

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

CUMHURİYET SAVCISININ
KAMU DAVASINI AÇMADA TAKDİR YETKİSİ

Serkan MERAĞLI

DANIŞMAN
Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK

2011

YÜKSEK LİSANS
TEZ/ PROJE ONAY SAYFASI

Üniversite : Dokuz Eylül Üniversitesi 2009800261
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı ve Soyadı : Serkan MERAKLI
Tez Başlığı : Cumhuriyet Savcısının Kamu Davasını Açmada Takdir Yetkisi

Savunma Tarihi : 18.07.2011
Danışmanı : Prof.Dr.Veli Özer ÖZBEK

JÜRİ ÜYELERİ

<u>Ünvanı, Adı, Soyadı</u>	<u>Üniversitesi</u>	<u>İmza</u>
Prof.Dr.Veli Özer ÖZBEK	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr.Ali Timur DEMİRBAŞ	İZMİR EKONOMİ ÜNİVERSİTESİ	
Yrd.Doç.Dr.Mine AKKAN	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	

Oybirliği

Oy Çokluğu ()

Serkan MERAKLI tarafından hazırlanmış ve sunulmuş "Cumhuriyet Savcısının Kamu Davasını Açmada Takdir Yetkisi" başlıklı Tezi () / Projesi () kabul edilmiştir.

Prof.Dr. Utku UTKULU
Enstitü Müdürü

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “*Cumhuriyet Savcısının Kamu Davasını Açmada Takdir Yetkisi*” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

.../.../.....

Serkan MERAKLI

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

Cumhuriyet Savcısının Kamu Davasını Açmada Takdir Yetkisi

Serkan MERAKLI

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Kamu Hukuku Programı

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, 171'inci maddesiyle kamu davasının açılması bakımından Cumhuriyet savcısına istisnâî nitelikte takdir yetkisi tanıyarak Türk Hukuku'na önemli bir yenilik kazandırmıştır. 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun yürürlükte bulunduğu süreçte doktrin tarafından da savunulmakta olan bu hususunun yasalaşması yerinde olmuştur.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 171'inci maddesinde ilk olarak, yargılama sonucunda faile ceza verilmemesini gerektiren sebeplerden şahsî cezasızlık sebebi veya etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren hallerin varlığı halinde Cumhuriyet savcısına kamu davasını açma bakımından takdir yetkisi tanınmıştır. Fakat, bu konuda Cumhuriyet savcısının vereceği kovuşturmayaya yer olmadığı kararına karşı itiraz imkanının getirilmemesi yerinde olmamıştır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumuna yer verilmiştir. Bu noktada önemli olan husus, kamu davasının açılmasının ertelenebilmesi için suçun işlenmesiyle kamunun veya mağdurun uğradığı zararın şüpheli tarafından tazmin edilmesinin zorunlu olmasıdır. Dolayısıyla kanunkoyucu, Cumhuriyet savcısına kamu davasını açmada takdir yetkisi tanıırken yalnızca şüphelinin değil; aynı zamanda mağdurun da menfaatlerini göz önüne almıştır.

Mevcut durumda yapılması gereken, kanunkoyucunun attığı önemli bir adım olan Cumhuriyet savcısına kamu davasını açmada takdir yetkisi tanınmasına yönelik düzenlemelerin daha işlevsel hale getirilerek uygulama alanının artırılması olmalıdır. Dolayısıyla son yüzyıl içerisinde Kıta Avrupası Hukuku'nda hızlı bir şekilde artan Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınmasına dayalı hükümlerin Türk Hukuku'nda da genişletilmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Cumhuriyet savcısı, Takdir Yetkisi, Kovuşturma Mecburiyeti İlkesi, Maslahata Uygunluk İlkesi, Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi.

ABSTRACT

Master's Thesis

The Public Prosecutor's Discretionary Power in Filing Public Claim

Serkan MERAKLI

Dokuz Eylül University

Graduate School of Social Sciences

Department of Public Law

Public Law Program

Law No. 5271 Turkish Criminal Procedure Code brought an important innovation to Turkish Law, with article 171, as it gives the public prosecutor the power of discretion in filing a public claim in exceptional situations. By the time Law No. 1412 Criminal Procedure Code was in force, this subject was supported deservedly by doctrine and lack of legal arrangement about this matter was criticized.

The article 171 of Law No. 5271 Turkish Criminal Procedure Code gave the public prosecutor discretionary powers in cases which the requirements for the application of the provisions of effective remorse, that lift the punishment as a personal ground, or the provisions of personal impunity are present. But not enabling right of oppose against the public prosecutor's decision in this subject is a defect. In the article 171 (II) postponing of the filing of the public claim is mentioned. Here the particular point is that, in order to be able to render the decision on postponing of filing the public claim, the damage of victim or the public, which has been occurred through the committed crime, must be recovered. In consequence legislator, as giving the public prosecutor discretionary powers in filing public claim, took into account not only suspect's interest, and also victim's.

Under the present circumstances, these legal arrangements relating to the public prosecutor's power of discretion in filing public claim, which are important newness, should be rendered more functional. Therefore these provisions' extent should be enlarged in paralel with continental law.

Keywords: The public prosecutor, Power of discretionary, Obligation of prosecution principle, Opportunity principle, Postponing of the filing of the public claim

**CUMHURİYET SAVCISININ
KAMU DAVASINI AÇMADA TAKDİR YETKİSİ**

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI.....	ii
YEMİN METNİ.....	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT.....	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR.....	xvii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

**BİR MUHAKEME MAKAMI OLARAK SAVCILIK VE
CUMHURİYET SAVCISININ KAMU DAVASI AÇMA YETKİSİ**

I. SAVCI ve SAVCILIK KAVRAMLARI	3
II. SAVCILIĞIN YAPISI İLE İLGİLİ İLKELER	7
A. Savcılık Faaliyetinin Tek Başlılığı İlkesi	7
1. Anlamı	7
2. Savcılık Faaliyetinin Tek Başlılığı İlkesinin Etkileri	8
a. Dış Emir Yetkisi	8
b. Adalet Bakanı Karşısında Cumhuriyet Savcısının Konumu	9
B. Savcılık Faaliyetinin Bütünlüğü İlkesi	12
1. Anlamı	12
2. Savcılık Faaliyetinin Bütünlüğü İlkesinin Etkileri	13

a. Ülkemizde Mevcut Hukuki Düzenlemeler Karşısında Uygulanmakta Olan Durum	13
aa. İç Emir Yetkisi	13
bb. Astın Adli Faaliyeti Yerine Getirmedeki Özerkliği	16
cc. Üstün (Cumhuriyet Başsavcısının) Konumu	16
dd. Emir Verme Yetkisinin Sınırları	17
aaa. Kovuşturma Mecburiyeti İlkesi	17
bbb. Cumhuriyet Savcısına Takdir Yetkisi Tanınan Haller	18
ccc. Hukuka Aykırı Emir	18
ddd. Duruşma Savcısının Duruşmadaki Faaliyetine İlişkin Olarak Emir Verilebilmesi Hususu	19
b. Ülkemizdeki Mevcut Uygulamaya İlişkin Eleştirilerimiz	20
III. MUHALEMENİN RESMİLİĞİ İLKESİ	29
A. Anlamı	29
B. İstisnaları	31
IV. DAVASIZ YARGILAMA OLMAZ İLKESİ	33
V. KOVUŞTURMA MECBURİYETİ İLKESİ	36
A. Terim	36
B. Anlamı	38
C. Görev Dışında Öğrenilen Suç Hususu	41

İKİNCİ BÖLÜM
CUMHURİYET SAVCISININ KAMU DAVASININ AÇILMASINDAKİ
TAKDİR YETKİSİNİN HUKUKİ ESASI

I. MASLAHATA UYGUNLUK İLKESİ	44
A. Terim	44
B. Tarihî Gelişimi	45
C. Anlamı	48
II. KOVUŞTURMA MECBURİYETİ İLKESİNİN SINIRLANDIRILABİLİRLİĞİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER	52
A. Kovuşturma Mecburiyetinin Kağıt Üstünde Kaldığı Eleştirisi	52
B. Cumhuriyet Savcısının Siyasî Etki Altına Alınması İhtimali	55
C. Hukuk Devleti İlkesinin Gerçekleştirilmesi	57
1. Genel Olarak	57
2. Kanun Önünde Eşitlik İlkesi	57
3. Erkler Ayrılığı İlkesi	61
4. Ceza Kanunlarının Belirliliği İlkesi	64
5. Kanunsuz Ceza Olmaz İlkesinin (Nullum Crimen Sine Lege) Diğer Yüzü Olup Olmadığı	67
D. Hukuk Politikası Mülahazaları	69
1. Genel Olarak	69
2. Cezalandırmanın Genel Önleme Amacı	69
3. Cezalandırmanın Özel Önleme Amacı	72
4. Mağdurun Menfaatlerini de Göz Önüne Alarak Onun Tatmin Edilmesi Amacı	74
E. Adliyenin İşyükünün Azaltılmasının Sağlanması	77

F. Ceza Hukukunun Son Çare Olma Özelliği	79
G. Ara Değerlendirme	81
III. CUMHURİYET SAVCISINA TANINAN TAKDİR YETKİSİNİN MUHAKEME KANUNLARINDA DÜZENLENME ŞEKİLLERİ	86
A. Maslahata Uygunluk İlkesinin Kural Olduğu Haller	86
B. Cumhuriyet Savcısına Tanınan Takdir Yetkisinin İstisna Olarak Kabul Edildiği Haller	91
IV. KANUNUMUZUN KABUL ETTİĞİ SİSTEM	95

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HUKUKUMUZDA CUMHURİYET SAVCISINA KAMU DAVASININ AÇILMASINDA TAKDİR YETKİSİ TANINAN HALLER ve BU YÖNDEKİ ÖNERİLERİMİZ

I. HUKUKUMUZDA CUMHURİYET SAVCISINA KAMU DAVASININ AÇILMASINDA TAKDİR YETKİSİ TANINAN HALLER	97
A. Genel Olarak	97
B. Maddî Ceza Hukukuna Dayanan Takdir Yetkisi	98
1. Cezayı Kaldıran Şahsî Sebep Olarak Etkin Pişmanlık Hükümlerinin Uygulanmasını Gerektiren Koşulların Varlığı (CMK m. 171/ 1)	98
a. Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık Kavramı	98
b. Etkin Pişmanlığın Varlığına Dayanılarak Kamu Davası Açılmayabilmesi İçin Gerekli Olan Şartlar	100
aa. İşlenen Fiil Bakımından Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler İçerisinde Etkin Pişmanlık İle İlgili Düzenleme Mevcut Olmalıdır	100
bb. Fail Bizzat Pişmanlık Göstermiş Olmalıdır	100

cc. İşlenen Fiil İle İlgili Olarak Düzenlenen Etkin Pişmanlık Hükümü Faile Hiç Ceza Verilmemesini Gerektirmelidir	103
c. Cumhuriyet Savcısına Tanınan Takdir Yetkisinin Türk Ceza Kanunu m. 184/ 5'te Düzenlenen Etkin Pişmanlık Hükümü Bakımından Uygulanabilirliği	104
d. Cumhuriyet Savcısına Tanınan Takdir Yetkisinin Türk Ceza Kanunu m. 221'de Düzenlenen Etkin Pişmanlık Hükümü Bakımından Uygulanabilirliği	105
2. Şahsî Cezasızlık Sebebinin Varlığı (CMK m. 171/ 1)	105
a. Şahsî Cezasızlık Sebebi Kavramı	105
b. Şahsî Cezasızlık Sebebinin Varlığına Dayanılarak Kamu Davası Açılmayabilmesi İçin Gerekli Olan Şartlar	107
3. Ceza Muhakemesi Kanunu m. 171/ 1'e İlişkin Ortak Açıklamalar ..	110
a. Hükümün Anlamı ve Amacı	110
b. Ceza Muhakemesi Kanunu m. 171/ 1'de Cezayı Kaldıran Şahsî Sebepler Olarak Etkin Pişmanlık veya Şahsî Cezasızlık Sebebinin Varlığından Başka Herhangi Bir Kritere Yer Verilmemiş Olmasının Sakıncalı Olup Olmadığı Hususu	111
c. Ceza Muhakemesi Kanunu m. 171/ 1'de Yer Verilen Düzenlemenin Kıyas Yoluyla Faile Ceza Verilmemesini Gerektiren Diğer Sebeplere de Uygulanabilirliği Sorunu	114
d. Ceza Muhakemesi Kanunu m. 171/ 1'e Dayanarak Kamu Davası Açılmayan Hallerde Cumhuriyet Savcısının Vereceği Karar	115
e. Cumhuriyet Savcısının Ceza Muhakemesi Kanunu m. 171/ 1'e Dayanarak Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararı Verdiği Hallerde Ayrıca Müsadere Talebinde Bulunabilmesi Hususu	116

f. Suçların İçtimarı Halinde Ceza Muhakemesi Kanunu m. 171/ 1'in Uygulanabilirliği	117
g. Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisine Dayanarak Vereceği Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararının Kesin Hüküm Niteliğinde Olmaması	118
h. Ceza Muhakemesi Kanunu m. 171/ 1'in Cumhuriyet Savcısına Takdir Yetkisi Taniyan Diğer Düzenlemeler İle İlişkisi	120
ı. Ceza Muhakemesi Kanunu m. 171/ 1'e Dayanılarak Verilen Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararına Karşı İtiraz Olanığının Bulunmadığı Hususu	120
C. Muhakeme Hukukuna Dayanan Takdir Yetkisi: Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kurumu (CMK m. 171/ 2- 5)	122
1. Hükümün Anlamı ve Amacı	122
2. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesinin Anayasa'ya Aykırı Olup Olmadığı Hususu	124
3. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesinin Düzenlenme Şekilleri	126
4. Koşulları	128
a. Objektif Koşul (Suç Bakımından)	128
aa. İsnat Edilen Suç Soruşturulması ve Kovuşturulması Şikayete Bağlı Bir Suç Olmalıdır (CMK m. 171/ 2)	128
bb. İsnat Edilen Suç Üst Sınırı Bir Yıl veya Daha Az Süreli Hapis Cezasını Gerektiren Suçlardan Olmalıdır (CMK m. 171/ 2)	128
b. Sübjektif Koşul (Şüpheli Bakımından)	130
aa. Genel Olarak	130
bb. Şüpheli Daha Önce Kasıtlı Bir Suçtan Dolayı Hapis Cezası İle Mahkûm Olmamış Bulunmalıdır (CMK m. 171/ 3- a)	131

cc. Yapılan Soruşturma Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Halinde Şüphelinin Suç İşlemekten Çekineceği Kanaatini Vermelidir (CMK m. 171/ 3- b)	132
dd. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Şüpheli ve Toplum Açısından Kamu Davası Açılmasından Daha Yararlı Olmalıdır (CMK m. 171/ 3- c)	133
ee. Suçun İşlenmesiyle Mağdurun veya Kamunun Uğradığı Zarar Aynen İade,Suçtan Önceki Hale Getirme veya Tazmin Suretiyle Tamamen Giderilmelidir (CMK m. 171/ 3- d)	136
aaa. Zararın Türü	136
bbb. Üçüncü Kişilerin Zararın Giderilmesine Etkisi	137
ccc. Zararın Tespit Edilmesi	138
5. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesinin Uzlaşma Hükümleri İle İlişkisi	139
6. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi- Önödeme İlişkisi	140
7. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kararını Verecek Makam	143
8. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenme Süresi	143
9. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kararının Denetimi	144
10. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesinin Sonucu	145
11. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kararının Kaydedilmesi	146
12. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kararı Verilen Hallerde Cumhuriyet Savcısının Ayrıca Müsadere Talebinde Bulunabilmesi Hususu	146
13. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesine İlişkin İstatistikî Verilerin Değerlendirilmesi	147

II. CUMHURİYET SAVCISINA TAKDİR YETKİSİ TANINMASI

YÖNÜNDEKİ ÖNERİLERİMİZ	149
A. Ceza Muhakemesi Kanunu m. 171/ 1 Bakımından	149
1. Cumhuriyet Savcısının Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararına Karşı İtiraz İmkânı Getirilmelidir	149
2. İddianamenin Kabulü İle Duruşma Evresi Arasında Mahkemeye de Düşme Kararı Verme Yetkisi Tanınmalıdır	150
B. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Bakımından	151
1. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Sadece Takibi Şikayete Bağlı Suçlarla Sınırlı Olarak Uygulanmaktan Çıkarılmalıdır	151
2. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesinin Koşulları Arasında Hapis Cezası İle Birlikte veya Seçimlik Olarak Adli Para Cezası Öngörülen Hallere de Açıkça Yer Verilmelidir	152
3. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi İle Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumlarının Koşulları Arasında Yeknesaklık Sağlanmalıdır	153
4. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi İle Önödeme Kurumlarının Sınırları Birbirlerinden Keskin Bir Şekilde Ayrılmalıdır	154
5. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kararı Verilen Haller Bakımından Suçtan Zarar Görene Şahsî Dava Açma İmkânı Tanınmalıdır	155
6. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kurumunun Sınırlarının Daha Fazla Genişletilmesi Yerine Duruşmanın Ertelenmesi Kurumuna Yer Verilmelidir	155
C. Cumhuriyet Savcısı Dışındaki Kurum ve Kişilere Tanınan Takdir Yetkisi Bakımından	157

D. Yurtdışında İşlenen Suçlar Bakımından	158
SONUÇ	160
KAYNAKÇA	169

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AD	: Adalet Dergisi
Alm.	: Almanca
AMK.	: Anayasa Mahkemesi Kararı
AY.	: Anayasa
Bay OLG	: Bayerisches Oberstes Landesgerichts
BeckOK	: Beck'scher Online Kommentar
BGE	: Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtshofs
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHSt	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
Bkz.	: Bakınız
BVerfGE	: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CHD	: Ceza Hukuku Dergisi
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
Diss.	: Dissertation
dpn.	: Dipnot
E.	: Esas
Einl.	: Einleitung
GVG	: Gerichtsverfassungsgesetz
Hg.	: Herausgeber (Editör)
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
HPD	: Hukukî Perspektifler Dergisi
HSYK	: Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu
İHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
in	: İçinde
İTÜSBD	: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi
JuS	: Juristische Schulung

JuS- Beil.	: Juristische Schulung- Beilage
JZ	: Juristenzeitung
K.	: Karar
kn.	: Kenar Numarası
Krşl.	: Karşılaştırmız
m.	: Madde
NJW	: Neue juristische Wochenschrift
NStZ	: Neue Zeitschrift für Strafrecht
OLG	: Oberlandesgericht
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
Vor	: Vorbemerkungen
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
ZRP	: Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

GİRİŞ

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Türk Hukuku'na kazandırdığı önemli yeniliklerden bir tanesi de Cumhuriyet savcısına kamu davası açma hususunda takdir yetkisi tanınması olmuştur. Bu sayede ceza takibatı sisteminde çok yönlü yararlar elde edilmesi amaçlanmıştır. Fakat, bu yararların elde edilebilmesi elbette ki uygulamacıların bu konuda gösterecekleri hassasiyet ile mümkündür. Dolayısıyla bu hassasiyetin uygulamada ortaya çıkabilmesi de Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınmasının daha çok tartışılması ile mümkün olabilir. Bu sebeple bu yönde tartışma ortamının oluşmasının önünün açılması gerekmektedir.

Günümüzde, Cumhuriyet savcısının kamu davası açma yetkisi ele alındığında, bu daha çok kovuşturma mecburiyeti ilkesi ekseninde değerlendirilmekte; Cumhuriyet savcısına bu konuda takdir yetkisi tanınmasının gerekliliği; eğer gerekiyor ise sınırları gibi hususlar ise maalesef çok fazla tartışılmamaktadır. Cumhuriyet savcısı kural olarak kovuşturma mecburiyeti ilkesi ile bağlı olduğu için bu bağlılığın özünü zedelemeksizin ne ölçüde Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi verilmesi gerektiği konusu, üzerinde durulması gereken önemli bir husustur.

Bu çerçevede çalışmamızın konusunu Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmasında takdir yetkisi oluşturmaktadır. Çalışmamız üç bölüme ayrılmaktadır:

Buna göre ilk bölümde Cumhuriyet savcısı bir muhakeme makamı olarak incelenecek ve özellikle kamu davası açma yetkisi üzerinde durularak ilerleyen bölümlerde karşılaşılabilecek sorunların çeşitli noktalarına ışık tutulmuş olacaktır. İlk bölümde buna bağlı olarak, savcılığın hukukî niteliği, savcılığın yapısı, muhakemenin resmîliği ilkesi, davasız yargılama olmaz ilkesi ve son olarak da kovuşturma mecburiyeti ilkesi ele alınacaktır.

İkinci bölümde ise Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınmasının hukukî esasları incelenecektir. Bu bağlamda öncelikle maslahata uygunluk ilkesi ele alınacak,

daha sonra ise kovuşturma mecburiyetinin sınırlandırılabilirliği ekseninde Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınmasının mümkün olup olmadığı ve mümkün ise hangi kapsamda mümkün olduğu tartışılacaktır. Bu bölümde son olarak maslahata uygunluk ilkesinin ve Cumhuriyet savcısına kovuşturma mecburiyeti ilkesi yanında istisna olarak tanınan takdir yetkisinin ceza muhakemesi kanunlarında düzenlenme şekillerine ve CMK'daki düzenlenme şekline değinilecektir.

Nihayet üçüncü bölümde ceza muhakemesi hukukunda Cumhuriyet savcısının kamu davası açmayabileceği haller ve bu yöndeki öneriler ortaya konmaya çalışılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

BİR MUHAKEME MAKAMI OLARAK SAVCILIK VE CUMHURİYET SAVCISININ KAMU DAVASI AÇMA YETKİSİ

I. SAVCI ve SAVCILIK KAVRAMLARI

Savcı kavramı kişiyi, savcılık kavramı ise bir makamı temsil eder. Savcı kavramının kişi olarak Cumhuriyet savcısını temsil etmesinden ötürü; söz konusu yetkiler makama tanınmış olduğundan burada savcılık makamı üzerinden bir değerlendirme yapılmalıdır.

Savcılığın muhakemedeki konumu ile ilgili olarak, muhakemedeki fonksiyonu ve yapılanmasından hareket etmek gerekir. Bu bakımdan savcılığın yetkileri ve yükümlülükleri, muhakemedeki konumunu ve dolayısıyla da hukuki niteliğini somutlaştırmaktadır¹. Cumhuriyet savcılarının yetkileri ve yükümlülükleri incelendiğinde bunların çoğunluğunun adli nitelikte olduğu görülecektir². Gerçekten, savcılık mahkemelere paralel bir şekilde oluşturulmuş ve ceza muhakemesinde ceza

¹ **Löwe- Rosenberg/ Beulke** Werner, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar, 5. Band, 26. Auflage, Berlin 2008, § 152 kn. 4.

² **Beulke** Werner, Strafprozessrecht, 10. Auflage, Heidelberg 2008, kn. 88. Cumhuriyet savcısının görevleri; adli göreve ilişkin işlemleri yapmak, duruşmalara katılmak ve kanunyollarına başvurmak (5235 sayılı Kanun m. 20/ 1), başsavcı tarafından verilen görevleri yerine getirmek (5235 sayılı Kanun m. 20/ 2), Cumhuriyet başsavcısına gerektiğinde vekalet etmek (5235 sayılı Kanun m. 20/ 3), cezaları infaz etmek (5235 sayılı Kanun m. 17, 5275 sayılı Kanun m. 5), kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirmek (5235 sayılı Kanun m. 20/ 4), kamu davasının açılmasını talep etmek ve kamu davasını yürütmek, koruma tedbirlerine başvurmak(5235 sayılı Kanun m. 20/ 4)tır. Ayrıca bkz. **Keyman** Selahattin, Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık, Ankara 1970, s. 142- 143; **Özbek** Veli Özer/ **Kanbur** M. Nihat/ **Doğan** Koray/ **Bacaksız** Pınar/ **Tepe** İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2011, s. 191; **Ünver** Yener/ **Hakeri** Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2010, s. 190- 191; **Centel** Nur/ **Zafer** Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2010, s. 108- 109.

takibatı ile muhakemeye katılımı kendisine yüklenmiş bir adli organdır³. Savcılık soruşturma evresinin hızlı bir şekilde yürütülmesinin yanında soruşturmanın hukuka uygun ve esaslı-titiz bir şekilde gerçekleştirilmesinden ve ayrıca bunları yerine getirirken toplumun menfaatleri karşısında tarafsız bir şekilde yaptırım talep etme ve adaletin korunması bakımından özel bir yükümlülük altındadır⁴.

³ BGH 24, 170, 171; **Meyer- Goßner** Lutz, Strafprozessordnung Mit GVG und Nebengesetzen, 51. Auflage, München 2008, GVG vor § 141 kn. 1; **Beulke**, kn. 88; **Pfeiffer** Gerd, Strafprozessordnung Kommentar, 5. Auflage, München 2005, § 152 kn. 1; **Ranft** Otfried, Strafprozessrecht, 3. Auflage, Richard Boorberg Verlag, Mörlenbach 2005, kn. 208; **Joecks** Wolfgang, Studienkommentar StPO, 2. Auflage, München 2008, § 152 kn. 2. Cumhuriyet savcılarının adli görevleri gereği belirli mahkemeler nezdinde görev yapmaları (CMK m. 161/ 1) savcıların bu mahkemelere bağımlı oldukları anlamına gelmez. Cumhuriyet savcıları, nezdinde görev yaptıkları mahkemelerden bağımsız bir şekilde faaliyet gösterir. Nitekim Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu § 150'de bu durum açıkça düzenlenmiştir (**Hartmann** Arthur/ **Schmidt** Rolf, Strafprozessrecht, 2. Auflage, Grasberg bei Bremen 2008, kn. 154; **Meyer- Goßner**, GVG vor § 141 kn. 1; **Hellmann** Uwe, Strafprozessrecht, 2. Auflage, Springer Verlag, Berlin Heidelberg 2006, kn. 82; **Ranft**, kn. 208).

⁴ **BGHSt** 34, 217; **Löwe- Rosenberg/ Beulke**, § 152 kn. 4; **Meyer- Goßner**, GVG vor § 141 kn. 1; **Rüping** Hinrich, Das Strafverfahren, 2. Auflage, München 1983, s. 32; **Pfeiffer**, § 152 kn. 1. Savcıların bu yükümlülük altında bulunmaları, onların ceza muhakemesinde taraf olarak nitelendirilmemelerini gerektirir. Gerçekten Cumhuriyet savcısı Türk ceza muhakemesinde taraf değildir. CMK m. 160/ 2 gereği “*Cumhuriyet savcısı, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür*”. Cumhuriyet savcısının bunun dışındaki her davranışı maddi gerçeği ortaya çıkarma ve adaletin korunması yükümlülüklerine aykırılık oluşturacaktır. Buna ek olarak CMK m. 260/ 3'te yer verilen hüküm gereği Cumhuriyet savcısının sanık lehine olarak da kanun yollarına başvurabilmesi onun muhakemede taraf niteliğinin bulunmadığını desteklemektedir. Dolayısıyla Cumhuriyet savcısı meşru bir çerçevede şüpheli veya sanığın hakkını elde etmesine katkı sağlamalıdır. Cumhuriyet savcısı elinden geldiğince hakim maddi gerçeği araştırmasını ve maddi gerçeğe uygun düşen hukuki uygulamayı tesis etmesini teşvik etmelidir (**Meyer- Goßner**, GVG vor § 141 kn. 8; **Roxin** Claus/ **Schünemann** Bernd, Strafverfahrensrecht, 26. Auflage, München 2009, § 9 kn. 11; **Hellmann**, kn. 101; **Schlüchter** Ellen, Strafprozessrecht Kernwissen, 3. Auflage, Thüningersheim Frankfurt am Main 1999, s. 37; ayrıca kırs. **Beulke**, kn. 88; **Kunter** Nurullah/ **Yenisey** Feridun/ **Nuhoğlu** Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2010, s. 318). Nitekim Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 06.10.2000 tarih ve R (87) 2000 19 sayılı ceza adaletinde savcılığın rolü ile ilgili olarak aldığı tavsiye kararı m. 24 uyarınca da savcılık, görevini ifa ederken özellikle adil, tarafsız ve objektif bir şekilde hareket etmeli; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde kabul edilen insan hakları gibi hakları korumalı ve onlara saygı göstermeli; ceza adaleti sisteminin olabildiğince kusursuz çalışması için çaba göstermelidir. Ayrıca, Cumhuriyet savcısı ile şüpheli- sanık arasında var olan silahların eşitliği ilkesi, Cumhuriyet savcısı ile şüpheli-sanığın haklarının dengelenmesi anlamını taşıdığından Cumhuriyet savcısının

Bunun yanı sıra adli bir organ olmasına karşılık savcılık idarî, bir başka deyişle hiyerarşik (bürokratik) bir şekilde yapılanmıştır. İşte yargısal organizasyonun tersine savcılık bakımından, bu tür bir hiyerarşik organizasyon yapısının söz konusu olması savcılığın yürütme erki içerisinde de yer aldığını ortaya koymaktadır⁵. Fakat, buna bağlı olarak Cumhuriyet savcılarının, üstlerinin emirleri ile bağlı oldukları için hakimlerin sahip olduğu bağımsızlık ayrıcalığından yararlanamayacakları söylenemez; çünkü, idarî bir yapılanmaya tabi olsalar dahi Cumhuriyet savcıları aşağıda da inceleneceği üzere adli faaliyetleri bakımından üstlerinin emirleri ile bağlı değildirler⁶. Bunun yanısıra Cumhuriyet savcılarında diğer kamu görevlilerine oranla daha fazla güvence sağlanmış da olsa hem Adalet Bakanlığı ile Cumhuriyet

muhakemede taraf olmaması ile çelişmez.(bkz. **Meyer- Goßner**, GVG vor § 141 kn. 8). Savcılığın zarar gören toplumsal makam tarafı olduğu görüşü için bkz. **Keyman**, s. 174- 179.

⁵ **BVerfGE** 103, 142, 156; **Rüping**, s. 31; **Beulke**, kn. 88; **Krey/ Pföhler**, s. 146. Bunun yanı sıra, **Meyer- Goßner**, savcının verdiği kararlardan özellikle kovuşturamama kararlarının hakim veya mahkeme kararlarının aksine maddi anlamda kesin hüküm niteliği taşımasından ötürü bu kararların yargı gücüne dayanmadığını, bu bakımdan da savcılığın yürütme erkine de dahil olduğunu öne sürmektedir (bkz. **Meyer- Goßner**, GVG vor § 141 kn. 5). Ancak, Cumhuriyet savcısının verdiği kararların maddi anlamda kesin hüküm taşıyor olması onun faaliyetinin adli nitelikte olduğu gerçeğini değiştirmez. Örneğin verilen bu örnekteki kovuşturamama kararının idari nitelikte bir karar olduğu, diğer bir deyişle idari işlem olduğu söylenemez. Bu karar adli bir karardır. Bu nedenle doktrinde savcılık faaliyetlerini idari bir işlem veya eylem olarak kabul eden ve bunlara karşı, bu işlem ve eylemlerin yasayla hakim denetimine tabi tutulduğu hallerin dışında da olsa idari yargı yolunun açık olduğunu savunan görüşe katılmıyoruz (bu görüş için bkz. **Centel/ Zafer**, s. 111; **Ünver/ Hakeri**, s. 189). Ayrıca, **örneğin CMK m. 173/ 5 gereği Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmaması hususunda takdir yetkisini kullandığı hallerde savcının verdiği kovuşturamama kararına itiraz olanağı kaldırıldığından bu görüşün kabul edilmesi halinde savcının verdiği takdir yetkisine dayanan kovuşturamama kararına karşı idari yargıda iptal davası açılabilecektir. Cumhuriyet savcısının burada verdiği kovuşturamama kararının adli bir karar olduğu açık olup bu karar idari işlem niteliği taşımaz.** Dolayısıyla kanımızca yalnızca savcının vermiş olduğu idari kararlara karşı idari yargı yoluna başvurulabilir. Bu da örneğin Cumhuriyet başsavcılığının adliyenin işleyişi ile ilgili olarak verdiği bir karar olabilir.

⁶ Krşl. **BVerfGE** 32, 199; **Ranft**, kn. 208; **Meyer- Goßner**, GVG vor § 141 kn. 5; **Peters** Karl, Strafprozeß, 4. Auflage, Heidelberg 1985, § 23 II 1; **Schäfer** Gerhard, Die Praxis des Strafverfahrens, 4. Auflage, Stuttgart Berlin Köln Mainz 1976, § 6 I; **Beulke**, kn. 88; **Rüping**, s. 31; **Heinz** Wolfgang, “Das deutsche Strafverfahren- Rechtliche Grundlagen, rechtstatsächliche Befunde, historische Entwicklung und aktuelle Tendenzen”, s. 7 (www.uni-konstanz.de/rtf/kis/strafverfahren.htm, erişim tarihi: 11.11.2010); **Krey** Volker/ **Pföhler** Jürgen, “Zur Weisungsgebundenheit des Staatsanwaltes –Schranken des internen und externen Weisungsrecht-”, NStZ 1985, s. 145.

başsavcılarının hem de Cumhuriyet başsavcıları ile Cumhuriyet savcıları arasındaki ilişki ast-üst ilişkisidir⁷. Fakat, bu durumun Cumhuriyet savcılarının bağımsız olduğu anlamına gelmediği görüşü de kanımızca yerinde değildir. Çünkü, Cumhuriyet başsavcısı ile Cumhuriyet savcısı arasında tam bir vesayet ilişkisi bulunmaz. Cumhuriyet başsavcısı idarî yapılanma bakımından Cumhuriyet savcılarının üstü olarak konumlandırılmıştır. Fakat, adlî faaliyet söz konusu olduğunda bu ast- üst ilişkisi yerini yatay bir ilişkiye bırakmalıdır.

Fakat, her ne kadar savcılığın yürütme erki içerisinde yer aldığı söylenebilirse de; adlî makam olarak savcılık idarî makamlar gibi amaca uygunluk (yerindelik), güvenlik ve düzene yönelik bir idari faaliyet ifa etmemekte, hukukun temini ve uygulanmasına yönelik bir faaliyeti yerine getirmektedir⁸. Cumhuriyet savcısı için hukuk bir çerçeve değil, faaliyetinin konusudur⁹. Bu nedenle Cumhuriyet savcısı yargı doğrultusunda çalışmakta, işlevsel alan olarak yargıya dahil bulunmakta ve hakim ile birlikte ceza hukuku alanında hukuku temin etme ve uygulama görevini yerine getirmektedir¹⁰. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin de belirttiği üzere, savcı organik olarak yargı ile bütünleşmiş bir konumdadır¹¹.

Görüldüğü üzere savcılık hem yürütme hem de yargı erki bakımından ele alınabilir. Fakat, kanımızca savcılığın bugün Alman Hukuku'nda olduğu gibi “*sui generis*” bir niteliğe sahip olduğu kabul edilmelidir¹². Bu kabulün temelinde

⁷ Ünver/ Hakeri, s. 189.

⁸ Peters, Strafprozeß, § 23 II 2; ayrıca krşl. Meyer- Goßner, GVG vor § 141 kn. 6; Krey/ Pföhler, s. 146. Bu sebeple Alman Doktrini'nde savcıların verilen emirlerle bağlı olmaması gerektiği ve bunu temin amacıyla da Alman Anayasası'nda savcıların yargı erki içinde yer aldığı açıkça düzenlenmesi gerektiğini haklı olarak ifade eden görüşler de vardır. Bu görüş için bkz. Rautenberg Erardo Cristoforo, “Die Abhängigkeit der deutschen Staatsanwaltschaft”, GA 2006, s. 358.

⁹ Peters, Strafprozeß, § 23 II 2.

¹⁰ BVerfGE 9, 223, 228; ayrıca bkz. BVerfGE 32, 199; Meyer- Goßner, GVG vor § 141 kn. 6; Roxin/ Schünemann, § 9 kn. 10; Krey/ Pföhler, s. 146; Mackenroth Geert W./ Teetzmann Hanspeter, “Mehr Selbstverwaltung der Justiz- Markenzeichen zukunftsfähiger Rechtsstaaten”, ZRP 2002, s. 342.

¹¹ BVerfGE 9, 223, 228.

¹² Meyer- Goßner, GVG vor § 141 kn. 6; Roxin/ Schünemann, § 9 kn. 10; Rüping, s. 31; Hellmann, kn. 82.

savcılığın çifte konuma ya da diğer bir deyişle ara role sahip olduğu düşüncesi yatmaktadır¹³. Buna göre, savcılık makamı yürütme ve yargı arasında aracı konumunda olup bu iki erk arasında köprü işlevi görmektedir¹⁴.

II. SAVCILIK YAPISI İLE İLGİLİ İLKELER

A. Savcılık Faaliyetinin Tek Başlılığı İlkesi

1. Anlamı

Cumhuriyet savcıları, nezdinde görev yaptıkları mahkeme sayısının gerektirdiği miktarda bölünmek suretiyle görev yaparlar¹⁵. Ancak, burada savcılıkların bazı mahkemeler nezdinde görev yapıyor olmasının aynı zamanda bu mahkemelere bağımlı olarak faaliyet gösterdiği anlamına gelmediği unutulmamalıdır. Dolayısıyla Cumhuriyet savcılıklarının müstakil bir kurum olduğu söylenmektedir¹⁶. Fakat, bu müstakillik savcılığın yapısal olarak, yetki çevresi içerisinde başının Cumhuriyet başsavcısı olduğu bir vücut oluşturmasından ötürü sınırlıdır¹⁷. İşte bu bütüncül yapı çeşitli kollara ayrılrsa da esasen hiyerarşik yapılanmadan kaynaklanan bir tek başlılık söz konusu olmaktadır. Buna da savcılık faaliyetinin tek başlılığı ilkesi adı verilmektedir. Diğer bir deyişle savcılığın tek

¹³ **Peters**, Strafprozeß, § 23 II; **Kühne** Hans Heiner, Strafprozessrecht, 6. Auflage, Heidelberg 2003, kn. 133; **Beulke**, kn. 88; **Ranft**, kn. 233; **Volk** Klaus, Grundkurs StPO, 4. Auflage, München 2005, § 6 kn. 14; ayrıca krşl. **Joachimski** von Jupp/ **Haumer** Christine, Strafverfahrensrecht Kurzlehrbuch, 5. Auflage, Stuttgart München Hannover Berlin Weimar Dresden 2006, s. 31.

¹⁴ **Meyer-Goßner**, GVG vor § 141 kn. 6; ayrıca krşl. **Rüping**, s. 31. Keyman ise, savcılığı milli egemenliği temsil eden, idari yapıya sahip bir adalet organı olarak ifade etmektedir (bkz. **Keyman**, s. 74).

¹⁵ **Löwe-Rosenberg/ Schäfer** Karl/ **Boll** Olaf, StPO Großkommentar, 32. Lieferung, 24. Auflage, Berlin New York 1993, GVG § 142 kn. 1; ayrıca krşl. **Peters**, Strafprozeß, § 23 III 1.

¹⁶ Bkz. **Löwe-Rosenberg/ Schäfer/ Boll**, GVG § 142 kn. 1; **Karlsruher Kommentar-Schmid** Karl Heinz/ **Schoreit** Armin, 6. Auflage, München 2008, GVG § 141 kn. 3; **Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu**, s. 319.

¹⁷ **Löwe-Rosenberg/ Schäfer/ Boll**, GVG § 142 kn. 1; ayrıca krşl. **Karlsruher Kommentar-Schmid/ Schoreit**, GVG § 144 kn. 1; **Keyman**, s. 185.

başlılığı ilkesi, Cumhuriyet başsavcılığı makamının başında Cumhuriyet başsavcısının yer almasını ve yetki çevresi içerisindeki tüm savcılık faaliyetleri bakımından makamı temsil ederek denetleme ve gözetleme görevinin bulunması anlamını taşımaktadır. Fakat, kanımızca bugün artık savcılık faaliyetinin tek başlılığı ilkesi sert bir şekilde uygulanmamalı; istisnaî durumlarda devreye sokulmalıdır. Çünkü, savcılar arasındaki ast- üst ilişkisi idarî faaliyet bakımından söz konusu olmakta; adli faaliyet bakımından ise kural olarak yatay bir ilişki bulunmaktadır. Bu bakımdan, adli faaliyet bakımından çok istisnaî hallere özgü olmak koşuluyla savcılık faaliyetinin tek başlılığı ilkesi devreye sokulmalı ve başsavcının savcıya emir vermesi mümkün olmalıdır.

2. Savcılık Faaliyetinin Tek Başlılığı İlkesinin Etkileri

a. Dış Emir Yetkisi

Dış emir yetkisi Adalet Bakanı ile Cumhuriyet başsavcılığı arasındaki ilişkiyi ifade eder¹⁸. Gerçekten, savcılığın hiyerarşik bir şekilde yapılanmış olması ve buna bağlı olarak en üst gözetim makamı olarak Adalet Bakanı ile birlikte yürütme içinde de bulunması, dış emir yetkisinin kabulü bakımından hukukî bir temel teşkil etmektedir¹⁹. Adalet Bakanı Cumhuriyet savcısı olmadığı için, bir başka deyişle savcılık teşkilatı içerisinde yer almadığı için onun emir verme yetkisi “dış” olarak nitelenmektedir. Eğer bu emir kabul edilebilir nitelikte ise Adalet Bakanı’nın verdiği dış nitelikteki emir Cumhuriyet başsavcısı tarafından iç emir yetkisi kullanılarak altında görev yapan Cumhuriyet savcısına iletilir²⁰. Dolayısıyla buradan çıkan sonuç Adalet Bakanı’nın Cumhuriyet savcılarına doğrudan emir verme yetkisinin bulunmadığıdır. Adalet Bakanı emir verme yetkisini ancak Cumhuriyet başsavcılığı

¹⁸ Bkz. Meyer- Goßner, GVG vor § 146 kn. 1; Beulke, kn. 84; Volk, § 6 kn. 4; Krey/ Pföhler, s. 145; Kühne, Strafprozessrecht, kn. 141; Ranft, kn. 224; Hartmann/ Schmidt, kn. 164.

¹⁹ Löwe- Rosenberg/ Schäfer/ Boll, GVG § 146 kn. 20.

²⁰ Meyer- Goßner, GVG vor § 146 kn. 1; Ranft, kn. 227.

aracılığı ile kullanabilir²¹. Fakat, kabul ettiğimiz görüş uyarınca bu açıklamaların adli faaliyet bakımından kural olarak geçerli olmadığı bir kez daha ifade edilmelidir.

b. Adalet Bakanı Karşısında Cumhuriyet Savcısının Konumu

Adalet Bakanı'nın Cumhuriyet başsavcılığına emir verme yetkisi normatif bakımdan 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu²² m. 5/ 3'ten kaynaklanmaktadır. Bu düzenlemeye göre, “*Adalet Bakanı, yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin görevler hariç olmak üzere hakim ve savcılar üzerinde gözetim hakkını haizdir*”. Yine m. 5/ 3 uyarınca “*Hakim ve savcılar idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığı'na bağlıdırlar*”. İşte bu düzenleme Adalet Bakanı'nın emir verme yetkisinin idare hukukundan kaynaklanan boyutunu göstermektedir. Ancak, Adalet Bakanı'nın emir verme yetkisinin bir diğer boyutu daha vardır ki o da anayasa hukukuna dayanmaktadır. Bugün Adalet Bakanı'nın emir verme yetkisinin bir diğer kaynağının yürütmenin meclise karşı taşıdığı siyasi sorumluluk olduğu savunulmaktadır²³. Buna göre, parlamenter sorumluluk ancak yürütmenin astlarına verdiği emirlerin yerine getiriliyor olması halinde gerçekleşebilir; bu husus bu nedenle demokratik hukuk devleti bakımından da bir zorunluluktur²⁴. Bu durum Anayasa'da hakimlere tanınan bağımsızlığın savcılara tanınmamasıyla da örtüşüyor gibi gözükmektedir. Fakat, Bangalor Yergi Etiği Kuralları ve Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları (Budapeşte İlkeleri) HSYK tarafından kabul edilmiş olup artık hukukumuz bakımından da etki göstermektedir. Bu sebeple de savcılarının bağımsızlığına ilişkin olarak Anayasa'da hüküm bulunmuyor olduğu fikri bundan böyle bu konuda bir dayanak teşkil etmemektedir²⁵.

²¹ Ancak, bu husus mevzuatımızda açıkça düzenlenmemiştir. Bu hususun en kısa zamanda tıpkı Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu § 147'de olduğu gibi Kanun'da açıkça düzenlenmesi gerekmektedir.

²² 26.02.1983 gün ve 17971 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

²³ **Löwe- Rosenberg/ Schäfer/ Boll**, GVG § 146 kn. 17, 20; **Krey/ Pföhler**, s. 146.

²⁴ **BVerfGE** 9, 269, 281.

²⁵ Krşl. **İçel** Kayıhan, “Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları Budapeşte İlkeleri Işığında Savcıyı Ret Sorunu”, İTÜSBD, y. 7, s. 14, Güz 2008, s. 27, 31; **Özbek** Veli Özer,

Ayrıca, Cumhuriyet başsavcılığının ve dolayısıyla da Cumhuriyet savcılığının faaliyetinin önemli bir kısmı adli faaliyet niteliğindedir. **Yürütmenin parlamenter sorumluluğunun Cumhuriyet savcılığının adli faaliyetini kapsamadığını; çünkü, Cumhuriyet savcılarının adli faaliyetlerini yerine getirmede özerk olduklarını savunduğumuz için; Cumhuriyet savcılığının idare hukuku anlamında yürütmeye dahil olduğu ve bu nedenle Parlamento karşısında kendi faaliyetlerinden ötürü Adalet Bakanı'nın sorumlu olacağından bahisle Adalet Bakanı'nın Cumhuriyet savcılarının adli faaliyetlerine, vereceği emirler ile etki edebileceğini savunan görüşe katılmıyoruz**²⁶. Dolayısıyla Adalet Bakanı'nın adli faaliyete etkisi kabul edilemez²⁷. Nitekim bu düşüncüyü CMK da desteklemektedir. Gerçekten, CMK CMUK'ta yer alan Adalet Bakanı'nın Cumhuriyet savcısına kamu davası açma emri verme yetkisine dahi yer vermemiştir.

Bu açıklamalara göre Adalet Bakanı ile Cumhuriyet Başsavcılığı arasındaki ast-üst ilişkisi içerisinde Adalet Bakanı ya idarî faaliyete ilişkin emir verebilecektir;

“Ceza Adaletinin Sağlanmasında Temel Etik İlkeler”, CHD, Y. 6, S. 15, Nisan 2011, s. 7; **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, Ceza Muhakemesi, s. 82.

²⁶ Katılmadığımız bu görüş için bkz. **Löwe- Rosenberg/ Schäfer/ Boll**, GVG § 146 kn. 20; **Hund Horst**, “Brauchen wir die Unabhängige Staatsanwaltschaft?”, ZRP 1994, s. 471; **Hellmann**, kn. 98; **Turhan Faruk**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s. 83- 84. Kunter/ Yenisey/ Nuhuğlu ise, ülkemizde şu anda bunun mümkün olmadığını; ancak, bu gerekçelerle Adalet Bakanı'nın savcıya araştırma yapma emri verme yetkisinin tekrar tanınması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. **Kunter/ Yenisey/ Nuhuğlu**, s. 320.

²⁷ **Kaldı ki yürütmenin parlamenter sorumluluğu Cumhuriyet savcılığının adli faaliyetini kapsamaz; çünkü, Cumhuriyet savcıları adli faaliyetin yerine getirilmesinde özerktir.** Nitekim Adalet Bakanlığı, kamu davasının açılması konusunda Cumhuriyet savcılarında emir verme yetkisinin bulunmadığını 8 Şubat 2008 tarihinde yapmış olduğu duyuruda da belirtmiştir: “Kamuoyu gündemine gelen bazı olaylarla ilgili soruşturma başlatılması ve dava açılması için zaman zaman Adalet Bakanı'nın, Cumhuriyet Savcılarında emir ve talimat vermesinin talep edilmesi nedeniyle aşağıdaki açıklamanın yapılması gerekli görülmüştür: 1412 sayılı eski Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun (CMUK) 148'inci maddesinde düzenlenmiş olan “Adalet Bakanı'nın kamu davası açılması için Cumhuriyet Savcılarında emir verme yetkisi” Avrupa Birliğine uyum yasaları çerçevesinde çıkarılan 14.07.2004 tarihli ve 5219 sayılı kanunla kaldırılmıştır... Yukarıda açıklandığı gibi Adalet Bakanı'nın, hazırlık soruşturması başlatılması ve kamu davası açılması için Cumhuriyet Savcılarında emir ve talimat verme gibi bir yetkisi bulunmamaktadır” (<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2008/subat08/talimat.htm>, erişim tarihi: 27.01.2011).

ya da adli faaliyete ilişkin olmakla beraber kanunların uygulanmasında ortaya çıkan farklılıkları ortadan kaldırmaya yönelik, bir başka deyişle kanunların uygulanmasını göstermek üzere çıkardığı yönetmeliklere uyulmasına yönelik **tavsiyelerde** bulunabilecektir²⁸. **Gerçekten, Adalet Bakanı tarafından savcılığa adli faaliyete ilişkin olarak doğrudan ve ilgili yönetmelik ya da kanunun uygulanmasına yönelik bir emir verilemez.** Örneğin, somut bir olayda Adalet Bakanı'nın Cumhuriyet başsavcısına savcının uygulamayı düşündüğü kanun maddesi yerine başka bir maddenin uygulanması gerektiğine dair vereceği emir, savcının özerk olarak ifa ettiği adli faaliyeti ile örtüşmez. Aynı durum savcının yönetmeliğe uymadığı, bu yönetmelik doğrultusunda hareket etmesi gerektiği hususu bakımından da geçerlidir. Fakat, Adalet Bakanlığı'nın çıkardığı genelgeler tavsiye niteliğinde değerlendirilmeli ve somut olayda Cumhuriyet savcısı mevzuatı ne şekilde uygulayacağına kendisi özgür iradesi ve hukukî görüşü ile karar vermelidir.

Son olarak vurgulanmalıdır ki, **savcılığın idari faaliyeti dışında yer alan bir konuda Adalet Bakanı'nın Cumhuriyet başsavcılığına emir verme yetkisi bulunmamaktadır**²⁹. Bu çıkarım yukarıda savcılığın hukuki niteliği bakımından yapmış olduğumuz değerlendirmenin doğal bir sonucudur; çünkü, Adalet Bakanı'nın savcılar üzerinde gözetim yetkisinin bulunuyor olması (HSK m. 5/ 3) tek başına onun idari bir makam olarak değerlendirilmesine yol açmaz. Dolayısıyla savcılığın ana faaliyetinin adli nitelikte olduğu da göz önünde tutularak onun salt yürütme ya da yargı erkine dahil olması sonucuna ulaşılmamalı; onun sui generis niteliği bulunduğu kabul edilmelidir.

²⁸ Krşl. **Krey/ Pföhler**, s. 146; **Rudolph Kurt**, "Die politische Abhängigkeit der Staatsanwaltschaft", NJW 1998, s. 1206; **Kühne**, Strafprozessrecht, kn. 141; **Erem Faruk**, Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, 6. Baskı, Ankara 1986, s. 148.

²⁹ Adalet Bakanı'nın Cumhuriyet savcısına emir verebileceği görüşü için bkz. **Turhan**, s. 84. Burada Adalet Bakanı'nın Cumhuriyet başsavcılığına adli faaliyete ilişkin emir verme yetkisinin bulunmamasının istisnasını CMK m. 309'da düzenlenen kanun yararına bozma kanun yolunun teşkil ettiği söylenmelidir. Bu hükme göre "*Hâkim veya mahkeme tarafından verilen ve istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar veya hükmünde hukuka aykırılık bulunduğunu öğrenen Adalet Bakanlığı, o karar veya hükmün Yargıtayca bozulması istemini, yasal nedenlerini belirterek Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı olarak bildirir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, bu nedenleri aynen yazarak karar veya hükmün bozulması istemini içeren yazısını Yargıtayın ilgili ceza dairesine verir*".

B. Savcılık Faaliyetinin Bütünlüğü İlkesi

1. Anlamı

Savcılık faaliyetinin tek başlılığı ilkesi ile savcılık faaliyetinin bütünlüğü ilkesi arasında sıkı bir ilişki vardır. Savcılık faaliyetinin tek başlılığı ilkesinin her bir savcılık makamına etkisi savcılık faaliyetinin bütünlüğü anlamını taşır. Gerçekten, her bir Cumhuriyet başsavcılığı çevresinde faaliyet gösteren başsavcı ve savcılarının hukuken tek bir bütün oluşturmaları ve ayrıca bunların içinden herhangi bir savcının faaliyetinin, makamın tümü adına olması savcılık faaliyetinin bütünlüğüdür³⁰. İşte bu sayede ilgili Cumhuriyet başsavcılığı çevresi içinde savcılık makamı bölünmez bir bütün teşkil eder ve tüm işlemler **Cumhuriyet başsavcılığı** makamı adına gerçekleştirilir³¹. Bu nedenle örneğin, iddianamelerin baş kısmında da faaliyet gösterilen Cumhuriyet başsavcılığının adı yer alır. İşte esasen aşağıda değinilecek olan başsavcının denetim ve gözetim yetkisinin kaynağı bu ilkedir. Ayrıca savcılık faaliyetinin bütünlüğü ilkesi ilgili Cumhuriyet başsavcılığı çevresi içinde faaliyet gösteren savcılar arasında işbölümünün yapılması sonucunu doğurur. Bu işbölümü sonucu görev alan Cumhuriyet savcısı, çevresi içinde görev yaptığı Cumhuriyet başsavcılığının temsilcisi konumunda olacaktır.

Savcılık faaliyetinin bütünlüğü ilkesi muhakemenin çeşitli evrelerinde dosyayı farklı savcılarının takip edebilmesine de olanak sağlar. Bu sebeple örneğin, soruşturmayı yapan Cumhuriyet savcısı ile duruşmayı takip eden Cumhuriyet savcısının ve hatta kanun yoluna başvuran Cumhuriyet savcısının aynı kişiler olması gerekmez. Aksine birbirlerinden farklı olmaları muhakemede savcılık makamının objektifliğinin sağlanması bakımından da yararlı olacaktır. Savcılık faaliyetinin bütünlüğü ilkesinin imkan tanıdığı bu tür bir rotasyonun imkanlar elverdiğince

³⁰ Keyman, s. 186.

³¹ Keyman, s. 186; Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, s. 322- 323. Cumhuriyet savcısının, yaptığı işlemleri Cumhuriyet başsavcısı adına yaptığı ve Cumhuriyet başsavcısının temsilcisi olduğu görüşü için bkz. Turhan, s. 82.

uygulanması gerektiği söylenmelidir³². Bu uygulama her ne kadar büyük şehirlerde yer alan adliyelerde söz konusu olmakta ise de daha küçük adliyelere sahip yargı çevrelerinde fiilî açıdan imkansızlık sebebiyle aynı savcı kimi zaman muhakemenin tamamında faaliyet gösterebilmektedir.

2. Savcılık Faaliyetinin Bütünlüğü İlkesinin Etkileri

a. Ülkemizde Mevcut Hukuki Düzenlemeler Karşısında Uygulanmakta Olan

Durum

aa. İç Emir Yetkisi

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun³³ m. 18 uyarınca “*Ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet başsavcısının; ağır ceza mahkemesinin yargı çevresinde görevli Cumhuriyet başsavcıları, Cumhuriyet başsavcıvekilleri, Cumhuriyet savcıları ile bağlı birimler üzerinde gözetim ve denetim yetkisi vardır. Asliye ceza mahkemesi Cumhuriyet başsavcısının o yer yargı çevresinde görevli Cumhuriyet savcıları ile bağlı birimler üzerinde gözetim ve denetim yetkisi vardır*”. Benzer düzenleme 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu m. 5’te bulunmaktadır. Buna göre, “...*Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Yargıtay Cumhuriyet savcıları üzerinde, Danıştay Başsavcısı, Danıştay savcıları üzerinde, ağır ceza Cumhuriyet başsavcıları, merkezdeki Cumhuriyet savcıları ile bağlı ilçe Cumhuriyet başsavcıları ve Cumhuriyet savcıları üzerinde, gözetim ve denetim hakkına sahiptir*”. Nitekim 5235 sayılı Kanun m. 20/ 1- (2)’de Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet başsavcısı tarafından verilen adlî ve idarî görevleri yerine getirme görevinin bulunduğu düzenlenmiştir. Bu iki kanunda yer alan düzenlemeler iç emir yetkisinin varlığını

³² Buradaki tek kısıtlama, çeşitli işlemleri gerçekleştiren savcıların aynı Cumhuriyet başsavcılığı adına faaliyette bulunuyor olması gerekliliğidir (Keyman, s. 187).

³³ 07.10.2004 gün ve 25606 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

ortaya koymaktadır. Dolayısıyla burada ifade edilmek istenen Cumhuriyet başsavcıları ile Cumhuriyet savcıları arasındaki idarî açıdan var olan hiyerarşik ilişkidir³⁴.

Cumhuriyet savcısının Adalet Bakanı karşısındaki konumu ile Cumhuriyet başsavcısı karşısındaki konumu birbirinden farklıdır. Cumhuriyet savcısına emir verme hakkına sahip olan tek makam Cumhuriyet başsavcılığıdır. Adalet bakanı-başsavcı ilişkisinden daha ileri olan başsavcı- savcı ilişkisinin doğal sonucu her başsavcılık çevresinin bu makamın başı sayılan başsavcı tarafından tek elden idare edilmesidir³⁵. Bir başka deyişle, bir çok kola ayrılarak faaliyetlerini yerine getiren savcılık makamının, bu kolları hareket ettiren tek bir irade tarafından (Cumhuriyet başsavcısı) yönlendirildiği³⁶ ve bu noktadan hareketle savcılığın tek başlı bir tarzda örgütlendiği söylenebilir³⁷. Bugün kabul edilen ve uygulamada da etkisini fazlasıyla gösteren düşünce, bu tek başlı örgütlenme dolayısıyla Cumhuriyet başsavcısı altında görev yapan Cumhuriyet savcılarının kendi mutlak hakimiyetlerine dayanarak değil, Cumhuriyet başsavcısının birer temsilcisi olarak işlemlerini gerçekleştirdikleri düşüncesidir³⁸. Dolayısıyla bu görüş uyarınca Cumhuriyet savcısının gerçekleştirdiği işlemler hukukî geçerlik bakımından Cumhuriyet başsavcısının işlemiymiş gibi görülür³⁹. Ayrıca, uygulamada ve doktrinde kabul edilen görüş Cumhuriyet

³⁴ Volk, § 6 kn. 4; Krey/ Pföhler, s. 145; Kühne, Strafprozessrecht, kn. 141; Beulke, kn. 84.

³⁵ Keyman, s. 190.

³⁶ Karlsruher Kommentar- Schmid/ Schoreit, GVG § 144 kn. 1; Keyman, s. 190.

³⁷ Peters, Strafprozeß, § 23 III 3; Löwe- Rosenberg/ Schäfer/ Boll, GVG § 146 kn. 18; Karlsruher Kommentar- Schmid/ Schoreit, GVG § 144 kn. 1; Rüping, s. 31; Krey/ Pföhler, s. 145; Hellmann, kn. 84; Hartmann/ Schmidt, kn. 157.

³⁸ Bkz. Löwe- Rosenberg/ Schäfer/ Boll, GVG § 144 kn. 2; Karlsruher Kommentar- Schmid/ Schoreit, GVG § 144 kn. 3; Schäfer Gerhard, Die Praxis des Strafverfahrens, 4. Auflage, Stuttgart Köln Berlin Mainz 1976, § 6 I; Roxin/ Schünemann, § 9 kn. 5; Kühne, Strafprozessrecht, kn. 140; Volk, § 6 kn. 3; Krey/ Pföhler, s. 146; Schlüchter, s. 36; Rüping, s. 31; Ranft, kn. 228; Beulke, kn. 82; Hellmann, kn. 88. Bu görüş, Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet başsavcısının yerine işlem yapıyor olduğu şeklinde de ifade edilebilir (bkz. Peters, Strafprozeß, § 23 III 3). Bu düşüncenin eleştirisi için bkz. aşağıda II B 2 b başlığı altında yapılan değerlendirmeler.

³⁹ Löwe- Rosenberg/ Schäfer/ Boll, GVG § 144 kn. 2. Bu nedenle aşağıda da belirtileceği gibi, Cumhuriyet savcısının gerçekleştirdiği işlem, savcılığın iç ilişkisi kapsamında verilen emre uygun olup olmadığından bağımsız bir şekilde hukuki alanda geçerliliğini korur. Örneğin duruşma savcısının kovuşturma evresinde kanun yolundan vazgeçmesi halinde, bu açıklaması Cumhuriyet

savcısının yalnızca Cumhuriyet başsavcısının temsilcisi olarak görev yaptığını; Adalet Bakanı'nın temsilcisi olarak faaliyette bulunmadığını dile getirmektedir⁴⁰.

İç emir yetkisi savcılığın tek başlı ve hiyerarşik yapısının bir ifadesidir⁴¹. Gerçekten iç emir yetkisi **görünürde** Cumhuriyet başsavcısının 5235 sayılı Kanun m. 18/ 1- (3) uyarınca “*Gerektiğinde adli göreve ilişkin işlemler yapmak, duruşmalara katılmak ve kanunuyollarına başvurmak*” görevi ile de örtüşmekte ve sonuç olarak savcılığın tek başlı ve hiyerarşik bir yapıya sahip olmasını sağlamaktadır. Ayrıca savcılık işlemlerinin tamamı mahkeme kararlarının aksine bir hakim veya mahkeme tarafından denetlenebilme/düzeltilme imkanına sahip değildir; sadece kanunda gösterilen işlemler bakımından savcılık kararlarına karşı hakim veya mahkeme denetimi gerçekleşebilir. Bu sebeple iç emir yetkisinin aynı Cumhuriyet başsavcılığı çevresindeki savcılık işlemlerinin (özellikle kamu davasının açılması ve takipsizlik kararları bakımından) birlik ve istikrar sergilemesini teminat altına aldığı söylenmektedir⁴². Bugün doktrinde ve uygulamada kabul edilen bu düşünce, Cumhuriyet savcısının Cumhuriyet başsavcısı tarafından verilen emirleri yerine getirme zorunluluğu bulunmasının onun özerkliğini olumsuz olarak etkileyip etkilemediğini ayrıca araştırmamaktadır⁴³. Çünkü, bu görüşe göre emir aldığı makam, temsilcisi olarak görev yaptığı Cumhuriyet başsavcısıdır. Bu görüşe göre, Cumhuriyet başsavcısının vereceği emir idari faaliyete ilişkin olabileceği gibi adli faaliyete ilişkin de olabilir.

başsavcısının emrine aykırı olsa dahi geçerliğini koruyacaktır (bkz. **BGH**, vom 03.07.1964- 2 StR 208/ 64 (NJW 1964, s. 1969); **Löwe- Rosenberg/ Schäfer/ Boll**, GVG § 144 kn. 2; **Roxin/ Schünemann**, § 9 kn. 5; **Karlsruher Kommentar- Schmid/ Schoreit**, GVG § 144 kn. 4).

⁴⁰ **Krey/ Pföhler**, s. 146. Kaldı ki, Adalet Bakanı'nın savcının sahip olduğu yetkilere sahip olmadığı da söylenmelidir (krşl. **Krey/ Pföhler**, s. 146; **Roxin/ Schünemann**, § 9 kn. 5). Ancak, Cumhuriyet savcısı ne Cumhuriyet başsavcısının ne de Adalet Bakanı'nın temsilcisidir. Cumhuriyet savcısı yalnızca Cumhuriyet başsavcılığı makamının temsilcisidir.

⁴¹ **Löwe- Rosenberg/ Schäfer/ Boll**, GVG § 146 kn. 18; ayrıca krşl. **Krey/ Pföhler**, s. 148.

⁴² **Löwe- Rosenberg/ Schäfer/ Boll**, GVG § 146 kn. 18.

⁴³ Bkz. **Centel/ Zafer**, s. 113; **Ünver/ Hakeri**, s. 190.

bb. Astın Adli Faaliyeti Yerine Getirmedeki Özerkliği

Emir verme yetkisinin varlığına rağmen Cumhuriyet savcılarını yalnızca Cumhuriyet başsavcılığının temsilcisi olarak değil bunun yanında görevlerini ifa haklarına dayalı olarak faaliyet gösterirler⁴⁴. Emrin yerine getirilip getirilmediği savcılığın iç meselesidir; dolayısıyla hakim veya mahkemeye karşı bir anlam ifade etmemektedir. Bunun bir sonucu olarak da Cumhuriyet savcısının gerçekleştirdiği işlemin geçerliliği işlemin kendisine verilen emir ile uyumlu olup olmadığına bağlı değildir⁴⁵. Dolayısıyla hukuka uygun olarak Cumhuriyet başsavcısının verdiği bağlayıcı emir yalnızca iç ilişkide sonuç doğurup Cumhuriyet savcısının, verilen emre uyma yükümlülüğüne aykırı olarak gerçekleştirdiği işlem hukukî alanda geçersiz olmayacaktır⁴⁶. Ayrıca savcılık makamının başı olan Cumhuriyet başsavcısının, Cumhuriyet savcısından bu dosyayı alması ve kendisinin ya da görevlendireceği başka bir Cumhuriyet savcısının ilgili işlemi gerçekleştirmesi, verilen emrin yerine getirilmemesinin yaptırımını olarak görülebilir⁴⁷.

cc. Üstün (Cumhuriyet Başsavcısının) Konumu

Cumhuriyet başsavcısı savcılık teşkilatında idarî faaliyet bakımından nüfuz sahibidir. Cumhuriyet başsavcılığına bağlı olarak faaliyet gösteren Cumhuriyet

⁴⁴ Löwe- Rosenberg/ Schäfer/ Boll, GVG § 142 kn. 5; Erem, s. 148.

⁴⁵ BGHSt, 19, 382; Löwe- Rosenberg/ Schäfer/ Boll, GVG § 146 kn. 40; **Karlsruher Kommentar- Schmid/ Schoreit**, GVG § 146 kn. 10; **Meyer- Goßner**, GVG vor § 146 kn. 8.

⁴⁶ **Karlsruher Kommentar- Schmid/ Schoreit**, GVG § 146 kn. 10; **Meyer- Goßner**, GVG vor § 146 kn. 8; **Peters**, Strafprozeß, § 23 III 3; **Roxin/ Schünemann**, § 9 kn. 5; **Kühne**, Strafprozessrecht, kn. 140; **Beulke**, kn. 82; **Hellmann**, kn. 88. Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu § 144'te savcının herhangi bir özel yetkiye sahip olmaksızın görev alanına giren her konuda işlem yapmaya yetkili olduğu düzenlemesine yer verilmiştir. Hukukumuzda ise 5235 sayılı Kanun m. 20/1- (1)'de Cumhuriyet savcısının adli göreve ilişkin işlemleri yapmak, duruşmalara katılmak ve kanunyollarına başvurmak görevlerinin bulunduğu düzenlemesi yer almaktadır. Bu hükümlerin yukarıda açıklanan, verilen emre aykırı olarak gerçekleştirilen işlemin hukuki alanda geçerli olması gereğinin dayanağı olduğu söylenmelidir (**Beulke**, kn. 82; **Hellmann**, kn. 91).

⁴⁷ **Keyman**, s. 191. Fakat aşağıda II B 2 b başlığı altında yapılacak açıklamalarda da değinileceği üzere bu yetki Cumhuriyet savcılarının özerkliklerini ortadan kaldıracak şekilde değil; oldukça istisnai durumlarda son çare olacak şekilde kullanılmalıdır.

savcıları fiilî olarak geniş bir özerkliğe ve bireysel sorumluluğa sahip olmalarına rağmen hukukî anlamda sadece Cumhuriyet başsavcılığı makamının temsilcisi olarak hareket etmektedirler⁴⁸. Cumhuriyet başsavcısının 5235 sayılı Kanun m. 18/1- (2) uyarınca “*Başsavcılığın verimli, uyumlu ve düzenli bir şekilde çalışmasını sağlamak, iş bölümünü yapmak*” görevi bulunmaktadır. Yine 5235 sayılı Kanun m. 18/2-3’e göre, “*Ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet başsavcısının; ağır ceza mahkemesinin yargı çevresinde görevli Cumhuriyet başsavcıları, Cumhuriyet başsavcivekilleri, Cumhuriyet savcıları ile bağlı birimler üzerinde gözetim ve denetim yetkisi vardır. Asliye ceza mahkemesi Cumhuriyet başsavcısının o yer yargı çevresinde görevli Cumhuriyet savcıları ile bağlı birimler üzerinde gözetim ve denetim yetkisi vardır*”.

dd. Emir Verme Yetkisinin Sınırları

aaa. Kovuşturma Mecburiyeti İlkesi

Emir verme yetkisi öncelikle kovuşturma mecburiyeti ilkesi tarafından sınırlanmaktadır⁴⁹. Kanunun savcıya herhangi bir takdir yetkisi bırakmadığı ve kesin bir şekilde belirli bir işlemin yapılmasını ondan beklediği hallerde bundan farklılık gösteren emirler hukuka aykırı nitelikte olur⁵⁰. Fakat, Türk Hukuku’nda Cumhuriyet başsavcısı dışındaki bir makamın Cumhuriyet savcısına emir verme yetkisi bulunmadığı; Cumhuriyet başsavcısına da Adalet Bakanı’nın sadece idarî faaliyetler ile sınırlı olarak emir verme yetkisi bulunduğu için Cumhuriyet savcısına verilecek

⁴⁸ Bizzat başsavcının temsilcisi oldukları görüşü için bkz. **Löwe- Rosenberg/ Schäfer/ Boll**, GVG § 142 kn. 6.

⁴⁹ Alman Hukuku’nda ise bu sınırlamanın öncelikle yine kovuşturma mecburiyeti ilkesinden kaynaklandığı ifade edilse de genel olarak Alman Anayasası § 20/ 3’te yer alan yürütme ve yargı erklerinin kanun ve hukuk ile bağlı olduğu düzenlemesinden kaynaklandığı dile getirilmektedir. Bkz. **Löwe- Rosenberg/ Schäfer/ Boll**, GVG § 146 kn. 21; **Krey/ Pföhler**, s. 148; **Hund**, s. 472; **Beulke**, kn. 85; **Hellmann**, kn. 94.

⁵⁰ **Löwe- Rosenberg/ Schäfer/ Boll**, GVG § 146 kn. 21.

emrin kovuşturma mecburiyeti ilkesi ile sınırlanması Türk Hukuku bakımından bir özellik arz etmeyecektir⁵¹.

bbb. Cumhuriyet Savcısına Takdir Yetkisi Tanınan Haller

Cumhuriyet savcısına kanun tarafından takdir yetkisi tanınan hallerde Cumhuriyet başsavcısının vereceği emir, takdir yetkisinin kullanılmasını ortadan kaldıracak dereceye varmamalıdır⁵². Aksi takdirde kanunun Cumhuriyet savcısına verdiği takdir yetkisinin bir anlamı kalmayacaktır. Kaldı ki, Cumhuriyet başsavcısının Cumhuriyet savcısının adli faaliyetine kural olarak müdahale etme hakkı bulunmadığı kabul edilmelidir⁵³. Fakat, bugün uygulamada Cumhuriyet başsavcısının Cumhuriyet savcısına örneğin m. 171 uyarınca takipsizlik kararı vermemesi yönünde talimat verdiği ya da tavsiyelerde bulunduğu görülmektedir.

ccc. Hukuka Aykırı Emir

Hiçbir durumda Cumhuriyet başsavcısının vereceği emir hukuka aykırı amaçların yerine getirilmesine hizmet edemez. Cumhuriyet başsavcısının Cumhuriyet savcısına vereceği emir hukuka ve işin esasına aykırı olamaz⁵⁴.

⁵¹ Ancak, Alman Hukuku'nda Adalet Bakanı'nın adli konularda da emir verme yetkisinin bulunduğu kabul edildiğinden Adalet Bakanı'nın başsavcının ya da savcının yükümlülükleri ve sorumluluklarına dikkat etmesi gerektiği; zira, Adalet Bakanı'nın da kovuşturma mecburiyeti ilkesi ile bağlı olduğu yüksek yargı kararlarında ve doktrinde vurgulanmaktadır. Bkz. **BGH**, vom 23. 9. 1960 - 3 StR 28/60(NJW 1960, s. 2346); **OLG Celle**, vom 30. 4. 1971 - 2 Ws 94/71 (NJW 1971, s. 1375); **Karlsruher Kommentar- Schmid/ Schoreit**, GVG § 146 kn. 7; **Meyer-Goßner**, GVG vor § 146 kn. 3.

⁵² Aksi yönde ve takdir alanını aşmamak koşuluyla emir verilebileceği yönünde bkz. **Löwe-Rosenberg/ Schäfer/ Boll**, GVG § 146 kn. 23; **Ranft**, kn. 237; **Kühne**, Strafprozessrecht, kn. 140; **Joachimski/ Haumer**, s. 32.

⁵³ Bu düşüncenin daha ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. aşağıda II B 2 b başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁵⁴ **BGHSt** 9, 223, 229; **Karlsruher Kommentar- Schmid/ Schoreit**, GVG § 146 kn. 10; **Meyer-Goßner**, GVG vor § 146 kn. 5; **Volk**, § 6 kn. 11; **Beulke**, kn. 85.

Cumhuriyet başsavcısının Cumhuriyet savcısına hukuka aykırı emir vermesi durumunda Anayasa m. 137 ve TCK m. 24/ 2'ye göre hareket edilecektir. Bu nedenle Cumhuriyet başsavcısının verdiği emrin hukuka aykırı olduğunu düşünen Cumhuriyet savcısı Anayasa m. 137'ye göre hareket etmeli ve emri yerine getirmemeli; bu aykırılığı emri verene bildirmelidir. Ancak, Cumhuriyet başsavcısı emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yinelerse emir yerine getirilmelidir. Bu durumda Anayasa m. 137 emri yerine getirenin sorumlu olmayacağını belirtmiştir. Buna karşılık, Anayasa'da bu durumda emri verenin sorumlu olup olmayacağına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Fakat, hukuka aykırı bir işlemin yerine getirilmesi bakımından kural, bu işlemin sonuçlarına katlanmak ve sorumlu olmak olduğuna göre, Anayasa'da bu konuda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş olması emri veren makam olan Cumhuriyet başsavcısının bu işlem bakımından sorumluluk taşıdığını ortaya koyar. Ancak, eğer Cumhuriyet başsavcısının verdiği emrin konusu suç teşkil ediyor ve Cumhuriyet savcısı buna rağmen bu emri yerine getiriyorsa bu durumda Anayasa m. 137/ 2 ve TCK m. 24/ 3 uyarınca bu emir hiçbir suretle yerine getirilmemesi gereken bir emir olduğundan hem emri veren hem de emri yerine getirenin sorumluluğu doğar. Cumhuriyet başsavcısının Cumhuriyet savcısına, yürütülmekte olan bir soruşturma dosyasının kapatılması emrini vermesi bu hususa örnek oluşturmaktadır.

ddd. Duruşma Savcısının Duruşmadaki Faaliyetine İlişkin Olarak Emir

Verilebilmesi Hususu

Doktrinde savcının muhakemede her ne kadar başsavcıdan aldığı emre uyma zorunluluğu bulunduğu ileri sürülüyor da olsa çoğunluk görüşü, verilen emre uyma zorunluluğunun duruşma evresinde özellikle delillerin değerlendirilmesi ve esas hakkındaki mütalaa bakımından bulunmadığını savunmaktadır⁵⁵. Bu düşünce, savcının delillerin değerlendirilmesi ve esas hakkındaki mütalaaasının da mahkemeye tanınan güvencelere bağlanması gerektiğini, mahkemenin bu hususlara ilişkin olarak

⁵⁵ **Roxin/ Schünemann**, § 9 kn. 13; **Schäfer**, § 6 III 2; **Beulke**, kn. 86; **Joachimski/ Haumer**, s. 32; **Ranft**, kn. 236; **Volk**, § 6 kn. 11; **Keyman**, s. 192- 193.

kanaatini özgürce ve duruşmada önüne gelen-tartışılan noktalara bağlı olarak vermesine dayandırmaktadır. Dolayısıyla vasıtasızlık ilkesinin sonucu olarak bu görüş ileri sürülmekte; vasıtasızlık ilkesinin uygulanması bakımından hakim ve savcı arasında ayırım yapılmaması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁶.

Fakat, Cumhuriyet savcısının Cumhuriyet başsavcısından adli faaliyete ilişkin hiçbir konuda emir almaması gerekir. Çünkü, Cumhuriyet savcısı muhakemenin bütünü bakımından ele alındığında yaptığı faaliyet özellikle soruşturma evresinde temelde hakimin faaliyetinden çok da farklı değildir. Dolayısıyla vasıtasızlık ilkesinin Cumhuriyet savcısı bakımından uygulanabilmesi onun başsavcıdan muhakemenin bütünü süresince adli faaliyetine ilişkin emir almamasını zorunlu kılar. Bu nedenle yukarıda belirtilen düşünceye dayalı bir ayırım yapılması, gerçeğin bir kısmının göz ardı edildiğini göstermektedir; çünkü, savcının duruşma evresinde emir almaması gerektiğini ileri süren yazarların bu görüşlerini dile getirirken savcının soruşturma evresindeki faaliyeti bakımından aynı düşünceyi paylaşmamaları hem anlamsızdır hem de düşüncelerini temelsiz kılmaktadır.

b. Ülkemizdeki Mevcut Uygulamaya İlişkin Eleştirilerimiz

Uygulamada Cumhuriyet başsavcısının Cumhuriyet savcısı karşısındaki emir verme yetkisi oldukça geniş bir şekilde yorumlanmaktadır. Bu geniş yoruma dayanarak kimi zaman Cumhuriyet başsavcılarının Cumhuriyet savcılarına her konuda emir vermesi söz konusu olmaktadır. Fakat, bu geniş yorumlama Cumhuriyet savcılarını Cumhuriyet başsavcısı karşısında işlevlerini tam olarak yerine getiremeyecek bir konuma indirgeyebilir.

Kanımızca olması gereken, Cumhuriyet başsavcısının iç emir yetkisini kullanarak Cumhuriyet savcısına adli faaliyete ilişkin emir vermesinin son derece istisnaî durumlara özgü olarak uygulanması olmalı ve Cumhuriyet başsavcısı adli faaliyetin yerine getirilmesi bakımından Cumhuriyet savcısının özerkliğine saygı

⁵⁶ Bkz. ve karşılaştırmalı olarak: **Schäfer**, § 6 III 2; **Beulke**, kn. 86; **Ranft**, kn. 236; **Volk**, § 6 kn. 11.

göstermelidir⁵⁷. Oysa bugünkü uygulamamız başsavcının yetkilerinin oldukça geniş bir şekilde düzenlendiği Almanya'daki uygulamaya benzer şekilde gerçekleşmektedir. Fakat, bu yerinde değildir; çünkü, öncelikle Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu'nda başsavcının yetkileri geniş bir şekilde açıkça düzenlenmiştir. Bizde ise bu tür bir açıklık yoktur ve ayrıca var olan yetkinin de “gerektiğinde” kullanılacağı düzenlenmiştir. Ayrıca her ne kadar son yıllarda ülkemizde hukuk devleti olmak bakımından bir çaba hissedilmekteyse de Almanya hukuk devleti olmak bakımından Türkiye'den oldukça ileridedir. Bunun yanısıra, hukuk devleti olmak bakımından her ne kadar ülkemiz kadar olmasa da çeşitli sorunlar yaşayan İtalya'da 1990'lı yılların başında yapılan kanun değişikliği ile başsavcılarının savcılara emir verme yetkisi kural olarak kaldırılmış ve çok sıkı ve açık sınırlamalara bağlanmıştır. Ülkemizde ise yapısal sorunları bize daha yakın olan İtalya'yı göz önüne almak gerekirken yapısal sorunları ülkemizdeki sorunlarla hiç örtüşmeyen Alman uygulamasının esas alınması uygulamada tıpkı şu anda olduğu gibi keyfilik tehlikesi ve hukuk devleti ile bağdaşmayan, adlî faaliyetin özerkliğine ters düşen sonuçlar doğurmaktadır. Dolayısıyla uygulamada gerçekleştirildiği gibi Cumhuriyet başsavcısı istediği her konuda Cumhuriyet savcısına emir vererek ona müdahale etmemelidir.

Bu düşüncelerimizin temelini şu hususlar oluşturmaktadır:

⁵⁷ Nitekim İtalya'da da bizim burada ifade etmeye çalıştığımız uygulama 90'lı yıllarda kanunkoyucu tarafından düzenlenerek hayata geçirilmiştir. İtalya'daki düzenlemeye göre hem Adalet Bakanı'nın hem de başsavcının savcıya kural olarak emir verme yetkisi bulunmamaktadır. Başsavcının yalnızca açıkça sınırlandırılmış “*yerine geçerek işlem yapma*” ve “*ilgili iş bakımından başka bir savcıyı görevlendirme*” hakkı bulunmaktadır. Buna göre yalnızca; savcının görevini ifada çok ağır bir engelin ortaya çıkması, faaliyet bakımından çok önemli bir gerekliliğin oluşması ya da savcının görevden ihraç edilmesi halleri ile sınırlı olarak başsavcı bu yetkilerini kullanabilecektir. Ayrıca bu şekilde sınırlandırılmış olan başsavcının “*yerine geçerek işlem yapma*” ve “*ilgili iş bakımından başka bir savcıyı görevlendirme*” yetkilerinin kötüye kullanılmasının önüne geçebilmek ve şeffaflığını güvence altına alabilmek amacıyla başsavcının bu yetkilerini yazılı biçimde gerekçelendirmesi zorunluluğu getirilmiştir. Böylece soruşturma evresine gizli ve açık müdahalelerden İtalyan Hukuku'nda söz edebilmek pek mümkün gözükmemektedir (**Maier** Winfried, “Wie unabhängig sind Staatsanwälte in Deutschland ?”, ZRP 2003, s. 390; **Kühne**, Strafprozessrecht, kn. 1272).

• Cumhuriyet başsavcısının her konuda Cumhuriyet savcısına emir verme yetkisinin bulunduğu kabulü, Cumhuriyet savcısının Cumhuriyet başsavcısının temsilcisi olarak görev yaptığı ve bu nedenle onun yerine işlemde bulunduğu düşüncesine dayandırılmaz. Çünkü, Cumhuriyet savcıları Cumhuriyet başsavcısının değil, Cumhuriyet başsavcılığı makamının temsilcisi olarak faaliyette bulunurlar. Bu sebeple örneğin iddianamenin başında Cumhuriyet başsavcılığının adı yazılır. Cumhuriyet başsavcılığı makamını temsil etmek makamın başı olan Cumhuriyet başsavcısını temsil etmek değildir. **Cumhuriyet başsavcısının statüsünü yalnızca makamın başı olarak tespit etmek ve idarî faaliyet yönünden özel bir göreve sahip bulunduğunu kabul etmek gerekir.** Cumhuriyet başsavcısını bu şekilde niteledikten sonra Cumhuriyet başsavcısının emir verme yetkisinin varlığına rağmen Cumhuriyet savcılarının yalnızca Cumhuriyet başsavcısının temsilcisi olarak değil bunun yanında görevlerini ifa haklarına dayalı olarak faaliyet gösterdiklerini de vurgulamak gerekir⁵⁸. Dolayısıyla Cumhuriyet savcısı yalnızca Cumhuriyet başsavcısı tarafından verilen emirleri yerine getirmekle görevli bir memur değil, kendi adlî faaliyetini özerk bir şekilde yerine getirmek hakkına sahip hukuk adamıdır.

• Öte yandan Cumhuriyet başsavcısının Cumhuriyet savcısının adlî faaliyetine sık sık müdahale etmesi Cumhuriyet savcısının görevini yerine getirmeye duruma gelmesine sebep olur. Çünkü, böyle bir konuma itilen Cumhuriyet savcısı öncelikle her zaman üzerinde bir baskı unsuru hissedecektir. Bu da onun, görevlerini gereğince yerine getirebilmesini engeller. Bu sebeple Cumhuriyet savcısına geniş bir özerklik sağlanması ve adlî faaliyetini vicdanınca ve hür iradesiyle yerine getirmesinin temin edilmesi uygulamada mutlaka hayata geçirilmelidir.

• Uygulamada savcılık makamının idarî ve adlî faaliyeti birbirinden kesin ve net çizgilerle ayrılmalıdır. Savcılık makamının adlî faaliyetinin yanısıra idarî faaliyetinin de bulunması ve buna bağlı olarak yürütme erki içinde de fonksiyona sahip olması savcılık makamının yapısının değerlendirilmesinde hatalı yaklaşımlara yol açabilir. Nitekim uygulamada da maalesef Cumhuriyet savcısı Cumhuriyet

⁵⁸ Löwe- Rosenberg/ Schäfer/ Boll, GVG § 142 kn. 5; Erem, s. 148.

başsavcısı karşısında tıpkı bir memur gibi değerlendirilerek buna göre yorum yapılmaktadır. İşte yukarıda savcılığın hukukî niteliğinin tespitinde savcılığın sui generis bir niteliğe sahip olduğunu bu nedenle vurguladık. Çünkü, savcılık makamının her ne kadar idarî yönü bulunuyor da olsa bu durum esasen onun idarî faaliyeti bakımından sonuç doğurmalıdır. Dolayısıyla adlî faaliyeti bakımından Cumhuriyet savcısını Cumhuriyet başsavcısına tamamen tâbi kılmak onun adlî faaliyeti ile bağdaşmaz⁵⁹.

• Nitekim uygulamada Cumhuriyet savcıları Cumhuriyet başsavcılarının müdahalelerinden rahatsız olmakta ve kimi zaman görevlerini gerektiği gibi özgürce ve vicdanlarına uygun olarak yerine getiremediklerinden yakınmaktadırlar. Bu sebeple Cumhuriyet savcılarının bu düşüncelerini göz önünde tutarak ve savcılık makamına gereken özerkliği tanıyarak mevzuat hükümlerinin uygulanması gerekir. **Dolayısıyla Cumhuriyet savcılarının salt Adalet Bakanı'na karşı değil, aynı zamanda Cumhuriyet başsavcısına karşı da özerk bir biçimde faaliyet göstermesini sağlayacak ortam hazırlanmalıdır.** Aksi takdirde Cumhuriyet savcısı olmak Cumhuriyet başsavcısının emri altında sıradan bir memur olmaya indirgenmiş olacaktır. Gerçekten, kanunkoyucu Cumhuriyet savcısına özellikle soruşturma evresinde geniş yetkiler vermiş ve onu soruşturma evresinin en etkin sîjesi haline getirmiştir. Kanunkoyucuyu buna sevk eden düşünce, bir hukuk adamı olan Cumhuriyet savcısının özellikle şüpheli bakımından önemli bir güvence teşkil etmesi olmalıdır. Görüldüğü üzere kanunkoyucunun Cumhuriyet savcısına bu denli önemli bir misyon yüklemiş olması Cumhuriyet savcısının salt üstü tarafından verilen bir emri yerine getirmekle görevli bir ast olarak nitelenmesine engel olur. Bu nedenden ötürü Cumhuriyet savcısı Cumhuriyet başsavcısı tarafından verilen emirleri salt yerine getirmekle görevli bir memur olarak görülemez⁶⁰. Cumhuriyet savcılarının uygulamadan kaynaklanan yakınmaları dikkate alınmalıdır.

• Cumhuriyet başsavcısına 5235 sayılı Kanun m. 18 ile verilen görevlerin çok geniş bir şekilde yorumlanarak uygulanması onun bu görevleri yerine getirirken

⁵⁹ Krşl. Erem, s. 148.

⁶⁰ Erem, s. 148

keyfî davranması tehlikesini de beraberinde getirebilir. Çünkü, Cumhuriyet başsavcısına adlî faaliyet bakımından Adalet Bakanı'nın emir verme yetkisi bulunmaz. Bu nedenle Cumhuriyet başsavcısına, kendi yetki çevresindeki tüm adlî işlemler bakımından Cumhuriyet savcılarında emir verme yetkisi çok geniş bir şekilde tanıdığı takdirde Cumhuriyet başsavcısı tüm adlî işlemler bakımından tek irade olacaktır. Yine bu yetkinin çok geniş uygulanması Cumhuriyet savcılarının kararlarının denetlenmesi gerekçesiyle de kabul edilemez. Çünkü, bu durumda adlî faaliyetlerin ifası hakkında adeta tek söz sahibi konumuna gelecek olan Cumhuriyet başsavcısının işlemlerinin keyfilik yasağına aykırı olup olmadığını denetleyecek bir makam bulunmayacaktır. Halbuki bir Cumhuriyet başsavcılığı çevresi içerisindeki işlemler Cumhuriyet başsavcılık makamı adına gerçekleştirilmektedir. Buna bağlı olarak da Cumhuriyet başsavcılığı o çevrede görev yapan Cumhuriyet başsavcısı, Cumhuriyet başsavcı vekilleri ve Cumhuriyet başsavcılarında oluşmaktadır. Bu ifade de Cumhuriyet başsavcısının Cumhuriyet savcılarında karşısındaki konumunu ortaya koyar. Buna göre Cumhuriyet başsavcısı ile Cumhuriyet savcısı arasında tam bir vesayet ilişkisi bulunmaz. Cumhuriyet başsavcısı idarî yapılanma bakımından Cumhuriyet savcılarında üstü olarak konumlandırılmıştır. Fakat, adlî faaliyet söz konusu olduğunda bu ast- üst ilişkisi yerini yatay bir ilişkiye bırakmalıdır.

- Adalet Bakanlığı Adlî Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün verilerine göre, Türkiye'de açılan kamu davaları sonucunda 2008 yılında verilen mahkûmiyet hükmünün oranı % 35,2; 2009 yılında ise % 38,5'tir⁶¹. Bu oran CMK m. 250 ile görevli ağır ceza mahkemelerinde 2008 yılında % 42,1, 2009 yılında ise % 53,4 seviyesindedir⁶². Görüldüğü üzere ülkemizde gerçekleştirilen kovuşturma evreleri sonucunda verilen mahkûmiyet hükümleri açılan davaların yarısını dahi geçememektedir. Bu da, kamu davalarının büyük bir çoğunluğunun gereksiz yere açılarak mahkemelerin meşgul edildiğini ortaya koymaktadır. Buradan çıkarılması gereken sonuç, soruşturma evresinin esas süjesi olan Cumhuriyet savcılarında CMK m. 174 hükmüne gereken özeni göstermeksizin iddianame düzenlediklerini gösterir. Uygulamada Cumhuriyet başsavcılarında oldukça geniş bir şekilde Cumhuriyet

⁶¹ http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2009/ceza/ceza10.pdf (erişim tarihi: 27.03.2011).

⁶² http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2009/dgm/dgm6.pdf (erişim tarihi: 27.03.2011).

savcılarını üzerinde denetim ve gözetim yetkilerini kullandıkları bilinen bir gerçek olduğuna göre, Cumhuriyet başsavcılarının bu yetkilerini bu denli geniş bir şekilde uygulamalarının pratikte bir faydası bulunmamaktadır. Gerçekten bir faydası olsaydı, Cumhuriyet başsavcıları, aslında açılmaması gereken davaların açılmasına engel olurlardı. Bu sonuç, Cumhuriyet başsavcılarının kendilerini adli faaliyet bakımından da üst olarak görerek denetim ve gözetim yetkilerini son derece geniş biçimde uygulamalarının keyfiliğe dönüşebileceğini ve bunun işlevsel olmadığını göstermektedir.

- Cumhuriyet başsavcısı ile Cumhuriyet savcısı arasındaki ilişki bakımından ceza adaletinin sağlanmasındaki temel etik ilkeler de göz önünde bulundurulmalıdır. Ceza adaletinin sağlanmasındaki temel etik ilkeler, adil ve hakka uygun karar verilmesini hedefler⁶³. Bu nedenle etik ilkeler salt yargılama makamı bakımından değil, iddia ve savunma makamları bakımından da geçerli olması ve uyulması gereken kurallardır⁶⁴. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bu hususu, etik ilkelerin savcılar bakımından da uygulanmasının gerekli olduğunu belirterek özellikle vurgulamaktadır⁶⁵. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kararında da belirttiği

⁶³ **Özbek**, Etik İlkeler, s. 7; **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, Ceza Muhakemesi, s. 82.

⁶⁴ **İçel**, Savcılar, s. 30; **Özbek**, Etik İlkeler, s. 9; **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, Ceza Muhakemesi, s. 84.

⁶⁵ "Türk Hukuk Sisteminde gerek sadece Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun uygun bulmasıyla hakimlerin savcı, savcılarının hakim olarak atanmalarının mümkün bulunması, gerekse savcılarının şüphelinin hem lehine, hem de aleyhine olan delilleri toplamalarının zorunlu olması nedeniyle, hakim ve savcılarının taşımaları gereken özellikler ve uymaları gereken meslek kuralları açısından hakimler ile savcılar arasında önemli bir fark bulunmamaktadır. Hakimlerin/savcılarının görevlerini hangi esaslara göre yapmaları gerektiği konusunda mevzuatımızda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bu konudaki en önemli uluslararası metin Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun 23 Nisan 2003 tarihli oturumunda kabul edilmiş olan Bangalor Yargı Etiği ilkeleri'dir. Nitekim Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 27.06.2006 gün ve 315 sayılı kararı ile de Bangalor Yargı Etiği İlkeleri'nin benimsenmesine karar verilmiş ve bu husus Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü'nce tüm hakim ve savcılara genelge şeklinde duyurulmuştur. Bu belgede 6 temel değerden bahsedilmiş ve bu değerlere ilişkin ilkeler tanımlanmıştır. Adı geçen belgede korunan değerler; bağımsızlık, tarafsızlık, doğruluk ve tutarlılık, dürüstlük, eşitlik, ehliyet ve liyakat olarak sayılırken, diğer kapsamlı açıklamaların yanında bağımsızlıktan bahsedilirken; "hakim, genelde toplumdan, özelde ise karar vermek zorunda olduğu ihtilafın taraflarından bağımsızdır. "; tarafsızlıktan bahsedilirken, "Tarafsızlık, yargı görevinin tam ve doğru bir şekilde

yerine getirilmesinin esasıdır. Bu prensip, sadece bizatihi karar için değil, aynı zamanda kararın oluşturulduğu süreç açısından da geçerlidir. Hakim, yargısal görevlerini tarafsız, ön yargısız ve iltimasız olarak yerine getirmelidir. Hakim, mahkemede ve mahkeme dışında, yargı ve yargıç tarafsızlığı açısından kamuoyu, hukuk mesleği ve dava tarafların güvenini sağlayacak ve artıracak davranışlar içerisinde olmalıdır. "doğruluk ve tutarlılıktan bahsedilirken, "Hakim, mesleki davranış şekli itibarıyla, makul olarak düşünme yeteneği olan bir kişide herhangi bir serzenişe yol açmayacak hal ve tavır içinde olmalıdır. Hakimin hal ve davranış tarzı, yargının doğruluğuna ve tutarlılığına ilişkin inancı kuvvetlendirici nitelikte olmalıdır. Adaletin gerçek anlamda sağlanması kadar gerçekleştirildiğinin görüntü olarak sağlanması da önemlidir." dürüstlükten bahsedilirken, "Dürüstlük ve dürüstlüğün görüntü olarak ortaya konuluşu, bir hakimin tüm etkinliklerini icrada esaslı bir unsurdur. Hakim, hakimden sadır olan tüm etkinliklerde yakışsız ve yakışık almayan görüntüler içerisinde olmaktan kaçmalıdır. Kamunun sürekli denetim suresi olan hakim, normal bir vatandaş tarafından sıkıntı verici olarak görülebilecek kişisel sınırlamaları kabullenmeli ve bunlara isteyerek ve özgürce uymalıdır. Hakim, özellikle yargı mesleğinin onuruyla uyumlu bir tarzda davranmalıdır. Hakim, kendi mahkemesinde hukuk mesleğini icra eden kimselerle olan bireysel ilişkilerinde, objektif olarak bakıldığında tarafgirlik veya bir tarafa meyletme görüntüsü ya da şüphe doğuracak durumlardan kaçmalıdır. Hakim; ailesinin, sosyal veya diğer ilişkilerinin, hakim olarak mesleki davranışlarını veya vereceği yargısal kararları etkilemesine izin vermemelidir. Hakim, hakimlik mesleğinin prestijini; kendisine, aile üyelerinden birisine veya herhangi bir kimseye özel çıkar sağlayacak şekilde ne kendisi kullanmalı ne de başka birisine kullandırmalıdır. Ayrıca hakim, yargı görevinin yerine getirilmesinde, herhangi bir kimsenin kendisini etkileyebileceği izlenimine ne kendisi yol açmalıdır, ne de başkalarının böyle bir izlenime yol açmalarına müsaade etmelidir. Hakim ve aile üyeleri; yargısal görevlerin yerine getirilmesine ilişkin olarak, bir şeyin hakim tarafından yapılması, yapılmaması veya yapılmasına kayıtsız kalınması ile ilintili herhangi bir hediye, bir kredi, bir teberru ya da bir iltimas talebinde bulunmaları veya kabul etmeleri konusunda izin veremez.;" eşitlikten bahsedilirken, "Yargıçlık makamın gerektirdiği performans açısından asil olan; herkesin mahkemeler önünde eşit muameleye tabi tutulmasını sağlamaktır. "; ehliyet ve liyakatten bahsedilirken, "Hakim, yargısal görevlerini layıkıyla yerine getirilmesine uygun düşmeyen davranışlar içerisinde bulunamaz. "denilmek suretiyle bir hakimin (savcının) uyması gereken etik değerler özü itibarıyla ortaya konulmuştur. Avrupa Savcılar Konferansı'nın 29-30 Mayıs 2005 tarihli 6. oturumunda kabul edilerek, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca 10.10.2006 gün ve 424 sayı ile benimsenmesine karar verilip, Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü'nce de hakim ve savcılara duyurulan Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları "Budapeşte İlkeleri" de hemen hemen Bangalor ilkeleri ile benzer mahiyettedir. Şu halde; hakimler ve savcılar Anayasa ve yasalarla kendilerine verilen görev ve yetkileri, yazılı olan veya olmayan ancak evrensel anlamda hakim ve savcılar bağladığında da kuşku bulunmayan etik kurallara tabi olarak yerine getirmelidirler. Aksine davranışın ortaya çıkaracağı sonuçların 5237 sayılı TCY'nin 257. maddesinde açıklanan suç öğelerini içermesi durumunda da yetki ve görevin ihmalinden ya da kötüye kullanılmasından söz edilmesinin olanaklı bulunduğu açıktır."(YCGK, T. 20.11.2007, E. 2007/5-83, K. 2007/244; www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 11.02.2010).

Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları "*Budapeşte İlkeleri*" HSYK tarafından benimsenerek Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü'nce hakim ve savcılara genelge ile duyurulmuştur. Bu nedenle artık hukukumuzda etik ilkeler ve dolayısıyla bağımsızlık, savcılar bakımından da uygulama alanı bulacaktır; uygulanmalıdır da. Fakat, her ne kadar etik ilkeler karşısında savcıların bağımsız olmaları gerekiyorsa da Cumhuriyet başsavcısının Cumhuriyet savcılarında adli faaliyetleri bakımından emir verme yetkisinin çok geniş bir şekilde kullanıldığı günümüz uygulamasında savcılarının bağımsızlığının sağlanması mümkün olamaz. Gerçekten, ceza adaletinin sağlanmasında temel etik ilkelerin yaşama geçirilmesi modern ceza muhakemesi hukuku bakımından bir gerekliliktir. **Cumhuriyet savcılarının salt Adalet Bakanı'na karşı değil, Cumhuriyet başsavcısına karşı da bağımsız bir şekilde faaliyet icra etmesi elzemdir.** Fakat, diğer taraftan bağımsızlık, salt kavramsal bir anlamdan ziyade Cumhuriyet savcısının uygulamadaki konumu bakımından ele alınmalıdır. Uygulamada Cumhuriyet savcısı özellikle hafif ve orta ağırlıktaki suçlar bakımından kimi zaman kolluk fevkesi dışında ayrı bir soruşturma yapmaksızın iddianame düzenlemektedir. Bu nedenle hakim için getirilen bağımsızlık güvencesinin Cumhuriyet savcısı bakımından da geçerli olabilmesi, onun delilleri serbestçe araştırma yetkisi, maddî gerçeği araştırma yetkisi ve doğrudan doğruyalık ilkesini uygulama yetkisinin varlığına bağlıdır. Halbuki mevcut uygulamada kimi zaman Cumhuriyet savcısı delilleri görmemektedir. Cumhuriyet savcısının bağımsızlığı bu ilkeleri uygulama yetkisine sahip olmasını gerektirir. Bu bakımdan Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu § 150'de yer verilen savcılarının mahkemelerden bağımsız oldukları düzenlemesi onun mahkemeden bağımsız bir şekilde delilleri takdir etme hakkını da vurguladığından önemli bir düzenlemedir.

- Başsavcının savcıya emir verme yetkisinin oldukça geniş uygulandığı Almanya'da bu uygulamanın başsavcılık çevresindeki işlemler bakımından bir yeknesaklığın sağlanabilmesi için kabul edildiği söylenmektedir⁶⁶. Bu noktada Almanya'da federal bir yapının var olduğu unutulmamalıdır. Ülkemizde ise merkezi bir yapılanma olduğundan Almanya'da olduğu üzere başsavcının savcıya emir verme yetkisinin bu denli geniş uygulanabilmesi her bir başsavcılık çevresindeki savcılık

⁶⁶ Bkz. Löwe- Rosenberg/ Schäfer/ Boll, GVG § 146 kn. 18.

işlemlerinin yeknesaklığını sağlamak gibi bir amaca hizmet edemez. Çünkü, bu durumda her bir ildeki uygulamalar yine çeşitlilik gösterebilecektir. Oysa Almanya'daki federal yapı federe devletler arasındaki uygulama farklılıklarını haklı kılabılır.

- Son olarak, Cumhuriyet başsavcısının görevleri arasında sayılan ve onun Cumhuriyet savcılarının emir verme yetkisinin temelini oluşturan “*adli göreve ilişkin işlemleri yapmak*” görevinin 5235 sayılı Kanun m. 18/ 1- (3)’te “*gerektiğinde*” kullanılabilmesinin belirtildiği söylenmelidir. “*Gerektiğinde*” ibaresine kanun metninde yer verilmiş olması aslında kanunkoyucunun da Cumhuriyet başsavcısının bu yetkisini her zaman değil istisnaî durumlarda kullanmasını istediği şeklinde yorumlanmalıdır⁶⁷. Gerçekten, örneğin muhakemenin herhangi bir evresinde savcılarının tarafsızlıklarını yitirdikleri durumlarda uygulanmak üzere CMK’da Cumhuriyet savcısını red imkanı getirilmemiştir. İşte Cumhuriyet başsavcısı emir verme hakkını bu gibi hallerle sınırlı olarak muhakemede ortaya çıkabilecek aksaklık ve sorunları gidermeye yönelik kullanılmalıdır. Örnek olarak verdiğimiz durumda adil yargılanma hakkının temini bakımından Cumhuriyet başsavcısının emir verme hakkını kullanmak suretiyle tarafsızlığını yitiren Cumhuriyet savcısını o işten alarak yerine başka bir Cumhuriyet savcısını görevlendirmesi tamamlayıcı bir şekilde kullanıldığından yerinde olacaktır. Dolayısıyla Cumhuriyet başsavcısının

⁶⁷ Alman Hukuku’nda ise başsavcının savcıya emir verme yetkisi, bir işi ondan alıp başka bir savcıya verebileceği ve istediği zaman bir konudaki işi görevli savcıdan alarak kendisinin üstlenebileceği, onun yerine geçerek işlemi gerçekleştirebileceği Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu (GVG) §§ 145 ve 146’da açıkça ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Türkiye’de ise 5235 sayılı Kanun’da özellikle yerine geçerek işlem yapma ve bir işin savcıdan alınarak başka bir savcıya verilmesi açıkça düzenlenmemiş; uygulama ise buna rağmen Alman uygulaması yönünde ilerlemiştir. Oysa 5235 sayılı Kanun m. 18/ 1- (3)’te yer verilen “*gerektiğinde*” ibaresi bilinçli bir tercihin sonucudur. Bu nedenle uygulamada Cumhuriyet başsavcısı bu yetkisini Alman Hukuku’ndaki gibi geniş kullanamaz. Kaldı ki, Alman Hukuku’nda mevcut yasal düzenleme çok geniş bir yetki sunuyor da olsa uygulamada ülkemizdeki kadar geniş müdahaleler görülmemektedir. Nitekim Almanya’da savcılarının başsavcı karşısındaki konumlarının güçlendirilmesine yönelik çalışmalar yapılmaktadır (Bkz. **Rautenberg**, s. 356); ayrıca gelecekte savcılarının şüpheye yer bırakmayacak şekilde bağımsız yargı içerisinde konumlandırılması gerektiği de doktrinde ifade edilmeye başlamıştır (Bkz. **Rudolph**, s. 1206; **Mackenroth/ Teetzmann**, s. 342).

Cumhuriyet savcısına emir verme yetkisinin bu şekilde tamamlayıcı nitelikte ve istisnai hallerle sınırlı olarak uygulanabilmesi kabul edilmelidir⁶⁸.

III. MUHAKEMENİN RESMİLİĞİ İLKESİ

A. Anlamı

Muhakemenin resmiliği ilkesi, işlendiği yönünde şüphe bulunan bir suç ile ilgili olarak yapılacak soruşturma ve kovuşturmanın bireylere değil, devlete yüklendiği anlamını taşır⁶⁹. Muhakemenin resmiliği ilkesi ile devlete yüklenen bu misyonu yerine getirme ödevi günümüzde savcılık makamına tahsis edilmiştir. Dolayısıyla ilke, Cumhuriyet savcısının kamu davası açma tekeli olarak da ifade edilebilir. Gerçekten CMK m. 170/ 1'e göre, "*Kamu davasını açma görevi, Cumhuriyet savcısı tarafından yerine getirilir*". CMK'nın kullandığı ifade de göstermektedir ki, devletin ceza takibatını gerçekleştirmesi yalnızca bir hak değil, aynı zamanda bir görevdir de⁷⁰.

⁶⁸ Yukarıda 57 numaralı dipnotta değinilen İtalya örneği bizim ifade etmeye çalıştığımız hususu yasal düzenlemeye kavuşturmuştur ve burada göz önünde tutulmalıdır.

⁶⁹ **Karlsruher Kommentar- Pfeiffer** Gerd/ **Hannich** Rolf, Einl. kn. 4; **Meyer- Goßner**, § 152 kn. 1; **Eser** Albin, Einführung in das Strafprozessrecht, München 1983, s. 21; **Beulke**, kn. 16; **Kühne**, Strafprozessrecht, kn. 297; **Pfeiffer**, § 152 kn. 1; **Haller** Klaus/ **Conzen** Klaus, Das Strafverfahren, 5. Auflage, Heidelberg München Landsberg Berlin 2008, kn. 9; **Graf** Jürgen Peter/ **Beukelmann** Stephan, Beck'scher Online Kommentar zur StPO, 9. Edition, München 2011, § 152 kn. 1; **Gerecke** Björn, Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, 4. Auflage, Heidelberg München Landsberg Frechen Hamburg 2009, § 152 kn. 1; **Joecks**, § 152 kn. 1; **Putzke** Holm/ **Scheinfeld** Jörg, Strafprozessrecht, 2. Auflage, München 2009, kn. 456; **Keyman**, s. 121; **Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu**, s. 33; **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, Ceza Muhakemesi, s. 67; **Ünver/ Hakeri**, s. 28- 29; **Centel/ Zafer**, s. 98.

⁷⁰ **Roxin/ Schünemann**, § 12 kn. 6; **Schmid** Niklaus, Strafprozessrecht- Eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozessrechtes des Kantons Zürich und des Bundes , 4. Auflage, Zurich Basel Genf 2004, kn. 81; **Yüce** Turhan Tufan, "Alman- Türk Ceza Muhakemeleri Usulünün Prensipleri", AD, Y. 51, S. 9, Eylül 1960, s. 639; **Ünver/ Hakeri**, s. 29; **Centel/ Zafer**, s. 98. Bu sebeple, devletin üstlendiği ceza takibatı görevini yerine getiren savcı, özellikle en etkin süje olduğu soruşturma evresinin hukuken kusursuz bir biçimde yürütülmesine özen göstermeli ve bunu gerçekleştirmelidir; soruşturma evresi bakımından sorumluluğu savcılık makamı taşımaktadır [krşl. **BGH**, vom 04.11.1986- 1 StR 498/86 (NJW 1987, s. 1034); **BGH**, vom 24.7.2003- 3 StR 212/02

Muhakemenin resmiliği ilkesi geniş anlamda, yapılan ilk işlemde verilecek cezanın infazına dek ceza muhakemesinin gerçekleştirilmesinin devletin görevi olduğunu; dar anlamda ise CMK m. 160/ 1 anlamında savcılığın re'sen harekete geçmesi ve faaliyet göstermesini ifade eder⁷¹. Dar anlamda muhakemenin resmiliği ilkesinin bu şekilde ifade edilmesi onun kovuşturma mecburiyeti ilkesi ile arasında bulunan yakın ilişkiyi ortaya koymaktadır. Yine bu yakın ilişki, devletin suçtan zarar gören kişinin iradesini göz önüne almaksızın soruşturma ve kovuşturmaya girişmesi zorunluluğunda da kendisini gösterir; çünkü, burada devletin (toplumun) cezalandırma hakkı/ görevi söz konusudur⁷². Gerçekten, hukuk devleti olabilmenin gereği, devletin kamu davası açma tekelinin yanında kovuşturma mecburiyetinin de bulunuyor olması durumunda yerine getirilebilir⁷³. Cezalandırma hakkı ve onun kullanımı yalnızca devlete yüklenirken, onun her şüpheli veya sanığa kişisel özellikleri ve konumundan bağımsız olarak eşit biçimde uygulanması da gerekir⁷⁴.

Ceza muhakemesi, hukuk muhakemesinde geçerli bir ilke olan taraflarca getirilme ilkesinin aksine, tarafların muhakemenin en etkin süjesi olduğu bir

(NJW 2003 kn. 3143); **Karlsruher Kommentar- Schoreit** Armin, § 152 kn. 11; **Pfeiffer**, § 152 kn. 1].

⁷¹ **Volk**, § 18 kn. 2; **Hartmann/ Schmidt**, kn. 69; **Roxin/ Schönemann**, § 12 kn. 6; ayrıca karşı. **Centel/ Zafer**, s. 99.

⁷² **Karlsruher Kommentar- Pfeiffer/ Hannich**, Einl. kn. 5; **Heidelberger Kommentar- Gercke**, § 152 kn. 3; **Dölling Dieter/ Duttge Gunnar/ Rössner Dieter- Pfordte Thilo**, Nomos Kommentar-Gesamtes Strafrecht: StGB StPO Nebengesetze Handkommentar, 1. Auflage, Baden Baden 2008, § 152 kn. 1- 3; **Roxin/ Schönemann**, § 14 kn. 4; **Schmid**, kn. 83; ayrıca karşı. **Volk**, § 18 kn. 2; **Haller/ Conzen**, kn. 9; **Ranft**, kn. 261; **Beulke**, kn. 16; **Hartmann/ Schmidt**, kn. 70.

⁷³ **Karlsruher Kommentar- Pfeiffer/ Hannich**, Einl. kn. 5. Ayrıca, Weigend kovuşturma mecburiyeti ilkesi ile kamu davası açma tekelinin savcılığın elinde bulunmasının karşılıklı bir zorunluluk olmadığını; çünkü, özellikle Hollanda Hukuku'nda maslahata uygunluk ilkesinin geçerli olduğu bir ceza takibatı sistemi kabul ediliyor olmasına rağmen suçtan zarar görenin bu sürece etkisinin çok sınırlı olacak şekilde düzenlenmesinin maslahata uygunluk ilkesinin mutlaka şahsî dava ile karşılıklı olarak düzenlenmesinin zorunlu olmadığını gösterdiğini ifade etmektedir. Maslahata uygunluk sisteminde de dava açma monopolünün varlığını sürdürebileceğinden bahisle dava açma monopolünün yalnızca kovuşturma mecburiyeti ilkesinin karakteristik özelliği olmadığını belirtmektedir (Bkz. **Weigend** Thomas, Anklagepflicht und Ermessen, Baden- Baden 1978, s. 93).

⁷⁴ **Heidelberger Kommentar- Gercke**, § 152 kn. 3; **Beulke**, kn. 17; **BVerfGE**, vom 23.07.1982- 2 BvR 8/82 (NStZ 1982, s. 430).

muhakeme değildir. Hukuk muhakemesinde taraflar feragat, sulh gibi sebeplere dayanarak muhakemeyi her evrede sonlandırabilirler; fakat, ceza muhakemesinde kamu hukukunun zorunlu sonucu olarak günümüz ceza ve ceza muhakemesi hukukunun doğasından kaynaklanan muhakemenin resmiliği ilkesi gereği muhakemenin gerçekleştirilmesine mağdurun kural olarak herhangi bir etkisi bulunmaz.⁷⁵ Çünkü, bireyler işlenen bir suçun soruşturulması için dava açma niyetinde ya da dava açabilecek durumda olmayabilirler; dava açmaları halinde failin öç almasından korkarak veya adil olmayan diğer gerekçelerle dava açmama eğilimi gösterebilirler. Bu sebepler bir normun ihlal edilmesine bireylerin zımnî şekilde katlanmaları için asla gerekçe oluşturamaz. Burada devlet, ayrıca bir iradeye (örneğin şikayet) ihtiyaç duymaksızın soruşturmaya girişmek zorundadır⁷⁶.

B. İstisnaları

Takibi şikayete bağlı suçların bu ilke bakımından bir istisna oluşturduğu söylenmelidir. Böyle bir istisnaya yer verilmesinin sebebi, suçtan zarar görenin olayı olduğu yerde bırakmak istediği hallerde ya da suçtan zarar görenin iradesine karşı veya iradesi olmaksızın soruşturmanın gerçekleştirilmesinin yarardan çok zarara yol açtığı hallerde ceza takibatının yapılmasında kamusal yarar bulunmayacak olmasıdır⁷⁷. Bu gibi durumların ortaya çıkabileceğini öngördüğü suçlar bakımından kanunkoyucu ceza takibatının yapılabilmesini şikayetin varlığına bağlayarak bir dava şartı ihdas etmiştir.

Bu ilkenin çeşitli istisnaları daha bulunmaktadır⁷⁸: Adalet Bakanı'nın talebi (TCK m. 12, 13/ 2), Adalet Bakanı'nın izni (TCK m. 299, 305), TBMM'nin

⁷⁵ Roxin/ Schünemann, § 12 kn. 7; Karlsruher Kommentar- Schoreit, § 152 kn. 10; Haller/ Conzen, kn. 9; Schmid, kn. 83; Hartmann/ Schmidt, kn. 70- 71; Ünver/ Hakeri, s. 29; Centel/ Zafer, s. 98.

⁷⁶ Kühne, Strafprozessrecht, kn. 297; Roxin/ Schünemann, § 12 kn. 7; Volk, § 18 kn. 2; Centel/ Zafer, s. 98.

⁷⁷ Volk, § 18 kn. 3.

⁷⁸ Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, Ceza Muhakemesi, s. 67- 68; krşl. Ünver/ Hakeri, s. 31.

milletvekili dokunulmazlığını kaldırma kararı (AY. m. 83/ 2), önödeme (TCK m. 75), uzlaşma (CMK m. 253) gibi. Muhakemenin resmiliği ilkesinin devletin, ayrıca bir iradeye ihtiyaç duymaksızın soruşturmaya girişmek zorunda olması anlamını taşıdığını belirttikten sonra bu ilkenin yanına bu türden geniş istisnalar yerleştirmek amaca uygunluk bakımından kimi sorunlar yaratabilir. Madem ki CMK m. 160 ve m. 170 anlamında kovuşturmanın resmiliği ilkesi ceza muhakemesinde geçerlidir; öyleyse bu ilkenin anlamsızlaşmasına yol açacak düzenlemelerden kaçınmak gerekmektedir. Gerçekten, bir ilkeye istisna getirmek onun işlevini yitirmesine yol açamaz. Eğer istisnalar ilkenin işlevini yitirmesine yol açar ise istisnanın kural haline dönüşme riski söz konusu olabilir. Uygulamada bir makamın takdir yetkisine bırakılmış olan (izin, talep, karar vs.) hususlar maalesef kötüye kullanıma yol açmakta ve bu takdir yetkileri soruşturma veya kovuşturma tehlikesi ile karşı karşıya kalan kişilerde kimi zaman “zırh” olarak görülebilmektedir. Bu nedenden ötürü milletvekili dokunulmazlıkları, Anayasa m. 129 ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ile getirilen izin sistemi de dahil olmak üzere savcılık makamı dışındaki bir makama soruşturma yapılması ya da kamu davasının açılması ile ilgili olarak verilen takdir yetkisi derhal mevzuattan kaldırılmalıdır. Muhakemenin resmiliği ve dolayısıyla kamu davası açma tekelinin Cumhuriyet savcısında bulunduğu bir ceza muhakemesi sisteminde savcılık makamı dışında bir makama soruşturma yapılması ya da kamu davası açılmasına yönelik verilen takdir yetkisi buna Anayasa’da yer verilmiş olsa dahi kabul edilemez ve hukuk tekniğine aykırıdır. Bu türden bir takdir yetkisi uygulanmak isteniyor ise bu yetki yalnızca Cumhuriyet savcısına verilmelidir. Aksi halde, adli faaliyeti bakımından Cumhuriyet savcısı özerkliğini yitirecektir; çünkü, bu durumda savcı adli bir işlem bakımından idarî bir makamdan “*olur*” bekler durumdadır.

Son olarak 1412 sayılı CMUK döneminde mağdurun şahsî dava açma yetkisi bu ilkenin bir istisnasını oluşturmaktaydı; fakat, CMK ile şahsî dava açma yetkisine yer verilmediğinden bu istisnanın ortadan kalktığı söylenebilir. Bununla birlikte şahsî davaya yer vermemiş olan CMK, uzlaşma kurumuna yer vererek bu ilkeye yeni ve esaslı bir istisna getirmiştir⁷⁹.

⁷⁹ Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, Ceza Muhakemesi, s. 68 dph. 80.

IV. DAVASIZ YARGILAMA OLMAZ İLKESİ

Davasız yargılama olmaz ilkesi, yargılamanın ancak açılan bir dava üzerine yapılabileceği anlamına gelir⁸⁰. Dolayısıyla mahkemenin olaya re'sen müdahale ederek yargılamaya girişmesi engellenmiş olmaktadır. Bu durum, tarafsız ve adil bir yargılamayı garanti altına almak amacıyla savcılık makamı ile mahkemenin ayrılmasının bir sonucudur⁸¹.

Devletin ceza takibatını üstlenmesi, tarihte ceza muhakemesinin tahkik/engizisyon sistemi(=Inquisitionsprozess) ekseninde biçimlenmesi sonucuna yol açmıştır. Tahkik sisteminde hakim, her olaya kendisi müdahale eder ve tutuklama, ifade alma, soruşturma yapma, hüküm verme hakim tarafından gerçekleştirilir. Tahkik sisteminde davacı ve davalı bulunmamakta; yalnızca (soruşturmayı yapan ve hüküm veren) hakim ve bu işlemlerin konusu (objesi) statüsündeki sanık bulunmaktadır. Tahkik sistemi hakimin aynı zamanda soruşturmayı da yapmış olmasından ötürü tarafsız ve peşin hükümlü olma tehlikesini

⁸⁰ **Löwe- Rosenberg/ Schäfer** Karl, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar Einleitung, 1. Band, 24. Auflage, Berlin New York 1988, Kapitel 13 kn. 4; **Pfeiffer**, § 151 kn. 1; **Karlsruher Kommentar- Pfeiffer/ Hannich**, Einl. kn. 3; **Roxin/ Schönemann**, § 13 kn. 3; **Beulke**, kn. 18; **Volk**, § 18 kn. 5; **Meyer- Goßner**, § 151 kn. 1; **Eser**, Strafprozessrecht, s. 21; **Kühne**, Strafprozessrecht, kn. 311; **Hartmann/ Schmidt**, kn. 83; **BeckOK- Beukelmann**, § 151 kn. 1; **Joecks**, § 151 kn. 1; **Murmann** Uwe, “Die strafprozessuale Zusatzfrage in der ersten Prüfung”, JuS- Beil. 2007, s. 2; **Putzke/ Scheinfeld**, kn. 456; **Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu**, s. 34; **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, Ceza Muhakemesi, s. 73; **Ünver/ Hakeri**, s. 42; **Yenidünya** A. Caner, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Kamu Davasının Açılması, İddianamenin Unsurları ve İadesi”, (<http://e-akademi.org/incele.asp?konu=&kimlik=1504760591&url=makaleler/acyenidunya-1.htm>, erişim tarihi: 16.09.2010), kn. 10.

⁸¹ **Haller/ Conzen**, kn. 17; **Ünver/ Hakeri**, s. 42; ayrıca krşl. **Löwe- Rosenberg/ Schäfer**, Einl. Kapitel 13 kn. 4; **Hartmann/ Schmidt**, kn. 83; **Eser**, Strafprozessrecht, s. 21; **Volk**, § 18 kn. 6; **Huber** Michael, “Grundwissen- Strafprozessrecht: Anklagegrundsatz”, JuS 2008, s. 779; **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, Ceza Muhakemesi, s. 74. Bunun tek istisnasının CMK m. 163 olduğu söylenmelidir. Buna göre, “*Suçüstü hali ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet savcısına erişilemiyorsa veya olay genişliği itibarıyla Cumhuriyet savcısının işyükünü aşıyorsa, sulh ceza hakimi de bütün soruşturma işlemlerini yapabilir*”. Bu hükmün içeriğinden de anlaşılacağı üzere çok istisnai hallerde uygulanması gerekir. Kaldı ki, bu hükme rağmen soruşturma evresinin hakimiyeti Cumhuriyet savcısına aittir (krşl. **Volk**, § 18 kn. 6; **Yüce**, s. 640).

–ki bu tehlike çoğu kez gerçekleşmiştir- içinde barındırır. Bu durum, kral ya da iktidardaki diğer söz sahiplerinin muhakeme sürecine etki etmeleri ve hakim in siyasal iktidarın muhakemeye uzayan bir kolu olarak faaliyet göstermesi halinde daha da vahim olmaktadır⁸². Tahkik sisteminde katı ispat kuralları, gizlilik, yazılılık ve hepsinden önemlisi delil araçlarının kralı olarak görülen, ikrar elde etme amaçlı yapılan işkenceler söz konusuydu⁸³. Fransız İhtilali'nin etkisiyle tahkik sistemi terk edilerek önce Fransa'da, ardından ise dalga dalga tüm Avrupa ve dünyada işbirliği sistemine geçilmiştir. İşbirliği sistemi engizisyon mahkemelerinin faaliyet gösterdiği tahkik sistemine karşı sanığa önemli güvenceler sağlamıştır. Buna göre artık sanık muhakemenin objesi değil tarafı ve merkezidir. Duruşmalar alenidir ve sözlülük ilkesi geçerlidir. Savcılık makamı ile mahkemeler ayrılmıştır. Bu ayrımın liberal ceza muhakemesinin temeli ve en önemli kazanımı olduğu söylenmelidir⁸⁴.

CMK m. 175/ 1'e göre, kamu davası iddianamenin kabulü ile açılmış olacağından esasen Cumhuriyet savcısının kamu davası açma değil, kamu davasının açılmasını talep hakkı bulunmaktadır. Kamu davasının açılabilmesi de bu durumda iddianamenin düzenlenmesine bağlı olmaktadır. İddianame kabul edildiği an iddianame artık muhakemenin konusunu da belirlemiş olmaktadır⁸⁵. Buradan davasız yargılama olmaz ilkesinin hem fail hem de fiil bakımından geçerli olduğu sonucu çıkmaktadır. Dolayısıyla davasız yargılama olmaz ilkesi gereği yargılama, sadece hakkında kamu davası açılan kişi ile ilgili olarak onun iddianamede belirtilen eylemi

⁸² Löwe- Rosenberg/ Schäfer, Einl. Kapitel 13 kn. 3; Roxin/ Schünemann, § 13 kn. 2; Beulke, kn. 18; Haller/ Conzen, kn. 18; Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, Ceza Muhakemesi, s. 74; ayrıca krşl. Toroslu Nevzat/ Feyzioğlu Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2009, s. 41- 42.

⁸³ Haller/ Conzen, kn. 18.

⁸⁴ Krşl. Löwe- Rosenberg/ Schäfer, Einl. Kapitel 13 kn. 3; Roxin/ Schünemann, § 13 kn. 3; Beulke, kn. 18; Haller/ Conzen, kn. 18; Huber, s. 779; Yüce, s. 640; Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, Ceza Muhakemesi, s. 74; Öztürk Bahri/ Erdem Musatafa Ruhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2008, s. 186.

⁸⁵ Kühne, Strafprozessrecht, kn. 313.

ile sınırlı olarak yapılabilir⁸⁶. Nitekim CMK m. 225/ 1 uyarınca, “*hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suçla ilişkin fiil ve fail hakkında verilir*”.

Bunun yanında, yargılama sırasında suçun hukuki nitelenmesi değişebilir ya da failin farklı ve yeni bir suç işlediği anlaşılabilir⁸⁷. Failin farklı ve yeni bir suç işlediği ya da başka bir faille iştiraken fiili işlediği anlaşılırsa, yapılması gereken, ek iddianame düzenlenerek yeni bir kamu davası açılmasının sağlanmasıdır. Mahkemenin, yargılamayı yeni fiil veya faili de içine alacak biçimde genişletmesi mümkün değildir⁸⁸. Fakat, yargılama sırasında suçun hukukî nitelenmesinde bir farklılık olursa bu durumda yeni bir kamu davası açılmasına gerek bulunmaz. Bu halde CMK m. 226/ 1 uyarınca sanığa ek savunma imkanı tanınmalıdır.

⁸⁶ **Yüce**, s. 640- 641; **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, Ceza Muhakemesi, s. 74; **Ünver/ Hakeri**, s. 46; **Yenidünya**, kn. 11; **Huber**, s. 779. Burada, iddianamenin sınırlama işlevi söz konusu olmaktadır (Bkz. **Karlsruher Kommentar- Schneider**, § 200 kn. 1; **Meyer- Goßner**, § 200 kn. 7; **Pfeiffer**, § 200 kn. 1; **BeckOK- Ritscher**, § 200 kn. 1; **Putzke/ Scheinfeld**, kn. 459; **Ünver/ Hakeri**, s. 517).

⁸⁷ **Tosun** Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C. I, Genel Kısım, 4. Bası, İstanbul 1984, s. 359; **Roxin/ Schünemann**, § 13 kn. 6; **Beulke**, kn. 20; **Hartmann/ Schmidt**, kn. 84; **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, Ceza Muhakemesi, s. 74. Örneğin A hakkında, 1.1.2008 tarihinde işlediği iddia edilen araba hırsızlığı fiilinden ötürü kamu davası açılmıştır. Tanık olarak dinlenmek üzere duruşmaya çağırılan T ise A’yı sanık sandalyesinde gördüğü an onun 24.11.2007 tarihinde kendisine karşı işlenen yağma fiilinin faili olduğunu fark eder (Örnek için bkz. **Hartmann/ Schmidt**, kn. 84). İşte bu durumda fail A hakkında araba hırsızlığından ötürü düzenlenen iddianamede, onun daha önceden işlediği yağma fiili yer almadığından mahkeme yargılamayı doğrudan bu fiili de içine alacak şekilde genişletemez. Bu noktada yapılması gereken A hakkında bir kamu davasının açılmasını sağlamaktır. Bunun ardından bu iki dava birleştirilebilir (**Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, Ceza Muhakemesi, s. 74; **Ünver/ Hakeri**, s. 47; ayrıca bkz. **Tosun**, Suç Muhakemesi, s. 359).

⁸⁸ 1412 sayılı CMUK dönemindeki sözlü dava uygulaması CMK’nın yürürlüğe girmesiyle beraber sona ermiştir. Alman CMK § 266’ya göre ise sözlü dava uygulaması halen uygulanmaktadır. Bu uygulamanın davasız yargılama olmaz ilkesinin değil, iddianamenin yazılılığı ilkesinin bir istisnasını oluşturduğu Alman Hukuku’nda savunulmaktadır (Bkz. **Roxin/ Schünemann**, § 13 kn. 6).

V. KOVUŞTURMA MECBURİYETİ İLKESİ

A. Terim

Hukukumuzda ilkeyi ifade etmek için kovuşturma mecburiyeti teriminin kullanılıyor olması, bu terimin soruşturma evresini kapsamadığını, salt kovuşturma evresine yönelik bir takip zorunluluğunu ifade ediyor olduğu düşüncesini akıllara getirebilir. Fakat, kovuşturma mecburiyeti ilkesi muhakemenin bütünü bakımından etki doğurduğuna göre buradaki “*kovuşturma*” terimi geniş biçimde anlaşılmalı ve hemen aşağıda da değinileceği üzere araştırma mecburiyeti ilkesi, kamu davası açma mecburiyeti (iddianame düzenleme) ilkesi ve kamu davasını yürütme mecburiyeti ilkesini içerecek biçimde yorumlanmalıdır. Bu noktada kovuşturma mecburiyeti ceza takibatı yapma mecburiyeti anlamını taşır. Kaldı ki, kovuşturma teriminin biri geniş diğeri de dar olmak üzere iki yönü bulunmaktadır. Dar anlamda kovuşturma terimi CMK m. 175/ 1 ile çakışmaktadır ve buna göre iddianamenin kabulüyle başlayan evreyi ifade eder. Buna karşılık geniş anlamda kovuşturma ise bir fiilin işlendiği şüphesi üzerine yapılan araştırma ve soruşturmaların tümüne verilen addır⁸⁹. Dolayısıyla ilkeyi ifade etmek için kullanılan kovuşturma mecburiyeti terimi geniş anlamda kovuşturma anlamını taşımaktadır ve bu nedenle kovuşturma mecburiyeti teriminin kullanılması yanlış bir ifade değildir.

Alman Hukuku’nda ise Alman CMK § 152’nin açık ifadesi dolayısıyla kanunîlik ilkesi terimi (=Legalitätsgrundsatz) kullanılmaktadır. Kanunîlik teriminin diğer hukuk alanlarında belirli bir içeriğe ve anlama sahip olması bu ilkeyi ifade etmek açısından kanunîlik teriminin seçilmesini tartışılır kılabilir. Çünkü, kanunîlik, anayasa ve idare hukukunda dogmatik bir kavram olarak yer edinmiştir⁹⁰. Gerçekten kanunîlik ilkesi esasen bir yandan idarenin tüm eylem ve işlemlerinde şekli ve maddi

⁸⁹ **Öztürk** Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koşuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması), Ankara 1991, s. 7. Ayrıca bkz. Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük (<http://tdkterim.gov.tr/bts>, erişim tarihi: 18.04.2011); **Yılmaz** Ejder, Hukuk Sözlüğü, 7. Baskı, Ankara 2002, s. 709.

⁹⁰ **Schürer** Karl- Heinz, Die Entwicklung des Legalitätsprinzips mit der Emmingerschen Verordnung, Diss. Hamburg 1965, s. 1; **Kühne**, Strafprozessrecht, kn. 305.

hukuk kurallarıyla bağılı olduğu anlamını taşıırken diğere yandan eşitlik prensibini ifade etmektedir⁹¹. Alman Hukuku'nda kanunîlik (kovuşturma mecburiyeti) ilkesinin, kanuna uygunluğun sağlanmasına ve somutlaştırılmasına hizmet ettiği⁹² ve ayrıca bir suçta ancak kanunda gösterilen cezanın uygulanabileceği (nulla poena sine lege) ilkesinin diğere yüzü olduğu savunulmaktadır⁹³. Bu nedenle de maddî ceza hukuku anlamındaki kanunîlik ilkesi ve ceza muhakemesi hukuku anlamındaki kanunîlik ilkesinin esasen idarenin tüm eylem ve işlemlerinde şeklî ve maddî hukuk kurallarıyla bağılı olması anlamına gelen anayasa ve idare hukuku anlamındaki kanunîlik ilkesinden türemiş olduğu kabul edilmektedir⁹⁴. Bu yönüyle kovuşturma mecburiyeti ilkesi ile kanunîlik ilkesinin çakıştığı dile getirilerek Alman Hukuku'nda ilkeyi ifade etmek üzere kanunîlik ilkesi terimi kullanılmaktadır. Fakat, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin kanunîlik terimi ile ifade edilmesi yerinde değildir. Çünkü, burada kovuşturma mecburiyeti ile maslahata uygunluk ilkeleri birlikte değerlendirilerek bir sonuca varılmalıdır. Buna göre, kanunîlik ilkesinin tersi kanunsuzluk olacaktır⁹⁵. Bu da maslahata uygunluk ilkesini karşılamamaktadır. Çünkü, maslahata uygunluğa yer veren hükümler de kanun aracılığıyla düzenlenmektedir⁹⁶. Dolayısıyla maslahata uygunluğun tersi mecburiyet olduğuna

⁹¹ **Karlsruher Kommentar- Schoreit**, § 152 kn. 13; **Kühne**, Strafprozessrecht, kn. 305; **Schmid**, kn. 95; **Deiters**, Mark, Legalitätsprinzip und Normgeltung, Tübingen 2006, s. 3; ayrıca krşl. **Roxin** Claus/ **Arzt** Günther/ **Tiedemann** Klaus, Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht, 5. Auflage, Heidelberg München Landsberg Berlin 2006, s. 118.

⁹² **Karlsruher Kommentar- Schoreit**, § 152 kn. 13; **Deiters**, s. 3; **Fuchs** Therese, Alternative Formen der Reaktion auf Straftaten im Rechtsvergleich Österreich- Frankreich, Diss. Wien 2009, s. 109.

⁹³ **Hassemer** Winfried, "Legalität und Opportunität im Strafverfahren", in: Strafverfolgung und Strafverzicht- Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Staatsanwaltschaft Schleswig- Holstein, Köln Berlin Bonn München, 1992, s. 529; **Erb**, Volker, Legalität und Opportunität, Berlin 1999, s. 118-119; **Kühne**, Strafprozessrecht, kn. 306. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Aşağıda 2. Bölüm II C 5 altında yapılan açıklamalar.

⁹⁴ **Karlsruher Kommentar- Schoreit**, § 152 kn. 13; **Kühne**, Strafprozessrecht, kn. 305; **Fuchs**, s. 109.

⁹⁵ **Tosun** Öztekin, "Ceza Davasının Açılmasında Sistemler", İHFM C. XXXIV, S. 1- 4, İstanbul 1969, s. 44- 45.

⁹⁶ **Berkemeier** Anne, Das Opportunitätsprinzip, Zurich 2008, s. 17 (www.swisslex.ch, erişim tarihi: 11.11.2010).

göre ilkeyi kovuşturma mecburiyeti olarak dile getirmek daha yerinde olur⁹⁷. Bu tercih, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin anayasa ve idare hukuku anlamındaki kanunîlik ilkesi ile olan bağlantısının reddedildiği anlamına gelmemektedir.

B. Anlamı

Kovuşturma mecburiyeti ilkesi, bir suçun işlendiği izlenimini veren halin öğrenilmesi (başlangıç şüphesi)⁹⁸ üzerine, suçu takibe yetkili makamlar tarafından derhal soruşturmaya başlanması (CMK m. 160/ 1); soruşturma sonucunda failin ve fiilin belli olması, yeterli suç şüphesinin bulunması ve dava şartlarının gerçekleşmiş olması halinde Cumhuriyet savcısı tarafından iddianamenin düzenlenmesi (CMK m. 170/ 2); açılan kamu davasının muhakeme sonuna dek Cumhuriyet savcılığı tarafından yürütülmesi (CMK m. 188) anlamını taşır⁹⁹. Alman Hukuku'nda ise ilkenin iki yönlü olduğu ve savcılığın işin gerçeğini araştırmak üzere soruşturmaya girişmesi ve yeterli şüphenin varlığı halinde de kamu davası açması mecburiyeti

⁹⁷ **Tosun**, İHFM, s. 44- 45.

⁹⁸ Başlangıç şüphesi, suç işlendiği izlenimi veren somut olgulara dayanan halin varlığını gerektirir. Dolayısıyla somut olgulara dayanan hal, kriminalistik tecrübelerle göre kovuşturulabilir bir fiilin bulunduğu ihtimalini ortaya koymalıdır (**Löwe- Rosenberg/ Beulke**, § 152 kn. 21; **Roxin/ Schünemann**, § 39 kn. 15; **Karlsruher Kommentar- Schoreit**, § 152 kn. 28; **Meyer- Goßner**, § 152 kn. 4; **Pfeiffer**, § 152 kn. 3; **Schürer**, s. 1; **Roxin/ Arzt/ Tiedemann**, s. 118; **BeckOK- Beukelmann**, § 152 kn. 4- 4.1; **Ranft**, kn. 279; **Engländer** Armin, Examens- Repetitorium Strafprozessrecht, 2. Auflage, Heidelberg 2006, s. 8; **Kunter/ Yenisey/ Nuhuğlu**, s. 34- 35; **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, Ceza Muhakemesi, s. 186- 187).

⁹⁹ **Yüce**, s. 641; **Tosun**, İHFM, s. 44; **Keyman**, s. 100- 101; **Kunter/ Yenisey/ Nuhuğlu**, s. 35; **Öztürk**, Kovuşturma Mecburiyeti, s. 5; **Öztürk/ Erdem**, Ceza Muhakemesi, s. 188- 189; **Öztürk Bahri**, “Türkiye’nin Yeni Savcı Modeli ve Adil Yargılama”, in: Alman- Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku (Yayına Hazırlayanlar: Hilgendorf Eric/ Ünver Yener), C. III, İstanbul 2010, s. 820; **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, Ceza Muhakemesi, s. 68; **Ünver/ Hakeri**, s. 32; **Toroslu/ Feyzioğlu**, s. 30, 119; **Centel/ Zafer**, s. 99; **Yenidünya**, kn. 15; **Uğur Hüsamettin**, “Ceza Muhakemesinde Kovuşturma Mecburiyetinden Maslahata Uygunluk İlkesine”, TBBD, S. 73, 2007, s. 257; **Özen** Mustafa, “Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi”, ABD, Y. 67, S. 3, Yaz 2009, s. 19; **Aydın Murat**, “İddianamenin Unsurları ve İadesi”, HPD, S. 6, Mayıs 2006, s. 163.

anlamına geldiği dile getirilmektedir¹⁰⁰. Bunun nedeni olarak da savcının duruşmaya katılması zorunluluğunun kovuşturma mecburiyeti ilkesinin bir parçası değil, sadece kendine özgü bir usulî yükümlülük olduğu öne sürülmektedir¹⁰¹. Fakat, Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde de isnatlarını hukuken ve fiilen savunmak zorunda olduğundan savcılık makamı bakımından kovuşturma mecburiyeti ilkesinin kovuşturma evresinde de geçerli olduğu kabul edilmelidir. Kamu davasının açılmasıyla beraber işin esasını araştırma ödevinin mahkemeye geçtiği düşüncesi bu hususta yeterli değildir; bu ödev kovuşturma evresinde savcılık açısından da devam etmektedir. Bu noktada savcılık bakımından değişen tek şey onun araştırma ve takip yetkisinin kovuşturma evresine geçilmesiyle beraber tâli bir niteliğe dönüşmesidir¹⁰². Savcılık bakımından kovuşturma mecburiyeti ilkesi, CMK m. 188/ 2’de yer alan sulh ceza mahkemesinde yapılan duruşmalarda Cumhuriyet savcısının bulunmayacağı düzenlemesinin uygulandığı hallerde dahi geçerlidir. Çünkü, bu halde Cumhuriyet savcısı yalnızca duruşmada yer alamaz; fakat, ilgili dosyayı takip etmekle yine de yükümlüdür. Dolayısıyla kovuşturma mecburiyeti ilkesi yalnızca soruşturma evresinde değil, aynı zamanda kovuşturma evresinde de sonuç doğurur.

Kovuşturma mecburiyeti ilkesinin hukuk politikası bakımından anlamı, hukuk devleti olmanın bir gereği olarak kamu davası açma tekelinin tamamlanma zorunluluğunda yatmaktadır. Ayrıca, bu ilke bireylerin konumları, saygınlıkları ve diğer kişisel özellikleri göz önüne alınmaksızın ceza takibatının eşit biçimde yapılmasını güvence altına almaktadır. Bunun yanı sıra adlî makamların yetkilerini sınırlayarak keyfî ve nesnel olmayan etki ve kararlardan adliyeyi korumaktadır. Tüm

¹⁰⁰ Bkz. **Löwe- Rosenberg/ Beulke**, § 152 kn. 8; **Roxin/ Schünemann**, § 14 kn. 1; **Roxin/ Arzt/ Tiedemann**, s. 118; **Schürer**, s. 1; **Karlsruher Kommentar- Pfeiffer/ Hannich**, Einl. kn. 5; **Meyer- Goßner**, § 152 kn. 2; **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 17; **Volk**, § 18 kn. 7; **Hartmann/ Schmidt**, kn. 86; **Beulke**, kn. 17; **Pfeiffer**, § 152 kn. 2; **Joecks**, § 152 kn. 3; **Ranft**, kn. 278- 279- 280; **Nomos Kommentar- Pfordte**, § 152 kn. 3; **Heidelberger Kommentar- Gercke**, § 152 kn. 3; **Engländer**, s. 8; **Schulenburg** Johanna, “Legalitäts- und Opportunitätsprinzip im Strafverfahren”, JuS 2004, s. 765; Avusturya Hukuku’nda ve İsviçre Hukuku’nda da aynı düşünce dile getirilmektedir. Avusturya için bkz. **Fuchs**, s. 110; İsviçre için bkz. **Sollberger** Jürg, Das Opportunitätsprinzip im Strafrecht- Ein tauglicher Versuch zur Bewältigung des Bagatelldelikts?, Basel Frankfurt am Main 1989, s. 27, 29; **Berkemeier**, s. 97.

¹⁰¹ **Meyer- Goßner**, § 152 kn. 2; **Joecks**, § 152 kn. 4.

¹⁰² **Kühne**, Strafprozessrecht, kn. 306.1; ayrıca krşl. **Deiters**, s. 3.

bu nedenlerden ötürü kovuşturma mecburiyeti ilkesinin halkın adil ve sarsılmaz bir yargının varlığına güvenmesi bakımından temel bir unsur olduğu söylenmelidir¹⁰³.

Esasen, ceza hukukunda var olan belirlilik ilkesi ve kanun ile bağlılığın kovuşturma mecburiyeti ilkesi ile olan ilişkisine de değinilmelidir. Kovuşturma mecburiyeti ilkesi ile belirlilik ilkesi arasında bağlantı kuran bir bakış açısı kovuşturma mecburiyeti ilkesinin bir başka işlevini ortaya çıkaracaktır. Gerçekten, kovuşturma mecburiyetinin kanunî bir yükümlülük olması, yaptırım içeren ceza hukuku normlarının tutarlı bir biçimde (işlenen her fiile) uygulanmasını zorunlu kılar. Bu nedenle kanunkoyucu, hangi davranışların cezalandırmayı gerektiren haksızlık olarak niteleneceğini önceden çok yönlü düşünmelidir. Dolayısıyla kanunkoyucu, boşluk içeren emir ve yasakların uygulamada düzeltilmesini umarak hareket edemez. Bu yönüyle kovuşturma mecburiyeti ilkesinin önemli bir getirisi, kovuşturma mecburiyeti gereği kanunkoyucuya ceza kanunlarının belirliliği ilkesine dikkat etme zorunluluğu yüklemesidir¹⁰⁴.

Son olarak belirtilmelidir ki, CMK m. 170/ 2'deki "*Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler*" hükmü kovuşturma mecburiyeti ilkesinin ceza muhakemesi sistemimizde istisnasız uygulandığı izlenimini yaratmaktadır. Oysa ki hemen aşağıda inceleneceği üzere CMK m. 171 gereği soruşturma evresi sonucunda suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşsa dahi Cumhuriyet savcısı gereken şartlar gerçekleşmiş ise iddianame düzenlememe hakkına sahiptir. Bu sebeple CMK m. 170/ 2'de yer verilen düzenleme "*Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; kanunda aksi belirtilmediği sürece Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler*" şeklinde değiştirilmelidir¹⁰⁵.

¹⁰³ Krşl. **Schürer**, s. 3- 4; **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 74- 75; **Karlsruher Kommentar- Schoreit**, § 152 kn. 13; **Hassemer**, s. 529; **Öztürk**, Koğuşturma Mecburiyeti, s. 33; Tosun, İHFM, s. 63- 64; **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, Ceza Muhakemesi, s. 68.

¹⁰⁴ **Erb**, s. 268; **Deiters**, s. 4; ayrıca krşl. **Rieß** Peter, "Die Zukunft des Legalitätsprinzips" , NSTZ 1981, s. 5; **Tosun**, İHFM, s. 60; **Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu**, s. 300.

¹⁰⁵ Nitekim Alman CMK § 152/ 2'de "*kanunda aksi belirtilmedikçe*" ifadesine açıkça yer verilmiştir.

Kovuşturma mecburiyetinin katı bir şekilde kabul edilmesi ve kovuşturma mecburiyetinin varlığının gerekliliği maslahata uygunluk ilkesinin açıklanması bakımından zorunluluk teşkil ettiğinden bu hususlara aşağıda maslahata uygunluk ilkesi ile ilişkisi çerçevesinde değinilecektir.

C. Görev Dışında ğrenilen Suç Hususu

Kovuşturma mecburiyeti ilkesinin Cumhuriyet savcısının görevi dışında öğrendiği suçlar bakımından geçerli olup olmadığı tartışmalıdır. Bu konuda iki görüşün bulunduğu söylenmelidir. Doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüş; kovuşturma mecburiyeti ilkesinin devletin cezalandırma hakkının uygulanmasına, toplumun işlenen ve işlenecek suçlara karşı korunmasına ve özellikle de kanun önünde eşitliğin sağlanmasına hizmet etmesinden ötürü önemli bir anlama sahip olduğunu belirtmekte ve bu nedenle de her somut olayda bir tartım yapılması gerektiğinin uygun olacağını savunmaktadır. Bu tartım bakımından ise savcının özel yaşamıyla ilintisinin yoğunluğu, suçun ağırlığı ve savcının harekete geçmede gösterdiği ihmalin toplum bakımından oluşturacağı tehlikenin derecesi gibi hususların göz önüne alınması gerektiği ne srlmektedir¹⁰⁶. Alman Federal Yüksek Mahkemesi bu görüşü, ağır ve toplumun menfaatlerine belirli oranda dokunan suçlar bakımından kabul etmektedir¹⁰⁷. Bu görüşü savunan yazarlardan bir kısmı ise bu kriterlerin netleştirilmesi gerektiğini ve bu nedenle de Alman Ceza Kanunu ř 138'deki planlanmış suçu bildirmeme suçu bakımından oluşturulan katalogdaki suçlarla sınırlı olarak¹⁰⁸ ya da Alman CMK ř 100a'daki telekomünikasyon yoluyla

¹⁰⁶ Bkz. **Lackner** Karl/ **Kühl** Kristian, Straşgesetzbuch Kommentar, 26. Auflage, München 2007, ř 258a kn. 4; **Trndle** Herbert/ **Fischer** Thomas, Straşgesetzbuch, Kurz Kommentar, 54. Auflage, München 2007, ř 258a kn. 4; **Schnke** Adolf / **Schröder** Horst- **Stree** Walker/ **Hecker** Bernd, Straşgesetzbuch Kommentar, 27. Auflage, München 2006, ř 258a kn. 11; **Kühne**, Straşprozessrecht, kn. 315; **Beulke**, kn. 91; ayrıca krşl. **Centel/ Zafer**, s. 118.

¹⁰⁷ **BGHSt** 5, 225, 228; **BGHSt** 12, 277, 281; **BGH**, vom 29.10.1992- 4 StR 358/92 (NStZ 1993, 383).

¹⁰⁸ **Schlüchter**, s. 34; **Ranft**, kn. 288; **Kühne**, Straşprozessrecht, kn. 315. Kühne, bunun yanı sıra görev dışında öğrenilen suçlardan hangileri bakımından harekete geçme ykmllğ

yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri bakımından yer verilen katalogdaki suçlarla sınırlı olarak¹⁰⁹ harekete geçme yükümlülüğünün varlığından bahsetmektedir.

Görev dışında öğrenilen suçlar bakımından savcının harekete geçme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı ile ilgili olarak doktrindeki ikinci görüş ise birinci görüşün savcının özel hayatına geniş bir müdahalede bulunmak anlamına geldiğini, savcıların bu durumda her zaman görev başında olacağını belirtmektedir¹¹⁰. Buna ek olarak birinci görüşün belirsiz kriterler kullandığı da eleştiri olarak dile getirilmektedir. Gerçekten, örneğin suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunun söz konusu olduğu hallerde istisnasız her zaman birinci görüşün ileri sürdüğü kriterler gerçekleşmiş mi sayılacaktır ya da meblağın niceliği mi esas alınacaktır? Bir başka olasılık ise örneğin bir fiilin taksirle gerçekleşmesi halinde ağırlık bakımından salt suçun niteliği/türü mü esas alınacaktır¹¹¹?

Kanımızca her iki görüşün de haklı olduğu yönler mevcuttur. Örneğin birinci görüşün belirttiği gibi eğer savcının görev dışında öğrendiği suçlar bakımından harekete geçme yükümlülüğü hiçbir şekilde kabul edilmez ise bu durumda savcıya yüklenen kovuşturma mecburiyeti biçimsel bir niteliğe dönüşür. Halbuki kovuşturma mecburiyeti ilkesi, kabul edilme amacına uygun olarak fonksiyonel bir biçimde uygulanmalıdır. İkinci görüş ise birinci görüşü savunan yazarlar tarafından benimsenen soyut ve belirsiz kriterleri haklı olarak eleştirmiştir. Bu noktada CMK m. 160/ 1'in ifadesinden hareket etmek gerekir. Buna göre, "*Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar*". Kanun, Cumhuriyet savcısının harekete geçmesi için bir ihbarı aramamış ve bunun yanında görev esnası- görev dışı ayrımı da yapmamıştır. Kanımızca burada esas alınacak sınırlama ve kıstas Cumhuriyet savcısının görevi

bulunduğunun ayrı bir katalogda da belirlenebileceğini savunmaktadır (Bkz. **Kühne**, Strafprozessrecht, kn. 315).

¹⁰⁹ **Hellmann**, kn. 52; **Ranft**, kn. 288.

¹¹⁰ Bkz. **Volk**, § 8 kn. 11; **Hartmann/ Schmidt**, kn. 92.

¹¹¹ **Volk**, § 8 kn. 11.

(işbölümü sonucu belirlenmiş ise) ve yer bakımından yetki kuralları olmalıdır¹¹². Yer bakımından yetki 5235 sayılı Kanun m. 21'e göre, görevi ise 5235 sayılı Kanun 18-19-20'ye göre tespit edilecektir. Dolayısıyla kendi görev ve yetki alanına giren fiiller söz konusu olduğunda Cumhuriyet savcısı bir suç işlendiğini görevi dışında öğrense dahi derhal harekete geçmek zorundadır. Bu kabul onun özel yaşantısına yapılan orantısız bir müdahale olarak nitelenmemelidir. Çünkü, esasen bir suç işlendiğini öğrenen bireylerin dahi yetkili makamlara bunu bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır.

Düşüncemizi destekleyen bir diğer husus ise TCK m. 267'de düzenlenen iftira suçudur. TCK m. 267/1'e göre "*Yetkili makamlara ihbar veya şikayette bulunarak ya da basın ve yayın yoluyla, işlemediğini bildiği halde, hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat eden kişi...cezalandırılır*". Kanunkoyucu böylelikle basın ve yayın yoluyla isnat edilen bir fiili ihbar ve şikayet ile eşdeğer tutmuş ve bu fiil ile ilgili olarak da soruşturma başlatılabileceğini öngörmüştür. Gerçekten, örneğin Aliğa Cumhuriyet başsavcısı Aliğa Postası adlı yerel gazetede okuduğu bir haberde kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret fiilinin olduğu izlenimini edinirse harekete geçmemeli midir? Ayrıca bunun sabah kahvaltısında okunması ya da makam odasında okunması arasında bir ayırım yapılmamalıdır. Bunun görev başında ya da görev dışında öğrenilmesinin bu nedenle bir anlamı olmamalıdır.

¹¹² Peters, Strafprozeß, § 23 IV 1 a.

İKİNCİ BÖLÜM

CUMHURİYET SAVCISININ KAMU DAVASININ AÇILMASINDAKİ TAKDİR YETKİSİNİN HUKUKİ ESASI

I. MASLAHATA UYGUNLUK İLKESİ

A. Terim

Hukukumuzda ilkeyi ifade etmek üzere maslahata uygunluk¹ ve takdirilik² terimleri kullanılmaktadır. Alman Hukuku'nda ise bu ilke İtalyanca *opportunitá* kelimesinden türetilen³ *Opportunität* terimi ile ifade edilmektedir⁴. *Opportunität* terimi [*opportun*= maslahata (maksada) uygun]⁵ maslahata uygunluk anlamını taşımaktadır.

Maslahat; iş, önemli iş, mesele, keyfiyet anlamlarına gelir⁶. Hukukta ise maslahat, kamu yararı anlamını taşımaktadır⁷. Maslahat, kamu yararı anlamı taşıdığına göre Cumhuriyet savcısına belirli bir takdir yetkisi verilmesini gerekli

¹ **Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu**, s. 297; **Öztürk**, Koşuşturma Mecburiyeti, s. 195; **Öztürk/ Erdem**, Ceza Muhakemesi, s. 188; **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, Ceza Muhakemesi, s. 71; **Ünver/ Hakeri**, s. 35; **Centel/ Zafer**, s. 457; **Aydın**, s. 163; **Yenidünya**, kn. 21; **Uğur**, s. 258.

² **Tosun**, İHFM, s. 45; **Keyman**, s. 96; **Toroslu/ Feyzioğlu**, s. 30; **Yücel** Mustafa Tören, “Kamu Davası Açılmasında Japon Modeli, Yargıtay Dergisi, C. IV, 1992, s. 476.

³ **Jeutter** Friedrich, Sinn und Grenzen des Legalitätsprinzips im Strafverfahren, Diss. München 1976, s. 7.

⁴ Örneğin bkz. **Schürer**, s. 4; **Roxin/ Schünemann**, § 14 kn. 1; **Roxin/ Arzt/ Tiedemann**, s. 119; **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 19; **Kühne**, Strafprozessrecht, kn. 305. Aynı terim İsviçre ve Avusturya hukuklarında da kullanılmaktadır (İsviçre için bkz. **Sollberger**, s. 29; **Schmid**, kn. 95; **Berkemeier**, s. 1; Avusturya için bkz. **Fuchs**, s. 37).

⁵ **Eser**, Strafprozessrecht, s. 22.

⁶ <http://tdkterim.gov.tr/bts> (erişim tarihi: 18.04.2011); **Öztürk**, Koşuşturma Mecburiyeti, s. 195.

⁷ **Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu**, s. 297; **Öztürk**, Koşuşturma Mecburiyeti, s. 195.

kılar. Dolayısıyla maslahata uygunluk sistemi takdir yetkisini beraberinde getirir⁸. Gerçekten, maslahata uygunluk ilkesi kamu hukukunda esasen idarî eylem ve işlemler bakımından geçerli bir ilke olup idareye eylem ve işlemlerini gerçekleştirmede kendi tespit edeceği “*kamu yararına uygunluk*” düşüncesine göre takdir hakkı tanınmasıdır⁹. “*Takdir yetkisi*” kavramı maslahata uygunluk ilkesinin içeriğini oluşturmaktadır. İşte ceza muhakemesinde maslahata uygunluk ilkesi söz konusu olduğunda da Cumhuriyet savcısı kamu davasının açılması için lüzumun varlığını araştırmak suretiyle takdir yetkisini kullanacaktır. Bu da mecburiliğin zıddı olarak ihtiyarlıktır¹⁰. Dolayısıyla maslahata uygunluk terimi, ilkeyi özünü yansıtacak şekilde ifade ettiğinden ve doktrinin büyük bölümünde de kabul gördüğünden maslahata uygunluk terimini tercih etmekteyiz.

B. Tarihî Gelişimi

Kovuşturma mecburiyeti ilkesi, 1532 yılında Constitutio Criminalis Carolina'nın (CCC) yürürlüğe girmesiyle beraber muhakemenin resmiliği ilkesinin (tahkik sistemi) etkisiyle uzun süren bir gelenek biçiminde uygulanmıştır¹¹. Buna karşın maslahata uygunluk ilkesinin kabul görerek yasalaşması ise Fransız İhtilali'nin gerçekleşmesine dek söz konusu olmamıştır. Fransız İhtilali'nin etkisiyle Fransa'da savcılık kurumunun ortaya çıkmasının ardından maslahata uygunluk ilkesi benimsenmiştir. 1808 tarihli Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu (napoleonischen

⁸ Schürer, s. 4; Jeutter, s. 8; Weigend, Anklagepflicht und Ermessen, s. 19; Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, s. 297; Öztürk, Koğuşturma Mecburiyeti, s. 196.

⁹ Jeutter, s. 7.

¹⁰ Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, s. 297. Dolayısıyla kovuşturma mecburiyetinin zıddı takdirilik değil, ihtiyarlık olarak ifade edilebilir (Bkz. Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, s. 297).

¹¹ Schürer, s. 17-19; Marquardt Hanno, Die Entwicklung des Legalitätsprinzips- Ein Historisch-Emprischer Beitrag zur Gesetzgebung, Diss. Bad Oldesloe 1982, s. 18; Weigend, Anklagepflicht und Ermessen, s. 25- 26; Berkemeier, s. 16; Carolina m. 6 ila 10 arasında doğrudan genel bir kovuşturma mecburiyeti yükümlülüğünün varlığından söz edilmemekte, sadece hakimin re'sen harekete geçme hakkının bulunduğu sebepler sayılmaktaydı. Fakat, bu şartların oluşması halinde engizisyon hakiminin re'sen ceza takibatına girişme yükümlülüğünün bulunduğu konusunda bir fikir birliği bulunmaktaydı (Schürer, s. 19; Marquardt, s. 18 dpn. 1; Weigend, Anklagepflicht und Ermessen, s. 25- 26).

code d'instruction criminelle) ile savcılık kurumuna ve maslahata uygunluk ilkesine yer verilmiştir¹². Dolayısıyla maslahata uygunluk ilkesine kanunlarda yer verilmesi liberal ceza muhakemesinin doğuşu ile mümkün olabilmıştır. Fransa'daki bu gelişmeler 19. yüzyılın ortalarında Almanya'daki krallıklarda gerçekleştirilen reformlara esas teşkil etmiştir. Buna bağlı olarak 1845 tarihli Baden, 1848 tarihli Bavyera ve 1849 tarihli Prusya Ceza Muhakemesi Kanunları'nda maslahata uygunluk sistemi kabul edilmiştir¹³. 1849 tarihinden sonra Alman Krallıkları'nda kabul edilen ceza muhakemesi kanunlarına bakıldığında ise Fransız sisteminin terk edilerek sert bir kovuşturma mecburiyeti ilkesine yer verildiği görülmektedir. Örneğin 1850 tarihli Hannover, 1864 tarihli Baden ve 1868 tarihli Sachsen ceza muhakemesi kanunları bu şekilde biçimlenmiştir¹⁴. Almanya'da 1877 tarihinde kabul edilen Krallık Ceza Muhakemesi Kanunu ile kovuşturma mecburiyeti ilkesi benimsenmiştir. Alman Hukuku'nda kovuşturma mecburiyeti ilkesi ilk olarak 23.03.1921 tarihli "*Mahkemelerin İşyükünün Azaltılması Hakkında Kanun*" ile sınırlandırılmış ve bu kanun ile şahsî dava imkanı genişletilmiş, savcıya takdir

¹² **Schürer**, s. 20; **Marquardt**, s. 20; **Fuchs**, s. 38; **Öztürk**, Koğuşturma Mecburiyeti, s. 17. Soruşturmanın yapılması, iddianamenin düzenlenerek kamu davası açılmasının ve hüküm verilmesinin aynı kişi tarafından yapılmasının uygulamada yaşattığı olumsuz tecrübeler soruşturmayı yapan makam ile hükmü veren makamın ayrılmasını gerekli kılmış ve bu da ilk olarak Fransız İhtilali'nin doğrudan bir sonucu olarak Fransa'da ortaya çıkmıştır. Fransa'da 14. yüzyıldan itibaren faaliyet gösteren "*procureurs*" olarak anılan avukatlar ceza muhakemesinde sivil bireylerin davalarını üstlenmekteydiler. 1302 yılında IV. Philipps'in emriyle bu avukatların bir kısmının sivil bireylerin davalarını üstlenmeleri yasaklanmış; bu avukatların krala bağlanmaları ve özel olarak gerçekleştirdikleri bu faaliyetlerini yalnızca kral için yapmaları emredilmiştir. Bundan sonra "*procureurs du roi*" olarak anılmışlardır. Daha sonra ise Fransız İhtilali'nin etkisiyle bu faaliyet kamulaştırılarak bir kişiye özgü faaliyet olmaktan çıkarılmıştır. Böylelikle soruşturmayı gerçekleştiren, işlendiği iddia olunan fiillere ilişkin ceza talep eden ve verilen hükümleri uygulayan ve bunun yanı sıra maslahata uygunluk ilkesi temelinde faaliyet gösteren savcılık kurumu ortaya çıkmıştır (**Schürer**, s. 20; **Marquardt**, s. 20 dnp. 2; **Keyman**, s. 61- 62; **Tosun**, Suç Muhakemesi, s. 568). Alman Krallıkları içerisinde ise savcılık kurumu ilk olarak Baden'da kabul edilmiş ve ilk savcı 26.01.1832 tarihinde atanmıştır (**Marquardt**, s. 24).

¹³ Maslahata uygunluk ilkesi bir ilke olarak ve bu isimde ilk olarak Avusturyalı hukukçu Glaser tarafından 1860 yılında kullanılmıştır (Bkz. **Schröder** Friedrich Christian, "Legalitäts- und Opportunitätsprinzip heute", in: Festschrift für Karl Peters, Tübingen 1974, s. 412; **Marquardt**, s. 13; **Berkemeier**, s. 16).

¹⁴ **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 28; **Marquardt**, s. 25- 26; **Öztürk**, Koğuşturma Mecburiyeti, s. 17- 18.

yetkisi tanıyan az sayıdaki hükümlere yer verilmiştir¹⁵. Fakat, Alman Hukuku bakımından savcıya takdir yetkisi tanınmasına ve kovuşturma mecburiyetinin sınırlandırılmasına ilişkin ilk esaslı düzenlemenin 04.01.1924 tarihli Emminger Düzenlemesi (=Emmingersche Verordnung) olarak anılan reform olduğu söylenmelidir¹⁶. O tarihten bu yana Almanya’da Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınması doktrinin görüşlerinin de katkısıyla genişlemek eğilimindedir¹⁷.

Ülkemizde ise şer’i mahkemeler döneminde savcılık teşkilatı yoktu. Savcılık teşkilatı 1808 tarihli Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu’nun çevirisi niteliğindeki 1879 tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-i Muvakkatı’nda savcılığa ilişkin düzenlemelerin etkisiyle fiilî olarak 1879 yılında tamamen yapılandı. Kanun’un 20. maddesinde kovuşturma mecburiyeti ilkesine yer verilmiştir¹⁸. Ülkemizde Cumhuriyet Dönemi’nde ise 1412 sayılı CMUK’ta sıkı bir kovuşturma mecburiyeti ilkesine yer verilmişti. 5271 sayılı CMK ise özellikle 5560 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin de etkisiyle Cumhuriyet savcısına tanınan takdir yetkisine kovuşturma mecburiyetinin istisnası olarak yer vermektedir. Bu düzenlemelerin içeriği ile ilgili olarak üçüncü bölüm altında yapılan açıklamalara bakılmalıdır.

¹⁵ **Schürer**, s. 29; **Marquart**, s. 88. Marquart bu kanunun kabul tarihini 11.03.1921 olarak dile getirmektedir.

¹⁶ **Schürer**, s. 30 vd.; **Baumann** Jürgen, “Minima Non Curat Praetor”, in: Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, s. 5.

¹⁷ Bkz. **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 29 vd.; **Deiters**, s. 9- 10. Gerçekten, Alman ve Türk ceza muhakemesi hukuklarında maslahata uygunluk ilkesinin varlığından söz edilemez. Bu muhakeme hukuku sistemlerinde sadece kovuşturma mecburiyeti ilkesinin istisnası niteliğindeki Cumhuriyet savcısına tanınan takdir yetkisinden bahsedilebilir. Dolayısıyla kovuşturma mecburiyetine getirilen bu türden istisnalar maslahata uygunluk ilkesinin benimsendiği anlamına gelmemelidir (**Henkel**, s. 96; **Schröder**, s. 416; **Kapahnke**, s. 2, 67; **Özbek** Veli Özer, Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, Ankara 1999, s. 106).

¹⁸ Kanun’un 20. maddesi şu şekildedir: “*müddei umumiler cünha ve cinayet derecesinde bulunan kaffe-i ceraimi tahatti ve tecessüse ve mürtekibi aleyhine ikame-i davaya mecburdurlar*” (**Keyman**, s. 63- 64; **Tosun**, Suç Muhakemesi, s. 569; **Öztürk**, Koğuşturma Mecburiyeti, s. 18).

C. Anlamı

Maslahata uygunluk ilkesi; bir suçun işlendiği izlenimini veren bir halin öğrenilmesi üzerine Cumhuriyet savcısının derhal soruşturmaya başlayıp başlamamakta, soruşturma evresi sonunda fiil ve fail belli olsa ve toplanan deliller suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluştursa dahi kamu davası açıp açmamakta (iddianame düzenleyip düzenlememekte) ve nihayet kamu davasını muhakeme sonuçlanıncaya dek yürütüp yürütmemekte takdir yetkisinin bulunduğu anlamını taşır¹⁹. Tanımdan da anlaşılacağı üzere maslahata uygunluk ilkesi; araştırma yapıp yapmama, kamu davası açıp açmama ve kamu davasını yürütüp yürütmeme hususlarının tümü bakımından kabul edilebileceği gibi, kanunkoyucunun iradesine bağlı olarak bu üç husustan sadece bir kısmı ile sınırlı şekilde de söz konusu olabilir. Nitekim CMK, m. 171’de getirdiği düzenleme ile maslahata uygunluk ilkesine sadece “*kamu davası açma*” ile sınırlı olarak yer vermiştir.

Maslahata uygunluk ilkesi yeterli şüphenin varlığına rağmen kamu davası açılmamasını sağlamaktadır²⁰. Bu nedenle soruşturma evresi sonunda yeterli şüphe elde edilememiş veya kovuşturma olanağı bulunmuyor ise Cumhuriyet savcısının

¹⁹ **Öztürk**, Koğuşturma Mecburiyeti, s. 197; **Öztürk/ Erdem**, Ceza Muhakemesi, s. 188- 189; **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, Ceza Muhakemesi, s. 71; **Aydın**, s. 163; **Sollberger**, s. 29. Yukarıda kovuşturma mecburiyeti ilkesi altında yapılan açıklamalarda da belirtildiği üzere, Alman Hukuku’nda kovuşturma mecburiyetinin araştırma ve kamu davası açma mecburiyeti şeklinde iki yönünün bulunduğu kabul edildiğinden maslahata uygunluk ilkesi de bu kapsamda ifade edilmekte ve Cumhuriyet savcısının ceza takibatına girişip girişmemekte (veya ceza takibatından vazgeçmede) takdir yetkisinin bulunması olarak tanımlanmaktadır (Bkz. **Löwe/ Rosenberg- Schäfer**, Einl. Kapitel 13 kn. 28; **Karlsruher Kommentar- Pfeiffer/ Hannich**, Einl. kn. 6; **Henkel** Heinrich, Strafverfahrensrecht, 2. Auflage, Stuttgart Berlin Köln Mainz 1968, s. 307; **Jeutter**, s. 8- 9; **Schürer**, s. 1; **Kühne**, Strafprozessrecht, kn. 309; **Hartmann/ Schmidt**, kn. 94; **Zielinski** Diethart, “Strafantrag- Strafantragsrecht Zur Frage der Funktion des Strafantrages und seinen Wirksamkeitsvoraussetzungen”, in: Gedächtnisschrift für Hilde Kauffmann, Berlin New York 1986, s. 887; **Gössel** Karl Heinz, “Überlegungen zur Bedeutung des Legalitätsprinzips im rechtsstaatlichen Strafverfahren”, in: Festschrift für Hanns Dünnebie Zum 75. Geburtstag am 12. Juni 1982, Berlin New York 1982, s. 121; **Haller/ Conzen**, kn. 14; **Engländer**, kn. 17). Aynı yönde İsviçre Hukuku için bkz. **Schmid**, kn. 95; **Berkemeier**, s. 22.

²⁰ **Löwe- Rosenberg/ Beulke**, § 152 kn. 8; **Rüping**, s. 97; **Ranft**, kn. 1139; **Beulke**, kn. 17; **Schulenburg**, s. 765; **Hartmann/ Schmidt**, kn. 94; **Putzke/ Scheinfeld**, kn. 63.

takdir yetkisine dayanarak kamu davası açmamaya karar vermesi mümkün olamaz²¹. Bir başka deyişle, Cumhuriyet savcısının takdir yetkisi sadece yeterli suç şüphesinin varlığının tespitinin sonrasındaki aşamada kullanılabilir. Bu nedenle iddianame düzenlenebilmesi için gerekli olan yeterli suç şüphesinin bulunup bulunmadığının tespiti bakımından Cumhuriyet savcısının takdir yetkisi bulunmaz; bunlar farklı hususlardır²².

Maslahata uygunluk, kovuşturma mecburiyetinin uygulanması bakımından bir serbesti olarak anlaşılmalıdır. Bir başka deyişle maslahata uygunluk, kovuşturma serbestisi demek değildir. Maslahata uygunluk, kanunî düzenlemelerin belirttiği oranda kovuşturma mecburiyetinin sınırlanmasıdır²³. **İşte, bu takdir yetkisinin bir hukuk devletinde kabul edilebilmesi, onun serbesti sınırını aşarak, belirli koşullara bağlı bir yetki olarak düzenlenmesine bağlıdır.** Cumhuriyet savcısına maslahata uygunluk ilkesi aracılığı ile yetki tanınması, bu yetkinin Cumhuriyet savcısı tarafından her zaman yasal olarak kullanılacağı anlamına gelmez. Bu noktada Cumhuriyet savcısının bu yetkisini yükümlülüklerine uygun biçimde kullanması gerekir²⁴. Bunun kontrol edilebilmesi için de kovuşturma mecburiyetinin sınırlanması niteliğindeki kanunî düzenlemelere dayanan takdir yetkisinin sınırlarının belirgin bir şekilde çizilmesi zorunluluk teşkil eder²⁵. Aslında bu zorunluluk maslahata uygunluk ilkesinin amacını da ortaya koyar. Buna göre maslahata uygunluk ilkesi, suçla mücadeleyi amaca uygun bir şekilde yürütmeyi amaçlar²⁶. Bu amaca uygunluğu ortadan kaldıracak keyfilikler de bu ilkenin yapısıyla bağdaşmayacaktır. Konuya aşağıda özellikle hukuk devleti ilkesi bakımından yapılacak açıklamalarda dönülecektir.

²¹ Öztürk, Koğuşturma Mecburiyeti, s. 200; Ünver/ Hakeri, s. 37- 38.

²² Kapahnke Ulf, Opportunität und Legalität im Strafverfahren, Diss. Forchheim 1982, s. 1.

²³ Kühne, Strafprozessrecht, kn. 309; Jeutter, s. 9.

²⁴ Schröder, s. 416; Jeutter, s. 9.

²⁵ Löwe- Rosenberg/ Beulke, § 152 kn. 39; Schröder, s. 411; Schäfer, s. 18 II 3 e; Weigend, Anklagepflicht und Ermessen, s. 167; Schulenburg, s. 765; Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, s. 301; ayrıca krşl. Heidelberger Kommentar- Gercke, § 152 kn. 15- 16.

²⁶ Schröder, s. 415.

Maslahata uygunluk ilkesi, münhasır bir ilke olarak ilk dile getirildiği tarih olan 1860 yılından başlayarak ilk andan itibaren olumsuz bir bakış açısıyla, siyasî iktidarın çıkarlarına hizmet edeceği önyargısını üzerinden atamamıştır. Nitekim 1861'deki 2. Alman Hukukçular Günü'nde “*maslahata uygunluk değil kovuşturma mecburiyeti*”(Alm. Kanunîlik) sözüyle bu olumsuz karakteri özetlenmiştir²⁷. Bu anlayış çerçevesinde kovuşturma mecburiyeti ile maslahata uygunluk ilkeleri arasındaki sınırlama maslahata uygunluk bakımından olumsuz yönde gelişmiştir. Buna göre, kovuşturma mecburiyetine getirilecek tüm istisnalar maslahata uygunluk ilkesinden sayılmıştır²⁸ ve sert bir kovuşturma mecburiyeti sistemi kabul edildiğinden maslahata uygunluktan ne anlaşılması gerektiği içeriksel bakımdan irdelenmemiştir²⁹. Bu anlayışa bağlı olarak maslahata uygunluk, kovuşturma mecburiyeti ile arasındaki kural- istisna ilişkisine indirgenmiştir. Bu durum günümüze dek süregelmiştir³⁰.

Kovuşturma mecburiyeti ilkesine istisna oluşturacak şekilde ceza muhakemesi kanununda Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınması çoğunlukla “*praetor(ceza hakimi) küçük- basit işlerle uğraşmaz (=Minima non curat praetor)*” ya da bir diğer deyişle “*kanun önemsiz hususlar ile meşgul olmaz (=de minimis non curat lex)*” ilkesinden kaynaklanmaktadır³¹. Buna bağlı olarak, yeni ceza muhakemesi kanunlarında “*cezaya liyakat*”ın (=Strafwürdigkeit) ve “*toplumun cezalandırmadaki yararı*”nın eksikliğinden bahisle ceza takibatından vazgeçme

²⁷ **Marquart**, s. 13; **Schröder**, s. 412; **Jeutter**, s. 8.

²⁸ Ancak, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin tüm istisnaları maslahata uygunluk ilkesinden kaynaklanmamaktadır. Bugün alternatif çözüm yolu olarak nitelenen ceza yargılaması dışına çıkarma (=Diversion) ve Ceza Kovuşturmalarının Aktarılması Konusunda Avrupa Sözleşmesi ile düzenlenen kovuşturmanın aktarılması da kovuşturma mecburiyeti ilkesine istisna oluşturmaktadır (**Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu**, s. 303- 305). Bu nedenle uzlaşma, önödeme gibi kurumlar da kovuşturma mecburiyeti ilkesine istisna oluşturmakla beraber maslahata uygunluk ilkesi ile bir bağlantıları bulunmaz. Çünkü, bu hükümlerin uygulanması Cumhuriyet savcısının takdir yetkisine bağlı değildir (Krşl. **Öztürk**, *Kovuşturma Mecburiyeti*, s. 217).

²⁹ **Marquart**, s. 13- 14; **Jeutter**, s. 8.

³⁰ **Marquart**, s. 13- 14; **Jeutter**, s. 8.

³¹ **Volk**, § 12 kn. 14; **Schmid**, kn. 99; **Ünver/ Hakeri**, s. 36; **Tezcan** Durmuş, *Topluluğun Mali Çıkarlarının Cezai Korunması ve Avrupa Savcılığı Hakkında Yeşil Kitap*, İzmir 2003, s. 64.

anlamında Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınmaktadır³². Gerçekten, Cumhuriyet savcısına kovuşturma mecburiyetine istisna oluşturacak şekilde takdir yetkisi tanıyan ceza muhakemesi kanunları bu takdir yetkisine daha çok hafif ve orta ağırlıktaki suçlar bakımından yer vermektedir. Nitekim Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanıyan hükümlere yer veren CMK da m. 171’de kabul ettiği kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu bakımından da bu düşünceden hareket etmiştir.

Kovuşturma mecburiyeti ilkesi ile maslahata uygunluk ilkesi arasında kabul edilen bu kural- istisna ilişkisi ceza muhakemesi sisteminde aşağıda da değinileceği üzere hukuk devleti ve hukuk politikasından kaynaklanan sebeplerden ötürü korunmalıdır. Çünkü, maslahata uygunluktan beklenen fayda ancak böyle bir kural-istisna ilişkisi var olduğu sürece elde edilebilir olacaktır³³. Kanunkoyucu, soruşturma makamlarına tanıyacağı takdir yetkisinin içeriğini hangi somut ölçütlere göre dolduracağı konusunda hukuk devleti ve hukuk politikası gerekliliklerinden kaynaklanan sebeplerle bir düzenleme yapmalıdır. Cumhuriyet savcısına tanınacak takdir yetkisinin gerektirdiği içerik, amaç ve ölçütler kanunî bir düzenleme ile tespit edilecektir. Maslahata uygunluk ilkesi de bu şekillendirmede kural- istisna ilişkisine dönüşmüş olacaktır³⁴. Dolayısıyla ceza muhakemesi hukukunda maslahata uygunluk

³² **Beulke**, kn. 334; **Ünver/ Hakeri**, s. 36.

³³ Burada her ne kadar iki ilke arasındaki kural- istisna ilişkisinden söz edilse de bu iki ilkenin eş zamanlı olarak uygulanabilmesi mümkün değildir. Bu nedenle kovuşturma mecburiyetinin kural olduğu; fakat, savcıya istisnaî olarak takdir yetkisinin tanındığı sistemler bakımından esasen maslahata uygunluğun bir ilke olarak varlığından değil sadece kovuşturma mecburiyetini esneten ve yalnızca maslahata uygunluktan yola çıkılarak yer verilen takdir yetkisinin varlığından söz edilebilir (Krşl. **Henkel**, s. 96; **Schröder**, s. 416; **Kapahnke**, s. 2, 67; **Özbek**, Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, s. 106). Konuya aşağıda İkinci Bölüm III A başlığı altında yapılacak olan açıklamalarda dönülecektir.

³⁴ **Rieß**, NStZ 1981, s. 5. Bu noktada Zipf’in Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanıyan kuralların muhakeme şartı olarak düzenlenmesi gerektiği yönündeki görüşüne de değinmekte yarar vardır. Zipf’e göre, takdir yetkisinin kullanılacağı durumlar birer muhakeme şartı olarak düzenlenmelidir ve takdir yetkisinin kullanılmasının gerektiği durumlarda buna dayanarak kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmez ise bir muhakeme engeli oluşacaktır. Muhakeme şartları muhakemenin tüm aşamalarında mahkeme tarafından re’sen göz önüne alınacağından ötürü takdir yetkisinin unsurları ve somut olay karşılaştırıldığında mahkeme takdir yetkisinin kullanılması gerektiği kanaatini taşıyorsa muhakeme şartı yerine getirilmeden dava açılmış olduğundan düşme kararı vermelidir (Bu görüş için bkz. **Zipf** Heinz, “Kriminalpolitische Überlegungen zum

ilkesinden ziyade kovuşturma mecburiyeti ilkesinin bir istisnası olarak nitelenebilecek³⁵ takdir yetkisine yer verilmesi daha makul olacaktır³⁶.

II. KOVUŞTURMA MECBURİYETİ İLKESİNİN

SINIRLANDIRILABİLİRLİĞİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

A. Kovuşturma Mecburiyetinin Kağıt Üstünde Kaldığı Eleştirisi

Almanya’da gerçekleştirilen bir “*siyah sayılar*” araştırması gerçekte işlendiği tahmin edilen suçların toplam sayısı ile soruşturulan (kayıtlara giren) suç sayısı arasında önemli bir fark bulunduğunu ortaya koymuştur³⁷. Aradaki bu fark, suçların

Legalitätsprinzip”, in: Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, s. 501; **Gössel**, s. 137, 148). Fakat, kamu davası açılması bakımından takdir yetkisinin Cumhuriyet savcısına tanınmış olduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle mahkemenin bu husus ile ilgili olarak Cumhuriyet savcısının yerine geçerek karar vermesi mümkün olamaz. Eğer somut olayda takdir yetkisinin kullanılması gerektiği düşünülüyor ve fakat Cumhuriyet savcısı bu yetkisini kullanmamış ise bu durumda Cumhuriyet savcısının iddianame düzenlemesi ve bunun sonucunda mahkemenin de iddianameyi kabul kararına karşı itiraz olanağı getirilmesi yerinde olmayacaktır. Çünkü, bu halde itiraz edilen hakim veya mahkeme takdir yetkisinin kullanılması gerektiği kararı verir ise kanunun Cumhuriyet savcısına tanıdığı takdir yetkisi hakim/ mahkeme tarafından kullanılmış olacaktır. Bu da takdir yetkisine dayanan düzenlemelerin ruhuna aykırı olur. Kaldı ki, takdir yetkisinin kullanılması gerektiği şüpheli tarafından düşünülüyor; fakat, Cumhuriyet savcısı bu yetkisini kullanmamış ise bu durumda esas kural olan kovuşturma mecburiyeti ilkesi uygulanacaktır. Gerçekten, kanunda sadece takdir yetkisinin kullanılmasına karşı denetim olanağı öngörülmesinin sebebi de budur. Çünkü, bu halde takipsiz kalmış bir suç olmayacak sadece hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilerek daha erken bir aşamada sonlandırılabilir uyuşmazlık yargılama yapıp hüküm verilerek daha geç sonlandırılmış olacaktır. Dolayısıyla bu durumda hukuk devleti ilkesi zarar görmüş olmayacaktır. Bu nedenle Zipf tarafından savunulan bu görüşe katılmıyoruz.

³⁵ Alman Hukuku’nda bu durum “*yarılma, ortadan ikiye bölünme*” anlamını taşıyan “*Durchbrechung*” terimi ile ifade edilmektedir. Fakat, biz bunu istisna olarak dile getirmeyi daha yerinde bulmaktayız. **Roxin/ Arzt/ Tiedemann**, s. 119; **Roxin/ Schünemann**, § 14 kn. 5; **Henkel**, s. 96; **Heidelberger Kommentar- Gercke**, § 153a kn. 3; **Ranft**, kn. 1139; **Haller/ Conzen**, kn. 154; **Schlüchter**, s. 164.

³⁶ Krşl. **Zipf**, s. 501.

³⁷ Bkz. **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 59; gerçekte işlenen suçların sayısı ile kayıtlara giren suçların sayısının farklılık teşkil etmesi ile ilgili olarak ayrıca bkz. **Peters** Karl,

aydınlatılmasında ve bunlara ilişkin kamu davası açılmasında³⁸; suçtan zarar görenin şikayette bulunmama yönündeki iradesi, kolluğun suçları aydınlatmada kimi zamanki başarısızlığı³⁹ gibi çeşitli faktörlere dayanan noksanlıklardan kaynaklanmaktadır⁴⁰. Bu durum doktrinde bu sonucun açık bir şekilde, her suçun soruşturulup kovuşturulmadığını ve bu yüzden eşit ve kapsamlı bir ceza takibatının söz konusu olamayacağını, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin fiiliyatta zaten noksansız, sıkı biçimde uygulanmadığını gösterdiği görüşüne yol açmaktadır⁴¹. Fakat, bu tür bir düşünceye karşı mesafeli yaklaşılmalıdır. Çünkü, yakından incelendiğinde görülecektir ki, işlenen suçların aydınlatılması ve haklarında kamu davası açılması oranının düşük olması şeklinde ortaya çıkan uygulamadaki zaafiyetlerin iddia edildiğinin aksine yalnızca küçük bir kısmı kovuşturma mecburiyeti ilkesinin varlığından kaynaklanmaktadır. Bu öncelikle Cumhuriyet savcısının verdiği kovuşturmaya yer olmadığı kararına dayanmaktadır. Kovuşturmaya yer olmadığı kararlarının büyük bölümü Cumhuriyet savcısının takdir yetkisinden kaynaklanmamakta; ya soruşturma sonucunda elde edilen delillerin mahkûmiyet hükmü için yeterli şüphe oluşturmamasından ya da şüphelinin tespit edilememesinden kaynaklanmaktadır⁴². Dolayısıyla siyah sayılar doğrudan doğruya kovuşturma mecburiyeti ilkesinin varlığından ötürü ortaya çıkmamaktadır. Kaldı ki,

“Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip”, in: Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, Berlin 1974, s. 424; **Rieß**, NStZ 1981, s. 4.

³⁸ Dava açmadaki noksanlığın bir diğer sebebinin ise maslahata uygunluktan kaynaklanan Cumhuriyet savcısının takdir yetkisine dayanarak verilen kovuşturmama kararları olduğu unutulmamalıdır (Kırs. **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 59).

³⁹ Bu durumun, kolluğun konsantrasyonunu daha ziyade belirli suçların aydınlatılmasına yoğunlaştırmış olmasından ve bu nedenle her suç bakımından aynı yoğunlaşmayı göstermemesinden kaynaklandığı; fakat, kolluğun yapısı ve durumu ele alındığında personel sayısına dayalı imkanlarından ve diğer maddi imkanlarından ötürü kolluğun her suça aynı şekilde yoğunlaşmasının mümkün olamayacağı ifade edilmektedir (Bkz. **Peters**, Legalitätsprinzip, s. 424; **Zipf**, s. 492). Yine aydınlatma zahmeti, önceden yapılan başarılı olma değerlendirmesine ve suçun ağırlığına göre tahmin edilmekte ve bunun sonuçlarına göre de bazı alanlarda şikayette bulunulan suçluluklar kayıtlara geçirilmemektedir (**Rieß**, NStZ 1981, s. 4). Örneğin ülkemizde de sıkça yaşanan aile içi şiddet olaylarında kolluk sıkça insiyatif kullanmakta ve bu suçların “sosyal zararlı netice içermediğini” düşündüğünden aydınlatmaya değer görmemekte ve kimi zaman bu tür “küçük suçluluk” ile uğraşmak istemeyebilmektedir.

⁴⁰ **Peters**, Legalitätsprinzip, s. 424; **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 59.

⁴¹ **Zipf**, s. 492- 493; ayrıca bkz. **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 59.

⁴² **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 60.

eğer soruşturma makamlarının, kovuşturma mecburiyeti sisteminin varlığına rağmen kimi suçlar bakımından harekete geçmeme yönünde irade göstermeleri söz konusu olabiliyor ise, **bu durumda tartışılması gereken husus kovuşturma mecburiyetinin varlığı değil, suç politikası olmalıdır**⁴³. Ceza hukuku değişen topluma ayak uydurmak zorundadır. Bu nedenle hangi insan davranışlarının suç oluşturması gerektiğini sürekli bir biçimde gözden geçirmelidir. Fakat, kolluk belirli bazı suçlar bakımından değil de somut olayda suç tipinden bağımsız olarak farklı saiklerle (umursamama, tembellik, isteksizlik) hareketsiz kalıyor ise bu durumda sorun ne suç politikasında ne de kovuşturma mecburiyetinin varlığında aranmalıdır. Böyle bir durumda sorun, keyfilikten kaynaklanmaktadır. Bu nedenle bu tür olaylardaki kolluktan kaynaklanan hukuka aykırılıkların üzerine kararlılıkla gitmek “*siyah sayılar*” olarak anılan ve açığa çıkarılamayan suçluluk anlamına gelen sorunun çözümü olabilir.

Bunun aksine, uygulamadaki kimi olumsuzlukların kovuşturma mecburiyetinin varlığına bağlanarak bunların çaresinin maslahata uygunluk ilkesinin ceza muhakemesi sisteminde genel bir ilke olarak kabul edilmesinde bulunduğu düşüncesi kanımızca yerinde değildir. Tüm ceza muhakemesi bakımından maslahata uygunluk sistemi kabul edildiğinde maslahata uygunluk ilkesi suç olmaktan çıkarıcı bir etki doğuracaktır. Esasen temelde bu düşünce pragmatist bir görüş içerir. Buna göre, yapısal olarak maslahata uygunluk ilkesi üzerine inşa edilen bir ceza muhakemesi, şüpheli fiillerin büyük bölümünden deyim yerindeyse erkenden kendisini kurtaracaktır⁴⁴. Fakat, bu noktada **maslahata uygunluk ilkesinin suç olmaktan çıkarma bakımından doğru bir ensturman olmadığı; suç olmaktan çıkarmanın daha çok maddî ceza hukukuna ait olduğu unutulmamalıdır.** Çünkü, maslahata uygunluk ilkesine tüm suçlar bakımından genel olarak sınırları belirsiz bir biçimde yer verilmesi halinde kanunkoyucu bir yandan bir fiili suç olarak ceza kanununda belirleyecek; diğer yandan ise bu fiillerin cezalandırılmasını muhakeme kanunu aracılığı ile gizlice engelleyecektir⁴⁵. Halbuki, maddî ceza

⁴³ Krşl. Tosun, İHFM, s. 59.

⁴⁴ Hassemer, s. 538.

⁴⁵ Hassemer, s. 538.

hukuku ölçülülük ve ceza hukukunun son çare olması ilkelerine ne kadar çok yönelir ise, ceza muhakemesinde maslahata uygunluk ilkesine o kadar az gerek duyulacaktır⁴⁶. Bu bakımdan maddî ceza hukuku aracılığıyla suç olmaktan çıkarmanın artırılması daha makûl, içten ve ölçülü olacaktır. Maslahata uygunluk ilkesini benimseyen bir muhakeme hukuku sisteminin kabulü ise kolay yolun seçilmesi olacaktır⁴⁷. Burada ölçülü olacak çözüm yolu, kovuşturma mecburiyeti ilkesi temelinde inşa edilen bir ceza muhakemesi hukukunda Cumhuriyet savcısına sınırlı bir takdir yetkisi tanınarak kovuşturma mecburiyetinin belirli bir oranda sınırlandırılması ve bu yolla failin menfaatleri orantısız bir şekilde ihlal edilmeksizin somut olay adaletinin daha hızlı bir şekilde tesis edilmesi olmalıdır.

B. Cumhuriyet Savcısının Siyasî Etki Altına Alınması İhtimali

Maslahata uygunluk ilkesine, ilkenin ilk ileri sürüldüğü tarihten itibaren “*kamu yararı*” kavramının siyasî amaçlar lehine kötüye kullanılmaya açık bir kavram olması bakımından çok sayıda eleştiri yöneltilmiştir. Bu eleştiriler 1861 yılında gerçekleştirilen ikinci Alman Hukukçular Günü’nde mevcut olduğu gibi⁴⁸ 1909 yılına gelindiğinde yirmi dokuzuncu Alman Hukukçular Günü’nde hâlâ devam etmekteydi⁴⁹. Bu eleştiriler, maslahata uygunluk ilkesinin siyasî iktidara ve toplumdaki güçlü kesimlere yarayacağını öne sürmekteydi⁵⁰. Bu düşünce, maslahata uygunluk ilkesinin sınırlarının salt “*kamu yararı*” gibi soyut kavramlarla çizilmesi halinde bugün dahi savunulabilir.

Günümüzde özellikle Alman Hukuku’nda ve Kıta Avrupası hukuk sisteminin büyük bölümünde savcıların başsavcının temsilcisi oldukları ve üstlerinin emirleri ile

⁴⁶ **Hassemer**, s. 538; ayrıca bkz. **Jeutter**, 184- 185.

⁴⁷ **Hassemer**, s. 538.

⁴⁸ **Marquart**, s. 13; **Schröder**, s. 412; **Jeutter**, s. 8.

⁴⁹ **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 63.

⁵⁰ **Marquart**, s. 13; **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 63; ayrıca bkz. **Öztürk**, Kovuşturma Mecburiyeti, s. 36.

bağlı olduklarının kabul edilmesi dolayısıyla bu endişeler ciddiye alınmalıdır⁵¹. Hukukumuzda da adlî faaliyet bakımından savcı- başsavcı ilişkileri astlık- üstlük ilişkisi çerçevesinde yürütülmektedir. Yukarıda⁵² da belirttiğimiz üzere savcılar adlî faaliyetleri bakımından başsavcı ve Adalet Bakanı'ndan bağımsız olmalıdırlar. Siyasî etkinin varlığı bakımından Adalet Bakanı'nın Cumhuriyet savcısına emir vermesi ve bu emrin Cumhuriyet savcısı tarafından uygulanması ya da en azından Cumhuriyet savcısının bu emrin etkisi altında kalması gerekir. Adalet Bakanı'nın adlî faaliyet bakımından Cumhuriyet başsavcısına ve Cumhuriyet savcısına emir verme yetkisi bulunmadığından Cumhuriyet savcısına kanunen takdir yetkisi tanınmasının Türk Hukuku bakımından bu yönüyle bir sakıncası olduğu söylenemeyecektir⁵³.

Fakat, Cumhuriyet savcısının normatif açıdan siyasî makamlardan emir almasının mümkün olmaması, bunun fiiliyatta gerçekleşmeyeceğini garanti etmez. Çeşitli sebeplerden ötürü, özellikle insan unsurunun içinde yer aldığı her konuda olması gerekenden sapma gerçekleşebilir. Örneğin, uygulamada Cumhuriyet savcılarını Bakanlık müfettişlerinin baskısıyla karşılaştıklarından yakınmaktadırlar. Yine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun mevcut yapısının Adalet Bakanlığı bürokrasisi merkezli olmasından ötürü Cumhuriyet savcılarını üzerinde ve hatta hakimler üzerinde dahi bir baskı meydana gelmektedir. Hakim ve savcılar özellikle atama kararları bakımından bir baskı hissedebilirler. Bu sebeple normatif

⁵¹ Ancak, Adalet Bakanı'nın emir verme yetkisinin bulunduğu Alman Hukuku'nda, bu tür endişelerin tartışılabilirliğini; fakat, bu endişeler çeşitli argümanlarla temellendirilse dahi tartışılması gereken esas hususun maslahata uygunluk ilkesi değil, savcılık makamının bağımlı statüsü ve genel tercih stratejisi olması gerektiğini öne süren görüş için bkz. **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 64; **Öztürk**, Koğuşturma Mecburiyeti, s. 36 dpn. 27.

⁵² Bkz. Birinci Bölüm II B 2 b başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁵³ Alman Hukuku bakımından ise normatif açıdan aynı düşünce geçerli olmayabilir. Krşl. **Henkel**, s. 96; **Hirsch** Hans Joachim, "Zur Behandlung der Bagatelldelinquenz in der Bundesrepublik Deutschland", ZStW 92 (1980), s. 234; **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 64. Fakat, Alman Hukuku'nda uygulamada gerçekleştirilen bir araştırmada savcıya bu tür bir yetki tanınmış olmasının "*sınıf adaleti*"nin oluşmasına yol açmadığı; dolayısıyla eşitlik ilkesinin zedelenmediği ortaya konmuştur (Bu araştırma için bkz. **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 64 dpn. 236). Fakat, Alman Hukuku'nda her ne kadar uygulamada Adalet Bakanı'nın savcılara etki ederek emir verme hakkını kötüye kullanması söz konusu olmuyor ise de; Adalet Bakanı'nın bu türden bir emir verme hakkının varlığı dahi vatandaşlarda somut olaylara haksız bir şekilde siyasî açıdan etki edildiği kanısını uyandırabilir (Bkz. **Henkel**, s. 96; **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 64).

açından Adalet Bakanı'nın Cumhuriyet savcısına emir verme yetkisi bulunmuyor da olsa Cumhuriyet savcısının “*kapalı kapılar ardında*” bu tür bir emir alması çeşitli nedenlerle söz konusu olabilir. Bu durum her ülkede fiilî açıdan söz konusu olabilir. Bu bakımdan, insan unsurunun varlığı her tür kurala aykırı davranışın temelinde yer aldığından, bu hukuka aykırılıkların Cumhuriyet savcısına sınırları belirgin ve istisnaî nitelikte bir takdir yetkisi tanınmasını engellememesi gerektiği savunulmalıdır. Çünkü, normatif düzenlemeler olması gerekeni göz önünde tutar. Burada belirgin ve sıkı koşullara bağlanarak düzenlenecek takdir yetkisi, Cumhuriyet savcısının hukukta yeri olmayan bu tür saiklerle hareket etme ihtimalini de sınırlayacaktır.

C. Hukuk Devleti İlkesinin Gerçekleştirilmesi

1. Genel Olarak

Hukuk devleti ilkesi ceza muhakemesi hukukunu biçimlendirmekte olup ceza muhakemesinde geçerli olan temel ilkelerden birisidir. Hukuk devleti ilkesinin Anayasa tarafından korunuyor olması ceza muhakemesinde hukuk devleti ilkesine uyulma zorunluluğunu beraberinde getirmektedir. Bu noktadan hareketle kovuşturma mecburiyetinin de bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği; dolayısıyla da kovuşturma mecburiyeti ilkesinin tamamen kaldırılması veya sınırlandırılmasının hukuk devleti ilkesine ve Anayasa'ya aykırılık oluşturup oluşturmayacağı, tartışılması gereken önemli bir konudur⁵⁴. Hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilebilmesi bakımından bu konu çeşitli yönleriyle ele alınmalıdır.

2. Kanun Önünde Eşitlik İlkesi

Anayasa m. 10'da kanun önünde eşitlik ilkesi yer aldığından kanunkoyucu bu ilkeyi gerçekleştirme yükümlülüğü altındadır. Kanun önünde eşitlik ilkesi

⁵⁴ Krşl. **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 70.

vatandaşları devlet gücünün keyfî biçimde kullanılmasının olumsuz etkilerinden koruma anlamını taşıdığından ve bu amacı güttüğünden kanun önünde eşitlik ilkesinin etkileri ceza takibatında da kendini göstermelidir⁵⁵.

Uygulamada eşitliğin sağlanması için Anayasa m. 10'da yer alan hüküm çoğu zaman doğrudan kovuşturma mecburiyeti ilkesine indirgenmektedir. Buna bağlı olarak fiiliyatta bu ilke, yeterli suç şüphesinin varlığı halinde kişisel konumuna bakılmaksızın herkesin hakim önüne çıkartılması olarak değerlendirilmekte ve eşitlik ilkesinin bu yolla azamî seviyede ceza muhakemesi uygulamasına geçirileceği düşünülmektedir⁵⁶. Fakat, aşağıda daha ayrıntılı değinileceği üzere, cezalandırmayı toplumsal zorunluluk ve amaca uygunluğa bağlayan genel ve özel önleyici görüşler aracılığıyla mutlak ceza teorisinin terk edilmesiyle birlikte kovuşturma mecburiyeti ilkesinin kendi özgün teorik temelini kısmen de olsa kaybettiği söylenebilir⁵⁷.

Kanun önünde eşitlik ilkesi, suçluluğun tamamı bakımından bütünüyle fark gözetmeyen bir muameleyi emretmemektedir. Eşitlik ilkesi eşitçilik demek değildir⁵⁸. Bu nedenle kovuşturma mecburiyeti bir ilke olarak muhafaza edilirken belirli şartlar altında ceza takibatından vazgeçilmesi adaletsiz ve kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olmayacaktır. Fakat, bu tür bir aykırılığın söz konusu olmaması için istisnaî durumlara ilişkin bu tür düzenlemelerin yerinde ve meselenin özüne uygun olması gerekir⁵⁹. **Maddî adaletin hukuk devleti ilkesi tarafından korunması ve gerçekleştirilmesi tüm suçların istisnasız bir biçimde soruşturulması ve kovuşturulmasını gerektirmez. Maddî adaletin hukuk devleti**

⁵⁵ Weigend, Anklagepflicht und Ermessen, s. 74.

⁵⁶ Krşl. Roxin/ Schünemann, § 14 kn. 2; Weigend, Anklagepflicht und Ermessen, s. 75; Kapahnke, s. 76; Erb, s. 97.

⁵⁷ Roxin/ Schünemann, § 14 kn. 2.

⁵⁸ Jeutter, s. 181; Erb, s. 97.

⁵⁹ Löwe- Rosenberg/ Beulke, § 152 kn. 39; Jeutter, s. 181; Rieß, NStZ 1981, s. 5- 6; Schulenburg, s. 765. Bir davranışın maddî ceza hukuku bakımından cezalandırılabilirliğinin ilgililere ceza takibatında eşit muamele edilmesi için tek belirleyici ölçüt olduğu kabul edildiğinde bu tür bir kabulün bu haliyle genel eşitlik düşüncesinden türetilmiş olduğu söylenemez; çünkü, bu tek başına somut olaylara aynı ya da farklı muamele edilmesinin yerindeliğini açıklayamaz; aksine hukukun uygulanması için meselenin özüne uygun eşitlik ölçütlerinin oluşturulmasını gerektirir (Erb, s. 97).

ilkesi tarafından korunması ve gerçekleştirilmesi daha çok suçların soruşturulması ve kovuşturulması bakımından keyfî hareket edilmesini yasaklamaktadır. Devlet maddî adaleti tesis yükümlülüğünden ötürü ceza takibatı sistemini salt kovuşturma mecburiyeti ilkesi temelinde biçimlendirmeye zorlanamaz. Ceza takibatına ilişkin kamusal faaliyetin çeşitli şekillerde biçimlendirilmesinde, bu farklılıklar meselenin özüne uygun noktalara yöneldiği ve keyfilik yasağına da dikkat edildiği sürece kanunkoyucu serbesttir⁶⁰. Bu nedenle örneğin ceza takibatında kolluğun çeşitli suçları ayırarak bu suçlar hakkında harekete geçmemesi, meselenin özüne uygun ve hukuk düzeni tarafından tanınan nedenlerle desteklenmiyorsa keyfilik oluşturacağından Anayasa m. 10'da yer alan kanun önünde eşitlik ilkesine açıkça aykırılık teşkil edecektir. Bununla birlikte, bir davranışın maddî ceza hukuku bakımından cezalandırılabilir olmasına rağmen, bu davranışa yaptırım uygulanmamasını meşru kılacak derecede ağır basan belirli kriterlerin kabulü genel eşitlik düşüncesi ile çelişmez⁶¹.

Buna karşın, tamamen maslahata uygunluk ilkesini benimseyen bir ceza muhakemesi sisteminde kanun önünde eşitlik ilkesinin gerçekleştirilebilmesi zor gözükmektedir. Çünkü, böyle bir ceza takibatı sisteminde her somut olay kendi koşulları içinde değerlendirileceğinden, örneğin iki somut olay kıyaslandığında bu olaylara ne eşit ne de farklı muamelede bulunulduğundan söz edilebilir. Bu durumda da ancak bu iki olay karşılaştırılacak ve benzerliğin mi yoksa farklılığın mı ağır

⁶⁰ Gössel, s. 127- 128; Weigend, Anklagepflicht und Ermessen, s. 76; Zipf, s. 498; Kapahnke, s. 76; ayrıca bkz. Fuchs, s. 38. Alman Federal Anayasa Mahkemesi de kanun önünde eşitlik ilkesinin sadece keyfilik yasağını içerdiğini düşünmektedir. Mahkeme'ye göre "Önemli ölçüde eşit olanlara keyfî olarak farklı muamele edilemez" BVerfGE 18, 121, 124; 22, 254, 263 (in: Kapahnke, s. 76).

⁶¹ Kapahnke, s. 76; Kühne, Strafprozessrecht, kn. 584; Erb, s. 97- 98. Kriterlerin belirli olması Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınmasının meşru kılınması için zorunluluktur. Aksi takdirde eşitlik ilkesi zedelenecektir. Bu husus bakımından, Alman Uyuşturucu Maddeler Kanunu § 31a'da yer alan düzenleme oldukça önemli bir örnek olarak verilebilir. Alman Uyuşturucu Maddeler Kanunu § 31a'da, fail uyuşturucu maddeyi yalnızca kendi kullanımına yönelik olarak **küçük miktarda** yetiştirmiş, üretmiş, edinmiş veya toplamış ise ve kusuru düşük görülmeli ve fiilin kovuşturulmasında kamu yararı da bulunmuyor ise savcının takipsizlik kararı verebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemede "küçük miktarda" ifadesinin belirli ve objektif bir ifade olmadığı ve bu nedenle eşitlik ilkesine aykırı uygulamalara yol açabileceği haklı olarak dile getirilmektedir (Bkz. Kühne, Strafprozessrecht, kn. 584).

bastığı tespit edilecektir. Sonrasında bu tespite göre kanun önünde eşitlik ilkesinin ihlal edilmiş olup olmadığı belirlenecektir. Görüldüğü üzere birbirinden farklı özellikler taşıyan olayların birbiriyle kıyaslanmasının ne ölçüde sağlıklı sonuç vereceği tartışılabilir⁶². Bu nedenden ötürü, takdir yetkisine belirli bir ölçüde yer verilmeli ve Cumhuriyet savcısına tanınan bu takdir yetkisinin ölçütleri çok net bir biçimde kanun tarafından belirlenmiş olmalıdır⁶³. Bu şekilde hem kanun önünde eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmayacak hem de somut olay adaletinin sağlanması da mümkün olacaktır. Bir başka deyişle bir yandan devletin cezalandırma hakkı uygulanmalı diğer yandan ise hakkında yeterli suç şüphesi bulunan şüpheliler bakımından meselenin esasına uygun farklılıklara imkan tanınmalıdır. Bu şekilde ortaya çıkan farklı muameleler maslahata uygunluk sisteminde olduğu gibi kanunen *emredilmiş* olmamalı; istisnaî olarak takdir yetkisine yer verildiğinden bu farklı muamelelere *müsaade edilmiş* olmalıdır⁶⁴.

⁶² Krşl. **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 76.

⁶³ **Löwe- Rosenberg/ Beulke**, § 152 kn. 39; **Schröder**, s. 411; **Schäfer**, s. 18 II 3 e; **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 167; **Schulenburg**, s. 765; **Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu**, s. 301; ayrıca krşl. **Heidelberger Kommentar- Gercke**, § 152 kn. 15- 16. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de savcıya takdir yetkisi tanınmasına karşı olumlu eğilim göstermekte; ancak, savcıya kamu davasının açılması bakımından takdir yetkisi tanınmasının;

- hukuki güvenlik ve kanun önünde eşitliği ihlal etmeyecek biçimde
- belirli unsurlar içeren muhakeme kurallarının kabul edilmesi,
- bu takdir yetkisinin polis değil mutlaka savcı ya da hakim aracılığıyla kullanılması ve
- savcı tarafından verilecek bu karara karşı kanunyolunun öngörülmesi

koşullarının birlikte gerçekleşmesi halinde mümkün olabileceğine hükmetmiştir. Bkz. **BGE 109 IV 46, 50**

(http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeleitentscheide/Band_109_1983/BGE_109_IV_46.html, erişim tarihi: 12.03.2011). Ayrıca krşl. **Schmid**, kn. 114; **Berkemeier**, s. 18, 22.

⁶⁴ Krşl. **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 76; **Erb**, s. 98. Weigend, bu türden istisnaî olarak tanınan takdir yetkisinin kriterleri olarak suçun objektif sosyal zararlılığı, suçtan zarar görenin ceza takibatındaki menfaati, failin suça ilişkin iradesinin yoğunluğu veya ceza hukuku dışındaki yaptırım imkanlarının varlığının benimsenebileceğini öne sürmüştür (Bkz. **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 76). Ayrıca krşl. **Jeutter**, s. 182; **Erb**, s. 98.

3. Erkler Ayrılığı İlkesi

Cumhuriyet savcısına soruşturma evresi sonunda kamu davası açılması bakımından takdir yetkisinin tanındığı hallerde, Cumhuriyet savcısının konumunun hakime yaklaştığı; çünkü, CMK m. 171 (Alman CMK § 153 vd.) kapsamında Cumhuriyet savcısının cezasızlığa (Alman Hukuku'nda ise ayrıca çeşitli yükümlülöklere) karar vermekte olduğu özellikle Alman Doktrini'nde ileri sürölmekte ve tartışılmaktadır⁶⁵. Bu görüş, savcıya tanınan takdir yetkisinin, hakimin işlevinin savcılara geçirilmesi suretiyle hakimin işlevini ortadan kaldırdığını ve bu nedenle bunun kovuşturma mecburiyeti ilkesine getirilen istisnaları hukuka aykırı kılacağını savunmaktadır⁶⁶.

Cumhuriyet savcısına bu tür bir takdir yetkisinin tanınmasına erkler ayrılığı ilkesi üzerinden yöneltilen bu eleştirilerin temelinde Cumhuriyet savcısının yürütmeye, hakimin ise yargı erkine dahil olduğu düşüncesi yatmaktadır⁶⁷. Bu düşünceye göre şüpheli veya sanıkları serbest bırakabilecek olan tek makam, üstünün verdiği emirlerle bağılı olan⁶⁸ savcı değıl; bağımsız ve yalnızca kanun karşısında yükümlölüğü bulunan hakimdir. Bu nedenle bu görüş, erkler ayrılığı ilkesinin, işlenen bir fiilin cezalandırılabilirliğı hakkındaki kararı yürütmenin tamamen yargıya bırakması anlamına geldiğini savunmaktadır⁶⁹. Fakat, yukarıda⁷⁰ da belirtildiğı üzere savcılık makamı yürütme erkine dahil bir memuriyet makamı olarak değıerlendirilemez. Savcılık makamı her ne kadar idarî yapılanma bakımından hiyerarşik bir düzene sahip ise de savcılığın faaliyeti doğrudan hukukun

⁶⁵ Bkz. **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 78; Erb, s. 104; **Kühne**, Strafprozessrecht, kn. 584.1; ayrıca Japon Doktrini'ndeki benzer tartışma için bkz. **Krassek** Dorota-Aleksandra, "Die Stellung des Staatsanwalts im japanischen Strafprozeß, Neigung zur außergerichtlichen Regelung von rechtlichrelevanten Sachverhalten, Opportunitätsgrundsatz", (www.archiv.jura.uni-saarland.de/japan-jura/strafrecht.html, erişim tarihi: 12.12.2010).

⁶⁶ Bkz. **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 78; ayrıca krşl. **Hassemer**, s. 531.

⁶⁷ Bkz. **Gössel**, s. 135; **Hassemer**, s. 531; **Erb**, s. 104.

⁶⁸ Bu görüşün eleştirisi için bkz. Birinci Bölüm II numaralı başlık altında yapılan açıklamalar.

⁶⁹ **Hassemer**, s. 531.

⁷⁰ Bkz. Birinci Bölüm I ve II numaralı başlıklar altında yapılan açıklamalar.

gerçekleştirilmesine, tesisine ve maddî adaletin korunmasına yönelmektedir⁷¹. Dolayısıyla **yargı erkine yaklaşan sui generis bir niteliği bulunmaktadır.** Bu noktada ceza muhakemesinde bu şekilde birbirinden ayrılmış organların bulunmasının keyfi uygulamaları ve keyfi soruşturma ve kovuşturmaları engelleme amaçlı olduğu söylenmelidir. Çünkü, ceza muhakemesinde bu amaç salt mahkemeler aracılığı ile gerçekleştirilemez. Bu yolla savcılık makamı aracılığı ile ceza muhakemesinde denge ve kontrol sağlanmış olacaktır. İşte bu nedenle savcılık, polis ile mahkeme arasına yerleştirilen bir makam olarak faaliyet gösterir⁷². Dolayısıyla savcılığın bir yürütme makamı olarak nitelenmesi mümkün olmadığından, takdir yetkisini kullanarak kamu davası açmamasının bu yönüyle erkler ayrılığı ilkesine aykırılık oluşturmayacağını kabul etmek gerekir.

Cumhuriyet savcısının yürütme erki içerisinde değerlendirilemeyeceğinden hareketle, Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınmasının erkler ayrılığı ilkesine aykırılık oluşturmayacağını bu şekilde belirttikten sonra, mahkeme dışındaki bir makamın cezalandırılmamaya karar veriyor olması bakımından da konuya değinilmelidir. Cumhuriyet savcısı her ne kadar fiili işlediği hususunda hakkında yeterli şüphe bulunan fail hakkında CMK m. 171 uyarınca kamu davası açmayarak onun cezalandırılmamasını sağlıyor ise de burada Cumhuriyet savcısı bunu yaparken bir hüküm tesis etmemekte; yalnızca muhakeme hukukunun çeşitli gerekçelerle tanıdığı bir yetkiyi kullanmaktadır⁷³. Kaldı ki, Cumhuriyet savcısı, takdir yetkisini kullanarak kamu davası açmadığı hallerde failin aleyhine olarak bir yükümlülüğe karar vermemektedir. Bu yönüyle de Cumhuriyet savcısının mahkemeye ait bir yetkiyi kullanmadığı ve dolayısıyla Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini kullandığı hallerde erkler ayrılığı ilkesine aykırılığın oluşmadığı söylenmelidir⁷⁴.

⁷¹ Gössel, s. 140.

⁷² Gössel, s. 140.

⁷³ Weigend ve Kapahnke bu durumu, savcının bu hallerde failin kusurunu tespit etmediği ve ona ahlakî bir isnatta bulunmadığı şeklinde ifade etmektedirler (Bkz. **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 80; **Kapahnke**, s. 74).

⁷⁴ Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin de belirttiği üzere mahkûmiyet hükmü ahlakî bir kusur isnadı ve fail hakkında değersizlik yargısı içerir ve failin sosyal değerini çok ağır biçimde zedeler. Bu nedenle de yalnızca bağımsız mahkemelerce mahkûmiyet hükmü verilebilir. Bkz. **BVerfGE** 22, 49, 79 (in: **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 80). Alman Hukuku'nda kamu davasının

Savcının takdir yetkisini kullanarak kamu davası açmamaya karar vermesi yürütme erki bakımından değil daha ziyade yasama erki bakımından tartışılmalıdır. Burada asıl sorunlu olan nokta yargı- yürütme ilişkisinde değil, kanunkoyucuya ait bir yetkinin savcılık makamına devredilmiş olup olmadığıdır⁷⁵. Eğer kanunkoyucu bir failin cezalandırılabilmesi için gereken unsurları sınırlayıcı biçimde tespit etmek yerine somut olaya göre şartların bir tartıma tabi tutulmasına cevaz verirse bu durumun, kanunkoyucuya ait olan karar verme yetkisinin hukuku uygulayacak makam olan savcılığa devredilmesi anlamına geldiği ileri sürülmektedir⁷⁶. Fakat, burada karşılaştırılan hususlardan birisinin maddî hukuka, diğerinin ise muhakeme hukukuna dair olması bu görüşün zayıf yönüdür. Ayrıca kaldı ki, burada savcı cezalandırmaya değil, cezalandırmamaya karar vermektedir.

açılmasının ertelenmesinin (Alman CMK § 153a) uygulandığı hallerde savcının ayrıca fail hakkında kimi yükümlülükler de hükmedebilmesi, savcıya tanınan takdir yetkisinin bu yönden de sorgulanmasına yol açmıştır. Fakat, Alman Doktrini'nde savcının karar verdiği yükümlülükler faille ahlakî bir kusur isnadında bulunmadığından ve fail hakkında değersizlik yargısı içermediğinden bahisle mahkûmiyet hükmü niteliğinde görülmemekte ve bu nedenle de savcının hakime ait bir görevi üstlenmediği; dolayısıyla bu hükümlerin erkler ayrılığı ilkesine aykırı bulunmadığı savunulmaktadır (Bkz.. **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 80; **Kapahnke**, s. 74). Ayrıca Alman Hukuku'nda kamu davasının açılmasının ertelenmesi hükümlerinin uygulanması için şüphelinin rızası arandığından bunun bir ceza olarak nitelenmemesi gerektiği de belirtilmektedir (Bkz. **Kapahnke**, s. 74). Fakat, kanımızca savcının takdir yetkisini kullanarak kamu davası açmadığı hallerde, fail aleyhine birtakım yükümlülükler karar vermesi Alman Doktrini'nde ifade edildiğinin aksine bu yükümlülüklerin faille ahlakî bir kusur isnadında bulunmadığından ve fail hakkında değersizlik yargısı içermediğinden bahisle mahkûmiyet hükmü niteliğinde görülmemesi gerektiği düşüncesi kabul edilebilir değildir. Bu durumda sonuç olarak fail çeşitli yükümlülükler tabi kılınmakta ve henüz hakkında hüküm tesis edilmemişken, isnad olunan fiili işlediği sabit olmamışken çeşitli yaptırımlarla karşılaşmaktadır. Buradaki yükümlülüklerin ceza niteliğinde bir yaptırım olmadığı ve failin kusuru ile ilişkili olmadığı söylenemez; çünkü, bu durumda failin işlediği iddia olunan bir fiilden ötürü bu yükümlülükler hükmedilmekte olup hakkında kamu davası açılmaması için, bir başka deyişle daha ağır yaptırımlara maruz kalmamak için bu yükümlülükleri yerine getirmek zorunda bırakılmaktadır. Bu sebeplerden ötürü kamu davası açılmasının ertelenmesi kurumunu düzenleyen CMK m. 171/3'te kamu davası açılmasının ertelenmesine karar verilen hallerde Cumhuriyet savcısının ayrıca fail aleyhine birtakım yükümlülükler hükmetme yetkisinin düzenlenmemiş olması yukarıda açıklanan gerekçelerden ötürü yerinde olmuştur.

⁷⁵ **Erb**, s. 104.

⁷⁶ Bkz. **Erb**, s. 104; **Tosun**, İHFM, s. 58.

Bu yönüyle de, hangi fiillerin suç sayılacağına ilişkin savcılığa bir yetki verilmiş olmasından da söz edilemeyecektir⁷⁷.

4. Ceza Kanunlarının Belirliliği İlkesi

Ceza kanunları cezalandırılabilirliğin kapsam ve sınırlarını açık ve belirli bir biçimde tespit etmelidir. Ceza kanunları neyin cezalandırılacağı, neyin cezalandırılmayacağı hakkında hiçbir kuşkuya yer vermemelidir⁷⁸. Bu ilke kimi yazarlar tarafından maslahata uygunluk ilkesine eleştiri yöneltmede bir argüman olarak kullanılmaktadır. Buna göre, belirlilik ilkesinin yalnızca maddî ceza hukuku bakımından değil aynı zamanda muhakeme hukuku bakımından da uygulanmak zorunda olduğu ve dolayısıyla soruşturma makamlarına tercih imkanının tanındığı her durumun bu ilkeye aykırı olacağı savunulmaktadır⁷⁹.

Belirlilik ilkesinin kapsamını belirlemek bakımından “*cezalandırılabilirlik*” esas alınmalıdır. Cezalandırılabilirliğin yalnızca, hangi davranışların cezalandırılacağına ilişkin düzenlemeler ile sınırlı olarak anlaşılması gerekir. Bu nedenle cezalandırılabilirlik kavramının kapsamına kovuşturma mecburiyetinin sınırlanması hususunun dahil olmadığı savunulmalıdır⁸⁰. Alman Doktrini’nde ise, maddî ceza hukukuna dahil olan suçun unsurları ve suçun unsurları dışında kalan cezalandırılmaya etkili olan sebepler ile birlikte ceza tehdidi ve cezaya çarptırılmanın bir birlik içerisinde görülmesi gerektiğini ve bu nedenle de belirlilik ilkesinin etki

⁷⁷ **Tosun**, İHFM, s. 58; **Öztürk**, Koğuşturma Mecburiyeti, s. 40. Ayrıca Tosun ve Öztürk, erkler arasında mutlak bir ayrılma yerine işbirliğinin oluşmasının kabul edilmesi gerektiğini ve bunun da takdir yetkisine uygun olduğunu dile getirmektedirler (Bkz. **Tosun**, İHFM, s. 58; **Öztürk**, Koğuşturma Mecburiyeti, s. 40).

⁷⁸ **Jeutter**, s. 178- 179; **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 73; **Öztürk Bahri/ Erdem Mustafa Ruhan**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2008, s. 39; **Demirbaş Timur**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2009, s. 65; **Özbek Veli Özer/ Kanbur M. Nihat/ Doğan Koray/ Bacaksız Pınar/ Tepe İlker**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2011, s. 69; **Koca Mahmut/ Üzülmüş İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2010, s. 45- 46.

⁷⁹ Bu görüşler için bkz. **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 73.

⁸⁰ Bkz. **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 74.

sınırının belirlenmesi bakımından bu hususların tamamının cezalandırılabilirliğinin unsuru olarak kabul edilmesi gerektiğini savunan görüşler de bulunmaktadır⁸¹.

Belirlilik ilkesinin ceza muhakemesi hukukunda da geçerli olacağını savunan görüşler, katı bir kovuşturma mecburiyeti sisteminin istisnası olarak Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınması bakımından belirlilik ilkesinin somutlaştırılmasını, ceza takibatının objektif ve açık kriterler ile sınırlandırılması zorunluluğu olarak yorumlamaktadır. Bu yolla ceza kurallarının muhatapları ne zaman ceza ile karşılaşacaklarını mümkün olduğunca net bir biçimde bileceklerdir. O halde kovuşturma mecburiyetini sınırlandıran kriterler somut olarak kanunda belirtilerek bu kriterlerin uygulama alanlarının bu şekilde sınırı çizilmelidir⁸².

Halbuki belirlilik ilkesi kanunilik ilkesinin bir sonucudur. Diğer yandan, belirlilik ilkesinin varlığı kıyas yasağı ile ilgilidir. Kıyas yasağını kabul eden bir maddî ceza hukukunda belirlilik ilkesi vazgeçilmez niteliktedir. Fakat, ceza muhakemesi hukuku bakımından ise kıyas yapılması kural olarak mümkün olduğundan belirlilik ilkesi maddî ceza hukuku ile muhakeme hukuku bakımından aynı anlamı taşıyacak şekilde kullanılamaz. Belirlilik ilkesinin muhakeme hukukunda da geçerli olduğunu savunan görüşler bunun kovuşturma mecburiyetinin sınırlandırılması bakımından, belirli ve açık kriterlerin kanunda yer alması gereği olarak tezahür ettiğini savunmaktadırlar. **Kovuşturma mecburiyetinin sınırlanabilmesi için sınırlama kriterlerinin belirli, açık ve öngörülebilir nitelikte olması gereklidir; fakat, bu gereklilik maddî ceza hukukundaki**

⁸¹ **Jeutter**, s. 179- 180; ayrıca krşl. **Rieß**, NStZ 1981, s. 4. Alman Doktrini'ndeki bu görüşler dayanak olarak Alman Anayasası § 103/ II'de yer alan düzenlemeyi esas almaktadırlar. Bu düzenlemeye göre "Bir fiil sadece işlenmesinden önce kanunda cezalandırılacağı yazılı ise cezalandırılabilir". Aynı düzenleme Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 38/1'de de yer almaktadır. Fakat, bu düzenleme kanunilik ilkesinin güvence fonksiyonunu oluşturmada ve fiilin yapısı ve ona uygulanacak yaptırım bakımından bir güvence oluşturmaktadır. Dolayısıyla aşağıda da belirtileceği üzere bu düzenleme kovuşturma mecburiyetinin sınırlanması bakımından işleve sahip değildir (Krşl. **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 74).

⁸² **Jeutter**, s. 180. Hassemer ise, belirlilik ilkesinin muhakeme hukuku bakımından geçerli olmaması halinde maddî ceza hukuku düzenleme işlevini uygulamaya geçiremeyeceği için, kontrol edilemez nitelikteki takdir yetkisine dayanan kararların uzun vadede maddî ceza hukukundan tümden vazgeçilmesi sonucuna yol açabileceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla belirlilik ilkesinin muhakeme hukuku bakımından da geçerliliğini savunmaktadır (Bkz. **Hassemer**, s. 539).

belirlilik ilkesi ile aynı anlama gelmez. Çünkü, belirlilik ilkesinin kabulü ile bireylerin suç teşkil edecek davranışları yapmalarından önce onlara hangi davranışlardan kaçınmaları gerektiği gösterilmek istenmekte ve bu yolla bireylere nereye kadar izin verildiği açıklanarak hukukî güvenliğin sağlanması amaçlanmaktadır⁸³. Dolayısıyla burada kanunilik ilkesinin güvence fonksiyonu söz konusu olmaktadır. Bu yolla bu ilke sadece, geniş ve belirsiz biçimde oluşturulan kanunlar ile cezalandırmaya karşı bireyi korumak amacına hizmet eder⁸⁴. Fakat, Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınan hallerde ise farklı bir durum söz konusu olmaktadır. Burada Cumhuriyet savcısı gereken şartların oluşması koşuluyla takdir yetkisini kullanabilmekte ve bu süreç failin cezalandırılmaması ile sonuçlanmaktadır. Burada söz konusu olan durum muhakeme hukukundan kaynaklanan bir imkanın kullanılmasından ibarettir ve Cumhuriyet savcısına geniş bir takdir alanı tanınması dahi, isnat olunan fiilin yasak olup olmadığına hiçbir değişiklik yapmamaktadır⁸⁵. Halbuki maddî ceza hukukundaki belirlilik ilkesi davranışın yapısı ve onun karşılığı olan ceza ve cezayı etkileyen nedenler ile ilgili olup kanunilik ilkesinin güvence fonksiyonunu yerine getirir⁸⁶. Dolayısıyla kovuşturma mecburiyetinin objektif ve açık kriterler ile sınırlandırılması zorunlu olmakla birlikte, bu zorunluluk maddî ceza hukukundaki belirlilik ilkesi ile açıklanamaz ve onunla örtüşmemektedir.

Son olarak Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanıyan kriterlere açıklıktan yoksun bir şekilde yer verilmesinden kaçınılması gerektiği bir kez daha vurgulanmalıdır. Çünkü, Cumhuriyet savcısının hangi düşünceye dayanarak takdir yetkisini kullanmaya karar vereceği bakımından şüpheli, en azından bu kriterleri esas

⁸³ **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, Genel Hükümler, s. 65- 66.

⁸⁴ **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 74.

⁸⁵ **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 74. Tosun da kanunilik ilkesinin, suç teşkil eden fiillerin kanun tarafından gösterilmesini gerektirdiğini ve kanunda gösterilmeyen fiillerin suç teşkil etmeyeceğini belirterek Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınan hallerde kanunun suç olarak göstermiş olmadığı bir fiilin suçmuş gibi soruşturulması ve kovuşturulmasının mümkün olmadığını ve bu nedenle kanunilik ilkesi ile takdir yetkisinin bir ilişkisinin bulunmadığını dile getirmektedir (Bkz. **Tosun**, İHFM, s. 59).

⁸⁶ **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, Genel Hükümler, s. 69.

olarak akıl yürütebilmelidir⁸⁷. Fakat, bu durum, belirlilik ilkesinin yalnızca maddî ceza hukuku bakımından değil, aynı zamanda ceza muhakemesi hukuku bakımından (kovuşturma mecburiyetinin sınırlanması ile ilgili olarak) da bir işleve sahip olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır⁸⁸.

5. Kanunsuz Ceza Olmaz İlkesinin (Nullum Crimen Sine Lege) Diğer Yüzü Olup Olmadığı

Kovuşturma mecburiyeti ilkesi doktrinde kimi yazarlar tarafından kanunsuz ceza olmaz ilkesinin sistematik açıdan diğer yüzü olarak tanımlanmaktadır⁸⁹. Bu görüşe göre, kanunsuz ceza olmaz ilkesi ceza takibatının kanunen belirlenen çerçevesinin aşılmamasını koruma altına alırken, kovuşturma mecburiyeti ilkesi açık bir şekilde düzenlenen cezaî yaptırımların yalnızca kağıt üstünde kalmasını önleyerek kanunî düzenlemelerin olabildiğince fazla uygulamaya geçirilmesini

⁸⁷ Krşl. **Jeutter**, s. 181. Örneğin CMK m. 171/3- (c)'de kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilebilmesi için “*kamu davasının açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması*” unsuru getirilmiştir. Bu düzenlemede soyut olarak kamu yararı unsuruna yer verilmiştir. Kamu yararı soyut bir kavram niteliğine sahip olduğundan Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınan hallerde bu yetkinin kullanılması sadece kamu yararının bulunmasına bağlanamaz. Çünkü, bu hallerde yukarıda da belirtildiği üzere kovuşturma mecburiyeti somut kriterlerle sınırlandırılmamış olacak ve bu nedenle de eşitlik ilkesi ve hukuk devleti ilkesi ihlal edilmiş olacaktır. Çünkü, hangi hallerde kamu yararının bulunduğu önceden açık bir biçimde tespit edilebilir ve bilinebilir değildir. Bu yönüyle kişiler hangi hallerde işledikleri fiilden ötürü cezalandırılmayacaklarını kestirebilir değildirler. Fakat, CMK m. 171/3'te getirilen kamu yararı unsuru tek başına kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilebilmesi için yeterli değildir. Kanunkoyucu soyut bir kavram olan kamu yararına diğer birtakım unsurlarla beraber yer vermiştir. Gerçekten, CMK m. 171/3'te yer verilen diğer unsurlarla birlikte değerlendirildiğinde kamu yararı gibi soyut bir kavram, cezalandırılabilirliğin sınırlarını somut biçimde çizmede kullanılmıştır; çünkü, madde metninde somut kriterlere yer verilerek kamu yararının gerçekleşmesi unsuru tâli bir niteliğe sokulmuş olup diğer tüm unsurlar gerçekleşmiş ise son olarak değerlendirilecektir. Dolayısıyla madde metnindeki diğer unsurlar gerçekleşmediği sürece Cumhuriyet savcısı, kamu yararı kavramına başvuramayacak ve takdir yetkisini kullanamayacaktır. CMK m. 171/3'ün getirdiği düzenleme tarzı ile sınırları belirgin bir şekilde çizilmiş bir takdir yetkisinin Cumhuriyet savcısına tanınmış olduğu söylenmelidir.

⁸⁸ **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 74.

⁸⁹ **Schröder**, s. 422; **Hassemer**, s. 529; **Erb**, s. 118-119; **Kühne**, Strafprozessrecht, kn. 306.

sağlamaya çalışır⁹⁰. Bu yönüyle kovuşturma mecburiyeti ilkesinin kanunsuz ceza olmaz ilkesinin bir sonucu olduğu ileri sürülmektedir.

Oysa ki kanunsuz ceza olmaz ilkesi, suç teşkil eden fiillerin cezalarının kanunda açıkça gösterileceğini ve hakimın ceza vermesi halinde ancak kanunda o fiil için gösterilen cezayı verebileceği anlamını taşımaktadır. Dolayısıyla kanunsuz ceza olmaz ilkesi, bir fiil ile ilgili olarak verilecek cezanın kanunda önceden belirlenmiş olmasını ifade etmekte ve suçun işlenmesi halinde kanunda yazılı olan cezaya mutlaka hükmedilmesi ve bu cezanın mutlaka uygulanması anlamını içermemektedir⁹¹. Bu nedenle Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınarak işlenmiş olan bazı fiiller hakkında kamu davası açılmaması imkanının kanun tarafından düzenlenmiş olması, kanunsuz ceza olmaz ilkesini ihlal etmemektedir. Kaldı ki, bugün ceza hukukunun evrensel bir ilkesi haline gelmiş bulunan kanunsuz ceza olmaz ilkesi hemen hemen tüm ceza hukuku sistemlerinde yer alıyor olmasına karşın birçok ülkenin ceza muhakemesi hukukunda savcıya takdir yetkisi tanınıyor olması da bu görüşümüzü destekler niteliktedir⁹².

Kovuşturma mecburiyeti ilkesinin kanunsuz ceza olmaz ilkesinin diğer yüzü olduğu görüşünün kabul edilmesi halinde, ceza kanunu tarafından suç olarak tanımlanan fiillerin tamamının istisnasız bir şekilde cezalandırılması gerekecektir. Halbuki, dava ve ceza ilişkisini düşüren kimi sebeplerin var olması ya da önödeme ve uzlaşma gibi imkanların değerlendirilmiş olması hallerinde de kanunda belirtilmiş olan ceza, ilgili fiile uygulanmamaktadır. Bu nedenle, kovuşturma mecburiyetinin kanunsuz ceza olmaz ilkesinin varlığı sebebiyle istisnasız bir biçimde uygulanması zorunluluğunun bulunduğu savunan görüşler bu hususu açıklayamamaktadırlar⁹³. Çünkü, kovuşturma mecburiyeti ilkesi ile kanunsuz ceza olmaz ilkesi arasında bu tür bir ilişkinin var olduğu kabul edildikten sonra bu ilişkinin yalnızca savcıya takdir yetkisi verilmesine engel olacak şekilde yorumlanması yerinde olamaz. Dolayısıyla ceza hukukunun son çare olmasından ötürü failin cezalandırılmasını en son yol

⁹⁰ **Schröder**, s. 422; **Erb**, s. 119; ayrıca krşl. **Hassemer**, s. 529; **Kühne**, Strafprozessrecht, kn. 306.

⁹¹ **Tosun**, İHFM, s. 60.

⁹² Krşl. **Tosun**, İHFM, s. 60.

⁹³ **Tosun**, İHFM, s. 60; **Öztürk**, Kovuşturma Mecburiyeti, s. 37.

olarak gören ceza muhakemesinde, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin kanunsuz ceza olmaz ilkesinin diğer yüzü olduğu görüşü ceza muhakemesinin tamamında etki doğuracak şekilde hayata geçirilemeyecektir. Bu nedenle de bu iki ilke arasında bu tür bir ilişkinin bulunmadığı söylenmelidir.

D. Hukuk Politikası Mülahazaları

1. Genel Olarak

Ceza hukukunun temel amacı yeni suçların işlenmesini önlemek olduğu için ceza hukukunun klasik amaçları öncelikle genel ve özel önlemedir. Uygulanan her cezanın en önemli amaçlarından biri, hakkında hüküm verilen kişinin bir daha cezaya çarptırılma ile yüz yüze kalmasının engellenmesidir⁹⁴. Cumhuriyet savcısına tanınan takdir yetkisi bakımından bir değerlendirme yapılacak olursa özellikle kamu davasının açılmasının ertelenmesinin söz konusu olduğu hallerde cezalandırmaya alternatif bir yolun uygulanmasından ötürü burada da aynı amaçlar takip edilecektir⁹⁵. Bu nedenle Cumhuriyet savcısına tanınan takdir yetkisi bakımından cezanın amaçlarından yola çıkılarak bir değerlendirme yapılmalıdır.

2. Cezalandırmanın Genel Önleme Amacı

Yakın bir zamana kadar doktrinde, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin genel önlemenin uygun bir aracı olduğu kabul edilmekteydi. Bu görüşü savunanlar, kovuşturma mecburiyetinin olabildiğince geniş bir kapsamda kabul edilmesi

⁹⁴ Geleneksel olarak ise cezanın amaçları iki grupta toplanmaktadır. Bunlardan ilki ödetme, ikincisi ise önlemedir. Cezanın ödetme amacı işlenen fiil üzerine misilleme olarak yaptırım uygulamadır. Önleme amacı ise, cezanın toplum ve bireyler üzerinde etkili olması suretiyle yeni suçların işlenmesinin önüne geçilmesine çalışır. Bugün baskın görüşün ödetici ve önleyici amaçları bir araya getiren karma görüş olduğu söylenmelidir (Bkz. **Öztürk/ Erdem**, Ceza Hukuku, s. 344- 345; **Demirbaş**, s. 520- 521; **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, Genel Hükümler, s. 543; **Koca/ Üzülmöz**, s. 488- 490). Ayrıca bkz. **Fuchs**, s. 128.

⁹⁵ **Fuchs**, s. 128.

suretiyle suçların tam ve eksiksiz bir şekilde cezalandırılabilmesinin koruma altına alınacağını ifade etmekteydiler⁹⁶. Fakat, kovuşturma mecburiyetinin genel önlemenin tesisi için önemli bir araç olduğu görüşü ile Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınmasının genel önlemeyi tehlikeye atmayacağı görüşleri arasındaki karşıtlığın, takdir yetkisine yer verilen bir ceza muhakemesinin uygulamada doğuracağı sonuçların değerlendirilmesindeki farklılıktan kaynaklandığı söylenmelidir⁹⁷. Gerçekten, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin istisnalarına yer verilmesini cezalandırmanın genel önleme amacı bakımından bir tehlike olarak görenler bunu iki hususa dayandırmaktadırlar. Bunlardan ilki, takipsizlik kararının toplumda tahammül edilemez olarak hissedileceği hallerde dahi Cumhuriyet savcısının amaca uygunluk düşüncesine dayanarak kamu davası açmayabileceği ve bu durumda toplumdaki hukuk bilincinin altının oyulacağı, önemli ölçüde zarar göreceği hususudur⁹⁸. İkincisi ise, belirli bazı suçlar hakkında istikrarlı bir şekilde takdir yetkisi kullanılması sonucu kamu davası açılmaması halinde bu suçların sahip olduğu ceza tehdidinin caydırıcı etkisinin giderek kaybolması endişesidir⁹⁹.

Fakat, işlenen her suçun istisnasız bir şekilde cezalandırılması gerektiği düşüncesini içeren mutlak ceza teorisi artık geçerliliğini yitirmiştir. Mutlak ceza teorisinin geçerliliğini yitirmesinde etkili olan hususlardan bir tanesi de cezalandırmayı toplumsal gereklilik ve amaca uygunluğa bağlayan genel ve özel önleyici görüşlerdir. Böylece kovuşturma mecburiyeti ilkesinin kendi özgün teorik temelini kısmen de olsa kaybettiği söylenebilir¹⁰⁰. O halde, kovuşturma

⁹⁶ Bkz. **Jeutter**, s. 16; **Baumann**, s. 4; **Henkel**, s. 96; **Öztürk**, Kovuşturma Mecburiyeti, s. 32. Ayrıca krşl. **Roxin/ Arzt/ Tiedemann**, s. 118- 119; **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 68; **Erb**, s. 151.

⁹⁷ Krşl. **Erb**, s. 151.

⁹⁸ **Erb**, s. 151.

⁹⁹ **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 68- 69; **Erb**, s. 151. Zipf ise, kovuşturma mecburiyetine belirli istisnalar getirilmesinin daha yararlı olacağı düşüncesindedir. Zipf'e göre, Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınması, failin cezalandırılmasının toplumdaki genel hukuk bilincini sağlamlaştıracağı veya bu fiili işleyecek diğer kişileri korkutacağı durumların, faile ceza verilmesinin gerekli olmadığı durumlardan ayırt edilebilmesine olanak sağlayacaktır ve bu yolla cezalandırmanın genel önleme amacı eksiksiz bir biçimde sağlanacaktır (bkz. **Zipf**, s. 496; aynı görüş: **Erb**, s. 151).

¹⁰⁰ **Roxin/ Schünemann**, § 14 kn. 2.

mecburiyetinin istisnalarının, önleyici amaçlar gerektirmiyor ise somut olayda cezalandırmaktan vazgeçilebileceği düşüncesinden; bir başka deyişle ölçülülük ilkesinden türediği söylenmelidir¹⁰¹.

Buradan çıkan sonuç, genel önleme amacının işlenen her suçun cezalandırılması dışında başka yollarla da sağlanabileceğidir. Gerçekten, eğer uygulanan bir yöntem toplumun hukuka olan bağlılığına bir zarar vermiyor ise burada genel önleme amacının oluşmadığı söylenemez¹⁰². Bu durum özellikle uzlaşma gibi ceza yargılaması dışına çıkarmada (=Diversion) söz konusu olur. Burada faile her ne kadar ceza verilmiyor ise de failin birtakım yükümlülüklerle maruz bırakılması genel önlemeyi gerçekleştirmektedir. Aynı husus Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınan haller bakımından da geçerli olabilir. Örneğin kamu davasının açılmasının ertelenmesinde özellikle failin suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararı tamamen gidermesi ve kamu davası açılmasının beş yıllık bir süre için erteleniyor olması genel önleme amacını gerçekleştirebilmek bakımından elverişlidir¹⁰³. Burada önemli olan husus somut olayda izlenen yol toplum tarafından makul karşılanıp karşılanmadığı olmalıdır. Somut olayda izlenen yol toplum tarafından makul karşılanıyor ise belirli ölçüde genel önleme etkisi

¹⁰¹ **Roxin/ Schünemann**, § 14 kn. 2; **Karlsruher Kommentar- Pfeiffer/ Hannich**, Einl. kn. 6.

¹⁰² Dolayısıyla hukuk düzeninin yeniden tesisine pekala cezalandırmadan da ulaşılabilir. Krşl. **Sollberger**, s. 21.

¹⁰³ Burada Cumhuriyet savcısına tanınan takdir yetkisinin uygulandığı hallerde genel önleme etkisinin yine de oluşabileceği görüşü savunulurken yalnızca kamu davasının açılmasının ertelenmesinin koşulları üzerinden bir gerekçelendirme yapılması genel önleme amacının sadece kovuşturma mecburiyeti ile sağlanabileceğini savunan görüş tarafından eleştirilebilir. Fakat, CMK m. 171'de Cumhuriyet savcısına tanınan diğer bir takdir yetkisi olan şahsî cezasızlık sebebi ile cezayı ortadan kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık halinde de genel önlemenin gerçekleşmediği söylenemez. Çünkü, bu haller dikkat edilirse kamu davası açılması halinde yapılan yargılama sonucunda fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı hükmü verilecek hallerdir. Dolayısıyla CMK m. 171/ 1'in uygulandığı hallerde aslında cezalandırılması gereken failin Cumhuriyet savcısının takdir yetkisine dayanarak cezalandırılmaması söz konusu olamamaktadır. Sadece yargılama yapılarak mahkemelerin iş yükünün daha da ağırlaştırılması engellenmekte ve failin yargılama sürecinde karşılaşılabilecek olumsuzlukların önüne geçilmiş olmaktadır. Dolayısıyla bu halde genel önlemenin gerçekleşmesi mümkündür. Şu an CMK m. 173/ 5 gereği bu karara karşı itiraz yolunun kapalı olmasının bunu engelleyebileceği; bu nedenle CMK m. 173/ 5'in en kısa zamanda kaldırılması gerektiği söylenmelidir.

gerçekleşecektir¹⁰⁴. Kaldı ki, CMK m. 171/ 3- (c)'de kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilebilmesi için kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması şartı aranmaktadır. Bu da göstermektedir ki, kanunkoyucu Cumhuriyet savcısına tanıdığı takdir yetkisinin kullanıldığı hallerde genel ve özel önleminin gerçekleştiğini kabul etmektedir. Bu husus CMK'nın modern anlayışı benimsediğini açık bir şekilde göstermektedir.

Fakat, burada ifade edilmeye çalışılan düşüncenin tutarlı olabilmesi, Cumhuriyet savcısına tanınan takdir yetkisinin sınırının açık ve net bir şekilde kanunda gösterilmesine bağlıdır. Çünkü, işlenen suçların hangi kriterlere göre cezalandırılmayabileceği önceden belirlenmez ise bu durumda somut olayda izlenen yol toplum üzerinde genel önleme etkisi uyandırmayabilir. Gerçekten, ceza takibatı bakımından maslahata uygunluk ilkesini benimseyen bir muhakeme sisteminde işlenen her fiil bakımından cezalandırılmama olanağının bulunuyor olması toplumun hukuk bilincini ve özellikle suçların sahip olduğu ceza tehdidinin caydırıcı etkisini ortadan kaldırabilir. Kısacası, işlenen bir suçun cezalandırılmamasının toplum üzerinde genel önleyici bir etkide bulunması, bunun ancak istisnaî bir durum olması halinde mümkündür.

3. Cezalandırmanın Özel Önleme Amacı

Özel önleme, suçun işlenmesinin önlenmesi bakımından faile yönelik etkinin sağlanmasıdır. Bu yolla ceza, faili sadece zararsızlaştırmamakta; ayrıca onu ıslah ederek yeniden suç işlemesine engel olmaktadır¹⁰⁵. Mutlak ceza teorisinin kabul edildiği dönemler de göstermiştir ki, cezaya hükmedilmesi tek başına bu amacın gerçekleştirilebilmesi için yeterli olmayabilmektedir. Aksine bu hallerde fail yeniden suç işleme döngüsünün içine sokulabilmektedir. Buna bağlı olarak cezalandırmanın failin yeni suçlar işlemesinin önlenmesi bakımından her zaman zorunlu olmadığı

¹⁰⁴ Krşl. Fuchs, s. 130.

¹⁰⁵ Öztürk/ Erdem, Ceza Hukuku, s. 343; Demirbaş, s.516; Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Doğan/ Tepe, Genel Hükümler, s. 544; Koca/ Üzülmez, s. 489; Fuchs, s. 129.

görülmektedir¹⁰⁶. Bu durum özellikle kısa süreli hapis cezaları bakımından ortaya çıkmaktadır. Kısa süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda fail kısa bir süre için cezalandırılarak cezaevine gönderilmekte ve bu süre içerisinde işinden, ailesinden ve yakın çevresinden ayrılarak toplumdan koparılmaktadır¹⁰⁷. Bu etki kimi zaman failin yaşamı boyunca devam edebilmektedir. Gerçekten kısa süreli hapis cezalarının infazının, faile olumlu bir etki gösteremeyecek kadar kısa; ancak, onun ailevî, meslekî ve sosyal bağlantılarını tahrip edecek kadar uzun olduğu söylenebilir¹⁰⁸. Özellikle kısa süreli hapis cezasını gerektiren durumlarda cezalandırmanın özel önleme amacının her zaman gerçekleşmediği söylenmelidir¹⁰⁹.

Dolayısıyla cezalandırmanın gerçekten zorunlu olmadığı düşünülüyor durumlarda Cumhuriyet savcısına belirli ölçüde bir takdir yetkisi tanınması özellikle kamu davasının açılmasının ertelenmesinde olduğu gibi failin beş yıl süre ile gözetime tabi tutulması gibi koşullar öngörüldüğünde özel önleme etkisinin tesis edilmesini mümkün kılabilir. Çünkü, bu beş yıllık süre içerisinde fail gerçekten yeniden suç işlememe yönünde irade gösteriyor ise bu durumda failin işlediği fiilden ötürü toplum bakımından oluşturduğu tehlikenin ortadan kalktığı söylenmelidir¹¹⁰. Dolayısıyla artık failin bu kısa süreli hapis cezası gerektiren fiilinden ötürü cezalandırılmasında özel önleme düşüncesi geçerliliğini yitirmiş olacaktır¹¹¹.

Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınması cezalandırmanın amaçlarını ve özellikle de özel önleme amacını yeterince yerine getirme koşuluyla mümkün

¹⁰⁶ **Fuchs**, s. 129. Dolayısıyla yeniden topluma kazandırma ihtiyacına yönelik ve açıkça belirlenen koşullara göre Cumhuriyet savcısına, failin gerçekleştirdiği kanun ihlalinin önemli ölçüde ağır basmadığı şartlarda faile ceza uygulanmasından vazgeçilebilmesini sağlayan sınırlı bir takdir yetkisi tanıyan ceza takibatının, failin kişisel özelliklerini göz önüne almadan ve fark gözetmeden suçların soruşturulması ve kovuşturulması esasını benimseyen bir ceza takibatına oranla cezanın özel önleme amacı bakımından daha uygun ve yerinde olduğu söylenmelidir (krşl. **Erb**, s. 157).

¹⁰⁷ Krşl. **Weigend** Thomas, “Die kurze Freiheitsstrafe- eine Sanktion mit Zukunft”, JZ 1986, s. 263.

¹⁰⁸ **Weigend**, Die kurze Freiheitsstrafe, s. 263.

¹⁰⁹ Aynı hususa özellikle taksirli suçlardan yola çıkarak değinen görüş için bkz. **Fuchs**, s. 129.

¹¹⁰ Böylelikle, bozulan hukuk düzeninin yeniden tesisinin yaptırım uygulanmaksızın sağlanması imkanı bulunmaktadır (Krşl. **Sollberger**, s. 21).

¹¹¹ Krşl. **Koca/ Üzülmöz**, s. 528.

olabilir. Bu halde, cezalandırmanın amaçlarının ceza dışındaki yollarla yerine getirilmesi söz konusu olacaktır. Cezalandırmanın son çare olma özelliği ile de örtüşen bu düşünce, özel önleme etkisinin yalnızca kovuşturma mecburiyeti ile sağlanabileceği düşüncesinin günümüzde geçerliliğini yitirmesine yol açmıştır¹¹². Ayrıca, artık kovuşturma mecburiyetinin sınırlandırılmasına ceza muhakemesi kanunlarında artarak yer verilmesi, maddî hukuktaki fiil ceza hukukundan fail ceza hukukuna doğru gerçekleşen değişimin muhakeme hukukundaki karşılığı olarak değerlendirilmektedir¹¹³.

4. Mağdurun Menfaatlerini de Göz Önüne Alarak Onun Tatmin Edilmesi

Amacı

Cezalandırmanın genel ve özel önleme amaçlarının yanı sıra failin cezalandırılarak mağdurun tatmin edilmesi amacının varlığı nispî ceza teorisi tarafından pek fazla ele alınmamıştır. Gerçekten, mağdurun tatmin olmasındaki menfaatinin cezayı tek başına toplumsal açıdan meşru kılmaya yeterli olup olmadığı tartışılabilir. Bu amacın gerçekleşmesi mağdurun ceza muhakemesine daha etkin bir biçimde dahil edilmesi ile mümkün olabilir¹¹⁴. Kaldı ki, şüphelinin olduğu kadar mağdurun da menfaatlerine saygı gösterilmelidir¹¹⁵. Yirminci yüzyılın ortalarına dek geçen süreçte Kıta Avrupası hukukunda mağdurun çoğu kez ikinci plana itildiği ve faili esas alan bir ceza hukukunun kabul edildiği görülür¹¹⁶. Fakat, ceza hukukunda mağdurun da fark edilmesiyle beraber artık mağdur da ceza muhakemesinde etkin bir süje konumuna sokularak menfaatlerini koruyabilir hale gelmiştir. Mağduru göz ardı

¹¹² Krşl. **Roxin/ Schönemann**, § 14 kn. 2. Öztürk, cezanın özel önleme amacının sadece kovuşturma mecburiyeti ile sağlanabileceği düşüncesindedir. Bu düşünceye göre, suç işledikleri için haklarında soruşturma başlatılmış kişiler, devletin bu konudaki ciddiyetini görüp bir daha suç işlemekten kaçınacaklardır (Bkz. **Öztürk**, Koğuşturma Mecburiyeti, s. 45). Fakat, yukarıda da belirtildiği üzere aynı amaca ceza verilmeden de ulaşılabilirse faile ceza verilmemelidir.

¹¹³ Bkz. **Rieß**, NStZ 1981, s. 6.

¹¹⁴ Krşl. **Deiters**, s. 36; **Fuchs**, s. 130.

¹¹⁵ **Sollberger**, s. 21.

¹¹⁶ Bkz. ve krşl. **Schönemann Bernd**, “Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege”, NStZ 1986, s. 193.

ederek muhakemeyi yürütmek ve muhakeme sonunda bir hüküm vermek cezanın amaçlarını yerine getirmek bakımından başarısız olabilir. Çünkü, her ne kadar ceza muhakemesi hukuk muhakemesinde olduğu gibi tarafların otonomilerine bağlı kalmamakta ise de bu durum mağdurun ceza muhakemesinde etkin bir şekilde yer almasının engellenmesine yol açmamalıdır. Dolayısıyla, mağdurun menfaatlerini gözetmeden gerçekleştirilen bir ceza muhakemesi sonucunda verilecek hükmün bozulan toplumsal barışı yeniden tesis edebilmesi zor olacaktır¹¹⁷.

Dolayısıyla doktrinde failin cezalandırılması ile mağdurun tatmin edilecek olmasının cezalandırmanın bir amacı olduğunun savunulmasının çok da yanlış olmadığı söylenmelidir¹¹⁸.

Cezalandırmanın bu tür bir etkisinin de bulunduğu kabul edilmesi, Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınmasına yönelik düzenlemelere yer verilirken cezalandırmanın bu etkisinin ortadan kaldırılıp kaldırılmadığının ayrıca araştırılmasını gerektirir. Fakat, Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınarak kamu davası açılmaması olanağının getirilmesi çoğu kez mağdurun menfaatini ihlal eder. Bu noktada mağdurun menfaatlerinin ihlal edilmesinin önüne geçilmesinin tek yolunun Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini kullanabilmesine yönelik olarak mağdurun rızasının alınması koşulunun getirilmesi olduğu söylenebilirse de¹¹⁹ bunun aranması halinde kanunun getirdiği takdir yetkisinin kullanılabilmesi yeteri kadar işletilemeyecektir. Çünkü, mağdurun çoğu kez bu konuda rıza göstererek failin cezasız kalmasına katkı sağlaması pek mümkün gözükmemektedir. Kaldı ki, bu tür bir rıza takdir yetkisine dayalı düzenlemelerin uygulanabilmesi bakımından zorunlu

¹¹⁷ Bu nedenle ödetmeci anlayıştaki ceza hukukunun yerine günümüzde önleyici anlayıştaki bir ceza hukukunun kabul edilmesi bu hususu gerçekleştirmek açısından önemlidir. Ödetmeci (Misillemeci) anlayıştaki ceza hukuku teorisinde ilkel bireysel ceza hukukunun motoru işlevi gören mağdurun öç alma güdüsü, kollektifleştirilerek insancillaştırılan bir tarzda muhafaza edilirken, yeniden topluma kazandırma düşüncesi aracılığıyla maddi ceza hukukunda da kesin bir biçimde fail merkezli bir yapı oluşturulmuştur. Böylece mağdur unutulmuş figür konumuna itilmiştir. Fakat, önleyici ceza hukukunun geçerlik kazanması ile beraber bu durumun değişmesi paralellik göstermiştir (**Schünemann**, s. 193- 194).

¹¹⁸ Bkz. **Fuchs**, s. 130- 132; **Deiters**, s. 39.

¹¹⁹ Krşl. **Ünver/ Hakeri**, s. 37.

kılınır ise bunun uzlaşma kurumundan bir farkı kalmayacaktır. Mevcut durumda kamu davasının açılmasının ertelenmesinin uygulanabilmesinin sadece takibi şikayete tabi suçlar bakımından geçerli olduğu göz önüne alınır ise bu kurumun uygulanmasının ayrıca mağdurun da rızasına tabi kılınması anlamsız olacaktır; çünkü, zaten eğer fail- mağdur arasında uzlaşma gerçekleşmiş olsaydı kamu davasının açılması aşamasına ve dolayısıyla kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumuna başvurma aşamasına gelinmemiş olacaktı. Kanımızca mağdurun menfaatlerini de göz önüne alarak bir çözüm yolu getirilmesi, Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini kullanarak kamu davası açmadığı hallerde Cumhuriyet savcısının bu kararına karşı etkin bir kanun yolu öngörülmesinden geçmektedir. Bu tür bir çözüm yolu hemen yukarıdaki gerekçelerden ötürü daha makul ve elverişli olacaktır. Kanunkoyucu CMK m. 171/ 1 bakımından mağdurun suçtan doğan zararının (maddî-manevî olarak anlaşılmalı) giderilmesini koşul olarak öngörerek mağdurun menfaatlerini de göz önüne aldığı göstermiştir. Böylece mağdurun menfaati de ihlal edilmeksizin bu tür düzenlemelerin uygulanması mümkün olacaktır.

CMK ile Cumhuriyet savcısına tanınan diğer bir takdir yetkisi olan CMK m. 171/ 1'de yer verilen, cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde kovuşturamama kararı verilebilmesinin uygulanabilmesi için de mağdurun rızası aranmamıştır. Bu düzenleme hakkında da mağdurun rızası bakımından kamu davasının açılmasının ertelenmesi ile ilgili olarak yaptığımız açıklamadan ayrılmamaktayız. Fakat, CMK m. 171/ 1'deki düzenlemenin biraz daha farklı bir özelliğe sahip olduğu belirtilmelidir. Kanımızca CMK m. 171/ 1'in uygulandığı hallerde ayrıca mağdurun rızasının aranması gerekmemelidir. Çünkü, dikkat edilirse maddede yer verilen takdir yetkisinin konusunu, yargılama sonunda sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığı hükmünün verilmesini gerektiren sebepler oluşturmaktadır. Dolayısıyla kamu davasının açılacağı bu aşamada mağdur, Cumhuriyet savcısının takdir yetkisine dayanarak kovuşturamama kararı vermesine rıza göstermeyip kamu davasının açılmasını sağlasa dahi yargılama sonucunda fail cezalandırılmayacaktır. Bu nedenden ötürü CMK m. 171/ 1'in mağdurun rızasını aramayan mevcut halinin mağdurun tatmin edilmesi amacına aykırılık oluşturmadığı

kanaatindeyiz¹²⁰. Fakat, bunun için aşağıda da değinileceği üzere Cumhuriyet savcısının takdir yetkisine dayanarak verdiği bu karara karşı en kısa zamanda kanun yoluna başvuru imkanının düzenlenmesi gerektiği vurgulanmalıdır.

E. Adliyenin İşyükünün Azaltılmasının Sağlanması

Kovuşturma mecburiyetinin sınırlandırılmasının somut olay adaletini ve hukuk politikasının amaca uygun bir şekilde yaşama geçirilmesini temin edebilmek için gerekli olduğu düşüncesinin yanısıra Cumhuriyet savcısına tanınacak takdir yetkisinin adliyenin işyükünü azaltıcı etkisi de Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınan hallerin genişletilmesi bakımından her zaman bir argüman olarak kullanılmaktadır¹²¹. Gerçekten, soruşturma organlarının tüm suçlara aynı ölçüde ve eşit bir şekilde yoğunlaşması yukarıda da değinilen siyah sayıları ortaya çıkarmaktadır. Çünkü, bu halde soruşturma organları her suça yoğunlaşamadıklarından tercihlerine göre şekillendirdikleri bir sistem oluşturmaktadırlar¹²². Bu ancak kolluğun işyükü bakımından bir gerekçe oluşturabilir. Bu nedenle de adliyenin işyükünün azaltılması argümanı araştırma faaliyetine değil Cumhuriyet savcısının kamu davası açma faaliyetine yönelmektedir¹²³. Fakat, takdir yetkisi kamu davasının açılması bakımından tanınacağından Cumhuriyet savcısı soruşturma evresinin sonunda bu imkanı kullanıp kullanmayacağını araştıracaktır. Bu nedenle de tanınacak bir takdir yetkisinin Cumhuriyet savcısının soruşturma evresindeki işyükünü ne ölçüde azaltacağı şüpheli gözükmektedir. Bu noktada, Cumhuriyet savcısına kamu davasının açılmasında

¹²⁰ Ünver/ Hakeri ise CMK m. 171’de düzenlenen takdir yetkisinin tamamı bakımından mağdurun rızasının aranması gerektiğini ve bu nedenle bu koşula madde metninde yer verilmesi gerektiğini belirtmektedirler (Bkz. Ünver/ Hakeri, s. 36).

¹²¹ Erb, s. 158; Peters, Legalitätsprinzip, s. 425; Löwe-Rosenberg/ Schäfer, Einl. Kapitel 13 kn. 30; Hassemer, s. 534; Rieß, NStZ 1981, s. 6 dpn. 63; Weigend, Anklagepflicht und Ermessen, s.45; Lorenzen Henning, “Legalitätsprinzip und Opportunitätsprinzip”, in: Strafverfolgung und Strafverzicht- Festschrift zum 125jähri gen Bestehen der Staatsanwaltschaft Schleswig- Holstein, Köln Berlin Bonn München, 1992, s. 555; Schulenburg, s. 767; Tosun, İHFM, s. 66; Öztürk, Koğuşturma Mecburiyeti, s. 41.

¹²² Hassemer, s. 534.

¹²³ Weigend, Anklagepflicht und Ermessen, s.45; ayrıca krşl. Erb, s. 174- 175.

takdir yetkisi tanınan hallerde soruşturma evresinde yeterli şüphenin tespitine dek geçen sürede herhangi bir zaman ve işgücü tasarrufu elde edilemeyeceği açıktır. Kaldı ki, Cumhuriyet savcısı somut olayda takdir yetkisinin kullanılmasının unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde soruşturma evresinin sonunda ayrıca mesai harcamak durumundadır¹²⁴.

Kovuşturma mecburiyetinin sınırlandırılması her ne kadar Cumhuriyet savcısının işyükünün azaltılmasına olumlu etki göstermeyecek ise de takdir yetkisi kullanılarak kamu davası açılmayan fiiller mahkemelerin önüne gelmeyeceğinden mahkemelerin işyükünün azlatılmasına olumlu etkide bulunacağı söylenebilir. Gerçekten, hafif ağırlıktaki suçlar bakımından kamu davası açılmaksızın somut olay adaleti sağlanabiliyor ise bu durumda kamu davası açılmaması imkanının tanınması gerekir. Bunun mahkemelerin işyükünü azaltıcı etkisi ortaya çıkacaktır. Bugün alternatif çözüm yolları kabul edilerek mahkemelerin önüne mümkün olduğunca minimum sayıda dava getirilmeye çalışılmaktadır. Çünkü, aksi takdirde mahkemelerin işyükünün fazlalığı, önemli davalara yeterli vakit ayrılamaması, adil yargılama yapılamaması ve makûl sürede yargılamanın gerçekleştirilememesi sonucuna yol açmaktadır¹²⁵. Özellikle suç olmaktan çıkarmaya dönük düzenlemeler aracılığı ile hafif ağırlıktaki suçların mahkeme önüne gelmesi maddî ceza hukuku tarafından engellenebilmektedir. Fakat, maddî ceza hukukunun suç olmaktan çıkarmaya gerek görmediği fiiller bakımından ise muhakeme hukuku somut olay adaletine uygun bir sonuç elde etmek amacıyla fail hakkında kamu davası açmama olanağı getirerek suç olmaktan çıkarmadığı fiillerin mahkeme önüne götürülmemesini yine de sağlayabilmektedir¹²⁶. Böylece muhakeme hukukunun tanıdığı bu imkanın, mahkemelerin işyükünün azaltılmasına sağlayacağı katkı

¹²⁴ Krşl. **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s.45. Lorenzen de adliyenin (özellikle savcılığın) işyükünün azaltılmasının hissedilir derecede gerçekleşebilmesi için muhakemenin daha erken safhalarında takdir yetkisinin kullanılmasına cevaz veren düzenlemelerin yapılması gerektiğini belirtmektedir (bkz. **Lorenzen**, s. 555).

¹²⁵ **Centel/ Zafer**, s. 446. Gerçekten, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin, işlenen her suç bakımından istisnasız bir şekilde kamu davası açılmasını gerektirmesinden ötürü mahkemelerin gerekli gereksiz her türlü ceza uyuşmazlığına bakmak durumunda kalmasının söz konusu olması dikkate alınması gereken bir eleştiridir (Bkz. **Öztürk**, Kovuşturma Mecburiyeti, s. 46).

¹²⁶ **Schulenburg**, s. 767.

bakımından Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınmasını meşrulaştırıcı nitelikte olduğu söylenmelidir.

F. Ceza Hukukunun Son Çare Olma Özelliği

Hukuken korunan menfaatlerin tamamı ceza hukuku aracılığıyla korunmamaktadır. Ceza hukukunun araçları bu yolda en keskin silah olduğu için, menfaatlerin korunmasında hukuk düzeninin tüm enstürmanları devreye sokulmalı ve medenî hukuk ya da kamu hukukunun diğer araçları toplum düzeninin tesisi için yeterli olamıyor ise son olarak ceza hukukuna başvurulmalıdır¹²⁷. Dolayısıyla ceza hukukunun, sadece istisnaî nitelik taşıyan (suç niteliğindeki) fiiller ile mücadelede devlete ait bir araç olduğu söylenmelidir. Eğer bir fiil istisnaî bir karaktere sahip değil ise bu halde ceza hukukuna başvurulması mümkün olmamalıdır¹²⁸.

Ceza hukukunun son çare olma özelliğinden hareketle suç olmaktan çıkarma eğilimi son yıllarda daha da hızlı bir şekilde kendisini göstermektedir. Suç olarak ceza kanunlarında yer verilen kimi fiiller suç olmaktan çıkarma düşüncesi ile kabahat niteliğine dönüştürülmekte ya da tamamen yaptırımsız bırakılabilmektedir. Fakat, bu konuda düzenleme ortaya koymak maddî ceza hukukunun alanıdır. Dolayısıyla muhakeme hukukunun bu tür bir alana müdahale etmesi mümkün olmamalıdır. Fakat, tamamen maslahata uygunluk ilkesini benimseyen bir ceza takibatı sisteminde maslahata uygunluk ilkesinin ayrıca suç olmaktan çıkarıcı bir etkisi ile de karşılaşılacaktır. Çünkü, bu yolla maddî ceza hukukunun suç olarak nitelediği ve karşılığında ceza veya güvenlik tedbiri uygulanmasını emrettiği fiiller bakımından ceza veya güvenlik tedbiri uygulanmaksızın Cumhuriyet savcısı kamu davası açmayabilecektir. Halbuki, maddî ceza hukuku ölçülülük ve ceza hukukunun son çare olması ilkelerine ne kadar çok yönelir ise, ceza muhakemesinde maslahata uygunluk ilkesine o kadar az gerek duyulacaktır¹²⁹. Bu bakımdan maddî ceza hukuku

¹²⁷ Schünemann, s. 195; Rieß, NStZ 1981, s. 6; Sollberger, s. 21; Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Doğan/ Tepe, Genel Hükümler, s. 82; Koca/ Üzülmöz, s. 32.

¹²⁸ Kapahnke, s. 58; ayrıca krşl. Baumann, s. 8.

¹²⁹ Hassemer, s. 538; ayrıca bkz. Jeutter, 184- 185.

aracılığıyla suç olmaktan çıkarmanın artırılması daha makul ve ölçülü olacaktır¹³⁰. Kovuşturma mecburiyeti ilkesinin tamamen terkedilmesi yerine suç tipleri nispeten darlaştırılarak ceza hukuku eşiği arttırılmalıdır¹³¹. Maslahata uygunluk ilkesini benimseyen bir muhakeme hukuku sisteminin kabulü kolay yolun seçilmesi olur¹³². Burada ölçülü olacak çözüm yolu, kovuşturma mecburiyeti ilkesi temelinde inşa edilen bir ceza muhakemesi hukukunda Cumhuriyet savcısına sınırlı bir takdir yetkisi tanınarak kovuşturma mecburiyetinin belirli bir oranda sınırlandırılması ve bu yolla somut olay adaletinin faile de zarar vermeden daha hızlı bir şekilde tesis edilmesi olmalıdır.

Ceza hukukunun son çare olması yalnızca diğer hukuk dalları karşısında değil ceza hukukunun kendi yaptırımları arasında da işlevi olan bir ilkedir. Ceza hukuku iki şeritli yapısı içerisinde cezaların yanısıra güvenlik tedbirlerine de yer vermiştir¹³³. Bunun yanında, cezalar da sadece hapis cezasından oluşmayıp para cezaları da bulunmaktadır. Hatta doksanlı yıllarda Alman Doktrini'nde ortaya atılan ve üçüncü şerit (=dritte Spur) olduğu kimi yazarlarca kabul edilen¹³⁴ aynen iade ve tazmin de belirli ağırlıktaki suçlar bakımından yaptırım olarak değerlendirilebilir¹³⁵. Belirli ağırlıktaki suçlar bakımından hapis cezası yerine adli para cezası ya da aynen iade ve tazmin gibi suçtan doğan mağduriyeti gidermeye yönelik seçenekler hapis

¹³⁰ Fakat, suç olmaktan çıkarma önemli ise de kabahat haline getirilen fiiller bakımından failin hakim güvencesinden bir nebze yoksun kaldığı unutulmamalıdır. Ayrıca, kabahat haline getirilen fiiller bakımından kanunda öngörülen idarî para cezaları kanundaki idarî para cezası tutarı aralıklarının geniş olması sebebi ile uygulamada ölçüsüz bir şekilde uygulanabilmektedir. Bu nedenle aslında çok kısa süreli bir hapis cezasına çarptırılarak para cezasına çevrilebilecek bir yaptırıma tabi tutulacak olan fail bu idarî para cezası nedeniyle fiili ile orantısız bir yaptırıma maruz bırakılabilmektedir. Kısacası suç olmaktan çıkarmanın tek çözüm yolu olmadığı ve fail bakımından daha da zararlı sonuçlara yol açabileceği söylenebilir. Önemli olan kabahatlere uygulanacak olan yaptırımların ölçülülük ilkesine uygunluğunun sağlanabilmesidir.

¹³¹ **Baumann**, s. 10; **Sollberger**, s. 21.

¹³² **Hassemer**, s. 538.

¹³³ **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Doğan/ Tepe**, Genel Hükümler, s. 82.

¹³⁴ **Roxin** Claus, "Zur Wiedergutmachung Als Einer Dritten Spur Im Sanktionensystem", in: Festschrift für Jürgen Baumann Zum 70. Geburtstag, Bielefeld 1992, s. 244- 245; üçüncü şerit görüşü ile ilgili olarak daha ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için ayrıca bkz. **Özbek**, Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, s. 188 vd.

¹³⁵ **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Doğan/ Tepe**, Genel Hükümler, s. 82.

cezalarının ikincilliği ilkesinden kaynaklanmaktadır¹³⁶. Özellikle kısa süreli hapis cezaları bakımından ceza hukukunun yaptırımları arasındaki bu ilişki ölçülü bir şekilde tartılmalıdır. Çünkü, kısa süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda fail kısa bir süre için cezalandırılarak cezaevine gönderilmekte ve bu süre içerisinde işinden, ailesinden ve yakın çevresinden ayrılarak toplumdan koparılmaktadır¹³⁷. Bu etki kimi zaman failin yaşamı boyunca devam edebilmektedir.

İşlenen her suçu cezalandırmak cezalandırmanın toplumdaki meşruiyetinin kaybolmasına da yol açabilir¹³⁸. Dolayısıyla sert bir şekilde kabul edilecek kovuşturma mecburiyeti ilkesi yerine Cumhuriyet savcısına sınırları belirgin bir şekilde çizilmiş bir takdir yetkisi tanınmalıdır. Bu yolla ölçülülük ilkesine uygun bir şekilde, bozulan toplumsal barışın ceza uygulanmaksızın yeniden tesisinin mümkün olduğu hallerde fail hakkında kamu davasının açılmaması imkanı getirilerek ceza hukukunun yaptırımları arasındaki ikincilik ilkesine ve dolayısıyla da ceza hukukunun son çare olma ilkesine uygun bir yol izlenmiş olacaktır. Nitekim, CMK m. 171/ 3'te kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilebilmesi için şüphelinin ortaya çıkan zararı tazmin etmesi zorunluluğu getirilmesi bu açıklamalarımız ile de örtüşmektedir. Bu yolla mağdur da göz önüne alınmış olmaktadır.

G. Ara Değerlendirme

Eğer devlet ceza hukukunun araçlarıyla hukukî menfaatleri korumak ve hukukî barışı tesis etmek istiyor ve neyin cezalandırılabilir olduğunu taspite ceza hukukunun son çare olma özelliğinden hareket ediyor ise bu durumda ceza muhakemesinde cezalandırılabilir davranışların yaptırımlarını genel bir kapsamda garanti altına alarak uygulamalıdır¹³⁹. Bu tür genel bir kapsam da ancak kovuşturma mecburiyetinin kabulü ile söz konusu olabilir. Dolayısıyla devlet işlenen fiillerin

¹³⁶ Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Doğan/ Tepe, Genel Hükümler, s. 82.

¹³⁷ Krşl. Weigend, Die kurze Freiheitsstrafe, s. 263.

¹³⁸ Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Doğan/ Tepe, Genel Hükümler, s. 82.

¹³⁹ Rieß, NStZ 1981, s. 6.

bazılarını takip ederken bazılarını keyfi bir şekilde takipsiz bırakamaz. Uygulamada bu tür bir tehlikenin ortaya çıkmasını engellemek için de kovuşturma mecburiyetine getirilecek sınırlamalar kovuşturma mecburiyeti ilkesini sarsacak nitelikte değil, mutlaka amaca uygun ve belirli nitelikte olmalıdır¹⁴⁰. Dolayısıyla, Cumhuriyet savcısına kamu davası açılması bakımından tanınacak takdir yetkisinin bir hukuk devletinde kabul edilebilmesi, onun serbesti sınırını aşarak, belirli koşullara bağlı bir yetki olarak düzenlenmesine bağlıdır. Bu yönüyle kovuşturma mecburiyetinin sınırlandırılabilmesi ile ilgili olarak maslahata uygunluk ilkesinin hukuk devleti bakımından ne anlam ifade ettiği incelendiğinde Cumhuriyet savcısına **gerekece belirtmesi koşuluyla istisnaî, şeffaf ve belirli kriterlere tâbi olarak ve ayrıca hakim tarafından kontrol edilebilir bir şekilde tanınan takdir yetkisinin** hukuk devleti ve dolayısıyla da eşitlik, erkler ayrılığı gibi ilkeler bakımından bir ihlal oluşturmadığı görülmektedir¹⁴¹.

Hukuk devleti anlayışı çerçevesinde benimsenen muhakeme tarzı aracılığıyla sağlanmaya çalışılan hukukî güvenliğin yanında somut olay adaletinin de yüksek bir değere sahip olduğu unutulmamalıdır. Dolayısıyla Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanıyan kuralların kabulü ile kovuşturma mecburiyeti ilkesinin olumsuz yönlerinin azaltılabilmesi mümkün olur¹⁴². Sıkı, bir başka deyişle istisnasız olarak uygulanan kovuşturma mecburiyetinin hukuk devletinin gerçekleştirilmesi bakımından en uygun çözüm yolu olduğu götürü bir biçimde söylenemez. Aksine, istisnaî olarak Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanıyan hükümler getirilerek yararlı bir yol izlenmek suretiyle kovuşturma mecburiyetinin hukuk devleti ilkesini gerçekleştirmedeki etkinliği artırılabilir. Kaldı ki, sadece bu tür bir kural- istisna ilişkisi sınırsız bir maslahata uygunluk ilkesi ile aşırı sıkı bir kovuşturma mecburiyeti ilkesinin doğuracağı riskleri ortadan kaldırılabılır¹⁴³.

¹⁴⁰ Krşl. Rieß, NStZ 1981, s. 6; Löwe- Rosenberg/ Beulke, § 152 kn. 39; Schröder, s. 411; Schäfer, s. 18 II 3 e; Weigend, Anklagepflicht und Ermessen, s. 167; Schulenburg, s. 765; Heidelberger Kommentar- Gercke, § 152 kn. 15- 16; Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, s. 301.

¹⁴¹ Krşl. Erb, s. 149; Amodio Ennio, “Das Modell des Anklageprozesses im neuen italienischen Strafverfahrgesetzbuch”, ZStW 102 (1990), s. 185.

¹⁴² Erb, s. 150.

¹⁴³ Krşl. Erb, s. 150.

Kovuřturma mecburiyeti ile maslahata uygunluk ilkeleri ceza takibatında hukuku gerçekleřtirme dűřüncesine farklı açılardan yaklařılmasının bir sonucudur. Kovuřturma mecburiyetinde adalet dűřüncesinden, maslahata uygunluk ilkesinde ise amaca uygunluk, etkinlilik dűřüncesinden hareket edilmektedir¹⁴⁴. Suç politikasına iliřkin olarak yapılacak tercih, adaletin ana amaç olduėunu amaca uygunluėun ise ideal soruřturmanın sınırlayıcı kořulu olduėunu gűz nűnde tutmalıdır¹⁴⁵. Hassemer bunu kısaca “*műmkűn olduėu kadarıyla kovuřturma mecburiyeti, gerekli (politik açıdan ve usűl ekonomisi açısından) olduėu kadarıyla maslahata uygunluk*” biçiminde ifade etmektedir¹⁴⁶.

Ceza muhakemesinin yegane amaı adliyenin iřyűkűnűn azaltılması deėil; esasen maddű gerçeėin ortaya ıkartılmasıdır¹⁴⁷. Bu amaı ortaya çıkarmak bakımından en uygun araç ise kovuřturma mecburiyeti ilkesidir. Bu nedenle maddű gerçeėi ortaya çıkarma amaı gűden bir ceza muhakemesi sisteminde Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınmasını saėlayan hűkűmlerin istisnaű nitelik tařımaları olaėandır. űnkű, Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınan hallerde bu yetkinin kullanılması mahkemeden baėımsız bir řekilde uygulandıėından ceza muhakemesi hukukunda geçerli olan pek çok ilke uygulanmaksızın fiil bir sonuca baėlanmaktadır. Bu nedenle kovuřturma mecburiyeti ile masalahata uygunluk arasında oldukça kalın bir çizgi olduėu belirtilmelidir.

Maslahata uygunluk sistemini kabul eden bir ceza takibatı sisteminde maddű hukukun suç saydıėı fiillerin tamamı bakımından muhakeme hukuku aracılıėıyla kovuřturulmama imkanı getirilmektedir. Bunun hukuk devleti ilkesi bakımından doėuracaėı sakıncaların yanısıra esasen maddű hukuka ait olan suç olmaktan çıkarıcı etkinin muhakeme kanunu ile kısmű olarak műmkűn kılınması ceza hukuku sistematiėine de aykırılık oluřturacaktır. **Esas olanın maddű hukukun eksiksiz**

¹⁴⁴ Hassemer, s. 537.

¹⁴⁵ Hassemer, s. 537.

¹⁴⁶ “*So viel Legalitűt wie műglich, so viel Opportunitűt wie (aktuell politisch und konomisch) nűtig*”
Bkz. Hassemer, s. 537; ayrıca krşl. Erb, s. 150.

¹⁴⁷ Krřl. Saliger Frank, “Grenzen der Opportunitűt: § 153a StPO und der Fall Kohl Zugleich Besprechung von LG Bonn, Beschluss vom 28.2.2001”, GA 2005, s. 171 dpn. 117.

uygulanması olduğu unutulmamalıdır¹⁴⁸. Bu tür sakıncaların oluşmasından kaçınmak bakımından, maslahata uygunluk ilkesini ceza takibatı sisteminde benimsemek yerine Cumhuriyet savcısına sınırlı bir takdir yetkisi tanımak daha yerinde olacaktır. Böylelikle liberal devlet bakımından karakteristik olan biçimsel eşitlik ile artık bağlı olmayan bir kovuşturma mecburiyeti yeni ve daha zengin bir anlayışta benimsenerek takdir yetkisine dayalı düzenlemelerin mümkün olan en iyi şekilde uygulamaya geçirilmesi sağlanacak ve bu durumda takdir yetkisi bakımından ulaşılması mümkün olan azamî etkinlik de sağlanmış olacaktır¹⁴⁹.

Son olarak vurgulanmalıdır ki, kovuşturma mecburiyeti ile ilgili olarak yapılan tartışmalar sadece soyut bir muhakeme ilkesi bağlamında gerçekleştirilen teorik bir tartışmadan ibaret olmayıp aslında, suçlulukla mücadelenin hukuk devleti sınırları içerisinde ne şekilde gerçekleştirilerek başarılı sonuç elde edilebileceğine yöneliktir¹⁵⁰. Bu nedenle kovuşturma mecburiyeti ile Cumhuriyet savcısına tanınacak takdir yetkisinin değişik yönlerden ele alınarak incelenmesi bu tür pratik bir amaca hizmet etmektedir.

Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınmasının belirli, açık ve net kriterlere tabi olması ile mümkün olması gerektiği pek çok kez vurgulanmıştır. Bu kriterlerin sahip olması gereken ortak özellikler de şu şekilde belirtilebilir:

- Soruşturma evresinde muhakeme makamlarına takdir yetkisi tanınmak isteniyor ise bu takdir yetkisi kolluğa değil mutlaka Cumhuriyet savcısına tanınmalıdır¹⁵¹.

¹⁴⁸ Bkz. ve krşl. **Peters**, Strafprozeß, s. 7- 8; **Roxin/ Schünemann**, § 1 kn. 13; **Marquart**, s. 6.

¹⁴⁹ **Dias** Jorge de Figueiredo, “Die Reform des Strafverfahrens in Portugal”, ZStW 104 (1992), s. 459. Böylece maslahata uygunluk ilkesinin benimsendiği sistemlerde elde edilen faydalardan sınırlı bir ölçüde istifade edilebilecektir.

¹⁵⁰ Krşl. **Kapahnke**, s. 67.

¹⁵¹ **Jehle** Jörg Martin, “Die wachsende Bedeutung außergerichtlicher Erledigung von Strafverfahren im europäischen Vergleich”, in: Rezeption und Reform im japanischen und deutschen Recht (Hg. Jörg Martin Jehle, Volker Lipp, Keiichi Yamanaka), Göttingen 2008, s. 222 (www.goedoc.uni-goettingen.de/goescholar/.../dtjap_symposium_GJS_2.pdf, erişim tarihi: 11.11.2010); **Jehle** Jörg Martin, “Jörg Martin Jehle’nin Tebliği”, in: Bir Adli Organ Olarak Savcılık- Türkiye Barolar

- Cumhuriyet savcısına kamu davasının açılmasında takdir yetkisi hafif veya orta ağırlıktaki suçluluk bakımından tanınmalıdır¹⁵². Bu kriterin istisnasını, failin yargılama sonunda cezasız kalmasını gerektiren hallerin varlığı ve non bis in idem ilkesi gereği failin bir kez daha cezalandırılmamasını gerektiren haller oluşturur.
- Cumhuriyet savcısına kamu davasının açılmasında takdir yetkisi mağdurun menfaatlerini de göz önünde tutar şekilde tanınmalıdır¹⁵³. Dolayısıyla tek taraflı olarak şüpheliyi esas alan bir bakış açısıyla Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınmamalıdır. Fakat, bu durum Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınan düzenlemelerin uygulanmasının, mağdurun rızasının varlığı koşuluna bağlanması zorunluluğu olarak yorumlanmamalıdır. Kamu davasının açılmasında mağdurun suçtan doğan zararının giderilmesi koşulunun getirilmiş olması bu kriterin hayata geçirilmesi bakımından önemlidir. CMK m. 171/ 1 bakımından ise mağdurun rızasının aranmamasının sebebi yargılama yapılsa failin zaten cezasız kalacak olmasıdır.
- Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanıyan düzenlemeler failin kişilik özelliklerini de göz önüne almalıdır. Örneğin kamu davasının açılmasının ertelenmesinin uygulanabilmesi için failin yeniden suç işlemeyeceği kanaatinin Cumhuriyet savcısında uyanmış olması ve failin daha önce hapis cezası ile cezalandırılmamış olması gerekmektedir.
- Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanıyan düzenlemelere karşı etkin yargısal denetim imkanı getirilmiş olmalıdır¹⁵⁴. Böylece suçtan zarar görenin kovuşturmayla yer olmadığı kararını hakim aracılığıyla denetleyebilmesi

Birliği Sempozyumu- Ankara 7- 9 Temmuz 2006, Ankara 2006, s. 88; **BGE** 109 IV 46, 50 (http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeleitentscheide/Band_109_1983/BGE_109_IV_46.html), erişim tarihi: 12.03.2011).

¹⁵² Krşl. **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 179.

¹⁵³ Krşl. **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 185- 186.

¹⁵⁴ **Hassemer**, s. 540; **Schmid**, kn. 114; **Jehle**, Savcılık, s. 88.

imkanı olacaktır¹⁵⁵. Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini kullanarak kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verdiği hallerde muhakeme Cumhuriyet savcısının kararıyla sona erdiğinden bu karara karşı denetim imkanı getirilmemesi hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturacak ve kovuşturma mecburiyeti ilkesine istisna getirilmesini bu yönüyle gayrimeşru kılacaktır. Buradan hareketle CMK m. 171/ 1'e dayanılarak verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarına karşı itiraz imkanının CMK m. 173/ 5 ile ortadan kaldırılması bu kriterin CMK m. 171/ 1 bakımından gerçekleşmediğini göstermektedir.

- Cumhuriyet savcısına tanınan takdir yetkisinin biçimsel (şeklî) garantileri adı da verilebilecek¹⁵⁶ kriterlere de mutlaka yer verilmelidir. Bunlar Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini kullanarak verdiği kovuşturmayaya yer olmadığı kararı yazılı ve gerekçeli olmalıdır¹⁵⁷. Böylelikle Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini kullanırken hangi kriterlerin varlığına dayandığı ve bunların somut olay ile bağlantısının bulunup bulunmadığının denetimi mümkün olacaktır.

III. CUMHURİYET SAVCISINA TANINAN TAKDİR YETKİSİNİN MUHAKEME KANUNLARINDA DÜZENLENME ŞEKİLLERİ

A. Maslahata Uygunluk İlkesinin Kural Olduğu Haller

Kimi ülkeler ceza muhakemesi kanunlarında ceza takibatı sistemi olarak maslahata uygunluk ilkesini benimsemektedirler. Bu ülkelerde kovuşturma mecburiyeti ilkesine yer verilmemektedir. Bu nedenle maslahata uygunluk ilkesinin varlığından sadece bu ülkelerde söz edilebilir. Gerçekten, kovuşturma mecburiyeti

¹⁵⁵ Hassemer, s. 540.

¹⁵⁶ Schmid, kn. 114.

¹⁵⁷ Schmid, kn. 114; Berkemeier, s. 22; Amodio, s. 185; BGE 109 IV 46, 50

(http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeleitentscheide/Band_109_1983/BGE_109_IV_46.html), erişim tarihi: 12.03.2011).

ilkesi uygulanmakla beraber savcıya takdir yetkisi tanıyan sistemlerde maslahata uygunluk ilkesinin benimsendiğinden söz edilemez¹⁵⁸; çünkü, aksi takdirde bu iki ilke aynı anda geçerli olacak şekilde uygulanıyormuş gibi bir izlenim oluşur. Bu ise mümkün değildir. Kaldı ki, maslahata uygunluk ilkesi ile kovuşturma mecburiyeti ilkesinin birer ilke olarak eş zamanlı kabul edilmiş olduğu varsayılacak olursa bu durumda birbirinin alternatifi olan iki ilkenin eş zamanlı biçimde nasıl uygulanabileceğinin izahı mümkün gözükmemektedir. Bu bakış açısı da bu iki ilkenin birbirinin alternatifi değil istisnası olarak kabul edilmesini ve bu şekilde uygulanması gerektiğini ortaya koymaktadır¹⁵⁹. Burada maslahata uygunluğa dayalı birkaç istisnaî düzenlemeye yer verilmekte; fakat, maslahata uygunluk bir ilke olarak benimsenmiş olmamaktadır¹⁶⁰. Dolayısıyla maslahata uygunluk ilkesi ile savcıya takdir yetkisi tanınması birbirinden kesinlikle farklı hususlardır ve ayrı bir biçimde incelenmelidir¹⁶¹. İşte aslında bu nedenle doktrinde bu ayrımı ifade edebilmek amacıyla gerçek, saf, tam veya pozitif maslahata uygunluk ilkesi gibi kavramların kullanılmasına gereksinim duyulmaktadır¹⁶². Halbuki maslahata uygunluk ilkesinin varlığından söz edilecek ise bu sadece ceza takibatı sistemi olarak benimsenmesi halinde mümkündür. Savcıya takdir yetkisi tanınmasını gerçek olmayan maslahata uygunluk ilkesi gibi kavramlar ile ifade etmek anlamsız olacaktır. **Cünkü, bu hallerde bir ilkenin benimsenmesi değil, sadece bu ilkeden yola çıkılarak kovuşturma mecburiyeti ilkesini esneten birtakım düzenlemelere yer verilmesi söz konusu olmaktadır.** Bu nedenden ötürü maslahata uygunluk ilkesini ceza takibatı sistemi olarak benimseyen hukuk düzenlerinde maslahata uygunluk ilkesini ifade ederken bunu, savcıya takdir yetkisi tanıyan diğer örneklerden ayırmak amacıyla gerçek, saf, tam ya da pozitif maslahata uygunluk ilkesi olarak ifade etmek hukukî bir temelden yoksun olacaktır.

¹⁵⁸ Henkel, s. 96; Schröder, s. 416; Kapahnke, s. 67; Özbek, Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, s. 106; Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, Ceza Muhakemesi, s. 486.

¹⁵⁹ Jehle, Savcılık, s. 89.

¹⁶⁰ Schröder, s. 416.

¹⁶¹ Henkel, s. 96 dpn. 4.

¹⁶² Bkz. Berkemeier, s. 23; Weigend, Anklagepflicht und Ermessen, s. 21, 23; Weigend, Absprachen, s. 10 dpn. 13; Kapahnke, s. 67; Erb, s. 40; ayrıca krşl. Karlsruher Kommentar-Schoreit, § 152 kn. 25; Meyer-Goßner, § 152 kn. 7; Joecks, § 152 kn. 14- 15.

Ceza muhakemesi kanunlarında ceza takibatı sistemi olarak maslahata uygunluk ilkesini benimseyen ülkeler arasında özellikle Anglo- Sakson Hukuku'nun geçerli olduğu ülkeler yer alır¹⁶³. Aynı şekilde maslahata uygunluk ilkesini benimseyen diğer birtakım ülkeler arasında Fransa, Japonya, Hollanda, Danimarka, İsveç, Norveç gibi ülkeler sayılabilir. Fakat, her ne kadar hem Anglo- Sakson Hukuku'nu benimseyen ülkelerde ve hem de Fransa, Japonya, Güney Kore, Hollanda, Danimarka, İsveç, Norveç gibi ülkelerde maslahata uygunluk sistemi geçerli olsa da bu ülkeler arasında çeşitli uygulama farklılıkları bulunmaktadır. Dolayısıyla bu iki grup ülkeler maslahata uygunluk ilkesine dayalı ceza takibatı sistemini değişik kurumlar aracılığıyla uygulamaktadırlar.

Anglo- Sakson Hukuku'nun geçerli olduğu ülkelerde maslahata uygunluk ilkesi Kıta Avrupası Hukuku ve Japon, Güney Kore Hukukları'ndakinden farklı bir tarzda şekillendirilmiştir. Gerçekten, Kıta Avrupası Hukuku ve Japon Hukuku'nda kamu davası açılması hususunda savcılığa kamu yararının mevcudiyetine göre takdir yetkisi tanınarak maslahata uygunluk ilkesi uygulanmaktadır. Buna karşın Anglo Sakson Hukuku'nun geçerli olduğu Amerika Birleşik Devletleri, Büyük Britanya, Kanada ve Avustralya Hukukları'nda ceza davası açılması bakımından ceza davası açma görevine sahip makama¹⁶⁴ kamu yararının mevcudiyetine göre bir karar verme yetkisi tanınmasının yanı sıra bu süreçte iddianame pazarlığı (=Plea Bargaining) kurumuna da yer verilmektedir¹⁶⁵.

¹⁶³ Peters, İngiliz Hukuku'nda zamanaşımı kurumu kabul edilmediğinden kovuşturma mecburiyeti ilkesinin uygulanmasının zaten mümkün olmadığını belirtmektedir (Bkz. **Peters**, Strafprozeß, 23 IV 1 a).

¹⁶⁴ Büyük Britanya'da bu yetki polise de verilmiştir. Hatta polis, soruşturulan suçluluğun % 90'ı hakkında dava açılıp açılmamasına karar vermektedir. Büyük Britanya'da polis, bir suç işlendiği haberi alındığında soruşturmaya başlayıp fiili mahkeme önüne götürüp götürmemek hususunda tam bir takdir yetkisine sahiptir (Bkz. **Öztürk**, Koğuşturma Mecburiyeti, s. 29). Polisin bu denli geniş bir alanda faaliyet göstermesi karşısında kamu davası açma görevine sahip makam (=Director of Public Prosecutions) yalnızca çok az sayıda suç ile (özellikle de ağır suçluluk ile) ilgili olarak görevlidir (Bkz. **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 90).

¹⁶⁵ **Kühne**, Strafprozessrecht, kn. 747; **Weigend** Thomas, Absprachen in ausländischen Strafverfahren, Freiburg in Breisgau 1990, s. 95 vd.; **Bohlander** Michael, "Der Bericht der Royal Commission on Criminal Justice", ZStW 106 (1994), s. 454; ayrıca bkz. **Bacaksız** Pınar, "İddianame Pazarlığı (Plea Bargaining)", CHD, Ağustos 2008, S. 7, s. 153. İddianame pazarlığı

Savcının sadece kamu yararına dayanarak kamu davası açmama yetkisinin bulunduğu ve bunun genel kural olduğu ceza takibatı sistemlerine örnek olarak Fransa, Hollanda, Danimarka, İsveç, Norveç, Japonya, Güney Kore verilebilir¹⁶⁶. Maslahata uygunluk ilkesinin uygulandığı Kıta Avrupası ülkelerinde savcıya, yeterli şüphe oluşmasına rağmen kamu davası açılması hususunda çeşitli sınırlamalara yer verilmeksizin takdir yetkisi tanınmaktadır. Buna göre savcıya, dava açma hakkını kullanıp kullanmama bakımından seçim yapabilme imkanı getirilmiştir. Dolayısıyla savcı yeterli suç şüphesinin bulunduğu her durumda dava açmak zorunda değildir¹⁶⁷. Bu ülkelerde geçerli olan maslahata uygunluk ilkesinin, Anglo- Sakson Hukuku'ndakinden farklı olarak iddianame pazarlığı (=plea bargaining) kurumu olmaksızın uygulanmakta olduğu hatırlatılmalıdır.

kurumu, şüphelinin suçunu ikrar etmesi veya savcılıkla işbirliği yapması ile cezasında indirim yapılması veya çeşitli şartlar altında diğer birtakım yararlar sağlanması arasında takasa gidilmesi hakkındaki bir anlaşmadır. Dolayısıyla taraflar tıpkı bir sözleşme yapar gibi çeşitli edimler taahhüt ederler (**Kühne**, Strafprozessrecht, kn. 747; **Weigend**, Absprachen, s. 96; **Bacaksız**, s. 153). Şüpheli, iddianame pazarlığına kural olarak kişisel olarak değil müdafii aracılığı ile katılır. Şüpheli bakımından iddianame pazarlığı, yargılamada suçunun ispatının olası olduğu ölçüde yararlıdır. Gerçekten, eğer suçsuz ise ya da suçu kolay ispatlanabilir nitelikte değil ise bu durumda iddianame pazarlığında büyük bir baskı altında olacaktır. Şüphelinin iddianame pazarlığı çerçevesinde yargılamadaki haklarından vazgeçmesinin iradî olup olmadığı bu nedenle şüphelidir ve doktrinde de tartışılmaktadır (**Weigend**, Absprachen, s. 96- 97; **Bacaksız**, s. 165). Bu baskı durumu özellikle fiil için kanunda öngörülen cezanın aralığının geniş olduğu suçlar bakımından ortaya çıkacaktır (Bkz. **Bacaksız**, s. 165).

¹⁶⁶ Bkz. **Kühne** Hans Heiner, "Opportunität und quasi- richterliche Tätigkeit des japanischen Staatsanwalts", ZStW 85 (1973), s. 1086- 1087; **Kühne**, Strafprozessrecht, kn. 1226 vd.; **Tak** Peter J. P., "Einige Aspekte des Opportunitätsprinzips bei der Strafverfolgung nach niederländischem Strafprozeßrecht", ZStW 84 (1972), s. 220; **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 90 vd.; **Weigend**, Absprachen, s. 10; **Yamanaka** Yuri, "Das Gesetz zur Medizinischen Beobachtung- Eine neue Maßnahme gegenüber psychisch kranken Täter in Japan", in: Rezeption und Reform im japanischen und deutschen Recht (Hg. Jörg Martin Jehle, Volker Lipp, Keiichi Yamanaka), Göttingen 2008, (www.goedoc.uni-goettingen.de/goescholar/.../dtjap_symposium_GJS_2.pdf, erişim tarihi: 11.11.2010), s. 238; **Tosun**, İHFM, s. 54 vd.; **Öztürk**, Koğuşurma Mecburiyeti, s. 22 vd.; **Yücel**, Japonya Modeli, s. 476.

¹⁶⁷ **Kühne**, Opportunität, s. 1086; **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 90; **Öztürk**, Koğuşurma Mecburiyeti, s. 22; **Yücel**, Japonya Modeli, s. 476.

Maslahata uygunluk sisteminin uygulandığı hukuk sistemlerinde eşit olmayan uygulamaların ve sınırsız, kontrolsüz olan bu yetkinin kötüye kullanılarak başına buyruk savcılarının ortaya çıkma tehlikesi bulunur¹⁶⁸. Bunun bir diğer tehlikesi ise istikrarlı bir uygulamanın oluşmasının da engellenebilmesidir. ABD'deki durum incelendiğinde ise, maslahata uygunluk ilkesinin uzun bir gelenek sonucu savcılarının bağımsızlıklarını sağlamlaştırdığı ve bunun da birtakım Anayasal kısıtlamalar ya da teorik çekinceler ile bağlı olunmaksızın tarafsız bir şekilde takdir alanının kapsamının sınırlarının savcılar tarafından bireysel olarak çizilebilmesini sağladığı ve böylelikle uygulamaya dayanan tecrübelerin, bireysel inisiyatifin, sorumluluk bilincinin değerlendirilebildiği söylenmektedir¹⁶⁹. Fakat, bu hususlar ABD bakımından ileri sürülebilse dahi ABD'nin dinamiklerinin dünyadaki diğer çoğu ülkeden oldukça farklı olduğu bilinen bir gerçektir. Bu sebeple ABD'de uygulanmakta olan ve bu ülkeye özgü hukukî ve siyasî kurumların diğer ülkeler tarafından benimsenip uygulamaya geçirilmeye çalışılmasının sonuçları çoğu kez başarısız olmaktadır. Özellikle Türkiye gibi geçmiş on yıllarda sıklıkla yaşanmış olan ve günümüzde de sona erdiği söylenemeyecek olan hukuk devleti bakımından ortaya çıkan sorunlar ele alındığında maslahata uygunluk ilkesinin Türk Hukuku bakımından uygulanabilmesi mümkün gözükmemektedir. Kaldı ki, bu tür bir geleneğe yabancı olan Türk uygulaması da bir anda keskin bir değişim ile maslahata uygunluk ilkesine adapte olamayacaktır. Burada amacımız maslahata uygunluk ilkesinin Türk Hukuku'nda da benimsenmesini savunmak ya da bunu tartışmaya açmak olmamakla beraber bir varsayım olarak kısaca sakıncalarını dile getirmektir.

Maslahata uygunluk ilkesinin benimsendiği ceza takibatı sistemlerinde şahsî dava önemli bir konuma sahiptir. Çünkü, bu yolla maslahata uygunluk ilkesine dayanarak savcının dava açmadığı hallerde suçtan zarar gören ceza davası açarak adaletin tesisini sağlayabilmekte ve kendisi de suçtan doğan mağduriyetini giderebilmektedir. Şahsî dava maslahata uygunluk ilkesinin olumsuz yönünü giderici bir kontrol mekanizması olarak da nitelenebilir. Çünkü, bu yolla savcı tarafından hakkında kamu davası açılmayan; fakat, esasen açılması gereken fiillerin suçtan zarar

¹⁶⁸ Krşl. **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 90; **Kapahnke**, s. 69.

¹⁶⁹ Bkz. **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 165.

gören tarafından inisiyatif üstlenilerek takip edilmesi ve bu yolla somut olay adaletinin sağlanması söz konusu olmaktadır. Ayrıca, örneğin Fransız Hukuku'nda şahsî hak davası (=action civile) açma imkanı da tanınarak suçtan zarar görenin veya bazı hallerde mirasçılarının suç oluşturan fiilden ötürü uğradıkları zararı gidermeleri de mümkün olmaktadır¹⁷⁰.

B. Cumhuriyet Savcısına Tanınan Takdir Yetkisinin İstisna Olarak Kabul

Edildiği Haller

Bugün kovuşturma mecburiyeti ilkesini istisnasız uygulayan ülkelerin gittikçe azaldığı söylenebilir. Örneğin, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin istisnasız uygulanması ile tanınan Latin Amerika hukuk sistemlerinden biri olan Arjantin Hukuku'nda dahi, 1990'ların sonlarından başlayarak sınırlı da olsa savcılığa takdir yetkisi tanıyan düzenlemelere yer verilmeye başlandığı görülmektedir¹⁷¹. Buradan hareketle artık kovuşturma mecburiyeti ilkesini istisnasız bir şekilde uygulama düşüncesinin günümüzde mutlak ceza teorisinin terkedilmiş olmasının etkisiyle de rasyonel olmadığı söylenebilir.

Maslahata uygunluk ilkesini benimsemeyen birtakım ülkeler ise ceza takibatı sistemi olarak maslahata uygunluk ilkesini benimsememekle beraber kovuşturma mecburiyeti sisteminin bir istisnası olarak sınırlı ölçüde savcıya takdir yetkisi tanımaktadırlar. Bu ülkelerin ceza muhakemesi hukukları bakımından maslahata uygunluk ilkesinin geçerli olduğu söylenemez. Çünkü, bu sistemlerde kovuşturma mecburiyeti ilkesi varlığını sürdürür. Bu nedenle ceza muhakemesi kurallarının rasyonelleştirilmesi amacıyla kaynaklanan bir anlayış içerisinde savcıya takdir yetkisi verilmesinden söz edilebilir¹⁷². Dolayısıyla bu sistemlerde maslahata

¹⁷⁰ **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 90; **Fuchs**, s. 24; **Öztürk**, Koşuşturma Mecburiyeti, s. 23.

¹⁷¹ Bkz. **Gropengießer** Helmut, "Die neue argentinische Bundesstrafprozessordnung", ZStW 105 (1993), s. 181. Savcılığa takdir yetkisi tanıyan düzenlemelere Arjantin Uyuşturucu Maddeler Kanunu ve Gençlik Ceza Kanunu'nda yer verilmiştir (Bkz. **Gropengießer**, s. 181 kn. 64).

¹⁷² **Löwe-Rosenberg/Schäfer**, Einl. Kapitel 13 kn. 2; ayrıca krşl. **Marquart**, s. 5- 7.

uygunluk ilkesinin kovuşturma mecburiyeti ilkesi ile eşit bir şekilde veya yan yana olacak şekilde bir muhakeme ilkesi olduğundan söz edilemez; savcıya takdir yetkisi tanıyan düzenlemeler sadece, uygulanması belirli ölçüde mümkün kılınan bir istisna olarak değerlendirilmelidir¹⁷³. Bu tür bir ceza takibatı sisteminde kovuşturma mecburiyetinin yanında savcıya sınırlı ölçüde takdir yetkisi tanınması aslında kovuşturma mecburiyeti ilkesinin keskinliğini ortadan kaldırmak amacını taşır¹⁷⁴. Gerçekten, bu halde maslahata uygunluk ilkesi kabul edilmiş ve uygulanmış olmamakta; sadece savcıya temel ilke olan kovuşturma mecburiyetini **esneten** sınırlı ölçüde birtakım imkanlar getirilmektedir¹⁷⁵. Çünkü, bir yandan kovuşturma mecburiyeti ilkesi kabul edilerek soruşturma organlarına bir yükümlülük getirilirken diğer yandan söz konusu yükümlülüğü tamamen ortadan kaldıran düzenlemelere yer vermek mümkün değildir. Bu sebeple sadece kovuşturma mecburiyetinin esnetilmesini sağlayan düzenlemelerden söz edilebilir.

Kural olarak kovuşturma mecburiyeti ilkesini benimseyen; fakat, savcıya belirli bir oranda takdir yetkisi tanıyan düzenlemelere de yer veren ceza muhakemesi kanunları arasında Almanya¹⁷⁶, Avusturya¹⁷⁷, İsviçre¹⁷⁸, Portekiz¹⁷⁹, Arjantin¹⁸⁰ ceza

¹⁷³ **Henkel**, s. 96; **Schröder**, s. 416; **Kapahnke**, s. 2, 67. Nitekim kovuşturma mecburiyeti ilkesini düzenleyen Alman CMK § 152/2'de “*kanunda aksi belirtilmediği sürece, savcılık yeterli somut tutamak noktaları bulunuyor ise kovuşturulabilir tüm fiiller bakımından harekete geçmekle yükümlüdür*” hükmüne yer vermiştir. Buna göre Alman kanunkoyucusu bu düzenleme ile kovuşturma mecburiyetinin kural savcıya takdir yetkisi tanıyan hükümlerin ise istisna olduğunu açıkça belirterek aralarındaki kural- istisna ilişkisini açıkça ifade etmiştir.

¹⁷⁴ **Tak**, s. 225. Buradan hareketle kovuşturma mecburiyeti ilkesi kabul edilmekle birlikte savcıya istisnaî nitelikte takdir yetkisi tanıyan hükümlere de yer verilmesi doktrinde kovuşturma mecburiyetinin bir istisnası olarak nitelendirilmektedir (**Roxin/ Arzt/ Tiedemann**, s. 119; **Roxin/ Schünemann**, § 14 kn. 5; **Henkel**, s. 96; **Heidelberger Kommentar- Gercke**, § 153a kn. 3; **Ranft**, kn. 1139; **Haller/ Conzen**, kn. 154; **Schlüchter**, s. 164).

¹⁷⁵ Pfeiffer/ Hannich, kovuşturma mecburiyeti ilkesini benimseyen bir sistemde savcıya sınırlı ölçüde takdir yetkisi tanıyan hükümlere yer verilmesini özgün bir şekilde “*evet- ama- durumu*” olarak değerlendirmektedirler. Buna göre bu halde “*kovuşturma mecburiyetine evet; ama, istisnasız biçimde değil*” (Bkz. **Karlsruher Kommentar- Pfeiffer/ Hannich**, Einl. kn. 6).

¹⁷⁶ Örneğin bkz. **Roxin/ Tiedemann/ Arzt**, s. 119; **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 17 vd.; **Henkel**, s. 313; **Kapahnke**, s. 2; **Meyer- Goßner**, § 153 kn. 1; **Ranft**, kn. 1139; **Joecks**, § 152 kn. 14.

muhakemesi kanunları sayılabilir. Kovuşturma mecburiyetinin yanısıra istisnaî olarak savcıya takdir yetkisi tanıyan düzenlemelere muhakeme kanunlarında yer verilmesi Alman Hukuku'nun etkisi ile gerçekleşmiştir. Gerçekten, Kıta Avrupası Hukuku'nda bu sistemi benimseyen ve diğer ülkeler bakımından da örnek oluşturan hukuk sistemi Alman Hukuku'dur. Alman Hukuku'nda kovuşturma mecburiyeti ilkesi ilk olarak 23.03.1921 tarihli “*Mahkemelerin İşyükünün Azaltılması Hakkında Kanun*” ile sınırlandırılmış ve bu kanun ile şahsî dava imkanı genişletilmiş, savcıya takdir yetkisi tanıyan az sayıda hükme yer verilmiştir¹⁸¹. Fakat, Alman Hukuku bakımından savcıya takdir yetkisi tanınmasına ve kovuşturma mecburiyetinin sınırlandırılmasına ilişkin ilk esaslı düzenlemenin 04.01.1924 tarihli Emminger Düzenlemesi (=Emmingersche Verordnung) olarak anılan reform olduğu söylenmelidir¹⁸². O tarihten bu yana Almanya'da Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınması doktrininde de katkısıyla genişlemek eğilimindedir¹⁸³. Bu eğilim Kıta Avrupası Hukuku'na da etki etmektedir.

İstisnaî olarak savcıya takdir yetkisi tanıyan İtalya ve İspanya'ya ayrıca değinilmelidir. İtalyan Hukuku'nda sıkı bir kovuşturma mecburiyeti ilkesi kabul edilmekte ve hatta kovuşturma mecburiyeti ilkesine İtalyan Anayasası m. 112'de dahi yer verilerek bu hususun ne denli önemli olduğu gösterilmektedir¹⁸⁴. İtalya'da sıkı bir kovuşturma mecburiyeti kabul edilmesine karşın iddianame pazarlığına benzer bir kuruma da yer verilmiştir: “*Patteggiamento*”¹⁸⁵. Buna göre İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu m. 444/ 1 üç yıla kadar hapis cezası gerektiren suçlar bakımından şüpheli ile savcının ortak bir karar ile belirli bir cezayı (para cezası ve/

¹⁷⁷ Bkz. **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 89; **Weigend**, Absprachen, s. 9- 10; **Kühne**, Strafprozessrecht, kn. 1338; **Fuchs**, s. 11 vd..

¹⁷⁸ Bkz. İsviçre CMK m. 319; **Schmid**, kn. 99 vd..

¹⁷⁹ Bkz. **Dias**, s. 459.

¹⁸⁰ Bkz. **Gropengießer**, s. 181.

¹⁸¹ **Schürer**, s. 29; **Marquart**, s. 88.

¹⁸² **Schürer**, s. 30 vd.; **Baumann**, s. 5.

¹⁸³ Bkz. **Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen, s. 29 vd.; **Deiters**, s. 9- 10.

¹⁸⁴ **Öztürk**, Kovuşturma Mecburiyeti, s. 24.

¹⁸⁵ **Stile** Alfonso M., “Die Reform des Strafverfahrens in Italien”, ZStW 104 (1992), s. 108; **Amodio**, s. 186; **Kühne**, Strafprozessrecht, kn. 1282; **Weigend**, Absprachen, s. 101.

veya erteleme de dahil olmak üzere hapis cezası) kararlaştırarak mahkemeye başvurabileceklerini düzenlemektedir¹⁸⁶. Bu durumda hakimin önünde üç seçenek bulunmaktadır: İlk seçeneği şüpheliyi beraat ettirmek, ikincisi şüpheli ile savcının kararlaştırdığı cezaya hükmetmek, üçüncüsü ise bu öneriyi reddederek yargılamayı sürdürmektir¹⁸⁷. İtalyan Hukuku'nda ayrıca Türk CMK m. 171/ 2 ve devamında, Alman CMK § 153a'da düzenlenen kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumuna benzer bir düzenleme İtalyan CMK m. 162'de yer almaktadır: “*Oblazione*”¹⁸⁸. Dolayısıyla İtalyan Hukuku'nda esas olarak kovuşturma mecburiyeti ilkesi hüküm sürse de özellikle 1990 sonrası dönemde gerçekleştirilen değişiklikler ile savcıya takdir yetkisi tanınmaya başlandığı söylenebilir. Bu noktada İtalyan Hukuku'nda kovuşturma mecburiyetinin yanında Anglo- Sakson Hukuku'nun karakteristik kurumu olan iddianame pazarlığına oldukça yakın bir kuruma (=patteggiamento) yer verilmiş olması özgün bir örnek ortaya çıkarmıştır. Fakat, bu kurumun İtalyan Hukuku'nda istisnaî nitelikte olduğu unutulmamalıdır.

Bunun yanısıra kovuşturma mecburiyeti sisteminin esasen sıkı bir şekilde uygulandığı İspanya'da¹⁸⁹ da savcıya takdir yetkisi tanınması ile ceza kararnamesi arasında nitelenebilecek bir düzenlemeye yer verilmiştir: “*Conformidad*”¹⁹⁰. Conformidad, savcılık ile savunma arasında yapılan ve derhal geçilecek olan hüküm duruşmasında mahkemeye ibraz edilecek olan bir anlaşmadır. Buna göre, on iki yıldan fazla cezayı gerektirmeyen fiiller bakımından şüphelinin sorgu hakimi önünde itirafta bulunması halinde hakkında derhal hüküm verilmesi amacıyla ceza mahkemesine gönderilmesi savcılık tarafından sağlanabilmektedir¹⁹¹. Bunun için gerekli şartlardan bir tanesi, şüphelinin fiilin esaslı noktaları bakımından itirafta bulunması ve bu hususlarda varsa müdafii ile savcının anlaşma sağlamasıdır¹⁹².

¹⁸⁶ **Stile**, s. 186; **Amodio**, s. 186; **Weigend**, Absprachen, s. 101.

¹⁸⁷ **Weigend**, Absprachen, s. 101.

¹⁸⁸ **Kühne**, Strafprozessrecht, kn. 1282.

¹⁸⁹ Bkz. **Kühne**, Strafprozessrecht, kn. 1378; **Weigend**, Absprachen, s. 9; **Öztürk**, Koşuşturma Mecburiyeti, s. 26; **Gökçe** Teoman, “Karşılaştırmalı Hukukta Savcılık”, Adalet Dergisi, Y. 94, S. 13, Ekim 2002, s. 83.

¹⁹⁰ **Kühne**, Strafprozessrecht, kn. 1378; **Weigend**, Absprachen, s. 98.

¹⁹¹ **Weigend**, Absprachen, s. 26, 100.

¹⁹² **Weigend**, Absprachen, s. 26.

Görüldüğü üzere aslında kovuşturma mecburiyetini sıkı bir şekilde kabul eden İspanyol Hukuku'nda savcıya ceza kararname ile iddianame pazarlığına dayanan takdir yetkisi arasında nitelenebilecek bir yetki tanınmıştır. Bu tür bir kuruma yer verilmesinde belirleyici olanın İspanyol doktrin ve uygulaması olduğu söylenmelidir¹⁹³.

IV. KANUNUMUZUN KABUL ETTİĞİ SİSTEM

Yukarıdaki açıklamalardan sonra kısaca Ceza Muhakemesi Kanunu'na dönülecek olursa m. 171 ile Alman Hukuku'nda oluşan eğilim doğrultusunda bir düzenlemeye yer verildiği görülecektir. Fakat, buna rağmen CMK'nın getirdiği ve Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanıyan düzenlemelerin Alman Hukuku'nun karşısında oldukça sınırlı kaldığı söylenmelidir¹⁹⁴. Buna karşın CMK'nın da kovuşturma mecburiyeti ilkesini benimsemekle beraber Cumhuriyet savcısına bu ilkenin istisnası olarak takdir yetkisi tanınması son dönemde Kıta Avrupası Hukuku'ndaki eğilim ile paralellik göstermektedir¹⁹⁵.

CMK şahsî davaya 1412 sayılı CMUK'un aksine yer vermemiştir. Halbuki şahsî dava hem maslahata uygunluk ilkesinin geçerli olduğu hem de kovuşturma mecburiyeti kabul edilmekle beraber Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınan sistemlerde tamamlayıcı bir işleve sahiptir. Şahsî dava aracılığı ile savcının dava açmadığı; fakat, suçtan zarar görenin menfaatinin dava açılmasını gerektirdiği

¹⁹³ Bkz. **Öztürk**, Koğuşturma Mecburiyeti, s. 26- 27.

¹⁹⁴ 1412 sayılı CMUK döneminde ise söz konusu istisnalar daha dar bir kapsamda düzenlenmişti. Bu dönemde kamu davası açılmasında Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınan haller, yeni bir suçtan dolayı yapılacak takibatın etkisiz olması (CMUK m. 149), hakkında şahsî dava açılabilen fiiller bakımından kamu yararı bulunmamasıydı (CMUK m. 346). (Ayrıntılı bilgi için bkz. **Öztürk**, Koğuşturma Mecburiyeti, s. 200 vd.).

¹⁹⁵ **Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu**, s. 1251; **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, Ceza Muhakemesi, s. 486. Kamu davasının açılması bakımından kovuşturma mecburiyeti ilkesi geçerli olsa da yapılan yargılama sonucunda hüküm verildikten sonraki kanunyolu aşamasında maslahata uygunluk ilkesinin geçerli olduğu söylenmelidir. Gerçekten Cumhuriyet savcısı verilen hüküm ile ilgili olarak kanunyoluna başvurmak konusunda serbesttir (**Öztürk**, Koğuşturma Mecburiyeti, s. 212).

hallerde ortaya çıkabilecek adaletsizliğin önüne geçilebilmektedir. Bu nedenle örneğin savcıya takdir yetkisi tanıyan düzenlemelerde savcının takdir yetkisini kullanarak kamu davası açmadığı durumlarda suçtan zarar görene şahsî dava açma yolunun açık olduğu ayrıca belirtilerek şahsî davanın bir kontrol mekanizması olarak kullanılmasına imkan sağlanmalıdır¹⁹⁶.

¹⁹⁶ Krşl. **Baumann**, s. 13.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
HUKUKUMUZDA CUMHURİYET SAVCISINA KAMU DAVASININ
AÇILMASINDA TAKDİR YETKİSİ TANINAN HALLER ve BU YÖNDEKİ
ÖNERİLERİMİZ

I. HUKUKUMUZDA CUMHURİYET SAVCISINA KAMU DAVASININ
AÇILMASINDA TAKDİR YETKİSİ TANINAN HALLER

A. Genel Olarak

Cumhuriyet savcısının kamu davası açmayabileceği haller CMK m. 171’de düzenlenmiştir. Fakat, CMK m. 175/ 1’e göre, “*İddianamenin kabulüyle, kamu davası açılmış olur ve kovuşturma evresi başlar*”. Bu nedenle CMK m. 171’in madde başlığının “*Kamu Davası Açmada Takdir Yetkisi*” olarak ifade edilmiş olması yerinde olmamıştır. Çünkü, CMK m. 175/ 1’in açık hükmü karşısında Cumhuriyet savcısının iddianame düzenleyerek mahkemeye sunması kamu davası açılması için yeterli olmamakta; kamu davasının açılması mahkemenin iddianameyi kabul kararı vermesi ile gerçekleşmektedir¹. Bu sebepten ötürü CMK m. 171’in madde başlığı “*Cumhuriyet Savcısının İddianame Düzenlemede Takdir Yetkisi*” biçiminde düzeltilmesi yerinde olacaktır. Fakat, halen CMK m. 171’in madde başlığı bu şekilde olduğundan terim birliği sağlamak bakımından kanunda yer verilen terimi kullanmayı tercih etmekteyiz.

¹ **Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu**, s. 1275; **Öztürk/ Erdem**, Ceza Muhakemesi, s. 730; **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, Ceza Muhakemesi, s. 470; **Ünver/ Hakeri**, s. 529; **Centel/ Zafer**, s. 442; **Feyzioğlu** Metin, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, TBBD, S. 62, Ocak- Şubat 2006, s. 39; **Feyzioğlu** Metin, “Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre İddianamenin Hazırlanmasına ve Kabulüne İlişkin Bazı Düşünceler”, CHD, Eylül 2006, S. 1, s. 35.

CMK m. 171’de Cumhuriyet savcısına kamu davası açma bakımından iki tür takdir yetkisi kullanma imkanı verilmiştir. Bunlardan ilkinde, takdir yetkisinin kullanılabilmesi maddî ceza hukukunun düzenlediği iki sebepten (cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık ve şahsî cezasızlık sebebi) bir tanesinin koşullarının gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Cumhuriyet savcısına tanınan ikinci imkan ise kamu davası açılmasının ertelenmesi kurumudur. Aşağıda Cumhuriyet savcısına tanınan bu iki tür takdir yetkisi incelenmeye çalışılacaktır.

B. Maddî Ceza Hukukuna Dayanan Takdir Yetkisi

1. Cezayı Kaldıran Şahsî Sebep Olarak Etkin Pişmanlık Hükümlerinin

Uygulanmasını Gerektiren Koşulların Varlığı (CMK m. 171/ 1)

a. Türk Ceza Kanunu’nda Etkin Pişmanlık Kavramı

TCK m. 36’da getirdiği düzenleme ile gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlık kavramlarını birbirlerinden ayrı bir şekilde düzenlemiştir. Gerçekten, TCK m. 36’ya göre gönüllü vazgeçme, failin icra hareketlerini tamamlamaması ve neticenin meydana gelmemesi halleri bakımından öngörülmüştür. Böylelikle suç öncesi pişmanlık hali gönüllü vazgeçme kavramı altında ifade edilmektedir². Etkin pişmanlık ise suç sonrası pişmanlık olarak nitelenerek kimi suç tipinde etkin pişmanlık hükümlerine yer verilmiştir. Dolayısıyla TCK artık neticenin gerçekleşmesine dek geçen evrede failin suç yolundan dönmesini gönüllü vazgeçme olarak nitelerken neticenin gerçekleşmesinden sonraki evrede failin neticeyi telafi etmeye yönelik olarak **bizzat** pişmanlık göstererek malı iade etmesi, suç ortaklarının yakalanmasını sağlaması, kaçırılan kişiyi serbest bırakması gibi halleri etkin pişmanlık olarak nitelemektedir³. Etkin pişmanlığın TCK’da düzenlendiği şekli ile

² Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, Ceza Muhakemesi, s. 486; Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, Genel Hükümler, s. 450; Ünver/ Hakeri, s. 33; Koca/ Üzülmez, s. 402.

³ Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, Ceza Muhakemesi, s. 486; Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, Genel Hükümler, s. 450; Ünver/ Hakeri, s. 33; Koca/ Üzülmez, s. 410. TCK’da

cezayı kaldıran veya azaltan şahsî sebep niteliğinde olduğu söylenmelidir⁴. Dolayısıyla Cumhuriyet savcısının iddianame düzenlemesi bakımından gerekli olan yeterli suç şüphesinin dışında kalmaktadır. Çünkü, Cumhuriyet savcısı işlenen fiilin suç teşkil eden bir fiil olup olmadığını araştırmakta ve tipiklik, hukuka aykırılık, kusurluluk unsurlarının oluşup oluşmadığını incelemektedir. Etkin pişmanlığın varlığı ise suçun unsurları dışında kalır ve fiilin suç oluşturup oluşturmamasına etki etmez. Bu sebepten ötürü işlenen fiil ile suçun unsurlarının gerçekleştiği yönünde (suçun işlendiği yönünde) yeterli şüpheyeye ulaşan Cumhuriyet savcısı iddianame düzenlemek zorunda iken (CMK m. 170/ 2), Cumhuriyet savcısının olayda etkin pişmanlık halinin oluştuğunu düşünmesi yeterli suç şüphesine etki etmeyeceğinden ötürü etkin pişmanlığın varlığı halinde Cumhuriyet savcısının iddianame düzenleme yükümlülüğü ortadan kalkmamaktadır. Bu sebeple de kanunkoyucu CMK m.171/ 1 ile Cumhuriyet savcısına bu halde kamu davası açmayabilme yetkisi tanımıştır. CMK m. 171/ 1’ye göre, “*cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların...varlığı halinde, Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilir*”⁵.

etkin pişmanlık olarak özel hükümler içerisinde yer verilen suç tipleri şöyledir: TCK m. 93 (organ ve doku ticareti suçunda etkin pişmanlık), TCK m. 110 (kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda etkin pişmanlık), TCK m. 168 (malvarlığına karşı işlenen suçlarda etkin pişmanlık), TCK m. 184/ 5 (imar kirliliğine neden olma suçunda etkin pişmanlık), TCK m. 192 (uyuşturucu madde suçlarında etkin pişmanlık), TCK m. 201 (para ve kıymetli damgada sahtecilik suçunda etkin pişmanlık), TCK m. 221 (suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunda etkin pişmanlık), TCK m. 248 (zimmet suçunda etkin pişmanlık), TCK m. 254 (rüşvet suçunda etkin pişmanlık), TCK m. 269 (iftira suçunda etkin pişmanlık), TCK m. 274 (yalan tanıklık suçunda etkin pişmanlık), TCK m. 281/ 3 (suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçunda etkin pişmanlık), TCK m. 282/6 (suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunda etkin pişmanlık), TCK m. 289/ 2 (muhafaza görevini kötüye kullanma suçunda etkin pişmanlık), TCK m. 293 (hükümlü veya tutuklunun kaçması suçunda etkin pişmanlık), TCK m. 297/ 4 (infaz kurumuna veya tutukevine yasak eşya sokmak suçunda etkin pişmanlık), TCK m. 316/ 2 (suç için anlaşma suçunda etkin pişmanlık).

⁴ **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, Genel Hükümler, s. 450; **Koca/ Üzülmöz**, s. 410.

⁵ Bu madde hükmü 5560 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce “*cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezazırlık sebebinin varlığı halinde Cumhuriyet savcısı kamu davasını açmayabilir*” şeklindeydi. 5560 sayılı Kanun ile “*cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren şahsî sebep*” ifadesi “*cezayı kaldıran şahsî sebep*” olarak değiştirilmiştir. Bu değişikliğin esasa herhangi bir etkisi olmamıştır; fakat, TCK ile kavram birliğinin sağlanması bakımından önemlidir (**Özbek Veli Özer/ Doğan** Koray, “Ceza Muhakemesi Kanunu’nda 5560 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin

b. Etkin Pişmanlığın Varlığına Dayanılarak Kamu Davası Açılmayabilmesi İçin Gerekli Olan Şartlar

aa. İşlenen Fiil Bakımından Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler İçerisinde Etkin Pişmanlık İle İlgili Düzenleme Mevcut Olmalıdır

Fail hakkında CMK m. 171/ 1'e dayanılarak kamu davası açılmaması için öncelikle TCK özel hükümler içerisinde failin işlediği fiil bakımından etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını mümkün kılan bir düzenlemenin getirilmiş olması gerekir. Bu nedenle işlenen her fiil bakımından etkin pişmanlık ve buna dayanarak Cumhuriyet savcısının kamu davası açmaması mümkün olmaz. Dolayısıyla CMK m. 171/ 1'de yer verilen düzenlemenin etki alanı böylece maddî ceza hukuku ile belirlenmekte ve sınırlandırılmaktadır.

bb. Fail Bizzat Pişmanlık Göstermiş Olmalıdır

CMK m. 171/ 1'e dayanarak etkin pişmanlığın varlığından bahisle Cumhuriyet savcısının işlenen bir fiil hakkında kamu davası açmayabilmesi için öncelikle somut olayda etkin pişmanlığın koşullarının gerçekleşmiş olması gerekir. Bu nedenle fail etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanabilmek için pişmanlık göstermiş olmalıdır⁶. Bu pişmanlığın fail tarafından bizzat gösterilmiş olması etkin

Değerlendirilmesi", CHD, S. 2, Aralık 2006, s. 237; ayrıca krşl. **Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu**, s. 304-305; **Ünver/ Hakeri**, s. 33).

⁶ "Hakkında uyuşturucu madde ticareti yaptığına ilişkin ihbar bulunan V. G'in evine arama yapmak için giden kolluk görevlilerini görüp kaçan sanığın takip edilip yakalandığında, üzerinde basit bir arama sonucu ele geçirilebilecek olan uyuşturucu maddelerin bulunduğunu söylemesinin, TCK'nın 192/ 3. Maddesinde belirtilen nitelikte hizmet ve yardım olarak değerlendirilemeyeceği gözetilmelidir" Yarg. 10. CD., T. 24.02.2009, E. 2008/ 12169, K. 2009/ 2737 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 16.05.2011); aynı yönde bkz. Yarg. 6. CD., T. 27.06.2006, E. 2005/ 17913, K. 2006/ 6804 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 16.05.2011).

pişmanlık hükümlerinin uygulanması için zorunludur⁷. Fakat, fail herhangi bir pişmanlık göstermese dahi örneğin TCK m. 168/ 1 bakımından mağdurun uğradığı zararın giderilmesi failin yakınları ya da üçüncü bir kişi tarafından gerçekleşir ise uygulamada fail etkin pişmanlık hükümlerinden yararlandırılmaktadır⁸. Bu noktada kanun metninde failden, azmettirenden veya yardım edenden bahsediliyor olması zararın giderilmesinin arandığı hallerde zararın giderilmesinin örneğin bir yakını tarafından üstlenilmesine engel olmamalıdır. **Burada önemli olanın failin bu yöndeki irade ve isteği olduğu söylenmelidir**⁹. Fakat, bunun için failin bizzat pişmanlık gösterip göstermediğinin ayrıca araştırılması zorunludur. Cumhuriyet savcısı zararın giderilmesi bakımından failin irade ve davranışlarını değerlendirmeli ve buna göre bir karar vermelidir. Bu nedenle failin davranışları hiç göz önüne alınmaksızın sadece zararın tazmin edilmiş olmasının göz önünde tutulması ve buna bağlı olarak etkin pişmanlığın varlığının kabul edilmesi TCK'nın etkin pişmanlığa yer veren düzenlemeleri karşısında mümkün olmamalıdır.

Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini kullanarak fail hakkında kamu davası açmaması bakımından da aynı açıklama geçerlidir. Eğer, somut olayda fail etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını mümkün kılan davranışları bizzat kendisi gerçekleştirmemiş ise hiçbir şekilde fail hakkında etkin pişmanlık hükümleri uygulanamaz ve fail hakkında buna bağlı olarak Cumhuriyet savcısı kamu davası açmaktan vazgeçemez. Çünkü, TCK etkin pişmanlık hükümleri ile örneğin sadece mağdurun zararının tazmin edilmesini veya diğer şeriklerin yakalanmasını

⁷ **Tezcan Durmuş/ Erdem Mustafa Ruhan/ Önok Rıfat Murat**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2007, s. 588; **Özbek Veli Özer/ Kanbur Nihat/ Doğan Koray/ Bacaksız Pınar/ Tepe İlker**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010, s. 618.

⁸ “*Meydana gelen zararın olaydan bir gün sonra sanığın amcası tarafından aynen tazmin yoluyla giderilmiş olduğu gözetilerek, etkin pişmanlık hükümlerinin lehe kanun değerlendirmesinde dikkate alınması gerekir*” Yarg. 9. CD., T. 26.09.2007, E. 2006/ 8688, K. 2007/ 6755 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 16.05.2011); “*Olaydan sonra sanığın babasının suça konu cep telefonu ile birlikte sanığı emniyete getirip telefonu yakınana teslim etmesi ve yakınanın da şikayetçi olmadığını bildirmesi karşısında; kısmi iade nedeniyle yakından rızası sorularak, 5237 sayılı TCK'nun 168/ 4. maddesinin uygulama koşullarının tartışılması gerektiğinin gözetilmemesi bozma nedenidir*” Yarg. 6. CD., T. 26.03.2007, E. 2006/ 11692, K. 2007/ 3490 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 16.05.2011).

⁹ **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, Özel Hükümler, s. 618.

amaçlamamakta; bunun doğrudan failin pişmanlığından kaynaklanmış olmasını da aramaktadır. Diğer bir deyişle failin bu davranışı pişmanlığının bir ifadesi olarak görülmektedir¹⁰. Dolayısıyla bu sonuçlar failin iradesinden kaynaklanmıyor ise ortada pişmanlığın bulunduğundan da söz edilemez.

Ayrıca bu noktada Cumhuriyet savcısının da faile herhangi bir telkinde bulunmaması ve failin bizzat pişmanlık göstermiş olması gerekir. Örneğin, TCK m. 221/ 2'ye göre, suç işlemek amacıyla kurulan bir örgütün üyesinin, örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeksizin, gönüllü olarak örgütten ayrıldığını ilgili makamlara bildirmesi halinde hakkında cezaya hükmolunamaz. Bu hüküm bakımından Cumhuriyet savcısının fail hakkında kamu davası açmama yönünde takdir yetkisini kullanabilmesi için failin gönüllü olarak örgütten ayrıldığını beyan etmesi gerekir. Fakat, örneğin failin örgütün başının emriyle teslim olduğunu belirtmesi karşısında Cumhuriyet savcısının faile, gönüllü olarak örgütten ayrıldığını beyan etmesi yönünde baskı yapması ve bunun sonucunda failin beyanda bulunması halinde etkin pişmanlığın varlığından söz edilemeyeceğinden Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini kullanması da mümkün olamaz. Çünkü, failin pişmanlığını ortaya koyan beyanı onun özgür iradesine dayanarak pişmanlığının bir sonucu olmalı ve bir zorlama/ telkin sonucu dile getirilmemelidir¹¹. Bu bakımdan CMK m. 171/ 1 ile ilgili olarak itiraz olanağının getirilmesinin zorunluluk teşkil ettiği de göze çarpmaktadır.

¹⁰ **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, Özel Hükümler, s. 618.

¹¹ Bu husus TCK'da özel hükümler içerisinde yer verilen etkin pişmanlık hükümlerinin Anglo-Sakson Hukuku'nda uygulanan iddianame pazarlığı (=plea bargaining) ile farkını da ortaya koymaktadır. İddianame pazarlığında savcı ile müdafî bir pazarlığa girilerek şüphelinin alacağı ceza bakımından bir belirleme yaparlar. Oysa ki, Türk Hukuku'ndaki etkin pişmanlık hükümleri tamamen failin tek yanlı bir şekilde işlediği fiilin ortaya çıkardığı zararı ortadan kaldırmaya yönelik davranışlarda bulunması ve bunun pişmanlık niteliğinde olması anlamını taşır. Bu nedenle etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması bakımından müdafî ile Cumhuriyet savcısının bir pazarlığa girişmesi asla mümkün olamaz. Kaldı ki, kanunkoyucu da örneğin TCK m. 192/ 1, 2'de, m. 201'de cezadan tamamen vazgeçilebilmesi için, işlenen suçun resmî makamlar tarafından öğrenilmesinden önce failin etkin pişmanlık niteliğindeki davranışı yerine getirmesini aramaktadır. Bu sayede kanunkoyucu CMK m. 171/ 1'e dayanarak Cumhuriyet savcısı ve müdafî arasında olası bir Anglo-Sakson Hukuku'ndakine benzer iddianame pazarlığının gerçekleştirilmesine baştan engel olmuştur. (Bu konu ile ilgili olarak ayrıca krşl. **Bacaksız**, s. 153 dpn. 6).

cc. İşlenen Fiil İle İlgili Olarak Düzenlenen Etkin Pişmanlık Hükümü Faile Hiç Ceza Verilmemesini Gerektirmelidir

TCK özel hükümler içinde yer verdiği etkin pişmanlık kurumuna sadece cezayı ortadan kaldırma değil bunun yanısıra kimi hallerde cezada indirim yapılması sonucu bağlamıştır. Bu nedenle de CMK m. 171/ 1 ile getirilen kamu davası açmama imkanı bakımından da bu hususun incelenmesi gerekir. TCK’da etkin pişmanlığa yer veren düzenlemelerden bazıları etkin pişmanlığın söz konusu olduğu hallerde faile verilecek cezadan indirim yapma ya da cezadan tamamen vazgeçme arasında hakime takdir yetkisi tanımıştır. Hakime bu tür bir takdir yetkisi sunan hükümler bakımından CMK m. 171/ 1’in uygulanmaması gerekir¹². Çünkü, kanunkoyucu bu noktada hakime bir takdir yetkisi sunmuştur ve aksi halde Cumhuriyet savcısı hakime tanınan bir yetkiyi kullanmış olacaktır¹³. Faile verilecek cezada indirim yapılmasına ya da cezadan tamamen vazgeçilmesine ancak yapılacak yargılama sonucunda karar vermek mümkündür. Bir diğer deyişle kanunkoyucu Cumhuriyet savcısına bu konuda takdir yetkisini sadece yapılacak yargılama sonucunda faile ceza verilmeyecek olan durumlar ile sınırlı bir şekilde tanımıştır.

¹² **Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu**, s. 1249; **Öztürk/ Erdem**, Ceza Muhakemesi, s. 191; **Centel/ Zafer**, s. 458; ayrıca krşl. **Turhan**, s.322. Feyzioğlu ise, TCK’da etkin pişmanlık, ilgili suç tipi bakımından sadece cezadan vazgeçilmesine imkan tanıyor ise bu durumda Cumhuriyet savcısının kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vermek zorunda olduğu; fakat, ilgili suç tipi bakımından etkin pişmanlık cezadan indirim yapılması ile cezadan tamamen vazgeçilmesi arasında seçenek sunuyor ise bu durumda Cumhuriyet savcısının kamu davası açıp açmama hususunda takdir yetkisi bulunduğu görüşündedir (Bkz. **Feyzioğlu**, Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında, s. 41- 42; **Feyzioğlu**, İddianame, s. 38). Fakat, kanunkoyucu bu düşüncede olsaydı TCK m. 184/ 5’te olduğu gibi cezayı kaldıran etkin pişmanlık hükümlerinin var olduğu hallerde Cumhuriyet savcısının kamu davası açamayacağını açıkça düzenlerdi. Oysa kanunkoyucu bu sonucu sadece TCK m. 184/ 5’te yer alan etkin pişmanlık hükmü bakımından düzenlemiştir.

¹³ **Centel/ Zafer**, s. 458; **Özen**, s. 20.

c. Cumhuriyet Savcısına Tanınan Takdir Yetkisinin Türk Ceza Kanunu

m. 184/ 5'te Düzenlenen Etkin Pişmanlık Hükümü Bakımından

Uygulanabilirliği

TCK m. 184/ 5'te diğer etkin pişmanlık hükümlerinden farklı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, *“kişinin, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak yaptığı veya yaptırdığı binayı imar planına ve ruhsatına uygun hale getirmesi halinde, bir ve ikinci fıkra hükümleri gereğince kamu davası açılmaz, açılmış olan kamu davası düşer, mahkum olunan ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar”*.

Kanunkoyucu TCK'da etkin pişmanlığa yer verdiği maddelerde fail hakkında ceza verilmemesini *“cezaya hükmolunmaz”*¹⁴ veya *“ceza verilmez”*¹⁵ şeklinde ifade ederken TCK m. 184/ 5'te kamu davasının açılmayacağından, açılmış olan kamu davasının düşeceğinden ve verilen cezanın bütün sonuçlarıyla ortadan kalkacağından bahsetmiştir. Kanunkoyucu TCK m. 184/ 5'in söz konusu olduğu hallerde Cumhuriyet savcısına kamu davası açılması bakımından takdir yetkisi tanımamış ve TCK m. 184/ 5'in söz konusu olduğu hallerde Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini kamu davası açma yönünde kullanması ihtimaline engel olmak için Cumhuriyet savcısının kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vermesini emretmiştir. TCK m. 184 incelendiğinde etkin pişmanlığı düzenleyen bu fıkra bakımından niçin böyle istisnâ bir düzenlemeye yer verildiği anlaşılamamaktadır.

TCK m. 184/ 5'in söz konusu olduğu hallerde kanunkoyucu kovuşturma mecburiyetinin istisnası olarak düzenlediği CMK m. 171/ 1'e de istisna getirmiş ve TCK m. 184/ 5 söz konusu ise Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini ortadan kaldırarak Cumhuriyet savcısına kamu davası açmama zorunluluğu yüklemiştir.

¹⁴ Bkz. TCK m. 93, m. 192, m. 201, m. 221, m. 254, m. 282/ 6.

¹⁵ Bkz. TCK m. 316/ 2.

d. Cumhuriyet Savcısına Tanınan Takdir Yetkisinin Türk Ceza Kanunu

m. 221’de Düzenlenen Etkin Pişmanlık Hükmü Bakımından Uygulanabilirliği

TCK m. 221/ 5’e göre, “*Etkin pişmanlıktan yararlanan kişiler hakkında bir yıl süreyle denetimli serbestlik tedbirine hükmolunur. Denetimli serbestlik tedbirinin süresi üç yıla kadar uzatılabilir*”. Bu düzenlemede belirtilen denetimli serbestlik kararı ancak mahkeme tarafından verilebilecek bir karardır. Çünkü, hak kısıtlamasına yol açmaktadır¹⁶. Bu sebeple Cumhuriyet savcısı TCK m. 221’de yer alan cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren etkin pişmanlık hükümlerinin olayda gerçekleştiğinden bahisle CMK m. 171/ 1’e dayanarak kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verir ise bu durumda denetimli serbestlik konusunda bir karar alma yetkisi bulunmadığından TCK m. 221/ 5’teki denetimli serbestliğe başvurulması hükmü yerine getirilememiş olacaktır¹⁷. Bu sebeplerden ötürü TCK m. 221’de yer alan etkin pişmanlık hükümlerinin somut olayda gerçekleştiği hallerde Cumhuriyet savcısı takdir yetkisini kullanmak istese dahi TCK m. 221/ 5 hükmü buna engel olacaktır. Bu halde Cumhuriyet savcısı yeterli şüpheye ulaşır ise somut olayda TCK m. 221’deki etkin pişmanlığın koşulları gerçekleşmiş olsa dahi kamu davası açmak zorundadır¹⁸.

2. Şahsî Cezasızlık Sebebinin Varlığı (CMK m. 171/ 1)

a. Şahsî Cezasızlık Sebebi Kavramı

Şahsî cezasızlık sebepleri, suçun unsurları dışında değerlendirilen, objektif nitelikte olan ve kanunkoyucunun özel düzenlemesi sonucu fiilin işlendiği sırada mevcut olması koşuluyla faile ceza verilmemesini sağlayan sebeplerdir¹⁹. Böylelikle

¹⁶ Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, s. 1177.

¹⁷ Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, s. 1177.

¹⁸ Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, s. 1177.

¹⁹ Wessels Johannes/ Beulke Werner, Strafrecht Allgemeiner Teil, 37. Auflage, Heidelberg 2007, kn. 494; Önder Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s. 378; Öztürk/ Erdem, Ceza Hukuku,

kişi, işlediği fiilin haksızlık oluşturmaya devam etmesine rağmen cezalandırılmaz²⁰. Şahsî cezasızlık sebebinin hukukî niteliği cezalandırılmaya engel olan şahsî sebeptir²¹. Şahsî cezasızlık sebeplerinin objektif nitelikte olduğu Türk Hukuku'nda genel kabul görmektedir. Bununla birlikte, TCK m. 273/1, m. 281/1, m.283/3 ve 284/4'te düzenlenen şahsî cezasızlık sebeplerinin zorunluluk halindeki benzer bir saik baskısı altında işleniyor olacağı düşünülebilir. Esasen, örneğin suç işlemiş oğlunun yakalanmaması için onu saklayan bir annenin onu yetkili makamlara teslim etmesi annelik duygusu nedeniyle çok zordur. Bu noktada belki kusurluluğu azaltan bir saik baskısının varlığı ileri sürülebilir. Ancak, kanunkoyucu, metni şahsî cezasızlık sebebinin objektif varlığını yeterli gören ifadeler ile net bir şekilde düzenlemiştir. Failin bu sebeplerden yararlanması için kusurunda bir azalma meydana gelmiş olmasını, örneğin annelik duygusunun baskısı ile fiili gerçekleştirmiş olmasını ayrıca aramak failin lehine getirilen bu hükümleri şahsî cezasızlık sebepleri olmaktan çıkarıp kusurluluğu azaltan sebep haline getirir. Fakat, şahsî cezasızlık sebebi öngören kanun maddelerinin objektif nitelikte şartlar getirdiğinin bu denli açık olması failin kusurluluğuna ilişkin bu çeşit bir araştırmayı gereksiz kılmaktadır.

Cezayı kaldıran haller ile cezalandırmaya engel olan şahsî sebepler (şahsî cezasızlık sebepleri ve muafiyet- bağışıklık) birbirinden farklı kavramlardır. Cezalandırılmaya engel olan şahsî sebepler fiilin işlenmesi sırasında mevcut olmak zorunda iken cezayı kaldıran haller fiilin işlenmesinden sonra etki gösterirler²². Örneğin, karşılıklı hakaret (TCK m. 129) veya hakaret suçunda isnadın ispatı (TCK m. 127) ya da etkin pişmanlık halleri cezayı kaldıran hal olarak nitelenir. Nitekim

s. 150; **Demirbaş**, s. 618; **Özbek/ Kanbur/ Bacaksız/ Doğan/ Tepe**, Genel Hükümler, s. 169; **Koca/ Üzülmez**, s.351.

²⁰ **Demirbaş**, s. 618; **Özbek/ Kanbur/ Bacaksız/ Doğan/ Tepe**, Ceza Muhakemesi, s. 487; **Özbek/ Kanbur/ Bacaksız/ Doğan/ Tepe**, Genel Hükümler, s. 169; **Turhan**, s. 322; ayrıca krşl. **Önder**, Ceza Hukuku, s. 378.

²¹ **Önder**, Ceza Hukuku, s. 378; **Öztürk/ Erdem**, Ceza Hukuku, s. 150; **Özbek/ Kanbur/ Bacaksız/ Doğan/ Tepe**, Ceza Muhakemesi, s. 487; **Özbek/ Kanbur/ Bacaksız/ Doğan/ Tepe**, Genel Hükümler, s. 169.

²² **Demirbaş**, s. 618- 619; **Özbek/ Kanbur/ Bacaksız/ Doğan/ Tepe**, Genel Hükümler, s. 170; **Koca/ Üzülmez**, s.350.

kanunkoyucu CMK m. 223/ 4'te ceza verilmesine yer olmadığı hükmü verilecek durumlar arasında şahsî cezasızlık sebepleri ile etkin pişmanlık ve karşılıklı hakareti ayrı ayrı sayarak bu farkı ortaya koymuştur.

b. Şahsî Cezasızlık Sebebinin Varlığına Dayanılarak Kamu Davası Açılmayabilmesi İçin Gerekli Olan Şartlar

CMK m. 171/ 1'e göre, "...şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısı kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verebilir". Bu düzenleme gereği Cumhuriyet savcısının takdir yetkisine dayanarak kamu davası açmayabilmesi için öncelikle kanunda ilgili fiil bakımından şahsî cezasızlık sebebi öngören bir hüküm bulunmalıdır. Eğer kanunda şahsî cezasızlık sebebi niteliğinde olmamakla birlikte failin cezasız kalmasına yol açan bir düzenleme var ise Cumhuriyet savcısı bu düzenlemenin de failin cezasız kalmasına yol açtığından hareketle takdir yetkisini kullanarak kovuşturmayaya yer olmadığı kararı veremez. CMK m. 171/ 1 istinaî bir hükümdür ve dar yorumlanmalıdır.

Bu bakımdan TCK m. 22/ 6'da yer verilen düzenleme değerlendirilmeye değerdir. TCK m. 22/ 6'ya göre, "*Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilir*". Doktrinde, bu düzenlemenin şahsî cezasızlık sebebi olduğundan bahisle CMK m. 171/ 1'in TCK m. 22/ 6'daki bu düzenleme bakımından da uygulanabileceği savunulmaktadır²³. Bu konuda değerlendirme yapabilmek için ilk olarak TCK m. 22/ 6'nın getirdiği düzenlemenin anlamı araştırılmalıdır²⁴. Öncelikle

²³ Bkz. **Feyzioğlu**, Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında, s. 43; **Feyzioğlu**, İddianame, s. 39; **Yenidünya**, kn. 31.

²⁴ Benzer bir düzenlemeye Alman Ceza Kanunu § 60'ta yer verilmiştir. Buna göre, "*failin işlediği fiilin sonuçlarının faile ceza verilmesini açıkça gereksiz kılacak derecede ağır olması halinde mahkeme ceza vermekten vazgeçer. Bu hüküm, faile işlediği fiilden dolayı bir yıldan fazla hapis cezası verilmesi gereken hallerde geçerli değildir*". Alman Hukuku'nda bu düzenlemenin söz

belirtilmelidir ki, TCK m. 22/ 6'da yer verilen hüküm fiilin haksızlık içeriğiyle ve failin kusuruyla ilgili değildir. Burada daha çok cezanın amaçlarının bulunmadığı bir hale özgü düzenleme getirilmiştir²⁵. Fakat, buna rağmen bu düzenlemenin bir şahsî cezasızlık sebebi oluşturmadığı söylenmelidir²⁶. Çünkü, şahsî cezasızlık sebepleri objektif nitelikte olup ayrıca bu konuda sübjektif bir değerlendirme yapılmaz. Halbuki TCK m. 22/ 6 bakımından, faile ceza verilmesinin onun üzerindeki etkisi araştırılmaktadır. Ayrıca, şahsî cezasızlık sebepleri fiilin işlendiği sırada mevcut olmalıdır. Burada ise fiilin işlenmesinin ardından ortaya çıkan neticenin faile olan etkisi araştırılmaktadır. Bu düzenlemenin uygulanabilmesi sadece failin yakınlarına karşı bu fiili gerçekleştirmiş olmasına bağlı değildir. Bir başka deyişle kanunda yalnızca ailevî ilişki varsa cezalandırılmayacağı belirtilmemiş; ayrıca bunun ceza verilmesini gereksiz kılması da aranmıştır. Bu nedenle TCK m. 22/ 6 şahsî cezasızlık sebebi niteliğinde değildir²⁷.

Bu açıklamalar da göstermektedir ki Cumhuriyet savcısı TCK m. 22/ 6'nın uygulanması gerektiğini düşünüyor ise bu durumda CMK m. 171/ 1'e dayanarak takdir yetkisini kullanmak suretiyle kovuşturmayaya yer olmadığı kararı veremez. Çünkü, CMK m. 171/ 1 sadece cezayı kaldıran etkin pişmanlık ve şahsî cezasızlık

konusu olduğu hallerde savcının kamu davası açmada takdir yetkisini kullanarak kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verebileceği ifade edilmektedir. Çünkü, Alman Hukuku'nda savcıya bu konuda takdir yetkisi veren Alman CMK § 153b bu yetkiyi Türk Hukuku'nda olduğu gibi sadece şahsî cezasızlık sebebi ve ceza verilmemesini gerektiren etkin pişmanlık hükümleri ile sınırlandırmamış; “*mahkemenin ceza vermekten vazgeçebileceği haller*” ifadesine yer vererek daha geniş bir uygulama alanı öngörmüştür. Böylelikle Alman Ceza Kanunu § 60'ın söz konusu olduğu hallerde Alman CMK § 153b'nin kapsamına girmiş olmakta ve savcı bu hallerde de takdir yetkisini kullanarak kamu davası açmayabilmektedir (**Karlsruher Kommentar- Schoreit**, § 153b kn. 1; **Roxin/ Schönemann**, § 14 kn. 6; **Meyer- Goßner**, § 153b kn. 1; **Ranft**, kn. 1174- 1176; **Heidelberger Kommentar- Gercke**, § 153b kn. 1; **Joecks**, § 153b kn. 1; **Rüping**, s. 97; **Schlüchter**, s. 165 dpn. 1034; **Joachimski/ Haumer**, s. 112; aksi görüş için bkz. **Schröder**, s. 421).

²⁵ **Wessels/ Beulke**, kn. 496.

²⁶ Aksi görüş için bkz. **Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu**, s. 1249; **Öztürk/ Erdem**, Ceza Muhakemesi, s. 713; **Feyzioğlu**, Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında, s. 43; **Feyzioğlu**, İddianame, s. 39; **Yenidünya**, kn. 31.

²⁷ Nitekim benzer bir düzenlemeye yer veren Alman Ceza Kanunu § 60 hükmü de Alman Doktrini tarafından bir şahsî cezasızlık sebebi olarak nitelenmemektedir (Bkz. **Wessels/ Beulke**, kn. 496).

sebeplerinin varlığı halinde uygulanabilir. Fakat, doktrinadaki ağırlıklı görüş TCK m. 22/ 6'nın söz konusu olduğu hallerde de CMK m. 171/ 1'in uygulanabileceğini; çünkü, bunun da bir şahsî cezasızlık sebebi olduğunu belirtmekte ve bu halde Cumhuriyet savcısının kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verebileceğini savunmaktadır²⁸. Bizim de katıldığımız ve azınlıkta olan görüş ise bu değerlendirmenin hakim tarafından yapılması gerektiğini savunmakta olup Cumhuriyet savcısının bu düzenlemeden yola çıkarak kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vermesinin mümkün olmadığı yönündedir²⁹. Kaldı ki, olayda failin davranışının taksirle mi yoksa bilinçli taksirle mi gerçekleştirdiği konusunda Cumhuriyet savcısının yapacağı değerlendirme ile muhakeme son bulmamalıdır. Bu denli ince ve uygulamada halen tam olarak oturmamış taksir- bilinçli taksir ve hatta olası kast ayrımı konusunda hakimin karar vermesi daha sağlıklı olacaktır. Fakat, uygulamada Cumhuriyet savcılarının, TCK m. 22/ 6'nın söz konusu olduğu hallerde CMK m. 171/ 1 hükmünü uygulayarak takdir yetkilerini kullanmak suretiyle kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verdikleri görülmektedir. Eğer kanunkoyucu, maddî ceza hukuku bakımından şahsî cezasızlık sebebi niteliğinde bulunmayan TCK m. 22/ 6 ile ilgili olarak da takdir yetkisinin kullanılabilmesine izin vermek istiyor ise bu durumda CMK m. 171/ 1 hükmünde şahsî cezasızlık sebebi ve etkin pişmanlık ile sınırlı olarak bu takdir yetkisine yer verilmemelidir. Kanunkoyucunun iradesi CMK m. 171/ 1 hükmünün daha geniş bir şekilde uygulanması yönünde ise bu durumda madde metninde, “*failin cezalandırılmamasını gerektiren bir sebebin varlığı halinde*” Cumhuriyet savcısının kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verebileceğini düzenlemelidir.

Benzer bir durum TCK m. 273 bakımından da söz konusudur. TCK m. 273'e göre, “*Kişinin; a)kendisinin, üstsoy, altsoy, eş veya kardeşinin soruşturma ve kovuşturmayaya uğramasına neden olabilecek bir hususla ilgili olarak yalan tanıklıkta bulunması, b)tanıklıktan çekinme hakkı olmasına rağmen, bu hakkı kendisine hatırlatılmadan gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapması, halinde, verilecek cezada*

²⁸ Öztürk/ Erdem, Ceza Muhakemesi, s. 713; Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında, s. 43; Feyzioğlu, İddianame, s. 39; Yenidünya, kn. 31.

²⁹ Ünver/ Hakeri, s. 34; Özen, s. 20.

indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir". Esasen şahsî cezasızlık sebebi de içeren bu düzenlemede buna ek olarak madde metninde belirtilen hallerin varlığı halinde hakime cezada indirim yapma yetkisi de tanınmıştır. Fakat, CMK m. 171/ 1'e dayanarak Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini kullanmak suretiyle kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verebilmesi için madde metninde sadece bir şahsî cezasızlık sebebi düzenleniyor olmalıdır. Fakat, TCK m. 273'e bakıldığında kanunkoyucu, madde metninde belirtilen akrabalık ilişkilerinin varlığı halinde diğer şahsî cezasızlık sebeplerinden farklı olarak cezadan vazgeçme yükümlülüğü yüklememekte; cezadan indirim yapılması ile cezadan vazgeçme arasında **hakime** takdir yetkisi tanımaktadır. Bu akrabalık ilişkilerinin varlığından ötürü failin cezasında indirim yapılması ile ceza vermekten tamamen vazgeçilmesine hakim yapacağı yargılama sonucunda karar verecektir. Dolayısıyla hakime tanınmış olan bu yetkinin henüz duruşma evresine dahi geçilmediği bir evrede Cumhuriyet savcısına tanınması mümkün değildir³⁰.

3. Ceza Muhakemesi Kanunu m. 171/ 1'e İlişkin Ortak Açıklamalar

a. Hükümün Anlamı ve Amacı

Maddî ceza hukuku özel hükümlerde yer verdiği kimi düzenlemelerde yargılama sonunda verilecek hüküm ile failin cezalandırılmaması imkanı getirmektedir. Muhakeme hukuku ise bu imkanın kimi hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da kullanılabilmesini sağlamaktadır. Böylece aslında yargılama sonucunda hakime tanınmış olan cezadan vazgeçme yetkisi savcıya da tanınmış olmaktadır³¹. CMK m. 171/ 1'de mahkemenin etkin pişmanlık veya şahsî cezasızlık sebebinin varlığına dayanarak ceza vermekten vazgeçeceği hallerde Cumhuriyet savcısına da

³⁰ TCK m. 273'ün söz konusu olduğu hallerde de Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini kullanarak kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verebileceği görüşü için bkz. **Öztürk/ Erdem**, Ceza Muhakemesi, s. 713; **Yenidünya**, kn. 33.

³¹ Krşl. **Löwe- Rosenberg/ Beulke**, § 153b kn. 1; **Schäfer**, § 18 II 3 b; **Heidelberger Kommentar-Gercke**, § 153b kn. 1; **Joachimski/ Haumer**, s. 112. Baumann, kanunkoyucunun cezalandırılabilirlik yayını çok geniş tuttuğu hallerde bu tür bir yetkinin tanındığının göze çarptığını savunmaktadır (Bkz. **Baumann**, s. 6).

kovuşturmaya yer olmadığı kararı verme yetkisi tanınmıştır. Bu düzenleme ile mahkemenin yargılama sonucunda zaten ceza veremeyecek olduğu bu iki halin varlığı halinde muhakemenin zaman alan hazırlık (Duruşma hazırlığı evresi) ve uygulama (Duruşma evresi) evrelerinin ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır³². Bu yönüyle CMK m. 171/ 1’de yer verilen düzenlemenin adliyenin işyükünün azaltılmasına ve muhakemenin ekonomik bir şekilde gerçekleştirilmesine hizmet ettiği görülmektedir³³.

CMK m. 171/ 1’in uygulandığı hallerde şüphelinin mahkeme önünde gerçekleştirilecek bir suç isnadından da kurtarılmış olacağı söylenmelidir³⁴. Bunun yanısıra CMK m. 171/ 1’in uygulandığı hallerde şüpheli hakkında kamu davası açılmamış ve mahkeme tarafından bir hüküm verilmemiş olduğundan şüphelinin suçlu olup olmadığı hususu açıkta kalacağından şüpheli masumiyet karinesinden de yararlanacaktır³⁵. Ayrıca, suç politikası amacıyla da CMK m. 171/ 1 hükmüne yer verildiği söylenebilir³⁶.

b. Ceza Muhakemesi Kanunu m. 171/ 1’de Cezayı Kaldıran Şahsî Sebep Olarak Etkin Pişmanlık veya Şahsî Cezasızlık Sebebinin Varlığından Başka Herhangi Bir Kritere Yer Verilmemiş Olmasının Sakıncalı Olup Olmadığı Hususu

Cumhuriyet savcısına CMK m. 171/ 1’de kamu davası açma bakımından tanınan takdir yetkisinin hiçbir kritere bağlanmamış olmasının, Cumhuriyet savcısının benzer olaylar ile ilgili olarak bir kişi hakkında dava açıp diğeri hakkında dava açmayabilmesini mümkün kıldığı ve bu sebeple eşitsizliğe ya da keyfiliğe yol

³² Löwe- Rosenberg/ Beulke, § 153b kn. 1; **Karlsruher Kommentar- Schoreit**, § 153b kn. 1; **Heidelberger Kommentar- Gercke**, § 153b kn. 1; **Ranft**, kn. 1171.

³³ Löwe- Rosenberg/ Beulke, § 153b kn. 2; **Schäfer**, § 18 II 3 b; **Rüping**, s. 97.

³⁴ Löwe- Rosenberg/ Beulke, § 153b kn. 2; **Schäfer**, § 18 II 3 b; **Heidelberger Kommentar- Gercke**, § 153b kn. 1.

³⁵ Löwe- Rosenberg/ Beulke, § 153b kn. 2; **Heidelberger Kommentar- Gercke**, § 153b kn. 1.

³⁶ Löwe- Rosenberg/ Beulke, § 153b kn. 2; **Heidelberger Kommentar- Gercke**, § 153b kn. 1.

açabileceği düşünülebilir³⁷. Fakat, CMK m. 171/ 1’de yer verilen bu düzenlemenin yalnızca yapılacak yargılama sonucunda failin cezalandırılmasının mümkün olmadığı iki halden birinin varlığı ile sınırlı olarak uygulanabileceği unutulmamalıdır. Bir başka deyişle bu hallerde fail hakkında kamu davası açılrsa ve yargılama yapılsa dahi yargılama sonucunda verilecek hüküm mahkûmiyet olmayacak; faile ceza verilemeyecektir. Bu sebeple cezayı kaldıran şahsî sebep olan etkin pişmanlığın veya bir şahsî cezasızlık sebebinin gerçekleştiği hallerde ayrıca birtakım başka koşulların da aranmasının anlamı olmayacaktır. Bu yönüyle CMK m. 171/ 1’de öngörülen takdir yetkisinin Cumhuriyet savcısına tanınan diğer takdir yetkilerinden farklı bir özelliğe sahip olduğu unutulmamalıdır. Takdir yetkisi tanınan diğer hallerde fail hakkında yeterli suç şüphesi bulunmakta olup onun cezalandırılmasına engel olan bir sebep de bulunmaz. Fail hakkında kamu davası açılrsa ve yargılama yapılsa mahkûmiyet hükmü verilmesi ihtimali mahkûmiyet hükmü verilmemesi ihtimalinden daha yüksektir. Ama, çeşitli gerekçeler ile fail hakkında kamu davası açılmayabilmektedir. Dolayısıyla CMK m. 171/ 1’in bu hallerden farklı özellikte olduğu unutulmamalıdır.

Bir diğer yandan somut olayda CMK m. 171/ 1’in şartları bulunsa ve fakat Cumhuriyet savcısı yine de kamu davası açsa duruşma evresi sonucunda verilecek hüküm mahkûmiyet olmayacağından failin bir mağduriyetinin olduğu da söylenemeyecektir. Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınması bakımından sakınca doğuran husus cezalandırılması gereken fiillerin Cumhuriyet savcısına tanınan takdir yetkisi aracılığıyla kovuşturulmaması sağlanarak cezasız bırakılma tehlikesidir. Halbuki CMK m. 171/ 1’in söz konusu olduğu hallerde takdir yetkisinin kullanılmaması sonucunda kamu davası açılrsa dahi fail cezasız kalacaktır. Bu sebeple cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlığın ya da şahsî cezasızlık sebebinin bulunduğu hallerde Cumhuriyet savcısının salt bu sebeplerin varlığı kriterine dayanarak takdir yetkisini kullanması ve kamu davası açmaması, aslında cezalandırılması gereken fiilin cezalandırılmamasına yol açmaz. Dolayısıyla cezalandırılması gereken fiillerin cezalandırılmadığından söz edilemeyeceğinden hukuk devleti ilkesi bakımından da bir sorun oluşmaz. Bu konudaki esas sorun bu

³⁷ Bkz. Ünver/ Hakeri, s. 36.

sebeplerin somut olayda bulunmamasına rağmen Cumhuriyet savcısının bu sebepler varmış gibi kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vermesidir³⁸. **Bu hukuka aykırılığın önüne geçilmesi ise diğer birtakım kriterlerin madde metnine konulması ile değil Cumhuriyet savcısının CMK m. 171/ 1'e dayanarak kamu davası açmadığı hallerde bu karara karşı bir kanun yolunun öngörülmesi ile mümkün olacaktır.** CMK m. 171/ 1'in mevcut hali karşısında Cumhuriyet savcısının vereceği kovuşturmayaya yer olmadığı kararı denetlenemeyen bir yetkinin kullanılması sonucunu doğurmaktadır. Bir hukuk devleti açısından vahim nitelikteki bu tehlikenin bertaraf edilmesi gerekmekte ve Cumhuriyet savcısının CMK m. 171/ 1'e dayanarak verdiği kovuşturmayaya yer olmadığı kararına karşı da itiraz kanun yolu açılmalıdır. Böylelikle somut olayda cezayı kaldıran şahsî sebep niteliğindeki etkin pişmanlığın ya da şahsî cezasızlık sebebinin gerçekten oluşmuş olup olmadığı kontrol edilmiş olacaktır. Bu gerçekleşir ise CMK m. 171/ 1'in keyfilik ya da eşitsizlik tehlikesi oluşturmasının söz konusu olmayacağı kanaatindeyiz. Kaldı ki, CMK m. 171/ 1'de yer verilen düzenleme Kıta Avrupası Hukuku'nda kimi ülkelerde de benimsenmektedir³⁹.

Ayrıca, CMK m. 171/ 1'de mağdurun veya kamunun uğradığı zararın karşılanması zorunluluğu ve belirli bir gözetim süresi gibi kriterlere yer verilmemiş olmasının da bir sakınca oluşturmadığı kanaatindeyiz⁴⁰. Çünkü, CMK m. 171/ 1'in uygulandığı hallerde şüpheli hakkında kamu davası açılrsa ve hüküm verilse dahi şüpheli mahkûm edilemeyecek ve hakkında cezaya hükmedilemeyecektir. Bu sebeple bu tür bazı ek yükümlülükler getirilmesinin bir yararı bulunmayacaktır. Gerçekten, CMK m. 171/ 1'in uygulanması ile adliyenin iş yükü azaltılmış olmakta ve verilecek hüküm bir nevî öne çekilmiş olmaktadır.

Kısacası ortadaki sorunun kaynağı CMK m. 171/ 1'deki düzenlemede belirli kriterlere yer verilmemiş olması değil Cumhuriyet savcısının bu fıkraya dayanarak kovuşturmayaya kararı verdiği haller bakımından kanun yolu öngörülmemiş olmasıdır.

³⁸ Ünver/ Hakeri, s. 34.

³⁹ Bkz. Alman CMK § 153b, İsviçre CMK § 319/ 1- (e).

⁴⁰ Ünver/ Hakeri, s. 503.

CMK m. 171/ 1'in uygulanması bakımından gerekli olan sebeplerin varlığı kanımızca yeterli birer kriterdir.

**c. Ceza Muhakemesi Kanunu m. 171/ 1'de Yer Verilen Düzenlemenin Kıyas
Yoluyla Faile Ceza Verilmemesini Gerektiren Diğer Sebeplere de
Uygulanabilirliği Sorunu**

Ceza muhakemesi hukukunda kıyas kural olarak mümkün olmakla birlikte sınırlayıcı ve istisnaî hükümler bakımından kıyas yasaktır⁴¹. Çünkü, kanunkoyucu sınırlayıcı ve istisnaî hükümleri oluştururken bu düzenlemelerin kapsamını, uygulanmalarını istediği ölçüde bilinçli olarak çizer⁴². CMK m. 171/ 1'de Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanıyan düzenlemenin de istisnaî bir hüküm olduğu söylenmelidir. Bu sebeple de kıyas yoluyla genişletilemez⁴³. Örneğin, bir şahsî cezasızlık sebebi niteliğinde olmayan TCK m. 22/ 6'daki düzenlemenin de tıpkı şahsî cezasızlık sebeplerinde olduğu gibi faile ceza verilmemesini gerektirdiğinden hareketle CMK m. 171/ 1 hükmünün bu hallerde de uygulanabileceği yönündeki düşünce istisnaî hükümler bakımından kıyas yapılamayacağından yerinde olmayacaktır.

Bu konuyla ilgili olarak CMK m. 223/ 4- (c) ve (d)'de yer alan sebeplere de değinilmelidir. CMK m. 171/ 1'de yalnızca cezayı kaldıran şahsî sebep olan etkin pişmanlık ve şahsî cezasızlık sebeplerine yer verilmiştir. Bu iki sebep CMK m. 223/4'te ceza verilmesine yer olmadığı hükmü verilecek haller içerisinde (a) ve (b) bendlerinde düzenlenmektedir. Dolayısıyla CMK m. 223/ 4'te yer alan ve ceza verilmesine yer olmadığı hükmü verilecek diğer haller olan (c) ve (d) bendleri bakımından da CMK m. 171/ 1'in kıyasen uygulanabilirliği tartışılabilir. CMK m. 223/ 4- (c)'de "*karşılıklı hakaret*", (d)'de ise "*fiilin haksızlık içeriğinin azlığı*" yer

⁴¹ **Tosun**, Suç Muhakemesi, s. 133; **Öztürk/ Erdem**, Ceza Muhakemesi, s. 71; **Özbek/ Kanbur/ Bacaksız/ Doğan/ Tepe**, Ceza Muhakemesi, s. 99; **Ünver/ Hakeri**, s. 26; **Centel/ Zafer**, s. 49.

⁴² **Ünver/ Hakeri**, s. 26. Bu durum "*istisnalar mevridine mahsustur= istisnalar konuldukları durumlara özgüdür*" deyişle de ifade edilebilir (**Tosun**, Suç Muhakemesi, s. 133).

⁴³ **Ünver/ Hakeri**, s. 26.

almaktadır. TCK m. 129'da karşılıklı hakarete cezadan indirim yapılması veya tamamen cezadan vazgeçilmesi sonucu bağlanmıştır. Dolayısıyla burada hakime tanınan bir takdir yetkisi bulunduğu için kanunkoyucu karşılıklı hakarete Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanıdığı CMK m. 171/ 1'de yer vermemiştir. Fiilin haksızlık içeriğinin azlığı durumunda faile ceza verilmeyeceğinden ne anlaşılması gerektiği belirsizdir. Burada fiilin haksızlık içeriğinden TCK özel hükümler içerisinde yer yer düzenlenen malın değerinin azlığına cezadan vazgeçilmesi sonucu bağlanan haller anlaşılabilir. CMK m. 223/ 4- (d), hakimin malın değerinin azlığı nedenine dayanarak faile ceza vermediği hallerde kuracağı hükmün ne olacağını düzenlemiştir. Aksi halde malın değerinin azlığı hali dışında fiilin haksızlık içeriğinin az olduğundan bahisle ceza vermeme yönünde bir yetkinin hakime muhakeme kanununun hüküm çeşidini düzenleyen maddesi ile verildiğini düşünmek anlamsız olacaktır. Eğer böyle bir düşünce yaşama geçirilmek isteniyor ise buna TCK'da yer verilmelidir. Malın değerinin azlığına ilişkin TCK özel hükümlerdeki düzenlemeler hakime cezada indirim yapma ile cezadan vazgeçme yetkisi arasında tercih sunmaktadır. Bu bent hükmünün de faile ceza vermektan vazgeçilmesini tek başına içermediği; hakime cezadan indirim yapabilme imkanı ile birlikte tanıdığı söylenmelidir. Görüldüğü üzere CMK m. 171/ 1'in istisnaî hüküm olmasının yanısıra CMK m. 223/ 4- (c) ve (d)'de ceza verilmesine yer olmadığı hükmü verilecek diğer hallerde faile ceza verilmemesini gerektiren sebepler tek başına değil cezadan indirim yapılabilmesi imkanı ile birlikte hakime bir takdir yetkisi tanınması şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla kanunkoyucu bu iki sebebe zaten bilinçli olarak CMK m. 171/ 1'de yer vermemiştir. Son olarak CMK m. 223/ 4- (c) ve (d)'de yer alan hükümler bakımından CMK m. 171'in kıyas yoluyla uygulanamayacağı bir kez daha vurgulanmalıdır.

d. Ceza Muhakemesi Kanunu m. 171/ 1'e Dayanarak Kamu Davası Açılmayan Hallerde Cumhuriyet Savcısının Vereceği Karar

CMK'da 5560 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önce CMK m. 171/ 1'de Cumhuriyet savcısının bu fıkraya dayanarak takdir yetkisini kullanması halinde

hangi kararı vereceği hakkında bir düzenleme bulunmamaktaydı⁴⁴. Cumhuriyet savcısının kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verebileceği halleri düzenleyen CMK m. 172'de yalnızca yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi ya da kovuşturma olanağının bulunmaması halleri sayılmış olduğundan CMK m. 171/ 1'e dayanarak Cumhuriyet savcısının kamu davası açmada takdir yetkisini kullanması halinde kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vermesi mümkün değildir⁴⁵. Bu durum özellikle verilen karara karşı kanun yolunun belirlenmesi bakımından boşluk yaratmaktaydı⁴⁶. Bu durumu gören kanunkoyucu 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanun m. 22 ile CMK m. 171/ 1'i "*Cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısı kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verebilir*" şeklinde değiştirmiştir. Dolayısıyla Cumhuriyet savcısı takdir yetkisini kullanarak kamu davası açmaz ise kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vermelidir. Fakat, 5560 sayılı Kanun'un Cumhuriyet savcısının vereceği bu karara karşı kanun yolu öngörmemiş olması eleştirilmelidir⁴⁷.

e. Cumhuriyet Savcısının Ceza Muhakemesi Kanunu m. 171/ 1'e Dayanarak Kovuşturmayaya Yer Olmadığı Kararı Verdiği Hallerde Ayrıca Müsadere Talebinde Bulunabilmesi Hususu

Cumhuriyet savcısının CMK m. 171/ 1'e dayanarak takdir yetkisini kullanmak suretiyle kamu davası açmadığı hallerde Cumhuriyet savcısı müsadere yapılması gereken bir halin var olduğu kanaatinde ise ayrıca mahkemeden müsadere talebinde bulunabilir. Gerçekten CMK m. 256/ 1'e göre, "*Müsadere kararı verilmesi gereken hallerde, kamu davası açılmamış veya kamu davası açılmış olup da esasla*

⁴⁴ 5560 sayılı Kanun m. 22 ile CMK m. 171/ 1 değiştirilmeden önce madde metni şu şekildeydi: "*Cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde Cumhuriyet savcısı kamu davasını açmayabilir*".

⁴⁵ Özbek/ Doğan, s. 237- 238 dñn. 49.

⁴⁶ Özbek/ Doğan, s. 237.

⁴⁷ Krşl. Özbek/ Doğan, s. 238.

beraber bir karar verilmemişse; karar verilmesi için, Cumhuriyet savcısı veya katılan, davayı görmeye yetkili mahkemeye başvurabilir”.

CMK m. 256/ 1’de kamu davası açılmayan hallerde de müsadere için davayı görmeye yetkili mahkemeye başvurulabileceği düzenlendiğinden Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini kullanarak kovuşturmaya yer olmadığı kararı verdiği hallerde de müsadere talebinde bulunulması mümkündür⁴⁸. Fakat, madde metninde Cumhuriyet savcısı ile katılıandan bahsedildiğinden ve kamu davasına katılma da ancak kovuşturma evresinde mümkün olduğundan (CMK m. 237/ 1) Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini kullanarak kovuşturmaya yer olmadığı kararı verdiği hallerde henüz kamu davası açılmamış olduğundan katılmadan da söz edilemez. Bu nedenle bu hallerde sadece Cumhuriyet savcısı müsadere talebinde bulunabilir.

CMK m. 171/ 1’e dayanılarak kamu davası açılmayan hallerde ayrıca müsadere yapılmasının mümkün olmasının sebebi etkin pişmanlık ve şahsî cezasızlık sebeplerinin faile ceza verilmemesini sağlayan sebepler olmasına karşın fiilin haksızlık içeriğine bir etkisinin bulunmamasından ve fiilin suç teşkil etmeye devam ediyor olmasından kaynaklanmaktadır. Bu sebeple fail hakkında kamu davası açılmamış olsa dahi müsadere kararı verilmesinin önünde engel bulunmaz.

f. Suçların İçtimai Halinde Ceza Muhakemesi Kanunu m. 171/ 1’in

Uygulanabilirliği

Kovuşturmaya yer olmadığı kararı muhakemenin konusunu oluşturan fiilin bütünü bakımından verilmek zorundadır⁴⁹. Dolayısıyla muhakemenin konusunu oluşturan fiil bakımından suçların içtimainın söz konusu olduğu hallerde CMK m.

⁴⁸ Löwe- Rosenberg/ Beulke, § 153b kn. 4; **Karlsruher Kommentar- Schoreit**, § 153b kn. 12; **Meyer- Goßner**, § 153b kn. 4; **Heidelberger Kommentar- Gercke**, § 153b kn. 3.

⁴⁹ Löwe- Rosenberg/ Beulke, § 153b kn. 5; **Heidelberger Kommentar- Gercke**, § 153b kn. 3; **Pfeiffer**, § 153b kn. 1.

171/ 1'in uygulanabilmesi, muhakemenin konusunu oluşturan fiilin bütünü bakımından faile ceza verilmemesini gerektiren hallerin varlığına bağlıdır⁵⁰.

Örneğin, sinemada ön koltukta oturan iki kişinin çantalarını yanlarındaki boş koltuğa koyduklarını gören failin filmin devam ettiği esnada bu iki çantayı alarak kaçması durumunda fail hırsızlık suçunu bu iki kişiye karşı tek hareketle işlediği için TCK m. 43/ 2'de yer alan aynı neviden fikrî içtima hükümleri uygulanmalıdır. Ancak, Cumhuriyet savcısının olayda failin annesinin çantasını çalması fiili bakımından TCK m. 167'deki şahsî cezasızlık sebebine dayanarak takdir yetkisini kullanmak suretiyle bu fiil ile ilgili olarak kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vermesi ve failin annesinin arkadaşının çantasını çalması fiilinin cezalandırılabilir olduğundan bahisle sadece bu fiil bakımından kamu davası açması mümkün değildir. Burada muhakemenin konusunu oluşturan fiil, failin annesinin ve annesinin arkadaşının çantalarını çalması fiilidir ve bu fiil ikiye ayrılarak incelenemez; hakkında yargılama yapılamaz. Muhakemenin konusunu oluşturan fiil bir bütündür. Cumhuriyet savcısı bu fiil bakımından kamu davası açmalıdır. Yargılama sonucunda ise mahkeme, failin annesine yönelik hırsızlık fiili bakımından şahsî cezasızlık sebebine dayanarak hüküm vermelidir.

g. Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisine Dayanarak Vereceği Kovuşturmayaya Yer Olmadığı Kararının Kesin Hüküm Niteliğinde Olmaması

Cumhuriyet savcısının CMK m. 171/ 1'e dayanarak verdiği kovuşturmayaya yer olmadığı kararı kesin hüküm niteliği taşımaz⁵¹. Bu sebeple Cumhuriyet savcısının zorunlu görmesi halinde soruşturmayaya tekrar başlanabilir. Bir zorunluluğun varlığı ise, cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık veya şahsî cezasızlık sebebinin koşullarının oluşmadığı ile ilgili olarak yeni olay veya delillerin

⁵⁰ BayOLG NJW 1972, s. 696; Löwe- Rosenberg/ Beulke, § 153b kn. 5; Heidelberger Kommentar- Gercke, § 153b kn. 3; Pfeiffer, § 153b kn. 1.

⁵¹ Löwe- Rosenberg/ Beulke, § 153b kn. 15; Karlsruher Kommentar- Schoreit, § 153b kn. 11; Heidelberger Kommentar- Gercke, § 153b kn. 6; Kühne, Strafprozessrecht, kn. 589.2; Pfeiffer, § 153b kn. 4; Beulke, kn. 334; Ranft, kn. 1178; Hartmann/ Schmidt, kn. 813; Joecks, § 153b kn. 3; Rüping, s. 97; BeckOK- Beukelmann, § 153b kn. 11.

Cumhuriyet savcısı tarafından öğrenilmiş olması halinde söz konusu olabilir⁵². Aksi takdirde Cumhuriyet savcısının bu tür yeni olay ya da delil ortaya çıkmaksızın yeniden soruşturmaya başlayabileceği kabul edilirse CMK m. 171/ 1'e dayanarak hakkında kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilen şüpheli üzerinde bu karar adeta "Demokles'in kılıcı" gibi sallanacaktır⁵³. Kaldı ki CMK m. 171/ 1'e dayanılarak kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilen hallerde yeterli suç şüphesi zaten bulunur; fakat, buna rağmen şüphelinin cezalandırılmamasını gerektiren etkin pişmanlık veya şahsî cezasızlık sebebi bulunduğu için şüpheli hakkında kamu davası açılmaz. Bu sebeple işlenen fiil hakkında etkin pişmanlık ya da şahsî cezasızlık sebebi dışında fiile ilişkin yeni olay veya delilin ortaya çıkmasının verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararını etkilememesi gerekir. Buradan hareketle, Cumhuriyet savcısının CMK m. 171/ 1'e dayanarak verdiği kovuşturmayaya yer olmadığı kararının ardından aynı fiil ile ilgili olarak yeniden soruşturmaya başlanabilmesinin sadece kovuşturmayaya yer olmadığı kararına dayanak oluşturan etkin pişmanlığın ya da şahsî cezasızlık sebebinin koşullarının aslında olayda oluşmadığına ilişkin yeni olay ya da delilin ortaya çıkması halinde mümkün olduğu söylenmelidir. CMK m. 172/ 2'deki "Kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra yeni delil meydana çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmaz" hükmü CMK m. 171/ 1'e dayanılarak verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararının söz konusu olduğu hallerde "cezaı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık ya da şahsî cezasızlık sebebinin unsurlarının varlığına ilişkin yeni delil" olarak anlaşılmalıdır.

⁵² Alman Hukuku'nda ise Alman CMK § 153b/ 2'de iddianamenin kabulü ile duruşma evresinin başlaması arasında mahkemenin de bu sebeplerin varlığına dayanarak düşme kararı verebileceği düzenlenmiştir. Mahkemenin Alman CMK § 153b/ 2'deki hükme dayanarak düşme kararı verdiği hallerde savcının zorunlu görmesi halinde soruşturmaya tekrar başlanabileceği savunulmaktadır. Bunun için faile ceza verilmemesini gerektiren sebeplerin koşullarının oluşmadığı ile ilgili olarak yeni olay veya delillerin Cumhuriyet savcısı tarafından öğrenilmiş olması gerektiği Alman Doktrini tarafından savunulmaktadır. Alman Doktrini, savcının Alman CMK § 153b/ 1'i uygulayarak faile ceza verilmemesini gerektiren bir sebebin varlığına dayanarak takipsizlik kararı verdiği hallerde ise yeniden soruşturmaya başlanabilmesi için savcının bunu zorunlu olarak görmesinin yeterli olduğunu düşünmektedir. Bkz. **Löwe- Rosenberg/ Beulke**, § 153b kn. 21; **Karlsruher Kommentar- Schoreit**, § 153b kn. 11; **Pfeiffer**, § 153b kn. 4; **Ranft**, kn. 1178; **BeckOK-Beukelmann**, § 153b kn. 11; ayrıca krşl. **Heidelberger Kommentar- Gercke**, § 153b kn. 6.

⁵³ Krşl. **Ünver/ Hakeri**, s. 509.

h. Ceza Muhakemesi Kanunu m. 171/ 1'in Cumhuriyet Savcısına Takdir Yetkisi Tanyan Diğer Düzenlemeler İle İlişkisi

Öncelikle soruşturma evresi sonucunda yeterli suç şüphesi elde edilememiş veya kovuşturma olanağı bulunmuyor ise Cumhuriyet savcısının olayda takdir yetkisini kullanabileceği bir halin varlığını araştırmaksızın CMK m. 172'ye dayanarak kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermesi gerektiği söylenmelidir⁵⁴.

Eğer işlenen fiil bakımından hem CMK m. 171/ 1'in hem de CMK m. 171/ 2-5'te yer alan kamu davası açılmasının ertelenmesi kurumunun koşulları gerçekleşiyor ise bu durumda Cumhuriyet savcısı CMK m. 171/ 1'i uygulamalıdır⁵⁵. Çünkü, maddî ceza hukuku etkin pişmanlık veya şahsî cezasızlık sebebinin varlığından ötürü faile ceza verilmemesini gerektiriyor ise failin kamu davasının açılmasının ertelenmesinin uygulanması suretiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararı tazmin ederek muhakemenin yapılmasındaki kamu yararını ortadan kaldırmasını gerektiren bir durum da yok demektir⁵⁶. Bu durumda CMK m. 171/ 1'e dayanılarak kovuşturamama kararı verilmesi şüphelinin daha lehine olduğu için CMK m. 171/ 1, kamu davasının açılmasının ertelenmesine (CMK m. 171/ 2- 5) göre önceliğe sahiptir⁵⁷.

ı. Ceza Muhakemesi Kanunu m. 171/ 1'e Dayanılarak Verilen Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararına Karşı İtiraz Olanağının Bulunmadığı Hususu

Cumhuriyet savcısının CMK m. 171/ 1'e dayanarak verdiği kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı CMK m. 173/ 5'te yer alan düzenleme dolayısıyla kanun yolu öngörülmemiştir. Bu nedenle Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini kullanarak CMK

⁵⁴ Löwe- Rosenberg/ Beulke, § 153b kn. 6; **Karlsruher Kommentar- Schoreit**, § 153b kn. 3; Kühne, Strafprozessrecht, kn. 586; Pfeiffer, § 153b kn. 1; Öztürk, Koğuşturma Mecburiyeti, s. 200; Ünver/ Hakeri, s. 37, 38, 502.

⁵⁵ Löwe- Rosenberg/ Beulke, § 153b kn. 7; Meyer- Goßner, § 153b kn. 2; **Karlsruher Kommentar- Schoreit**, § 153b kn. 3; **BeckOK- Beukelmann**, § 153b kn. 15.

⁵⁶ Löwe- Rosenberg/ Beulke, § 153b kn. 7.

⁵⁷ **BeckOK- Beukelmann**, § 153b kn. 15.

m. 171/ 1 uyarınca kovuşturmayaya yer olmadığına karar verdiği hallerde bu karara karşı herhangi bir denetim mekanizması bulunmamaktadır. Bir hukuk devletinde denetime tabi olmayan hiçbir yetkinin yeri yoktur. Kaldı ki, mahkemelerin yargılama sonunda verdikleri kararlar dahi kural olarak kanun yolu denetimine dahildir. Bu sebeple Cumhuriyet savcısının muhakemeyi sona erdiren kararının da denetime tabi olması bu bakımdan zorunludur. CMK'da Cumhuriyet savcısının CMK m. 171/ 1'e dayanarak verdiği kovuşturmayaya yer olmadığı kararına karşı başvurulabilecek bir yol öngörülmemiş olması nedeniyle doktrinde bu karara karşı Cumhuriyet başsavcısına başvurulabileceği öne sürülmektedir⁵⁸. Fakat, yukarıda⁵⁹ yapılan açıklamalar göz önünde tutulur ise Cumhuriyet başsavcısının Cumhuriyet savcısına adli konudaki faaliyeti bakımından emir verme yetkisinin kural olarak bulunmadığı görülecektir. Dolayısıyla adli faaliyetini yerine getirmede özerk olan Cumhuriyet savcısının özellikle takdir yetkisini kullandığı konularda başka bir makamdan emir alması mümkün değildir. Bu sebepten ötürü Cumhuriyet savcısının CMK m. 171/ 1'e dayanarak verdiği kovuşturmayaya yer olmadığı kararı bakımından herhangi bir denetim yolu şu an için mevcut değildir. **Bu durumun silahların eşitliği ilkesine açıkça aykırı olduğu söylenmelidir.** Bu sebeple, Cumhuriyet savcısının verdiği kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itirazı engelleyen CMK m. 173/ 5 hükmü derhal kaldırılmalıdır⁶⁰.

⁵⁸ Bkz. **Öztürk/ Erdem**, Ceza Muhakemesi, s. 716; **Ünver/ Hakeri**, s. 505.

⁵⁹ Bkz. Birinci Bölüm II B 2 b başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁶⁰ Öztürk/ Erdem ise bu düzenleme aracılığıyla Türk Hukuku'nda ilk kez Cumhuriyet savcısına yargısal denetime tabi olmayan bir kovuşturmayaya karar verme yetkisi tanındığını belirterek CMK'nın soruşturma evresinin savcı odaklı olduğunu ve soruşturma evresinin tek hukukçusu olan CMK m. 160/ 2'de yeniden tarif edilen savcılığa güvenilmesi gerektiğini savunmaktadırlar (Bkz. **Öztürk/ Erdem**, Ceza Muhakemesi, s. 716). Fakat, her ne kadar Cumhuriyet savcısı artık soruşturma evresinin en yetkili süjesi konumuna sokulmuş da olsa bu durum onun vereceği kararlara karşı denetim imkanının getirilmemesini meşru kılmaz. Bir hukuk devletinde her yetki denetime tabidir. Bu sebeple çok önemli etkileri olan böyle bir kovuşturmayaya yer olmadığı kararına karşı itiraz kanun yolu öngörülmemesi derhal değiştirilmesi gereken bir eksikliklerdir.

C. Muhakeme Hukukuna Dayanan Takdir Yetkisi: Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kurumu (CMK m. 171/ 2- 5)

1. Hükümün Anlamı ve Amacı

CMK m. 171/ 2 ila 5'te düzenlenen kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu hukukumuzda ilk kez 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu ile girmiştir. Fakat, 2006 yılında yapılan değişiklikle 5560 sayılı Kanun'un getirdiği düzenleme ile CMK m. 171/ 2 ve devamında düzenlenmiş bulunmaktadır. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun artık günümüzde çeşitli ülkelerin ceza muhakemesi kanunlarında da bir gerçeklik olarak kabul edilen yeni muhakeme tiplerinden biri olduğu söylenmelidir⁶¹. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi, kovuşturma mecburiyetinin sınırlanmasının tipik örneği değildir. Bu kurumun suç politikasına ilişkin kritik özelliği, kovuşturma mecburiyetine getirilen diğer istisnalardan farklı olarak yalnızca takipsizlik kararı verme yetkisine ilişkin bir düzenleme getirmiyor olmasıdır⁶². Kamu davasının açılmasının ertelenmesi ile şüpheliye, kamunun ya da mağdurun uğradığı zararı tamamen gidertmek suretiyle yargılama sonunda mahkeme tarafından verilecek hüküm ile kıyaslanabilecek bir yükümlülük de yüklenmektedir⁶³.

⁶¹ Krşl. **Löwe- Rosenberg/ Beulke**, § 153a kn. 1; **Karlsruher Kommentar- Schoreit**, § 153a kn. 4; **Joecks**, § 153a kn. 2; **Heidelberger Kommentar- Gercke**, § 153a kn. 2; **Rüping**, s. 98; **BeckOK- Beukelmann**, Einl. § 153a. Ayrıca Schoreit, yeni muhakeme tiplerine yer verilmesinin geleneksel ceza takibatı modelleri ile bağdaşmadığını ve orantısız ya da temelsiz bir şekilde bu yeni yöntemlerin genişletilme tehlikesinin geçmişte kimi taslaklar ile kendisini gösterdiğini belirtmektedir. Buna örnek olarak da polisin para cezası verme çözümü ile küçük suçluluğun kolluk tarafından üstlenilmesine ilişkin olan Para Cezasına İlişkin Saksonya Modeli'ni göstermektedir (Bkz. **Karlsruher Kommentar- Schoreit**, § 153a kn. 4).

⁶² **Löwe- Rosenberg/ Beulke**, § 153a kn. 1; ayrıca krşl. **Nomos Kommentar- Pfordte**, § 153a kn. 4-5; **Volk**, § 12 kn. 22.

⁶³ Alman Hukuku'nda ise CMK m. 171/2'ye benzer bir kuruma yer veren Alman CMK § 153a'da şüphelinin mağdurun ya da kamunun uğradığı zararı karşılanması yükümlülüğünün yanısıra diğer birtakım yükümlülüklerle de savcılıkça karar verilebileceği için Alman Hukuku'nda bu konuda yükümlülük yerine yaptırım terimi kullanılmakta; ancak, bu yaptırımın ceza karakterinde olmadığını belirtmektedirler (Örneğin bkz. **Meyer- Gofner**, § 153a kn. 2; **Joecks**, § 153a kn. 9; **Nomos Kommentar- Pfordte**, § 153a kn 1; **Hartmann/ Schmidt**, kn. 818). Türk Hukuku

Bu yükümlülüğün elbette mahkemenin vereceği hükümdeki ceza ile aynı ağırlıkta olduğu söylenemez; fakat, şüphelinin yine de bir yükümlülüğe tabi tutuluyor olması, hakkında kamu davası açılmaması için bir zorlama olarak nitelenebileceğinden ceza ile bu yönüyle bir ölçüde kıyaslanabileceği söylenebilir. Şüphelinin bu tür bir edimi yerine getirmesi diğer koşulların da oluşması halinde hakkında ceza ya da güvenlik tedbiri uygulanmasını gereksiz kılacaktır⁶⁴.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun ön plandaki amacı özellikle hafif suçluluğun cezalandırılmasının artmasının önüne geçmek ve bu yolla mahkemelerin işyükünü azaltmaktır⁶⁵. Bir başka deyişle hafif ağırlıktaki suçlar bakımından muhakemeyi basitleştirerek orta ve ağır suçlulukla mücadeleyi hızlıca gerçekleştirebilmek bakımından mahkemelerin çalışma kapasitesini artırma ve bu yolla genel olarak tüm suçların muhakemesini hızlandırma amaçları burada büyük rol oynar⁶⁶. Görüldüğü üzere bu amaçlar doğrultusunda muhakeme hukukunda hafif suçlulukla mücadelede esnek ve pratik bir araç yaratılmıştır⁶⁷.

Özellikle Alman Doktrini'nde kamu davasının açılmasının ertelenmesinin suç olmaktan çıkarıcı bir etkiye de sahip olduğu doktrinde dile getirilmektedir⁶⁸. Buna göre kamu davasının açılmasının ertelenmesi ceza hukukunun son çare olma ödevini, cezalandırma gerekliliğinin alt sınıra yakın olduğu hallerde cezalandırmanın önleyici amaçlarının hissedilmesinin gerekli olmasından ötürü faile çeşitli yükümlülükler

bakımından şüphelinin, kamunun ya da mağdurun uğradığı zararı tamamen gidermesi koşulunun bir yaptırım olarak nitelenmesi ise mümkün değildir.

⁶⁴ **Löwe- Rosenberg/ Beulke**, § 153a kn. 2; **Schulenburg**, s. 767.

⁶⁵ **Löwe- Rosenberg/ Beulke**, § 153a kn. 3.

⁶⁶ **Löwe- Rosenberg/ Beulke**, § 153a kn. 3; **Meyer- Goßner**, § 153a kn. 2; **Heidelberger Kommentar- Gercke**, § 153a kn. 2; **Joecks**, § 153a kn. 2; **Pfeiffer**, § 153a kn. 1; **Hartmann/ Schmidt**, kn. 817.

⁶⁷ **Heidelberger Kommentar- Gercke**, § 153a kn. 1. Alman Hukuku'nda bu aracın yalnızca hafif ağırlıktaki suçlarla mücadelede değil orta ağırlıktaki suçlarla mücadele bakımından da uygulanabilir olduğu dile getirilmektedir (Bkz. **Heidelberger Kommentar- Gercke**, § 153a kn. 3; **Beulke**, kn. 337a; **Joecks**, § 153a kn. 1, 6; **BeckOK- Beukelmann**, § 153a kn. 12).

⁶⁸ Bkz. **Löwe- Rosenberg/ Beulke**, § 153a kn. 3-4; **Volk**, § 12 kn. 23; **Heidelberger Kommentar- Gercke**, § 153a kn. 2; **Haller/ Conzen**, kn. 154.

yüklenmesini sağlayarak güvence altına almaktadır⁶⁹. Fakat, kanımızca kamu davasının açılmasının ertelenmesinin bu işlevinin suç olmaktan çıkarma kavramı ile ifade etmek yerinde değildir. Çünkü, kamu davasının açılmasının ertelenmesinin suç olmaktan çıkarıcı etkisinin bulunduğunu savunan görüşlerin yukarıda dile getirilen argümanları, fiilin suç olmaktan çıkmış olduğunu göstermez. Dolayısıyla kamu davasının açılmasının ertelenmesinin uygulandığı hallerde fiil maddî ceza hukuku bakımından suç teşkil etmeye devam etmektedir. Sadece muhakeme hukukunun faile tanıdığı bu imkan değerlendirilmiş olmaktadır. Kamu davasının açılmasının ertelendiği hallerde failin ceza almıyor olması suç olmaktan çıkarmanın oluşturduğu etki ile aynı olmaktadır. Ancak, kamu davasının açılmasının ertelenmesinin suç olmaktan çıkarma ile aynı etkiye sahip olması onun suç olmaktan çıkarma etkisinin bulunduğunu göstermez. Suç olmaktan çıkarmanın maddî ceza hukukuna ait bir kavram olduğu unutulmamalıdır.

Ayrıca, kanunkoyucunun kamu davasının açılmasının ertelenmesi için mağdurun uğradığı zararın tamamen giderilmesini arıyor olması, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun hem suç politikasını hem de sosyal politikayı gözetir bir amaç güttüğünü gösterir. Çünkü, kanunkoyucu bu kurumun uygulanabilmesi için mağdurun menfaatlerini de gözeterek onun suçun işlenmesi ile ortaya çıkan zararının da ortadan kaldırılmasını aramakla doktrinde giderek artan bir biçimde savunulan mağdur haklarının korunması düşüncesini göz önünde tuttuğunu göstermiştir⁷⁰.

2. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesinin Anayasa'ya Aykırı Olup

Olmadığı Hususu

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun uygulandığı hallerde henüz şüpheli hakkında hüküm kurulmamış iken bu kurumun uygulanmasının kamunun ya da mağdurun uğradığı zararın tamamen giderilmesi koşuluna tabi

⁶⁹ Löwe- Rosenberg/ Beulke, § 153a kn. 4.

⁷⁰ Krşl. Löwe- Rosenberg/ Beulke, § 153a kn. 4.

kılınmasının ve ayrıca bu kurumun uygulanabilmesi için şüphelinin rızasının aranmamasının hak arama özgürlüğünü ve masumiyet karinesini ihlal ettiğinden bahisle Anayasa'ya aykırı olduğu öne sürülebilir⁷¹.

Şüpheli hakkında mahkeme tarafından hüküm verilmemiş olduğu bir zaman kesitinde şüphelinin kamu davası açılmasının ertelenmesinden faydalanabilmesi için belirli bir zarar tutarını ödemekle yükümlü tutuluyor olması bir ceza olarak algılanabilir; fakat, burada suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinin söz konusu olduğu unutulmamalıdır. Mağduriyetin giderilmesinde ödetme ve önleme amaçları söz konusu ise de burada amaç cezalandırmak değil mağduriyetin giderilmesi olmaktadır⁷². Buradan hareketle kamunun ya da mağdurun zararının giderilmesinin henüz hükmün verilmediği bir evrede söz konusu olmasının Anayasa m. 36'daki âdil yargılanma hakkına ve m. 38'deki masumiyet karinesine aykırı olduğu söylenemez. Fakat, buna ek olarak örneğin Alman Hukuku'ndaki gibi kamuya yararlı bir kuruma veya devlet hazinesine belirli bir tutarı yatırması; belirli tutardaki nafaka yükümlülüğünü yerine getirmesi ya da örneğin uyuşturucu madde kullanma suçu bakımından tedavi kuruluşuna yerleşmeyi kabul etmesi gibi koşulların getirilmesi henüz hüküm verilmiş olmadığından ötürü mümkün olamaz. Dolayısıyla bu bakımdan Anayasa'ya aykırılık oluşturmayacak tek yöntem suçtan doğan mağduriyetin giderilmesidir.

Kamu davası açılmasının ertelenmesi kurumunun uygulanması bakımından şüphelinin rızasının aranmamasının da yine Anayasa m. 38'deki masumiyet karinesini ihlal ettiği söylenemez. Çünkü, CMK m. 171/ 3'te kamu davasının açılmasının ertelenmesi kamunun ya da mağdurun uğradığı zararın tamamen giderilmesini öngörmektedir. Dolayısıyla şüpheli bu zararı gidermeyi kabul etmeyerek zaten kamu davasının açılmasının ertelenmesine engel olabilecektir. Bu yönüyle şüphelinin rızasının aranmıyor olması, hakkında yeterli suç şüphesi

⁷¹ **Hirsch**, s. 233; **Löwe- Rosenberg/ Beulke**, § 153a kn. 12; ayrıca krşl. **Roxin/ Schünemann**, § 14 kn. 14- 15. Alman Hukuku'nda savcının şüpheliyi Alman CMK § 153a'da yer verilen yükümlülüklerle tabi tutması ve bu yükümlülüklerin kanunda sınırlı bir şekilde sayılmamış olması özellikle Anayasa'ya aykırılık itirazı ile karşılaşmaktadır.

⁷² **Özbek**, Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, s. 218.

bulduğu için suçsuz olduğunun mahkeme hükmü ile ispatlanmasını arzulayan şüpheli bakımından olumsuz bir durum yaratmamaktadır. Şüpheli eğer yargılanmak istiyor ise suçtan doğan zararı gidermeyerek bunu sağlayabilir. Kanunkoyucunun burada zararı giderme koşulu getirerek aslında şüpheliye bir seçme imkanı tanımış olduğu söylenmelidir. Kaldı ki, masumiyet karinesi gereği suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamayacağından ötürü kamu davasının açılmasının ertelendiği hallerde dahi şüpheli masumiyet karinesinden yararlanacaktır.

Nitekim CMK m. 171/ 2- 5'te düzenlenen kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu hakkında, Anayasa'ya aykırı olduğundan bahisle Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açılmış ve bu yolla konu Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmiştir. Anayasa Mahkemesi, suç ve suçlulukla mücadele konusundaki kanunî düzenlemelerin Anayasal ilkelere aykırı olmamak koşuluyla kanunkoyucunun yetkisi dahilinde olduğunu belirterek kanunkoyucunun suç olarak tespit ettiği failer ile ilgili takip yöntemlerinin nasıl olacağını belirleme yetkisinin bulunduğunu ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi, kamu davasının açılmasının ertelenmesi hükümlerinin mevcut haliyle failin topluma karşı olan sorumluluklarını gözden geçirmesine olanak sağladığı, bunun yanısıra suçtan zarar görenin tatminini de içerdiği ve suçtan zarar görenlere bu karara karşı kanun yoluna başvuru imkanı tanıdığı için Anayasa m. 2, 10 ve 36'ya aykırılık oluşturmadığına hükmetmiştir⁷³.

Yukarıda yapılan tüm bu açıklamalar sonucunda kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun mevcut haliyle Anayasa'ya aykırılık oluşturmadığı söylenmelidir.

3. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesinin Düzenlenme Şekilleri

Çeşitli hukuk sistemlerinde görüldüğü üzere kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun iki farklı uygulama şekli bulunmaktadır. Bu iki farklı

⁷³ Bkz. AMK, T. 12.03.2009, E. 2007/ 14, K. 2009/ 48 (25.06.2009 gün ve 27269 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır).

uygulama şekli, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararını verecek makamdan kaynaklanmaktadır. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı ya Cumhuriyet savcısı ile mahkemenin ortak kanaati ile uygulanmakta ya da Cumhuriyet savcısının tek başına vereceği karar bu konuda yeterli görülmektedir⁷⁴.

Türk Hukuku'nda kamu davasının açılmasının ertelenmesinin uygulanabilmesi, ilk olarak yer aldığı 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu⁷⁵ m. 19'da çocuk hakiminin onamasına tabi tutulmuştu. Fakat, 5560 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile kamu davasının açılmasının ertelenmesi Çocuk Koruma Kanunu'nda düzenlenmek yerine CMK m. 171/ 2- 5'e alınmıştır. CMK m. 171/ 2- 5'te Cumhuriyet savcısının kamu davası açma kararını tek başına vereceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla artık Cumhuriyet savcısının verdiği kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının uygulanması hakim ya da mahkemenin onayına tabi olmaktan çıkarılmış olup Cumhuriyet savcısı bu yetkisini tek başına kullanır.

İlk bakışta Cumhuriyet savcısının verdiği kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının uygulanmasının hakim ya da mahkemenin onayına tabi tutulması bir güvence teşkil ediyor gibi gözükse de bu tür bir onay şartı mahkemelerin işyükünü artıracaktır. Bu sebeple bunun yerine Cumhuriyet savcısının verdiği kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararına karşı etkin bir denetim imkanı getirilmesi de onay şartından beklenen faydayı sağlayacaktır. Kaldı ki, bu konuda hakim onayı şartının getirilmesi halinde hakim ya da mahkemelerin Cumhuriyet savcılarının taleplerini çok fazla değerlendirmeden onaylama yoluna gitmeleri tehlikesi de bulunmaktadır. Böyle bir tehlike ile ilgili olarak iddianamenin iadesi bakımından ortaya çıkan durum bir gösterge olarak kabul edilebilir. Dolayısıyla CMK m. 171/ 2'ye göre suçtan zarar görene kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararına itiraz etme imkanı tanınmış olduğundan, CMK m. 171/ 2- 5'te

⁷⁴ **Peters**, § 23 IV 1 c; **Sölez Tan Umran/ Artuk Mehmet Emin**, “Çocuk Ceza Hukuku Açısından Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi”, *Argumentum*, Y. 2, S. 19, Şubat 1992, s. 288; **Artuk Mehmet Emin/ Yenidünya Ahmet Caner**, “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Erteleme Müessesesi”, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, s. 59- 62; ayrıca krşl. **Önder Ayhan**, *Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler*, İstanbul 1963, s. 96- 102.

⁷⁵ 15.07.2005 gün ve 25876 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

kamu davasının açılmasının ertelenmesi bakımından hakim ya da mahkemenin bu kararı onaylaması şartı getirilmemiş olması bir eksiklik olarak değerlendirilmemelidir⁷⁶.

4. Koşulları

a. Objektif Koşul (Suç Bakımından)

aa. İsnat Edilen Suç Soruşturulması ve Kovuşturulması Şikayete Bağlı Bir Suç Olmalıdır (CMK m. 171/ 2)

CMK m. 171/ 2’de kamu davası açılmasının ertelenmesi kurumunun takibi şikayete bağlı suçlar ile sınırlı olarak uygulanabileceği düzenlenmiştir. Böylelikle kanunkoyucu bu kurumun uygulanmasının sınırlarını oldukça daraltmıştır.

bb. İsnat Edilen Suç Üst Sınırı Bir Yıl veya Daha Az Süreli Hapis Cezasını Gerektiren Suçlardan Olmalıdır (CMK m. 171/ 2)

CMK m. 171/ 2’de kamu davasının açılmasının ertelenebilmesi için şüpheliye isnat edilen suçun üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan olması gerektiği düzenlenmiştir. Böylece kanunkoyucu önce takibi şikayete bağlı suçlar ile yaptığı sınırlamayı bir adım öteye taşıyarak üst sınırı bir yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından da kamu davasının açılmasının ertelenebilmesini engellemiştir⁷⁷. Bu koşullar altında kamu davasının

⁷⁶ Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının uygulanabilmesinin hakim onayına tabi tutulması gerektiği görüşü için bkz. **Sölez Tan/ Artuk**, s. 288; **Artuk/ Yenidünya**, s. 63.

⁷⁷ Kamu davasının açılmasının ertelenmesinin mümkün olduğu suçlar belirlenirken iki yöntem olduğu söylenmelidir. Bunlardan ilki kamu davasının açılmasının ertelenmesinin uygulanabileceği suçların katalog olarak belirlenmesidir. İkinci yöntem ise şu anda olduğu gibi suç tipleri için kanunda öngörülen soyut hapis cezasının üst sınırının esas alınmasıdır. İlk yöntem bakımından kamu davasının açılmasının ertelenmesinin uygulama alanının oldukça sınırlandırılacağı açık olup ayrıca

açılmasının ertelenmesi kurumunun uygulaması oldukça sınırlı seviyede kalacaktır. Kanunkoyucunun bu tutumu, bu kurumun daha çok yan ceza kanunları olarak nitelenen özel kanunlarda düzenlenen suçlar bakımından uygulanmasını arzu ettiği şeklinde yorumlanabilir; fakat, madde gerekçesi bulunmadığı için kanunkoyucunun bu tür bir düşüncesinin varlığı tartışılır niteliktedir. Kaldı ki, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu ceza muhakemesinde önemli bir rol üstlenmeye müsait bir kurum olup bugün karşılaştırmalı hukukta da kabul edildiği üzere sadece hafif ağırlıktaki suçlar bakımından uygulanabilir olmaktan çıkmalıdır⁷⁸. Uygulama alanının artırılması gerekmektedir.

CMK m. 171/ 2’de sadece üst sınırı bir yıl ve daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan bahsedildiği için tek başına, hapis cezası ile birlikte ya da seçimlik olarak kanunda yer verilen adlî para cezalarının varlığı halinde kamu davasının açılmasının ertelenebilmesinin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Madde metninde sadece hapis cezasından bahsedilmiş; adlî para cezasından ise söz edilmemiştir. Bu konuda öncelikle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunu düzenleyen CMK m. 231/ 5’teki ifadeye bakılabilir. CMK m. 231/ 5’e göre, “*Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis cezası veya adlî para cezası ise; mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir*”. Görüldüğü üzere kamu davasının açılmasının ertelenmesi ile karşılaştırılabilecek nitelikteki hükmün açıklanmasının ertelenmesi bakımından kanunkoyucu adlî para cezasına madde metninde ayrıca yer vermiştir. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi bakımından ise madde metninde niçin sadece üst sınırı bir yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren suçlara yer verildiği anlaşılamamaktadır. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi bakımından madde metninde sadece hapis cezasını gerektiren suçlardan

suç tiplerinin tek tek belirlenmesi her suç tipinin önceden araştırılarak karar verilmesini gerektirir. Burada gözden kaçan suç tipleri söz konusu olabileceği gibi suçlar hafif ve orta ağırlıktaki suç tiplerinden olduğundan bu denli çok sayıda suç tipinin kanunda tek tek sayılması mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle katalog yönteminin kamu davasının açılmasının ertelenmesi bakımından amaca uygun olmaktan uzaktır.

⁷⁸ Bkz. **Joecks**, § 153a kn. 1; **Volk**, § 12 kn. 22; **Beulke**, kn. 337a; **BeckOK- Beukelmann**, § 153a kn. 1; **Hartmann/ Schmidt**, kn. 817; **Schlüchter**, s. 166.

söz ediliyor olsa da kanımızca hapis cezasına oranla kişi hürriyetine daha az müdahale eden adli para cezasının özellikle seçimlik bir yaptırım olarak düzenlendiği hallerde failin kamu davasının açılmasının ertelenmesinden evleviyetle yararlanabilmesi gerekir. Bu sebepten ötürü hapis cezası ile beraber veya seçimlik olarak adli para cezasını gerektiren suçlar bakımından da kamu davasının açılmasının ertelenebilmesinin mümkün olduğu kabul edilmelidir⁷⁹. Bu noktada fail lehine yorum yapılmalıdır. Kanunkoyucu kamu davasının açılmasının ertelenmesi bakımından yalnızca hapis cezasının üst sınırını esas almıştır. Dolayısıyla birlikte veya seçimlik olarak adli para cezasına yer verilen halleri ayrıca saymayı gerekli görmemiştir. Fakat, salt adli para cezasını gerektiren suçlar bakımından ise kamu davasının açılmasının ertelenmesi mümkün olmamalıdır. Çünkü, bu suçlar bakımından önödeme mümkün olduğundan önödeme ile aynı amaca hizmet eden bir kurum niteliğindeki kamu davasının açılmasının ertelenmesinin şüpheliye tanınan ikinci bir imkan olarak uygulanması anlamsız olacaktır. Önödeme imkanını değerlendirmeyen failin kamu davasının açılmasının ertelenmesine layık olduğu ve orada aranan subjektif şartlara sahip olduğu söylenemeyecektir.

b. Subjektif Koşul (Şüpheli Bakımından)

aa. Genel Olarak

CMK m. 171/ 3 kamu davasının açılmasının ertelenmesi için birtakım unsurlara yer vermiştir. Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınması olarak nitelenen kamu davasının açılmasının ertelenmesi bakımından bu tür unsurlara yer verilmesi bu takdir yetkisinin kullanılması bakımından belirli ve varlığı denetlenebilir kriterlerin kabul edilmiş olması gereğine uygundur. Dolayısıyla kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun kovuşturma mecburiyeti ilkesini benimseyen bir ceza muhakemesi sistematüğinde istisnaî olarak Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınması bakımından elverişli bir araç olduğu söylenmelidir.

⁷⁹ Aksi görüş için bkz. **Centel/ Zafer**, s. 459.

**bb. Şüpheli Daha Önce Kasıtlı Bir Suçtan Dolayı Hapis Cezası İle Mahkûm
Olmamış Bulunmalıdır (CMK m. 171/ 3- a)**

CMK m. 171/ 3- (a)'da yer verilen bu koşuldan şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı kesinleşmiş hapis cezası mahkûmiyetinin bulunmaması anlaşılmalıdır. Çünkü, CMK m. 275/ 1 istinafa başvurulduğu hallerde, CMK m. 293/ 1 temyize başvurulduğu hallerde hükmün kesinleşmesini engellediğinden ve dolayısıyla bu iki kanun yolunun durdurma etkisi bulunduğu şüpheli hakkında başka fiil veya fiillerinden ötürü yapılan yargılama sonucunda hakkında ilk derece mahkemesi tarafından mahkûmiyet hükmü verilmiş; ancak, bu hüküm halen kesinleşmemiş ise bunun şüphelinin kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumundan faydalanabilmesine engel olmaması gerekir⁸⁰.

Ayrıca, daha önceden kısa süreli hapis cezası adli para cezasına ya da tedbire çevrilen kimse bakımından asıl mahkûmiyet TCK m. 50/ 5 gereği çevrilen adli para cezası ya da tedbirdir. Bu nedenden ötürü, bu kişinin sonradan işlediği fiil ile ilgili olarak kamu davasının açılmasının ertelenmesi bakımından gereken “*şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkûm olmamış bulunması*” koşulunun gerçekleştiği kabul edilmelidir⁸¹. TCK m. 51 uyarınca hapis cezasının ertelenmiş olduğu haller bakımından ise aynı durum geçerli değildir; çünkü, TCK m. 51/ 8'de denetim süresinin yükümlülükler uygun ve iyi halli olarak geçirildiği takdirde cezanın infaz edilmiş sayılacağı düzenlenmiştir.

⁸⁰ **Yenidünya**, kn. 48. Centel/ Zafer ise bunu, başka bir kasıtlı fiilden dolayı şüpheli hakkında takibat yapıyor olmasının bir engel teşkil etmeyeceği ile sınırlı olarak ifade etmektedirler (Bkz. **Centel/ Zafer**, s. 460).

⁸¹ **Yenidünya**, kn. 48.

cc. Yapılan Soruşturma Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Halinde

Şüphelinin Suç İşlemekten Çekineceği Kanaatini Vermelidir

(CMK m. 171/ 3- b)

Bu koşul, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının verilmesi sürecinde şüphelinin kişisel özelliklerinin de göz önünde tutulmasına imkan tanımaktadır. Dolayısıyla tıpkı cezanın bireyselleştirilmesinde olduğu gibi kamu davasının açılmasının ertelenmesi bakımından da failin sosyal açıdan zararsızlığı önemli bir rol oynamaktadır. Eğer somut olayda kamu davasının açılmasının ertelenmesinin diğer koşulları da gerçekleşmiş ise ve fail zaten suç işleme eğilimi olan bir kişi değil ise faile verilecek cezanın bir etkisi olmayacağından faile bir şans verilmesi onu kaybetmekle sonuçlanacak bir sürece girmek yerine onu topluma kazandırmak bakımından gereklidir. Bir başka deyişle kanunkoyucu şüphelinin işlediği hafif ağırlıktaki bir suç dolayısıyla alacağı olası cezanın yaşamının ilerleyen bölümünü orantısız bir şekilde olumsuz etkilemesinin önüne geçmekte ve (fili işlemiş ise) faili yeniden topluma kazandırmayı amaçlamaktadır. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi bakımından bu koşula yer verilmiş olması görüldüğü üzere kısa süreli hapis cezasının fail üzerindeki olumsuz etkisini ortadan kaldırmaya yönelik açıklamalar ile örtüşmektedir. Bu nedenle yerinde bir koşul olduğu söylenmelidir.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesinin koşulları içinde bu koşulun da yer alıyor olması Cumhuriyet savcısının iddianame düzenlemesinden ya da kamu davası açılmasının ertelenmesi kararı vermesinden önce şüphelinin ifadesini almasını gerekli kılar. Çünkü, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının verilmesi durumunda şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatinin oluşabilmesi Cumhuriyet savcısının şüpheli ile doğrudan bir temas kurmuş olmasına bağlıdır. Dolayısıyla CMK'da Cumhuriyet savcısının iddianame düzenlemesine dek geçen süreçte şüphelinin ifadesinin mutlaka alınmış olmasının gerekliliği kamu davasının açılmasının ertelenmesinin mümkün olduğu suçlar bakımından kendisini bir kez daha

göstermektedir⁸². Bunun yanısıra kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararını Cumhuriyet savcısı vereceğine göre, bu konuda bir değerlendirme yapabilmek amacıyla yönelik olarak şüphelinin ifadesinin de mutlaka Cumhuriyet savcısı tarafından alınması gerekir. Dolayısıyla kolluk tarafından şüphelinin önceden ifadesinin alınmış olmasının şüphelinin yeniden suç işlemeyeceği kanaatinin Cumhuriyet savcısında uyanması ya da uyanmamasına bakımından yeterli olmadığı kanısındayız. **Cumhuriyet savcısı kamu davasının açılmasının ertelenmesinin mümkün olduğu suçlar bakımından şüphelinin ifadesini mutlaka almak zorundadır.**

Cumhuriyet savcısı, kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verdiği takdirde şüphelinin suç işlemekten kaçınacağı kanaatine hangi kriterleri kullanarak ulaşacaktır? Bu konuda TCK'da cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine yönelik olarak yer verilen kriterlerden hareket edilebilir. Cumhuriyet savcısı bu konudaki değerlendirmesinde özellikle TCK m. 62/ 2'de yer alan takdiri indirim nedenlerini göz önünde tutabilir. Dolayısıyla failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve soruşturma evresindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi kriterler kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilirken esas alınabilir.

dd. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Şüpheli ve Toplum Açısından Kamu Davası Açılmasından Daha Yararlı Olmalıdır (CMK m. 171/ 3- c)

CMK m. 171/ 3- (c)'nin öngördüğü bu koşul kamu davasının açılmasının ertelenmesi bakımından kamu yararının bulunuyor olması kaydını içermektedir⁸³.

⁸² İddianamenin düzenlenmesine dek geçen sürede şüphelinin ifadesinin alınmasının zorunlu olması gerektiği ve hukukumuzda da bu yönde bir düzenleme yapılmasına duyulan ihtiyaç ile ilgili olarak bkz. **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, Ceza Muhakemesi, s. 481- 482.

⁸³ Madde metninde kullanılan ifade dikkat çekicidir. Çünkü, örneğin benzer bir düzenlemeye yer veren Alman CMK § 153a'da takibatın yapılmasındaki kamu yararını ortadan kaldırmaya elverişli ise bu hükmün uygulanabileceğinden söz edilmiştir. Bu iki düzenleme karşılaştırıldığında esasen takibatın yapılmasındaki kamu yararının ortadan kalkması ile kamu davası açılmasının ertelenmesinde kamu yararı bulunması hususlarının aynı düşünceyi ifade ettikleri söylenmelidir.

Şüphelinin mağdurun ya da kamunun uğradığı zararı gidermesi aracılığıyla, işlenen fiilin takibindeki kamu yararının ortadan kalktığı hallerde bu koşulun gerçekleştiği söylenebilir⁸⁴. Bir başka deyişle kamu davası açılması kararının verilebilmesi için cezanın önleyici amacının mağdurun ya da kamunun uğradığı zararın giderilmesi ile tatmin edilmesi söz konusu olmalıdır⁸⁵. Burada şüphelinin cezalandırılması gerekliliğinin derecesi ile suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinin şüpheli üzerinde kuracağı etkinin (baskının) ağırlığının birbirini karşılıyor olması gerekir. Bu mevcut ise fiilin takibindeki kamu yararının da ortadan kalktığı söylenebilir⁸⁶. Çünkü, dikkat edilirse kamu davasının açılmasının ertelenmesinde kamu yararının bulunması koşulunu kanunkoyucu, *kamu davasının açılmasının ertelenmesinin şüpheli ve toplum açısından daha yararlı olması* olarak ifade etmiştir. Dolayısıyla yukarıda da belirtildiği üzere fiilin cezalandırılma gerekliliği ile mağdurun suçtan doğan mağduriyetinin giderilmesinin şüphelinin üzerinde kuracağı etki birlikte değerlendirilmeli ve göz önünde tutulmalıdır. Sadece fiilin cezalandırılma gerekliliğinin az olması kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilebilmesi için yetmez; aynı zamanda şüpheli de fiilinden ötürü kendisini bir zorlama altında hissetmelidir.

Fiilin takibinde ve dolayısıyla kamu davasının açılmasının ertelenmesinde kamu yararının bulunup bulunmamasının aslında somut olaya özgü bir sorun olduğu

⁸⁴ Alman Hukuku'nda § 153a'nın uygulanabileceği hallerde savcı yalnızca mağdurun uğradığı zararın giderilmesi koşuluna karar verme imkanına sahip değildir. Buna ek olarak nafaka yükümlülüğünün yerine getirilmesi, kamuya yararlı edimlerde bulunulması gibi birtakım edimlerin yanısıra savcının uygun gördüğü diğer herhangi bir yükümlülük (=Auflagen) ya da emirlerin (=Weisungen) yerine getirilmesine de karar verilebilir. Dolayısıyla Alman Hukuku'nda savcının somut olayın özelliklerini göz önünde tutarak karar vereceği yükümlülük ve emirler fiilin takibindeki kamu yararını ortadan kaldırmaya daha elverişli gözükmektedir. Nitekim Alman Doktrini'nde de savcının fiilin takibindeki kamu yararını ortadan kaldırılması bakımından uygun gördüğü edimleri somut olayın özelliğine göre bir veya kombine olarak birden fazla şekilde şüpheliye yükleyebileceği ifade edilmektedir (Bkz. **Löwe- Rosenberg/ Beulke**, § 153a kn. 36; **Heidelberger Kommentar- Gercke**, § 153a kn. 15; **Pfeiffer**, § 153a kn. 2; **Beulke**, kn. 337c). Fakat, yukarıda da belirtildiği üzere mağduriyetin giderilmesi dışında getirilecek yükümlülüklerin Anayasa'ya aykırı olacağı kanısındayız.

⁸⁵ **Löwe- Rosenberg/ Beulke**, § 153a kn. 35.

⁸⁶ Krşl. **Löwe- Rosenberg/ Beulke**, § 153a kn. 36; **Heidelberger Kommentar- Gercke**, § 153a kn. 15.

söylenmelidir⁸⁷. Bu sebeple kamu yararının bulunup bulunmadığı bakımından somut kriterlerden hareket edilmelidir. Örneğin, şüphelinin daha önceden taksirli dahi olsa hiç cezalandırılmamış olması, isnat olunan fiili işlemeden sonra kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı bakımından yapılan değerlendirme anına dek geçen süre içinde başka herhangi bir suç işlememiş olması, failin suç işlemeye olan eğilimi, suçtan oluşan zararın, bir başka deyişle neticenin haksızlığının az olması ya da şüphelinin mağdurun veya kamunun uğradığı zararı karşılamaya hazır olduğunu beyan etmesi gibi kriterlerden hareket edilebilir⁸⁸. Bu noktada esasen cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi bakımından yararlanılan kriterlere başvurulabilir. Bu sebeple TCK m. 61 ve 62'deki kriterler esas alınmalıdır. Örneğin, TCK m. 61'deki suçun işleniş biçimi, suçun konusunun önem ve değeri, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı, failin güttüğü amaç ve saik; TCK m. 62/ 2'de aslında takdirî indirim sebebi olarak düzenlenen failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve soruşturma evresindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkiler gibi kriterler kamu davasının açılmasının ertelenmesinin şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde esas alınmalıdır.

Görüldüğü üzere kamu davasının açılmasının ertelenmesi bakımından kamu yararının bulunup bulunmadığı bakımından yapılan değerlendirme de esasen şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatinin uyandırılmış olması şartı bakımından yapılan değerlendirme ile örtüşmektedir.

⁸⁷ Löwe- Rosenberg/ Beulke, § 153a kn. 37; Pfeiffer, § 153a kn. 2; BeckOK- Beukelmann, § 153a kn. 16.

⁸⁸ Heidelberger Kommentar- Gercke, § 153a kn. 15; Karlsruher Kommentar- Schoreit, § 153a kn. 14; BeckOK- Beukelmann, § 153a kn. 18.

**ee. Suçun İşlenmesiyle Mağdurun veya Kamunun Uğradığı Zarar Aynen İade,
Suçtan Önceki Hale Getirme veya Tazmin Suretiyle Tamamen
Giderilmelidir (CMK m. 171/ 3- d)**

aaa. Zararın Türü

CMK m. 171/ 3- (d)'de “*Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi*” koşuluna yer verilmiştir. Madde metninde aynen iade, suçtan önceki hale getirme ve tazminden bahsedilmiş olması yerine yalnızca zararın giderilmesi koşuluna yer verilmesi yeterli olurdu. Madde metninde zararın giderilmesi bakımından sadece bu üç yöntem yer verilmiş de olsa örneğin mağdurun kişilik haklarının ihlal edilmiş olmasından kaynaklanan zararın failin özür dilemesiyle ya da kamuoyuna özür açıklaması yapmasıyla giderildiği hallerde de zararın giderilmesi koşulunun gerçekleştiği kabul edilmelidir. Dolayısıyla mağdurun zararının türü mutlaka maddî nitelikte olmak zorunda değildir. Mağdurun manevî nitelikteki zararının yine manevî bir edim ile giderilmesi de mümkündür⁸⁹. Ayrıca, ortaya çıkan zarar medenî hukuk hükümlerine göre belirleneceğinden mağdurun manevî zararının belirli bir meblağın ödenmesi ile karşılanması da mümkün olmalıdır⁹⁰. Fakat, zarar her ne kadar medenî hukuk hükümlerine göre belirlenecekse de ceza hukukundaki zarar kavramı medenî hukuktaki zarar kavramından daha geniş bir anlama sahiptir. Gerçekten, medenî hukukta bir haksız fiilin sonucu olarak tazminata hükmedilebilmesi mutlak bir şekilde zararın varlığına bağlı iken, ceza hukukunda kimi suç tipleri bakımından cezaya hükmedilebilmesi için suçla korunan

⁸⁹ Alman Hukuku'nda da giderilmesi gereken zararın maddî zarar niteliğinde olma zorunluluğunun bulunmadığı; pekala manevî nitelikteki zararların da tazmin edilebileceği kabul edilmektedir. Bkz. **Löwe- Rosenberg/ Beulke**, § 153a kn. 54; **Meyer- Goßner**, § 153a kn. 17; **Heidelberger Kommentar- Gercke**, § 153a kn. 19; **Pfeiffer**, § 153a kn. 4; **BeckOK- Beukelmann**, § 153a kn. 23.

⁹⁰ **Löwe- Rosenberg/ Beulke**, § 153a kn. 54; **Meyer- Goßner**, § 153a kn. 17; **Karlsruher Kommentar- Schoreit**, § 153a kn. 17; **Heidelberger Kommentar- Gercke**, § 153a kn. 19; **Pfeiffer**, § 153a kn. 4; **Joecks**, § 153a kn. 11.

hukukî değer ihlal edilme tehlikesinin (zarar tehlikesi) varlığı yeterlidir⁹¹. Yine teşebbüsün söz konusu olduğu hallerde de aynı açıklamalar geçerlidir. Bunun yanısıra, burada kamunun ya da mağdurun uğradığı zararın tamamen giderilmesi arandığından zarar tespit edilirken şüphelinin maddî imkanı göz önünde tutulmaz⁹².

bbb. Üçüncü Kişilerin Zararın Giderilmesine Etkisi

Kamunun ya da mağdurun uğradığı zarar üçüncü bir kişi tarafından da karşılanmış olabilir. Örneğin, suçun işlenmesinin ardından şüphelinin yakınları mağdurun uğradığı zararı karşılamış olabilirler. Fakat, burada zararın giderilmiş olmasından söz edebilmek için Cumhuriyet savcısının belirleyeceği zararın giderilmiş olması gerekir. Bu sebeple şüpheli dışındaki üçüncü kişilerin zararı gidermeye yönelik yaptıkları ödemeler Cumhuriyet savcısının belirlediği meblağın altında ise şüpheli kalan kısmı karşılamalıdır. Bu noktada şüphelinin zararı gidermesi zorunlu değildir; fakat, mutlaka şüphelinin iradesi de zararın giderilmesine yönelik olmalıdır. Çünkü, şüphelinin söz konusu zararı karşılama gücü her zaman bulunmayabilir. Bu sebeple zararı yakınları da tazmin edebilir. Ancak, bunun kabul edilebilmesi için, şüphelinin iradesinin zararın giderilmesi yönünde olması gerekir.

Bu konudaki diğer önemli husus, sigortalı olan mağdura sigorta şirketi tarafından yapılan ödemedir. Bu halde sigorta mağdurun suçtan doğan mağduriyetini gidermekte ve bu yolla onun korunmasını sağlamaktadır⁹³. Bu noktada şüphelinin zararın giderilmesine bir katkısı bulunmadığından sigortanın bu ödemesi konumuz anlamındaki mağduriyetin giderilmesi değildir⁹⁴. Ancak, sigorta şirketi mağdura

⁹¹ **Özbek**, Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, s. 317; **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, Ceza Muhakemesi, s. 873.

⁹² Krşl. **Löwe- Rosenberg/ Beulke**, § 153a kn. 53; **Meyer- Goßner**, § 153a kn. 15; **Karlsruher Kommentar- Schoreit**, § 153a kn. 16; **Joecks**, § 153a kn. 11; **BeckOK- Beukelmann**, § 153a kn. 25.

⁹³ **Özbek**, Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, s. 331; **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, Ceza Muhakemesi, s. 882.

⁹⁴ **Özbek**, Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, s. 331; **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, Ceza Muhakemesi, s. 882.

ödediği meblağ için şüpheliye rücu edeceği için esasen bu halde de şüphelinin mağduriyetin giderilmesine katkısı olacağı söylenmelidir. Bunun yanısıra eğer sigorta mağdura Cumhuriyet savcısının tespit ettiği zarar tutarını ödemiş ise aynı tutarın tekrar şüpheli tarafından mağdura ödenmesi mümkün değildir; çünkü, burada söz konusu olan mağduriyetin giderilmesi olup mağdurun zenginleştirilmesi değildir⁹⁵. Ancak, sigortanın mağdura ödeyeceği tutar Cumhuriyet savcısının tespit edeceği zarar tutarından daha düşük ise şüpheli aradaki bu farkı da gidermek zorundadır⁹⁶.

ccc. Zararın Tespit Edilmesi

Suçtan doğan zararın tespiti Cumhuriyet savcısına aittir. Bu zararın tespit edilmesi aşamasında Cumhuriyet savcısı bilirkişi atayabileceği gibi zararı kendisi de tespit edebilir. Gerçekten, bilirkişinin atanması konusunu düzenleyen CMK m. 63/3'te "*Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı da bu maddede gösterilen yetkileri kullanabilir*" hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla Cumhuriyet savcısı kamunun ya da mağdurun suçun işlenmesinden doğan zararının tespitinde bilirkişiye başvurabilir. Fakat, birden fazla bilirkişiye başvurulmuş ve zarar miktarı bu bilirkişi raporlarında birbirinden farklı ise bu durumda Cumhuriyet savcısı şüphelinin lehine olan raporu esas almalıdır.

Ayrıca, suçun işlenmesinde mağdurun da kusuru bulunuyor ise mağdurun zararı tespit edilirken mağdurun bu kusuru da göz önüne alınacak ve belirlenen zarar meblağında indirim yapılacaktır⁹⁷.

⁹⁵ Löwe- Rosenberg/ Beulke, § 153a kn. 52; Meyer- Goßner, § 153a kn. 16; **Karlsruher Kommentar- Schoreit**, § 153a kn. 16; **Heidelberger Kommentar- Gercke**, § 153a kn. 19; **Pfeiffer**, § 153a kn. 4.

⁹⁶ **Özbek**, Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, s. 331; **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, Ceza Muhakemesi, s. 882.

⁹⁷ **Özbek**, Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, s. 322; **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, Ceza Muhakemesi, s. 876.

5. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesinin Uzlaşma Hükümleri İle İlişkisi

Kanunkoyucu, CMK m. 171/ 2’de kamu davasının açılmasının ertelenmesinin koşullarını saymaya geçmeden önce “253’üncü maddenin ondokuzuncu fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere” ifadesine yer vermiştir. CMK m. 253/ 19’da uzlaşma sonucunda şüphelinin edimini def’aten yerine getirmesi halinde hakkında kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verileceği; edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arzetmesi halinde ise 171’inci maddedeki şartlar aranmaksızın şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verileceği düzenlenmektedir. Dolayısıyla kanunkoyucu uzlaşmanın söz konusu olduğu hallerde eğer edimin yerine getirilmesi ileri tarihe bırakılmış, takside bağlanmış ya da süreklilik arz ediyor ise bu durumda CMK m. 171/ 2’deki kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının verileceğini düzenlemekle birlikte bunun Cumhuriyet savcısının takdir yetkisi ile ilişkisinin bulunmadığını belirtmek amacıyla CMK m. 171’deki koşulların aranmayacağını dile getirmiş. CMK m. 253/ 19’daki kamu davasının açılmasının ertelenmesi, uzlaşma sonucu kararlaştırılan edim tamamen yerine getirilene kadar beklenmesi gerektiği için getirilen bir düzenlemedir ve Cumhuriyet savcısının takdir yetkisi ile bir ilgisi bulunmamaktadır.

CMK m. 171/ 3’te ise “*Kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebilmesi için, uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı kalmak üzere...*” ifadesine yer verildikten sonra kamu davasının açılmasının ertelenmesinin sübjektif şartları sayılmıştır. CMK m. 171/ 2’de kamu davasının açılmasının ertelenmesi takibi şikayete bağlı suçlarla sınırlandırıldığından kamu davasının açılmasının ertelenebileceği suç tiplerinin tamamı bakımından uzlaşma mümkündür. Bu bakımdan CMK m. 171/ 3’teki bu ifade kamu davasının açılmasının ertelenip ertelenemeyeceği araştırılmadan önce ilk olarak uzlaşma yolunun denenmesi gerektiği anlamını taşır⁹⁸. Çünkü, uzlaşma, uzlaşmanın mümkün olduğu suçlar

⁹⁸ **Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu**, s. 1250; **Ünver/ Hakeri**, s. 506; **Yenidünya**, kn. 43; **Uğur**, s. 280; **Töngür** Ali Rıza, *Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme*, İstanbul 2009, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), (<http://tez2.yok.gov.tr>, erişim tarihi: 11.11.2010), s. 201; ayrıca krşl. **Özbek/**

bakımından bir dava şartıdır. Bu suçlar bakımından uzlaşma sağlanamaz ise Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini kullanarak kamu davasının açılmasının ertelenip ertelenmeyeceğine karar vermesine sıra gelir⁹⁹.

6. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi- Önödeme İlişkisi

Burada önödemenin mümkün olduğu suçlar bakımından önödemenin yararlanmayan failin kamu davasının açılmasının ertelenmesinden yararlanıp yararlanamayacağı tartışılmalıdır. Bir an için önödemenin uygulanabileceği suçlar bakımından da kamu davasının açılmasının ertelenmesinin mümkün olduğu; kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmesinden önce önödemenin mümkün olduğu suçlar bakımından önödemenin şüpheli tarafından yerine getirilip getirilmeyeceğinin araştırılması gerektiği ve eğer şüpheli önödeme imkanından yararlanmıyor ise bu durumda şartlarının gerçekleşmesi kaydıyla kamu davasının açılmasının ertelenmesinin önünde bir engel bulunmadığı düşünülebilir.

Doğan, s. 239; **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, Ceza Muhakemesi, s. 488. Centel/ Zafer ise kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmesinin uzlaşmayı etkilemeyeceğini ve aynı soruşturmada hem uzlaşma hem de iddianamenin düzenlenmesinin (kamu davasının açılmasının) ertelenmesinin mümkün olduğunu belirtmektedirler (Bkz. **Centel/ Zafer**, s. 460). Fakat, bu ifadeden kamu davasının açılmasının ertelenmesinin ardından uzlaşma yolunun uygulanabileceği gibi bir sonuç çıkmaktadır. Uzlaşma sonucunda edimin bir defada yerine getirilmemesinin kararlaştırıldığı hallerde edimin tamamlanmasına dek geçen süre için kamu davasının açılmasının ertelenmesi (CMK m. 253/ 19) ile kamu davasının açılmasının CMK m. 171/ 2- 5 uyarınca ertelenmesi birbirinden farklı hususlardır. Dolayısıyla CMK m. 171/ 2- 5 uygulanarak Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini kullanması suretiyle kamu davasının açılmasının ertelenmesinin ardından uzlaşma söz konusu olmamalıdır. Çünkü, uzlaşma bir dava şartı olduğundan kamu davasının açılmasının ertelenmesinden önce uzlaşmanın mümkün olup olmadığı araştırılmalıdır. Kanunkoyucu CMK m. 171/ 3'teki "*uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı kalmak üzere*" ifadesi ile bu hususu vurgulamak istemiştir. Nitekim CMK m. 171'e kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunu getiren 5560 sayılı Kanun'un gerekçesinde de "*...uzlaşma kapsamına giren suçlar söz konusu olduğunda, öncelikle uzlaşma usulü denenmek zorundadır. Nitekim bu hususu vurgulamak üzere, üçüncü fıkrada, uzlaşmaya ilişkin hükümlerin saklı olduğu belirtilmektedir*" (Bkz. 5560 sayılı Kanun'un gerekçesi).

⁹⁹ **Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu**, s. 1250.

Fakat, bu hususta ilk olarak önödeme ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumlarının getiriliş amaçları ve hukukî niteliklerinden hareket edilmelidir. Hem önödeme hem de kamu davasının açılmasının ertelenmesi, kovuşturma mecburiyetinin istisnaları arasında yer alır. Kamu davasının açılmasının ertelenmesinin uygulanması Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınmasının bir sonucu iken önödeme Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınması ile ilgili olmamasına karşın ceza yargılaması dışına çıkarma (=diversion) niteliğinde olmasından ötürü alternatif bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Dolayısıyla bu iki kurumun amacının da esasen aynı doğrultuda olduğu ve bunun fail cezalandırılmadan muhakemenin sonlandırılması olduğu söylenmelidir.

Önödemenin mümkün olduğu suçlar bakımından, Cumhuriyet savcılığı aracılığıyla yapılan tebliğ üzerine failin, TCK m. 75/ 1’de belirtilen tutarları soruşturma giderleri ile birlikte on gün içinde ödemesi halinde hakkında kamu davası açılmayacaktır. Dolayısıyla Cumhuriyet savcılığı aracılığıyla faile ceza almasını engelleyecek bir yol sunulmaktadır. Bu imkandan yararlanmayan fail hakkında Cumhuriyet savcısının daha sonra kamu davasının açılmasının ertelenmesi bakımından takdir yetkisini kullanması zor gözükmektedir. Çünkü, ceza almaması için samimi olarak kendisine sunulan önödeme imkanına itibar etmeyen fail göz önüne alındığında, kamu davasının açılmasının ertelenmesinin kamu davasının açılmasına oranla fail ve toplum açısından daha yararlı olduğunun söylenebilmesi pek mümkün değildir. Çünkü, fail hukuk düzeninin gösterdiği çaba karşısında herhangi bir çaba sarf etmemektedir. Bu nedenle önödemenin mümkün olduğu suçlar bakımından bu imkandan yararlanmayan fail hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesinin mümkün olmadığı kanısındayız. Kaldi ki, bu iki kurum da aynı amaca hizmet ettiğinden iki kere faile bu imkanın tanınması yerinde olmayacaktır. Bu sebeple birbiriyle aynı doğrultuda kabul edilen iki kurumun uygulama alanlarının ayrı olduğu kanunkoyucu tarafından açıkça belirtilmelidir.

Nitekim, CMK m. 171/ 3’te kamu davasının açılmasının ertelenmesinin koşullarına geçilmeden önce “*Kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebilmesi için, uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı kalmak üzere...*” ifadesine yer

verilirken burada önödemeye ilişkin hükümlerin de saklı kalacağı belirtilmemiştir. Dolayısıyla kanunkoyucu esasen önödemenin mümkün olduğu suçlar bakımından kamu davasının açılmasının ertelenmesinin mümkün olmadığı görüşündedir. Bunu güçlendiren bir diğer husus da, önödemenin mümkün olduğu suçların yalnız adli para cezasını gerektiren veya üst sınırı üç ayı aşmayan hapis cezasını gerektiren suçlar olmasıdır. Gerçekten, kamu davasının açılmasının ertelenmesinin mümkün olduğu suçlar üst sınırı bir yıl ve daha az olan suçlar olarak belirtilmiş olup madde metninde yalnız adli para cezasını gerektiren suçlara yer verilmemiştir. Bunun sebebi ise yalnız adli para cezasını gerektiren suçlar açısından önödemenin uygulanacak olmasıdır. Bu da göstermektedir ki, kanunkoyucu önödemenin mümkün olduğu suçlar söz konusu olduğunda önödemenin gerçekleşmemesi halinde kamu davası açılmasının ertelenmesinin uygulanmasını istememektedir¹⁰⁰.

Bu sebeplerden ötürü CMK 1999 ve 2001 Tasarıları'nın 164'üncü maddesinde sadece üst sınırı üç aydan fazla ve iki yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlar ile sınırlı olarak kamu davasının açılmasının ertelenmesi imkanı getiriliyor olması bu yönden daha yerinde bir düzenlemeydi. Tasarılardaki bu düzenleme,

¹⁰⁰ Krşl. **Yılmaz** Davut, "Kamu Davası Açılmasının Ertelenmesi", İstanbul 2009, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), (<http://tez2.yok.gov.tr>, erişim tarihi: 11.11.2010), s. 66. Bu noktada kanunkoyucunun ilginç bir düzenlemeye Çek Kanunu'nda yer verdiği söylenmelidir. 5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/ 11'e göre, "*Birinci fıkrada tanımlanan suç nedeniyle kamu davasının açılmasının ertelenmesine, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına, ön ödemeye ve 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 297 nci maddesinin üçüncü fıkrasındaki tebliğnamenin tebliğine ilişkin hükümler uygulanmaz*". Çek Kanunu m. 5/ 1'de çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçunun yaptırımını olarak sadece adli para cezası öngörülmüştür. Bu düzenleme, yalnızca adli para cezasını gerektiren suçlar bakımından kamu davasının açılmasının ertelenmesi mümkün olmasa kanunkoyucunun 5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/ 11'de yalnızca adli para cezasını gerektiren bir suç bakımından kamu davasının açılmasının ertelenmesinin uygulanamayacağını belirtmek ihtiyacı hissetmeyeceği şeklinde yorumlanabilir. Dolayısıyla Çek Kanunu m. 5/ 11 aslında adli para cezasını gerektiren suçlar bakımından da kamu davasının açılmasının ertelenebileceğini; fakat, Çek Kanunu m. 5/ 1'de yer verilen suç ile ilgili olarak bir istisna yaratıldığını ve bu suç bakımından kamu davasının açılmasının ertelenemeyeceğini gösterdiği söylenebilir. Çek Kanunu m. 5'te yer alan bu düzenlemeden m. 5/ 1'de yer alan suç bakımından "*kamu davasının açılmasının ertelenmesine*" ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı ifadesi derhal çıkarılmalıdır. Çünkü, önödemenin mümkün olduğu suçlar bakımından önödeme gerçekleşmez ise ayrıca kamu davasının açılmasının ertelenmesi mümkün olmamalıdır.

önödeme dışında kalan suçlar bakımından kamu davasının açılmasının ertelenmesinin mümkün olduğunu madde metninde açıkça belirtmiş olmaktadır.

7. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kararını Verecek Makam

CMK m. 170/ 1 gereği kamu davasını açma görevi (iddianame düzenleme) Cumhuriyet savcısı tarafından yerine getirileceğinden, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararını da bu hususta takdir yetkisini kullanma hakkı olan Cumhuriyet savcısı verecektir. CMK m. 171/ 2’de “*karar verebilir*” ifadesine yer verilmesi Cumhuriyet savcısının bu konuda takdir yetkisinin bulunduğunu göstermektedir¹⁰¹. Bir başka deyişle koşulları gerçekleşse dahi Cumhuriyet savcısı kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı vermek zorunda değildir¹⁰².

8. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenme Süresi

CMK m. 171/ 2’de kamu davasının açılmasının beş yıl süre ile ertelenebileceği belirtilmiştir¹⁰³. Dolayısıyla Cumhuriyet savcısı bu süreden daha az

¹⁰¹ Kaldı ki, kamu davasının açılmasının ertelenmesinin koşulları arasında yer verilen CMK m. 171/ 3-(c)’deki “*Kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması*” da Cumhuriyet savcısına kamu yararının tespiti açısından takdir yetkisi tanımaktadır. Bu sebeple, CMK m. 171/ 2’de “*karar verebilir*” ifadesi yerine “*karar verir*” ifadesi kullanılmış olsaydı dahi bu hususta Cumhuriyet savcısının takdir yetkisinin bulunduğu kabul edilecekti.

¹⁰² **Özbek/ Doğan**, s. 239- 240; **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, Ceza Muhakemesi, s. 488.

¹⁰³ Türk Hukuku’ndaki kamu davasının açılmasının ertelenmesine benzer bir düzenlemeye yer veren Alman CMK § 153a’da ise şüpheli hakkında belirleyeceği yükümlülük ve emirlerin şüpheli tarafından yerine getirilmesi için savcı, yükümlülük ve emirlerin türüne göre altı aya kadar ya da bir yıla kadar bir süre belirleyebilmektedir. Şüphelinin savcı tarafından belirlenen bu yükümlülük ve emirleri belirlenen süreler içerisinde yerine getirmesi halinde işlediği bu fiil hakkında bir daha ceza takibatı yapılamamaktadır. Görüldüğü üzere Alman CMK § 153a’da belirli bir gözetim süresi düzenlenmemiş; sadece şüphelinin edimini yerine getirmesi, kovuşturmayaya yer olmadığı kararı (Alman Hukuku’nda düşme kararı=Einstellung des Verfahrens) verilmesi için yeterli görülmüştür. Kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmesi için Türk Hukuku’nda beş yıllık bir gözetim süresi getirilmesinin, şüphelinin kendisine tanınan bu imkanı gerçekten hak ettiğinin ve kovuşturma

ya da daha fazla bir süre ile kamu davası açılmasının ertelenmesine karar veremez. Bunun yanısıra 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m. 19'da çocuklar açısından kamu davasının açılmasının ertelenme süresi üç yıl olarak düzenlenmiştir.

9. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kararının Denetimi

CMK m. 171/ 2'nin son cümlesinde kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararına karşı suçtan zarar görenin CMK m. 173'e göre itiraz edebileceği belirtilmiştir. CMK m. 173'te Cumhuriyet savcısının kovuşturmayaya yer olmadığı kararına karşı itirazı düzenler. CMK m. 173/ 5'te ise "*Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmaması hususunda takdir yetkisini kullandığı hallerde bu madde hükmü uygulanmaz*" kuralı yer alır. Kanunkoyucu bunun istisnasını kamu davasının açılmasının ertelenmesi bakımından düzenlemiştir.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararına karşı, bu kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesine itiraz edilebilmesinin yanısıra Cumhuriyet savcısının görev yaptığı mahkeme nezdindeki Cumhuriyet başsavcısına da idarî denetim kapsamında itiraz edilebilmesi mümkün olmamalıdır. Çünkü, yukarıda¹⁰⁴ yapılan açıklamalar göz önünde tutulur ise Cumhuriyet başsavcısının Cumhuriyet savcısına adlî konudaki faaliyeti bakımından emir verme yetkisinin kural olarak bulunmadığı görülecektir. Dolayısıyla adlî faaliyetini yerine getirmede özerk olan Cumhuriyet savcısının özellikle takdir yetkisini kullandığı konularda başka bir makamdan emir alması mümkün değildir. Bu sebepten ötürü Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verdiği hallerde onun bu kararına karşı yalnızca CMK m. 173 hükümlerine göre itiraz edilebilmesinin mümkün olduğu söylenmelidir.

mecburiyetinden amaca uygunluktan hareketle sapılmasının yerinde olduğunun belirlenmesi bakımından daha yararlı olduğu söylenmelidir.

¹⁰⁴ Bkz. Birinci Bölüm II B 2 b başlığı altında yapılan açıklamalar.

10. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesinin Sonucu

CMK m. 171/ 4'e göre, "Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde, kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilir. Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmesi halinde kamu davası açılır. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez".

Madde metninde kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmesi için şüphelinin beş yıl içinde kasıtlı bir suç işlememesi koşulu zorunlu kılınmıştır. Fakat, şüphelinin beş yıl içinde kasıtlı bir suç işlediği, kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmesinin ardından ortaya çıkar ya da kesinleşir ise ne yapılacağı tartışmalıdır. Bu konuda şu şekilde hareket edilmelidir: Beş yıllık erteleme süresinin sonunda, geçen beş yıllık erteleme süresi içinde kasten işlenmiş olan bir suça ilişkin herhangi bir kesinleşmiş hükmün varlığına bakılır. Eğer yoksa kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilir. Beş yılın ardından (diğer bir deyişle kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmesinin ardından) bu geçen beş yıllık gözetim süresi içinde şüphelinin kasten bir suç işlediğine yönelik bir mahkeme hükmü kesinleşir ise CMK m. 172/ 2'deki kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra yeni delil meydana çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmaz hükmü işletilmelidir. Dolayısıyla beş yıllık gözetim süresinin sonunda kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmesinin ardından şüphelinin bu beş yıllık gözetim süresi içerisinde kasten bir suç işlediğine yönelik mahkeme hükmünün kesinleşmesi CMK m. 172/ 2 anlamında yeni delil olarak nitelenebilir. Bu durumda, aslında kamu davasının açılmasının gerektiği bir fiil hakkında kovuşturmayaya karar verilmiş olmaktadır. **Cünkü, kanunkoyucu beş yıllık gözetim süresi içinde failin suç işlememe yönündeki iradesini esas almaktadır.** Bu nedenle daha önce hakkında kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilen fiil hakkında kamu davası açılır¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Kasıtlı olarak işlenen suçtan mahkûmiyetin kamu davası açılmasının ertelenmesi süresi tamamlandıktan sonra kesinleşmesi halinde, kamu davasının açılmasının ertelendiği fiil bakımından kamu davası açılmayacağı görüşü için bkz. **Gedik**, s. 738; **Yılmaz**, Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi, s. 64. Fakat, beş yıl içinde yargılama yapıp hükmün kesinleşmesi her zaman mümkün olmayabilmektedir. Akladı ki, bu gözetim süresinin ortalarında kasıtlı bir suç

Bunun yanısıra madde metninde beş yıllık sürede kasıtlı bir suç işlenmesi halinde kamu davasının açılacağı belirtildiğinden bu beş yıllık sürede şüphelinin taksirli bir suç işlemesi halinde bunun, beş yılın sonunda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesine bir etkisi olmayacaktır¹⁰⁶. Ayrıca erteleme süresince zamanaşımının işlemeyeceği tekrar hatırlatılmalıdır.

11. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kararının Kaydedilmesi

CMK m. 171/ 5'e göre, "*Kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin kararlar, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir*". Bu sebeple kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin kararlar şüphelinin adli sicil kaydında görülmeyecektir. Böylelikle kamu davasının açılmasının ertelenmesinin amaçlarından biri olan faili toplumdaki soyutlamayarak onu toplumsal yaşamın içinde tutmak mümkün olacaktır.

12. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kararı Verilen Hallerde

Cumhuriyet Savcısının Ayrıca Müsadere Talebinde Bulunabilmesi Hususu

Yukarıda CMK m. 171/ 1 ile ilgili olarak müsadere bakımından yapılan açıklamalar esasen kamu davasının açılmasının ertelenmesi bakımından da geçerlidir. Burada sadece CMK m. 256/ 1'e değinilecektir. CMK m. 256/ 1'e göre,

işleyen failin bu fiiline ilişkin hükmün yaklaşık iki sene içinde kesinleşmesini beklemek ülkemizin mevcut koşullarında pek mümkün gözükmemektedir. Bu sebeple bu konuda kanunkoyucunun failin bu beş yıllık gözetim süresi içindeki yeniden suç işlememe iradesini esas alıyor olmasından hareket edilmelidir. Buna bağlı olarak, failin beş yıllık sürede yeni bir kasıtlı suç işlemesine karşın buna ilişkin hükmün beş yılın ardından kesinleşmesi, hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi hükümleri vasıtasıyla kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilen fiile ilişkin kovuşturmaya yer olmadığı kararının kaldırılarak kamu davasının açılmasını gerektirir.

¹⁰⁶ **Özbek/ Doğan**, s. 240; **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, Ceza Muhakemesi, s. 489; **Centel/ Zafer**, s. 461; **Gedik Doğan**, "Ceza Muhakemesi Kanunu 171. Madde Bağlamında Cumhuriyet Savcısının Kamu Davası Açmada Takdir Yetkisi", İBD, C. 82, S. 2, Y. 2008, s. 738; **Töngür**, s. 206.

“Müsadere kararı verilmesi gereken hallerde, kamu davası açılmamış veya kamu davası açılmış olup da esasla beraber bir karar verilmemişse; karar verilmesi için, Cumhuriyet savcısı veya katılan, davayı görmeye yetkili mahkemeye başvurabilir”. Dolayısıyla Cumhuriyet savcısı kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verdiği hallerde de müsadere talebinde bulunabilir. Bu konuda yukarıda CMK m. 171/ 1 ile ilgili olarak müsadere bakımından yaptığımız açıklamalara bakılmalıdır¹⁰⁷.

13. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesine İlişkin İstatistikî Verilerin Değerlendirilmesi

Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanan istatistiklerde kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilen dosya sayısı incelendiğinde bu sayının olması gerekenden çok geride olduğu görülmektedir. Gerçekten Adalet Bakanlığı tarafından 2006 yılına ilişkin yayımlanan istatistiklere bakıldığında ülke çapında tamamlanıp karar verilen soruşturma sayısı 1.410.772 iken bunlardan sadece 9026 tanesi bakımından kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilmiştir¹⁰⁸. 9026 kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararından 8340 tanesi o dönem yürürlükte bulunan Çocuk Koruma Kanunu m. 19’a dayanılarak verilmiş olup CMK m. 171/ 2- 5’e dayanılarak verilen kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının sayısı yalnızca 686 olmuştur¹⁰⁹.

2007 yılına ait istatistikler incelendiğinde ise tamamlanıp karar verilen soruşturma sayısının 1.716.826 olduğu ve bunlardan sadece 422 tanesi hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verildiği görülmektedir¹¹⁰. 2008 yılında tamamlanıp karar verilen soruşturma sayısı 2.839.943 iken bunlardan sadece 422 tanesi hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilmiştir¹¹¹.

¹⁰⁷ Bkz. Üçüncü Bölüm I B 3 e başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹⁰⁸ www.adli-sicil.gov.tr (erişim tarihi: 02.06.2011).

¹⁰⁹ CMK uyarınca verilen kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının Çocuk Koruma Kanunu’na oranla çok daha az olmasının bir sebebinin CMK m. 171’e kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunu ekleyen 5560 sayılı Kanun’un 06.12.2006 tarihinde yürürlüğe girmesi olduğu da söylenmelidir (Yılmaz, Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi, s. 72).

¹¹⁰ www.adli-sicil.gov.tr (erişim tarihi: 02.06.2011).

¹¹¹ www.adli-sicil.gov.tr (erişim tarihi: 02.06.2011).

2009 yılından itibaren ise Adalet Bakanlığı yayımladığı istatistiklerde kovuşturamama kararı verilen soruşturma sayısı ile hakkında kamu davası açılan soruşturma sayısı dışında kalan yetkisizlik, görevsizlik, birleştirme ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi sayılarını tek tek değil bir bütün halinde yayımladığından 2009 yılından itibaren yıl içinde kaç tane kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verildiği bilinmemektedir.

Adalet Bakanlığı'nın mevcut istatistikleri karşısında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun pratikte hiçbir işlevi bulunmadığı söylenebilir. Bunun en önemli sebebi kamu davası açılmasının ertelenmesinin mümkün olduğu suçların şikayete bağlı suçlardan olup aynı zamanda üst sınırı bir yıl ya da daha az hapis cezasını gerektiren suçlardan olması zorunluluğudur. Dolayısıyla bu tür çifte sınırlama kamu davasının açılmasının ertelenmesinin uygulanabilirliğini önemli ölçüde kısıtlamaktadır¹¹². Bunun yanısıra Cumhuriyet savcıları, CMK m. 231'de hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun düzenlenmesinden ötürü esasen kamu davasının açılmasının ertelenebileceği fiiller bakımından yargılama sonucunda mahkeme tarafından hükmün açıklanmasının geri bırakılması olası olduğu için bu konuda takdir yetkisini mahkemelere bırakabilmektedirler¹¹³. Kanunkoyucu kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumuna yer vermekle önemli bir adım atmıştır. Böylelikle kanunkoyucu son yüzyıl içinde özellikle Kıta Avrupası Hukuku'nda ortaya çıkan gelişmelere kayıtsız kalmadığını göstermiştir. Fakat, bunu yaparken belki de bu kurumun uygulamasının sonuçlarını gözlemleyebilmek amacıyla kamu davasının açılmasının ertelenmesinin koşullarını çok sıkı bir şekilde belirlemiştir. Mevcut kanunî düzenleme karşısında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun gözle görülür etki göstermesi beklenmemelidir. Bu sebeple aşağıda bu konu hakkındaki önerilerde de değinileceği üzere kamu davasının açılmasının ertelenmesi salt şikayete tabi suçlar ile ve üst sınırı bir yıl ya da daha az hapis cezasını gerektiren suçlar ile uygulanabilir olmaktan çıkarılmalı; uygulama alanı genişletilmelidir. Ayrıca Cumhuriyet savcılarının nasıl olsa yargılama sonunda mevcut soruşturmanın konusunu oluşturan fiil bakımından hükmün açıklanmasının

¹¹² **Yılmaz**, Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi, s. 74.

¹¹³ Krşl. **Yılmaz**, Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi, s. 74.

geri bırakılması kararı verileceğinden takdir yetkisini kullanmayıp kamu davası açmaları anlaşılabilir bir tutumdur. Çünkü, kamu davasının açılmasının ertelenmesinin getiriliş amaçlarından biri de mahkemelerin önüne gelen dosyaların sayısını azaltmaktır. Cumhuriyet savcılarının böyle bir tutum sergilemeleri ise takdir yetkileri dahilinde bırakılmış bir kurumu yeterince kavrayamadıklarını göstermektedir. Fakat, bu tespitin kamu davasının açılmasının ertelenmesinin mümkün olduğu her fiil bakımından değil, sadece koşulları oluşan ve Cumhuriyet savcısının aslında takdir yetkisini kullanabileceği ve kararsız kalmadığı fiiller bakımından geçerli olduğu söylenmelidir. Son olarak kanunlarda yapılan değişiklikler kadar onları uygulayacak kişilerin bakış açıları da önemli olduğundan Cumhuriyet savcılarının bu konu hakkındaki tutumlarının kanunu mümkün olduğunca en iyi şekilde uygulamaya yönelik olması gerektiği ve yeni olan bu kurumun yaşama geçirilmesi bakımından Cumhuriyet savcılarının mesafeli hareket etmeyip inisiyatif üstlenmeleri gerektiği ifade edilmelidir.

II. CUMHURİYET SAVCISINA TAKDİR YETKİSİ TANINMASI YÖNÜNDEKİ ÖNERİLERİMİZ

A. Ceza Muhakemesi Kanunu m. 171/ 1 Bakımından

1. Cumhuriyet Savcısının Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararına Karşı İtiraz İmkanı Getirilmelidir

Kovuşturmaya yer olmadığı kararına itirazı düzenleyen CMK m. 173'ün beşinci fıkrasına göre “*Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmaması hususunda takdir yetkisini kullandığı hallerde bu madde hükmü uygulanmaz*”. Yukarıda da birçok kez belirtildiği üzere CMK m. 171/ 1'in mevcut hali bakımından en önemli eksiklik Cumhuriyet savcısının bu düzenleme ile kendisine tanınan takdir yetkisine dayanarak verdiği kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı herhangi bir itiraz hakkı

öngörülmemiş olmasıdır¹¹⁴. Nitekim doktrinde de bu karara karşı itiraz imkanı getirilmesi bakımından görüş birliği bulunmaktadır¹¹⁵.

CMK m. 171/ 1'in mevcut hali karşısında Cumhuriyet savcısına denetlenemeyen bir takdir yetkisi tanınmış olmasına yol açan ve bu yönüyle hukuk devleti ilkesini açıkça zedeleyen CMK m. 173/ 5 hükmü doktrinin de savunduğu üzere derhal kaldırılmalıdır. Böylelikle Cumhuriyet savcısının CMK m. 171/ 1'e dayanarak verdiği kovuşturmayaya yer olmadığı kararının denetlenerek olayda gerçekten cezayı kaldıran şahsî sebep olan etkin pişmanlığın veya şahsî cezasızlık sebebinin bulunup bulunmadığının kontrol edilebilmesinin önü açılmalıdır.

2. İddianamenin Kabulü İle Duruşma Evresi Arasında Mahkemeye de Düşme Kararı Verme Yetkisi Tanınmalıdır

CMK m. 171/ 1'in uygulanabileceği; fakat, Cumhuriyet savcısının bunu uygulamayarak kamu davası açmış olduğu haller bakımından CMK m. 171/ 1'e ikinci cümle eklenerek, iddianamenin kabulü ile duruşmanın başlaması arasında mahkemenin de düşme kararı verebilmesi imkanı getirilmelidir. Dolayısıyla bu konuda ayrıca sınırlı olarak mahkemeye de bir takdir yetkisi tanınmalıdır. Fakat, mahkemenin bu yetkiyi kullanabilmesi için Cumhuriyet savcısının ve sanığın onayını

¹¹⁴ Esasen CMK m. 171/ 1'de bu karara karşı itiraz yolunun kapatılmış olmasının sebebi kanımızca mehzaz kanun olduğu söylenebilecek Alman CMK § 153b'de benzer düzenlemeye yer veren hüküm bakımından Alman kanunkoyucusunun bu karara karşı itiraz yolunu kapatmış olmasıdır. Fakat, eğer Alman CMK § 153b'den esinlenilerek CMK m. 173/ 5'e yer verilmiş ise bir nokta gözden kaçırılmıştır. Çünkü, Cumhuriyet savcısının Alman CMK § 153b'yi uygulanabilmesi, işlenen fiil bakımından dava açılacak mahkemenin onayı ile mümkündür. Dolayısıyla Alman Hukuku'nda bu hükme dayanarak kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verildiği hallerde zaten işlenen fiil bakımından yetkili ve görevli mahkemenin onayı bulunduğu için Alman kanunkoyucusu bu karara karşı ayrıca itiraz yolu öngörmeyi gerekli bulmamıştır. Fakat, Türk Hukuku'nda Cumhuriyet savcısının bu yetkisini kullanması mahkemenin onayına tabi olmadığından kanunkoyucunun Alman CMK § 153b'den esinlenerek CMK m. 173/ 5'te bu karara karşı itiraz imkanını kaldırılması yerinde olmamıştır.

¹¹⁵ Bkz. **Ünver/ Hakeri**, s. 504; **Özbek/ Doğan**, s. 238; **Uğur**, s. 274; ayrıca krşl. **Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu**, s. 1249; **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, Ceza Muhakemesi, s. 492. Aksi görüş için bkz. **Öztürk/ Erdem**, Ceza Muhakemesi, s. 716.

alması gerekir; zira, iddianamenin kabulüyle birlikte kovuşturma evresi başlamış olur ve mahkeme de iddianamenin kabulü kararı ile sanığın mahkûm olması için yeterli delilin bulunduğunu kabul etmiş olmaktadır. Dolayısıyla artık sanığın aklanmayı talep etme hakkı bulunmaktadır.

Bu düzenlemeye yer verilmesi halinde, Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini kullanmadığı hallerde mahkemenin devreye girmesi ve bu yolla CMK m. 171/ 1'in amaçlarından olan muhakemenin zaman alan hazırlık (Duruşma hazırlığı evresi) ve uygulama (Duruşma evresi) evrelerinin ortadan kaldırılmasının¹¹⁶, adliyenin işyükünün azaltılmasının ve muhakemenin ekonomik bir şekilde gerçekleştirilmesinin¹¹⁷ sağlanması mümkün olacaktır. Bu yönüyle CMK m. 171/ 1'e ikinci cümle olarak eklenecek bu düzenleme CMK m. 171/ 1'in uygulanabilirliğini artırarak daha işlevsel hale sokacaktır. Alman CMK § 153b/ 2'de bu düzenlemeye yer verildiği de söylenmelidir.

CMK m. 171/ 1'e ikinci cümle olarak eklenmesini savunduğumuz düzenleme şu şekilde olmalıdır: *“Cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde kamu davası açılmış ise mahkeme duruşma başlayana kadar Cumhuriyet savcısının ve sanığın onayını almak koşuluyla düşme kararı verebilir”*.

B. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Bakımından

1. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Sadece Takibi Şikayete Bağlı

Suçlarla Sınırlı Olarak Uygulanmaktan Çıkarılmalıdır

CMK m. 171/ 2'de kamu davasının açılmasının ertelenmesinin sadece takibi şikayete bağlı suçlar bakımından mümkün olduğu belirtilmiştir. Kamu davasının

¹¹⁶ Löwe- Rosenberg/ Beulke, § 153b kn. 1; **Karlsruher Kommentar- Schoreit**, § 153b kn. 1; **Heidelberger Kommentar- Gercke**, § 153b kn. 1; **Ranft**, kn. 1171.

¹¹⁷ Löwe- Rosenberg/ Beulke, § 153b kn. 2; **Schäfer**, § 18 II 3 b; **Rüping**, s. 97.

açılmasının ertelenmesinin takibi şikayete bağlı suçlar ile sınırlandırılmasının esasen bir işlevi bulunmadığı kanısındayız. Çünkü, kamu davasının açılmasının ertelenmesi bakımından esas alınan kıstas söz konusu suçların hafif ya da orta ağırlıktaki suçlardan olmasıdır. Bunun belirlenmesinde ise suçun takibinin şikayete bağlı olup olmadığı değil suç için öngörülen yaptırım göz önünde tutulur. Bu nedenle şikayete bağlı suçlar ile sınırlandırma yapmak yerine isnat edilen suçun üst sınırı bir yılı aşmamakla birlikte (önerimiz yasalaşır ise iki yılı aşmamakla birlikte) suç re'sen takip edilecek bir suç ise bu konuda karar verecek olan kamu davasının açılması bakımından takdir yetkisi bulunan Cumhuriyet savcısı olmalıdır. Dolayısıyla madde metninde takibi şikayete bağlı suçlar ile sınırlandırma yapmak yerine bu konuda değerlendirme yapmak her somut olayın özelliğine göre Cumhuriyet savcısına bırakılmalıdır. Dolayısıyla CMK m. 171/ 2'deki üst sınırı aşmayan; fakat, re'sen takip edilmesi gereken suçlar bakımından da kamu davasının açılması mümkün olmalıdır. Bu yönde yapılacak bir değişiklik kamu davasının açılmasının ertelenmesini daha işlevsel kılacaktır.

2. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesinin Koşulları Arasında Hapis

Cezası İle Birlikte veya Seçimlik Olarak Adli Para Cezası Öngörülen Hallere de Açıkça Yer Verilmelidir

CMK m. 171/ 2'de yalnızca üst sınırı bir yıl ya da daha az hapis cezasını gerektiren suçlardan söz edilmiş; yaptırım kısmında hapis cezası ile birlikte veya seçimlik olarak adli para cezası öngörülen suçlar bakımından madde metninde herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir. Bu durum birlikte ya da seçimlik olarak adli para cezasını gerektiren suçlar söz konusu olduğunda kamu davasının açılmasının ertelenmesinin mümkün olup olmadığı konusunda farklı görüşlere yol açmaktadır¹¹⁸. Yukarıda da belirtildiği üzere her ne kadar mevcut durumda madde metninde adli para cezasına ilişkin bir ifade yer almıyor da olsa daha ağır bir yaptırım olan hapis cezası bakımından mümkün olan kamu davasının açılmasının ertelenmesinin özellikle seçimlik olarak yer verilen ve daha hafif bir yaptırım olan adli para

¹¹⁸ Bkz. Centel/ Zafer, s. 459.

cezasının söz konusu olduğu hallerde evleviyetle uygulanması gerektiği açıktır. Burada fail lehine yorum yapılması gerekiyor olsa da madde metninde hapis cezası ile birlikte ya da seçimlik olarak adli para cezasını gerektiren suçlar bakımından da kamu davasının açılmasının ertelenebileceğine açıkça yer verilmelidir. Salt adli para cezasını gerektiren suçlar bakımından ise bu suçlar hakkında önödemenin mümkün olmasından ötürü kamu davasının açılmasının ertelenmesi söz konusu olamaz.

3. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi İle Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumlarının Koşulları Arasında Yeknesaklık Sağlanmalıdır

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile yargılama sonunda verilecek hükmün açıklanıp açıklanmaması bakımından mahkemeye bir takdir yetkisi tanınmaktadır. Yargılama sonunda sanığa iki yıl veya daha az hapis cezası verildiğinde diğer koşullar da gerçekleşmiş ise hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmektedir. Dolayısıyla esasen kamu davasının açılmasının ertelenmesi ile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının aynı amaçlar doğrultusunda kabul edildiği söylenebilir. Kaldı ki, uygulanabilmeleri için gereken şartlar da hemen hemen aynıdır. Kamu davasının açılmasının ertelenmesinin mümkün olduğu bir fiil bakımından Cumhuriyet savcısı takdir yetkisini kamu davası açma yönünde kullanır ise bu fiil ile ilgili yapılacak yargılama sonunda bu fiil hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması mümkündür. Dolayısıyla iki yıla kadar hapis cezası gerektiren suçlar bakımından kamu davasının açılmasının ertelenmesi imkanı getirilir ise zaten yargılama yapılsa hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilecek fiiller ile ilgili olarak yargılama yapılarak vakit ve işgücü kaybına sebebiyet vermeden kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı aracılığı ile aynı etki sağlanabilecektir. Bu sebeple kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilebilecek suçlar üst sınırı bir yıl ve daha az hapis cezasını gerektiren suçlar yerine üst sınırı iki yıl ve daha az hapis cezasını gerektiren suçlar olarak madde metninde yer almalıdır. Böylelikle bu iki kurum arasında yeknesaklık sağlanarak amaçlarının gerçekleşmesi kolaylaşacaktır.

4. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi İle Önödeme Kurumlarının Sınırları Birbirlerinden Keskin Bir Şekilde Ayrılmalıdır

Esasen aynı amaçlara hizmet eden iki kurum olan kamu davasının açılmasının ertelenmesi ile önödeme kurumlarının uygulama alanlarının ayrı olduğu kanunkoyucu tarafından açıkça belirtilmelidir. Dolayısıyla önödemenin mümkün olduğu suçlar üst sınırı üç ayı aşmayan veya yalnız adlî para cezasını gerektiren suçlar olduğundan kamu davasının açılmasının ertelenmesi de sadece “*Üst sınırı bir yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren suçlar*” şeklinde ifade edilmek yerine “*Üst sınırı üç aydan çok ve iki yıl da dahil olmak üzere iki yıla kadar hapis cezasını gerektiren suçlar*” şeklinde ifade edilmelidir. Böylece üst sınırı üç ayı aşmayan suçlar bakımından kamu davasının açılmasının ertelenemeyeceği; bu suçlar bakımından sadece önödemenin mümkün olduğu gösterilmiş olacaktır. Nitekim kamu davasının açılmasının ertelenmesi, CMK 1999 ve 2001 Tasarıları’nın 164’üncü maddesinde bu şekilde düzenlenmişti. Bu yönüyle Tasarılar’ın öngördüğü düzenlemelerin daha yerinde olduğu söylenmelidir.

Bu noktada önödeme ve kamu davasının açılmasının ertelenmesinin arka arkaya başvurulması mümkün olmayan kurumlar olmasına aykırılık oluşturan 5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/ 11’de yer alan düzenlemeden¹¹⁹, m. 5/ 1’deki suç¹²⁰ ile ilgili olarak “*kamu davasının açılmasının ertelenmesine*” ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı ifadesi derhal çıkarılmalıdır. Çünkü, önödemenin mümkün olduğu suçlar bakımından önödeme gerçekleşmez ise ayrıca kamu davasının açılmasının ertelenebilmesi mümkün olmamalıdır.

¹¹⁹ 5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/ 11’e göre, “*Birinci fıkrada tanımlanan suç nedeniyle kamu davasının açılmasının ertelenmesine, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına, ön ödemeye ve 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 297 nci maddesinin üçüncü fıkrasındaki tebliğnamenin tebliğine ilişkin hükümler uygulanmaz*”.

¹²⁰ 5941 sayılı Çek Kanunu m. 5/ 1: “*Üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanunî ibraz süresi içinde ibrazında, çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişi hakkında, hamilin şikâyeti üzerine, her bir çekle ilgili olarak, binbeşyüz güne kadar adlî para cezasına hükmolunur. Ancak, hükmedilecek adlî para cezası, çek bedelinin karşılıksız kalan miktarından az olamaz...*”.

5. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kararı Verilen Haller Bakımından Suçtan Zarar Görene Şahsî Dava Açma İmkânı Tanınmalıdır

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilen hallerde bu kararın suçtan zarar gören bakımından ortaya çıkarabileceği olası zararlı sonuçların ortadan kaldırılması suçtan zarar görene şahsî dava açma hakkının tanınmasıyla ortadan kaldırılabilir. Şahsî dava Cumhuriyet savcısına tanınan takdir yetkisinin olumsuz yönünü giderici bir kontrol mekanizması olarak da nitelenebilir. Çünkü, bu yolla savcı tarafından hakkında kamu davası açılmayan; fakat, esasen açılması gereken fiillerin suçtan zarar gören tarafından insiyatif üstlenilerek takip edilmesi ve bu yolla somut olay adaletinin sağlanması söz konusu olmaktadır.

Bu sebeplerden ötürü kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilen hallerde suçtan zarar görene şahsî dava açma hakkı tanınmalıdır. Kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar veren Cumhuriyet savcısı suçtan zarar görene şahsî dava açma hakkının bulunduğunu da bildirmelidir. Bu tür bir düzenleme getirilir ise Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınan hallerde haksız uygulamaların ve keyfilğe varan uygulamaların söz konusu olmasının da önüne geçilmiş olacaktır.

6. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kurumunun Sınırlarının Daha Fazla Genişletilmesi Yerine Duruşmanın Ertelenmesi Kurumuna Yer Verilmelidir

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile yargılama sonunda verilecek hükmün açıklanıp açıklanmaması bakımından mahkemeye bir takdir yetkisi tanınmaktadır. Yargılama sonunda sanığa iki yıl veya daha az hapis cezası ya da adli para cezası verildiğinde diğer koşullar da gerçekleşmiş ise hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmektedir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi ancak yargılama sonunda mümkün olabilir. Dolayısıyla özellikle adliyenin işyükünün azaltılması bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının bir etkisi bulunmamaktadır. Bu etkisi sadece bu karara karşı temyiz

kanunyolu açık olmadığı için Yargıtay'ın işyükünün azaltılması bakımından oluşmaktadır. O halde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının mahkemelerin işyükünün azaltılması bakımından uygun bir araç olmadığı söylenebilir. Bu nedenle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasından ziyade duruşmanın ertelenmesi kurumuna yer verilmesi daha yararlı olacaktır.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi söz konusu olduğunda ise iş mahkemeye intikal ettirilmeden Cumhuriyet savcısı mesele hakkında karar vererek kamu davası açmamaktadır. Kamu davasının açılmasının ertelenmesinin özellikle mahkemelerin işyükünü azaltıcı etkisi bulunduğu açıktır. Fakat, bu konuda karar veren kişi Cumhuriyet savcısı olduğundan ve muhakeme Cumhuriyet savcısının kararıyla son bulduğundan bu kurumun yalnızca hafif ve orta ağırlıktaki suçlar ile sınırlı olarak uygulanması mümkündür. Belirli bir ağırlığı aşan suçlar söz konusu olduğunda kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilmesi ölçülülük ilkesini ihlal edebilir. Halbuki, özellikle malvarlığına karşı işlenen suçlar söz konusu olduğunda da yargılama yapılmaksızın suçtan doğan mağduriyetin giderilmesiyle kimi zaman fail- mağdur arasındaki uyuşmazlık çözülebilmekte; fail toplum açısından zararlı bir kişiliğe sahip olmadığını göstermektedir. Fakat, bu tür suçların orta ağırlıktaki suçlar kategorisinde değerlendirilmesi kimi zaman mümkün değildir. Örneğin hırsızlık suçunun basit şekli bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası gerektirir. Bu sebeple özellikle bu tür daha ağır suçlar bakımından Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini kullanacağı kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı yerine duruşmanın ertelenmesi kararının verilmesi imkanı getirilerek iddianamenin kabulünün ardından mahkemenin duruşmayı ertelemesi konusunda mahkemeye bir takdir yetkisi tanınmalıdır. Dolayısıyla kamu davasının açılmasının ertelenmesinin sınırlarının artırılması yerine duruşmanın ertelenmesi kurumuna yer verilmesi daha yerinde olur. Bu bakımdan yağma hariç olmak üzere özellikle malvarlığına karşı işlenen suçlar bakımından bu imkanın getirilmesi yerinde olur.

C. Cumhuriyet Savcısı Dışındaki Kurum ve Kişilere Tanınan Takdir Yetkisi Bakımından

TCK, Anayasa ve kimi özel kanunlar bazı suçların soruşturulması ve kovuşturulması bakımından Cumhuriyet savcısı dışındaki kurum ve kişilere takdir yetkisi tanımıştır. Adalet Bakanı'nın talebi (TCK m. 12, 13/ 2), Adalet Bakanı'nın izni (TCK m. 299, 305), TBMM'nin milletvekili dokunulmazlığını kaldırma kararı (AY. m. 83/ 2), İzin vermeye yetkili makamların soruşturma izni (örneğin 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun m. 3) bunlara örnek olarak gösterilebilir. Muhakemenin resmiliği ilkesinin devletin, ayrıca bir iradeye ihtiyaç duymaksızın soruşturmaya girişmek zorunda olması anlamını taşıdığından belirttikten sonra bu ilkenin yanına bu türden geniş istisnalar yerleştirmek amaca uygunluk bakımından kimi sorunlar yaratabilir. Madem ki CMK m. 160 ve m. 170 anlamında kovuşturmanın resmiliği ilkesi ceza muhakemesinde geçerlidir, öyleyse bu ilkenin anlamsızlaşmasına yol açacak düzenlemelerden kaçınmak gerekmektedir. Gerçekten, bir ilkeye istisna getirmek onun işlevini yitirmesine yol açmayacak şekilde mümkündür. Eğer aksi gerçekleşir ise istisnanın kural haline dönüşme riski söz konusu olabilir. Uygulamada bir makamın takdir yetkisine bırakılmış olan (izin, talep, karar vs.) hususlar maalesef kötüye kullanıma yol açmakta ve bu takdir yetkileri soruşturma veya kovuşturma tehlikesi ile karşı karşıya kalan kişilerde kimi zaman "zırh" olarak görülebilmektedir. Bu nedenden ötürü milletvekili dokunulmazlıkları, Anayasa m. 129/ 6 ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun m. 3 ile getirilen izin sistemi de dahil olmak üzere savcılık makamı dışındaki bir makama soruşturma yapılması ya da kamu davasının açılması ile ilgili olarak verilen takdir yetkisi derhal mevzuattan kaldırılmalıdır. Muhakemenin resmiliği ve dolayısıyla kamu davası açma tekelinin Cumhuriyet savcısında bulunduğu bir ceza muhakemesi sisteminde savcılık makamı dışında bir makama soruşturma yapılması ya da kamu davası açılmasına yönelik verilen takdir yetkisi kabul edilemez. Ayrıca, buna Anayasa'da yer verilmiş olması bunu meşrulaştırmamakta; aksine Anayasa'da yer verilen eşitlik ilkesini Anayasa'nın kendisinin ihlal ettiğini göstermektedir. **Bu türden bir takdir yetkisi uygulanmak isteniyor ise bu yetki yalnızca Cumhuriyet savcısına verilmelidir.** Aksi halde, adli

faaliyeti bakımından Cumhuriyet savcısı özerkliğini yitirecektir; çünkü, bu durumda savcı adli bir işlem bakımından idarî bir makamdan “*olur*” bekler durumdadır¹²¹. Dolayısıyla ceza muhakemesinde Cumhuriyet savcısı dışındaki bir makam, kurum veya kişiye soruşturma yapılması, kamu davası açılması (iddianame düzenlenmesi) ya da kovuşturma yapılmasına yönelik tanınan takdir yetkisi tamamen kaldırılmalıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere soruşturma yapmak ya da kamu davası açmak bakımından takdir yetkisi tanınacak makam yalnızca Cumhuriyet savcılığı olmalıdır.

D. Yurtdışında İşlenen Suçlar Bakımından

TCK m. 9, 10, 12’de yer alan düzenlemeler bakımından kamu davası açılması ile ilgili olarak ve TCK m. 13’te yer alan düzenleme bakımından ise soruşturmaya başlanması ile ilgili olarak Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınmalıdır. Bu konunun esasen bir üst başlıkta dile getirilen öneri ile bağlantılı olduğu söylenebilir. Fakat, bu konu hakkındaki önerinin ayrıca yapılması daha yerinde olacaktır.

Öncelikle TCK m. 9 ve 10’da yer verilen hükümler ele alınmalıdır. TCK m. 9’a göre, “*Türkiye’de işlediği suçtan dolayı yabancı ülkede hakkında hüküm verilmiş olan kimse, Türkiye’de yeniden yargılanır*”. TCK m. 10’a göre ise, “*Yabancı ülkede Türkiye namına memuriyet veya görev üstlenmiş olup da bundan dolayı bir suç işleyen kimse, bu fiile ilişkin olarak yabancı ülkede hakkında mahkûmiyet hükmü verilmiş bulunsa bile, Türkiye’de yeniden yargılanır*”. Bu iki hüküm incelendiğinde esasen ikisinin de non bis in idem ilkesine aykırılık oluşturduğu söylenmelidir¹²². Özellikle TCK m. 9 bakımından mülkîlik ilkesinin ağır basmasından ötürü kanunkoyucunun böyle bir düzenleme getirdiği söylenebilir. Fakat, TCK m. 9 ve 10 bakımından, Türkiye’de işlediği suçtan dolayı yabancı ülkede hakkında hüküm verilmiş olan kimsenin Türkiye’de yeniden yargılanabilmesi için somut olayın

¹²¹ Bu konuda özellikle Adalet Bakanı’nın izni bakımından dile getirilen ve Cumhuriyet savcısından daha iyi karar verecek olan bir makam olan Adalet Bakanı’na bu yetkinin verilmesinin yerinde olduğunu savunan görüşlere katılmıyoruz (Bu görüş için bkz. **Tosun**, Suç Muhakemesi, s. 229). Adli bir konuda idarî bir makamın adli bir makama oranla daha yerinde karar alacağı söylenemez.

¹²² Krşl. **Demirbaş**, s. 161; **Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, Genel Hükümler, s. 142, 144.

özelliğine göre, fail hakkında yurtdışında verilen hükmün beraat dışındaki bir hüküm olması¹²³ ve yurtdışında verilen hükmün, cezanın önleme amacını gerçekleştirmek bakımından yetersiz olması¹²⁴ şartları birlikte aranmalıdır. Bu şartlar CMK'ya eklenerek TCK m. 9 ve 10 ile ilgili olarak Cumhuriyet savcısına kamu davası açılması bakımından takdir yetkisi tanınmalıdır.

TCK m. 12 ve 13'te yer verilen Adalet Bakanı'nın talebi koşulu madde metinlerinden çıkarılmalıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere kamu davası açılması konusunda takdir yetkisi tanınmak isteniyor ise bu yetki Cumhuriyet savcısına ait olmalıdır.

¹²³ Fail hakkında yurtdışında verilen hükmün beraat dışındaki bir hüküm olması koşulu, yurtdışında işlenen suçlar hakkında kamu davasının açılması bakımından savcıya takdir yetkisi tanıyan Alman CMK § 153c'de de yer almaktadır.

¹²⁴ Yurtdışında işlenen suçlar hakkında kamu davasının açılması bakımından savcıya takdir yetkisi tanıyan Alman CMK § 153c/ 2'de ise buna benzer bir koşula yer verilerek “*işlenen fiil bakımından yurtdışında fail hakkında bir ceza infaz edilmiş ve yurtiçinde verilmesi beklenen ceza yurtdışında verilen ceza karşısında önem taşıyor ise*” fail hakkında kamu davası açılmayabileceği düzenlenmiştir. Kanımızca burada önerdiğimiz “*yurtdışında verilen hükmün, cezanın önleme amacını gerçekleştirmek bakımından yetersiz olması*” koşulu Alman CMK § 153c/ 2'de yer verilen bu iki koşulu da içine almakta olup daha yerindedir.

SONUÇ

1. Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınmasının incelenmesi bakımından öncelikle Cumhuriyet savcısının muhakemedeki konumu, işlevi ve görevlerinin irdelenmesi gerektiği düşüncesinden hareketle özellikle savcılığın hukukî niteliği ve yapısı ele alınmıştır. Savcılığın günümüzde adlî- idarî bir makam olduğu genel kabul görüyor ve herkes tarafından dile getiriliyor da olsa bu ifadeden ne anlaşılması gerektiği açıkça ortaya konulmalıdır. Bu nedenle bu ifadeden farklı anlamlar çıkarıldığı düşüncesinden hareketle savcılığın adlî- idarî bir makam olmakla beraber aslında faaliyetlerinin çok büyük bir kısmının adlî nitelikte olduğu gözlemlenmiştir. Bunun önemi özellikle Cumhuriyet savcısının Cumhuriyet başsavcısı ile olan ilişkisi bakımından kendisini gösterecektir. Çalışmada savcılığın hukukî niteliğinin idarî olarak nitelenmemesi gerektiği; çünkü, bu durumda savcının sıradan bir memur gibi üstünün verdiği emir ile tamamen bağlı olması gerektiği gibi sonuçların ortaya çıkacağından hareketle onun sui generis bir niteliğe sahip olduğu kabul edilmiştir. Gerçekten, Cumhuriyet savcısının idarî bir yapılanmaya tabi olduğu açıktır; fakat, bu yapılanmanın onun adlî faaliyeti bakımından etki göstermeyeceğinin kabulü zorunludur. Aksi takdirde yargı işlevine yaklaşan bir işleve sahip ve görevlerinin çok büyük bir kısmı adlî nitelikte bulunan Cumhuriyet savcısının sadece Cumhuriyet başsavcısı emrinde görevli bir memur olduğu kabul edilecek ve özerk olması gereken, muhakemede taraf olmayan Cumhuriyet savcısının ceza muhakemesinde kendisinin hukukçu olmasından ötürü şüpheli bakımından bir güvence teşkil ettiği düşüncesi yara alacaktır. Nitekim, CMK da bu yönde bir adım atarak CMUK'ta yer alan Adalet Bakanı'nın dava açılması yönünde emir verme yetkisine yer vermemiştir.

2. Cumhuriyet savcısının sui generis bir niteliğe sahip olduğunun kabul edilmesinin sonucu, onun Cumhuriyet başsavcısı karşısında özerk olması ve adlî faaliyetini yerine getirmede kural olarak kimseden emir almamasıdır. Bu tespitin Cumhuriyet savcısının tüm adlî faaliyetine olduğu gibi kamu davasını açma yetkisine de etki etmesinden ötürü artık Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini kullandığı hallerde de kimsenin müdahalesi olmaksızın CMK'nın kendisine verdiği bu yetkiyi

hukukî bilgisini kullanarak ve doğru bildiklerini ceza muhakemesi hukukuna yansıtarak yaşama geçirmesi mümkün olacaktır.

3. Cumhuriyet başsavcısı ile Cumhuriyet savcısı arasındaki ilişki bakımından ceza adaletinin sağlanmasındaki temel etik ilkeler de göz önünde bulundurulmalıdır. Bu nedenle etik ilkeler salt yargılama makamı bakımından değil iddia ve savunma makamları bakımından da geçerli olması ve uyulması gereken kurallardır. HSYK tarafından benimsenen etik ilkeler ve dolayısıyla bağımsızlık savcılar bakımından da uygulama alanı bulacaktır; uygulanmalıdır da. Fakat, her ne kadar etik ilkeler karşısında savcıların bağımsız olmaları gerekiyorsa da Cumhuriyet başsavcısının Cumhuriyet savcılarında adli faaliyetleri bakımından emir verme yetkisinin çok geniş bir şekilde kullanıldığı günümüz uygulamasında savcılar bağımsızlığının sağlanması mümkün olamaz. Gerçekten, ceza adaletinin sağlanmasında temel etik ilkelerin yaşama geçirilmesi modern ceza muhakemesi hukuku bakımından bir gerekliliktir. Cumhuriyet savcılarının salt Adalet Bakanı'na karşı değil, Cumhuriyet başsavcısına karşı da bağımsız bir şekilde faaliyet icra etmesi zorunludur. Bu düşüncenin bir an önce uygulamaya da geçirilmesi gerekmektedir.

4. CMK m. 170/ 2'deki "*Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler*" hükmü kovuşturma mecburiyeti ilkesinin ceza muhakemesi sistemimizde istisnasız uygulandığı izlenimini yaratmaktadır. Oysa ki, CMK m. 171 gereği soruşturma evresi sonucunda suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşsa dahi Cumhuriyet savcısı gereken şartlar gerçekleşmiş ise iddianame düzenlememe hakkına sahiptir. Bu sebeple CMK m. 170/ 2'de yer verilen düzenleme "*Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; kanunda aksi belirtilmediği sürece Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler*" şeklinde değiştirilmelidir. Nitekim Alman CMK § 152/ 2'de "*kanunda aksi belirtilmedikçe*" ifadesine açıkça yer verilmiştir.

5. Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmesi Fransız Devrimi sonrasında gerçekleşmiştir. Cumhuriyet savcısına

kovuşturma mecburiyeti ilkesinin bir istisnası olarak yer verilmesi ise Kıta Avrupası Hukuku'nda Alman Hukuku öncülüğünde gelişmiştir. Gerçekten, kovuşturma mecburiyetinin sınırlandırılmasına ilişkin ilk esaslı düzenlemenin 04.01.1924 tarihli Emminger Düzenlemesi (=Emmingersche Verordnung) olarak anılan reform olduğu söylenmelidir. O tarihten bu yana Almanya'da ve onun etki ettiği Kıta Avrupası Hukuku'nda Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınması doktrinin görüşlerinin de katkısıyla genişlemek eğilimindedir. Bu durum da göstermektedir ki CMK hukukumuzda yeni getirdiği düzenlemeler ve soktuğu kurumlar ile bu eğilim doğrultusunda hareket etmeyi tercih etmiştir. Bunun, hukukumuzda CMUK döneminde doktrin tarafından savunulan bir tutum olmasından ötürü kanunkoyucunun doktrinindeki gelişmelere kayıtsız kalmadığı söylenebilir.

6. Maslahata uygunluk ilkesi, yeterli şüphenin varlığına rağmen kamu davası açılmamasını sağladığından, soruşturma evresi sonunda yeterli şüphe elde edilememiş veya kovuşturma olanağı bulunmuyor ise Cumhuriyet savcısının takdir yetkisine dayanarak kamu davası açmaması mümkün olamaz. Bir başka deyişle, Cumhuriyet savcısının takdir yetkisi sadece yeterli suç şüphesinin varlığının tespitinin sonrasındaki aşamada kullanılabilir. Bu nedenle iddianame düzenlenebilmesi için gerekli olan yeterli suç şüphesinin bulunup bulunmadığının tespiti bakımından Cumhuriyet savcısının takdir yetkisi bulunmadığı söylenmelidir.

7. Yeterli suç şüphesinin tespitinin ardından Cumhuriyet savcısı, kendisine takdir yetkisi tanınan bir durumun bulunup bulunmadığını araştıracaktır. Bu noktada söz konusu olan takdir yetkisi, kovuşturma mecburiyetinin uygulanması bakımından bir serbesti olarak anlaşılmalıdır. Bir başka deyişle Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınması, ona kovuşturma serbestisi tanındığı anlamına gelmez. Cumhuriyet savcısına kamu davası açma bakımından takdir yetkisi tanınması, kanunî düzenlemelerin belirttiği oranda kovuşturma mecburiyetinin sınırlanmasıdır. İşte, bu takdir yetkisinin bir hukuk devletinde kabul edilebilmesi, onun serbesti sınırını aşarak, belirli koşullara bağlı bir yetki olarak düzenlenmesine bağlıdır. Dolayısıyla Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınmasının belirli koşullara tabi tutulması gereği ortaya çıkar. Özellikle Alman Hukuku'nda 20. yüzyılın başından itibaren

tartışılan bir konu olan savcıya kamu davasının açılması bakımından takdir yetkisi tanınmasının belirli koşullara yer verilmek suretiyle kabulü çeşitli açılardan yapılan değerlendirmeler sonucu ulaşılmış ortak bir yargıdır. Bu bakımdan takdir yetkisine yer verilmesi elbette kovuşturma mecburiyetinin kabul edildiği bir sistem bakımından ele alınarak tartışılmıştır. Dolayısıyla bu konuda kovuşturma mecburiyetinin yerine tûmden maslahata uygunluk ilkesinin benimsenmesi hiçbir kesim tarafından öne sürûlmemiştir. Yaklaşık yüzyıllık bir sürede tartışılan husus savcıya kamu davası açma bakımından takdir yetkisi tanınmasının gerekip gerekmediği ve tanınacak ise ne ölçüde, nasıl tanınacağı olmuştur.

8. Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınması bakımından Cumhuriyet savcısının idarî bir yapılanmaya tabi olmasından ötürü siyasî etki altında kalacağı ve bunun da siyasî iktidar tarafından her zaman kendi amaçları doğrultusunda kullanılacağı endişesi ile Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınmasına karşı çıkmıştır. Fakat, Türk Hukuku'nda Adalet Bakanı'nın adli faaliyet bakımından Cumhuriyet başsavcısına ve Cumhuriyet savcısına; Cumhuriyet başsavcısının ise Cumhuriyet savcısına emir verme yetkisi bulunmadığından Cumhuriyet savcısına kanunen takdir yetkisi tanınmasının bu yönüyle bir sakıncası olduğu söylenemeyecektir. Yine takdir yetkisinin eşitlik ilkesini, keyfilik yasağını ihlal ettiği de savunulamayacaktır. Gerçekten, kovuşturma mecburiyetinin sınırlandırılabilmesi ile ilgili olarak Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınmasının hukuk devleti bakımından ne anlam ifade ettiği incelendiğinde Cumhuriyet savcısına **gerçekce belirtmesi koşuluyla istisnâî, şeffaf ve belirli kriterlere tâbi olarak ve ayrıca hakim tarafından kontrol edilebilir bir şekilde tanınan takdir yetkisinin** hukuk devleti ve dolayısıyla da eşitlik, erkler ayrılığı gibi ilkeler bakımından bir ihlal oluşturmadığı görülmektedir. Bunun yanısıra cezanın son çare olması ilkesi ve adliyenin işyükünün azaltılması bakımından da önemli bir işlev üstlenir. Dolayısıyla özellikle hukuk devleti ilkesi açısından Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınmasının bir aykırılık oluşturacağı düşüncesi yerinde değildir. Diğer taraftan, maslahata uygunluk ilkesini ceza takibatı sisteminde benimsemek yerine Cumhuriyet savcısına sınırlı bir takdir yetkisi tanımak daha yerinde olacaktır. Böylelikle liberal devlet bakımından karakteristik olan biçimsel eşitlik ile artık bağı olmayan bir

kovuşturma mecburiyeti yeni ve daha zengin bir anlayışta benimsenerek takdir yetkisine dayalı düzenlemelerin mümkün olan en iyi şekilde uygulamaya geçirilmesi sağlanacaktır. Bu ise takdir yetkisi bakımından ulaşılması mümkün olan azamî etkinliği gerçekleştirecektir.

9. Kovuşturma mecburiyeti ile maslahata uygunluk ilkeleri ceza takibatında hukuku gerçekleştirme düşüncesine tamamen farklı açılardan yaklaşılmasının bir sonucudur. Kovuşturma mecburiyeti ile bunun yanında Cumhuriyet savcısına istisnâ olarak takdir yetkisi tanınması ise birbiri karşısında bu denli farklılık oluşturmamakta, bir bütünün iki yarısı gibi birbirini tamamlayarak uygulanabilecek ideal bir sistemin birer parçası olmaktadır. Hassemer bunu kısaca “*mümkün olduğu kadarıyla kovuşturma mecburiyeti, gerekli (politik açıdan ve usûl ekonomisi açısından) olduğu kadarıyla maslahata uygunluk*” biçiminde ifade etmektedir¹²⁵.

10. Burada dile getirilmesi gereken bir başka husus ise kovuşturma mecburiyeti ilkesi uygulanmakla beraber savcıya takdir yetkisi tanıyan sistemlerde maslahata uygunluk ilkesinin benimsendiğinden söz edilemeyeceğidir. Çünkü, aksi takdirde bu iki ilke aynı anda geçerli olacak şekilde uygulanıyormuş gibi bir izlenim oluşur. Bu ise mümkün değildir. Kaldı ki, maslahata uygunluk ilkesi ile kovuşturma mecburiyeti ilkesinin birer ilke olarak eş zamanlı kabul edilmiş olduğu varsayılacak olursa bu durumda birbirinin alternatifi olan iki ilkenin eş zamanlı biçimde nasıl uygulanabileceğinin izahı mümkün gözükmemektedir. Bu bakış açısı da bu iki ilkenin birbirinin alternatifi değil istisnası olarak kabul edilmesini ve bu şekilde uygulanması gerektiğini ortaya koymaktadır. Burada maslahata uygunluğa dayalı birkaç istisnâ düzenlemeye yer verilmekte; fakat, maslahata uygunluk bir ilke olarak benimsenmiş olmamaktadır. Dolayısıyla maslahata uygunluk ilkesi ile savcıya takdir yetkisi tanınması birbirinden kesinlikle farklı hususlardır ve ayrı bir biçimde incelenmelidir. Ayrıca, Cumhuriyet savcısına istisnâ olarak takdir yetkisi tanınan hallerde maslahata uygunluk ilkesinin benimsenmesi değil, sadece bu ilkeden yola

¹²⁵ “*So viel Legalität wie möglich, so viel Opportunität wie (aktuell politisch und ökonomisch) nötig*”
Bkz. Hassemer, s. 537; ayrıca krşl. Erb, s. 150.

çıkılarak kovuşturma mecburiyeti ilkesini esneten birtakım düzenlemelere yer verilmesi söz konusu olmaktadır.

11. Cumhuriyet savcısının kamu davası açmayabileceği haller CMK m. 171’de düzenlenmiştir. Fakat, CMK m. 175/ 1’e göre, “*İddianamenin kabulüyle, kamu davası açılmış olur ve kovuşturma evresi başlar*”. Bu nedenle CMK m. 171’in madde başlığının “*Kamu Davası Açmada Takdir Yetkisi*” olarak ifade edilmiş olması yerinde olmamıştır. Çünkü, CMK m. 175/ 1’in açık hükmü karşısında Cumhuriyet savcısının iddianame düzenleyerek mahkemeye sunması kamu davası açılması için yeterli olmamakta; kamu davasının açılması mahkemenin iddianameyi kabul kararı vermesi ile gerçekleşmektedir. Bu sebepten ötürü CMK m. 171’in madde başlığı “*Cumhuriyet Savcısının İddianame Düzenlemede Takdir Yetkisi*” biçiminde düzeltilmesi yerinde olacaktır.

12. CMK m. 171’de yer verdiği Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanıyan düzenlemeler ile Türk Hukuku’nda kovuşturma mecburiyeti yanında Cumhuriyet savcısına istisnâ olarak takdir yetkisi tanımayı tercih etmiştir. Bu yerinde bir gelişme olmakla birlikte Türk Hukuku’nda Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanıyan düzenlemelere daha fazla yer verilerek bu istisnalar artırılmalıdır. Çalışmanın son bölümünde bu konu hakkındaki öneriler ifade edilmeye çalışılmıştır. Burada kısaca CMK’ya eklenmesinin uygun görüldüğü değişiklikler dile getirilecektir. Buna göre CMK m. 171 şu şekilde değiştirilmelidir:

Cumhuriyet Savcısının İddianame Düzenlemede Takdir Yetkisi Ceza Muhakemesi Kanunu Madde 171

(1) *Cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilir. Cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde iddianame kabul edilerek kamu*

davası açılmış ise mahkeme duruşma başlayana kadar Cumhuriyet savcısının ve sanığın onayını almak koşuluyla düşme kararı verebilir.

(2) 253'üncü maddenin ondokuzuncu fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere Cumhuriyet savcısı, üst sınırı üç aydan çok ve iki yıl da dahil olmak üzere iki yıla kadar hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen, iddianamenin düzenlenmesinin beş yıl süreyle ertelenmesine karar verebilir. Üst sınırı üç aydan çok ve iki yıl da dahil olmak üzere iki yıla kadar hapis cezasının yanısıra seçimlik ya da birlikte adli para cezasını gerektiren suçlar bakımından da iddianamenin düzenlenmesinin ertelenmesine karar verilebilir. Suçtan zarar gören, iddianamenin düzenlenmesinin ertelenmesi kararına karşı 173'üncü madde hükümlerine göre itiraz edebilir. İddianamenin düzenlenmesinin ertelenmesi kararı ile birlikte suçtan zarar görene şahsî dava açma yolunun açık olduğu Cumhuriyet savcısı tarafından ayrıca bildirilir.

(3) İddianamenin düzenlenmesinin ertelenmesine karar verilebilmesi için, uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı kalmak üzere;

a)Şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkûm olmamış bulunması,

b)Yapılan soruşturmanın, iddianamenin düzenlenmesinin ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatini vermesi,

c)İddianamenin düzenlenmesinin ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından iddianamenin düzenlenmesinden daha yararlı olması,

d)Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekir.

(4) Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde, kovuşturmaya yer olmadığına karar verilir. Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenir ise bu durum kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesinin ardından ortaya çıksa dahi iddianame düzenlenir. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez.

(5) İddianamenin düzenlenmesinin ertelenmesine ilişkin kararlar, bunlara özgü bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturma ile bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

(6) Kamu davası açılmış; fakat, henüz hüküm verilmemiş ise, bu maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarındaki koşulların gerçekleşmiş olması durumunda mahkeme, Cumhuriyet savcısının ve katılanın da rızasını almak kaydıyla, duruşmanın beş yıl süreyle ertelenmesine karar verebilir. Mahkemenin verdiği duruşmanın ertelenmesi kararına karşı itiraz edilebilir. TCK ikinci kısım onuncu bölüm altında düzenlenen yağma ve nitelikli yağma hariç olmak üzere malvarlığına karşı işlenen suçların basit şekilleri hakkında yapılan yargılamaların konusunu oluşturan fiil bakımından da yukarıda sayılan diğer tüm koşullar gerçekleşmiş ise duruşmanın ertelenmesi kararı verilebilir.

(7) Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde, düşme kararı verilir. Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenir ise bu durum düşme kararı verilmesinin ardından ortaya çıksa dahi düşme kararı kaldırılarak duruşma evresine devam edilir. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez.

(8) Duruşmanın ertelenmesine ilişkin kararlar, bunlara özgü bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturma ile bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

**Yurtdışında İşlenen Suçlar Bakımından Cumhuriyet Savcısının
İddianame Düzenlemede Takdir Yetkisi
Ceza Muhakemesi Kanunu Madde 171a**

(1) Türkiye’de işlediği bir fiilden dolayı yabancı ülkede hakkında hüküm verilmiş olan kişi hakkında, yurtdışında verilen hükmün beraat dışındaki bir hüküm

olması ve bu hükmün cezanın önleme amacını gerçekleştirmek bakımından yetersiz olması halinde Cumhuriyet savcısı kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verebilir. Bu kişi hakkında yurtdışında verilen hüküm beraat ise bu durumda Cumhuriyet savcısı kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verir.

(2) Yabancı ülkede Türkiye namına memuriyet veya görev üstlenmiş olup da göreviyle bağlantılı olarak bir suç işleyen ve hakkında hüküm verilmiş olan kişi hakkında, yurtdışında verilen hükmün beraat dışındaki bir hüküm olması ve bu hükmün cezanın önleme amacını gerçekleştirmek bakımından yetersiz olması halinde Cumhuriyet savcısı kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verebilir. Bu kişi hakkında yurtdışında verilen hüküm beraat ise bu durumda Cumhuriyet savcısı kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verir.

KAYNAKÇA

- Amodio** Ennio, “Das Modell des Anklageprozesses im neuen italienischen Strafverfahrensgesetzbuch”, ZStW 102 (1990), s. 171- 195.
- Artuk** Mehmet Emin/
Yenidünya A. Caner, “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Erteleme Müessesesi“, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İstanbul 1999, s. 55- 87.
- Aydın** Murat, “İddianamenin Unsurları ve İadesi“, HPD, S. 6, Mayıs 2006, s. 162 vd.
- Bacaksız** Pınar, “İddianame Pazarlığı (Plea Bargaining)”, CHD, Ağustos 2008, S. 7, s. 151- 169.
- Baumann** Jürgen, “Minima Non Curat Praetor”, in: Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, s. 3- 14.
- Berkemeier** Anne, Das Opportunitätsprinzip, Zürich 2008, (www.swisslex.ch, erişim tarihi: 11.11.2010).
- Beulke** Werner, Strafprozessrecht, 10. Auflage, Heidelberg 2008.
- Bohlander** Michael, “Der Bericht der Royal Commision on Criminal Justice”, ZStW 106 (1994), s. 448- 457.
- Centel** Nur/
Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2010.

- Dando** Shigemitsu, “Das Legalitätsprinzip und die Rolle der Rechtsprechung und der Theorien- Zugleich zur Methodik der Strafgesetzgebung“, in: Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag, s. 37-46.
- Deiters** Mark, Legalitätsprinzip und Normgeltung, Tübingen 2006.
- Demirbaş** Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2009.
- Dias** Jorge de Figueiredo, “Die Reform des Strafverfahrens in Portugal“, ZStW 104 (1992), s. 448- 471.
- Dölling** Dieter/
Duttge Gunner/
Rössner Dieter, Nomos Kommentar Gesamtes Strafrecht StGB StPO Nebengesetze , Nomos Verlag, Baden Baden 2008.
- Engländer** Armin, Examens- Repetitorium Strafprozessrecht, 2. Auflage, Heidelberg 2006.
- Erb** Volker, Legalität und Opportunität, Berlin 1999.
- Erem** Faruk, Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, 6. Baskı, Ankara 1986.
- Eser** Albin, Einführung in das Strafprozessrecht, München 1983. (**Eser**, Strafprozessrecht)

- Feyzioğlu Metin,** “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler” , TBBD, S. 62, Ocak- Şubat 2006, s. 27- 61. (Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında)
- Feyzioğlu Metin,** “Ceza Muhakemesi Kanunu’na Gore İddianamenin Hazırlanmasına ve Kabulune İlişkin Bazı Düşünceler”, CHD, Eylül 2006, S. 1, s. 35- 40. (Feyzioğlu, İddianame)
- Fuchs Therese,** Alternative Formen der Reaktion auf Straftaten im Rechtsvergleich osterreich- Frankreich, Diss. Wien 2009.
- Gedik Doğan,** “Ceza Muhakemesi Kanunu 171. Madde Bağlamında Cumhuriyet Savcısının Kamu Davası Açmada Takdir Yetkisi”, İBD, C. 82, S. 2, Y. 2008, s. 715- 738.
- Goke Teoman,** “Karşılaştırmalı Hukukta Savcılık”, Adalet Dergisi, Y. 94; S. 13, Ekim 2002, s. 70- 84.
- Gossel Karl Heinz,** “berlegungen zur Bedeutung des Legalitatsprinzips im rechtsstaatlichen Strafverfahren”, in: Festschrift fur Hanns Dunnebier Zum 75. Geburtstag am 12. Juni 1982, Berlin New York 1982, s. 121- 148.
- Graf Jurgen Peter/**

- Beukelmann** Stephan,
Beck'scher Online Kommentar zur
StPO, 9. Edition, München 2011.
(BeckOK- Beukelmann)
- Gropengießer** Helmut,
“Die neue argentinische
Bundesstrafprozessordnung”, ZStW 105
(1993), s. 169- 203.
- Haller** Klaus/
Conzen Klaus,
Das Strafverfahren, 5. Auflage,
Heidelberg 2008.
- Hannich** Rolf/
Schoreit Armin,
Karlsruher Kommentar zur StPO, 6. Auflage,
München 2008.
- Hartmann** Arthur/
Schmidt Rolf,
Strafprozessrecht, 2. Auflage, Grasberg bei
Bremen 2008.
- Hassemer** Winfried,
“Legalität und Opportunität im Strafverfahren”,
in: Strafverfolgung und Strafverzicht-
Festschrift zum 125jährigen Bestehen der
Staatsanwaltschaft Schleswig- Holstein, Köln
Berlin Bonn München, 1992, s. 529- 540.
- Heinz** Wolfgang,
“Das deutsche Strafverfahren- Rechtliche
Grundlagen, rechtstatsächliche Befunde,
historische Entwicklung und aktuelle
Tendenzen”, s. 1- 38 ([www.uni-
konstanz.de/rtf/kis/strafverfahren.htm](http://www.uni-konstanz.de/rtf/kis/strafverfahren.htm), erişim
tarihi: 11.11.2010).

- Hellmann** Uwe, Strafprozessrecht, 2. Auflage, Springer Verlag, Berlin Heidelberg 2006.
- Henkel** Heinrich, Strafverfahrensrecht, 2. Auflage, Stuttgart Berlin Köln Mainz 1968.
- Hirsch** Hans Joachim, “Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland”, ZStW 92 (1980), s. 218- 254.
- Huber** Michael, “Grundwissen – Strafprozessrecht: Der Anklagegrundsatz”, JuS 2008, s. 779- 780.
- Hund** Horst, “Brauchen wir die Unabhängige Staatsanwaltschaft?”, ZRP 1994, s. 470- 474.
- İçel** Kayıhan, “Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Olan Müesseselerdeki Gelişmeler ve Türk Ceza Sisteminin Bu Yönden Değerlendirilmesi”, in: Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK’nın 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu, İstanbul 1977, s. 321- 344. (**İçel**, Seçenek Müesseseler)
- İçel** Kayıhan, “Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları Budapeşte İlkeleri Işığında Savcılığı Ret Sorunu”, İTÜSBD, y. 7, s. 14, Güz 2008, s. 25- 33. (**İçel**, Savcılar)

- Jehle** Jörg Martin, “Jörg Martin Jehle’nin Tebliği”, in: Bir Adli Organ Olarak Savcılık- Türkiye Barolar Birliği Sempozyumu- Ankara 7- 9 Temmuz 2006, Ankara 2006, s. 69- 89. (**Jehle**, Savcılık)
- Jehle** Jörg Martin, “Die wachsende Bedeutung außergerichtlicher Erledigung von Strafverfahren im europäischen Vergleich”, in: Rezeption und Reform im japanischen und deutschen Recht (Hg. Jörg Martin Jehle, Volker Lipp, Keiichi Yamanaka), Göttingen 2008, s. 209- 224, (www.goedoc.uni-goettingen.de/goescholar/.../dtjap_symposium_GJS_2.pdf, erişim tarihi: 11.11.2010). (**Jehle**, außergerichtliche Erledigung)
- Jeutter** Friedrich, Sinn und Grenzen des Legalitätsprinzips im Strafverfahren, Diss. München 1976.
- Joachimski** von Jupp/
Haumer Christine, Strafverfahrensrecht, 5. Auflage, Boorberg Verlag, Stuttgart München Hannover Berlin Weimar Dresden 2006.
- Joecks** Wolfgang, Studienkommentar StPO, 2. Auflage, München 2008.
- Kapahnke** Ulf, Opportunität und Legalität im Strafverfahren, Diss. Forchheim 1982.
- Keyman** Selahattin, Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık, Ankara 1970.

- Koca** Mahmut/
Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2010.
- Krassek** Dorota-Aleksandra, “Die Stellung des Staatsanwalts im japanischen Strafprozeß, Neigung zur außergerichtlichen Regelung von rechtlichrelevanten Sachverhalten, Opportunitätsgrundsatz”, (www.archiv.jura.uni-saarland.de/japan-jura/strafrecht.html, erişim tarihi: 12.12.2010).
- Krey** Volker/
Pföhler Jürgen, “Zur Weisungsgebundenheit des Staatsanwaltes –Schranken des internen und externen Weisungsrecht-” , NStZ 1985, s. 145- 152.
- Kunter** Nurullah/
Yenisey Feridun/
Nuhoğlu Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Bası, İstanbul 2010.
- Kühne** Hans Heiner, “Opportunität und quasi- richterliche Tätigkeit des japanischen Staatsanwalts”, ZStW 85 (1973), s. 1079- 1101. (**Kühne**, Opportunität)
- Kühne** Hans Heiner, Strafprozessrecht, 6. Auflage, Heidelberg 2003. (**Kühne**, Strafprozessrecht)
- Lackner** Karl/

- Kühl** Kristian,
Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Auflage,
München 2007.
- Lorenzen** Henning,
“Legalitätsprinzip und Opportunitätsprinzip”,
in: Strafverfolgung und Strafverzicht-
Festschrift zum 125jährigen Bestehen der
Staatsanwaltschaft Schleswig- Holstein, Köln
Berlin Bonn München, 1992, s. 541- 558.
- Löwe- Rosenberg/
Rieß** Peter,
StPO Großkommentar, 10. Lieferung, 24.
Auflage, Berlin New York 1986.
- Löwe- Rosenberg/
Schäfer** Karl,
Die Strafprozessordnung und das
Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar
Einleitung, 1. Band, 24. Auflage, Berlin New
York 1988.
- Löwe- Rosenberg/
Schäfer** Karl/
Boll Olaf,
StPO Großkommentar, 32. Lieferung, 24.
Auflage, Berlin New York 1993.
- Löwe- Rosenberg/
Beulke** Werner,
Die Strafprozessordnung und das
Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar, 5.
Band, 26. Auflage, Berlin 2008.
- Mackenroth** Geert W./

- Teetzmann** Hanspeter, “Mehr Selbstverwaltung der Justiz
Markenzeichen zukunftsfähiger Rechtsstaaten”,
ZRP 2002, s. 337- 343.
- Maier** Winfried, “Wie unabhängig sind Staatsanwälte in
Deutschland ?”, ZRP 2003, s. 387- 391.
- Marquardt** Hanno, Die Entwicklung des Legalitätsprinzips- Ein
Historisch-Emprischer Beitrag zur
Gesetzgebung, Diss. Bad Oldesloe 1982.
- Meyer- Goßner** Lutz, Strafprozessordnung-
Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und
Ergänzende Bestimmungen, 51. Auflage,
München 2008.
- Murmann** Uwe, “Die strafprozessuale Zusatzfrage in der ersten
Prüfung”, JuS- Beil. 2007, s. 1- 16.
- Önder** Ayhan, Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler,
İstanbul 1963. (**Önder**, Tecil)
- Önder** Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992. (**Önder**,
Ceza Hukuku)
- Özbek** Veli Özer, Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin
Giderilmesi, Ankara 1999. (**Özbek**, Suçtan
Doğan Mağduriyetin Giderilmesi)
- Özbek** Veli Özer, “Ceza Adaletinin Sağlanmasında Temel Etik
İlkeler”, CHD, Y. 6, S. 15, Nisan 2011, s. 7- 18.
(**Özbek**, Etik İlkeler)

Özbek Veli Özer/

Kanbur Nihat/

Doğan Koray/

Bacaksız Pınar/

Tepe İlker,

Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara
2010. (**Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/
Tepe, Özel Hükümler**)

Özbek Veli Özer/

Kanbur M. Nihat/

Doğan Koray/

Bacaksız Pınar/

Tepe İlker,

Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı,
Ankara 2011. (**Özbek/ Kanbur/ Doğan/
Bacaksız/ Tepe, Genel Hükümler**)

Özbek Veli Özer/

Kanbur M. Nihat/

Doğan Koray/

Bacaksız Pınar/

Tepe İlker,

Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2011.
(**Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe,
Ceza Muhakemesi**)

Özbek Veli Özer/

Doğan Koray,

“Ceza Muhakemesi Kanunu’nda 5560 Sayılı
Kanunla Yapılan Değişikliklerin
Değerlendirilmesi” , CHD, S. 2, Aralık 2006, s.
227- 252.

- Özen** Mustafa,
“Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi”, ABD, Y. 67, S. 3, Yaz 2009, s. 17- 28.
- Öztürk** Bahri,
Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması), Ankara 1991. (**Öztürk**, Koğuşturma Mecburiyeti)
- Öztürk** Bahri,
“Türkiye’nin Yeni Savcı Modeli ve Adil Yargılama”, in: Alman- Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku (Yayına Hazırlayanlar: Hilgendorf Eric/ Ünver Yener), C. III, İstanbul 2010, s. 819 vd. (**Öztürk**, Yeni Savcı Modeli)
- Öztürk** Bahri/
Erdem Mustafa Ruhan,
Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2008. (**Öztürk/ Erdem**, Ceza Muhakemesi)
- Öztürk** Bahri/
Erdem Mustafa Ruhan,
Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2008. (**Öztürk/ Erdem**, Ceza Hukuku)
- Peters** Karl,
Strafprozeß, 4. Auflage, Heidelberg 1985. (**Peters**, Strafprozeß)
- Peters** Karl,
“Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip”, in: Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag,

Berlin 1974, s. 415- 430. (**Peters**,
Legalitätsprinzip)

Pfeiffer Gerd,

Strafprozessordnung Kommentar, 5. Auflage,
München 2005.

Putzke Holm/

Scheinfeld Jörg,

Ranft Otfried,

Strafprozessrecht, 2. Auflage, München 2009.

Strafprozessrecht, 3. Auflage, Richard Boorberg
Verlag, Mörlenbach 2005.

Rautenberg Erardo Cristoforo,

“Die Abhängigkeit der deutschen
Staatsanwaltschaft”, GA 2006, s. 356- 361.

Rautenberg Erardo C./

Temming Dieter/

Woyнар Ines/

Zöller Mark A.,

Strafprozessordnung Heidelberger Kommentar,
4. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg
2009.

Rieß Peter,

“Die Zukunft des Legalitätsprinzips“, NStZ
1981, s. 2- 10.

Roxin Claus,

“Zur Wiedergutmachung Als Einer Dritten Spur
Im Sanktionensystem”, in: Festschrift für Jürgen
Baumann Zum 70. Geburtstag, Bielefeld 1992,
s. 243- 254.

Roxin Claus/

Arzt Gunther/

- Tiedemann** Klaus, Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht, 5. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg München Landsberg Berlin 2006.
- Roxin** Claus/
Schünemann Bernd, Strafverfahrensrecht, 26. Auflage, München 2009.
- Rudolph** Kurt, “Die politische Abhängigkeit der Staatsanwaltschaft”, NJW 1998, s. 1205- 1206.
- Rüping** Hinrich, Das Strafverfahren, 2. Auflage, München 1983.
- Saliger** Frank, “Grenzen der Opportunität: § 153a StPO und der Fall Kohl Zugleich Besprechung von LG Bonn, Beschluss vom 28.2.2001”, GA 2005.
- Schäfer** Gerhard, Die Praxis des Strafverfahrens, 4. Auflage, Stuttgart Berlin Köln Mainz 1976.
- Schlüchter** Ellen, Strafprozessrecht, 3. Auflage, Euwi Verlag, Thüngersheim Frankfurt am Main 1999.
- Schönke** Adolf /
Schröder Horst-
Stree Walker/
Hecker Bernd, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Auflage, München 2006.
- Schröder** Friedrich Christian, “Legalitäts- und Opportunitätsprinzip heute”, in: Festschrift für Karl Peters, Tübingen 1974, s. 411- 427.

- Schulenburg** Johanna, “Legalitäts- und Opportunitätsprinzip im Strafverfahren”, JuS 2004, s. 765- 770.
- Schünemann** Bernd, “Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege”, NStZ 1986, s. 193- 200.
- Schürer** Karl- Heinz, Die Entwicklung des Legalitätsprinzips mit der Emmingerschen Verordnung, Diss. Hamburg 1965.
- Sollberger** Jürg, Das Opportunitätsprinzip im Strafrecht- Ein tauglicher Versuch zur Bewältigung des Bagatelldelikts?, Basel Frankfurt am Main 1989.
- Sölez Tan** Umran/
Artuk Mehmet Emin, “Çocuk Ceza Hukuku Açısından Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi”, Argumentum, Y. 2, S. 19, Şubat 1992, s. 285- 290.
- Stile** Alfonso M., “Die Reform des Strafverfahrens in Italien”, ZStW 104 (1992), s. 429- 447.
- Tak** Peter J. P., “Einige Aspekte des Opportunitätsprinzips bei der Strafverfolgung nach niederländischem Strafprozeßrecht”, ZStW 84 (1972), s. 220- 253.
- Tezcan** Durmuş, Topluluğun Mali Çıkarlarının Cezai Korunması ve Avrupa Savcılığı Hakkında Yeşil Kitap, İzmir 2003.

Tezcan Durmuş/

Erdem Mustafa Ruhan/

Önok Rıfat Murat,

Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 5. Baskı,
Ankara 2007.

Toroslu Nevzat/

Feyzioğlu Metin,

Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Ankara
2009.

Tosun Öztekin,

Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C. I,
Genel Kısım, 4. Bası, İstanbul 1984. (**Tosun**,
Suç Muhakemesi).

Tosun Öztekin,

“Ceza Davasının Açılmasında Sistemler”,
İHFM, C. XXXIV, S. 1-4, İstanbul 1969, s. 42-
71. (**Tosun**, İHFM).

Töngür Ali Rıza,

Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme,
İstanbul 2009, (Yayımlanmamış Doktora Tezi),
(<http://tez2.yok.gov.tr>, erişim tarihi:
11.11.2010).

Tröndle Herbert/

Fischer Thomas,

Strafgesetzbuch, Kurz Kommentar, 54. Auflage,
München 2007.

Turhan Faruk,

Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006.

- Uğur Hüsametlin,** “Ceza Muhakemesinde Kovuşturma Mecburiyetinden Maslahata Uygunluk İlkesine”, TBBD, S. 73, 2007, s. 256- 288.
- Ünver Yener/
Hakeri Hakan,** Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2010.
- Volk Klaus,** Grundkurs StPO, 4. Auflage, München 2005.
- Weigend Thomas,** Anklagepflicht und Ermessen, Baden- Baden 1978. (**Weigend**, Anklagepflicht und Ermessen)
- Weigend Thomas,** “Die kurze Freiheitsstrafe- eine Sanktion mit Zukunft”, JZ 1986, s. 260- 269. (**Weigend**, Die kurze Freiheitsstrafe)
- Weigend Thomas,** Absprachen in ausländischen Strafverfahren, Freiburg in Breisgau 1990.
- Wessels Johannes/
Beulke Werner,** Strafrecht Allgemeiner Teil, 37. Auflage, Heidelberg 2007.
- Yamanaka Yuri,** “Das Gesetz zur Medizinischen Beobachtung- Eine neue Maßnahme gegenüber psychisch kranken Täter in Japan”, in: Rezeption und Reform im japanischen und deutschen Recht (Hg. Jörg Martin Jehle, Volker Lipp, Keiichi Yamanaka), Göttingen 2008, s. 239- 248, (www.goedoc.uni-

goettingen.de/goescholar/.../dtjap_symposium
_GJS_2.pdf, erişim tarihi: 11.11.2010).

Yenidünya A. Caner,

“5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda
Kamu Davasının Açılması, İddianamenin
Unsurları ve İadesi”,
([http://eakademi.org/incele.asp?konu=&kimlik=](http://eakademi.org/incele.asp?konu=&kimlik=1504760591&url=makaleler/acyenidunya1.htm)
1504760591&url=makaleler/acyenidunya1.htm
, erişim tarihi: 16.09.2010).

Yılmaz Davut,

“Kamu Davası Açılmasının Ertelenmesi”,
İstanbul 2009, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans
Tezi), (<http://tez2.yok.gov.tr>, erişim tarihi:
11.11.2010). (**Yılmaz**, Kamu Davasının
Açılmasının Ertelenmesi)

Yılmaz Ejder,

Hukuk Sözlüğü, 7. Baskı, Ankara 2002.
(**Yılmaz**, Hukuk Sözlüğü)

Yüce Turhan Tufan,

“Alman- Türk Ceza Muhakemeleri Usulünün
Prensipieri”, AD, Y. 51, S. 9, Eylül 1960, s.
636- 646.

Yücel Mustafa Tören,

“Kamu Davası Açılmasında Takdirilik Japon
Modeli, Yargıtay Dergisi, C. IV, 1992. (**Tören**,
Japon Modeli)

Zielinski Diethart,

“Strafantrag- Strafantragsrecht Zur Frage der
Funktion des Strafantrages und seinen
Wirksamkeitsvoraussetzungen”, in:
Gedächtnisschrift für Hilde Kauffmann, Berlin
New York 1986, s. 875- 890.

Zipf Heinz,

“Kriminalpolitische Überlegungen zum
Legalitätsprinzip”, in: Festschrift für Karl Peters
zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, s. 487-
502.