

# CEZA MUHAKEMESİNDE KOVUŞTURMA MECBURİYETİ İLKESİNDEN MASLAHATA UYGUNLUK İLKESİNE

Hüsamettin UĞUR \*

## GİRİŞ

5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun,<sup>1</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu gibi temel kanunlarda değişiklik öngörmesine rağmen kamuoyu ve medyada en fazla tartışılan ve daha da tartışılacağı beklenen konu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yapılan değişikliklerle getirilen ve ceza usul sistemimizin yabancı olduğu *"Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi"* ve *"Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması"* kurumları olmuştur.

Bu çalışmanın amacı, 5560 sayılı kanunla 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yapılan değişikliklerle ceza yargılama sistemimize getirilen bu yeni kurumların hukuksal temellerini, tarihi süreç içerisinde var olan ceza muhakemesi ilkelerini, mukayeseli hukuk eşliğinde ülkemizde ceza muhakemesine hakim olan sistemi ortaya koyarak, kamuoyu ve medyada yapılan tartışmalara ışık tutmak, konunun hukuki boyutunu belirlemek, şahsi ve siyasi polemiklerden ziyade hukuki çerçevede genel bir değerlendirmeye tabi tutarak konunun gerçek bir zeminde daha sağlıklı şekilde tartışılmasına katkıda bulunmaktır. Uğur Mumcu'nun çok güzel ifade ettiği gibi *"Bilgi sahibi olmadan fikir sahibi olmak"*la hiçbir sorun tartışılmaz, bu şekilde yapılacak bir tartış-

---

\* Yargıtay 7. CD Tetkik Hakimi.

<sup>1</sup> 6.12.2006 Tarih ve 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, 19.12.2006 Tarih ve 26381 sayılı *Resmî Gazete'*de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

madan da “barika-i hakikat” (gerçeğin ışığı) ortaya çıkmaz.

Ceza muhakemesinde kamu davasının açılması ile ilgili iki sistem vardır: Kovuşturma mecburiyeti ilkesi ve maslahata uygunluk ilkesi.

### 1. Kovuşturma Mecburiyeti İlkesi

Ceza muhakemesinin (yargılamasının) en önemli ilkelerinden birisi kovuşturma mecburiyeti ilkesidir. Ceza yargılaması iddia makamını temsil eden savcının (ve onun adına görev yapan kolluk gücünün) harekete geçmesi ile başlar.

Öğretide kovuşturma mecburiyeti ilkesi şöyle tanımlanmıştır: Bir fiilin işlendiği haberinin alınması üzerine, bu fiilleri takibe yetkili makamlar tarafından derhal hazırlık soruşturmasına başlanmasını, bunun neticesinde, ceza veya emniyet tedbiri gerektirecek hususlarda fiilin ve failin belli olması, yeterli emareler teşkil edecek vakıaların bulunması yani şüphelerin ciddi olduğunun tespit edilmesi ve dava şartlarının gerçekleşmiş olması durumunda yetkili makam tarafından kamu davasının açılmasını, nihayet açılan kamu davasının, muhakeme sonuçlanıncaya kadar savcılıkça yürütülmesini ifade eden ilkeye “kovuşturma mecburiyeti ilkesi” denir.

Bu tanımda görüldüğü gibi kovuşturma mecburiyeti ilkesinin üç alt ilkesi vardır:

1. Araştırma mecburiyeti ilkesi (CMUK m. 153/1, CMK m. 160)
2. Kamu davasını açma mecburiyeti ilkesi (CMUK m. 148/2, m. CMK m. 170/1)
3. Kamu davasını yürütme mecburiyeti ilkesi.<sup>2</sup>

Bu ilkeler toplumda kişilere eşit davranması ve keyfilikten uzak bir ceza adaleti uygulamasının garantisini oluşturur ve halkın gözünde adalete olan güven duygusunu gerçekleştirir.<sup>3</sup>

Kamu davasını yürütme mecburiyeti ilkesi, iddianame ile kamu davasının açıldıktan sonra bir hüküm ile sonuçlanıncaya kadar yürüt-

<sup>2</sup> Bahri Öztürk, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti*, DEÜ Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, No:17, Ankara, 1991, s. 5-6.

<sup>3</sup> Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1994, s. 37.

mek zorunluluğu demektir. Bu duruma kamu davasının geri alınmaması da denir.<sup>4</sup> CMUK'nın ilk soruşturmayı düzenleyen hükümlerinin 3206 sayılı yasa ile kaldırılmadan önce, kanunumuzda ilginç bir örnek vardı. Buna göre savcı ilk soruşturmanın sonunda, son soruşturmanın açılmasına gerek bulunmadığı düşüncesinde olmasına karşın, sorgu hakiminin son soruşturmanın açılmasına karar vermesi durumunda, bu karara uygun bir iddianame düzenlemek zorundaydı (201. madde). Bu iddianameye Kunter/Yenisey; "*dava yürüten iddianame*" adını vermiştir.<sup>5</sup>

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na göre bir suç işlendiğinde önce Cumhuriyet savcısı tarafından hazırlık soruşturması yapılır. Soruşturma evresinden sonra mahkeme önünde yapılan son soruşturmaya (kovuşturma evresine) geçilir. Suçun ortaya çıkmasından hükmün kesinleşmesine kadar, sanık hakkında yapılacak bütün işlemlerin adli makamların görev ve yetkisi içinde bulunması genel kuraldır.

## 2. Maslahata Uygunluk İlkesi

Ceza muhakemesinde kovuşturma mecburiyeti ilkesinin karşıtı maslahata uygunluk ilkesidir. Maslahat, emir; buyruk; madde; husus; dirlik düzenlik anlamındadır. Hukukta maslahat, kamu yararı demektir. Bu nedenle, maslahata uygunluk şartına kamu yararı şartı da diyebiliriz. Kamu davasının açılmasındaki mecburilik sisteminin karşıtı, daha doğrusu alternatifi olan maslahata uygunluk sisteminde, kamu davasının açılması için kamu yararı aranmaktadır. Maslahata uygunluk kamu davasının görülmesi için de aranabilir. Bu uygunluk, kanunilik de denilen mecburilik sistemi içinde de istisna olarak aranabilir. Mesela bizde muhakeme sonunda sanığa verilecek ceza, onun diğer bir suçundan dolayı bir yargı ile mahkûm olduğu veya olacağı cezaya tesiri olmayacaksa, savcı dava açmayabilir.

Dava açmada mecburiyeti değil, kamu yararını kabul eden bu sisteme göre dava açılması için kanuni şartların bulunması yetmez, her dava için maslahata uygunluk diye ifade edilen "*lüzum*" şartı da araş-

<sup>4</sup> Murat Aydın, *Kamu Davasının Açılması ve İddianame*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s.102

<sup>5</sup> Murat Aydın, *a. g. e.*, s.102

tırılmalıdır. Yani, her olayda kamusal fayda düşüncesi ile “lüzum” takdir edilecektir. Bu nedenle öğretilerde “*takdirilik ilkesi*” de denilmektedir. Eğer dava açılması suçtan meydana gelen zarardan veya suçlunun cezasız kalmasındaki toplum zararından daha büyük bir zarar doğuracaksa veya suçlunun şahsiyeti bakımından işlediği suça göz yummak daha faydalı ise dava açılmayabilecektir.

### 3. Mukayeseli Hukukta Durum

#### 3.1. Kıta Avrupası Hukukunda

Almanya, Avusturya (CMUK m. 34), İtalya, İsviçre (CMUK m. 125) ve Danimarka gibi ülkelerde, kamu davasının açılmasında mecburiyet (kanunilik) ilkesi kabul edilmiştir.<sup>6</sup>

**Almanya’da** mahkeme iddianame üzerine son soruşturmanın açılmasına karar verinceye kadar savcılık davasını geri alabilmekte, mahkeme bu kararı verdikten sonra yürütme mecburiyeti başlamaktadır.<sup>7</sup> Bu gün yürürlükte bulunan Alman CMUK kovuşturma mecburiyeti ilkesine yer vermiştir. Kural bu olmakla birlikte, söz konusu kurala çok sayıda istisna getirilmiştir.

**İsviçre’de** federal düzeyde kural olarak kovuşturma mecburiyeti ilkesi, istisna olarak da maslahata uygunluk ilkesi benimsenmiştir. Kantonlar düzeyinde Almanya’dan etkilenenler kovuşturma mecburiyeti ilkesini, Fransa’dan etkilenenler ise maslahata uygunluk ilkesini benimsemiştir.

**Fransa**, maslahata uygunluk ilkesinin klasik örneğidir. Fransız Savcısının dava açma mecburiyeti bulunmamaktadır. Fransız CMUK’da “*suç haberini alan savcı nasıl işlem yapılacağını kararlaştırır*” hükmüne yer verilmekle yetinilmiş, savcıya dava açma mecburiyeti getirilmemiş, bunun yerine savcıya dava açma hakkını kullanıp kullanmamak konusunda seçim yapabilme imkanı tanınmıştır.

<sup>6</sup> Şahin, Cumhuriyet, “Polis Tarafından Yapılan Sanık Sorgusunun Mukayeseli Hukukta Düzenlenişi”, SÜHFD, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Yapılan Değişiklikler Sempozyumu Özel Sayısı*, 1994/1-2, C. 4. s.62’den aktaran, Gökçe, Teoman, Karşılaşılmalı Hukukta Savcılık, *Adalet Dergisi*, Ekim,2002,13. sayı, s. 82.

<sup>7</sup> Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem/Veli Özer Özbek, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 206.

Fransız hukukunda bizdeki “*şahsi davaya*” benzetilebilecek (CMUK 344. md.) “*actio civile*” olarak anılan bir dava türü öngörmüştür. Fransız Usul Kanunu I/II. maddesinde şahsî davacıyı kamu davacısıyla eşit haklara sahip kılmaktadır. Kamu davası açılmasında maslahata uygunluk ilkesini benimseyen Fransa, İngiltere ve İskoçya gibi ülkelerde ise, ilgililere şahsî dava açma imkanı tanınmıştır. İngiltere ve İskoçya gibi ülkelerde, bireylerin yanında dernek, birlik, resmî daire ve bakanlık gibi tüzel kişiler de dava açma hakkına sahip kılınmışlardır.<sup>8</sup>

**Hollanda** da kamu davasının açılmasında maslahata uygunluk ilkesini kabul eden ülkelerden birisi olup kamu davası açmada iddia tekeli benimsenmiştir. Bu ülkede mağdurun, davadan vazgeçme yetkisi bulunan savcının ve ayrıca polisin kararlarını etkileme yönünde fazla bir imkanı yoktur.<sup>9</sup> Gerçi Hollanda Usul Kanunu’nun 12. maddesinde, kamu davasının açılmasını zorlama yolu kabul edilmiştir. Ancak mahkemenin de maslahata uygunluk ilkesi gereğince davadan vazgeçebilmesi her zaman mümkündür. Bu oldukça küçük ülkede kararlarda eşitlik, sadece 25 savcılıkla koordinasyon ve düzenli konferanslarla sağlanmaya çalışılmaktadır.<sup>10</sup>

Doktrinde, maslahata uygunluk ilkesinin benimsenmesinin gerekçesi olarak, özellikle ceza kanununun tam olarak uygulanmasından doğabilecek insanlık dışı sertliğin bu yolla önlenmesi ve yine bu ilke sayesinde savcılığın iş yükünün önemli ölçüde azalacağı ifade edilmektedir.

**İtalya**’da sıkı bir “*kovuşturma mecburiyeti ilkesi*” hakimdir. Öyle ki, söz konusu ilke İtalyan Anayasası’na bile girmiştir. Bu ilkenin tabii bir sonucu olarak İtalyan savcısı dava açmayabilme imkanına sahip değildir. Örneğin suç haberinin asılsız olduğunun anlaşılması halinde, durma kararı savcı tarafından verilmez, ancak bu yolda bir karar verilmesi için hakimden talepte bulunur.

İtalyan yasa koyucu daha da ileri giderek, usul kanununda kural olarak, hâkimin hüküm vermek için ihtiyaç duyduğu delilleri davada

<sup>8</sup> Huber, Barbara, “Savcılık, Konum, İşlev, Denetleme” Konferans Metni, MÜHF Yayını, İstanbul, 1993, Çeviri Nur Centel, s. 378’den aktaran Gökçe, Teoman, a. g. m., s. 83.

<sup>9</sup> Yücel, Mustafa Tören, “İsveç, Danimarka ve Hollanda’da Savcılık Kurumu”, YD, Özel Sayı, 1989/1-4, C. 15.’den aktaran Gökçe, Teoman, a. g. m., s. 83.

<sup>10</sup> Huber, Barbara, s.376-377’den aktaran Gökçe, Teoman, a. g. m., s. 83.

ikame etmenin, tarafların işi olduğunu belirtmektedir. Savcı İtalya'da sanığın lehindeki delilleri toplamakla yükümlü değildir.<sup>11</sup>

Batı hukukundan etkilenen **Japonya**'da kural, maslahata uygunluk ilkesidir. 1924 tarihli Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na göre; "*failin şahsiyeti, yaşı, durumu, failin işleniş biçimi ve neticeleri ceza kovuşturmasını zorunlu kılmıyorsa, kamu davası açılmayabilir*". Japon uygulamasına göre açılması ertelenen kamu davası, ilgilinin yeni bir suç işlemesi durumunda yeniden ele alınır. Kurum, sadece çocuklarla sınırlı olmayıp, suçun türü ve cezası göz önüne alınmadan uygulanmaktadır.<sup>12</sup> Japon savcısının açılmış davayı yürütmek mecburiyeti de yoktur. Gerçekten Japon ceza yargılama sisteminde savcı, esas mahkemesi hüküm verinceye kadar kamu davasını geri alabilir.

**İsveç**'te savcılık sistemi mahkemeler ve polis teşkilatından ayrı örgütlenmiştir ve bağımsızdır. En yetkili görevli, Yüksek Mahkeme'de de savcı olan İsveç'teki en üst düzey savcı, genel savcıdır. Her bölgede de yetkili bir savcı bulunur. Savcılık ofisleri, savcılık faaliyetlerinin yönetimi ve idaresi ile sorumlu bir başsavcı tarafından yönetilir.

Savcının kovuşturma yapmama konusunda takdir yetkisi vardır. Örneğin suçun hafif bir suç olması veya çok sayıda suç işlemiş olan fail üzerinde bu suçla ilgili cezanın etkili olmayacağını anlaşılması ya da failin çok yaşlı veya hasta olması gibi hallerde savcı kovuşturmama kararı verebilir. Müeyyidesi sadece para cezası olan suçlar hakkında (örneğin dükkan hırsızlığı) savcı dava açmak yerine para cezası müeyyidesi uygulamayı önerebilir (ön ödeme). Fail savcının bu yazılı önerisini kabul ederse cezayı ödendiğinde soruşturma sona erer. Trafik kuralı ihlali gibi kimi suçlarda faile doğrudan para cezası polis tarafından uygulanır. Savcının kamu davası açmadığı hallerde zarar görenin (şahsi) dava açması mümkündür.

### 3.2. Anglo-Amerikan Hukuku

**Başta İngiltere ve ABD** olmak üzere dünyanın pek çok ülkesinde geçerli bulunan Anglo-Amerikan hukuku sistemi çeşitli yönleriyle

<sup>11</sup> Huber, Barbara, s. 373-374'den aktaran Gökçe, Teoman, a.g.m., s. 82.

<sup>12</sup> Artuk, Mehmet Emin/Yenidünya, Ahmet Caner, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Erteleme Müessesesi*, İstanbul, 1999, s. 55.

Kıta Avrupası hukuk sisteminden farklıdır. Bu farklı yönlerden biri konumuz açısından iddia faaliyetidir. Bu sistemin kaynağı durumunda olan İngiltere’de bilinen anlamda bir savcı ve savcılık bulunmamaktadır.

Bu sistemde suç haberini aldığı anda kovuşturmaya başlamak mecburiyetinde olan ve dava açma monopolüne sahip bulunan bir savcılık kurumunun yerine birden fazla kovuşturma makamı öngörülmüştür. Bunlar polis, *Direktor of publis prosecution* (kamusal kovuşturmacılar) ve *Attorney-General*’dir. Bu kovuşturma makamları, suç haberini aldıklarında, kavuşturmaya başlayıp, işi mahkemenin götürüp götürmemek konusunda tam bir takdir yetkisine sahiptirler.<sup>13</sup>

Bir başka ifade ile Anglo-Amerikan hukuk sisteminde en saf haliyle “*maslahata uygunluk ilkesi*” geçerlidir. Ancak bu resmi yolun yanında bir de “*halk davası*” denilen ve suç işlendiğini öğrenen her vatandaşın ceza davası açabilmesine imkan tanıyan bir başka yol daha vardır. İngiltere’de kural olarak kabul edilen bu ikinci yoldur. Bu yol zaman içinde çok eleştiriye hedef olmuşsa da İngilizlerin muhafazakar yapısı bunun ortada kalkmasını önlemiştir.

İngiltere’de işlenen suçların çok büyük bir bölümünün kovuşturması polis tarafından yapılmaktadır. Polis, suç haberini aldığı anda kovuşturmaya başlayıp işi yetkili mahkemeye götürüp götürmemek hususunda tam bir takdir yetkisine sahiptir. Bu konuda bazı kriterler vardır; “*kamu yararı*” “*kamu düzeni*” “*usul ekonomisi*” “*failin yaşı*” ve “*hukuk kuralının anlamı ve amacı*” gibi... Ancak 1946’dan beri bazı ağır ve devlet için tehlikeli suçları, herhangi bir maslahat mülahazası olmadan derhal *Director of public prosecutions*’a bildirmek mecburiyeti getirilmiştir. (Vatana ihanet, rüşvet, kalpazanlık ve çocuklara karşı cinsel suçlar gibi...)

Kraliyetin hukukçusu olan *Attorney-General*, politika ile adliyenin birbirinden ayrılması konusunda örnek olarak gösterilen İngiltere’de, özellikle siyasi yönü bulunan suçlarda kovuşturmaya başlanıp başlanmaması konusunda karar vermekle yetkili kılınmış olan siyasi bir memurdur.

<sup>13</sup> Bahri, Öztürk, a. g. e., s. 29.

#### 4. Kovuşturma Mecburiyeti İlkesi Lehindeki Görüşler

Kovuşturma mecburiyeti ilkesi, ceza kanunlarının kesin olarak uygulanmalarını sağlar. Ceza kanunlarında, her kim belli bir suçu işlerse, şu veya bu şekilde cezalandırılacağı öngörüldüğü için devlet mutlak bir kovuşturma mecburiyeti ve ceza verme mükellefiyeti altında bulunmaktadır.

Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi gereğince, ceza müeyyidesi ile karşılanan ve suç adı verilen hareketler kanun tarafından tayin edilebilir ve keza yasak eylemlere ancak kanunların gösterdiği cezalar uygulanabilir.<sup>14</sup>

Nihayet, haberi alınan her suç kovuşturulursa, cezalandırılma korkusu artacağından, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin “*genel önleme*”nin uygun bir aracı olduğu söylenmiştir.

Kovuşturma mecburiyeti ilkesinin, kovuşturmanın, kural olarak fertlere değil, devlete ait bir iş olduğu anlamına gelen kovuşturmanın resmiliği ilkesinden doğduğu, kovuşturmanın resmi oluşunun onun mecburi oluşunu da açıkladığı ifade edilmiştir.

Kovuşturma mecburiyeti ilkesi eşitlik ilkesi ile ilgili görülmüştür. Buna göre, insanlar kanun önünde eşittir, buna aykırılık ürkütücü sonuçlar doğurabilir. Devletin organları ve idari makamları, bütün işlemlerinde insanlar arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yapmadan devlet faaliyetlerini yürütmek mecburiyetindedir (Any m. 10).

Doktrinde kovuşturma mecburiyeti ilkesi, “*hukuk devleti ilkesi*” ile de ilgili görülmüştür. Bütün davranışlarında hukuk kurallarına uyan devlete, şekli bakımından hukuk devleti ilkesi denmektedir. Bu durumda hukuk devleti ilkesi, kovuşturma mecburiyeti ilkesini zorunlu kılar. Keyfi davranma yasağı ve eşitlik ilkesi bu adil devletin en önemli unsurlarındandır. Kovuşturma mecburiyeti ilkesi esasını işte, bu şekilde anlaşılan bir hukuk devleti ilkesinde bulmaktadır.

Maslahata uygunluk ilkesinin, hakim tarafından mahkûmiyet karar verilebilmesi ihtimal dahilinde bulunan durumlarda savcıya takip-sizlik (kovuşturmama) kararı verebilme imkânı getirdiği için savcıyı “*süper hakim*” tahtına çıkardığı, bu suretle de kovuşturma mecburiyeti

<sup>14</sup> Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. 1, No. 31.

ve maslahata uygunluk ilkelerinin hakim ve savcı arasında bir yetki bölüşümü sorunu haline geldiği öne sürülmüş; aynı zamanda başta anayasanın “yargı”ya ilişkin hükümleri olmak üzere, anayasa hukukunu yakından ilgilendiren bu konunun hukuk devleti esaslarına dayalı dürüst bir ceza muhakemesini gerçekleştirecek tarzda ele alınması gerektiğine işaret edilmiştir.

Doktrinde hukuk devleti ilkesiyle bağlantılı olarak kovuşturma mecburiyeti ilkesinin, kuvvetler ayrılığı ilkesine dayandığı; bu ilkeye uymamanın kuvvetler ayrılığı ilkesine de uymama anlamına gelebileceği söylenmiştir. Hangi fiillerin suç teşkil ettiğini tespit etmek kanun koyucuya, yasama gücüne aittir. Yürütmenin memuru olan savcının bazı fiilleri takip edip bazılarını takip etmemesi yasama gücünün işine karışması anlamına gelir ki, bu da kuvvetler ayrılığı ilkesini inkâr etmek demektir.<sup>15</sup>

Modern hukukta suç mağdurlarının da düşünülmesi gerektiği, bu kişilerin suç karşısında yaşadığı şokun, kızgınlığın ve rahatsızlığın içinde yalnız bırakılmasının yaratacağı olumsuz sonuçların, suçla bozulan hukuki barışın daha da vahim bir hal almasına sebep olabileceği söylenmiştir.

## 5. Aleyhindeki Görüşler

Devletin mutlak bir kovuşturma mecburiyetinin ve ceza verme mükellefiyetinin bulunduğu fikri çok eski bir görüş olup, çağdaş düşünceye uygun düşmemektedir. Öç alma teorisi tabanını kaybettiği ölçüde, bu eski düşünce de hukukçular tarafından o derece az paylaşılır olmuştur. Bugün ağır basan görüş, cezanın amaca uygun olarak kullanılması yolundadır. Günümüzde cezanın amacı öç almak değil, esas olarak genel ve özel önlemedir.

Bugün her suç cezalandırılmamaktadır. Zamanaşımı, kanunun ilgası, af kanununun çıkarılması, failin şartla salıverilmesi, cezanın tecili, ceza muhakemesinin şartlarının bulunmaması gibi durumlarda, ortada işlenmiş bir suç bulunmasına rağmen, onu işleyen cezalandırılmamaktadır. Toplum bu haktan vazgeçebilmektedir. Görüldüğü

<sup>15</sup> Öztekin Tosun, IHFM 1968, ayrı bası, s. 17.

gibi, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin suçların veya cezaların kanuniliği ilkesinden çıktığını ileri sürmek mantığa uygun değildir.<sup>16</sup>

Cezaların ferdileştirilmesi ilkesi gereğince, aynı suçu işleyen kimselere aynı cezanın verilmesi isabetli değildir. Suç aynı olsa bile, bunu işleyen kimseler farklı iseler, onlara farklı müeyyideler uygulanmalıdır. Burada kıstas, işlenen suçun ağırlığı veya hafifliği değil, işleyen kimsenin iyileştirilmesine uygun bir müeyyide bulunması olmalıdır. Öyle kimseler olabilir ki, bunlar aleyhine dava açmadan işi geçiştirmek, iyileştirilmesi bakımından daha uygun düşebilir. Buna karşılık bazılarının durumları, dava açılmasını ve ondan sonra kendilerine ceza verilmemesini gerektirebilir. Kısaca, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin uygulanması durumunda, çağdaş anlayışın bir gereği olan “*cezaların ferdileştirilmesi*” mümkün olamayacaktır. Burada maslahata uygunluk ilkesinin önemi daha belirgin bir şekilde ortaya çıkmaktadır.<sup>17</sup>

Kanun önünde eşitlik ilkesinin mutlak değil, nispi anlamda anlaşılması, bugün genellikle kabul edilen bir husustur. Mutlak eşitliğin en büyük eşitsizlik olduğunu öne süren yazarlar; eşitliğin, eşit olanların eşit muameleye tabi tutulması anlamına geldiğini, aynı fiili işlemle birlikte aynı durumda bulunmayan kimseler bakımından dava açmakta da ayrı davranılmasına imkân veren maslahata uygunluk ilkesinin, farklı durumlarda bulunanlar hakkında eşit davranmayı gerektiren mecburilik ilkesinden daha fazla olarak eşitlik ilkesine uyduğunu söylemişlerdir.

Doktrinde kovuşturma mecburiyeti ilkesini, hukuk devleti ilkesi ile açıklayan görüş de eleştirilmiştir. Mutlak bir kovuşturma mecburiyeti, ancak, mutlak bir ceza verme yükümlülüğünün bir sonucu olabilir ki, günümüzde devletin böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır.<sup>18</sup>

Öte yandan, hem kovuşturma mecburiyeti hem de maslahata uygunluk ilkesinin suiistimale açık bulunduğu söylenmelidir. Bütün mesele, savcılarının kalitesinde olmak gerekir. Teorik olarak, mecburilik ilkesinin geçerli olması durumunda dava açmamak suretiyle suiistimalin zor, maslahata uygunluk ilkesinin geçerli olması durumunda

<sup>16</sup> Öztekin Tosun, İHFM 1969'dan ayrı bası, s. 19.

<sup>17</sup> Öztekin Tosun, *a. g. e.*, s. 20.

<sup>18</sup> Bahri Öztürk, *a. g. e.*, s. 39.

ise bunun daha kolay olabileceği düşünülebilir. Fakat bu savcılara bağlı bir iştir.

Bugün mutlak bir kuvvetler ayrılığının hürriyetleri koruyan sihirli bir formül olduğu inancı sarsılmış bulunmakta, bunun yerine ahenkli bir işbirliği sistemine geçilmesinin faydalı olduğu genellikle kabul olunmaktadır. Maslahata uygunluk ilkesinin de bu işbirliği sistemine aykırı bulunmadığı açıktır.<sup>19</sup>

Kovuşturma mecburiyeti ilkesine yöneltilen en ciddi eleştirilerden bir diğeri de, söz konusu ilkenin uygulanması durumunda kolluğun, savcılığın mahkemelerin işinin gereksiz yere artacağı yolundadır. Bugün dünyada en çok şikâyet edilen konu mahkemelerin ağır iş yüküdür ve bu nedenle mahkemelerin iş yükünün azaltılması için çeşitli çareler aranmaktadır. Maslahata uygunluk ilkesi bu konuda önemli katkılar sağlayabilir.<sup>20</sup>

Son olarak, maslahata uygunluk ilkesinin hazırlık soruşturmasında “kısalığı” sağladığı, İngiltere’nin buna güzel bir örnek oluşturduğu, dünyanın en kısa hazırlık soruşturmasının, maslahata uygunluk ilkesini benimseyen bu ülkede gerçekleştirildiği; bunun İngiltere’de hazırlık soruşturmasının kalitesiz yapılmasına sebep olmadığı, aksine 1962 yılında Almanya’da, örneğin hırsızlıktan açılan davaların % 92,7’inde mahkûmiyet kararı verilmişken aynı yılda İngiltere’de bu oranın % 95 olarak gerçekleştiği açıklanmıştır.<sup>21</sup>

## 6. Her İki İlkenin Değerlendirilmesi

Yukarıda açıklanan görüşlerin hepsinde de az veya çok gerçek payı vardır. Kovuşturma mecburiyeti ilkesi ile hukuk devleti ilkesi arasındaki ilişki çok sıkıdır. Hukuk devleti ilkesi ister şekli ve maddi diye ikiye ayrılsın, ister ayrılmasın bu durum değişmemelidir. Bu ilke, her türlü keyfilğe engeldir. Bu açıdan bakıldığında, kovuşturma mecburiyeti ilkesi, hukuk devleti ilkesi mozaiğinin önemli parçalarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Mecburilik ilkesinin geçerli olduğu durumlarda bile, kanun hükümlerinin her olayda tam olarak

<sup>19</sup> Öztekin Tosun, *a. g. e.*, s. 17.

<sup>20</sup> Öztekin Tosun, “Hazırlık Soruşturması”, *Prof. Dr. Ümit Doğanay’ın Anısına Armağan*, s. 91 vd.

<sup>21</sup> Bahri Öztürk, *a. g. e.*, s. 42.

uygulanmadığı, bazen istenerek, bazen ise fiili bazı durumlar sebebiyle yerine getirilmediği ileri sürülerek kovuşturma mecburiyeti ilkesi terk edilerek maslahata uygunluk ilkesine geçilmesi önerilmemelidir. Aksi takdirde, mecburilik ilkesinin uygulandığı durumlarda bile engellenemeyen bazı kabul edilmez keyfiliklerin istisna olmaktan çıkıp, kural haline gelebilmesi tehlikesi ortaya çıkabilir. Bu tehlike, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin tamamen terk edilmesi görüşünde olan yazarlar tarafından da fark edilmiş ve suiistimal konusunun savcıların kalitesiyle ilgili bir husus olduğu söylenmiştir.<sup>22</sup>

İşte, kovuşturma mecburiyeti ilkesi esas olarak burada daha da önem kazanmaktadır. Zira, her işlemin sıkı kayıtlara bağlanmak istenmesinin sebebi, savcıların sübjektif durumuna bakılmaksızın, objektif bir şekilde suiistimal tehlikesidir.

Oysa maslahata uygunluk ilkesinin geçerli olması durumunda, kovuşturma makamları hemen hemen her davranışı takdir yetkisi içinde mütalaa edilebileceğinden, kovuşturma makamlarının cezaî sorumluluğu konusu pek gündeme gelmeyecek, bu da keyfiliğin teşviki olarak karşımıza çıkabilecektir. Öte yandan, ileride de görüleceği gibi, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin geçerli olduğu durumlarda, yeterli suç şüphesine rağmen, savcı kamu davasını açmıyorsa, her türlü keyfi davranışın önüne geçebilmek için idari ve yargısal denetim öngörülmüştür. İdari denetim, üst savcının (Başsavcının) denetimi, valinin denetimi ve nihayet Adalet Bakanının denetimi olmak üzere üç şekilde ortaya çıkmaktadır.<sup>23</sup> Yargısal denetim ise, C. Savcısının takipsizlik kararına karşı mensup olduğu ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesine itiraz edilmesidir (CMUK m. 165, m. CMK m. 173).

Yukarıda açıklanan düşüncelere, modern Ceza Muhakemesi Hukukunda kovuşturmanın, kural olarak, fertlere değil, devlete ait bir iş olduğu (kovuşturmanın resmiliği ilkesi); devletin bu işi yerine getirirken, mağdurun durumunu da dikkate alarak hukuki barışı ve adaleti gerçekleştirmeye çalışmak durumunda bulunduğu hususu da ilave edilmelidir. Maslahata uygunluk ilkesinin keyfiliğe yol açması duru-

<sup>22</sup> Öztekin Tosun, *a. g. e.*, s. 23.

<sup>23</sup> CMUK'nun 148.maddesinin 2 ve 3. fıkralarında Adalet Bakanının kamu davasını açmak için C. Savcısına emir verebileceği ve valilerin de bunu vilayetlerindeki C. Savcılarında isteyebileceğine dair düzenlemeler 14/7/2004 gün ve 5219 sayılı kanunla madde metninden çıkarılmıştır.

munda bu söylenenlerin gerçekleşemeyeceği, bunun da mağduru başka yollara itebileceği gözden uzak tutulmamalıdır.<sup>24</sup>

Gerçekten, toplumda her işlenen suçun takip edilmekte olduğu fikrinin yaygın bulunması durumunda, potansiyel failer suç işlemekten vazgeçebilecekleri gibi, suç işledikleri için haklarında kovuşturma başlatılmış bulunan kişiler de, devletin bu konudaki ciddiyetini görüp, bir daha suç işlememe gibi bir tutum içine girebileceklerdir. Halkın hukuk kültürünün yetersiz bulunduğu ülkelerde, savcının, maslahata uygunluk ilkesi mucibince verebileceği kovuşturama kararları yanlış anlamalara ve bunun sonucunda da yanlış davranışlara neden olabilir. Bu tür ülkelerde kovuşturma mecburiyeti ilkesinin ihtiyaca daha uygun bulunduğunu söylemek yanlış olmamalıdır.

Maslahata uygunluk ilkesinin, hakim tarafından mahkûmiyet kararı verilebilecek durumlarda, savcıya takipsizlik (kovuşturama) kararı verebilme imkânı getirmesiyle olduğu kadar; suç mağdurlarının suç karşısında yaşadıkları şokun, kızgınlığın ve rahatsızlığın içinde yalnız bırakılması, suçla bozulan hukuki barışın yeniden tesisi her zaman sanığın cezalandırılması ile gerçekleşme de, hiç olmazsa, devletin suça karşı bir reaksiyon göstermesi gerektiği halde, bunun gerçekleşmemesine sebep olabildiği; ve nihayet bazı durumlarda sanığın da olumsuz yönde etkilenmesi, üstüne atılan suçu işlemediğini bağimsız hakim huzurunda ispatlayıp, kendini temize çıkarabilecekken, maslahata uygunluk gerekçesiyle, takipsizlik (kovuşturama) kararı ile hakim önüne gitmesinin engellenmesi suretiyle 1982 Anayasası'nın 36/1. maddesinde "*herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir*" şeklinde ifade edilen hak arama hürriyetinin, sanığın elinden alınması sonucunu vermesi eleştirilmelidir.

Bütün bunlara rağmen, ceza muhakemesi hukuku sadece kovuşturma mecburiyeti ilkesi ile yetinemez. Çünkü bu ilkenin zayıf kaldığı durumlar da vardır. Gerçekten, cezaların kişiselleştirilmesi, mahkemelerin gün geçtikçe ağırlaşan iş yükü ve ceza kanunlarının metrukiyeti gibi konular kovuşturma mecburiyeti ilkesi ile kolay açıklanabilecek konular değildir. Bu nedenle, kural, kovuşturma mecburiyeti ilkesi olmakla birlikte, istisna olarak maslahata uygunluk ilkesine de yer ve-

<sup>24</sup> Bahri Öztürk , a. g. e., s. 44.

rilebilir. Cezaların kişiselleştirilmesi açısından, aynı suçu işleyen kimselere aynı müeyyidenin uygulanması isabetli değildir. Burada kıstas, işlenen suçun ağırlığı veya hafifliği değil, işleyen kimsenin iyileştirilmesine uygun bir müeyyide bulunması olmalıdır. Seçilen müeyyide o kimsenin bir daha suç işlemesine engel olacak en iyi hareket tarzını teşkil etmelidir. Bu bakımdan, aynı fiili işlemesine rağmen, bir kimsenin kişiliği onun daha ağır, bir başkasının kişiliği daha hafif cezalandırılmasını gerektirdiği gibi, bir başkasının kişiliği ise kendisinin hiç cezalandırılmamasını, hatta hakkında hiç kovuşturma yapılmamasını gerektirebilir.

Kovuşturma mecburiyeti ilkesine yöneltile en ciddi ve yerinde eleştirilerden biri de, söz konusu ilkenin gerekli gereksiz kamu davasının açılmasına ve bu suretle mahkemelerin iş yükünü kabul edilmez bir şekilde artmasına sebep olduğudur.

Yukarıda yazılan açıklamalar da gösteriyor ki, biz esas olarak kovuşturma mecburiyeti ilkesinden yanayız; ancak, bu ilkenin maslahata uygunluk ilkesi ile desteklenmesi gerektiğine, bu suretle kovuşturma mecburiyeti ilkesinin sakıncalarının belli oranda ortadan kalkmış olacağına inanmaktayız.<sup>25</sup>

Türk ve Alman ceza usul kanunları da esas olarak kovuşturma mecburiyeti ilkesini kabul etmişler, istisna olarak da maslahata uygunluk ilkesine yer vermişlerdir. Maslahata uygunluk ilkesi açısından Türk ve Alman ceza usul kanunları arasında büyük farklılıklar bulunmaktadır.

## 7. Türk Ceza Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti ve Maslahata Uygunluk İlkeleri

1 Haziran 2005 tarihine kadar ceza hukukumuzda katı bir kovuşturma mecburiyeti ilkesi hakim olup belli bir yaşın altındaki küçükler hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılamaması, şahsi davalık suçlarda kamu yararı görülmemesi nedeniyle veya ön ödeme nedeniyle verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair karar, cezanın ertelenmesi ve şartla tahliye gibi maslahata uygunluk ilkesine uygun kurumlar ile

<sup>25</sup> Bahri Öztürk, *a. g. e.*, s. 47; (Kunter, Yurtcan, Erem ve Yenisey de kovuşturma mecburiyeti ilkesine taraftar olduklarını açıklamışlardır. Kunter no. 103, Yurtcan (§11. III. 1) s. 31 vd., Erem, s. 217 vd., Yenisey, s. 549).

zaman zaman belli bazı suç ve suç failleri için çıkarılan dava ve cezaların ertelenmesine dair kanunlar mevcut iken 1 Haziran 2005 tarihinden itibaren ceza hukukumuzda maslahata uygunluk ilkesinin yansımalarına kurumsal olarak yer verildiği görülmektedir. Maslahata uygunluk ilkesi cezaların bireyselleştirilmesine yönelik olup üç aşamada uygulanır; dava açılırken, hüküm kurulurken, ceza çektirilirken.<sup>26</sup>

Gerçektende daha davanın açılması aşamasında CMK'nın 171. maddesine göre yasallık sistemini yumuşatıcı bir istisna olarak "cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebileceği" düzenlenip, önce 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu sonra da CMK'da "Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi" kurumuna yer verilmiştir. Aynı şekilde hükmün kurulması aşamasında, önce Çocuk Koruma Kanunu sonra da CMK'da "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması" kurumu getirilmiştir. İnfaz aşamasındaki maslahata uygunluk ilkesinin yansıması ise eskiden beri var olan cezanın ertelenmesi ve şartla tahliye kurumlarıdır. Şimdi özellikle ceza hukukumuzda yeni getirilen bu kurumlara daha yakından bakabiliriz.

### 7.1. 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na Göre

Suç haberini alan yetkili savcı derhal hazırlık soruşturmasına girişmek mecburiyetindedir. Bu husus 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 153. maddesinde;

*"Cumhuriyet savcısı ihbar veya herhangi bir suretle bir suçun işlendiği zehabını verecek bir hale muttali olur olmaz hukuku amme davasını açmağa mahal olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin hakikatini araştırmağa mecburdur"* şeklinde ifade edilmiştir.

Hazırlık soruşturması, fiilin fail tarafından işlenmiş olabileceği yolundaki şüpheleri kuvvetlenmesi sonucunu verirse yetkili savcı dava açmak zorundadır. Bu hususta CMUK'nın 148. maddesinde;

*"Kamu davasını açmak vazifesi Cumhuriyet savcısındır."*

<sup>26</sup> Selçuk, Sami, HPD, Mayıs 2006, Sayı 6, s.150

*Kanunda aksine hüküm bulunmadığı takdirde Cumhuriyet savcısı, ceza takibini gerektirecek hususlarda yeterli delil mevcut ise kamu davasını açmakla mükelleftir.*

*Kamu davası açmak için Adalet Bakanı, Cumhuriyet savcısına emir verebilir.*

*Valiler de kamu davası açılmasını kendi vilayetleri dahilindeki Cumhuriyet savcularından isteyebilirler. Cumhuriyet savcıları mucip sebepler göstererek bu talebi kabul etmezse valinin müracaatı üzerine Adalet Bakanı yukarıki fıkrada yazılı yetkiyi kullanmak lazım gelip gelmeyeceğini takdir eder ve icabını yapar”*

şeklindeki düzenleme ile yeterli suç şüphesi bulunması halinde Cumhuriyet savcısına kamu davasını açma görevi verilmiş, akabinde ikili bir denetim mekanizması getirilmiştir; idari denetim ve yargısal denetim.

**İdari denetim;** Üst savcının (başsavcının), valinin ve adalet bakanının denetimi olmak üzere üç şekilde ortaya çıkar.

**Yargısal denetim;** savcının takipsizlik kararına karşı, bağlı olduğu ağır ceza Mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesinde itiraz edilmesidir.

Vali ve adalet bakanının savcıya “dava aç” şeklinde emir verebilmesi hiyerarşinin bir sonucudur. Adalet bakanının savcılara emir verebilmesi sınırsız değildir. Bu konudaki ilk sınır, kovuşturma mecburiyeti ilkesinden doğmaktadır. Gerçekten, yukarıda da ifade edildiği gibi, gerek araştırma mecburiyeti ilkesi ve gerekse kamu davasını açma mecburiyeti ilkesi, kişi bakımından, Adalet Bakanı’nu, bu konularda yetkili Adalet Bakanlığı memurlarını ve valileri de kapsamaktadır. Bu durumda, burada sözü geçen yetkililerin bu ilkelere aykırı olarak “dava açılmaması” yolunda görüş bildirmeleri mümkün değildir. CMUK’nın 148. maddesinin 2 ve 3. fıkralarında Adalet Bakanının kamu davasını açmak için C. savcısına emir verebileceği ve valilerin de bunu kendi vilayetlerindeki C. savcularından isteyebileceğine dair düzenlemeler 14.7.2004 gün ve 5219 sayılı kanunla madde metninden çıkarılmıştır. 5271 sayılı CMK’da da benzer bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Kamu davasının açılması başlıklı 163. maddesinde;

*“Yapılan hazırlık tahkikatı sonunda, toplanan deliller kamu davasının açılmasına yeterli ise Cumhuriyet savcısı mahkemeye bir iddianame vermek suretiyle kamu davasını açar”*

ifadesiyle kovuşturma mecburiyeti ilkesi çok açık bir şekilde vurgulanmıştır. Bunun sonucudur ki, savcı açtığı kamu davasını hüküm ile sonuçlanıncaya kadar sürdürmek zorundadır, geri alamaz.

Savcıya “dava açma” şeklinde emir verilmesi, hukukun, muhakeme hukukunun ve nihayet suç muhakemesi hukukunun ilkelerine ve CMUK’nın 148 ile ilgili öteki maddelerine uygun düşmez. Kanunumuz, yukarıda kısaca açıklanan idari denetimin yanında bir de “itiraz” adını verdiği yargısal denetim öngörmüştür. CMUK bu iki yolla savcının keyfi davranmasının önüne geçmek ve Anayasamızda ifadesini bulan hukuk devleti ilkesini gerçekleştirmek istemiştir.

Sonuç olarak 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu kovuşturma mecburiyeti ilkesini kabul etmiş, istisna olarak da maslahata uygunluk ilkesine yer verilmiştir (Bazı suçların kovuşturmasının Adalet Bakanının iznine bağlanması, 765 sayılı TCK 434. maddesindeki evlenme halinde cezanın tecili, şahsi dava, ön ödeme... gibi).

## 7.2. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK, kamu davasının açılması yönünden yasallık sistemini benimsemiştir. CMUK’nın 163. maddesinin karşılığı olan 5271 sayılı CMK’nın 170. maddesinde;

*“Kamu davasını açma görevi, Cumhuriyet savcısı tarafından yerine getirilir.*

*Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler”*

denilmesi suretiyle yeterli kuvvette şüphe halinde Cumhuriyet savcısını kamu davasını açmaya mecbur kılmıştır. Hüküm, kamu davasının açılmasında Cumhuriyet savcısına bağlı yetki tanıyan, “mecburilik ilkesi”ni düzenlemektedir. Maddede “yeterli şüphe”den söz edilmek suretiyle, toplanan delillerin, suçun işlendiği hususunda yeterli görülmesi halinde şüpheden sanık yararlanır ilkesinin soruşturma evresinde geçerli olmadığı vurgulanmış olmaktadır.

Adalet bakanının Cumhuriyet savcısından davayı açmasını isteyebileceği ve bu istemin yerine getirileceği, valilerin de adalet bakanından bu yetkisini kullanmasını isteyebilecekleri hakkındaki hükümler hükümet tasarısında yer almasına rağmen (173. madde) yasada yer almamıştır. Zaten CMUK'nın 148. maddesinin 2 ve 3. fıkralarında yer alan bu düzenlemelerin uyum yasaları kapsamında 14.7.2004 gün ve 5219 sayılı kanunla madde metninden çıkarıldığı düşünüldüğünde CMK'da yer verilmemesi isabetli olmuştur.

Keza günümüz batı hukukuna paralel olarak maslahata/maksada uygunluk (takdirlik) sistemi gelişmekte bulunduğundan 171. madde de yasallık sistemini yumuşatıcı bir istisna kabul edilmiş bulunmaktadır. Bu maddeye göre;

*“Cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilir.”<sup>27</sup>*

Bu madde ile işlenen fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen; Cumhuriyet savcısına CMK'nın 223/4. maddesinin (a) ve (b) bentlerinde gösterilen etkin pişmanlık ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde kamu davası açmama yönünde takdir hakkı tanınmıştır. Aslında bu madde duruşmanın sona ermesi sonucu mahkemece verilecek hükümleri düzenlediği halde CMK'nın 171. maddesi ile Cumhuriyet savcısının da bu maddeye dayanarak kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verebileceği düzenlenmiştir.

Etkin pişmanlık halleri 5237 sayılı TCK'da tek tek gösterilmiştir. Bazı suçlar yönünden indirim öngörülmüşken, bazı suçlar için de etkin pişmanlık halinde tamamen ceza verilemeyeceği şeklindedir. İşte Cumhuriyet savcısı 5237 sayılı TCK'nın 24 ila 34. maddelerinde gösterilen şahsî cezasızlık hallerinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verebilecektir.

CMK'nın 171. maddesi ile kamu davası açmada kanunilik (kovuşturma mecburiyeti) ilkesinin istisnaları düzenlenmiş, daha da önemlisi 173. maddede kural olarak suçtan zarar görenin, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren on

<sup>27</sup> Altı çizili ifadeler 5560 sayılı kanunla değiştirilmeden önce “kamu davasını açmayabilir” şeklinde idi.

beş gün içinde, bu kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi başkanına itiraz edebileceği düzenlenmişken 173. maddenin 5. fıkrasında “Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmaması hususunda takdir yetkisini kullandığı hâllerde bu madde hükmü uygulanmaz” denilmesi suretiyle takdire dayalı takipsizlik kararına karşı itiraz yolu da kapatılmıştır.

CMK’nın 171 ve 173/5. maddesindeki bu düzenlemeler daha şimdiden çok eleştiri almıştır. Gerçekten de bir çok olayda unsurlarının olup olmadığı kolay tespit edilemeyen etkin pişmanlık ve şahsi cezasızlık halleri gibi ancak mahkemenin takdir edebileceği (CMK m. 223. madde) ve çok defa da Yargıtay’ca yerinde görülmeyle verilen kararların bozulduğu bir konuda Cumhuriyet savcısına da takdir hakkı verilmekte, hem de bu kararların mahkemece verilmesi durumunda istinaf veya temyiz yolu açık olmasına rağmen C. savcısının aynı gerekçeyle takipsizlik kararına karşı itiraz hakkı dahi tanınmamaktadır.<sup>28</sup> “Yargıtay kararlarının bile kabullenilmediği bir toplumda hazırlık soruşturması sonunda savcının tek başına hukuki değerlendirme, kesin delil değerlendirmesi yapması tatmin edici olmayacaktır.”<sup>29</sup>

Görünen odur ki uygulama sürecinde CMK’nın 173/5. maddesinin yol açacağı problemler daha da netleşecektir. Takdire dayalı takipsizlik kararlarına karşı da itiraz hakkı tanınması gerekir. Yasallık sisteminin katılığının maslahata/maksada uygunluk sistemi ile yumuşatılmasının gerekliliğine inanan biri olarak takdire dayalı takipsizlik kararına karşı itiraz yolunun kapatılmasını “maksadı aşan” bir düzenleme olduğu düşüncesindeyiz.

### 7.2.1. Genel Olarak “Kamu Davasının Açılmasının Ertelemesi” ve “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”

Hukukî bir kurum olarak erteleme bir suç politikası (ceza siyaseti) aracıdır. Ertelemenin, “kamu davasının açılmasının ertelenmesi”, “duruşmanın ertelenmesi”, “hükmün ertelenmesi” ve “cezaların ertelenmesi” şeklinde uygulanma biçimleri bulunduğu halde hukukumuzda bugüne kadar erteleme denildiğinde ilk olarak cezanın infazının ertelenmesi

<sup>28</sup> Kaplan, Arif, *Hukuk ve Demokrasi Dergisi*, Nisan 2005, Sayı: 9, s. 45.

<sup>29</sup> Malkoç, İsmail/Güler, Mahmut, *Uygulamada CMUK*, Ankara 1998, C.1, s. 588.

akla gelmekte idi. Cezanın ertelenmesi genel olarak, bir cezanın yerine getirilmesinin belli bir süre geri bırakılmasıdır. Hepsinin de amacı uygulanacak yaptırımların bireyselleştirilmesi suretiyle, belli bir süre içinde failin iyi hal göstermesi ve kendisine yüklenen mükellefiyetleri yerine getirmiş olması karşısında devletin kovuşturma ve cezalandırma veya tedbir uygulama hak ve yetkisinden vazgeçmiş olmasıdır.<sup>30</sup>

Erteleme iyi bir ceza siyasetinin gerçekleşmesine hizmet eden bir müessese olduğu gibi, aynı zamanda cezanın bireyselleştirilmesi vasıtasıdır. Ertelemenin diğer bir gayesi kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların sakıncalarını ortadan kaldırma ve dolayısıyla mükerrerliğe engel olmalıdır.<sup>31</sup>

Cezanın ertelenmesi dışındaki üç erteleme çeşidinde de ortak nokta, olası bir mahkûmiyet kararından önce deneme süresine ve yükümlülükler karar verilmiş olmasıdır. Böylece bu kurumların uygulanması ile küçüklerin ve hafif suç işledikleri saptanan yetişkinlerin damgalanmalarının ve dolayısıyla “*sabıkalı*” olarak nitelendirilmelerinin önüne geçilmiş olmaktadır.<sup>32</sup>

Bugün “*duruşmanın ertelenmesi*” dışında kalan erteleme kurumlarının uygulamadaki yerini aldığını görmekteyiz.

“*Duruşmanın ertelenmesi*”, kamu davası açıldıktan sonra da, sanık olan kişide bulunan belli özellikler dolayısıyla, açılmış olan davaya belli koşullarda devam edilmemekte, duruşma yapılmamaktadır. Yani dava belli bir süre bekletilmektedir. Bu sürede aranan koşulların gerçekleşmesi durumunda dava düşürülmekte ve artık o suç dolayısıyla kişinin yargılanması söz konusu olmamaktadır.<sup>33</sup>

5271 sayılı CMK tasarısının 174. maddesinde “*Kamu davasının açılmasının ertelenmesi*” başlığı ile, 233. maddesinde ise “*Hükümün geri bırakılması, denetimli serbestlik*” başlığı altında belirli şartlara bağlı olarak

<sup>30</sup> Özbek, Veli Özer, *Yeni TCK'nın Anlamı*, C.1, 3. baskı, Ankara 2006, s.409.

<sup>31</sup> Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Ahmet Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler II (Yaptırım Hukuku)*, Ankara 2003, s. 273.

<sup>32</sup> Artuk, Mehmet Emin/Yenidünya, Ahmet Caner, “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Erteleme Müessesesi”, *Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan*, İstanbul 1999, s. 65'den nakleden, Çolak, Halûk, Altun, Uğurtaş, *Adalet Dergisi*, Ekim 2006, 26. sayı.

<sup>33</sup> Özgeçen, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler*, 3. Bası, Ankara 2006. s. 599.

açılacak kamu davasının C. savcısı tarafından ertelenebileceği ve denetimli serbestlik tedbirine tabi tutularak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına mahkemece karar verilebileceği ön görülmüşken Meclis Adalet Komisyonu ve alt komisyonda yapılan hararetli tartışmalar sonucu<sup>34</sup> yerinde görülmeyerek tasarıdan çıkarılmış ve dolayısıyla yasalasılmamıştır. CMK değişiklik tasarısında da bu iki müesseseye yer verildiği halde tekrar Adalet Komisyonu'nca tasarıdan çıkarılmış ancak 5271 sayılı CMK'da yer almaması sistemin önemli ölçüde noksan kalmasına yol açacağından 3. kez tasarıya alınmış ve nihayet 6.12.2006 Tarih ve 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'la Türk ceza muhakemesi hukukunda yerini almıştır. Daha doğrusu aşağıda değinileceği gibi her iki müesseseye 15.07.2005 tarihli *Resmî Gazete*'de yayınlanan 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nda yer verilmesi suretiyle Türk ceza muhakemesinde uygulanma olanağına kavuşmuştur.<sup>35</sup>

5271 sayılı CMK tasarısının "*kamu davasının açılmasının ertelenmesi*" başlıklı 174. maddesinin gerekçesinde belirtildiği gibi günümüz karşılaştırmalı ceza muhakemesi hukukunda önemli bir sorun da Cumhuriyet savcısının soruşturma yapmak, kamu davasını açmak veya açmamak yetkisine sahip olup olmamasıdır. Bunun anlamı yasallık sistemi yanında maksada uygunluk sistemine ne derecede veya ölçüde yer verilebileceğidir. Yasallık anlayışı Almanya, İtalya, İspanya'da, İsviçre'nin bazı kantonlarında ve hemen bütün doğu Avrupa ülkelerinde ve bugüne kadar ülkemizde geçerlidir.

Yasallık sisteminin anlamı da hemen davayı açmak hususunda Cumhuriyet savcısını bir otomatizme sevk etmek değildir: Birinci ola-

<sup>34</sup> Bkz., Özgenç, İzzet, *a. g. e.*, s.599,600, 618'deki dipnotlar.

<sup>35</sup> Aslında ceza hukukumuzda eskiden beri kısmen de olsa bazı suçlar yönünden belli hâllerde kovuşturmanın veya davanın ertelenmesi de kabul edilmiştir. Örneğin eski TCK'nın 434. maddesinde kaçırılan veya alıkonulan kız veya kadın ile sanık veya hükümlülerden biri arasında evlenme gerçekleştiğinde koca hakkında kamu davasının ve hüküm verilmiş ise cezanın çektirilmesinin erteleneceği belirtilmiştir. Yine, 28/08/1999 tarihli ve 4454 sayılı "Basın ve Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun" ile 21/12/2000 tarihli ve 4616 sayılı "23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun" da dava ve cezanın ertelenmesine ilişkin kurumlara yer verilmiştir. Ancak öğretilerde 4454 ve 4616 sayılı Kanunlarla getirilen düzenlemeleri "erteleme" sayan görüşlere karşılık bunu şartlı af olarak değerlendirenler de vardır.

rak Cumhuriyet Savcısı bazen kamu davasının harekete getirilip getirilmeyeceğini, kendisine ulaşan olayların bir temeli bulunup bulunmadığını, sözgelimi ihbarın anonim olup olmadığını belirlemek için şekli olmayan bir araştırma yapar ve bunun sonucunda soruşturmayı sürdürmemeye karar verebilir yani yasallık otomatiklik anlamını taşımaz.

Çağdaş eğilim, yasallık ve maksada uygunluk sistemleri arasında bir yakınlaşmayı ifade etmektedir.

Tasarının temel amacı yargılamanın, adil yargılama ilkesine tam sadık kalınarak süratlendirilmesi ve kovuşturmanın duruşmadan duruşmaya sürüklenmesini ve böylece parçalı adaleti önlemek olduğundan ve bu amaca ulaşmanın bir çaresi de ceza adalet sistemini, olanak ölçüsünde boşaltmak, soruşturma evresindeki filtreyi etkinleştirmek olduğundan değişik hükümler getirilmiş ve bunlardan önemli birisini de bu madde oluşturmuştur.

Ayrıca bugünkü sosyal devlet ilkesinin bir sonucu olarak, ödetici ceza anlayışından hükümlüyü veya zanlıyı topluma yeniden kazandırma anlayışına dönülmüş bulunmaktadır.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi sistemi ikiye ayırılır:

**a.** Bir şekle göre, *savcının bu konudaki yetkisi mutlaktır*. Başka bir merciin onayına veya iznine gerek kalmaksızın, kamu davasının açılması savcı tarafından ertelenmektedir. Bu şekli kabul eden ülkeler arasında Finlandiya, Belçika ve Japonya örnek olarak gösterilebilir. Federal Alman hukukunda ise savcı, genç hakiminin katılmasıyla veya onayına gerek kalmadan kovuşturmaya son verebilir.

**b.** Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun diğer bir şekline göre ise, *savcının yetkisi mutlak olmamakta*, çocuk mahkemesi hakiminin (Hollanda) veya diğer bir merciin (Kraliyet Savcısı-Norveç) onayıyla davanın açılması ertelenebilmektedir.<sup>36</sup>

CMK tasarısının “*Hükmün geri bırakılması, denetimli serbestlik*” başlıklı 233. maddesinin gerekçesinde de vurgulandığı gibi, önce Anglo-Sakson hukukunda ortaya çıkan ve özellikle 1950’li yıllardan sonra Kara Avrupası hukukunu etkileyerek ceza kanunlarına girip bugün hemen bütün Doğu Avrupa ve Batı ülkelerinin ceza mevzuatında yer

<sup>36</sup> Artuk/Yenidünya, s. 59,60’dan nakleden, Çolak, Halûk/Altun, Uğurtan; a.g.m.

alan bir kurum olarak ceza sistemlerindeki yerini almıştır. Nitekim Fransız hukukunda bu kurum, ilk önce 2.2.1945 tarihli kanunla çocuk suçlular hakkında uygulanmaya başlanmış, daha sonra 1975 yılında yapılan değişiklikle yetişkinleri de kapsamına almıştır. Belçika'da aynı kurum 29.6.1964 tarihli bir kanunla hukuk sistemine getirilmiştir. Bu örneği, Hollanda, Japonya, Polonya, İsviçre gibi ülkelerde de görmek olanaklıdır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu Anglo-Sakson hukuk sisteminde yargılanması tamamlanmış olan sanığın belli bir süre denetim altında tutulması "*probation*" esasına dayanır. Hâkim, sanığın suçluluk ve kusurluluğunu saptamakla beraber cezaya hükmetmeyi geri bırakmakta ve onu belirli bir süre içinde denetim altında tutmaktadır. Davranışları, tâbi tutulduğu denetim süresi içinde olumlu bulunduğu takdirde suçlu için bir mahkûmiyet kararı verilmemektedir. Böylece deneme süresini başarıyla geçirmiş olan suçlu, damgalama süreci dışına çıkarılmakta, bir yargı kararına muhatap olmamaktadır. Bu kurum, çağdaş ceza hukukunun amaçlarından biri olan kişiyi mümkün olduğu kadar damgalamamayı ve toplum ile uyum sağlanmasını gerçekleştiren bir uygulama niteliğindedir.

Hâkim yargılamakta olduğu suçla ilgili olarak sanığın kişisel durumunu, işlediği fiili bütün yönleriyle inceleyerek, delilleri toplayacak ve yargılamayı bitirecektir. Ancak son hükmü açıklamayacaktır. Bunun yanı sıra hâkim sanığa belli bir denetim süresi içinde, denetimli serbestliğe tâbi tutulacağını ve hükmün geri bırakıldığını bildirecektir.

Aslında tasarılar da yer aldığı şekliyle gerek "*Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi*" ve gerekse "*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*" Anayasa'nın 174. maddesinde koruma altına alınan "*İnkılap Kanunları*"nda yer alan suçlar hariç olmak üzere üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlar yönünden öngörülmüşken medyanın her zaman olduğu gibi postmodern bir anlayışla<sup>37</sup> ko-

<sup>37</sup> Postmodernizm, liberalizmden daha fazla yargıya müdahale edip, yıpratmaktadır. Postmodernizm, temelde "düzen"e karşı bir direnişi, bir karşı koymayı ifade eder. Hukukta dinamik bir adalet anlayışından yola çıkan postmodern anlayış, tanınmış bir futbolcunun ya da şarkıcının adı bir suçtan dolayı yargılanması ve hüküm giymesini öne çıkararak eleştirebilmektedir. Yargının ve kararlarının hukuka uygun olması postmodern anlayış bakımından yeterli değildir. Bu anlayış yargısal sürecin ve kararlarının kendisine uygun olmasını beklemektedir. Oysaki yukarıda da de-

nuya yaklaşması ve “*şu kadar suç için dava bile açılmayacak*” basitliği ile kamuoyunu yanlış bilgilendirmesi sonucu soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olup, üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlarla sınırlandırılmıştır.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 1999 tasarısının “*Kamu davasının açılmasının ertelenmesi*” başlığını taşıyan 164. maddesine göre de, “*fiil için Kanunda öngörülen şahsî hürriyeti bağlayıcı cezanın üst sınırı üç aydan fazla ve iki yıla kadar (iki yıl dahil)*” olması hâlinde kamu davasının açılmasının ertelenmesi öngörülüyordu. Cezanın üst sınırının üç aydan fazla olmasının nedeni üç aya kadar ceza gerektiren suçların ön ödeme kapsamında olmasıdır.<sup>38</sup>

1999 tasarısı Cumhuriyet savcısının vereceği kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararına karşı suçtan zarar görene itiraz hakkı tanınmamış ancak asliye ceza hâkiminin onayına bağlamıştı. Aynı düzenleme yani erteleme kararının hâkimin onayına bağlanması 5271 sayılı CMK tasarısında da yer aldığı halde 5560 sayılı ... Değişiklik Tasarısı’nda yer verilmemiş buna karşı suçtan zarar görene itiraz hakkı tanınmıştır. (CMK 171/2. madde) 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nun “*Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi*” başlıklı 19. maddesinde de savcının erteleme kararı çocuk hâkiminin onamasına bağlandığı halde 5560 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucu çocuklar yönünden de kamu davasının açılmasının ertelenmesi CMK’nın 171. maddesindeki şartlara bağlanmıştır.

Kovuşturma mecburiyeti ve maslahata uygunluk ilkelerinin lehinde ve aleyhindeki görüşler kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması için de geçerlidir. Aleyhe ileri sürülen en önemli tenkit suçsuz olduğuna inanan bir kimse hakkında kamu davası açılmaması veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması suretiyle beraat etme ihtimali olan sanığın aklanma imkanının elinden alınması, suçsuzluğunu ispat imkânından mahrum bırakılmasıdır. Hatırlanacak olursa 4616 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun’un 1. maddesine 4758 sayılı kanunla “*Bu bentle ilgili*

ğınildiği gibi adalet dağıtmak aceleyle yerine getirilecek bir iş değildir. -Konuralp, Haluk, *Yeni Türkiye Dergisi*, 98/23-24, s.3821 (Yargı Özel Sayısı)

<sup>38</sup> CMUK 1999 tasarısı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dönmezer/Yenisey, *Karşılaştırmalı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve 1999 Tasarısı, Gerekçeler*, İstanbul, 1999.

olarak bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde dosyanın bulunduğu yargı merciine başvurmak suretiyle **soruşturmaya veya davaya devam edilmesini istediklerini bildirenler hakkında soruşturma veya davaya devam olunur**. Mahkumiyet halinde verilen ceza, dava zamanaşımı süresince ertelenir” ibaresi eklenmişti. Amaç suçsuz olduğuna inanan kimseye yargılanarak beraat etme imkânının sağlanmasıdır.

### 2.2.2. CMK'nın 171. Maddesine Göre Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi

- 253. maddenin 19. fıkrası hükmü ve uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı kalmak üzere,<sup>39</sup> soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olup, üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yeterli şüphenin varlığına rağmen Cumhuriyet savcısı, kamu davasının açılmasının beş yıl süreyle ertelenmesine karar verebilir.

Yeterli şüpheden kastedilen CMK'nın 170. maddesinde ifade edilen “*soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler*” cümlesindeki yeterli şüphedir.

Demekki soruşturma evresi sonunda toplanan deliller;

- Suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa,
- CMK'nın 171. maddesinin 1. fıkrasındaki şartlara bağlı olarak kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilemiyorsa,
- 253. maddenin 19. fıkrası hükmü ve uzlaşmaya ilişkin hükümler uygulanma olanağı yoksa,

<sup>39</sup> 253. maddenin 19. fıkrası “Uzlaşma sonucunda şüphelinin edimini def’aten yerine getirmesi halinde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksidde bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde, 171. maddedeki şartlar aranmaksızın, şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararından sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, 171. maddenin dördüncü fıkrasındaki şart aranmaksızın, kamu davası açılır. Uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır. Şüphelinin, edimini yerine getirmemesi halinde uzlaşma raporu veya belgesi, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun 38. maddesinde yazılı ilam mahiyetini haiz belgelerden sayılır.”

- Ve 171. maddenin 3. fıkrasında sayılan fiil ve faile ilişkin koşullarının birlikte gerçekleşmişse Cumhuriyet savcısı kamu davasının açılmasının beş yıl süreyle ertelenmesine karar verebilir.

- Erteleme için ilgilinin talebi veya şüphelinin kabulü aranmamıştır.

- Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmesi halinde kamu davası açılır. Erteleme süresince zamanaşımını işlemez.

- Suçtan zarar gören, bu karara 173. madde hükümlerine göre itiraz edebilir.

- Şartlarının varlığı halinde C. savcısı erteleme yönünden takdir hakkına sahiptir. C. savcısı takdir hakkını dava açmadan yana kullanırsa buna karşı bir kanun yolu öngörülmemiştir. Ancak şartları varsa iddianamenin iadesine karar verilebilir.

### 3.3.3 CMK'nın 231. Maddesine Göre

#### Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması

- Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı olmak üzere, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlarla ilgili olarak<sup>40</sup> sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, bir yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması demek bütün delillerin denetime imkan verecek şekilde toplanması, fiil ve faile bağlı olarak suç vasfının tayini ve bu vasıflandırmaya uygun bir şekilde ve gerekçeli olarak mahkumiyet kararı verilmesi demektir. Yoksa yargılamayı karar aşamasına getirip verilecek hükmü açıklamamak değildir.

- Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

**Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;**

<sup>40</sup> 171. maddede kamu davasının açılmasının ertelenmesi yönünden suçun şikâyete bağlı olması şartı en başta ifade edildiği halde 231. maddede bu husus maddenin en sonunda 14. fıkrada ifade edilmiştir. Buna rağmen bu bir ön koşuldur.

a. Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b. Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c. Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi gerekir. Belirtilen koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir.

- Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.

- Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez. Aksi halde ceza ertelenecek veya seçenek yaptırımlara çevrilecekse hüküm açıklanacaktır.

- Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanık hakkında denetimli serbestlik tedbirine karar verilebilir. Demekki gerek görülmezse denetimli serbestlik tedbirine hükmedilmeyecektir. Ancak denetimli serbestlik tedbiri olarak 8. fıkrafta sayılan aşağıdaki tedbirlere karar verilebilir:

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

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. Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine,

- Bu tedbirler tahdidi olarak (kanun koyucu tarafından sınırlı olarak) belirlenmiştir. Kıyasen buna benzer tedbirlere hükmedilemez.

- Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur.

- Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.

- Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

### 7.3. 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu'na Göre

*“Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi” ve “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”* müesseseleri ilk defa 15.07.2005 tarihli *Resmî Gazete*'de yayınlanan 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu ile yasalaşarak yürürlüğe girmiş, böylece suç tarihinde 18 yaşını bitirmeyen sanıklar için de olsa ceza yargılama sistemimizdeki yerini almıştır.

Mukayeseli hukukta da görüldüğü gibi maslahata uygunluk ilkesi gereği anılan erteleme kurumları öncelikle çocuk suçlular için kabul edilmiş, bir süre sonra faydaları görüldükten sonra genelleştirilmiştir.

Çocuk hukukunun genel ilkeleri ve çocuğun yüksek yararı göz önünde bulundurularak, yargılamanın, adil yargılama ilkesine tam sadık kalınarak süratlendirilmesi ve kovuşturmanın duruşmadan duruşmaya sürüklenmesini ve böylece parçalı adaleti önlemek amacıyla, ceza adalet sistemini, olanak ölçüsünde boşaltmak, soruşturma

evresindeki filtreyi etkinleştirmek için kanunda belirtilen durumların varlığı halinde, Cumhuriyet savcısına kamu davasının açılmasının ertelenmesi yetkisi verilmektedir. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin<sup>41</sup> 40. maddesi de bunu gerektirmektedir.<sup>42</sup>

Çocuğun "cezalandırılması" fikri, artık terk edilmelidir. Fakat, "cezalandırmama", tepki göstermeme anlamına gelmez. Çocuk Ceza Hukuku, bir tedbir hukukudur. Ceza en son çaredir ve istisnadır.<sup>43</sup>

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 5560 sayılı kanunla değişik 19. maddesine göre; "*Çocuğa yüklenen suçtan dolayı Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki koşulların varlığı halinde, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilebilir. Ancak, bu kişiler açısından erteleme süresi üç yıldır.*"

19. maddenin değişiklikten önceki hali, bu müessese CMK'da yer almadığından uzun ve ayrıntılı olarak düzenlenmişti. Uygulayıcılar açısından maddenin eski hali daha lehe hükümler içerdiğinden bunun göz ardı edilmemesi gerekir. Çünkü 15-18 yaş grubu için iki yıla kadar (iki yıl dahil), on beş yaşını doldurmamış çocuklar bakımından üç yıl (üç yıl dahil) hapis cezası gerektiren suçlar için kamu davasının açılmasının ertelenmesi mümkündür.

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 5560 sayılı kanunla değişik 23. maddesinde ise hükmün açıklanmasının geri bırakılması düzenlenmiştir; "*Çocuğa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda, Ceza Muhakemesi Kanunundaki koşulların varlığı halinde, mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Ancak, bu kişiler açısından denetim süresi üç yıldır.*"

Bu maddenin eski halinde de yaş grubu ayırımı yapılmadan çocuğa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda belirlenen ceza, üç yıla kadar (üç yıl dâhil) hapis veya adli para cezası gerektiren suçlar için hükmün açıklanmasının geri bırakılması mümkün olduğundan daha lehe idi.

<sup>41</sup> Çocuk Haklarına Dair Sözleşme; Türkiye tarafından 14.9.1990 tarihinde imzalanmış, 9.12.1994 tarihli ve 4058 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunmuş ve 22.1.1995 tarihli 22184 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanmıştır.

<sup>42</sup> Balo, Yusuf Solmaz, *Teori ve Uygulamada Çocuk Ceza Hukuku*, Kasım 2005, s.416

<sup>43</sup> Yenisey, Feridun, *Teori ve Uygulamada Çocuk Ceza Hukuku*, için yazılan sunuş'dan

Kısaca 5560 sayılı kanunla 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 19 ve 23. maddelerinde yapılan değişiklikle gerek kamu davasının açılmasının ertelenmesi gerekse hükmün açıklanmasının geri bırakılması CMK'nın 171 ve 231. maddelerindeki koşulların varlığına endekslenmiş, sadece büyükler için öngörülen 5 yıllık erteleme ve denetim süresi küçükler için üç yıl kabul edilmiştir.

#### 7.4. Özel Soruşturma ve Kovuşturma Usulleri

Etkili, verimli, süratli ve saygın bir kamu yönetimi de toplumun vazgeçemeyeceği bir olgudur. Kamu yönetiminin hizmet görürken bunu memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yapacağı tabiidir. Bu noktada, devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri kamusal yetki ve usuller kullanmak suretiyle ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin bu görevleri sebebiyle işledikleri suçlar nedeniyle doğrudan doğruya ceza kovuşturmasına tâbi tutulmaları, kamu hizmetinin işleyişinde aksamalara ve kamu otoritesinin saygınlığının zedelenmesine yol açabilir. Bu sakıncaları gidermek, memurlar ve diğer kamu görevlilerini asılsız isnat ve iftiralar karşısında korumak için bunların görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında adli makamların kovuşturma yapmasından önce idarenin bir inceleme yapmasını ve bu incelemenin sonucuna göre olayın yetkili ve görevli adli mercie intikal ettirilmesini öngören sistemler geliştirilmiştir.

Ülkemizde kamu hizmetinin aksamadan yürütülmesi için öngörülen özel soruşturma sistemini en kapsamlı biçimde düzenleyen metin, 1913 yılında kabul edilerek yürürlüğe konulan Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu muvakkattır. Ancak bu kanun zaman içinde yetersiz kaldığından 4483 sayılı kanun 4.12.1999 tarihli *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Aynı şekilde anayasal bir güvence olarak milletvekilleri için yasama dokunulmazlığı ve yasama sorumsuzluğu getirilmiş (Any. 83. m.), keza yüksek yargı organlarının başkan ve üyeleri, hakim ve savcılar, avukatlar, noterler, asker kişiler, bazı bağımsız düzenleyici kurulların başkan ve üyeleri için ilgili kanunlarında ya farklı soruşturma ve kovuşturma usulleri öngörülmüş ya da 4483 sayılı kanuna atıfta bulunulmuştur.

Böylece memurlar ve diğer kamu görevlilerinin bu görevleri sebebiyle işledikleri suçlar nedeniyle doğrudan doğruya ceza kovuşturmasına tâbi tutulmaları, kamu hizmetinin işleyişinde aksamalara ve kamu otoritesinin saygınlığının zedelenmesine yol açabileceği gibi gerekçelerle Anayasa ve kanunlarda maslahata uygunluk ilkesi gereği farklı düzenlemelere yer verilmiştir.

Bazı özel ceza yasalarında ise genellikle belirtilen suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturmalar için ilgili kurumun “yazılı bildirim” veya “yazılı başvuruda bulunulmasına” bağlanmıştır. 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu... gibi.

## SONUÇ

Hukuk sistemlerine bakıldığında, özellikle son gelişmelerle etkili bir hazırlık soruşturması yürüterek, maddi gerçeğin tam olarak ortaya çıkmasına katkıda bulunması açısından, savcılara daha geniş yetkiler verilmiş olduğu göze çarpmaktadır. Bununla birlikte hazırlık soruşturmasında aynı zamanda, hukuk devleti güvencelerine ve soruşturma faaliyetinin özgürce yapılmasına müdahale yetkisinin sınırlarının belirlenmesi yoluna da gidilmiştir.<sup>44</sup>

1 Haziran 2005'ten itibaren yürürlüğe konulan 5237 sayılı TCK, 5271 sayılı CMK, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu gibi temel kanunların hepsi için içlerinde maslahata uygunluk izlerini taşıdıkları söylenebilir. Fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen; Cumhuriyet savcısına CMK'nın 223/4. maddesinin (a) ve (b) bentlerinde gösterilen etkin pişmanlık ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde kamu davası açmama yönünde takdir hakkı tanınması, ön ödeme kurumunun muhafazası, Uzlaşma kurumunun getirilmesi (CMK 253, 254. maddeler) gibi “Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi” ve “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması” kurumları da maslahata uygunluk ilkesi gereğidir.

Maslahata uygunluk ilkesinin güzel bir örneği olan ve 1412 sayılı CMUK'nın 344. maddesinde yer alan “Şahsî Davaya”ya 5271 sayılı

<sup>44</sup> Gökçe, Teoman, a.g.m., s. 70.

CMK'da yer verilmemişse de bunun nedenleri farklıdır.<sup>45</sup> Çünkü iddianamenin iadesine yer verilen bir sistemde şahsi davanın yeri olamazdı. Şahsi davanın kaldırılması yerine ise uzlaşma ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumları getirilmiştir.

Böylece 5560 sayılı Kanunla CMK'nın 171 ve 231. maddelerinde yapılan değişiklikler ile uzlaşma müessesesi birlikte değerlendirildiğinde ceza yargılama sistemimizde kovuşturma mecburiyeti ilkesi kural ise de yeni getirilen bu kurumlar ile büyük ölçüde "maslahata uygunluk" ilkelerine de yer verildiği söylenebilir.

Ancak siyasi ve politik bazı mülahaza ve engellemeler nedeniyle özellikle 5237 sayılı TCK'nın 5. maddesindeki "Bu kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır" hükmü gereği ya özel ceza yasalarının tamamı taranarak 5237 sayılı TCK'nın genel hükümlerine uyumlu hale getirilecekti, ya da 5. madde hükmü karşısında zımnen yürürlükten kaldırılmış sayılacaktı. Ancak onlarca özel yasada öyle hükümler var ki içinden çıkılması çok zor sorunlarla karşı karşıya kalınacaktı. Bu nedenle Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'a eklenen geçici 1. maddeyle "Diğer kanunların, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Birinci Kitabı'nda yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapılmaya ve en geç 31 Aralık 2006 tarihine kadar uygulanır" hükmüne yer verilerek özel ceza yasalarının 5237 sayılı TCK'nın 5. maddesine aykırı hükümleri geçerli kılındı ama bu süre içinde de gerekli değişiklikler yapılamadığından geçici 1. madde "gerekli değişiklikler yapılmaya ve en geç 31 Aralık 2008 tarihine kadar uygulanır" şeklinde değiştirilmiştir. Oysa bu amaçla hazırlanan ve 651 maddeden oluşan "Temel Ceza

<sup>45</sup> 5271 sayılı CMK'nın temelinin teşkil eden 1999 tasarısında da şahsi davaya yer verilmemiş ve genel gerekçede bunun sebebi şöyle açıklanmıştır: "Tasarı, her suçtan zarar görenin Devlet olduğu gerçeğinden hareketle, dava açmanın bir kamu görevi olması gerektiğini benimsemiş ve bireyin dava açmasını içeren şahsi dava usulünü kaldırmıştır. Şahsi davanın lehinde ve aleyhinde olanlar da vardır. Tasarı, günümüzde artık suçların kamusal ve özlük olarak ikiye ayrılmadığını, açılan ceza davasına katılma, Cumhuriyet savcısının dava açılmasına yer olmadığına dair kararına itiraz olanaklarını geniş ölçüde kabul etmiş bulunduğu göre, uygulamada çok kere mahkemeleri işgal eden, zaman israfına neden olan şahsi davaya tasarıda yer verilmemiştir. Kaldı ki şahsi dava, suçtan zarar gören kimse için gerçekten külfettir ve bu haktan genellikle ekonomik durumları güçlü olanlar yararlanabilmektedir." Murat Aydın, *a. g. e.*, s. 45.

*Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda, Temel Ceza Kanunlarında ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı* mutlaka yasalaşmalıydı.

5237 sayılı TCK'nın 5. maddesine benzer bir hükme 5271 sayılı CMK'nda da yer verilmesi gerekir. Çünkü özel ceza yasaları 5237 sayılı TCK'nın genel hükümlerine aykırı olduğu kadar 5271 sayılı CMK'ya aykırı usul hükümleri de içermektedir. Akademisyenlerin CMK'da "Özel soruşturma ve kovuşturma usullerinin kaldırıldığını" belirten geçici bir maddeye yer verilmesi düşüncesi kabul görmemiştir. Oysa Milletvekilleri, yargı mensupları, kamu görevlileri, asker şahıslar ve yabancı diplomatlarla ilgili olanlar -ki bu konuda da çerçeve bir yasa yeterli olabilir- dışında özel soruşturma ve kovuşturma usullerine yer veren özel düzenlemeler bir an önce kaldırılmalıdır.

Sanıkları yıllarca yargılayıp harcanacak para, emek ve mesaiden sonra verilecek cezayı ertelemek mi? Daha baştan maslahata göre kamu davasının belli şartlarda açılmasının ertelenmesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi mi? Küçük sanıkları büyüklerden ayrı yargılayacağız, deşifre etmeyeceğiz diye istenildiği kadar özel usuller ve önlemler getirilsin, görsel ve yazılı medyada hangi sanık ve mağdurlar daha çok haber olmaktadır?

Kovuşturmada mecburilik/kanunilik sistemi mi? Maslahata uygunluk/takdirilik sistemi mi? Tabii ki sistemin çerçevesinin iyi çizilmesi ve uygulama da çok önemlidir. Çünkü Ali Fuat Başgil'in ifadesiyle "en iyi kanun bile acemi ellerde bir zulüm kılıcı haline gelir." Bunun mefhumu muhalifi, en kötü kanun bile iyi uygulayıcıların elinde doktorun elindeki neşter gibidir.