarilik ne zaman vardır?

Carrara'ya göre neticenin meydana gelmemesi herhangi bir tesadüften veya üçüncü kişinin fiilinden doğabilen tesadüfî sebeplerden ileri gelmişse, gayri ihtiyarilik vardır ve faile tam teşebbüsün cezası verilir; neticenin meydana gelmemesi tesadüfî olmayan, yâni

(121) Relazione sul Progetto Preliminare di Codice Penale Italiano, libro I, s. 35.

(122) Relazione sul Progetto Preliminare di Codice Penale Italiano, libro I, s. 35.

(123) Napolitano, 35.

(124) Erem, 658.

(125) Logoz, 88. Schaffner, 132 «İsviçre Federal Mahkemesi 1.3.1957 tarihli Würst kararında bu ilkeyi benimsemişti.» Stefani - Levasseur, 127.

(126) Nejad Özütürk, **Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı**, 1. cilt, (Ankara, 1966), s. 204.

failin iradesine bağlı bulunan haricî sebepler dolayısıyla gerçekleştiği takdirde de faal nedamet mevcuttur (127).

Cavallo daha değişik bir görüşle, «ihtiyarî harekette fail önceki kararını verdirten durumunu tekrar gözden geçirdiği ve başka türlü karar verdiği halde, gayri ihtiyarî harekette ise evvelce verilen karar devam etmekte ve fakat fail bunu uygulayabilmek imkânını gözden geçirmektedir (128).

Benevolo'da harici sebeplerin niteliklerine göre ayrı bir kıstas ileri sürmektedir. Yazara göre maddî haricî sebeplerin varlığı gayri ihtiyariliği yaratır; manevi harici sebepler halinde vazgeçme daima ihtiyarîdir (129).

Alman ceza hukuku sisteminde değişik bir kıstas kabul edilmiştir. Bu, fiilin başkaları tarafından keşfedilmesidir (entdeckwar). Failin faal nedametten yararlanabilmesi için, neticeyi, fiilin keşfedilmesinden önce önlemesi gerekir. Keşfin ne olduğu doktrinde önemle tartışılmıştır.

Genellikle kabul edildiğine göre fail veya şeriklerden birinin dışındaki herhangi bir üçüncü kişinin fiili ana hatları ile bir suç olarak tanınması anında fiil keşfedilmiştir (130). *Schönke - Schröder* mağduru da üçüncü kişiler içinde kabul etmektedir, *Baumann* görüşü benimsemekle beraber bir istisnanın bulunduğunu ileri sürmektedir, bu da mağdurun ancak fail tarafından kurtarılabilirdiği haldir (131).

Fiilin başkaları tarafından öğrenilmesine, keşfedilmesine rağmen failin bunu bilmemesi durumunda faal nedamet var olup olmaması ile ilgili olarak iki görüş ileri sürülmüştür. Failin iradesine üstünlük tanıyan görüşe göre faal nedamette «keşif» gayri ihtiyariliğe bir karinedir, failin fiilinin keşfedilmediğini sanmasında ihtiyarîlik vardır, dolayısıyla karinenin aksi bir durum meydana gelmiştir; failin iradesine üstünlük tanınmalıdır (132). Karşıt görüşe göre ise önemli olan fiilin keşfedilmesi olayıdır, kanunda bu husus

(127) Bkz. Erra, 703.

(128) Bkz. Erra, 704.

(129) Bkz. Erra, 704.

(130) Baumann, 473. Schönke - Schröder, 474.

(131) Baumann, 474.

(132) Baumann, 473. Schönke - Schröder, 264. «Maurach, Kohlrauch - Lange, Henkel ve Alman İmparatorluk Mahkemesi 23.3.1906, 6.5.1929 tarihli kararları ile (RG St 38. 404, 63. 158) aynı görüşü benimsemektedirler».

açıkça belirtilmiştir, failin iradesi önemsizdir, faal nedamet yoktur (133).

Fiilin keşfedilmemiş olmasına rağmen failin bunu keşfedilmiş sanması durumunda failin iradesine üstünlük tanımayanlar ihtiyariliği hemen kabul ederlerken, iradeye önem veren yazarlar şu gerekçe ile aynı sonuca ulaşmaktadırlar: «bu durumda kanunun metnine sıkı sıkıya bağlanmak gerekir, kanun bunu açıkça belirttiğine göre aksi çözüm yolunu benimsemek failin aleyhine yorum olur ki doğru değildir (134). Fakat *Maurach* bu konuda da tamamen failin iradesine değer vermekte ve faal nedameti kabul etmemektedir (135).

Bu konuda doktrinde *Erra* ve *Dönmezer - Erman*'ın (136) ihtiyarile vazgeçme dolayısıyla ileri sürdükleri kıstasın esaslarına bağlı kalınarak şöyle bir sonuca varılabilir kanısındayız: şayet fail suçu işlemek hususunda evvelce verdiği kararı yeniden gözden geçirmeğe sevk edilmiş ve bu kararı sonuna kadar götürebilecek durumda olduğu halde, icra hareketleri ile netice arasına girmiş, illiyet bağıını bizzat frenlemişse, ihtiyarile hareket etmiştir; buna karşılık fail icraya başlarken gözönünde tuttuğu ve hesaba kattığı tehlikelerden başka bir sebep yüzünden, suçun tehlikesizce işlenemeyeceğini anladığı için neticeye engel olmuşsa, hareketi ihtiyarî değildir. Alman doktrininde ittifakla kabul edilmiş bir formülle özetlemek istersek diyebiliriz ki: «fail, neticeyi istemiyorum, onu gerçekleştirebilsem bile» dediği anda ihtiyarîlik vardır (137).

Doktrinde, uygulamada bütün şüphelerin üzerinde olduğunu anlayan (138) veya öğrenilme korkusundan (139) suçu önlemek isteyen failin fiilinde ihtiyariliğin bulunmadığı belirtilmiştir. Ka-

(133) Bkz. Schönke - Schröder, 264, Baumann, 73 ...dan (Alfeld, Dreher - Maasen, Mayer, Mezger, Blei bu görüştedirler).

(134) Schönke - Schröder, 264. Baumann, 473.

(135) Bkz. Baumann, 473.

(136) Dönmezer - Erman, cilt I, 471. Erra, 705-710.

(137) Bkz. Baumann, 470 «Bu ilke bir tek halde, hırsızın tahmin ettiğiinden az bir meblağ ile karşılaşp hareketinden kendiliğinden vazgeçmesi halinde geçerli olarak kabul edilmemektedir.» Alman İmparatorluk ve Yüksek Mahkemesinin 13.6.1893; 8.7.1920; 29.11.1935, ve 20.2.1953 tarihli kararlarında bu husus belirtilmiştir. (RG St 24, 222; 55, 66; 70, 1. BGH St 4, 56).

(138) 27.12.1940 tarihli İsviçre Askeri Mahkemesi Kararı, Schaffner, 132.

(139) 25.10.1946 tarihli Grison Kanton Mahkemesi Kararı, Schaffner, 132.

naatimizce örnekler mutlak doğru olarak kabul edilemez. Şüphelerin, delillerin aleyhine olduğunu anlayan, yakalanmaktan, suçu işlediğinin öğrenilmesinden korkan fail, şayet suçu işleyebilecek iktidarda idi ise, suç işleme kararını sonuna kadar götürebilecek durumda olduğu halde neticeyi meydana getirmemiş ise faal nedamet varlığı kabul edilmelidir. Tıpkı üçüncü kişinin öğütleri ile suçu önleyen failin durumu gibi (140).

SONUÇ :

Failin işlemeği düşündüğü suçtan vazgeçmesi durumunda faal nedamet meydana gelebilmesi için dört şartın bulunması gerekmektedir. İcrasına başlanılan suçun teşebbüse elverişli bir suç olması, icra hareketlerinin sona erdirilmesi, failin neticeye engel olması ve ihtiyarile hareket etmesi bu şartları meydana getirmektedir. İcranın sona ermesi ile ilgili olarak doktrinde çeşitli görüşleri sürülmüştür; bizce meydana getirilmesi düşünülen suçun gerekli kıldığı hareketlerin tamamlanması ile icra sona ermektedir, bu husus suçun objektif niteliği ve failin hareketlerine göre tespit edilecektir. Faal nedamette önemli bir şart olan ihtiyarilik ile ilgili görüşümüz failin suçu işleme kararını sonuna kadar götürebilecek yeterlilikte olduğu halde neticeyi önlemesi şeklindedir.

Böylece gerçekleşen faal nedamet durumunda faile ceza verilip verilmemesi konusunda cezasızlık görüşünde bulunmaktayız. Failde suç işleme kastının artık bulunmaması ve bunun hareketlerde etkili olarak belirmesi, suçun önlenmesi, bu görüşümüzün gerekçesi olmaktadır. Ceza siyaseti düşünceleri de, bizce, görüşümüzü destekler niteliktedir. Cezadan beklenen bir amaç ta failin uslanması, topluma yeniden uyabilmesi, yararlı bir kişi haline gelmesidir; faal nedamet durumunda fail bu amaca zaten ulaşmıştır.

Türk Ceza Kanunu sisteminde faal nedamet durumunda faile ceza verilemeyeceğini düşünmekteyiz. Failde suç işlemek kastının artık bulunmaması, neticeyi önlerken önceki kararını ortadan kaldırması ve böylece TCK. m. 45 ile uyuşmayan bir durumun meydana gelmesi ve TCK. m. 62 deki unsurların gerçekleşmemesi düşüncemizin gerekçelerini teşkil etmektedir.

(140) Schaffner, 133. failin üçüncü kişinin ihbarından korkarak neticeye engel olmasında faal nedameti kabul etmemektedir. Rus Yüksek Mahkemesi de bir kararında aynı görüşü benimsemiştir (Napolitano, 117). Bu görüşü, yukarıdaki gerekçemiz dolayısıyla kabul edememekteyiz.

FAYDALANILAN ESERLER

- Marc Ancel - Yvonne Marx, *Les codes pénaux européens* (Paris, Centre français de droit comparé). cilt: I, II, III.
- Jürgen Baumann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, (Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 1964).
- Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukukî İslamiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu*, cilt III, (İstanbul, İstanbul matbaacılık, 1950).
- Francesco Antolisei, *Manuale di diritto penale*, parte generale, (Milano, Dott. Antonino Giuffrè Editore), 1955 ve 1960 basıları.
- Tito Carletti, *Codice penale*, (Firenze, Barbera Editore, 1907).
- Pierre de Casabianca, *Code penal du royaume d'Italie*, (Paris, Imprimerie nationale).
- Vincenzo Cavallo, *Diritto penale*, parte generale, volume secondo, (Napoli, Casa editorice dott. Eugenio Jovene, 1955).
- A. Chauveau - F. Hélie, *Théorie du code pénal*, tome premier, 6. éd. Paris, Librairie générale de Jurisprudence, 1908).
- François Clerc, *Introduction à l'étude du code pénal suisse*, partie générale, (Lausanne, Librairie de droit, 1942).
- Jean Constant, *Manuel de droit pénal*, tome premier, 7. éd. (Liège, imprimerie nationale, 1959).
- M. Muhtar Çağlayan, *Türk ceza kanunu*, cilt I, (Ankara, 1962).
- Sulhi Dönmezer - Sahir Erman, *Nazarî ve Tatbikî ceza hukuku*, cilt I ve II, üçüncü bası, (İstanbul, Sermet matbaası, 1965 ve 1966).
- Faruk Erem, *Türk ceza hukuku*, genel hükümler, 7. bası, (Ankara, Ajans - Türk matbaası, 1966).
- Carlo Erra, «Teşebbüste ihtiyarile vazgeçme», çev: Sahir Erman, *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, cilt X, sayı 3-4 (1944).
- Emile Garçon, *Code pénal annoté* - tome premier, (Recueil Sirey, Paris).
- René Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, tome premier, 3. éd. (Paris, Recueil Sirey, 1913).

- M. Thomas Givanovitch, «La situation du désistement volontaire dans le système du droit criminel», *Revue Internationale de Droit Pénal*, no. 2, (1927).
- Robert von Hippel, *Deutsches Strafrecht, das Verbrechen*, (Berlin, 1930).
- M. Hugueney, *Répétitions écrites sur le droit criminel*, (Paris, 1932).
- Louis Hugueney, «Crimes et délits contre les personnes» *Revue de Sciences Criminelles et de Droit Pénal Comparé*, tome XII, 1957).
- Paul Joseph, *Die Wirkung der tätigen Reue auf die Strafbarkeit der Täter und der Teilnehmer*, Diss. (Rostock, 1910).
- Franz von Liszt, *Traité de droit pénal allemand*, trad: René Lobstein, tome premier, (Paris, V. Giard et E. Brière, 1911).
- Paul Logoz, *Commentaire du code pénal suisse*, partie générale, (Neuchatel, Editions Delachaux).
- Théodore Mommsen, *Le droit pénal romain*, trad: J. Duquesne, tome premier, (Paris, Albert Fontemoing Editeur).
- Tomaso Napolitano, *Il nuovo codice penale sovietico*, (Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1963).
- Nejad Özütürk, *Türk ceza kanunu şerhi ve tatbikatı*, I. cilt, (Ankara, 1966).
- J. A. Roux, *Cours de droit criminel français*, tome I, 2. éd. (Paris, Recueil Sirey, 1927).
- Marc Antoine Schaffner, «Le repentir actif», *Journal des Tribunaux*, no. 5, (1963).
- Adolf Schönke - Horst Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 12. neubearbeitete Auflage, (C. H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, München und Berlin, 1965).
- Ewald Schuh, *Der Rücktritt vom Versuch und seine Bedeutung für die Teilnahme*, Diss. (Leipzig, Buchdruckerei Robert Noste, 1910).
- Gaston Stefani - Georges Levasseur, *Droit pénal général et criminologie*, (Dalloz, 1957).
- Coşkun Üçok, «Osmanlı kanunnamelerinde islam ceza hukukuna aykırı hükümler», *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, III. cilt, 1. sayı, (1946).
- Ottorino Vannini, *Il problema giudico del tentativo*, seconde edizione rivedata ed accresciuta, (Milano, Dott. A. Giuffrè, Editore, 1950).