



**T.C.
SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ**

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

**5271 SAYILI CEZA MUHALEMESİ KANUNUNDA KAMU
DAVASI AÇMADA CUMHURİYET SAVCISININ TAKDİR
YETKİSİ
VE UYGULAMADAKİ SORUNLAR**

Özkan GÜNDÜZ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**DANIŞMAN
PROF.DR. FARUK TURHAN**

Isparta 2012



T.C.
SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

YÜKSEK LİSANS
TEZ SAVUNMA SINAV TUTANAĞI

Tez Savunması 1

Tarih: 06/06/2012

Enstitü Yönetim Kurulunun 6/6/2012 tarih ve 02/e sayılı kararıyla oluşturulan jürimiz Kamu Hukuku Anabilim Dalı Bilim Dalı YÜKSEK LİSANS öğrencisi Özkan Gündüz'nün "5271 Sayılı CMK'da Kamu Davasını Açmada Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve Uygulamadaki Sorunlar" başlıklı tezini incelemek ve değerlendirmek üzere 06/2012 tarihinde saat 10.0'da toplanmış ve adayı tez savunmasına almıştır.

Lisansüstü Yönetmeliği Madde 25 uyarınca adaya 45 dakika süreyle teziyle ilgili Ek'te sunulan sorular yöneltilmiştir. Yapılan değerlendirmeler sonunda adayın tezinin aşağıda belirtilen sebeplerle,

☒ Tezin kabul edilmesine
(Öğrenci, varsa jüri tarafından gerekli görülen düzeltmeleri yaparak, tezinin onaylı son şeklini bir (1) ay içinde Enstitü'ye teslim etmelidir.)

☐ Tezde düzeltme verilmesine
(Öğrenci, tezde gerekli görülen düzeltmeleri yaptıktan sonra üç (3) ay içinde savunmasını yineleyecektir.)

☐ Tezin reddedilmesine
(Öğrenci, yeni tez konusu belirlemelidir.)

*Tez adı değişikliği yapılmadı.
oy birliği/oy çokluğu ile karar verilmiştir.
Gereği için arz olunur.

Jüri

Adı Soyadı

İmza

Danışman : Prof. Dr. Faruk Turhan

Üye : Doç. Dr. Yüksel Metin

Üye : Yrd. Doç. Dr. Süleyman Dost

Ek : Herbir jüriye ait tez değerlendirme jüri raporları

Enstitü Yönetim Kurulu Kararı	Tarih: 06.06.2012	Karar No: 02/e
Bu form danışman tarafından düzenlenerek 3 gün içerisinde ilgili Anabilim Dalı aracılığı ile Enstitüye teslim edilir.		



T.C.

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans tezi olarak sunduğum "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve Uygulamadaki Sorunlar" adlı çalışmanın, tezin proje safhasından sonuçlanmasına kadar ki bütün süreçlerde bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurulmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin Bibliyografya'da gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve onurumla beyan ederim.

ÖZKAN GÜNDÜZ
25/06/2012

ÖNSÖZ

Bu tez çalışmasının hazırlanmasında emeği geçen değerli danışmanım Sayın Prof. Dr. Faruk TURHAN'a öncelikle bütün içtenliğimle saygı ve şükranlarımı sunuyorum. Lisanüstü eğitimim çalışmalarım süresince bana göstermiş oldukları yakın ilgi ve desteklerinden dolayı Sayın Cumhuriyet Savcısı Cevat ÖZDEMİR, Sayın Doç.Dr. Fahrettin ÖNDER, Sayın Doç. Dr. Yüksel METİN'e ve Sayın Doç. Dr Hayrettin USUL' a ayrıca saygı ve şükranlarımı sunuyorum.

Bu tez çalışmasında değerli zamanlarını ayırarak görüş beyan eden, öneride bulunan Sayın Sadık GÖRGÜLÜ'ye, Sayın Hüsameddin HASANOĞLU'na ve Sayın Cüneyt BAĞCI'ya ayrıca teşekkür ederim.

Son olarak bu zaman alıcı ve titiz çalışma süresince göstermiş olduğu sabır ve katkıdan dolayı sevgili eşim Aslı Hanıma ve biricik kızım Zeynep Aybüke'ye içtenliğimle sevgi ve şükranlarımı sunarım.

Özkan GÜNDÜZ / Haziran 2012

ÖZET

5271 SAYILI CEZA MUHAKEMESİ KANUNUNDA CUMHURİYET SAVCISININ TAKDİR YETKİSİ VE UYGULAMADAKİ SORUNLAR

GÜNDÜZ, Özkan

Süleyman Demirel Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi, 202 Sayfa

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Faruk TURHAN

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK), 171.maddesiyle Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda kamu davasının açılması bakımından Cumhuriyet savcısına istisnai nitelikte önemli bazı takdir yetkileri tanınmıştır. Ceza Muhakemesi Kanunu md. 171/1’de şahsi cezasızlık sebebi veya etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren durumların varlığı halinde Cumhuriyet savcısına kamu davasının açma bakımından takdir yetkisi verilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumuna yer verilmiştir.

Türk Hukukunda 2005 yılına kadar kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu bulunmamaktadır. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu, hukukumuza 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu ile girmiştir. Daha sonra 5560 sayılı kanun ile CMK’da yapılan değişikliklerle, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu, küçükler yanında yetişkinler için de uygulanmaya başlanmıştır. Bu çalışmamızda, Cumhuriyet savcısının şahsi cezasızlık ve etkin pişmanlık hallerinde kamu davasını açmadaki takdir yetkisi ile kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu, benzer diğer kurumlarla karşılaştırmalı olarak, hukuki niteliği incelenerek, uygulamadaki öngörülen sorunlar ve bunlara çözüm önerileri incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Cumhuriyet savcısının takdir yetkisi, kovuşturma mecburiyeti ilkesi, maslahata uygunluk ilkesi, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, Şahsi Cezasızlık Sebebi, Etkin Pişmanlık Hali, Erteleme, Kamu davası

ABSTRACT

POWER OF DISCRETION OF THE PUBLIC PROSECUTOR ON LAW OF
CRIMINAL PROCEDURE NO 5271 AND CHALLENGES IN THE
PRACTICE OF THE LAW

GÜNDÜZ, Özkan

Süleyman Demirel University

The Institute of Social Sciences, Department of Public Law

Postgraduate Thesis, 202 Pages

Thesis Advisor: Prof. Dr. Faruk TURHAN

The Public Prosecutor has been granted an exceptionally significant power of discretion regarding filing a criminal case in Turkish Penal Code through article no 171 of Law of Criminal Procedure no 5271. The Public Prosecutor has been granted the power of discretion regarding filing a criminal case in case of the presence of the personal impunity or the cases that require the provisions of the effective repentance to be applied in accordance with the paragraph no 171/1 of Law of Criminal Procedure. The second paragraph of the same article involves the office of the postponement of the public prosecution filing.

The Turkish Law has been exercising the office of the postponement of the public prosecution filing since 2005. The postponement of the public prosecution filing has been integrated into our law through Child Protection Law no 5395. The amendment in the Law of Criminal Procedure no 5271 in accordance with the Law no 5560 has involved the postponement of the public prosecution filing for the other people as well as children. In this study, the office of the postponement of the public prosecution filing shall be compared and contrasted with the similar other offices while its legal

composition are being investigated and the power of discretion of The Public regarding filing a criminal case in case of the personal impunity and effective repentance as well as the challenges in the practice of the law and the solution offers to these challenges have been studied.

Key Words: Power of Discretion of the Public Prosecutor, principle of prosecution obligation, principle of compliance with the affair, postponement of the public prosecution filing, Personal Impunity, Cause, Case of Effective Repentance, Postponement, Public Prosecution.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
ÖZET.....	ii
ABSTRACT	iv
KISALTMALAR	x
ÇALIŞMANIN AMACI, KAPSAMI VE METODU	1
BİRİNCİ BÖLÜM	
KAVRAMLAR, SAVCILIK MAKAMININ CEZA MUHAKEMESİ İÇİNDEKİ TARİHİ GELİŞİMİ, SAVCILIK TEŞKİLATI VE SAVCININ SORUŞTURMA BAŞLATMA YETKİSİ, KAMU DAVASININ AÇILMASINDA TEMEL İLKELER VE SAVCININ KAMU DAVASI AÇMADA MECBURİLİK VE TAKDİRİLİK AÇISINDAN KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA DURUMU	
I. KAVRAMLAR.....	5
II. SAVCILIK MAKAMININ CEZA MUHAKEMESİ İÇİNDEKİ TARİHİ GELİŞİMİ.....	7
A. Savcılığın Ortaya Çıkışı.....	7
B. Ceza Muhakemesinde Sistemler.....	11
1. İtham Sistemi.....	11
2. Tahkik Sistemi.....	13
3. Karma Sistem.....	14
III. TÜRK CEZA MUHAKEMESİNDE SAVCILIK TEŞKİLATI VE SAVCININ SORUŞTURMA BAŞLATMA YETKİSİ.....	16
IV. KAMU DAVASININ AÇILMASINDA TEMEL İLKELER.....	21
A. Kamu Davasının Kamusalılığı İlkesi	21
B. Davasız Muhakeme Olmaz İlkesi	25
C. Kovuşturma Mecburiyeti İlkesi	30
1. Kovuşturma Mecburiyetinin Lehinde Olan Görüşler	39
2. Kovuşturma Mecburiyeti İlkesinin Aleyhinde Olan Görüşler	41
D. Kamu Davası Açılmasında Savcıya Takdir Yetkisi Tanınması (Maslahata Uygunluk İlkesi).....	44
1. Genel Olarak.....	44
2. CMUK’da Kamu Davası Açılmasında Savcıya Takdir Yetkisi Tanınması (Maslahata Uygunluk İlkesi)	47
3. CMK’da Kamu Davası Açılmasında Savcıya Takdir Yetkisi Tanınması (Maslahata Uygunluk İlkesi)	48
4. Savcıya Takdir Yetkisi Tanınması Lehindeki Görüşler	51
5. Savcıya Takdir Yetkisi Verilmemesini Savunan Görüşler ...	52

6.	Görüşümüz.....	53
V.	KAMU DAVASI AÇMADA MECBURİLİK VE TAKDİRİLİK AÇISINDAN KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA SAVCININ KONUMU.....	55
A.	Anglo – Sakson Sistemi.....	57
B.	Kara Avrupa Sistemi.....	61

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA SAVCININ KAMU DAVASI AÇMA KONUSUNDA TAKDİR YETKİSİ OLARAK ŞAHSİ CEZASIZLIK VE ETKİN PİŞMANLIK HALLERİ

I.	GENEL OLARAK	71
II.	ŞAHSİ CEZASIZLIK SEBEPLERİ	72
A.	Savcının Takdir Yetkisinin Koşulları.....	78
B.	TCK’ da Düzenlenen Şahsi Cezasızlık Sebeplerinde Savcının Takdir Yetkisini Kullanması	79
1.	Taksirli Suçlarda Şahsi Cezasızlık Sebebi.....	79
2.	Malvarlığına Karşı Suçlarda Şahsi Cezasızlık Sebebi.....	82
3.	Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçlarında Şahsi Cezasızlık Sebebi	87
4.	Yalan Tanıklık Suçunda Şahsi Cezasızlık Sebebi	92
5.	Suç Delillerini Yok Etme, Gizleme veya Değiştirme.....	93
6.	Suçluyu Kayırma Suçunda	94
7.	Tutuklu, Hükümlü veya Suç Delillerinin Bulunduğu Yeri Bildirmemek Suçunda.....	95
III.	ETKİN PİŞMANLIK HALİNDE SAVCININ TAKDİR YETKİSİNİ KULLANMASI.....	96
A.	Savcının Takdir Yetkisini Kullanmasının Koşulları.....	99
B-	Savcının Takdir Yetkisine İlişkin Koşulların Bulunması Halinde Takdir Yetkisini Kullanması	100
IV.	TCK’DA SAVCININ KAMU DAVASI AÇMADA TAKDİR YETKİSİ OLAN ETKİN PİŞMANLIK HALLERİ.....	101
A.	Organ ve Doku Ticareti Suçunda Etkin Pişmanlık Halinde	101
B.	İmar Kirliliğine Neden Olma Suçunda Etkin Pişmanlık Halinde	102
C.	Uyuşturucu Madde Suçlarında Etkin Pişmanlık Halinde	104
D.	Para veya Kıymetli Damgada Sahtecilik Suçlarında Etkin Pişmanlık Halinde.....	108
E.	Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçlarında Etkin Pişmanlık Halinde.....	110
F.	Rüşvet Suçunda Etkin Pişmanlık Halinde	113

G. Yalan Tanıklık Suçunda Etkin Pişmanlık Halinde.....	115
H. Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçlarından Etkin Pişmanlık Halinde.....	116
V. SAVCININ TAKDİR YETKİSİNİ KULLANDIĞI KARARLARA KARŞI İTİRAZ YOLU	117
VI. CMK’NIN 171/1. MADDESİNİN UYGULANMASI.....	119

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SAVCININ KAMU DAVASI AÇMADA TAKDİR YETKİSİ KAPSAMINDA KAMU DAVASINI AÇMAYI ERTELEME YETKİSİ

I. CEZA VE CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA ERTELEME VE TARİHSEL GELİŞİMİ.....	129
II. CEZA HUKUKU VE CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA ERTELEME ÇEŞİTLERİ.....	135
A. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi	136
B. Hükümün Açıklanmasının Ertelenmesi	137
C. Cezanın Ertelenmesi	139
D. Duruşmanın Ertelenmesi	139
III. KAMU DAVASININ AÇILMASININ ERTELENMESİ KURUMU ALEYHİNDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER	140
IV. KAMU DAVASININ AÇILMASININ ERTELENMESİ KURUMU LEHİNDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER	142
V. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA KAMU DAVASININ AÇILMASININ ERTELENMESİ	143
VI. TÜRK CEZA MUHALEMESİ KANUNUNDA KAMU DAVASININ AÇILMASININ ERTELENMESİ.....	146
A. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kararlarının Koşulları	150
1. Suça ve Cezaya İlişkin Koşullar	152
2. Şüphelinin Daha Önce Kasıtlı Bir Suçtan Dolayı Hapis Cezası ile Mahkum Olmamış Bulunması	154
3. Yapılan Soruşturmanın, Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Halinde Şüphelinin Suç İşlemekten Çekineceği Kanaatini Vermesi.....	156
4. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesinin, Şüpheli ve Toplum Açısından Kamu Davasının Açılmasından Daha Yararlı Olması	159
5. Suçun İşlenmesi İle Mağdurun veya Kamunun Uğradığı Zararın Giderilmesi	159
6. Uzlaşma Hükümlerinin Uygulanması Halinde Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kararı	162

B.	5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu Ve Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kurumu.....	165
VII.	KAMU DAVASININ AÇILMASININ ERTELENMESİ KARARININ SONUÇLARI, KARARA İTİRAZ, KARARIN KAYDI VE MÜSEDERE İLE İLİŞKİSİ.....	168
	A. Ertelemenin Sonuçları.....	168
	B. Erteleme Kararına Karşı Denetim Yolu Olarak İtiraz.....	170
	C. Erteleme Kararının Sisteme Kaydı ve Etkisi.....	171
	D. Erteleme ve Müsadere İlişkisi.....	172
VIII.	KAMU DAVASININ AÇILMASININ ERTELENMESİ KURUMUNUN UYGULAMASI VE UYGULAMADAKİ SORUNLAR.....	173
	A. Anket ve İstatistikler Işığında Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kurumuna İlişkin Sorunlar ve Öneriler.....	178
	SONUÇ	187
	EKLER.....	193
	KAYNAKÇA	194
	ÖZGEÇMİŞ	202

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı Geçen Eser
a.g.m	: Adı Geçen Makale
AHİM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
Akt.	: Aktaran
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
bkz	: Bakınız
bs	: baskı, bası
c.	: cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemesi Usul Kanunu
çev.	: çeviren
ÇKK	: Çocuk Koruma Kanunu
CPS	: Crown Prosecution Service
CCP	: Kraliyet Savcıları Kodu
CJA	: Ceza Adaleti Yasası
DEÜHF	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr.	: Doktor
E	: Esas
f.	: Fıkra
HSK	: Hakimler ve Savcılar Kanunu

İHFM	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
JGG	: Alman Genç Mahkemeleri Kanunu
K	: Karar
KDAEK	: Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kararı
md	: Madde
MÜHF	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.	: Profesör
REC(2000)19	: Avrupa Konseri Bakanlar Komitesinin Ceza Adaleti Sisteminde Savcılığın Rolü ile ilgili Üye Devletlere sunduğu 2000/19 sayılı tavsiye kararı
RG	: Resmi Gazete
s.	: sayı
sh.	: sayfa
StPO	: Alman Ceza Muhakemesi Kanunu
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Programı
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
yay.	: Yayınlayan
YD	: Yargıtay Dergisi
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
YÖK	: Yüksek Öğretim Kurumu

ÇALIŞMANIN AMACI, KAPSAMI VE METODU

04/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı CMK, 01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanun yürürlüğe girmeden önce ise, 25 Mayıs 2005 tarihinde 5328 sayılı kanun ile değişiklik yapılmıştır. Hemen akabinde CMK'nun yürürlüğe girmesinden sonra uygulamada doğan ihtiyaçları karşılayabilmek amacıyla 22/05/2005 tarih ve 5353 sayılı kanun ile değişikliğe gidilmiştir. Bu kanundaki değişiklikler de yeterli olmayınca, 06/12/2006 tarih ve 5560 sayılı kanunla CMK'da değişiklikler yapılmıştır. Yapılan bu değişiklikler tamamen yenilenen CMK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte ortaya çıkan sorunları gidermeye yöneliktir. CMK'nın bu halinde ceza yargılamasının ilk aşaması olan soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı etkilidir. CMK ile Cumhuriyet savcısının etkinliği daha da artmıştır.

İddia, savunma ve yargılama mercii olmak üzere ceza yargılamasında üç suje vardır. Bunlardan iddia makamı olan Cumhuriyet savcılığının ceza yargılamasındaki görevi bir suç şüphesinin ortaya çıkması üzerine soruşturma yaparak, bu soruşturmanın sonucunda yeteli şüphe bulunmaması halinde, kamu adına kovuşturmaya yer olmadığına dair karar vermek ya da yeterli şüphenin oluşması halinde uyuşmazlığı iddianame düzenlemek suretiyle yargılama makamı olan mahkeme önüne getirmektir.

Cumhuriyet savcısı ihbar veya bir başka suretle bir suçun işlendiği izlenimi veren bir haki resmen öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere araştırmaya başlar. Böylece soruşturma evresi başlamış olur.

Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda Adalet Bakanına Cumhuriyet savcısına kamu davası açma emri kaldırılmıştır. Buna yer verilmemiştir. Aynı şekilde valilerin illeri kapsamındaki bazı davaların açılmasını savcılardan isteme, yerine getirmediği takdirde Adalet Bakanlığına durumu bildirme yetkileri de kaldırılmıştır. CMK'da, Meclisin Yüce Divan'a dava açma yetkisi dışında, Türk Ceza Muhakemesi Kanununda, işlenmiş olan bir suçla ilgili soruşturma yapmak, dava açmak görev ve yetkisini Cumhuriyet savcısına vermiştir. Bu yetki kanunda belirtilen istisnalar dışında tekel durumdadır. Bu istisnalardan birine örnek olarak YÖK md 51/3 gösterilebilir.

CMK'nın 160. maddesinin 2. fıkrasında Cumhuriyet savcısının yeri ve temel görevinin nitelikleri “Maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılması için emrindeki adli kolluk görevlileri marifeti ile, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür.” hüküm altına alınarak belirlenmiştir.

CMUK 148. maddesine göre; “Ceza takibini gerektirecek hususlarda yeterli delil mevcut ise” Cumhuriyet savcısının kamu davasını açmakla yükümlü olduğu belirtilmekteydi.

CMUK zamanında savcının konumunda, doktrinde kullandığı yetkiler açısından soruşturmanın Beyi gibi ifadeler kullanılırken, yeni CMK ile Cumhuriyet savcılarının artık soruşturmanın imparatoru haline geldikleri yorumu doktrinde Sayın Bahri Öztürk tarafından yapılmıştır. Bunun nedeni Cumhuriyet savcılarının tanınan yetkilidir. Bu yetkilerden biriside kamu davası açmada takdir yetkisidir.

CMUK döneminde Cumhuriyet savcısının kamu davası açmakta takdir yetkisini düzenleyen açık bir kanun maddesi bulunmamaktaydı. Yeni CMK ve yapılan değişikliklerle birlikte CMK md. 171 ile kamu davası açmada savcıya takdir yetkisi verilmiştir.

Bu çalışmamızın konusunu 04/12/2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında yer alan, Cumhuriyet savcısının kamu davasını açmada takdir yetkisi oluşturmaktadır.

Mahkemelerin iş yükünün fazla olması nedeniyle ülkemizde davalar çok uzun sürmektedir. Mahkemelerin iş yükünün azaltılması için savcıya kamu davası açmada takdir yetkisi tanınması önemli bir faktör olduğu düşünülmektedir. Cumhuriyet savcısı kural olarak kovuşturma mecburiyeti ilkesine bağlı olduğundan dolayı bu bağlılığın özünü zedelemekten ne derecede Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi verilmesi gerektiği konusu üzerinde dikkat edilmesi gereken önemli bir husustur.

Bu çalışmanın amacı CMK'nın 171. maddesi ile Türk ceza muhakeme hukukumuzda ilk defa kanun ile düzenlenen Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini, savcılarının hangi hallerde kullanılabileceği ve takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda savcılarının nasıl karar verecekleri konusu araştırılıp, yargının daha hızlı işlemesi için,

mahkemelerin iş yükünün azaltılmasına katkı sağlamak ve uygulamada verilmiş yargı kararlarına yer verilerek uygulayıcılara ışık tutmak amaçlanmıştır.

Tez konusu ile bağlantılı olarak çalışmamın ilk bölümünde Savcılık kurumunun tarihsel gelişimi ve ceza muhakemesi hukukunun ana ilkelerinden olan, kamu davasının kamusalılığı, davasız muhakeme olmaz ilkesi, kamu davasında mecburilik ilkesi ve takdirilik ilkesinin tarihi gelişimi ve mukayeseli hukuktaki durumu incelenmiştir. Yine bu bölümde devletin cezalandırma yetkisinin tarihsel gelişimi incelenmiştir. Ayrıca maslahata uygunluk ilkesinin mukayeseli hukukta nasıl düzenlendiği ve nasıl uygulandığı da ele alınmıştır.

İkinci bölümün konusunu savcının kamu davası açmada takdir yetkisini kullanabileceği haller oluşturmaktadır. Bu bölümde önce CMK md. 171 kapsamında savcının kamu davası açmada takdir yetkisini, şahsi cezasızlık sebepleri ve etkin pişmanlık hallerinin olduğu durumlarda kullanacağı göz önünde tutularak, hangi fiillerin şahsi cezasızlık sebebi, hangi fiillerin de etkin pişmanlık olarak kabul edilmesi gerektiği hususu uygulamada örnekler, Yargıtay kararları ve akademik çalışmalar ışığında ele alınmıştır. Yine bu bölümde savcının CMK md. 171/1'de düzenlenen takdir yetkisini kullanarak kamu davasının açılmasına yer olmadığına kararına karşı hangi kanun yollarına başvurulabileceği; kanunda düzenlenmeyen ancak uygulanmasında kanuna aykırılık doğurmayacak hangi hukuki durumların söz konusu olabileceği incelenmiş olup; ayrıca CMK md. 171/1'in savcılıklar tarafından nasıl uygulandığı hususu tartışılmıştır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde ise, erteleme kurumu ve ertelemenin bir çeşidi olan kamu davasının açılmasını erteleme kurumunun tarihçesi ile birlikte şartları ve niteliği incelenmiştir. Türk hukukunda yeni uygulamaya başlayan kamu davasının açılmasının ertelenmesinin kapsam ve koşulları doktrin ve Yargıtay kararları ışığında ele alınarak ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bu bölümün sonunda kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun uygulamada nasıl işlediği konusunda yapmış olduğumuz anket çalışması ve bu çalışma ışığında uygulamadaki sorunlar ve çözüm önerileri ele alınmıştır.

Sonuç bölümünde ise; maslahata uygunluk ilkesinin Ceza Muhakemesi Hukukunun gelişiminin sonucu ve günümüzde ceza muhakemesinin sorunlarının bir

bölümünü çözebilecek nitelikte olması ayrıca bazı müessesler ile kuvvetlendirilmesi durumunda daha rahat uygulama alanı bulabileceği hususlarında bazı düşüncelere yer verilmiştir. Kamu davasının açılmasının ertelemeinin uygulamada işlevlik kazanabilmesi için çalışma sonunda elde ettiğimiz verilere dayanarak önerilerde bulunulmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAMLAR, SAVCILIK MAKAMININ CEZA MUHAKEMESİ İÇİNDEKİ TARİHİ GELİŞİMİ, SAVCILIK TEŞKİLATI VE SAVCININ SORUŞTURMA BAŞLATMA YETKİSİ, KAMU DAVASININ AÇILMASINDA TEMEL İLKELER VE SAVCININ KAMU DAVASI AÇMADA MECBURİLİK VE TAKDİRİLİK AÇISINDAN KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA DURUMU

I. KAVRAMLAR

Ceza muhakemesinde iddia (itham), bir kimsenin bir suçu işlediğini ileri sürmektir.¹ İddia, savunma ve yargılama makamları arasındaki ilişki ve yetkilerin ne olması gerektiği, çeşitli dönemlerde toplumdan topluma farklılık göstermiştir. Ceza muhakemesi tarihinde, suçluların yargılamada oynadıkları role göre çeşitli sistemler oluşmuştur.²

Ceza muhakemesinin icrasını taraflara bırakan muhakeme usulüne, taraf muhakemesi, sisteme ise itham sistemi denmektedir. Roma Hukukunda itham sistemi hakim olmuştur. Bu sistemde hakim, hakem durumundadır. Özel hukukta olduğu gibi davacı, davayı açar ve olayı hakim önüne getirirdi.³ Buna karşılık devletin, ceza kovuşturmasını kendi tekeline aldığı dönemlerde ceza muhakemesi, engizisyon (tahkik) muhakemesi veya iddia muhakemesi şeklinde yapılandırılmıştır.⁴

Savcı, toplum adına adli makamlar nezdinde dava açıp iddiada bulunan kişidir.⁵ Savcı ceza yargılaması faaliyeti içinde hâkimden sonra gelen en önemli suçludur. Hâkim, önüne gelen ceza uyuşmazlığını çözen kişi olarak birinci planda rol oynarken, onun önüne uyuşmazlığı getiren onun için de hazırlık ve araştırma yapan, delilleri toplayan savcının da önemli rolü vardır. Ceza muhakemesi içinde savcı iddia faaliyetini yürütür.⁶

¹ CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Anadolu Üniversitesi, 1. Baskı, Eskişehir 2005, sh.31

² CENTEL/ZAFER, sh.31

³ CENTEL/ZAFER, sh.31

⁴ CENTEL/ZAFER, sh.31

⁵ YILMAZ, Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2001, sh.761

⁶ YURTCAN, Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 2007, sh.140 vd., Cumhuriyet savcısının görevleri; adli göreve ilişkin işlemleri yapmak, duruşmalara katılmak ve kanun yollarına başvurmak(5235 Sayılı Kanunun md.20/1), başsavcı tarafından verilen görevleri yerine

CMUK md.344'de gösterilen durumlarda suçtan zarar gören kişi tarafından açılan ve yürütülen davaya şahsi dava denirdi. Bu davayı açana ise şahsi davacı denirdi. Kamu davasının mecburiliğinin bir istisnasını teşkil eden şahsi davayı suçtan zarar gören kişi şikayette bulunmadan doğrudan açabilirdi. Şahsi dava mecburilik sisteminin bir istisnasıdır. Mülga ceza kanununun md.191 son, 193/1, 195, 197, 456/4, 459/1, 480 ve 482. maddeleri şahsi dava konusu teşkil eden suçların örnekleri olarak gösterilebilir. Bu konudaki ayrıntılı açıklama birinci bölümde maslahata uygunluk başlığı altında yapılacaktır.

Ceza Muhakemesi Kanununda kovuşturma kavramına 2. maddede tanımlar bölümünde yer vermektedir. CMK'ya göre kovuşturma iddianamenin kabulünden sonra sanığın beraatine veya yükümlü sıfatını almasına veya davayı sona erdiren diğer nedenlerin gerçekleşmesine kadar geçen evreyi kapsar (CMK md.2/1.f). Yine CMK'nın 2.maddesinde yer verilen soruşturma kavramı ise; soruşturma kanununa göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenmesinde iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi ifade eder (CMK md.2/1.e).⁷ CMK'da öngörülen bu iki kavram eleştirilmektedir. Yurtcan'a göre, yasa, birinci derecede yargılamayı iki bölümde mütalaa etmektedir. Fakat bunlar için kullanılan terimler doğru değildir. Yasa, hazırlık soruşturmasının yapılıp iddianame mahkemeye verilinceye kadar geçen döneme soruşturma evresi demektedir. Bundan sonra son soruşturma bitinceye kadarki döneme de kovuşturma evresi demektedir. Bu terimler yanlıştır. Soruşturma işlemleri yargılamanın hazırlık döneminde ağırlık taşısa da son soruşturmada da soruşturma işlemleri yapılır. Örneğin, mahkeme duruşmada zimmetten yargılanan bir kişinin bağlı olduğu bir kuruma teskere yazarak onun sıfatını sorarsa bu işlem bir soruşturma işlemidir. Bu nedenle yazar, kovuşturmayı son soruşturmayla sınırlamanın uygun olmadığı görüşündedir.⁸ Şahin'e göre ise; bu ayrımın tam isabetli olmadığı söylene de olumlu yönlerinin de bulunduğunu kabul etmek gerekir. CMK'nın bu ayrıma uygun olarak her iki aşamada hakkında soruşturma ve

getirmek (5235 Sayılı Kanunun md.22/2), Cumhuriyet başsavcısına gerektiğinde vekalet etmek (5235 Sayılı Kanunun md.20/3), cezaları infaz etmek (5235 Sayılı Kanunun md.17 - 5275 Sayılı Kanunun md5), kanunlarda verilen diğer görevleri yerine getirmek (5235 Sayılı Kanunun md.20/4), kamu davasının açılmasını talep etmek ve kamu davasını yürütmek, koruma tedbirlerine başvurmadır (5235 Sayılı Kanunun md.24).

⁷ ÖZBEK Veli Özer / KANBUR, Nihat M., / DOĞAN, Koray / BACAŞIZ, Pınar / TEPE, İlker **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 2. Basım. Seçkin Yayınları, Ankara 2011 sh.184

⁸ YURTCAN, sh.46 vd.

kovuşturma yürütülen kişinin sıfatı da farklı şekilde belirtilmiştir. Kanunun bu sistemine göre, suç şüphesi altında bulunan kimseler, soruşturma aşamasında şüpheli, kovuşturma aşamasında ise sanık olarak kabul edilecektir. Bu hükümle CMK sanık sıfatının ne zaman başlayıp ne zaman sona ereceği şeklindeki doktrindeki tartışmalara da son vermiştir.⁹

II. SAVCILIK MAKAMININ CEZA MUHAKEMESİ İÇİNDEKİ TARİHİ GELİŞİMİ

A. Savcılığın Ortaya Çıkışı

Temel hak ve özgürlüklerle doğrudan ilgili olması nedeniyle çok önem taşıyan ceza muhakemesi; iddia, savunma ve yargılama makamlarının katkılarıyla yapılmaktadır.¹⁰ Bu manada, işbirliği esasına dayanan ve kolektif olarak yürütülen ceza muhakemesinin üç makamından birisi iddia makamıdır. Ceza muhakemesinde soruşturma, suç işlendiği iddiasıyla başladığı için muhakemenin ilk aşamasında iddia makamı yer alır. İddia makamı iddia faaliyetini toplum adına yürütmektedir.

İşlenen bir suçtan dolayı aynı zamanda kamunun bu suçtan zarar görmesi sebebiyle, devlet suçun mağduru olarak kabul edilmektedir. Suçun işlenmesi nedeniyle bozulan kamu düzeninin süratle yerine getirilmesi ve adaletin sağlanması gayesi ile kamu adına suçları takip edecek bir organın varlığına her zaman ihtiyaç duyulmuştur. İşte bu ihtiyaç savcılık kurumunun ortaya çıkmasına yol açmıştır.¹¹

⁹ ŞAHİN, Cumhur, **Ceza Muhakemesi Kanunu, Gazi Şerhi**, Seçkin Yayınları Ankara 2005, sh.53; Aynı yönde görüş için bkz: TURHAN, Faruk, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Asil Yayınları, 1. Baskı, 2006, sh.17

¹⁰ KUYUCU, Abdullah, Aydın, **Türkiye’de Savcılık**, ‘‘Savcılığın Ceza Adalet Sistemindeki Rolü ve Örgütlenmesi’’ (Tebliğ) Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2006, sh.131

¹¹ GÜNEŞ, Umut, **Savcılığın Tarihsel Gelişimi**, (Makale) Y.99 S.30 Ocak 2008 Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara 2008, sh.40

Eski dilde savcıya müddeiumumi denirdi. Müddeiumumi tabiri; hukukumuzda ilk olarak 1870’de çıkartılan Dersadet ve Mülhakat-ı İdare-i Zabita ve Mülkiyeye ve Mehakimi Nizamiyesine Dair Nizamname’nin 71’inci maddesiyle gelmiştir.¹²

İslam’da muhakeme hukuku alanında şer’i esaslara göre hareket edilerek fıkıh hükümleri uygulanmıştır. İslam’da ceza davaları ile hukuk davaları arasında bir fark yoktur. Suçtan zarar gören kişi iddiacı ve davacı, sanık da hukuk davasında davalının durumuna benzer durumdadır. İslam ceza muhakemesinde şahısların harekete geçirmesiyle başlayan ve yürüyen bir yargılama biçimidir. İslam hukukuna göre suçlunun cezalandırılabilmesi için dava açılması, bir çok hallerde , özellikle Hakk-ı Âdemi’yi ilgilendiren suçlarda, tamamıyla özel hukukun içine giren bir husustur. Bu gibi durumlarda dava açmak ya da açmamak mağdurun veya veresesinin hakkıdır. Fakat mağdurun veresesini yoksa bu durumda bu hak devlete geçer. Davanın açılması üzerine kadılar şer’i hükümlere göre yargılama yapmışlardır. Delilleri davacı yargılamada ileri sürmek ve ispat etmek zorundadır. İslam ceza muhakemesi alanında şer’i hükümlerin uygulanması bu sonucu ortaya çıkartmıştır. Bu muntazam bir ceza muhakemesi yasasının olmamasının neticesidir. Böylece İslam ceza muhakemesi hukukunda dava açacak ayrıca bir savcıya ihtiyaç duyulmamıştır.¹³

XVI. yüzyılda savcılığın doğuşu kralların otoritelerini senyörler ve çevresi aleyhine güçlendirdiği bu döneme rastlar. XVI. ve XVII. yüzyıllarda savcılık makamı gelişmeye devam etmiştir.¹⁴

Avrupa’nın bir çok ülkesinde kamu davasını açmak, ceza davalarının büyük bir kısmında kamunun temsilcisi sıfatıyla taraf olarak bulunmakla görevli savcıların tayini ancak XIX. yüzyıl içinde mümkün olmuştur. Modern savcılık örgütünün kurulması 1879 yılından sonra ilk olarak Fransa’da görülmüştür. Ülkemizde savcılık teşkilatının mazisi yenidir. Ülkemizde İslam hukukunun uygulandığı dönemde savcılık örgütü yoktur. Kovuşturmayı fertler yapıyordu. Aynen batıda olduğu gibi İslam’da da suçla mücadele görevi suçtan zarar gören kişinin görevi olmuştur. Nizamiye mahkemeleri kurulduğunda ise yine sürekli görev yapan savcılık örgütü

¹² KEYMAN, Selahattin, **Ceza Muhakemesinde Savcılık**, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, sh.63

¹³ YURTCAN, sh.17 ; ÜÇÖK, Coşkun, **Savcılıkların Avrupa Hukukunda Gelişmesi ve Türkiye’de Kuruluşu**, Ordinaryus Prof. Dr. Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan, Ankara 1964, sh.36 vd.

¹⁴ SOYASLAN, Doğan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, sh.

bulunmamaktadır. Bazı muhakeme üyelerinin bu işle görevlendirilmesi söz konusudur. Ülkemizde modern anlamda savcılık 1879 tarihinde yürürlüğe giren ve büyük çapta 1808 tarihli Fransız Ceza Muhakemesinin çevirisi olan Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu Muvakkati ile gerçekleşmiştir. 1879 tarihli Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu Muvakkati’nda savcılara ilişkin bir bölüm vardı (md.20-25).¹⁵

Avrupa Birliğinde savcılık teşkilatı ile ilgili yapılan çalışmalarda; Corpus juris tasarısı ve Yeşil Kitap’ın ceza muhakemesine ilişkin olarak öngördüğü düzenlemelerin merkezinde Avrupa ülkeselliği prensibinden hareketle Avrupa savcılığının kurulması fikri yer almaktadır(Corpus Juris md.18-19). Buna göre Avrupa Savcılığı Brüksel’deki Avrupa genel savcısı ile üye devletler tarafından görevlendirilecek ve ilgili devletin başkentinde faaliyet gösterecek olan delege savcılarında meydana gelecektir(Corpus Juris md.18/3). Avrupa Savcılığı, Corpus Juris md. 1-8’de düzenlenen suçlar için soruşturma, kovuşturma, kamu davası açma, açılan kamu davasında erteleme ve cezanın infazı konusunda yetkilidirler. Savcılık, gerek ulusal makamlarından gerekse topluluk organlarından bağımsızdır.¹⁶ Corpus Juris Projesine göre Avrupa Savcılığı önemli ölçüde Avrupa İnsan Hakları sözleşmesine göre oluşturulmuş muhakeme ilkeleri ışığında soruşturmaları yürütecek ve delilleri toplayacaktır.¹⁷ Avrupa savcılığı kurumu henüz hayata geçirilememiştir.

27 Ağustos – 7 Eylül 1990 tarihleri arasında Küba’nın Havana Şehrinde yapılan 8. Birleşmiş Milletler Suçun Önlenmesi ve Suçluların Islahı Konferansında kabul edilen; “Savcıların rolüne dair ilkelerin” kovuşturmaya karşı alternatif başlıklı 18. ve 19. maddelerinde, savcıların ulusal hukuka uygun olarak ve şüpheli ve mağdurların haklarına bütünüyle saygı göstererek, kovuşturmadan vazgeçme veya kovuşturma sürecinin şartlı veya şartsız olarak durdurulması veya cezai olayların yargısal sistemin dışına taşınması için gerekli çabayı gösterecekleri düzenlenmiştir.¹⁸ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin 06/10/2000 tarihinde kabul ettiği savcılığın

¹⁵ YURTCAN, sh.140 vd. ; ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Ruhan, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, sh.297; ÜÇÖK, sh.35

¹⁶ ERDEM, Mustafa, Ruhan, **Avrupa Birliği Hukukunun Üye Devletlerin Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna Etkisi**, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, sh.196 vd.

¹⁷ ERDEM, sh.199

¹⁸ Uluslararası Savcılar Birliği, **Savcılar İçin İnsan Hakları El Kitabı**, Editörler: Egbert Myjer, Barry Hancock, Nicholas Cowdery; Derleyen Marnix, Alink, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2008 sh.280 vd.

adalet sistemi içindeki rolüne dair (2000) 19 sayılı tavsiye kararı; savcıların kanuna aykırılığın bir cezai müeyyideyi gerektirdiği hallerde toplum adına ve kamu yararına hem bireyin haklarını, hem de ceza adalet sisteminin gereken etkinliğini birlikte göz önünde bulundurarak hukukun uygulanmasını sağlayan kişiler şeklinde tanımlamıştır.¹⁹ Bu tanım, Macaristan'ın Budapeşte kentinde 29/31 Mayıs 2005 tarihleri arasında yapılan Avrupa Savcılar Konferansının 6'ncı oturumunda kararlaştırılan "Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları (Budapeşte İlkeleri)"nın üçüncü maddesine de konulmuştur. Budapeşte İlkeleri Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun 10/10/2006 ve 424 sayılı kararı ile benimsenmiştir. Bu ilkeler, Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü'nün 14/11/2006 tarihli ve 100289 sayılı yazısı ile merkez ve mülhakatta görevli tüm hâkim ve savcılara duyurulmuştur. Yargıtay Ceza Genel Kurulu vermiş olduğu 20/11/2007 tarih, 2007/5-83 esas ve 2007/244 K. sayılı ilamında yargı mensuplarının tarafsız, tutarlılık, doğruluk, dürüstlük, eşitlik, ehliyet ve liyakat koşullarına sahip olmaları, hâkim ve Cumhuriyet savcılarının kendilerine verilen ve tanınan görev ve yetkilerinin ulusal hukuk normları ile evrensel anlamda kendilerini bağladığında kuşku bulunmayan Bangolar Yargı Etiği İlkeleri ve Cumhuriyet Savcıları için Budapeşte İlkeleri kurallarına tabi olarak yerine getirme hususunu vurgulayarak, hâkim ve cumhuriyet savcılarının hukuka veya etik kurallarına aykırı davranmalarının kamunun zararına neden olması veya kişilerin mağduriyetine yol açması ya da kişiler haksız bir kazanç sağlaması durumunda 5237 sayılı kanunun (TCK'nın) 257'nci maddesinde yaptırıma bağlanan görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı kanaatine varılmıştır.²⁰

¹⁹ TÖREN, Mustafa, Yücel, **Türkiye'de Yargının Etkinliği**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008, sh.288

²⁰ BOŞGELMEZ, Aydın, **Adil Yargılama Hakkı ve Silahların Eşitliği Bağlamında Ülkemizde Savcılık**, (Tebliğ) Bir Adli Yargı Olarak Savcılık Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2006, sh.229 vd. ; GÜLTEKİN, Özkan, **Öğretide ve Uygulamada İddianame ve İddianamenin İadesi**, Seçkin Yayınları, Ankara 2011, sh.39 vd.; YCGK, 20/11/2007 tarih ve 2007/5-83 Es., 2007/244 K. sayılı kararı, Kazancı, Açıklamalı Kanun ve İçtihad Programı; İÇEL, Kayıhan, **Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları**, Budapeşte İlkeleri Işığında Savcıyı Ret Sorunu, İTÜSBD, y.7, s.14 Güz2008, sh.27 vd.

B. Ceza Muhakemesinde Sistemler

Ceza muhakemesi hukuku tarihinde, ceza adaletinin tarafları veya mahkeme subjeleri arasındaki ilişki kişinin hak ve özgürlüklerini veya kamu düzenini korumak kaygısına göre üç şekilde ortaya çıkmıştır. Bunlar; itham, tahkik ve karma sistemlerdir.²¹

1. İtham Sistemi

Bir kimsenin fail olarak cezalandırılabilmesi için başka bir kimse tarafından itham edilmesi ve itham edenin failin suçlu olduğunu kanıtlamasını öngören sisteme itham sistemi denir. Bu ferdiyetçi ve liberal düzenle ilgili bir sistemdir.²² Ceza muhakemesi sisteminde tez ile sentez başka bir ifade ile iddia ile yargı fonksiyonları birbirinden kati bir şekilde ayıran bu sisteme itham sistemi denilmektedir. Yani bir organ ithamda bulunurken, başka bir organ da bu itham hakkında karar vermektedir.²³

İtham sisteminde yargıyı suçtan zarar gören harekete geçirir. Bu nedenle mağdur, failler veya fail yakınları tarafından tehdit edilebilir. Ya da kendisine para teklif edilebilir. Bundan dolayı mağdur şikayetten vazgeçebilir. Ya da tembelliği veya kişisel nedenlerle şikayetçi olmayabilir. İtham sisteminde hakimın resen araştırma yetkisi sınırlı olduğundan suçlunun cezasız kalma ihtimali daha fazladır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince de uygulanan yargılama sistemi itham sistemine daha yakındır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarının Türk hukuku için de bağlayıcı olduğu dikkate alındığında, itham sisteminin Türk

²¹ SOYASLAN, sh. 67

²² ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ALAN, Esra / ERDEM, Ruhan, Mustafa / SIRMA, Özge / SAYGILAR, Yasemin F., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara 2010, sh.139 vd.

²³ ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. Basım, Adalet Yayınları, Ankara 2011, sh.40

hukukunda da mevcut olduğunu kabul etmek gerekir.²⁴ Yine savcı bir iddianame ile soruşturma yapılmasını istediğinde itham sistemi uygulama alanına çıkar.²⁵

İtham sistemi ceza muhakemesinin tarihi gelişi içinde bilinen en eski sistemdir. Kaynağını suçun sadece suçtan zarar görenin alakadar ettiği ve toplumu ilgilendirmediyişinin kabul edildiği dönemden alır. Roma'nın ilk dönemlerinde ve Avrupa feodalitesinde uygulanmıştır. Bugün ise Anglosakson ülkelerinde yani İngiltere ve Amerika'da uygulanmaktadır. Hakim eski katılığından çok şey kaybetmiş ve sistemden taviz verilmiştir. İtham sisteminin öngördüğü ceza muhakemesi özel yargılamaya benzemektedir. Çünkü kaynağı suçların özel nitelikte sayıldığı döneme çıkmaktadır. İlk dönemlerde kamu otoritesi yok veya çok zayıf olduğu için suçlar özel nitelikte sayılmaktaydılar. Hâkim özel bir şahıs olup, devlet memuru değildir. Taraflarca reddedilebilir. Daha sonraları devletin memuru olmuştur. Yargıyı harekete geçiren memurdur. Hâkim resen harekete geçemez. Yargılama çekişmeli, aleni ve sözlüdür. Taraflar birbirlerinin iddialarına karşı iddia ve cevap verebilirler. Aleni olduğu için herkes tarafından izlenebilir. Yargılama aynı zamanda sözlüdür. Yargıcın idaresindeki her delil konuşulur. Suç yargıcın vicdani kanaatine göre işlenmiş veya işlenmemiş sayılır. Buna göre de karar verilir. Bu sistemin faydalı ve avantajlı tarafı, itham edilene bir takım teminatlar öngörmesi, itham edileni itham eden ile eşit tutması, taraflara özgürce tartışma imkanı vermesidir. Sistem demokratik rejimle daha uyumludur. Sakıncası ise cezalandırmadaki menfaati tehlikeye koymasıdır. Bu menfaat özellikle ceza yoluyla faillere göz dağı vererek suçun işlenmesini önlemektir.²⁶

Bu sistem orta çağın ilk yarısında Germen hukukunda geçerliydi. Germen hukukunda muhakeme sadece suçtan zarar gören ve onun akrabaları tarafından açılacak bir dava ile başlamaktaydı. Franklar devrinde ise suçları kovuşturma yetkisi devlete geçmeye başlamıştır. Fakat Franklar devrinde suçların devlet tarafından

²⁴ SOYASLAN, sh.68 vd.

²⁵ YURTCAN, sh.53 vd.

²⁶ SOYASLAN, sh.68

kovuşturulması uygulaması istisna olarak kalmıştır.²⁷ Bu sistem yerini tahkik sistemine bırakmıştır.²⁸

Fransız İhtilalinde ihtilalciler itham sistemi ile özgürlük ve halka açıklık ilkelerine ceza muhakemesinin hakim olmasını istemişlerdir. 19-22 Temmuz 1791 ve 19 Eylül 1791 tarihli iki kanunda itham sistemine yer verilmiştir.²⁹

2. Tahkik Sistemi

Bu sistem toplum düzeni veya devletten yana ancak failin aleyhinedir. Hâkim tahkik sisteminde devlet memurudur. Davayı kamu adına hareket eden bir kurum açabilir. Hâkim olaya kendiliğinden el koyabilir. Yine hâkim resen araştırma yapabilir. Bu sistemde yargılama gizlidir. Duruşmada sanık veya tanıktan başka kimse bulunmaz. Yargılama yazılıdır. Yine bu sistemde her delil incelenir. Sözlü savunma çekişme ve tartışma yoktur. Delillerin araştırılmasında hâkim aktif rol oynar. Bu sistemin faydası hızlı bir cezalandırmaya imkan vermesidir. Bu sistem böylece devleti ve kamu düzenini korur. Sistemin sakıncaları daha fazladır. Bu sistemde savunmayı göz ardı etmekte savunmaya gerekli önemi vermemektedir. Sorguyu temel yöntem olarak kabul ettiğinden dolayı kişinin mahkumiyete götürülmesi daha basittir. Resen araştırma yetkisiyle devleti güçlü konuma getirdiğ i için adli hata yapma tehlikesi daha fazladır. Tüm bu nedenlerle tahkik sistemi adaletin gerçekleşmesine de imkan vermeyen bir sistemdir.³⁰

Roma İmparatorluğu döneminde köleler ve aşağı kat suçlulara yönelik uygulanmıştır. 13. Yüzyılda Papa II. Innocent kararı ile kilise ceza muhakeme hukuku bunu benimsemiştir. Kilisenin bu sistemi benimseme sebebi kilisenin Tanrı adına ve Tanrı temsilcisi olması ve hatasızlığının kabul edilmiş olması gerektir.³¹

²⁷ ÖZTURK, Bahri, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti**, 9 Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara 1991, sh.16

²⁸ ÖZTÜRK, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, sh.139 vd.

²⁹ ÖZTURK, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti**, sh.175 vd.

³⁰ SOYASLAN, sh.70; ÜNVER / HAKERİ, sh.40

³¹ SOYASLAN, sh.69; YURTCAN, sh.52 vd.

Tahkik sistemini 13. yüzyıldan itibaren Fransa’da laik mahkemeler tarafından uygulanmaya başlanmıştır. 1453, 1498, 1439 ve 1670 tarihli Kraliyet kararları Ordonance’ler tahkik sistemini kabul etmişlerdir.³²

Bu sistemde sanığın ikrarı önemli bir delildi. Diğer taraftan ikrar aynı zamanda itiraf ve günahın kurtulma yoluydu. Bundan dolayı da işkenceye başvurulur, deliller gizli bir şekilde toplanırdı. Bu sistemde yargıç davanın ve yargılamanın her şeyidir. Tahkik sisteminde davacı ve savcı yoktur. Sanık bu sistemde yargılamanın konusunu oluşturur. Sistem esasen ismini Orta Çağ Kilise mahkemeleri olan Engizisyon mahkemelerinden almaktadır.³³ Bu sistemde hâkim hem davacı hem de hüküm veren kişidir. Suçtan zarar gören ise önemli bir tanıktır. Bu sistemde sanık ise soruşturma konusu olmuştur. Bu durum sanıkla ilgili her türlü işkenceye dayanak oluşturmuştur.³⁴

Kıta Avrupa’sı hukukunu ilk ceza ve ceza muhakemesi kanununu olan Constitutio Criminalis Carolina Almanya’da 1532 tarihinde yazılmıştır. Bu kanunun yapılmasına, ceza işlerindeki keyfi muamele ve cinayet şikayetleri sebep olmuştur. Constitutio Criminalis Carolina, ceza muhakemesi açısından bu keyfiliği önleme bakımından büyük bir gelişmenin simgesidir. Bu kanunda kamusal iddia ön plandadır. Bu kanuna tahkik sistemi hakim olmuştur.³⁵

18. yüzyılın ünlü kanunlarından olan 1751 tarihli Codex Maximilianeus Iuris Bavarici Criminalis ve Avustralya’da 1768’de yapılan Constutiuon Criminalis Theresiana da tahkik sistemine yer verilmiştir.³⁶

3. Karma Sistem

Karma sistem, önceki sistemlerin bazı yöntemlerini alarak oluşmuştur. Karma sistem, itham sisteminin yargılama ve soruşturma usulünü benimsemiştir. Karma sisteme göre yargılama aleni ve sözlüdür. Bu sistemde iddiaya karşı müdafaa ve karşı

³² SOYASLAN, sh.69; YURTCAN, sh.52 vd.

³³ SOYASLAN, sh.69; YURTCAN, sh.52 vd.

³⁴ ÖZTURK, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti*, sh.16

³⁵ ÖZTURK, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti* sh.17

³⁶ ÖZTURK, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti*, sh.16 vd.

iddialar ileri sürülür.³⁷ Bu sistem 1789 Fransız İhtilalinden sonra tahkik sistemine tepki olarak doğmuştur.³⁸

Hâkim veya mahkeme vicdani kanaate göre karar verir. Tahkik sisteminde ön soruşturmanın gizliliği, aleni olmayışı, savcının resen delil toplama ve dava açma, son soruşturmada hâkim veya mahkemenin yargılamadaki rolü, resen delil araştırma yetkileri benimsenmiştir. CMK'daki kabul edilen sistem karma sistemdir. CMK'ya göre Cumhuriyet savcısı resen harekete geçmekte, delilleri toplamakta, dava açmakta, sanığın sorgusu hâkim tarafından yapılmakta, deliller hakim ya da savcı tarafından resen araştırılmakta, hakim resen sanığın tutuklanmasına ya da salıverilmesine karar vermektedir. Diğer taraftan kanunumuz itham sisteminin özelliklerinden olan bazı suçların şikayete bağlı olarak takip edilmesi, duruşmaların sözlü, her delilin tartışılması, yargılamanın çekişmeli olması gibi özellikleri bünyesinde bulundurmıştır. Türk ceza muhakemesi hukuku tarihinde her üç sisteme de rastlanılmaktadır.³⁹

Tazminata kadar Osmanlı'da suçlar kul hakkına ilişkin (Hukuk-u İbad), Allah'ın haklarına ilişkin (Hukuk-u Allah) ve taziren cezalandırılan fiiller olmak üzere üç gruba ayrılmakta ve bu suçların niteliğine göre soruşturmanın mahiyeti değişmekteydi. Kul hakkına ilişkin suçların soruşturması için mağdurun veya mirasçısının şikayeti veya davacı olması ve iddiasını ispat için delillerini ibraz etmesi gerekirdi. Allah'ın hakkına ilişkin suçlar ve taziren cezalandırılan fiillerde ise, herhangi bir kişinin olayı kadıya bildirmesi yani ihbar etmesi yeterliydi. Yine ihbara gerek kalmadan kadı da resen harekete geçerek gerekli araştırmayı yapabilir ve suçun kanıtlanmasını sağlayabilirdi. Osmanlı İmparatorluğunda 1879 yılında Fransa'dan 1808 tarihli Fransız Ceza Usul Kanunu alındı. Karma sistemi Fransız Ceza Usul Kanununu da benimsemiştir.⁴⁰

³⁷ SOYASLAN, sh.70

³⁸ ÖZTÜRK, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, sh.139 vd.

³⁹ SOYASLAN, sh.71

⁴⁰ SOYASLAN, sh.71

III. TÜRK CEZA MUHALEMESİNDE SAVCILIK TEŞKİLATI VE SAVCININ SORUŞTURMA BAŞLATMA YETKİSİ

Türkiye’de her asliye ceza mahkemesinin bulunduğu yerde bir savcılık teşkilatı kurulmuştur.⁴¹ Artık suçların büyük bir bölümü kamusal nitelikte olup kamu adına takip edilmektedir. Bu nedenle kamu adına takip yapacak bir kuruma ihtiyaç duyulmuştur. Bu da ülkemizde Cumhuriyet savcılığı tarafından gerçekleştirilmektedir. Ülkemizde mahkeme kuruluşu bulunan her il veya ilçede o il ya da ilçenin adıyla anılan bir başsavcılık teşkilatı kurulmuştur. Ülkemizde savcılık teşkilatında bir başsavcı ve yeteri kadar Cumhuriyet savcısı bulunur (5235 sayılı kanunun 16/2. maddesi). Başsavcının, ağır ceza mahkemesinin yargı çevresinde görevli başsavcı vekilleri, Cumhuriyet savcıları ile bağılı birimler üzerinde denetim ve gözetim yetkisi bulunmaktadır. Uygulamada savcılar arasında iş bölümü yapılır. Bu iş bölümü kapsamına Adalet Bakanlığı ile ilişkiler, cezaevi idaresi, ağır ceza mahkemesi çevresinde bulunan asliye ceza ve sulh ceza mahkemesi kararlarının incelenmesi, yörede işlenen suçların sayı ve niteliğı, duruşmalarda iddia makamının temsili, personel işleri girer.

Cumhuriyet başsavcılarının görevleri 5235 sayılı kanunun 17. maddesinde sayılmıştır. Buna göre; “Cumhuriyet başsavcılığının görevleri şunlardır; 1. Kamu davasının açılmasına yer olup olmadığına karar vermek üzere soruşturma yapmak veya yaptırmak. 2. Kanun hükümlerine göre yargılama faaliyetlerini izlemek, bunlara katılmak ve gerektiğinde kanun yoluna başvurmak. 3. Kesinleşen mahkeme kararlarının yerine getirilmesi ile ilgili işlemleri yapmak ve izlemek. 4. Kanunlarla verilen diğere görevleri yapmak.” olarak hüküm altına alınmıştır.

5235 sayılı kanunun 20. maddesine göre Cumhuriyet savcısının görevleri şunlardır; “1. Adli göreve ilişkin işlemleri yapmak, duruşmalara katılmak ve kanun yollarına başvurmak. 2. Cumhuriyet başsavcısı tarafından verilen adli ve idari

⁴¹ Cumhuriyet savcılarının adli görevleri gereğı, belirli mahkemeler nezdinde görev yapmaları savcıların bu mahkemeler bağılı oldukları manasına gelmez. Cumhuriyet savcıları nezdinde görev yaptıkları mahkemelerden bağımsız bir şekilde faaliyet gösterir. Nitekim Alman Mahkemeler Teşkilat Kanunun md.150’de bu husus açıkça düzenlenmiştir. MERAKLI, Serkan, **Cumhuriyet Savcısının Kamu Davası Açmada Takdir Yetkisi**, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku A.D., Kamu Hukuku Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2011, sh 4

görevleri yerine getirmek. 3. Gerektiğinde Cumhuriyet başsavcısına vekalet etmek. 4. Kanunlarda verilen diğer görevleri yapmak.” olarak belirlenmiştir.

Cumhuriyet savcısının yetki alanı ise, bulundukları il merkezi veya ilçenin idari sınırları ile bunlara adli yönden bağlanan idari sınırlar içerisi ile sınırlıdır (5235 sayılı kanunun 21. maddesi). Ağır ceza mahkemesi ile özel kanunlarla kurulan diğer ceza mahkemelerinin yargı çevresinde yer alan Cumhuriyet başsavcılıkları yetki alanları içerisinde yürüttükleri bu mahkemelerin görevine giren suçlarla ilgili soruşturmalar yapar ve ivedi, zorunlu işlerin tamamlanmasından sonra, düşünce yazısını fezlekeye bağlamak suretiyle soruşturma evrakını ağır ceza mahkemesi veya özel kanunlarla kurulan diğer ceza mahkemelerinin Cumhuriyet başsavcılığına gönderirler. Büyükşehir belediye sınırları içerisinde bulunan Cumhuriyet başsavcıları, bu yer ceza mahkemelerinin yargı çevresinde yetkilidir. Ancak, Büyükşehir belediyesi sınırları içerisinde yer alan ağır ceza mahkemeleri ile özel kanunlarda kurulan diğer ceza mahkemelerinin görevine giren işlerde yukarıdaki kurallar geçerlidir (5235 Sayılı Kanunun 21. maddesi).

Savcılık teşkilatı içinde bir hiyerarşi vardır. Bundan dolayı savcılar hiyerarşik yönden başsavcıya bağlıdırlar. Cumhuriyet savcısına emir verme hakkına sahip olan tek makam Cumhuriyet başsavcılığıdır. Başsavcı, savcıya emir verebilir, kararlarını düzeltebilir. Eğer savcı, başsavcının verdiği emri yerine getirmezse, başsavcı onun yerine geçerek soruşturmayı bizzat kendisi yapamaz. Savcının yerine bir başkasını da atayamaz. Fakat bir işi bir savcıdan alıp başka bir savcıya verebilir (HSK md.5).⁴² Cumhuriyet başsavcısının görevleri arasında başsavcılığın verimli, uyumlu biçimde çalışmasını sağlamak, iş bölümünü yapmak da sayılmaktadır (5235 Sayılı Kanunun 18/1.b.3 maddesi). Ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet başsavcısının; ağır ceza mahkemesinin yargı çevresindeki görevi Cumhuriyet başsavcıları; Cumhuriyet başsavcı vekilleri, Cumhuriyet savcıları ile bağlı birimler üzerinde; asliye ceza mahkemesi, Cumhuriyet başsavcısının da o yer yargı çevresindeki görevli Cumhuriyet savcıları ile bağlı birimler üzerinde gözetim ve denetim yetkisi bulunmaktadır (5235 Sayılı Kanunun 18/2.3 maddesi).⁴³

⁴² SOYASLAN, sh.180

⁴³ Cumhuriyet başsavcısının Cumhuriyet savcısına adli faaliyete ilişkin hiçbir konuda emir vermemesi gerektiği hususuna ilişkin görüş için bkz; MERAKLI, sh 20vd.; Adalet Bakanının ve Cumhuriyet

Savcı ceza muhakemesinde taraf olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır.⁴⁴ Savcı şüphelinin lehine ve aleyhine deliller topladığından tarafsızdır. Savcı şüphelinin haklarını korumakla da yükümlüdür (CMK md 160/2). Savcı sanığın cezalandırılması için iddianame düzenlenmiş olması durumunda bile duruşmada ortaya çıkan duruma göre, sanığın beraatini de isteyebilir. Aynı zamanda savcı mahkemenin verdiği mahkumiyet kararına karşı sanık lehine temyiz yoluna başvurabilir (CMK md 260/3). Yukarıda belirttiğimiz sebeplerden ötürü savcının taraf olmadığı ileri sürülebilir.⁴⁵ Savcı kanunda yaptığı iş bakımından değil, makam olarak şekli anlamda taraf olarak değerlendirilmiştir.⁴⁶

Savcının yaptığı soruşturmayı yürütürken objektif davranmayıp kişisel veya siyasi görüşlerini iddianameye yansıtması durumunda ne yapılabileceği sorusu üzerinde durmak lazımdır. Savcının düzenlemiş olduğu iddianamede ya da basın açıklamasında sanıklar hakkında objektif davranma yükümlülüğüne aykırı ifadeler kullanması durumunda, savcının hakimlerin reddine ilişkin düzenlemeleri savcılar içinde kıyasen uygulanması önerilmektedir.⁴⁷

Savcılık bir bütündür. Tüm savcılar kapsar. Bu sayede ilgili Cumhuriyet başsavcılığı çevresi içinde savcılık makamı bölünmez bir bütün temsil eder ve savcılık makamı tüm işleri Cumhuriyet başsavcılığı makamı adına yapar. Bunun doğal sonucu olarak savcılar birbirlerinin yerlerini alabilirler. Yargılama esnasında bir savcı diğer savcının yerine duruşmaya çıkabilir. Hatta kanun yoluna başvuran Cumhuriyet savcısının da aynı kişi olması gerekmez. Bu durum çoğu zaman bazı ağır suçlarda soruşturma işlemlerini birkaç savcının yürütmesinin de bir sonucudur.⁴⁸

başsavcısının Cumhuriyet savcısının adli faaliyetini yerine getirmesi bakımından özerkliği için; İtalya'daki düzenlemeye göre hem adalet bakanının 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 halleriyle sınırlı olarak başsavcı bu yetkileri kullanabilecektir. Bu sayede soruşturma evresine gizli ve açık müdahalelerin İtalyan hukukunda önüne geçilmek istenmiştir.

⁴⁴ Bkz. YURTCAN, sh 258 KUNTER / YENİSEY no :26.6 (231)

⁴⁵ Karşı görüş için bkz YURTCAN, sh 258

⁴⁶ Buna ek olarak CMK 260/3'te yer verilen hüküm gereği Cumhuriyet savcısının sanık lehine olarak da kanun yollarına başvurabilmesi Cumhuriyet savcısının yargılamada taraf niteliğinin bulunmadığını desteklemektedir. TURHAN sh 84.

⁴⁷ CENTEL / ZAFER sh 91 ; TURHAN sh 85.

⁴⁸ SOYASLAN, sh.181

Ceza muhakemesi soruşturma evresi ile başlar. CMK md.2’de soruşturma evresi tanımlanmıştır. Soruşturma evresinin amacı Cumhuriyet savcısının kamu davası açmaya gerek olup olmadığına karar vermesini sağlamak ve kamu davası açılacak ise bu davaya hazırlık yapmaktır. Soruşturma evresinin iki işlevi vardır. Birincisi, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin bulunarak meydana çıkan suç şüphesinin aydınlatılması ve davanın hazırlanmasıdır. İkincisi ise, maslahata uygunluk ilkesi çerçevesinde kamu davası açmayabilme olanağının var olup olmadığının araştırılmasıdır.⁴⁹

Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimi veren bir hali öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar (CMK md. 160/1). Cumhuriyet savcısı maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için emrindeki adli kolluk marifetiyle şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür (CMK md. 160/2). Cumhuriyet savcısı doğrudan doğruya veya emrindeki adli kolluk görevlileri aracılığıyla her türlü araştırmayı yapabilir. Cumhuriyet savcısı adli görevi gereğince nezdinde görev yaptığı mahkemenin yargı çevresi dışında bir işlem yapmak ihtiyacı ortaya çıkınca o hususta o yer Cumhuriyet savcısından söz konusu işlemleri yapmasını ister (CMK md. 161/1). Cumhuriyet savcısı suç şüpheleri yeterli yoğunluğa ulaştığında iddianame düzenlemek ve düzenlediği iddianamenin kabul edilmesi halinde açılmış olan kamu davasını yürütmek zorundadır. Eskisinden farklı olarak savcı yasama, yürütme, yargı erklerinden artık yürütme içinde değil yargı içerisinde yer alan bir kamu görevlisidir.⁵⁰ Savcı suç haberini aldığı anda somut suç şüphesinin varlığı halinde hemen harekete geçmekle yükümlüdür. Bu çerçevede Cumhuriyet savcısı her türlü araştırmayı yapabilir.⁵¹

Belli bir şüpheliye karşı soruşturmaya başlanması için maddi koşulu başlangıç şüphesinin var olmasıdır. CMK md.160/1 bunu “Bir suçun işlendiği izlenimi veren bir hal.” olarak ifade etmiştir. Fakat burada soyut bir izlenim yeterli

⁴⁹ ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAŞIZ / TEPE sh.184

⁵⁰ ÖZTÜRK / ERDEM, sh.296 vd. ve sh.305 ve sh.705

⁵¹ ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAŞIZ / TEPE, sh. 191

değildir. Savcı burada bir suçun işlendiği izlenimi veren somut vakaların bulunup bulunmadığına bakması gerekir. Bu manada sadece bir tahmin, başlangıç şüphesinin varlığını kabul için yeterli olmaz. Burada bir suçun işlendiği izlenimi veren bir halin, başka bir ifadeyle başlangıç şüphesinin var olup olmadığını değerlendirme yetkisi savcıya aittir.⁵²

Soruşturma faaliyeti savcı tarafından yürütülür. Kolluk savcının emri altındadır ve onun yardımcısı durumundadır. CMK'da soruşturma evresinde tüm yetki Cumhuriyet savcısında toplanmıştır. Soruşturma evresinin beyni savcı, eli ayağı ise adli kolluktur.⁵³

Soruşturmaya başlanabilmesi için bir suçun işlendiğinin öğrenilmesi lazımdır. Suç haberi değişik biçimlerde öğrenilebilir.⁵⁴ Bir suç işlendiğinde kolluk görevlileri bu suçu, görevini yaparken kendiliklerinden veya herhangi bir vatandaşın ihbar veya şikayeti ile öğrenebilirler. Bu halde olaya derhal müdahale etmek ve el koymak, şüpheliyi yakalamak, suç delillerini muhafaza altına almak, emrinde görevli oldukları Cumhuriyet savcısını derhal bilgilendirmek zorundadırlar. Cumhuriyet savcısı, olaya vakıf olduktan sonra kolluk görevlilerine gerekli emirleri verir. Söz konusu emirler yazılı olarak verilir. Ancak acele hallerde sözlü olarak da verilir. Sözlü verilen bu emirler en kısa sürede yazılı olarak bildirilir. (CMK md. 161/3) Cumhuriyet savcısı tarafından verilen bu emirler kolluk güçleri tarafından gecikmeksizin yerine getirilir. Suçun ihbarı veya şikayet doğrudan Cumhuriyet başsavcılıklarına yapıldığı durumda da olayı o halde Cumhuriyet savcısı ilk halde öğrenmiş olur. Bu durumda da emrindeki kolluk görevlileri aracılığıyla tüm delilleri toplayabilir. Tüm kamu görevlilerinden her türlü belgeyi isteyebilecektir. Kamu görevlileri istenilen bu belgeleri gecikmeksizin Cumhuriyet savcılarına bildirmek zorundadır (CMK. md.161/4).

Savcının bir suç haberini alır almaz hemen soruşturma faaliyetine başlaması kovuşturma mecburiyeti ilkesinin bir gereğidir.

⁵² ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, sh. 186 vd.

⁵³ ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, sh. 192

⁵⁴ ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, sh. 185

Savcılık soruşturma evresinin hızlı bir şekilde yürütülmesinin yanında soruşturmanın hukuka uygun ve esaslı, titiz bir şekilde gerçekleştirilmesinden de sorumludur. CMK md. 175/1'e göre iddianamenin kabulü ile kamu davası açılmış olur ve kovuşturma evresi başlar. Bu durumda kamu davası iddianamenin kabulü ile açılmış sayılacağından Cumhuriyet savcısının burada kamu davası açma değil, kamu davasının açılmasını talep hakkı bulunmaktadır.

Her ne kadar muhakemenin esas kısmını kovuşturma evresi olduğu söylene de uygulamada bu evre aslında soruşturma evresidir. Çünkü deliller büyük ölçüde soruşturma evresinde toplanmaktadır. Kovuşturma evresinde ise çoğu zaman toplanan delillere göre hüküm verilmektedir.

Kamu davasının açılma yetkisi münhasıran savcıya aittir. Ancak bazı durumlarda kamu idareleri de davanın açılması için fezleke tanzim edebilirler

IV. KAMU DAVASININ AÇILMASINDA TEMEL İLKELER

Savcının yaptığı soruşturma neticesinde hazırladığı iddianamenin kabulü ile açılan kamu davasında çeşitli ilkeler etkilidir. Ceza muhakemesinde geçerli olan ana ilkeleri, kamu davasının kamusalılığı ilkesi, davasız muhakeme olmaz ilkesi, kovuşturma mecburiyeti ilkesi ve maslahata uygunluk ilkesi olarak sayabiliriz.

A. Kamu Davasının Kamusalılığı İlkesi

Devlet düşüncesinin meydana çıkması ile birlikte, suçtan zarar görenin sadece bireyler değil aynı zamanda devlet olduğu ve suçun kovuşturmasında toplumun çıkarının da olduğu düşüncesi ön plana çıkmış ve böylece kovuşturmanın kamusalılığı ilkesi yerleşmiştir.⁵⁵

⁵⁵ YURTCAN, sh. 120

Kamu davasının kamusalılığı ilkesi hakkında fikir edinme açısından tarihsel gelişime bakmakta yarar vardır. Kovuşturmanın kamusalılığı ilkesi eski hukuklarda rastlanılmayan bir ilkedir. Bunun sebebi toplumlarda henüz bir merkezi otoritenin tam olarak kurulamamış olmasında aranabilir. Ancak bunun yanında henüz eski toplumlarda suç kavramının tam olarak oluşmamış ve suçla haksız fiil arasındaki farkın tam olarak anlaşılamamış olmasının da bunda rolü vardır. O devrin toplumunda suç, yalnızca suça hedef olan kişiyi yani mağduru ya da onun çok yakınlarını ilgilendiren bir olay olarak görülmüş ve değerlendirilmiştir. Bunun neticesi olarak medeni yargılama ve ceza yargılanması arasında büyük bir fark ortaya çıkmamıştır. Bu konudaki kurallar birbirine büyük oranda uygunluk göstermiştir. Eski dönemlerde bir bakıma farklı hukuk dallarının yaptırımları arasında büyük bir fark görülmemektedir. Örneğin gereken tazminatı vermek, kişinin yaralanmasına neden olduğu kişi ile uyuşmazlığın sona erdirilmesine yetmekteydi.⁵⁶

Roma Hukukunda suçun kişiyi ve onun içinde yaşadığı topluluğu alakadar eden bir olay olarak kabul edilmesinin sonucu olarak, “halk davası” (quivis ex populo) yolu uygulanmıştır. Germen Hukukunda ise dava açma hakkının suçun mağduruna ve onun hısımlarına tanındığı, “şahsi dava” yolu uygulanmıştır.⁵⁷

Osmanlı Devletinde ise İslam Ceza Hukukundan ayrılarak, ilk defa kamusalılık esasını ceza hukuku sistemine dahil edilmiştir. 1851’de yürürlüğe giren Kanun-i Cedit ile kamusalılık esası benimsenmiştir. Fakat savcılık kurumu henüz mevcut bulunmadığından soruşturmanın devlet adına kimin tarafından yapılacağı belirsizdir. Daha önce de belirttiğimiz gibi savcılık teşkilatının Osmanlı Devletine girişi bir ceza muhakemesi kanunu özelliği taşıyan 1879 tarihli Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye ile olmuştur.⁵⁸

İlerleyen dönemlerde devletçi mülahazaların güç kazanması neticesinde suçun önlenmesi ve faillerin cezalandırılması hususunda kamu yararı düşüncesi benimsenmeye başlamıştır. Kamusalılık ilkesi, şahsi öç almanın kontrol edilemeyen düşmanlığın yarattığı kaygılar, ihkak-ı hak’tan vazgeçilmesi ve devletçi

⁵⁶ YURTCAN, sh.45 vd.

⁵⁷ YURTCAN, sh.45. ; ERTEM, Burcu, **Kamu Davasının Açılması ve İddianamenin İadesi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, sh.23

⁵⁸ ERTEM, sh.28

mülâhazaların güç kazanmasıyla doğmuştur. Almanya’da kamusalılık ilkesi Kral Karls V. Döneminde 1532’de imzalanıp yürürlüğe giren ve Almanya’nın ilk ceza kanunu olan, Alman ceza muhakemesini ileriki dönemlerde de etkileyen “Constitutio Criminalis Carolina” ile uygulanmaya başlanmıştır. Bu kanun ile suçlar devlet tarafından takip edilmeye başlanmıştır. Şahısların dava açma usulü de muhafaza edilmiştir. Fakat gerçekte, şahıslar tarafından açılan davalar uygulamada kurumuştur. Devletçi mülâhazaların en katı biçimde belirlendiği ve kamusalılık ilkesinin katı bir şekilde uygulandığı mutlakıyetçi devlet sisteminde de, devlet suçları resen kovuşturmuştur. İngiltere ve Galler’de 1985 Kanununa kadar ceza tatbikatı kamusal olarak devlet tarafından değil, özel olarak ve bireyler tarafından gerçekleştirilmiştir. Geleneksel İngiliz hukukunda, ceza tatbikatına kamusalılık esasının hakim olmayışının altında esas itibarıyla iki neden yatmaktaydı. Bunlardan ilki, suçlar devlete karşı değil ve belirli bir kişi veya aileye karşı işlenmiş sayılmaktaydı. Bundan dolayı da ceza tatbikatının başlatılması ve yürütülmesi suçtan zarar gören veya hısımları tarafından gerçekleştirilmekteydi. İkinci sebep ise, kraliyette barış ve sükunetin sağlanmasının ve suçluların adalet önüne çıkarılmasını bireyler açısından hak olmaktan öte görev sayılmış olması oluşturmaktaydı. Gerçekten de ceza tatbikatında temel kural kamunun her üyesinin ceza tatbikatına başlayabilecek olmasıydı. Bu nedenle, esasen Anglosakson hukuku açısından şahsi ceza takibatı kavramından bahsetmek pek yerinde değildir. Zira burada kamusalılığın zıttı olan kamusal olmayan ya da diğer bir deyişle özel ceza tatbikatı söz konusudur.

59

Devlet bugün toplumda düzeni korumakla yükümlüdür. Bu nedenle de ilkin kamunun düzenini bozacak ya da tehlikeye düşürecek olan eylemleri belirleme ve bunların cezalandırma hakkını elinde tutar. Devlet bunun yanı sıra toplumda meydana gelen olaylar içinden hangilerinin suç teşkil ettiğini araştırma yetkisini de kendinde tutar. Bu yetki devletin yargılama yetkisidir. Devlet adına yapılacak yargılama neticesi suç olanla olmayan ve suçluyla suçsuz birbirinden ayırt edilecektir. Bir suç işlendiğinde o suçtan zarar gören ya da o suça hedef olan kişi, olayın faillerinin kovuşturmayla uğratılmalarını istemese de, devlet adına ceza

⁵⁹ ERTEM, sh.24 vd.; ÖZTURK **Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti**, sh.16 vd.

kovuşturulması yürütülecektir. Suçtan zarar gören kişi bu suçla ilgili makamlara ihbarda bulunabilir. Böylece suç haberi kovuşturma organlarına ulaşmış olabilir. Ama o suça muvaffak olan o suçun zarar gören kişisi suçu ihbar etmese dahi, kovuşturma makamı herhangi bir yolla suç haberini aldığında o suç için kovuşturmaya başlayacaktır. Yoksa bu konuda kovuşturma yapılmasının suçtan zarar görenin istemesi beklenmeyecektir. Örneğin bir işyerinde hırsızlık yapıldığında kovuşturmanın kamusalılığı ilkesi gereğince suçtan zarar görenin iddia ve kovuşturma isteği olmamasına rağmen, devlet adına iddia ve kovuşturma faaliyeti başlayacaktır. Bugün suçların cezasız bırakılmaması düşüncesiyle kovuşturmanın devlet tarafından yürütülmesi ve bunun kamu adına yapılması ilkesi benimsenmiştir.⁶⁰

Kamusallık esası suçun soruşturmasındaki kişisel yararı değil, kamu yararını dikkate alır. Bu nedenledir ki kural olarak diğer başka kişilerin ya da suçtan zarar görenin talepte bulunmasına gerek olmadan, ceza soruşturması sürmekte ve kamu davası açılmaktadır. Hatta mağdurun yararına olmadığı durumda bile, mağdur karşı çıksa dahi ceza soruşturması yürümekte ve kamu davası açılmaktadır. Devlet ceza normu ihlali ile bozulan kamu düzenini yeniden sağlamak için tekelinde tuttuğu cezalandırma hak ve yetkisinin savcılık eliyle kullanmaktadır. Kamusalılık esası, insan hak ve özgürlüklerine saygılı hukuk devletlerinde adil bir ceza adalet sisteminin işleyişi için elverişli ve önemli bir vasıtaadır. Ancak bu sistem ne kadar özgürlükçü düzenlemeler içerirse içersin, esasen arzu edilen amaca ulaşılabilmesi için bu sistemin etkin ve adil işletilebilmesi gerekir. Bunun için de, sistemin uygulayıcıları tarafından gerekli özen ve hassasiyetin gösterilerek bu hassasiyetin de uygulamaya yansıtılması gerekmektedir. Geçmiş tecrübelerle bakıldığında, özellikle otoriter rejimlerde kamusalılık esası bireyin hak ve özgürlüklerinin korunmasından çok kısıtlaması yolu olarak kullanılmıştır. Bu nedenle, kamusalılık ilkesinin ana manasının, ceza soruşturmasında bulunan kamu yararı olduğu, devletin kendinden ve yürütme erkinden ibaret olmadığı gerçeği unutulmamalıdır. Hukukun üstünlüğüne saygı ışığında yürüyen ceza adaleti sisteminde kamusalılık esasının göstereceği fayda, insan hak ve özgürlükleri ile kamu düzeninin dengeli bir şekilde korunması ve hukuk barışının tesisi ile sağlanacaktır.⁶¹

⁶⁰ YURTCAN, sh.47

⁶¹ TURHAN, sh.20 vd. ; ERTEM, sh.31

Kovuşturmanın kamusalılığı ilkesinin iki tane sınırlaması vardır. Bunlardan ilki kovuşturması şikayete bağlı suçlar bakımındandır. Bu suçlardan dolayı şüpheli veya sanığın kovuşturmaya tabi tutulabilmesi için suçtan zarar gören ya da suçla hedef olan kişinin şikayetine bağlıdır. şikayet koşulu gerçekleşmedikçe kovuşturmanın yapılması mümkün olmayacaktır. Bunun neticesi olarak da şüpheli hakkında kamu davası açılmayacaktır. Örneğin B'nin A'nın malına zarar verdiğini kabul ettiği olayda A., B.'ye bu suçtan dolayı şikayetçi olmadıkça B hakkında soruşturma işlemleri yapılamayacaktır. Kovuşturmanın kamusalılığı ilkesinin ikinci sınırlaması ise kovuşturulması izne bağlı suçlar oluşturur. Bunlar da izin şartı gerçekleşmedikçe kovuşturma yapılamayacaktır.⁶² Bu şartların mevcut olması durumunda savcı resen harekete geçerek soruşturma işlemlerini tamamlayacak ve kamu davası açmayı gerektirir yeterli şüphe oluşturacak delil elde ettiği takdirde kamu davası açacaktır. Bu şartların mevcut olmaması durumunda, savcı resen harekete geçerek kamu davası açamayacak ve bu şartların gerçekleşmesini bekleyecektir. Bu şartlar gerçekleşmediği takdirde ise kamu davası açamayacaktır.⁶³

CMK'da kamusalılık esasına belirgin bir şekilde vurgu yapılmıştır. Yeni CMK'da şahsi davanın kaldırılması ve bütün suçların kamu adına takip edilmesi kamu davasının kamusalılığı ilkesinin benimsendiğini göstermektedir.

B. Davasız Muhakeme Olmaz İlkesi

Failin bir fiilden ötürü yargılanmasına başlanabilmesi için kural olarak; o failin suç teşkil ettiğini ve failin cezalandırılması gerektiğinin ileri sürölmesini ifade eden ilkeye davasız yargılama olmaz ilkesi denmektedir. Başka bir ifade ile,mahkemenin önüne bir dava ile gelmeyen işlere bakamamasına davasız muhakeme olmaz ilkesi denmektedir. Bu ilke sanık haklarını ve özellikle savunma haklarının güvence altına alınmasını sağlar. Ceza Muhakemesi Kanununda kovuşturma evresinin başlaması iddianamenin kabulüne bağlanmıştır.⁶⁴

⁶² YURTCAN, sh.50 vd.

⁶³ YURTCAN, sh.33

⁶⁴ TURHAN, sh.17 ; ÖZTÜRK, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, sh.139; ; ERTEM, sh.10

Yargılamanın yapılabilmesi için ancak açılmış bir davanın bulunması gerekir. Yeni CMK ile şahsi dava kalktığından bundan böyle söz konusu dava sadece kamu davası olacaktır. Bu durumda, savcı tarafından düzenlenen bir iddianame bulunmadığı ve bu iddianamenin mahkeme tarafından kabul edilmediği sürece hiç kimse yargılamayacaktır ve böylece kovuşturma faaliyetine başlanamayacaktır. Kamu davasının görevli ve yetkili mahkemede açılmış olması gerekir Mahkemenin yargılama yetkisi sadece açılmış olan dava ile sınırlıdır. Hüküm sadece iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil ve fail hakkında verilir (CMK md. 225). Davasız yargılama olmaz ilkesi hakimnin kendiliğinden yargılama yapabildiği ve Avrupa’da yüzlerce yıl uygulama alanı bulan tahkik sistemine bir tepki olarak doğmuştur. Ceza muhakemesinde bir yandan davayı açan ve takip eden savcılık makamı, diğer tarafta hükmü veren yargılama makamı olarak birbirinden bağımsız iki ayrı makama ayrılması, liberal ceza muhakemesinin en büyük kazanımı olarak değerlendirilebilir. Dava açılması, bir iddianamenin düzenlenmesine bağlıdır (CMK md. 170). İddianamede nelerin bulunması gerektiği CMK md. 170/2’de tek tek düzenlenmiştir. İddianamede şüpheliye isnat edilen suç açıkça belirtilir, bunun ile birlikte artık şüpheli hakkında kamu davasının açıldığının kabulü için iddianamenin mahkeme tarafından kabul edilmiş bulunması gerekir (CMK md. 175). Davasız yargılama olmaz ilkesi hem fail hem de fiillere ilişkindir. Başka bir ifade ile, yargılama ancak iddianamede gösterilen kişi hakkında yapılabilir. Bununla birlikte; yargılama sırasında sanığa yüklenilen suç nitelik değiştirebilir ya da failin farklı bir suç işlediği anlaşılabılır. Suçun hukuki niteliğinin değişmesi durumunda sanığa ek savunma hakkı verilmelidir (CMK md. 226). İşte bu durumda sanığa ek savunma hakkı verilmesinin sebebi davasız yargılama olmaz ilkesidir. Ortada davasız bir yargılama bulunmadığından yeni bir iddianame düzenlenmesine gerek yoktur. Fakat failin başka bir suç işlediği ortaya çıkar veya fail yargılama sırasında yeni bir suç işlerse bu hallerde ortada bir dava bulunmadığından söz konusu suç hakkında yargılama yapılabilmesi kamu davası açılmasına bağlıdır.⁶⁵

Davasız muhakeme olmaz ilkesinin iki unsuru vardır. Bunlardan biri kişi unsuru diğeri ise eylem unsurudur. Kişi unsuru, savcılıkça hakkında dava açılmayan

⁶⁵ TURHAN, sh.18 ; ÖZBEK / KANBUR sh.73

kişinin yargılanmamasını ifade eder. Eylem unsuru ise; savcının mahkeme önüne getirmedeği eylemin mahkemenin yargılama kapsamı dışında bırakılmasıdır. Bu iki unsur da aynı anda düşünmek gerekir. CMUK md 257’de mahkemenin vereceği hükmün konusunun yalnızca iddianamede gösterilen eylemin teşkil edeceği belirtmiş, fakat kişi unsuruna değinilmemiştir. CMK md 225/1 ise hem kişi hem de olay unsuruna vurgu yapılmıştır. Alman hukukundaki yasal düzenlemeye bakılacak olursa StPO § 155/1 uyarınca, soruşturma ve hüküm sadece davada belirtilen eylemi ve davada suçlanan kişiyi kapsayacaktır. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO) ve Türk Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) birlikte değerlendirildiğinde, iki düzenlemenin birbirine benzer olduğu anlaşılmaktadır.⁶⁶

Sanık hakkında açılmamış bir davadan dolayı hüküm verilemez. Davayı açan makam davayı ele alacak makamdaki farklı olmalıdır. İddia hakkında nesnel bir yargı kararı verilmelidir. Yani hakim resen işe el atamaz, savcının iddianame düzenlemediği bir konuyu hakim irdeleyemez. Fakat bu husus resen araştırma ile karıştırılmamalıdır. Resen araştırma ilkesinde, hakim açılmış bir konuda delil serbestisini kullanır. Fakat kendisi dava açamaz. Daha sonra ne kadar çok delil ortaya çıkarsa çıksın, bu delilleri iddianamede yer almayan bir hususta kullanamaz. Bunun için tekrar bir iddianamenin verilmesi şarttır. Eski CMK’da sözlü iddianame kurumu vardı. CMUK (md 359) duruşmada kişinin başka bir suç işlediği ortaya çıkarsa savcı, müdafî ve sanık buna rıza gösterirse mahkeme diğer olayları da dikkate alarak karar verirdi. Sözlü iddianame kurumu yeni CMK’da ise düzenlenmemiştir.⁶⁷

Eğer sanık veya başka birisinin suç işlediği ortaya çıkmış ise mahkeme bunu savcılığa ihbar yolu ile bildirmesi gerekir. İhbar yerine mahkemenin savcılıktan doğrudan ek iddianamesinin düzenlemesini istemesi hukuka aykırıdır. Savcılık bu ihbarı değerlendirerek, soruşturma sonunda kanun ve delillere göre kararını verecektir. Sonuç itibarıyla ya yeni bir iddianame düzenleyecek veya kovuşturmamak kararı verecek ya da önödeme veyahut uzlaştırma gibi kurumlara dayalı kovuşturmamak kararı veya kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verecektir.⁶⁸ Alman hukukunda ise konu ile ilgili yasal düzenlemeye StPO § 266’da yer verilmiştir. StPO § 266’da ek iddianamenin sözlü olarak ileri

⁶⁶ ERTEM, sh.12 vd.; YURTCAN, sh.53 vd.

⁶⁷ ÜNVER / HAKERİ, sh.41; TURHAN, sh.19

⁶⁸ ÜNVER / HAKERİ, sh.42 vd.

sürülebileceği, ancak bu durumda da iddianamenin taşınması gereken şekil ve içerik şartlarının mevcudiyetinin gerektiği belirtilmektedir. Bu durum yani ek iddianame düzenleme imkanı, davasız yargılama olmaz ilkesinin değil, ve fakat bir şekil şartı olan iddianamenin yazılı olarak sunulması esasına istisna teşkil etmektedir.⁶⁹

Mülga CMUK md.147 de son tahkikata başlanması, kamu davasının açılması şartına bağlanmıştı. Yeni CMK md. 175'te de benzer bir durum devam etmektedir. Mülga CMUK ve yeni CMK davasız muhakeme olmaz ilkesini kabul etmiştir.

CMUK madde 259'da Cumhuriyet Savcısının sözlü iddianame ile kamu davası açabilmesine olanak tanımıştı. Savcıya tanınan bu imkan davanın yazılı şekilde açılması zorunluluğuna getirilen bir istisna olup davasız yargılama olmaz ilkesinin bir istisnası değildir.⁷⁰

CMK md. 163'te Cumhuriyet Savcısına ulaşamaması veya olayın genişliği itibarıyla Cumhuriyet savcısının iş gücünü aşması durumunda; yalnızca suçüstü ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde sınırlı kalmak kaydıyla bütün soruşturma işlemlerinin sulh ceza hakimi tarafından yapılabileceğini belirtmiştir. Esas yetkili makam olan savcıya ulaşılır ulaşılmaz bu yetki savcıya devredilecektir. Davasız yargılama olmaz ilkesinin bir istisnasını teşkil eder gibi görünen bu durumda dahi savcı hâlâ esas yetkili olmaya devam etmekte ve soruşturmanın hakimiyeti kendisinde kalmaktadır. Zorunlu savcılık olarak da adlandırılan bu durum açısından önemle ifade etmek gerekir ki; dava açan kişi asla bir hakim olamayacağı gibi hakime tanınan bu yargısal yetki de savcılığın dava açma yetkisine dokunulacak şekilde kullanılamayacaktır.⁷¹

Alman Muhakeme hukukunda StPO § 165 'de hakime tanınan zorunlu savcılık statüsü yalnızca savcıya ulaşamaması kaydıyla gecikmede tehlike bulunan duruma mahsustur. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda olayın gelişi itibarıyla savcının iş gücünü aşması durumunda, soruşturma işlemlerinin sulh ceza hakimi tarafından yapılması öngören bir düzenleme bulunmamaktadır. Soruşturmanın asıl hakimiyetinin savcıda bulunduğu dikkate alındığında, savcının kendi yetkisinde

⁶⁹ ERTEM, sh.13 vd

⁷⁰ TURHAN, sh.19

⁷¹ ERTEM, sh.15 vd.

bulunan bir iş açısından nasıl yetersiz kalabileceği, bir işin nasıl savcının iş gücünü aşabileceği durumlarının sorularının cevabı net değildir. Ayrıca CMK md. 163 ile sulh ceza hakiminin bütün soruşturma işlemlerini yapabilme yetkisi verilmiştir. StPO’da ise 165. madde ile hakimin yalnızca gereken işleri yapabileceği kabul edilmiştir.⁷²

Alman Ceza Muhakemesi Hukuku’na baktığımızda, StPO § 151’de, mahkemece tahkikata başlanılmasının ve araştırma yapılmasının, dava açılması koşuluna bağlanarak, davasız muhakeme olmaz ilkesinin kabul edildiği görülmektedir.⁷³ Kamu davasının açılmış olmasının mahkemece araştırma yapılabilmesine etkisi CMK ve StPO açısından farklı sonuçları vardır. Şöyle ki CMK açısından iddianamenin kabulü ile kovuşturma evresine geçilir. İddianamenin kabulü ile soruşturma evresinin tamamlanmış olacağından, kamu davasının açılması ile birlikte mahkeme artık kovuşturmaya başlayabilecektir. Bu durum, farklı bir ceza muhakemesi yapılanmasına sahip olan StPO açısından daha farklıdır. StPO açısından, kamu davasının açılması son soruşturmanın açılışı kararına işaret etmektedir. Alman Ceza Muhakemesinde kamu davasının açılması ve son soruşturmanın açılışı sırasında vuku bulan ve ara soruşturma olarak adlandırılan bir evre daha bulunmaktadır. Bu evrede mahkemece yapılacak tahkikat esas itibarıyla son soruşturmanın açılışının gerekliliği ve yerindeliliğine odaklı olmaktadır.⁷⁴ StPO açısından mahkemece verilen son soruşturmanın açılışı kararı ile yargılamanın konusu belirlenecek ve sadece orada belirtilen olayların bütünü yargılamaya konu edilecektir.⁷⁵

Yargıtay 3. Dairesinin 21/04/2011 tarihli kararında; ...“Kabule göre de; CMK’da ek iddianame ile ilgili bir düzenlemenin mevcut olmayıp, yargılama esnasında sanığın iddianamede belirtilen suçtan başka bir suç işlediğinin tespit edilmesi halinde C.savcılığına suç duyurusunda bulunabileceği, iddianame düzenlemenin C.savcısının görev ve takdirinde bulunduğu, ek iddianame düzenlenmesi yönünde talepte bulunulamayacağı gözetilmeden yazılı şekilde

⁷² ERTEM, sh.15

⁷³ KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2009, sh.34;

⁷⁴ ERTEM, sh.9

⁷⁵ ERTEM, sh.12 vd.

uygulama yapılması’’ sanığın iddianamede belirtilen suçtan başka bir suç işlediğinin tespit edilmesi halinde Cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunması gerektiğine’’ hükmetmiştir.⁷⁶

Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 2009/27 E. ve 2009/13450 sayılı, 29/06/2009 tarihli kararında; ‘‘...1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren CMK’da ek iddianame ile ilgili açık bir düzenleme bulunmamakta olup, bu uygulamanın aynı kanunun duruşmaların bir oturumda bitirilmesini amaçlayan sistemine uygun düşmediği, ek iddianame talebinin yeni CMK’daki hakimlerin tarafsızlığını sağlamaya yönelik hükümler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun 27/06/2006 tarih ve 315 sayılı kararı ile benimsenen Birleşmiş Milletler Angolar Yargı Etiği İlkeleri nazara alındığında, hakimlerin dava konusu ve taraflarla ilgili tarafsız olması ilkesine ters düştüğü, ek iddianame talebi ile mahkeme baştan iddianamenin düzenlenmesini istemekle bir nevi suçun sübuta erdiğini belirterek, baştan sanığın mahkumiyetine dair görüşünü ortaya koyar nitelikte görüş belirtmiş olduğu ve ek iddianame uygulamasının, iddianamenin kabulü ile hakim önüne gelen iddianamede gösterilen suça ilişkin olarak fiil ve fail hakkında karar vermesini öngören CMK’nın 225. maddesine açıkça aykırılık oluşturduğu, bu maddeye göre hükmün konusunun iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin yargılama olduğu, bununla beraber mahkeme hakimlerinin yargılama esnasında sanıkların iddianamedeki suçtan başka bir suç işlediklerini düşünüyorsa, bu konuda sadece Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunabilecekleri, iddianame düzenleyip düzenlememek savcının görevi ve takdirinde olduğundan, ek iddianame düzenlenmesi talebi yapılamayacağı nazara alınmadan yazılı şekilde uygulama yapılması bozmayı gerektirdiğine’’ hükmetmiştir.

77

C. Kovuşturma Mecburiyeti İlkesi

Bir fiilin işlendiği haberinin alınması üzerine, bu fiilleri takibe yetkili makamlar tarafından derhal soruşturma evresine başlanması; (CMK md. 160/1)

⁷⁶ Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 2010/1657 Esas, 2011/5554 Karar ve 21/04/2011 tarihli kararı, UYAP, Hazırlık, Savcı Yargıtay Kararı Arama Ekranı

⁷⁷ Kazancı, Açıklamalı Kanun ve İçtihad Programı,

bunun sonucunda ceza ve emniyet tedbiri takibini gerektirecek hususlarda fiilin ve failin belli olması, yeterli emare teşkil edecek vakaların bulunması, yani şüphelerin ciddi olduğunun tespit edilmesi ve şartların gerçekleşmiş olması durumunda, yetkili makamlar tarafından kamu davasının açılmasını (CMK md. 170) ve açılan kamu davasının yargılama sonuçlanıncaya kadar savcılıkça yürütülmesini ifade eden ilkeye kovuşturma mecburiyeti ilkesi denir.⁷⁸ Kovuşturma mecburiyeti ilkesi soruşturma başlama mecburiyeti ilkesini de içine alan ve soruşturma mecburiyeti ilkesinden sonra gelen geniş bir kavramdır.⁷⁹

Kovuşturma mecburiyeti ilkesi başlığı altında ele alınması gereken üç ayrı ilke vardır. Alt ilke olarak değerlendirdiğimiz bu ilkeler şunlardır;

- a) Araştırma Mecburiyeti İlkesi (CMK md.160)
- b) Kamu Davasını Açma Mecburiyeti İlkesi (CMK md.170)
- c) Kamu Davasının Yürütme Mecburiyeti İlkesi

Bir fiilin işlendiği haberinin alınması üzerine suça takibe yetkili makamlar tarafından derhal soruşturmaya başlanılmasını ifade eden alt ilkeye araştırma mecburiyeti ilkesi denir. Araştırma mecburiyeti ilkesi daha çok Cumhuriyet Savcısı ile alakalıdır. Eski CMUK kolluğa da araştırma mecburiyeti getirmişti. Fakat yeni CMK Cumhuriyet savcısını ön plana çıkarttığı için CMUK md.156'daki hükme yer vermemiştir. Ancak kolluk araştırma mecburiyeti ilkesinin gereklerinin yerine getirilmesi bakımından savcının yardımcısı durumundadır. CMK md. 161/2'ye göre adli kolluk görevlileri el koyduğu olayları geciktirmeden Cumhuriyet savcılığına intikal ettirme zorunluluğu getirilmiştir. Alman doktrininde soruşturma mecburiyeti ilkesinin yalnızca savcı değil aynı zamanda kolluk, hatta mahkeme ve diğer ceza soruşturması konusunda yetkili olabilen makamlar yönünden yetki doğurduğu

⁷⁸ ÖZTÜRK, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti**, sh.5 vd.; ÖZTÜRK, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, sh.142 vd. ; ÖZBEK / KANBUR, sh.68 vd.; TOROSLU / FEYZİOĞLU, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınları, Ankara 2009, sh.30; ÖZTÜRK / ERDEM sh.68 vd.; AYDIN, Murat, **İddianamenin Unsurları ve İadesi**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. X, S.1,2 2006 sh.369 vd.; GEDİK, Doğan, **Bir Uygulamacının Ceza Hukuku Makaleleri**, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, sh.84. vd.; TÖNGÜR, Ali Rıza; **Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme**, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ağustos2008 sh.162 vd.: Alman Hukukunda ise Alman CMK md. 152'nin açık ifadesi dolayısıyla kanunilik terimi (Legalitätsgrundsatz) kullanılmaktadır. MERAKLI, sh.36

⁷⁹ ÖZEN, Mustafa, **Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi**, Ankara Barosu Dergisi, Y.67, S.3, Ankara 2009, sh.19 vd.

yönünde görüşler vardır. Ancak kolluk her ne kadar resen harekete geçerek kendiliğinde adli araştırma yetkisi bulunmasa bile, Cumhuriyet savcısının talebi üzerine ve yönetimi altında araştırma mecburiyeti yükümlülüğü mevcuttur.⁸⁰ Cumhuriyet savcısı ihbar veya başka bir suretle bir suç işlendiği izlenimi veren bir hali öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar. Araştırma mecburiyeti ilkesi bir fiilin işlenmesini haber alınması anından başlayıp kamu davasının açılması veya açılmaması kararının verileceği aşamaya kadar geçerlidir. Suç haberi ihbar şikayet ya da doğrudan haber alma gibi yollarla alınabilir. Suç haberi alındığı zaman başlangıç şüphesinin varlığı durumunda Cumhuriyet savcısı soruşturma evresine başlar. Başlangıç şüphesi bir suçun izlenimini veren bir halin öğrenilmesi şeklinde ifade edilmiştir. Buna basit şüphe de denir. Cumhuriyet savcısı araştırma mecburiyeti ilkesi gereğince soruşturma işlemlerine başlayarak şüphelinin aleyhine ve lehine olan delilleri toplar. (CMK md. 160/2) Cumhuriyet savcısı şüphelinin lehine ve aleyhine delilleri toplamakla yükümlüdür. Bu düzenleme aynı zamanda Cumhuriyet savcısının yargılamada bir taraf olmadığını da gösterir. Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda ise StPO § 152/2’de savcının harekete geçme, olayın içeriğini araştırma ve inceleme görevi açıkça belirtilmiştir.⁸¹ Soruşturma neticesinde fiilin takibi gerektirecek hususlarda fiilin ve failin belli olması, şüphelerin ciddi olduğunun tespit edilmesi ve dava şartlarının gerçekleşmiş olması karşısında yetkili makam tarafından kamu davasının açılmasını ifade eden alt ilkeye ise kamu davasını açma mecburiyeti ilkesi denir. Yeterli delilin varlığı halinde savcılık makamı iddianame düzenlemek zorundadır. Savcının yürüttüğü soruşturma neticesinde yeterli delil olup olmadığı hususunda hukuksal denetme açık bir takdir hakkı vardır. Cumhuriyet savcısı yeterli delil olmadığına inanıyorsa bu durumda takipsizlik kararı verir. Buna karşı da idari yola ya da yargı yoluna başvurulur. Ancak yeterli delili mevcut ise Cumhuriyet savcısı dava açmak zorundadır. Bunun istisnası uzlaşma önödeme, dava açmada takdir yetkisinin kullanılması, iddianame düzenlemenin ertelenmesi, şikayet, izin ve müracaat halleridir. Kamu davasının muhakeme sonuçlanıncaya kadar yürütülmesini ifade eden ilkeye de kamu davasını yürütme mecburiyeti ilkesi denilmektedir.⁸²

⁸⁰ ERTEM, sh.58 vd.; KUYUCU, sh.146

⁸¹ ERTEM, sh.52

⁸² ÖZTÜRK, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti**, sh.6; ÖZTÜRK / ERDEM

Kamu davası açma mecburiyeti ilkesi kovuşturma mecburiyeti ilkesinin bir çeşididir.⁸³ Soruşturma mecburiyeti, kamu davası açma mecburiyetinin varlığının değerlendirmesi açısından adeta ön şarttır. Cumhuriyet savcısı hakkında ceza soruşturması gerçekleştirilen tüm suçlara ilişkin yeterli fiili tutanak noktalarının mevcudiyeti halinde soruşturma (CMK md.160; StPO § 152/2); soruşturmanın yeterli sebep sunması durumunda ise dava açma mecburiyeti (CMK md.170/2; StPO § 170/1) bulunmaktadır.⁸⁴ Bugün yürürlükte bulunan Alman CMK 152/2'ye göre “Savcılık, kanun aksini düzenlemediği sürece kovuşturulabilen bütün suçlardan dolayı maddi olaya ilişkin yeterli tutanak noktaları mevcut bulunduğu takdirde harekete geçmekle görevlidir.” Alman ceza muhakemesinde kural bu olmakla birlikte bu kurala çok sayıda istisna da getirilmiştir (Alman CMK 153 vd.).⁸⁵ CMK ve StPO'daki düzenlemeler arasında paralellik vardır. StPO'da soruşturma mecburiyeti iki farklı hükümle düzenlenmiştir. Bunlardan ilki genel norm niteliğinde olan iddia makamı ve yasallık kenar başlıklı StPO § 152/2'dir. Bu madde genel olarak ceza kovuşturması mecburiyeti ilkesini düzenlemektedir. StPO § 160. maddenin ise kenar başlığı hazırlık soruşturmasıdır. Bu madde daha ayrıntılı olarak hazırlık soruşturmasına ilişkin araştırmaların kapsamını düzenlemektedir.⁸⁶

Kamu davasının mecburiliği ilkesi Cumhuriyet savcısının herhangi bir olayda dava açmaya yetecek kadar yeterli suç şüphesini elde ettiğinde, bu fiillerden dolayı şüpheli adını verdiği kişi hakkında ceza davası açmak zorunda olmasını ifade eder. Bu sayılan koşullar gerçekleştiğinde Cumhuriyet savcısı dava açmaktan imtina edemez. CMK'nın 170. maddesinde soruşturma evresi sonunda toplanan deliller suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa Cumhuriyet savcısı bir iddianame düzenler denilmektedir. Şüphenin kuvvet dereceleri farklıdır. Failin suç işlemiş olma olasılığı ile mevcut olgulara göre bir değerlendirme yapmak gerekirse 0 ile 100 arasında bir skalada %50 ile %100 arasında bir değer bulunursa burada yeterli şüphe vardır denilebilir. Eğer değerlendirme sonucu %50'nin altındaysa yeterli şüphe

sh.189; ÖZTÜRK, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Hukuku**, sh. 143 vd.; ÖZBEK / KANBUR s.68 vd.; ÜNVER / HAKERİ **Ceza Muhakemesi Hukuku**, sh.31; KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, sh.34 vd.

⁸³ AYDIN, sh.369 vd.;

⁸⁴ ERTEM, sh.49

⁸⁵ ÖZTÜRK, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti**, sh.19 vd.; YENİSEY, Feridun, **Alman Federal Cumhuriyeti Ceza Muhakemesi Kanunu**, 1979 Ankara, sh.93

⁸⁶ ERTEM, sh.53

yoktur. Ülkemizde kamu davasının mecburiliği ilkesinin temeli bu madde gösterilebilir Bu ilkenin kabul edilmesindeki ama suç işlediği hususunda şüphe edilen kişinin haline bakılmaksızın her suçun mutlaka soruşturması ve gereken durumda cezalandırılmasını sağlamaktır. Bu ilke sayesinde toplumda kişilere eşit davranılmasını sağlamaktadır. Bu ilke keyfilikten uzak bir adalet uygulamasının garantisini oluşturur. Bu ilke nedeniyle halkın adalete güven duygusunu artırır.⁸⁷

Kovuşturma mecburiyeti ilkesinde dava açma ve yürütme görevi devlete aittir. Mağdurun bu konuda bir talepte bulunmasına gerek olmadan kovuşturma resen yapılır.⁸⁸ Uyuşmazlığın yargılama makamı önüne getirilmesine dava denir. Devletin kovuşturmasına ise kamu davası denmektedir. Devlet kovuşturmasına kamu davası denmesi ceza davasının çoğunlukla kamu davasının açılmasıyla başlamasından kaynaklanır. Kamu davalarında düzenlenen iddianamede davacı olarak devlet gösterilmelidir.⁸⁹

Kovuşturma mecburiyeti sisteminde, ceza davası açmakla görevli resmi makam, kanunda dava açmak için aranan şartlar gerçekleştiği zaman, ceza davasını açmaya mecburdur. Doktrinde, kamu davasının açılması için gereken yasal koşulların bulunması halinde, savcılığın dava açmaya zorunlu olduğu, bu doğrultudaki zorunluluğun yasadan kaynaklanması sebebiyle anılan ilkeye “kanunilik ilkesi” de denilebileceği belirtilmektedir.⁹⁰

Kamu davasının açılmasında mecburiliği benimseyen bir sistemin söz konusu kamu davasının açılması gerekip gerekmediğini belirlemek için yapılan soruşturmanın da mecburi olması gerekir. CMK 160.maddesinin karşılığı olan Alman Ceza Muhakemesi Kanunu bizimkinden farklı olarak, savcının kamu davası açmasından değil, harekete geçmesi mecburiyetinden söz etmektedir. Yani savcının soruşturmanın araştırma işlemlerini yapması mecburiliği kastedilmektedir. (StPO § 152/II). StPO § 152/2’de kanunda aksi belirtilmediği sürece hakkında ceza kovuşturması gerçekleştirilebilen bütün suçlardan dolayı maddi olaya ilişkin yeterli tutanak noktalarının bulunması durumunda, savcının harekete geçmekle yükümlü

⁸⁷ YURTCAN, sh.56 vd.; KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, sh.289 vd.

⁸⁸ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, sh.34

⁸⁹ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, sh.287;

⁹⁰ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, sh.217; TÖNGÜR, sh.162 vd.; KEYMAN, sh.94 vd.

olduğu belirtilerek soruşturma mecburiyeti ilkesi uygulanmıştır. StPO § 160/1’de, suç ihbarının öğrenilmesi ile, kamu davasının açılmasının gerekip gerekmediğinin belirlenmesi amacıyla, savcının olayı araştırma yükümlülüğünün bulunduğu düzenlenmiştir. StPO § 160/2’de, kamu davasının açılmasına gerek olup olmadığına karar verilebilmesi için, savcılıkça isnada yarayan ve isnadın düşürülmesine yarayan durumlar araştırılarak, delil aracı elde etme faaliyetine girilmesi gerektiği ve kaybolmasından endişe duyulan delil araçlarına yönelik koruma tedbirlerine başvurulması gerektiği düzenlenmektedir. StPO § 152/2 genel bir norm olup, soruşturma mecburiyeti ve kamu davası açma mecburiyetini içermektedir.⁹¹

CMK’da soruşturmanın ne zaman sona ereceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. CMK kapsamında araştırmaların bitiş anı, cumhuriyet savcısının iddianameyi düzenleyip mahkemeye verdiği an olarak değerlendirilebilir. Alman hukukundaki düzenlemeye bakıldığında; StPO § 196a’da, savcılığın kamu davasını açılması düşüncesinde olması durumunda araştırmaların sona erdiğini dosyaya kaydedeceği düzenlenmiştir. Bu kayıt kapanış kaydı olarak ifade edilmiştir. Kapanış kaydının en önemli fonksiyonu ise soruşturma evresinin araştırma bölümü ile sonuç çıkartma (karar verme) bölümünün kesin bir sınırla birbirinden ayrılıyor olmasıdır. Aynı zamanda kapanış kaydının düşülmesiyle birlikte dosya üzerindeki gizlilik uygulaması da kalkmaktadır.⁹²

Alman CMK md.156’da “kamu davasının son soruşturmanın açılmasından sonra geri alınabileceği hükmüne yer verilmiştir. Fakat bizim kanunumuzda bunun gibi bir hükme yer verilmemiştir. Yine Türk ceza muhakemesi kanununda kamu davasının geri alınabileceğine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Cumhuriyet savcısının açmış olduğu davayı geri alması mümkün değildir.”⁹³

Soruşturma evresi Cumhuriyet savcısının kovuşturmaya yer olmadığına dair verdiği karar ile sonuçlanabilir. Cumhuriyet savcısı soruşturma evresi sonunda kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi sebebiyle kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilir. Yine kovuşturma olanağının bulunmaması hallerinde de kovuşturmaya yer olmadığına karar verir. Bu durumlarda

⁹¹ ERTEM, sh.54 vd.

⁹² ERTEM, sh.65

⁹³ ÖZTURK, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti**, sh.182

soruşturma evresi söz konusu karara itirazın süresinin geçmesiyle ya da yapılan itirazın reddedilmesiyle sona ermiş olur (CMK md.173).⁹⁴

Usul-ü Muhakematı Cezaiye Kanunu Muvakkatı Kanununun 20. maddesine göre “Müddei umumiler cünha ve cinayet derecesinde bulunan kaffe-i ceraimi taharri ve tecassüce mürtekibi aleyhine ikame-i davaya memurdurlar.” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Söz konusu hüküm ile kovuşturma mecburiyeti ilkesi vurgulanmıştır.⁹⁵ Yine aynı kanunun 26. ile 44. maddeleri arasında “müddei umumilerin vezaifi memurelerinin suver-i icraiyesine dair” bölümünde, savcılarının bütün cünha ve cinayet suçlarında dava açmak ve açmış oldukları davayı sonuna kadar yürütmekle yükümlü oldukları kabul edilmiştir. Söz konusu maddelerde 1879 tarihli Kanun-i Muvakkatin kovuşturma mecburiyeti ilkesini benimsediği anlaşılmaktadır.⁹⁶

Türk Hukukunda 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu (CMUK) kural olarak kovuşturma mecburiyeti ilkesini benimsemiştir. Kovuşturma mecburiyeti ilkesi CMUK’nın 153/1 ve 148/2 maddelerinde açık bir şekilde ifade edilmiştir.⁹⁷

CMUK’un 153. maddesinde; “Cumhuriyet savcısı ihbar veya herhangi bir suretle bir suçun işlendiği zehabını verecek bir hale muttali olur olmaz hukuk-u amme davasını açmaya mahal olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin hakikatini araştırmaya mecburdur.” şeklinde ifade edilmiştir. Yine CMUK 148. maddesinde “kamu davasını açmak vazifesi Cumhuriyet savcısındır. Kanunda aksi bir hüküm bulunmadıkça Cumhuriyet savcısı ceza takibini gerektirecek hususlarda yeterli delil mevcut ise kamu davası açmakla mükelleftir. Kamu davası açmak için Adalet Bakanı, Cumhuriyet savcısına emir verebilir. Valiler de kamu davasının açılmasının kendi vilayetleri dahilindeki Cumhuriyet savcılarından isteyebilirler. Cumhuriyet savcıları mucip sebepler göstererek bu talebi kabul etmezse valinin

⁹⁴ CENGİZ, Serkan / DEMİRAG, Fahrettin / ERGÜL, Teoman / McBride, Jeremy / TEZCAN, Durmuş, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008, sh.99

⁹⁵ GÖKCEN, Ahmet, **Tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkatı**, 1296 (1879), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Konya 4. Cilt, 1-2 Sayı, 1994, sh.207

⁹⁶ GÖKCEN, sh.208; ÖZTURK, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti**, sh.18 vd.; ÜÇÖK, sh.47

⁹⁷ ÖZTURK, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti**, sh.19 vd

müracaatı üzerine Adalet Bakanı yukarıdaki fıkrada yazılı yetkiyi kullanmak lazım gelip gelmeyeceğini takdir eder ve icabını yapar.” şeklinde belirtildiği, CMUK’daki vali ve Adalet Bakanının savcıya dava açma hususunda emir verebilmesi hiyerarşinin bir neticesidir. Bu yetkililer kovuşturma mecburiyeti ilkesine aykırı olarak Cumhuriyet savcısına dava açılmaması yönünde görüş bildirmeleri mümkün değildir. Adalet Bakanının kamu davası açması için Cumhuriyet savcısına emir verebileceği ve valilerin de bunu kendi vilayetlerindeki Cumhuriyet savcılarından isteyebileceklerine ilişkin düzenlemeler 14/04/2004 gün ve 5219 sayılı kanunla metinden çıkartılmıştır. Yeni CMK’ da bu düzenlemeye yer verilmemiştir.⁹⁸

1 Haziran 2005 tarihine kadar Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda kovuşturma mecburiyeti ilkesi hakimdir. Sadece istisna olarak; belli bir yaşın altındaki küçükler hakkında kovuşturma yapılamaması, şahsi davalık suçlarda kamu yararı görülmemesi nedeniyle veya önödeme nedeniyle verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair karar, cezanın ertelenmesi ve şartla tahliye gibi maslahata uygunluk ilkesine uygun kurumlar ile zaman zaman belli bazı suç ve suç failleri için çıkarılan dava ve cezaların ertelenmesine dair kanunlar bulunmaktaydı. Fakat bu kanunlara rağmen 1 Haziran 2005 tarihine kadar katı bir şekilde ceza hukukumuzda kovuşturma mecburiyeti ilkesi hakim olduğunu söylemek mümkündür.⁹⁹

Yeni CMK md. 163’te de kovuşturma mecburiyeti ilkesi açık bir şekilde vurgulanmıştır. Bunun neticesi olarak, Cumhuriyet savcısı açtığı kamu davasını hüküm ile sonuçlanıncaya kadar sürdürmek zorundadır. Bu nedenle de geri alamaz.¹⁰⁰

CMK md.170/2’ye göre; “Soruşturma evresinde toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame

⁹⁸ UĞUR, Hüsamettin, **Ceza Muhakemesinde Kovuşturma Mecburiyeti İlkesinden Maslahata Uygunluk İlkesine**; Türkiye Barolar Birliği, Kasım- Aralık 2007, sh.270 vd.; KEYMAN, sh. 94; TÖNGÜR, sh.172 vd., Adalet Bakanının Cumhuriyet Başsavcılığın adli faaliyete ilişkin emir verme yetkisinin bulunmamasının istisnası CMK md.309’da düzenlenen kanun yararına bozma kanun yoludur. Bu hükme göre; “Hakim veya mahkeme tarafından verilen istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar veya hükümde hukuka aykırılık bulunduğunu öğrenen Adalet Bakanlığı o karar veya hükmün Yargıtayca bozulması isteminin yasal nedenlerini belirterek Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı olarak bildirir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, bu nedenleri aynen yazarak karar veya hükmün bozulmasını istemini içerek yazısını, Yargıtay’ın ilgili ceza dairesine verir. ; MERAKLI, sh 11

⁹⁹ UĞUR, sh.269 vd.;

¹⁰⁰ UĞUR, sh.271 vd.;

düzenler.” hükmü kovuşturma mecburiyeti ilkesinin ceza muhakemesi sistemimizde istisnasız uygulanacağı izlenimini vermektedir. Fakat CMK md. 171 gereği soruşturma evresi sonunda suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşsa dahi Cumhuriyet savcısı kanunda belirtilen şartlar gerçekleşmiş ise iddianame düzenlememe hakkına yani takdir yetkisine sahiptir.¹⁰¹

Cumhuriyet savcısının görevi dışında öğrendiği suçlar bakımından kovuşturma mecburiyetinin geçerli olup olmadığı tartışmalıdır. Bu konuda iki görüş bulunmaktadır. 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 olduğu vurgulanmakta ve bu sebeple de her somut olayda bir tartım yapılmasının uygun olacağı savunulmaktadır. Kanımızca kendi görev ve yetki alanına giren fiiller söz konusu olduğunda Cumhuriyet savcısı bir suç işlendiğini görevi dışında öğrense dahi derhal harekete geçmelidir. Bunun bu şekilde kabulü özel yaşantısına yapılan orantısız bir müdahale olarak kabul edilmemelidir. Çünkü zaten bir suç işlendiğini öğrenen bireylerin dahil bunun yetkili makamlara bildirmek yükümlülüğü vardır.¹⁰²

Mecburilik ilkesi Kant’ın kısas nazariyesine, maslahata uygunluk (takdirilik) ilkesinin ise muayyen bir ölçüde Bentham’ın faydacı teorisine dayandığı söylenmiştir.¹⁰³

Kovuşturma mecburiyeti ve maslahata uygunluk ilkelerinin birbirinin zıttı olmadıklarını belirtmek gerekir. Kovuşturma mecburiyeti ve maslahata uygunluk ilkeleri birbirinin zıttı olmaktan çok birbirinden farklı sistem olarak incelenmeleri gerekmektedir.¹⁰⁴

¹⁰¹ Alman CMK md.152/2’de de “Kanunda aksi belirtilmedikçe.” İfadesine açıkça yer verilmiştir. MERAKLI, sh.40

¹⁰² Benzer görüş için bkz: MERAKLI, sh.43

¹⁰³ KEYMAN, s.94 vd.; TOROSLU / FEYZİOĞLU, sh.30

¹⁰⁴ KEYMAN, s.94 vd; ERTEM, sh.34 vd.; TÖNGÜR, sh.172 vd.; Kovuşturma Mecburiyeti İlkesinin Karşısında Maslahata Uygunluk İlkesinin Bulunduğuna İlişkin Görüşler İçin Bkz: ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAĞIZ / TEPE, sh.48 vd.; YURTCAN, sh.57; AYDIN, Murat, Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Kamu Davası Açma Mecburiyeti, <http://www.murataydin.name.tr/index.php?option> Erişim Tarihi: 25/10/2011; KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU, sh.297; Kovuşturma mecburiyetinin zıttı takdirilik değil ihtiyarilik olarak ifade edilebilir. (bkz: Kunter / Yenisey / Nuhoğlu, sh.297)

1. Kovuşturma Mecburiyeti İlkesinin Lehinde Olan Görüşler

Tarihi gelişim içinde kamu davasının mecburiliğinin lehinde ve aleyhinde bir takım görüşler ileri sürülmüştür. Burada önce lehine ileri sürülen görüşler özetlenecek ve arkasından da aleyhine ileri sürülen görüşlere yer verilecektir.

1- Ceza Kanunlarında her kim belirli bir suç işlerse şu veya bu şekilde cezalandırılacağı ön görüldüğünden dolayı bir kovuşturma mecburiyeti ilkesi ceza verme mükellefiyeti altındadır. Bu da kanunların kesin olarak uygulanmasını sağlar. Haberi alınan her suç kovuşturulursa cezalandırılma korkusu artacağından bu da suçların suç işlenmesini önleyecektir. Kovuşturma mecburiyeti ilkesinin genel önleminin uygun bir aracı olduğu söylenmiştir.¹⁰⁵

2- Kovuşturma mecburiyeti ilkesi, kovuşturmanın kural olarak fertlere değil, devlete ait bir iş olduğu anlamına gelen kovuşturmanın resmiliği ilkesinde kovuşturmanın resmi oluşu bunun mecburi oluşunun neticesi olarak ifade edilmiştir.¹⁰⁶

3- Kovuşturma mecburiyeti ilkesi eşitlik ilkesi ile alakalıdır. Eşitlik ilkesine göre kanun bakımından herkes eşittir. Bu hak dolayısıyla herhangi bir niteliğe veya ölçüye dayanılarak insanlar arasında ayırım yapılamaz. Dolayısıyla da belirli bir fiil ve işleyenlerden bazılarının kovuşturulurken bazılarının ise kovuşturulmaması eşitlik ilkesine aykırıdır. Bu eşitsizliğin önüne geçmek amacıyla kovuşturma mecburiyeti ilkesi eşitliği sağlayan bir araç olarak görülmüştür.¹⁰⁷

4- Kovuşturma mecburiyeti ilkesi hukuk devleti ile ilgilidir. Hukuk devleti ilkesi kovuşturma mecburiyeti ilkesinin uygulanmasını zorunlu kılar. Kovuşturma mecburiyeti ilkesini uygulamamak hukuk devleti ilkesini de uygulamamak manasına gelir. Mecburilik ilkesinin uygulandığı durumda bile bazı kabul edilmez keyfiliklerin istisna olmaktan çıkıp kural haline gelme tehlikesi ortaya çıkabilir. Maslahata

¹⁰⁵ ÖZTURK, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti*, sh.32; UĞUR, sh.263 vd.

¹⁰⁶ ÖZTURK, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti*, sh.33; UĞUR, sh.263 vd.

¹⁰⁷ ÖZTURK, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti*, sh.33; UĞUR, Hüsamettin sh.263 vd.; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, sh.72 vd.

uygunluk sisteminin kabul edilip kovuşturma mecburiyeti ilkesinin tamamen terk edilmesinde ise bu tür sıkıntılara yol açar.¹⁰⁸

5- Doktrinde yapılan tartışmalarda kovuşturma mecburiyeti ilkesinin kuvvetler ayrılığı ilkesine dayandığı, bu ilkeye aykırılık kuvvetler ayrılığı ilkesine de aykırılık anlamına gelir. Hangi fiillerin suç olduğunu tespit etmek kanun koyucuya yani yasama gücüne aittir. Savcının yürütmenin memuru olarak bazı fiilleri takip edip bazılarını ise takip etmemesi yasama gücünün işine karışması anlamına gelir. Bu da kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil eder.¹⁰⁹

6- Modern hukukta suçtan mağdur olanın yaşadığı şokun, kızgınlığın ve rahatsızlığın doğuracağı olumsuz sonuçların ve işlenen suçla bozulan barışın, suçların kovuşturulmaması durumunda daha vahim bir hal almasına sebep olabileceği söylenmiştir.¹¹⁰

7- Orantılık ilkesinin kovuşturma mecburiyeti ilkesine daha yakın olduğu söylenmiştir. Önemsiz işler istisna tutulursa kural kovuşturma mecburiyeti ilkesi olmalıdır.¹¹¹

8- Sanığın üzerine atılı isnat nedeniyle suçu işleyip işlemediği hususunu bağımsız hakim huzurunda ispatlayıp kendisini temize çıkartabilme imkanı takipsizlik kararıyla işin hakim önüne götürülmesi engellenmesi suretiyle sanığın elinden bu imkanın alınmasının hukuka aykırı olacağı söylenmiştir.¹¹²

9- İdarenin bir memuru durumunda bulunan savcının maslahata uygunluk esasının benimsendiği sistemlerde siyasi baskı altına alınması suretiyle hükümet edenler aracılığıyla çalışan bir adliye yaratılması tehlikesi doğurabileceği öne sürülmüştür.¹¹³

¹⁰⁸ ÖZTURK, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti*, sh.33 vd.; UĞUR, sh.263 vd.

¹⁰⁹ ÖZTURK, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti*, sh.35 ; UĞUR, sh.263 vd.

¹¹⁰ ÖZTURK, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti*, sh.35 ; UĞUR, 263 vd.

¹¹¹ ÖZTURK, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti*, sh.36

¹¹² ÖZTURK, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti*, sh.36

¹¹³ ÖZTURK, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti*, sh.36

2. Kovuşturma Mecburiyeti İlkesinin Aleyhinde Olan Görüşler

Yukarıda belirtilen kovuşturma mecburiyeti ilkesi lehine olarak açıklanan görüşler doktrinde eleştirilmiş, bu suretle kovuşturma mecburiyeti aleyhine oluşan görüşler ortaya çıkmıştır. Bu görüşler aynı zamanda maslahata uygunluk ilkesinin lehine olan görüşlerdir.¹¹⁴

1- Devleti mutlak bir kovuşturma mecburiyeti ve ceza verme yükümlülüğü bulunduğu fikri çağdaş düşünceye uygun düşmediği ileri sürülmektedir. Öç alma teorisi tabanını kaybettiği ölçüde, bu eski düşünce de hukukçular tarafından daha az paylaşılr olmuştur. Bugün cezanın amacına uygun olarak kullanılması görüşü daha ağır basmaktadır. Günümüzde cezanın amacı genel ve özel önlemedir.¹¹⁵

2- Bugün zamanaşımı, kanun mülgası, af kanununun çıkarılması, failin şartlı salıverilmesi, cezanın ertelenmesi, ceza muhakemesinin şartlarının bulunması gibi durumlarda, ortada işlenmiş bir suç bulunmasına rağmen her suç işleyen ve her suç cezalandırılmamaktadır. Bunun nedeni toplumun bu hakkından vazgeçebilmesidir. Bu nedenle kovuşturma mecburiyeti ilkesi suçların ve cezaların kanuniliği ilkesinden çıktığını ileri sürmek akla uygun değildir. Kovuşturma mecburiyeti ilkesinin uygulanması durumunda çağdaş anlayışın bir gereği olan cezaların ferdileştirilmesi mümkün olmayacaktır. Bu da maslahata uygunluk ilkesinin önemini daha da ortaya çıkarmaktadır.¹¹⁶

3- Eşitlik konusunda kanun önünde eşitlik ilkesinin mutlak değil nispi eşitlik olarak anlaşılması gerektiği söylenmiştir. Bu husus bugün genel kabul gören bir husustur. Mutlak eşitliğin en büyük eşitsizlik olduğu, eşitliğin eşit olanların eşit muameleye tabi tutulması anlamına geldiği söylenmiştir. Bu durumda aynı fiilin işlemekle birlikte aynı durumda bulunmayan kimseler bakımından dava açıp açmamak da farklı davranılmasına olanak veren maslahata uygunluk ilkesinin, farklı

¹¹⁴ ÖZTURK, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti*, sh.36

¹¹⁵ UĞUR, sh.264 vd.

¹¹⁶ ÖZTURK, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti*, sh.37 vd. ; UĞUR, sh.263 vd.;

durumlarda bulunanlar hakkında eşit davranılmasını gerektiren mecburilik ilkesinden daha fazla olarak eşitlik ilkesini uyduğu söylenmiştir.¹¹⁷

4- Hem kovuşturma mecburiyeti hem de maslahata uygunluk ilkesinin suiistimale açık olduğu, sorunun savcılarının kalitesinde olduğu söylenmiştir. Teorik olarak kovuşturma mecburiyetinin geçerli olduğu durumda dava açmak suretiyle suiistimallerin zor olabileceği düşünülebilir. Fakat bu savcılara bağlı bir iştir.¹¹⁸

5- Kovuşturma mecburiyeti ilkesinin kuvvetler ayrılığı ilkesine dayandığına ilişkin görüş de eleştirilmiştir. Buna göre, bazı fiilleri suç saymak hususunda değil fakat nihayet suç saymama hususunda savcılara bir yetki verildiği sonucuna varılabilmektedir. Bu bakımdan bazı fiilleri suç sayma hakkında yasama organına ait bir yetkinin yürütme organına devredilmesinden bahsedilmemelidir. Kuvvetler ayrılığının hürriyetleri koruyan sihirli bir formül olduğu kanısı sarsılmış bulunmaktadır. Bunun yerine kuvvetler ayrılığının ahenkli bir işbirliği sistemine geçmesinin faydalı olduğu genellikle kabul olunmuştur. Bu bakımdan maslahata uygunluk ilkesinin bu işbirliği sistemine aykırı bulunmadığı söylenmiştir.¹¹⁹

6- Modern hukukta mağdurların da düşünülmesi gerektiği oysa maslahata uygunluk ilkesinin bu düşünceye aykırı olduğu düşüncesi söylenmiştir. Bu görüş eleştirilmiş mağdurun maslahata uygunluk sisteminin de muhakkak ihmal edilmesinin şart olmadığı söylenmiş, duruma göre hareketin ne zaman mümkün olduğu, her iki sistemde de her zaman müdahale, şahsi hak davası, hatta şahsi dava imkanlarının eşit şekilde gerçekleştirilebileceği söylenmiştir.¹²⁰

7- Kovuşturma mecburiyeti ilkesine yapılan bir diğer eleştiride kovuşturma mecburiyeti ilkesinin uygulanması durumunda savcılığın, kolluğun ve mahkemelerin işinin gereksiz yere artacağına ilişkindir. Bugün bütün dünyada iş yükünün

¹¹⁷ ÖZTURK, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti*, sh.39. ; UĞUR, sh.263 vd.; TOSUN, Öztekin, *Ceza Davasının Açılmasında Sistemler*, İHFM.C.XXXIV, Sayı 1-4, Ayrı Bası, 1969, sh.63 vd.

¹¹⁸ ÖZTURK, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti*, sh.39 vd. ; UĞUR, sh.263 vd.; TOSUN, sh.41

¹¹⁹ ÖZTURK, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti*, sh.40

¹²⁰ ÖZTURK, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti*, sh.41; UĞUR, sh.264 vd.;

azaltılması için çeşitli çareler aranmaktadır. Maslahata uygunluk ilkesi bu konuda çeşitli katkılar sağlayabilir.¹²¹

8- Doktrinde tarihsel gelişmelerin maslahata uygunluk yönünde olduğu söylenmiştir. 1925 Londra İnfaz Milletlerarası Kongresinde kovuşturma ve maslahata uygunluk ilkeleri tartışılmış ve “Ceza Hukukunun gelişmesindeki genel eğilim göz önünde tutulduğunda, suçu kovuşturmamakla, genel faydası daha iyi hizmet edildiği anlaşılan her halde takdirilik prensibinin geniş bir uygulaması tavsiyeye şayandır. Kabahatlerde ve özellikle küçüklerin işlediği suçlarda maslahata uygunluk ilkesi geniş bir biçimde uygulanmalıdır.” denilmiştir. IX. Ceza Hukuku Milletler Arası Lahey kongresinde “Adaletin iyi bir şekilde yerine getirilebilmesi için uygulamaya ait şartlar gerçekleştirilmiş olmak kaydıyla ilke olarak maslahata uygunluk veya kovuşturma mecburiyeti ilkelerinden birisi kabul edilebilir.; bir yandan her harekete öte yandan kanunun katılığı ve şekil severliğine engel olmak için bu ilkelere bazı düzeltici tedbirler koymak gereklidir. Bu düzeltici tedbirler insanlık, nesafet ve toplumsal fayda fikirlerinden ilham almalıdır, mamafih, her iki ilke bakımından mevcut düzeltici tedbirlerin değerini daha iyi incelemek ve belki de bunlar üzerinde işlemek ve yeni düzeltici tedbirleri ortaya koyacak kriterleri göz önünde bulundurmak gerekecektir.” denilmiştir. Nitekim Almanya’da maslahata uygunluk ilkesi lehinde önemli gelişmeler olmuştur.¹²²

9- Doktrinde son olarak maslahata uygunluk ilkesinin soruşturma işlemlerinde kısıtlılığı sağladığı söylenmiştir. Buna İngiltere örnek olarak gösterilmiştir. İngiltere’de dünyanın en kısa hazırlık soruşturmasının yapıldığı ve İngiltere’de yapılan suç soruşturmasının kalitesiz yapılmasına da sebep olmadığı, İngiltere’de 1962 yılında yapılan soruşturmaların %95’inde açılan davaların mahkumiyetle sonuçlandığı açıklanmıştır.¹²³

Öztürk’e göre Hukuk devleti ilkesi ile kovuşturma mecburiyeti ilkesi arasında çok sıkı bir ilişki vardır. Kovuşturma mecburiyeti ilkesi her türlü keyfiliğe engeldir. Kovuşturma mecburiyeti ilkesinin terk edilerek maslahata uygunluk ilkesine geçilmesi durumunda mecburilik ilkesinin uygulandığı durumlarda bile

¹²¹ ÖZTURK, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti*, sh.22-41 ; UĞUR, sh.264 vd.; TOSUN, sh.65 vd.

¹²² ÖZTURK, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti*, sh.41 vd.

¹²³ ÖZTURK, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti*, sh.42

engellenemeyen bazı istisnalar istisna olmaktan çıkıp kural haline gelme tehlikesi ortaya çıkabilir kovuşturma mecburiyetinden tamamen vazgeçilmesi ve maslahata uygunluk ilkesinin benimsenmesi durumunda hukuki barış daha ciddi tehlikelerle karşılaşır. Belki de toplumsal hayat çekilmez bir hal alabileceğini savunmaktadır. Fakat bu eleştirilerine rağmen yazar maslahata uygunluk ilkesinin istisna olarak artan iş yükü nedeniyle yer verilebileceğini savunmaktadır.¹²⁴

D. Kamu Davası Açılmasında Savcıya Takdir Yetkisi Tanınması (Maslahata Uygunluk İlkesi)

1. Genel Olarak

Bir suçun işlendiği haberinin öğrenilmesi üzerine, bu fiilleri takibe yetkili makamlar tarafından derhal soruşturmaya başlayıp başlamamakta; soruşturması neticesinde fiilin ve failin belli olması, yeterli suç şüphesinin bulunması durumunda savcının kamu davası açıp açmamakta ve nihayet kamu davasını yargılamak sonuçlanıncaya kadar sürdürüp sürdürmemekte takdir yetkisinin bulunmasına maslahata uygunluk ilkesi (ihtiyarılık, takdirilik, opportinite) denir. Maslahat sözlük anlamı olarak iş, emir, husus, madde, keyfiyet, önemli iş, dirlik ve düzen demektir. Hukuktaki teknik anlamı ise kamu yararadır. Kamu hukukumuzda ana ilke olarak kovuşturma mecburiyeti ilkesi geçerlidir. Fakat CMK md. 171 ile birlikte kısmen de olsa maslahata uygunluk ilkesinin benimsendiği söylenebilir. Fakat bu istisna olup hakim ilke kovuşturma mecburiyeti ilkesidir.¹²⁵ Maslahata uygunluk ilkesine

¹²⁴ ÖZTURK, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti**, sh.42 vd.

¹²⁵ AYDIN, **Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Kamu Davası Açma Mecburiyeti**, <http://www.murataydin.name.tr/index.php?option> Erişim Tarihi: 25/10/2011; KEYMAN, s.94 vd.; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAĞSIZ / TEPE sh.48 vd.-71 vd.-485 vd.; ÖZTURK, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti**, sh.14-195 vd.; AYDIN, Murat, sh.371 vd.; GEDİK, sh.84. vd; TÖNGÜR, sh.165 vd.; Alman hukukunda ise bu ilke İtalyanca ‘‘Opportunita’’ kelimesinden türetilen Opportunitat kelimesi ile ifade edilmektedir.; MERAKLI, sh.44; Maslahata uygunluk terimi ilkenin özünü yansıtacak şekilde ifade edildiğinden ve ayrıca doktrinin büyük bölümü tarafından da kabul gördüğünden maslahata uygunluk terimini tercih etmekteyiz.

takdirilik, uygunluk diyenler de vardır.¹²⁶ Maslahata uygunluk ilkesine göre ceza davasının açılması için kanunda aranan şartların gerçekleşmiş olması yetmez. Ayrıca davanın açılmasında kamu yararının bulunması gerekir. Maslahata uygunluk sisteminde dava açmakla görevli makam, davanın açılmasının suçtan meydana gelen zarardan veya suçu işleyenin cezasız kalmasından doğabilecek zarardan daha büyük bir zarara sebep olabileceği kanaatine varırsa dava açmayabilecektir.¹²⁷ Maslahata uygunluk ilkesinin uygulanması şartlarına ek olarak, kamu yararını değerlendirme şartı da mevcuttur. Maslahata uygunluk sisteminde kamu yararının bulunup bulunmadığını değerlendirme imkanı ceza soruşturmasını yapmakta yetkili makamlara tanınmıştır.¹²⁸

Maslahata uygunluk sisteminin yasada açıkça düzenlenmesi şarttır. Savcı bu tür bir takdir yetkisini ancak yasal bir düzenlemenin bulunması halinde kullanabilir. Yurtcan'a göre Türkiye bakımından ceza davasının mecburiliği sistemi daha geçerli bir sistemdir. Fakat Yurtcan küçüklerin işledikleri suçlarla, aile yakınlarına karşı işlenen taksirli suçlarda maslahata uygunluk sisteminin yasamızda yer alabileceği savunmaktadır.¹²⁹ Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu'na göre, "Takdirilik veya maslahata uygunluk sistemi cezanın suçlandırılması uydurulması tedbirleri gibi ileri bir sistemdir. Suçların sayısının artması karşısında hafifleri ile mahkemeleri uğraştırmamak gibi faydası da vardır." Yine Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu'na göre, bu yetkinin kötü kullanılması durumunda büyük bir tehlike söz konusu olduğu, bu nedenle mecburilik sisteminin kabul edilmesinin, ülkemiz bakımından bugün için daha uygun olduğu ve istisna olarak savcıya da takdir yetkisi verilebileceği söylenmektedir.¹³⁰

Kovuşturma mecburiyeti ilkesinin veya maslahata uygunluk ilkesinin kabul edildiği hukuk sistemlerinde soruşturma mecburiyeti esasının en azından kıta Avrupa'sı hukuk sistemleri açısından mutlak kabulü zorunludur. Konuyu Türk hukuk sistemi açısından ele aldığımızda, maslahata uygunluk esasının uygulanabildiği

¹²⁶ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, sh.287 vd.; TOROSLU / FEYZİOĞLU, sh.30; AYDIN, **İddianamenin Unsurları ve İadesi**, , sh.371 vd.; Maslahata uygunluk ilkesi bir ilke olarak ve bu isimde ilk olarak Avusturyalı Hukukçu Glaser tarafından 1860 yılında kullanılmıştır. MERAKLI, sh 46

¹²⁷ KEYMAN, sh.96 vd.; TOROSLU / FEYZİOĞLU, sh.30; GEDİK, sh.84. vd;

¹²⁸ ERTEM, sh.41

¹²⁹ YURTCAN, sh.57

¹³⁰ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU sh.289 vd.

durumların tespit edebilmek bakımında böyle bir fiili zorunluluk mevcuttur. Yine CMK md.172/1’de takipsizlik kararının soruşturma evresi sonunda verileceği ifade edilmiştir. Takipsizlik kararı ister yeterli şüphenin ve kanuni şartların bulunmadığından, ister maslahata uygunluk esasları bazında verilecek olsun, öncelikle adli araştırmaların eksiksiz yapılması zorunludur. Ayrıca özellikle maslahata uygunluk nedeniyle Cumhuriyet savcılığınca takdir hakkı kullanılan durumlarda verilen takipsizlik kararına karşı kovuşturma davası yasa yolu açık bulunmadığından, böyle bir durumda gerçekten maslahata uygunluk ilkesinin uygulanabilmesi şartlarını mevcut olup olmadığının tespiti açısından yapılacak etkin soruşturma çok önemlidir. Kamu davasını açmaya yeterli delil yok ise ya da dava açmak için gerekli diğer şartlar bulunmuyor ise kamu davasının açılması mümkün değildir. Bu durumda savcının deliller değerlendirme takdir yetkisi vardır.¹³¹ Yargıtay 2007 tarihli bir kararında kamu davası açılması gerekip gerekmediği yönünde delilleri takdir yetkisini Cumhuriyet savcılığına ait olduğu, bu takdirin kullanılmasının iade sebebi olamayacağına karar vermiştir.¹³²

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin REC (2000) 19 No’lu Tavsiye Kararı md.25’de “Savcılar, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi ya da diğer fikirler ulusal ya da toplumsal köken, ulusal bir azınlığa mensubiyet, mülkiyet, doğum, sağlık, özür ya da başkaca durumlar gibi herhangi bir sebepten kaynaklanan ayrımcılıktan kaçınmalıdırlar.” hükmü yer almaktadır. Ayrıca savcılar için delil aracı değerlendirme yasağı geçerlidir. Bu durum da yine REC (2000)19 md28’de “Savcılar, yasaya aykırı yöntemlerle elde edildiğini bildikleri veya buna makul nedenlerle inandıkları delilleri şüpheliye karşı kullanmamalıdır. Herhangi bir şüphe durumunda, savcılar delillerin kabul edilebilirliği hususunun muhakeme tarafından karara bağlanmasını talep etmelidir.” hükmü yer almaktadır.¹³³

¹³¹ AYDIN, **İddianamenin Unsurları ve İadesi**, sh.369; ERTEM, sh.63

¹³² ERTEM, sh.76 vd.; Yüksek Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü ifadeli 16/04/2007 gün ve 20267 sayılı Kanun yararına bozma istemi ve Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 28/05/2007 E. 2007/5397 K. 2007/4011 sayılı kararı

¹³³ Uluslararası Savcılar Birliği, **Savcılar İçin İnsan Hakları El Kitabı**, sh.294 vd.

2. CMUK'ta Kamu Davası Açılmasında Savcıya Takdir Yetkisi Tanınması (Maslahata Uygunluk İlkesi)

CMUK'un kovuşturma mecburiyeti ilkesini benimsemiştir. Fakat kovuşturma mecburiyeti ilkesine bazı istisnalar getirmiştir. Bu istisnalar; yeni bir suçtan dolayı yapılacak soruşturmanın etkisiz olması (CMUK md. 149), kamu yararı bulunmaması (CMUK md. 346), denetim muhakemesi davası (CMUK md. 289, 295, 333) ve ön ödeme (765 sayılı TCK'nın 119. maddeleri) sayılabilir.¹³⁴

CMUK bakımından kamu davasının mecburiliği ilkesinin istisnasını oluşturan haller mevcuttu. CMUK md. 149/1 ve şahsi davalık suçlar bunlara örnek gösterilebilir.¹³⁵ Yine CMUK md.164'e göre "Keyfiyetin takibe değer görülmemesi" halinde savcıya kamu davası açmada sınırlı bir takdir yetkisi tanınıyordu.

Eski CMUK md. 344'de gösterilen durumlarda suçtan zarar gören kişi tarafından açılan ve yürütülen davaya şahsi dava denirdi. Bu davayı açana ise şahsi davacı denirdi. Şahsi davayı suçtan zarar gören kişi şikayette bulunmadan doğrudan açabilir. CMUK md. 344'de yer alan suçlarda savcı kamu yararı görürse iddianame düzenleyerek dava açar. Burada savcı kamu yararı bulunup bulunmadığını takdir yetkisi kendisine aittir. Şahsi dava mecburilik sisteminin bir istisnasıdır. Mülga ceza kanununun md. 191 son, 193/1, 195, 197, 456/4, 459/1, 480 ve 482. maddeleri şahsi davaya örneklerdir. Bunların hepsi soruşturması ve kovuşturması şikayete bağlı suçlardır.

¹³⁴ TÖNGÜR, sh.172 vd.

¹³⁵ ŞAHİN, sh.524 ÖZTÜRK / ERDEM, sh.189 vd.; YURTCAN, sh.58; ÖZTÜRK, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, sh.144 vd.

3. CMK’da Kamu Davası Açılmasında Savcıya Takdir Yetkisi Tanınması (Maslahata Uygunluk İlkesi)

Yeni CMK şahsi davayı kaldırmıştır. 5320 sayılı CMK’nın yürürlük Kanunun 9. maddesine göre özel kanunlarda ön görülen şahsi davalar kamu davasına dönüşür. Halen şahsi dava usulüne göre yürütülen davalar da kamu davası olarak yürütülür. Halen şahsi dava usulüne göre yürütülen davalarda şahsi davacılar katılan sıfatını alırlar. Bu davalar hakkında 26/06/2004 tarih ve TCK ile CMK’nın uzlaşmaya ilişkin hükümleri uygulanır Bu durumda icra iflas kanununda bulunanlar dahil tüm şahsi davalar kamu davasına dönüşmüştür. Yeni CMK her suçtan dolayı zarar görenin devlet olduğu gerçeğinden hareketle dava açmanın bir kamu görevi olması gerektiğini benimsemiş ve bu gerekçelerle CMK ile şahsi dava kaldırılmıştır. Bununla birlikte de suçtan zarar görenin ferdi hakları güçlendirilmiştir. Doktrinde çoğunluk tarafından şahsi davanın kaldırılması yerinde olmuştur.¹³⁶ CMK şahsi dava usulüne yer vermeyerek ceza iddiası yetkisinin sadece savcının tekeline bulunduğu yetkisini kabul etmiştir. Kamu davasının mecburiliği ilkesi çerçevesinde Cumhuriyet savcısı bu iddia görevini kamu davası açmak suretiyle yerine getirir. Cumhuriyet savcısı kamu davasının açılması hususunda kamu yararı bulunup bulunmadığını takdir etme yetkisini kural olarak yeni CMK tanımamıştır. Alman CMK’sında ise md. 374’de numerus clausus olarak belirtilen ve haksızlık niteliği düşük olan suçlar bakımından şahsi dava usulü devam etmektedir.¹³⁷ Fransız hukukunda bizdeki şahsi davaya benzeyecek “actio civilo” olarak adlandırılan bir dava türü vardır. Bu şahsi davayı açan kişi ile kamu davacısı eşit haklara sahiptir. Kamu davasının açılmasında Fransa, İngiltere ve İskoçya gibi ülkelerde şahsi dava açma imkanı bulunmaktadır. Hatta İngiltere ve İskoçya gibi ülkelerde bireylerin yanında dernek, birlik resmi daire ve bakanlık gibi tüzel kişilerin de dava açma hakkı vardır.¹³⁸

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun kamu davasının açılması yönünden kovuşturma mecburiyeti ilkesi sistemini benimsemiştir. CMUK’un 163. maddesinin

¹³⁶ ÖZTÜRK / ERDEM, sh.313; ÜNVER / HAKERİ, sh.4 vd; KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, sh.336 vd.; YILMAZ, Zekeriya, **Ceza Muhakemesi Kanunu ile İlgili Mevzuat**, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, sh.30; KEYMAN, sh.120 vd.; UĞUR, sh.286 vd.;

¹³⁷ ERTEM, sh.18 vd.

¹³⁸ UĞUR, sh.260

karşılığı olan CMK'nın 170. maddesinde “kamu davasını açma görevi, Cumhuriyet savcısı tarafından yerine getirilir. Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yetkili şüphe oluşturunca; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler” denilerek Cumhuriyet savcısını yeterli şüphe bulunması halinde kamu davasını açmayı zorunlu kılmıştır. Batı hukukundaki gelişmeler ışığında Ceza Muhakemesi Kanunun 171. maddesi kovuşturma mecburiyeti sisteminin istisnası olarak kabul edilmiştir. 171. maddeye göre; “cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilir.” hükmü düzenlenmiştir. Bu madde ile işlenen fiil suç olma özelliğini devam ettirmektedir.¹³⁹

CMK'nın değişiklikten önceki ilk halinde “Cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsi cezasızlık sebeplerinin varlığı halinde cumhuriyet savcısının kamu davasını açmayabilme yetkisini verdi.” Bu maddeyle ilk defa sistemimizde savcıya dava açma takdir hakkı tanınmıştır. Bu madde mecburilik sisteminin önemli bir istisnasıdır.¹⁴⁰

Daha sonra 2006-5560 sayılı kanun ile CMK'nın 171. maddesini değiştirilmiştir. Bu değişiklik ile kanunun cümle yapısı değiştirilmiş, ilave olarak da kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu kabul edilerek gerçek takdirilik sistemi yani kamu yararının bulunup bulunmadığı savcı tarafından takdir edilmesi yerleştirildi.¹⁴¹

CMK md. 171. madde kapsamında savcıya bir takdir yetkisi tanındığından maddedeki sayılan şartların varlığı halinde bile savcı isterse kamu davası açabilecektir. Tereddüt halinde savcının takdir yetkisini dava açma yönünden kullanmalıdır.¹⁴²

CMK md. 171'de mecburilik ilkesini yumuşatan hükümler bulunmaktadır. Bunlardan ilki cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin

¹³⁹ UĞUR, sh.272 vd.

¹⁴⁰ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, sh.291; ÖZTÜRK / ERDEM, sh.311; YURTCAN, sh.57 vd.-396 vd.

¹⁴¹ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, sh.291;

¹⁴² ŞAHİN, sh.525; ÖZTÜRK / ERDEM, sh.191

uygulanmasını gerektiren koşulların veya şahsi cezasızlık hallerinin bulunmasıdır, kamu davasının açılmasının ertelenmesi ise ikincisini oluşturur.¹⁴³ Maslahata uygunluk ilkesinin kabulü ile batı hukukuna paralel bir gelişme sağlanmış ve böylece kovuşturma mecburiyeti ilkesinin kesinliği törpülenmiştir.¹⁴⁴

CMK md. 171'deki bu düzenleme bu hali ile sakıncalı olduğu, eşitsizliğe yol açacak ve keyfiliğe neden olacak ve bazen de suiistimallere kaynaklık edeceği gerekçesi ile eleştirilmiştir. Yine aynı eleştirilerde bu yetkinin kullanımı için kamu davasında bir kamu yararının bulunup bulunmadığı değerlendirilmesinin yapılmasının da aranmadığı, bu yönüyle de batı ülkelerindeki klasik 'oppertinite' veya maslahata uygunluk diye adlandırılan sistemde yanlış biçimde sapıldığı söylenmiştir. Yine bu düşünce ile savcılar bu yetkiyi çok dikkatli kullanmaz iseler ciddi bir hukuksuzluğa neden olacakları belirtilmiştir. Yine doktrinde savcıların bu yetkiye dair verdikleri kararların itiraz olanağının bulunmaması da eleştirilmiştir.¹⁴⁵

Kovuşturma mecburiyeti ilkesinin mi maslahata uygunluk ilkesinin mi daha iyi olduğu tartışmalı bir konudur. 1964'de Lahey'de toplanan 9. Kongrede, kovuşturma organlarının ceza muhakemesindeki rolü nedeniyle bu husus kongrede tartışılmış ve iki sistemin de, iyi bir adalet dağıtımını sağlayacak tedbirlerin alınması koşuluyla, kabul edilebileceği ve bu tedbirlerin de değerinin iyice araştırılmasının olumlu olduğu neticesine ulaşılmıştır.¹⁴⁶

Maslahata uygunluk sisteminin bir kısım faydalarına rağmen kötüye kullanılması tehlikesi karşısında, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin daha uygun olacağı savunulmuştur.¹⁴⁷

Tüm bu anlatılanlar ışığında her iki sistemin de kabulünün ceza siyasetinin tercihi olduğu görülmektedir. Türk Doktrinde hakim görüşte mecburilik sisteminin daha yerinde olduğu yönündedir.¹⁴⁸

¹⁴³ ÜNVER / HAKERİ, Cilt 2, sh.18; ERYILMAZ, Bedri, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Savcı Modeli ve Bu Modelin Diğer Avrupa Konseyi Ülkeleriyle Karşılaştırılması, Editör: Öztürk, Bahri, 3. Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi, Seçkin Yayınları, Ankara 2009, sh.410; GEDİK, sh.84. vd;

¹⁴⁴ TÖNGÜR, sh.167 vd.

¹⁴⁵ ÜNVER / HAKERİ, Cilt 2, sh.21 ve sh.526; UĞUR, sh.272 vd.

¹⁴⁶ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, sh.288

¹⁴⁷ TOROSLU / FEYZİOĞLU, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınları, Ankara 2009, sh.30; ERTEM, sh.42

¹⁴⁸ ERTEM, sh.47 vd

4. Savcıya Takdir Yetkisi Tanınması Lehindeki Görüşler

Bu ilke lehinde bir takım görüşler ileri sürülmüştür. Bu ilkeleri şu şekilde özetlemek mümkündür.

1- Cezaların şahsileştirilmesi ve ceza kanunlarının katı bir eşitlik anlayışı içerisinde uygulanmasının yaratacağı sakıncaları maslahata uygunluk ilkesi ile ortadan kaldırılacağı ileri sürülmüştür.¹⁴⁹

2- Basit bir suç işleyen küçük veya yaşlının durumunda olduğu gibi söz konusu eylemden dolayı kamu davası açıp sanık mahkeme karşısına çıkarmadan ve sonunda verilecek cezadan beklenen yarar sanık hakkında kamu davası açılmaması nedeniyle uğrayacağı iddia olunan zarardan daha önemlidir. İşte burada ceza yargılamasının en önemli ilkesi olan oranlılık ilkesi üzerinde durulmaktadır. Oranlılık ilkesinin uygulanmasını maslahata uygunluk ilkesi sağlayacaktır.¹⁵⁰

3- Çağdaş ceza hukukunda; cezaların ahlaki ve insan haysiyeti ile bağdaşır olması gereklidir. Aynı zamanda cezanın suçlu bakımından etkili olması zorunlu durumlar dışında suç işlemeyenler üzerinde etkisinin bulunmaması gerekir. Bunun temini ise ancak maslahata uygunluk ilkesi doğrultusunda yapılacak bir değerlendirme ile mümkündür.¹⁵¹

4- Maslahata uygunluk ilkesinin kanunda yer alması ve buna uyulması halinde hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmiş olacağı söylenmiştir.¹⁵²

5- Basit, önemsiz suçların soruşturma aşamasında ayıklanarak mahkemelerin iş yükünün azaltılması konusunda maslahata uygunluk ilkesinin büyük bir önemi

¹⁴⁹ AYDIN, Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Kamu Davası A.M. http://www.murataydin.name.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=51&Itemid=42 Erişim Tarihi: 25/10/2011

¹⁵⁰ AYDIN, Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Kamu Davası A.M. http://www.murataydin.name.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=51&Itemid=42 Erişim Tarihi: 25/10/2011

¹⁵¹ AYDIN, Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Kamu Davası A.M. http://www.murataydin.name.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=51&Itemid=42 Erişim Tarihi: 25/10/2011

¹⁵² AYDIN, Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Kamu Davası A.M. http://www.murataydin.name.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=51&Itemid=42 Erişim Tarihi: 25/10/2011

olduğu, bu sayede mahkemelerin daha önemli işlere daha çok emek ve zaman ayırabileceği söylenmiştir.¹⁵³

5. Savcıya Takdir Yetkisi Verilmemesini Savunan Görüşler

Bu ilke lehinde bir takım görüşler ileri sürülmüştür. Bu ilkeleri şu şekilde özetlemek mümkündür.

1- Ceza Kanunlarının kati olarak uygulanmasının maslahata uygunluk ilkesini engellediği halbuki kamunun suç karşısında mutlaka ceza verme ve kovuşturma zorunda olduğu görüşü ileri sürülmüştür.¹⁵⁴

2- Kovuşturmanın kural olarak kişilere değil, devlete ait olduğu belirtilen kovuşturmanın resmiliği ilkesini maslahata uygunluk ilkesi ile bağdaşmadığı ileri sürülmüştür.¹⁵⁵

3- Eşitlik ilkesine maslahata uygunluk ilkesinin aykırı olduğu söylenmiştir. Bu maslahata uygunluk ilkesinin geçerli olması durumunda aynı suçu işleyen kişilerden bazılarının cezalandırılmasına karşın, bazılarının ise cezasız kalacağı, bunun da toplumun adalete olan güvenini zedeleyeceği ileri sürülmüştür.¹⁵⁶

4- Maslahata uygunluk ilkesinin hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı, bireylerin bütün davranışlarında hukuk kurallarına uymak ile mükellef oldukları, hukuk devleti ilkesinin bazı suçları kovuşturmamak manasına gelen maslahata

¹⁵³ AYDIN, Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Kamu Davası A.M. http://www.murataydin.name.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=51&Itemid=4 2 Erişim Tarihi: 25/10/2011

¹⁵⁴ AYDIN, Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Kamu Davası A.M. http://www.murataydin.name.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=51&Itemid=4 2 Erişim Tarihi: 25/10/2011

¹⁵⁵ AYDIN, Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Kamu Davası A.M. http://www.murataydin.name.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=51&Itemid=4 2 Erişim Tarihi: 25/10/2011

¹⁵⁶ AYDIN, Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Kamu Davası A.M. http://www.murataydin.name.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=51&Itemid=4 2 Erişim Tarihi: 25/10/2011

uygunluk ilkesinde bağdaşmadığı, kovuşturma mecburiyeti ilkesine uymamanın hukuk devletine uymamak olduğu ileri sürülmüştür.¹⁵⁷

5- Maslahata uygunluk ilkesinin uygulandığı durumlarda mağdurun devlet ve toplum tarafından haklarının korunmadığı, devletin suça karşı bir tepki göstermediği kanısını doğuracağı ve bunun sonucunda da mağdurun kendi ihkak-ı hak tesisine kalkacağı, bunun da yeni suçlara sebep olacağı, ayrıca işlediği suçtan dolayı dava bile açılmayan şüphelilerin cezanın özel önleme amacının gerçekleşmeyeceği için suçların cezasız kaldığını gören başka kişilerin de suça yönelecekleri ileri sürülmüştür.¹⁵⁸

6- İdarenin bir memuru durumunda bulunan savcının maslahata uygunluk ilkesinin kabul edildiği bir sistemde toplumsal baskılar ve menfaat temini gibi çeşitli nedenlerle etki altına alınıp, suçun kovuşturma dışına çıkabileceği, bunun da toplumun adalete olan güvenini sarsacağı ileri sürülmüştür.¹⁵⁹

6. Görüşümüz

Devlet, işlenen fiillerin bazılarını takip ederken bazılarını ise keyfi bir şekilde takipsiz bırakamaz. Uygulamada böyle bir tehlikenin ortaya çıkmasını engellemek için kovuşturma mecburiyeti ilkesi benimsenmiştir. Fakat sıkı ve istisnasız kovuşturma mecburiyetinin benimsenmesinin kovuşturma mecburiyeti ilkesinin mahkemelerin önemsiz işlerle vakit kaybetmesi gibi olumsuz yönlerini ortaya çıkartmıştır. Bu nedenle kovuşturma mecburiyeti ilkesinin olumsuz yönlerinin azaltılmasına yönelik savcıya takdir yetkisi tanınmalıdır. Savcıya tanınan bu yetki de takdir yetkisi istisna olmalı kural ise kovuşturma mecburiyeti olmalıdır.

¹⁵⁷ AYDIN, Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Kamu Davası A.M. http://www.murataydin.name.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=51&Itemid=4 2 Erişim Tarihi: 25/10/2011

¹⁵⁸ AYDIN, Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Kamu Davası A.M. http://www.murataydin.name.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=51&Itemid=4 2 Erişim Tarihi: 25/10/2011

¹⁵⁹ AYDIN, Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Kamu Davası A.M. http://www.murataydin.name.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=51&Itemid=4 2 Erişim Tarihi: 25/10/2011

Özellikle Türk Ceza Muhakemesi Sisteminde artan iş yükü ile birlikte yargılama süreleri de buna paralel olarak uzamaktadır. 2000 yılında ortalama muhakeme süresi 741 gün iken 2009 yılında 1432 güne çıkmıştır. Kısacası dokuz yıl öncesine göre muhakeme süresi %93 oranında artmıştır.¹⁶⁰ Bu istatistiksel verilerden yararlanarak bu kronik problemin çözülmesi ve adil yargılama hakkı çerçevesinde sıkı bir başka deyişle istisnasız olarak uygulanan kovuşturma mecburiyeti ilkesi mahkemelerin iş yükünün artmasına sebep olmakta, bu da adil yargılanma hakkı ve yargılamaların makul sürede sonuçlandırılması haklarının ihlaline sebep olmaktadır. Bu nedenle Cumhuriyet savcısına soruşturma evresinde takdir yetkisi tanınmalıdır. Fakat bu takdir yetkisi hafif ve orta ağırlıklı suçluluk bakımından olmalıdır. Bu takdir yetkisi kullanılırken mağdurun menfaatleri de göz önünde tutulması gerekmektedir. Cumhuriyet savcısına tanınan takdir yetkisine ilişkin yargısal düzenlemeye karşı etkin bir yargısal denetim imkanı tanınmalıdır ve yine bu takdir yetkisi tanınırken Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini kullanarak kovuşturmaya yer olmadığına verdiği kararlarda yazılı ve gerekçeli olması aranmalıdır. Cumhuriyet savcısının takdir yetkisine konu düzenlemeler failin kişilik özellikleri de dikkate alınmalıdır. Özellikle Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınan hallerden olan kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının verilebilmesi halinin şüphelinin rızasına bağlı tutulması gerekir.

Uygulamada suçtan zarar görenler özellikle zararlarının karşılanması için ceza yargılamasında şikayetçi oldukları görülmektedir. Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini kullandığı kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunda savcı takdir yetkisini kullanırken, mağdurun menfaatini göz önünde tutar. Söz konusu takdir yetkisini kullanırken mağdurun zararının karşılanması da arandığı için mağdurun zararı karşılanınca kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı vermekle kamu davası açılmadan mağduriyetinin giderilmesini sağlar.

Savcılık makamının, en küçük eylemlere müdahale etmesi mecburiyeti kabul edildiği durumda savcılık makamından elde edilecek yararın büyük oranda ortadan

¹⁶⁰ BAŞTÜRK, İhsan, **Ceza Adalet Sisteminde İş Yükünün Azaltılması ve Adil Yargılanma İlkesinin Gerçekleştirilmesine Yönelik Bazı Çözüm Önerileri**, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Cilt 7. S.85-86, Y.2011, sh.193

kalkacağı aşıkardır. Bundan dolayı da savcılık makamına belli ölçüde takdir yetkisi tanınmalıdır.

Savcıya tanınan takdir yetkisine belirli bir ölçüde yer verildiğinde ve Cumhuriyet savcısına tanınan takdir yetkisinin ölçütleri açık bir şekilde kanun tarafından belirlendiğinde kanun önünde eşitlik ilkesinin ihlal edilmesi önlenecektir.

161

Kısa süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda fail kısa bir süre içinde cezalandırılarak cezaevine gönderilmektedir. Bu süre içerisinde eşinden, ailesinden ve yakın çevresinden ayrılarak toplumdan koparılmaktadır. Özellikle çocuklar için bu çok daha sakınca yaratmaktadır. Bu etki kimi zaman failin yaşamı boyunca devam edebilmektedir. Bu nedenle kısa süreli hapis cezası gerektiren suçlarda bu tür olumsuzlukları önlemek amacıyla Cumhuriyet savcısına kamu davası açmada kanunda belirlenen şartlar ölçüsünde takdir yetkisi tanınmalıdır.

Cumhuriyet savcısına belirli bir derecede takdir yetkisinin tanınması özellikle kamu davasının açılmasının ertelenmesinde olduğu gibi failin beş yıl süre ile gözetime tabi tutulması gibi koşulları öngördüğünden özel önleme etkisinin bulunduğu da kabul edilmelidir.

V. KAMU DAVASI AÇMADA MECBURİLİK VE TAKDİRİLİK AÇISINDAN KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA SAVCININ KONUMU

Mukayeseli Ceza Muhakemesi Hukukunda önemli konulardan birisi de savcının soruşturma yapmak, kamu davası açmak veya açmamak yetkisine sahip olup olmadığı meselesidir. Soruşturma mecburiyeti ilkesi Almanya, İtalya, İspanya, İsviçre'nin bazı kantonlarında ve Türkiye'de geçerlidir.

¹⁶¹ İsviçre Federal Mahkemesi de savcıya takdir yetkisi verilmesine karşı olumlu eğilim göstermekte; fakat, savcıya kamu davasının açılması bakımından takdir yetkisi tanınmasının; 1- Hukuki güvenlik ve kanun önünde eşitliği ihlal etmeyecek bir biçimde, 2- Belirli unsurlar içeren muhakeme kurallarının kabul edilmesi, 3- Bu takdir yetkisinin polis değil mutlaka savcı ya da hakim tarafından kullanılması, 4- Savcı tarafından verilen bu kararlara karşı kanun yolunun öngörülmesi, şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde mümkün olabileceğine hükmetmiştir. MERAKLI, sh 60

Kıta Avrupa hukuk sistemini benimsemiş olan ülkelerde mahkemelerin ağır iş yükü altında bulunmasından ve ceza muhakemesinin makul sürede sonuçlandırılmamasından kaynaklanan sorunlar bulunduğu görülmektedir. Bu nedenle çeşitli ülkelerde muhakemeyi çabuklaştırma gayesine yönelik çabalar içerisine girilmiş bulunmaktadır. Bu çabalardan birisi de kamu davasının mecburiliği prensibinin yumuşatılmasıdır. Kamu davasının mecburiliği ilkesinin yer aldığı ülkelerde savcı ancak kanunda belirtilen istisnai durumlarda gösterilen takdir yetkisine sahipken, Hollanda ve Fransa gibi maslahata uygunluk ilkesinin geçerli olduğu ülkelerde savcı kamu davasını açmayarak mahkemelerin iş yükünü azaltabilmektedir.¹⁶²

Corpus Juris md. 19/1-3 kovuşturma mecburiyeti ilkesini yani md.1-8'de düzenlenmiş olan suçların kovuşturulması yükümlülüğüne yer vermektedir. Doktrinde Avrupa Birliği alanında ceza kovuşturmasının tek düze yürütülmesini ve Avrupa Savcılığının etkili çalışabilmesi için Avrupa kovuşturma organlarının bu ilkeye uymasının zorunlu olduğuna işaret edilmektedir. Bu nedenle gerek ulusal organlar ve gerekse topluluk organları, yukarıdaki suçlara ilişkin tüm olguların Avrupa Savcılığına bildirebileceği gibi, herhangi bir kişinin suç ihbarı ile de suç öğrenilebilir. Ulusal organlar, bir suç isnat edildiği ve özellikle de arama tutuklama ve el koyma gibi tedbirlere başvurdıkları zaman olayı Avrupa Savcılığına duyurmakla yükümlüdürler. Olayı öğrenen Avrupa savcılığı, ulusal organları harekete geçirebileceği gibi kendiliğinden de harekete geçebilir. Bununla birlikte Corpus Juris Avrupa Savcılığına, a) önemsiz veya daha çok ulusal çıkarları ilgilendiren suçları ulusal makamlara aktarmak b) sanığın ikrar etmesi ve zararı karşılaması durumunda soruşturmaya son vermek veya c) ulusal makamlar tarafından md. 22/2.b'de gösterilen koşullar altında talep edilmesi durumunda uzlaşmaya onay verme olanağı tanımak suretiyle maslahata uygunluk ilkesine istisna olarak yer vermektedir (Corpus Juris md. 19/4 a-c).¹⁶³ Böylece kural olarak kovuşturma mecburiyeti ilkesi ve istisna olarak da maslahata uygunluk ilkesini benimsenmiştir.

¹⁶² ŞAHİN, Cumhuriyet, **Ceza Muhakemesinde İspat**, Yetkin Yayınları, Ankara 2001, sh.87

¹⁶³ ERDEM, sh.198

27 Ağustos – 7 Eylül 1990 tarihleri arasında Küba'nın Havana şehrinde yapılan 8. Birleşmiş Milletler Suçun Önlenmesi ve Islahı Konferansında kabul edilen “Savcıların Rolüne Dair İlkeler”’in kovuşturmaya karşı alternatifler başlıklı 18. ve 19. maddelerinde, savcıların, ulusal hukuka uygun olarak sanık ve mağdurların haklarına bütünüyle saygı göstererek, kovuşturmadan vazgeçme ve kovuşturma sürecinin şartlı veya şartsız durdurularak veya cezai olayların yargısal sistemin dışına taşınması için gerekli çabayı gösterecekleri düzenlenmiştir. Bu amaçla devletler için, hem mahkemelerin aşırı dava yüklerini hafifletmek, hem de dava açma ve hapis cezasının olumsuz sonuçlarından kaçınmak için değişik usulleri kabul etme imkanını araştırmaları kabul edilmiştir. Bunun yanında çocuklar için ise ayrıca suçun niteliği ve ağırlığına göre, toplumun suça karşı korunmasına, çocuğun kişiliğine ve geçmişteki yaşamına özel dikkat gösterileceği belirtilmiştir. Savcıların bu konuda karar verirken çocuklar için adalet sistemine ve usullerine göre kovuşturmaya karşı imkan dahilindeki seçenekleri özel olarak dikkate alacakları belirtilmiştir. Savcıların gerekli haller dışında çocuklara karşı kovuşturma işlemi yapmama için her türlü çabayı göstermeleri kabul edilmiştir. Uluslararası alanda bu ve buna benzer metinlerde de her olay karşısında dava açılmaması, kovuşturmaya karşı alternatif usullerin belirlenmesi ve özellikler çocuklar için kovuşturmaya karşı seçeneklerin imkan dahilinde kullanılarak kovuşturma mecburiyeti ilkesine alternatif aranmaya başlanmıştır.¹⁶⁴

A. Anglo-Sakson Sistemi

Özellikle Anglo-Sakson hukukunun geçerli olduğu ülkelerde, Ceza muhakemesi kanunlarında ceza kovuşturması sistemi olarak maslahata uygunluk sistemi benimsenmiştir. Yine maslahata uygunluk ilkesini benimseyen bir takım diğer ülkeler arasında Fransa, Japonya, Hollanda, Danimarka, İsveç ve Norveç gibi ülkeler de sayılabilir. Fakat Anglo-Sakson hukukunu benimseyen ülkeler ile Fransa, Japonya, Güney Kore, Hollanda, Danimarka, İsveç ve Norveç gibi ülkelerde maslahata uygunluk sistemi benimsense de ülkeler arasında çeşitli uygulama farkları bulunmaktadır. Anglo-Sakson hukukunun geçerli olduğu ülkelerde maslahata

¹⁶⁴ Uluslararası Savcılar Birliği, **Savcılar İçin İnsan Hakları El Kitabı**, sh.280 vd.

uygunluk ilkesi Kıta Avrupası'ndakinden farklı tarzda şekillendirilmiştir. Kıta Avrupası ve Japon hukukunda kamu davasının açılması hususunda savcılığa kamu yararının bulunmasına göre takdir yetkisi tanınarak maslahata uygunluk ilkesi uygulanmaktadır. Buna karşın Anglo-Sakson hukukunun geçerli olduğu ABD, Büyük Britanya, Kanada ve Avustralya hukuklarında ceza davası açılması bakımından, ceza davası açma görevine sahip makama kamu yararının bulunmasına göre bir karar verme yetkisi tanınmasının yanı sıra bu süreçte iddianame pazarlığı kurumuna da yer verilmektedir. Savcının sadece kamu yararına dayanarak kamu davasını açmama yetkisinin bulunduğu ve bunun genel kaide olduğu ceza kovuşturması sistemine örnek olarak Fransa, Hollanda, Danimarka, İsveç, Norveç, Güney Kore verilebilir. Maslahata uygunluk ilkesinin uygulandığı Kıta Avrupası ülkelerinde savcıya yeterli şüphe oluşmasına rağmen kamu davasını açma hususunda takdir yetkisi verilmektedir.¹⁶⁵

İngiltere, Hollanda ve Japonya gibi ülkelerin maslahata uygunluk sistemini benimsemesinin temel sebebi, dava açma açısından mecburilik ilkesinin ödünsüz uygulaması sonucu beliren olumsuz sonuçları gidermektir. Yargıda bütün ülkelerin sorunu artan iş yüküdür. Bu noktada ceza mahkemelerine gelecek ilk iş yükünün ayarlanmak üzere maslahata uygunluk ilkesi önem ifade etmektedir. Günümüzde maslahata uygunluk ilkesi Anglo Amerikan hukuk sisteminde kabul görmektedir. Kara Avrupa'sı sisteminde ise basit suçlar açısından kamu davasının mecburi ilkesinin istisnası olarak maslahata uygunluk ilkesi uygulanmaktadır.¹⁶⁶

İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri'nde maslahata uygunluk ilkesi geçerlidir. Anglo – Amerikan sisteminin geçerli bulunduğu bu ülkelerde; kamu yararı, kamu düzen, usul ekonomisi, failin yaşı, hukuk kurallarının anlamı ve amacı

¹⁶⁵ MERAKLI, sh 88, BACAŞIZ, Pınar, **İddianame Pazarlığı**, (Plea Bargaining), CHD, Ağustos 2008, S.7, sh.153 vd.; İddianame pazarlığı kurulu şüphelinin suçunu ikrar etmesi veya savcılıkta suçunu itiraf etmesi veya çeşitli şartlar altında yine bir takım yararlar sağlaması arasında takasa gidilmesi, hakkındaki bir anlaşmadır. Taraflar kendi aralarında bir sözleşme yapar gibi çeşitli edimler taahhüt ederler. Şüpheli iddianame pazarlığına kural olarak, kişisel olarak değil müdafî aracılığıyla katılır. Şüpheli bakımından iddianame pazarlığı, yargılama suçunun ispatının olası olduğu ölçüde faydalıdır. Eğer suçsuz ise ve suçu kolay ispatlanabilir nitelikte değilse bu durumda iddianame pazarlığından büyük bir baskı altında olacaktır. Şüphelinin iddianame pazarlığı ışığında yargılamadaki haklarından vazgeçmesinin iradi olup olmadığı bu sebeple şüphelidir. (bkz: Bacaksız, 165 vd.)

¹⁶⁶ GEDİK, sh.84. vd

gibi kriterlere müracaat edilerek kamu davası açılmadan kovuşturma sonuçlandırılabilir. ¹⁶⁷

İngiltere’de işlenen suçların çok büyük bir bölümünün kovuşturulması polis tarafından yürütülmektedir. Hatta polis, soruşturulan suçlunun %90’ı hakkında dava açılıp açılmamasına karar vermektedir. Polis, suç haberini aldığı zaman işi yetkili mahkemeye götürüp götürmeme konusunda tam bir takdir yetkisine sahiptir. ¹⁶⁸

İngiltere’de bilinen manada bir savcı ve savcılık teşkilatı bulunmamaktadır. Bu ülkede suç haberi alındığında kovuşturmaya başlamak mecburiyetinde olan ve dava açma tekeline sahip bulunan bir savcılık kurumu yerine birden fazla kovuşturma makamı öngörülmüştür. Yine savcılığın yerine polis, director of prosecution (kamusal kovuşturmacılar) ve Attorney – General adlı dava açma görevini yürütmektedir. Bu merciler suç haberini aldıklarında, kovuşturmaya başlayıp, işi mahkemenin önüne götürüp götürmeme konusunda tam bir takdir yetkisine sahiptirler. ¹⁶⁹

İngiltere ve Galler’de ise gerçek manada maslahata uygunluk ilkesi uygulanmaktadır. CCP (Kraliyet Savcılar Kodu) 5. seksiyonunda delil değerlendirmesi ve kamu yararı değerlendirmesi olmak üzere iki aşamalı bir tam kanun testi öngörülmektedir. Hasımlık sistemi üzerine kurulu olan bu hukuk sisteminde geçerli olan maslahata uygunluk ilkesi ile kıta Avrupa’sı sisteminde uygulanan maslahata uygunluk ceza adaleti sisteminin işlevsel ve yapısal ayrılıklarından kaynaklanan ciddi bir fark vardır. Bu hukuk sisteminde, devletin ceza hukuku müdahalesi kıta Avrupa’sı hukuk sistemlerine göre daha zayıf ve tarafların uhdesine bırakılmış görünmektedir. Bu sebeple, maslahata uygunluk ilkesinin ceza adaleti sisteminin özünü tamamlayıcı bir unsur olup, kolluk kuvvetleri de bu ilke çerçevesinde en azından soruşturmanın başlatılması açısından yetkiye sahip olabilmektedirler. Fakat CJA 2003 (Ceza Adaleti Yasası 2003), önceleri polisin yetkisinde olan suç isnadı kararı ya da bir başka söyleyişle soruşturmanın açılmasına ilişkin karar verme yetkisinin bir takım hafif suçlar dışında elinden almış ve bu

¹⁶⁷ AYDIN, Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Kamu Davası Açma Mecburiyeti, <http://www.murataydin.name.tr/index.php?option> Erişim Tarihi: 25/10/2011; GÖKCE, Teoman, Karşılaştırmalı Hukukta Savcılık, Adalet Dergisi Ekim 2002, sh.70 vd

¹⁶⁸ UĞUR, sh.262

¹⁶⁹ UĞUR, sh.261

yetkileri CPS'ye vermiştir. İngiltere'de kural olarak kabul edilen ve halk davası olarak isimlendirilen bir dava vardır. Halk davası, suç işlendiğini öğrenen her vatandaşa ceza davası açabilme yetkisi veren bir yoldur. Fakat zaman içerisinde halk davası yolu çeşitli eleştirilere neden olmuş ve bu eleştiriler neticesinde tamamen kaldırılmak istenmiştir. Fakat İngilizlerin muhafazakar bir yapıya sahip olmaları nedeniyle ortadan kaldırılması mümkün olmamıştır.¹⁷⁰

Amerika Birleşik Devletleri'nde savcılığın ceza soruşturmasına başlanması ve neticesinde kamu davasının açılması hususunda elinde geniş bir takdir yetkisi var olduğu görülmektedir. Amerika'da savcı ilk olarak delil yeterliliğine ilişkin bir değerlendirme yapmaktadır. Daha sonra olumlu cevap alması halinde gerçekten failin bir ceza yargılamasına tabi tutulmasını gerektirecek sebeplerin bulunup bulunmadığına ilişkin değerlendirmelerde bulunmaktadır. Bu durum savcılığa geniş ve hatta çoğu kez kontrolsüz olarak nitelendirilebilecek takdir yetkisi vermektedir. Bunun ana nedeni olarak aşırı kriminalizasyon ve cezaların ferdileştirilmesi gayreti gösterilmektedir. Müşterek hukuk sisteminin uygulandığı bu ilkelerde kamu yararı kıstası çok daha geniş uygulanmaktadır. Bu kıstas özellikle hafif suçlar açısından muhakeme dışı ve duruşma öncesi çözüm yolları öngörülerek de maslahata uygunluk sistemini tam manasıyla ceza adaleti sisteminin kilit noktası haline getirmektedir.¹⁷¹

Amerika Birleşik Devletleri, Fransa, İngiltere, Hollanda ve özellikle Japonya'da sınırsız bir şekilde maslahata uygunluk ilkesi uygulanmaktadır.¹⁷²

Kamu davasının açılmasında maslahata uygunluk sisteminin benimsenmesinin sakıncaları çeşitli devletlerden çeşitli yollarla giderilmeye çalışılmaktadır. Fransa'da mağdur ceza mahkemesi önünde açtığı "actio civile" ile bir ceza davasına zorlayabilmekte ve bu şekilde savcı sarfı nazar etmiş olsa bile, ceza mahkemesi önündeki bir davayı açmaktadır. Yine Amerika Birleşik Devletlerinde savcıların dava açmak isteklerini kuvvetlendirmek amacıyla bunların halk tarafından

¹⁷⁰ ERTEM, sh.45; ÖZTURK, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti**, sh.28 vd.; UĞUR, sh.262

¹⁷¹ ERTEM, sh.45 vd.;

¹⁷² ESER, Albin, **Ceza Muhakemesi Hukuku İlkelerinde Değişme**, Ceza Muhakemesi Tekrar Özelleşiyor mu? , Ceza Muhakemesi Tekrar Özelleşiyor mu? (Funktionwandel Strafrechtlicher Prozessmaximen) www.friedonk.uni-frielburg.de/volltexte/3552/pdf/Eser_Ceza_Muhakemesi_Hukuku.pdf Erişim Tarihi: 06/12/2012

seçilmeleri ve tekrar seçilebilmek için, kendilerini dava açarak göstermeleri yolu seçilmiştir.¹⁷³

Latin Amerika hukuk sistemlerinden birisi olan Arjantin hukukunda 1990'ların sonundan başlayarak sınırlı da olsa savcılığa takdir yetkisi tanınan düzenlemelere yer verilmeye başlanmıştır. Savcılığa takdir yetkisini tanıyan düzenlemelere özellikle Arjantin Uyuşturucu Maddeler Kanunu ve Gençlik Ceza Kanununda yer verilmiştir.¹⁷⁴

B. Kara Avrupa Sistemi

1808 Fransız CMUK'u maslahata uygunluk sistemini benimsemiştir. Fransa'daki bu gelişmeler Almanya'yı da etkilemiştir. 1848 ve 1861 Bayern, 1845 Baden, 1848 tarihli Bavyera, 1849 Prusya ve 1869 Württemberg CMUK'larında Fransız modeline uygun olarak maslahata uygunluk ilkesi tercih edilmiştir. Fakat 1868 tarihli Saksonya ve 1850 tarihli Hanhover CMUK'ları ise maslahata uygunluk ilkesini benimsememiştir.¹⁷⁵

18. ve 19. yüzyıllarda İngiliz ve Fransız hukuklarında değişiklikler meydana gelmiş ve bu değişiklikler Alman Ceza Muhakemesi Kanununda reform yapan politik tesirleri olmuştur.¹⁷⁶ Kamu davasının mecburiliği prensibi en önemli desteği, Kuzey Amerika ve Fransa'da meydana gelen sınıf ayrımcılığını ortadan kaldırmaya yönelik hareketlerde görülür. En temel ilkelerden olan kanun önünde eşitlik ilkesine bağlılığın doğal sonucu olarak yargılama erkine kovuşturma yapıp yapmama konusunda takdir yetkisi tanınamazdı.¹⁷⁷ Kamu davası açmada mecburilik

¹⁷³ ESER, Albin, **Ceza Muhakemesi Hukuku İlkelerinde Değişme**, Ceza Muhakemesi Tekrar Özelleşiyor mu? , Ceza Muhakemesi Tekrar Özelleşiyor mu? (Funktionwandel Strafrechlicher Prozessmaximen) www.friedonk.uni-frielburg.de/volltexte/3552/pdf/Eser_Ceza_Muhakemesi_Hukuku.pdf Erişim Tarihi: 06/12/2012

¹⁷⁴ MERAKLI, sh 91

¹⁷⁵ ÖZTURK, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti**, sh.17 vd.

¹⁷⁶ ESER, Albin, **Ceza Muhakemesi Hukuku İlkelerinde Değişme**, Ceza Muhakemesi Tekrar Özelleşiyor mu? , Ceza Muhakemesi Tekrar Özelleşiyor mu? (Funktionwandel Strafrechlicher Prozessmaximen) www.friedonk.uni-frielburg.de/volltexte/3552/pdf/Eser_Ceza_Muhakemesi_Hukuku.pdf Erişim Tarihi: 06/12/2012

¹⁷⁷ ESER, Albin, **Ceza Muhakemesi Hukuku İlkelerinde Değişme**, Ceza Muhakemesi Tekrar Özelleşiyor mu? , Ceza Muhakemesi Tekrar Özelleşiyor mu? (Funktionwandel Strafrechlicher

prensibine en önemli desteği ortadan kaldırmaya yönelik hareketler İmparatorluk Ceza Muhakemesi Kanununun 152. maddesinin 2. fıkrasında daha soğuk bir şekilde yorumlanmıştır. Yine bu düşünceler her bir eyaletin kanununda kabul edilen prensibe göre farklılık göstermektedir. Örneğin Saksonya ve Bavyera eyaletleri kamu davasının mecburiliği prensibini kabul etmiştir. Prusya eyaleti ise kamu davasının açılmasında savcıya takdir yetkisi veren maslahata uygunluk sistemini kabul etmiştir. Kamu davasının mecburiliği prensibini savunanlar adalet prensibinin yüksek kuvvetine dayanmakla birlikte aynı zamanda uygulamada yeknesaklık gibi pratik günlük gerekçeler de gösteriyorlardı. Buna karşılık maslahata uygunluk prensibinin savunucularının gerekçesi ise başka türlü altından kalkılması mümkün olmayan olayları ve dosyaların fazlalığını işaret etmekteydiler. O zamanlarda dahi savcılık makamının kamu davasının mecburiliği gereğince en küçük eylemlerde müdahale etmesi mecburiyeti kabul edildiği durumda savcılık makamından elde edilecek yararın büyük oranda ortadan kalkacağı ileri sürülmüştür.¹⁷⁸

Almanya’da kovuşturma mecburiyeti ilkesi ilk olarak tam manası ile 1879’da gerçekleştirilmiştir.¹⁷⁹ Alman doktrininde kamu davasının mecburiliği ilkesi, başlangıç şüphesi olarak da adlandırılan yeterli maddi dayanak noktalarının ve ceza muhakemesi koşullarının arandığı suçlarda bu koşullar bulunduğu takdirde, soruşturmaya başlamak ve yeterli suç şüphesine ilişkin dayanak noktaları elde edilmesi halinde kamu davası açmak hususunda savcının hukuksal yükümlülüğünü ifade etmektedir. (Alman CMK md. 152/2,160,170/1.)¹⁸⁰

Alman Hukukunda kovuşturma mecburiyeti ilkesi ilk olarak 25/03/1921 tarihli “Mahkemelerin iş yükünün azaltılması hakkındaki kanun” ile sınırlandırılmış ve bu kanun ile şahsi dava açma imkanı genişletilmiş, savcıya takdir yetkisi tanıyan az sayıdaki hükümlere yer verilmiştir. Yine Alman hukuku bakımından savcıya takdir yetkisi tanınması ve kovuşturma mecburiyetinin sınırlandırılmasına yönelik ilk

Prozessmaximen) www.friedonk.uni-frielburg.de/volltexte/3552/pdf/Eser_Ceza_Muhakemesi_Hukuku.pdf Erişim Tarihi: 06/12/2012

¹⁷⁸ ESER, Albin, **Ceza Muhakemesi Hukuku İlkelerinde Değişme**, Ceza Muhakemesi Tekrar Özelleşiyor mu? , Ceza Muhakemesi Tekrar Özelleşiyor mu? (Funktionwandel Strafrechtlicher Prozessmaximen) www.friedonk.uni-frielburg.de/volltexte/3552/pdf/Eser_Ceza_Muhakemesi_Hukuku.pdf Erişim Tarihi: 06/12/2012

¹⁷⁹ ÖZTURK, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti**, sh.175 vd

¹⁸⁰ ÜNVER / HAKERİ, sh.38

esaslı düzenlemenin 04/01/1924 tarihli Emminger düzenlemesi (Emmingersche Verordnung) olarak ifade edilen reformdur.¹⁸¹

Almanya’da ‘‘Savcılık kanunla aksi düzenlenmediği sürece kovuşturulabilen bütün suçlardan dolayı, maddi olaya ilişkin yeterli tutanak noktaları mevcut bulunduğu takdirde harekete geçmekle görevlidir.’’ şeklinde denilmek suretiyle kovuşturulma mecburiyeti ifadesine vurgu yapılmıştır.¹⁸²

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu StPO § 170/1’de genel kural olarak kamu davasını açma mecburiyetine yer verilmiştir. Fakat bununla birlikte ülkemize nazaran daha ılımlı bir mecburilik sistemi benimsemiştir.¹⁸³ Türk CMK md.170/2 uyarınca soruşturma evresi sonunda toplanan deliller suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa Cumhuriyet savcısı kamu davası açılmasına ilişkin iddianame düzenler. StPO § 170/1’de de kamu davasının açılması için yeterli sebep bulunması şartı aranmaktadır. Her iki kanunun lafzından CMK’da yapılan mevcut düzenleme ile StPO’daki düzenlemenin birbirine paralellik arz ettiği görülmektedir. Burada yeterli şüpheden kasıt, yapılan araştırmalar sonucu açılacak kamu davası neticesinde yapılan yargılamada mahkumiyet kararı verilmesi ihtimalinin daha ağır gelmesidir.¹⁸⁴ StPO § 152a vd.nda maslahata uygunluk esasının uygulandığı durumlara yer vermiştir.¹⁸⁵

Almanya’da kural olarak kovuşturma mecburiyeti ilkesi geçerli ise de; Almanya da 2. Dünya savaşıdan sonra ceza muhakemesi bakımından sistemini tam manasıyla kurup sistemini oturtuktan sonra yapılan değişikliklerle bu ilkenin yarattığı sakıncaların giderilmesine yönelik pek çok yeni düzenleme yapılmıştır. Bu anlamda; önemsiz bazı suçların kovuşturulmaması, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, yurt dışında işlenen bir takım suçların kovuşturulmaması, yurt dışında işlenen mesafe suçlarının kovuşturulmaması, devlet güvenliği faal nedamet hallerinde kovuşturma yapılmaması, yeni suçtan verilecek cezanın önemsiz olması halinde kovuşturma yapılmaması, kovuşturmanın bazı suçlarla sınırlandırılması, sanığın iadesi veya sınır dışı edilmesi durumunda dava açılmaması, şantaja maruz

¹⁸¹ MERAKLI, sh 46 vd.

¹⁸² AYDIN, **Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Kamu Davası Açma Mecburiyeti**, <http://www.murataydin.name.tr/index.php?option> Erişim Tarihi: 25/10/2011

¹⁸³ ERTEM, sh.43 vd.

¹⁸⁴ ERTEM, sh.85

¹⁸⁵ ERTEM, sh.43 vd.

kalan kişi hakkında dava açılmaması, bekletici meselenin halledilmemesi halinde kamu davası açılmaması, iftira ve hakaret suçuna konu teşkil eden isnada ilişkin olarak kovuşturmanın durdurulması gibi durumlara ilişkin yeni düzenlemelerde savcıya geniş takdir yetkisi tanınmıştır. Bu sayede iş yükü azaltılmıştır. Ve yine kamu davasının açılması ile doğabilecek sakıncaların giderilmesine çalışılmıştır.¹⁸⁶

Almanya’da StPO § 152/2’de ‘Kanundan aksi belirtilmediği sürece, savcılık yeterli somut tutanak noktaları bulunuyor ise kovuşturulabilir tüm fiiller bakımından harekete geçmekle yükümlüdür.’ hükmü ile genel kural olarak kamu davasını açma mecburiyetine yer verilmiştir. Fakat ülkemize nazaran daha ılımlı bir mecburilik sistemi kabul edilmiştir. StPO § 152a ve devamında maslahata uygunluk ilkesinin uygulandığı durumlara yer verilmiştir.¹⁸⁷ Yani Alman kanun koyucu bu düzenleme ile kovuşturma mecburiyetinin kural, savcıya takdir yetkisini tanıyan hükümlerin ise istisna olduğunu açıkça belirtmiştir. Almanya’daki gelişmeler kovuşturma mecburiyeti ilkesinin (kanunilik) istisnasının artması yolundadır. 1965’den önce bu istisnalar 3 grupta toplanmıştır. 1- Kovuşturma yapılamayan haller. 2- Hakimin muvafakati ile kovuşturma yapılamayan haller. 3- Savcının kendiliğinden yapmayabileceği veya geri alabileceği haller. 1975 yılında yapılan değişiklik ile basit hırsızlık ve dolandırıcılık gibi suçlarda zarar ve kusur azsa ve kovuşturmada kamu yararı yoksa savcı kendiliğinden kovuşturmayaya son verebilmektedir.¹⁸⁸

Kamu davasının mecburiliği prensibi Alman Ceza Muhakeme Kanunun 152. maddesinin 2. fıkrasının ilk şeklinde bir takım yasal düzenlemelerin muaf tutulması ile kısıtlanmıştı. Sonradan yapılan değişiklikler sonucunda kamu davasının mecburiliği prensibinin uygulanması md. 53 ile md. 154’de gösterilen basit suçlar için tamamen istisna haline gelmiştir.¹⁸⁹

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu da maslahata uygunluk ilkesinin bir neticesidir. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 153, 154 ve 376.

¹⁸⁶ AYDIN, Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Kamu Davası Açma Mecburiyeti, <http://www.murataydin.name.tr/index.php?option> Erişim Tarihi: 25/10/2011

¹⁸⁷ ERTEM, sh.43 vd

¹⁸⁸ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU , sh.290 vd.

¹⁸⁹ ESER, Albin, Ceza Muhakemesi Hukuku İlkelerinde Değişme, Ceza Muhakemesi Tekrar Özelleşiyor mu? , Ceza Muhakemesi Tekrar Özelleşiyor mu? (Funktionwandel Strafrechtlicher Prozessmaximen) www.friedonk.uni-friensburg.de/volltexte/3552/pdf/Eser_Ceza_Muhakemesi_Hukuku.pdf Erişim Tarihi: 06/12/2012

maddelerinde ise kovuşturma mecburiyeti sistemi yumuşatılarak savcıya takdir hakkı tanınan haller sayılmıştır.¹⁹⁰

Alman hukuku açısından kamu yararının gizli olması veya hiç bulunmaması durumunda hiçbir koşul olmaksızın kovuşturmama kararı vermek hususunda savcının takdir yetkisi vardır. Yine kusurun cüzi veya orta derecede bulunması ve giderilebilir kamusal yararı bulunması durumunda koşullu olarak savcının kovuşturmama kararı vermek yetkisi vardır. Savcı Alman hukukunda çabukluk yararının bulunması durumunda da kovuşturmama kararı vermesi yetkisi vardır. Bu belirtilenler ışığında kovuşturmama kararı verilmesine olanak tanıyan kanuni düzenlemelere dayalı nedenler de vardır. Örneğin Alman mahkemelerinin ceza vermeyecek oldukları bir durumda (Alm.CMK md. 153b) , devlete ait belirli yararlar dolayısıyla (Alm. CMK md. 153c-153f, 154b) ve tehdit, şantaj mağdurunun lehine olarak (Alm. CMK md. 154c) kovuşturmama kararı verebilme imkanı vardır.¹⁹¹

Alman Anayasa Mahkemesi kovuşturma mecburiyeti ilkesini her şüpheliye karşı takip mecburiyeti olarak tanımlamıştır. Her suç işleyen şüpheli hakkında soruşturma başlatılmasını da kabul etmiştir.¹⁹²

Almanya’da savcıya takdir yetkisi tanınması doktrindeki görüşlerin de katkısıyla genişlemektedir.

Fransa maslahata uygunluk ilkesinin en klasik örneğidir. Savcının Fransa’da dava açma zorunluluğu yoktur. Fransız CMK (CPP) madde 40’da “Suç haberini alan savcı nasıl işlem yapacağını, kararlaştırır.” hükmüne yer verilmiştir. Savcının yaptığı değerlendirme sonucunda suç şüpheleri kuvvetli olsa bile savcı dava açıp açmama konusunda seçim hakkına sahiptir. Savcı bu yetkisini kamu yararı ilkesine göre kullanır. Fransız Hukuku’nda savcı kamu davası açıp açmama hususunu kendisi takdir eder. Taksirli suçlarda, kusur ağır değilse, mağdurun zararının tazmini halinde kamu davası açmayabilir. Savcının kamu davasının açılmamasına karar verdiği durumda suçtan zarar görenin yani mağdurun şahsi halk davasına benzeyebilecek bir davayı açma yetkisi vardır. Savcı Fransa’da toplum çıkarlarının savunulması nedeniyle sürekli cezalandırma isteminde bulunan bir yargılama tarafı değildir.

¹⁹⁰ KEYMAN, s.96 vd.;

¹⁹¹ ÜNVER / HAKERİ, sh.34

¹⁹² ERTEM, sh.49

Fransa’da hakimlere nazaran savcılar kamu yararını savunmak gibi bir görevleri vardır.¹⁹³

Kovuşturma mecburiyeti ilkesi kural olarak Avusturya ceza muhakemesi hukukunda da benimsenmiştir. Avusturya ceza muhakemesi hukukunda savcılık suç haberini alması üzerine resen harekete geçer. Bu kural soruşturması şikayete bağlı suçlar için de geçerlidir. Avusturya’da savcılığın kovuşturmaya geçebilmesi için yeterli sebebin bulunması şartı aranmıştır. Avusturya CMK’nın 34. maddesine göre savcı suç haberi üzerine fiili resen takibe mecburdur. Savcının kamu davası açabilmesi için şüpheli hakkında kuvvetli suç şüphesinin bulunması gerekmektedir. Savcı davayı atıktan sonra suçu sanığın işlediği ispat edemez ise davasını geri alacaktır.¹⁹⁴ 01 Ocak 2008’de yürürlüğe giren ceza yargılaması kanunu ile getirilen çözümün çeşitlendirilmesi (diversion) olarak adlandırılan uygulama ile şüpheli, savcının sunduğu çeşitli önerilerden birini kabul ederek, mahkeme önüne çıkmaktan kurtulabilir. Bu durumda savcıya sınırlı bir takdir yetkisi tanınmıştır.¹⁹⁵

İsviçre ceza muhakemesi hukukunda da kural olarak kovuşturma ilkesinin benimsendiği görülmektedir. Federal savcı İsviçre Federal CMK’nın 25. maddesine göre, yeterli suç şüphesinin bulunması durumunda kamu davası açmak zorundadır. İsviçre’de maslahata uygunluk ise istisna olarak benimsenmiştir. İsviçre’de kantonlar arasında maslahata uygunluk ve kovuşturma mecburiyeti ilkelerinin benimsenmesi hususunda farklılık bulunmaktadır. şöyle ki, Alman Hukukundan etkilenen kantonlarda kovuşturma mecburiyeti ilkesi benimsenmiştir. Fransız hukukundan etkilenen kantonlarda ise maslahata uygunluk ilkesi geçerlidir. Bazı kantonlarda ise her iki ilke bir arada uygulanmaktadır.¹⁹⁶

¹⁹³ AYDIN, Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Kamu Davası Açma Mecburiyeti, <http://www.murataydin.name.tr/index.php?option> Erişim Tarihi: 25/10/2011; ÖZTURK, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti, sh.22 vd.; KEYMAN, s.97 vd.; TEZCAN, Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, sh.37 vd.; ERTEM, sh.45 vd.

¹⁹⁴ AYDIN, Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Kamu Davası Açma Mecburiyeti, <http://www.murataydin.name.tr/index.php?option> Erişim Tarihi: 25/10/2011; ÖZTURK, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti, sh.20vd

¹⁹⁵ GÖKCE, sh.20 vd

¹⁹⁶ AYDIN, Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Kamu Davası Açma Mecburiyeti, <http://www.murataydin.name.tr/index.php?option> Erişim Tarihi: 25/10/2011; ERTEM, sh.44; ÖZTURK, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti, sh.21 vd.; ÜNVER / HAKERİ, sh.38 vd.

İsviçre’de maslahata uygunluk ilkesinin uygulandığı kararlarda kural olarak bazı pek hafif kabahatler dışında polis tarafından değil sorgu hakimi veya savcılık tarafından verilmektedir.¹⁹⁷

İsveç’te savcılık sistemi, polis teşkilatı ve mahkemeler ayrı ayrı örgütlenmiştir. İsveç’te bunlar birbirinden bağımsızdırlar. En yetkili savcı yüksek mahkemede görevli olan savcıdır. Her bölgede de ayrıca yetkili bir savcı bulunur. İsveç’te savcılık ofisleri savcılarının faaliyetlerinden ve yönetiminden sorumludur. Savcılık ofislerinin başında bir başsavcı bulunur ve bunun tarafından yönetilir. Savcının kovuşturma yapmama konusunda takdir yetkisi vardır. İsveç’te suçun hafif bir suç olması veya çok sayıda suç işlemiş olan fail üzerinde bu suçla ilgili cezanın etkili olmayacağının anlaşılması ya da failin çok yaşlı veya hasta olması gibi durumlarda savcı maslahata uygunluk ilkesi gereğince kovuşturmama kararı verebilir. Yine cezası sadece para cezası olan suçlar hakkında savcı dava açmak yerine para cezası uygulanmasını önerebilir. Bu durumda fail savcının bu yazılı önerisini kabul ederse cezayı ödediğinde soruşturma sona erer. Savcının kamu davası açmadığı durumlarda suçtan zarar görenin şahsi dava açması mümkündür.¹⁹⁸

Kovuşturma mecburiyeti ilkesi İtalya ceza muhakemesi sisteminde sıkı bir şekilde uygulanmaktadır. İtalya Anayasa’sının 112. maddesine göre ‘‘Savcı ceza muhakemesini yürütmekle yükümlüdür.’’ hükmü yer almıştır. İtalyan Anayasasında dahi kovuşturma mecburiyeti ilkesi vurgulanmıştır. Bunun doğal sonucu olarak İtalyan savcısı dava açmama imkanına sahip olmadığı gibi açılmış olan bir davayı durdurma imkanına da sahip değildir. İtalyan savcısı hazırlık soruşturmasında suç haberinin asılsız olduğunu anlaması üzerine durdurma kararı veremez; savcının bu yolda bir karar verilebilmesi için hakimden talepte bulunması gerekir.¹⁹⁹ İtalya’da hakimın hüküm vermek için ihtiyaç duyduğu delilleri davada ikame etmek, tarafların işidir. Bu nedenle İtalya’da savcı sanığın lehindeki delilleri toplamakla yükümlü değildir.²⁰⁰ İtalyan hukukunda ayrıca Türk CMK md.171/2 devamındaki

¹⁹⁷ ERTEM, sh.44; ÖZTURK, Bahri, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti**, sh.21 vd.

¹⁹⁸ UĞUR, sh.261

¹⁹⁹ AYDIN, **Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Kamu Davası Açma Mecburiyeti**, <http://www.murataydin.name.tr/index.php?option> Erişim Tarihi: 25/10/2011; ÖZTURK, Bahri, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti**, sh.24 vd.;

²⁰⁰ UĞUR, sh.261 vd.;

kamu davasının açılmasının ertelenmesine benzer bir düzenleme İtalyan CMK md. 162’de yer almaktadır. İtalyan Hukukunda 1990 yılı sonrası dönemde yapılan değişiklikler ile savcıya takdir yetkisi tanınmaya başlandığı söylenebilir.²⁰¹

Hollanda ceza muhakemesi sisteminde ise her iki ilke yani hem kovuşturma mecburiyeti hem de maslahata uygunluk ilkesi birlikte uygulanmaktadır. Hollanda Muhakeme yasasının 12. maddesinde kamu davasını açılmasını zorlama yolu kabul edilmiştir. Hollanda CMK madde 167 ve 147’ye göre ‘‘Kamu yararının bulunması’’ sebebi ile kovuşturmadan sarfı nazar edilmesi imkan dahilindedir. Hollanda’da, sanığın hastalığı veya yaşlılığı, sabıkasının olmaması, fiilin öneminin azlığı, fiile özel hukuk yaptırımlarının uygulanabilme olanağının bulunması gibi nedenlerde savcı kamu yararı görmez ise dava açmayabilecektir. Bu gibi durumlar dışında savcı kamu davasını açacaktır. Hollanda’da kovuşturulmanın durdurulması hususunda sadece savcılık değil, polis dahi yetkilidir.²⁰²

Danimarka’da ise Hollanda ceza muhakemesi sistemine benzer bir sistem uygulanmaktadır. Danimarka’da; kovuşturmayı durdurma yetkisi karışık bir sistem ile değişik makamlar arasında paylaşılmıştır. Kural ise savcı için kamu davası açma mecburiyetidir. Ama bununla birlikte belirtilen istisnaların varlığı halinde maslahata uygunluk ilkesi de geçerlidir. Örneğin küçük suçlar ile mal aleyhine işlenen önemi az olan suçlar söz konusu ise maslahata uygunluk esasları doğrultusunda dava açmak veya kovuşturmayı durdurmak yetkisi kolluk amirlerindedir. Ayrıca başsavcı tarafından kamu yararının bulunmaması ve daha elverişli bir durumun bulunması gibi sebeplerle kovuşturma durdurulabilir.²⁰³

İspanya’da ise kovuşturma mecburiyeti ilkesi kural olarak kabul edilmiştir. Fakat bu savcıya kamu davası açma monopoli tanımadan gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır. İspanya CMK’sının 101. maddesine göre ‘‘Ceza davası kamusaldır.’’ İspanyol vatandaşları bu kanun hükümlerinde öngörülen ölçüler gereğince kamu

²⁰¹ MERAKLI, sh 94

²⁰² AYDIN, *Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Kamu Davası Açma Mecburiyeti*, <http://www.murataydin.name.tr/index.php?option> Erişim Tarihi: 25/10/2011; GÖKCE, sh.70 vd; ÖZTURK, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti*, sh.25 vd.; UĞUR, sh.260

²⁰³ AYDIN, *Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Kamu Davası Açma Mecburiyeti*, <http://www.murataydin.name.tr/index.php?option> Erişim Tarihi: 25/10/2011; ÖZTURK, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti*, sh.26 vd.;

davası açabilir. Yine İspanyol CMK'sının 105/2. maddesine göre “Savcı suç haberini alınca kovuşturma için gerekli ve caiz tedbirleri almakla yükümlüdür.” İspanya’da savcı ancak suç hakkında hiçbir belirti yoksa ya da suçun unsurları gerçekleşmemiş ise ya da cezayı ortadan kaldıran sebeplerden birisi varsa son karar olarak suçun sanık tarafından işlendiği yeterli bir şekilde ispatlanamamış ise geçici olarak durma kararı verilmesi talebinde bulunabilir. İspanya mahkemesi suçtan zarar göreni dinledikten sonra durma kararı verir. Ancak bu durumda üst savcı daha önce verilmiş olan durma talebini reddederek kamu davasını kendisi açabilir. İspanyol CMK’sı tatbikatında aşırı iş yükü sebebi ile kovuşturma mecburiyeti ilkesine sıkı bir şekilde bağlılık mevcut değildir. İspanyol savcılar çeşitli bahanelerle durma kararı talep etmektedirler. İspanyol mahkemeleri de buna uymaktadır. Bu nedenle İspanya’da hukuken kovuşturma mecburiyeti ilkesi egemendir. Fiilen ise maslahata uygunluk ilkesi egemendir.²⁰⁴

Kara Avrupası'ndan farklı olarak Japonya’da maslahata uygunluk ilkesi benimsenmiştir. Japonya’da ceza muhakeme kanununun 248. maddesinde “ithamın ertelenmesi” ismi verilen bir sistem kabul edilmek suretiyle maslahata uygunluk sistemi benimsenmiştir. Japon CMK’sının maslahata uygunluk ilkesi ile ilgi yer alan paragrafındaki hüküm şöyledir “şayet failin karakteri, yaşı ve münasebetleri; suçun durumu ve ağırlığı ve nihayet suçtan sonraki münasebetleri dikkate alındığında kamu davasının açılması gereksiz ise bu durumda kamu davasının açılmasından sarfi nazar edilebilir.” Japonya’da suçlunun karakteri, yaşı, suçun ağırlığı, suçun işleniş şekli ve suç sonrası koşullar göz önüne alındığında savcılıkça itham gereksiz görüldüğünde davanın açılmaması emredilmektedir. İthamın ertelenmesinde en önemli sebep ise zararın giderilmesi ve mağdurun duygularının tatmin edilmesidir. Sanık mağdura vermiş olduğu zararı gidermiş ve mağduru manevi olarak tatmin etmiş ise itham ertelenebilmektedir. Japonya’da savcının açılmış davayı yürütmek mecburiyeti de yoktur. Japonya’da ceza Muhakemesinde savcı, mahkemede hüküm verilinceye kadar davasını geri alabilir. Japonya’da 1995 yılında işlenen hırsızlık suçlarının %41,3’ü ve yine adam öldürme suçu işleyenlerin %4,3’ü hakkında

²⁰⁴ ÖZTURK, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti*, sh.26 vd.;

ithamda ertelenmiştir. Bunun nihai sonucu olarak Japonya’da savcılığın açtığı davalarda mahkumiyetle sonuçlanma oranı %99,9’dur.²⁰⁵

Bugün kovuşturma mecburiyeti ilkesinin istisnasız olarak uygulayan ülkelerin sayısı gittikçe azalmaktadır.

Kanunumuzun kabul ettiği CMK md.171 Alman hukukunda oluşan eğilim neticesinde düzenlemeyle hayat bulmuştur. Fakat CMK’nın getirdiği Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanıyan düzenleme Alman hukuku karşısında sınırlı kaldığı söylenebilir.

²⁰⁵ AYDIN, Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Kamu Davası Açma Mecburiyeti, <http://www.murataydin.name.tr/index.php?option> Erişim Tarihi: 25/10/2011; ÖZTÜRK, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti, sh.27 vd.; UĞUR, sh.261

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA SAVCININ KAMU DAVASI AÇMA KONUSUNDA TAKDİR YETKİSİ OLARAK ŞAHSİ CEZASIZLIK VE ETKİN PİŞMANLIK HALLERİ

I. GENEL OLARAK

Ceza muhakemesi kanunu'nun 171/1. maddesi'ne göre "Cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilir." hükmünün düzenlendiği, aynı maddenin 2. fıkrasında ise; "253. maddenin 19. fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere, Cumhuriyet savcısı, soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlı olup bir sanığın 1 yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen kamu davasının açılmasının 5 yıl süreyle ertelenmesine karar verebilir. Suçtan zarar gören bu karara 173. madde hükümlerine göre itiraz edebilir." hükmü düzenlenmiştir. CMK' da düzenlenen bu hükümler ile Cumhuriyet savcısına kamu davasının açmada takdir yetkisine yer verilmektedir.²⁰⁶

Türk ceza muhakemesi hukukunda CMK'nın 171. maddesindeki bu düzenleme bir ilktir. Bu madde görüldüğünden fazla savcıya yetki tanımaktadır. Çünkü yeni TCK' da şahsi sebep olarak etkin pişmanlık ve cezasızlık halleri oldukça fazladır.²⁰⁷ Cumhuriyet savcısı CMK md. 171/1'deki takdir yetkisini kullanmada herhangi bir kritere tabi değildir.²⁰⁸

CMK'nın 171/1. maddesi ile Cumhuriyet savcısına kamu davası açmama takdir hakkı tanınması doktrinde sakıncalı, eşitsizliğe yol açacak ve keyfiliğe neden

²⁰⁶ UĞUR, sh.270; CMK md.171'in madde başlığının kamu davası açmada takdir yetkisi olarak ifade edilmiş olmasının yerinde olmadığı, CMK 175/1 açık hükmü karşısında Cumhuriyet savcısının iddianame düzenleyerek mahkemeye sunması kamu davası açılması için yeterli olmadığı; kamu davasının açılması mahkemenin iddianameyi kabul kararı vermesiyle gerçekleştiği görüşü için bkz: MERAKLI, sh 97

²⁰⁷ ÖZTÜRK / ERDEM, sh.713

²⁰⁸ ÜNVER / HAKERİ, sh.33

olacak ve bazen de suiistimallere kaynaklık teşkil edeceği gerekçesi ile eleştirilmiştir.²⁰⁹ Yine savcının bu yetkiyi kullanımı için kamu davasının açılmasında bir kamu yararının bulunup bulunmadığı değerlendirmesinin yapılmasını söz konusu bu kanun aramadığından bu husus da eleştirilmiştir. Ayrıca CMK md. 34’de ‘‘Hakim veya mahkemelerin her türlü kararı, karşı oy dahil, gerekçeli olarak yazılır’’ hükmünde belirtildiği üzere, hakim veya mahkemelerin bütün kararlarının gerekçeli olmasına rağmen savcının bu konuda gerekçe göstermesi gerekmemesi gerektiğine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır.²¹⁰

Doktrinde bu uygulamanın bu maddeye yönelik diğer bir eleştiri ise Cumhuriyet savcısının bu maddeye dayanarak vermiş olduğu takipsizlik kararına itiraz yolunun CMK’nın 173/5 maddesi gereğince kapalı olmasıdır. Yani Cumhuriyet savcısının bu maddeye dayanarak verdiği kararlar kesindir.²¹¹

Cumhuriyet savcısına takdir yetkisini kullanarak CMK 171/1. maddesi kapsamında verdiği takipsizlik kararlarına karşı itiraz yolu açıldığı takdirde, savcı tarafından verilen bu kararlar mahkeme tarafından denetleneceği için doktrindeki yukarıda belirtilen eleştirilerin bir anlamı kalmayacaktır.

II. ŞAHSİ CEZASIZLIK SEBEPLERİ

Suç oluşturan bir fiilin varlığına rağmen, bazı şartların gerçekleşmesi durumunda çeşitli düşünceler ile faile ceza verilmemesiyle sonuçlanan hallerle karşılaşmaktayız. Failin eyleminin suç oluşturduğu halde, failde bulunan bazı şahsi nitelikler, durumlar veya ilişkilerin varlığı failin cezalandırılabilmesine mani olabilmektedir. İşte suçun bütün unsurlarının oluşmasına rağmen faile ceza verilmesini engelleyen bu hallere şahsi cezasızlık sebepleri denmektedir. Bu şahsi cezasızlık sebepleri, eylemin teknik anlamda suç olma niteliğini ortadan kaldırmazlar. Şahsi cezasızlık sebeplerinin bulunması halinde failin cezalandırılmamasını sağlarlar. Bu durumda fiilin haksızlık oluşturma niteliği devam

²⁰⁹ ÜNVER / HAKERİ, Cilt 2, sh.20

²¹⁰ ÜNVER / HAKERİ, Cilt 2, sh.20

²¹¹ ÜNVER / HAKERİ, Cilt 2, sh.20

eder. Şahsi cezasızlık sebepleri suçun icrasından itibaren, failde bulunan sebeplerdir. Bu nedenle, baştan itibaren failin cezalandırılmasını engellerler.²¹² Şahsi cezasızlık sebeplerine, suçun icrası anında mevcut bulunan şahsi özellikler, durumlar veya ilişkilerin varlığı nedeniyle haksızlık ve suç teşkil eden fiilden dolayı failin cezalandırılmaması neticesini doğuran durumlar olarak ifade edebiliriz.²¹³

Yeni CMK ve TCK ile ceza hukuk sistemimize “şahsi cezasızlık sebepleri” olarak tabir edilen yeni bir kavram girmiştir. Buna göre suçun tüm unsurları gerçekleşmiş olsa bile, suç varlığını korumasına rağmen, failin kendisinden suç işlemesinden önce bulunan bir takım özelliklerinden dolayı ön görülen şahsi cezasızlık sebeplerinin varlığı, cezalandırmaya engel olmaktadır. TCK.’da şahsi cezasızlık sebepleri, hem genel hükümlerde, hem de özel hükümlerde düzenlenmiştir. TCK 22/6. maddesinde “Taksirli bir hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmış ise ceza verilmez” hükmü düzenlenmiştir. Yine TCK’nın genel hükümler bölümünde yer alan özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar bakımından da uygulanacağını öngörün TCK’nın 5. maddesi dikkate alındığında, bilinçli taksir durumları hariç olmak üzere taksirle işlenen tüm suçlar açısından md. 22/6’daki şahsi cezasızlık söz konusu olabilir.²¹⁴

Şahsi cezasızlık sebepleri; cezalandırmaya engel olan nedenler, failin şahsi niteliği, eylemin hukuka aykırılığına ve kusurluluğuna etkisi bulunmayan ancak cezalandırılmaya mani olan nedenlerdir. Cezalandırmaya engel olan sebepler kanundan kaynaklandığı durumda cezalandırılmaya engel şahsi nedenin ne olduğunu belirleme yasa koyucunun takdirindedir. Şahsi cezasızlık sebebi bir bakıma suç olan

²¹² ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Kanunu, Gazi Şerhi**, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara 2006, sh. 259 vd.; GEDİK, sh.2. vd ve 95 vd, ÖZGENÇ, İzzet **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler** Seçkin Yayınları Ankara 6. Baskı 2011 sh 540, KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları Ankara 4. Baskı 2011 sh 298 vd.

²¹³ GEDİK, sh.3; YENİDÜNYA, Ahmet, Caner, **5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Kamu Davasının Açılması İddianamenin Unsurları ve İadesi**, e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler, Aylık İnternet Dergisi, Şubat 2007, Erişim Tarihi: 05/10/2011, ÖZGENÇ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler** sh 540, KOCA / ÜZÜLMEZ, sh 298 vd.

²¹⁴ ERTEM, sh.166 vd. ÖZGENÇ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler** sh 541

eylemenden dolayı cezalandırılmamak anlamına gelir. Şahsi cezasızlık hallerinin varlığı halinde Cumhuriyet savcısı kamu davası açmayabilir.²¹⁵

Şahsi cezasızlık sebepleri, bazen ceza hukuku dışında anayasa hukuku veya uluslararası hukuktan kaynaklanabilir. Örneğin; Anayasanın 105. maddesi Cumhurbaşkanı tarafından görevine giren fiillerden dolayı yine Anayasanın 83. maddesi de Meclis çalışmalarında açıkladıkları oy, düşünce ve beyanlarından dolayı milletvekilleri bakımından yasama sorumsuzluğu getirmiş olup bu durumda da şahsi cezasızlık sebebi söz konusudur.²¹⁶

Cezayı kaldıran şahsi sebepler ile şahsi cezasızlık sebepleri birbirinden farklı kavramlardır. Şahsi cezasızlık sebepleri baştan itibaren failin cezalandırılmasına mani oldukları halde, cezayı kaldıran sebepler suç teşkil eden fiilin gerçekleşmesinden sonra etki göstererek cezalandırılmaya engel olurlar. Bu nedenle, bu sebeplere cezaya kaldıran şahsi cezasızlık sebepleri olarak adlandırılmaktadırlar. Suç teşkil eden fiil işlenirken, kişinin cezalandırılmasını engelleyen herhangi bir durum cezayı kaldıran şahsi sebeplerin bulunması halinde mevcut değildir. Cezayı kaldıran şahsi sebepler suç tamamlandıktan sonra ortaya çıkan bazı şartların varlığı durumunda, kişiye hiç ceza verilmemekte ya da cezasında indirim yapılmaktadır. Buna örnek hakaret suçlarında isnadın ispatı gösterilebilir (TCK.md. 127). Şahsi cezasızlık sebepleri ile cezayı kaldıran şahsi sebeplerin ortak özelliği ise; bu sebeplerin bulunması halinde, işlenen fiilin suç olma niteliğinin devam etmesi ve haksızlık muhtevasını sürdürmesi olarak söylenebilir. Başka ortak özellikleri ise iştirak halinde işlenen suçlarda, bu sebeplerin diğer şeriklere sirayet etmemesidir.²¹⁷

Şahsi cezasızlık sebebinin, objektif cezalandırılabilme şartlarından farkı ise; objektif cezalandırılabilme şartlarında, suçun tüm unsurları ile gerçekleşmiş olmasına rağmen, failin cezalandırılabilmesi için kanunun ayrıca aradığı ve gerçekleşmedikçe faile karşı yaptırımın uygulanamadığı objektif şartlardır. Objektif

²¹⁵ ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAĞSIZ / TEPE, sh.487; GEDİK, sh.3

²¹⁶ GEDİK, sh.3; ÖZGENÇ, sh. 259, ÖZGENÇ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler** sh 541 vd. KOCA / ÜZÜLMEZ, sh 299

²¹⁷ GEDİK, sh.4 vd.; ÖZGENÇ, sh. 263 vd.; AYDIN, Devrim, **Türk Ceza Hukukunda İştirak**, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku A.D., Doktora Tezi, Ankara 2008, sh.246 vd.; KILDAN, İsmail, Turgut, **Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Şahsi Cezasızlık Sebebi ve Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebeplerin Uygulanabilme Koşulları**, Adalet Dergisi, Eylül 2011, S.41 sh.107; KOCA / ÜZÜLMEZ, sh 299; ÖZGENÇ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler** sh 552 vd.

cezalandırılabilme şartlarında; suçun tüm unsurları ile gerçekleşmesinden sonra varlığı aranan olgulara, cezalandırılabilme şartları denir. Objektif cezalandırılabilme şartlarının işlenen fiilin hukuka aykırılık vasfı ve haksızlık muhtevası üzerinden herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. İşlenen fiil hukuka aykırı ve kusurlu olsa bile bu şartlar gerçekleşmedikçe fail cezalandırılamaz. Objektif cezalandırılabilme şartına örnek olarak yurt dışında suç işleyen kişinin cezalandırılabilmesi için Türkiye’de bulunmasını gösterebiliriz. Şahsi cezasızlık sebepleri ise kişiye bağlı olup objektif cezalandırılabilme şartından farklı olarak cezalandırmayı değil, cezalandırılmamayı olanaklı hale getirir.²¹⁸

Şahsi cezasızlık nedenler hukuka uygunluk nedenlerinden de farklıdır. Bir ceza kuralının suç olarak düzenlendiği fiilin işlenmesine izin vererek onun hukuka aykırı olmasını önleyen sebeplere hukuka uygunluk sebepleri denir. Başka bir deyişle fiili hukuka uygun hale getiren ve bu sebeple tüm hukuk düzeni bakımından geçerli olan sebeplere hukuka uygunluk sebepleri diyebiliriz. Hukuka uygunluk sebeplerine meşru savunma TCK md.25, görevin ifası TCK md. 24, hakkın icrası ve ilgilinin rızası TCK md. 26’yı örnek gösterebiliriz. Hukuka uygunluk sebepleri, fiilin baştan itibaren hukuka uygun hale getirir. Hukuka uygunluk nedeninin bulunması durumunda, eylem suç teşkil etmeyeceğinden faile ceza verilmez. Fakat şahsi cezasızlık sebeplerinde, fiilin haksızlık oluşturma özelliği devam eder. Hukuka uygunluk sebepleri ve şahsi cezasızlık sebepleri failin cezalandırılmaması sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Şahsi cezasızlık hallerinde hukuka uygunluk sebeplerinden farklı olarak fiil tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu bulunmasına rağmen, kanun koyucu bir takım sebeplerle faili cezalandırmamaktadır. TCK’nın 40/1. maddesinin 2. cümlesinde; “Suçun işlenişine iştirak eden her kişi diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.” denmektedir. İştirak halinde suçlarda hukuka uygunluk sebebi mevcut olduğundan suçtan söz etmeye olanak yokken, daha önce de beyan ettiğimiz gibi şahsi cezasızlık sebebinde, yalnızca kendisinden bu sebep bulunan kişi yararlanır. Diğer suç ortakları şahsi cezasızlık sebeplerinden yararlanamaz.²¹⁹

²¹⁸ GEDİK, sh.5 vd; ÖZGENÇ, sh. 268, ÖZGENÇ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler** sh 556 vd; KOCA / ÜZÜLMEZ, sh 295 vd.

²¹⁹ GEDİK, sh.6 vd. ÖZGENÇ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler** sh 277 vd; KOCA / ÜZÜLMEZ, sh 216 vd.

Feyzioğlu'na göre; CMK'nın 171. maddesinin başlığı "Kamu Davasını Açmada Takdir Yetkisidir." Fakat maddenin içeriğine baktığımız zaman "kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilir." şeklinde düzenlendiği, buradaki verebilir fiilinin ihtiyari bir yetkiyi çağrıştırmasına rağmen, bu yetkinin bağlı yetki mi takdir yetkisi mi olduğu tartışmalıdır. Yazara göre; buradaki yetki CMK 170/2. maddedeki gibi kural olarak bağlı yetkidir. Bu hali ile mecburilik ilkesinden ayrılmış değildir. Ortada cezasızlık sebebi olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşullar veya şahsi cezasızlık sebeplerinin bulunduğu sabit ise bu durumda Cumhuriyet savcısı iddianame düzenleyip düzenlememekte serbest değildir. Burada Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olup olmadığına karar vermelidir. Ancak kanun, etkin pişmanlık veya şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde hiç ceza vermemek yerine indirimli de olsa cezaya hükmetmek seçeneklerini istisnain tanımış ise de aynı takdir yetkisinin Cumhuriyet savcısına da tanındığı kabul edilmelidir. Cumhuriyet savcısının yalnızca bu durumda iddianame düzenlemesi veya kovuşturmaya yer olmadığına dair karar vermesi ihtiyari yetkiye tabi işlemlerdir. Buna örnek ise TCK 22/6'da yer alan düzenlemedir. Yani kanunun mahkemeye, hiç ceza vermemek veya indirimli de olsa cezaya hükmetmek konusunda bir takdir yetkisini tanımadığı ve ceza verilmemesini emrettiği durumlarda Cumhuriyet savcısının da dava açmak yetkisi bağlı yetkidir. Yani mecburilik ilkesine tabidir.²²⁰ Başka bir görüşe göre kanunda tek tek sayılan durumlarda Cumhuriyet savcısı dava açmayabilecektir. Etkin pişmanlık ile şahsi cezasızlık nedeni öngörülen maddelerde mahkemeye ceza vermeme ile cezayı indirerek verme arasında takdir yetkisi tanınmış ise, aynı yetkinin Cumhuriyet savcısına da tanınmış olduğu kabul edilmeli ve Cumhuriyet savcısı ihtiyari yetkiye sahip olmalıdır.²²¹ Kanaatimizce kanunda verebilir ifadesi ihtiyaridir. Dolayısıyla CMK md. 171/1'deki şartların oluşması durumunda Cumhuriyet savcısının kamu davası açıp açmama hususunda takdir yetkisi vardır. Bu yetki bağlı yetki değildir.

²²⁰ Aynı görüş için bkz: ALBAYRAK, Mustafa, **Ceza Muhakemesi Kanunu**, Öz Kitap, Adalet Yayınları, 5. Baskı, Ankara 2011, sh.274 vd.; FEYZİOĞLU, Metin, **5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 62, 2006, sh.41 vd.; ÖZEN, Mustafa, Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi, Ankara Barosu Dergisi, Y.67 S.3, Ankara 2009, sh.19 vd.

²²¹ BAKICI, Sedat, **5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, Adalet Yayınları, Ankara 2007, sh.419; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAĞIZ / TEPE, sh.86

Kanun lafzından bu yoruma ulaşılacaktır. Yani Cumhuriyet savcısı ister şartlar oluştuğunda takipsizlik kararı verecektir ister ise kamu davası açacaktır.

5560 sayılı kanunla değiştirilmeden önce CMK'nın 171. madde metni şimdi olduğu gibi takipsizlik kararı verilebilir ifadesi yerine, “kamu davasını açmayabilir.” İfadesini içermekteydi. Yapılan bu değişiklik bir cümlelin farklı bir şekilde ifade edilme şeklinden başka bir şey içermemiştir. Yine açmayabilir denilerek aynı derecede Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi verilmiştir.²²²

Türk ceza hukuku'nda müsadere hukuki niteliğinin güvenlik tedbiri olduğu belirtilmektedir. Güvenlik tedbirinin uygulanabilmesi için haksız bir hareketin meydana gelmesi yeterlidir. Güvenlik tedbirinin uygulanabilmesi için ayrıca bu fiilden dolayı failin cezalandırılmış olması gerekmemektedir. Bu açıklamalar ışığında şahsi cezasızlık sebeplerinin uygulandığı durumda fiil suç olma özelliğini koruduğu ve failin sıfatı sebebiyle cezalandırılmadığından güvenlik tedbiri niteliğindeki müsadere kararı verilir.²²³

Kovuşturmaya yer olmadığı kararı yargılamanın konusunu oluşturan fiilin bütünü bakımından verilmek zorundadır dolayısıyla yargılamanın konusunu oluşturan fiil bakımında suçların içtimasının söz konusu olduğu durumlarda CMK md. 171/1'in uygulanabilmesi, yargılamanın konusunu oluşturan fiillerin bütünü bakımından faile ceza verilmemesini gerektiren durumların varlığına bağlıdır.²²⁴

Örneğin; tiyatrodaki arka koltukta oturan iki kişinin cep telefonlarını yanlarındaki boş koltuğa koyduklarını gören şüphelinin bu iki cep telefonunu bulunduğu yerden faydalanmak amacıyla alması eyleminde iki kişiye karşı tek hareketle suç işlendiği için TCK md. 43/2'de yer alan aynı neviden fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır. Burada şüphelinin çalmış olduğu cep telefonlarının birisinin annesine ait olması şüpheli bakımından TCK md.167'deki şahsi cezasızlık sebebinden faydalanamayacaktır. Yani Cumhuriyet savcısı 167'deki şahsi cezasızlık sebebine dayanarak şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar vermesi ve diğer çalınan cep telefonu için cezalandırılması için kamu davası açması mümkün

²²² ÜNVER / HAKERİ, sh.31

²²³ BAYTAZ, Batuhan, Abdullah, **Türk Ceza Hukukunda Müsadere (TCK md.54-55)**, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku A.D., Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009, 102 vd.

²²⁴ MERAKLI, sh 117

değildir. Burada yargılama konusu oluşturulan fiil şüphelinin annesinin ve başka bir şahsın cep telefonu çalması fiilidir ve bu fiil ikiye ayrılarak incelenemez. Hakkında yargılama yapılamaz. Bu durumda Cumhuriyet savcısı bu fiil bakımından kamu davası açmalıdır.²²⁵

Kişisel cezasızlık nedeninin varlığı halinde Cumhuriyet savcısı CMK CMK md.171/1'e göre kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verebilir. Cumhuriyet savcısına böylece bir takdir yetkisi verilmiştir. Cumhuriyet savcısına tanınan bu takdir yetkisi CMK sistemine egemen olan kamu davasının mecburiliği ilkesinin bir istisnasıdır.²²⁶

A. Savcının Takdir Yetkisinin Koşulları

Cumhuriyet savcısının şahsi cezasızlık sebebinin varlığına dayalı olarak takdir yetkisinin bulunabilmesi için iki koşul vardır. Bunlardan birincisi Cumhuriyet savcısının takdir yetkisine dayanarak kamu davası açmayabilmesi için öncelikle kanunda ilgili fiil bakımından şahsi cezasızlık sebebi öngören bir hüküm bulunmasıdır. Fakat kanunda şahsi cezasızlık sebebi niteliğinde olmayan failin cezasız kalmasına yol açan bir düzenleme var ise Cumhuriyet savcısı bu düzenlemenin de failin cezasız kalmasına yol açtığından bahisle takdir yetkisini kullanarak kovuşturmaya yer olmadığı kararı veremez. Çünkü CMK md. 171/1'deki düzenleme istisna bir hükümdür ve bu hüküm dar yorumlanmalıdır.²²⁷

İkincisi ise şahsi cezasızlık sebebi içeren bu düzenlemenin bulunması yanında Cumhuriyet savcısının takdir yetkisinden söz edebilmek için buna ek olarak madde metninde belirtilen hallerin varlığı aranmalıdır. Şöyle ki; TCK 167'de şahsi cezasızlık sebebinin öngören bir hüküm bulunmaktadır. Burada savcı TCK 167'de belirtilen şartların bulunması halinde takdir yetkisine haizdir.

²²⁵ MERAKLI, sh 118

²²⁶ KANGAL, T. Zeynel, **Kişisel Cezasızlık Nedenleri ve Cezayı Kaldıran veya Azaltan Kişisel Nedenler**, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Cilt 7, S.85-86, Y.2012,

²²⁷ MERAKLI, sh 107

B. TCK’ da Düzenlenen Şahsi Cezasızlık Sebeplerinde Savcının Takdir Yetkisini Kullanması

TCK’ da taksirli işlenen suçlarda, mal varlığına karşı suçlarda, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçlarında, yalan tanıklık suçunda, suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçunda, suçluyu kayırma suçunda, tutuklu, hükümlü veya suç delillerinin bulunduğu yeri bildirmeme suçunda şahsi cezasızlık sebebi yer almaktadır. Cumhuriyet savcısı bu madde hükümlerine göre CMK md. 171/1’deki takdir hakkını kullanarak kamu davası açmayabilir.

1. Taksirli Suçlarda Şahsi Cezasızlık Sebebi

TCK’nın 22/2 maddesine göre; “taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülemez olarak gerçekleştirilmesidir.” taksir bu şekilde tanımlanmıştır. Yine aynı kanunun 22/6. maddesinde; “ taksirli bir 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 yarısından 1/6’ya kadar indirilir. ” hükmü yer almıştır. TCK’nın md. 22/6’daki bu hükmü şahsi cezasızlık sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu şahsi cezasızlık sebebi kural olarak TCK’da veya diğer kanunlarda yer alan bütün suçlar bakımından uygulanabilecek olması, şahsi cezasızlık sebebi sayılan halleri bir hayli çoğaltmaktadır.²²⁸

Taksirli suçlarda failin meydana gelen netice itibariyle bizzat kendisinin ve aile bireylerinin ağır derecede mağduriyetlere uğradıkları görülmektedir. Meydana gelen trafik kazalarında çocuğun ölmesi annenin ise taksirli suçtan dolayı kovuşturmayla uğraması ve cezaya mahkum edilmesi, suçtan dolayı evladını kaybetmesi neticesinde uğradığı dramı içine düştüğü kötü durumun şiddetlendirmekle kalmamakta ayrıca, ailenin diğer fertlerinin de mağduriyetlerine neden olmaktadır. Failin taksirli davranışının aynı zamanda mağdur olması sonucunu

²²⁸ ÖZTÜRK / ERDEM, sh.190

doğurduğu bu durumlarda, somut olayın şartları dikkate alınarak ceza verilmemesi veya verilecek cezada belli bir miktarda indirim yapılması düşüncesi ortaya çıkmış ve bu düşünce yeni Ceza Kanunumuzun 22/6. maddesinde yer bulmuştur. Bu hükmün uygulanabilmesi için işlenen suçun öncelikle taksirli bir suç olması gerekir. Şahsi cezasızlık sebebi sadece taksirli suçlar bakımından geçerlidir. Taksirin ise şahsi cezasızlık sebebi olarak uygulanabilmesi için bilinçsiz taksirle işlenen bir suç olması gerekir. Ortada bilinçli taksir hali var ise bu durum sadece cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep olarak kabul edilebilir.²²⁹

Türk Ceza Kanunu’nun 22/6. maddesi mucibince; netice münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından etkili olmalıdır denmiştir. Hükümde “ve” bağlacı kullanıldığına göre, kişisel durumun yanında aile durumunun da birlikte aranması gerekir. Yine netice artık bir cezaya hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede failin mağduriyetine yol açmalıdır. Bu koşulların varlığı halinde Cumhuriyet savcısı CMK md. 171/1 gereğince kamu davası açmayabilir.²³⁰

Doktrinde katılmadığımız bir görüşe göre; TCK md. 22/6’daki düzenleme sadece dava açıldıktan sonra mahkeme tarafından kullanılabileceği, CMK’nın 171/1 maddesi ile davanın hiç açılmama sebepleri düzenlendiği, TCK md. 22/6. fıkra da ise ceza vermeme sebebi düzenlendiği, bunun manası bu yetkinin savcıya değil hakime tanınmış bir yetki olduğu, TCK md. 22/6’nın uygulanabilmesi için işin mahkeme önüne gelmiş olması gerektiği söylenmiştir.²³¹

Ancak yukarıda belirtilen düşüncenin uygulamada kabul edilmediği, uygulamada savcıların bu yönde karar vermektedirler. Eğirdir Cumhuriyet Başsavcılığı’nın 01/12/2011 tarih ve 2011/1223 Soruşturma, 2011/759 sayılı kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararında; “..... ölen M.F.Ç.’nine şüphelilerin müşterek çocuğu olduğu, ölenin özel eğitim ve rehabilitasyon merkezine gidip gelen engelli bir çocuk olduğu, olay günü şüphelilerin çocukları ile beraber kurban bayramını geçirmek için Bademli köyündeki yakınlarının yanına geldikleri, kesilen kurban etinin eve çıkarıldığı, şüpheli Salih’in diğer kurbanın kesimi için bahçeye indiği, ölen M.F.Ç. ile şüpheli N.’nine mutfakta kaldıkları, şüpheli N.’nine kurban

²²⁹ GEDİK, sh.97 vd.; BAKICI, Ceza Hukuku Genel Hükümleri sh.419

²³⁰ BAKICI, Ceza Hukuku Genel Hükümleri sh.419

²³¹ ÜNVER / HAKERİ, sh.33 vd ve sh.528

etini pişirmek için parçalamaya başladığı, hazırladığı eti ocağa koyacağı sırada M.F.Ç.'nine ağzına çiğ et aldığını fark ettiği, bahçede bulunan şüpheli Salih'i çağırdığı, Şüpheli Salih'in M.F.Ç'inin boğazına kaçan eti çıkartmak için çaba sarf ettiği, başarılı olamayınca ambulans çağırdıkları, gelen ambulans ile hastaneye götürülen M.F.Ç.'nine yolda öldüğü, hastaneye ölü olarak alındığı, ceset üzerinde yapılan ölü muayenesinde boğazına kaçan et parçası sebebiyle solunum yolunun tıkanıldığı, buna bağlı olarak solunum ve kordiyak arestinin gelişerek öldüğünün tespit edildiği, M.F.Ç.'nin şüpheli N.'nin tedbirsiz davranışı sonucu ölmüş olduğunun anlaşıldığı, eylemin bu hali ile TCK'nın 85/1. maddesinde düzenlenen taksirle öldürme suçuna uyduğu, ancak şüphelilerle ölenin anne, baba ve oğul oldukları, çocuklarının ölümünden dolayı şüphelilerin cezalandırılmasını gereksiz kılacak şekilde mağduriyet yaşadıkları, TCK'nın 22/6. maddesi gereğince şüphelilerin cezalandırılmayacağı anlaşılmakla; olay ile ilgili olarak kamu adına kovuşturma yapılmasına yer olmadığına dair..." CMK md. 171/1 doğrultusunda karar verilmiştir.

Yine Bayramiç Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 17/08/2011 tarih ve 2011/526 Soruşturma, 2011/238 sayılı kovuşturmaya yer olmadığına dair kararında "..... olay tarihinde şüpheli S.Ç.'nin Yeniceköy Köyünde bulunan saman damında yangın çıktığı ve saman damının ve burada bulunan 500 adet saman balyasının yandığı, toplamda 3.000,00 TL zararın olduğu, şüphelinin savunmasında olay günü hayvanlarına yem verdiğini, bu sırada elinde bulunan sigarayı söndürüp söndürmediğini hatırlamadığını belirttiği, yapılan araştırmada yangına neden olabilecek harici bir denenin tespit edilemediği, yangının, şüphelinin sigarasından çıktığı yönünde kuvvetli şüphe bulunduğu anlaşılmış ise de; TCK'nın 22/6. maddesinin taksirli hareket sonucu neden olunan netice münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından artık bir cezaya hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarıdan altıda bire kadar indirilir hükmüne havi olduğu, şüphelinin taksirli hareketi sonucu meydana gelen yangın sonucunda mağdura ait yaman saman damı ve 500 adet saman balyasının yandığı, bu durumun münhasıran şüphelinin kişisel ve ailevi durumu bakımından artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak şekilde mağdur olmasına yol açtığı, başkalarının hayat, sağlık ve malvarlığını tehlikeye

düşürmediği anlaşılmakla TCK'nın 22/6. maddesi uyarınca şüpheli hakkında kamu adına kovuşturma yapılmasına yer olmadığına dair” CMK md. 171/1 doğrultusunda karar verilmiştir.

Yargıtay kişinin üvey kızını taksirle öldürmesi halinde de TCK md. 22/6'daki şahsi cezasızlık sebebinin uygulanabileceğine karar vermiştir. Yargıtay 9. Ceza dairesinin 19/12/2006 tarih, 2006/5431 Esas, 2006/7415 sayılı kararında; “..... ölenin sanığın üvey kızı olduğu ve sanık tarafından bakılarak büyütüldüğüne ilişkin savunma araştırılarak, sonuca göre olayda TCK'nın 22/6 maddesinin uygulama koşullarının bulunup bulunmadığının tartışılmaması.....” bozmayı gerektirmiştir.²³² Nitekim Cumhuriyet savcıları da bu durumda şahsi cezasızlık sebebine dayanarak kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verebilirler.

2. Malvarlığına Karşı Suçlarda Şahsi Cezasızlık Sebebi

Mal varlığına karşı suçlarda belli dereceye kadarki akrabalık ilişkisinin bulunması durumunda şahsi cezasızlık olarak kabul edilmiştir. Bunun nedeni aile içi barışı korumak düşüncesine dayanır. TCK'nın 167. maddesinin 1. fıkrasında şahsi cezasızlık sebepleri düzenlenmiştir. Bu maddede düzenlenen şahsi cezasızlık sebeplerinden failin yararlanabilmesi için bu maddede belirtilen suçları işlemesi gerekir.²³³

TCK'nın 167/1 maddesine göre;

1- Yağma ve nitelikli yağma hariç bu bölümde yer alan suçların;

- a- Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin,
- b- Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın,
- c- Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin,

²³² Kazancı, Açıklamalı Kanun ve İçtihad Programı,

²³³ KILDAN, sh.106; GEDİK, sh.98 vd.

Zararına olarak işlenmesi halinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz şeklinde düzenlenmiştir.

Bu maddeye göre hırsızlık, mala zarar verme, hakkı olmayan yere tecavüz, güveni kötüye kullanma, bedelsiz senedi kullanma, dolandırıcılık gibi 10. bölümde düzenlenen suçların maddede belirtilen kişiler aleyhine işlenmesi durumunda, ilgili akraba şahsi cezasızlık sebebinden yararlanacak ve hakkında cezaya hükmolunamayacaktır. Fail hakkında şahsi cezasızlık sebebinin uygulanabilmesi için mağdur ile arasında belli bir dereceye kadar akrabalık ilişkisinin bulunması gerekir. TCK 167/1. maddede şahsi cezasızlık sebeplerinden yararlanacak kişileri üç grup halinde saymıştır.²³⁴

a) Akrabalık derecelerinden ilki haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden biridir. Bu durumda karı kocalık hali yani resmi nikahın varlığı ve devamı gerekir. Resmi nikah olmadan yaşama şahsi cezasızlık halinden faydalanma sonucunu doğurmaz. Eşler resmi olarak evliyse fiilen ayrı yaşıyor olup olmaması TCK m.167'in uygulaması bakımından önemli değildir. Şahsi cezasızlık sebebinin uygulanmasında asıl olan, suçun işlendiği sırada, aile ile mağdur arasında medeni kanun hükümlerine göre mahkemece verilmiş bir ayrılık kararının olmamasıdır. Ayrılık kararının bulunması durumunda bu sefer fail şahsi cezasızlık sebebinden değil, TCK md.167/2'de düzenlenen şahsi indirim nedeninden yararlanır. Yine şahsi cezasızlık sebebinin uygulanabilmesi için fail ile mağdur arasındaki evliliğin suçun işlendiği sırada bulunması gerekir. Yani suçun işlenmesinden sonra meydana gelen evlilik cezasızlık nedeninin uygulanmasını gerektirmez. Aynı zamanda suç işlendikten sonra verilen boşanma kararı şahsi cezasızlık sebebinin uygulanmasına da mani olmaz.²³⁵

b) Üst soy veya altsoyun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlık ne kadar uzak olurlarsa olsunlar şahsi cezasızlık sebebinden faydalanırlar. Türk Medeni Kanunu'nun 18. maddesinde "Kayın hısımlığı kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesi ile ortadan kalkmaz" yönündeki düzenlemenin de burada geçerli olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Medeni Kanun'un 18. maddesinin burada geçerli olmaması gerekir. Bu nedenle

²³⁴ KILDAN, sh.107 vd.

²³⁵ GEDİK, sh.98 vd.; KILDAN, sh.111 vd.

akrabalığa dayanılarak oluşturulan evlilik suçun işlendiği sırada sona erdirilmiş ise fail artık şahsi cezasızlık sebebinden yararlanamaz. Eşlerden birisinin veya her ikisinin daha önceki evliliklerinden olan çocukları da, sonraki evliliklerinden olan çocuklarda aynı konutta yaşıyorlarsa TCK'nın 167/1. maddesinde düzenlenen şahsi cezasızlık sebebinden faydalanabilirler. Üvey anne, üvey baba ve çocuklar arasında üstsoy-altsoy derecesinde kayın hısımlığı bulunur evlenme sona erdikten sonra eşlerden birisi bir başkası ile evlenirse ikinci eşten doğan çocuklar ile ilk eş arasında kayın hısımlığı bulunmaz. Yine eşlerin birinin kan hısımları ile diğer eşin kan hısımları arasında dünürlük ilişkisi meydana gelip kayınlık hısımlığı bulunmamaktadır. Evlat edinen ile evlatlık arasında TMK 309, 312 ve 315. maddeler gereğince mahkeme kararı ile birlikte evlatlık ilişkisi kurulur. Evlatlık ilişkisi kurulduğu andan sona erdirildiği ana kadar işlenen suçlarda fail şahsi cezasızlık sebebinden faydalanır.²³⁶

c) Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin zararına işlenmiş olması fail açısından kişisel cezasızlık sebebi olarak kabul edilmiştir. Kardeş kelimesinden ana veya baba bir kardeş anlaşılması gerekir. Aynı konutta birlikte yaşayan kardeşler şahsi cezasızlık sebebinden faydalanabilmesi için birlikte yaşama sürekli ve oturulan yerde konut olmalıdır. Ayrıca aynı konutta birlikte oturan kardeşlerin şahsi cezasızlık sebebinden faydalanabilmesi için aynı anne ve aynı babadan olmalarına gerek yoktur. Kardeşlerin aynı işyerinde çalışmaları şahsi cezasızlık sebeplerinden faydalanmalarını sağlamaz. Kardeşlerin şahsi cezasızlık sebebinden faydalanabilmeleri için aynı konutta oturmaları gereklidir. Kardeşlerin aynı binanın bağımsız bölümlerinde oturuyor olmaları durumunda şahsi cezasızlık sebebinden faydalanamazlar. Burada dikkat edilmesi gereken bir başka husus da kardeşlerin suç tarihinde aynı konutta oturmalarıdır. Suç tarihinde aynı konutta oturmayıp farklı konutlarda oturan suç vuku bulduktan sonra aynı konutta otursalar dahi bu cezasızlık sebebinden yararlanamayacaklardır. Mahkeme kardeşlerin aynı

²³⁶ GEDİK, sh.98 vd; PARLAR, Ali / HATİPOĞLU, Muzaffer, **TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları**, Adalet Yayınları, Ankara 2007, sh.506; NOYAN, Erdal, **Hırsızlık Suçları**, Adalet Yayınları, Ankara 2007, sh.394 vd.; DURAN, Mustafa, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, 5237 Sayılı Yasadaki Hırsızlık Suçu ile 765 Sayılı Yasadaki Hırsızlık Suçunun Karşılaştırılması, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale112.doc> Erişim Tarihi: 05/10/2011, BAKICI, **Ceza Hukuku Özel Hükümleri**, 1. Cilt., sh.924 vd.; ERDEM, Mustafa, Ruhan, **Mal Varlığına Karşı Suçlar**, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm> Erişim Tarihi: 05/12/2011, ARTUÇ, Mustafa, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, Kartal Yayınları, Ankara 2007, sh.544 vd; KILDAN, sh.112 vd.

konutta oturup oturmadıklarını resen araştırıp ispatlamalıdır. Bu husus her türlü delil ile kanıtlanabilir.²³⁷

Kendisinde şahsi cezasızlık sebebi bulunan fail TCK'nın 44. maddesi uyarınca bir suç işlediğinde birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet verir. Bu durumda en ağır cezayı gerektiren suç yağma ve nitelikli yağma haricinde malvarlığına karşı işlenen suçlardan birisi ise bu durumda fail TCK'nın 167. maddesi uyarınca şahsi cezasızlık sebebinden yararlanacaktır ve mal varlığına karşı işlemiş olduğu suçtan ceza almayacaktır. Fakat faile şartlar oluşması halinde daha az cezayı gerektiren suçtan ceza verilmelidir. Ayrıca mağdurun şikayetçi olup olmamasın da şahsi cezasızlık sebebinin uygulanmasına da bir etkisi yoktur.²³⁸

Fail TCK 167. maddesinde sayılan suçu akrabası ile birlikte başka bir şahsın da aleyhine işlediği durumda başka bir deyişle başka bir şahsın da suçtan zarar görmesi halinde failin suça konu malı sadece akrabasının hissesinde olup olmadığının ve akrabası ile birlikte başka bir kimsenin mala ortak olup olmadığını bilmesine göre şahsi cezasızlık sebebinden faydalanıp faydalanmayacağı hususu belirlenir. Eğer fail, suça konu malı akrabası ile birlikte bir başkasının ortak malı olduğunu bilmiyor ve sadece akrabasının belli olan hissesi aleyhine suç işliyorsa şahsi cezasızlık sebebinden fail faydalanacaktır.²³⁹

Yargıtay 9. Ceza Dairesi 29/01/2007 tarihli bir kararında; “... Suçun, sanık eş tarafından boşanma davası devam ettiği sırada eşi zararına işlenmiş olması karşısında; TCK'nın 167. maddesinin uygulanıp uygulanamayacağı tartışılıp, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi.” edildiği gerekçesi ile hükmü bozmuştur.²⁴⁰

Türk Ceza Kanunu'nun 167/1. maddesi kapsamında şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı suçun işlendiğine dair yeterli delil bulunmasına rağmen CMK'nın 171/1. maddesi hükmü

²³⁷ PARLAR / HATİPOĞLU, sh.509

²³⁸ KILDAN, sh.108 vd.

²³⁹ KILDAN, sh.110 vd.

²⁴⁰ PARLAR / HATİPOĞLU, sh.510; Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 29/01/2007 Tarih, 2006/6075 E., 2007/359 K. sayılı Kararı, UYAP, Cumhuriyet Savcısı Yargıtay Kararı Sorgulama Ekranı

uyarınca kamu davasını açmayabilir. Burada Cumhuriyet savcısı takdir hakkını kamu davası açmama yönünde kullandığı durumda kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verecektir. Yargılama aşamasında bu durumun ortaya çıkması halinde ise, şahsi cezasızlık sebebinin varlığını tespit eden mahkeme CMK'nın 223/4 fıkrası uyarınca ceza verilmesine yer olmadığı kararı vermesi gerekir.

Uygulamada, Sütçüler Cumhuriyet Başsavcılığınca verilen 20/07/2011 tarih, 2011/261 Sor. ve 2011/186 sayılı kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara göre; “...17/07/2011 günü saat 03:00 sıralarında Sütçüler İlçesi Melikler Köyünde şüpheli M. A. G.'in kendisine ait 2 çuval buğdayı arabasına atarak, 07 ...16 plakalı araçla olay yerinden uzaklaştığı gerekçesi ile şikayetçi A. G.'in şikayetçi olması üzerine soruşturmayaya başlanılmış ise de;

Cumhuriyet Başsavcılığımızca yapılan soruşturmada şüpheli A. G.'in 2 çuval buğday ile yakalandığı, alınan ifadesinde babasına kızdığından olay yerinden uzaklaştığını, 2 çuval buğdayın yanlışlıkla arabasında kaldığını beyan ettiği, 2 çuval buğday, sahibi A. G.'e teslim edilmek üzere muhafaza altına alındığı, şüpheli M. A. G.'in eyleminin TCK'nın 141. maddesinde düzenlenen hırsızlık suçu olduğu, yine TCK'nın 167. maddesinde şahsi cezasızlık sebeplerinin düzenlendiği, TCK'nın 167/1.b maddesine göre “üstsoy veya altsoyun veya bu derecede kayın hısımlarının birinin veya evlat edilen veya evlatlığın zararına işlenmesi halinde ilgili akraba hakkınca cezaya hükmolunmaz.” Hükmünün düzenlendiği, buna göre şüpheli M. A. G.'in şikayetçinin altsoy'u yani oğlu olduğu, bu durumda belirtilen maddedeki şahsi cezasızlık halinden yararlanması gerektiği, yine CMK'nın 171/1 maddesine göre; “Cezasızlık sebebinin varlığı halinde Cumhuriyet savcısı kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararı verebilir.” hükmünün düzenlendiği, tüm bu belgeler ışığında şüpheli M. A. G.'in şahsi cezasızlık sebebinin var olduğu anlaşıldığından şüpheli M. A. G. hakkında hırsızlık suçundan CMK'nın 171/1 maddesi gereğince kamu adına kovuşturmayaya yer olmadığına...” dair CMK 171/1 maddesi doğrultusunda karar verilmiştir.

Eğirdir Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 02/12/2011 tarih ve 2011/1182 Soruşturma, 2011/765 Sayılı kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararında; “.....yukarıda açık kimlik bilgileri yazılı şüphelinin, bakım ve gözetim altında

bulunan ve oğlu olan Hüseyin Uysal'ın; olay günü Eğirdir İlçesi, Bağlı Köyündeki evlerinin oturma odasında oynadığı esnada, koltuğun üzerinden yere düşmesi üzerine yaralandığı, akabinde durumu fark eden şüphelinin mağduru hastaneye götürerek tedavi ettirdiği, söz konusu yaralamada şüphelinin gözetim yükümlülüğünü yerine getirmemesinin de etkili olduğu anlaşılmış ise de; sonucun şüphelinin kişisel ve ailevi durumu bakımından artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak şekilde mağdur olmansa yol açtığı anlaşılmakla; TCK'nın 22/6. maddesi gereğince olay ile ilgili olarak kamu adına kovuşturma yapılmasına yer olmadığına dair” CMK 171/1. madde doğrultusunda karar verilmiştir.

Eğirdir Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 30/09/2011 tarih ve 2011/1056 Soruşturma, 2011/649 sayılı kovuşturmaya yer olmadığına dair kararında; “.....müştekilerin şikayet dilekçesinde ve alınan ifadelerinde; I.K.'nın kocası ve S.K.'nın babası olan şüphelinin, I.K.'ya ait elmalıkta elmaları topladığını, kendilerini tehdit ettiğini beyanla şikayetçi oldukları anlaşılmış ise de; elmaların toplanması, bahçelerin bakımı eylemlerin hakkı olmayan tecavüz suçuna vücut vereceği ancak şüpheli hakkında TCK'nın 167/1-a maddesi gereğince, şahsi cezasızlık sebebinin bulunduğu anlaşılmakla, olay ile ilgili olarak kamu adına kovuşturma yapılmasına yer olmadığına dair.....” CMK 171/1. madde doğrultusunda karar verilmiştir.

Yukarıda belirtilen kararlardan da anlaşılabacağı üzere Cumhuriyet savcıları şahsi cezasızlık sebeplerini gerekçe göstererek kamu davasının açılmasına yer olmadığına dair karar verdikleri görülmektedir.

3. Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçlarında Şahsi Cezasızlık Sebebi

Türk Ceza Kanunu'nun 255. maddesinin 4. fıkrasında suçun failinin mağduruyla belirli derecede akraba olması halinde, faile ceza verilmeyeceği düzenlenmiştir. Buna göre; Türk Ceza Kanunu'nun 245 maddesinin 1. fıkrasında yer alan başkasına ait banka veya kredi kartı ile hukuka aykırı yarar sağlama suçu Türk Ceza Kanunu'nun 245. maddesinin 4. fıkrasında sayılan sınırlı kişiler arasında uygulanacaktır. Türk Ceza Kanunu'nun 245. maddesinin 1. fıkrasında “Her ne

suretle olursa olsun ele geçiren veya ele bulunduran” ibaresinin bulunması karşısında bu hükmün getirilmesi yerinde olmuştur. Çünkü 1. fıkraya göre kartın kişinin çocuğu eşi veya evlatlığı gibi yakın birisi tarafından ele geçirilmesi halinde, birinci fıkradaki suçun oluşması mümkündür. Bu yorumda; çocuğun en az üç yıl hapis ve 3.000 güne kadar adli para cezası ile cezalandırmak aile birliğinin bozulmasına neden olacaktır. Failin TCK’ 245/1. maddesi kapsamındaki başka suçlardan yani 245/2 ve 3. madde kapsamındaki suçları işlemesi durumunda şahsi cezasızlık nedeni uygulanmayacaktır.²⁴¹

Türk Ceza Kanunu’nun 167. maddesindeki akrabalık ilişkisi ile banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçundaki şahsi cezasızlık sebebi olarak öngörülen akrabalık ilişkisi aynıdır.²⁴² Kanun koyucu hükümden anlaşılacağı gibi belli akrabalık ilişkilerinin varlığı halinde bu kişiler arasında işlenen suçları cezalandırmamakta yarar görmektedir. Şahsi cezasızlık sebeplerinin kanun koyucunun yasaya koyma sebebi, aile fertleri arasındaki malik bulundukları malları müştereken tasarruf etmeleri ve aile mensupları arasındaki ilişkilere adli mercileri karıştırmamaktan büyük ölçüde sakınması ve aile bütünleşmesini korumak olduğu söylenebilir.²⁴³

Türk Ceza Kanunu’nun izlediği suç politikası sebebiyle, aralarında belirli bir akrabalık ilişkisi bulunan kişilerin banka veya kredi kartını kötüye kullanma suçunda birinci maddesine aykırı suç işlediklerinde cezalandırılmamaları kabul edilmiştir. Şahsi cezasızlık sebebinin söz konusu olduğu bu durumlarda, ilgili kişinin sadece cezai sorumluluğuna gidilemez. Daha önce de beyan ettiğimiz gibi işlenen fiil, suç oluşturma özelliğini ve haksızlığını devam ettirmektedir. Bu uygulama ceza kanunlarında olduğu görülmektedir.²⁴⁴

²⁴¹ BİLGİN, Tülay, **Türk Ceza Kanununda Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması**, 9 Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku A.D., Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2010

²⁴² PARLAR / HATİPOĞLU, sh.818; GEDİK, sh.101 vd.

²⁴³ TURABİ, Selami, **Mala Zarar Verme Suçu (5237 Sayılı TCK 151 vd.)** Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk A.D., Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul 2007; ÖZBEK, Veli Ozer, **Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu**, Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9. Özel Sayı, İzmir 2007, sh.1035 vd.

²⁴⁴ TURABİ, sh.150; DÖNMEZER, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, 13. Baskı, İstanbul 1990, sh.590

Eşler Türk Ceza Kanunu'nun 245/4. madde kapsamında bir suçun tarafları olduklarında, aralarında boşanma davası mevcut olsa bile şahsi cezasızlık sebeplerinden suç işleyen taraf faydalanır. Fakat suçun işlendiği tarihte evli olmayan suçun tarafları daha sonra Türk Medeni Kanunu hükümleri uyarınca evlenmiş olsalar dahi şahsi cezasızlık sebebinden suç işleyen taraf faydalanamayacak ve işlemiş olduğu suçtan dolayı cezalandırılacaktır.²⁴⁵ Malvarlığına ilişkin şahsi cezasızlık hallerinde belirttiğimiz gibi eşler, hukuken değil de fiilen ayrı yaşamakta iseler ya da çeşitli menfaatler nedeniyle muvazaalı evlilik yapmışlarsa bu eşlerin eylemlerinin cezasız kalıp kalmayacağı konusunda sorunlar ile karşılaşmaktadır. Cezaların kanuniliği ilkesi gereğince bu gibi durumlarda nüfus kaydına bakılıp ona itibar edilmesi gerekir. Yine haklarında ayrılık kararı verilen fakat bu ayrılık kararının temyiz ya da istinaf aşamasında olduğu durumda sanığın lehine yorum yapılmak suretiyle kararın kesinleşme tarihi dikkate alınmalıdır. Bu süreçte yapılan eylemlerden dolayı eşler şahsi cezasızlık sebebinden faydalanmak suretiyle eylemlerinden sorumlu tutulmayacaktır.²⁴⁶ Limiti yüksek olan bir kredi kartını aralarında artık bir husumet bulunan eşler tarafından kullanılması diğeri için yıkıcı olabilir. Bu nedenle bu hüküm sakıncalıdır. Fakat yasa koyucu burada henüz ayrılık kararı verilmediği için ortak yaşamın devam ettiği düşüncesine göre hareket etmiştir.²⁴⁷

Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında resmi nikah haricinde bir dam altında karı koca gibi bir arada yaşayan kişilerin ne kadar uzun süreli birlikte yaşarlarsa yaşasınlar resmi nikahları bulunmadığı sürece şahsi cezasızlık halinin uygulanmasından yararlanamayacaklarına karar vermiştir.²⁴⁸ Taraflar resmi nikah yapmadan uzun süre birlikte karı koca hayatı yaşamış olsalar bile hatta aralarında dini nikah yapsalar dahi medeni nikah ile evlenmedikleri sürece Türk Ceza Kanunu uygulamasında eş olmazlar.²⁴⁹

Türk Medeni Kanunu'nun 17. maddesinde; "Biri diğerinden gelen kişiler arasında üstsoy, altsoy; biri diğerinden gelmeyip de ortak bir kökten gelen kişiler

²⁴⁵ ARTUÇ, Mustafa, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, sh.546

²⁴⁶ TURABİ, sh.550; ÖZBEK, sh.1036 vd.

²⁴⁷ ÖZBEK, sh.1037 vd.

²⁴⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 24/04/1948 tarih ve 206/91 sayılı kararı; DÖNMEZER, sh.550

²⁴⁹ ARTUÇ, Mustafa, sh.546

arasında yansoy hısımlığı vardır” şeklinde izah edilmiştir. Yine Medeni Kanunu’nun 8. maddesinde; “Eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımlığını aynı tür ve dereceden kayın hısımları olur; kayın hısımlığı kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesi ile ortadan kalkmaz.” şeklinde kayın hısımlığını ifade etmiştir. Türk Ceza Kanunu’nda üstsoy ve altsoy derecesinde kan veya sıhri akraba olanlar ne kadar uzak akraba olurlarsa olsun şahsi cezasızlık sebebinden yararlanacaktır. Ancak (Mülga) 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 524. maddesinde; üvey ana, üvey babanın Medeni Kanunumuzun 17. maddesi kapsamında sayılmadığından şahsi cezasızlık halinden yararlanamayacaklarını öngörmüştür. Evlatlık ilişkisi kuruluncaya kadar geçen sürede taraflar yine bu madde kapsamında işlemiş oldukları suçtan ötürü şahsi cezasızlık sebebinden faydalanamayacaktır. Yine evlatlık ilişkisi, Türk Medeni Kanunu’nun 317 ve devamı maddeleri gereğince kaldırıldığı andan itibaren işlenmiş olan suçlarda şahsi cezasızlık hali uygulanmayacaktır. Ancak suç tarihinin evlatlık ilişkisi olduğu dönemde olması halinde daha sonradan evlatlık ilişkisi kalkmış olsa dahi şahsi cezasızlık sebebi uygulanacaktır. Türk Medeni Kanunu hükümleri gereğince bir evlat edinme ilişkisi olmaksızın, sadece çocuğu gibi alıp büyütmek, manevi evlat edinme durumlarında Türk Medeni Kanunu anlamında bir evlat edinme gerçekleşmediğinden taraflar arasında şahsi cezasızlık sebebi uygulanmayacaktır. Evlatlık, eğer evlat edinenin baba veyahut annesine karşı işlediği suçlarda yine bu madde kapsamındaki şahsi cezasızlık halinden faydalanamayacak ve cezalandırılacaktır.²⁵⁰

Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin diğer kardeşinin ya da kardeşlerin zararına olarak Türk Ceza Kanunu’nun 245 maddesinin 1. fıkrasındaki suçun işlenmesi halinde cezalandırılmayacaktır. Fakat aynı binada yaşayan kardeşler farklı dairelerde oturuyorlar ise şahsi cezasızlık sebeplerinden faydalanamayacaktır. Yine kardeşlerin aynı işyerinde çalışmaları şahsi cezasızlık sebeplerinden faydalanmalarını sağlamaz. Kardeşlerin şahsi cezasızlık sebebinden faydalanabilmeleri için aynı konutta oturmaları gereklidir. Ve aynı zamanda bu oturma da devamlı suretle olması gerekir. Burada dikkat edilmesi gereken bir başka husus da kardeşlerin suç tarihinde aynı konutta oturmalarıdır. Suç tarihinde aynı konutta oturmayıp farklı konutlarda oturan suç vuku bulduktan sonra aynı

²⁵⁰ TURABİ, sh.151; DÖNMEZER, sh.152 vd.; ARTUÇ, sh.547

konutta otursalar dahi bu cezasızlık sebebinden yararlanamayacaklardır. Mahkeme kardeşlerin aynı konutta oturup oturmadıklarını resen araştırıp ispatlamalıdır. Bu husus her türlü delil ile kanıtlanabilir.²⁵¹

Daha önceden beyan ettiğimiz gibi iştirak halinde işlenen suçlarda bu hal bir şahsi cezasızlık sebebi oluşturduğundan diğer suç ortaklarının bu halden yararlanması olanaksızdır. Yine söz konusu fiilden, sayılan kişiler dışında başka kişilerin zarar görmesi durumunda Türk Ceza Kanunu'nun 245. maddesinin 4. fıkrası uygulanamayacaktır. Durum böyle olunca bu suçlarda genel olarak banka ya da finans kurumu zarar görmüş olacağından bu cezasızlık hallerinin nerede ise uygulanamaz hale gelmesi durumu söz konusu olabilir. Uygulamada banka ya da finans kurumlarına katılma talebini kabul edebiliyor olması bunu açıkça ortaya koymaktadır.²⁵²

Türk Ceza Kanunu'nun 245. maddesinin ilk halinde bu düzenleme mevcut değildi. 29/06/2005 tarih ve 5377 sayılı kanun ile mala karşı işlenen suçlarda olduğu gibi bu banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu bakımından da bazı akrabalık ilişkileri şahsi cezasızlık sebebi olarak kabul edilmiştir.²⁵³ Bu düzenleme tercihinin tamamen bir suç politikasının ürünü olduğu söylenebilir.²⁵⁴

Türk Ceza Kanunu'nun 245/1. maddesi kapsamında şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı suçun işlendiğine dair yeterli delil bulunmasına rağmen CMK'nın 171/1. maddesi hükmü uyarınca kamu davasını açmayabilir. Burada Cumhuriyet savcısı takdir hakkını kamu davası açmama yönünde kullandığı durumda kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verecektir. Yargılama aşamasında bu durumun ortaya çıkması halinde ise, şahsi cezasızlık sebebinin varlığını tespit eden mahkeme CMK'nın 223/4 fıkrası uyarınca ceza verilmesine yer olmadığı kararı vermesi gerekir.

²⁵¹ ARTUÇ, sh.548

²⁵² ÖZBEK, sh.1036; BİLGİN, sh.69 vd.

²⁵³ ÖZBEK, sh.1036

²⁵⁴ ÖZBEK, sh.1036

4. Yalan Tanıklık Suçunda Şahsi Cezasızlık Sebebi

Yalan tanıklık suçunda da şahsi cezasızlık sebeplerine yer verildiği görülmektedir. Kişinin kendisinin üstsoy, altsoy, eş veya kardeşinin soruşturma ve kovuşturmayaya uğramasına neden olabilecek bir husus ile ilgili olarak yalan tanıklıkta bulunması halinde şahsi cezasızlık sebebinden faydalanacaktır. Tanıklıktan çekinme hakkı bulunmasına rağmen, bu hakkı kendisine hatırlatılmadan gerçeğe aykırı olarak beyanının alınması durumunda, yalan tanıklık yapması halinde, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi ceza verilmekten de vazgeçilebilir. Şahsi cezasızlık veya cezanın azaltılmasını gerektiren kişisel nedenler diğer şeriklere sirayet etmez. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulunmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.²⁵⁵

Yalan tanıklık suçu 765 sayılı TCK'nun 288. maddesine göre;”Yalan yere yemin veya şahadet eden şahıs:

1- Hakikati beyan ettiği takdirde kendisinin ve akrabasından birinin hürriyet ve namusça behemahal fahiş bir zarara maruz kılması muhtemel olan,

2- Kendi tarafından beyan olunan zati vasıflara nazaran şahit sıfatıyla celbi iktiza etmeyen yahut o şahsın ceza davasında şahit ve ehlihibre ve mütercim olmaktan istinkafa hakkı olduğu halde mahkemece kendisine bu hakkı ihtar edilmiş bulunan, kimselerden ise yukarıdaki maddede mezkur olan cezalardan muaftırlar.” Hükmü yer almıştır. TCK'nın 273. maddesi ile 765 sayılı TCK'nın 288. maddesine birlikte bakıldığında yeni düzenleme akrabalık ilişkisini md. 273/1.a ile sınırlandırmıştır. Yeni düzenlemede amca, dayı, hala, teyze, yeğenler ile bunlar derecesinde sıhri akrabalar kapsam dışı bırakılmıştır. Eski TCK'da md. 288/1-1 bendinde doğru söylemeyen, yalan yere tanıklık eden kişinin kendisi veya akrabalarından birinin hürriyet ve namus bakımından fahiş bir zarar maruz bırakabilmesi aranmaktaydı. TCK md. 273/1.a bendinde ise kaçınanın, kendisi veya üstsoy, altsoy, eş veya kardeşinden birinin soruşturma ve kovuşturmayaya uğratılmasına neden olabilecek bir hususlar ilgili olması yeterli görülmüştür.²⁵⁶

²⁵⁵ GEDİK, sh.103 vd.; NOYAN, Erdal, **Ceza Davası**, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, sh.184 vd.

²⁵⁶ PARLAR / HATİPOĞLU, sh.958

Üstsoy veya altsoy ilişkisini Medeni Kanun kapsamında soy bağıının kurulduğu hallerde mevcuttur. TCK md. 273/1 kapsamında soy bağıının bulunup bulunmadığı, nüfus kayıtları ile saptanmalıdır. Failin gerçeğe uygun açıklamada bulunduğu takdirde kendisinin veya sayılan yakınlarının soruşturma, adli ya da idari nitelikte yaptırım veya kovuşturmayaya uğrayacağı konusundaki düşüncesidir. Failin TCK md. 273/1 maddesi kapsamından faydalanabilmesi için kovuşturma tehlikesinin daha ifade vermeden önce bulunması gerekir.²⁵⁷

Türk Ceza Kanunu'nun 273/1. maddesi kapsamında şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı suçun işlendiğine dair yeterli delil bulunmasına rağmen CMK'nın 171/1. maddesi hükmü uyarınca kamu davasını açmayabilir. Burada Cumhuriyet savcısı takdir hakkını kamu davası açmama yönünde kullandığı durumda kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verecektir.²⁵⁸

5. Suç Delillerini Yok Etme, Gizleme veya Değiştirme

TCK'nın 281/1. maddesine göre; “Gerçeğin meydana çıkmasını engellemek amacıyla, bir suçun delillerini yok eden, silen, gizleyeni değiştiren veya bozan kişi, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Kendi işlediği veya işlenişine iştirak ettiği suçla ilgili olarak bu kişiye bu fıkra hükmüne göre ceza verilmez.” hükmü düzenlenmiştir. Bu maddeye göre daha önce işlenmiş olduğu bir suçun delil ve eserlerinin yok edilmesi, silinmesi ya da gizlenmesi ya da değiştirilmesi veya bozulması, işlenen suçtan bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu suç seçimlik hareketli bir suçtur. Bu suçun oluşabilmesi için failin gerçeğin meydana çıkmasını engellemek gayesiyle hareket etmesi lazımdır. Bu maddenin birinci fıkrasının son

²⁵⁷ PARLAR ve / HATİPOĞLU, sh.958 vd.

²⁵⁸ Aynı yönde görüş için bkz: AYHAN, Tanfer, Hüseyin, **Ceza Muhakemesi Kanunu 171/1 Maddesi Kapsamında Cumhuriyet Savcısının Kamu Davası Açmada Takdir Yetkisi**, sh.74; TCK 273. maddede düzenlenen şahsi cezasızlık sebebi içeren düzenlemeye de buna ek olarak madde metninde belirtilen varlığın hallerin varlığı halinde hakime cezada indirim yapma yetkisi de tanındığı için savcının CMK 171/1 maddesine dayanarak takdir yetkisini kullanmak suretiyle kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar veremeyeceği, madde metninde sadece bir şahsi cezasızlık sebebi düzenleniyor olması durumunda Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini kullanabiliyor olacağına ilişkin karşı görüş için bkz: MERAKLI, sh 109 vd.

cümlesinde ise bu suça ilişkin şahsi cezasızlık sebebi düzenlenmiştir. Bu maddeye göre kişiye kendi işlediği veya işleyişine iştirak ettiği suçun delillerini yok etmesi, değiştirmesi veya gizlemesi neticesinde ayrıca ceza verilmez. Bu şahsi cezasızlık sebebinde suça yardım eden konumunda bulunan herkes yararlanabilecektir. Bu şahsi cezasızlık sebebi anayasanın 38/5. maddesindeki ‘‘Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda bir delil göstermeye zorlanamaz’’ hükmüne aykırılık teşkil etmez. Bu hükme paralel bir düzenlemedir.²⁵⁹

Türk Ceza Kanunu’nun 281/1. maddesi kapsamında şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı suçun işlendiğine dair yeterli delil bulunmasına rağmen CMK’nın 171/1. maddesi hükmü uyarınca kamu davasını açmayabilir. Burada Cumhuriyet savcısı takdir hakkını kamu davası açmama yönünde kullandığı durumda kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verecektir. Yargılama aşamasında bu durumun ortaya çıkması halinde ise, şahsi cezasızlık sebebinin varlığını tespit eden mahkeme CMK’nın 223/4 fıkrası uyarınca ceza verilmesine yer olmadığı kararı vermesi gerekir.

6. Suçluyu Kayırma Suçunda

TCK’nın 283. maddesi ile işlenmiş olan bir suçun failine, suçun işlenişine herhangi bir şekilde katılmaksızın, yardımda bulunulması, suç olarak düzenlemiştir. Bu madde ile suç işlendikten sonra faille herhangi bir şekilde yardım edilmesi engellenmek istenmiştir. Kısaca bu suçun maddi unsuru suç işleyen bir kimsenin araştırma, yakalama, tutuklanma ya da hükmün infazından kurtulmasına olanak sağlamaktır. Bu maddeye göre bu suçun üstsoy, altsoy eş kardeş veya diğer bir suç ortağı tarafından işlenmesi halinde, cezaya hükmolunmaz. Burada suçun konusunu oluşturan kişilerle belli akrabalık ilişkisinde bulunulması, bu suç bakımından sadece bir şahsi cezasızlık sebebi olmaktadır. Akrabalık ilişkisi Medeni Kanun hükümlerine göre tespit edilecektir. Cumhuriyet savcısı nüfus kaydını getirtip nüfus kaydına göre şahsi cezasızlık sebebi bulunması halinde ve yeterli kamu davasının açılması için

²⁵⁹ PARLAR / HATİPOĞLU, sh.976; GEDİK, sh.103 vd

yeterli delilin bulunduğu durumda CMK md. 171/1 gereğince kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verebilir. Cezalandırılmama da, sadece şahsi sebep kendisinde bulunan fail bakımından geçerli olup, suç iştirak halinde işlenmiş olduğu durumda, sadece şahsi sebep kendisinde bulunan fail bakımından şahsi cezasızlık hali geçerlidir.²⁶⁰

Yukarıda belirtilen bu hallerde soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısı, CMK 171/1 maddesine dayanarak takdir yetkisini kullanmak suretiyle kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilecektir.

7. Tutuklu, Hükümlü veya Suç Delillerinin Bulunduğu Yeri Bildirmemek Suçunda

TCK'nın 284/ 4. fıkrasında bir şahsi cezasızlık sebebine yer verilmiştir. Buna göre suçun üstsoy, altsoy, eş veya kardeş tarafından işlenmesi halinde cezaya hükmolunmaz. Akrabalık ilişkisinin belirlenmesinde medeni kanun hükümleri geçerlidir. İlgilinin vukuatlı nüfus aile tablosu getirtilerek durumun belgelendirilmesi gerekir.²⁶¹

Şahsi cezasızlık sebebin bulunduğu durumda işlenen fiil, suç dolayısıyla haksızlık oluşturma özelliğini devam ettirmektedir. Fakat, kişinin ceza hukuku açısından sorumluluğu sonucuna gidilmemektedir. Yine şahsi cezasızlık sebebi sadece kendisinde bulunan fail yararlanır.

Cumhuriyet savcısı failden şahsi cezasızlık sebebinin varlığını tespit ettiği durumda ve suçun işlendiğine dair yeterli delil bulunmasına rağmen CMK'nın 171. maddesinin kendine tanıdığı takdir yetkisini kullanarak kamu davasını açmayabilir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı takdir yetkisini kamu davasını açmamak yönünde kullanması halinde kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verecektir. Kanımızca

²⁶⁰ PARLAR / HATİPOĞLU, sh.985; GEDİK, sh.105 vd.

²⁶¹ PARLAR / HATİPOĞLU sh.284; GEDİK, Doğan, **Bir Uygulamacının Ceza Hukuku Makaleleri**, sh.106 vd.

Cumhuriyet savcısı, takdir yetkisini tereddüt bulunmadığı durumlarda kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar vermek suretiyle kullanması yerinde olur.

III. ETKİN PİŞMANLIK HALİNDE SAVCININ TAKDİR YETKİSİNİ KULLANMASI

Etkin ve pişmanlık kelimelerinin bir araya gelmesiyle etkin pişmanlık kavramı oluşturulmuştur. Suçun bütün unsurlarıyla gerçekleşmesinden sonra, failin bazı pişmanlık gösteren hareketler yapması durumunda, bu hareketler dolayısı ile faile ceza verilmemesini veya cezada indirim yapılmasını ifade eden kuruma etkin pişmanlık denmektedir. Yeni TCK' da etkin pişmanlığı suç sonrası etkin pişmanlık olarak kabul etmiş ve değişik suçlar için ayrı ayrı düzenlemiştir. TCK' da etkin pişmanlık kurumu bir tür şahsi indirim ya da cezasızlık sebebi olarak kabul edilmiştir. TCK' da ayrı ayrı hangi suçlar açısından bu etkin pişmanlık hallerinin uygulanacağı ilgili maddelerde ayrı ayrı düzenlenmiştir. Etkin pişmanlık hükümleri sadece düzenlendikleri suçlar bakımından geçerlidir.²⁶²

Etkin pişmanlık 765 Sayılı TCK' da suç öncesi ve suç sonrası olarak ikiye ayrılmakta, suç öncesi etkin pişmanlık netice meydana gelmeden önceki etkin pişmanlık olarak kabul etmekteydi. Netice gerçekleştikten sonraki pişmanlık ise failin meydana gelen zararı tazmini ya da aldığı malı iade etmesi gibi unsurlar aranmakta ve cezayı hafifleten bir sebep olarak kabul edilmekteydi. Örneğin 765 sayılı TCK'nın 523. maddesi fakat neticenin meydana gelmemesi sonucunu doğrudan etkin pişmanlık hususu 765 sayılı TCK' da düzenlenmemiştir. Bu nedenle failin tam teşebbüsten dolayı cezalandırılması kabul edilmekteydi, bu durumda hakim 765 sayılı TCK'nın 59.maddesinde yer alan takdiri hafifletici sebebi uygulayabilmekteydi.²⁶³

Bir kimsenin suç işledikten sonra pişmanlık duyarak neticeyi önlemeye çalışmasına faal nedamet denir. Gönüllü vazgeçme kanunumuzun genel kısmında

²⁶² ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* sh 238 vd; KOCA / ÜZÜLMEZ, sh 356

²⁶³ ÖZBEK, Veli, Özer, *Türk Ceza Kanununun Anlamı*, TCK İzmir Şerhi, Cilt 1, Seçkin Yayınları, Ankara 2010, sh.627; ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* sh 437 vd.

TCK 36.maddesinde düzenlenmiştir. TCK 36. maddesine göre; “fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.” hükmüne yer verilmiştir. Gönüllü vazgeçme TCK’nın genel hükümler kısmında düzenlendiğinden dolayı bütün suçlar bakımından uygulanır.²⁶⁴

TCK md.36’da gönüllü vazgeçme hem failin icra hareketlerini tamamlamamış olması, hem de neticenin meydana gelmemesi haller için öngörülmüştür.²⁶⁵ Gönüllü vazgeçme ile etkin pişmanlık kavramları birbirinden farklıdır. Gönüllü vazgeçmede kanuni tanımdaki netice gerçekleşmeden önceki aşamada failin vazgeçmesidir. Buna karşılık etkin pişmanlık ise netice dahil suç, bütün unsurlarıyla tamamlandıktan sonra failin pişmanlık duyduğu hareketler göstermesidir. Etkin pişmanlık hükümleri tamamlanan suçlar açısından uygulanır. Gönüllü vazgeçme TCK’nın genel hükümler içerisinde düzenlenmişken, etkin pişmanlık ise TCK’nın genel hükümleri içerisinde düzenlenmemiştir. Gönüllü vazgeçmede fail pasif kalarak fiilin tamamlamazken, etkin pişmanlıkta ise fail suç tamamlandıktan sonra aktif olarak harekete geçmekte ve suçun neticelerini ortadan kaldırmaya yönelik eylemlerde bulunmaktadır. Yine gönüllü vazgeçmede o ana kadar failin eylemleri başka suç oluşturmuyorsa fail cezalandırılmaz. Etkin pişmanlıkta ise kişi pişmanlık gösterdiğinde dahi suç varlığını korumaktadır. Ancak pişmanlık nedeniyle fail cezalandırılmaz veya cezada indirim yapılır.²⁶⁶ Gönüllü vazgeçmenin suç ortaklarına sirayeti hususu TCK’nın 41. maddesinde düzenlenmiştir. Etkin pişmanlığın ise sirayeti hususunda etkin pişmanlık hükümlerinde herhangi bir düzenleme yoktur.²⁶⁷

²⁶⁴ ÖZBEK, **Türk Ceza Kanununun Anlamı**, sh.627

²⁶⁵ ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAĞSIZ / TEPE, sh.486 vd; ÖZGENÇ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler** sh 438

²⁶⁶ ÖZGENÇ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler** sh 234 vd; KOCA / ÜZÜLMEZ, sh 351 vd.

²⁶⁷ ÖZBEK, **Türk Ceza Kanununun Anlamı**, sh.628; ÖZER, İbrahim, **Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık**, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku A.D., Konya 2011, sh.29 vd; KOCA / ÜZÜLMEZ, sh 397 vd; ÖZGENÇ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler** sh 488 vd.

Suç işleyenlere yönelik etkin pişmanlık halleri, cezada indirim ya da suçun niteliğine göre hiç ceza almamaları olanağını sağlayan etkin pişmanlık halleri olmak üzere ikiye ayrılabilir.

Etkin pişmanlıktan pişman olmayan şerikler faydalanamaz. Suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda şeriklerden birisinin veya bir kaçının pişmanlık göstermeleri, iade ve tazmin gerçekleştirmeleri halinde yalnızca bu iade veya tazmini gerçekleştiren şerik yararlanabilir. Fail kendi payına düşen kısmını geri verse bile etkin pişmanlıktan yararlanamaz.²⁶⁸

TCK' da cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümleri şunlardır;²⁶⁹

- a) Organ veya doku ticareti suçu açısından (md.93/1)
- b) İmar kirliliğine neden olma suçundan (md.184/5)
- c) Uyuşturucu madde suçlarında (md.192/1)
- d) Parada veya kıymetli damgada sahtecilik suçlarında (md.201)
- e) Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunda (md. 221)
- f) Rüşvet suçundan (md.254)
- g) Yalan tanıklık suçu (md.274)
- h) Suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerini aklama suçunda (md.282)

Karşılaştırmalı hukukta etkin pişmanlık hususunda iki sistem bulunmaktadır. İlki etkin pişmanlığı genel bir kavram olarak belirtmeyen, özel düzenlemeler bulunan sistemler, ikincisi ise etkin pişmanlığı genel bir kavram olarak belirten sistemlerdir. Belçika, Fransa, Portekiz, Hollanda ve Türk Ceza Kanunlarında etkin pişmanlık kural olarak belirtilmemiştir. Bu yasalar da etkin pişmanlık belli bazı suçlar açısından düzenlenmiştir. Avusturya, Almanya, Rusya, Norveç ve Danimarka gibi ülkelerde etkin pişmanlık genel bir kavram olarak belirtilir.²⁷⁰

²⁶⁸ BAKICI, sh.789; ÖZTÜRK / ERDEM, sh.364

²⁶⁹ ŞAHİN, Cumhur, Gazi Şerhi, sh.524; ÖZTÜRK / ERDEM, sh.189 vd.; YURTCAN, sh.58; ÖZTÜRK, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, sh.144 vd.

²⁷⁰ KÖŞKEKOĞLU, Abdullah, **5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık, Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Türk Ceza Muhakemesi Hukuku**, Proje Yöneticisi Mahmut Selami Mahmutoglu, İstanbul Barosu Yayınları, sh.39

A. Savcının Takdir Yetkisini Kullanmasının Koşulları

Etkin pişmanlığın varlığına dayanarak Cumhuriyet savcısının kamu davası açılması hususunda takdir yetkisinin bulunması için gerekli şartları şöyle sıralayabiliriz

a- İşlenen fiil bakımından TCK Özel Hükümler içerisinde etkin pişmanlık ile ilgili düzenleme bulunmalıdır. Yani fail hakkında CMK md. 171/1'e dayanarak kamu davası açılmaması için öncelikle TCK özel hükümler içerisinde failin işlediği fiil bakımından etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını sağlayan bir düzenlemenin bulunması gerekir. Failin işlemiş olduğu suç açısından kanunda etkin pişmanlık hali düzenlenmemiş ise fail bundan yararlanamayacaktır. Yani her suç için etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Yine failin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmesi için suçun tüm unsurlarıyla tamamlanmış olması lazımdır. Suçun tamamlama aşamasının söz konusu olabilmesi için kanuni tipin gerektiği bütün unsurların suçun varlığı için yeterli olduğu kadarıyla gerçekleşmiş olması gerekmektedir.²⁷¹

b- Failin pişmanlık göstermesi gerekir. CMK md. 171/1'e dayanarak etkin pişmanlığın varlığından bahisle Cumhuriyet savcısının işlenen bir fiil hakkında kamu davası açmayabilmesi için öncelikle somut olayda etkin pişmanlığın şartlarının oluşmuş olması gerekir. Cumhuriyet savcısının faile herhangi bir telkinde bulunmaması ve failin bizzat pişmanlık göstermiş olması gerekir. Fail yine etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanması için diğer şart ise fail sebep olduğu suçtan dolayı pişmanlık duyarak işlenen suçun neticelerini kaldırmaya veya suçun ve ortaklarının yakalanmasına ve tespit edilmesine yönelik eylemlerde bulunmasıdır. Etkin pişmanlığı faile uygulanabilmesi için belirli bir zaman diliminde yapılması gerekir. Fail suç tamamlandıktan sonra bazı suçlarda resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce bazı suçlarda soruşturmaya başlamadan önce, bazı suçlarda kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmeden önce, bazı suçlarda da hüküm kesinleşince yapmalıdır. Örneğin TCK md. 221/1 etkin pişmanlığın

²⁷¹ TOROSLU, Nevzat, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Savaş Yayınları, Ankara 2005, sh.248

gösterilmesi gereken zaman olarak soruşturmaya başlanılmamış olması şartını belirlemiştir.

c- İşlenen fiil ile ilgili düzenlenen etkin pişmanlık hükmü faile ceza verilmemesini gerektirmelidir. Bilindiği gibi TCK özel hükümleri içinde düzenlenen etkin pişmanlık kurumu hem cezayı ortadan kaldırma hem de bunun yanında kimi hallerde cezada indirim yapılması sonucunu doğuran etkin pişmanlık halleri olarak düzenlenmiştir. Faile verilecek cezadan indirim yapma hali olarak düzenlenen etkin pişmanlık halinde Cumhuriyet savcısının takdir yetkisi bulunmamaktadır. Bu durumda şartlar bulunması halinde kamu davası açmakla yükümlüdür. İşlenen fiil ile ilgili olarak düzenlenen etkin pişmanlık hükmü faile hiç ceza verilmemesini öngörüyorsa bu durumda Cumhuriyet savcısının takdir yetkisi bulunmaktadır.

B- Savcının Takdir Yetkisine İlişkin Koşulların Bulunması Halinde Takdir Yetkisini Kullanması

CMK md. 171/1'e göre, cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların varlığı halinde, Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilir. Bu maddeye göre, cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların bulunması durumunda, Cumhuriyet savcısı kamu davasını açıp açmama hususunda takdir yetkisine sahiptir. TCK' da suç tamamlandıktan sonra pişmanlık gösteren failin, işlediği haksızlıktan kaynaklanan zararı tamamen veya kısmen gidermesi durumunda, belirli bazı suç tiplerinde etkin pişmanlık kabul edilmiştir. TCK md. 168.'de etkin pişmanlık halleri düzenlenmiştir. Fakat söz konusu etkin pişmanlık halleri cezanın ortadan kaldırılması gereken şahsi sebep olarak düzenlenen etkin pişmanlık halleri olmadığı için bu durumda savcı CMK md. 171 uyarınca takipsizlik kararı veremez.²⁷²

²⁷² ÖZTURK, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti*, sh.41 vd.; GEDİK, sh.86

IV. TCK'DA SAVCINININ KAMU DAVASI AÇMADA TAKDİR YETKİSİ OLAN ETKİN PİŞMANLIK HALLERİ

A- Organ ve Doku Ticareti Suçunda Etkin Pişmanlık Halinde

Organ ve doku ticareti suçunda etkin pişmanlık halini düzenleyen TCK'nın 93/1. fıkrasına göre, “Organ veya dokularını satan kişi, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce durumu merciine haber vererek suçluların yakalanmalarını kolaylaştırırsa hakkınca cezaya hükmolunmaz.” denmiştir. Burada organ veya dokularını satan kişi açısından etkin pişmanlık hükmü düzenlenmiştir. Buna göre organ veya dokularını satan kişi resmi makamlar olayı haber almadan önce durumu merciine haber verir ve ayrıca suçluların yakalanmalarını kolaylaştırırsa hakkında cezaya hükmolunmayacaktır. TCK md. 91/3'de düzenlenen organ veya dokuları satma suçu, satma sözleşmesinin yapılmasıyla tamamlanmaktadır. Bu etkin pişmanlık hükmü tamamlanmış suçlarda uygulanır. Bu nedenle, organını satan kişinin organ veya dokusunun vücudundan çıkartılmadan önce suçluların yakalanmalarını kolaylaştırmaya elverişli biçimde resmi makamlara bildirebileceği gibi naklin gerçekleşmesinden sonra da satan kişinin suçluların yakalanmalarını kolaylaştırmaya elverişli bir biçimde resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce durumu resmi mercilere bildirmesi halinde etkin pişmanlıktan yararlanması mümkündür. Etkin pişmanlık hükümlerinden suç işleyenin yararlanabilmesi için vermiş olduğu bilginin az veya çok soruşturma açısından faydalı olması suçlulardan birinin dahi yakalanmasını kolaylaştırması gerekir. Söz konusu bu durumda fail etkin pişmanlık hükmünden yararlanır. CMK md. 158'de suça ilişkin ihbar veya şikayetin Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluğa yapılabileceği ve valilik veya kaymakamlığa ihbarda bulunulabileceği düzenlenmiştir. Bu yollardan birini tercih ederek etkin pişmanlık halinin varlığından faydalanabilecektir.²⁷³

²⁷³ GEDİK, sh.89 vd; PARLAR / HATİPOĞLU, sh.135 vd.; MALKOÇ, İsmail, **5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu**, 1. Cilt., Malkoç Kitabevi, 2007, sh.610, HALICI, Kasapoğlu, Türkan, **Türk Ceza Kanununda Organ ve Doku Nakline İlişkin Suçlar, (5237 Sayılı TCK'nın 91-92-93.m)** Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku A.D., Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009, s.107 vd.; GÜNAY, Erhan, **Etkin Pişmanlık ve Gönüllü Vazgeçme**, Seçkin

Bu hüküm sadece TCK'daki suçlar açısından uygulanır, organ ve doku nakli kanununun 15. maddesinin uygulama alanı bulduğu hallerde ise uygulanmayacaktır. Bu düzenleme, sadece organ veya dokularını satan kimse için düzenlenmiştir. TCK 91. maddedeki diğer eylemlerin faillerini veya satan kişinin eylemlerine iştirak edenlerin bundan yararlandırılmaması eleştirilmiştir. Yine organ satan kişinin etkin pişmanlık hükmünden yararlanması halinde, organı satarak elde ettiği kazanca ilişkin herhangi bir düzenlemenin yapılmaması da eleştirilmiştir.²⁷⁴

Ünver ise; madde metninde, etkin pişmanlığa ilişkin hükmün uygulanabilmesi için organ veya dokunun alınmamış olmasının gerekli olup olmadığı açıklığa kavuşturulmamış olduğunu, burada bu yönde bir ayırım yapılmaksızın her iki olasılığa da aynı etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına sebep olacak genel bir ifade biçiminin kullanıldığını, bu iki zaman arasında ayırım yapmak ve etkin pişmanlığın hangi halde geçerli olacağını madde metnine yazmak gerektiğini söylemiştir.²⁷⁵

Organ ve doku ticareti suçunu işleyen fail hakkında TCK 93. maddesinde öngörülen etkin pişmanlık halinde Cumhuriyet savcısı CMK 171/1 maddesinde kendisine verilen yetkiye dayanarak ilgili fail hakkında kamu davası açmayabilir.

B. İmar Kirliliğine Neden Olma Suçunda Etkin Pişmanlık Halinde

İmar kirliliğine neden olma suçunu düzenleyen TCK md.184'de imar mevzuatında belirtilen usul ve koşullara aykırı olarak inşa faaliyetinde bulunmak suç olarak düzenlenmiştir. Md. 184/5'de ise ‘‘kişinin, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak yaptığı veya yaptırdığı binayı imar planını ve ruhsata uygun hale getirmesi halinde, bir ve ikinci fıkra hükümleri gereğince kamu davası açılmaz, açılmış olan

Yayımları, Ankara 2006, sh. 31 vd.; ALBAYRAK, Mustafa, **Türk Ceza Kanunu**, (Öz Kitap), Adalet Yayınları, Ankara 2011

²⁷⁴ HAKERİ, Hakan, **Tıp Hukuku**, 2. Bası, Seçkin Kitabevi, Ankara 2009, sh.455

²⁷⁵ ÜNVER, Yener, **Avrupa Biyo Hukuk Sözleşmesinin Türk Hukukuna Etkileri**, www.akader.info/KHUKA2005_kasim18.pdf Erişim Tarihi: 06/12/2011

kamu davası düşer, mahkum olunan ceza bütün sonuçları ile ortadan kalkar.” hükmü yer almıştır. Bu maddenin 5. fıkrası ile etkin pişmanlık hükmüne yer verilmiştir.²⁷⁶

Failin bu etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için imar planına aykırı inşa ettiği kısmı veya binayı imar ruhsatına ve planına uygun hale getirmesi gerekir. TCK’nın 104. maddesinin 1. ve 2. fıkrasında tanımlanan suçu işleyen fail suç tamamlandıktan sonra ruhsata aykırı yapıyı ruhsata uygun hale getirdiği takdirde etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilecektir. Bu madde kapsamındaki hükümlerden yararlanabilmesi için hiçbir zaman kısıtlaması bulunmamaktadır.

İmara ve ruhsata aykırı olarak yapılan yapının belediyece zorla imara uygun hale getirilmesi durumunda failin etkin pişmanlıktan yararlanıp yararlanmayacağını belirlemek gerekir. Kanunda failin yapmış olduğu yapıyı herhangi bir zamanda imar planına uygun hale getirerek etkin pişmanlık göstermesi halinde etkin pişmanlıktan faydalanacağı belirtilmiştir. Bu durumda ise imara uygunluk kamu gücü ile sağlanmaktadır. Bu nedenle de failin etkin ve iradesinin yerine bir eylem bulunmamaktadır. Dolayısıyla hakkında etkin pişmanlık hükümleri uygulanmamalıdır. Fail hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını istiyor ise imara uygunluk kamu gücüyle sağlanmadan önce kendisi imara uygun hale getirmek suretiyle bu suçta şahsi cezasızlık nedeninden faydalanır.

Failin hakkında mahkumiyet hükmü verildikten ve bu hüküm kesinleştikten ve hatta infaz edilmiş olduktan sonra inşaatını ruhsata uygun hale getirmesi halinde hakkında verilen mahkumiyet hükmü bütün sonuçları ile ortadan kalkacaktır. Bu durumda fail hakkında mahkumiyet kararı kesinleşen mahkemeye başvurarak yapmış olduğu pişmanlık eylemlerinin dikkate alınmasını ve yargılamanın yenilenmesini talep etmesi gerekir. Sanık CMK’nın 311/1.e madde ve fıkrası gereğince kesinleşen hükümden sonra imar planına aykırı olarak yapmış olduğu inşaatı imar planına uygun hale getirdiğini belirterek yeni olaylar nedeniyle yargılanmasının yenilenmesini talep etmesi lazımdır. Mahkemenin talebin kabul edilmesini yani etkin pişmanlık hükümlerinin bulunduğu kanaat getirmesi halinde sanık hakkında daha önce hükmedilmiş cezanın bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasına karar

²⁷⁶ GEDİK, sh.89 vd

verecektir. Bu durumda mahkumiyet bütün sonuçlarıyla ortadan kalkacaktır.²⁷⁷

Özgenç'e göre, "...Bu yönde bir düzenleme bir af olarak nitelendirilemez. Çünkü, ceza kanunlarının zaman bakımından uygulama alanına ilişkin kuralların gereği olarak, bu madde hükümleri ancak yürürlüğe girdikten sonra yapılacak olan ruhsatsız veya ruhsata aykırı binalar açısından uygulama şartı bulacaktır. Halbuki af bu yöndeki kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararının vaz'edildiği tarihten önce işlenmiş olan fiiller açısından etkisini doğurabilir. Ceza kanunlarının zaman bakımından uygulama alanına ilişkin kuralların gereği olarak; bu madde hükümlerinin yürürlük tarihinden önce yapımı tamamlanmış olan ruhsatsız ya da ruhsata aykırı binalarla ilgili olarak, bu suç dolayısıyla cezalandırma yoluna gidilemez." görüşündedir.²⁷⁸

TCK'da etkin pişmanlığa yer verildiği hallerde fail hakkında TCK md. 184/5'de kamu davasının açılmayacağından, açılmış olan kamu davasının düşeceğinden ve verilen cezanın bütün sonuçlarının ortadan kalkacağından söz edilmektedir. Kanun koyucu TCK md. 184/5'in söz konusu olduğu durumda Cumhuriyet savcısına kamu davası açmama hususunda takdir yetkisi tanımamıştır. Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini kamu davasını açma yönündeki kullanma ihtimaline mani olmak için Cumhuriyet savcısının kovuşturmayaya yer olmadığı kararını vermesini emretmiştir. TCK md.184/5'deki bu düzenleme ile Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini ortadan kaldırarak Cumhuriyet savcısına kamu davası açmama zarureti yüklenmiştir.²⁷⁹

C. Uyuşturucu Madde Suçlarında Etkin Pişmanlık Halinde

TCK'nın 192. maddesinde, "uyuşturucu ve uyarıcı madde suçlarına ilişkin özel bir pişmanlık hali düzenlenmiştir. TCK md. 192/1'e göre uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarına iştirak etmiş kişi, resmi makamlar tarafından

²⁷⁷ ÖZER, sh.55 vd.; GÜNAY, sh.57 vd.

²⁷⁸ ÖZGENÇ, sh. 916

²⁷⁹ MERAKLI, sh 104; Cumhuriyet savcısının TCK 184/5'e göre takdir yetkisine dayanarak kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verebileceğini ilişkin görüş için; AYHAN, Tanfer, sh98, GEDİK, sh.88

haber alınmadan önce, diğer suç ortaklarının ve uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin saklandığı veya imal edildiği yerleri merciine haber verirse, verilen bilginin suç ortaklarının yakalanmasını veya uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ele geçirilmesini sağlaması halinde hakkında cezaya hükmolunmaz.” hükmü yer almıştır. Bu düzenlemeye göre etkin pişmanlık halinin faile uygulanabilmesi için ihbarda bulunan failin TCK md. 188’de düzenlenen uyuşturucu madde ticareti suçuna iştirak etmiş olması gerekir. Fail TCK’nın 37. maddesinde yer bulan müşterek faillerden birisi olabileceği gibi, TCK’nın 38. maddesinde düzenlenen azmettiren veya TCK 39. maddede düzenlenen yardım eden sıfatında olabilir. Ancak bu suça herhangi bir şekilde iştiraki yok ise fail TCK’nın 192/1 maddesinden yararlanamaz. Yine aynı zamanda etkin pişmanlığın yetkili makamlar tarafından soruşturmaya başlanmadan önce gösterilmesi gerekir. Fail, etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanabilmesi için diğer suç ortakları ve uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin saklandığı veya imal edildiği yerler konusunda bilgi vermesi ve verilen bu bilginin, suç ortaklarının yakalanmasına ya da uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin ele geçirilmesini sağlaması gerekir. Bu düzenlemedeki etkin pişmanlık hali cezanın ortadan kaldırılmasını sağlayan bir şahsi sebep olarak düzenlendiği için bu madde kapsamında faydalanan fail hakkında Cumhuriyet savcısı CMK 171/1 maddesi hükmü gereğince kamu davasının açılmamasına karar vermiş ise fail hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verir.²⁸⁰

TCK 192/2’nci maddesine göre ise; “Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce bu maddeyi kimden, nerede ve ne zaman temin ettiğini merciine haber vererek suçluların yakalanmalarını veya uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ele geçirilmesini kolaylaştırırsa hakkında cezaya hükmolunmaz.” hükmü yer almıştır . Burada kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak suçu için etkin pişmanlık hali öngörülmüştür. Bu madde için etkin pişmanlığın uygulanabilmesi ise, failin, soruşturma başlamadan önce, uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi, kimden, nerede ve ne zaman temin ettiği hususunda bilgi

²⁸⁰ GEDİK, sh.89 vd; BALCI, Murat, **Türk Ceza Kanununda Uyuşturucu Madde Ticareti Suçları**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku A.D., Doktora Tezi, İstanbul 2009, sh.234 vd.; GÜNAY, Erhan, **Etkin Pişmanlık ve Gönüllü Vazgeçme**, Seçkin Yayınları, Ankara 2006, sh. 59 vd

vererek, suçluların yakalanma ya da uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ele geçirilmesinin kolaylaştırması lazımdır. Bu koşullara göre, etkin pişmanlık gösteren fail hakkında cezaya hükmolunmaması kabul edilmiştir.²⁸¹

TCK 192nci maddesine göre; ‘’ Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, hakkında kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmaktan dolayı soruşturma başlatılmadan önce resmi makamlara başvurularak tedavi ettirilmesi isterse cezaya hükmolunmaz.’’ denmiştir. Buna göre, fail, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alma, kabul etme veya bulundurma suçunu işlemesi halinde fail bizzat resmi makamlara başvurarak tedavi ettirilmesini isterse, ve bu başvuruyu da soruşturma başlamadan önce yaparsa artık fail cezalandırılmaz.²⁸²

Bu madde ile uyuşturucu madde ticareti ve kullanma suçlarına ilişkin etkin pişmanlık hali düzenlenmiş ve bu maddenin 1, 2, 4. fıkralarında etkin pişmanlık hal, bir cezasızlık sebebi olarak düzenlenmiştir. Resmi makamlarca haber alınmadan gerçekleşen etkin pişmanlık hali cezasızlık nedeni olarak düzenlenmiştir. Cezasızlık nedeni olan pişmanlık TCK 188.maddede düzenlenen uyuşturucu madde ticareti suçu ile TCK 191. maddede düzenlenen uyuşturucu madde kullanma suçlarını kapsamaktadır.

Cezasızlık nedeninin uygulanabilmesi için suçun resmi makamlarca haber alınmadan önce ihbarı gerektiğidir. İhbarı yapan suç ortağı TCK 188. maddedeki uyuşturucu ticareti ile TCK 191. maddede düzenlenen kullanmak için uyuşturucu madde satın alma,bulundurma suçlarının resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce ihbarda bulunması lazımdır. Fail bu ihbarı pişmanlığı neticesinde yapmalıdır. TCK 188 ve 192nci maddelerde düzenlenen suçlarda iştirak etmekten bahsetmekte ve madde lafzından suçu tek başına işleyen yararlanamayacağı sonucu çıkmaktadır. Fakat etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması için suçun mutlaka iştirak halinde işlenmesi gerekmez. Suçun meydana çıkmasında hizmet ve yardım etmeyi failin kendi suçunu ortaya çıkartmasına, yardım ve hizmet etme olarak da kabul etmek gerekir. Bu sayede suç işleyen kişilere dönme imkanı verilmiş olur.

²⁸¹ GEDİK, sh.89 vd

²⁸² GEDİK, sh.89 vd

Failin cezasızlık sebebi olan etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmesi için ihbarında diğer suç ortaklarının veya uyuşturucu maddelerin saklandığı veya imal edildiği yer ile ilgili olarak bilgi vermesi lazımdır. Fakat failin suç ortaklarının tümünü bildirmesi şart değildir. Burada suç ortaklarının ve uyuşturucu maddelerinin bulunduğu veya imal edildiği yer birlikte bildirilmesi gerektiği için sadece suç ortaklarının veya uyuşturucu maddelerinin bulunduğu yerin bildirilmesi durumunda koşullar tam oluşmadığı için fail etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanamaz.

Failin yapmış olduğu bu ihbarın asılsız çıkmaması ve bu maddede sayılan amaçlara ulaşılmasını sağlaması gerekir.

Alman Uyuşturucu Maddeler Kanununda da TCK 192. maddesine benzer bir etkin pişmanlık hali düzenlenmiştir.²⁸³

Cumhuriyet savcısı eğer failin TCK'nın 192/1, 192/2 ve 192/4 maddelerindeki etkin pişmanlık hallerinden yararlanacağına yani şartların oluştuğuna kanaat getirirse CMK'nın 171/1 maddesinin kendisine verdiği takdir yetkisine dayanarak fail hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilecektir.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 29/01/2007 tarih, 2006/3856 Esas, 2007/567 Sayılı Kararında; “..... dosya kapsamına göre, sanıkların içerisinde bulundukları araçta bulunan aramada, sağ ön koltuk kenarında ele geçirilen suça konu esrarın sanıklardan hangisine ait olduğunun anlaşılmadığı, bir aşamada, üst aramasında da uyuşturucu madde ele geçirilen ve ilk önce ifadesi alınan sanık M.Y'nin araçta hep birlikte esrar kullandıklarını belirttiği ve üzerinde uyuşturucu madde ele geçirilemediği gibi, uyuşturucu madde kullandıkları da tıbben saptanamayan diğer sanıklar Hüseyin S. ve A. S' de hep birlikte esrar içtiklerini söyledikleri, böylelikle, sanık M.Y.'nin diğer sanıkların suçlarını, sanıklar H. S. ve A. S.'nin de kendi suçlarının ortaya çıkmasına hizmet ve yardım ettiklerinin anlaşılması karşısında, haklarında Türk Ceza Kanunu'nun 192/3. maddesi uyarınca etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi.....” hükmedilerek Türk Ceza Kanunu'nun 192/3. maddesinin dikkate alınmamasını bozma sebebi saymıştır.

284

²⁸³ BALCI, sh.232

²⁸⁴ Kazancı, Açıklamalı Kanun ve İçtihad Programı,

D. Para veya Kıymetli Damgada Sahtecilik Suçlarında Etkin Pişmanlık Halinde

TCK'nın 201. maddesinde para ve kıymetli damgada sahtecilik suçu bakımından etkin pişmanlık hali düzenlenmiştir. TCK 201/1'e göre; '' Sahte olarak para veya kıymetli damga üreten, ülkeye sokan, nakleden, muhafaza eden veya kabul eden kişi, bu para veya kıymetli damgaları tedavüle koymadan ve resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce, diğer suç ortaklarının ve sahte olarak üretilen para veya kıymetli damgaların üretildiği veya saklandığı yerleri merciine haber verirse, verilen bilgilerin suç ortaklarının yakalanmasını ve sahte olarak üretilen para veya kıymetli damgaların ele geçirilmesini sağlaması halinde hakkında cezaya hükmolunmaz.'' hükmü yer almıştır. TCK'nın 201/1 maddesinde, TCK'nın 197, 198 ve 199. maddelerinde tanımlanan sahte olarak para veya kıymetli damga üretme, ülkeye sokma, nakletme, muhafaza etme veya kabul etme niteliğinde bulunması, suçun konusunu oluşturan bu para veya kıymetli damgaların henüz tedavüle konulmamış olması, suçun resmi makamlar tarafından haber alınmamış olması, failin diğer suç ortakları ve sahte olarak üretilen para veya damgaların üretildiği veya saklandığı yerleri yetkili mercilere haber vermesi, failin verdiği bilgi sonucu suç ortaklarının yakalanması ve sahte olarak üretilen paranın ele geçirilmesini sağlaması gerekir. Ayrıca sahte para veya gerçeğe aykırı değerli damgalar henüz dolaşıma konulmamış olmalıdır. Bu sayılan şartların gerçekleşmemesi halinde fail etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanamaz.²⁸⁵

Suçun konusunu sahte para veya kıymetli damga oluşturur. Suçun konusunun para olduğu durumda paranın, madeni veya kağıt veya milli ya da yabancı para olması konusunda herhangi bir fark yoktur. Sadece suça konu paranın tedavülde bulunması gerekir. Antika özelliği taşıyan tedavülden kalkmış paranın sahte olarak üretilmesi dolandırıcılık suçunu oluşturabileceği değerlendirilebilir. Kıymetli damga ise bir vasıtalı verginin veya harcın ödendiğini gösteren belgedir. Kıymetli damgada

²⁸⁵ GEDİK, sh.91 vd; BAKICI, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri, Cilt 2, sh.599 vd.

da suç tarihinde kullanılabilir olması lazımdır. Burada da milli olma koşulu aranmamış yani yabancı kıymetli damgalarda da tıpkı paralar gibi korumuştur.²⁸⁶

TCK 201/2. maddesine göre; ‘‘Sahte para veya kıymetli damga üretiminde kullanılan alet ve malzemeyi izinsiz olarak kullanan, ülkeye sokan, satan, devreden, satın alan veya muhafaza eden kişi resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce diğer suç ortaklarını veya bu malzemenin üretildiği veya saklandığı yerleri ilgili makama haber verirse verilen bilginin suç ortaklarının yakalanmasını ve bu malzemenin ele geçirilmesini sağlaması halinde hakkında cezaya hükmolunmaz.’’ hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm ile failin etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanabilmesi için sahte para veya kıymetli damga üretiminde kullanılan alet ve malzemeyi izinsiz olarak üretmesi, ülkeye sokması, satması, devretmesi, satın alması, kabul etmesi veya muhafaza etmesi gerekir. Aynı zamanda failin yetkili mercilerin haber almadan önce, diğer suç ortaklarını veya bu malzemenin üretildiği ve saklandığı yerleri ilgili makama haber vermesi gerekir ve bu haber neticesinde fail tarafından verilen bu bilginin suç ortaklarının yakalanmasına ve bu malzemenin ele geçirilmesini sağlaması gerekir. Bu şartların tümü gerçekleştiğinde fail etkin pişmanlık hükümlerinden uygulanır ve Cumhuriyet savcısı kamu davası açıp açmama konusunda takdir yetkisine sahiptir. Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmamasına karar vermesi halinde, fail hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verir.²⁸⁷

Şüpheli hakkında yürütülen soruşturma esnasında Cumhuriyet savcısı tarafından TCK 201. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık halinin varlığı halinde kamu davasını açmayı gerektirir yeterli delil savcı tarafından elde edilse bile CMK 171/ maddesi doğrultusunda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilecektir.

²⁸⁶ GÜNAY, sh.91

²⁸⁷ BAKICI, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri, sh.599 vd.

E. Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçlarında Etkin Pişmanlık Halinde

TCK 221. maddesinde, suç işlemek amacıyla örgüt kurmak, yönetmek veya bu amaçla kurulmuş örgüte üye olmak suçu için etkin pişmanlık hali düzenlenmiştir. TCK md. 221/1. fıkrasına göre; ‘‘Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu nedeniyle soruşturmaya başlanmadan ve örgütün amacı doğrultusunda suç işlemekten önce, örgütü dağıtan veya verdiği bilgilerle örgütün dağılmasını sağlayan kurucu veya yöneticiler hakkında cezaya hükmolunmaz.’’ hükmüne yer verilmiştir. Bu maddeye göre failin etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanabilmesi için failin öncelikle suç işlemek amacıyla örgüt kurması veya yönetmesi gerekir. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu için soruşturmaya başlamadan önce ve yine örgütün amacı doğrultusunda suç işlemekten önce örgütü dağıtması gerekir ya da verdiği bilgilerle örgütün dağılmasına sebep olması gerekir.²⁸⁸

TCK md. 221/2 fıkrasında ise; ‘‘ Örgüt üyesinin, örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeksizin, gönüllü olarak örgütten ayrıldığını ilgili makamlara bildirmesi halinde, hakkında cezaya hükmolunmaz. ‘‘ hükmüne yer verilmiştir. Md. 221/2’de suç işlemek için kurulmuş örgüte üye olan fail için etkin pişmanlık halini düzenlemiştir. Buna göre fail örgüt üyesi olmak suçunu işlemiş fakat örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmemişse ve gönüllü olarak da örgütten ayrıldığını ilgili makamlara bildirmişse bu durumda bu madde kapsamındaki etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanır. Burada fail için suç işlemek için kurulmuş örgüte üye olmak suçundan önceden soruşturmaya başlanıp başlanılmamasının bir önemi yoktur.²⁸⁹

TCK md. 221/3 fıkrasında ise; ‘‘örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeden yakalanan örgüt üyesinin, pişmanlık duyarak örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını sağlamaya elverişli bilgi vermesi halinde, hakkında cezaya hükmolunmaz.’’ hükmüne yer verilmiştir. Bu fıkra

²⁸⁸ GÜNAY, sh.97 vd.; GEDİK, sh.92 vd; ÖZGENÇ, sh. 936 vd.; MALKOÇ, İsmail, **5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu**, 2. Cilt sh.1338; MERAN, Necati, **Sahtecilik Malvarlığı Bilişim Suçları**, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, sh.245 vd.

²⁸⁹ GEDİK, sh.92 vd; ÖZGENÇ, sh. 936 vd.; MALKOÇ, **5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu**, sh.1338; MERAN, sh.245 vd.

yine örgüt üyeleri ile ilgili etkin pişmanlık halini düzenlemiştir. Bu fıkra kapsamında örgüt üyesinin etkin pişmanlık halinden yararlanabilmesi için örgütün amacı doğrultusunda işlenen herhangi bir suça karışmadan yakalanması veya pişmanlık duyarak örgütün dağılmasını veya diğer örgüt üyelerinin yakalanmasını sağlayacak nitelikte resmi makamlara bilgi vermesi gerekmektedir. Fail tarafından verilen bu bilginin örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını sağlamaya elverişli olup olmadığının takdir yetkisi soruşturma aşamasında savcındır.²⁹⁰

TCK md. 221/4. fıkrasında ise; ‘‘Suç işlemek amacıyla örgüt kuran, yöneten veya örgüte üye olan ya da üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen veya örgüte bilerek veya isteyerek yardım eden kişinin gönüllü olarak teslim olup, örgütün yapısı ve faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili bilgi vermesi halinde hakkında örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz. ‘’ hükmüne yer verilmiştir. TCK’nın 221/4 fıkrasında yine suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunu işleyen örgüt yöneticileri ve üyeleri ile ilgili etkin pişmanlık halini düzenlemiştir. Fakat bu fıkra daha geniş bir etkin pişmanlık haline yer verilmiştir. Bu fıkra göre, suç işlemek amacıyla örgüt kuran, yöneten veya örgüte üye olan kişinin gönüllü olarak teslim olup, örgütün yapısı ve faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili bilgi vermesi halinde, hakkında örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçundan cezaya hükmolunmayacaktır. Bu fıkra kapsamında savcı fail hakkında kamu davası açıp açmama hususundaki takdir yetkisini kamu davasının açılmaması yönünde kullanır ise, fail hakkında kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verir.

Failin yakalandıktan sonra TCK 221/4 maddesinde yazılan bilgileri resmi makamlara verirse bu durumda hakkında tesis edilecek cezada indirim yapılacaktır. Savcı bu durumda yeterli şüphe oluşturacak delil mevcutsa, fail hakkında kamu davası açması gerekir.

TCK md. 221/5. fıkrasına göre; ‘‘Etkin pişmanlıktan yararlanan kişiler hakkında bir yıl süre ile denetimli serbestlik tedbirine hükmolunur, denetimli serbestlik tedbirinin süresi üç yıla kadar uzatılabilir.’’ hükmüne yer verilmiştir. Bu fıkra göre etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanarak ceza almayan kişi hakkında

²⁹⁰ GEDİK, sh.92 vd; ÖZGENÇ, sh. 936 vd.; MALKOÇ, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, sh.1338; MERAN, sh.245 vd.

bir yıl denetimli serbestlik tedbirine hükmedilmesini öngörmüştür. Denetimli serbestlik tedbiri olan bu bir yıllık süre, failin serbest bırakıldığı andan itibaren işlemeye başlar. Bu denetimli serbestlik tedbiri hakim kararı ile uzatılabilir. Fakat bu uzatma üç yıldan fazla olamaz.

TCK md. 221/5'te belirtilen düzenlemede denetimli serbestlik kararı ancak mahkeme tarafından verilebilecek bir karardır. Çünkü hak kısıtlamasına yol açmaktadır. Bu nedenle Cumhuriyet savcısı TCK md. 221'de yer alan cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren etkin pişmanlık hükümlerinin orada gerçekleştiği düşüncesi ile CMK md. 171/1'e dayanarak kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilir ise bu durumda denetimli serbestlik konusunda bir karar alma yetkisi bulunmadığından TCK md.221/5'teki denetimli serbestliğe başvurulması hükmü yerine getirilmemiş olacaktır. Bu nedenle TCK md. 221 de yer alan etkin pişmanlık hükümlerinin somut olayda gerçekleşmesi durumunda Cumhuriyet savcısı takdir yetkisini kullanmak istese dahi TCK md.221/5 hükmü bunu engelleyecektir. Denetimli serbestlik yönetmeliğinin 73/1 maddesine göre TCK'nın 221/5'ten yararlanan hükümlere ilişkin denetimli serbestlik ilamının mahkemece Cumhuriyet savcılığına gönderilmesi düzenlenmiş olup soruşturma evresinde bu tedbirin uygulanmasına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenlerle savcı bu kararı veremeyeceği için TCK md. 221/5 nedeniyle örgütlü suçlarda CMK md. 171/1 uygulanamayacaktır.²⁹¹

Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 13/04/2006 tarih, 2006/1038 Esas, 2006/2247 sayılı kararında; "... Silahlı terör örgütü mensubu olan sanığın, örgütün amacı doğrultusunda yurt dışında çeşitli silahlı çatışmalara ve örgütsel faaliyetlere katıldığı, başka örgüt mensupları ile birlikte yurt dışından Türkiye'ye silahlı olarak grup halinde giriş yapmak istedikleri sırada güvenlik güçlerinin müdahalesi sonucu tekrar yurt dışına kaçmak zorunda kaldığı, daha sonra da Suriye Devlet yetkilileri tarafından yakalanarak Türk Makamlarına teslim edildiği anlaşılmış olup bütün bu eylem ve faaliyetleri birlikte ele alınarak değerlendirildiğinde hukuki durumun suç tarihi itibarıyla lehe olan 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 125 kapsamında takdir

²⁹¹ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU sh.1177; Karşı görüş için bkz: AYHAN, sh106 vd., ALBAYRAK, **Türk Ceza Kanunu**, sh.646, fakat karşı görüşteki yazarlar TCK 221/5 'i savcılarının nasıl uygulayacakları hususuna bir açıklık getirmemişlerdir.

ve tayini gerektiği gözetilmeden suç vasfında yanılığa düşünülerek yazılı şekilde hüküm tesisi ve yurt dışında yakalanarak Türk Makamlarına teslim edilen sanığın etkin pişmanlığa ilişkin Türk Ceza Kanunu'nun 221. maddesinde öngörülen şekilde yeterli bilgi vermediği, bu nedenle de yasal koşulların oluşmadığı gözetilmeden hakkında etkin pişmanlık hükümleri uygulanarak ceza tayinine yer olmadığına karar verilmesi.....” bozmayı gerektirmiştir. ²⁹² Yargıtay bu kararı ile yeterli bilgi vermeyen sanığın TCK'nın 221. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanamayacağına kanaat getirmiştir.

F. Rüşvet Suçunda Etkin Pişmanlık Halinde

TCK 254. maddesinde rüşvet suçu için etkin pişmanlık hali düzenlenmiştir. Şüphelinin cezayı ortadan kaldıran bir şahsi sebep halini düzenleyen bu hükümden yararlanılabilmesi için; kamu görevlisinin, rüşvet suçundan dolayı hakkında soruşturmaya başlanmadan, durumu soruşturmaya yetkili makamlara haber vermesi gerekir ve aynı zamanda rüşvet konusu şeyi de aynen teslim etmesi şarttır. Yine rüşvet alma konusunda başkalarıyla anlaşılan kamu görevlisinin soruşturma başlamadan önce yetkili makamlara haber vermesi halinde bu etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanır ve hakkında cezaya hükmolunmaz. Buradaki etkin pişmanlık, bu suç açısından cezayı ortadan kaldıran şahsi sebep olduğundan ve suçun haksızlık muhtevasını ortadan kaldırmadığından, şartlar gerçekleşmişse, fail hakkında sadece cezaya hükmedilmeyecektir. Ancak, rüşvet konusu şey müsadere edilecektir. Kamu görevlisi anlaşma ile kabul edilen rüşvet konusu şeyi temin etmeden önce etkin pişmanlık gösterir ise rüşvet konusu şey kamu görevlisi tarafından henüz temin edilmediğinden artık teslimden ve müsadere söz konusu olamaz. ²⁹³ Etkin pişmanlığın varlığı sadece cezalandırmama sonucunu doğuracağından ve müsaderenin hukuki niteliği güvenlik tedbiri olması sebebi ile fiil

²⁹² Kazancı, Açıklamalı Kanun ve İçtihad Programı,

²⁹³ GEDİK, sh.93 vd; ÖZGENÇ, sh. 1007 vd.; MALKOÇ, **5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu**, sh.2007; AKÇİN, İhsan, Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, sh.236 vd.

haksızlığını koruduğu için etkin pişmanlığın varlığı halinde de müsadere edilebilir.²⁹⁴
295

TCK md. 254.'ün 2. fıkrasına göre; ‘‘ rüşvet veren veya bu konuda kamu görevlisi ile anlaşmaya varan kişinin soruşturma başlamadan önce pişmanlık duyarak durumdan soruşturma makamlarını haberdar etmesi halinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz, verdiği rüşvet de kamu görevlisinden alınarak kendisine iade edilir. ‘‘ hükmüne yer verilmiştir.

TCK md. 254/3 fıkrasına göre; ‘‘Rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişilerin, soruşturma başlamadan önce, pişmanlık duyarak durumdan soruşturma makamlarını haberdar etmesi halinde hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz.’’ hükmüne yer verilmiştir.

26/06/2009 tarihinde 5918 sayılı kanunun 4. maddesi ile TCK 254. maddesine 4. bir fıkra eklenmiştir. Eklenen bu 254/4. fıkrasına göre bu madde hükümleri, yabancı kamu görevlilerine rüşvet veren kişiler hakkında uygulanmaz.

²⁹⁴ BAYTAZ, 10 vd.; HALICI, s.92 vd.; AKÇİN, sh.237 vd.

²⁹⁵ Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkındaki Kanun Tasarısında madde 68 ile 5237 Sayılı Kanunun 254. maddesinin 1. 2. ve 3. fıkraları şöyle ‘‘Madde 254-

(1) Rüşvet alan kişinin, durumu resmi makamlarca öğrenilmeden önce, rüşvet konusu şeyin soruşturmaya yetkili makamlara aynı teslim etmesi halinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz. Rüşvet alma konusunda başkasıyla anlaşılan kamu görevlisinin durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce durumu yetkili makamlara haber vermesi halinde hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz.

(2) Rüşvet veren veya bu konuda kamu görevlisiyle anlaşmaya varan kişinin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, pişmanlık duyarak durumdan yetkili makamlara haber etmesi halinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz.

(3) Rüşvet suçunu iştirak eden diğer kişilerin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, pişmanlık duyarak durumdan yetkili makamları haber etmesi halinde, hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz.’’ değiştirilmek istenmektedir. Bu değişiklik ile soruşturmaya başlamadan önce ibareleri yerine durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce ibaresiyle değiştirilmiş, verdiği rüşvette kamu görevlisinden alınarak kendisine iade edilir hükmü kanun metninden çıkartılmıştır. Bu husus madde gerekçesinde şöyle ‘‘Zimmet suçundan olduğu gibi rüşvet suçunda cezayı ortadan kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için 5237 sayılı kanunun 254. maddesinde yer alan soruşturma başlamadan önce ibareleri yerine, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce ibareleri ikame edilmiştir. Böylece rüşvet olgusunun ilgili idari yetkilileri tarafından öğrenilmesi halinde, henüz ceza soruşturması başlatılmamış olsa bile, durum resmi makamlarca öğrenilmiş olduğu için, kişi artık etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanamayacaktır. Keza bu değişikliğe paralel olarak maddenin 2.fıkrasındaki rüşvet verenin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanması halinde, sadece hakkında cezaya hükmolunmayacaktır. 354. maddenin mevcut metninde yer alan bu durumda ayrıca kişinin verdiği rüşvette kamu görevlisinden alınarak kendisine iade edilir hükmü metinden çıkarılmıştır. Bu itibarla, rüşvet veren etkin pişmanlıktan yararlasa bile, rüşvet olarak verdiği para ve sair menfaat, müsadere edilecektir.’’ ifade edilmiştir. <http://www.habergo.com/haber/29390/3yargi-paketi-aciklandi-taslagin-tam-metin-26-ocak-2012.html> Erişim tarihi: 17/06/2012

Bu maddede düzenlenen etkin pişmanlık hükmü, cezayı ortadan kaldıran bir şahsi sebeptir. Bu nedenle etkin pişmanlığın şartı kimin için oluşmuşsa sadece o muaf olacaktır. İştirak halinde suçlarda cezasızlık sebebi şartları oluşmayan diğer fail veya faillere etki etmeyecektir.²⁹⁶

Fail hakkında (rüşvet alan ve veren) yapılan soruşturmada TCK'nın 254. maddesinde yer alan etkin pişmanlık hükümlerinin uygulama şartları oluştuğundan, Cumhuriyet savcısı tarafından fail veya failler hakkında CMK'nın 171/1 maddesine göre kamu davası açmayabilecek ve fail veya failler hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verebilecektir.

G. Yalan Tanıklık Suçunda Etkin Pişmanlık Halinde

TCK'nın 274. maddesinde yalan tanıklık suçu için etkin pişmanlık hali düzenlenmiştir. TCK md. 274/1'e göre; "Aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında bir hak kısıtlamasını veya yoksunluğunu sonuçlayacak nitelikte karar verilmeden veya hükümden önce gerçeğin söylenmesi halinde cezaya hükmolunmaz." hükmüne yer verilmiştir.²⁹⁷

TCK md. 274/1 fıkrası bakımından cezaya hükmolunmayacak hallerde Cumhuriyet savcısının kamu davası açıp açmama hususunda takdir yetkisi vardır ve bu yetkisini açmama yönünde kullanır ise Cumhuriyet savcısı bu durumda kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verecektir. Bu fıkra ile yalan tanıklık suçu açısından suç tamamlandıktan sonra cezasızlık nedeni olarak etkin pişmanlık hali düzenlenmiştir. Bu maddeye göre etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması sadece yalan tanıklıkta bulunan fail ve bu failin suç ortakları açısından mümkündür. Etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanabilmesi için failin aleyhine tanıklık yaptığı kişi hakkında hak kısıtlaması ya da yoksunluğuna sebep olmaması gerekir. Burada yer alan hak kısıtlanması veya yoksunluğu tabiri ile gözaltı, yakalama, tutuklama, el koyma tedbirlerinin kastetmektedir. Kişi hakkında hükümden önce hak yoksunluğu

²⁹⁶ GÜNAY, sh.110

²⁹⁷ GEDİK, sh.94 vd; MALKOÇ, **5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu**, sh.274 vd.

veya yoksunluğunu doğuracak bir karar verilmemesi halinde tam cezasızlık sebebi uygulanacaktır. Maddenin birinci fıkrası cezasızlık sebebi olarak düzenlenmiştir.

Cumhuriyet savcısı bu madde kapsamında CMK 171/1 maddesi gereğince bu kişiler hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verebilir.²⁹⁸

Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 30/04/2007 tarih, 2007/1993 Esas, 2007/3971 sayılı kararında; “..... gelmeyen sanık M.A.A.’nın Asliye Hukuk Mahkemesi’ndeki yargılama sırasında tanık olarak dinlendiği, 19/09/2000 ve 18/11/2000 tarihindeki anlatımlarının doğru olmadığı, sanık N.B.’nin baskısı altında o açıklamaları yaptığını bildiren 12/11/2002 tarihli içeriğini bilmediği dilekçeyi mahkemeye kendisinin vermediğini, savunması karşısında bu husus, araştırılıp adı geçen yalan tanıklık yapıp yapmadığı saptanmadan ve sanık N.B.’de onu yalan tanıklığa azmettirdiğine ilişkin kanıtlar gösterilmeden, yükletilen suçların oluştuğunun kabulü ile Türk Ceza Kanunu’nun 274/1. maddesi uyarınca etkin pişmanlıktan söz edilmek suretiyle sanık N. B. hakkında eksik soruşturma sonucu cezaya hükmolunması.....” Bozma sebebi sayılmıştır.²⁹⁹

H. Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçlarından Etkin Pişmanlık Halinde

TCK’nın 282. maddesinde suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerini aklama suçu düzenlenmiştir. Bu suçun konusunu suçtan kaynaklanan mal varlığı değerleri oluşturmaktadır. Burada önemli olan suçun konusunu oluşturan bu ekonomik değer başka bir suçun işlenmesi suretiyle ve dolayısıyla elde edilmiş olmasıdır.

TCK md. 282/6 fıkrasına göre; ‘’Bu suç nedeniyle kovuşturma başlamadan önce suç konusu mal varlığı değerinin ele geçirilmesini sağlayan veya bulunduğu yeri yetkili makamlara haber vererek ele geçirilmesini kolaylaştıran kişi hakkında bu maddede tanımlanan suç nedeniyle cezaya hükmolunmaz.’’ hükmüne yer verilmiştir.

²⁹⁸ ALBAYRAK, **Türk Ceza Kanunu**, sh.758; TCK madde 273’ün söz konusu olduğu hallerde Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini kullanarak kovuşturmayaya yer olmadığı kararı veremeyeceği görüşü için bkz: MERAKLI, sh.110

²⁹⁹ Kazancı, Açıklamalı Kanun ve İçtihad Programı,

Bu madde ile bu iki durumun birlikte gerçekleşmesi halinde yani failin kovuşturmayaya başlamadan önce failin suç konusu mal varlığı değerinin ele geçirilmesini sağlaması veya bulunduğu yeri makamlara haber vererek ele geçirilmesini kolaylaştırması gerekmektedir.³⁰⁰

TCK md. 282/6. fıkrası gereğince TCK md. 282/2'deki suçların işlenmesi bakımından failin yukarıda belirtilen şartların hepsini gerçekleştirmesi halinde Cumhuriyet savcısının CMK'nın 171/1 maddesi gereğince hakkında kamu davası açmayabilir.

V. SAVCININ TAKDİR YETKİSİNİ KULLANDIĞI KARARLARA KARŞI İTİRAZ YOLU

CMK'nın md. 173/1. fıkrasına göre; "Suçtan zarar gören, kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren 15 gün içerisinde bu kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı Ağır Ceza Mahkemesine en yakın Ağır Ceza Mahkemesine itiraz edebilir." hükmüne yer verilmiştir. CMK'nın md. 173/5. fıkrasına göre ise de "Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmaması hususunda takdir yetkisini kullandığı hallerde bu madde hükmü uygulanmaz." hükmüne yer verilmiştir. Cumhuriyet savcısının CMK md. 171'e göre verdiği kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararlarına karşı itiraz kanun yolu bu fıkra ile kapatılmıştır.

Kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararları savcı iki gerekçe ile verebilmektedir. Birincisinde, savcının yaptığı soruşturma neticesinde kamu davası açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmamasıdır. Savcının bu gerekçe ile vermiş olduğu kovuşturama kararına karşı CMK md. 173/1 gereğince itiraz yolu mümkündür. İkincisinde ise, savcının yaptığı soruşturma neticesinde kamu davası açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilmesi ve cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsi cezasızlık sebebinin

³⁰⁰ GÜNAY, sh.136

varlığı halinde Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini kullanarak kovuşturamama kararı verebilmesidir. Cumhuriyet savcısının bu nedenle verdiği kararlara karşı itiraz yolu kapalıdır.³⁰¹

Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini kullanarak vermiş olduğu kovuşturamaya yer olmadığı kararlarına karşı itiraz yolunu kapatan CMK md. 173/5. hükmü doktrinde eleştirilmiştir. Doktrinde Cumhuriyet savcısının vermiş olduğu her türlü kovuşturamama kararına karşı denetim mekanizması olarak bir kanun yolunun oluşturulması gerektiği belirtilmiştir. Doktrinde kanun koyucunun sadece itiraz yolunu yasakladığı, savcıların bu tür kararlarına karşı başsavcılara başvurulabileceği ileri sürülmüştür. Bu düşünceye göre savcının CMK md. 171/1'e göre vermiş olduğu kovuşturamama kararına karşı bu kararın kaldırılması ve iddianamenin düzenlenmesi talebi ile kovuşturamama kararını veren savcının bulunduğu başsavcılığa başvurularak davanın açılması için iddianame düzenlenmesi istenebilir. Çünkü savcıların iddianame ve kovuşturamama kararlarını kendi adlarına değil nezdinde çalıştıkları başsavcılıkları adına verdikleri, başsavcılarının da soruşturamaya her zaman müdahale edebilmelerinin imkan dahilinde olduğu, başsavcının savcının amiri olması sebebi ile gerektiğinde o soruşturamayı yapacak savcıyı da değiştirebilmesi yetkisi karşısında kovuşturamama kararına karşı başsavcılara başvurulabileceği ileri sürülmüştür.³⁰²

Yine doktrinde başka bir eleştiri ise; CMK md. 173/5.'de Cumhuriyet savcısının kovuşturamama yönünde vermiş olduğu kararın kesin olması ve denetim imkanının bulunmaması takdir yetkisinin denetlenmesi onu keyfilikten çıkartacağı, fakat oradan kaldırmayacağı gerekçesi ile eleştirilmiştir. Bu eleştiriye göre, bu düzenleme keyfi bir yetkiyi düzenlenmiş görülmektedir. Bu nedenle de bu hukuka aykırılığı hemen CMK md. 173/5 hükmünün metinden çıkartılması suretiyle giderilmesi gerektiği söylenmiştir.³⁰³ CMK md. 171/1'in hatalı uygulandığı iddiası olan ilgililerin bu kararın gözden geçirilmesi ve CMK'nın koşullarının bulunmaması veya özellikle şahsi cezasızlık sebebi olarak düzenlenen etkin pişmanlık ile cezada indirim sebebi olarak düzenlenen etkin pişmanlıktan hangisinin somut olayda var

³⁰¹ ALBAYRAK, **Ceza Muhakemesi Kanunu**, sh.274

³⁰² ÜNVER / HAKERİ, sh.527; ÖZTÜRK / ERDEM, sh.716 vd.; Cumhuriyet savcısına kanun tarafından tanınan takdir yetkisinin bulunduğu durumunda Cumhuriyet başsavcısının vereceği emrin takdir yetkisinin kullanılmasını ortadan kaldıracak dereceye varmaması gerektiğine ilişkin aksi görüş için bkz: MERAKLI, sh 18

³⁰³ ÜNVER / HAKERİ, sh 31vd. ve sh.526; ÜNVER / HAKERİ, Cilt 2, sh.20;

olduğu, hatalı tespit edildiği durumlarda, başsavcının bizzat veya görevlendireceği başka bir savcı veya kovuşturma kararını veren savcıya bizzat emrederek iddianame düzenlemesini isteyebileceği yolunun işletilmesi gerektiği, bunu engelleyen bir hukuk normunun da bulunmadığını belirtilmiştir.³⁰⁴

Takdir yetkisinin keyfi veya hatalı bir şekilde kullanan savcının TCK'nın görevin kötüye kullanılması suçlarını düzenleyen 257. maddesinin zarar suçu haline getirilmesi sebebiyle her zaman cezalandırılabilmesinin de ihtimal dahilinde olmadığından, bu durumun ikinci bir hukuka aykırılığa sebebiyet vereceği söylenmiştir.³⁰⁵ Yukarıda belirtilen görüşlere katılmıyoruz. Kanımca savcı hakkında işlemiş olduğu bir suçtan dolayı hem adli hem de disiplin soruşturması yürütülmektedir. Savcılar hakkında yürütülen disiplin soruşturmaları neticesinde verilen disiplin cezaları, savcılarının birinci sınıfa ayrılmalarında sorun çıkarmaktadır. Savcılar disiplin soruşturmasına uğramamak için görevinin gereklerini titizlikle yapmak zorundadır. Bu nedenle TCK'nın 257. maddesinin yasal unsurlarının oluşmayacağı gerekçe gösterilerek savcılarının keyfi davranacağı görüşü hatalıdır.

CMK md. 171/1 hükmü ve CMK md. 173/5 hükmü ile Türk hukukunda ilk kez savcıya yargısal denetime tabi olamayan bir kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verebilme yetkisi tanınmıştır. CMK'da soruşturma evresi savcı odaklıdır. Bunun nedeni ise, soruşturma esnasında adete tek hukukçu olarak savcının bulunmasıdır. Bu nedenle savcılığa güvenmek durumundayız.³⁰⁶

VI. CMK'NIN 171/1. MADDESİNİN UYGULANMASI

Daha önce de belirttiğimiz gibi CMK'nın 171/1. maddesi Cumhuriyet savcısına kamu davası açıp açmama hususunda takdir yetkisi vermiştir. Bu takdir yetkisi bazı suç tipleri ile ilgili şahsi cezasızlık ve etkin pişmanlık hallerinde kullanılabilir. Takdirilik ve maslahata uygunluk ilkesinin kanunumuzdaki yansıması olan bu madde uyarınca savcılar, dava açmaya ilişkin yeterli delil elde etmelerine rağmen takdir yetkilerine dayanarak kovuşturmaya yer olmadığı kararı

³⁰⁴ ÜNVER / HAKERİ, Cilt 2, sh.21

³⁰⁵ ÜNVER / HAKERİ, sh 527vd

³⁰⁶ ÖZTÜRK / ERDEM, sh.716

verebileceklerdir. Uygulamada Cumhuriyet savcıları vermiş oldukları takipsizlik kararlarında bu yolu az kullandıkları görülmektedir. Cumhuriyet savcılarının bu yetkilerini az kullanmalarının sebebi CMK md. 171/1'deki bu madde gereğince verilen kovuşturmaya yer olmadığı dair kararların kesin olması söylenebilir.

Sütçüler Cumhuriyet Başsavcılığınca verilen 21/09/2011 tarih, 2011/ 389 Sor. ve 2011/283 Karar sayılı kararına göre; “.... 14/09/2011 tarihinde suça sürüklenen çocuk M. S.’nin,O. S.’e ait Sütçüler ilçesi Ayvalıpınar Kasabasında bulunan evinin çatısında yangına sebep olduğu gerekçesi ile soruşturmaya başlanılmış ise de; suça sürüklenen çocuk M. S.’in alınan ifadesinde 14/09/2011 tarihinde saat 14:15 sıralarında Ayvalıpınar Kasabasında bulunan ikametlerinin balkonunda kağıt yakarak ve yanmakta olan kağıdı bahçeye attığı, yakmış olduğu kağıtların kuru otları tutuşturduğunu, daha sonra yangının eve sıçradığını, yangın kastının olmadığını, olaydan dolayı pişman olduğunu beyan ettiği, mağdur O. S.’in alınan ifadesinde olay günü olan 14/09/2011 tarihinde oğlunun kendisini arayarak evlerinde yangın çıktığını bildirdiğini, daha sonra itfaiyeyi arayarak evine gittiğini, evine gittiğinde evin çatısının tamamen yanmış durumda olduğunu, yangını kontrol altına alındığını, olaydan dolayı kimseden davacı ve şikayetçi olmadığını beyan ettiği, mağdur N. S.’in alınan ifadesinde 14/09/2011 tarihinde saat 14:00 sıralarında çalışmak için bahçeye gittiğini, daha sonra eve geldiğinde itfaiye araçlarının evinin önünde olduğunu gördüğünü, oğlu M. S.’in kağıt parçalarını yakarak evin bahçesinde bulunan tahta parçalarını tutuşturduğunu, yangının daha sonra eve sıçradığını, olaydan dolayı kimseden davacı ve şikayetçi olmadığını beyan ettiği, UYAP incelendiğinde suça sürüklenen çocuk M. S.’in 15 yaşından küçük olduğu, TCK’nın 171. maddesine göre “ taksirle a- yangına, b- bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına neden olan kişi, fiilin başkalarının hayatı, sağlığı, mal varlığı hakkında tehlikeli olması sebebiyle 3 aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” Hükmünün düzenlendiği, buna göre şüphelinin üzerine atılı taksirle yangına sebebiyet verme suçunun somut tehlike suçu olduğu, bu nedenle bu suçun oluşabilmesi için, belirsiz kişiler bakımından, hayat, sağlık ve mal bakımından tehlike doğurmuş olması gerektiği, suça sürüklenen çocuk M. S. oyun oynarken yaktığı kağıdı aşağıya bıraktığı ve yanlışlıkla evlerinin yanmasına sebebiyet verdiği, yangın nedeni ile kendi evlerine zarar verdiği ve anne ve babasının olay nedeni ile

suça sürüklenen çocuk M. S.’den davacı ve şikayetçi olmadıkları, suça sürüklenen çocuk M.S.’nin üzerine atılı taksirle yangına sebebiyet verme suçunun taksirle işlenebilen bir suç olduğu ve yine TCK’nın 22/6 maddesine göre “Taksirle hareket sonucu neden olunan neticenin münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak şekilde mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez hükmünün düzenlendiği, tüm bu hususlar değerlendirildiğinde genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması suçundan suça sürüklenen çocuk M. S. hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiştir...” dair CMK’nın 171/1 maddesi doğrultusunda karar verilmiştir. Uygulamada savcılar taksirli suçlarda özellikle şikayetin bulunmadığı durumlarda takdir yetkilerini kullanarak TCK 22/6 maddesi gereğince şahsi cezasızlık nedeniyle kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlar vermektedirler.

Eğirdir Cumhuriyet Başsavcılığı’nın 25/11/2010 tarih, 2010/1130 Soruşturma, 2010/754 sayılı kovuşturmaya yer olmadığına dair kararında; “.....müşteki ile şüphelinin evli oldukları, müştekinin kollukta alınan ifade beyanında, şüpheli ile bir süredir ayrı yaşadıklarını, müşterek evlerini kullanmadıklarını, 26/09/2010 günü müşterek evlerine gittiğinde bazı eşyaların şüpheli tarafından götürüldüğünü anlayıp şikayetçi olduğu, şüphelinin ise savunmasında eve girdiğini ve kişisel eşyalarını aldığını beyan ettiği, şüphelinin kendisine ait kişisel eşyalarını götürmesinin hırsızlık suçunu oluşturmayacağı gibi kaldı ki TCK’nın 167/1-b maddesi gereğince eşler arasındaki hırsızlık eyleminin cezalandırılmayacağı anlaşıldığından olay ile ilgili olarak kamu adına kovuşturma yapılmasına yer olmadığına dair” CMK md. 171/1 doğrultusunda karar verilmiştir.

Eğirdir Cumhuriyet Başsavcılığı’nın 03/05/2011 tarih ve 2011/664 Soruşturma, 2011/350 sayılı kovuşturmaya yer olmadığına dair kararında; “.....müştekiler F.E.’nin alınan beyanında gelinleri olan şüphelinin olay tarihinde sokaktan evlerine doğru taş attığını ve sizin hepinizi öldüreceğim, kapıdan dışarıya çıkmayın diyerek tehdit ettiğini beyan ettiği, İ.E.’nin alınan ifadesinde gelinleri olan şüphelinin bahçe duvarını söktüğünü ben yıkacağım sizi buradan süreceğim, sizi dışarıya çıkartmayacağım şeklinde tehdit ederek sokakta eline geçirdiği taşları kendisine doğru attığını beyan ettiği, şüphelinin ise suçlamaları kabul etmediğini, müştekilerin taş atma ve tehdit iddiaları açısından tehdit sözlerindeki çelişkili

beyanları da dikkate alındığında tehdit iddiaları dışında bir delil bulunmadığı, duvara zarar verme açısından ise TCK'nın 167/1. maddesi gereğince şüpheli hakkında şahsi cezasızlık sebebi bulunduğu anlaşıldığından kamu adına kovuşturma yapılmasına yer olmadığına dair.....” CMK md. 171/1 doğrultusunda karar verilmiştir. Eğirdir Cumhuriyet Başsavcılığı vermiş olduğu bu kararda, hırsızlık suçunun oluşmadığına karar verip, hırsızlık oluşsa bile şahsi cezasızlık sebebinin bulunduğunu gerekçe gösterip kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar vermiştir.

Eğirdir Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 27/04/2011 tarih, 2011/438 Soruşturma, 2011/334 Sayılı kovuşturmayaya yer olmadığına dair bir başka kararında ise; “.....Eğirdir İlçe Emniyet Müdürlüğüne başvuran müştekinin halen resmi olarak evli olduğunu, eşinin müşterek evlerinden ayrıldığını, müşterek evlerine daha sonra gelen eşinin eve anahtar ile girerek 3.400,00 TL para, DVD player, nevresim takımı, perde, yorgan, yastık, mutfak tüpü, tencere, tabak, çatal, kaşık ve halıyı almış olduğunu beyan ettiği, şüphelinin alınan beyanında kendisinin yalnızca halıyı aldığını beyan ettiği anlaşılmış ise de kapının zorlanmamış olduğu alınan eşyaların genel olarak fazla maddi değeri olmayan ev eşyaları olduğu, taraflar arasında boşanma sürecinin yaşandığı birlikte değerlendirildiğinde, müştekinin evde olmadığını söylediği diğer şeyleri de şüphelinin almış olduğu ancak TCK 167/1-a madde karşılığında şüphelinin cezalandırılmayacağı halen, müşteki ile şüphelinin karı koca oldukları, şüpheli açısından suç unsuru bulunmadığı, ancak hukuki çekişmeye mahal vereceği, müştekinin şüpheliye de iftira fiilini işlemediği kanaatine varıldığından olay ile ilgili olarak kamu adına kovuşturma yapılmasına yer olmadığına dair.....” CMK md. 171/1 doğrultusunda karar verilmiştir.

Eğirdir Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 22/06/2011 tarih, 2011/919 Soruşturma, 2011/738 sayılı kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararında; “.....şüpheli H. İle müşteki Z.'nin evli oldukları, ölen H ile müşteki F.'nin bu kişilerin çocukları olduğu, mağdur S.'nin şüpheli H.'nin torunu olduğu, olay günü 07 58 plakalı araç ile hep birlikte Isparta ilinden Eğirdir İlçesine geldikleri sırada Tıgılı Petrol istasyonu yakınlarında şüphelinin aracı yolun sağ tarafına şerit dışına doğru dikkatsizce sevk ettiği, aracın yol kenarındaki mucura kapılarak kontrolden çıkıp takla attığı, meydana gelen kazada ön koltukta oturan H.K.'nin öldüğü, arka koltukta oturan şüphelinin eşi Z., kızı F. ve torunu S.'nin yaralanma geçirdikleri anlaşılmakla; şüpheli dikkatsizliği

ve tedbirsiz davranışı sonucu oğlunun ölümü ve diğer yakınlarının yaralanmasına sebebiyet vererek taksirle öldürme ve yaralama suçunu işlemiş ise de; meydana gelen fiilin TCK'nın 22/6. maddesi anlamında şüphelinin kişisel ve ailevi durumu bakımından artık bir ceza verilmesini gerektirmeyecek şekilde mağduriyete yol açtığı anlaşılmakla olay ile ilgili olarak kamu adına kovuşturma yapılmasına yer olmadığına dair.....” CMK md. 171/1 doğrultusunda karar verilmiştir.

Bazı durumlarda ise Cumhuriyet savcısının CMK'nın 171/1. maddesi gereğince kamu davası açıp açmamak hususundaki takdir yetkisini iddianame düzenleme yönünde kullandığı görülmektedir. Buna Sütçüler Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 17/08/2011 tarih ve 2011/229 Soruşturma, 2011/75 Esas, 2011/29 sayılı iddianamesini örnek olarak verebiliriz. Söz konusu iddianamede “..... 08/06/2011 günü Sütçüler İlçesi, Kesme Kasabasında şüpheli E.K. dağdan topladığı yabani mantarları eve getirerek E.K., Y.K., M.K ile birlikte yedikleri, ölen M.K.'nın yemiş olduğu mantarlardan zehirlenerek SDÜ Tıp Fakültesine kaldırıldığı, daha sonra sevk edildiği Antalya Memoriyal Hastanesi'nde ölen M.K.'nın Antalya Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yapılan ölü muayenesinde mantar zehirlenmesine bağlı genel organ yetmezliği sonucu öldüğünün tespit edildiği, Şüpheli E.K.'nın dağdan topladığı yabani mantarları tedbirsizliği ve dikkatsizliği sonucu eve getirerek oğlu M.K.'nın yemesini sağlayarak ölmesine neden olduğu, böylece üzerine atılı taksirle bir kişinin ölümüne neden olma suçunu işlediği yukarıdaki tüm delillerinden anlaşıldığından delillerin takdiri mahkemenize ait olmak üzere şüphelinin mahkemenizde yargılamasının yapılarak üzerine atılı suçun sübutu halinde Şüpheli E.K.'nın üzerine atılı bir kişinin taksirle ölümüne neden olma suçundan TCK'nın 85/1, 22/6 ve 50. maddeleri gereğince cezalandırılması.....” istemi ile kamu davası açılmıştır. Açılan bu davada Sütçüler Asliye Ceza Mahkemesi'nin 21/09/2011 tarih, 2011/40 Esas, 2011/38 sayılı Kararında; “.....sanık E.K.'nın M.K. hakkında her ne kadar taksirle öldürme suçundan kamu davası açılmış ise de; TCK'nın 85/1, 22/6 ve CMK'nın 223/4-b maddeleri gereğince şahsi cezasızlık nedeninin bulunması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığına.....” hüküm kılmıştır. Kanımızca toplumda infial yaratmamak ve adalete olan güveni zedelememek gayesi ile savcılar ölümlü olaylar gibi mühim olaylarda takdir yetkilerini dava açmak yönünde kullanmaktadırlar.

Yine Sütçüler Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 15/04/2011 tarih, 2010/424 Soruşturma, 2011/37 Esas, 2011/9 sayılı bir başka iddianamesinde; “..... 10/11/2010 tarihinde Sütçüler İlçesi Çandır Köyünde mağdur Y.Ö ve ölen kızı İ.Ö.'nün aynı köyde oturan kayın pederi A.Ö.'nün evine gittikleri, mağdur Y.Ö.'nün kızı ölen İ.Ö.'yü dedesi A.Ö. ve babaannesi E.Ö.'ye bakması için bırakarak seraya çalışmaya gittiği, şüpheli E.Ö ölen İ.Ö.'yü de yanına alarak evin alt katında bulunan ahırın önüne indiği, ölen İ.Ö. ahırın önünde oynamaya başladığı, şüpheli E.Ö. ise ahırda dolaşmaya başladığı, bir süre sonra ahıra şüpheli A.Ö.'nün gelerek ölen İ.Ö.'nün nerede olduğunu sorduğu, şüpheli E.Ö.'nün ölen İ.Ö.'nün ahırın kapısının önünde oynadığını söylediği, şüpheli A.Ö, ölen İ.Ö.'yü aramaya başladıkları, daha sonra şüpheli A.Ö. ölen İ.Ö.'yü kendisine ait seranın yanında bulunan ve sulama işlerinde kullandığı iki metre genişliğinde bir buçuk metre derinliğindeki havuzun içinde boğulmuş vaziyette bulunduğu, daha sonra ölen İ.Ö.'yü çıkarttıkları, ölen İ.Ö.'nün aldırılan otopsi raporuna göre suda boğulmaya bağlı asfiksi sonucu öldüğü yapılan olay yeri incelemesinde şüpheli A.Ö.'nün kendisine ait bahçe sulamada kullandığı havuzun çevresinden insanların ve hayvanların havuza kontrolsüz girişini önleyecek çift, tel, örgü vb fiziki engel koymamak suretiyle üzerine düşen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davrandığının belirlendiği, yine söz konusu havuzun avlu tarafına bakan kısmı toprak seviyesinde olması sebebiyle küçük bir kızın rahatlıkla havuzun duvarına çıkabileceği ve içine düşebileceği halde şüpheli A.Ö. tarafından herhangi bir güvenlik tedbirinin alınmaması sebebiyle ölen İ.Ö.'nün havuza düşerek ölmesine neden olduğu, şüpheli E.Ö.'nün ise kendisine bakım için bırakılan İ.Ö.'yü tek başına havuzun bulunduğu avluya bırakarak gerekli bakım, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmak suretiyle İ.Ö.'nün ölümüne neden olduğu, şüpheliler A.Ö. ve E.Ö.'nün üzerlerine atılı taksirle ölüme neden olma suçundan TCK'nın 85/1 ve 22/1, 2, 5, 6 ve 50. maddeleri gereğince ayrı ayrı cezalandırılmalarına” Karar verilmesi amacıyla kamu davası açılmıştır. Açılan bu davada Sütçüler Asliye Ceza Mahkemesi'nin 01/06/2011 tarih, 2011/17 Esas ve 2011/19 sayılı Kararı ile “.... Sanıklar A.Ö. ve E.Ö. hakkında her ne kadar taksirle öldürme suçundan kamu davası açılmış ise de; TCK'nın 85/1, 22/6 ve CMK'nın 223/4-b maddeleri gereğince şahsi cezasızlık nedeninin bulunması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığına dair “ hüküm kılınmıştır. Kanımızca uygulamada taksirle

ölüme neden olma gibi suçlarda ve terör suçlarında (önemli suçlarda) Cumhuriyet savcıları takdir yetkilerini kullanmaktan mümkün olduğu kadar kaçınılmaktadırlar. Kanımızca, bu tutum vatandaşın adalete güveni açısından yerinde bir uygulamadır. Çünkü şahsi cezasızlık sebebi veya cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık halinin bulunup bulunmadığının yapılan yargılama esnasında ayrıntılı olarak değerlendirilmesi daha yerinde olur. Bu da vatandaşın adalete olan inancının sarsılmamasını da sağlar.

Uygulamada bazen yanlışlıkla CMK md. 171/1 gereğince Cumhuriyet savcısının takdir yetkisinin bulunmadığı durumlarda bu maddeye dayanılarak takipsizlik kararı verildiği de görülmektedir. Buna örnek olarak; Tatvan Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 2/12/2011 tarih, 2011/3030 Soruşturma, 2011/1260 sayılı kovuşturmayla yer olmadığına dair kararında; “.....mağdur İ.Ö. 17/12/2011 tarihli beyanında olay günü saat 15:00 sıralarında Saray Mahallesinde oturan dedesinin evinden çıkarak kendi ikametgahına doğru gittiğini, Adaba Alışveriş Merkezine yakın oto yıkamanın yanında bulunan inşaata geldiğinde kendisi tanımadığı fakat ismini R olarak bildiği şahıs ile yanında yine kendisini tanımadığı bir şahsın önünü kestiğini, kendisinden para istediklerini, kendisinin parasının olmadığını söylediğini, bunun üzerine suça sürüklenen çocuk R.N.'nin inşaata gidip çıkarak kendisine para gösterdiğini ve bu parayı niçin sakladığını sorduğunu, kendisinin de para saklamadığını söylediğini, bunun üzerine suça sürüklenen çocukların üzerlerindeki montu ve kol saatini zorla aldıklarını ve olay yerinden ayrıldıklarını, bu durumu evde annesine anlattığını, bunun üzerine R.N.'nin evine giderek zorla alıkonulan montu ve kol saatini aldıklarını beyan ettiği, mağdurun babası İ.Ö.'nün de aynı ifadeye bulunduğu fakat davacı ve şikayetçi olmadığı, Cumhuriyet Başsavcılığımızca suça sürüklenen çocukları hakkında açılan soruşturma kapsamında haklarında faik ve mümeyyizlik raporunun alındığı, Bitlik Adli Tıp şube Müdürlüğü'nün tanzim ettiği 19/12/2011 tarihli raporda suça sürüklenen çocukların işlediği suçun hukuki anlam ve sonuçlarını algıladığı ancak bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneklerinin yeterince gelişmemiş olduğunun tespit edildiği, suça sürüklenen çocukların yaş gruplarının TCK 31/2 kapsamında 12-15 yaş grubu olduğu, 12-15 yaş gurubunda olduğu ve bu yaş grubunda bulunan failerin davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmediği durumda Cezai Sorumluluklarının bulunmadığı, bu

nedenle her ne kadar suça sürüklenen çocuk hakkında atılı suçtan Cumhuriyet Başsavcılığımızca soruşturma işlemlerine başlanılmış ise de; TCK 31/2. maddesi delaletiyle CMK'nın 171/1. maddesi uyarınca kovuşturmaya yer olmadığına dair ...” karar verilmiştir. Tatvan Cumhuriyet Başsavcılığının soruşturduğu olayda ikinci grup yaş küçüklüğü vardır. 12-15 yaş grubuna giren çocuğun işlediği fiille ilgili olarak kusur yeteneğinin var olup olmadığına bizzat hakim karar vermesi gerekir. Çocuk mahkemesi çocuğun kusur yeteneği bulunmadığı durumda yani işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını anlayamadığı veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olduğu kanaatine varırsa, çocuk hakkında cezaya hükmolunmaz. Bu durumda CMK md 223/3-a gereğince ceza verilmesine yer olmadığına kararı verebilir. Ancak mahkeme bu çocuklar hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirine hükmolunur. Çocuklar hakkında mahkemece güvenlik tedbirine hükmedip hükmetmeme noktasında mahkeme takdir yetkisine sahip değildir. Burada birinci dönem çocuklardan farklı olarak 12-15 yaş grubuna giren çocuklar hakkında mahkeme güvenlik tedbirine hükmetmek zorundadır.³⁰⁷ Olayımızda çocuklar hakkında güvenlik tedbirine hükmedilmesi için mahkemeye dava açılması gerekirken sehven kamu adına kavuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiştir.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 23/03/2010 tarih, 2009/13382 Esas, 2010/6426 sayılı Kararında; “..... Y.F. mahallesi S. Sokakta uyuşturucu madde ticareti yönündeki çok sayılı ihbar üzerine bu sokakta bulunan evlere ilişkin alınan arama kararına dayanılarak sanık A.'nın evinde yapılan aramada 71 adet poşet içerisinde net 39.8 gr esrar maddesi ile iki adet ekstazi hap ele geçirilmesinden sonra sanık A.'nın evinde bulunan uyuşturucu maddelerin kardeşi diğer sanık R.'ye ait olduğunu söyleyip, kalmış olduğu evi de göstererek bu sanığın yakalanmasına ve suçun ortaya çıkmasını sağladığı; evinde ve üzerinde herhangi bir uyuşturucu madde ele geçirilemeyen sanık R.'nin sanık A.'nın evinde bulunan uyuşturucu maddelerin kendisine ait olduğunu söyleyerek hakkında sanık A.'nın soyut beyanı dışında delil bulunmadığı bir aşamada ikrarı ile kendi suçunun ortaya çıkmasına hizmet ettiği anlaşıldığından her iki sanık hakkında Türk Ceza Kanunu'nun 192/3. maddesi uyarınca etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi....”

³⁰⁷ KOCA / ÜZÜLMEZ sh. 277 vd.

Gerekçesi ile hükmün bozulmasına karar verilmiştir. ³⁰⁸ Yargıtay’a göre sanık ikrarı ile kendi suçunun ortaya çıkmasına hizmet ettiği takdirde TCK md. 192/3’te belirtilen etkin pişmanlık halinden yararlanması gerekir.

Yargıtay 9. Ceza Dairesi’nin 15/05/2007 tarih, 2006/8401 Esas, 2007/4178 sayılı Kararında; “.....TCK’nın 22/6. maddesinin 1. cümlesinin uygulanabilmesi için fiilden dolayı münhasıran sanığın kişisel ve ailevi durumu itibarıyla zararlı bir neticenin meydana gelmesinin öngörüldüğü, olayda ise sanığın eşi ile birlikte ayrıca arkadaşının da öldüğü, bu itibarla da anılan maddenin öngörülen koşullarının oluşmaması nedeniyle uygulanamayacağı, sanığın hukuki durumunun buna göre takdir ve tayininin gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi” bozmayı gerektirmiştir. ³⁰⁹

Yargıtay 9. Ceza Dairesi’nin 24/10/2007 tarih, 2007/2904 Esas, 2007/7418 sayılı Kararında; “.... Taksirli hareket sonucu meydana gelen olayda babasının ölmesi, annesinin yaralanmış olması nedeniyle sanığın kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak şekilde mağdur olduğu, bu nedenle de TCK’nın 22/6. maddesinin uygulanması gerektiği gözetilmeden yasal ve yerinde olmayan gerekçelerle söz konusu maddenin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi....” Bozmayı gerektirmiştir. ³¹⁰

Yargıtay 9. Ceza Dairesi’nin 30/05/2007 tarih, 2007/5257 Esas, 2007/4741 Sayılı Kararında; “.....dosya kapsamına göre sanığın kayın validesi olan müştekiye ait evin kapısına zarar verdiğiinden bahisle mahkumiyetine karar verilmiş ise de; TCK’nın 167/1-b maddesine göre atılı suçun üstsoy, altsoy veya bu derecede kayın hısımlardan birinin zararına olarak işlenmesi halinde ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunamayacağı şeklindeki düzenleme karşısında, sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi yerine yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmediğinden bahisle CMUK’nın 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu Yüksek Adalet Bakanlığı’nın 19/04/2007 gün ve 581 sayılı Kanun Yazarına Bozma Talebine atfen Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’nın 02/05/2007 gün ve 2005/85415 sayılı Tebliğnamesi ile daireye ihbar ve dava evrakı tevdi

³⁰⁸ Kazancı, Açıklamalı Kanun ve İçtihad Programı,

³⁰⁹ Kazancı, Açıklamalı Kanun ve İçtihad Programı,

³¹⁰ Kazancı, Açıklamalı Kanun ve İçtihad Programı,

kılınmakla dosya incelenerek gereği düşünöldü; kanun yararına bozma talebine atfen düzenlenen tebliğnamedeki bozma isteğı incelenen dosya kapsamına nazaran yerinde göröldüğünden, Burhaniye Asliye Ceza mahkemesi'nin 02/11/2006 tarih ve 2006/69 Esas, 2006/388 sayılı Kararının CMUK'nın 309. maddesi uyarınca istem gibi bozulmasına, bozma doğrultusunda işlem yapılarak suçun kayınavlideye karşı işlenmiş olması nedeniyle TCK'nın 167/1-b maddesi gereğince sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığına" hüküm kılmıştır.³¹¹

Yukarıdaki kararlardan anlaşılacağı üzere Cumhuriyet savcılarını CMK 171/1 de düzenlenen takdir yetkilerini uygulamada genel olarak kullandıkları görölmektedir. İstisnai olarak ölümlü olaylarda ve terör suçlarında bu yetkilerini kamu davası açma yönünde kullanmaktadırlar.

³¹¹ Kazancı, Açıklamalı Kanun ve İçtihad Programı,

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SAVCININ KAMU DAVASI AÇMADA TAKDİR YETKİSİ KAPSAMINDA KAMU DAVASINI AÇMAYI ERTELEME YETKİSİ

I. CEZA VE CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA ERTELEME VE TARİHSEL GELİŞİMİ

Bu başlık altında, genel olarak erteleme kurumunun tarihi gelişimi ve farklı erteleme türlerinden kısa bir şekilde bahsedilecektir.

Ertelme Arapça ‘tecil’ kelimesinin karşılığıdır.³¹² İlk kez suç işleyenlerin, işledikleri suçun kanunda yazılı ön görülen şartları gerçekleştiğinde cezanın yerine getirilmesinin ertelenmesine (tecil) denir. Cezanın ertelenmesi failin işlemiş olduğu suç nedeniyle mahkum olduğu hapis cezasını belli koşullar altında infaz kurumu dışında infazına olanak sağlayan kurumdur. Bir başka ifade ile erteleme, suç işleyen fail hakkında suçun niteliğine göre belirlenen süre içerisinde göstereceği iyi hale bağlı olarak kamu davasının açılmasını, duruşmanın yapılmasını, suçluluğun tespitini, ya da mahkumiyet hükmünün verilmesi durumunda ise infazının yapılmamasını sağlayarak mahkumiyetin meydana gelmemiş sayılmasını doğuran hukuki bir müessesedir.³¹³

Ertelme açısından ortak olan unsur, failin kısmen veya tamamen işlediği suçun hukuki neticelerinden kurtarma ve belirli bir süre içinde fail için öngörülen koşulları yerine getirdiği takdirde ve yeni bir suç işlememesi halinde cezanın infaz edilmeyeceği konusunda ona güvence vermesidir. Hükümlü eğer belirli bir zaman içerisinde iyi hal gösterirse yani bir daha suç işlemmezse cezanın infazından tamamen ve kesin olarak kurtulabilmektedir. Bu anlamda failin cezadan kurtulması kamu davasının açılması, son soruşturma, karar ve nihayet infaz aşamasında gerçekleşebilmektedir. Diğer taraftan koşullu mahkumiyet, kendisine sağlanan

³¹² DENİZHAN, Hüseyin, *Ertelme Üzerine Bir İnceleme*, sh.214

³¹³ ERTEM, sh.169 ; TURHAN, Faruk, *Yeni Türk Ceza Kanununa Göre Cezaların Ertelenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar*, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Atatürk’ün 125. Doğum Yılına Armağan, Aralık 2006, c.10. sh.27

olanağa rağmen, failin yaptırımın ciddiyetini hissetmesi amacını güden bazı yükümlülüklerle bağlantılı olarak gündeme gelmektedir. Erteleme hukuki bir müessesedir. Bizim ana konumuz ise erteleme çeşitlerinden kamu davasının açılmasının ertelenmesi oluşmaktadır.³¹⁴

Cezanın ertelenmesi, kanunda belirtilen şartların varlığı halinde hükmedilmiş olan cezanın infazını belirli bir süre geri bırakılması olanağını hakime vermektedir. Görüldüğü gibi erteleme yetkisi yasa koyucu veya yönetsel organlarda değil hakime aittir. Bu bakımdan ertelemeye, bu tür bir affın söz konusu olduğu görüşü yerinde değildir. Alman öğretisinde genel görüş ertelemenin kendisine özgü bir yaptırımı olmayıp cezanın bir infaz biçimi olduğu doğrultusundadır. Buna karşılık Türk Hukukunda ertelemenin hukuki niteliği konusunda değişik görüşler ileri sürülmüştür. Dönmezer- Erman'a göre erteleme, bir taraftan cezanın infazının geri bırakılmasını gerektiren bir sebep, diğer taraftan da koşullu bir af niteliğinde olan ve cezalar sistemini tamamlayan, cezanın bireyselleşmesini hedefleyen, deneme süresi olaysız geçtiği takdirde devletin ceza vermek ve bu cezayı infaz etme hakkından vazgeçtiğini gösteren bir kurumdur. Töngür'e göre cezaların ertelenmesi, özgürlüğü bağlayıcı cezaların ve duruma göre para cezalarının özel bir infaz biçimi olarak nitelendirilmelidir.³¹⁵

Erteleme, cezanın doğrudan doğruya sanığın kişiliğine uydurulmasını sağlayan yargısal bir kişiselleştirme kurumudur. Ertelemenin amacı; ödetme ve genel önlemeye yönelik gereksinimler yasa koyucu tarafından ağır suçlar bakımından ertelemeye imkan tanınması suretiyle göz önünde bulundurulmuştur. Sosyal devlet ilkesinin bir sonucu olarak, bugün artık ödetici ceza anlayışından hükümlüyü topluma yedine kazandırma anlayışına dönmüş olduğundan erteleme yeniden topluma kazandırma, düşüncesinin ağırlık taşıdığı açıktır. Erteleme de amaç cezanın çektirilmesini hakimnin keyfi takdirine bırakmak değil, objektif ölçülere göre ceza süresi ve kişisel durumları elverişli olan sanıklar hakkında belirlenen cezanın

³¹⁴ TÖNGÜR, sh.30; ERDEM, Mustafa Ruhan, **Ceza Hukukunda Cezanın Ertelenmesine İlişkin Düzenlemelere Anayasal Bakış**, Anayasa Mahkemesinin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Anayasa Yargısı Dergisi, Ankara 2001, sh.18; ÖNDER, Ayhan, **Ceza Hukukunda Tecil ve Benzer Müesseseler**, (Mukayeseli Hukukta ve Hukukumuzda), İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1963, sh.5; GEDİK, Doğan, **Bir Uygulamacının Ceza Hukuku Makaleleri**, sh.111. vd.; YILMAZ, Mehmet, **Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi**, Çisenti, Rize Adliyesi Dergisi, Yaz 2008, sh.78 vd.

³¹⁵ ERDEM, **Ceza Hukukunda Cezanın Ertelenmesi**, sh.20; TÖNGÜR, sh.31 vd

çektirilmesinde kamu yararı görülmesidir. Cezanın ertelenmesi, cezanın bireyselleştirilmesi içinde uygun bir yöntemdir ayrıca kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların sakıncalarını önler. Sonuç olarak erteleme müessesesi yargılamanın farklı aşamasında, cezalar sistemini tamamlayan kendine özgü bir kurum ve aynı zamanda cezanın bireyselleştirilmesi ve onarıcı adalet çerçevesinde mağdurun zararının giderilmesinde en etkili olan çok önemli bir araçtır.³¹⁶ Cezaların ertelenmesindeki temel amaç, hükümlünün tekrar sosyalleşmesine yardımcı olmak ve kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların infaz kurumunda infazında ortaya çıkacak olumsuzlukları gidermektir. Cezaların ertelenmesi hürriyeti bağlayıcı cezaların bir tür infaz şeklidir. Erteleme kurumu geçirdiği evrim süreci sonunda, artık birkaç amaca birden hizmet eder hale gelmiştir.³¹⁷

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Yüksek Genel Kurulunun 07/06/1976 gün ve 7/3 sayılı kararı ile Ceza Genel Kurulunun uyum gösteren kararlarında erteleme, cezanın sanığın kişiliğine uydurulmasını sağlayan yargısal bir kişileştirme kurumu olarak tanımlanmaktadır.³¹⁸ Ertelemedeki amaç objektif ölçülere göre cezanın niteliği ve süresine göre failin kişisel durumunun uygun olması halinde belirlenen cezasın çektirilmesinde kamu yararının görülmemesidir.

Ertelemenin, cezanın infazından vazgeçilmesi neticesini doğurması sebebiyle af olduğu ileri sürülmüştür.³¹⁹ Alman öğretisinde egemen görüş ertelemenin kendine özgü bir yaptırım olmayıp cezanın bir infaz biçimi olduğu yönündedir. Eski Ceza Kanunu döneminde ertelemenin koşullu af olduğu yaygın bir kanaat olmuştur. TCK ile erteleme, koşullu af niteliğinden çıkartılarak cezanın özel bir infazı haline getirilmiştir.³²⁰ Erteleme, cezanın suçlunun kişiliğine uydurulmasının bireyselleştirmenin en önemli yollarından birisidir.³²¹

Erteleme ile af birbirinden farklıdır. Erteleme kurumu kendi bünyesinden kaynaklanan deneme süresini zorunlu olmasına karşın afta belirli bir süre içerisinde

³¹⁶ TÖNGÜR, sh.31 vd.; ERDEM, **Ceza Hukukunda Cezanın Ertelenmesi**, sh.21 vd.; ÖZGENÇ, **Bir Ceza İnfaz Rejimi Olarak Erteleme**, Cilt 18, Y.2001, sh.6 vd.

³¹⁷ DENİZHAN, sh.214; ÖNDER, Ayhan, **Ceza Hukukunda Tecil ve Benzer Müesseseler**, sh.6 vd.

³¹⁸ Yargıtay Kararlar Dergisi, Ağustos 1976, sh. 1797 vd.; Yargıtay Kararlar Dergisi, Ocak 1980, sh.114 vd.; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 31/01/1994 tarih ve 5-306/10 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 12/11/1979 tarih ve 8-441/484 sayılı kararı

³¹⁹ ÖNDER, sh.66

³²⁰ TURHAN, **Yeni Türk Ceza Kanununa Göre Cezaların Ertelenmesi**, sh.28; ÖNDER, sh.6 vd.

³²¹ ÖZGENÇ, sh. 644

tekrar suç işlememesi gibi bozucu bir koşula bağlandığı haller dışında deneme süresi söz konusu değildir. Af, anayasanın belirttiği yasama yürütme organları tarafından kullanılan bir yetki olduğu halde, erteleme yargılama makamları olan hakim ve savcı tarafından kullanılır.³²² Erteleme, uygulama biçimi açısından yargılamanın farklı aşamalarında en geç mahkumiyet kararı ile birlikte aynı yargılama süreci içerisinde verilen bir karardır. Buna karşı af mahkumiyetten önce veya sonra verilebilen bir karardır.³²³ Tüm erteleme türlerinde failin tekrar suç işlemeyeceği yönünde olumlu bir beklentinin bulunması bu kurumun uygulanabilmesi için böyle bir koşul aranırken, TBMM tarafından kullanılacak olan genel özel af yetkisinin hangi koşullarda kullanılacağı önceden Anayasa veya kanun tarafından tespit edilmemiştir.³²⁴ Erteleme ve af arasında önemli sayılabilecek diğer bir fark da af yetkisini kullanacak organın hangi yetkiyle bunu kullandığını gerekçe göstermesi ertelemeye zorunlu iken, afta böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır.

Koşullu salıverme failin mahkum edildiği hapis cezasını kanunda belirtilen kısmını iyi hal ile geçirmesi halinde mahkumiyet süresi tamamıyla bitmeden yetkili makam tarafından alınacak bir kararla salıverilmesine koşullu salıverme denir.³²⁵ Erteleme ile koşullu salıverme kavramları da birbirinden farklıdır. Erteleme, yalnızca kısa süreli hapis cezalarına uygulanabilir. Fakat koşullu salıverme kural tüm hapis cezaları bakımından uygulanabilecektir. Erteleme süresinin iyi halli olarak geçirilmesi halinde, kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması durumlarında davanın düşürülmesine karar verir yani fail hakkında hukuki bir sonuç doğurmazken cezanın ertelenmesi ve koşullu salıverme de iyi hali ile geçiren deneme süresi sonunda ceza infaz edilmiş sayılacaktır.³²⁶

Erteleme kurumunun ilk izlerine ortaçağda rastlanmaktadır. Ortaçağda günümüzdeki anlamı ve uygulaması yönüyle olması da benzer uygulamaların

³²² TÖNGÜR, sh.44 vd

³²³ TÖNGÜR, sh.46

³²⁴ TÖNGÜR, sh.46 vd

³²⁵ TÖNGÜR, sh.49

³²⁶ TÖNGÜR, sh.49

gerçekleştiği bilinmektedir. Ortaçağda, suçlunun gelecekteki iyi hal sahibi olacağına ilişkin gösterdiği kefil üzerine cezasının infazının engellendiği belirtilmiştir.³²⁷

16. yüzyılın sonlarından itibaren batı Avrupa’da hükümlülerin uslandırılmaları ve topluma kazandırılmaları önemle üzerinde durulan bir konu olmuştur. 19. yüzyılın ikinci yarısından bu yana, ceza kavramlarında ve güvenlik tedbirlerinde gelişmeler meydana geldiği görülmüştür.

19. yüzyılda özgürlüğü bağlayıcı cezaların ceza hukukun temel yaptırımı olarak kabul edilmesi, bir taraftan da bu cezaların infazı açısından özel sorunlar ortaya çıkartmıştır. Bu yüzyılda özellikle orta ve basit suçluluk alanlarında yaptırım alternatiflerinin ne olması gerektiği hususunda yeni arayışlara neden olmuştur. Özgürlüğü bağlayıcı cezaların infazının hükümlünün yeniden topluma kazandırıcı gücüne olan güveni bilimin verileri ile çatıştığı çok kısa süre içinde anlaşılmış ve özgürlüğü bağlayıcı cezalar, yeniden topluma kazandırmaktan çok toplumdan uzaklaştırmaya yönelik bir etki meydana getirdiği görülmüştür. Erteleme kurumunun kabul edilmesinin altında bu belirtilen sebepler yatmaktadır. Bir taraftan ilk defa suç işleyen kişiyi özgürlüğü bağlayıcı cezanın infazını demoralize edici etkisinden kurtarma, diğer taraftan hükümlünün iyi halli olması koşuluna bağlı olarak cezadan kurtarılmasının hükümlüyü kanuna uygun hareket etmeye teşvik edeceği düşüncesi ile erteleme kurumları benimsenmiştir. Cezanın ertelenmesinin dayanağı önleme ve adalet düşüncesinde yatar. Ertelemde özel önleme failin bir daha suç işlemeyeceği ve bu sayede topluma kazandırma düşüncesi ön plandadır. Erteleme değişik bir biçimde 1830 yılında ABD’de ve 19. yüzyılın ikinci yarısında da Avrupa’da uygulanmaya başlanmıştır. Erteleme iki farklı model olarak ortaya çıkmıştır. Bir taraftan Anglo Sakson Hukukunda geçerli olan probasyon, diğer taraftan Fransa-Belçika Hukukunda ortaya çıkan sursis modelidir. Bu her iki model birbirinden farklıdır. Bu farkları şöyle özetleyebiliriz; özellikle deneme amacıyla hükümlü açısından getirilen yükümlülüklerin ihlal edilmesi ve özellikle de suç işlemesi bakımından kendisini göstermektedir. Sursis modelinde ertelenen cezanın yeniden infaz edilmesi gündeme gelir. Fakat probasyon yönteminde ise hakime yeni yaptırımlar belirleme konusunda geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Anglo Sakson

³²⁷ TÖNGÜR, sh.23; ÖNDER, sh.19 vd.

sisteminde deneme süresi içerisinde hükümlü kendi başına bırakılmamakta ve gözetim denetim altında bulundurulmaktadır. Sursis modelinde ise başlangıçta gözetimsizlik uygulanmaktadır. Probasyonun temel özelliği deneme yardımı ile bağlantılı olarak kusurun tespit edilmesinden sonra hükmedilen cezanın ertelenmesidir.³²⁸

Macaristan serbest şehri Kassa’da, iyi hal göstermesi şartı ile, hükümlünün cezasının infaz edilmesinden vazgeçilmekle birlikte aynı hükümlünün tekrar suç işlemesi durumunda bu suçun cezasının ağırlaştırılmış hali ile uygulanması suretiyle erteleme kurumu uygulanmaktaydı. 15. yüzyılda İsviçre’de de bu kuruma rastlamak mümkündür. Bu dönemde Zürich mahkemesi failin gelecekte tekrar suç işlenmesi halinde her iki suça ilişkin yaptırım yerine cezanın birlikte uygulanacağı uyarısını yapmak şartıyla, bazı failerin ilk defa işledikleri suça ilişkin cezalarını ertelemekteydi.³²⁹

Fransız hukuku’nda admonition (uyarı-ihtar kurumu) ilk dönemlerde ertelemeye benzer bir kurum olarak uygulanmaktaydı. Bu kuruma göre hakim suçluya gelecekte daha dikkatli davranması, aksi durumunda bir daha ki sefere daha ağır bir ceza ile cezalandırılacağı hususunda ihtar edip uyarmaktaydı.³³⁰

Klasik Alman’da ödetme anlayışına dayalı 1871 İmparatorluk Ceza Kanunu’nda erteleme olarak tanınmamış olup cezanın ertelenmesine olanak sağlaması yönündeki ilk çabalar 19. Yüzyılın sonunda Almanya’da ortaya çıkmıştır. 1923 yılında Alman Gençlik Mahkemeleri Kanunu’nda yapılan değişiklik ile ilk kez erteleme kurumu getirilmiştir. Buna göre iki yıldan beş yıla kadar devam eden deneme süresi içerisinde, hükümlünün iyi hali nedeniyle yani bir daha suç işlememesi nedeniyle bu tür bir ceza affından yararlanabilmekteydi. Fakat bu bugünkü anlamda hükümlüyü denetleme ve korumaya yönelik bir erteleme kurumu değildi. Bu düzenleme Alman Gençlik Mahkemeleri Kanunu’nda 1943 yılında yapılan değişiklik ile kaldırılmıştır.³³¹

³²⁸ TÖNGÜR, sh.27; ERDEM, **Ceza Hukukunda Cezanın Ertelenmesi**, sh.18 vd.

³²⁹ TÖNGÜR, sh.24; ÖNDER, sh.19

³³⁰ TÖNGÜR, sh.24; ÖNDER, sh.19

³³¹ ERDEM, **Ceza Hukukunda Cezanın Ertelenmesi**, sh.23

1945 Yılından sonra Anglo Sakson hukuku'nda geçerli olan probasyon ile 1953 yılında cezanın ertelenmesi ve erteleme yardımı kurumu yetişkinler ceza hukukuna girmiştir.³³²

19. Yüzyılın sonlarında erteleme kurumu kanunlardaki düzenlemeye konu olmaya başlamış ve 20. yüzyılda erteleme kurumu iyice yaygınlaşmıştır. Osmanlı Devletinin Ceza Mevzuatında erteleme kurumu yoktur. Padişahlar tarafından özel ve genel nitelikte aflar çıkarılmıştır. Fakat çağdaş anlamda bir erteleme kurumu bulunmamaktadır. Erteleme kurumunun ceza hukukumuzda girişi 1926 yılında İtalyan Ceza Kanunu'nun iktibası ile gerçekleşmiştir. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu ertelemeye müstakil bir fasıl olarak 89-95. maddeleri arasında düzenlemiş, erteleme konusundaki ikinci düzenleme, 13/07/1965 tarih ve 647 Sayılı Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanunun 6. maddesi ile yapılmıştır. Türk Ceza Kanunu'nun hapis cezalarının ertelenmesi başlıklı 51. maddesi de yine ertelemeyi düzenlemiştir.³³³

II. CEZA HUKUKU VE CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA ERTELEME ÇEŞİTLERİ

Erteleme hüküm olunduğu aşamaya göre yeni bir suç işlememesi durumunda kamu davasının açılmaması, duruşmanın yapılmaması, mahkumiyet kararı verilmemesi, hüküm verilmiş ise de mahkumiyetin meydana gelmemiş sayılmasına olanak sağlamaktadır. Genel olarak erteleme kurumları kamu davasının açılmasının ertelenmesi, duruşmanın ertelenmesi, hükmün açıklanmasının ertelenmesi ve cezalarının infazının ertelenmesi olmak üzere dörde ayrılmaktadır. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi bizim tezimizin asıl konularından birisini oluşturmaktadır.³³⁴

Yargılamanın farklı aşamalarındaki erteleme türlerine hakim olan ana fikir; fail hakkında cezanın yerine getirilmesinden, öngörülecek belli süreler içerisinde

³³² ERDEM, *Ceza Hukukunda Cezanın Ertelenmesi*, sh.23

³³³ DENİZHAN, sh.215 vd.

³³⁴ DENİZHAN, sh.217 vd.; TURHAN, *Yeni Türk Ceza Kanununa Göre Cezaların Ertelenmesi*, sh.27

göstereceği iyi hal neticesinde feragat edilmesi; ceza evine konulmasına yine suçlunun göstereceği çabanın ölçüsünde engel olunmasıdır.³³⁵

Çalışmamızın ana teması kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu olduğu için diğer erteleme türlerine kısaca değinilecektir.

A. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi

Maslahata uygunluk prensibinin geçerli olduğu ülkelerde savcılık makamı soruşturma evresi sonucunda fail hakkında yeterli delil bulunması durumunda dahi kamu davasını açmaya zorunlu değildir. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi fail hakkında belirlenecek bir süre içerisinde iyi halli olması şartıyla, kamu davasının açılmasından vazgeçileceğinin faile bildirilmesi ve bu şekilde ceza kovuşturmasının ertelenmesidir.³³⁶

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunu uygulama şekli bakımından ikiye ayırmak mümkündür.³³⁷

Kamu davasının ertelenmesinin birinci şeklinde savcının yetkisi mutlaktır. Yani başka bir merciinin muvafakatine veya iznine gerek olmadan kamu davasının açılmasının ertelenmesi savcı tarafından tatbik olunur. Fransa, Finlandiya, Norveç, Belçika ve Japonya bu sistemi kabul eden ülkeler arasındadır.³³⁸

Ertelemenin ikinci şekli Hollanda'da uygulanan şeklidir. Buna göre, savcının yetkisi mutlak olmamakta, çocuklar hakkında ertelemede mahkemenin de muvafakatinin alınması gerekmektedir. Norveç ve Danimarka'da savcılığın yetkisi mutlak değil, diğer bir merciin onay ya da izni gerekmektedir. Bu ülkelerde de savcının kamu davasının açılmasının erteleme yoluna başvurabilmesi için açıkça şüphelinin bunu kabulü gerekir.³³⁹

³³⁵ TÖNGÜR, sh.29

³³⁶ TÖNGÜR, sh.33

³³⁷ TÖNGÜR, sh.33; UĞUR, sh.277 vd.

³³⁸ TÖNGÜR, sh.160

³³⁹ TÖNGÜR, sh.160 vd.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu Türkiye dışında, Finlandiya, Danimarka, Japonya, Norveç, Belçika ve Hollanda’da uygulanmaktadır.³⁴⁰

B. Hükümün Açıklanmasının Ertelenmesi

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinde hakim, fail hakkında vermeyi planladığı ceza hükmünü, belirlediği bir süre ile ertelemektedir.³⁴¹

Türk hukukuna 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun yürürlüğe girdiği 15 Temmuz 2005 tarihine kadar yalnızca cezanın ertelenmesi kurumu Türk Ceza Kanununda yer almaktaydı. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, önce 03/07/2005 tarih ve 5395 sayılı ÇKK’nın 23. maddesi ile hukuk hayatımızda yer almıştır. Bu hükümlere göre çocuklara yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonucunda belirlenen ceza üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ise, mahkeme tarafından hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebiliyordu.³⁴² Söz konusu bu müessese CMK’nın 231. maddesinin 5560 sayılı yasa ile değiştirilmesi suretiyle, tüm sanıklar için uygulanabilir duruma getirilmiştir. Değiştirilen CMK’da hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumu 231. madde kapsamında ele alınmıştır. Bu maddenin 6. fıkrasına göre; “Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

- a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmamış olması,
- b) Mahkemece sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,
- c) Suçun işlenmesi ile mağdurun veya kamunun uğradığı zararı aynen iade, suçtan önceki hale getirme ve tanzim suretiyle tamamen giderilmesi gerekir. Sanığın kabul etmesi halinde hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez. “

Hükümlerine yer verilmiştir.

³⁴⁰ ÖNDER, Ayhan, *Ceza Hukukunda Tecil ve Benzer Müesseseler*, sh.15

³⁴¹ TÖNGÜR, Ali Rıza; *Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme*, sh.34

³⁴² ARTUÇ, *Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, sh.2 vd.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına mahkeme tarafından karar verilebilmesi için somut olayda sanık hakkında 2 yıl veya daha az süreli hapis ya da adli para cezasına hükmolunması gerekir. Mahkemenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verebilmesi için adli para cezası bakımından herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Mahkeme hem hapis hem de adli para cezasına hükmolunması durumunda da hapis cezası 2 yılın altında ise hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verebilir. Mahkemenin hükmün açıklanmasını geri bırakılmasına karar verebilmesi için diğer bir koşul ise sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmamış olmasıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesine mani olan mahkumiyetin, kasıtlı suçtan dolayı hapis veya adli para cezası mahkumiyeti olması ve bunun da kesinleşmiş olması gerekir. Mahkemenin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verebilmesi için yaptığı yargılamada sanığın kişilik özellikleriyle duruşmadaki tutum ve davranışlarını göz önünde bulundurarak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varması gerekir. Mahkemenin sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verebilmesi için, suçun işlenmesi suretiyle mağdurun veya kamu uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi gerekir. İşlenen suç nedeniyle kişiler ve kamu bakımından herhangi bir zararın meydana gelmediği suçlarda, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı bakımından zarar şartını mahkeme aramayacaktır. Sanığın tanzim ve yükümlü olduğu zarar, mağdur veya suçtan zarar görenin sadece maddi zararı ile sınırlı olup manevi zarar bu bakımdan manevi zarar göz önünde bulundurulmayacaktır. Yine mahkemenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verebilmesi için sanığın bu kararı kabul etmesi lazımdır.³⁴³

CMK'nın 231/8. maddesinde “hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tabi tutulur. Bu süre içerisinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süre ile, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek ve sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,

³⁴³ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* sh 594 vd.

b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c) Belirli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belirli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edeceği başka yükümlülüğü yerine getirmesine, karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zaman aşımı durur.”

Hükmüne yer verilmiştir.

C. Cezanın Ertelenmesi

Cezanın ertelenmesi kurumu hakim fail hakkındaki hükmettiği cezayı açıklamasından sonra bu cezanın infazını denetim süresini iyi hal ile geçirilmesi koşulu ile ertelenmesidir. Burada iyi halli olarak geçirilmesinin farklı sonuçları olan sistemleri mevcuttur. Bir sisteme göre fail denetim süresini iyi halli geçirdiği takdirde hakkında verilmiş olan mahkumiyet hali esasen vaki olmamış sayılmakta iken diğer bir sisteme göre denetim süresi iyi halli geçirildiği halde hükmedilmiş olan ceza, sadece infaz edilmiş sayılmaktadır. Türk Ceza Kanunu’nda denetim süresi iyi hal ile tamamlandığı takdirde, hükmedilmiş olan ceza infaz edilmiş sayılmakta, mahkumiyet ise varlığını devam ettirmektedir.³⁴⁴

D. Duruşmanın Ertelenmesi

Hakkında kamu davası açılan özellikle küçük faillerin, aleni duruşmalara çıkarılmasının hakim tarafından sakıncalı görüldüğü hallerde duruşmanın ertelenmesine karar verilebilmektedir.³⁴⁵

³⁴⁴ TÖNGÜR, sh.34; TURHAN, **Yeni Türk Ceza Kanununa Göre Cezaların Ertelenmesi**, sh. 27 vd.

³⁴⁵ TÖNGÜR, sh.34

III. KAMU DAVASININ AÇILMASININ ERTELENMESİ KURUMU ALEYHİNDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun leh ve aleyhinde doktrinde bir takım görüşler ileri sürülmüştür. Bunları kısaca aşağıda özetleyeceğiz.

1- Kamu davası açılmasının ertelenmesi müessesinin cezada bulunması gereken kefarete esasını zedeleyeceği görüşü ileri sürülmektedir.³⁴⁶

2- Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verildikten sonra ileride kamu davasının açılmasına karar verildiği zaman duruşmada delillerin temininde güçlüklerle karşılaşılacağı, Bunun da ceza yargılamasının amacı olan maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engelleyebileceği belirtilmiştir.³⁴⁷

3- Savcının hakim gibi tarafsız bir organ olmadığı bu nedenle de savcının bu müesseseyi kullanmasında beklenen faydanın sağlanamayacağı söylenmiştir. Bu makamın kullandığı bu kurumun, tarafsız bir makam olan mahkemelerde verilecek kararlar kadar tatmin edici ve inandırıcı olmadığı belirtilmiştir.³⁴⁸

4- Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı ile suçsuz olan bir kimse hakkında kamu davası açılmamakta ve bu suretle beraat etme ihtimali ortadan kaldırılmakla, failin suçsuzluğunu ispat imkanlarından mahrum bırakıldığı gerekçesi ile bu konu eleştirilmiş ve masumiyet karinesine aykırı hareket edileceği belirtilmiştir.³⁴⁹

5- Kamu davasının açılmasının geri bırakılmasına mesleğe yeni başlayan savcılar da karar verebilmesi sebebiyle, sağlıklı bir karar olmayacağı ileri sürülmüştür.³⁵⁰

6- Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilen fail sonu belirsiz bir duruma itilerek içinde bulunduğu durumun sonuçlarını kesin olarak öğrenebilme hakkından mahrum edildiği belirtilmiştir. Bu halin ise hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

³⁴⁶ ÖNDER, sh.102 vd.; TÖNGÜR, sh.174 vd.

³⁴⁷ ÖNDER, Ayhan sh.102 vd.; TÖNGÜR, sh.174 vd.

³⁴⁸ ÖNDER, sh.102 vd.; TÖNGÜR, sh.174 vd.

³⁴⁹ ÖNDER, sh.102 vd.; TÖNGÜR, sh.174 vd.

³⁵⁰ TÖNGÜR, sh.174 vd.

7- Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu aynı fiili işleyen insanların soruşturmasını yöneten savcıların birbirinden farklı düşünceleri olasılığı kuvvetle muhtemel olduğundan farklı uygulamalara gidilerek aynı suçu işledikleri iddia olunan faillerin biri hakkında kamu davası açılırken diğer hakkında açılmayabilecektir. Bu durum ise ceza kanunlarının eşit bir biçimde uygulanması halini engelleyecektir.³⁵¹

Yukarıda belirtilen eleştirilerin yerinde olmadığına ilişkin şu fikirler ileri sürülebilir:

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının verilmesi durumunda soruşturmaya konu suça ilişkin deliller muhafaza altına alınarak delillerin kaybolması ve ileride ceza davasının açılması halinde suçun kanıtlanmasına ilişkin sorunların önüne geçileceğinden yukarıda belirtilen bu eleştiri yerinde değildir. Yine failin beraat edebilme olanağının, hakkında kamu davası açılarak elinden alındığı iddiasına karşı da kamu davasının açılmasının ertelenmesinin, failin muvafakatine bağlanarak, beraat edeceğine inanan failin yargılanmasına imkan sağlanarak bu eleştiri de bertaraf edilebilir. Failin belirsiz bir duruma itildiği eleştirisi de yerinde değildir. Çünkü failin durumu, tamamen kendi davranışlarına bağlıdır. Yani deneme süresi içerisinde göstereceği tutum ve davranışlar sonucu belirleyecektir. Mesleğe yeni başlayan savcılar tarafından kamu davasının açılmasının ertelenmesinin gereği gibi uygulanamayacağı eleştirisi de yerinde değildir. Çünkü savcılık usta-çırak diyalogu ile öğrenilen bir sanat değildir. Önemli olan savcılarının mesleki liyakatleridir.³⁵²

³⁵¹ ÖNDER, sh.102 vd

³⁵² Bkz ÖNDER, sh.102 vd

IV- KAMU DAVASININ AÇILMASININ ERTELENMESİ KURUMU LEHİNDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

Burada kurumun lehinde ileri sürülen görüşleri de kısaca aşağıdaki gibi özetlenecektir.

1- Fail kovuşturma aşamasına geçilmeyeceği için bunun neticesi olarak yargılama aşamasında aleni duruşmaya çıkmaktan ve bu şekilde lekelenmekten kurtulacak ve manevi bir onurun yıkılmasının önüne geçilecektir.

2- Fail hakkında verilen kamu davasının açılmasının ertelenmesi sayesinde bu failin ailesi bakımından da maddi ve manevi zararların önüne geçilmiş olacaktır.

3- Bu kurumun uygulanması sayesinde zararının giderilmesini sağlamak yönünden mağdurun tatmin edilmesi söz konusu olacaktır.

4- Soruşturma konusunun öneminin çok fazla olmaması ve kamu yararının az olduğu hallerde devlet, zaman, masraf ve emek sarf etmeyerek tasarruf etmiş olacaktır.

5- Bu sayede açılan kamu davası sayısı azalacağından mahkemelerin iş yükü azalacaktır. Aynı zamanda erteleme sayesinde failin iyi hali teşvik edilmiş olup suç işlemesi önlenecektir. ³⁵³ Günümüzde suç işleme oranlarının hızla artmıştır. Mahkemelerin artan bu iş yükü altından kalkamaz hale gelmiştir. Önemli davaların yargılama süreleri uzamıştır. Bunun sonucu olarak da bir çok dava zamanaşımına uğramıştır. Yargılanan failer uzun süre tutuklu kalmıştır. Bu tür sıkıntıların giderilmesi için yukarıda belirttiğimiz gibi mahkemelerin iş yükünün azaltılması gerekmektedir. Bunun da en güzel yolu sağlıklı bir şekilde kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun uygulanmasıdır.

³⁵³ TÖNGÜR, sh.177 vd.; GEDİK, **Karşılaştırmalı Hukukta ve 1999 Tarihli Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısında Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kurumu**, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_77.htm Erişim Tarihi: 04/11/2011

V. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA KAMU DAVASININ AÇILMASININ ERTELENMESİ

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun bir çok yabancı ülkede de uygulandığı görülmektedir.

Belçika’da, 1946 yılından itibaren kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu uygulanmaya başlamıştır. Belçika’da suçun 5 yıldan fazla bir cezayı gerektirmemesi, soruşturma konusu suçtan önce de failin önemli bir mahkumiyetinin bulunmaması durumunda, savcılık kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verebilirdi. 1965 Gençlerin Korunmasına ilişkin Kanun çocukların yargılanmasında, ceza yaptırımı uygulamasını gerektirecek bir suçun işlenmesi halinde gençlik mahkemesine dava açıp açmamaya karar verme yetkisi savcıya aittir.³⁵⁴ Savcı dava açıp açmamakta serbesttir.

Danimarka’da kamu davasının açılmasını koşula bağlı olarak ertelenmesi ilk olarak 01/05/1904 tarihinde kabul edilmiştir. Buna göre 14-18 yaş arasında bulunan çocuklara, suçları çalıştırma cezasından daha hafif bir cezayı gerektiriyorsa, Adalet Bakanlığı’na kamu davasının açılmasının ertelenmesi uygulanabiliyordu. Burada kamu davasının açılmasının ertelenmesi için failin suçunu itiraf etmesi gerekiyordu. 15/04/1930 tarihli Ceza Kanununun 30. maddesi ile bu kurumun uygulama alanı genişletilmiştir. Yeni şeklinde kamu davasının açılmasını erteleyebilme yetkisi savcıya verilmişti. Günümüzde kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun uygulanabilmesi için failin suça konu eylemi işlediği sırada 15-18 yaş arasında olması ve bir takım özel yükümlülöklere uygun davranmaya zorunlu tutulmalıdır. Yine bunun dışında failin belirlenecek bir para cezasını ödemesine veya müsadere kabul etmesi koşuluna bağlı tutulabilir. Bu kurum uygulanması için diğör önemli bir koşul da, savcılığın fail için belirlediği yükümlölökleri mahkemenin uygun bulması ve failin aynı zamanda suça konu eylemi işlediğini itiraf etmesidir. Onay makamı olan mahkeme, çok sınırlı durumlarda failin yararına olmak kaydıyla savcılık tarafından belirlenen yükümlölökleri değıştirebilir. Fail yüklenen yükümlölökleri 21 yaşının sonuna kadar verilen deneme süresi içerisinde yerine getirmez yada bu süre

³⁵⁴ TÖNGÖR, sh.178 vd.

içerisinde başka bir suç işlerse, Savcı fail hakkında soruşturmaya kaldığı yerden devam eder.³⁵⁵

Finlandiya'da 31/05/1940 tarihli Genç Suçlular Yasası ile kamu davasının ertelenmesi kurumu kabul edilmiştir. Finlandiya'da bu kurum şu koşullar altında uygulanmaktaydı; Failin, 15-18 yaş aralığında olması; suç oluşturan fiili düşüncesizlik ve tedbirsizlikle işlemiş olması, deneme süresinin iyi halli olarak tamamlanacağına savcılık makamının olumlu bir kanaatinin ortaya çıkması ve suça konu eylemin para cezası veya üç ayı geçmeyen hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirir olmasıdır. Savcı münhasıran kamu davasının ertelenmesi kararı vermeye yetkilidir. Burada erteleme kararı verilmesi mahkemenin veya başka bir merciin iznine veya onayına bağlı değildir.³⁵⁶

1887 tarihli Norveç Ceza Muhakemesi Usul Kanununun 85. maddesine göre; savcılara soruşturmanın her aşamasında, işlenen suçun cezalandırılmasında kamu yararının bulunmaması, faile verilecek cezanın pek hafif olması, suçlu küçüğün terbiyeye ve ıslah tedbirinin uygulanmasına gerek bulunmaması gibi durumlarda, kamu davasının açılmasını erteleme yetkisi verilmişti. Yapılan değişikliklerle; kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verildiğinde, failin iki seneden fazla olmamak kaydı ile bir deneme süresi belirlenmekte ve bu sürenin iyi halli olarak geçirilmesi neticesinde davanın açılmasından vazgeçileceği esası kabul edilmiştir. Yine aynı kanunda daha sonra yapılan değişikliklerle; gözetim, alkollü içki kullanma yasağı, belirli yerlerde ikamet etme zorunluluğu ve üç yıla kadar bir eğitim ve ıslah kurumuna konulabilmesi gibi bir takım özel yükümlülüklerin yüklenilmesi kabul edilmiştir. Savcılık makamı Norveç'te kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararını genellikle ilk defa suç işleyenler için vermektedir.³⁵⁷

Almanya Ceza Muhakemesi Kanununda, kamu davası açma mecburiyeti benimsemekle birlikte oldukça geniş istisnalara yer verilmiş ve bu istisnalardan biri de kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumudur. Kamu davasının açılmasının erteleme kurumu Saksonya'da önce küçükler hakkında uygulanmış, daha sonra da büyükler için de kabul edilmiştir. 1975 tarihinde Alman Ceza Muhakemesi

³⁵⁵ TÖNGÜR, sh.179 vd.

³⁵⁶ TÖNGÜR, sh.181 vd.

³⁵⁷ TÖNGÜR, sh.182 vd

Kanununda yapılan bir değişiklik ile kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumuna yer verilmiştir. Alman Ceza Kanununun 153/a paragrafında yer alan düzenlemeye göre; ‘‘Savcı, cünha niteliğindeki bir suçtan failin kusurunun hafif olduğu bir durumda failin ve yetkili mahkemenin onayını alarak davayı erteleyebilir.’’ Kanun, bu kurumun bir yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezaları öngören veya para cezasını gerektiren suçlarda uygulanabilmesini kabul etmiştir. Savcı, mal varlığına karşı işlenen basit suçlarda mahkemenin onayına gerek kalmadan dava açmaktan vazgeçebilir. Para cezası ve bir yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren cünha suçlarında uygulanabilecek erteleme kararında faile, zararın tanzim, belli bir miktarda paranın bir hayır kuruluşuna yatırılması, nafaka yükümlülüğü ve kamu yararına bir çabanın yerine getirilmesini yükümlülük olarak ortaya koyabilir. Bizim hukukumuzdan farklı olarak Alman Hukukunda bir denetim süresi öngörülmemiştir. Faile yüklenen yükümlülüğün yerine getirilmesine kadar dava açılmasının ertelendiğı, yükümlülük yerine getirilince de takipsizlik kararı verilmektedir. Alman Genç Mahkemeleri kanununda da kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumuna yer verilmiştir. Alman Genç Mahkemeleri Kanunu 45/1 hükmüne göre ceza muhakemesi kanunun 153. paragrafındaki şartların gerçekleşmesi ile savcının, hakim onayına gerek olmadan kovuşturmayı durdurabileceğı belirtilmektedir.³⁵⁸ Alman Genç Mahkemeleri Kanunu 45/2. maddesine göre ise, eğitsel bir tedbirin infaz edilmiş olması veya infazına başlanmış bulunması veya savcının ne 3. fıkrara göre hakim katılımlarını ne de kamu davasının açılmasının zorunluluğunu kabul etmesi halinde kovuşturmayı geri bırakabilir. Alman Genç Mahkemeleri Kanununun md. 45/3’te ise hakim katılımları ile savcının kovuşturmayı son vermesi hüküm altına alınmıştır. Kovuşturmayı son verebilmesi

³⁵⁸ ERTEM, sh.169 vd.; TÖNGÜR, sh.184 vd; Alman Hukukunda kamu davasının açılmasının ertelenmesinin (Alman CMK md.153/a) uygulandığı hallerde savcının ayrıca fail hakkında kimi yükümlülüklerle de hükmedebiliyordu, fakat Alman doktrinde savcılar karar verdiği yükümlülükler faile ahlaki bir kusur isnadında bulunmadığından ve fail hakkında değersizlik yargısı içermediğinden bahisle mahkumiyet hükmü niteliğinde görülmemekte ve bu nedenle de savcının hakime ait bir görev üstlendiğı dolayısıyla da bu hükümlerin kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı bulunduğu ileri sürülmektedir. Ayrıca Alman hukukunda kamu davasının açılmasının ertelenmesi hükümlerinin uygulanabilmesi için şüphelinin rızası arandığından bunun bir ceza olarak nitelendirilmemesi gerektiğı de belirtilmelidir. Savcıya tanınan takdir yetkisinin bu yönden de uygulanmasına yol açmıştır.; MERAKLI, sh 62 vd.

için de; sanığın suçunu itiraf etmesi savcının hakim tarafından verebilecek bir tedbiri gerekli, fakat dava açması için gereksiz kabul etmesi gerekir.³⁵⁹

Hollanda’da suç tarihinde 18 yaşını doldurmamış fail hakkında kamu davasının açılması hakkında zorunluluk yok ise savcı çocuk mahkemesinin görüşünü alarak kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verebilir. Günümüze Hollanda savcılığı soruşturma aşmadan kovuşturmaya son vermesi çeşitli şekillerde mümkün olmaktadır. Yetişkinlerle ilgili ceza muhakemesinde kovuşturmanın yapılıp yapılmamasına veya kovuşturmaya son verilip verilmemesine, kural olarak savcılığın tek başına karar verme yetkisi vardır. Gençlerin yargılanmasında ise İlçe Gençlik Mahkemelerinin yetkili olduğu kabahat suçları kovuşturmasında, mahkeme ve gençleri koruma makamının katılımları olmaksızın, tek başına kamu yararı düşüncesi ile, ayrı bir takım özel yükümlülükler yükleyerek, kovuşturmaya son verebilir. İl Gençlik Mahkemesinin yargılama yetkisine giren gençlerle ilgili ceza davalarında savcılık genç yargıcını ve gençleri koruma makamını yargılamaya dahil etmek zorundadır. Savcılık, genç yargıcının görüşünü aldıktan sonra faile herhangi bir yükümlülük vermeden soruşturmayı sonlandırabilir.³⁶⁰

VI. TÜRK CEZA MUHALEMESİ KANUNUNDA KAMU DAVASININ AÇILMASININ ERTELENMESİ

CMUK’da kovuşturma mecburiyeti ilkesi benimsenmesi sebebi ile kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumuna yer verilmemişti. CMUK 148. maddesi ile kamu davası açmakla Cumhuriyet savcısı vazifelendirilmişti.

CMUK’un yürürlüğe girdiği 1929 yılından bu yana CMUK’un uygulanmasında bir takım değişikliklerin ortaya çıkması zarureti doğurmuş, bu nedenle 1999 tarihli Ceza Muhakemeleri Kanunu tasarısı hazırlanmıştır. 1999 tarihli Ceza Muhakemeleri Kanunu tasarısı’nın 164. maddesinde;

³⁵⁹ YILMAZ, Davut, **Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi**, sh.28

³⁶⁰ TÖNGÜR, sh.185 vd

“(1) Fiil için kanunda öngörülen şahsi hürriyeti bağlayıcı cezanın üst sınırı üç aydan fazla ve iki yıla kadar (iki yıl dahil) ise şüpheli hakkında açılacak kamu davası, aşağıdaki koşulların birlikte uygulaması halinde;

- a- Şüpheli daha önce hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile mahkum olmamışsa,
- b- Yapılan araştırma kamu davasının açılmasının ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatini meydana getiriyorsa,
- c- Kamu davasının açılmasının ertelenmesi, şüpheli ve toplum açısından kamu davasının açılmasından daha yararlıysa,
- d- Şüpheli suçtan meydana gelen ve Cumhuriyet savcısının saptayacağı zararı ödemişse.

(2) Cumhuriyet savcısı tarafından deliller toplandıktan sonra kabahatlerde bir yıl cürümlerde 5 yıl süre ile ertelenebilir . Erteleme süresi içerisinde işlenen başka bir suçtan mahkumiyet halinde kamu davası açılır. Belirlenen sürede suç işlenmezse Cumhuriyet savcısı kovuşturmayaya yer olmadığına karar verir. Erteleme süresince zaman aşımı işlemez.

(3) Yukarıdaki erteleme kararının uygulanması asliye ceza hakiminin onamasına bağlıdır. Asliye ceza hakimi bu konudaki kararını beş gün içerisinde verir.”

Şeklindeki bu düzenleme ile kamu davasının açılmasının erteleme kurumuna ilk olarak bu tasarıda yer verilmiştir. Bu düzenlemede kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu düzenlenirken tasarıda suçlarda kabahat ve cürüm ayrımı yapılmaması sebebi ile Cumhuriyet savcısına kabahat eylemleri için de kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumuna yer verilmiştir. Başka bir husus ise bu tasarıda savcı tarafından verilen kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının uygulamasının asliye ceza hakiminin onayına bağlı tutulmasıdır. Buna göre kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunda karar verme yetkisinin savcıya mutlak olarak verilmiştir. Bu yöndeki düzenlemenin doktrinde olumlu bir düzenleme olduğu ileri sürülmüştür. Bu sayede iki makam arasında iş birliğinin meydana gelmesi neticesinde doğru kararın verilmesine imkan sağlayacağı belirtilmektedir. Cezanın üst sınırının üç aydan fazla olmamasının nedeni üç aya kadar ceza gerektiren suçların

ön ödeme kapsamında olmasıdır. 1999 tasarısı Cumhuriyet savcısının vereceği kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararına karşı, suçtan zarar görene itiraz hakkı tanımamış, ancak asliye ceza hakiminin onayına bağlamıştır.³⁶¹

1999 tarihli Ceza Muhakemeleri Kanunu tasarısında sanık meydana gelen zararı ödediği takdirde kamu davası ertelenebilecektir. Tasarıda eksik olarak kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının verilmesinde şüphelinin rızası aranmamıştır. Bu durum şüphelinin mahkeme önüne çıkarak suçsuzluğunu ispat etmesi olanağı ortadan kaldırması ve şüphelinin rızası alınmadan kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı ile şüpheli zan altında bırakılarak aklama imkanının elinden alınması sonucu doğuracak nitelikte olması eleştiri konusu olmuştur.

2001 CMK Tasarısının kamu davasının açılmasının ertelenmesi başlığını taşıyan 164. maddesinde “fiil için kanunda öngörülen şahsi hürriyeti bağlayıcı cezanın üst sınırı üç aydan fazla ve iki yıl dahil ise, şüpheli hakkında açılacak kamu davası, aşağıdaki koşulların birlikte bulunması halinde;

- a) Şüpheli daha önce hürriyeti bağlayıcı bir sebep ile mahkum olmamış ise,
- b) Yapılan araştırma, kamu davasının açılmasının ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatini meydana getiriyorsa,
- c) Kamu davasının açılmasının ertelenmesi, şüpheli ve toplum açısından kamu davasının açılmasından daha yararlı ise,
- d) Şüpheli, suçtan meydana gelen ve Cumhuriyet savcısının saptadığı zararı ödemişse, Cumhuriyet savcısı tarafından deliller toplandıktan sonra kabahatlerde bir yıl, cürümlerde üç yıl süreyle ertelenebilir.

Erteleme süresi içerisinde işlenen başka bir suçtan mahkumiyet halinde kamu davası açılır, belirtilen sürede suç işlemezse Cumhuriyet savcısı kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verir. Erteleme süresince zaman aşımı süresi işlemez. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının uygulanması için asliye ceza hakiminin

³⁶¹ UĞUR, sh.278 vd.; GEDİK, sh.9

onayına bağlıdır. Asliye ceza hakimi bu kararını beş gün içinde verir” demek suretiyle kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu düzenlenmişti.³⁶²

Fakat bu düzenleme adalet alt komisyonunda çıkan tartışma yüzünden CMK’ya alınmamıştır. ³⁶³Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nda düzenlenmiş, bu düzenleme çocuklar için kabul edilmiştir.³⁶⁴

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi ile ilgili olarak CMK nın 171. maddesine 06/12/2012 tarihli ve 5560 sayılı kanunla yapılan değişiklik ile kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu eklenmiştir. CMK nın 5560 sayılı kanunla değiştirilen CMK 171. maddesine göre savcının kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar vermesi durumunda fail ya da faillerin erteleme süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlemesi durumunda verilmiş olan kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı sadece erteleme süresi içerisinde kasıtlı bir suç işleyen fail ya da failler hakkında uygulanacaktır. Yani iştirak halinde işlenen suçlarda kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilmiş ise; sadece erteleme süresi içerisinde suç işleyen fail hakkında kamu davası açılacaktır.³⁶⁵

Savcı, yaptığı soruşturma neticesinde üç şekilde karar verebilir. Bunlardan birisi, kovuşturmaya yer olmadığı kararı, diğeri kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı, diğeri de kamu davasının açılması kararıdır. Bu hükümler yargılama faaliyeti sonunda yargılama makamı tarafından verilmiş hükümler olmadıklarından mahkeme kararı niteliğinde olmayıp adalete ilişkin idari bir görev yürüten Cumhuriyet savcılığın idare hukuku bakımından icrai mahiyette bir karardır.³⁶⁶

Doktrinde, kamu davasının açılmasının ertelenmesi yerine iddianamenin düzenlenmesinin ertelendiği, kamu davasının ise mahkemenin iddianameyi kabulü ile başladığı gerekçesiyle kamu davasının açılmasının ertelenmesi teriminin yerinde

³⁶² ERTEM, sh.58 vd.; TÖNGÜR, sh.187 vd.

³⁶³ Bu tartışmanın içeriliğiyle ilgili bkz. ÖZGENÇ, TCK Gazi Şerhi 3.basın, sh 599 dn. 51

³⁶⁴ ERTEM, sh.58 vd

³⁶⁵ AYDIN, sh.346 vd.

³⁶⁶ TÖNGÜR, sh.192 vd.

olmadığı ileri sürülmüştür. Fakat uygulamada kamu davasının açılmasının ertelenmesi terimi yerleşmiştir bu nedenle çalışmamızda bu terim kullanılmıştır.³⁶⁷

Kamu davasının açılmasının erteleme kurumunun kanunda düzenlenmesindeki amaç özellikle hafif suçluluğun cezalandırılmasının artmasının önüne geçmek ve bu sayede mahkemelerin iş yükünü azaltmaktır.

CMK madde 171/2-5'te düzenlenen kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun Anayasaya aykırı olduğu gerekçesi ile Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesine yapılan bu başvuruda, suç ve suçlulukla mücadele konusundaki kanuni düzenlemelerin anayasal ilkelere aykırı olmamak koşuluyla kanun koyucunun yetkisi dahilinde olduğunu belirterek kanun koyucunun suç olarak tespit ettiği failer ile ilgili takip yöntemlerinin nasıl olacağını belirleme yetkisinin bulunduğunu ve bunun yanı sıra suçtan zarar görenin tatminini de içerdiği ve suçtan zarar görenlere bu karara karşı kanun yollarına başvurma imkanlarını da tanıdığı için Anayasa M.2/10 ve 36'ya aykırı olmadığına hükmetmiştir.³⁶⁸ Bu karar yerinde bir karardır. Çünkü kan davasının açılmasının ertelenmesi kurumu bir yandan da suçtan zarar görenin tatminini de sağlar.

A. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kararının Koşulları

CMK'nın 171. maddesinin 2, 3, 4 ve 5. fıkralarında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu düzenlenmiştir. Bu düzenleme 5560 sayılı yasa ile CMK'da ve çocuk koruma kanununda yapılan değişiklikten sonra gerçekleşmiştir.³⁶⁹ CMK'nın 171. maddesinin kamu davasının ertelenmesini düzenleyen fıkralarına göre;

“ (2) 253. maddenin 9. fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere Cumhuriyet savcısı soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlı olup, üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yeterli şüphenin varlığına rağmen

³⁶⁷ TÖNGÜR, sh.191 vd.

³⁶⁸ MERAKLI, sh 126; bkz: AMK, T.12/03/2009, E.2007/14, K.2009/48 (25/06/2009) gün ve 27269 sayılı resmi gazetede yayınlanmıştır.

³⁶⁹ TÖNGÜR, Ali Rıza; **Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Ertelleme**, sh.187 vd

kamu davasının açılmasının beş yıl süre ile ertelenmesine karar verebilir. Suçtan zarar gören bu karara 173. madde hükümlerine göre itiraz edebilir.

(3) Kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebilmesi için, uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı kalmak üzere;

a) Şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkum olmamış bulunması,

b) Yapılan soruşturmanın, kamu davası açılmasının ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatini vermesi,

c) Kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli veya toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması,

d) Suçun işlenmesi ile mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade suçtan önceki hale getirme veya tanzim suretiyle tamamen giderilmesi,

Koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekir.

(4) Erteleme süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde kovuşturmaya yer olmadığına karar verilir. Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmesi halinde kamu davası açılır. Erteleme süresince zaman aşımı işlemez.

(5) 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 ama için kullanılabilir. ”hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm ile uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı kalmak koşuluyla suçun soruşturmasının ve kovuşturmasının şikayete bağlı olması ve suçun üst sınırının bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektirmesi halinde, maddedeki diğer şartların da gerçekleşmesi durumunda Cumhuriyet savcısı kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verebilir.³⁷⁰

CMK md 171 fık 2-5 hükmüne göre kamu davasının açılmasının ertelenmesinin koşullarını şu şekilde belirtebiliriz:

³⁷⁰ NOYAN, Erdal, **Ceza Davası**, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, sh.613 vd.; UĞUR, sh.280 vd.; SOYASLAN, Doğan, **Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları**, sh.364

1. Suça ve Cezaya İlişkin Koşullar

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verebilmesi için savcının yürüttüğü soruşturmaya konu suçun, şikayete bağlı ve üst sınırı bir yıla kadar hapis cezası gerektiren bir suç olması gerekir. Bu koşul hem çocuklar hem de büyükler için kabul edilmiştir. Yeni düzenlemede aranılan suçun şikayete tabi olma koşulu, kurumun çocuklar bakımından uygulanabilirliği aleyhte kabul edilebilecek biçimde daraltılmıştır. TCK 7 fık/2’de yer alan ‘‘Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanun hükümleri farklı ise failin lehine olan uygulanır ve infaz olunur.’’ hükmü uyarınca. ÇKK’nun kabul ediliş tarihi olan 03/07/2005 ile 5560 sayılı Kanunda yapılan değişiklik olan 19/06/2006 tarihleri arasında çocuklar tarafından işlenen suçlarda kamu davasının açılmasının ertelenmesi göz önünde bulundurulacak ve ceza süresi 15-18 arası için üç aydan iki yıla kadar hapis ile, 12-15 yaş arasındaki çocuklar için ise 3 yıla kadar hapis ile adli para cezası olacaktır. Çocuk Koruma Kanunu’nun değişiklikten önce 19. maddesinde yer alan cezaya ilişkin koşulun da 5560 sayılı kanun ile değiştirilmesi ile kamu davasının açılmasının ertelenmesi yalnızca bir yıl hapis adli para cezası olan suçlar bakımından uygulanabilecektir.³⁷¹

CMK 171 fık 2’ye göre; şüpheliyi isnat edilen fiil soruşturması ve kovuşturması şikayete bağlı suçlardan olup, cezasının üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektirmelidir.

Bu suçlara örnek olarak,

- 1) Basit yaralama (md.86/2)
- 2) Taksirle yaralama (md.89/1)
- 3) Tehdit (md.106/1.2.cümle)
- 4) Konut dokunulmazlığını ihlal (md.116/2)
- 5) Kişilerin huzur ve sükununu bozma (md.123/1)

³⁷¹ TÖNGÜR, Ali Rıza; **Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme**, sh.194 vd.; SOYASLAN, Doğan, **Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları**, sh.364; PARLAR, Ali / HATİPOĞLU, Muzaffer, **Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu**, Ankara 2008, sh.820 vd

- 6) Kişiler arasında konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması (md.133/1,2)
- 7) Hırsızlık suçlarında daha az cezayı gerektiren haller (md.144/1)
- 8) Dolandırıcılıkta daha az cezayı gerektiren hal (md.159/1)
- 9) Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf (md.160/1)
- 10) Karşılıksız yaralanma (md.163/1,2) kanunun 167/2 maddesinde belirtilen kişilerin zararına işlenmesi halinde,
- 11) Bilgi vermeme (md.166/1) kanunun 167/2 maddesinde belirtilen kişilerin zararına işlenmesi halinde,
- 12) Açığa imzanın kötüye kullanılması (md.209/1)
- 13) Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğü ihlal (md.233/1)
- 14) Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (md.234/3)

Maddelerinde düzenlenen suçlar örnek gösterilebilir.³⁷²

CMK md.271/2’de sadece üst sınırı bir yıl ya da daha az hapis cezası gerektiren suçlardan bahsedildiği için tek başına hapis cezası ile birlikte ya da seçimlik olarak kanunda düzenlenen adli para cezalarının bulunması halinde kamu davasının açılmasının ertelenmesinin mümkün olup olmadığı tartışmalı bir husustur. Madde metnine bakıldığında sadece hapis cezasından bahsedilmiş; adli para cezasından ise söz edilmemiştir. Burada öncelikle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunu düzenleyen CMK 231/5’e bakılabilir. CMK md.231/5’e göre; “Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis cezası veya adli para cezası ise; mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir.” Burada 171/2’den farklı olarak hükmün açıklanmasının ertelenmesi bakımından kanun koyucu adli 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 cezası gerektiren suçlara yer verdiği anlaşılamamaktadır. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi bakımından madde metninde sadece hapis cezasını

³⁷² ALBAYRAK, Mustafa, **Ceza Muhakemesi Kanunu**, sh.277 vd.

gerektiren suçlardan söz ediyor 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 ertelenmesinde evveliyetle yararlanması lazımdır. Bu nedenle hapis cezası ile beraber veya seçimlik olarak adli para cezasını gerektiren suçlar bakımından kamu davasının açılmasının ertelenmesi mümkün olduğu kabul edilmelidir.³⁷³ Fail lehine yapılacak yorum da bunu gerektirmektedir. Fakat sadece adli para cezasını gerektiren suçlar bakımından ise kamu davasının açılmasının ertelenmesi olanak dahilinde olmamalıdır. Çünkü bu suçlar bakımından ön ödeme mümkün olduğundan ön ödeme ile aynı amaca hizmet eden bir kurum niteliğindeki kamu davasının açılmasının ertelenmesinin şüpheliye tanınan ikinci bir imkan olarak uygulanması anlamsız olacaktır. Ayrıca ön ödeme imkanını değerlendirmeyen şüphelinin kamu davasının açılmasının ertelenmesine layık olduğu ve orada aranan subjektif şartlara sahip olduğu söylenemeyecektir.³⁷⁴

2. Şüphelinin Daha Önce Kasıtlı Bir Suçtan Dolayı Hapis Cezası ile Mahkum Olmamış Bulunması

Savcılık yaptığı soruşturma neticesinde kamu davasını açmayı gerektirir yeterli şüphe elde etmesi halinde, kanunda belirtilen şartların bulunması ve şüphelinin daha önceden kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına çarptırılmamış olması halinde kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verebilir. Burada faildeki mahkumiyetin, doğrudan veya dolaylı kastla işlenmiş bir suç nedeniyle alınmış bir mahkumiyet olmasının bir önemi yoktur. Sadece kasıtlı bir suçtan hapis cezası ile mahkum olması yeterlidir. Bu durumda, failin daha önceden almış olduğu adli para cezası veya taksirli bir suç nedeni ile hapis cezasına mahkum olması bu kurumun uygulanmasına mani olmayacaktır. Yine bu durumda suçun adi ya da bilinçli taksirle işlenmiş olmasının da bir önemi yoktur. Yine failin işlenmiş olduğu

³⁷³ Karşı görüş için bkz: CENTEL, Nur, / ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Baskı, İstanbul 2010, sh.459; aynı yönde görüş için, MERAKLI, sh 129 vd.

³⁷⁴ MERAKLI, sh 130

suçun cezasının infazının bir önemi de yoktur. Burada sadece kasıtlı bir suçtan mahkum olunan hükmün kesinleşmiş olması aranacaktır.³⁷⁵

Daha önce de kısa süreli hapis cezası adli para cezasına ya da tedbire çevrilen kimse bakımından da önemli olan asıl mahkumiyet TCK md.50/5 gereği çevrilen adli para cezası ya da tedbir olduğundan, bu kişinin sonradan işlediği fiil ile ilgili olarak kamu davasının açılmasının ertelenmesi bakımından gereken; “şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkum bulunmamış olması” koşulunun gerçekleştiği kabul edilmelidir. Yine TCK md.51 uyarınca hapis cezasının ertelenmiş olduğu durumlar bakımından da aynı husus geçerli değildir. Çünkü burada TCK md.51/8’de denetim süresinin yükümlülöklere uygun ve iyi halli olarak geçirildiğinde cezanın infaz edileceğinin sayıldığı düzenlenmiştir.³⁷⁶

Fakat 765 sayılı eski TCK’nın uygulanmasını gerektirir lehe bir durum söz konusu olması halinde ise; 765 sayılı TCK’nın 95/2 maddesi uyarınca cezanın ertelenmesi halinde şüpheli, ertelenmiş cezaya ilişkin hüküm tarihinden itibaren beş yıl süre ile aynı cins veya daha ağır bir cezaya mahkum olmazsa, ertelenmiş mahkumiyet esasen vaki olmamış sayılacağından, beş yıllık erteleme süresi geçtikten sonra işlenen ve kamu davasının açılmasının ertelenmesini gerektirecek bir suçta kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararına engel teşkil etmeyecek bu durumda savcı kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verebilecektir.

Şüphelinin daha önce almış olduğu cezanın kesinleşmiş olmasının suç tarihinden önce olmaması gerekir. Yine suç tarihinden sonra fakat soruşturma devam ederken önceki mahkumiyet hükmünün kesinleşmesi halinde ise, bu mahkumiyet hükmü sırf daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olma şartı kapsamında değerlendirilmemelidir. Fakat şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaati vermemesi şartı kapsamında Cumhuriyet savcısının takdir hakkı kapsamında değerlendirilebilecektir.³⁷⁷

Önceki kasıtlı bir suçtan alınan mahkumiyetin davanın açılmasının ertelenmesine, engel olma yetkisinin bir süre ile sınırlı olup olmadığı önemli

³⁷⁵ TÖNGÜR, Ali Rıza; **Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme**, sh.198 vd; SOYASLAN, Doğan, **Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları**, sh.364 vd.

³⁷⁶ MERAKLI, sh 131

³⁷⁷ YILMAZ, Davut, **Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi**, sh.50 vd.

hususdur. Kanaatimizce buradaki ölçü tekerrür süresi olmalıdır. Tekerrüre esas olmayacak derecede eski olan bir mahkumiyetin kamu davasının açılmasının ertelenmesine mani olmaması lazımdır.³⁷⁸

Şüphelinin daha önce suç işleyip işlemediği adli sicil kayıtlarından anlaşılmaktadır. Adli sicil kayıtlarındaki bu kayıtlar belirli şartların varlığı halinde silinmektedir. Bu şartlar 5352 sayılı Adli Sicil Kanununun 9. ve geçici 2. maddesinde düzenlenmiştir. Bazen silinme koşulları oluşmasına rağmen. Adli sicil kayıtlarına yer alan bilgilerin silinmemiş olduğu görülmektedir. Böyle bir durumda savcı silinme koşulları oluşmuş adli sicil kaydında yer alan bilgileri dikkate almamalıdır. Bu durum hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunda da benzer bir biçimde uygulanmaktadır.³⁷⁹

Öncelikle Cumhuriyet savcısı yapacağı soruşturma sonucunda, failin işlediği iddia edilen suç için yeterli suç şüphesi oluşturacak delil elde etmesi gerekir. Cumhuriyet savcısı yeterli suç şüphesi oluşturacak delil elde edemediği takdirde kamu davası açılmasının ertelenmesi kurumunun şartlarının bulunup, bulunmadığına bakmaksızın fail hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar vermek zorundadır.³⁸⁰

3. Yapılan Soruşturmanın, Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Halinde Şüphelinin Suç İşlemekten Çekineceği Kanaatini Vermesi

Kişinin sadece belirli bir cezaya mahkum olması ile cezanın önleyici fonksiyonunu gerçekleşmesi ve failin bu suçtan dolayı pişmanlık duyması durumunda artık cezanın infaz edilmesi yani artık cezaevine konması gereksizdir.³⁸¹

³⁷⁸ YAŞAR, Osman, **Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu**, Seçkin Kitabevi, 1. Cilt, Ankara 2007, sh.897

³⁷⁹ Yargıtay 3. CD, 2008/11405 Es ve 2008/9269 K.sayılı 25/06/2008 tarihli kararında hükmün açıklanmasının geri bırakılması açısından evvelce işlenmiş olduğu suçtan dolayı silinme koşulları oluşmuş ise daha önce mahkumiyet kararı bulunduğu gerekçesi ile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının reddine karar verilemeyeceğini belirtmiştir.

³⁸⁰ ERTEM, sh.173 vd.

³⁸¹ ÖZGENÇ, İzzet, sh. 643

Failin kişilik yapısı, yaşadığı çevre, psikolojik ve ahlaki eğilimleri ile kendisini suç işlemeye sevk eden sebepler itibarıyla, suç işlemeyi itiyat haline getirmemiş tesadüfen suçlu özelliği taşınması ile mümkündür. Bu kişilerin işledikleri suç dolayısıyla cezalandırılmaları ya da mahkum oldukları cezanın infazı toplum barışı açısından bir zaruret doğurmayabilir. Bu kişilerin cezaevi ortamına girmeden toplum düzenine kazandırılmaları daha faydalı olacaktır. Ancak bunu yaparken bu kişilerin belirli bir denetim süresine tabi tutulmaları gerekmektedir. Çünkü bu kişilerin kendi hallerine bırakılması, tamamen serbest bırakılması, tekrar suç işlemelerine neden olabilir. Bu da topluma kazandırılmalarını ve intibakını olumsuz yönde etkiler.³⁸²

Cumhuriyet savcısının, soruşturma aşamasında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararını verebilmesi açısından failin kişiliği geçmişteki yaşam tarzı, sosyal çevresi, alışkanlıklarını öğrenmesi gerekir. Bunun için şüpheli hakkında ekonomik , sosyal durum ve adli sicil ve arşiv kaydı araştırabilir. Ama asıl önemli olan özellik soruşturma sırasındaki tutum ve davranışlarıdır. Cumhuriyet savcısı soruşturma aşamasındaki tutum ve davranışlarını değerlendirerek failin gelecekte suç işlemekten çekineceği kanaatine varması halinde kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verebilir. Cumhuriyet savcısının bu aşama yaptığı değerlendirme bir bakıma psikolojik bir değerlendirmedir. Kamu davasının açılmasının erteleme kurumunun yerleşmiş olduğu Avrupa ülkelerinde fail hakkında belirtilen araştırma ve incelemeleri yapabilecek nitelikte kurumlar mevcuttur. Ülkemizde ise böyle bir kurum mevcut değildir.³⁸³ Savcı şüpheli hakkında bir daha suç işlemeyeceğine ilişkin bir kanaati oluşmamışsa, şüpheli hakkında iddianame düzenleyecektir.

Cumhuriyet savcısı kamu davasının açılmasının ertelenmesi koşulları içerisinde yer alan şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatine ulaşabilmesi için bu kararın verilmesinden önce şüphelinin ifadesini bizzat alması gerekir. Çünkü kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının verilmesi durumunda şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatinin oluşabilmesi Cumhuriyet savcısının şüpheli ile doğrudan temas kurmuş olmasına bağlıdır. Bu nedenle kolluk tarafından şüphelinin

³⁸² ÖZGENÇ, sh. 643 vd.

³⁸³ TÖNGÜR, sh.196; YAŞAR, Osman, **Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu**, Seçkin Kitabevi, 1. Cilt, Ankara 2007, sh.896 vd.

önceden ifadesinin alınmış olması durumunda Cumhuriyet savcısı yeniden şüpheliyi çağırarak ifadesini yeniden kendisi alması kanaatindeyiz.

Cumhuriyet savcısının şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatine varmadığı hallerde iddianame tanzim ederek dava açması durumunda, şüphelinin ileride suç işlemekten çekineceğine kanaat getirmeme nedenlerini iddianamede belirtip belirtmeyeceği konusunda ve dolayısıyla iddianamede kanaati açıklamadığı gerekçesi ile iddianamenin iadesi gerekip gerekmeyeceği konusunda Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda bu konu şöyle açıklanmıştır; “İncelenen dosyada suça sürüklenen çocuğun suç işlemekteki kararlılığına göre kamu davasının ertelenmesi halinde suç işlemekten çekineceği kanaati oluşmadığı gerekçesi ile kamu davası açıldığı, Cumhuriyet savcısının dava açmaktaki takdirinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmadığından ve buna yönelik itirazın kabulü gerekirken reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir.”³⁸⁴ Yargıtay'ın bu kararında da belirtildiği gibi Cumhuriyet savcısının şüphelinin ileride suç işlemekten çekineceğine neden kanaat getirmediğinin iddianamede açıklanmaması iddianamenin iade nedeni değildir.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumuna yapılan en önemli eleştirilerin başında Cumhuriyet savcısının hakim gibi objektif olmayacağı ve bu nedenle hukukun uygulanmasına eşitlik ilkesini zedeleyeceği kaygısı gelmektedir. Türkiye’de hakim ve savcıların üniversite eğitimleri aynıdır. Hakimlik sınavını kazandıktan sonra da meslek seçimine ilişkin kuraya kadar da yine aynı eğitimi almaktadırlar. Yine hakimlikten savcılığa, savcılıktan hakimliğe geçiş imkanı da bulunmaktadır. Bizim hukukumuzda Cumhuriyet savcıları bir taraf değil, şüphelinin lehine ve aleyhine bütün delilleri toplamak zorunluluğu altındadır. Tüm bu nedenlerle Cumhuriyet savcısının şüphelinin bir daha suç işlemeyeceğine yönelik kanaatinde objektif olmayacağı yönündeki kaygıların yersiz olduğu kanaatindeyiz.

³⁸⁴ Y.2CD, 2006/6339 E., 2006/12924 K. ve 04/07/2006 tarihli kararı.; YILMAZ, Davut, **Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi**, sh.55;

4. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesinin, Şüpheli ve Toplum Açısından Kamu Davasının Açılmasından Daha Yararlı Olması

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi yoluna gidilebilmesi için diğer şart ise Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmasının ertelenmesi halinin şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olacağı kanaatine ulaşmış olmasıdır. Bu hükümle Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda kamu yararı bulunması koşulu açıkça aranmaya başlamıştır. Bu koşulla birlikte savcı, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verebilmesi için, hem şüpheli hem de toplum açısından yararlı olup olmadığını değerlendirerek, bu iki koşulun birlikte bulunması halinde bu kurumu uygulayabilir. Kamu yararı kural olarak; toplumun çoğunluğunun çıkarının azınlığının çıkarına üstün tutulmasıdır. Savcı her somut olayda kamu yararı bulunup bulunmadığını tespit etmeye çalışmalıdır.³⁸⁵ Şüphelinin işlediği suç toplumda infial yaratan suç ise, bu durumda savcı kamu davasının ertelenmesi kararı vermeyecektir.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davasının açılmasından daha yararlı olup olmadığı TCK md.61’de belirlenen suçun işleniş biçimi, suçun konusunun önemi ve değeri, meydana gelen zararın ağırlığı, failin güttüğü amaç ve saik gibi kriterler esas alınarak da belirlenebilir.

5. Suçun İşlenmesi İle Mağdurun veya Kamunun Uğradığı Zararın Giderilmesi

Cumhuriyet savcısının şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verebilmesi için mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tanzim suretiyle tamamen giderilmesi gerekir. Bu hükümle dolaylı da olsa, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu şüphelinin kabulüne bağlanmıştır. Şüpheli bu kurumun kendisine uygulanmasını istemiyorsa zararı gidermeyecektir. Düzenleme bu yönüyle şüphelinin üzerine atılı

³⁸⁵ TÖNGÜR, sh.200 vd.

suçun esası hakkında, kanuni, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılama hakkı kullanmasına imkan sağlamaktadır. Çocuk Koruma Kanunu'nun eski 19. maddesinde, belirtilen zararın giderilmesine ilişkin olarak, suça sürüklenen çocuğun ailesinin veya kendisinin ekonomik durumunun elverişli olmaması halinde zararın giderilmesi koşulu aranmayabilmekteydi. Yeni durumda ise artık zararın tamamen giderilmesi koşulunu arayan CMK'nın 171/3.d hükmünün ve bu bende atıf yapan Çocuk Koruma Kanununun 19. maddesi, çocuklar bakımından büyüklere nazaran daha hafif düzenlemeler yapılması gerekliliğine olanak veren uluslararası düzenlemelere aykırıdır. Yine bu düzenleme çocuk ceza hukuku ilkelerine çocuğun cezalandırılmasını kolaylaştırdığı için ve geriye dönüş niteliğinde olduğu için aykırı olduğu söylenebilir.³⁸⁶

Buradaki zarar yani şüphelinin ödeyeceği zarar Cumhuriyet savcısının belirleyeceği zararın tamamı olması gerekir. Mağdurun uğradığı zarar şüphelinin yakını olan üçüncü bir kişi tarafından da karşılanabilir.

Sigortalı olan mağdura sigorta şirketi tarafından yapılan zarar ödemesi nedeniyle suçtan zarar gören mağdurun bu yolla zararı giderilmiş olabilir. Bu durumda şüphelinin zararın giderilmesinde herhangi bir katkısı bulunmamaktadır. Fakat burada sigorta şirketi mağdura ödediği meblağ için şüpheli rücu edeceği için aslında bu durumda da şüphelinin mağdurun mağduriyetinin giderilmesine katkısı olacağı söylenmelidir. Burada sigortanın mağdura ödediği tutar Cumhuriyet savcısının tetkik edeceği zarar miktarından daha düşük ise şüpheli aradaki bu farkı da gidermek suretiyle kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumundan faydalanır.

³⁸⁷

Suçtan meydana gelen zararın tespiti Cumhuriyet savcısına aittir. Bu zararın tespit edilmesi açısından Cumhuriyet savcısı bilirkişi atayabileceği gibi zararı kendisi de tespit edebilir. CMK md. 163/3'te soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı da bu maddede gösterilen yetkileri kullanabilir hükmüne yer vermek suretiyle Cumhuriyet savcısına bilirkişi atayabilmesine yetki vermiştir.

³⁸⁶ TÖNGÜR, Ali Rıza; **Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme**, sh.199 vd.; MALKOÇ, YÜKSEKTEPE, sh.171 vd.; Alman Hukukunda giderilmesi gereken zararın maddi zarar niteliğinde olma zorunluluğu yoktur. Alman Hukukunda manevi nitelikteki zararların da tanzim edilebileceği kabul edilmektedir.; MERAKLI, sh 136

³⁸⁷ ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAĞIZ / TEPE, sh. 882

Suçtan meydana gelen zararın tespitinde suçun işlenmesinde mağdurun da bir kusuru bulunuyor ise mağdurun zararı tespit edilirken mağdurun bu kusuru göz önüne alınır ve belirlenen meblağda indirim yapılması gerekir.³⁸⁸

Şüpheli zararı aynen iade yoluyla giderebilir. Misli olmayan eşyanın suçtan önceki hali ile aynen iade edilmesi gerekir. Misli olan eşyanın ise mislen iadesi gerekir. Suçtan önceki hale getirmede ise, örneğin kırılan camın yerine yenisinin taktırılması suretiyle suçtan önceki hale getirilmiş olur. İşlenen suç nedeniyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın miktarını Cumhuriyet savcısı belirleyecektir. Tehlike suçlarında ise ortada somut bir zarar bulunmaması sebebiyle, zararın giderilmesi koşulu tehlike suçlarında aranmaması gerekir. Yani, tehlike suçlarında kamunun veya mağdurun uğradığı bir zarar yoktur.

Şüphelinin, mağdurun veya kamunun uğradığı zararı kısmen gidermesi durumunda kamu davasının açılmasının ertelenmesi mümkün değildir. Burada şüphelinin zararı tamamen gidermesi gerekir. Şüpheli mağdurun zararını kısmen giderir mağdur da kısmen karşılanmasına rağmen zararın tamamen karşılanmasını istemez. Yani kısmen karşılanmaya rıza gösterirse bu durumda Cumhuriyet savcısı kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verebilir. Bazı durumlarda ise olay nedeniyle mağdurun uğramış olduğu zarar mağdur tarafından istenilmemektedir. Mağdur zararın kendisine ödenmemesini istemekle birlikte aynı zamanda şikayetçi olup şüphelinin cezalandırılmasını istediği halde şüpheli Cumhuriyet savcısının belirlediği zarar miktarını yine Cumhuriyet savcısının belirlediği yere yatırdığı halde Cumhuriyet savcısı şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi hakkında karar verebilir. Burada mağdurun zararının karşılanmasına rıza göstermemesi kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının verilmesine diğer şartlar gerçekleşmiş ise engel olmaz.

Kanun koyucunun kamu davasının açılmasının ertelenmesi için mağdurun uğradığı zararın tamamen giderilmesini arıyor olması kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun hem suç politikası hem de sosyal politikayı gözetir bir amaç güttüğünü göstermektedir.

³⁸⁸ ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, sh. 876;

6. Uzlaşma Hükümlerinin Uygulanması Halinde Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kararı

Çağımızda ceza adalet sistemi bir haksızlığı gerçekleştirdiğinde faile karşı üç değişik şekilde tepki gösterilmesini kabul etmektedir. Birincisi, gerçekleştirilen haksızlığa karşı ceza verilmesi. (cezalandırıcı adalet); İkincisi, mağdurun zararının tanzim edilmesi. (tazmin edici adalet); Üçüncüsü ise, failin gerçekleştirdiği haksızlığın karşılığı olarak onarıcı tepki vermesi veya haksızlığı onarma fırsatı verilmesidir (onarıcı adalet).³⁸⁹

Cezanın suçu önlemeye ve faili ıslah etmede yetersiz kalması neticesinde ceza adalet sisteminin içine düştüğü buhran, özellikle Anglo-Sakson ülkelerinde “onarıcı adalet” anlayışının meydana çıkmasına sebep olmuştur. Adalet, insanla ilgili, insani bir kavram ise, insanlar arasında soyut eşitlik değil, sosyal eşitlik ile ilgilenmesi gerekir. Sosyal eşitlik ise herkesin hakkına yeterli derece saygı duyulması ile gerçekleşir. Cezalandırıcı adalet insanları ayırıp yabancılaştırırken, onarıcı adaletin amacı uyuşmazlığı çözmek, barışı sağlamak, bozulan ilişkileri yeniden canlandırmaktır.³⁹⁰

Cumhuriyet savcısının yaptığı araştırmada şüphelinin üzerine atılı suçun uzlaştırma kapsamında kalan bir suç olduğunu tespit etmesi halinde, Cumhuriyet savcısı öncelikle uzlaşma usulünü denemesi ve CMK’nın 253. maddesine göre hareket etmesi gerekmektedir.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmesi , uzlaşmayı etkilemez. Aynı soruşturma kapsamında hem uzlaşma yönüne gidilmesi hem de Kamu davasının açılmasının ertelenmesi mümkündür. Ancak bu kural değil istisnai bir durumdur. Yapılan soruşturmada uzlaşma kapsamına giren suçlar söz konusu olduğunda öncelikle uzlaşma usulünü denemek ve CMK 253. maddesine göre hareket etmek gerekmektedir. CMK 171. maddesinin 2. ve 3. fıkralarının uygulanması açısından uzlaşma ilişkin hükümleri ayırık tutmuştur. Uzlaşmaya ilişkin

³⁸⁹ ALBAYRAK, **Ceza Muhakemesi Kanunu**, sh.413

³⁹⁰ ALBAYRAK, **Ceza Muhakemesi Kanunu**, sh.413

bu düzenleme uyarınca uzlaşmaya sonucunda belirlenen yükümlülüğü defaten yerine getiren şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Uzlaşma sonucunda mağdurun uğradığı zararın giderilmesi, söz konusu ise, şüphelinin bu yükümlülüğü yerine getirmesinin ileri bir tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde CMK 171'deki koşullar aranmaksızın şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir.³⁹¹ CMK 253. maddesinin 19. fıkrasında soruşturma safhasında tarafların uzlaşması halinde ne şekilde hareket edileceği ayrıca düzenlenmiştir. CMK 171. maddesinin 2. ve 3. fıkrasında ise uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı tutulmuştur. Bu düzenlemeler uyarınca; uzlaşma neticesi hasıl olan edimin defaten yerine getiren şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri bir tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde 171. maddeye yer alan şartlara bakılmaksızın şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilir.³⁹²

Nitekim uygulamada uzlaşma ile kamu davasının açılmasının ertelenmesinin birlikte verilen hallere rastlanmaktadır.Örneğin, Eğirdir Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 17/06/2011 tarih 2011/606 Sor. 2011/1 sayılı kararında “Eğirdir İlçe Jandarma Komutanlığına başvuran müştekinin kendisine ait tarlanın yeğeni olan şüpheli tarafından sürüldüğünden bahisle şikayetçi olduğu, müşteki ve şüpheliye kolluk marifetiyle yapılan usulüne uygun uzlaşma teklifini kabul etmeleri üzerine CMK 253/9 madde uyarınca Cumhuriyet savcısıyla taraflar adliye davet edilmekle, müştekinin 225,00 TL vermesi halinde uzlaşacağını ve şüpheli 15/07/2011 günü vermeyi kabul etmekle uzlaşma raporu tanzim edilmiş, CMK 253/19 maddesi uyarınca edim yerine getirilinceye kadar kamu davasının açılmasının 16/07/2011 tarihine kadar ertelenmesi kararı vermek gerekmiştir.” Şeklinde karar verdiği, şüphelinin edimini yerine getirince de; 15/07/2011 tarihinde 2011/606 Sor. 2011/521 K. sayılı kovuşturmaya yer olmadığına dair karar ile “Müştekinin Sarıidris Kasabası Könbelek mevkiinde bulunan tarlasının şüpheli tarafından sürülmesi ile ilgili olarak yapılan soruşturmada müşteki ve şüpheliye usulüne uygun yapılan uzlaşma teklifini kabul etmeleri nedeniyle 14/06/2011 tarihinde Cumhuriyet Başsavcılığımızca

³⁹¹ TÖNGÜR, sh.201 vd.

³⁹² GEDİK, sh.113 vd

tarafarla yapılan uzlaşma müzakeresi neticesinde, şüphelinin müştekiye 15/07/2011 tarihinde 225,00 TL vermesi şartıyla uzlaşma sağlanmış, 15/07/2011 tarihine kadar CMK 253/19 maddesi gereğince kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilmiştir. 15/07/2011 günü müştekinin alınan beyanına göre şüphelinin 225,00 TL'yi müştekiye verdiği anlaşıldığından kamu adına kovuşturma yapılmasına yer olmadığına'' dair karar verilmiştir. Buradaki bu düzenlemede Cumhuriyet savcısının takdir yetkisi bulunmamaktadır. Uzlaşma sonucu kararlaştırılan edim yerine getirilene kadar beklenmekte ve burada zorunlu olarak kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar vermektedir.

Maddenin gerekçesinde; uzlaşma kapsamına giren suçlar söz konusu olduğunda, öncelikle uzlaşma usulünün denemesinin şart olduğu, nitekim bu hususu vurgulamak üzere 3. fıkra da uzlaşmaya ilişkin hükümlerin saklı olduğunun belirtildiği açıklanmıştır. Adalet Komisyonu raporunda; kamu davasının açılmasının ertelenmesinin müessese olarak uygulanabilmesi için kapsamına giren suçların başlangıçta sınırlandırılmasının amaçlandığı, uzlaşmak kapsamına giren suçlarla ilgili olarak uzlaşmaya ilişkin hükümler babında kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebileceği belirtilmiştir.³⁹³

Uzlaşmanın sağlanması halinde suç nedeni ile tazminat davası açılamaz. Açılmış olan davadan da feragat etmiş sayılır. Şüphelinin edinimi yerine getirmemesi halinde uzlaşma raporu ve belgesi, 09/06/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38. maddesinde yazılı ilan niteliğindeki belgelerden sayılır.³⁹⁴ CMK 253/19. maddesi ve ilgili yönetmeliğin 23. maddesi uyarınca, uzlaşma sonucunda şüphelinin edinimi defaten yerine getirmesi halinde, hakkında takipsizlik kararı verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması, veyahut süreklilik arz etmesi halinde ise CMK 171.maddesindeki şartlar aranmaksızın, şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir. Burada savcının takdir yetkisi bulunmamaktadır. Erteleme süresince zaman aşımı işlemez. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verildikten sonra uzlaşmanın şartlarının yerine getirilmesi halinde kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilir. Şüphelinin kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararından sonra,

³⁹³ NOYAN, **Ceza Davası**, sh.611

³⁹⁴ TÖNGÜR, sh.202 vd.

uzlaşma şartlarına uymaması durumunda ise, CMK'nın 171. maddesinin 4. fıkrasındaki, erteleme süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlemesi halinde kamu davası açılacağını belirten şart aranmaksızın, sadece uzlaşmanın şartlarını yerine getirmemesi sebebiyle kamu davası açılır.³⁹⁵

Uzlaşma kapsamındaki suçlara; yaralama (md. 86/1), basit yaralama (md. 86/2), kasten yaralamanın ihmali davranış göstermesi (md.88), taksirle yaralama (md.89/1,89/2,89/3,89/4), tehdit (md.106/1.2cümle), konut dokunulmazlığını ihlal (md.116/1,116/2, 116/4) gösterilebilir.

B. 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu ve Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kurumu

Maslahata uygunluk sisteminin bir yansıması olarak kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu Türk Hukukunda ilk defa 5395 sayılı ÇKK'nın 19. maddesinde düzenlenerek çocuklara bakımından uygulamaya başlanmıştır.³⁹⁶

ÇKK değiştirilmeden önceki 19. maddeye göre;

“ (1) Fiil için kanunda öngörülen cezanın üst sınırı 3 aydan fazla ve 2 yıla kadar(2 yıl dahil) hapis cezasını veya adli para cezasını gerektirir ise, Cumhuriyet savcısı tarafından deliller toplandıktan sonra şüpheli hakkında açılacak kamu davası;

- a) Çocuğun daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum bulunmamış olması,
- b) Yapılan soruşturmanın, kamu davası açılmasının ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatini vermesi,
- c) Kamu davasının açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davasının açılmasından daha yararlı olması,

³⁹⁵ YILMAZ, sh.62

³⁹⁶ TÖNGÜR, sh.187 vd; UĞUR, sh.283 vd.; GEDİK, **5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanununda Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kurumu**, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_309.htm Erişim Tarihi: 05/10/2011

- d) Suçun işlenmesi ile mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tanzim suretiyle tamamen giderilmesi,

Koşullarının birlikte gerçekleşmesi halinde beş yıl süre ile ertelenebilir, bu fıkranın (d) bendindeki koşul çocuğun ailesinin veya kendisinin ekonomik durumunun elverişli olmaması halinde aranmayabilir.

(2) Kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin kararın uygulaması, çocuk hakimin onayına bağlıdır. Bu husustaki karar beş gün içinde verilir.

(3) Erteleme süresi içinde işlediği kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkum olmadığı takdirde, kovuşturmaya yer olmadığına karar verilir. Erteleme süresi içinde işlediği kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkumiyet halinde kamu davası açılır. Erteleme süresince zaman aşımı işlemez.

(4) Kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin kararlar bunlara mahsus bir siteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturma ile bağlantılı olarak, C.Savcısı, hakim ya da mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

(5) Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmamış çocuk bakımından, birinci fıkra da öngörülen hapis cezasının üst sınırı üç yıl (üç yıl dahil) olarak uygulanır. ” hükmü düzenlenmiştir. Bu düzenleme kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun ilk düzenleme şeklidir.³⁹⁷

06/12/2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanun ile değiştirilen CMK’nın md.171/2-3-4 ve 5. fıkralarında yetişkinler hakkında yapılan ceza yargılaması bakımından kamu davasının açılmasının ertelenmesine olanak tanınmıştır. Çocuk Koruma Kanununun 19. maddesi, 06/12/2006 tarihinde 5560 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir. Değiştirilen Çocuk Kanunu 19. maddesine göre;

“ Çocuğa yüklenen suçtan dolayı CMK’da ki koşulların varlığı halinde, kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebilir. Ancak bu kişiler açısından erteleme süresi üç yıldır.” hükmüne yer verilmiştir. Bu hükme göre kamu davasının ertelenmesi koşulları yönünden CMK’ya atıf yapmış, ancak erteleme müddetini üç

³⁹⁷ ÖZTÜRK / ERDEM, sh.714 vd.

yıl olarak sınırlandırmıştır. CMK’da düzenlenen kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu ÇKK’da mevcut olandan daha zor şartlara bağlanmıştır. Bu nedenle de kurulun uygulama alanı daraltılmak istenmiştir.³⁹⁸

ÇKK’da 5560 sayılı yasa ile yapılan değişiklikten önce çocuklar için öngörülen cezanın üst sınırı üç aydan fazla ve iki yıla kadar(iki yıl dahil) hapis cezasını veya adli para cezasını gerektiren suçlar için Cumhuriyet savcısı takdir yetkisini kullanarak kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verebilirken yapılan değişiklikten sonra üst sınır bir yıla kadar hapis cezasını gerektiren suçlar için artık Cumhuriyet savcısı kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verebilecektir. ÇKK’da 5560 sayılı yasa ile yapılan değişiklikten önce çocuklar için suçun işlenmesi ile mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tanzim suretiyle tamamen giderilmesi koşulu, çocuğun ailesinin veya kendisinin ekonomik durumunun elverişli olmaması halinde aranmakta iken 5560 sayılı yasa ile değişiklikten sonra bu olumlu düzenleme kaldırılmış ve kendisinin ve ailesinin ekonomik durumunun elverişli olup olmamasına bakılmadan mağdurun zararını giderme şartı aranmıştır. ÇKK’da 5560 sayılı yasa ile yapılan değişiklikten önce fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmamış çocuk bakımından, birinci fıkra da öngörülen hapis cezasının üst sınırı üç yıl (üç yıl dahil) olarak uygulanmakta iken yapılan değişiklik ile lehe olan bu durum kaldırılmıştır. ÇKK’da 5560 sayılı yasa ile yapılan değişiklikten önce kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin kararın uygulaması, çocuk hakim onayına bağlı iken 5560 sayılı yasa ile yapılan değişiklikten sonra hakim onayı kaldırıldığından dolayı Cumhuriyet savcısı hakim onayına gerek kalmadan şartların oluşması halinde kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verebilir.

5560 Sayılı Kanun’un 22. maddesi ile ilgili olarak gerekçede, gerek 171. maddenin 1. fıkrasındaki takdir yetkisinin gerekse eklenen fıkra da düzenlenen kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının verilebilmesi için, öncelikle, soruşturma sonucunda toplanan delillerin, iddianame düzenlenmesini gerektirecek şekilde suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturmaması gerekmeyeceği kamu davasının açılması

³⁹⁸ NOYAN, **Ceza Davası**, sh.617 vd.; GEDİK, Doğan sh.108 vd.; ÖZEN, **Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi**, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 67 S: 63, Ankara 2009, sh.21 vd.

için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilmemiş ise veya kovuşturma olanağı bulunmamakta ise, Cumhuriyet savcısının CMK 172. maddesi uyarınca kovuşturmaya yer olmadığına dair karar vermesi gerektiği ifade edilmiştir.³⁹⁹

Bir suç işlendiği iddiasını öğrenen Cumhuriyet savcılığı denetiminde soruşturmayı başlatır. Kolluk yardımı ile delilleri toplatır ve ortada kamu davasını açmayı gerektirir derecede yeterli delil ve şüphe varsa kamu davası açılır. Bu durumda delilin yeterli olup olmadığı hususunda Cumhuriyet savcısının takdir yetkisi vardır. Delil varsa savcı dava açmak zorundadır. Burada istisnalar dışında bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Cumhuriyet savcısı erteleme konusunda tamamen takdir yetkisine sahiptir. Failin gelecekte suç işleyip işlemeyeceğini takdir edip failin yargılama sürecinde yıpranmasından ve ceza evinin olumsuz şartlarından koruma, aile ve sosyal çevresi içerisinde tutuma, adaleti hafif suçlarda uğraştırmama hususunu savcı takdir edecektir.⁴⁰⁰

VII. KAMU DAVASININ AÇILMASININ ERTELENMESİ KARARININ SONUÇLARI , KARARA İTİRAZ, KARARIN KAYDI VE MÜSEDERE İLE İLİŞKİSİ

A. Ertelemenin Sonuçları

CMK 171. maddesinin 4. fıkrası gereğince; kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının sonuçlarını şöyle sıralayabiliriz;

- 1- Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verildikten sonra erteleme süresi içinde fail kasıtlı bir suç işlemediği takdirde, kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesidir.⁴⁰¹
- 2- Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verildikten sonra erteleme süresi içerisinde failin kasıtlı bir suç işlemesi halinde hakkında kamu davası açılır. Erteleme süresi içinde failin suç işlediğinin kabulü için fail hakkında işlenen kasıtlı suçtan dolayı dava açılması ve bu davanın

³⁹⁹ NOYAN, **Ceza Davası**, sh.613

⁴⁰⁰ SOYASLAN, sh.363

⁴⁰¹ NOYAN, **Ceza Davası**, sh.615

mahkumiyetle sonuçlanması halinde kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı geri alınarak kamu davası açılabilir.⁴⁰²

- 3- Kamu davasının açılmasının ertelenmesi süresince zaman aşımı işlemez. CMK 253. maddesinin 19. fıkrası gereğince, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararından sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi durumunda, CMK 171. maddesinin 4. fıkrasındaki şartlar aranmaksızın kamu davası açılır.⁴⁰³

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu sonuçları bakımından TCK'da düzenlenen hapis cezasının ertelenmesi kurumuna benzemektedir.⁴⁰⁴ Savcılık tarafından verilen kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verildiği tarihten itibaren, işleyecek olan beş yıllık erteleme süresi içerisinde, kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilecektir. Çocuklar için beş yıllık süre değil, üç yıllık deneme süresi aranacaktır. Bu denetim süresi içerisinde işlenecek taksirli suçların işlenmesi halinde kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının geri alınması gerekmecektir. Erteleme süresi içerisinde zaman aşımı süresi işlemeyecektir.⁴⁰⁵

Savcı, kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verdiğinde, 18 yaşından büyük şüpheliler için beş yıl süre ile 18 yaşından küçükler bakımından ise üç yıl süre ile kasıtlı bir suç nedeniyle mahkumiyet bulunmaması gerekir. Bu denetim süresinin iyi halle geçirilmesi halinde şüpheli hakkında takipsizlik kararı verilecektir. Şüphelinin ertelenmesi süresinde ise kasıtlı bir suç nedeniyle mahkum olması durumunda kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı düşecek ve ilgili Cumhuriyet savcısı tarafından kamu davası açılacaktır. Burada kasıtlı suç bakımından suç olarak aranması gereken masumiyet karinesi gereği kesinleşmiş bir mahkumiyet kararının aranması gerekir.⁴⁰⁶

⁴⁰² NOYAN, **Ceza Davası**, , sh.615

⁴⁰³ NOYAN, **Ceza Davası**, , sh.615

⁴⁰⁴ ÜNVER / HAKERİ, sh.529

⁴⁰⁵ ERTEM, sh.175 vd.; TÖNGÜR, sh.206 vd.; SOYASLAN, Doğansh.365; ÖZTÜRK / ERDEM sh.715; YURTCAN, **Ceza Yargılaması Hukuku**, sh.397; ÜNVER / HAKERİ, sh.528

⁴⁰⁶ TÖNGÜR, , sh.206 vd.

B. Erteleme Kararına Karşı Denetim Yolu Olarak İtiraz

Takipsizlik kararlarının yargısal denetimi için başvurulmuş kanun yolunun itiraz olarak adlandırılmaktadır. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararlarına CMK'nın 171/2. maddesinin 2. fıkrası gereğince; suçtan zarar gören bu karara, CMK 173. madde hükümlerine göre itiraz edebilir. Bu durumda suçtan zarar görenin itirazı sonucu erteleme kararının isabetli olmadığı ve kamu davasının açılması gerektiği kanaatine varılmışsa ilgili şüpheliler hakkında kamu davasının açılması için iddianame düzenlenecektir.⁴⁰⁷

Kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin karara karşı itiraz usulüne uygun olarak yapılan tebligatta tebliğ tarihinden itibaren başlayarak 15 gündür. Mağdur kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararını veren Cumhuriyet savcısının görev yaptığı en yakın Ağır Ceza Mahkemesine itiraz edebilir. Yapacağı bu başvuruda kamu davası açılarak kovuşturmaya başlanılmasını haklı gösterecek delillerini ve emarelerini ileri sürer. İtiraz üzerine ilgili ağır ceza mahkemesi, itiraz konusu hakkında bir karar vermek için soruşturmanın genişletilmesini uygun görürse bu husus açıkça uygulanmak suretiyle kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin kararına itiraz eden Cumhuriyet savcısının görev yaptığı yargı çevresindeki sulh ceza hakimini görevlendirebilir. Kararı değerlendiren ağır ceza mahkemesi kamu davasının açılması için itiraz nedenlerinin yerinde olmadığına kanaat getirirse, itiraza ilişkin istemi gerekçeli olarak reddeder bu durumda karar kesinleşmiş olur ve itiraz sahibine yaptığı yargılama giderine mahkum ederek dosyayı Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararını veren Cumhuriyet savcılığına gönderir. Kararı alan savcılık bu kararı itiraz eden ve şüpheliye tebliğ eder. Eğer ağır ceza mahkemesi itiraz istemini haklı ve yerinde bulursa, kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin kararı kaldırır. Bu halde Cumhuriyet savcısı iddianame düzenleyerek ilgili mahkemeye sunar.⁴⁰⁸

⁴⁰⁷ YURTCAN, *Ceza Yargılaması Hukuku*, sh.397; NOYAN, *Ceza Davası*, , sh.615; AYDIN, sh.347; TÖNGÜR, Ali Rıza; *Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme*, sh.187 vd.; ÖZTÜRK / ERDEM sh.715

⁴⁰⁸ TÖNGÜR, sh.203; ÖZTÜRK / ERDEM sh.717; YURTCAN, *Ceza Yargılaması Hukuku*, sh.397; ÜNVER / HAKERİ, sh.529

Savcının vermiş olduğu kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının suç mağduruna tebliğ edilmemesi nedeniyle itiraz süresinin geçirilmesi veya itirazın haksız olarak reddedilmesi halinde mağdurun mahkemeye başvuru hakkı engellenmiş olacaktır. Bu halde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 6. Maddesinde belirtilen “adil yargılanma hakkının” ihlal edilmesi neticesine yol açacaktır.⁴⁰⁹ Bu nedenle savcılık tarafından verilen kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı mağdura da tebliğ edilmelidir.

C. Erteleme Kararının Sisteme Kaydı ve Etkisi

CMK’nın 171/5 fıkrası uyarınca; kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararları, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, sadece bir soruşturma veya kovuşturma ile bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir. Adli Sicil Kanunu’nun 6. maddesine göre kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin kararlar adli sicile kaydedilirler. Bu kayıtlar mahkeme, hakim, askeri hakim, Cumhuriyet Başsavcılığı ve askeri savcılık tarafından bir soruşturma ya da kovuşturma ile bağlantılı olarak istenmesi halinde bu bilginin verilmesi amacıyla tutulur.⁴¹⁰

Savcılık tarafından verilen kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı, adli sicil yönetmeliğinin 6. maddesi gereğince Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından doğrudan merkezi adli sicile gönderilerek kaydedilir. Kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin kararlar Cumhuriyet savcılığı tarafından tali karar fişi düzenlenerek Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü’ne gönderilir. 01/01/2006 tarihli ve 62 sayılı Adalet Bakanlığı’nın Bildirme Fişleri ve Silme Kararları hakkındaki genelgesinde de bu husus açıklanmıştır.⁴¹¹

⁴⁰⁹ CENGİZ / DEMİRAĞ / ERGÜL / McBRIDE / TEZCAN **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, sh.99

⁴¹⁰ NOYAN, **Ceza Davası**, , sh.616; TÖNGÜR, sh.202; GEDİK, sh.113 vd.; YURTCAN, **Ceza Yargılaması Hukuku**, sh.397

⁴¹¹ Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü’nün 01/01/2006 tarih ve 62 sayılı Bildirme Fişleri ve Silme Kararları Hakkındaki Genelgesine bakınız: http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/genelge/genelge_9.html Erişim Tarihi: 27/02/2012

VIII. KAMU DAVASININ AÇILMASININ ERTELENMESİ KURUMUNUN UYGULAMASI VE UYGULAMADAKİ SORUNLAR

Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin verdiği kararların uygulanması için başka bir merciinin onayına veya iznine bağlı değildir. Cumhuriyet savcısı kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verdiği andan itibaren itiraz süresi geçtikten sonra herhangi bir merciinin onayına ihtiyaç olmadan bu kararlar uygulanabilecektir.⁴¹³

5395 sayılı ÇKK'nın 19. maddesinde 5560 sayılı yasa ile değişiklikten önce Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin verdiği kararın uygulanması çocuk hakiminin onamasına bağlanmıştı. Fakat 5560 sayılı yasa ile yapılan değişiklik ile bu koşul kaldırılmıştır.⁴¹⁴ Çeşitli hukuk sistemlerinde kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun iki farklı uygulama şekli bulunmaktadır. Bu uygulama şeklindeki farklılık kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararını verecek makamdan kaynaklanmaktadır. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı ya Cumhuriyet savcısı tarafından tek başına ya da Cumhuriyet savcısı ile mahkemenin ortak kararıyla uygulanmaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi Türk Hukukunda kamu davasının açılmasının ertelenmesi uygulaması 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu madde.19'da çocuk hâkiminin onayına tabi tutulmuştu. Yapılan 5560 sayılı değişiklik ile artık Cumhuriyet savcısının kamu davasını açma kararını tek başına verebileceği düzenlenmiştir. Fakat yapılan değişiklik ile suçtan zarar gören, bu karara CMK 173. madde hükümlerine göre itiraz edebileceğinden Cumhuriyet savcısının vermiş olduğu kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararlarının denetim yolu açıktır. Bu nedenle Cumhuriyet savcısının verdiği kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının uygulanmasının hakim ya da mahkemenin onayına tabi tutulması artık gereksizdir çünkü verilen karar ağır ceza mahkemesi tarafından kurul halinde CMK 173. madde hükümleri gereğince incelenecektir. Yine Cumhuriyet savcısının vermiş olduğu kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının hakim ya da mahkemenin onayına tabi tutulması halinde mahkemelerin iş yükü artıracığından, bunun yerine CMK 173.'teki itiraz

⁴¹³ TÖNGÜR, sh.205 vd.

⁴¹⁴ TÖNGÜR, sh.205 vd.

denetimi gibi etkin bir denetim imkanı getirilmesi onay şartından beklenen gayeyi sağlayacaktır. Türkiye'deki mahkemelerin yoğun iş yükü de dikkate alındığında bu konuda hakim onayı şartının getirilmesi durumunda hakim ya da mahkemelerin Cumhuriyet savcılarının taleplerini çok fazla değerlendirme imkanı bulamadan onaylama yoluna gitmeleri tehlikesi de vardır. Neticede CMK madde 171/2'ye göre suçtan zarar görene kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararına itiraz etme hakkı tanınmış olduğundan, CMK madde.171/2 ve 5'te kamu davasının açılmasının ertelenmesi bakımından hakim ya da mahkemenin onayına tabi tutulmaması bir eksiklik olarak kabul edilemez.⁴¹⁵

Hukukumuzda yeni giren kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu önceleri az da olsa uygulama alanı bulabilmekte iken ilerleyen zamanla birlikte uygulama alanı kalmamıştır.

Türkiye geneli kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı ve ülke çapındaki toplam soruşturma sayısına yıllar itibariyle şöyledir;

01/01/2006 – 31/12/2006 tarihleri arasındaki istatistikler :⁴¹⁶

Ülke çapında toplam soruşturma sayısı: 4954216

Tamamlanıp karar verilen soruşturma sayısı: 2410772

Kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilen: 1406992

Kamu davası açılan soruşturma sayısı: 725210

Yetkisizlik kararı verilen soruşturma sayısı: 189755

Görevsizlik kararı verilen soruşturma sayısı: 19654

Birleştirme kararı verilen soruşturma sayısı: 62835

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilen: 9026

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununa göre verilen: KDAEK: 8340

CMK'ya göre verilen KDAEK: 686

⁴¹⁵ MERAKLI, 127 v.d.

⁴¹⁶ YILMAZ, sh.71

01/01/2007 – 31/12/2007 tarihleri arasındaki istatistikler : ⁴¹⁷

Ülke çapında toplam soruşturma sayısı: 5543037

Tamamlanıp karar verilen soruşturma sayısı: 2716826

Kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilen: 1509939

Kamu davası açılan soruşturma sayısı: 912892

Yetkisizlik kararı verilen soruşturma sayısı: 212477

Görevsizlik kararı verilen soruşturma sayısı: 12911

Birleştirme kararı verilen soruşturma sayısı: 68185

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilen: 422

01/01/2008 – 31/12/2008 tarihleri arasındaki istatistikler : ⁴¹⁸

Ülke çapında toplam soruşturma sayısı: 5624423

Tamamlanıp karar verilen soruşturma sayısı: 2839943

Kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilen: 1452778

Kamu davası açılan soruşturma sayısı: 1067045

Yetkisizlik kararı verilen soruşturma sayısı: 224638

Görevsizlik kararı verilen soruşturma sayısı: 17505

Birleştirme kararı verilen soruşturma sayısı: 77968

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilen: 9

01/01/2009 – 31/12/2009 tarihleri arasındaki istatistikler : ⁴¹⁹

⁴¹⁷ YILMAZ, sh.72

⁴¹⁸ www.adlisicil.gov.tr Erişim Tarihi: 16/01/2012

⁴¹⁹ www.adlisicil.gov.tr Erişim Tarihi: 16/01/2012

Ülke çapında toplam soruşturma sayısı: 6030670

Tamamlanıp karar verilen soruşturma sayısı: 3228261

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilen: 0

Cumhuriyet Başsavcılıklarının sonuçlanan soruşturmalardaki şüpheli sayısının soruşturma sonucuna göre dağılımı ⁴²⁰ (01/01/2010 – 31/12/2010) :

Kovuşturmaya yer olmadığına dair verilen toplam karar sayısı: 1996690

Kamu davası açılan toplam soruşturma sayısı: 2881643

Yetkisizlik verilen soruşturma sayısı: 448660

Görevsizlik kararı verilen dosya sayısı: 22342

Birleştirme kararı verilen soruşturma sayısı: 144557

Başka büroya gönderilen soruşturma sayısı: 3013

Kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilen: 0

Toplam Soruşturma Sayısı: 6076676

Yukarıdaki istatistiklerden görüldüğü üzere 2006 yılı içerisinde kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı 9026, 2007 yılında 422, 2008 yılında 9, 2009 ve 2010 yıllarında ise 0'dır. Bu da göstermektedir ki; başlangıçta uygulanmakta olan kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu savcılıklar tarafından geçen zaman süresinde uygulanamamaktadır. Bu durum bu kurumun Cumhuriyet savcıları tarafından uygulanamadığını göstermektedir.

Türkiye genelinde Cumhuriyet savcıları tarafından kamu davasının açılmasının ertelenmesinin neden uygulanamadığı araştırılmış ve bunun cevabının bulunması amacıyla Türkiye genelinde görev yapan Cumhuriyet savcılarının ceza muhakemesi kanunu ile yasalaşmasına karşın kamu davasının açılmasının

⁴²⁰ www.adlisicil.gov.tr Erişim Tarihi: 16/01/2012

ertelenmesi kararını niçin vermedikleri 2012 yılında yapılan anketle soruldu. Kendilerine anket formunda verilen cevaplardan en yakın olanı işaretlemeleri istendi. Yine birden fazla cevabı işaretleyebilecekleri belirtildi. Bu anket çeşitli il merkezleri Başsavcılıklarında ve çeşitli il taşra savcılıklarında yapıldı.⁴²¹

Ankete katılan 121 Cumhuriyet savcısının vermiş olduğu cevaplara göre;

44 Cumhuriyet savcısı ‘‘Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı iş yüzdesini etkileyeceği ve terfi etmekte sıkıntı çekeceği için vermek istemediği’’ni belirtmiştir

37 Cumhuriyet savcısı ‘‘Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun kanunda belirtilen şartları oluşturmadığı için vermediğini’’ belirtmiştir.

53 Cumhuriyet savcısı ‘‘Kamu davasının açılmasının ertelenmesinin Cumhuriyet savcılarına ek külfet getirecek olması nedeniyle vermek istemediğini’’ belirtmiştir.

30 Cumhuriyet savcısı ‘‘Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararını delillerin değerlendirilmesi ve tartışılması mahkemeye ait olduğu için vermek istemediğini’’ belirtmiştir.

26 Cumhuriyet savcısı ‘‘Mahkemenin değerlendirmesinin daha adil bir sonuç doğuracağına inandığı için vermek istemediğini’’ belirtmiştir.

11 Cumhuriyet savcısı ‘‘Adalet Akademisi’nde önermedikleri için Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararını vermek istemediğini’’ belirtmiştir.

22 Cumhuriyet savcısı ‘‘Müfettiş tarafından olumsuz bakılacağından ve sorumluluk getireceğinden Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı vermek istemediğini’’ belirtmiştir.

Türkiye geneli kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı ve ülke çapındaki toplam soruşturma sayısını yıllar itibarıyla veren yukarıdaki istatistik ve Türkiye genelinde yapılan 121 Cumhuriyet savcının niçin kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar vermediklerine ilişkin anket birlikte değerlendirildiğinde aşağıdaki sonuçlara ulaşılmaktadır.

⁴²¹ Ek-1’deki anket formuna bakınız. 6 Cumhuriyet savcısı anketteki hepsi seçeneğini işaretlemiştir.

A. Anket ve İstatistikler Işığında Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kurumuna İlişkin Sorunlar ve Öneriler

1- Kamu davası açılmasının ertelenmesi kurumunun uygulanmama sebeplerinden birisi de yukarıda belirtildiği gibi kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun uygulandığı suçların şikayete bağlı suçlardan olup aynı zamanda üst sınırı bir yıl ya da daha az hapis cezasını gereken suçlardan olması zorunluluğudur. Bu zorunluluk nedeni ile kamu davasının açılmasının ertelenebilirliği önemli derecede kısıtlanmıştır. Bu nedenle kamu davasının açılmasının ertelenmesi sadece şikayete bağlı suçlar ile ve üst sınırı bir yıl ya da daha az hapis cezasını gerektiren suçlar ile uygulanabilir olmaktan çıkartılmalı ve uygulama alanı genişletilmelidir. Resen takip edilmesi gereken suçlar bakımından da kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmesi olanaklı olmalıdır. Bu yönde yapılacak bir değişiklik kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunu işlevsel kılacaktır. Kaldı ki kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun asıl amacı; hafif suçluluğun cezalandırılmasının artmasının önüne geçmek ve bu sayede mahkemelerin iş yükünü azaltmaktır. Bu sayede hafif ağırlıktaki suçlar bakımından muhakemeyi basitleştirerek orta ve ağır suçlulukla mücadeleyi hızlıca gerçekleştirebilmek bakımından mahkemelerin çalışma kapasitesinin artırılmasını sağlamaktır. Bu yolla basit suçlar savcılık aşamasında mümkün olduğu kadar sonuçlandırılacağından, mahkemeler orta ve ağır suçlulukla mücadelede hafif suçlarla meşgul olmayarak zaman ve emek kaybından kurtulacaktır. Aynı zamanda muhakemenin hızlanmasını sağlayacaktır. ⁴²²

2- Yukarıda üçüncü bölümde belirtildiği gibi kamu davasının açılmasının ertelenmesi koşulları arasında hapis cezası ile birlikte veya seçimlik olarak adli para cezası öngörülen hallerde de kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebileceği açıkça kanunda yer verilmelidir. Bu durumda kamu davasının

⁴²² Bkz MERAĞLI, sh.123

açılmasının ertelenmesi kurumunun uygulanabilirliği artacak ve uygulanması kolaylaşacaktır.

3- Savcılıklar tarafından kamu davası açılmasının ertelenmesi kararının verilmemesinin diğer bir sebebi ise benzer bir kurum olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun şüpheli ve sanık hakkında aynı sonucu doğurması ve kararın mahkeme tarafından verilmiş olması sebebiyle sanığın daha dikkatli davranmasına yol açacağı, sanığın yargılanması ve sonuçta hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasının daha adil olacağına ilişkin kanaattir. Başka bir deyişle, Cumhuriyet savcılarının CMK md.231’de hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun düzenlenmesinden ötürü aslında kamu davasının açılmasının erteleneceği fiiller bakımından yargılama sonunda mahkeme tarafından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı olası olduğu için bu konudaki takdir yetkileri mahkemelere bırakılmaktadır. Nitekim Türkiye genelinde Cumhuriyet savcılarının yapılan anket sonucunda 26 Cumhuriyet savcısı “Mahkemenin değerlendirmesinin daha adil bir sonuç doğuracağına inandığı için kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar vermek istemediğini” belirtmiştir. Bu da göstermektedir ki Cumhuriyet savcılarının %21’i bu gerekçeye dayanarak kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar vermemektedir. Bu kanı yanlıştır. Şöyle ki; Cumhuriyet savcılarının ve hakimlerin hukuk fakültesi mezunlarından alınmaktadır ve yapılan tek bir sınava göre hakim ve savcılar alınmaktadır. Yani hakim ve savcı için ayrı ayrı sınav yapılmamaktadır. Yine meslek kuralarına kadar aynı eğitimi görmektedirler. Bu nedenle mahkemede bir hakimin yapacağı hukuki değerlendirmeyi soruşturma safhasında Cumhuriyet savcısı da yapabilecektir. Bu nedenle Cumhuriyet savcılarının bu haksız kanıya terk ederek sorumluluk almaları gerekmektedir. Kanaatimizce uygulamada bu kurumun uygulaması arttıkça bu yanlış kanı kendiliğinden ortadan kalkacak ve bu kurumun uygulama oranı artacaktır.

4- Türkiye geneli 2010 yılı toplam soruşturma sayısının 6076676 olduğu ve hiçbir Başsavcılık tarafından da kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının verilmediğini dikkate alındığında bu kurumdan beklenen fayda sağlanamadığı açıktır. Bunun nedeni; bir yıl ve altındaki hapis cezasını gerektiren ve aynı zamanda şikayete bağlı suçlarda uygulanıyor olması gösterilebilir. Şikayet şartının kaldırılması ve bir yıllık sürenin arttırılması durumunda savcılık makamının yetkisi

genişletileceği için kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun uygulanma imkanı artacaktır. Nitekim 37 Cumhuriyet savcısı ‘‘Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun kanunda belirtilen şartları oluşturmadığı için kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar vermek istemediğini’’ belirtmiştir. Bu da göstermektedir ki Cumhuriyet savcılarının %30’u bu gerekçeye dayanarak kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verememektedir. Yukarıda kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun hangi suçlar bakımından uygulanacağını belirtmiştik. Söz konusu bu suçları incelediğimizde kanun koyucunun sadece takibi şikayete bağlı suçlar için kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilebilme imkanının sağladığı görülecektir. Kanun koyucu sadece şikayete bağlı suçlar için bir sınırlama getirmeyip aynı zamanda bu şikayete bağlı suçların st sınırı bir yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebileceğini düzenleyerek Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini iyice sınırlamıştır. CMK 171/2’de sadece st sınırı bir yıl ve daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan bahsedildiğinden, tek başına hapis cezası ile birlikte ya da seçimlik olarak kanunda yer verilen adli para cezalarının varlığı halinde kamu davasının açılmasının ertelenmesinin mümkün olup olmadığı tartışmalı olduğundan ve madde metninde sadece hapis cezasından bahsedilmiş olduğundan ve adli para cezasından ise hiç söz edilmediğinden bu durumda kamu davasının açılmasının ertelenmesi bakımından salt adli para cezasını gerektiren suçlar bakımından ise kamu davasının açılmasının ertelenmesi uygulanamayacağından kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun uygulama alanı dardır. Çünkü salt adli para cezası gerektiren suçlar bakımından n ödeme imkan dahilinde olduğundan aynı amaca hizmet eden bir kurum niteliğindeki kamu davasının açılmasının ertelenmesinin şüpheliye tanınan ikinci bir olanak olarak uygulanması anlamsız olacaktır.⁴²³ Nitekim Türkiye geneli kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı ve Türkiye çapındaki toplam soruşturma sayısına ilişkin yukarıda belirtilen istatistikler incelendiğinde en çok kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının 2006 ve 2007 yıllarında verilmiş olduğu görülür. Bunun nedeni 5560 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önceki 5395 sayılı ocuk Koruma Kanununda ocuklar için madde.19 gereğince st sınırı üç aydan fazla ve

⁴²³ MERAKLI, sh.129 vd.

iki yıla kadar (hapis cezasının veya adli para cezasını gerektirir suçlar) açısından Cumhuriyet savcısına kamu davasının açılmasının ertelenmesine yönelik takdir yetkisi verilmiş olmasıdır. Yine değişiklikten önce fiili işlediği sırada 15 yaşını doldurmamış çocuklar bakımından, birinci fıkrada öngörülen hapis cezasının üst sınırı üç yıl (üç yıl dahil) olarak uygulandığı için Cumhuriyet savcısının takdir yetkisi hayli genişken, 5560 sayılı kanun ile yapılan değişiklik ile CMK 171/2 vd. fıkralarında düzenlenen kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun Cumhuriyet savcıları tarafından verilebilme koşullarının şikayete bağlı suçlar ve üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlar olarak kanun koyucu tarafından sınırlandırılması uygulama alanı daraltılmış ve neticede de yukarıdaki istatistiklerden de anlaşılabacağı üzere uygulama alanı kalmamıştır.

5- Kamu davası açılmasının ertelenmesi kararının savcılıklar tarafından verilmemesinin bir diğer nedeni de karar verildikten sonra yetişkinler de çocuklar için öngörülen denetim süresi içerisinde soruşturmanın derdest olması ve Cumhuriyet savcılarının iş listesinde bu süre içerisinde yer edinmesidir. Cumhuriyet savcıları çıkarttıkları iş yüzdesine göre terfi edebilmektedir. İş listesinde derdest olarak görünen soruşturma dosyaları terfi olumsuz yönde etkilediğinden dolayı bu kararın verilmemesi yönünde bir eğilim ortaya çıkmaktadır. Bu durumda kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumun uygulanabilmesi için kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının da verilmesiyle bu dosyaların savcıların iş yüzdesinden düşeceğinin kabul edilmesi halinde bu karar daha çok verilecektir. Nitekim 44 Cumhuriyet savcısı ‘‘Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı iş yüzdesini etkileyeceği ve terfi etmekte sıkıntı çekeceği için kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı vermek istemediği’’ni belirtmiştir Bu da göstermektedir ki Cumhuriyet savcılarının %36’sı bu gerekçeye dayanarak kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verememektedir. Cumhuriyet savcılarının bu gerekçeleri haksız değildir. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun ‘‘İş Cetvelleri, Sicil Fişleri ve Başarı Bildirim Formları’’na ilişkin 18/10/2011 tarihli ve 29 no’lu genelgesinde⁴²⁴; ‘‘Cumhuriyet savcılarının uhdesinde bulunan terfi dönemi itibarıyla uzlaştırmacıya tevdi edilen ancak henüz sonuçlandırılmayan soruşturma dosyaları terfi dönemi içerisinde uzlaştırmayla sonuçlandırılan dosya sayısının iş cetvelinin izahat kısmında

⁴²⁴ bkz: www.hsyk.gov.tr

gösterilmesi, bu durumun terfide lehe olarak değerlendirileceğinin bilinmesi” bildirildiği halde kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararını verilmesi halinde terfide lehe olarak değerlendirileceği ya da çıkartılmış soruşturma evrakı olarak değerlendirileceği yukarıda belirtilen genelgede belirtilmediğinden uygulamada terfi kaygısı nedeniyle Cumhuriyet savcıları tarafından uygulanmamaktadır. Kamu davasının açılmasının ertelenmesine benzer bir kurum olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumundan hakim dosyada hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verdiğinden, dava esası kapandığından ve söz konusu bu iş artık çıkartılmış olan işinden sayıldığından dolayı ülkemizde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu oturmuştur. Oysa Cumhuriyet savcıları tarafından yapılan soruşturma sonucunda verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar ve veya iddianame düzenlenmesi halinde soruşturma evrakı kapandığından kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verildiğinden beş yıllık denetim süresi boyunca soruşturma evrakı savcıların iş cetvelinde derdest olarak gözüktüğünden bu kurum Türkiye’de uygulaması oturmamıştır. Yukarıda belirttiğimiz gibi Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun “İş Cetvelleri, Sicil Fişleri ve Başarı Bildirim Formları”na ilişkin 18/10/2011 tarihli ve 29 no’lu genelgesinde bu durum yeniden düzenlenerek savcıların terfi kaygısı giderildiği takdirde kurumun uygulama önündeki bir engel aşılmış olacaktır.⁴²⁵

6- Adalet Bakanlığı tarafından 2007 yılına ilişkin yapılan istatistiklere göre Cumhuriyet savcılarına düşen yıllık soruşturma evrakı işlerinde artış görülmektedir. Şöyle ki; 2007’de savcılığa gelen yıllık soruşturma evrakı sayısı savcılıktan çıkan soruşturma evrakı sayısından neredeyse %6 daha yüksektir. Bu rakam ciddi suçlara ve organize suçlara karşı kovuşturma yetkisi başlatmaya sahip savcılıklarda daha da fazladır. Bütün savcılıkların işleri yığılmaktadır. Savcılıklarda ortalama bir yılda alınan dosyaların yaklaşık %7’si yığılmaktadır.⁴²⁶ Bu nedenle Cumhuriyet savcılarının rahatlatılması için sayılarının arttırılması lazım gerekmektedir. Cumhuriyet savcılarının sayısı arttırıldığında bu kurumun daha iyi uygulanacağını

⁴²⁵ Anket çalışmamızda yaptığımız incelemede terfi kaygısı olmayan savcılarımızın bu kurumu savcılara ek külfet getirdiği için uygulayamadıklarını belirttikleri görülmüştür; Aynı yönde tespit ve öneriler için bkz. Yılmaz, sh 73-74.

⁴²⁶ TAŞKIN, Ahmet, **Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Etkililiği**, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2009, sh.215 Bkz, Yılmaz sh 74.

düşünmekteyiz. Nitekim Cumhuriyet savcılarının arasında yapılan ankette 53 Cumhuriyet savcısı “Kamu davasının açılmasının ertelenmesinin Cumhuriyet savcılarının ek külfet getirecek olması nedeniyle kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar vermek istemediğini” belirtmiştir. Bu da göstermektedir ki Cumhuriyet savcılarının %43’ü bu gerekçeye dayanarak kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verememektedir. Cumhuriyet savcılarının kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verdiklerinde yukarıda belirttiğimiz gibi soruşturma evrakı bu kararla derdest olarak kalmaktadır. Bunun neticesinde ise şüphelinin denetim süresi olan 18 yaşından büyükler için beş yıl 18 yaşından küçükler için üç yıl boyunca bu evrakın Cumhuriyet savcısı tarafından takibi gerekmektedir. Şöyle ki şüpheli denetim yükümlülüklerine uymadığı takdirde şüpheli hakkında kamu davası açacaktır. Şüphelinin belirlenen yükümlülüklerle uyduğu takdirde ise hakkında denetim süresi sonunda kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verecektir. Yoğun iş yükü altında ezilen savcılar için bu ek bir külfettir. Yukarıda belirttiğimiz gibi şayet Cumhuriyet savcılarının sayıları artırılmak suretiyle iş yükleri azaltılırsa kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun uygulanmasının artacağı kanaatindeyiz.

7- Türkiye genelinde yapılan ankette 30 Cumhuriyet savcısı “Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararını delillerin değerlendirilmesi ve tartışılması mahkemeye ait olduğu için vermek istemediğini” belirtmiştir. Bu da göstermektedir ki Cumhuriyet savcılarının %24’ü bu gerekçeye dayanarak kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verememektedir. Bu kanı da yersizdir. Çünkü Cumhuriyet savcılarının değerlendirme yetkisi vardır ve tüm soruşturma boyunca yaptıkları da delilleri toplamak ve değerlendirmekten ibarettir. Bu sebeple savcılığın delil değerlendirme yetkisine olmadığına dair görüşlere katılmamaktayız. Cumhuriyet savcısı suç haberi aldığı andan itibaren kamu davası açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar ve yapılan soruşturmada topladığı delillere göre öncelikle suçun bütün unsurları ile oluşup oluşmadığını değerlendirecektir. Suçun maddi unsuru, manevi unsuru, hukuka aykırılık unsuru yani tüm unsurları oluşmuş ise dava açacaktır. Aksi takdirde ise eylemin suç olmadığından kamu adına kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verecektir. Cumhuriyet savcılarının tanınan takdir yetkisi, gerektiği gibi kullanıldığı

takdirde mahkemelerin iş yükü azalır ve buna bağlı olarak da yargılama safhası kısa sürede tamamlanır. Yapılan yargılamada beraatle sonuçlanan bir çok dava dava açılmadan sonuçlanmış olur ve buna bağlı olarak da haksız tutuklama nedeniyle devletin zarar etmesinin de önüne geçilmiş olur. Ayrıca soruşturma evresinin gizliliği nedeniyle şüpheliler kamuoyu önünde fazla lekelenmeden kurtulmuş olur.⁴²⁷ Bu saydığım gerekçelerle kamu davası açıp açmamada takdir yetkisi bulunan Cumhuriyet savcılarının kamu davası açmak için toplamış oldukları delilleri değerlendirmede takdir yetkilerinin bulunduğu muhakkaktır. Lakin Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 19/10/2007 tarih ve 2007/7331 Esas, 2007/7906 K.sayılı kararında “... mahkeme heyetine huzurda alenen hakaret suçundan şüpheli Avukat Ünsal MERAL hakkında 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 59/2. maddesi gereğince son soruşturmanın açılmasına dair Kırklareli Cumhuriyet Başsavcılığının 18/09/2006 tarih ve 2006/2587 soruşturma, 2006/93 sayılı iddianamesi üzerine son soruşturma açılmasına yer olmadığına dair Kırklareli Ağır Ceza Mahkemesince kesinleşen 07/11/2006 tarih ve 2006/307-217 sayılı karar aleyhine Adalet Bakanlığınca verilen 07/03/2007 gün ve 24108 sayılı yasa yararına bozma isteği tebliğname ile birlikte dairesine gönderilmekle incelendi ve gereği düşünüldü;

Tebliğnamede dosya kapsamına göre şüpheli Ünsal ERAL’ın sanık Halil İbrahim DEREBEYİ ve Emrah MERMİ müdafileri sıfatıyla katılımı Edirne 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 27/06/2006 tarihli duruşmasında ve aynı tarihli havaleli esas hakkındaki mütalaa ile ilgili savunma dilekçesinde mahkeme heyetini kast ederek, düşüncemiz hazırlık aşamasından şu anki yargımla aşamasına kadar sanıklara ön yargılı davranıldığı yönündedir... Soruşturmanın başından bugüne kadar zaten cezası baştan kesilmiş sanıklara nefret duyguları ile adeta terörist, ülkeyi bölmeye çalışan kişiler gözü ile bakılarak yargılama yapılıyor... Eğer müvekkil sanıklar en ağır cezayı almaları her şeyi düzeltecek ve herkesi rahatlatacaksa buyurun cezalandırın şeklindeki ifadeler kullanıldığı, şüpheli üzerine atılı suçun mevcut deliller ile birlikte değerlendirildiğinde, kamu davasının açılmasını gerektirir nitelikte bulunduğu gibi delillerin mahkemesince takdir ve değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeksizin yazılı şekilde karar verilmesine isabet görülmemiştir denilmektedir.

⁴²⁷ ÖZEN, sh.65 vd.

Kamu davasının açılmasını başlığını taşıyan CMK'nın 170/2. maddesinde soruşturma evresi sonunda toplanan deliller suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı bir iddianame düzenler hükmü yer almaktadır. Son soruşturmanın açılması kararı hükmün dava açan bir işlem olma niteliğinden ötürü uygulamada iddianame gibi değerlendirilmektedir. Buna göre, soruşturma sonunda toplanan deliller suçun işlendiği hususunda kamu davası açmaya yeterli şüphe oluşturuyorsa son soruşturmanın açılması kararı verilmelidir. İncelenen dosyada, şüpheli avukatın müdafii olduğu sanıkların yargılamaları sırasında esas hakkındaki mütalaaya karşılık olarak verdiği savunma dilekçesinde yer alan hazırlık aşamasından yargılama aşamasına kadar sanıklara ön yargılı davranıldığı, sanıklara nefret duygularıyla adeta terörist, ülkeyi bölmeye çalışan kişiler gözü ile bakılıp yargılama yapıldığı biçimindeki sözlerine ilişkin olarak davanın açılmasını sağlayacak olan son soruşturmanın açılması kararının vermek için yeterli şüphenin bulunduğu, delilleri değerlendirme, tartışma ve suçun nitelenen ve kastının saptanmasının yargılamayı yapacak mahkemenin görevi olduğu; nitekim Cumhuriyet savcısının kamu davası açmayı düzenleyen CMK'nın 170. maddesi hükmüne göre suçun işlendiği hususunda “yeterli delil” değil, daha geniş anlamli bir kavram olan “yeterli şüphe” bulunmasının, savcının dava açan iddianameyi düzenlemesi için gerekli bir neden ve zorunlu koşul olduğu anlaşılmıştır. Bu durumda şüpheli hakkında dava açılması kararı verilerek yapılacak yargılama sırasında şüphelinin lehine ve aleyhine tüm delillerin görevli mahkemesince tartışılması hukuken sabit olacaktır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığını yasa yararına bozma isteği doğrultusunda düzenlediği tebliğnamedeki düşünce, yapılan açıklamalar ışığında yerinde görüldüğünden mahkemesinde verilip itiraz etmeksizin kesinleşen 07/11/2006 gün ve 2006/207-217 sayılı kararın CMK 309. maddesi uyarınca bozulmasına yasa maddesinin 4/a fıkrası gereğince sonraki işlemlerin yerinde tamamlanmasına 09/10/2007 tarihinde oy birliği ile karar verildi.”

⁴²⁸ şeklindeki katılmadığımız kararında Yargıtay 4. Ceza Dairesinin delillerin değerlendirme yetkisinin mahkemeye ait olduğunu karar vermiştir. Cumhuriyet savcıları söz konusu karar doğrultusunda hareket ettikleri takdirde hemen hemen her hususta delilleri takdir edemedikleri için kamu davası açmak zorunda kalacaklardır.

⁴²⁸ www.adalet.org Yargıtay Ceza Dairesi Kararı Arama Ekranı Erişim Tarihi: 23/05/2012

Buna göre açılan bir çok dava da beraat ile sonuçlanacaktır. Bu durumda zaten yavaş işleyen yargılama safhasının tamamen kilitlenmesine sebep olacaktır. Yukarıda belirttiğimiz gibi Cumhuriyet savcısı delilleri takdir etmeden zaten iddianame düzenlemeyi ya da kovuşturmaya yer olmadığına dair karar vermeye yer olup olmadığına karar veremeyecektir. Bu nedenle yukarıdaki belirtilen Yargıtay kararına katılmıyoruz ve ceza yargılamasının daha hızlı ve sağlıklı işlemesi için Cumhuriyet savcılarının sorumluluk alması gerektiğine inanıyoruz. Ayrıca Cumhuriyet savcılarının yetişme koşulları ve özverili çalışmaları da dikkate alındığında onlara güvenmemiz gerektiği de bir gerçektir.

8- Türkiye genelinde yapılan ankette 11 Cumhuriyet savcısı “Adalet Akademisi’nde önermedikleri için Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı vermek istemediğini” belirtmiştir. Bu da göstermektedir ki Cumhuriyet savcılarının %9’u bu gerekçeye dayanarak kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar vermemektedir. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu uygulandıkça ve uygulamada yeknesaklık kazandıkça bu tür olumsuz kanaatler ortadan kalkacak ve uygulama oranı kanaatimizce artacaktır.⁴²⁹

9- Türkiye genelinde yapılan ankette 22 Cumhuriyet savcısı “Müfettiş tarafından olumsuz bakılacağından ve sorumluluk getireceğinden Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı vermek istemediğini” belirtmiştir. Bu da göstermektedir ki Cumhuriyet savcılarının %18’i bu gerekçeye dayanarak kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar vermemektedir. Bu kanı yersizdir. HSYK tarafından görevlendirilen müfettişler savcıların yaptıkları işlemlerin kanuna, genelge ve yönetmeliğe uygun yapıp yapılmadığını denetlerler. Cumhuriyet savcısı CMK 171/2 madde ve devamında belirtilen şartlara göre kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verdiği takdirde herhangi bir sorumluluğu olmayacaktır. Bu nedenle bu yersiz kanı terk edilerek, kanunda belirtilen şartlar oluştuğunda Cumhuriyet savcılar tarafından cesaretle kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmelidir.

⁴²⁹ Bu cevap genellikle mesleğe yeni başlayan savcı meslektaşlarımız tarafından verilmiştir. Kanımızca Adalet Akademisinde ders veren hocalarımızın kendi şahsi kanaatidir.

SONUÇ

Cumhuriyet savcısının soruşturma evresinde hakim olması hasebiyle çok asli ve önemli bir fonksiyonu bulunmaktadır. Cumhuriyet savcısı, kamu adına iddia makamını işgal ettiğinden dolayı bir taraftan kamu düzeninin teminini diğer taraftan hukuk barışını tesisi amacıyla hem mağdurun hem de şüphelinin temel hak ve özgürlüklerini muhafaza etmekle sorumludur. Cumhuriyet savcısının kamu adına iddia makamını işgal etmesinden dolayı, kendisine bir takım hak ve yetkiler tanınmıştır.

Kamusallık esası, CMK'da kamu davasının açılış sürecine ilişkin düzenlemelere yoğun bir biçimde hakim olmuştur. Ceza normu ihlali ile bozulan kamu düzeninin tesisinin devlet tarafından sağlanabilmesi için, hiçbir suç ayrımı gözetmeksizin tüm suçlar açısından kamu davası açılması kabul edilerek, Cumhuriyet savcılarına mutlak iddia tekeli tanınmıştır.

Savcıya takdir yetkisi tanınmasına ilişkin düzenlemeler yer verilmesi, Fransız devrimi sonrasında gerçekleşmiştir. Cumhuriyet savcısına kovuşturma mecburiyeti ilkesinin bir istisnası olarak yer verilmesi ise Kıta Avrupası Hukukunda Alman Hukuku öncülüğünde gelişmiştir. Gerçekten de kovuşturma mecburiyeti ilkesinin sınırlarına ilişkin ilk esaslı düzenlemenin 04/01/1924 tarihli Emminger düzenlemesi olarak anılan reform olduğu söylenmelidir. O tarihten bu yana Almanya'da ve onun etki ettiği Kıta Avrupası hukukunda Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınması doktrinin görüşlerinin de katkısı ile genişlemek eğilimindedir. Uzak Doğu Hukuk sisteminde özellikle Japonya'da XX. Yüzyılın başlarından beri maslahata uygunluk prensibi benimsenmiştir. Maslahata uygunluk ilkesi uyarınca Japonya'da açılan kamu davalarının %99'u mahkumiyet ile sonuçlanmaktadır. Bu da maslahata uygunluk prensibinin çok yerinde uygulandığını göstermektedir.

Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere Hukuk sistemlerinde takdirilik sisteminin oldukça geniş bir biçimde uygulandığı, hatta savcılar dışında kolluğa dahi bazı durumlarda soruşturmayı başlatmaya yönelik takdir yetkisi verildiği görülmektedir. Anglo-Sakson hukukunda uzun bir süre uygulanan ve usul ekonomisi

açısından yararları görülen maslahata uygunluk ilkesinin Kıta Avrupa'sı Ceza Sisteminde de artarak uygulanmaya başlandığı görülmektedir. Ülkemizde açılan kamu davalarının %46'sının mahkumiyetle sonuçlandığı ve mahkemelerin ağır iş yükü de dikkate alınarak, maslahata uygunluk ilkesinin hukukumuzda yer almasıyla mahkemelerin gereksiz yere oyalanmaları önlenecektir. Kıta Avrupa'sı Hukuk Sisteminde özellikle Almanya ve Avusturya Ceza Muhakemeleri Kanunlarında son zamanlarda yapılan ve yapılmaya devam eden değişikliklerle maslahata uygunluk prensibi genişletilmeye çalışılmaktadır.

Ülkemizde kanun koyucu mukayeseli hukuktaki gelişmelere paralel olarak getirdiği maslahata uygunluk prensibi ancak CMK'nın 171/1. maddesinin şahsi cezasızlık ve tam cezasızlık doğuracak etkin pişmanlık hallerinde uygulanması ile Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanımıştır. Maslahata uygunluk ilkesi, yeterli şüphenin varlığına rağmen kamu davasının açılmasını sağladığından soruşturma sonucunda yeterli şüphe elde edilmemiş veya kovuşturma olanağı bulunmadığı durumda savcısının takdir yetkisine dayanarak kamu davasını açmaması mümkün değildir. Bir başka ifadeyle, savcının takdir yetkisi sadece yeterli suç şüphesinin varlığının tespitinin sonrasındaki aşamada kullanılabilir. CMK madde 171'de yer verdiği Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini tanıyan düzenlemeler ile Türk Hukukunda kovuşturma mecburiyeti yanında Cumhuriyet savcısına istisna olarak takdir yetkisi tanımayı tercih etmiştir. Bu yerinde bir gelişme olmakla birlikte Türk hukukunda Cumhuriyet savcısına takdir yetkisini tanıyan düzenlemelere daha çok yer verilerek bu istisnalar arttırılmalıdır.

Cumhuriyet savcıları, kamu davası açma görevlerini kural olarak ceza soruşturmasının mecburiliği ilkesi ışığında yürütmektedir. CMK Cumhuriyet savcılarına kural olarak kamu yararına takdir hakkı tanımayarak ve şahsi dava usulüne yer vermeyerek katı bir soruşturma mecburiyeti ilkesi ve devamında kovuşturma mecburiyeti ilkesini benimsediğini söylemek yanlış olmayacaktır. Katı bir kovuşturma mecburiyeti ilkesinin benimsenmesi, kanun koyucunun ceza siyaseti tercihinin ceza kovuşturmasında devlet erkine baskın bir nitelik tanınmasından yana kullanmış olduğunu göstermektedir.

CMK, hem mahkemelerin kronik iş yükü hem de bazı hafif suçlar açısından kovuşturma evresinin esaslı yüklerine tabi bırakılmamasındaki bireysel ve sosyal faydayı dikkate alarak; uyuşmazlıkların kovuşturma evresine geçilmeden halledilmesi amacıyla, kamu davasının mecburiliği ilkesinin istisnalarını kabul etmelidir. CMK'nın 171. maddesi ile maslahata uygunluk ilkesi gereğince Cumhuriyet savcılarının, kamu davasını açmada belli suç tipleri ile sınırlı olmak üzere, takdir yetkisi getirmiştir. CMK md. 171/1'deki suç tipleri daha çok taksirli suçlar ve aile arasında işlenen suçlar olsa da, etkin pişmanlık hallerinde, daha çok ceza verilmesini gerektiren suç tiplerinde de, kamu davası açmada savcılara takdir yetkisi verildiği görülmektedir.

CMK'nın 173/5. maddesinde savcıların takdir yetkilerini kullanmak suretiyle vermiş oldukları kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlara karşı itiraz yolunun kapalı olması, kovuşturamama kararı veren savcıların bağlı bulundukları başsavcılarca kovuşturamama kararının incelenmesini engellemeyecektir. Doktrinde savcılara tanınan takdir yetkisine en büyük eleştirinin getirildiği bu konuda, kanun koyucu CMK 173/5'de bir değişikliğe giderek savcıların bu yetkilerini kullanarak vermiş oldukları takipsizlik kararlarına karşı itiraz kanun yolu açılmalıdır. Söz konusu bu değişiklik yapılana kadar savcıların takdir yetkisini kullanarak kovuşturmaya yer olmadığına dair vermiş oldukları kararlara karşı veren savcıların bağlı bulundukları başsavcılıklara idari itiraz yoluna gidilerek söz konusu kararın kaldırılması istenebilir.

CMK'nın 171/1 fıkrasındaki düzenleme sakıncasından çok yararı olduğu aşıkardır. Ülkemizde her yıl mahkemelerin iş yükü artmaktadır ve vatandaş uzun bir yargılama süreci ile muhatap olmak zorunda bırakılmaktadır. Bu da demokratik bir toplumda vazgeçilmez olan adil yargılanma hakkını aykırılık teşkil etmektedir. Burada savcılara bu yetki verilerek hiç olmazsa kovuşturma evresindeki mahkemeler ve temyiz mercii rahatlatılarak iş yükü altında ezilmeleri önlenecektir. Yine muhakemenin ekonomik şekilde gerçekleşmesini sağlayacaktır.

CMK md. 171/1'deki hüküm sınırlayıcı ve istisnai bir hüküm olarak düzenlendiği için Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanıyan CMK 171'in de istisnai bir hüküm olduğu dikkate alınarak bu hüküm kıyas yolu ile genişletilemez.

Cumhuriyet savcılarının takdir yetkisini düzenleyen CMK 171/2 ve devamındaki fıkralar maslahata uygunluk ilkesinin bir sonucu olarak kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu adı altında kanunumuzda yer bulmuştur. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun amacı, niteliği, koşulları ve sonuçları açısından birlikte değerlendirildiğinde, af niteliğinde bir kurum olmadığı görülecektir. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu mahkemelerin ağır iş yükü altında bulunması ve ceza yargılamasının makul sürede tamamlanmamasından kaynaklanan sorunların giderilmesi yönünde yerinde bir düzenlemedir. Yapılan soruşturma sonucunda kamu davası açılması için yeterli şüphe bulunan her halde kamu davası açılması sebebiyle mahkemelerin iş yükü aşırı şekilde artacak ve yargılama sürecinin uzamasına ve makul sürede yargılamanın tamamlanmamasına yol açacaktır. Bu durum anayasa ve Avrupa İnsan Hakları mahkemesinin kabul ettiği makul sürede yargılama hakkını ihlal etmiş olacaktır. Türkiye'yi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi aleyhine açılan davalarda tazminata mahkum ettiği davaların büyük bir çoğunluğunda makul sürede yargılanma hakkını ihlal edildiği kanaatine varmıştır. Yoğun iş yükü nedeniyle davaların uzaması ve davaların üzerinde yeterli inceleme yapılamaması adalete olan güvenin azalmasına ve sosyal barışın olumsuz yönde etkilenmesine neden olmaktadır. Geciken adalet, adalet değildir ilkesi gereğince vatandaşın yargıya olan güveni azalmaktadır.

Ülkemizde kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu son yıllarda hiç uygulanmamaktadır. Bunun sebebi daha önce de bahsettiğimiz gibi savcılarının meslekte yükselme ve terfi durumlarında iş listeleri göz önünde bulundurulmaktadır. Savcılarının tefi edebilmesi için elindeki soruşturma dosyalarının belli oranda karara bağlamış olmaları gerekmektedir. Cumhuriyet savcılarının soruşturma sonunda, şartları oluştuğunda, kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verdikleri takdirde, bu karar ile şüphelinin 5 yıl (çocuklar için 3 yıl) içinde yeni bir suç işlemesi halinde kamu davasının açılacak olması ve bu süre içerisinde şüphelinin suç işlememesi halinde kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı kaldırılarak şüpheli hakkında kovuşturmayla yer olmadığı kararı verileceği için verilecek bu 5 yıllık süre içerisinde soruşturma derdest olacağından Cumhuriyet savcılarının iş listesinde görülmektedir. Bu durumda savcılarının terfi edebilmek amacıyla bu kurumu kullanmama yoluna gitmektedir. HSYK tarafından alınacak bir ilke kararı ile savcılarının vermiş oldukları

kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının çıkarttıkları iş olarak sayılması halinde bu kurumun uygulanma yolu açılabilir.

Ülkemizde yargıyı hızlandırmak amacıyla kanun koyucu tarafından çeşitli kanunlar çıkartılmaktadır. Fakat ne hikmetse çıkartılan bu kanunlardan yargıyı hızlandırma açısından ve özellikle mahkemeler ve yüksek yargının iş yükünü önemli derecede azaltacak olan kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu hakkında herhangi bir değişiklik yoluna gidilmediği görülmektedir. Yukarıda belirttiğimiz gibi Cumhuriyet savcılarının kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunu artık uygulamamaktadır. Bu nedenle bu kurum Türkiye’de uygulama alanı bulmamaktadır. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumuna yapılan eleştirilerin başında gelen, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilmeden önce şüphelinin rızasının aranmaması koşulu yapılacak değişiklik ile kanun koyucu tarafından 171. maddeye eklenmesi bu kurulun sağlıklı işlemesi açısından faydalı olacaktır.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu, şüphelinin ıslahını ve bir daha suç işlemekten çekinmesini sağlayan önemli bir kurumdur. Bu kurum ile yapılan soruşturma sonucunda savcı şüpheli tutum ve davranışların, pişmanlığı ve liyakat koşulları dikkate alınarak yapacağı değerlendirme sonucu kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verecektir.

İşlenen fiil bakımından hem CMK md.171’in hem de CMK md.171/2-5’te yer alan kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun koşulları birlikte gerçekleşiyorsa bu durumda Cumhuriyet savcısı takdir yetkisini kamu davası açmamak yönünde kullanacaksa, CMK md. 171/1’i uygulamalıdır çünkü CMK md 171/1 şüpheli için daha lehe olduğu için önceliğe sahiptir.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu ile hükmün açıklanmasının bırakılması kurumunun koşulları arasında yeknesaklık sağlanmalıdır.

Soruşturmaların kamu adına yürüten savcılarının, soruşturma safhasında somut olaya ilişkin gerçeklere ve olaya en vakıf kişi oldukları aşıkardır. Bu nedenle şüphelinin ceza almamasının ceza almasına üstün tutulacağı durumları da en iyi takdir edecek kişi savcılardır. Savcılar kanun koyucunun verdiği takdir yetkisine dayanarak, adaleti en kısa zamanda tesis etmek gayesi ile kovuşturamama kararı

verilmesi halinde savcılara güvenmek gerekecektir. Savcların uzun bir eēitim döneminden sonra da göreve baēladıkları da ve cezayı ve idari sorumluluklarının da bulunduēu dikkate alındıēından savclara güvenmek zorunda olduēumuzu unutmamalıyız.

EKLER

ANKET FORMU

Bu anket Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Başkanlığı Yüksek Lisans öğrencisi Özkan GÜNDÜZ'ün tez konusu olan kamu davasının açılmasının ertelenmesi müessesesinin uygulama alanı bulmayışının sebebini araştırmaktır.

Araştırma bilimsel bir nitelik taşıdığından ankete katılan Cumhuriyet savcılarının bilgileri gizli tutulacaktır.

*Anket Sorusu: 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile yasalaşmasına karşın kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararını niçin vermemektesiniz?

Lütfen cevapları tam olarak okuduktan sonra kendinize en uygun olan cevabı yada cevapları ✓ simgesi koyarak işaretleyiniz. Düşüncenize uygun cevaba ankette yer verilmediğinizi düşünüyor iseniz başkaca bir neden de belirtebilirsiniz.

Sorulara objektif ve samimi cevaplar vereceğinize inanıyorum. Katkılarınız için şimdiden teşekkür ederim.

- ☐ Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı iş yüzdemi etkileyeceği ve terfi etmekte sıkıntı çekeceğim için vermek istemiyorum.
- ☐ Kamu Davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun kanunda belirtilen şartları oluşmadığı için vermiyorum.
- ☐ Kamu davasının açılmasının ertelenmesinin Cumhuriyet savcılarına ek külfet getirecek olması nedeniyle vermek istemiyorum.
- ☐ Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararını delillerin değerlendirilmesi ve tartışılması mahkemeye ait olduğu için vermek istemiyorum.
- ☐ Mahkemenin değerlendirilmesinin daha adil bir sonuç doğuracağına inandığım için vermek istemiyorum.
- ☐ Adalet Akademisi'nde önermedikleri için kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı vermek istemiyorum.
- ☐ Müfettiş tarafından olumsuz bakılacağından ve sorumluluk getireceğinden kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı vermek istemiyorum.
- ☐ Hepsi

KAYNAKÇA

KİTAPLAR:

ALBAYRAK, Mustafa, **Türk Ceza Kanunu (Öz Kitap)**, Adalet Yayınları, Ankara 2011

ALBAYRAK, Mustafa, **Ceza Muhakemesi Kanunu (Öz Kitap)**, Adalet Yayınları, 5. Baskı, Ankara 2011

AKÇİN, İhsan, **Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar**, Seçkin Yayınları, Ankara 2007

ARTUÇ, Mustafa, **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması**, Adalet Yayınları, Ankara 2009

ARTUÇ, Mustafa, **Mal Varlığına Karşı Suçlar**, Kartal Yayınları, Ankara 2007

BAKICI, Sedat, **5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri**, 1.Cilt, Adalet Yayınları, Ankara 2008

BAKICI, Sedat / YALVAÇ, Gürsel, **5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri**, 2.Cilt, Adalet Yayınları, Ankara 2008

BAKICI, Sedat, **5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, Adalet Yayınları, Ankara 2007

BOŞGELMEZ, Aydın, **Adil Yargılanma Hakkı ve Silahların Eşitliği Bağlamında Ülkemizde Savcılık**, (Tebliğ) Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2006,

CENGİZ, Serkan / DEMİRAĞ, Fahrettin / ERGÜL, Teoman / McBRIDE, Jeremy / TEZCAN, Durmuş / **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008

CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Anadolu Üniversitesi, 1. Baskı, Eskişehir 2005

CENTEL, Nur, / ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Baskı, İstanbul 2010,

DÖNMEZER, Sulhi, **Kişilere ve Mallara Karşı Cürümler**, 13. Baskı, İstanbul 1990

ERDEM, Mustafa, Ruhan, **Avrupa Birliği Hukukunun Üye Devletlerin Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna Etkisi**, Seçkin Yayınları, Ankara 2004

ERYILMAZ, Bedri, **Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Savcı Modeli ve Bu Modelin Diğer Avrupa Konseyi Üyesi Ülkelerle Karşılaştırılması**, (Editör: Bahri ÖZTÜRK) 3. Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi, Seçkin Yayınları, Ankara 2009

GEDİK, Doğan, **Bir Uygulamacının Ceza Hukuku Makaleleri**, Adalet Yayınları, Ankara 2010

GEDİK, Doğan, **Müsadere**, Adalet Yayınları, Ankara 2007
GÜLTEKİN, Özkan, **Öğretide ve Uygulamada İddianame ve İddianamenin İadesi**, Seçkin Yayınları, Ankara 2011

HAKERİ, Hakan, **Tıp Hukuku**, 2. Bası, Seçkin Kitabevi, 2009

KEYMAN, Selahattin, **Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık**, Sevinç Matbaası, Ankara 1970

KOCA, Mahmut / Üzülmöz, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları Ankara 2011

KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 2009

KUNTER, Nurullah, **Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Muhakemesi Kanunu**, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 1979

KUYUCU, Abdullah, Aydın, **Türkiye’de Savcılık, Savcılığın Ceza Adalet Sistemindeki Rolü ve Örgütlenmesi** (Tebliğ) Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2006

MALKOÇ, İsmail, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu**, 1. Cilt, Malkoç Kitabevi, Ankara 2007

MALKOÇ, İsmail, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu**, 2. Cilt, Malkoç Kitabevi, Ankara 2007

MALKOÇ, İsmail / YÜKSEKTEPE, Mert, **Ceza Muhakemesi Kanunu (Şerhli)** 1. Cilt, Malkoç Kitabevi, Ankara 2008

MERAN, Necati, **Sahtecilik Malvarlığı Bilişim Suçları**, Seçkin Yayınları, Ankara 2005

MYJER, Egbert / HANCOCK, Barry / COWDERY, Nicholas / ALINK, Marnix (Editörler) Uluslararası Savcılar Birliği, **Savcılar İçin İnsan Hakları El Kitabı**, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2008

NOYAN, Erdal, **Ceza Davası**, Adalet Yayınevi, Ankara 2007

NOYAN, Erdal, **Hırsızlık Suçları**, Adalet Yayınevi, Ankara 2007

ÖNDER, Ayhan, **Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müessesler**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1963

ÖZBEK, Veli, Özer/ KANBUR, Nihat M./ DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar / TEPE, İlker **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 2. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara 2011

ÖZBEK, Veli, Özer, **Türk Ceza Kanununun Anlamı** TCK İzmir Şerhi, 1.Cilt, Seçkin Yayınları, Ankara 2010

ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Kanunu, Gazi Şerhi**, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara 2006

ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, 6.Baskı Ankara 2011

ÖZTÜRK, Bahri, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması)**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletme Yayınları, 1991

ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ALAN, Esra / ERDEM, Ruhan, Mustafa / SIRMA, Özge / SAYGILAR, Yasemin F, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara 2010

ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Ruhan, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara 2008

PARLAR, Ali / HATİPOĞLU, Muzaffer, **5237 Sayılı TCK'da Özel ve Genel Hükümler Açısından Asliye Ceza Davaları**, Adalet Yayınları, Ankara 2007

PARLAR, Ali / HATİPOĞLU, Muzaffer, **5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu**, 1.Cilt, Ankara 2008

SOYASLAN, Doğan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2010

ŞAHİN, Cumhur, **Ceza Muhakemesi Kanunu, Gazi Şerhi**, Seçkin Yayınları, Ankara 2005

ŞAHİN, Cumhur, **Ceza Muhakemesinde İspat**, Yetkin Yayınları, Ankara 2001

TAŞKIN, Ahmet, **Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Etkinliği (Editör)** Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2009

TEZCAN, Durmuş, **Bir Adli Organ Olarak Savcılık**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2006

TOROSLU, Nevzat, **Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, Savaş Yayınları, Ankara 2005

TOROSLU, Nevzat / FEYZİOĞLU, Metin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara 2009

TURHAN, Faruk, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Asil Yayınları, Ankara 2006

ÜNVER, Yener, / HAKERİ, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınları Cilt 2, Ankara 2010

ÜNVER, Yener, / HAKERİ, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınları 3. Basım, Ankara 2011

YAŞAR, Osman, **Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu**, 1. Cilt, 3. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007

YILMAZ, Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin Yayınları, Ankara 2001

YILMAZ, Zekeriya, **Ceza Muhakemesi Kanunu İle İlgili Mevzuat**, Seçkin Yayınları, 2005

YURTCAN, Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku**, Beta Yayınları, 2007

MAKALE VE TEZ ÇALIŞMALARI:

AYDIN, Devrim, **Türk Ceza Hukukunda İştirak**, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara 2008

AYDIN, Murat, **İddianamenin Unsurları ve İadesi**, Gazi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, C.X S.1-2, 2006

BACAKSIZ, Pınar, **İddianame Pazarlığı**, (Plea Bargaining), CHD, Ağustos 2008, S.7

BALCI, Murat, **Türk Ceza Kanununda Uyuşturucu Madde Suçları**, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2009

BAŞTÜRK, İhsan, **Ceza Adalet Sisteminde İş Yükünün Azaltılması ve Adil Yargılama İlkesinin Gerçekleştirilmesine Yönelik "Bazı Çözüm Önerileri"**, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Cilt 7, S.85-86, Y.2011

BAYTAZ, Batuhan, Abdullah, **Türk Ceza Hukukunda Müsadere**, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009

BİLGİN, Tülay, **Türk Ceza Kanununda Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması**, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2010

ÇOLAK, Haluk / UĞURHAN, Altun, **Yeni TCK'da Cezaların Ertelenmesi**, Adalet Dergisi, Eylül 2006

DENİZHAN, Hüseyin, **Yeni Türk Ceza Kanununda Erteleme Kurumu Üzerine Bir İnceleme**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.65 Y.2006

ERTEM, Burcu, **Kamu Davasının Açılması ve İddianamenin İadesi**, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007

FEYZİOĞLU, Metin, **5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.62, 2006

GÖKÇE, Teoman, **Karşılaştırmalı Hukukta Savcılık**, Adalet Dergisi, Ekim 2012

GÖKÇEN, Ahmet, **Tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkatı, 1296 (1879)**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1994

GÜNEŞ, Umut, **Savcılığın Tarihsel Gelişimi, (Makale)** Y.99, S.30, Ocak 2008, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara 2008

HALICI, Kasapoğlu, Türkan, **Türk Ceza Kanununda Organ ve Doku Nakline İlişkin Suçlar, (5237 Sayılı TCK'nın 91,92,93 m.)** Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009

İÇEL, Kayıhan, **Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları**, Budapeşte İlkeleri Işığında Savcıyı Ret Sorunu, İTÜSBD, y.7, s.14 Güz2008,

KANGAL, T. Zeynel, **Kişisel Cezasızlık Nedenleri ve Cezayı Kaldıran veya Azaltan Kişisel Nedenler**, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Cilt 7, S.85-86, Y.2012,

KILDAN, İsmail, Turgut, **Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Şahsi Cezasızlık Sebebi ve Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebeplerin Uygulanabilme Koşulları**, Adalet Dergisi, S.41, Eylül 2011

KÖŞKEKOĞLU, Abdullah, **5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık, Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Türk Ceza Muhakemesi Hukuku**, Proje Yöneticisi Mahmut Selami Mahmutoglu, İstanbul Barosu Yayınları, 2008

MERAKLI, Serkan, **Cumhuriyet Savcısının Kamu Davasını Açmada Takdir Yetkisi**, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Kamu Hukuku Programı, Yüksek Lisans Tezi, 2009

ÖZBEK, Veli, Özer, **Banka ve Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu**, Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Özel Sayı, 2007

ÖZEN, Mustafa, **Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi**, Ankara Barosu Dergisi, Y.67 S.3, Ankara 2009

ÖZEN, Mustafa, **Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi**, Erzurum Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 13, S.3-4, Y.2009

ÖZER, İbrahim, **Etkin Pişmanlık**, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Yayınlanmamış Tezi, Konya 2011

ÖZGENÇ, İzzet, **Bir Ceza İnfaz Rejimi Olarak Erteleme**, Cilt 18, Y.2001

TOSUN, Öztekin, **Ceza Davasının Açılmasında Sistemler**, İHFM, S.1-4, Ayrı Bası, 1969

TÖNGÜR, Ali, Rıza, **Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme**, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2008

TÖREN, Mustafa, Yücel, **Türkiye’de Yargının Etkinliği**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008

TURABİ, Selami, **Mala Zarar Verme Suçu (5237 Sayılı TCK 151 vd.)** Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı, Kamu Hukuku Bilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2007

TURHAN, Faruk, **Yeni Türk Ceza Kanununa Göre Cezaların Ertelenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar**, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Atatürk’ün 125. Doğum Yılına Armağan, C.X, Aralık 2006

UĞUR, Hüsamettin, **Ceza Muhakemesinde Kovuşturma Mecburiyeti İlkesinden Maslahata Uygunluk İlkesine**, Barolar Birliği Dergisi, Kasım – Aralık 2007

ÜÇÖK, Coşkun, **Savcılıkların Avrupa Hukukunda Gelişmesi ve Türkiye’de Kuruluşu**, Ordinaryus Prof. Doktor Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan, Ankara 1969

YILMAZ, Davut, **Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi**, İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009

YILMAZ, Mehmet, Duran, **Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi**, Çisenti, Rize Adliyesi Dergisi, 2008

İNTERNET KAYNAKLARI:

AYDIN, Murat, **Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Kamu Davası Açma Mecburiyeti**, http://www.murataydin.name.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=51&Itemid=42 Erişim Tarihi: 25/10/2011

DURAN, Mustafa, **Malvarlığına Karşı Suçlar, 5237 Sayılı Yasadaki Hırsızlık Suçu ile 765 Sayılı Yasadaki Hırsızlık Suçunun Karşılaştırılması**, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm> Erişim Tarihi: 05/12/2011

ESER, Albin, **Ceza Muhakemesi Hukuku İlkelerinde Değişme; Ceza Muhakemesi Tekrar Özelleşiyor mu?** www.friedonk.uni-frielburg.de/volltexte/3552/pdf/Eser_Ceza_Muhakemesi_Hukuku.pdf Erişim Tarihi: 06/12/2012

GEDİK, Doğan, **Karşılaştırmalı Hukukta ve 1999 Tarihli Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısında Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kurumu**; www.hukukcu.gov.tr Erişim Tarihi: 05/10/2011

GEDİK, Doğan, **5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanununda Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kurumu**; www.hukukcu.gov.tr Erişim Tarihi: 05/10/2011

ÜNVER, Yener, **Avrupa Biyo Hukuk Sözleşmesinin Türk Hukukuna Etkileri**, www.akader.info/KHUKA2005_kasim.18.pdf Erişim Tarihi: 06/12/2011

YENİDÜNYA, Ahmet Caner, **5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Kamu Davasının Açılması, İddianamenin Unsurları ve İadesi**, e-akademi, Hukuk Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Şubat 2007, Erişim Tarihi: 05/10/2011

DİĞER KAYNAKLAR:

Kazancı Açıklamalı İçtihad ve Kanun Programı

Ulusal Yargı Ağı Projesi, Cumhuriyet Savcısı, Yargıtay Karar Arama Ekranı,

İNTERNET SİTELERİ:

www.adalet.gov.tr

www.adli-sicil.gov.tr

www.turkhukusitesi.com

<http://www.habergo.com/haber/29390/3yargi-paketi-aciklandi-taslagin-tam-metin-26-ocak-2012.html>

Erişim tarihi: 17/06/2012

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler:

Adı ve Soyadı : Özkan Gündüz

Doğum Yeri: Tomarza / Kayseri

Doğum Yılı : 1981

Medeni Hali: Evli

Eğitim Durumu:

Lise: 1995 - 1999

Lisans: 2000 -2004

Yüksek Lisans: 2011-2012

İş Deneyimi:

2006- 2007 Adalet Bakanlığı Hakim ve Savcı adaylığı

2007 den günümüze kadar Cumhuriyet Savcısı olarak görev yapmaya devam etmektedir.