

**CMK M.171/1 KAPSAMINDA KAMU DAVASI AÇMADA CUMHURİYET
SAVCISININ TAKDİR YETKİSİ**

TÜLİN KURDOĞLU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tez Danışmanı

Dr. Öğr. Üyesi R. Barış ERMAN

**T.C. YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI**

Nisan, 2022

İNTİHAL SAYFASI

Yüksek lisans tezi olarak sunduğum, bu çalışmayı, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yol ve yardıma başvurmaksızın yazdığımı, yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu ve bu eserleri her kullanışmada alıntı yaparak yararlandığımı belirtir; bunu onurumla doğrularım.

Enstitü tarafından belli bir zamana bağlı olmaksızın, tezimle ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçlara katlanacağımı bildiririm.

05/04/2022

Tülin Kurdoğlu

ÖZET

Kıta Avrupası Hukukuna paralel olarak 5271 sayılı Türk Ceza Muhakemesi Kanunumuzda kamu davasının mecburiliği ilkesi benimsenmiş ve kamu davasının açılmasını talep etmede Cumhuriyet Savcısına takdir yetkisi veren maslahata uygunluk ilkesine istisnai olarak yer verilmiştir. Zaman içerisinde Ceza Muhakemesi Kanunumuzda yapılan değişiklikler ile Cumhuriyet Savcısına tanınan takdir yetkisinin alanı genişletilmiş ve maslahata uygunluk ilkesi önem kazanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Cumhuriyet Savcısı, mecburilik, takdir yetkisi, maslahata uygunluk



ABSTRACT

In parallel with the Continental European law, the principle of the necessity of a public action has been adopted in our Turkish Criminal Procedure Code No. 5271 and the principle of expediency, which gives discretion to the Public Prosecutor in demanding the opening of a public case, is exceptionally included. With the amendments made in the Criminal Procedure Code over time, the scope of the discretion granted to the Public Prosecutor has been expanded and the principle of compliance with the interests has gained importance.

Keywords: Public Prosecutor, necessity, discretion, compliance

İÇİNDEKİLER

İNTİHAL SAYFASI.....	i
ÖZET.....	ii
ABSTRACT	iii
İÇİNDEKİLER.....	iv
KISALTMALAR	viii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SAVCILIK MAKAMININ VE KAMU DAVASININ TARİHSEL GELİŞİMİ, KAMU DAVASININ AÇILMASI, İLGİLİ İLKELER, TAKDİR YETKİSİ VE BENZER KURUMLAR İLE KARŞILAŞTIRILMASI

1.1 Genel Olarak	2
1.2.Savcılık Makamının Tarihsel Gelişimi	5
1.3 Kamu Davasının Tarihsel Gelişimi	8
1.3.1 İtham sistemi	8
1.3.2 Tahkik sistemi	10
1.3.3 İşbirliği Sistemi	12
1.3.3.1 Türk Hukukundaki Durum	13
1.3.3.1.1 Kovuşturma evresinde itham sisteminin etkinliği	15
1.3.3.1.2 Soruşturma evresinde tahkik sisteminin etkinliği.....	16
1.3.3.1.3 2005 Sonrası Onarıcı Adalet Anlayışı ve Alternatif Çözüm Yöntemleri....	18
1.4 Kamu Davasının Açılması, Takdir Yetkisi ve İlgili İlkeler	20
1.4.1 Kamu Davasının Açılması	20
1.4.2 Takdir Yetkisi	22
1.4.2.1 Takdir Yetkisinin Denetimi	23

1.4.2.1.1 Kamu Yararı Ölçütü.....	25
1.4.2.1.2 Kamu Hizmetlerinin Gerekleri Ölçütü.....	27
1.4.2.2 Kamu Davasının Açılmasında Takdir Yetkisi.....	29
1.4.3 Kamu Davasının Mecburiliği İlkesi (Kovuşturma Mecburiyeti).....	32
1.4.3.1 Genel Olarak	32
1.4.3.2 Kovuşturma Mecburiyeti İlkesinin Alt İlkeleri	34
1.4.3.2.1 Araştırma Mecburiyeti İlkesi.....	34
1.4.3.2.2 Kamu Davasını Açma Mecburiyeti İlkesi	37
1.4.3.2.3 Kamu Davasını Yürütme Mecburiyeti İlkesi	39
1.4.3.3 Kovuşturma Mecburiyeti İlkesi İle İlişkili İlkeler.....	40
1.4.3.3.1 Ceza Davasının Kamusalılığı İlkesi	40
1.4.3.3.2 Davasız Yargılama Olmaz İlkesi.....	42
1.4.3.4 Mülga Kanunlardaki Düzenlemeler	43
1.4.3.4.1 1879 Tarihli Usul-i Mehakim-i Nizamiyye'nin Teşkilat-ı Kanun-ı Muvakkatı	43
1.4.3.4.2 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu	43
1.4.3.4.2.1 Şahsi Dava	45
1.4.3.5 Kovuşturma Mecburiyeti İlkesinin Lehindeki Ve Aleyhindeki Görüşler	47
1.4.3.5.1 Kovuşturma Mecburiyeti İlkesinin Lehine Görüşler.....	47
1.4.3.5.2 Kovuşturma Mecburiyeti İlkesinin Aleyhine Görüşler	49
1.4.4 Takdirilik (Maslahata Uygunluk) İlkesi.....	51
1.4.4.1 İlkenin Lehindeki Ve Aleyhindeki Görüşler	57
1.4.4.1.1 Maslahata Uygunluk İlkesinin Lehine Görüşler.....	57
1.4.4.1.2 Maslahata Uygunluk İlkesinin Aleyhine Görüşler	59
1.5 Takdir Yetkisinin Benzer Kurumlar İle Karşılaştırılması	63
1.5.1 Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi	63
1.5.1.1 Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesinin Şartları.....	64
1.5.1.2 Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kararı ve Karara İtiraz	70
1.5.2 Önödeme	71

1.5.3 Uzlaştırma	77
1.5.4 Seri Muhakeme	82
1.5.5 Basit Yargılama Usulü	90
1.5.6 İddia Pazarlığı	92
1.6 Ara Değerlendirme	96

İKİNCİ BÖLÜM

KAMU DAVASI AÇILMASINDA CUMHURİYET SAVCISINA TAKDİR YETKİSİ TANINAN HALLER

2.1 Genel Olarak	99
2.2 Şahsi Cezasızlık Sebeplerinin Varlığı	100
2.2.1 Şahsi Cezasızlık Sebeplerinin Benzer Kavramlardan Farkları	102
2.2.2 TCK'da Düzenlenen Şahsi Cezasızlık Sebepleri	104
2.2.2.1 Taksirli Suçlarda Şahsi Cezasızlık Sebepleri	104
2.2.2.2 Malvarlığına Karşı Suçlarda Şahsi Cezasızlık Sebepleri	108
2.2.2.3 Banka Ve Kredi Kartı Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçunda Şahsi Cezasızlık Sebebi	111
2.2.2.4 Yalan Tanıklık Suçunda Şahsi Cezasızlık Sebebi	113
2.2.2.5 Suç Delillerini Yok Etme, Gizleme Veya Değiştirme Suçunda Şahsi Cezasızlık Sebebi	116
2.2.2.6 Suçluyu Kayırma Suçunda Şahsi Cezasızlık Sebebi	117
2.2.2.7 Tutuklu, Hükümlü Veya Suç Delillerini Bildirmeme Suçunda Şahsi Cezasızlık Sebebi	118
2.2.2.8 Suç Üstlenme Suçunda Şahsi Cezasızlık Sebebi	119
2.2.2.9 Suçu Bildirmeme Suçunda Şahsi Cezasızlık Sebebi	121
2.3 Cezayı Kaldıran Etkin Pişmanlık Hallerinin Varlığı	123
2.3.1 Etkin Pişmanlık Halinin Benzer Kavramlardan Farkları	125
2.3.2 Etkin Pişmanlık Kapsamındaki Suçlar	127
2.3.2.1 Organ Ve Doku Ticareti Suçunda Etkin Pişmanlık	127
2.3.2.2 Karşılıksız Yararlanma Suçunda Etkin Pişmanlık	129
2.3.2.3 İmar Kirliliğine Neden Olma Suçunda Etkin Pişmanlık	132

2.3.2.4 Uyuşturucu Veya Uyarıcı Madde İmal Ve Ticareti Suçlarında Etkin Pişmanlık	134
2.3.2.5 Kullanmak İçin Uyuşturucu Ve Uyarıcı Madde Satın Almak, Kabul Etmek, Bulundurmak Suçunda Etkin Pişmanlık	139
2.3.2.6 Para Ve Kıymetli Damgada Sahtecilik Suçlarında Etkin Pişmanlık	144
2.3.2.7 Sahtecilikte Kullanılan Alet Ve Malzemeyi Elde Etme Suçunda Etkin Pişmanlık	147
2.3.2.8 Yalan Tanıklık Suçunda Etkin Pişmanlık	147
2.3.2.9 Yalan Yere Yemin Suçunda Etkin Pişmanlık	149
2.3.2.10 Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçunda Etkin Pişmanlık	150
2.3.2.11 Rüşvet Suçunda Etkin Pişmanlık	152
2.3.2.12 Suç İçin Anlaşma Suçunda Etkin Pişmanlık	152
2.4 Takdir Yetkisinin İstisnaları.....	157
2.5 Uygulamada Takdir Yetkisinin Kullanılması	160
2.6 Cumhuriyet Savcısının Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Kararı	162
2.6.1 Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararına Karşı İtiraz Kanun Yolu	170
2.6.2 CMK 171/1 Kapsamında Verilen Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararının Kesin Hüküm Olup Olmaması.....	167
2.6.3 CMK M. 171/1 Kapsamında Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararı Verilen Hallerde Müsadere Hükümlerinin Uygulanıp Uygulanmayacağı.....	168
SONUÇ	170
KAYNAKÇA	179

KISALTMALAR

ABD : Ankara Barosu Dergisi

a.g.e : Adı geçen eser

a.g.m : Adı geçen makale

AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

ASBÜHF : Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk fakültesi deregidi

bkz. : Bakınız

C. : Cilt

CD : Ceza Dairesi

CMK : Ceza Muhakemesi Kanunu

CMSMY : Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Yönetmeliği

CMUK : Ceza Muhakemesi Kanunu

ÇÜHKD: Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

E. : Esas

E.T. : Erişim Tarihi

GÜHFD : Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

İMÜHFD : İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

İÜHFM : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

K. : Karar

m. : Madde

MÜHFHAD: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

PVSK : Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu

S. : Sayı

s. : Sayfa

SÜHFD: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

T. : Tarih

TBB : Türkiye Barolar Birliği

TBBD : Türkiye Barolar Birliği Dergisi

TBMM : Türkiye Büyük Millet Meclisi

TCK : Türk Ceza Kanunu

UMCKM: Usul-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanun-ı Muvakkatı

Vd : ve devamı

YCGK : Yargıtay Ceza Genel Kurulu

GİRİŞ

Cumhuriyet tarihimizin ilk Adalet Bakanı olan Mahmut Esat Bozkurt'un yaklaşık 100 yıl önce söylediği *“Cumhuriyet Savcıları; Meriç kıyılarında çalışan Türk köylüsünün kaybolan sabanlarından tutunuz da, bu yurttta yaşayanların uğrayacakları en ufak bir haksızlıktan, hatta Bingöl dağlarının ıssız kuytularında nafakalarını bekleyen öksüzlerin göz yaşlarından siz sorumlusunuz.”* sözü bugün dahi ehemmiyetini ihtiva etmekte ve Cumhuriyet savcılarının görev ve sorumluluk bilincinin hassasiyetini gözler önüne sermektedir.

Birçok yetki, sorumluluk ve görevlerinin arasında Cumhuriyet savcılarının gerekli soruşturma işlemlerini yaparak iddianame düzenlemeleri ve bu iddianame ile de kamu davasının açılmasını talep etmeleri şüphesiz en önemli vazifeleridir.

Tezimizin konusunu oluşturan Cumhuriyet savcılarının kamu davası açma hususundaki takdir yetkisi ilk kez 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu ile tanınmış ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile tatbikat alanı genişletilmiştir.

İki bölümden oluşan çalışmamızın ilk bölümünde öncelikle savcılık makamının ve kamu davasının tarihsel gelişimi ele alınmış, kamu davasının tarihsel gelişimi içerisinde itham, tahkik ve işbirliği sistemleri incelenmiştir. Akabinde kamu davasının açılmasında takdir yetkisi ve ilgili ilkeler olan kovuşturma mecburiyeti ilkesi ve maslahata uygunluk ilkesi anlatılmış ve takdir yetkisi benzer kurumlar ile karşılaştırılmıştır.

İkinci bölümde ise kamu davasının açılmasında Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınan haller; şahsi cezasızlık sebepleri ve cezayı kaldıran etkin pişmanlık halleri benzer kurumlarla karşılaştırılarak açıklanmış ve ilgili suçlar sayılmıştır. Akabinde uygulamada takdir yetkisinin kullanılmasına, kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara ve sonuç bölümüne yer verilmiştir.

Tülin Kurdoğlu

BİRİNCİ BÖLÜM

SAVCILIK MAKAMININ VE KAMU DAVASININ TARİHSEL GELİŞİMİ, KAMU DAVASININ AÇILMASI, İLGİLİ İLKELER, TAKDİR YETKİSİ VE BENZER KURUMLAR İLE KARŞILAŞTIRILMASI

1.1 Genel Olarak

Ceza muhakemesinin sùjelerini iddia, savunma ve yargılama makamları oluşturmaktadır. Bireysel iddia sùjesi suçtan zarar gören, mağdur ve şikayetçi iken, toplumsal iddia makamını işgal eden sùje ise Cumhuriyet savcısıdır.

Cumhuriyet savcılarının asli görevi, bağılı bulundukları başsavcılık adına, yasaların ihlali neticesinde toplumsal barışın bozulduğunu, yani suç işlendiğini iddia ederek yargılama makamlarına başvurmadır. Cumhuriyet savcıları iddianameleriyle, yargılama makamından, sanığın suçlu olup olmadığının tespiti ile eğer suçluysa cezalandırılmasını, böylece toplumsal barışın yeniden kurulmasını talep ederler. Savcılar bu görevi, toplumsal barışı sağlamakla yükümlü olan devlet ve kamu adına yerine getirdikleri içindir ki, “Cumhuriyet’in savcısı” olarak adlandırılırlar¹.

Soruşturma evresini yönetmek ve gerekli araştırmaları yapmakla yetkili ve görevli olan Cumhuriyet savcısı “soruşturma evresinin efendisi” (Herrin des Ermittlungsverfahrens)² olarak da ifade edilmektedir³.

Adil yargılamanın yapılabilmesi için şüphelinin lehine ve aleyhine olan delillerin toplanarak muhafaza altına alınması, maddi gerçeğin araştırılması; sanık, mağdur ve tanıkların celp edilmesi ve dinlenilmesi, muayenesi gereken sanıkların muayenelerinin yaptırılması, nüfus kayıtları ile ilgili bilgilerin çıkartılması, suçla ilgili eşyaların emanete alınması, defnedilen ölünün muayenesi ve otopsi yapılması, gecikilmesinde sakınca olan

¹ Centel Nur, Zafer Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta, 16. Bası, İstanbul, 2019, s. 121.

² Öztürk Bahri, **Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin, 8. Bası, Ankara, 2021, s. 151.

³ Fevzioğlu’na göre; “CMK, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısını, bu evrenin gerçek anlamda idarecisi konumuna getirmeyi hedeflemiştir. Bu hedef doğrultusunda, Cumhuriyet savcısını pasifleştiren, soruşturmanın idaresinde uzaklaştıran hukuki sebepleri kendince belirlemiş ve bunları gidermek yolunda hükümler sevk etmiştir.” Fevzioğlu Metin, **5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit Ve Değerlendirmeler**, TBBD, S. 62, Ocak-Şubat 2006, s. 28.

durumlarda keşif ve otopsi yapılması, bilirkişi tayin edilmesi, arama ve yakalamaya karar verilmesi gibi birçok yetki ve görevi bulunan Cumhuriyet savcısının şüphesiz en önemli görevi kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermektir.

Gerçeği araştırmak adına yapılan soruşturma faaliyeti kamu adına devlet tarafından gerçekleştirilmekte ve bu faaliyetin yürütülmesinde, modern ceza muhakemesi sistemi, ceza muhakemesinin başlaması için kamu adına iddia faaliyetinin gerçekleşmesi şartını aramaktadır. Diğer bir deyişle soruşturma evresinin sonunda toplanan deliller suçun işlendiği konusunda yeterli şüphe oluşturuyorsa, yani araştırmaya konu fiilin suç olduğu ve şüphelinin suçun faili olduğu konusunda yeterli delil elde edilmişse Cumhuriyet savcısı kovuşturmanın yapılması ve sanığın cezalandırılması istemli iddianameyi düzenleyecektir. İddianamenin mahkeme tarafından kabul edilmesiyle de, kamu davası açılmış olmaktadır (CMK m.170). Uyuşmazlığın yargılama makamı önüne getirilmesine dava denildiği için, devletin kovuşturmasına da “*kamu davası*” denilmektedir ve savcı, devletin bir görevlisi olarak bu davayı devlet adına açmaktadır⁴.

Cezai nitelikteki uyuşmazlıkların yargılama makamları önüne getirilmesi ve ceza iddiasının fiiliyata geçirilmesi kamu davasının açılması ile gerçekleştirilmektedir. Türk Ceza Muhakemesi Kanunumuzda, kamu davasının açılması bakımından geniş ölçüde soruşturma ve kovuşturma mecburiyeti ilkesi benimsenmiştir. Kovuşturma mecburiyeti ilkesinin ardında, mutlak ceza teorisi anlayışını yansıtan, ceza normunun her vakada uygulanması gerektiği düşüncesi yattığından ve kişi ayrımı yapılmaksızın soruşturmaların yürütülerek, işlenmiş suçların cezasız kalmaması amacı gözetildiğinden; Cumhuriyet savcısı öncelikle bir suç şüphesi mevcutsa gerekli araştırmayı yapmak ve araştırma neticesinde yeterli şüphenin varlığı kanaatini edindiği takdirde iddianameyi düzenlemek mecburiyetindedir (CMK m. 170)⁵.

Kovuşturma mecburiyeti ilkesinin istisnası olarak görülen maslahata uygunluk (takdirilik) ilkesi ise, bir fiilin işlendiği haberinin alınması üzerine, bu filleri takibe yetkili makamlar tarafından derhal soruşturma evresine başlayıp başlamamakta; suçun işlendiği hususunda yeterli suç şüphesi oluşsa dahi kamu davası açıp açmamakta ve nihayet kamu

⁴ Yenisey Feridun, Nuhoglu Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin, 9. Bası, Ankara, 2021, s. 709; Yurtcan Erdener, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, Seçkin, 9. Bası, Ankara, 2019, s. 574.

⁵ Yurtcan Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku**, Seçkin, 16. Bası, Ankara, 2019, s. 116.

davasını muhakeme sonuçlanıncaya kadar yürütüp yürütmemekte savcının takdir yetkisinin bulunmasıdır⁶.

Kıta Avrupa'sında İtalya, Polonya, Almanya, İsveç, İspanya ve Estonya'da kovuşturma mecburiyeti ilkesi benimsenmişken; Fransa, İngiltere, Belçika ve Hollanda'da ise maslahata uygunluk ilkesi kabul görmüştür. Ülkelerin bu konudaki tercihlerinde hangi kıstasları esas aldıkları ve hangi tarihi arka plan neticesinde bu tercihlerin şekillendiği soruları önem arz etmektedir⁷. Nitekim kovuşturma mecburiyeti ilkesi; genellikle katı bir hukuk devleti anlayışı, eşitlik ilkesi, yargı organlarının siyasetin menfi tesirlerinden korunması gerekçesine dayandırılmışken, meseleye pragmatist bir bakış açısıyla yaklaşan ülkeler ise maslahata uygunluk ilkesini; yargılama organlarının kapasitesi göz önünde bulundurulduğunda tüm suçların kovuşturulmasının mümkün olamayacağı görüşüne dayandırmıştır⁸.

Gerçekten de toplumun yaşadığı ekonomik, teknolojik ve sosyal değişimler neticesinde yeni suç tiplerinin ortaya çıkması ve suç oranının artması, tüm norm ihlallerinin soruşturulmasını ya da kovuşturulmasını adeta imkânsız hale getirmiştir. Kovuşturma mecburiyeti ilkesinin mali külfetinin hayli yüksek olmasının yanı sıra mahkemelerin iş yükünü de önemli ölçüde arttırması neticesinde gündeme gelen adil ve hızlı yargılanma hak ihlalleri; günümüzde ilkenin tam manasıyla uygulanmamasına neden olmuştur.

Kaldı ki; hukuk felsefesinde yaşanan değişimle birlikte cezalandırıcı, ödetici adalet anlayışının az veya çok terk edilmesi ve onarıcı adalet anlayışının kabulü ile kovuşturma mecburiyeti ilkesi, dayandığı teorik temeli kaybetmiş ve bu durum maslahata uygunluk ilkesinin gelişmesine zemin hazırlamıştır. Bu süreçte ceza adaletinin bireyselleştirilmesi, mağdurun hukuki konumunun önem kazanması, fail-mağdur uzlaştırmasının kabul edilmesi, suç tiplerindeki ve dava sayılarındaki artış ve bu artışla mücadele adına alternatif çözüm yöntemlerinin ortaya çıkması gibi saikler; kovuşturma mecburiyeti ilkesinin tekelinin sona ermesine ve maslahata uygunluk ilkesinin gelişmesine neden olduğu gibi şüpheliye karşı

⁶ Öztürk, s. 99.

⁷ Kovuşturma mecburiyeti ilkesi en önemli desteğini Kant'ın idealizm felsefesinden almıştır. Zira bu anlayış, mutlakiyetçi ceza teorilerini; bu teoriler ise, bütün hukuka aykırılıkların mutlak surette kefaretinin ödenmesi gerektiği görüşünü doğurmuştur. Bkz. Eser Albin, **Ceza Muhakemesi Hukuku İlkelerindeki Değişme: Ceza Muhakemesi Tekrar Özelleşiyor mu?**, Marmara Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1993, s. 21. Keza bu ilkeyi 1948 yılında Anayasasına dahil eden İtalya'nın bu kararının altında faşist rejime duyulan tepkinin yattığı ifade edilmiştir.

⁸ Bozbayındır Ali Emrah, **DR. H.C. Silvia Tellenbach'a Armağan**, Seçkin, Ankara, 2018, s. 879.

kovuşturma açıp açmama konusunda savcıya takdir yetkisi verilmesini de lüzumlu hale getirmiştir⁹.

Bu bağlamda çeşitli tarihi ve felsefi nedenlerle açıkça maslahata uygunluk ilkesini kural olarak tercih etmekten kaçınan ülkeler dahi istisnai kurallar ve alternatif çözüm yöntemleri marifetiyle kovuşturma mecburiyeti ilkesini esnetmişlerdir. Devletin her suçu cezalandırması görüşünü benimseyen adalet düşüncesi terkedilmiş; kamu yararı ve kamu düzeninin savcı tarafından verilecek kovuşturamama kararıyla da temin edilebileceği kabul edilir hale gelmiş ve savcıya takdir yetkisi tanınması görüşü önem kazanmıştır¹⁰.

Her geçen gün kural-istisna modelini benimseyen sistemlerde maslahata uygunluk ilkesinin uygulama alanı genişlerken; uygulama kuralları ve kanun yolları ile savcılar için sistemin kontrolünün de temin edilmesi gerektiği vurgusu yapılmaktadır¹¹. Ceza muhakemesi hukukumuzda da, gerek alternatif çözüm yöntemleri gerekse maslahata uygunluk ilkesi ile kovuşturma mecburiyeti ilkesine getirilen istisnaların bu kadar fazla olduğu bir manzarada artık maslahata uygunluğun bir istisna olmaktan ziyade kural haline gelip gelmediği sorusu da tezimizin konusu olmuştur.

1.2 Savcılık Makamının Tarihsel Gelişimi

Savcılık makamı, muhakeme sürecine geç girmiş, diğer muhakeme makamlarına nazaran daha genç bir kurumdur. Doktrinde aksi görüşler olmakla birlikte genellikle kabul edilen görüş, savcılık kurumunun temellerinin Fransız hukukuna dayandığıdır¹².

Keyman, savcılığın kaynağını Fransız hukukuna dayandırmakla birlikte Roma hukukunda; censeur, defenseur, questeur, irenarque curios, puracuratore caesari, avocat de fisci gibi suç işleyenlerin peşine düşüp onları yargının huzuruna getiren ve işlevleri genellikle

⁹ Keyman Selahattin, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Savcılık**, AÜHF Yayınları, 1970, s. 95; Yavuz Hakan, **Ceza Muhakemesinde Kovuşturmaya Alternatif Yöntemler**, Adalet, Ankara, 2020, s. 126; Tosun Öztekin, **Ceza Davasının Açılmasında Sistemler**, İHFM, C. 34, S. 1-4, 1969, s. 46.

¹⁰ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi her iki sistemi karşılaştırdıktan sonra 1987 senesinde kaleme aldığı tavsiyede maslahata uygunluk sisteminin diğer bir deyişle takdire dayalı soruşturmanın kapsamının mümkün olan her şekilde genişletilmesini tavsiye etmiştir.

¹¹ Bozbayındır, s. 881.

¹² Özkorkut Nevin Ünal, **Osmanlı Hukukunda Müdde-i Umumilik**, Turhan, Ankara, 2016, s. 31.

yargılama süreci başlayınca biten görevliler bulunduğundan bahisle savcılığın ilk örneklerine Roma hukukunda rastlandığını belirtmiştir¹³.

Savcılık kurumu, XIV. yüzyılda kralın ve asillerin hukuk ve ceza davalarındaki mali çıkarlarını korumak amacıyla oluşturulmuş ve engizisyon döneminin sakıncaları, savcılık kurumunun gelişmesini sağlamış ve Avrupa’da bugünkü anlamda savcılık kurumu ilk olarak 1808 tarihli Napolyon Ceza Usul Kanunu ile düzenlenmiştir. Temelleri Fransa’da atılan savcılık kurumu, başta Almanya olmak üzere diğer batı ülkeleri İsviçre, Hollanda, Norveç, İspanya ve İtalya tarafından da benimsenmiştir¹⁴.

Tazminat öncesi Osmanlı yargı sistemi ise, padişah beratı ile tayin edilen tek hakimli şeriat mahkemelerinden oluştuğundan; şer’iye mahkemelerinde savcılık teşkilatı düzenlenmemiş ve bu monist kural İslam yargılama usulünün temelini oluşturmuştur. Osmanlı kadısı yargılamayı Hanefi mezhebinin kurallarına göre yaptığından; özel hukuk-ceza hukuku ayrımı yapmaksızın her tür şer’i davaya bakarak kesin hüküm vermiştir¹⁵.

Tanzimat Dönemi’nde ilk kanunlaştırma hareketi ceza hukuku alanında gerçekleştirilmiş ve ilk olarak 1840 tarihli Ceza Kanunu ile çok hakimli nizamiye mahkemeleri kurulmuşsa da savcılık teşkilatı düzenlenmeyerek, bazı mahkeme üyeleri savcı olarak çalıştırılmıştır.

Bu kanunun eksikliklerini gidermek maksadıyla da 1851 tarihli Ceza Kanunu (Kanun-ı Cedit) çıkarılmıştır. Bu kanunun 1. faslının “ Mucebi kısas olup sonradan bazı veresenin affı veyahut sulh ile diyete ve mala münkalib olan ve mucebi iptida diyet bulunan madde-i katlin iktizay-ı şer’isi icra olunduktan sonra, Dersaadet’te ise bu makule şahısı katil derecesine göre bir seneden beş seneye kadar küreğe ve taşrada ise bulunduğu mahallin şehir-i muazzamı neresi ise onda prangaya konularak süfli hizmetlerde kullanıla” şeklindeki 11. maddesi ile kısasın istenmediği durumlarda da artık devletin suçluyu cezalandırabileceği ifade edilmiştir. Ancak kamu davası anlayışı bu madde ile Türk hukukuna girmişse de, henüz savcılık kurumu

¹³ Keyman, s. 57.

¹⁴ Centel/Zafer, s. 121-122.

¹⁵ Ortaylı İlber, **Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti’nde Kadı**, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2015, s.7,58,61.

bulunmadığından soruşturmanın devlet adına kim tarafından ve ne şekilde yürütüleceği ise tam olarak belirlenememiştir¹⁶.

23 Aralık 1876 tarihinde kabul edilen ilk Osmanlı Anayasası Kanun-ı Esasi'nin 91. maddesindeki “Umur-i cezaiyyede hukuk-i ammeyi vikakeye memur müdde-i umumiler bulunacak ve bunların vezaif ve derecatı kanun ile tayin kılınacaktır.” düzenlemesiyle savcılık makamı ilk kez anayasaya girmiştir.

1879 yılında kabul edilen Mehakim-i Nizamiyye ‘nin Teşkilat-ı Kanun-ı Muvakkatı ile savcılık teşkilatı kurulmaya başlanmış ve aynı tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanun-ı Muvakkatı yasasının 20-25. maddelerinde savcılık kurumunun görev ve yetkileri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir¹⁷.

UMCKM’nin 20. maddesindeki “Müdde-i umumiler cünha ve cinayet derecesinde bulunan kaffe ceraim-i taharri ve tecessüse ve mürtekibi aleyhinde ikame-i davaya memurdurlar.” hükmü ile kamu davasını açma görev ve yetkisi savcılara bırakılmıştır¹⁸.

Cumhuriyet döneminde ise, 1924 tarihli yeni mahkemeler teşkilat yasası sayılabilecek 469 sayılı Mehakimi Şer’iyyenin İlgasına ve Mehakim Teşkilatına ait Muadil Kanunu kabul edilmişse de, bu kanun eski teşkilat yasasını ortadan kaldırmamıştır.

05.05.1926 tarihinde, her ilçede asliye mahkemesi yanında bir savcı ve yeterince savcı yardımcısı bulunmasını kabul eden 825 sayılı Ceza Kanunu’nun Mevkii Mer’iyete Vaz’ına Müteallik Kanunu ile Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu Muvakkat, yürürlükten kaldırılmış ve bugünkü savcılık teşkilatının yapısı düzenlenmiştir¹⁹.

26/09/2004 tarihli 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun ile mahkemelerin ve

¹⁶ Bozkurt Gülnihal, **Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi, Osmanlı Devleti’nden Türkiye Cumhuriyeti’ne Resepsiyon Süreci (1839-1939)**, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1996, s. 100; Aksi görüşte olan Özkorkut, bu kurumun İslam Ceza Hukukunda zaten mevcut olduğunu ve mevcut durumunun düzenlendiğinin kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Özkorkut, s. 79.

¹⁷ Centel/ Zafer, s. 108; Soyaslan Doğan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yetkin, 8. Bası, Ankara, 2020, s. 180.

¹⁸ Özkorkut, s. 80; Ayhan Tanfer Hüseyin, **Cumhuriyet Savcısının Kamu Davası Açmada Takdir Yetkisi**, Seçkin, Ankara, 2013, s. 26.

¹⁹ Keyman, s. 64; Savcı yardımcılığı kurumu uygulamada savcılar arasında benimsenmediğinden 1990 tarihli değişiklikle kaldırılmıştır.

Cumhuriyet Başsavcılıklarının teşkilatlanmaları düzenlenerek günümüzdeki savcılık teşkilatı yapısı son halini almıştır.

1.3 Kamu Davasının Tarihsel Gelişimi

Ceza muhakemesi hukuku, bir yandan suç işleyenleri cezalandırmak suretiyle toplumun menfaatlerini korumaya çalışırken, diğer yandan da masum kişilerin cezalandırılmasını engellemek suretiyle sanığın menfaatlerini garanti altına almaya çalışmaktadır. Diğer bir deyişle, suçluluk olgusu ile ilgili olarak, birbiriyle çelişir gibi gözüken, ancak aslında birbirini tamamlayan toplumun korunması gerekleri ile bireyin korunması gerekleri arasında bir denge oluşturmaya çalışan modern ceza muhakemesi hukuku, gerçeği araştırmaktadır²⁰.

İddia, savunma ve yargılama makamlarını işgal edenlerin katıldığı bir faaliyet olan ceza muhakemesi; makamların ilişkileri ve yetkileri, bireyin veya toplumun menfaatlerinin ön plana çıkarılmasının ya da bu iki menfaat arasında bir denge kurularak gerçeğin araştırılmasının amaçlanmasına göre çeşitli devirlerde ve toplumlarda farklı şekilde düzenlenmiştir²¹.

Tarihsel süreç içerisinde, sùjelerin muhakemede oynadıkları role göre ceza muhakemesiyle ilgili üç farklı sistem karşımıza çıkmaktadır. Bunlar itham, tahkik ve işbirliği sistemleridir.

1.3.1 İtham Sistemi

İddia ile yargı fonksiyonlarının birbirlerinden kesin bir biçimde ayrıldığı sistem olan itham sistemi, en eski sistemdir. Anglo-Sakson hukukunda uygulanan bu sistem, bir kimsenin cezalandırılabilmesi için diğer bir kimse tarafından suçlanması, itham edilmesi ve itham edenin suçluluğu ispat etmesi esasına dayanmaktadır. Bu sistemde davanın açılması ve yürütülmesi iddia makamına ait bir görev olup, delillerin toplanması ve ileri sürülmesi iddia ve müdafaa makamlarının kendi sorumlulukları içerisindedir. Hakim, taraflarca elde edilerek jüri önüne getirilen delillerle bağlı olup, sınırlı müdahale ve katılma olanaklarıyla delillerin

²⁰ Toroslu Nevzat, Feyzioğlu Metin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş, Ankara, 2021, s. 7.

²¹ Toroslu/Feyzioğlu, s. 47.

ortaya konulmasında daha çok bir kontrol fonksiyonu sergilemektedir. Hakimin fonksiyonu hakemin fonksiyonuna benzemekte ve eşit taraflar arasındaki tartışmaya hakim katılmamaktadır. Hakimin görevi tarafları dinlemek ve sonucu belirleyerek taraflara bildirmekten ibarettir²².

Ceza muhakemesinin medeni muhakemeye benzediği, birey menfaatinin esas alındığı bu sistemde, hakim harekete ithamın yapılmasıyla geçse de, dava başladıktan sonra hakim itham edenin iradesiyle bağlı değildir. İthamda bulunan talebinden vazgeçse dahi, hakim davaya devam etmeye mecburdur. Açıklık, sözlülük, tarafların eşitliği, hakim tarafsızlığı, yüze karşılılık ilkeleri ile kesin hükme kadar sanığın tutuklanamaması; itham sisteminin en önemli olumlu nitelikleridir²³. İthamın keyfiligi ve maddi gerçek aranmaksızın şekli gerçeklikle yetinilmesi ise, sistemin olumsuz yanları olarak ifade edilmektedir²⁴.

Sistemin ilk uygulanış şeklinde ithamda bulunan, suçtan zarar gören iken; sonraki dönemlerde suçtan toplumun da zarar gördüğü ve suçlunun cezalandırılmasında toplumun da menfaatinin bulunduğu fikri gelişmiştir. Böylece itham hakkı, sosyal bir zararın meydana gelmesi halinde vatandaşa da tanınmıştır ki, bu duruma “halkın itham usulü” denilmiştir²⁵.

Bu sistemin en önemli eksiği, ithamda bulunacak kişinin birtakım korkular ya da menfaatler nedeniyle bu yetkiyi kullanmaktan imtina etmesi ve bu şekilde suçlunun cezasız kalabilme ihtimalinin olmasıdır. Ayrıca muhakemenin tüm aşamalarının açık olması ve hâkimin resen delil araştırması yapmayarak, taraflarca sunulan deliller üzerinden yargılama yapması ve bu nedenle delillerin yok edilmesi ya da karartılması nedeniyle maddi gerçeğe ulaşamaması da sistemin bir diğer eksik yanıdır²⁶.

Günümüzde itham sistemi Anglo- Amerikan ülkelerinde, özellikle İngiltere, Kanada, ABD gibi pek çok ülkede uygulanmakla birlikte elbette ki eski çağlarda olduğu gibi salt bir itham sistemi uygulamasından da söz edilememektedir. Zira itham sistemindeki mevcut

²² Centel/Zafer, s. 119; Soyaslan, s. 62; Yayla Mehmet, **Ceza Yargılamasında İspat İçin Yenilmesi Gereken Şüphe Türkiye ve Amerika Birleşik Devletleri Sistemlerinin İncelenmesi**, ABD, S. 3, 2013, s. 296.

²³ Keyman, s. 30.

²⁴ Özkorkut, s. 14; Toroslu/Feyzioğlu, s. 49.

²⁵ Keyman, s. 34.

²⁶ Özkorkut, s. 14.

uygulamalar değişmiş olup; müdafilik sistemi gelişmiş, sanık hakları kuvvetlendirilmiş ve savcılık teşkilatı kurulmuřtur²⁷.

1.3.2 Tahkik Sistemi

Batıda orta çağın ikinci yarısında, kilise hukukunun da etkisiyle itham sistemi terk edilerek tahkik sistemine geçilmiştir. Bunun altında yatan neden “din suçu” düşüncesidir. Kiliseler kendilerini bir cezalandırma müessesesi olarak gördüklerinden yegâne gayeleri de dinden uzaklaşarak suç alanına girenleri cezalandırmak olmuřtur²⁸.

Toplum menfaatini esas alan tahkik sisteminde muhakeme makamı sadece yargılama makamından oluşmaktadır ve tek süje hakimdir, davacı ve davalı bulunmamaktadır. İddia etme ve hüküm verme faaliyeti için aynı kişi görevlendirilmiştir. Hakim bir suçtan haberdar olduğunda dava açılmasını beklemeden süreci kendisi başlatabilmektedir. Diğer bir deyişle itham sisteminden farklı olarak iddia makamı ya da özel kişiler tarafından bir ceza davasının açılmış olması koşulu aranmamaktadır²⁹.

Yine itham sisteminin aksine hakim, delillerin ortaya konulmasında aktif bir görev üstlenmiş olup, maddi olayın aydınlatılması görevinin tam ve doğru olarak gerçekleştirilmesinden sorumludur³⁰. Tahkik sisteminde muhakeme gizlidir, yazılıdır ve gıyabidir. Hakim hakeme benzeyen pasif statüsünden çıkmış ve resen de tahkikat yapabilen bir konuma getirilmiştir. İtham sisteminin aksine taraflar eşit değildir ve sanığın mahkumiyet hükümden önce de tutuklanabilmesi kabul edilmiřtir³¹.

Tahkik sistemin erken dönemlerinde kanuni delil ilkesi kabul edilmişse de, zamanla maddi gerçeğe ulaşma amacının kanuni delil sistemiyle gerçekleşemeyeceğinin anlaşılması ve ceza muhakemesinin bu konuda karşılaştığı zorluklar, vicdani ispat sisteminin kabul

²⁷ Dönmez Burcu, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Çapraz Sorgu**, Seçkin, 2. Bası, Ankara, 2019, s. 84-86.

²⁸ Köksal Ayhan, **Anglo-Sakson Hukuku Ceza Muhakemesinde İtham Fonksiyonu**, İÜHFM, C. 29, S. 1-2, 1963, s. 189.

²⁹ Centel/Zafer, s. 119.

³⁰ Yurtcan, s. 112.

³¹ Köksal, s. 189; Yayla, s. 299.

edilmesine neden olmuştur. Tahkik sisteminde maddi gerçeğin ne pahasına olursa olsun bulunması benimsendiğinden ikrar en önemli delil sayılmıştır³².

Hakimin kendiliğinden harekete geçerek, maddi gerçeği araştırabilmesi tahkik sisteminin olumlu yanları ise de; tarafların eşit olmaması, soruşturmayı yapan ve hükmü veren kişinin aynı olması nedeniyle tarafsız olamayacağı ve bu durumun da sanığı güvencesiz bırakacak olması, ilkenin olumsuz yanları olarak eleştirilmiştir.

Nitekim, 14. yüzyıldan itibaren kral namına hareketle mükellef savcılar mahkemelerde görevlendirilmeye başlanmış ve dava açma görevinin savcıya verilmesiyle iddia faaliyeti bireyden toplum adına faaliyet gösteren devlete geçmiştir³³.

Kıta Avrupası'nın ilk Ceza ve Ceza Muhakemesi Kanunu olan 1532 tarihli Alman Ceza Kanunu Carolina, 1756 tarihli Bavarya Kanunu "Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis" ve Avusturya'nın 1768 tarihli Ceza Kanunu "Constution Criminalis Theresiana" tahkik sistemini benimsemiştir³⁴.

Fransız Devriminden sonra insan haklarına saygı, alenilik, sözlülük gibi ilkeler ceza muhakemesinde yer bulmasıyla, Kıta Avrupası'nda karma/işbirliği sistemi önem kazanmaya başlamıştır³⁵.

Avrupa Adalet Divanı (ECJ), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (ECHR), Rwanda (ICTR), Eski Yugoslavya (ICTY) Mahkemeleri veya Uluslararası Ceza Divanı (ICC) gibi geçici ve daimi uluslararası ceza mahkemelerinin verdikleri kararlar itham ve tahkik sistemlerini birbirlerine daha da yaklaştırmıştır³⁶.

³² Toroslu/Feyzioğlu, s. 51; Tahkik sistemine örnek olan Alman ceza yargılamasında, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m. 261 "*Mahkeme, delillerin sonuçları hakkında, serbest ve duruşmada meydana gelmiş olan kanaatine göre karar verir.*" hükmü ile delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi kabul edilmiştir.

³³ Centel/Zafer, s. 120.

³⁴ Öztürk Bahri, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti**, Ankara, 1991, s. 17.

³⁵ Dönmez, s. 87.

³⁶ Kocaoğlu Serhat Sinan, **Türk Ceza Muhakemesi Sisteminde Silahların Eşitliği İlkesini Gerçekleştirebilmek İçin Bir Reform Önerisi (Amerika Birleşik Devletleri Ceza Muhakemesi Sisteminde Savunma Ve Müdafî Perspektifinden Mukayeseli Bir Bakış)**, ABD, 2010, S. 4, s. 243.

1.3.3 İşbirliği Sistemi

Gerek tahkik gerekse itham sisteminin iyi ve kötü yönleri bulunmaktadır ve hiçbirisi kendi içerisinde gerekli olan teminatları sağlamamaktadır. İtham usulü, suçların tespit ve kovuşturulmasını tamamen özel kişilerin inisiyatifine bırakırken, yargılamanın her evresinin aleni oluşu ve hakimin, ithamda bulunan davacı tarafça sunulan delillerle bağlı olması, sistemden kaynaklı cezasızlık ihtimallerini de arttırmıştır. Diğer taraftan tahkik sistemi de, suçların kovuşturulması ve tespitinin sadece devlet makamlarına bırakılması, duruşmaların gizli oluşu ve savcılık ile sanık arasında gerçek anlamda bir çekişme olmaması nedeniyle eleştirilmiştir. Dolayısıyla hukuk medeniyeti yolunda ilerleme; sistemlerin her birinin en iyi unsurlarının alınması yolu ile işbirliği sistemini doğurmuştur³⁷.

1789 Fransız devriminden sonra tahkik sistemi, devrimin getirdiği ferdiyetçi ve liberal zihniyetle bağdaşamayınca terkedilmiş ve bunun yerine itham sistemi ve tahkik sisteminin bazı hükümlerinin alınması ile birey ve toplum menfaatinin aynı derecede temin edildiği işbirliği sistemi benimsenmiştir³⁸.

İşbirliği sisteminde muhakeme, tahkik sisteminden etkilenen soruşturma ile itham sisteminden etkilenen kovuşturma evrelerinden oluşmaktadır. Tahkik sisteminden etkilenen soruşturma evresi yazılı ve gizlidir. İtham sisteminden etkilenen kovuşturma evresi ise, sözlü ve açıktır. Bu sistemde iddia ve yargılama makamları birbirlerinden ayrıldığından, hakimin maddi gerçeği resen araştırma yetki ve yükümlülüğü bulunsa da süreci resen başlatma yetkisi bulunmamaktadır³⁹.

İşbirliği sisteminde, davasız yargılama olmaz ilkesi benimsenmiş ve iddia makamında devlet görevlisinin yanında kişilerin de yer almasının sağlanmasıyla; hüküm verme işi; tez-antitez-sentez makamlarının diyalogu ile oluşan kolektif bir süreç haline getirilmiştir. Böylelikle savcılık makamı ve teşkilatının etkinliği arttırılmıştır.

³⁷ Esmeın Adhemar, **Ceza Muhakemesi Sistemleri**, Ceza Hukuku Dergisi, C. 11, S. 31, 2016, s. 205-206.

³⁸ Köksal, s. 189.

³⁹ Centel/Zafer, s. 120; Yayla, s. 300; Soyaslan, s. 64.

Yargılama makamının tarafların sunduğu delillerle bağlı olmayıp, resen de delil araştırabilmesi ve sanığın bir obje olmaktan çıkarılarak, muhakemenin aktörlerinden biri haline getirilmesi bu ilkenin diğer özelliklerindendir.

Suç sayılarında meydana gelen ciddi artış, tüm dünyada modern ceza adaleti sistemlerini ağır iş yükü ile karşı karşıya getirmiştir. Bu iş yüküne sanık haklarının korunmasını sağlayan usul kuralları ve kurallara bağlı olarak çıkan tali davaların da eklenmesi ceza adalet sisteminin ağır işlemesine ve adaletin geç tecelli etmesine neden olmuştur. Bu nedenle ceza muhakemesinin hızlanması ve uyuşmazlıkların kesin bir şekilde neticelenmesi için esasen Anglo-Sakson hukuk sistemine ait uzlaşma, çapraz sorgu, itham pazarlığı gibi müesseseler Kıta Avrupa'sında da kısmen veya değiştirilerek uygulanmaya başlanmıştır. Örneğin günümüzde itham pazarlığı (plea bargaining) Bulgaristan, İtalya, Hindistan, Fransa, Polonya gibi birçok ülkeye benimsenmiştir⁴⁰.

Modern ceza hukuku anlayışı, işbirliği sistemine dayanmaktadır ve günümüzde Kıta Avrupası ve ülkemizin benimsediği sistem de işbirliği sistemidir. Bununla birlikte yargılama makamlarının işbirliğine iştirak dereceleri, rejimlerin karakteri gibi nedenlerle sistemler ülkeden ülkeye değişiklik göstermektedir. Liberal sistemlerde iddia ve müdafaa makamları daha etkinken, totaliter sistemlerde ise devlet makamlarının etkinliği ön plandadır⁴¹.

1.3.3.1 Türk Hukukundaki Durum

Söz konusu sistemler esasen ceza muhakemesi hukukunun tarihsel gelişimini de ortaya koymaktadır. Gerek mülga Ceza Muhakemesi Usulü Kanunumuzda gerekse 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunumuzda Kıta Avrupası hukuku ile paralel olarak işbirliği sistemi benimsenmiştir.

Türk ceza yargılamasına göre, suç işlendiği zaman resen ya da şikayet üzerine harekete geçmekte, delilleri toplamakta, dava açılmasını talep etmekte, sanığın sorgusu hakim tarafından yapılmakta, deliller gerek savcı gerekse hakim tarafından resen araştırılmakta, hakim resen sanığın tutuklanmasına ya da serbest bırakılmasına karar verebilmektedir⁴².

⁴⁰ Kaşlı Enver, **Ceza Adaleti Sisteminde İtham Pazarlığı (Pleabargaining)**, Seçkin, Ankara, 2017, s. 20.

⁴¹ Bıçak Vahit, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin, 4.Bası, Ankara, 2018, s. 131.

⁴² Soyaslan, s. 65.

Hukukumuzda işbirliği sistemi çerçevesinde kovuşturma evresinde itham sisteminin; soruşturma evresinde ise tahkik sisteminin etkinliği fazladır. Kovuşturma evresinde muhakemenin aleni, sözlü ve çekişmeli oluşu; hakim veya mahkemenin vicdani kanaatine göre karar vermesi ve makam muhakemesinin esas alınması, davasız yargılama olmaz ilkesi itham sisteminin özellikleridir. Hakim muhakeme içindeki en aktif süjedir.

Soruşturma evresinde ise tahkik sisteminin özellikleri benimsenmiştir. Soruşturma evresinin gizliliği, yazılılığı, lekelenmeme ilkesi, iddia makamı aktif bir süje iken savunma makamının aktif katılım ve müdahalesinin azlığı tahkik sisteminin özellikleridir.

Ülkemizde Cumhuriyet döneminde kabul edilen 1412 sayılı mülga CMUK işbirliği sisteminin tüm özelliklerini göstermiştir. 5271 sayılı CMK da işbirliği sisteminin özelliklerini taşımakla birlikte her ne kadar 1 Haziran 2005 tarihinde ileri demokrasi ve özgürlük içinde güvenlik ilkelerini temel edinerek yürürlüğe girmişse de; CMUK'un terki ile başlayan süreçte CMK'nın zaman içinde uğradığı değişiklikler ileri demokrasi ile bağdaşmayan bir ceza muhakemesi hukuku ortaya çıkarmıştır.

Yasanın, kamu davasının açılmasında savcıya takdir yetkisi vermesi ve bu kapsamda kamu davasının açılmasının ertelenmesi (m. 171) doğrudan soru sorabilme olanağının verilmesi (m. 201) hükmün açıklanmasının geri bırakılması (m. 231) uzlaşma kurumunun düzenlenmesi (m. 253) ve iletişimin denetlenmesi ve tespiti ile ön alan soruşturması gibi koruma tedbirlerine yer verilmiş olması, şahsi dava kurumunun kaldırılması, seri muhakeme ve basit yargılama usulünün düzenlenmesi doktrinde sistem değişikliği olarak dahi ifade edilmiştir⁴³.

Esasen kanaatimce de, 5271 sayılı CMK ile işbirliği sistemi terk edilmemişse de itham ve tahkik sisteminin homojen birlikteliği yerine soruşturma evresinde koyu bir tahkik sistemi kovuşturma evresinde ise koyu bir itham sistemi tercih edilerek iki ilke birbirinden ayrıştırılmıştır.

⁴³ Özbek Veli Özer, Doğan Koray, Bacaksız Pınar, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin, 14.Bası, Ankara, 2021, s. 43.

1.3.3.1.1 Kovuşturma Evresinde İtham Sisteminin Etkinliği

İşbirliği sisteminde bir taraftan itham sisteminin koruduğu sanık hakları ve kişi özgürlüğü güvence altına alınırken, diğer taraftan da, tahkik sisteminde olduğu gibi hakim delillerin toplanmasında aktif kılınarak, maddi gerçeğe ulaşılması hedeflemektedir.

İşbirliği sisteminin bir gereği olan hakimin tarafların delilleriyle bağlı olmaması ve resen delil toplayabilmesi CMUK'un 237. maddesinde “*Mahkeme vuku bulan talep üzerine veya kendiliğinden tanık ve bilirkişi celbini ve başkaca sübut sebeplerini ihzar ve iradını emredebilir.*” hükmü ile düzenlenmiş idiyse de, meri kanunumuzun 206. maddesinde bu hüküm değiştirilmiş “kendiliğinden” ibaresine yer verilmeyerek mahkemenin resen delil toplama yetkisi kaldırılmıştır. Mezkur düzenleme, işbirliği sisteminden uzaklaşılması ve kovuşturma evresinde tahkik sisteminin etkinliğinin azalışı⁴⁴ olarak yorumlanmışsa da, öğretide ağırlıklı görüş delillerin soruşturma aşamasında toplanmış olması gerekliyse de, duruşma hazırlığı aşamasında da delillerin toplanmasının mümkün olduğudur⁴⁵. Kanaatimizce de, duruşma sırasında naip ya da istinabe yoluyla tanık dinlenmesi mümkün olduğu gibi, hakim yeniden keşif ve muayene yapılmasına da karar verebilmektedir (CMK m. 180). Kaldı ki, yasada bu işlemlerin ancak iddia ya da savunma makamının talebi üzerine yapılacağına dair bir sınırlama bulunmadığı gibi mahkeme çeşitli kurumlardan resen yazılı olarak bilgi de isteyebilmektedir. Lakin CMUK ile kıyaslandığında CMK' nın mahkemenin resen delil toplama yetkisini sınırlandırdığı şüphesiz olduğundan mezkur düzenlemenin kovuşturma evresindeki itham sisteminin etkinliğini arttırdığı söylenebilir.

5271 sayılı CMK ile itham sisteminin bir uzantısı olan çapraz sorgu tekniği kabul edilmiştir. Çapraz sorgu daha ziyade yargılamanın seyrini tarafların kontrol ettiği ve hangi delil ve tanıkların tarafların değerlendirileceğine karar verdiği itham sisteminin bir görünüm şeklidir. CMK m. 201 ile müdafî veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukata doğrudan soru yöneltme hakkı tanınması yasanın olumlu bir gelişimi olarak nitelendirilmişse de,

⁴⁴ Yarsuvat Duygun, **Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan**, GÜHFD, C. 1, 2010, s. 378.

⁴⁵ Ünver Yener, Hakeri Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet, 17. Bası, Ankara, 2020, s. 89; Yenisey/Nuhoğlu, s. 734; Centel/Zafer, s. 750; Bıçak, s. 754; Aksi yönde görüş bildiren Koca; 5271 sayılı CMK'ya göre mahkemenin delil araştırması yapamayacağını, sadece Cumhuriyet savcısından delil araştırılmasını talep edebileceğini belirtmiştir. Bkz. Koca Mustafa, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller**, Ceza Hukuku Dergisi, S. 2, 2006, s. 212; Aynı Yönde bkz. Akbulut Berrin, **Delil Değerlendirme Yasakları**, Fasikül Hukuk Dergisi, C. 2, S. 13, 2010, s. 6.

soruşturma evresinde bu hakkın çok kısıtlı kullanımı ise eleştirilmiştir⁴⁶. Değişiklikler neticesinde işbirliği sistemi çerçevesinde kovuşturma evresinde itham sisteminin etkinliği korunmuştur.

1.3.3.1.2 Soruşturma Evresinde Tahkik Sisteminin Etkinliği

Ceza muhakemesinin; bir yandan davayı açan ve takip eden savcılık makamı, diğer yandan hükmü veren yargılama makamı (mahkeme, hakim) olarak birbirinden bağımsız iki ayrı makama yayılması, liberal ceza muhakemesinin en önemli kazanımı olarak nitelendirilmiştir⁴⁷.

5271 sayılı CMK ile savcının rolü yeniden tanımlanmış ve şahsi davanın da kaldırılması ile savcı soruşturma evresinin tek yetkili merci haline getirilmiştir. Yeni düzenleme ile soruşturma evresinin tamamından savcı, yetkili ve sorumlu kılınmıştır öyle ki; savcının sözlü ya da yazılı emri olmadan kolluk harekete dahi geçememektedir⁴⁸.

CMUK'tan farklı olarak CMK kamu davasının açılmasında da yeni bir sistem benimsemiştir. CMUK'un 163. maddesi ile kamu davası, Cumhuriyet savcısı tarafından hazırlanan iddianamenin mahkemeye sunulması ile açılmaktayken, 5271 sayılı CMK ile mezkur fıkra terk edilmiş ve kamu davasının açılması; Cumhuriyet savcısı tarafından hazırlanan iddianamenin mahkeme tarafından kabulüne bağlanmıştır. Böylece işbirliği sisteminin bir unsuru olan davasız yargılama olmaz ilkesi gereğince davayı açan ve davayı gören makamların farklı olması prensibinden bu noktada ayrılmış ve tahkik sistemine yaklaşılmıştır. Zira yukarıda da açıkladığımız üzere, soruşturmayı yapan ve hükmü veren kişinin aynı makam olması tahkik sisteminin özelliğidir.

5271 sayılı CMK ile hiç beklenmedik ve Türk doktrininde bilinmeyen, tartışılmamış türden bir takdirilik sistemi yaratılmıştır. Öncelikle m.171/1 ile Cumhuriyet savcısına kamu

⁴⁶ Özbek /Doğan/Bacaksız, s. 651; Dönmez, s. 87; Ceza muhakemesinin yıllar içinde geçirdiği değişimler neticesinde doktrinde kimi yazarlar itham usulünün demokratik ve liberal ceza muhakemesinin bir gereği olduğunu; soruşturma evresinde savunma makamının yetkilerinin itham makamının yetkilerine eşit kılınması, daha az gizlilik ve daha fazla yüze karşılık olması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bkz. Yarsuvat, s. 387-388; Aynı yönde Erem, karma (işbirliği) sisteminin, tahkik sistemini yaşatmak için icat edildiğini, tahkik sisteminin bütün kalıntılarının ise reddedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

⁴⁷ Özbek /Doğan/Bacaksız, s. 71.

⁴⁸ Öztürk Bahri, **Ceza Muhakemesi Kanunun 3. Yılı**, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul, 2009, s. 43.

davası açılmasında takdir yetkisi tanınmış akabinde, 2006 tarihli 5560 sayılı yasa ile kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu maddeye eklenerek takdir yetkisinin kapsamı genişletilmiş ve soruşturma evresindeki tahkik sisteminin etkinliği arttırılmıştır.

Ceza adalet sistemine soluk aldirmek için getirilen ve soruşturma evresini tahkik sistemine yakınlaştıran bir diğer kurum da uzlaştırmadır. Uzlaştırma, Türk Ceza hukuku sistemi içerisine ilk kez 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 73. maddesi ile girmiş; 5271 sayılı CMK'nın 253, 254 ve 255.maddeleri ile de ilk kez muhakeme hukukunda düzenlenmiştir. Zaman içinde 2005 tarihli 5353 sayılı; 2006 tarihli 5560 sayılı 2009 tarihli 5918 sayılı ve 2016 tarihli 6763 sayılı yasalarla yapılan değişiklikler ile kapsamı daha da genişletilmiştir.

Yargı sisteminin iş yükünü azaltma temelinde şekillenen seri muhakeme ve basit yargılama; ceza muhakemesi sistemimize 2019 tarihli 7188 sayılı kanun ile dahil olmuştur. Seri muhakeme usulü, soruşturma evresinin sonunda Cumhuriyet savcısına, kanunda tahdidi olarak sayılmış bir takım suçlar bakımından uygulanacak cezai yaptırım hususunda takdir yetkisinin verildiği ve Cumhuriyet savcısının teklifi üzerine, şüphelinin müdafî huzurunda bu teklifi kabul etmesiyle gerçekleşen bir anlaşmadır⁴⁹. Seri muhakeme usulünün kabulüyle savcıya hapis cezasının ertelenmesi (TCK m. 51), seçenek yaptırımlara çevrilmesi (TCK m. 50) ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi yaptırımlara karar verme yetkisi tanınmış; iddia ve yargılama makamlarının birleşmesiyle soruşturma evresinin seyri tahkik sistemine doğru evrilmiştir.

Bizim de katıldığımız görüş uyarınca; CMK' da yapılan değişiklikler sistem değişikliği olarak yorumlanmamalıdır. Zira davasız yargılama olmaz ilkesinin varlığı; muhakeme yapılabilmesi için ithama gerek duyulması ve ithamın toplum adına savcılık makamınca yapılması; yine tahkik sisteminin etkin olduğu soruşturma safhasının gizli ve yazılı oluşu, itham sisteminin etkin olduğu kovuşturma safhasında ise sözlülük ve açıklığın etkinliği, muhakeme hukukumuzdaki işbirliği sisteminin özellikleridir⁵⁰.

Lakin özellikle 2005 sonrası savunma, iddia ve mahkeme arasında dava pazarlığı şeklinde uzlaşma kurumunun düzenlenmesiyle muhakeme hukukumuzda belli bir özelleştirme

⁴⁹ Yılmaz Zahit, Apış Özge, **Seri Muhakeme Ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi**, MÜHFHAD, C. 26, S. 1, 2020, s. 63.

⁵⁰ Toroslu/Feyzioğlu, s. 51-52; Soyaslan, s. 65; Yavuz, s. 117.

akımı başlamıştır. Ceza muhakemesinde şüpheli ve mağdurun da katıldığı soruşturma evresinin giderek özelleştirildiği ve rızaya dayanan muhakeme usullerinin yaygınlaştırıldığı, alternatif çözüm yöntemleri ve basit yargılama usulleri kabul edilmiştir. Onarıcı adalet anlayışının bir yansıması olan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile ceza verme yetkisi, şüphelinin kabul etmesi yanında diğer bazı şartlarla, savcılara ve tarafsız 3. kişilere bırakılmışsa da bu husus ceza muhakemesi hukukumuzun benimsediği işbirliği sisteminin terkedildiği anlamına gelmemektedir.

1.3.3.1.3 2005 sonrası Onarıcı Adalet Anlayışı ve Alternatif Çözüm Yöntemleri

Toplumun ekonomik, siyasal ve sosyal bakımdan değişimi, ceza adalet sistemlerinin de değişmesine ve dönüşmesine neden olmuş ve toplumun adalet anlayışındaki değişiklik ceza muhakemesinin de amaçlarının değişmesine yol açmıştır. Bu bağlamda ceza adalet sistemlerinde mağdurun ön plana çıkarılması, zararlarının giderilmesi veya menfaatlerinin korunması yönünde oluşan hassasiyet son yıllarda oldukça güçlenmiş ve ödetici (cezalandırıcı⁵¹-ıslah edici) adalet anlayışı yerini onarıcı adalet (mağdurun ihlal edilen değerlerinin onarılması) anlayışına bırakmıştır⁵².

Onarıcı adalet anlayışı, cezalandırıcı adalet anlayışının faillerin ıslah edilmesinde, toplumsal barışın ve güvenliğin sağlanmasında istenileni veremediği, mağdurların göz ardı

⁵¹ Onarıcı adalet anlayışı ile cezalandırıcı adalet anlayışı arasındaki birtakım farklılıklar şu şekilde özetlenebilmektedir. 1. Cezalandırıcı adalet anlayışında suç, devlet iradesi hilafına karşı bir eylem olarak tanımlanmakta iken, onarıcı adalet anlayışı suç kavramını bireylerin birbirlerine karşı yaptıkları haksız bir eylem olarak tanımlamaktadır. Diğer yandan, cezalandırıcı adalet anlayışında fail ve devlet olmak üzere iki taraf bulunmakta olup, mağdur göz ardı edilirken; onarıcı adalet anlayışında mağdur aktif olarak sürece katılmaktadır. 2. Cezalandırıcı adalet anlayışı geçmişe yönelik olarak suçun işlenip işlenmediğini araştırır iken, onarıcı adalet anlayışı ise geleceğe yönelik olarak sorunu çözmeye odaklanmaktadır. Ayrıca cezalandırıcı adalet anlayışında, suçun ortaya çıkardığı sonuçlardan sorumluluk soyut olarak devlete karşı kabul edilirken; onarıcı adalet anlayışında sorumluluk somut olarak mağdurun kendisine karşıdır. 3. Cezalandırıcı adalet anlayışı tarafları karşı karşıya getirir, bununla birlikte toplumsal zararı ikinci plana koyar; suçun karşılığı olan ceza ile birlikte faile acı verilmesi hedeflenmektedir. Onarıcı adalet anlayışında taraflar müzakere içerisinde olup, toplumsal zarar birinci derecede önem arz etmektedir. Suçun karşılığı olarak ceza vermek yerine, ortaya çıkan zararın telafi edilmesi amacıyla toplumsal barışın tekrar tesis edilmesi sağlanmaktadır. 4. Cezalandırıcı adalet anlayışında, faile karşı verilen tepki işlediği suça karşı olurken, onarıcı adalet anlayışında tepki, failin haksız eyleminin sonuçlarına yönelik olmaktadır. 5. Cezalandırıcı adalet anlayışında suçun, telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğurduğu kabul edilir; süreç profesyoneller tarafından yürütülür. Onarıcı adalet anlayışı ise, suçun doğurduğu sonuçların telafi edilebilirliğini kabul ederek hareket eder ve taraflar süreci doğrudan yönlendirebilmektedir. Bkz. Karakehya Hakan, **Modern Cezalandırma Sistemlerinin Büyük Anlatıları**, İÜHFM, C. 66, S. 1, 2008, s. 87-108, Ertemür Hazal, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Uzlaştırma**, Seçkin, Ankara, 2021, s. 26.

⁵² Akbulut Berrin/Aksan Murat, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma**, Seçkin, 2. Bası, Ankara, 2019, s. 16; Onarıcı adalet anlayışının tarihsel gelişimi için bkz. Aşık Mustafa Aydın, **6763 ve 7188 Sayılı Yasa Değişiklikleri ile Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma**, Seçkin, Ankara, 2020, s. 18.

edildiği, suçun devlete karşı işlendiğinin kabul edilmesi sonucu her suçun kovuşturulmasının ceza muhakemesi sisteminde tikanıklara yol açtığı eleştirileri neticesinde, suça hangi tepkinin verilmesi gerektiği tartışmaları sonucunda ortaya çıkmıştır.

20. yüzyılın ortalarında etkinlik kazanan onarıcı adalet anlayışının sahip olduğu; ihlal edilen kuraldan ziyade haksızlık nedeniyle ortaya çıkan zarara odaklanması; maddi gerçeğin ortaya çıkarılması gayesinin ikinci planda oluşu; adaletin gerçekleştirilmesi sürecine mağdur ve failin birlikte dahil edilerek ikisine de eşit ilgi gösterilmesi; faile ceza vermek yerine failin eyleminin sorumluluğunu üstlenmesi ve verdiği zararları gidermesine yönelik imkan sağlaması; adalet sisteminin maliyetini azaltıcı ve gecikmesini önleyici usuller geliştirmesi gibi özellikler alternatif çözüm yöntemlerinin de özünü oluşturmuş⁵³.

Suçla bozulan kamu düzeninin, suçun failinin ceza infaz kurumuna konulmadan da sağlanabileceği fikrini esas alan, onarıcı adalet anlayışı merkezli, maddi gerçeğin geri planda olduğu bir yargılama yöntemi olan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile ceza yargılaması yolundan çıkarma uygulamaları 2005 sonrası dönemde ceza muhakemesi hukukumuzda da yer edinmeye başlamıştır.

Ceza yargılaması yolundan çıkarma (diversion veya dejudiciarisation) kurumu, şüpheli ya da sanığa “uygun oldukça” ve “ceza adaleti mekanizmasını halkın gözünden düşürmemesi” ve “ yararının ceza muhakemesini gerektirmemesi” şartları ile ceza yerine, ceza niteliğinde olmayan müeyyideler uygulanması anlamına gelmekte ve sanığın veya şüphelinin sosyal, politik, kültürel, ekonomik ve geleneklere uygun düşmek şartı ile ceza adaleti mekanizmasına girmemesini ve ceza-dışı çarelere başvurulmasını ifade etmektedir⁵⁴. Gerek soruşturma gerekse kovuşturma evresinde uygulanabilen bu kurum, mağdurun suç nedeniyle uğradığı zararının giderilmesi ve ceza vermeksizin barışma sağlanması ile toplumsal yarar elde edilmesi fikrine dayanmaktadır⁵⁵.

⁵³ Akbulut/Aksan, s. 18-19.

⁵⁴ Yenisey ve Nuhoglu’ na göre; ceza yargılaması dışına çıkarma ikiye ayrılmaktadır. Basit çıkarma, resmi makamların tek taraflı olarak araştırmaya, kovuşturmaya veya yargılamaya son vermesinde olduğu gibi sanığın rolü yoktur. Katımlı çıkarmada örneğin tedavi edici veya terbiye edici tedbirlere veya zararın ödettilmesinde olduğu gibi ceza-dışı vasıtalarla ilgili unsurlar da katılmakta ve ceza dışı çarelere başvurulmaktadır. Bkz Yenisey/Nuhoglu, s. 848.

⁵⁵ Yenisey s. 848.

2005 sonrası artan diversion uygulamalarına ilişkin ceza muhakemesindeki gelişmeleri Yenisey ve Nuhoğlu, su bardağına akan damlalara benzetmiş ve işlenen her suç damlaya damlaya sonuçta bardağı bir noktada taşıracığından taşmayı önlemek amacıyla kanun koyucunun tahliye vanaları yarattığını belirtmiştir. Bu bağlamda önce önödeme suçlar sistem dışına çıkarılmış, akabinde CMK m.253/1’ de sayılan uzlaştırmaya tabi suçlar ve sonra kamu davasının açılmasının ertelenmesi yoluyla 3 seneye kadar hapis gerektiren suçlar sistem dışına çıkarılmıştır. En nihayetinde CMK m.250/1 ile seri muhakeme usulüne tabi olan suçlar da sistem dışına çıkarılmıştır⁵⁶.

Alternatif yöntemlerle çözülebilen suçlarda, Cumhuriyet savcısı iddianame düzenlenmeden önce söz konusu yöntemleri uygulayacak aksi takdirde iddianame iade edilecektir. Mezkur yöntemler denendikten sonra yeterli şüphesi olan bir soruşturmada CMK m. 171/1 kapsamında savcının takdir yetkisini kullanabileceği durumlar var ise Cumhuriyet savcısı takdir yetkisini kullanabilecektir. Böylece asliye ceza mahkemesinin görev alanına giren suçların çoğu alternatif çözüm yöntemleri ile yargılama dışına çıkarılmaya çalışılmış ve mahkemelerin iş yükünün azaltılması amaçlanmıştır⁵⁷.

Esasen gün be gün artarak mahkemelerin üstesinden gelemeyecekleri kadar çok dava ile meşgul edilmesi hem davaların uzamasına hem de hükmün kalitesinin düşmesine neden olduğu için oluşturulmaya çalışılan bu boşaltma sistemi mevcut düzende aksaklıkları (kanun yollarına başvurmada sınırlamalar) bulunsa da kısa dönemde makul çözüm⁵⁸ olarak değerlendirilebileceği fakat uzun vade de gerçekçi bir çözüm sunmayacağı kanaatindeyim.

1.4 Kamu Davasının Açılması, Takdir Yetkisi ve İlgili İlkeler

1.4.1 Kamu Davasının Açılması

Soruşturma evresi neticesinde ceza takibini gerektirecek hususlarda yeterli delil oluşturacak olayların bulunması veya suç şüphesinin ciddi olduğunun tespit edilmesi halinde,

⁵⁶ Yenisey/Nuhoğlu, s. 89.

⁵⁷ Kovuşturma evresinde ise hükmün açıklanmasının geri bırakılması soruşturma evresinde, uzlaştırma, ön ödeme, kamu davasının açılmasının ertelenmesi alternatif çözüm önerileri olarak uygulanmaktadır. Bkz. Yenisey/Nuhoğlu, s. 819. Uzlaştırma, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, seri muhakeme, önödeme, basit yargılama usulü kurumları takdir yetkisine benzer kurumlar başlığı altında daha detaylı incelenmiştir.

⁵⁸ Yenisey/Nuhoğlu, s. 89.

yukarıda açıklanan ve uyuşmazlığı sistem dışına çıkaran alternatif çözüm yöntemleri de uygulan(a)mamışsa (önödeme, uzlaştırma, kamu davasının açılmasının ertelenmesi veya suç seri muhakeme usulüne tabi değil ise) Cumhuriyet savcı iddianameyi düzenleyecek ve Cumhuriyet savcısı tarafından ilgili mahkemeye verilecek iddianamenin⁵⁹ kabulü ile de kamu davası açılmış olacaktır⁶⁰.

5271 sayılı CMK ile kamu davasının açılması yeniden düzenlenmiş ve iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği an itibariyle kamu davasının açılmış sayılacağı benimsenmiştir. Oysaki mülga kanun CMUK’ da, Cumhuriyet savcısı tarafından hazırlanan iddianamenin mahkemeye sunulmasıyla kamu davası açılmaktayken CMK ile Cumhuriyet savcısını kamu davası açma yetkisi, dava açılmasını talep etme yetkisine dönüştürülmüştür⁶¹.

CMK 170/1 maddesi kamu davası açma görevinin Cumhuriyet savcısı tarafından yerine getirileceğini belirtmekteyken, 175. maddesinin mahkemenin iddianameyi kabulüyle kamu davasının açılmış sayılacağını düzenlemesi; kanaatimizce kamu davasının açılması hususunda CMK ’nın 170. ve 175. maddeleri arasında terminolojik çelişkiye neden olmuştur⁶².

175. madde gereğince kamu davası Cumhuriyet savcısı tarafından değil mahkemenin iddianameyi kabul kararı ile açıldığından CMK’nın 171. maddesinin başlığının “ kamu davasını açmada takdir yetkisi” olarak ifade edilmesi yerinde olmamıştır. 171. ve 175. madde arasındaki anlam karmaşasının engellemesi için kanaatimizce 171. madde başlığının “kamu davası açılmasını talep etmede takdir yetkisi” olarak değiştirilmesi daha uygun olacaktır.

Ayrıca belirtelim ki, her ne kadar hukuk sistemimizde kamu davası açılması için iddianamenin düzenlenmesi yetkisi sadece Cumhuriyet savcılarına tanınmışsa da, birtakım istisnalar ile bazı mahkemeler ve üst savcılıklar da kamu davası açma konusunda

⁵⁹ CMK 170/3, hükmüne göre; “(3) Görevli ve yetkili mahkemeye hitaben düzenlenen iddianamede;

a) Şüphelinin kimliği, b) Müdafii, c) Maktul, mağdur veya suçtan zarar görenin kimliği, d) Mağdurun veya suçtan zarar görenin vekili veya kanunî temsilcisi, e) Açıklanmasında sakınca bulunmaması halinde ihbarda bulunan kişinin kimliği, f) Şikâyetle bulunan kişinin kimliği, g) Şikâyetin yapıldığı tarih, h) Yüklene suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri, i) Yüklene suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi, j) Suçun delilleri, k) Şüphelinin tutuklu olup olmadığı; tutuklanmış ise, gözaltına alma ve tutuklama tarihleri ile bunların süreleri, gösterilir.

⁶⁰ Soyaslan, s. 392, Bıçak, s. 741, Yenisey/Nuhoğlu, s. 709.

⁶¹ Özen Mustafa, **Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri**, Adalet, 4.Bası, Ankara, 2019, s. 726.

⁶² Ünver Yener, Hakeri Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet, 15. Bası, C. 1, Ankara, 2019, s. 88.

yetkilendirilmiştir⁶³. Zira 4483 sayılı kanunun 12. maddesi gereğince yetkili mercilerce soruşturma izninin verilmesi üzerine Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreteri, Bakan yardımcıları ve valiler ile ilgili olarak yapılacak olan hazırlık soruşturması Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya Başsavcı vekili; kaymakamlar ile ilgili hazırlık soruşturması ise il Cumhuriyet Başsavcısı veya Başsavcı vekili tarafından yapılmakta ve iddianame düzenlenerek kamu davası bu makamlarca açılmaktadır.

1.4.2 Takdir Yetkisi

Takdir yetkisi, idarenin belli şart ve durumların ortaya çıkmasında, belirli bir işlemi yapip yapmama ve kanunda öngörülen farklı çözümler arasında bir tercihte bulunabilme konusunda hareket serbestisine sahip olmasıdır⁶⁴. Diğer bir deyişle kamu görevlisinin; belli durum ve koşulların ortaya çıkması halinde belli bir kararı alıp almamak ya da kanunda öngörülen farklı çözümler arasında bir seçim yapabilmek konusunda mevzuat tarafından verilen bir serbestlik alanına sahip olması veya belirli bir konuda karar alabilmek için hangi koşul ve durumların ortaya çıkmasının gerekli olduğunu tespit etmek imkânına haiz olmasıdır⁶⁵.

Kamu görevlilerine ve idari makamlara takdir yetkisi tanınmasının pek çok nedeni bulunmaktadır. Öncelikle devlet hayatının pratik zorunlulukları idareye takdir hakkı tanınmasını zorunlu kılmaktadır. Zira karmaşıklaşmış, uzmanlaşmış ve çok geniş alana yayılmış olan modern devlet hayatı içerisinde, idarenin bütün işlem ve eylemlerinin yasama organı tarafından önceden düzenlenmesi beklenemez. Ayrıca kanunlar ve bunlara dayanılarak çıkarılan diğer düzenleyici işlemler genel ve soyut nitelikte olduğundan, talepte bulunan kişinin özel ve farklı durumu; takdir yetkisine ihtiyaç duyulan bir başka nedendir⁶⁶.

Talepte bulunan kişinin özel ve farklı durumu gibi; bir olayın ya da bir durumun ortaya çıktığı zamanın özellikleri de idareye takdir yetkisi tanınmasını gerekli kılmaktadır. İdare zaman ve döneme göre hareket edebilmek ve değişen koşullara uygun kararlar alabilmek zorundadır. Zira idare zamana ve döneme uygun kararlar alamazsa bu durumda kamu düzeni

⁶³ Arslan Sadettin, **Soruşturma Evresi**, Seçkin, Ankara, 2007, s. 20.

⁶⁴ Atay Ender Ethem, **İdare Hukuku**, Seçkin, 2. Bası, Ankara, 2019, s. 261; Çağlayan Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri**, Adalet, 6. Bası, Ankara, 2019, s. 225.

⁶⁵ Özkan Gürsel, **Hukuk Devleti Ve Yargı Denetimi**, Saydam Matbaacılık, Ankara, 1995, s. 68.

⁶⁶ Kalabalık Halil, **İdare Hukuku Dersleri**, Seçkin, 2. Bası, C. 2, Ankara, 2021, s. 100.

sağlanamayacaktır. Kamu düzeninin sağlanması idarenin zamanın değişen özelliklerine göre farklı kararlar alabilmesi ile çok yakından bağlantılıdır. Hukuka uygun olmak şartıyla kamu görevlisinin kendi düşüncelerine göre hareket edebilmesi, zamanın ve dönemin özelliklerine göre kararlar alabilmesi, belli bir davranışta bulunma mecburiyetinde bırakılmaması, tercih hakkınsa sahip olması takdir yetkisinin özünü oluşturmaktadır⁶⁷.

Zaman içerisinde çeşitli sebeplere bağlı olarak idari faaliyetlerde nicelik ve nitelik alanında yaşanan artışlar, kamu hizmetlerinde ortaya çıkan yeni alanlar, ihtiyaçlar ve sorunlar, kamu hizmetlerinin gereği gibi yerine getirilmesi amacıyla değişen ve gelişen toplumsal hayata ayak uydurulabilmesi; devletin belirli bir serbesti alanı ile esnekliğe sahip olmasını zorunlu kılmıştır. Böylelikle idarede etkinlik, verimlilik ve en önemlisi sürat sağlanabilecektir. Bu nedenledir ki bu yetki sadece idare için değil, yasama ve yargı organları için de gerekliliği olan hukuki bir yetkidir⁶⁸.

1.4.2.1 Takdir Yetkisinin Denetimi

Hukuk devletinin en önemli ilkelerinden biri, idarenin eylem ve işlemlerinin tarafsız ve bağımsız mahkemelerce denetlenebilmesidir. İdare çok geniş bir faaliyet gösterdiği için idarenin tüm faaliyet alanlarının ve idari işlemin bütün unsurlarının önceden tespit edilmiş hukuk kuralları tarafından düzenlenmesi mümkün değildir. Yine idarenin nerede, ne zaman ve nasıl bir faaliyet gerçekleştirmesi gerektiğini, ayrıntılarıyla belirlemek de mümkün değildir⁶⁹.

Hukuk normları, takdir yetkisi ile idareyi uygun çözüm şeklini tespit edip uygulaması konusunda duruma göre az veya çok serbest bırakmıştır. Lakin idare çözüm şeklini seçme özgürlüğünü dilediği gibi değil, işin gereğini takdir etmek suretiyle kullanmak zorundadır. Bu nedenledir ki idare; takdir yetkisini kullanırken kendisine tanınan serbestlik alanını, daha verimli çalışmak, günün değişen koşullarına ayak uydurmak, hizmeti süratli bir şekilde ifa etmek maksadıyla kullanılmalıdır. İdare takdir yetkisini kullanırken keyfi hareket edemeyeceği gibi belli ilke ve kurallara bağlı olup, yargı denetimine de tabidir⁷⁰.

⁶⁷ Kırışık Fatih, **Kamu Yönetiminde Takdir Yetkisi Kullanımı ve Yargısal Denetimi**, Ekin, Ankara, 2016, s. 19.

⁶⁸ Atay, s. 260.

⁶⁹ Alpar Erol, **Yönetimin Hareket Serbestisi Alanının Yargısal Denetimi Ve Sınırları**, Danıştay yayınları, Ankara, 1990, s. 1.

⁷⁰ Balta Tahsin Bekir, **İdare Hukuku**, Ankara Üniversitesi Siyasi Bilimler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970, s. 134.

Hukuk devleti ilkesi ile idarenin takdir yetkisini keyfi bir şekilde kullanmasını engelleyecek sınırlama ve düzenlemelere gidilmiştir. İdarenin takdir yetkisi, idarenin dışına çıktığı zaman hukuksal yaptırımlarla karşılaşacağı bir çerçevenin içine alınmıştır. İdare takdir yetkisini kullanırken bu kurallara uygun davranmak, yani hukuk kuralları ile çizilen çerçevenin dışına çıkmamak; hizmetin icaplarına ve gereklerine göre uygun seçimi yapmak zorundadır. İdareye takdir yetkisi, hukuk kuralları tarafından hukuka uygun olarak kullanılmak üzere verilmiştir⁷¹.

Vatandaşların idarenin keyfi, hukuk dışı davranışlarına maruz kalmaması için takdir yetkisinin denetlenmesi ve sınırlandırılması gerekmektedir. Zira idareye verilen bu yetkinin kullanılmasında idarenin her zaman en iyi çözüm yolunu bulacağı ve hukuk kuralları sınırları içinde kalacağını söylemek mümkün değildir. İdareye verilen takdir yetkisinin keyfice kullanılmasını engellemek ve yönetilenlerin haklarını korumak için takdir yetkisinin yargı yoluyla denetlenmesi hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Ancak bu denetim ve sınırlandırmanın ölçüsü öyle ayarlanmalıdır ki, hem kamu hizmetinin yürütülmesi engellenmemeli hem de kişilerin hakları yeterince korunabilmelidir⁷².

Takdir yetkisinin hukuk normlarının emrettiği yerlerde ve şekillerde kullanılması; kamu hizmetinin iyi, verimli, zamanında, hizmetin gereklerine uygun şekilde yerine getirilmesini sağlamaktadır. Ancak idare için bu kadar önemli olan takdir yetkisinin, yargı yoluyla denetlenirken yok edilmesini önlemek adına, yargı organının takdir yetkisini denetlemesine bir sınırlama getirilmiştir⁷³. Bu nedenledir ki, Anayasanın 125. maddesi gereği; yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez. Anayasa

⁷¹ Kırışık, s. 4; Seçkin Sinan, Üstün Gül, **İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gereke İlkesi**, MÜHFHAD, C. 21, S. 2, 2015, s. 517.

⁷² Kırışık, s.37; Akyılmaz Bahtiyar, Sezginer Murat, Kaya Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Seçkin, 14. Bası, Ankara, 2021, s. 155.

⁷³ Anayasa Mahkemesi'ne göre, kanun koyucunun dahi mutlak takdir yetkisi bulunmamaktadır. “Demokratik hukuk devletinde, yasama organının yasal düzenleme konusundaki takdir yetkisi sınırsız olmayıp, önceleri kimi yasalarla tanınan bir hakkın geri alınabilmesi, ancak anayasal ilke ve esaslara uygun olması koşuluyla olanaklıdır.” Bkz. Anayasa Mah.’nin 21.01.1998 T, 1997/63 E ve 1998/2 K.; Aynı yönde, Anayasa Mah.’nin 04.02.1998 T., 1997/64 E. ve 1998/4 K.; Yine bir diğer karara göre; “yasa koyucu hukuki düzenlemelerde kendisine tanınmış olan takdir yetkisini, ancak Anayasal sınırlar içinde kullanabilir; bu yön Anayasa’nın 8. maddesi kuralından anlaşılmaktadır. Anayasanın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesi, konulacak kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçütlerinin gözönünde tutulmasını gerektirir”. Bkz. Anayasa Mah.’nin 10.02.1970 T., 1969/60 E ve 1970/8 K.

hükmünden de görüldüğü üzere yargı, idarenin takdir yetkisini sadece hukuka uygunluk yönünden değerlendirecek, yerindelik denetimi yapamayacaktır⁷⁴.

Hemen belirtelim ki, hukuk devletinde idarenin takdir yetkisi mutlak ve sınırsız olmadığından; diğer bir deyişle takdir yetkisi, keyfi hareket yetkisi olmayıp, hukuka uygun kullanılması gereken bir yetki olduğundan pek çok Danıştay kararında da ifade edildiği üzere takdir yetkisi kamu yararı ve kamu hizmetlerinin gerekleriyle sınırlıdır⁷⁵.

Danıştay kararları muvacehesinde, kamu yararı ve kamu hizmetlerinin gerekleri, takdir yetkisinin sınırlandırılmasında ve denetlenmesinde kullanılan iki ölçüttür.

1.4.2.1.1 Kamu Yararı Ölçütü

Kamu yararı kavramı, genel ve soyut bir kavram olup, yasal bir tanımla bulunmadığından, formülize edilmesinde, tanımlanmasında ve içeriğinin belirlenmesinde büyük zorluklar yaşanmaktadır⁷⁶. Bir düzenleme ve sınırlama ölçüsü, kriteri ve amacı olarak kamu yararı; toplumsal değerlerin bir yansıması olduğundan, zamana ve mekana göre

⁷⁴ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 156; Danıştay’a göre; “İdari işlemler üzerindeki yargısal denetim, bu işlemlerin hukuka uygunluğunun saptanmasıyla sınırlı olup, idarenin takdir yetkisinin denetimine yargı organları yönünden getirilen ve idari işlemlerin yalnızca hukuka uygunluk açısından denetlenebilecekleri biçiminde ifade edilebilecek bu kural, aynı zamanda idarenin, takdir yetkisinin yargı yerlerince denetiminde uyulması gereken sınırları da belirler. Buna göre, 5018 sayılı Kanunun yukarıda anılan hükmünde olduğu gibi, idareye birden çok seçenek arasında tercihte bulunması yönünde takdir yetkisi tanınan hallerde, idari yargı yerince yapılacak denetim, idarenin tercih ettiği seçeneğin ve bunun uygulamasının hukuka uygun olup olmadığının belirlenmesiyle sınırlı olup, yargı yerlerinin idareyi bu seçeneklerden birisini tercihe zorlayacak ya da belirli bir yönde işlem veya eylem tesisine zorlayacak biçimde karar vermeleri ve böylece idari işlemlerin denetiminde “hukuka uygunluk” sınırını aşarak “ yerindelik denetiminin yapılması Anayasa ve yasa kurallarıyla bağdaşmaz.” Bkz. Danıştay 5. Dairesi’nin 12.5.2010 T., 2008/4162 E. ve 2010/3090 K., www.kazanci.com (E.T.: 02.12.2021)

⁷⁵ Danıştay; takdir yetkisinin mutlak ve sınırsız olmadığı, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun kullanıp kullanılmadığı yönünden yargı denetimine tabi tutulabileceğinin tartışmasız olduğu belirtilmiştir. Bkz. Danıştay 8. Dairesi’nin 19.3.2003 T., 2002/2960 e ve 2003/1179 K., www.kazanci.com (E.T.: 06.01.2022). Yine diğer bir kararda “mevcut bilgi ve belgelerin incelenmesinden ...idarenin takdir yetkisini kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırı olarak kullandığı belirlene(mediği)” gerekçesiyle dava reddedilmiştir. Bkz. DİDDGK’nın 11.6.1993 T., 1993/65 E. ve 1993/208 K. www.kazanci.com (E.T.: 06.01.2022); Aynı yönde başka bir kararda “takdir yetkisi tanınmış ise, bu yetkinin kullanımı kamu yararı ve hizmet gerekleriyle sınırlı olup, bu açıdan yargı denetimine tabi olduğu İdare hukukunda bilinen bir gerçektir.” Bkz. Danıştay 2.Dairesi’nin 14.03.2007 T., 2007/1058 E ve 2007/5490 K.

⁷⁶ Akıllıoğlu Tekin, **Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler**, Amme İdaresi Dergisi, C. 24, S. 2, 1991, s.11; Akıllıoğlu’na göre, kamu yararı, bilimsel analize dayanıklı olmadığı ve akıldışı bir kavram olduğu düşünüldüğünde, kavram çağdaş bir masal haline dönüşmekte ve devletin kutsanması, yüceltilmesi, dokunulmazlığı ve inanılabilirliği gibi amaçları da gerçekleştirmek için uzun yıllardır kullanılmaktadır.

değişiklik göstermekte ve neyin kişisel yarar neyin kamu yararı olduğu yasa koyucu tarafından belirlenmektedir⁷⁷.

Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlüğü kamu yararını; devletin gereksinimlerine cevap veren ve bu ihtiyaçları karşılayan, topluma yarar sağlayan değerler bütünü olarak tanımlamaktadır. Türk Dil Kurumu'nun Bilim ve Sanat Terimleri Ana Sözlüğü ise kamu yararı kavramını “*Toplum yararına olma durumu*”; “*kamu kuruluşlarının elinde bulunan yetkilerin ve kaynakların haklın iyiliği için kullanılmasını belirleyen tüzel koşul*”, “*İyelik hakkının sınırının belirtilmesinde kullanılan ve bu hakkın özüne dokunulmamasını güvenceye bağlayan yasal ölçü*”, “*kamusal işlem ve eylemlerin yönelmeleri gereken ereği belirleyen siyasal ve düşünsel değerlerin tümü*” olarak tanımlamaktadır⁷⁸. Anayasa Mahkemesi’ne göre kamu yararı kavramı, genel bir ifadeyle bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade etmektedir⁷⁹.

İdari işlem ve kararlar; bir kamu görevinin yerine getirilmesi için yapıldıklarından ve kamu görevleri de toplumsal gereksinimlerin karşılanması suretiyle kamu yararını gerçekleştirme amacı taşıdıklarından, idari işlem ve kararların amacı, mevzuatta açıkça gösterilmiş olsun ya da olmasın, kamu yararının sağlanmasıdır. Diğer bir deyişle kamu yararı bütün idari işlem ve kararların genel ve değişmez nitelikteki amacıdır ve bütün idari işlem ve kararlar kamu yararı için yapılmaktadır⁸⁰.

Yasaların ve idari işlemlerin kamu yararına dayanması ya da kamu yararı amacıyla yapılması, kamu yararı kavramını başlıca sınırlama ölçütü haline getirmektedir. Farklı bir ifadeyle kamu yararı kavramı, diğer sınırlama nedenlerinin yöneldiği genel bir amaç haline gelmektedir⁸¹.

Öte yandan genellikle çoğunluğun yararı olarak karşımıza çıkan kamu yararının denetlenmesi ya imkansızdır ya da çok zordur. Zira idari işlemin ya da kararın kamu yararına uygun tesis edilip edilmediğinin denetlenmesi ayrı bir sorun, şayet idare işbu işlem ve karar

⁷⁷ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 28; Çakmak N. Münci, **İdare Hukukunda Kamusal Olarak Kamu Yararı**, Seçkin, Ankara, 2013, s. 461.

⁷⁸ <https://sozluk.gov.tr>

⁷⁹ Anayasa Mah'nin 26.07.2017 T., 2015/46 E. ve 2017/130 K.

⁸⁰ Günday Metin, **İdare Hukuku**, İmaj, Ankara, 2011, s. 160.

⁸¹ Akıllıoğlu, s. 11.

da takdir yetkisini kullanmış ise, takdir yetkisinin kamu yararına uygun kullanılıp kullanılmadığının denetlenmesi ayrı bir sorundur.

Kamu yararı ölçütü; konusu, içeriği ve özü itibarıyla esnek ve belirsiz bir kavram olduğundan takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılıp kullanılmadığının değerlendirilmesi de her olayın somut koşullarına göre yapılmalıdır⁸². Kamu yararının somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesinin yanı sıra, denetlenmesi genellikle iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Birincisi, idarenin kamu yararı amacı dışında bir amaçla hareket etmiş olmasıdır ki; çıkar sağlama veya siyasi amaçla faaliyette bulunmak, duruma örnek olarak gösterilebilir. İkincisi ise genel amaç kamu yararı olmasına rağmen, kanunda ayrıca özel amacı da düzenlenmiş olan işlemlerdir⁸³.

Belirttiğimiz üzere gerek takdir yetkisinin, gerekse takdir yetkisini sınırlandırma ölçütü olan kamu yararının yargısal denetimi mümkündür. Lakin yargı organı, idarenin takdir yetkisinin bulunduğu işlemleri denetlerken kamu yararı ve kamu hizmetinin gerekleri kavramlarını, idarenin bu yetkisinin sınırı gibi görerek denetimini gerçekleştirmelidir. Yargı organı, idari işlemlerle ilgili denetim yaparken, idarenin takdir yetkisini kullanırken yapmış olduğu yorumun, kendi anlayışından farklı olup olmadığını değil, bu yorumun, kanunun amacına hizmet edip etmediğini, başka bir ifadeyle kamu yararının ve kamu hizmetinin gereklerini gerçekleştirip gerçekleştirmediğini araştırmalıdır. Aksi takdirde, yani hâkimin kendi yorumunu idarenin yorumundan önemli ve üstün görmesi halinde, kanunların uygulayıcısı olan idareyi ehliyetsiz olarak kabul ettiği sonucuna varılacaktır. Bu sebeple, takdir yetkisine dayanan idari işlemin denetimini yapacak yargı organının, kendi iradesinden ziyade, kanunun uygulayıcısı olan idarenin de değerlendirme yeteneğinin olduğunun farkında olması zaruridir⁸⁴.

1.4.2.1.2 Kamu Hizmetinin Gerekleri Ölçütü

Önceden de belirttiğimiz üzere, takdir yetkisinin tanınması, idareye keyfî davranma hakkını vermediğinden idare bu yetkiyi, hukukun koyduğu sınırlar çerçevesinde ve ancak meşru bir sebep ve maksatla kullanmalıdır. Bu meşru sebep ve maksat da kamu yararı ve

⁸² Akıllıoğlu, s. 11.

⁸³ Akyazan Ahmet Emrah, **Maddi Açısından İdari İşlemler**, TBBB, S. 85, 2009, s. 230.

⁸⁴ Karatepe Şükrü, **İdarenin Takdir Yetkisi**, Türk İdare Dergisi, S. 392, 1991, s. 112.

kamu hizmetinin gereklerini gerçekleştirmektir. Başka bir ifadeyle, idare işlemlerini bu sınırlar içerisinde yerine getirirken mutlaka kamu yararını gözetmeli ve kamu hizmetinin gerçekleştirilmesini hedeflemelidir⁸⁵.

Kamu yararı gibi, idarenin takdir yetkisinin sınırlandırılmasında ve denetlenmesinde kullanılan bir diğer ölçüt olan kamu hizmetinin gerekleri nazarında idare, her bir hizmetin özelliğine uygun olarak takdir yetkisini kullanmalıdır. İdare, bir işlem tesis ederken, takdir yetkisine dayansa da bu işlem genel hukuk ilkelerine, anayasal ilkelere, idare hukukuna hâkim olan ilkelere de uygun olmak zorundandır. Ayrıca yargı içtihatlarında takdir yetkisinin sosyal devlet ilkesi, aile birliğinin korunması ilkesi, eşitlik ilkesi⁸⁶, idarenin bütünlüğü ilkesi, savunma hakkı, düşünce ve kanaat hürriyeti, çalışma ve sözleşme hürriyeti, ölçülülük ilkesi, çevrenin korunması ilkesi, şehircilik ve planlama ilkelerine uygun olarak da kullanılması gerektiği ileri sürülmüştür⁸⁷. Yine Anayasa Mahkemesi'ne göre; takdir yetkisi, adil, makul ve ölçülü biçimde kullanılmalı, kazanılmış hakları zedelememeli ve kişinin hukuk düzenine olan güvenini sarsmamalıdır⁸⁸.

Esasen kamu hizmetlerinin gerekleri olarak sayılan ölçütlerin tamamı kamu yarar esasına dayanmaktadır. Hizmet gerekleri kamu yararına nazaran daha somut, daha belirgin

⁸⁵ Başpınar Recep, **İdarenin Takdir Yetkisinin Yargı Denetimine Tabi Tutulması**, Danıştay Dergisi, S. 3, Ankara, 1971, s. 73.

⁸⁶ Danıştay'ın takdir yetkisinin denetiminde kullandığı ilkelerden biri de eşitlik ilkesidir. Zira, bir idari işlemde eşitlik ilkesinin ihlal edilmesi hali daha çok idarenin keyfi davrandığı hallerde ortaya çıkmaktadır. Danıştay 5. Dairesi kararına göre; "*Sübjektif değer yargılarına bağlı olarak kullanılacak takdir yetkisinin keyfiliğe dönüşmesi muhtemel olduğu gibi, böyle bir uygulama Anayasa'da ifade edilen "kanun önünde eşitlik" ilkesinin ve "kamu hizmetine girme hakkının" ihlali niteliği taşır.*" Bkz. Danıştay 5. Dairesi'nin 13. 03. 2003 T., 2001/5253 E ve 2003/796 K., <http://www.danistay.gov.tr> E.T.:20/12/2021

⁸⁷ Özkan s. 90; Aynı yönde Avrupa Konseyi Tavsiye Kararına göre, "*Takdir yetkisin kullanan idari makam, bu yetkinin verilmiş amacından başka bir amaç güdemez. Yalnızca olaya ilişkin unsurları hesaba katarak nesnellığe ve tarafsızlığa uyar. Hakkaniyete uymayan ayrımcılığı önleyerek kanun önünde eşitlik ilkesini gözetir. İşlemin amacıyla, kişilerin hakları, özgürlükleri veya menfaatleri üzerindeki olumsuz etkileri arasında uygun dengeyi sağlar. İşlemi her somut olaya göre belirlenen makul bir süre içinde yapar. Genel idari ilkeleri tutarlı bir şekilde uygular ve aynı zamanda her olayın özelliklerini göz önünde tutar.*" İdari Takdir Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin R(80) 2 sayılı Tavsiye Kararı, s. 323-341; Aynı yönde bkz. Danıştay 8.Dairesi'nin 02.05.1991 T., 1990/2006 E. ve 1991/849 K.; Danıştay'ın 10.Dairesi'nin 09.03.1988 T., 1986/670 E. ve 1988/368 K.; Danıştay 5.Dairesi'nin 10.10.1990 T. 1989/232 E. ve 1990/1737 K.

⁸⁸ Anayasa Mah. 'nin 08.10.2003 T., 2003/31 E. ve 2003/87 K.; Özkan'a göre, idarenin takdir yetkisini hukuka aykırı şekilde kullanıp kullanmadığının yargı organı tarafından tespit edilmesi için, işlemin yetki ve şekil kurallarına uygun olarak yapılıp yapılmadığı, yetki veren kanun hükmüne aykırı olup olmadığı, eşitlik ilkesine uygun işlemin tesis edilip edilmediği, gerekçe gösterilip gösterilmediği, gösterilen gerekçenin gerçeğe aykırı olup olmadığı veya gerekçede gösterilen olayların nitelendirilmesinin yanlış yapılıp yapılmadığının araştırılıp tespit edilmesi gerekmektedir. Tüm bu saydıklarımız takdir yetkisinin denetiminde kullanılan diğer ölçütlerdir. Bkz. Özkan, s. 81.

anlam taşıdığı için tercih edilmişse de sadece kamu yararı ifadesi ile takdir yetkisini sınırlamak mümkündür⁸⁹.

İdare hukuku kapsamında takdir yetkisi tanınmasını ele aldıktan sonra; Cumhuriyet savcısını soruşturma işlemlerini yaparken ve kamu davasının açılıp açılmamasına kanaat getirirken kullandığı takdir yetkisinin bu bakış açısı üzerinden şekillendiğini ve CMK kapsamında takdir yetkisinin denetimi hususundaki eksikliğinde yine bu bakış açısı üzerinden şekillenebileceğini söyleyebiliriz.

1.4.2.2 Kamu Davasının Açılmasında Takdir Yetkisi

Takdir yetkisi esasen idare hukuku ile ilgili bir kavram olduğunu ve kamu yararı ilkesi ile de yakından ilgili olduğunu belirtmiştik. Bir olayda kamu yararının bulunup bulunmadığı saptanırken sayısal üstünlük ve ihlal edilen yararın niteliksel üstünlüğü gibi kriterlerden yararlanılması gerektiği ileri sürülmüşse de, kamu yararı kavramı her olayın özelliğine göre değerlendirilmesi gereken bir kavramdır⁹⁰. Çünkü toplumsal hayatın sürekli değişen ve gelişen yapısına uymak zorunda olan idare gibi yargının da belli bir esnekliğe sahip olması zorunludur. İdarenin belli bir esnekliğe sahip olması zorunluluğuna bağlı olarak adli ve idari makamlarının da takdir yetkisi ile donatılması kaçınılmazdır⁹¹.

Ceza muhakemesinde suç işlenip işlenmediğinin araştırılması, işlenmiş ise kanuni neticelerinin tayin edilmesi ve nihayetinde suçluların cezalandırılması kamuya ait bir menfaatin korunması için yapılmaktadır. Bu nedenledir ki; ceza muhakemesinin yapılabilmesi için zaruri olan kovuşturma; kamu yararına yapılmaktadır⁹².

⁸⁹ Çakmak'a göre; hizmet gerekleri ile sağlanan şey zaten dolaylı olarak kamu yararıdır. Hizmet gerekleri kamu yararına nazaran daha somut, daha belirgin anlam taşıdığı için tercih edilmişse de sadece kamu yararı ifadesi ile takdir yetkisini sınırlamak mümkündür. Bkz. Çakmak, s. 458; Kanaatimizce de takdir yetkisinin sınırlandırılmasında sadece kamu yararı kavramı yeterlidir. Yine yargı kararları gereği idarenin takdir yetkisi denetlenirken başvuru bir diğer kavram da "açık hata"dır. İdare tarafından takdir yetkisinin kullanılmasında açık, herkesçe tespit edilebilecek bir hatanın işlenmiş olması hali olarak tanımlanan açık hata genellikle diğer ölçütlerle paralel olarak kullanılmaktadır. Danıştay 11. Dairesi'ne göre, "İdareye takdir yetkisi tanındığı açık ise de, mutlak ve sınırsız olmayan söz konusu takdir yetkisinin, Anayasanın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine uygun olarak, nesnel bir şekilde kullanılması gerekmekte olup, nesnel bir ölçüte dayanmaksızın aynı durumda olan personele farklı uygulamaların yapılmasının takdir hatası oluşturacağı açıktır. Bkz. Danıştay 11. Dairesi'nin 24.01.2007 T., 2004/5815 E. ve 2007/461 K. www.danistay.gov.tr (E.T.:10/01/2022)

⁹⁰ Öztürk, **Koğuşturma Mecburiyeti**, s.208-209.

⁹¹ Kırışik, s. 13.

⁹² Yenisey/Nuhoğlu, s.710; Anayasa Mahkemesi kararlarında kamu yararı ceza verme konusunda bir sınır olarak karşımıza çıkmaktadır. "Ceza verme hakkının esasını, adaletle sınırlandırılmış toplumsal yarar düşüncesi oluşturur. Bunun doğal sonucu olarak da, bir düzenlemeye giderken yasa koyucu kamu yararını en az kişi yararı

Lakin kovuşturmanın kamu yararına olması ile, kamu yararını savcının belirlemesi arasında fark vardır. Ceza muhakemesi kapsamında tanınan takdir yetkisinden bahsedilebilmesi için uygulanması kural olan ve bağlayıcı etkisi bulunan hukuki düzenlemelerin kanunen düzenlenen istisnai hallerde uygulanmayabilmesi ya da farklı şekilde uygulanabilmesi ve bu konudaki kararın da hakim ya da savcıya bırakılması gerekmektedir⁹³.

Cumhuriyet savcısı, yeterli şüphe sebebinin bulunması halinde iddianame düzenleyip düzenlememe hususunda takdir yetkisine sahiptir. Yine aynı şekilde, savcı şüphe derecelendirilmesini ve değerlendirmesini (basit-makul-yeterli-kuvvetli) yapmada, suçun hukuki nitelemesini yapmada takdir yetkisine haizdir. TCK m. 89/5 gereğince savcı bilinçli-bilinçsiz taksir değerlendirmesi yapabilmektedir ki bu durum suçun manevi unsurları bakımından da takdir yetkine sahip olduğunu göstermektedir⁹⁴.

Öte yandan savcının bir fiilin suç oluşturup oluşturmadığını tespit ederken delilleri değerlendirmede takdir yetkisi bulursa da delilleri toplamadan ve değerlendirmeden kovuşturama kararı verme yetkisi yoktur. Savcının iddianame düzenleme veya kovuşturmaya yer olmadığına karar verme konusunda delillerin yeterliliğiyle ilgili değerlendirmede takdir yetkisi ancak tüm delillerin toplanması ile mümkündür⁹⁵.

Kamu yararı kavramı, maslahata uygunluk ilkesi bakımından ele alındığında iki tür kamu yararı üzerinde durulmaktadır.

Birincisi; maslahata uygunluk ilkesinin uygulanmasına vücut veren normun taşıması gereken yarardır ki; bu yasa koyucu tarafından takdir edilecektir. Yasa koyucunun, maslahata uygunluk ilkesinin uygulanmasını sağlayan bir norm ihdas ederken gözetmesi gereken kamu yararı, suçların soruşturulmasını veya kovuşturulmasını ve de suç faillerinin

kadar düşünmek zorundadır. Kamu yararının takdiri ise yasama organının yetkisindedir. Ne var ki bu organ, kamu yararı düşüncesiyle eylemlere dilediği miktarda ceza saptayamayacağı gibi, kişinin haklarının ve söz gelimi hak aramak, savunmak ve yasal hakimi önüne çıkarılmak konularındaki haklarının özüne de dokunulmaz. Bkz. Anayasa Mah.'nin 27.11.1997 T., 1997/37 E ve 1997/69 K. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (E.T.:22/01/2022)

⁹³ Meraklı Serkan, **Cumhuriyet Savcısının Kamu Davasını Açmada Takdir Yetkisi**, Seçkin, Ankara, 2014, s. 45.

⁹⁴ Özen, s. 236; TCK m. 89/5 “Taksirle yaralama suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlıdır. ancak, birinci fıkra kapsamına giren yaralama hariç, suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde şikâyet aranmaz.”

⁹⁵ Ünver/Hakeri, **1. Cilt**, s. 89.

cezalandırılmasını sağlayan normların uygulanmasına istisna getirilmesini haklı kılar nitelikte bulunmalıdır.

İkincisi ise, maslahata uygunluk ilkesine izin veren normun uygulanması için gözetilmesi gereken kamu yararadır ki bu, maslahata uygunluk ilkesinin kovuşturma mecburiyeti ilkesinden ayrılmasını sağlayan unsurdur. Zira maslahata uygunluk, kovuşturma mecburiyeti ilkesinden farklı olarak kamu davasının açılması ve açılmış olan davanın yürütülmesi için muhakeme koşullarının tamam olması ve dava açılması için yeterli şüphenin aranması ile yetinmeyerek, bunlara ek olarak ceza davasının açılması ve açılmış olan ceza davasının yürütülmesi için gerekli olan kamu yararının varlığını da aramaktadır⁹⁶.

Maslahata uygunluk bağlamındaki kamu yararına ilişkin olarak doktrinde farklı noktalardan hareketle çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Yenisey ve Nuhoglu'na göre; şayet dava açılmaması, suçun işlenmesiyle ortaya çıkan zarardan daha büyük bir zararın ortaya çıkmasına sebebiyet verecekse veya failin işlediği suç cezasız bırakmak, onun kişiliği bakımından, cezalandırmaya nispeten daha faydalı sonuçlara neden olacak ise kovuşturma yapılmayabilmesi mümkün olmalıdır⁹⁷.

Erem'e göre; savcının siyasal durumları, örf ve âdeti, inançları, batıl inançları değerlendirerek, bunun sonucunda uygun olmayacak bir kovuşturmanın faydasızlığını ve tehlikesini takdir ederek, huzur ve sükunun ağır bastığı hallerde takdir yetkisini dava açmama yönünde kullanabilmesi gerekmektedir⁹⁸.

Yurtcan'a göre ise, toplumda skandal yaratmamak düşüncesi, sanık olarak yüksek bir devlet memurunun söz konusu olması, dış politika mülhazaları, küçük suçluların korunması, yargılama giderlerinin cezadan beklenen yararı aşması gibi durumlarda, savcının ceza davasını açmanın maslahata uygun olup olmadığını takdir ederek, dava açmayabilmesi mümkündür⁹⁹.

⁹⁶ Baki Ensar, **CMK m.171/1 Uyarınca Cumhuriyet Savcısının Kamu Davası Açmada Takdir Yetkisi**, yüksek lisans tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011, s. 49.

⁹⁷ Yenisey/Nuhoglu, s. 710.

⁹⁸ Erem Faruk, **Ceza Usulü Hukuku**, Sevinç Matbaası, 5. Bası, Ankara, 1978, s. 208.

⁹⁹ Yurtcan, s. 117.

Aşağıda daha detaylı bir şekilde inceleyeceğimiz üzere, ceza muhakemesi sistemimiz kovuşturma mecburiyeti ilkesini benimsediğinden savcıya çok istisnai bir takdir yetkisi tanınmıştır¹⁰⁰. Bu nedenledir ki; savcıya tanınan takdir yetkisi tam manasıyla bir maslahata uygunluk ilkesi olarak yorumlanmamalıdır. Kanun koyucu maslahata uygunluk ilkesi ile kovuşturma mecburiyeti ilkeleri arasında eşit bir denge tesis etmemiş, savcıya tanıdığı takdir yetkisi ile kovuşturma mecburiyeti ilkesinin aleyhe hususlarını yumuşatmayı hedeflemiştir.

Değinilmesi gereken bir diğer husus da, açıklamalarımız muvacehesinde yasama, yürütme, yargı organlarının sahip olduğu takdir yetkisinin sınırlandırılmasının ve denetlenmesinin mümkün olduğudur. Kamu hukukunda takdir yetkisi bu yetkiyi elinde bulunduran makamın sorumluluğu altındadır ve bu yetki mutlak ya da sınırsız değildir, özü denetime elverişlidir. Bu bağlamda her ne kadar CMK m.173 gereğince denetim imkanı öngörülmemişse de, detaylı olarak ileride açıklanacağı üzere Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmaması yönünde kullandığı takdir yetkisinin denetlenmemesi için hiçbir engel yoktur.

1.4.3 Kamu Davasının Mecburiliği İlkesi (Kovuşturma Mecburiyeti)

1.4.3.1 Genel Olarak

Bir suçun işlendiği izlenimini veren halin öğrenilmesi(başlangıç şüphesi) üzerine, suçlu takibe yetkili makamlar tarafından derhal soruşturma evresine başlanmasını (CMK. m. 160/1); soruşturma sonucunda, ceza ve güvenlik tedbirini gerektirecek hususlarda failin, failin ve yeterli emareler teşkil edecek vakıaların tespiti ile yeterli suç şüphesine ulaşılmasını ve yetkili makamlar tarafından kamu davasının açılmasını, akabinde kamu davasının muhakeme sonuçlanıncaya kadar savcılıkça yürütülmesini ifade eden ilkeye kovuşturma mecburiyeti ilkesi denilmektedir¹⁰¹. Suç muhakemesi sürecinin tamamının mecburi olması, mecburilik ilkesiyle ifade edilmektedir¹⁰².

¹⁰⁰ Gedik Doğan, **Ceza Muhakemesi Kanunu 171. Madde Bağlamında Cumhuriyet Savcısının Kamu Davası Açmada Takdir Yetkisi**, İstanbul Barosu Dergisi, C. 82, S. 52, 2008, s. 716.

¹⁰¹ Öztürk, s. 99; Soyaslan, s. 382; Ünver/Hakeri, s. 512; Toroslu/Feyzioğlu, s. 36; Kudlich Hans, **Akademik Bakış: Ceza Muhakemesinde Kovuşturma Mecburiyeti ve Maslahata Uygunluk İlkeleri Arasındaki Denge**, Ceza Hukuku Dergisi, C. 17, S. 19, 2012, s. 360

¹⁰² Bıçak, s. 126.

Mecburilik ilkesinin özünü oluşturan mecburilik vasfı, kanundan kaynaklandığından yabancı doktrinde kanunilik ilkesi olarak da adlandırılmaktadır. Almanya, İsviçre, İtalya gibi Kara Avrupa sistemindeki birçok ülke doktrininde ilke; kanunilik ilkesi olarak ifade edilse de, Türk doktrininde “*kovuşturma mecburiyeti ya da kamu davasının mecburiliği*” terimleri kullanılmaktadır. Bu bağlamda biz de tezimizde kovuşturma mecburiyeti ifadesini kullanmayı uygun gördük. Zira Türk doktrinindeki niteleme yerinde olup; “kanunilik” terimi, kovuşturma mecburiyeti ilkesini karşılamakta yetersiz kalmakta ve mecburilik yerine kanunilik ibaresinin kullanılması anlam karmaşasına yol açacağı gibi maslahata uygunluk ilkesi ile birlikte değerlendirildiğinde kanunilik ilkesinin tersi kanunsuzluk olacaktır ki, bu niteleme de maslahata uygunluk ilkesini karşılayamamaktadır¹⁰³.

Kovuşturma mecburiyeti ilkesinin salt kovuşturma evresiyle ilgili olduğu düşünülse de, ilkenin; araştırma mecburiyeti (CMK m. 160/1), dava açma mecburiyeti ve davayı yürütme mecburiyeti olmak üzere üç alt unsuru bulunmaktadır ve bu unsurlardan ilk ikisi soruşturma aşaması ile ilgilidir¹⁰⁴. Doktrinde genel kabul gören görüş ilkenin geniş yorumlanması gerektiğiye de; Yenisey ve Nuhoglu “araştırma mecburiyeti” ile “kamu davasının mecburiliği ilkesinin” farklı kavramlar olduğunu ve her bir ilkenin Ceza Muhakemesi Kanununda açıkça düzenlenmemesinin önemli noksanlık olduğunu savunmuşlardır¹⁰⁵. Özen ise, daha kapsamlı ve isabetli olarak “soruşturma ve kovuşturma mecburiyeti ilkesi” ifadesinin kullanılması gerektiğini belirtmiştir¹⁰⁶.

Kovuşturma mecburiyeti ilkesi, kamusalılık ilkesi ile de bağlantılı olup, yeterli delilin bulunması halinde Cumhuriyet savcısı kamu davası açmak için girişimde bulunmak zorundadır. Devletin ceza yetkisini kullanma yükümlülüğü bulunduğundan, hukuk güvenliği açısından kamusalılık ilkesi gibi mecburilik ilkesinin de amacı failin kişiliğine bakılmaksızın hiçbir suçun yaptırımsız kalmamasını sağlamak ve her suçun kovuşturulmasını garanti altına almaktır

¹⁰³ Tosun s. 44-45; Keyman, s. 94; “*Alman Hukuku’nda kanunilik olarak ifade edilen kovuşturma mecburiyeti ilkesinin, kanuna uygunluğun sağlanmasına ve somutlaştırılmasına hizmet ettiği ve ayrıca bir suça ancak kanunda gösterilen cezanın uygulanabileceği (nulla poena sine lege) ilkesinin diğer yüzü olduğu savunulmaktadır. Bu nedenle de maddi ceza hukuku anlamında kanunilik ilkesi ve ceza muhakemesi hukuku anlamındaki kanunilik ilkesinin esasen idarenin tüm eylem ve işlemlerinde şekli ve maddi hukuk kurallarıyla bağlı olması anlamına gelen anayasa ve idare hukuku anlamındaki kanunilik ilkesinden türemiş olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle kovuşturma mecburiyeti ilkesi ile kanunilik ilkesinin çakıştığı ifade edilerek Alman Ceza Muhakemesi Hukuku kanunilik terimini kullanmaktadır.*” Bkz. Meraklı, s. 49.

¹⁰⁴ Bıçak, s. 126.

¹⁰⁵ Yenisey /Nuhoglu, s. 603.

¹⁰⁶ Özen, s. 13.

Mecburilik ilkesi; ceza hukukunun genel önleme amacına da hizmet ettiği gibi, ayrıca kanun önünde eşitlik ve keyfilik yasağı ilkelerine de hizmet etmektedir. Böylece, mecburilik ilkesinin maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında önemli bir işleve sahip olduğu görülmektedir¹⁰⁷.

Yukarıda da belirtildiği üzere kovuşturma mecburiyeti ilkesi başlığı altında ele alınması gereken üç ayrı ilke vardır.

1.4.3.2 Kovuşturma Mecburiyeti İlkesinin Alt İlkeleri

1.4.3.2.1 Araştırma Mecburiyeti İlkesi

Araştırma mecburiyeti ilkesi bir fiilin işlendiği haberinin alınması üzerine, yetkili makamlar tarafından derhal soruşturma faaliyetine girişilmesi anlamına gelmektedir¹⁰⁸.

Kural olarak savcı, suç şüphesi ortaya çıktığında, suçtan zarar görenin iradesini dikkate almadan soruşturmaya başlamak ve şüphelinin lehine ve aleyhine olan tüm delilleri toplamak ve koruma altına almakla yükümlüdür (CMK m. 160). Araştırma mecburiyeti ilkesi bu anlamda soruşturmanın kamusalılığı ilkesiyle de ilişkilidir ve bu iki ilkeyi “*devlet organları suçları resen takip etmekle yükümlüdürler*” şeklinde özetlemek de mümkündür¹⁰⁹.

Soruşturma işlemleri neticesinde toplanan delillerin, suçun kanıtlanması bakımından uygun olup olmadığının değerlendirilmesinde Cumhuriyet savcısının takdir yetkisi bulunsun da bu yetki mutlak değildir. Takdir yetkisinin, somut olayın özelliklerine uygun ve yerinde kullanılmış olup olmadığının yetkili merci tarafından denetlenmesi mümkündür¹¹⁰. Zira deliller toplanmadan veya değerlendirilmeden savcı tarafından kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi halinde itiraz kanun yolu açıktır.

¹⁰⁷ Ünver/Hakeri, **1. Cilt**, s. 88,96.

¹⁰⁸ Öztürk, **Koğuşturma Mecburiyeti**, s. 49. “Bir fiilin işlendiği haberinin alınması üzerine, suçu takibe yetkili makamlar tarafından derhal hazırlık soruşturmasına başlanmasını ifade eden ilkeye “araştırma mecburiyeti ilkesi”; hazırlık soruşturmasının neticesinde fiilin takibini gerektirecek hususlarda fiilin ve failin belli olması, yeterli emareler teşkil edecek vakıaların bulunması, başka bir ifade ile, şüphelerin ciddi olduğunun tespit edilmesi ve dava şartlarının gerçekleşmiş olması durumunda, yetkili makam tarafından kamu davasının açılmasını ifade eden ilkeye ise “kamu davasını açma mecburiyeti ilkesi” denilmektedir.” Yargıtay 18. Ceza Dairesi, 24.09.2019 T, 2019/6281 E. ve 2019/12867 K.

¹⁰⁹ Centel/Zafer, s. 118.

¹¹⁰ Yargıtay 4. Ceza Dairesi’nin 14/10/2009 T., 2009/22283 E. ve 2009/16336 K.

Cumhuriyet savcısının delilleri değerlendirirken dikkat etmesi gereken en önemli husus, sadece şüphelinin suçu işleyip işlemediğinin tespiti değil, mahkeme önünde deliller aracılığıyla şüphelinin o suçu işlediğinin ne ölçüde tartışılabilirliği ve mahkumiyetin ne derece mümkün olacağıdır. Cumhuriyet savcı, soruşturma konusu eylemin ceza hukuku sorumluluğunu gerektirip gerektirmediğini de takdir edecek ve bunun için eylemin hukuki niteliğini de yapabilecektir¹¹¹.

İhbar, şikayet, resen ya da diğer yollarla bir suç işlendiğini öğrenen Cumhuriyet savcısı soruşturmayı başlatmakla yükümlüdür aksi takdirde TCK 257/2 maddesi gereğince ihmal yoluyla görevi kötüye kullanma suçunu işlemiş olacaktır. Lakin bu demek değildir ki, savcı kendisine tevdi edilen her ihbarı, şikayeti araştırmak mecburiyetindedir. Şikayet, izin, müracaat gibi muhakeme şartlarına tabii suçlar araştırma mecburiyeti ilkesinin istisnasını oluşturmaktadır. İlkenin bir diğer istinası ise, 2017 tarihli 694 sayılı KHK ile hukukumuzda giren soruşturmaya yer olmadığı kararına konu soyut ve genel nitelikteki ihbar ve şikayetlerdir.

694 sayılı KHK ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 158. maddesine eklenen 6. fıkra hükmüyle lekelenmeme hakkı güvence altına alınmıştır. Böylelikle ihbar ve şikayete konu fiilin suç oluşturmadığının herhangi bir araştırma yapılmasını gerektirmeksizin açıkça anlaşıldığı veya ihbar ve şikayetin soyut ve genel nitelikte olduğu hallerde Cumhuriyet savcısı soruşturmaya yer olmadığına karar verebilecektir¹¹².

Bu bağlamda araştırma mecburiyeti ilkesi uyarınca “*ihbar veya şikayetin soyut ve genel nitelikte olması*” hali de geniş yorumlanmamalı, Cumhuriyet savcısı lekelenmeme hakkıyla birlikte hak arama hürriyeti ve etkin soruşturma yükümlülüğünü birlikte değerlendirerek zayıf da olsa ihbar ya da şikayete konu eylemin suç teşkil ettiği izlenimini veren bir bulguya rastlarsa soruşturma başlatarak işin gerçeğini araştırmalıdır.

Yeni düzenlemeyle birlikte lekelenmeme ilkesi gereğince, her müracaat için soruşturma kaydı açılarak, konu ne olursa olsun ihbar ya da şikayet edilen kişinin “şüpheli” sıfatıyla kaydedilmesi uygulamasından da vazgeçilmiştir. Böylece CMK. m. 158/6 kapsamına

¹¹¹ Şahin Cumhur, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, Seçkin, 7. Bası, Ankara, 2016, s. 93.

¹¹² Tezcan Durmuş, Oktar Salih, Nuhoglu Ayşe, Demirağ Fahrettin, **Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı**, TBB Yayınları, 3. Bası, Ankara, 2018, s. 79; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 69; Yenisey/Nuhoglu, s. 195; Öztürk, s. 400.

giren bir müracaat olduğunda, ihbar yada şikayet edilen kişiye “şüpheli” sıfatı verilmeyerek; müracaatlar UYAP’ın soruşturma bölümüne değil “ihbar kaydı” bölümüne işlenmektedir¹¹³.

İhbar veya şikayet konusunun; suç oluşturmamakla birlikte idari yaptırıma tabi bir kabahat oluşturmaları halinde nasıl davranılacağı sorunsalı da üzerinde durulması gereken bir diğer husustur. Bu cihetle ihbar veya şikayet konusunun kabahat niteliği taşıdığı; yani madde 158/6 kapsamında eylemin suç teşkil etmediği durumlarda da; soruşturmaya yer olmadığına karar verilecek ve resen takibi gereken bir kabahat eylemi söz konusu ise, ihbar kaydı silinerek kabahatler bürosuna aktarılacaktır¹¹⁴.

Doktrinde tartışmalı olan bir husus da, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin Cumhuriyet savcısının görevi dışında öğrendiği suçlar bakımından geçerli olup olmadığıdır. Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez hemen işin gerçeğini araştırmaya mecburdur diyen yasa koyucu savcının suçtan haberdar olma şekli konusunda bir kısıtlama getirmemiştir¹¹⁵.

Doktrindeki görüşlerden ilki, memurlarında hukuken korunan özel bir yaşam alanına sahip olmaları gerektiği yönündedir. Bu görüşü savunanlar, her suçta savcıya harekete geçme sorumluluğu yüklemenin savcının özel hayatına geniş bir müdahale anlamına geldiğini, savcılarının her durumda ve her zaman görev başında olamayacaklarını belirtmektedir¹¹⁶. Doktrindeki ağırlıklı görüş ise, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin; devletin cezalandırma hakkının uygulanmasında, toplumun işlenen ya da işlenecek suçlara karşı korunmasında ve kanun önünde eşitliğin sağlanmasında önemli bir araç olduğundan bahisle, her somut olaya göre bir denge kurulması gerektiğini önermektedir. Buna göre savcı, suçu öğrenme biçiminin özel yaşamıyla bağlantısının yoğunluğuna, suçun ağırlığına ve savcının harekete geçmede gösterdiği ihmalin toplum düzenini tehdit derecesine göre harekete geçme yükümlülüğü olup olmadığı hususunda bir değerlendirme yapmalıdır¹¹⁷.

Bizce de savcının harekete geçme yükümlülüğü uyarınca bir suç işlendiğini görev başında ya da görev haricinde öğrenmesi arasında bir ayrım bulunmamaktadır. Kamu düzeni

¹¹³ Öztürk, s. 400; Aslan Ahmet, **Cumhuriyet Savcısı ve Soruşturma**, Adalet, 6. Bası, Ankara, 2018, s. 51.

¹¹⁴ Arslan; müracaatın doğru bölüme kaydında ilgili kişilerin dinlenerek, sunulan dilekçelerin açıklattırılmasını da etkili bir ön denetim için önem arz ettiğini ileri sürmüştür. Bkz. Aslan, s. 52.

¹¹⁵ Centel/Zafer, s.141; Meraklı, s. 53-54.

¹¹⁶ Centel/ Zafer, s. 141-142.

¹¹⁷ Centel/Zafer, s. 141-142.

ve kamu yararı düşünüldüğünde bu durum savcının özel hayatına yapılan bir müdahale olarak yorumlanmamalıdır.

Özen ise, ister özel yaşam alanı olsun, ister giz alanı olsun, isterse de basın-yayın yoluyla olsun; bir suç işlendiğini öğrenen Cumhuriyet savcısının derhal soruşturmaya başlaması gerektiğini ancak Cumhuriyet savcısı suçun işlendiğini görmüş ve tanık olmuşsa artık olayla ilgili soruşturma yapmaması ve tanık olması gerektiğini zira, öğrenme ile görmenin farklı durumlar olduğunu ileri sürmüştür¹¹⁸.

1.4.3.2.2 Kamu Davasını Açma Mecburiyeti İlkesi

Yapılan soruşturma neticesinde, kamu davası açılması için yeterli şüpheye ulaşan yani yeterli delil elde eden Cumhuriyet savcısı iddianameyi düzenleyerek, yetkili ve görevli mahkemeye davayı açması için sunmakla yükümlüdür.

Kamu davasının açılması için iddianamenin düzenlenmesi ön koşulken, yeterli şüphe sebebinin bulunması ise iddianamenin düzenlenmesinin önkoşuludur. Elde edilen delillere göre, yapılacak muhakemede sanığın mahkum olma ihtimali, beraat etme ihtimalinden daha kuvvetli ise yeterli şüpheden söz edilir¹¹⁹.

Kamu davasının açılmasının gerekip gerekmediği yönünde delilleri takdir yetkisi Cumhuriyet savcısına aittir. Yeterli şüphenin tespitinde, mağdurun iddialarını doğrular nitelikte bir delil elde edilip edilmediği ve şüphelinin savunmasının aksini ispat edecek nitelikte bir delil elde edilip edilmediği hususları ölçü olarak kullanılmaktadır. Delilleri takdir yetkisi keyfî bir yetki olmadığından yeterli delil elde eden savcı, kovuşturma olanağının bulunması halinde iddianame düzenlemek zorundadır¹²⁰.

Lakin yeterli şüphenin tespiti üzerine iddianame düzenleyen Cumhuriyet savcısının şüpheden sanık yararlanır ilkesini de göz önünde bulundurması gerekmektedir. Her ne kadar

¹¹⁸ Özen, s. 236.

¹¹⁹ Özen, s. 726, Ünver/Hakeri, s. 512.

¹²⁰ Aslan, s. 246-247; Ünver/Hakeri, s. 512; “ Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa Cumhuriyet savcısı iddianame düzenler hükmü uyarınca, kamu davasının açılması gerekip gerekmediği yönünde delilleri takdir yetkisi Cumhuriyet savcısına aittir. ”Bkz. Yargıtay 2. Ceza Dairesi’nin 03.07.2006 T., 2006/6139 E. ve 2006/12759 K.; Aynı yönde bkz. Yargıtay 4. Ceza Dairesi’nin 13.03.2007 T., 2007/1403 E. ve 2007/2438 K.

şüpheden sanık yararlanır ilkesi kovuşturma evresine ilişkin olsa da; lekelenmeme hakkı, lekesiz soruşturma gibi Ceza Muhakemesi Kanunumuza yeni giren ilkeler ışığında, dolaylı olarak ilkenin soruşturma evresinde de uygulanması gerektiği görüşüne katılmaktayız¹²¹.

Zira, sanığa bu ilke nedeniyle beraat kararı verilmesi halinde, artık suçun işlendiği konusunda yeterli şüpheden söz etmek mümkün olmayacaktır. Mahkumiyet ihtimalinin beraat ihtimalinden yüksek olduğu durumlarda yeterli şüpheden bahsedilebileceğinden Cumhuriyet savcısının kovuşturulması gereken bir suçu tespit etmesi ile iddianame düzenleme mecburiyeti yükümlülüğü doğacaktır. Böylece şüpheden sanık yararlanır ilkesi dolaylı da olsa soruşturma evresinin ilkelerinden bir haline gelmektedir¹²².

Kamu davasını açma mecburiyeti ilkesi, kamusalılık ilkesi ve hukuk devletinin bir gereği olarak tabii hakim ilkesi ve dava açma tekeli ilkesiyle de bağlantılıdır. Kamu davasının yalnız savcı tarafından açılabilmesini belirten ilkeye kamu davası açma tekeli ya da iddia görevinin birliği ilkesi denir. Ceza muhakemesinde iddia bireylere değil, devlete ait bir iş olduğundan; kamu davası açma tekeli kural olarak savcılara ait olsa da savcılar dışında bir takım kişi ve kurumlara da kamu davası açma yetkisi verilmiştir. Bu istisnalardan biri de TBMM'nin Cumhurbaşkanını, başbakan ile bakanları Yüce Divana'ya sevkidir¹²³.

Hem CMUK hem de CMK' da, savcının keyfi davranmasının önüne geçmek ve hukuk devleti ilkesini gerçekleştirmek amacıyla kovuşturma mecburiyeti ilkesi kabul edilmiştir. CMK 170/2' de toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler demek suretiyle dava açma mecburiyeti ilkesinin istisnasız uygulanacağı anlamını vermekteyse de kamu davasının açılmasının ertelenmesi, uzlaşma, önödeme, seri muhakeme, cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerektiren haller ve şahsî cezasızlık sebeplerinin varlığı kamu

¹²¹ Centel/Zafer, s. 538-539; Özen, s. 126; Bıçak, s. 123.

¹²² Centel/Zafer, s. 538-539.

¹²³ Özbudun Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin, 18. Bası, Ankara, 2019, s. 388; Anayasa'nın 105'inci maddesinde yapılan değişiklikle, Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu şu şekilde düzenlenmiştir: "*Cumhurbaşkanı hakkında, bir suç işlediği iddiasıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının salt çoğunluğunun vereceği önergeyle soruşturma açılması istenebilir. Meclis, önergeyi en geç bir ay içinde görüşür ve üye tam sayısının beşte üçünün gizli oyuyla soruşturma açılmasına karar verebilir*" Soruşturma açılmasına karar verilmesi halinde, meclisteki siyasi partilerin temsilcilerinden oluşan 15 kişilik komisyon tarafından hazırlanan rapor, genel kurulda görüşülür. Bu görüşmeden sonra Türkiye Büyük Millet Meclisi, üye tam sayısının üçte ikisinin gizli oyuyla Yüce Divan'a sevk kararı alabilir. Yüce Divan yargılaması üç ay içinde tamamlanır, bu sürede tamamlanamazsa bir defaya mahsus olmak üzere üç aylık ek süre verilir, yargılama bu sürede kesin olarak tamamlanır

davası açma mecburiyeti ilkesinin istisnalarıdır (CMK m. 171)¹²⁴. Bu hususlara daha sonra ayrıntılı olarak değineceğiz.

1.4.3.2.3 Kamu Davasını Yürütme Mecburiyeti İlkesi

Suçun işlendiği konusunda yeterli delil bulunması halinde kamu davası açma (iddianame düzenleme) mecburiyeti, açılan davadan vazgeçilememesini ve davayı neticeleninceye kadar izleme zorunluluğunu da beraberinde getirir. Cumhuriyet savcısı tarafından açılan kamu davasının, mahkûmiyet veya beraat gibi uyumsuzluğu doğrudan çözen bir hükümle sonuçlanıncaya kadar iddia makamının faaliyetini devlet adına yürütmeye mecbur olmasına ve açılmış olan ceza davasını geri alamamasına kamu davasını yürütme mecburiyeti ilkesi (açılan kamu davasının geri alınamaması ilkesi) denir¹²⁵.

Kanunumuzda açılmış olan kamu davasının devam ettirilme zorunluluğuna ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, davayı sona erdiren hüküm çeşitleri kanunda düzenlenmiş olup, davayı sona erdiren kararlar arasında iddianamenin geri alınması şeklinde bir karar sayılmadığından ve ceza muhakemesinde yasal delil sistemi kabul edildiği gibi ceza muhakemesinin amacının maddi gerçeğe ulaşmak olduğu da düşünüldüğünde, Cumhuriyet savcısının açtığı davayı geri alamayacağı sonucu kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.

Kamu davasını yürütme mecburiyeti ilkesi sadece Cumhuriyet savcısı için değil dava açıldıktan sonra mahkeme hakimi için de geçerlidir. Hiçbir mahkeme; yetkiye ve hakimnin reddine ilişkin kuralların tanıdığı istisnalar dışında görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz (Ay. M. 36/2). Açılmış olan bir davanın beraat, mahkûmiyet veya düşme kararı gibi mahkemenin işten el çekmesini sağlayacak bir hükümle sonuçlandırılması zorunludur¹²⁶. Zira düşme kararı verilmesi gerektiren durumlar hariç, sanığın hakkındaki davaya konu iddianın gerçek olup olmadığı hususunda olumlu ya da olumsuz bir karar verilmesini bilme-bekleme ve talep hakkı bulunmaktadır¹²⁷.

Kamu davasının açılmasıyla birlikte davayı takip yetki ve görevi mahkemeye geçse de bu durum savcının kovuşturma aşamasındaki yükümlülüklerinin sona erdiği anlamına

¹²⁴ Tezcan/Oktar/Nuhoğlu/Demirağ, s. 182-183.

¹²⁵ Centel/Zafer, s. 534-535; Öztürk, **Koğuşurma Mecburiyeti**, s. 182-183.

¹²⁶ Centel/Zafer, s. 535.

¹²⁷ Ünver/Hakeri, **1. Cilt**, s. 92.

gelmektedir. Aynı şekilde sulh ceza mahkemelerinde yapılan duruşmalarda savcı bulunmasa da savcının davayı takip yükümlülüğü devam etmektedir. Bu nedenle kovuşturma mecburiyeti ilkesi sadece soruşturma aşamasında değil kovuşturma aşamasında da geçerlidir.

Kamu davasını takip etme mecburiyeti ilkesinin de istisnaları bulunmaktadır. Mahkeme ya da hakim görevsizlik veya yetkisizlik kararı vererek; görevi ve yetkisi dışında kalan davalara bakmaktan kaçınabilir¹²⁸. Yine hakimın çekinmesi ve reddi gereken durumlar da ilkenin diğer istisnaları olup, hakim davaya bakmaktan kendiliğinden çekinebileceği gibi tarafça reddedilmesi halinde de yargılama işlemlerine devam edemeyecektir.

Yurtcan ve Öztürk'e göre; Cumhuriyet savcısının açtığı kamu davasını sonuna kadar götürme mecburiyeti bulunsa da; CMK m. 266 gereğince kanun yolu davasını belirli şartlarda geri alabilmektedir¹²⁹. CMK'nun 266/1. maddesinde kanun yoluna başvurulduktan sonra bundan vazgeçilmesinin, yani geri alınmasının mercii tarafından karar verilinceye kadar geçerli olduğu, ancak Cumhuriyet savcısı tarafından sanık lehine yapılan başvurudan onun rızası olmaksızın vazgeçilemeyeceği kuralı düzenlenmiştir¹³⁰. Böylelikle CMK m. 266/1' de sanığın rızasına dayanılarak istemin geri alınabileceği düzenlendiğinden bu kurumun da kamu davasını yürütme mecburiyeti ilkesinin istisnalarından biri olarak kabulü gerekmektedir.

1.4.3.3 Kovuşturma Mecburiyeti İlkesi İle İlişkili İlkeler

1.4.3.3.1 Ceza Davasının Kamusalılığı İlkesi

Cezalandırma, ceza soruşturma ve kovuşturma yapma hak, yetki ve sorumluluğunun devletin tekelinde olmasına ve suçun soruşturma ve kovuşturulmasının devleti temsil eden makamlarca yapılmasına kamusalılık ilkesi denilmektedir.

Bireyler arasındaki ilişkileri düzenlemek, kamu düzenini bozan, suç teşkil eden eylemler hakkında ceza soruşturma ve kovuşturmasını yürütmek devletin yetki ve sorumluluğudur. Suç faillerinin ele geçirilip cezalandırılmasında kamu yararı bulunduğundan kamusalılık ilkesi; kurallara uygun davranılması, düşmanlıkların engellenmesi, kendini

¹²⁸ Bıçak, s. 128.

¹²⁹ Yurtcan, s. 118,197; Öztürk, s. 528; Centel/Zafer, s. 864.

¹³⁰ Öztürk, s. 528; Yurtcan, s. 118,197,293; Yargıtay dava ekonomisi düşüncesiyle açık hükme aykırı bir uygulama geliştirmiştir. Bkz. YCGK'nun 1.03.2013 T., 2013/7-314 E. ve 2013/394 K.

savunamayan bireylere yardım edilmesi ve suçların cezasız bırakılmaması düşüncesinden kaynaklanmıştır¹³¹.

Şahsi cezalandırma, öç alma, ihkak-ı hak gibi davranışları ortadan kaldırmayı amaçlayan kamusalılık ilkesi, yargı tekeline sahip kamu makamlarının suç ve suç muhakemesi normlarının etkinliğini ve geçerliliğini kendi cebri güçleriyle uygulamasını ve hak eden kimselerin, yine yasalar çerçevesinde yaptırıma tabi tutulmasını sağlamaktadır¹³².

Merkezi otoritenin tam olarak kurulamadığı, suç kavramının tam olarak oluşmadığı, suçla haksız fiil ayrımının net olarak yapılamadığı devirlerde; suçun yalnızca suça hedef olan kişiyi ya da onun yakınlarını ilgilendiren bir olay olarak görülmesi nedeniyle kamusalılık ilkesinin kökenleri çok eskilere dayanmamaktadır¹³³. Topluluklarda merkezi otoritenin ve devlet yapısının oluşmasıyla; toplumu suçtan koruma, suçun kovuşturulmasında suçtan zarar görenden çok kamunun çıkarı olduğu ve kamunun korunması gerektiği düşüncesi ön plana çıkmaya başlamış ve günümüzde kamusalılık ilkesi ile devlete yüklenen görevi yerine getirme yetki ve sorumluluğu savcılık makamına verilmiştir¹³⁴.

Kamusalılık geniş anlamda, yapılan ilk işlemde verilecek cezanın infazına kadar ceza muhakemesinin gerçekleştirilmesinin devletin görevi olduğunu, dar anlamda ise yetkili devlet organının, bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenir öğrenmez kamu davası açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlaması şeklinde ortaya çıkan faaliyeti ifade etmektedir¹³⁵.

Dar anlamdaki kamusalılık ilkesi ile kovuşturma mecburiyeti ilkesi arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Devletin cezalandırma görev ve sorumluluğu uyarınca bu yakın ilişki devletin, mağdurun iradesini göz önüne almaksızın soruşturma ve kovuşturmaya

¹³¹ Centel/ Zafer, s. 116-117.

¹³² Bıçak, s. 125.

¹³³ Roma hukukunda suçun; kişiyi ve onun içinde yaşadığı topluluğu ilgilendiren bir olgu olarak benimsenmesi ile halk davası yolu kabul edilmiştir. Halk davası ile topluluk üyelerine ceza davası açma hakkı tanınmış ve o toplulukta yaşayanlar ceza adaletinin sağlanmasından sorumlu tutulmuşlardır. Germen hukukunda da şahsi dava, suçtan zarar gören ya da onun klanı tarafından açıldığından, dava açmak topluluğa üye olmanın üyeye yüklediği bir hak ve görev olarak değerlendirilmiştir. Türk Hukukunda ise, suç muhakemesinin kamusalılığı ilkesinin kökeni geçmiş yıllara kadar dayanmaktadır. Orta Asya Türklerinde hukuki ihtilaflar “yargıcı” veya “yargucu” denilen resmi görevlilerce çözülmüş, Osmanlı devletinde ise yargılama görevi “kadılar” tarafından yapılmıştır. Bkz. Yurtcan, s. 105.

¹³⁴ Bıçak, s. 126; Özen, s. 129. CMUK 344. maddesinde kamusalılık ilkesinin istisnası olarak şahsi dava düzenlenmekteydi. CMK ile şahsi dava kaldırılmış ve böylelikle kamusalılık ilkesi güçlendirilmiştir.

¹³⁵ Yavuz, s. 120.

zorunluluğunda kendisini göstermektedir. Suçtan zarar gören kişiler; korktukları, baskıldıkları ya da sair nedenlerle işlenen bir suçun soruşturulması için savcılık makamına başvuru yapmama eğilimi gösterebileceklerinden devlet kural olarak ayrıca bir iradeye ihtiyaç duymaksızın soruşturma işlemlerine başlamak zorundadır. Zira hukuk devleti olabilmenin gereği, devletin kamu davası açma tekelinin yanında kovuşturma mecburiyetini de zorunlu kılmaktadır¹³⁶.

1.4.3.3.2 Davasız Yargılama Olmaz İlkesi

Davasız yargılama olmaz ilkesi, işlenmiş olan bir fiilden ötürü yargılama makamlarının yargılamaya başlayabilmesi için faile isnad edilen eylemin suç oluşturduğunun ve failin cezalandırılması gerektiğinin iddia makamı tarafından ileri sürülmesi gerekliliği olarak ifade edilmektedir.

Davasız yargılama olmaz ve kovuşturma mecburiyeti ilkeleri birbirleriyle bağlantılı ilkelerdir. Zira mezkur ilkenin sonucu olarak yargılama makamı olan hakim kendiliğinden harekete geçerek kovuşturma aşamasına başlayamamakta, öncelikle soruşturma aşamasının tamamlanarak iddia makamının iddianamesini beklemek zorunda¹³⁷kalmaktadır ki bu durum soruşturma ve kovuşturma mecburiyetini mecbur kılmaktadır. Öyle ki; mahkeme, duruşma sırasında insan öldürme suçu işlense dahi kendiliğinden harekete geçerek yargılama yapamayacak, durumu tutanağa geçirerek Cumhuriyet Başsavcılığına bildirecektir (CMK m. 205).

CMK m. 225/1 uyarınca mahkeme sadece iddianamede belirtilen fiil ve fail konusunda hüküm verebilmekte yani hangi sanık ve hangi fiilden ötürü dava açılmışsa o sanık ve o sanığın fiili için yargılama yapabilmektedir. Davanın konusu iddianamede yazılı olay veya olaylar olduğundan dava açıldıktan sonra sanığın yeni suçlarının ortaya çıkması halinde, savcının yeni bir iddianame düzenlemesi gerekmektedir¹³⁸.

¹³⁶ Yavuz, s. 120-121. Centel ve Zafer, şahsi davanın kaldırılmasıyla kamusalılık ilkesinin istisnası olarak kanunumuzda sadece şikâyet, izne ve talep şartına bağlı suçlar kaldığını belirtirken, Ünver ve Hakeri ise; dava açma hakkının şahsi davadan farklı olarak bireye değil de devleti temsil eden savcılık makamına tanınmasından bahisle şikâyet, izne ve talep şartına bağlı suçların kamusalılık ilkesinin tam bir istisnası olmayıp, sadece sınırlandıran bir durum olduğunu savunmuşlardır. Özen ise, uzlaşmaya bağlı suçlarda soruşturmayı sürdürme ve tamamlama açısından da kamusalılık ilkesinin istisnasının oluşabileceğini belirtmiştir. Bkz. Centel/Zafer, s. 533; Ünver/Hakeri, s. 84; Özen, s. 129.

¹³⁷ Aslan Olcay, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş, Ankara, 2019, s. 16.

¹³⁸ Ünver/Hakeri, S. 102

Eski CMUK da ek iddianame müessesesi mevcut olduğundan, sanığın iddianamede belirtilen suçtan başka bir suçu işlemiş olduğunun duruşma sırasında ortaya çıkması halinde, savcının talebi, sanık ve müdafisinin muvafakat etmesiyle, bu sonradan ortaya çıkan suç hakkında da karar verilebilmekteydi (CMUK m.259)¹³⁹. Yeni CMK ile ek iddianame müessesesi kaldırılmış ve iddianamede bulunmayan bir eylemden dolayı mutlaka savcı tarafından yeni bir iddianame düzenlenmesi gerekliliği kabul edilmiştir¹⁴⁰. Bu cihetle “dava yok ise hakim de yok” şeklinde de ifade edilen ilke her durumda etkin bir soruşturma ve kovuşturma mecburiyetini esas almaktadır.

1.4.3.4 Mülga Kanunlardaki Düzenlemeler

1.4.3.4.1 11879 Tarihli Usul-i Mehakim-i Nizamiyye ‘nin Teşkilat-ı Kanun-ı Muvakkatı

UMCKM’nın 20. maddesindeki “*Müdde-i umumiler cünha ve cinayet derecesinde bulunan kaffe ceraim-i taharri ve tecessüse ve mürtekibi aleyhinde ikame-i davaya memurdurlar.*” hükmü ile savcılara kamu davası açma zorunluluğu getirilerek kovuşturma mecburiyeti ilkesi ilk kez düzenlenmişse de maslahata uygunluk ilkesine yer verilmemiştir¹⁴¹.

1.4.3.4.2 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu

Mülga 1412 sayılı CMUK m.153/1 “*Cumhuriyet Savcısı ihbar veya herhangi bir suretle bir suçun işlendiği zehabını verecek bir hale muttali olur olmaz kamu davası açmağa mahal olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin hakikatini araştırmağa mecburdur.*” hükmüyle araştırma mecburiyeti ilkesini düzenlemiş ve CMUK m.156/1 de “*Zabıta makam ve memurları suçluları aramakla ve işin tenviri için lazım gelen acele tedbirleri almakla mükelleftir. Bu makam ve memurlar tanzim ettikleri evrakı hemen müdde-i umumiliğine gönderirler.*” düzenlemesiyle araştırma mecburiyetine tabi olan makamları belirtmiştir. 5271 sayılı CMK’ da, CMUK’un 156. maddesine yer verilmemiş ve Cumhuriyet savcısının emri

¹³⁹ CMUK m. 259 – (Değişik: 21/5/1985 - 3206/53 Md.) Sanığın, iddianamede yazılı suçtan başka bir suç işlemiş olduğu duruşma sırasında ortaya çıkarsa, Cumhuriyet savcısının talebi ve sanığın muvafakatıyla her ikisi birlikte hükmolunmak üzere bu suç, duruşması yapılmakta olan işle birleştirilebilir. Yeni suç mahkemenin yetkisi haricinde olur veya kendisine göre daha üst bir mahkemenin görevine dahil bulunursa yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz.

¹⁴⁰ Özen, s. 140; İddianamenin düzenlenmesinden sonra cezanın arttırılmasını veya cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektirecek durumların ortaya çıkması ya da suçun niteliğinin değişmesi halinde ise sanığa ek savunma imkânı tanınmıştır CMK m. 226).

¹⁴¹ Özkorkut, s. 80.

olmadan kolluğun resen harekete geçerek soruşturma işlemlerine başlama yetkisi kaldırılmıştır (CMK. m.164)¹⁴².

1412 sayılı CMUK m.148/2 de “*kanunda aksine hüküm bulunmadıkça Cumhuriyet savcısı, ceza takibini gerektirecek hususlarda yeterli delil mevcut ise kamu davasını açmakla mükelleftir*” ve m.163/1’de de “*Yapılan hazırlık tahkikatı sonunda, toplanan deliller kamu davasının açılmasına yeterli ise Cumhuriyet savcısı mahkemeye bir iddianame vermek suretiyle kamu davasını açar.*” hükümleriyle kamu davası açma mecburiyeti ilkesini düzenlemiş ve savcı lehine kamu davası açma tekeli yaratılmıştır¹⁴³.

Kural olarak kamu davası açma yetkisi sadece savcıya tanınmışsa da, çeşitli kanunlarla bu kurala istisnalar getirilerek bir takım kurullar ve memurlar da kamu davası açma hususunda yetkili kılınmıştır.

Mülga 394 sayılı Hafta Tatili Kanunu uyarınca; kolluk, kanuna aykırı dükkan açılması halinde düzenlediği tutanağı mahkemeye vermek suretiyle kamu davası açabilmekteydi. Tekel idaresi bazı basit suçlarda, kamu davası açabilmekteydi. Yine Karayolları Trafik Kanununa göre, düzenlenen tutanaklar trafik mahkemesine verilmek suretiyle kamu davası açılabilmekteydi. 3206 sayılı kanunun ilk soruşturmayı kaldırması neticesinde Memurun Muhakematı Hakkında Kanun, Yükseköğretim Kanunu, Yükseköğretim Kanunu, Yargıtay

¹⁴² Özen, s. 240,243, Özen’ e göre; “CMK’ nın CMUK’ dan ayrıldığı en önemli sistem değişikliklerinden biri, Cumhuriyet savcısı-kolluk ilişkisidir. Buna bağlı olarak da soruşturma aşamasında tam ve öncelikli yetkili kişinin kim olduğudur. CMK sisteminde soruşturma aşamasında tam ve öncelikli yetkili kişi, Cumhuriyet savcısıdır. Bu nedenle, delil toplamada soruşturma işlemlerinin bir parçası olup, kural olarak, bütün soruşturma işlemlerinin zaman ve imkan olduğu ölçüde öncelikli olarak bizzat Cumhuriyet savcısı yapmalıdır. İstisna olarak, bu işlemlerin Cumhuriyet savcısının yazılı ve acele hallerde sözlü emri ile kolluğun yapmasıdır. İstisna, kural, kurula istisna haline getirilmemelidir. CMK m. 164/2 deki düzenleme, lafza göre yorumlandığında yanlış anlaşılmaya müsaittir. Bu lafız düzeltilmelidir. Düzeltilinceye kadar amaçsal ruhuna göre yoruma tabi tutulmalıdır. Buna göre Cumhuriyet savcısı zaman ve imkan varsa, genel anlamada bütün soruşturma işlemlerini özel olarak da ifade alma işlemini bizzat kendisi yapmalı, kolluğa yaptırmamalıdır. Kolluğun yetkisi 2. sırada yani istisnai olmalıdır. İlk sırada veya öncelikli yetki ya da kural olmamalıdır. Uygulamada bu durum yanlış anlaşılmakta ve uygulanmamaktadır. Bu anlayış ve uygulama bir evvel değiştirilmelidir.” Bkz. Özen, s. 40; Benzer görüş için bkz, Ünver/Hakeri, 1.Cilt, s. 89; Yenisey/Nuhoğlu, s. 169; Aksi görüşte olan Centel ve Zafer’ e göre; “PVSK ek m. 6/3 “Edinilen bilgi veya alınan ihbar veya şikâyet üzerine veya kendiliğinden bir suçla karşılaşan polis, olay yerinde kişilerin ve toplumun sağlığına, vücut bütünlüğüne veya malvarlığına zarar gelmemesi ve suçun delillerinin kaybolmaması ya da bozulmaması için derhal gerekli tedbirleri alır.” hükmü ve ek m. 6/4 “bir suç işlendiği veya işlenmekte olduğu bilgisini edinen polis, olay yerinin korunması, delillerin tespiti, kaybolmaması ya da bozulmaması için acele tedbirleri aldıktan sonra el koyduğu olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri derhal cumhuriyet savcısına bildirir ve cumhuriyet savcısının emri doğrultusunda işin aydınlatılması için gerekli soruşturma işlemlerini yapar.” hükmü gereği PVSK’nın ilgili maddeleri sonraki yasa olduğundan, artık polisin olay yerinde Cumhuriyet savcısının emri olmadan gerekli ve acil tedbirleri alabileceğinin kabulü gerekir. Bkz. Centel/Zafer, s. 147-148.

¹⁴³ Öztürk, **Koşuşturma Mecburiyeti**, s. 134.

Kanunu, Askeri Yargıtay Kanunu, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu, Danıştay Kanunu, Hakimler ve Savcılar Kanunu, Avukatlık ve Noterlik Kanunu ile; Cumhurbaşkanının vatana ihanetten dolayı yargılanmasını düzenleyen Anayasanın 105. maddesi ile başbakan ve bakanların Yüce Divana sevkine karar verilmesini düzenleyen Anayasanın 100. maddesi diğer kanuni istisnalardı¹⁴⁴.

Ayrıca vali, adalet bakanı ve adalet bakanlığı memurları da kamu davası açma ilkesine uygun davranmak zorundaydılar. CMUK m. 148/3 de *“Kamu davası açmak için Adalet Bakanı, Cumhuriyet savcısına emir verebilir. Valiler de kamu davası açılmasını kendi vilayetleri dahilindeki Cumhuriyet savcılarında isteyebilirler. Cumhuriyet savcıları mucip sebepler göstererek bu talebi kabul etmezse valinin müracaatı üzerine Adalet Bakanı yukarıdaki fıkra yazılı yetkiyi kullanmak lazım gelip gelmeyeceğini takdir eder ve icabını yapar”* şeklindeki düzenleme ile Cumhuriyet savcısının kamu davası açma görevi idari ve yargısal olmak üzere ikili bir denetime tabi tutulmuştu.

İdari denetim; üst savcının (başsavcının), valinin ve adalet bakanının denetimi olmak üzere üç şekilde gerçekleşmekte iken yargısal denetim ise, savcının takipsizlik kararına karşı, bağlı olduğu ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesinde itiraz edilmesi ile gerçekleşmekteydi. Vali ve Adalet Bakanının savcıya *“dava aç”* şeklinde emir verebilmesi hiyerarşik ilişkinin bir sonucuydu. CMUK’un 148. maddesinin 2 ve 3. fıkralarında Adalet Bakanının kamu davasını açmak için Cumhuriyet savcısına emir verebileceği ve valilerin de bunu kendi vilayetlerindeki Cumhuriyet savcılarında isteyebileceğine dair düzenlemeler 14.7.2004 gün ve 5219 sayılı kanunla madde metninden çıkarılmış ve 5271 sayılı CMK’da da benzer bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Böylece savcının dava açmada takdir yetkisi ve tekeli kuvvetlendirilmiştir.

1.4.3.4.2.1 Şahsi Dava

Mülga 1412 sayılı CMUK 344. maddesi uyarınca, suçtan zarar gören kişinin kanunda gösterilen suçlarda *“Cumhuriyet Müddeiumumisinin iştirakini tahrike hacet olmaksızın”* açtığı davaya şahsi dava; CMUK 358. maddesi uyarınca şahsi davacı ya da müdahilin;

¹⁴⁴ Öztürk, *Koğuşturma Mecburiyeti*, s. 135-136.

yargılanmakta olan uyuşmazlıkla bağlantılı olması nedeniyle, medeni hukuka ilişkin uyuşmazlığın da karara bağlanmasının istemesine ise şahsi hak davası denilmektedir¹⁴⁵.

Kanunun 344. maddesi ile suçtan zarar görene hem sınırlı sayıdaki suçlar için doğrudan doğruya dava açma; hem de Cumhuriyet savcısının verdiği takipsizlik kararı üzerine davasını bizzat takip edebilme imkanı tanımıştır.

CMK'nın aksine CMUK'da kamu yararı ilkesi açıkça düzenlenmiş ve ammenin menfaati noktasından CMUK'un dava hakkı başlıklı 346. maddesi ile şahsi davaya konu 344 üncü maddesinde yazılı hallerde savcının kamu davası açabilmesi kamu yararı şartına bağlanmıştır. 346. madde ile savcıya şahsi davaya konu suçlar bakımından sınırlı bir takdir yetkisi tanınmış ve kovuşturma mecburiyeti ilkesine bir istisna getirilmiştir.

5271 sayılı CMK' da şahsi dava ve şahsi hak davası kurumlarına yer verilmemiştir. Oysaki, maslahata uygunluk ilkesi ya da takdir yetkisi gereğince savcının kamu davası açmadığı hallerde, mağdur ceza davasını bizzat açarak adaletin tesisini sağlayabilecek ve suç nedeniyle uğradığı mağduriyeti giderebilecektir. Böylelikle hem suçtan zarar görenin hak arama hürriyeti güvence altına alınmış olacak hem de savcının takdir yetkisini keyfi ya da kötüye kullanması engellenmiş olacaktır.

Kanaatimizce şahsi dava savcılarının keyfi, ihmali ve siyasi saiklerle verdikleri kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarına karşılık suçtan zarar görenler için bir teminat niteliğindedir.

¹⁴⁵ Madde 344 – Aşağıda yazılı hallerde önce Cumhuriyet Müddeiumumisinin iştirakini tahrike hacet olmaksızın zarar gören kimse şahsi dava açmak suretiyle suç doğrudan doğruya takip edebilir: 1 – Ceza Kanununun 191 inci maddesinin son fıkrasında yazılı tehdit. 2 – Ceza Kanununun 193 üncü maddesinin birinci fıkrasında yazılı haneye taarruz. 3 – Ceza Kanununun 195 ve 197 nci maddelerinde yazılı gayrın sırrını ifşa. 4 – Ceza Kanununun 456 ncı maddesinin son fıkrasında ve 459 uncu maddesinin bir numarasında yazılı müessir fiiller. 5 – (Değişik: 11/5/1988 - 3445/16 Md.) Ceza Kanununun 480 ve 482 nci maddelerinde yazılı hakaret ve sövme, (şu kadar ki, bu suçlar Ceza Kanununun 164 ve 166. maddelerinde yazılı mahiyette olursa veya neşir yoluyla veya radyo ve televizyon veya benzeri kitle haberleşme araçlarıyla işlenmişse usulüne göre Cumhuriyet Savcıları tarafından takip olunur.) 6 – Ceza Kanununun 516. maddesinin birinci fıkrasında ve 518 inci maddesinde yazılı izrar ve tahrip. 7 – Ticaret Kanununun 64 ve 65. maddelerinde yazılı gayrı kanuni rekabet. 8 – Hususi Nizamlar ve kanunlarda yazılı edebi ve sınai mülkiyetlere ve güzel sanatlar mülkiyetine mütaallik suçlar. Mağdur olan kimsenin kanuni mümessili varsa şahsi dava açmak ona aittir. Mağdur bir cemiyet veya şirket olup da hukuk işlerinde bu sıfatla dava açmak ehliyetini haiz ise dava salahiyeti bu cemiyet veya şirketi temsil edenler tarafından kullanılır.

Daha detaylı değineceğimiz üzere Cumhuriyet savcısının CMK m.171/1 kapsamında takdir yetkisini kullanarak verdiği kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı herhangi bir kanun yolu düzenlenmeyerek bu kararlar denetim mekanizması dışında bırakılmıştır.

Takdir yetkisine haiz Cumhuriyet savcılarının; tamamen siyasi saiklerle ya da, etkin pişmanlık ve şahsi cezasızlık sebeplerinin tespitinde, somut olayın muhakemesinde düştükleri yanlış ile de kovuşturama kararı verebilecekleri sarihtir. Bu gibi durumlarda şahsi dava ile, suçtan zarar gören ve mağdura ek bir teminat sağlanması mümkündür. Zira savcının verdiği kovuşturama kararına karşı, mağdura dava açma imkanı tanınması sadece mağdur haklarını güçlendirmekle kalmayacak aynı zamanda savcıların takdir yetkilerini kullanarak vermiş oldukları kararların mahkemece denetlenmesini de mümkün kılacaktır. Böylelikle şahsi dava ile yaratılan kontrol mekanizması maslahata uygunluk ilkesinin sakıncalarının giderilmesini de sağlamış olacaktır¹⁴⁶.

1.4.3.5 Kovuşturma Mecburiyeti İlkesinin Lehindeki ve Aleyhindeki Görüşler

1.4.3.5.1 Kovuşturma Mecburiyeti İlkesinin Lehine Görüşler

Eski dönemlerde mutlak adaleti gerçekleştirmek için ceza yasalarının ihlal edildiği her halde mutlak ceza verilmesi gerektiği düşüncesi hakim olmuştur. Yürütmenin bir organı olduğu için savcıya güven duyulmamış; bu nedenle de kamu davasını açma mecburiyeti getirilmiştir. Böylece savcının her eylemi takip etmesi güvence altına alınmış ve yürütmenin keyfiliğini önlemek açısından yararlı olmuştur¹⁴⁷.

Mecburilik ilkesi, suç işlendiği konusunda yeterli delil bulunan herkesi mahkeme önüne çıkararak savcının keyfi davranmasını engellediğinden adalet ve eşitlik ilkesinin gerçekleşmesini de sağlamaktadır. Zira aynı suçu işleyen kişilere aynı cezanın tatbik edilmesiyle halkın gözünde adalet ve taraf eşitliğine duyulan güven duygusu gerçekleşmiş olmaktadır¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Aynı yönde bkz. Meraklı, s. 108; Kudlich, s. 368.

¹⁴⁷ Centel/Zafer, s. 535.

¹⁴⁸ Yurtcan, s. 116; Kudlich, s. 360; Şahin Cumhur, Göktürk Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, Seçkin, 12. Bası, Ankara, 2021, s. 107.

Devletçe haberi alınan her suçun kovuşturulacağı ve yargılama yapılarak ceza verileceği düşüncesi toplumda cezalandırılma korkusunu arttıracığından kovuşturma mecburiyeti ilkesinin genel önlemenin uygun bir aracı olduğu da ileri sürülmüştür¹⁴⁹.

Kovuşturma mecburiyeti ilkesinin amacı, failin şahsi haklarını zedelemekten bütün suçların devlet tarafından kovuşturulmasını sağlamaktır. Şayet dava açma hak ve yetkisi suçtan zarar görene bırakılırsa; yaşadığı korku, panik, baskı, utanma duygusu gibi birçok sebep mağdurun davayı takip etmesini engelleyecek ve fail de cezasız kalacaktır. Böylelikle suçların devlet tarafından kovuşturulmasıyla hukuk devleti ilkesi de sağlanmış olacaktır¹⁵⁰. Bu nedenle ilkenin, ceza hukukun genel önleme amacına hizmet ettiği ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için önemli bir işleve sahip olduğu görülmektedir¹⁵¹.

Hukuk devleti ilkesiyle bağlantılı olan kovuşturma mecburiyeti ilkesi dayanağını kuvvetler ayrılığı ilkesinden almaktadır. Hangi fiillerin suç teşkil ettiğinin tespiti kanun koyucuya yani yasama erkine aittir. Bu nedenle savcının bazı fiilleri takip edip bazı fiilleri ise takip etmemesi yasama gücünün yetkisine müdahale anlamına gelir ki, bu da erkler ayrılığına aykırılık teşkil edecektir¹⁵². Bu bağlamda savcıya takdir hakkı tanımayan kovuşturma mecburiyeti ilkesinin, hukuk devleti ve erkler ayrılığına uygun oluşu ilkenin lehe yanları olarak kabul görmektedir.

Cezai işlemlere başvurulurken, bu işleme başvurulmasıyla elde edilecek yarar ile temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması dolayısıyla verilmesi ihtimal dahilinde olan zarar arasında makul bir ölçü olması gerekmektedir. Amaç ile aracın, yöntemle hedefin dengeli olması anlamına gelen orantılılık ilkesi de kovuşturma mecburiyeti ile ilişkili ilkelerdendir. Suç ne kadar ağırsa, suçun takibinde uygulanacak olan orantılılık da o kadar ağır olacaktır. Bu nedenledir ki orantılılık ilkesi uyarınca, her ne kadar basit suçlar istisna tutulsa da, her zaman için kural kovuşturma mecburiyeti ilkesi olmak durumundadır¹⁵³.

Modern hukukta suç mağdurlarının da düşünülmesi gerektiği, bu kişilerin suç karşısında yaşadığı şokun, kızgınlığın ve rahatsızlığın içinde yalnız bırakılmasının yaratacağı

¹⁴⁹ Öztürk, **Koğuşturma Mecburiyeti**, s. 33.

¹⁵⁰ Özen, s. 134.

¹⁵¹ Ünver/Hakeri, **1. Cilt**, s. 88; Meraklı, s. 77.

¹⁵² Öztürk, **Koğuşturma Mecburiyeti**, s. 35.

¹⁵³ Öztürk, **Koğuşturma Mecburiyeti**, s. 36; Bıçak, s. 614.

olumsuz sonuçların, suçla bozulan hukuki barışın daha da vahim bir hal almasına sebep olabileceği söylenmiştir. Suçla bozulan hukuki barışın yeniden tesisi, mutlak olarak sanığın cezalandırılması ise gerçekleşmese de devletin suça karşı bir reaksiyon göstermesi mağdurdaki öç alma his ve fiilini de engelleyecektir¹⁵⁴. Bu nedenle adalet ve toplumsal barışın ve kamu düzeninin sağlanması ancak kovuşturma mecburiyeti ilkesi ile mümkündür.

Son olarak, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin uygulanması ile savcının siyasi baskı altına alınarak, iktidar lehine hareket eden bir adliye yaratılması tehlikesinin de önlenebileceği ileri sürülmüştür.

1.4.3.5.2 Kovuşturma Mecburiyeti İlkesinin Aleyhine Görüşler

Kamu davasının mecburiliği prensibinin yürütmenin keyfilikliğini önlemek açısından yararlı olsa da modern suç siyaseti ilkeleri açısından zararlarının bulunduğu ifade edilmiştir. Mecburilik prensibini katı olarak uygulanmasıyla; yaşanan haksızlığın karşılığında faile bedel ödetilmesini esas alan “ödetici adalet” görüşünün bugün artık terk edildiği, günümüzde geçerli olan ceza teorilerine göre, cezalandırmadan belli bir “fayda” beklendiğinden, bu faydayı sağlamak için mecburi araştırma ve mecburi kovuşturmanın istisnalarının kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹⁵⁵.

Gerçekten de devletin mutlak bir kovuşturma mecburiyetinin ve ceza verme yükümlülüğü bulunduğu düşüncesi çok eski bir görüş olup, çağdaş düşünceye uygun düşmemektedir. Öç alma ilkesi bugün için hukukçular tarafından da terkedilmiştir. Doktrinde, cezanın amaca uygun olarak kullanılması gerektiği, cezanın amacının öç almak değil, esas olarak genel ve özel önleme işlevinin bulunması gerektiği ve bu işlevi yerine getirmeyen cezanın anlamsız kalacağı düşüncesi hakim olmuştur¹⁵⁶.

Her suçun devlet tarafından cezalandırılması gerektiği görüşü de terkedilmiştir. Zamanaşımı, kanunun ilgası, af kanununun çıkarılması, failin şartla salıverilmesi, cezanın

¹⁵⁴ Öztürk, *Kovuşturma Mecburiyeti*, s. 35.

¹⁵⁵ Yenisey/Nuhoglu, s. 716.

¹⁵⁶ Centel/Zafer, s. 535.

ertelenmesi, önödeme, uzlaştırma, ceza muhakemesinin şartlarının bulunmaması gibi durumlarda, ortada işlenmiş bir suç bulunmasına rağmen, fail cezalandırılmamaktadır¹⁵⁷.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi ile ilgili olarak kovuşturma mecburiyeti ilkesi lehine söylenen hususlar da eleştirilmiştir. Zira bazı fiilleri suç saymak hususunda değil, suç saymamak hususunda savcılara bir takdir yetkisi verildiği aşıkardır. Bu nedenle de bazı fiilleri suç sayma hakkında yasama organına ait bir yetkinin yürütme organına devredilmesinden bahsedilemeyecektir. Savcı kullandığı takdir yetkisi ile cezalandırmaya değil cezalandırmamaya karar vermektedir. Kaldı ki bugün için çoğu devlette sert kuvvetler ayrılığı sistemi yerini yumuşak kuvvetler ayrılığı sistemine bırakmıştır¹⁵⁸.

Doktrinde kovuşturma mecburiyeti ilkesini, hukuk devleti ilkesi ile açıklayan görüş de eleştirilen bir diğer yaklaşımdır. Mutlak bir kovuşturma mecburiyeti, ancak, mutlak bir ceza verme yükümlülüğünün bir sonucu olabilir ki, günümüzde devletin böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Çağdaş ceza hukukunda devletin, toplum yaşamına ancak zorunlu olduğu ölçüde müdahale etmesi gerektiği ve cezanın başlıca hedefinin, suçlunun topluma yeniden kazandırılması olduğu benimsenmiştir.

Her suçun mutlak kovuşturmaya tabi tutulması neticesinde hayatından ilk defa suç işleyen bir kimse uzun ve yorucu, sonucunu öngöremediği bir yargılama süreci ile karşı karşıya kalacak, bazı hal ve şartlarda işsiz de kalabileceği düşünülürse, ailevi yükümlülüklerini de yerine getirmeyen şüpheli maddi ve manevi zarara uğrayacaktır. Bu nedenle, topluma uyum sorunu yaşayacak olan failin devlete olan güveni de sarsılacağından kovuşturma mecburiyeti ilkesinin cezanın özel önleme amacını da her zaman gerçekleştirmediği ileri sürülmüştür¹⁵⁹.

Kovuşturma mecburiyeti ilkesinin keyfiliği önlediği ileri sürülmüşse de, mecburilik ilkesinin geçerli olduğu durumlarda dahi kanun hükümlerinin her olaya tam ve kesin olarak uygulandığını kabul etmek yerinde değildir. Zira bazen istenerek bazen ise failin ya da fiilin özellikleri nedeniyle mecburilik ilkesinin uygulanmadığı gerçeği kabul edilmelidir.

¹⁵⁷ Tosun, s. 60.

¹⁵⁸ Tosun, s. 57.

¹⁵⁹ Öztürk, *Koşuşturma Mecburiyeti*, s. 39-40; Meraklı, s. 81.

Mecburilik ilkesi tatbik edilse dahi her kabahat kanunun emrettiği şekliyle takip edilmediği gibi, ufak bir suç işleyen her çocuk hakkında da işlem yapılmamaktadır¹⁶⁰.

Kaldı ki; Almanya’da gerçekleştirilen siyah sayılar (karanlık alan) araştırmasında gerçekte işlendiği tahmin edilen suçların toplam sayısı ile soruşturmaya konu edilen suçların toplam sayısı arasında önemli bir fark olduğu, ihbar yapılmadığı için ya da başka nedenlerden dolayı karanlıkta kalan suçlarda mecburilik ilkesinin işletilemediği belirtilmiştir¹⁶¹.

Kovuşurma mecburiyeti ilkesine yönelik en önemli eleştirilerden biri de, ilkenin mutlak uygulanmasının kolluğun ve mahkemenin iş yükünü gereksiz yere arttıracığıdır. Savcılık gerekli şartları taşıyan her şikayeti soruşturması iş yükünü arttıracığı gibi toplumun adalet duygusunu da zedeleyecektir¹⁶².

1.4.4 Takdirilik (Maslahata Uygunluk) İlkesi

Hukukumuzda takdirilik¹⁶³, ihtiyarilik ya da yerindelik¹⁶⁴ ilkesi olarak da adlandırılan maslahata uygunluk¹⁶⁵ ilkesi, bir fiilin işlendiği haberini alan Cumhuriyet savcısının derhal hazırlık soruşturmasına başlayıp başlamamakta, soruşturma sonucunda ceza veya güvenlik tedbirini gerektirecek hususlarda fail ve fiilin belli olması ve suçun işlendiğine ilişkin şüphenin yeterli olmasına rağmen kamu davası açıp açmamakta ve nihayet kamu davasını yargılama sona erinceye kadar yürütüp yürütmeme hususlarında takdir yetkisinin bulunmasıdır¹⁶⁶.

¹⁶⁰ Tosun, s. 64.

¹⁶¹ Centel/Zafer, s. 118; Aksi görüşte olan Meraklı’ya göre “Siyah sayılar doğrudan doğruya kovuşturma mecburiyeti ilkesinin varlığı dolayısıyla ortaya çıkmamaktadır. Soruşturma makamları kovuşturma mecburiyeti ilkesine rağmen bazı suçları kovuşturmakta yetersiz kalıyorsa bu durumda tartışılması gereken kovuşturma mecburiyeti ilkesi değil, suç politikasıdır. Mağdur, kolluğun ya da savcılığın umursamama, tembellik, isteksizlik gibi nedenlerden dolayı hareketsiz kalacağını düşünerek kamu davası açmama ya da şikayet etmeme şeklinde davranışta bulunuyorsa artık gözden geçirilmesi gereken husus suç siyasetidir. Mağdurların hareketsiz kalma nedenleri, soruşturma ve kovuşturma makamlarına karşı duyulan güvensizliğin nedeni araştırılarak çözüm yolları aranmalıdır.” Bkz. Meraklı, s. 63.

¹⁶² Centel/Zafer, s. 535; Öztürk, **Koşuşturma Mecburiyeti**, s. 39.

¹⁶³ Tosun, mecburilik teriminin zıddının ihtiyarilik ya da takdirilik terimine karşılık geldiğini, bu sistemde daha ziyade ihtiyarin takdire göre kullanılmasının söz konusu olduğunu belirterek, hukuki bir tabir olmadığını düşündüğünü maslahata uygunluk tabiri yerine, takdirilik terimini kullanmayı tercih etmiştir. Bkz. Tosun, s. 45; Keyman, s. 95; Yurtcan, s. 496; Yenisey/Nuhoğlu s. 710.

¹⁶⁴ Yurtcan, s. 116.

¹⁶⁵ Centel/Zafer, s. 576; Ünver/Hakeri, **1. Cilt**, s. 88; Özen, s. 134; Meraklı, s. 55.

¹⁶⁶ Öztürk, **Koşuşturma Mecburiyeti**, s. 14.

Maslahat sözlük anlamı olarak; iş, önemli iş, mesele, keyfiyet, dirlik, düzen anlamına gelmektedir. Zıddı ise mefsedet yani bozukluk, zarar demektir¹⁶⁷. Maslahat kelimesinin hukuki anlamı ise kamu yararadır. Bu nedenle maslahata uygunluk ilkesine “kamu yararı şartı” da denilmektedir. Kamu yararı şartı hem kamu davasının açılmasında hem de kamu davasının devamı için aranmaktadır. Maslahata uygunluk ilkesi, Cumhuriyet savcısına belirli bir takdir yetkisi verilmesini gerekli kıldığından, takdir yetkisi maslahata uygunluk ilkesinin özünü oluşturmaktadır¹⁶⁸.

Mecburilik ilkesinin aksine maslahata uygunluk ilkesinde savcılık belirli bir olayda dava açmaya gerek olup olmadığı konusunda gerekli araştırmayı yaptıktan sonra, dava açmak için yeterli suç şüphesi elde ederek dava açmaya kanaat getirdiğinde, ikinci bir faaliyette daha bulunması gerekmektedir.

Bu ikinci aşamada savcı, ceza davası açmada “lüzum” şartını yani maslahata/maksada uygunluk olup olmadığını takdir edecektir. Lüzum şartının varlığını araştırarak takdir yetkisini kullanan savcı bazı nedenlerle ceza davası açmaktan kaçınabilecektir¹⁶⁹. Bu nedendir ki, Cumhuriyet savcısı kamu davasının açılıp açılmamasına kanaat getirirken sınırsız bir takdir yetkisine sahip olmadığından ve savcı “ lüzum şartı” ile bağlı olduğundan, doktrinde kovuşturma mecburiyeti ilkesinin zıddı olarak takdirilik yerine ihtiyarilik ifadesinin kullanılması gerektiği ileri sürülmüşse de, maslahata uygunluk terimi ilkenin özünü ve ruhunu daha iyi yansıttığından doktrinde ağırlıkla maslahata uygunluk ifadesi kullanılmaktadır¹⁷⁰.

Maslahata uygunluk ilkesi, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin karşıtı (zıttı) bir ilke olmayıp, aksine kovuşturma mecburiyeti ilkesini sınırlandırmakta, alternatif, istisna teşkil etmektedir¹⁷¹. İlke, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin bir istisnası olduğundan, ceza muhakemesinin amacına hizmet eden ve amaçla çelişmeyen, hukuk güvenliği ve hukukun eşit uygulanmasını düzenleyen ceza muhakemesi normlarıyla çatışmadan birbirlerini tamamlayarak adil ve hakkaniyete uygun bir ceza muhakemesine hizmet etmek üzere benimsenmiş bir ceza muhakemesi ilkesidir.

¹⁶⁷ Demir Abdullah, **Hukuki Terimler Sözlüğü**, Astana, Ankara, 2017, s. 751.

¹⁶⁸ Öztürk, s. 99, Yenisey/Nuhoğlu, s. 618-619.

¹⁶⁹ Yurtcan, s. 117.

¹⁷⁰ Tosun, s. 44-45.

¹⁷¹ Öztürk, **Koşuşturma Mecburiyeti**, s. 14; Özen, maslahata uygunluk ilkesini, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin karşısında yer alan ilke olarak tanımlamıştır. Bkz. Özen, s. 134.

Zira, iki ilke birbirinin karşısı olsalardı, kovuşturma mecburiyeti ilkesinde her koşulda kamu davası açılması; buna karşın takdirilik ilkesi halinde belirli bazı koşulların oluşması halinde kamu davasının açılmaması söz konusu olurdu. Oysaki mecburilik ilkesi, Cumhuriyet savcısının koşulları serbestçe değerlendirip fiilin suç oluşturmaması veya isnadın ciddi olmaması durumunda kamu davasını açmama olanağını ortadan kaldırmadığı gibi; maslahata uygunluk ilkesi de bazı durumlarda savcıya dava açmama mecburiyetini yüklememektedir. Sadece Cumhuriyet savcısına bu şekilde hareket edebilme yetkisi tanınmaktadır.

Öte yandan maslahata uygunluk (opportinite) ilkesi keyfilik, keyfiyet anlamına gelmemektedir. İlkenin keyfi, kanuni düzenlemelere aykırı ya da asli alanı dışını çıkılarak uygulanması neticesinde; kamu davasının mecburiliği ilkesinin uygulanması kısmen dahi bloke edilirse hukuk güvenliği tehlikeye girecek, ceza ve ceza muhakemesi hukukunun etkinliği kaybolacak ve ihkak-ı hak etme eylemleri artacaktır¹⁷².

Ölçülülük ilkesi ve amaca uygunluk beklentileri nedeniyle düzenlenen maslahata uygunluk (=opportinite) ilkesi, bazı suç teşkil eden eylemler hakkında ceza soruşturması veya kovuşturmasını yapmak açısından savcılığın mecburiyetini ortadan kaldırmaktadır. Böylelikle, “*minima non curat praetor*”(hukuk basit/küçük işlerle ilgilenmez) ilkesine ceza muhakemesi hukukunda da yer verildiği görülmektedir. Yeni ceza muhakemesi kanunlarında “*cezaya müstahaklık/liyakat*” ve “*kamuoyunun cezalandırmadaki yararı*” ilkelerine yer verilmediğinden ceza soruşturmasından vazgeçme anlamında maslahata uygunluk ilkesi düzenlenmiştir. Maslahata uygunluk ilkesinin genellikle failin kusurunun az olduğu ya da soruşturmaya konu suçun diğer suçlara oranla daha hafif/basit kaldığı durumlarda uygulandığı görülmektedir¹⁷³.

Maslahata uygunluk ilkesinin üç önemli gerekçesi vardır. Bunlar, failin kusurunun az olması, diğer suçlarla karşılaştırıldığında bu suçun soruşturulup kovuşturulmamasının; soruşturulup kovuşturulmasına göre fail ve toplum menfaati açısından daha faydalı görülmesi ve son olarak suçun cezasının diğer suçlara göre daha az oluşudur. Örneğin toplumda skandal yaratmamak düşüncesi, sanığın yüksek dereceli bir memur oluşu, dış politika mülahazaları, küçük suçluların korunması gibi durumlarda savcı ceza davası açmayabilecektir¹⁷⁴.

¹⁷² Ünver/Hakeri, **1. Cilt**, s. 94.

¹⁷³ Ünver/Hakeri, **1. Cilt**, s. 93.

¹⁷⁴ Özen, s. 135.

Maslahata uygunluk ilkesi, Cumhuriyet savcısına suçun işlendiği konusunda yeterli delile ulaşılsa dahi dava açmama hususunda takdir yetkisi tanımaktadır. Ancak bunun için dava açılmasının, suçtan doğan veya suçlunun cezasız kalmasından doğabilecek zarardan daha büyük bir zarara neden olabileceği kanaatine ulaşılması gerekir ki bu kanaate ulaşmak içinde savcı gerekli soruşturma işlemlerini yapmak zorundadır. Savcıya tanınan takdir yetkisi; kovuşturma mecburiyeti ilkesi uyarınca kanunda öngörülen şartlar ve durumlar mevcut olduktan sonra gündeme gelebilecek bir yetkidir. Başka deyişle, Cumhuriyet savcısı takdir yetkisini yeterli şüphenin tespitinden sonra kullanabilecektir¹⁷⁵.

Cumhuriyet savcısı takdir yetkisi gereği, yaptığı soruşturma neticesinde kamu davası açmaya yeter düzeyde delil elde etmiş ise, iddianame düzenleyebileceği gibi; cezayı kaldıran etkin pişmanlık hükümleri veya şahsi cezasızlık sebeplerini gerekçe göstererek kamu davası açılmasını talep etmeyerek, kovuşturamama kararı da verebilecektir. Lakin soruşturma sonunda toplanan deliller yeterli şüphe oluşturmuyorsa artık maslahata uygunluk ilkesi gereği değil, genel kural gereği yeterli şüpheye ulaşamadığı için kovuşturmaya yer olmadığına karar verecektir. Kısaca iddianame düzenlenebilmesi için gerekli olan yeterli suç şüphesinin bulunup bulunmadığının tespiti bakımından Cumhuriyet savcısının takdir yetkisi bulunmamaktadır¹⁷⁶.

Soruşturma sonunda toplanan delillerin kamu davasının açılmasında yeterli olmaması halinde maslahata uygunluk ilkesi uygulanmayarak, yeterli delilin bulunmaması nedeniyle takipsizlik kararı verilmesi doğru bulunsa da bu karar; sonradan elde edilecek yeni deliller ile yeni bir soruşturmanın açılmasını engellemediğinden şüphelinin aleyhine olduğu ileri sürülmüştür. Bizim de katıldığımız görüş uyarınca bu durum aslında şüphelinin lehinedir. Zira maslahata uygunluk ilkesin uygulamak işi belirsiz olarak kapatmak anlamına geldiğinden, şüphelinin aklanmasına hizmet etmemektedir¹⁷⁷.

Belirtelim ki; mezkur fıkradaki sakınca, olsa olsa failin değil mağdurun/ suçtan zarar görenin himaye edilmemesi olabilecektir. Savcı takdir yetkisini; iddianamenin düzenlenmesi yönünde kullansa dahi, etkin pişmanlık ya da şahsi cezasızlık sebebinin bulunması halinde

¹⁷⁵ Centel/Zafer, s. 536; Öztürk, **Koğuşturma Mecburiyeti**, s. 200.

¹⁷⁶ Aslan, s. 52; Özen, s. 135, Ünver ve Hakeri'ye göre "*Savcının yeterli delilin olup olmadığı hususunda hukuksal denetime açık bir takdir yetkisi vardır fakat savcının delilleri değerlendirme yetkisi bulunmamaktadır.*" Ünver/Hakeri, **1. Cilt**, s. 88.

¹⁷⁷ Ünver/Hakeri, s. 95.

fail hakkında verilecek olan karar, ceza verilmesine yer olmadığı kararı olacak fail hakkında mahkumiyete hükmedilmeyecektir. Oysa ki, savcı takdir yetkisini kullanırken somut olayın muhakemesinde ya da etkin pişmanlık ve şahsi cezasızlık sebeplerinin varlığında herhangi bir hata yapması halinde, failin kovuşturulamamasına neden olacak ve failin eylemi cezasız kalacaktır. Bu nedenle de, savcının takdir yetkisini kullanırken yaptığı bir hata neticesinde failin cezasız kalmasını engellemenin yegane yolu savcının kovuşturmama kararına karşı başvurulabilecek idari ya da adli bir denetim mekanizmasının getirilmesidir.

CMK m.171/1'e yönelik eleştirilerden biri de savcının takdir yetkisi kullanımının yasa koyucu tarafından somut ya da sübjektif herhangi bir kritere bağlanmamış olmasıdır¹⁷⁸. Doktrindeki görüşlerin çoğu, savcılığa somutlaştırılmaksızın soyut bir şekilde tanınan kamu yararı ölçütüne dayalı takdir yetkisinin sorunlu olduğunu; kamu yararı kavramının somut bir kararın dayanağı ve gerekçesi olarak muğlak ve belirsiz bir kavram olduğunu öyle ki bu durumun savcılar lehine büyük bir takdir alanı oluşturduğunu ifade etmişlerdir¹⁷⁹.

Yine aynı şekilde takdir yetkisinin; belli standartlarda bir uygulama yeknesaklığını garanti edilebilmesinin güç olduğu, zira savcı takdir yetkisini kullanırken herhangi bir kriter öngörülmediğinden, aynı olayla ilgili kimi savcı iddianame düzenleyerek kamu davasının açılmasını talep edecekken kimi savcı ise kovuşturmaya yer olmadığına karar verebileceğinden bu durumda, uygulamada yeknesaklık sağlanamayacağı ve hiçbir hukuksal ölçüt aranmadan sadece şahsi cezasızlık nedeni ve etkin pişmanlık hükümleri çerçevesinde takdir yetkisini kullanıp kullanmama savcının iradesine bırakıldığından, bu durumun eşitsizliğe, suiistimallere ve keyfiliğe neden olabileceği de ileri sürülmüştür¹⁸⁰.

Kanaatimizce, maslahata uygunluğa dayalı düzenlemeler aracılığıyla cezanın genel ve özel önleme amaçları da gerçekleştirilmek isteniyorsa failin kovuşturulmasında kamu yararının bulunmuyor olmasının ve failin kusurunun az olmasının kamu davası açmaktan vazgeçilmesi bakımından bir kriter olarak kabul edilmesi yeterli olduğundan; takdir yetkisinin sınırlandırılması için ilave sübjektif ölçüte ihtiyaç bulunmamaktadır¹⁸¹. Zira cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümleri ve şahsî cezasızlık sebepleri ile savcının takdir

¹⁷⁸ Centel/Zafer, s. 577; Ünver/Hakeri, s. 1323.

¹⁷⁹ Kudlich, s. 362; Meraklı, s. 173; Kartal, s. 205-207; 171. maddenin birinci fıkrasına “ kamu yararı şartının” eklenmesi yönünde bkz. Yenisey/Nuhoğlu, s. 691.

¹⁸⁰ Ünver/Hakeri, **3. Cilt**, s. 1324; Aynı yönde Heghmanns'ın görüşleri için bkz. Kudlich, s. 363.

¹⁸¹ Aynı yönde Jehle'nin görüşleri için bkz. Kudlich, s. 362.

yetkisini kullanacağı haller sınırlandırılmıştır. Kamu davasının açılmasında savcı takdir yetkisini kullanırken failin kusurun ağırlığı ve kusurlu şekilde yol açılan netice açısından özel ve genel önleme düşüncesinin esas alması da diğer bir kıstastır¹⁸². Kaldı ki savcı takdir yetkisini iddianamenin düzenlenmesi yönünde kullansa dahi, yapılan yargılama neticesinde yüksek muhtemel fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir.

Ayrıca CMK m.171/1, Cumhuriyet savcısına sınırsız bir takdir yetkisi vermemektedir ve tanınan takdir yetkisinin asıl amacı mahkemelerdeki iş yığılmasının ve bu yığılmadan kaynaklanan kalite ve etkinlik yetersizliğinin önüne geçebilmektir¹⁸³. Mezkur madde kapsamında tanınan takdir yetkisinde fail tarafından işlenmiş bir suç bulunsa dahi, failin cezalandırılmasını engelleyen nedenler mevcuttur. Bu nedenle de yasa koyucu uzun yıllar sürecek kovuşturma neticesinde elde edilecek değişmez sonucu, soruşturma neticesinde elde etmeyi hedeflemiştir. Zira madde kapsamındaki hallerde; fail hakkında yargılama neticesinde mahkumiyet kararı verilmeme ihtimali, mahkumiyet kararı verilme ihtimalinden daha yüksektir.

Kaldı ki; takdir yetkisi özü itibarıyla denetlenebilen bir yetkidir ve gerekli denetim sağlandığı takdirde, kamu davası açılması için kamusal bir yararın söz konusu olmadığına ilişkin belirleme, takdir yetkisinin kullanılması bakımından yeterli kabul edilmelidir¹⁸⁴.

Ayrıca savcının takdir yetkisini kullanırken yasa koyucu tarafından herhangi bir subjektif ölçüte yer verilmemesinin birtakım sakıncalara yol açacağını savunan yazarlar,

¹⁸² Aynı yönde Volker'in görüşleri için bkz. Kudlich, s. 363.

¹⁸³ "Tasarının temel amacı yargılamanın, adil yargılama ilkesine tam sadık kalınarak sür'atlendirilmesi 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." Madde gerekçesi

¹⁸⁴ Heghmanns' a göre "Savcının kamu davası açmama yönündeki kararı da bağımsız bir takdir yetkisinin kullanılmasına dayandırılmamalıdır. Zira bu tarz uygulamalar açısından belli standartlarda bir uygulama yeknesaklığının garanti edilebilmesi güçtür. Buna karşın "kamu yararı" kavramına ilişkin sınırların genel anlamda amaca uygun bir şekilde belirlenmesi halinde, kamu davası açılması için kamusal bir yararın söz konusu olmadığına ilişkin belirlemenin bu takdir yetkisinin kullanılması bakımından yeterli kabul edilmesi mümkündür (bkz. Şahsi davalık suçlar için Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m.376). Başka bir anlatımla şayet "kamu yararının eksikliği" kavramı, açık ve net bir şekilde bir kamu davasının açılmasında genel veya özel önleme ihtiyacının söz konusu olmadığıyla paralel bir anlam bütünlüğü içinde değerlendirilirse ve bu değerlendirmeler denetlenebilir bir niteliğe bürünürse bu takdirde kamu davasının açılmaması yönünde kullanılan takdir yetkisinin kamu yararı kavramıyla ilişkilendirilmedi refleksini anlaşılır kabul etmem mümkündür." Bkz. Kudlich, s. 363; Aynı görüşte olan Volker kovuşturma mecburiyeti ilkesine istisna getirilmesini bu istisna hükümlerin sonradan denetlenebilmesi mümkün olduğu sürece bir hukuk devletinde hukuka uygun bulmaktadır. Bkz. Kudlich, s. 363.

sübjektif ölçütlerle ilgili somut bir tespit de bulunmamış, söz konusu sübjektif ölçütlerin nelerden ibaret olduğu ile ilgili bir değerlendirme yapmamışlardır.

Cumhuriyet savcısı, maslahata uygunluk ilkesi gereği takdir yetkisini yükümlülüklerine uygun kullanmalı, keyfi davranmamalıdır. Bu nedenledir ki, savcıya temel bir takdir yetkisi tanıyan sistem olarak maslahata uygunluk sisteminin yasada açık normlarla düzenlenmesi zorunludur. Savcı bu tür bir takdir yetkisini ancak bir yasadan ve bu yasanın öngördüğü bu sistemden alabilir. Gerek kovuşturma mecburiyeti ilkesini sınırlandıran kanuni düzenlemelerin gerekse takdir yetkisinin sınırlarının yasayla açıkça belirlenmesi zaruridir¹⁸⁵.

1.4.4.1 Maslahata Uygunluk İlkesinin Lehindeki Ve Aleyhindeki Görüşler

1.4.4.1.1 Maslahata Uygunluk İlkesinin Lehine Görüşler

Geçmişte, meydana gelen fiile dayanarak adaleti gerçekleştirmeyi amaç edinen ödetici adalet görüşü, günümüz çağdaş ceza muhakemelerinde terkedilmiş ve ileriye dönük zararları önleme, cezalandırmada belli bir “ faydanın” sağlanması gerektiği görüşleri ön plana çıkmıştır ki bu fikirler maslahata uygunluk ilkesinin temelini oluşturmaktadır¹⁸⁶.

Cezaların ferdileştirilmesi ilkesi gereğince, aynı suçu işleyen kişilere aynı ceza verilmemeli; her ne kadar işlenen suç aynı bile olsa, suçu işleyen kişiler farklı olduklarından suç işleyen kişiye uygun müeyyide ve önlemler uygulanmalıdır. Buradaki kıstas, işlenen suçun ağırlığı veya hafifliği değil, işleyen kimsenin iyileştirilmesine uygun bir müeyyide bulunmasının gerekliliğidir. Alınan önlem; o kişinin yeniden suç işlemesini önlemeye hizmet etmelidir. Kimi kişiler bakımından dava açmadan işi geçiştirmek, iyileştirilmesi bakımından daha uygun düşebilirken bazı kişilerin kişiliği onun daha ağır veya hafif cezalandırılmasını gerektirebilmektedir. Kısaca, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin uygulanması durumunda, çağdaş anlayışın bir gereği olan “cezaların ferdileştirilmesi” mümkün olmadığından, burada maslahata uygunluk ilkesinin önemi daha belirgin bir şekilde ortaya çıkmaktadır¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Özen, s. 713; Yurtcan, s. 63.

¹⁸⁶ Yenisey/Nuhoğlu, s. 716; Volker’a göre, maslahata uygunluk ilkesi kovuşturma serbestisi anlamına gelmemekte olup, kanuni düzenlemelerin izin verdiği oranda kovuşturma mecburiyetinin sınırlandırılmasıdır. Dolayısıyla takdir yetkisinin kabul edilebilmesi belirli koşullara bağlı bir yetki olarak düzenlenmesine bağlıdır. Zira maslahata uygunluk ilkesi suçla mücadeleyi amaca uygun bir şekilde yürütmeyi amaçlamaktadır. Bkz. Kudlich, s. 363.

¹⁸⁷ Öztürk, *Koğuşturma Mecburiyeti*, s. 38.

Ferdileştirme kadar iyileştirme yöntemlerinin de temel taşı suçluların gözlemi olduğundan, gözleme dayanan modern ceza muhakemesinde maslahata uygunluk ilkesi daha çok uygulama alanı bulmaktadır. Modern iyileştirme vasıtalarının tatbiki kişiden kişiye farklılık göstereceğinden hangi vasıtanın hangi hallerde uygulanacağını kanunen suçun işlenmesinden önce tayini mümkün değildir. Bu nedenle fiile ve faile uygun vasıtayı tayin edebilme yetisi salt hakimler tarafından değil savcılar tarafından da kullanılmalıdır. Kaldı ki, genç suçluların takipsizlik kararı neticesinde yeniden suç işlemekten çekindiklerinin tespit edildiği de doktrinde savunulmuştur¹⁸⁸.

Eşitlik ilkesini sağlamada maslahata uygunluk ilkesinin mecburilik ilkesinden daha etkin bir araç olduğu düşüncesi de yaygın bir görüş olarak kabul görmüştür. Kanun önünde eşitlik ilkesinin günümüzde mutlak değil, nispi anlamda anlaşıldığı ve mutlak eşitliğin en büyük eşitsizlik olduğunu öne süren yazarlar; eşitliğin, eşit olanların eşit muameleye tabi tutulması anlamına gelmediğini, aynı fiili işlemekle birlikte aynı durumda bulunmayan kimseler bakımından dava açmakta ayrı davranılmasına imkân veren maslahata uygunluk ilkesinin, farklı durumlarda bulunanlar hakkında eşit davranmayı gerektiren mecburilik ilkesinden daha fazla eşitlik ilkesine hizmet ettiğini belirtmişlerdir¹⁸⁹.

Maslahata uygunluk ilkesini destekleyen görüşlerden biri de devletin cezalandırma yetkisine sahip olduğu gibi, bu yetkiden vazgeçme hak ve yetkisine de sahip olması gerektiğidir. Şikayete bağlı suçlarda mağdur kovuşturmanın gerekli olup olmadığını takdir ederken devletin böyle bir yetkiden yoksun olmaması gerektiği ileri sürülmüştür. Şahıslara şikayet hakkı tanımakla korunan menfaatin, soruşturma ve kovuşturma makamları tarafından kamu yararı çerçevesinde kullanılan takdir yetkisi ile de korunması mümkündür. Kaldı ki, maslahata uygunluk sisteminde dava açmama toplum adına şikayetten vazgeçme, affetme olarak dahi düşünülebilir ki, af yasasından farklı olarak savcının aynı fiil için yeniden dava açmasını engelleyen bir durum da söz konusu değildir¹⁹⁰.

Maslahata uygunluk ilkesi hukuki gelişimin bir sonucudur ve bir suç işlendiğini öğrenen kolluk veya savcılık olayı mahkemeye götürmek gibi bir tek seçeneğe sahip olmak yerine, çeşitli seçeneklere sahip olmalıdır. Ancak bu şekilde, mahkemelerdeki iş

¹⁸⁸ Tosun, s. 62.

¹⁸⁹ Tosun, s. 63; Öztürk, **Koğuşturma Mecburiyeti**, s. 38-39.

¹⁹⁰ Tosun, s. 48-49.

yığılmasından kaynaklanan kalite ve etkinlik yetersizliğinin önüne geçilebilir. Her suçun kovuşturulması yerine, bir suçla karşılaşan soruşturma ve kovuşturma organlarının sahip olması gereken seçenekler çeşitlendirilmelidir. Özellikle suçlunun çok genç olduğu veya suçun ehemmiyetsiz olduğu durumlarda başvurulabilecek olan hiçbir işlem yapmamak ya da alternatif çözüm yöntemlerini uygulanmak mahkemelerin yükünü hafifletecektir¹⁹¹.

Ayrıca, maslahata uygunluk ilkesi sayesinde, hayatında ilk defa suç işleyen kişiler ya da gençler zorlu soruşturma ve kovuşturma sürecini yaşamayacaklarından kendine ve devlete olan güvenlerini kaybetmeden ıslah edilmiş olacak, topluma uyum sağlamada zorluk çekmeyeceklerdir. Hürriyeti kısıtlayıcı ağır yaptırımlarla karşılaşmamaları halinde ailevi yükümlülük ve ödevlerini yerine getirebilecek; maddi ve manevi zarara da uğramayacaklardır¹⁹².

1.4.4.1.2 Maslahata Uygunluk İlkesinin Aleyhine Görüşler

Maslahata uygunluk ilkesinin mutlak eşitlik ilkesine aykırı olduğu, aynı suçu işleyen bazı kişilerin cezalandırılırken, bazılarının cezalandırılmamasının toplumun adalete olan inancını zedeleyebileceği, ilkenin dayanağını oluşturan kamu yararı prensibinin muğlaklığı nedeniyle her savcının kullanacağı takdir yetkisinin kıstaslarının farklılaşacağı ve bu durumun dava açmada keyfiliğe neden olacağı ileri sürülmüştür¹⁹³.

Maslahata uygunluk ilkesinin, hakim tarafından mahkûmiyet kararı verilebilmesi ihtimal dahilinde bulunan durumlarda savcıya takipsizlik (kovuşturmama) kararı verebilme imkânı getirdiği için savcıcı “süper hakim” tahtına çıkardığı, bu nedenle de hakim ve savcı

¹⁹¹ Bıçak, s. 128-129 Aynı yönde Tosun’a göre “Gramatica’ya göre ferdileştirme ve iyileştirme yöntemlerinin uygulanabilmesi için sanığın şahsiyetinin araştırılması zorunludur. Savcı hem fail hem de işlenen fiil hakkında yapacağı araştırma neticesinde dava açılıp açılmamasına karar verecektir ki, bu teferruatlı araştırma nedeniyle savcı yoğun bir mesai harcayacaktır. Bu nedenle takdirilik ilkesinin savcının soruşturma aşamasındaki iş yükünü azaltmayacağı aşikardır. Cumhuriyet savcısı; takdir yetkisini kullandığı durumlarda da yeterli suç şüphesinin ve takdir yetkisi kullanma unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit edene kadar bir mesai harcamak durumunda kalacaksa da, işlenen her suçun kovuşturulmaması mahkemelerin iş yükünün azalmasına neden olacaktır. Bu nedenle yazarın görüşünü tasvip etsek de maslahata uygunluk ilkesinin mahkemelerin iş yükünü azaltacağı kanaatindeyiz.” Bkz. Tosun, s. 62.

¹⁹² Öztürk, **Koşuşturma Mecburiyeti**, s. 40-42.

¹⁹³ Tosun, s. 63. Her iki ilkenin de lehine ve aleyhine olan görüşler birbirlerinin karşısı olduklarından, kovuşturma mecburiyeti ilkesi lehine olan görüşler başlığı altında açıkladığımızdan maslahata uygunluk ilkenin hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı ve eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmediği ve keyfiliğe neden olmadığı yönündeki görüşleri burada yinelemiyoruz.

arasında bir yetki bölüşümü sorunu haline gelebileceği, hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkelerine ayrılık teşkil edeceği iddia olunmuştur¹⁹⁴.

Modern hukukta, suçtan mağdur olan kişinin de haklarının korunması gerektiği ve maslahata uygunluk ilkesinin bu konuda eksik kaldığı ileri sürülmüş ve suçtan zarar görenin kamu davası açılmaması konusunda bir yararının bulunmasının gerekip gerekmediği tartışılmıştır. Yabancı ülke ceza muhakemelerinin bazıları mağdurun zararının giderilmesini talep etmesi halinde maslahata uygunluk ilkesinin uygulanmayacağını kabul etmişken, bazı yasalar; ölçülülük ilkesinin objektif kriterlere dayalı biçimde uygulanabilmesi için koşulların varlığı halinde mağdurun iradesine aykırı dahi olsa maslahata uygunluk ilkesinin uygulanması gerektiğini benimsemişlerdir. CMK m. 171’de belirtilen şartlardan herhangi birinin varlığı halinde suçtan zarar gören veya mağdurun rızası aranmaksızın maslahata uygunluk ilkesi uygulanacaktır. Ünver ve Hakeri “suçtan zarar gören ya da mağdurun rızası olmasa dahi” ibaresinin madde metninde yer alması gerektiğini ifade etmişlerdir¹⁹⁵.

Maslahata uygunluk ilkesinin hukuki barışı sağlamada da yetersiz kaldığı; savcı tarafından aşırı ve keyfi şekilde kullanılacak takdir yetkisinin hukukta kovuşturma boşluğu doğuracağı ve bu şekilde hukuk devletinin hukuk barışını koruma fonksiyonunun kaybolacağı ileri sürülmüştür¹⁹⁶. Ayrıca, amaç ile araç arasında makul bir oranın olmasını ifade eden orantılılık ilkesinin de maslahata uygunluk ilkesi ile bağdaşmayacağı ve toplumda bazı suçların cezalandırılmadığı kanısı yaratacağından suç sayısında artışın meydana gelebileceği ilkeye getirilen bir diğer eleştiridir¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Öztürk, s. 34; Aksi görüşte olan Meraklı, savcıya tanınan takdir yetkisinin hakimlerin işlevini ortadan kaldıracığı görüşünün altında ana neden olarak savcısının yürütmeye hakim in ise yargı erkine dahil olduğu ve şüpheli ya da sanıklara ceza verebilecek ya da cezasız bırakabilecek tek makamın hakimler olduğu düşüncesinin yattığını ve bu nedenle de takdirilik ilkesinin kuvvetler ayrılığına aykırı oluşu nedeniyle eleştirildiğini ileri sürmüştür. Bkz. Meraklı, s. 70; Bizim de katıldığımız görüş uyarınca bu tespit doğru değildir. Savcılık her ne kadar idari yapılanma bakımından hiyerarşik bir düzene sahipse de salt yürütme erkine dahil bir makam olarak değerlendirilemez. Savcının yürüttüğü iddia faaliyeti adalete ilişkin bir faaliyetdir ve adalete dahil tek faaliyet yargılama faaliyeti değildir. Savcının görevi öğretide, adalete ilişkin idari bir görev olarak nitelendirilmiş ve anayasal devlet düzeni içinde yürütmeye, fonksiyon olarak yargı erkine yaklaşan suigeneris bir özelliği bulunduğu belirtilmiştir. Cumhuriyet savcısı salt yürütme erki içinde değerlendirilemeyeceğinden Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınması kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir. Kaldı ki, Cumhuriyet savcısı takdir yetkisini kullanarak dava açılmamasına karara verdiği durumlarda da mahkemeye ait bir yetkiyi kullanmamaktadır. Bkz. Centel/Zafer, s. 131-133.

¹⁹⁵ Ünver/Hakeri, s. 94.

¹⁹⁶ Eser, s.36-37; Aksi Görüşte olan Öztürk ise, şahsi hak davası ve şahsi dava ile mağdurun menfaatlerinin korunmasının mümkün olduğunu, böylelikle hem taraf eşitliğinin gözetileceğini hem de mağdur suç karşısında yaşadığı manevi ıstırapın içinde yalnız bırakılmadığından hukuki barışın da sağlanacağını ileri sürmüştür.” Bkz. Öztürk, s. 35.

¹⁹⁷ Öztürk, s. 36.

İlke aleyhine ileri sürülen bir diğer görüş ise, savcı tarafından verilen takipsizlik kararının faili olumsuz yönde etkileyebilecek olmasıdır. Üstüne atılı suçu işlemediğini hakim huzurunda ispat edip aklanabilecekken, takipsizlik karar ile failin bu hakkının engellenmesi hakkaniyete aykırıdır. İsviçre hukukunda, şüphelinin iradesine aykırı olması halinde ilkenin uygulanmaması gerektiği düzenlenmiştir. Ünver ve Hakeri; maslahata uygunluk ilkesinin, suçsuzluk karinesi ve yargısal aklanma hakkı ile doğrudan ilişkili olduğunu ve şüphelilerin bu gibi durumlarda takipsizlik kararı ile yetinmeye zorlanmalarının hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırılamayacağını ileri sürmüştür¹⁹⁸. Bizimde katıldığımız görüş uyarınca, CMK da bu hususun düzenlenmemesi ve somut olayda bu tür bir inceleme yapılmadan; failin iradesine aykırı olarak, sadece gerekli şartların varlığı nedeniyle maslahata uygunluk ilkesinin uygulanması hatalıdır.

Anglo-Amerikan hukuk literatüründen alınan kamu tanığı (=Köstebek=Baş Tanık=Kronzeuge) kavramı da; maslahata uygunluk ilkesiyle ilgili tartışmaya konu olan bir diğer husustur. Soruşturma evresinde kamu tanıklığı yapacak şüpheli hakkında maslahata uygunluk ilkesinin uygulanıp uygulanmaması tartışılmış, İsviçre doktrini kamu tanığı olacağını belirten bir kimsenin ceza sorumsuzluğunun önceden garanti edilemeyeceğine kanaat getirmiştir. Ülkemizde de yalnızca bazı suçlar açısından benzer bir kamu tanıklığı kurumu uygulanmaktadır. İsviçre doktrinine paralel şekilde ülkemizde de; henüz soruşturma aşamasında iken, kamu tanıklığı yapacak olan şüphelinin cezalandırılmamasını önceden tasavvur etmek ve güvence altına almak mümkün olmadığından kamu tanıklığı yapacak şüpheli hakkında maslahata uygunluk ilkesinin uygulanmaması gerektiği kabul edilmiştir¹⁹⁹.

Cumhuriyet savcısının siyasi ve toplumsal baskılar ya da maddi menfaat ve ikbal temini gibi nedenlerle etki altında kalabileceği doktrinde bugün dahi tartışılmakta, bu durumun toplumun adalet inancını sarsacağı gibi yargılama makamları ile devlete olan inanç ve güveni de zedeleyeceği ifade edilmiştir²⁰⁰.

¹⁹⁸ Ünver/Hakeri, s. 95.

¹⁹⁹ Ünver/Hakeri, **1. Cilt**, s. 95-96.

²⁰⁰ Tosun ve Öztürk, hem kovuşturma mecburiyeti hem de maslahata uygunluk ilkesinin suiistimale açık olduğunu ve bütün meselenin savcılarının kalitesinde olduğunu ifade etmişlerdir.” Bkz. Tosun, s. 64; Öztürk, **Koğuşturma Mecburiyeti**, s. 40; Volker; kamu davası açma bakımından savcılığa tanınacak takdir yetkisinin savcılarının siyasi etki altında kalması tehlikesini de beraberinde getirip getirmediğinin de her ülkenin kendi siyasi ortamına bağlı bir husus olduğu kanısındadır. Zira siyasetin, savcılık kurumunu yalnızca hukukun ve adaletin güvence altına alınmasını sağlayan bir kurum olarak görmeyip bunun yanında pozitif ceza hukuku ile eşdeğer ya da onu aşar değerde olduğu düşünülen devletin yüce çıkarlarının uygulanmasına yönelik bir araç olarak görmesi ve buna bağlı olarak savcılık makamının siyasetin bir kolu olarak faaliyet göstermesi durumunda bu tür bir

Şüphesiz her iki ilkenin lehe ve aleyhe görüşlerine katılmakla birlikte kanaatimizce maslahata uygunluk ilkesinin erkler ayrılığına, eşitlik ve hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil ettiği yönündeki eleştiriler günümüz itibarıyla ehemmiyetini kaybetmiştir. Zira değişen süreç içerisinde adaletin tesis edilme amacına mutlak eşitlikten ziyade nispi eşitliğin daha çok katkı sağladığı ve cezaların ferdileştirilmesi anlamında eşitliğin gerçekleştirilmesinde maslahata uygunluk ilkesinin daha elverişli bir araç olduğu yadsınmamaktadır. Yine aynı şekilde Cumhuriyet savcısı takdir yetkisini kullanarak dava açılmamasına karara verdiği durumlarda da mahkemeye ya da yasama organına ait bir yetkiyi kullanmadığından maslahata uygunluk ilkesi kuvvetler ayrılığına aykırılık da teşkil etmemektedir.

Öte yandan maslahata uygunluk ilkesinin ceza hukukunun son araç olma karakterinin muhafaza edilmesi noktasında destekleyici bir özelliğe ve mahkemelerin iş yükünü hafifletici niteliğe sahip olduğu da kabul edilmelidir. Bu bağlamda küçüklerin işledikleri suçlarda ve cezası daha hafif olan tüm suç tiplerinde kamu yararının gözetilmesi koşuluyla savcının takdir yetkisinin genişletilebileceği kanaatindeyiz.

Sonuç olarak; mecburilik sisteminin mi yoksa maslahata uygunluk sisteminin mi daha iyi olduğu tartışmalı bir mesele olup hangi sistemin daha iyi olduğunun tespiti toplumların yapısına, etik ve kültürel değerlere ve gelişmişlik seviyesine göre farklılık göstermektedir²⁰¹.

Ceza muhakemesi hukukumuz uyarınca kanaatimizce, kovuşturma mecburiyeti ilkesi öncelikle savcılarının yürüttükleri soruşturmaları belli bir standartta ve salt olgusal kriterlere göre sonuca bağlamalarını güvence altına almak adına muhafaza edilmeli ve bu özelliği tehlikeye düşürmediği sürece kamu davası açma yükümlülüğüne yönelik istisnaların tesis edilmesi kabul edilebilir. Diğer bir ifadeyle maslahata uygunluk ilkesini benimsemek yerine günümüz şartlarında Cumhuriyet savcısına sınırlı bir takdir yetkisi tanımak yerinde olacaktır.

tehlike her zaman mevcuttur. Volker' a göre çözüm savcılık kurumunun hukuka ve kanunlara sıkı bir şekilde uyma zorunluluğu bulunan bir kurum şeklinde yapılandırılmasından geçmektedir. Kudlich, s. 367.

²⁰¹ Ceza Hukuku Milletlerarası 5. Kongresi (Cenevre 1947) mecburilik sisteminin mi yoksa maslahata uygunluk sisteminin mi daha iyi olduğu meselesi tartışılmışsa da, fikirlerin ayrılığı karşısında esas hakkında bir karara varamayarak meselenin 6. Kongrede yeniden ele alınmasını kararlaştırmıştır. Fakat 6. ve daha sonraki kongrelerde bu mesele gündeme alınmamıştır. Sadece 1964 de Lahey'de toplanan 9. Kongrede, kovuşturma organlarının ceza muhakemesindeki rolü nedeniyle bu meseleye de değinilmiş ve iki sisteminde iyi bir adalet dağılımını sağlayacak tedbirler alınması şartıyla kabul edilebileceği ve bu tedbirlerin de değerinin iyice araştırılmasının zorunlu olduğu sonucuna varılmıştır.

1.5 Takdir Yetkisinin Benzer Kurumlar İle Karşılaştırılması

1.5.1 Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi

CMK m. 171/1 gibi, Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınan bir diğer kurum da, CMK m.171/2’de düzenlenen kamu davasının açılmasının ertelenmesi müessesesidir. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi müessesesinin kapsamı 17/10/2019 tarihli yasa ile genişletilmiş ve Cumhuriyet savcısına; uzlaştırma ve ön ödeme kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere, üst sınırı üç yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda, yeterli şüphe bulunsa dahi kamu davasının açılmasını beş yıl süreyle erteleyebilme yetkisi tanınmıştır²⁰².

Diğer bir deyişle, Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresi sonunda suçun işlendiği konusunda yeterli şüpheyi ulaştığında iddianameyi düzenleyebileceği gibi, iddianame düzenlemekte yarar görmeyerek, iddianamenin düzenlenmesini erteleye de bilmektedir. Bu hususta yasa koyucu; kovuşturma mecburiyeti ilkesinin istinası olarak Cumhuriyet savcısına bir takdir yetkisi tanımıştır²⁰³.

Kanaatimizce, CMK m. 175/1 ile m. 171/1 arasındaki terminoloji çelişkisi CMK m. 175/1 ile 171/2 arasında da mevcuttur. Zira mezkur kurum ile savcı sadece iddianamenin düzenlenmesini ertelemektedir ve CMK m. 175/1 gereği kamu davası, iddianamenin Cumhuriyet savcısı tarafından düzenlenmesi ile değil mahkeme tarafında kabulü ile açıldığından “kamu davasının açılmasının ertelenmesi” ibaresi yerine “iddianamenin düzenlenmesinin ertelenmesi” ibaresinin kullanılması daha yerinde olacaktır²⁰⁴.

²⁰² Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu, hukuk sistemimize ilk olarak 15.07.2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nun 19. maddesi kapsamında yapılan düzenleme ile girmiştir. Ancak 06.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanunun 22. maddesi ile CMK’nın 171. Maddesinde yapılan değişiklikle, ÇKK’daki düzenleme, CMK’ya taşınarak bir muhakeme usulüne dönüştürülmüştür. Mülga düzenleme uyarınca soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan ve üst sınırı 1 yıl veya daha az olan hapis cezası gerektiren suçlarda iddianame düzenlemek için yeterli şüphenin varlığına rağmen Cumhuriyet savcısı kamu davasının açılmasını erteleyebilmekteydi.

²⁰³ Centel/Zafer, s. 578; Soyaslan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 388.

²⁰⁴ Ünver/Hakeri, **3. Cilt**, s. 1326; Centel ve Zafer’e göre; “Bu kurumla öncelikle iddianamenin düzenlenmesi ertelenmektedir. Çünkü 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’na göre, kamu davası Cumhuriyet savcısı tarafından düzenlenen iddianame ile değil, iddianamenin mahkeme tarafından kabulüyle açılmaktadır (CMK m. 175/1). Bu nedenle kamu davasının açılmasının ertelenmesi adı altında düzenlenecek bir kurum, ancak mahkemenin yetkisinde olabilir. Oysa ki, CMK m. 171/2’de Cumhuriyet savcısı tarafından iddianamenin düzenlenmesinin ertelenmesi öngörülmüştür.” Bkz. Centel/Zafer, s. 578; Aynı yönde Özen’e göre; “Erteleme kelimesi bağlı bir kelimedir. Bağlandığı kelime ise, açılma ve düzenlemedir. Bu durumda bağlı kelime, bağlandığı kelime üzerinde anlam kazanır. Kamu davasının açılması CMK m. 175/1 uyarınca mahkemenin

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu ile şüphelinin devlete yük olmadan ıslah olması, işine devam edip ailesine ve topluma katkı sağlaması ve basit bir suç nedeniyle failin toplumdan dışlanmaması, toplum huzurunda lekelenmemesi ve mahkemelerin iş yükünün azaltılması amaçlanmıştır²⁰⁵. Kamu davasının açılmasında Cumhuriyet savcısına tanınan takdir yetkisi gibi kamu davasının açılmasının ertelenmesinin de hukuki neticesi, failin cezalandırılmadan muhakemenin sonlandırılmasıdır. Zira he ikisi de ceza yargılaması dışına çıkarma (diversion) kurumu niteliğindedir.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu ile amaçlanan bir başka husus da onarıcı adalet anlayışı kapsamında mağdurun suç nedeniyle uğradığı ve Cumhuriyet savcısı tarafından tespit edilen zararın fail tarafından giderilerek toplumsal barışın ve kamu yararının sağlanmasıdır²⁰⁶.

Kurumun, CMK m. 171/1 kapsamında tanınan takdir yetkisi ile bir diğer benzerliği ise, yeterli şüpheyne ulaşılmasına karşın kamu davasının açılmasından sarfi nazar edilerek erteleme süresince kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde fail hakkında kovuşturmaye yer olmadığı kararı verilmesini sağlayarak, kovuşturma mecburiyeti ilkesine bir istisna teşkil etmesidir²⁰⁷. Lakin CMK m. 171/1’ den farklı olarak şüphelinin bu kurumdan yararlanabilmesi savcılık tarafından belirlenen edimi yerine getirmesi şartına bağlıdır.

1.5.1.1 Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesinin Şartları

Üst Sınırı 3 Yıl veya Daha Az Süreli Hapis Cezasını Gerektiren Bir Suçun ve Yeterli Şüphenin Varlığı:

yetkisindedir. Mahkemenin yetkisinde olan bir durumun ertelenmesi de mahkemenin yetkisinde olmalıdır. Bu nedenle, kamu davasının açılmasının ertelenmesi Cumhuriyet savcısının yetkisi içinde değildir. Cumhuriyet savcısı, iddianame düzenleme yetkisine sahiptir. Bu yetki kapsamında iddianamenin düzenlenmesini erteleme yetkisine haizdir.” Bkz. Özen, s. 724.

²⁰⁵ Toroslu/Fevzioğlu, s. 321; Soyaslan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 388.

²⁰⁶ Gümüşay Arif, **Yeni Değişiklikler Işığında Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi**, Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi, C. 4, S. 1, 2021, s. 119.

²⁰⁷ Bozbayındır, s. 892; Aksi görüşte olan Meraklı’ya göre “ Kamu davasının açılmasının ertelenmesi, kovuşturma mecburiyetinin sınırlandırılmasının tipik bir örneği değildir. Bu kurumun suç politikasına ilişkin kritik özelliği, kovuşturma mecburiyetine getirilen diğer istisnalardan farklı olarak yalnızca takipsizlik kararı verme yetkisine ilişkin bir düzenleme getirmiyor olmasıdır.” Bkz. Meraklı, s. 132.

Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verebilmesi için yeterli şüphe sebebinin bulunması, şüphelinin işlediği suçun üst sınırının üç yılı aşmaması, suçun uzlaşmaya ya da ön ödemeye tabi suçlardan olmaması gerekmektedir.

Cumhuriyet savcısı, şüphelinin suçu işlediği hususunda yeterli şüphenin varlığına kanaat ederse, iddianame düzenleyebileceği gibi kamu davasının açılmasının ertelenmesine de karar verebilecektir. Lakin Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini kullanılabilmesi için soruşturma aşamasını tamamlaması ve yeterli şüpheye ulaşması gerekmektedir. Aksi takdirde yeterli şüphe bulunmadığından, şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verecektir²⁰⁸.

CMK m. 171/2, Cumhuriyet savcısına kamu davasının ertelenmesi kararı vermesinde bir takdir yetkisi tanıdıysa da bazı suçlarda Cumhuriyet savcısının erteleme kararı vermesi zorunlu kılınmıştır²⁰⁹. TCK m. 191/1 ve 191/2 gereğince, “kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişiler” bakımından Cumhuriyet savcısı, ertelenme usulünün şartları oluşmasa dahi kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verecektir. TCK 191/2 “kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilir” hükmünü ihtiva ettiğinden Cumhuriyet savcısının bu konuda takdir hakkı bulunmamaktadır. Bu nedenle TCK 191’de düzenlenen suç bakımından Cumhuriyet savcısı, kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar vermekle yükümlüdür²¹⁰.

Öte yandan 17/10/2019 tarihli ve 7188 sayılı kanun ile yapılan değişikle CMK m. 171’e 6. fıkra eklenmiş ve suç işleme potansiyeli yüksek kişilerin tekrar suç işlemesini önlemek ve kamu düzeni ile devletin itibarını korumak için bazı suçlar, kamu davasının

²⁰⁸ Turhan Faruk, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Asil, Ankara, 2006, s. 326; Centel/Zafer, s. 568.

²⁰⁹ TCK m. 191 “*Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*
(2) *Bu suçtan dolayı başlatılan soruşturmada şüpheli hakkında 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 171 inci maddesindeki şartlar aranmaksızın, beş yıl süreyle kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilir. Cumhuriyet savcısı, bu durumda şüpheliyi, erteleme süresi zarfında kendisine yüklenen yükümlülüklerle uygun davranmadığı veya yasakları ihlal ettiği takdirde kendisi bakımından ortaya çıkabilecek sonuçlar konusunda uyarır.*”

²¹⁰ Yavuz, s. 225; Özen, s. 724; TCK m. 191/1 kapsamında verilen erteleme süresinde uygulanan rejim, genel düzenlemeden önemli farklılıklar ihtiva etmektedir. Şöyle ki, erteleme süresi içinde en az bir yıl süreyle şüpheli hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanması ve gerekli olması halinde şüphelinin tedaviye tabi tutulması gerekmektedir. Yine erteleme süresi içinde şüphelinin kendisine yüklenen yükümlülüklerle ya da uygulanan tedavinin gereklerine uygun davranmamakta ısrar etmesi, tekrar kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alması, kabul etmesi ya da bulundurması veya uyuşturucu ve uyarıcı kullanması halinde, kamu davası açılmalıdır.

açılmasının ertelenmesi kurumunun kapsamından çıkarılmıştır²¹¹. Suç işlemek için örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçları ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar, kamu görevlisi tarafından görevi sebebiyle veya kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen suçlar ile asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlar ve cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu uygulanmayacaktır (CMK m. 171/6).

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilmesinin zorunlu olduğu bir diğer hal ise, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 20. maddesidir. Madde gereğince; er ve erbaşlar ile yedek subayların ve yedek astsubayların askere girmeden veya silâh altına çağrılmadan önce işledikleri üst sınırı iki yıla kadar hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından erteleme hükümleri uygulanacak ve soruşturma ve kovuşturma işlemleri askerliklerini bitirmelerine kadar geri bırakılacaktır.

Yine, Cezai Konularda Uluslararası Adli İşbirliği Kanunu m. 24 gereği, şüphelinin yurtdışında olması ya da delillerin yabancı devlette bulunması nedeniyle soruşturma yabancı bir devlete devrilir ise; Cumhuriyet savcısı, Ceza Muhakemesi Kanununun 171 inci maddesinde düzenlenen koşullara ve sonuçlarına bakmaksızın şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar vermek zorundadır²¹².

5395 sayılı Çocukları Koruma Kanunun 19. Maddesi uyarınca CMK'nın 172. maddesindeki şartların varlığı halinde çocuklar bakımından da kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmektedir. Yetişkinler bakımından kamu davasının açılmasının ertelenmesi süresi 5 yıl olarak düzenlenmekteyken, çocuklar bakımından bu süre 3 yıldır.

7188 sayılı kanun ile yapılan değişiklik ile 15 yaşını doldurmamış çocuklar bakımından bir istisna getirilmiş ve kamu davasının açılmasının ertelenmesinde ceza üst sınırı 5 yıl olarak belirlenmiştir (ÇKK m.19/2). Kanun koyucu bu düzenlemeyle 15 yaşını doldurmamış çocukların topluma kazandırılmasının ehemmiyetinden hareketle onlar bakımından suçun cezasının üst sınırını 5 yıla yükseltmiştir.

Uzlaştırma ve Önödeme Kapsamındaki Suçların Önceliği:

²¹¹ Soyaslan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 389.

²¹² Gümüştay, s. 128.

Uzlaşmaya tabi suçlar arasında da şikayete tabi olanlar bulunduğundan, kanun koyucu ön ödeme ve uzlaştırmaya öncelik tanımış ve bu müesseselerin denenmesinden sonra kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmesini kabul etmiştir. Tarafların uzlaşarak bir edim üzerinde anlaşması ve edimi defaten ödemeleri halinde kamu davası açılmayacaksa da uzlaşma konusu edimin ileriki bir tarihe bırakılması, taksite bağlanması ya da süreklilik arz etmesi hallerinde ise kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilecektir. Kaldı ki, erteleme süresi içinde edim yerine getirilmediği takdirde “*kasıtlı suç işleme koşulu*” aranmaksızın kamu davası açılacaktır²¹³. Görüldüğü üzere CMK uzlaştırma ve önödeme ile kamu davasının açılmasının ertelenmesi arasında bir sıralama öngörmüştür²¹⁴.

CMK M. 171/3’de Sayılı Diğer Koşullar:

Kamu davasının açılmasının ertelenebilmesi için yukarıda belirtilen koşulların yanı sıra;

- Şüphelinin daha önce kasıtlı bir suç nedeniyle hapis cezasıyla mahkûm olmamış bulunması
- Yapılan soruşturmada, kamu davası açılmasının ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatinin oluşması
- Kamu davasının açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha faydalı olması
- Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı ve Cumhuriyet savcısı tarafından tespit edilen zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi²¹⁵ koşullarının da birlikte bulunması gerekmektedir²¹⁶.

Belirttiğimiz üzere, şüpheli, kasıtlı bir suç nedeniyle hapis cezasına mahkûm edilmişse ve karar kesinleşmişse hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilemeyecektir. Öte yandan, şüphelinin daha önceden kasıtlı bir suçtan dolayı adli para

²¹³ Yenisey/Nuhoğlu, s. 711.

²¹⁴ Yenisey/Nuhoğlu, s. 690.

²¹⁵ Yenisey ve Nuhoğlu’na göre; hakim denetimi öngörülmeyle, yükümlülüklerin sadece zararın giderilmesi ile sınırlı tutulması hatalıdır. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 153a maddesi örnek alınarak, yükümlülükler yüklenmeli ve yükümlülüklerin yerine getirilmesi için on günlük bir süre belirlenmeli ve diğer seçenekler arasında uyum sağlayan bir düzenleme yapılmalıdır. Bkz. Yenisey/Nuhoğlu, s. 692.

²¹⁶ Ünver Yener, Hakeri Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet, 17. Bası, Ankara, 2020, s. 518; 17/10/2019 tarihli ve 7188 sayılı Kanunun 19. maddesiyle bu fıkra da yer alan “, uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı kalmak üzere” ibaresi madde metninden çıkarılmış, (d) bendinde yer alan “uğradığı zararın,” ibaresi “uğradığı ve Cumhuriyet savcısı tarafından tespit edilen zararın,” şeklinde değiştirilmiştir.

cezasına mahkûm edilmesi ya da taksirli bir suçtan dolayı mahkûmiyet alması erteleme kurumunun uygulanmasına engel değildir²¹⁷. Ayrıca adli para cezasının ödenmemesi nedeniyle cezanın hapse çevrilmesi halinde uygulanan hapis, tazyik hapsi niteliğinde olduğundan, asıl mahkûmiyet adli para cezası olarak varlığını devam ettirecek ve bu durum da ertelemeye engel teşkil etmeyecektir. Yine hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrildiği hallerde ve sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verildiği durumda da mahkûmiyet hali oluşmayacağından erteleme mümkündür²¹⁸.

Öğretide en çok tartışılan hususlardan biri, maddenin 4. fıkrasında yer alan “*erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmediği*” ibaresinin belirsizliğidir. Doktrinde kimi yazarlar, şüphelinin erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlemesinin yeterli olduğunu, mahkûmiyet hükmünün ya da hükmün kesinleşmesinin aranmadığını ileri sürerken, çoğunluk ise soruşturma başlatılması, dava açılması ve hatta mahkûmiyet hükmünün verilmesinin yeterli olmadığını kararın kesinleşmesinin gerektiğini savunmaktadırlar²¹⁹. Kanaatimizce, şüpheli lehine yapılan yorum yerinde olup erteleme süresi içerisinde işlenen kasıtlı suçun kesinleşmesi gerekmektedir. Bu bağlamda maddenin 4. fıkrasında yer alan “*erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmediği*” ibaresi ile 3. fıkarda yer alan “*kasıtlı bir suçtan hapis cezası ile mahkûm olmaması*” ibaresinin belirsizliğinin de kanun koyucu tarafından giderilmesi gerekmektedir.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun uygulanmasında kamu yararı şartı önemli bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Ertelemenin, şüpheli ve aynı zamanda toplum açısından kamu davasının açılmasından daha yararlı olması gerekmektedir. Burada Cumhuriyet savcısı, somut olayda iddianame düzenlenerek kamu davası açılması ile kamu davası açılmamasının olası sonuçlarına göre bir değerlendirme yapacaktır. Ki bu değerlendirmede sadece “kamu yararı” ile sınırlı kalınmayarak şüphelinin de yararı gözetilecektir²²⁰.

Ayrıca Cumhuriyet savcısı, şayet kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verecek olursa, belirleyeceği edimin, kamu davasının açılmasındaki menfaati dengelemesi de

²¹⁷ Özen, s. 724; Ünver/Hakeri, **3. Cilt**, s. 1327; Turhan, s. 34.

²¹⁸ Ünver/Hakeri, **3. Cilt**, s. 1327; Kartal Melik, **Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Kamu Davasının Açılmasında Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi**, 12. Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s. 142,143.

²¹⁹ Karakehya, s. 447; Soyaslan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 389.

²²⁰ Töngür Ali Rıza, **Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme**, Adalet, Ankara, 2009, s. 197; Bozbayındır, s. 894.

gerekmektedir. Zira failin cezalandırılma gerekliliği ile mağdurun suçtan doğan mağduriyetinin giderilmesinin şüphelinin üzerinde kuracağı etki birlikte değerlendirilmelidir. Sadece failin cezalandırılma gerekliliğinin az olması erteleme kararı için yeterli olmayıp, şüpheli de fiilinden ötürü kendini bir zorlama altında hissetmelidir²²¹.

Modern ceza hukuku; suçlunun mutlaka bir ceza yaptırımına tabi tutulması yerine, topluma karşı sorumluluklarını gözden geçirmesine olanak vererek belirli sürelerle tabi tutulacağı gözetim ve denetim neticesinde kişilerin lekelenememe hakkını güvence altına almayı amaçlamıştır. Bu yönleriyle kamu davasının açılmasının ertelenmesi müessesesi şüphelinin lehine bir düzenlemeyse de, uygulanacak yaptırımın sadece mağdurun zararın giderilmesi ile sınırlı tutulması müessesenin eleştirdiğimiz yönüdür. Kaldı ki kimi suçlarda mağdurun zararından bahsetmek de mümkün olmamaktadır.

Son olarak belirtelim ki yapılan soruşturmada, kamu davasının açılmasının ertelenmesi halinde, failin suç işlemekten çekineceği kanaatinin de oluşması gerekmektedir. Cumhuriyet savcısı, şüphelinin suç işlemekten çekineceğine kanaat ederken şüphelinin mesleğini, suç işlemeye şartlarını, ekonomik ve sosyal çevresini, aile yapısını, eğitim düzeyini, geçmişini ve kişiliğini göz önüne alacaktır. Keza failin adli sicil ve arşiv kayıtlarının incelenmesi söz konusu kanaatin oluşmasında katlı sağlayacaktır²²². Ayrıca şüphelinin pişmanlık hali, soruşturma sırasındaki tutum ve davranışları, erteleme şüphelinin geleceği üzerindeki olası etkileri, onu suç işlemeye sevk eden sebepler dikkate alınması gereken diğer unsurlardır²²³. Bu ölçütler kapsamında Cumhuriyet savcısı, şüphelinin suç işlemekten çekinip çekinmeyeceği hususunda takdir yetkisini kullanacaktır.

²²¹ Meraklı, s. 143.

²²² Kartal'a göre " Failin kişilik özellikleri, soruşturma sırasındaki tutum ve davranışları (örneğin, pişmanlık gösterip göstermediği, suçu inkar edip etmediği), onu suç işlemeye sevk eden sebepler ve erteleme fail üzerinde oluşturacağı etki, bu açıdan dikkate alınması gereken diğer hususları oluşturmaktadır. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, failin önceden işlemiş olduğu taksirli suç, söz konusu hususta bir ölçüt olarak kabul edilmemelidir. Zira yasa koyucu, ertelemeye mani olacak önceki mahkumiyeti, kasten işlenen suçlarla sınırlı tutulmuştur. Bkz. Kartal, s. 145,146; Aksi görüş için bkz. Meraklı, s. 143.

²²³ Kartal, s. 146; Meraklı'ya göre; cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi bakımından yararlanılan kriterlere de başvurulabilir. TCK m. 61' deki suçun işleniş biçimi, suçun konusunun önem ve değeri, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı, failin güttüğü amaç ve saik; yine TCK m. 62/2'de takdiri indirim sebebi olarak düzenlenen failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve soruşturma sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi kriterler şüpheli ve toplum açısından kamu davasının açılmasının ertelenmesinin kamu davasının açılmasından daha yararlı olması koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde esas alınmalıdır. Bkz. Meraklı, s. 144.

Kanaatimizce, 3.fıkra ile düzenlenen bu koşul ve kriterler; Cumhuriyet savcısına kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verirken kullanacağı takdir yetkisi açısından bir ölçüt olması yerindedir²²⁴.

1.5.1.2 Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kararı ve Karara İtiraz

CMK m. 171/2 ve 171/3'de düzenlenen şartların ve yeterli şüphenin varlığı halinde Cumhuriyet savcısı, şüpheli hakkında kamu davasını açmayı 5 yıl süreyle erteleyecektir. Süre, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilmesinden itibaren başlamaktadır. Erteleme süresince zamanaşımı işlemeyecek ve duracaktır. Erteleme süresi içinde şüpheli, kasıtlı bir suç işlemezse kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilecek aksi durumda şüpheli hakkında kamu davası açılacaktır. Erteleme süresinin ne zaman başlayacağı hususunda kanunda açık hüküm bulunmasa da; doktrin ve Yargıtay, sürenin erteleme kararının kesinleşmesinden sonra başlayacağını belirtmektedir²²⁵.

Önemli bir husus da, kamu davasının ertelenmesi kararının şüphelinin kabulüne bağlı olup olmadığıdır. Şüphelinin erteleme müessesesinden faydalanabilmesi için suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı ve Cumhuriyet savcısı tarafından tespit edilen zararı aynen iade etmesi, önceki hale getirmesi ya da tazmin suretiyle gidermesi gerekmektedir. Kanaatimizce bu hükümle kamu davası açılmasının ertelenmesi kararı şüphelinin kabulüne bağlanmıştır²²⁶.

Diğer yönden, kamu davasının açılmasının ertelenmesi müessesesinde mağdurun uğradığı zararın tamamen giderilmesi öngörülerek mağdurun korunması amaçlanmışsa da, erteleme kararı mağdurun kabulü koşuluna bağlanmamıştır. Mağdura sadece erteleme

²²⁴ Yenisey/Nuhoğlu, s. 713.

²²⁵ Kartal, s. 150; Yargıtay benzer yönde vermiş olduğu bir kararında; sanık hakkında 16/11/2014 tarihli eylem nedeniyle, 6545 sayılı Kanunun 68. maddesi ile değişik TCK'nın 191. maddesinin 2 ve 3. Fıkraları uyarınca, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı ile birlikte tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine karar verildiği, 04/12/2014 tarihli kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin bu kararın sanığa 23/01/2015 tarihinde tebliğ edildiği, sanığın TCK'nın 191. maddesinin 4 ve 5. fıkraları gereği ihlal kabul edilen 30/01/2015 tarihli kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma eyleminin sözü edilen 04.12.2014 tarihli kamu davasının ertelenmesi kararı kesinleşmeden gerçekleştiği; kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı kesinleşmediği için, henüz erteleme süresi başlamadığından, sanık hakkında 6545 sayılı Kanun ile değişik TCK'nın 191/4. maddesindeki kamu davasının açılması şartlarının gerçekleşmemesi nedeniyle kamu davasının durmasına ve kararın infazının devamı için dosyanın Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesi gerektiğine karar vermiştir. Bkz. Yargıtay 10. CD'nin 20/12/2021 T., 2021/16002 E., 2021/14013 K. www.karararama.yargitay.gov.tr (Erişim: 20.02.2022)

²²⁶ Centel/Zafer, s. 579.

kararına karşın CMK m. 173 hükmü uyarınca karara itiraz etme hakkı tanınmıştır²²⁷. Kanaatimizce mağdura itiraz hakkı tanındığından ve mağdurun hukuk mahkemelerinde zararın tazminine yönelik dava açma imkanı da bulunduğundan, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının mağdurun kabulü şartına bağlanmasına ihtiyaç yoktur²²⁸.

CMK m. 171/1 kapsamında verilen takdir yetkisinin aksine, suçtan zarar gören ya da fail kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının kendilerine tebliğinden itibaren 15 gün içinde, kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine itirazda bulunabilecektir²²⁹ (CMK m. 173/1). Bu itirazda vuku bulan olayla ilgili delilleri de belirtmek zorundadır (CMK m. 173/2).

Sulh ceza hâkimliği itirazı yerinde bulursa, Cumhuriyet savcısı iddianame düzenleyerek kamu davasının açılmasını ilgili mahkemeden talep etmek zorundadır. İtiraz nedenlerinin yerinde görülmemesi halinde itirazın reddine karar verecek ve karar kesinleşecektir (CMK m. 271/4). Kararın kesinleştiği hallerde aynı olayla ilgili olarak yeniden soruşturma yapılabilmesi için kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak yeni delillerin elde edilmesi ve sulh ceza hâkiminin kararı gerekmektedir (CMK m. 173/6).

Son olarak belirtelim ki, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı adli sicil yerine, kendisine has bir sisteme kaydedilmektedir ve sadece bir soruşturma veya kovuşturma sebebiyle Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenebilmekte ve bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilmektedir (CMK m. 171/5).

1.5.2 ÖNÖDEME

Ceza muhakemesi süreci, bir suçla ilgili maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve bu suretle adaletin gerçekleşmesi amacına haizdir. Ancak mahkemelerin iş yükünü azaltmak hususundaki ihtiyaç, belli ağırlık derecesine ulaşmayan suçlar bakımından ceza

²²⁷ Centel/Zafer, s. 579.

²²⁸ Aynı yönde Bkz. Kartal, s. 151; Yenisey/Nuhoğlu, s. 692; Erteleme kararı, uzlaşma hükümleri gereği verilmiş ise mağdurun tazminat davası açma hakkı yoktur. CMK m. 253/19 “Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararından sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, 171 inci maddenin dördüncü fıkrasındaki şart aranmaksızın, kamu davası açılır. Uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılamaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır

²²⁹ 2019 tarihli değişiklik öncesinde itiraz hakkı sadece suçtan zarar görene tanınmıştı. Yeni düzenleme ile mağdurun yanında, hakkında verilen erteleme kararını beğenmeyerek, esasen masum olduğuna inanan ve genel usule göre yargılanıp beraat ederek aklanmak isteyen şüpheli için de itiraz hakkının getirilmesi isabetli olmuştur.

muhakemesinin bazı aşamalarından sarfınazar edilmesi gerekliliğini ortaya çıkarmıştır ve bu amaçla kabul edilen kurumlardan biri de önödemedir²³⁰.

Önödeme, uzlaşmaya konu olmayan ve yalnız adli para cezasını ve/veya yukarı sınırı altı ayı geçmeyen hapis cezasını gerektiren suçlardan birini işlediği hakkında yeterli şüphe bulunan kişinin; savcı ya da hakim tarafından belirlenen bir miktar parayı önceden saptanmış süre içinde ödenmesi halinde, hakkında kamu davası açılmaması, açılmışsa düşürülmesi sonucunu doğuran bir kurumdur²³¹.

Ceza hukuku mevzuatımıza ilk kez 1926 sayılı Ceza Kanunu'nun 119. maddesiyle giren ve kovuşturma mecburiyeti ilkesinin bir istisnası²³² olan önödeme kurumu uzun süredir uygulanan alternatif çözüm yöntemlerindendir²³³. Önödeme kurumu CMK m. 171/1 uyarınca savcıya tanınan takdir yetkisi gibi, cezası ve önemi az olduğu kabul edilen bazı suçlarda adliyenin yükünü hafifletme, zaman ve muhakeme giderlerinde tasarruf sağlama gibi nedenlerle kabul edilmiştir. Bu kurum, ceza miktarı az olan bazı suçlarda, failin belli bir miktar para cezasını yargılanmaksızın, önceden ödemeyi kabul etmesiyle kamu davası açılmaması veya davanın düşürülmesini sağlayarak yargının işini azaltmayı, suçluyu cezaevi ortamından uzak tutarak suçun bulaşıcılığını gidermeyi, bu sayede hem bireysel hem de kamusal açıdan yarar elde etmeyi amaçlamaktadır²³⁴. Önödeme kurumu aynı zamanda failin suçlu olarak damgalanmasını da önlemekte ve soruşturma evresinde Cumhuriyet savcılarına; kovuşturma evresinde ise, mahkemelere daha nitelikli suçlar için daha fazla zaman ayırma imkanı sağlamaktadır²³⁵.

²³⁰ Özgenç, s. 798; Töngür Ali Rıza, Çetintürk Ekrem, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet, Ankara, 2020, s. 484; Hakeri, s. 731.

²³¹ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 768; Özgenç, s. 797.

²³² Akbulut Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet, 7. Bası, Ankara, 2020, s. 1134; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 768.

²³³ 765 sayılı TCK'nın 119. maddesinin ilk şeklinde önödeme; sadece kabahatler için ve dava açılmadan önce uygulanabilmekteydi ve kabahat niteliğindeki suçun para cezasının yukarı sınırının ödenmesi gerekmekteydi. 1936 değişikliği ile, dava açılmasından sonra fakat duruşmadan önce de önödeme kurumunun uygulanabileceği düzenlendi. 05/03/1973 tarihli 1696 tarihli Kanun ile önödemenin uygulama alanı genişletildi ve gerek ağır gerekse hafif para cezasını gerektiren cürümler bakımından da tatbik edilir hale getirildi ve 1412 sayılı CMUK'a aktararak CMUK'un ek 5. ve 9. maddelerinde düzenlendi. 07/01/1981 tarihli 2370 sayılı Kanun ile önödeme kurumu yeniden mülga 765 sayılı TCK'nın 119. maddesine aktarıldı ve üst sınırı bir ayı aşmayan kabahatler için de önödemenin uygulanmasına karar verildi. Böylece sadece para cezaları için uygulanan önödeme kurumu hürriyeti bağlayıcı cezalar için de uygulanmaya başlandı. Nitekim 1988 tarihli 3506 sayılı Kanun ile ön ödemenin kapsamı üst sınırı 3 ayı aşmayan kabahat ve cürümleri kapsayacak şekilde genişletildi ve hürriyeti bağlayıcı suçlarda önödemenin uygulanmayacağı yönündeki temel anlayış son buldu.

²³⁴ Hafizoğulları Zeki, Özen Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, Ankara, 2019, s. 529.

²³⁵ Toroslu Nevzat, Toroslu Haluk, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş, 9. Bası, Ankara, 2018, s. 501.

Bir suçun işlenip işlenmediği, işlenmiş ise kimin tarafından işlendiği, işleyen kişi veya kişilerin kusurlu olup olmadığı konusunda yapılması gereken yargılama faaliyetinden sarfınazar edilerek, mevcut delillere istinaden suçun işlendiğinin kabulüyle bir parasal yaptırım uygulanmasından ibaret olan önödemenin hukuki niteliği hususunda farklı görüşler mevcuttur²³⁶.

Bir görüşe göre, önödeme bir “ yargılamasız cezalandırma” çeşididir ve önödeme esas itibarıyla bir usul hukuku kurumudur. Zira önödeme teklifi üzerine ödeme gerçekleştiğinde, failin de rızası ile yargılama yapılmaksızın soruşturma evresinden doğrudan doğruya infaz evresine geçilmekte ve soruşturma, şüphelinin öngörülen miktarı ödemesiyle yargılama yapılmaksızın kapanmaktadır²³⁷. Yine Dönmezer ve Erman’a göre, önödeme devletle suç şüphesi altında bulunan kişi arasında bir sulh anlaşması niteliği taşımaktadır ki şüpheli ceza yargılamasının kendisine sağladığı güvencelerden vazgeçerek, belli bir miktar parayı devlete ödemeyi kabul etmekte, karşılığında devlet de soruşturma ve kovuşturmayla devam etmemektedir²³⁸. Lakin bu görüş, bir anlaşmanın ancak eşit şartlarda bulunan kişiler arasında olabileceği, buna karşılık önödeme müessesesinde devletle şüpheli arasındaki koşullarda eşitlik bulunmadığı düşüncesiyle eleştirilmektedir²³⁹.

Diğer bir görüşe göre ise; önödeme şüpheli veya sanıkla, iddia veya yargılama makamı arasında gerçekleşen bir uzlaşma şeklidir²⁴⁰. Nihayet diğer bir görüşe göre önödeme kurumu idari bir kurumdur zira; önödeme prosedürünün işletilmesiyle ceza hukuku kapsamında olan bir suç, somut olayda idari nitelikte bir suça dönüşmekte ve uygulanan yaptırım da idari nitelik arz etmektedir ki, önödeme önerisinin hakim tarafından yapılması da kurumun idari niteliğini değiştirmemektedir²⁴¹. Önödeme kurumunun kamu davasının

²³⁶ Özen Mustafa, s. 933.

²³⁷ Dönmezer Sulhi, Erman Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Beta, 12. Bası, C. 3, İstanbul, 1997, s. 321; Yurtcan, s. 789;

²³⁸ Dönmezer/Erman, s. 321.

²³⁹ Mahmutoglu Fatih Selami, **Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda Yaptırım Rejimi**, Kazancı, İstanbul, 1995, s. 150.

²⁴⁰ Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet, Alşahin Mehmet Emin, Çakır Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet, 14. Bası, Ankara, 2020, s. 880; Aksi görüşte olan Ünver/Hakeri’ye göre önödeme, uzlaşmadan farklıdır. Ödemeye dayalı kararlar, uyuşmazlığın üstü kapatılmakta, suçun işlenip işlenmediği ile ilgili bir sorun çözülmemektedir, sadece ceza davasının açılması engellenmektedir. Bkz. Ünver/Hakeri, **1. Cilt**, s. 220

²⁴¹ Erem Faruk, Danışman Ahmet, Artuk Mehmet Emin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, 14. Bası, Ankara, 1997, s. 1024; Dönmezer/Erman, s. 321 Aksi görüşte olan Özbek/Doğan/Bacaksız’a göre; savcının sırf bir idari makam olarak görülmesi doğru değildir. Yaptığı işlemler bakımından savcı adli ve idari bir makamdır. Bu sebeplerle önödemenin mahkeme güvencesinden yoksun bir idari cezalandırma türü olduğu görüşü doğru değildir. Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 768.

açılmasını önleme ve açılmış olan davanın düşmesi sonucunu doğurması itibariyle, bir ceza muhakemesi kurumu olduğu ve muhakeme engeli niteliği gösterdiği de savunulmuştur²⁴².

Bizim de katıldığımız; uygulamada ve doktrinde kabul gören görüş ise önödemenin hibrit²⁴³, karma, iki yapılu bir niteliğe haiz olduğudur²⁴⁴. Önödeme asıl itibariyle ceza muhakemesi hukukuna ait bir kurum olsa da, failin önödeme emrinde belirtilen parayı ödemesi ile kamu davası ve dolayısıyla fail ile devlet arasındaki cezalandırma ilişkisi son bulduğundan ön ödeme aynı zamanda bir ceza kurumudur. Bu itibarla önödeme hem ceza muhakemesi hukuku hem de ceza hukuku kurumu olarak karma veya çifte niteliklidir.

Diğer bir eleştirel görüş ise, önödemenin adil bir kurum olmadığı yönündedir. Yazarlara göre adli bir hata olmasından veya yargılamayla zaman kaybetmekten korkan kişiler gerçekte suçsuz olsa bile dava açılmasını önlemek için bu kuruma başvurabilmektedir²⁴⁵.

Bu görüşlerden hangisi benimsenirse benimsensin önödemenin hapis cezası ile adli para cezasına alternatif teşkil eden bir diversion (ceza yargılaması yolundan çıkarma) uygulaması niteliğinde olduğu sarihtir²⁴⁶.

²⁴² Önder Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Beta, 2. Bası, İstanbul, 1992, s. 811.

²⁴³ Özgenç, s. 799.

²⁴⁴ Koca Mahmut, Üzülmüş İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, 14. Baskı, İstanbul, 2021, s. 777; Hakeri, s. 732; Dönmezer/Erman, **3. Cilt**, s. 319, 320; Akbulut, s. 1135; Töngür/Çetintürk, s. 484; Bazı hafif suçlarda özellikle kabahatlerde ya da yalnız para cezasını gerektiren fiillerde o şahsın mahkum olacağı para cezasını ödeyerek aleyhinde (kamu davası açılmasını) ve (kamu davası açılmış ise davanın ortadan kaldırılmasını, düşmesini) sonuçlayan bir kurumdur. Ön ödeme müessesesinin yapısının, usul hukuku kurumu mu, yoksa ceza hukuku kurumu mu olduğunun saptanmasının, meselenin çözümünde başvurulacak prensipler ve uygulanacak yorum kuralları açısından yararı vardır. Bu açıdan madde metnine bakınca görüyoruz ki; ön ödeme: 1 - Kamu davasının açılmasını önlemesi durumunda (usul hukuku kurumu) 2 - Açılmış kamu davasını ortadan kaldırması durumunda ise ceza ilişkisinin düşmesi sonucunu doğurduğundan (suç hukuku kurumu). Öyleyse yasamızdaki tedvin biçimine, geçirdiği aşamalara, gerekçe ve içeriğine göre Türk Hukuku'nda bu kurum, hem usule hem maddi Ceza Hukuku'na ilişkin karma nitelikte bir düzenlemedir. Nitekim; 6.1.1981 gün 1/42-12 sayılı Milli Güvenlik Konseyi Başkanlığı'na sunulan Adalet Komisyonu Raporunda yer alan (tasarının 1. maddesiyle TCK'nın 119. maddesinin değiştirildiği görülmüş, ancak mevzuatımızda ön ödeme ile ilgili olarak TCK'nın 119. maddesinden ayrı olarak CMUK'a 1696 sayılı Kanunla ilave edilen Ek madde 5-9 da da hükümler bulunduğu, mevzuat birliğinin sağlanması ve ön ödemeye ilgili hükümlerin bir arada yer almasının yararlı olacağı görüşünden hareket edilerek tasarının 1. maddesindeki hüküm değiştirilmiş ve CMUK'un Ek madde 5-9. maddelerindeki hükümler de tasarının 1. maddesi kapsamına alınmak suretiyle değişiklik yapılmıştır.) şeklindeki açıklama da, bu görüşü teyit etmektedir. Böylece çift nitelikli yapıya sahip olduğu kesinlikle saptanan TCK'nın değişik 119. maddesi hükmü yorumlanıp neticeye ulaşırlarken; suç muhakemesi hukukunun ve hukukun genel ilkelerinin birlikte nazara alınması suretiyle; tatminkâr, adalete, eşitliğe uygun, haksız sonuç doğurmayan bir çözüm getirilmesi ve bu çözümün yasanın gerekçesinde vurgulanan amaçların tümünü gerçekleştirecek nitelikte olması göz önünde tutulmalıdır. Bkz. Yargıtay İBK., E. 1983/2, K. 1983/2, T. 11.04.1983 <https://www.kazanci.com.tr> (E.T.: 07.11.2020)

²⁴⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 768; Erem/Danışman/Artuk, s. 1024.

²⁴⁶ Bozbayındır, s. 884; İçel, s. 817.

Önödeme; Cumhuriyet savcısına tanınan takdir yetkisi ile benzer özellikler ihtiva etmektedir. Öyle ki, haksızlık içeriği az olan suçlarda faili, hapis cezasının olumsuz etkilerinden korumak, klasik muhakeme işlemlerinden kaynaklı kamu harcamalarından tasarruf etmek, mahkemelerin iş yükünü azaltmak gibi pratik gerekçelerle ortaya çıkmış, kovuşturma mecburiyeti ilkesine istisna bir alternatif çözüm yöntemi oluşu, kurumun CMK m. 171/1 kapsamındaki takdir yetkisi ile benzer yönleridir.

Önödemenin uygulanabilmesi için, TCK m. 75 uyarınca suçun önödemelik bir suç olması, suçun uzlaşma kapsamında olmaması, suç karşılığında öngörülen cezanın yalnızca adli para cezası olması veya öngörülen ceza hapis cezası ise, cezasının 6 ayı geçmemesi²⁴⁷ ve Cumhuriyet savcısının soruşturma sonunda, şüphelinin suçu işlediği konusunda yeterli şüphe sebebine ulaşması gerekmektedir²⁴⁸. Tıpkı takdir yetkisinde olduğu gibi önödeme için de isnat konusu suçun işlendiği hususunda basit şüphenin ötesine geçilmeli ve iddianame düzenlenmesi için gereken yeterli şüpheyne ulaşılmalıdır.

İki kurum arasındaki diğer bir benzerlik ise; soruşturma evresinde yeterli şüpheyne ulaşan Cumhuriyet savcısı tarafından kanunda belirtilen bedelin²⁴⁹ ödenmesine ilişkin faile

²⁴⁷ 17.10.2019 tarih ve 7188 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle yapılan değişiklik öncesi hapis cezasının üst sınırı üç ay idi. TCK m. 75/1'de önödeme için belirlenen kapsama ilaveten, aynı maddenin 6. fıkrasında sayılan suçlar bakımından da önödeme yolu açılmıştır. Bu suçlar; TCK'da düzenlenen yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi (98 inci maddenin birinci fıkrası), genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması (m. 171), çevrenin taksirle kirlenmesi (182 nci maddenin birinci fıkrası), özel işaret ve kıyafetleri usulsüz kullanma (m. 264/1), suçu bildirmeme suçları (m. 278/1-2), 31.08.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 108. maddesinin birinci fıkrasında yer alan suç, 21.07.1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 74 üncü maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan suç, 04.11.2004 tarihli ve 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 32 nci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde yer alan suçlardır. TCK m. 75/1'de sayılan suçlardan farklı olarak, TCK m. 75/6'da sayılan bu suçların beş yıl içinde tekrar işlenmesi halinde fail hakkında aynı suçtan dolayı önödeme hükümleri uygulanmayacaktır.

²⁴⁸ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 881; Koca/Üzülmüş, s. 779; Özen Muharrem, Köksal Atacan, **Önödeme ve Bazı Çözüm Önerileri**, AÜKFD, C. 70, S. 2, 2021, s. 604; Aksi görüşte olan Özgenç'e göre, "TCK sistemi önödeme yoluna gidilebilmesi için soyut bir şüpheyi yeterli görmektedir. Böylece, Cumhuriyet savcısı şüphelinin ifadesini almadan, mahkeme sanığa sorguya çekmeden önödeme ihtarında bulunabilmelidir." bkz. Özgenç, s. 803; Konuya ilişkin Yenisey/Nuhoğlu'na göre; "Önödeme kurumunda savcının suça ilişkin herhangi bir araştırma işlemi yapması öngörülmediği gibi yeterli şüphe incelemesinin yapılmasından da söz edilmemiştir." bkz. Yenisey/Nuhoğlu, s. 848.

²⁴⁹ TCK m. 75 "Uzlaşma kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere, yalnız adli para cezasını gerektiren veya kanun maddesinde öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı altı ayı aşmayan suçların faili; a) Adli para cezası maktu ise bu miktarı, değilse aşağı sınırını, b) Hapis cezasının aşağı sınırının karşılığı olarak her gün için otuz Türk Lirası üzerinden bulunacak miktarı, c) Hapis cezası ile birlikte adli para cezası da öngörülmüş ise, hapis cezası için bu fıkranın (b) bendine göre belirlenecek miktar ile adli para cezasının aşağı sınırını, Soruşturma giderleri ile birlikte, Cumhuriyet savcılığınca yapılacak tebliğ üzerine on gün içinde ödediği takdirde hakkında kamu davası açılmaz. (Ek cümleler: 17/10/2019-7188/16 md.) Failin on gün içinde talep etmesi koşuluyla bu miktarın birer ay ara ile üç eşit taksit hâlinde ödenmesine Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilir. Taksitlerin süresinde ödenmemesi hâlinde önödeme hükümsüz kalır ve soruşturmaya devam edilir. (Ek cümle: 24/11/2016-6763/12 md.) Taksirli suçlar hariç olmak üzere, önödemeye bağlı olarak kovuşturmayla

yapılan önödeme önerisi üzerine; on gün içinde ödemede bulunan fail hakkında takdir yetkisinde olduğu gibi kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesidir. Yalnız CMK m. 171/1'den farklı olarak önödemenin usulüne uygun olarak gerçekleştirilmesi neticesinde Cumhuriyet savcılığınca verilecek kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı CMK m. 173 uyarınca itiraz edilmesi mümkündür.

Önödeme ile CMK m.171/1 kapsamında savcıya tanınan takdir yetkisi arasında bir takım benzerlikler bulunsa da iki kurum arasındaki en temel fark önödeme kapsamındaki suçlar için Cumhuriyet savcılığınca önödeme teklifinin yapılmasının zorunlu oluşudur²⁵⁰. CMK m.171/1 kapsamında yeterli şüpheye ulaşan Cumhuriyet savcısı kamu davası açıp açmama hususunda takdir yetkisine sahipken, ön ödeme bildiriminde bulunup bulunmama hususunda Cumhuriyet savcısı ve mahkemeler takdir yetkisine haiz değildir²⁵¹.

yer olmadığına veya kamu davasının düşmesine karar verildiği tarihten itibaren beş yıl içinde önödemeye tabi bir suçu işleyen faile bu fıkra uyarınca teklif edilecek önödeme miktarı yarı oranında artırılır. (2) Özel kanun hükümleri gereğince işin doğrudan mahkemeye intikal etmesi halinde de fail, hakim tarafından yapılacak bildirim üzerine birinci fıkra hükümlerine göre saptanacak miktardaki parayı yargılama giderleriyle birlikte ödediğinde kamu davası düşer.

(3) Cumhuriyet savcılığınca madde kapsamına giren suç nedeniyle önödeme işlemi yapılmadan dava açılması veya dava konusu fiilin niteliğinin değişmesi suretiyle madde kapsamına giren bir suça dönüşmesi halinde de yukarıdaki fıkra uygulanır.

(4) Suçla ilgili kanun maddesinde yukarı sınırı altı ayı aşmayan hapis cezası veya adli para cezasından yalnız birinin uygulanabileceği hallerde ödenmesi gereken miktar, yukarıdaki fıkralara göre adli para cezası esas alınarak belirlenir.

(5) Bu madde gereğince kamu davasının açılmaması veya ortadan kaldırılması, kişisel hakkın istenmesine, malın geri alınmasına ve müsadereye ilişkin hükümleri etkilemez.” şeklinde düzenlenmektedir.

²⁵⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 770; Hakeri, s. 733; YCGK'nun 07.11.2000 tarihli, 2000/7-211 E ve 2000/2017 K. sayılı kararı “Önödeme suç işlenmesiyle ortaya çıkan sanık ile devlet arasındaki cezai nitelikte eski ilişkiyi sona erdiren düşme nedenlerinden birisini oluşturmaktadır. Düşme nedenlerinin bir özelliği bunların hakim tarafından diğer nedenlerden önce nazara alınmasıdır. Bir düşme nedeni bulunduğu hakim başka hiçbir hususu araştırmaksızın olayın sanıklarına bu düşme nedeninin uygulanmasına yasal açıdan olanak bulunup bulunmadığını araştırır, uygulanabileceği sonucuna ulaştığında ise davanın ortadan kaldırılmasına karar verir. Somut olayda sanık önödeme önerisine uyduğundan mahkemece başka bir hususun araştırılmasına gerek bulunmamaktadır.” www. kararara.com (E.T.:01/11/2021); HSYK Teftiş Kurulu Kararı: Başlangıçta ön ödemelik olan ya da yargılama sırasında vasıf değişikliği nedeniyle bu kapsamda değerlendirilen suçlarda; sanıklara önödeme önerisi tebliği yerine, savunmalarının tespiti amacıyla ertelemeler yapıldığı anlaşılmaktadır. Önödemelik suçlarda; öncelikle bu zorunluluğun yerine getirilmesi, iddianamede gösterilen suç vasfının duruşmada değişerek eylemin önödeme kapsamı içinde kaldığının anlaşılması halinde, sanığın sorgusunun yapıp yapılmadığı koşulu aranmaksızın, önödeme tebligatı yapılarak sonucuna göre karar ittihaz edilmesi, TCK m. 75 ile konuya açıklık getiren 11.04.1983 gün ve 2/2 nolu YİBK kararının hatırlanmasıdır. Bkz. Kılınç Gülay Uçar, **TCK Genel Hükümler Kapsamında Ceza Mahkemelerinde En Sık Karşılaşılan 444 Uygulama Hatası Ve Bozma Nedeni**, Adalet, Ankara, 2020, s. 701-702.

²⁵¹ Özen; ödeme kurumunun uygulanmasının zorunlu mu yoksa şüphelinin/sanığın istemine mi bağlı olduğu noktasında TCK m.75 de bir açıklık bulunmasa da, ödeme koşullarının somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin soruşturma aşamasında savcıya kovuşturma aşamasında hakim/mahkeme tarafından resen dikkate alınması gerekliliği ve önödemenin iddianamenin iadesi nedenleri arasında yer alması kurumun zorunlu olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Özen, s. 938

İki kurum arasındaki bir diğer fark ise takdir yetkisine oranla önödemede, şüphelinin iradesinin daha ön planda oluşudur. CMK m.171/1 uyarınca Cumhuriyet savcısınca verilen kovuşturamama kararına karşı şüpheliye itiraz hakkı tanınmadığından, takdir yetkisi kapsamında şüphelinin iradesinden söz edilememektedir ki, bu husus şüphelinin lekelenmeme hakkının ihlali olarak değerlendirilmektedir. Önödeme müessesesinde ise, şüpheliye önödeme önerisini kabul edip etmeme hususunda sınırlı da olsa bir irade serbestisi tanınmıştır. Her ne kadar önödeme; sanığı veya şüpheliyi yargılanmaktan kurtulmak için teklifi kabule mecbur bıraktığı baskısını ihtiva etmesi nedeniyle eleştirilse de; esasen failin/şüphelinin önödeme teklifini kabul zorunluluğu yoktur²⁵². Şüpheli; ödeme bedelini ödemekten sarfınazar ederek, lekelenmeme hakkı uyarınca kamu davasının açılmasını ya da yargılamaya devam edilmesini ve yargılama neticesinde suçsuzluğunun tespitini tercih edebilmektedir.

Son olarak belirtelim ki; önödeme nedeniyle, fail hakkında bir suç kaydı oluşturulmaması, bu işlemin tekerrüre esas alınmaması, ileride işlenecek başka bir suç bakımından erteleme veya seçenek yaptırıma çevirmeye engel olmaması gibi neticeleri de dikkate aldığımızda yasa koyucunun önödemenin fail tarafından usulüne uygun olarak tamamlanmasına başlı başına bir kamu yararı atfettiğini söylemek de mümkündür. Zira önödeme teklifinin gereği gibi süresinde yerine getirilmemesi, teklifi hükümsüz kılmakta ve soruşturma işlemlerine kalındığı yerden devam edilmektedir. Bir ceza adalet politikası hedefi olarak, önödemenin gerçekleşmesi ile tamamlanması gereken soruşturma, kovuşturma ve infaz işlemlerinden tasarruf edileceğinden, kanun koyucu ceza adalet sistemine yönelik takdir yetkisine benzeş genel bir kamu yararı da öngörmektedir²⁵³.

1.5.3 UZLAŞTIRMA

Uzlaştırma, soruşturulması ya da kovuşturulması şikayete bağlı suçlar ile kanunda belirtilen bazı suçlarda şüphelinin veya sanığın bir edimi yerine getirmeyi, mağdurun/suçtan zarar görenin ise bununla yetinmeyi kabul etmesi halinde soruşturma aşamasında kovuşturmaya yer olmadığı ya da kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilmesini, kovuşturma aşamasında ise davanın düşmesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını sağlayan alternatif bir çözüm yöntemidir²⁵⁴.

²⁵² Bozbayındır, s. 884; Toroslu/Toroslu, s. 501.

²⁵³ Yavuz, s. 236.

²⁵⁴ Ünver/Hakeri, s. 713; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, uzlaştırmayı ; “Uyuşmazlığın yargı dışı yolla ve fakat adli makamlar denetiminde çözümlenmesini amaçlayan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Uzlaştırma; bu

Aynı zamanda kovuşturma mecburiyeti ilkesinin bir istisnası olan uzlaştırma, uzlaşma kapsamındaki bir suç nedeniyle başlatılan ceza soruşturması veya kovuşturması nedeniyle şüpheli ya da mağdur arasında, uzlaştırma bürosunda görevli Cumhuriyet savcısı tarafından tayin edilen bağımsız bir uzlaştırmacının yaptığı barıştırma, bir edim üzerinde anlaştırma ve zararı giderme yöntemi olarak ceza muhakemesi kanunumuzdaki tek onarıcı adalet mekanizmasıdır²⁵⁵.

Onarıcı adalet anlayışı gereğince uzlaştırmanın en temel amacı; cezalandırıcı adalet anlayışının eksikliklerinin bertaraf edilmesi, tarafların iradi ve aktif katılımıyla aralarındaki uyuşmazlığın uzlaştırmacı aracılığıyla sonlandırılması, mağdurun mağduriyetinin mümkün olan en kısa sürede giderilmesi böylelikle adaletin sağlanması ve toplumsal düzenin yeniden tesisi ile kamu yararının korunmasıdır²⁵⁶. Kurumun bir diğer amacı ise; şüpheli ile mağdur arasındaki uyuşmazlığı alternatif yöntemle çözerek; mahkemelerin iş yükünü azaltmak, uyuşmazlığın çözümüne ilişkin süreci hızlandırmak ve masrafları da mümkün olan en düşük seviyede tutarak muhakeme sistemini rahatlatmaktır²⁵⁷. Ki bu amaçta özünde kamu yararı barındırmaktadır²⁵⁸. Bu nedenlerle de uzlaştırma, alternatif bir çözüm yöntemi olarak takdir yetki ile benzer özellikler göstermektedir.

kapsama giren suçlarda, fail ve mağdurun suçtan doğan zararın giderilmesi konusunda anlaşmalarına bağlı olarak, devletin de ceza soruşturması veya kovuşturmasından vazgeçmesi ve suçun işlenmesiyle bozulan toplumsal düzenin barış yoluyla yeniden tesisini sağlayıcı nitelikte bir hukuksal kurumdur.” şeklinde tanımlamıştır. Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 02.07.2019 tarih, 2019/306 E ve 2019/519 K. sayılı kararı www.hukukmedeniyeti.org (E.T.: 02.12.2020)

²⁵⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 835; Öztürk, s. 46; Yenisey/Nuhoğlu, s. 849; Centel/Zafer, s. 562; Akbulut /Aksan, s. 28; Yavuz, s. 237; Ertemür, s. 29.

²⁵⁶ Tan Hülya, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma**, Seçkin, Ankara, 2020, s. 41; Ünver/Hakeri, s. 730; Bıçak, s. 384.

²⁵⁷ Yıldırım Ebubekir, **Türk Hukuk Sisteminde Uzlaştırma Kurumu**, Adalet, Ankara, 2020, s. 27-28; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 830; Yenisey/Nuhoğlu, s. 850; Öztürk, s. 46; Şahin Cumhur, Göktürk Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin, 4. Bası, Ankara, 2021, s. 218; Akbulut/Aksan, s. 257; Şahin Cumhur, **Ceza Muhakemesinde Uzlaşma**, SÜHFD, C. 6, S. 1-2, 1998, s. 223; Yurtcan, s. 793; Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, “Bazı suç fiilleriyle sınırlı olarak, suçun işlenmesinden sonra fail ile mağdur arasındaki çekişmenin uzlaştırma yoluyla çözümlenmesine olanak tanınarak, hem adaletin sağlanması; hem mağdurun tatmin edilmesi, hem de yargı yerinin iş yükünün azaltılması amacıyla uzlaştırma kurumu geliştirilmiştir. Yani, uzlaştırma yönteminde fail suçu işlediğini ve bunun sorumluluğunu kabul ederek suçtan kaynaklanan zararı gidermek suretiyle toplumla bütünleşme olanağını kazanmakta, böylece cezalandırmanın suçlunun ıslahı biçimindeki temel amacı elde edilmekte, mağdur ise uğradığı zararın giderilmesi yoluyla tatmin edilmekte, sonuç olarak, ihlal edilmiş hukuk kurallarının geçerliliği vurgulanarak kamu yararı sağlandığı gibi, devlet hem yargılama faaliyetinden, hem de suçluya yaptırım uygulanmasından kaynaklanan birçok harcamadan kurtulmaktadır.” şeklinde hüküm kurmuştur. Bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu’nun 15.05.2008 tarihli, 2008/463 E. ve 2008/463 K sayılı karar.

²⁵⁸ Onarıcı adalet bağlamında uzlaşma kurumunun fonksiyonu madde gerekçesinde şu şekilde açıklanmıştır: Suç mağdurlarına karşı ceza adalet sisteminde onların yararlarını korumak amacını güden bir duyarlılığın gittikçe güçlenerek ortaya çıktığı görülüyor. Bütün dünyada olduğu gibi ülkemizde de bugüne kadar mağdurlara karşı gösterilen özel dikkat sadece bazı adam öldürme, terör ve örgütlü suçlarda ve cezaların ertelenmesi gibi bazı kurumlar yönünden söz konusu olabiliyordu. Oysa bugün Batı ülkelerinde özel kanunlarla suç mağdurlarına

CMK m. 253 gereğince uzlaştırma hükümlerinin uygulanabilmesi için altı temel koşulun gerçekleşmesi gerekmektedir. Söz konusu koşullar suçun uzlaştırmalık bir suç olması²⁵⁹, kamu davasının açılması için yeterli şüphe sebebinin bulunması, şüpheli ve

veya ailelerine devletin tazminat ödemesi bile öngörülmektedir. XXI. Yüzyıl adalet sistemi, ceza adaleti yerine getirilirken, mağdurun tatmin edilmesini de ön plâna çıkarmış bulunmaktadır. Suça karşı sadece ceza yaptırımı yeterli değildir; zararın giderilmesi ve onarım en başta gelen amaç sayılmalıdır.

İşte böylece uzlaşmanın hedefi suçun işlenmesinden sonra fail ve mağdur arasında meydana gelen çekişmeyi, hâkim veya Cumhuriyet savcısının ya da onların atayacakları bir uzlaştırmacının girişimleriyle çözmek hem adaleti sağlamak ve hem de mağduru tatmin etmektir. Böylece zarar giderilince fail ile mağdur arasında barış sağlanabilecektir. Gerçi uzlaşma dışındaki bir kısım yollarla da tazminatın sağlanması olanağı vardır. Ancak uzlaşma kurumunda zararın giderilmesi onarım yanında ayrıca bir moral unsurun da sağlanmasını olanaklı kılmaktadır. Uzlaşma böylece özel önleme işlevine yardım ettiği gibi genel olarak kamunun yararlarının korunmasını da sağlamaktadır. Bu çeşit uygulamalara "onarıcı adalet" denilmektedir.

²⁵⁹ TCK'da düzenlenen uzlaştırmaya tabi suçlar: 1- Yurt dışında işlenen bazı suçlar (m. 11/2, 12/2) 2- Kasten yaralama (3. Fıkra hariç m. 86,88) 3-Taksirle yaralama (m. 89) 4-Tehdit (m. 106/1-1. cümle ve 2. cümle) 5-Konut dokunulmazlığının ihlali (m. 116) 6- İş ve çalışma hürriyetini ihlal (m. 117, 1. Fıkra; m. 119/1c) 7- Kişilerin huzur ve sükununu bozma (m. 123) 8-Hakaret (kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen hakaret suçu hariç m. 125-131) 9- Kişinin hatırasına hakaret (m. 130-131) 10- Haberleşmenin gizliliğini ihlal (m. 132-139) 11- Kişiler arasındaki konuşmaları dinlenmesi ve kayda alınması (m. 133-139) 12- Özel hayatın gizliliğini ihlal (m. 134-139) 13-Hırsızlık (m.141) 14-Nitelikli Hırsızlık (m. 142-167/2, maddenin 1. Fıkrasının (a) bendinin 2. Cümlesi, (d) bendi, 3. Fıkrasında suçtan zarar görenin kamu kurum ve kuruluşları olması hali hariç) 15- Paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerinde veya bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla hırsızlık (m. 144) 16-Kullanma hırsızlığı (m.146) 17- Bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın tahsili amacı ile tehdit veya cebir kullanması (m.150/1) 18-Mala zarar verme (m.151) 19-Mala zarar vermenin nitelikli halleri (m.152-167/2, maddenin 1. Fıkrasının (a,e,f) bentleri, b bendinin de suçtan zarar görenin kamu kurum ve kuruluşları olması hali ve 2. Fıkrası hariç) 20-Mezarlıklara zarar verme (m.153-167/2) 21- Hakkı olmayan yere tecavüz (m.154/1) 22-Özel kişilere ait suların mecrasını değiştirme (m.154/3-167/2) 23-Güveni kötüye kullanma (m.155/1-2) 24-Bedelsiz senedi kullanma (m.156) 25-Dolandırıcılık (m.157) 26-Nitelikli dolandırıcılık (m.158-167/2, maddenin 1. fıkrasının (e,j,k) bentleri hariç) 27-Bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla dolandırıcılık (m.159) 28-Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf (m.160) 29-Hileli iflas (m.161-167/2) 30-Taksirli iflas (m.162-167/2) 31-Karşılıksız yararlanma (m.163-167/2) 32-Şirket veya kooperatifin yetkililerinin ilgililerin zarara uğramasına neden olabilecek nitelikte gerçeğe aykırı bilgi vermesi (m.164-167/2) 33-Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi (m.165) 34-Bilgi vermeme (m.166-167/2) 35- Açığa imzanın kötüye kullanılması (m.209/1) 36- Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali (m.33/1) 37-Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (m.234) 38- Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (4.fıkra hariç m.239) 39-Yabancı devlet temsilcilerine hakaret (m.342/2) Suça sürüklenen çocuklar bakımından TCK'da düzenlenen uzlaştırmaya tabi suçlar: 1-Kasten yaralama (m.86/2, 86/3) 2-İnsan üzerinde deney (m.90/1) 3-Organ ve doku ticareti (m.91/2,91/6) 4-Terk (m.97/1) 5-Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi (m.98/1-2) 6-Kısırlaştırma (m.101/2) 7-Şantaj (m.107/1-2) 8-Cebir (m.86/2,86/3,108) 9-Siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi (m.114/1) 10-İnanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme (m.115/1-2-3) 11-İş ve çalışma hürriyetinin ihlali (m.117/2-3-4) 12-Sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi (m.118/1-2) 13-Nefret ve ayrımcılık (m.122/1) 14-Haberleşmenin engellenmesi (m.124/1) 15-Hakaret (m.125/3) 16-Kişisel verilerin kaydedilmesi (m.135/1) 17-Verileri yok etmeme (m.138/1) 18-Paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerinde veya bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla hırsızlık (m.144/1-a-b,143) 19-Mezarlıklara zarar verme (m.153/2) 20-Özel kişilere ait suların mecrasını değiştirme (m.154/3) 21-Taksirli iflas (m.162) 22-Karşılıksız yararlanma (m.163) 23-Şirket veya kooperatifin yetkililerinin, ilgililerin zarara uğramasına neden olabilecek nitelikte gerçeğe aykırı bilgi vermesi (m.164) 24-Bilgi vermeme (m.166) 25-Çocuğun soy bağına değiştirme (m.231/1) 26-Kötü muamele (m.232/1-2) 27-Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali (m.233/2-3) 28-Bilişim sistemine girme (m.243/1-3-4) 29-Sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme (m.244/2) 30-Kişilerin malları üzerinde usulsüz tasarruf (m.261/1) 31-Görevi yaptırmamak için direnme (m.265/1) 32-Genital muayene (m.287/1) 33-Hak kullanımını engelleme (m.298/1) Bazı özel kanunlarda düzenlenen uzlaştırmaya tabi suçlar: 1-5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 71,72, 85/3 ve 86/3 maddelerinde düzenlenen suçlar 2-3573 sayılı Zeytinciliğin Islahı ve Yabancıların Aşılattırılması Hakkında Kanun'un 14. maddesi 3-5042 sayılı Yeni Bitki Çeşitlerine Ait Islahçı Haklarının Korunmasına İlişkin Kanun'un 66/1 (a) (b) maddesi 4-6102 sayılı TTK'nın 62/1-a-b-c-d maddesi 5-1163 sayılı Kooperatifler Kanunu m. 25 sır saklama yükümlülüğünün ihlali 6-

mağdurun uzlaşmış olması, ceza muhakemesi şartlarının gerçekleşmesi, failin kusur yeteneğinin olması ve mağdurun gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olmasıdır²⁶⁰.

Önödeme, Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmasını talep etmesi hususunda kullandığı takdir yetkisi, kamu davasının açılmasının ertelenmesi gibi tüm alternatif çözüm yollarında olduğu gibi uzlaştırmada da kanun koyucu; suçun şüpheli tarafından işlendiğine dair yeterli şüphenin bulunması şartını aramıştır (CMK m. 253/4).

Diğer bir deyişle, savcının suçun uzlaşmaya uygun olduğunu tespit etmesi uzlaştırma usulüne başlanması için yeterli olmamakta, savcının iddianame düzenleyebilmek için gerekli olan yeterli suç şüphesinin bulunup bulunmadığını da araştırması gerekmektedir. Yönetmeliğin 9. maddesinin 2. fıkrası ile de soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısının toplanması gereken tüm delilleri toplamasının gerektiği açıkça ifade edilmiştir²⁶¹. Zira yeterli delile ulaşılmadan uzlaşma önerilerse, bu durum kötüye kullanılabilir ve kişiler başkalarını suçlayarak haksız kazanç sağlama yolunu seçebilecektir²⁶².

Kamu davasının mecburiliği ve açılmış olan davanın yürütülmesinin mecburiliği ilkelerinin bir istisnası olarak uzlaştırmaya tabi olan suçlarda; dava açmak için kanuni şartların gerçekleşmesi halinde takdir yetkisinden farklı olarak soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı kovuşturma aşamasında ise hakim/mahkeme öncelikle uzlaştırma usulünü izlemek zorundadır²⁶³. Cumhuriyet savcısının ya da mahkemenin bu hususta bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Başka bir deyişle uzlaştırmaya tabi bir suçun işlendiği izlenimini oluşturacak yeterli şüpheye ulaşılsa bile iddianame düzenlenemez, öncesinde uzlaştırma usulü izlenmelidir.

6325 sayılı HUAK m.33 gizliliğin ihlali suçu 7-6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu m.30/1-2-3 marka hakkına tecavüz suçu

²⁶⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 835.

²⁶¹ Değirmenci Olgun, **Onarıcı Adalet Uygulaması Olarak Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma**, Seçkin, Ankara, 2020, s. 222; Centel/Zafer, s. 568; Bıçak, s. 387; Şahin/Göktürk, s. 50; Kanaatimizce; yönetmelikten çıkarılan sonuç, soruşturma savcısının soruşturma evresinde toplaması gereken tüm delilleri topladıktan sonra yeterli şüphe değerlendirmesi yapması gerektirir. Zira bu sonucun iki önemli faydası vardır. İlki her ne kadar uzlaştırma bürosunda görevli savcının da delil toplama yetkisi olsa da, delillerin kaybolma ihtimaline binaen soruşturma savcısının tüm delilleri toplaması maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için daha elzemdir. Nitekim uzlaştırma girişiminin başarısız olması durumunda, toplanan tüm deliller ile iddianame hazırlanacaktır. İkinci faydası ise toplanan deliller ile eylemin hukuki nitelendirilmesinin değişmesi olasılığıdır. Toplanan deliller neticesinde soruşturma sonunda suç uzlaştırma kapsamından çıkabilecektir.

²⁶² Centel/Zafer, s. 568.

²⁶³ Yerdelen Erdal, Özbek Mustafa Serdar, Altuntaş Şeyda, Boz Burak, Erdem Dilek Özge, Yılmaz Berna Ayşen, **Ceza Hukukunda Uzlaştırma**, Adalet, Ankara, 2018, s. 92.

Kamu davası açıldıktan sonra kovuşturma konusu suçun uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması halinde de; kovuşturma dosyası, uzlaştırma işlemlerinin 253. maddede belirtilen esas ve usule göre yerine getirilmesi için uzlaştırma bürosuna gönderilecektir. (m. 254/1). Böylelikle kovuşturma evresinde uzlaşmaya yoluyla yargılama sonlandırıldığından uzlaştırma kurumu; açılmış olan davanın yürütülmesinin mecburiliği ilkesine de istisna teşkil etmektedir²⁶⁴.

Ayrıca, uzlaştırma görüşmelerinin başarılı olması ve belirlenen edimin şüpheli tarafından ifa edilmesi halinde de, Cumhuriyet savcına kamu davası açılmasını talep edip etmeme hususunda bir takdir yetkisi tanınmadığından, böyle bir durumda kovuşturmaya yer olmadığı kararının verilmesi zorunludur (CMK m. 253/19). Bu zorunluluğun tek istisnası 253. maddenin 17. fıkrasında düzenlenmiştir. Fıkra gereğince Cumhuriyet savcısı uzlaşmanın, tarafların özgür iradelerine dayanmadığını ve/veya edimin hukuka uygun olmadığını tespit eder ise uzlaşmayı geçerli kabul etmeyerek kamu davasının açılmasını talep edebilecektir²⁶⁵.

Fail, mağdur ve toplumsal açıdan pek çok faydası bulunan uzlaştırmanın, takdir yetkisi ve diğer alternatif çözüm yöntemlerinden ayrılan önemli bir özelliği ise onarıcı adalet anlayışı gereği mağdurun iradesini, amacını ve mağdura sağlanacak faydayı ön planda tutmasıdır. Şayet, mağdurun amacı zararının giderilmesi ise ve edim konusunda fail ile anlaşmaya varabilirse uzlaşma sağlanacak ancak mağdurun amacı failin cezalandırılması ise uzlaştırma teklifini kabul edip etmemekte tamamen özgür olduğundan, uzlaşma sağlanamayacak ve savcı iddianameyi hazırlayacaktır²⁶⁶.

Diğer bir deyişle, uzlaştırma ile failin cezalandırılmasından ziyade mağdurun isteği ile en hızlı ve tatmin edici şekilde mağduriyetinin giderilmesine ve sorunun çözülmesine

²⁶⁴ Yavuz, s. 238; Kamu davasının mecburiliği ilkesinin uzlaştırma ile uyumlu olup olmadığı, çelişip çelişmediği hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden ilki, söz konusu ilkenin uzlaştırma ile uyumlu olmadığıdır. Zira uzlaştırma onarıcı adalet ruhuyla, mağdurun mağduriyetinin giderilmesi ve toplumsal düzenin yeniden sağlanmasına yönelik, alternatif çözüm yöntemi olduğu için ve klasik cezalandırıcı adalet anlayışından bu yönüyle ayrıldığı için ve uzlaştırma ile yargılama sonlandırıldığından kamu davasının mecburiliği ilkesi ile uyumlu değildir. Bu görüş için bkz. Tan, s. 37; İkinci görüş ise, kamu davasının mecburiliği ilkesinin uzlaştırmayı net bir şekilde yasaklamadığı ve uzlaştırma görüşmelerinde mağdur ile şüpheli/sanığın rızai olarak bir araya gelerek rızai olarak uzlaştıklarından ilkenin uzlaşma ile çelişmediğidir. Bkz. Şahin, s. 246. İkinci görüşe katılmakla birlikte kanaatimizce; mağdurun korunmasının yanı sıra, mahkemelerin iş yükünün azaltılmasına ve suçun taraflarının barıştırılarak sosyal barışın ve kamu yararının korunmasına katkı sağlayan alternatif bir çözüm yöntemi olan uzlaştırma; maslahata uygunluk ilkesi gibi kovuşturma mecburiyeti ilkesinin bir istisnasıdır.

²⁶⁵ Yavuz, s. 239.

²⁶⁶ Bıçak, s. 384.

odaklanıldığından diğer kurumlardan farklı olarak mağdurun uzlaştırma müzakerelerine katılımı ile uyuşmazlığın sonlandırılmasında aktif rol oynaması amaçlanmaktadır²⁶⁷. Takdir yetkisinde kamu yararı ön planda iken uzlaştırmada odak noktası mağdur yararadır.

1.5.4 SERİ MUHAKEME

Seri muhakeme usulü, Cumhuriyet savcısının hazırlık aşamasında yürüttüğü soruşturma sonunda, CMK m. 250 de sayılı bazı suçlarda, şüphelinin üzerine atılı suç işlediğine yönelik yeterli şüpheyi ulaşılması ve savcının şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar vermediği durumlarda, CMK m. 250/3 gereğince savcılığın şüpheliye yapacağı teklifi, şüphelinin zorunlu müdafii huzurunda kabulüne bağlı olarak savcılığın suçun cezasına yarı oranında indirim uygulamak suretiyle belirlediği ve yaptırımın mahkeme tarafından duruşma açılarak, şüpheli ve müdafisi dinlenerek ve savcılığın teklifi denetlenerek hüküm kurulması ile sonuçlanan alternatif bir çözüm yoludur²⁶⁸.

²⁶⁷ Bıkmaz Raif, **Ceza Yargılamasında Alternatif Çözüm Uzlaştırma**, İstanbul, 2018, s. 52.

²⁶⁸ Madde 250 – (Başlığı ile Birlikte Yeniden Düzenleme: 17/10/2019-7188/23 md.)

(1) Soruşturma evresi sonunda aşağıdaki suçlarla ilgili olarak kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmediği takdirde seri muhakeme usulü uygulanır:

a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Hakkı olmayan yere tecavüz (madde 154, ikinci ve üçüncü fıkra),
2. Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması (madde 170),
3. Trafik güvenliğini tehlikeye sokma (madde 179, ikinci ve üçüncü fıkra),
4. Gürültüye neden olma (madde 183),
5. Parada sahtecilik (madde 197, ikinci ve üçüncü fıkra),
6. Mühür bozma (madde 203),
7. Resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan (madde 206),
8. Kumar oynanması için yer ve imkan sağlama (madde 228, birinci fıkra),
9. Başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması (madde 268), suçları.

b) 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunun 13 üncü maddesinin birinci, üçüncü ve beşinci fıkraları ile 15 inci maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında belirtilen suçlar.

c) 31/8/1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanununun 93 üncü maddesinin birinci fıkrasında belirtilen suç.

d) 13/12/1968 tarihli ve 1072 sayılı Rulet, Tilt, Langırt ve Benzeri Oyun Alet ve Makinaları Hakkında Kanunun 2 nci maddesinde belirtilen suç.

e) 24/4/1969 tarihli ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun ek 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde belirtilen suç.

(2) Cumhuriyet savcısı veya kolluk görevlileri, şüpheliyi, seri muhakeme usulü hakkında bilgilendirir.

(3) Cumhuriyet savcısı tarafından seri muhakeme usulünün uygulanması şüpheliye teklif edilir ve şüphelinin müdafii huzurunda teklifi kabul etmesi hâlinde bu usul uygulanır.

(4) Cumhuriyet savcısı, Türk Ceza Kanununun 61 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen hususları göz önünde bulundurarak, suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında tespit edeceği temel cezadan ve koşulları bulunduğu takdirde zincirleme suça ilişkin hükümler uygulandıktan sonra belirlenen cezadan yarı oranında indirim uygulamak suretiyle yaptırımı belirler.

(5) Dördüncü fıkra uyarınca sonuç olarak belirlenen hapis cezası Cumhuriyet savcısı tarafından, koşulları bulunması hâlinde Türk Ceza Kanununun 50. maddesine göre seçenek yaptırımlara çevrilebilir veya 51. maddesine göre ertelenebilir.

(6) Bu maddeye göre belirlenen yaptırımlar hakkında, Cumhuriyet savcısı tarafından, koşulları bulunması hâlinde 231 inci madde kıyasen uygulanabilir.

Seri muhakeme usulü, 17.10.2019 tarihli ve 7188 sayılı “Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” un 23. maddesi ile mülga 250. maddenin yeniden düzenlenmesi suretiyle Ceza Muhakemesi Kanunumuza ihdas edilmiştir²⁶⁹.

Şüphelinin daha az bir yaptırım beklentisiyle süreci kabul etmesi esasına dayanan seri muhakeme usulü ile, belirli bir önem derecesinin altındaki suçlarda muhakeme sürecinin formalitelerden arındırılması, işlenen suçlara kısa süre içinde etkili ve orantılı bir karşılık verilerek takdir yetkisinde olduğu gibi hem adalet sistemini zorlayan iş yükünün hafifletilmesi hem de bozulan kamu düzenin yeniden sağlanması amaçlanmaktadır²⁷⁰.

Seri muhakeme usulü, kapsamına giren suçlarla ilgili soruşturmanın başlaması, delillerin toplanması, koruma tedbirlerine başvurulabilmesi bakımından genel soruşturma usulü ile benzerlik gösterse de; bir tarafta şüpheli, diğer tarafta savcılık ve denetim makamı

(7) Bu madde kapsamında yaptırım uygulanması, güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanmasına engel teşkil etmez.

(8) Cumhuriyet savcısı, şüpheli hakkında seri muhakeme usulünün uygulanmasını yazılı olarak görevli mahkemeden talep eder. Talep yazısında;

a) Şüphelinin kimliği ve müdafii,

b) Mağdur veya suçtan zarar görenlerin kimliği ile varsa vekili veya kanuni temsilcisi,

c) İsnat olunan suç ve ilgili kanun maddeleri,

d) İsnat olunan suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi,

e) Şüphelinin tutuklu olup olmadığı; tutuklanmış ise, gözaltına alma ve tutuklama tarihleri ile bunların süreleri,

f) İsnat olunan suçun oluşturan olayların özeti,

g) Üçüncü fıkrafta belirtilen şartların gerçekleştiği,

h) Belirlenen yaptırım ile beşinci ve altıncı fıkra uygulanmış ise bunlara ilişkin hususlar ve güvenlik tedbirleri, gösterilir. (Ek cümle:8/7/2021-7331/22 md.) Bu fıkraya aykırı olarak düzenlendiği, belirlenen yaptırımda maddi hata yapıldığı, yaptırım hakkında 231 inci veya Türk Ceza Kanununun 50 nci ve 51 inci maddelerinin uygulanmasında objektif koşulların gerçekleşmediği ya da teklif edilen cezanın mahiyetine uygun bir güvenlik tedbiri belirtilmediği anlaşılan talep yazısı, eksikliklerin tamamlanması amacıyla mahkemeye Cumhuriyet başsavcılığına iade edilir. Cumhuriyet savcısı tarafından eksiklikler tamamlandıktan ve hatalı noktalar düzeltildikten sonra talep yazısı yeniden düzenlenerek mahkemeye gönderilir.

(9) Mahkeme, şüpheliyi müdafii huzurunda dinledikten sonra üçüncü fıkradaki şartların gerçekleştiği, eylemin seri muhakeme usulü kapsamında olduğu ve dosyadaki mevcut delillere göre mahkûmiyet kararı verilmesi gerektiği kanaatine varırsa talep yazısında belirtilen yaptırımdan daha ağır olmamak üzere dört ila yedinci fıkra hükümleri doğrultusunda hüküm kurar; aksi takdirde talebi reddeder ve soruşturmanın genel hükümlere göre sonuçlandırılması amacıyla dosyayı Cumhuriyet başsavcılığına gönderir. Mazeretsiz olarak mahkemeye gelmeyen şüpheli, bu usulden vazgeçmiş sayılır.

(10) Seri muhakeme usulünün herhangi bir sebeple tamamlanamaması veya soruşturmanın genel hükümlere göre sonuçlandırılması amacıyla Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesi hâllerinde, şüphelinin seri muhakeme usulünü kabul ettiğine ilişkin beyanları ile bu usulün uygulanmasına dair diğer belgeler, takip eden soruşturma ve kovuşturma işlemlerinde delil olarak kullanılamaz.

(11) Suçun iştirak hâlinde işlenmesi durumunda şüphelilerden birinin bu usulün uygulanmasını kabul etmemesi hâlinde seri muhakeme usulü uygulanmaz. (Ek cümle:8/7/2021- 7331/22 md.) Seri muhakeme usulü, bu kapsama giren bir suçun, kapsama girmeyen başka bir suçla birlikte işlenmiş olması hâlinde uygulanmaz.

²⁶⁹ Yenisey/Nuhoglu, s. 841; Kezer Ahmet, **30 Soru ve Yanıtta Seri Muhakeme Usulü ve Basit Yargılama Usulü**, Adalet, Ankara, 2019, s. 17.

²⁷⁰ Madde gerekçesi; Aldemir Hüsnü, **Ceza Yargılamasında Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulü**, Adalet, Ankara, 2020, s. 17.

olarak mahkemelerin bulunması, fiilin işlendiği hususunda yeterli şüphe olması halinde savcının şüpheliye azaltılmış ve bireyselleştirilmiş bir yaptırım teklifinde bulunması hususları bakımında genel soruşturmadan oldukça farklıdır²⁷¹.

250. maddenin birinci fıkrası uyarınca soruşturma evresi sonunda maddede belirtilen suçlarla ilgili olarak kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmediği durumlarda seri muhakeme usulü uygulanacaktır. Fıkra kapsamında dikkat çeken ve en çok eleştirilen hususlardan biri “soruşturma evresi sonu” ibaresinin ne anlama geldiğidir. Soruşturma aşaması, Cumhuriyet Savcısı tarafından hazırlanan iddianamenin gönderildiği yetkili ve görevli mahkeme tarafından kabul edilmesiyle tamamlandığından, soruşturma aşamasında sona gelinmesinden anlaşılması gereken; savcının iddianameyi hazırlaması ve göndermesiyle mahkemenin kabulüne kadarki ara muhakeme evresi mi, yoksa iddianamesini hazırlaması mı ya da savcının iddianameyi hazırlamak için yeterli şüpheye ulaşması mıdır? Görüldüğü üzere madde metninden üç farklı anlam çıksa da, CMK m. 170/2 “soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler.” hükmünü ihtiva ettiğinden madde lafzı gereğince soruşturma evresinin sonu ile kastedilenin yeterli şüpheye ulaşılması olduğu doktrinde genel kabul görmektedir²⁷².

Kanaatimizce; takdir yetkisi ve diğer alternatif kovuşturma yöntemlerinde olduğu gibi seri muhakeme usulünde de; “soruşturma evresinin sonu” ibaresiyle Cumhuriyet savcılığı tarafından yürütülen soruşturmanın eksiksiz bir şekilde tamamlanması ve yeterli şüphe sebebinin elde edilmesinin gerekliliği vurgulanmak istenmiştir. Zira seri muhakeme yönetmeliğinin 5/2 ve 8/4 maddelerindeki “*Kanunun 250. maddesinin birinci fıkrasında sayılan suçlarda kamu davası açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilmesi*

²⁷¹ Aldemir, s. 18; Ildırar Elif, **Seri Muhakeme Usulü**, Seçkin, Ankara, 2021, s. 18; Yavuz, s. 244.

²⁷² Ünver Gülsüm Soylu, Engür Seçil Nergis Karaman, **Seri Muhakeme Usulü**, Adalet, Ankara, 2020, s. 43; Mustafa Ruhan Erdem, Candide Şentürk, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Yeni Bir Kurum Olarak Seri Muhakeme Yöntemi**, Ceza Hukuku Dergisi, C. 14, S. 41, 2019, s. 586; Yenisey/Nuhoğlu, s. 871; Ünver/Hakeri, s. 710; Centel/Zafer, s. 93; Maddeyi eleştiren Uğurlubay, Ayhan ve Korkmaz; “*CMK m.250/1’e göre seri muhakeme usulü soruşturma evresi sonunda uygulanabilecektir. Ancak soruşturma evresi sonundan ne anlaşılması gerektiği belirsizdir. Zira ne bu norm içerisinde ne de CMK’da başka bir yerde soruşturma evresinin ne zaman biteceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Soruşturma evresinin sonu normatif somut kriterlere göre belirlenmeyecek olursa, göreceli ve kişiden kişiye değişecek bir yorum ve uygulama ile karşı karşıya kalınacaktır. Bu normun kötüye kullanılması ya da gereği gibi uygulanmaması tehlikesini doğurabilecektir. En ciddi tehlike ise yerine göre işlerin yoğunluğunu yerine göre yargılamaların en hızlı şekilde sonlandırılması isteği nedeniyle, soruşturmanın gereği gibi tam yapılamadan bir iki içinde sonlandırılması sayısız ceza muhakemesi ilkesinin ihlali.*” olduğunu belirtmişlerdir. Bkz. Uğurlubay Gülsüm Ayhan Aygörmez, Haydar Nuran, Korkmaz Mehmet, **Seri Muhakeme Usulüne İlişkin Sorunlar**, ASBÜHFD, S. 2, 2019, s. 260.

üzerine kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmediği takdirde, seri muhakeme usulünün uygulanması zorunludur. Kamu davası açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilmesi üzerine kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmediği takdirde, seri muhakeme usulü uygulanır.” düzenlemesiyle de bu husus belirginleştirilmiştir. Yine yönetmelik m.8/3’ de düzenlendiği üzere, kamu davasının açılması için yeterli şüphe sebebinin elde edilememesi ya da kovuşturma imkanının bulunmaması halinde Cumhuriyet savcısı CMK m.172 uyarınca kovuşturmaya yer olmadığına karar verecektir. Ayrıca savcı kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar vermediği takdirde seri muhakeme usulünü uygulayabileceğinden, bu aşamada yeterli şüpheyi zaten araştırmış olacaktır²⁷³.

Kaldı ki; soruşturma evresi kamusal ve mecburi olduğundan yeterli şüphe sebebi oluşmadan kovuşturma aşamasına geçilmesi mümkün değildir. Soruşturma evresinin kamusal ve mecburi oluşu klasik muhakeme sürecinin yanı sıra, muhakeme sürecini hızlandırmak ve uyuşmazlıkların kolay çözüme kavuşmasını sağlamak için öngörölmüş tüm alternatif yöntem ve usuller açısından da önemlidir. Bu nedenledir ki, seri muhakeme usulünün uygulanabilmesi için soruşturma evresinin tamamlanması zaruridir²⁷⁴. Yine de yeterli şüphe kavramına madde metninde yer verilmemesi önemli bir eksikliktir.

“Soruşturmanın sonu” ibaresine yer verilmiş olması kovuşturma mecburiyeti ilkesi açısından da ayrı bir önem taşımaktadır. Cumhuriyet savcısının maddi gerçeği araştırma yükümlülüğü gereği lehe ve aleyhe tüm delilleri toplaması ve yeterli şüpheyi ulaşması gerektiğinden seri muhakeme usulü araştırma mecburiyeti ilkesine bir istisna getirmese de, Cumhuriyet savcısı tarafından yapılan teklifin şüpheli tarafından kabulü ile kamu davası açılmadan uyuşmazlık çözümlendiğinden; kamu davasının mecburiliği ilkesinin bir istisnasını oluşturmaktadır²⁷⁵.

Seri muhakeme usulüne ilişkin bir diğer eleştiri ise, müessesenin uygulanıp uygulanmaması hususunda savcıya takdir yetkisi tanınmamasıdır. CMK m. 250/1 “soruşturma

²⁷³ Yenisey/Nuhoğlu, s. 871; Ünver/Engür, s.44, Ildırar, s.135.

²⁷⁴ Karabulut Ferhat, Karapazarloğlu Ersin, Tosun Hamza, **Ceza Muhakemesinde Deli Kavram ve Kovuşturma Sürecinde Hakimlerin Delil Algısı**, TBB Dergisi, S. 120, 2015, s. 385-422.

²⁷⁵ Ildırar, s. 25,103; Ünver/Engür, s. 45; Özbek/Doğan/Bacaksız’a göre “şüpheli hakkında yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilmesi ile yetinilerek, şüphelinin seri muhakeme usulünü kabul etmesi şartıyla hakkında mahkumiyet hükmü verilmesi, maddi gerçeğin araştırma yükümlülüğünden feragat anlamına geldiği için eleştirilmektedir. Yönetmelik m. 8 de yer alan “ soruşturma konusu suçun seri muhakeme usulüne tabi olması Cumhuriyet savcısının maddi gerçeği araştırma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz” şeklindeki düzenleme de bu gerçeği değiştirmemektedir.” Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 478.

evresi sonunda katalog suçlarla ilgili olarak kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmediği takdirde seri muhakeme uygulanır” demek suretiyle savcılığın takdir ve seçenek hakkının olmadığını ifade etmiştir²⁷⁶. Bu bakımdan, soruşturma evresinde CMK’nın 250. maddesine giren bir suçun varlığı ve diğer temel şartların da oluşmuş olması durumunda seri muhakeme usulünün uygulanması bakımından Cumhuriyet savcısı teklifi yapmak zorundadır²⁷⁷.

Bu zorunluluğun sonucu olarak madde kapsamındaki suçlara ilişkin davalar bakımından da bir muhakeme şartı ihdas edilmiştir. CMK m. 174/1-c gereği savcılığın seri muhakeme usulünü uygulaması gerekirken uygulamaması iddianamenin iadesi sebebidir²⁷⁸. Bununla birlikte Cumhuriyet savcısı, seri muhakeme usulünün uygulanması talebini mahkemeye iletinceye kadar bu iradesinden, fiilin hukuki niteliğinin değiştiğinden bahisle vazgeçebilir. Bunun nedeni ise gerekçede belirtildiği üzere, seri muhakeme usulünün delil toplama keyfiyetini ve maddi gerçeğe ulaşma yükümlülüğünü ortadan kaldırmamasıdır²⁷⁹.

Seri muhakeme usulü; kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumundan beklenen hukuki faydanın sağlanmaması nedeniyle; bu kurumu ile ilişkilendirilerek düzenlenmiş ve kamu davasını açılmasının ertelenmesi kararının verilmemesi şartına bağlanmıştır²⁸⁰. Bu nedenledir ki; kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunda savcıya takdir yetkisi tanınmışken; diğer bir alternatif çözüm yöntemi olan seri muhakeme usulünde savcıya takdir yetkisi tanınmaması eleştirilmiştir²⁸¹.

²⁷⁶ Kezer, s. 68, Ildırar, s. 103; Ünver/Engür, s. 182; Yenisey/Nuhoğlu, s. 871; Uğurlubay/Haydar/Korkmaz, s. 263, 266; Kızıllarslana göre; söz konusu hükmün uygulamada yeknesaklığı sağlamak ve savcıların keyfilliğini önlemek amacıyla getirilmiş olup mevcut düzenleme karşısında savcının seri muhakeme usulünün uygulanmaması yönünde bir takdir kullanması mümkün değildir. Ancak kovuşturma aşamasında şüphelinin daha lehine sonuçlar doğabileceği kanaatinin bulunması halinde savcıya kovuşturma aşamasına geçirme yetkisi verilmesi daha uygun olacaktır. Bkz. Kızıllarslan Hakan, **7188 Sayılı Kanun’la Ceza Muhakemesi Hukukuna Getirilen Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri**, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 183 – 184, 2019, s. 1915, 1918.

²⁷⁷ Yurtcan, s. 714, Erdem/Şentürk, s. 589.

²⁷⁸ Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 89.

²⁷⁹ Yavuz, s. 259; Erdem/Şentürk’e göre, “süreç tamamlanıncaya kadar her aşamada koşulların gerçekleşmemesi nedeniyle soruşturmaya geri dönülerek, delil toplanmasına devam edilecektir. Dolayısıyla sürecin, elde edilen yeni delillere göre fiilin daha önce tespit edilenlerden farklı olarak nitelendirilmesi nedeniyle kesintiye uğratılması, talebin mahkemeye onaylanması aşamasına kadar her zaman mümkün olabilmelidir.” Bkz. Erdem/Şentürk, s. 589.

²⁸⁰ Şahin/Göktürk, s. 52.

²⁸¹ Yenisey/Nuhoğlu’na göre “CMK m. 171/2 uyarınca kamu davasını açmada savcıya takdir yetkisi tanınmışken; seri muhakemeye başvuranın zorunlu tutulmasının sistemsiz bir düzenleme yapıldığı izlenimi uyandırmaktadır.” Bkz. Yenisey/Nuhoğlu, s. 871.

Seri muhakeme usulünün uygulanabilmesi için; şüphelinin CMK m. 250’de belirtilen suçlardan birini işlenmiş olması, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının verilmemiş olması, şüphelide yaş küçüklüğü (TCK m. 31) veya akıl hastalığı (TCK m. 32) ya da sağır ve dilsizlik (TCK m. 33) hallerinin mevcut olmaması ve işlenen suçun ön ödeme (TCK m. 75) veya uzlaştırma (CMK m. 253) kapsamında bulunmaması olmak üzere 4 temel şartın varlığı gerekmektedir.

Bu dört şartın bulunması halinde Cumhuriyet savcısı seri muhakeme teklifi yapmak zorunda olduğundan, bu hususta takdir yetkisi olmasa da, yeterli şüphe sebebinin oluşup oluşmadığı noktasında takdir yetkisine sahiptir²⁸². Yine Cumhuriyet savcısı, TCK’nin 61. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen hususları göz önünde bulundurarak, suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında tespit edeceği temel cezadan yarı oranında indirim uygulamak suretiyle cezayı ve/veya güvenlik tedbirini belirleyecektir (CMK m. 250/4, CMSMY m. 10/5). Suç için öngörülen cezanın alt ve üst sınırları içerisinde ceza miktarını belirleme konusunda Cumhuriyet savcısı takdir yetkisine sahip olmasına karşın, belirlenen ceza miktarının yarı oranında indirilmesi konusunda herhangi bir takdir yetkisi yoktur. Başka bir ifade ile suç için öngörülen cezanın alt ve üst sınırları içerisinde belirlenen cezadan, yarı oranında indirim yapılması zorunludur²⁸³.

Ayrıca kanun koyucu, TCK m. 61/1 çerçevesinde belirlenen cezada yarı oranında indirim yapılması suretiyle talep edilecek somut cezanın, koşulların bulunması halinde TCK m. 50’deki seçenek yaptırımlara çevrilmesine veya TCK m. 51’e göre ertelemeye konu olmasına, hatta klasik muhakeme usulünde mahkemeler tarafından verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının, seri muhakeme usulünde savcı tarafından verilmesine de imkan tanımıştır (CMK m. 250/5)²⁸⁴. Bununla birlikte şüpheli hakkında yaptırım uygulanması, güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanmasına engel teşkil etmemektedir (CMK m. 250/7).

Bu bağlamda, koşulları mevcutsa Cumhuriyet savcısı belirlediği somut yaptırımın, seçenek yaptırımlara çevrilmesini, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını ya da cezanın

²⁸² Ünver/Hakeri, **3. Cilt**, s. 1307

²⁸³ Aldemir, s. 284; Kızıllarsan, s. 1933.

²⁸⁴ Karakehya Hakan, Tunçer Asuman İnce, **Seri Muhakeme Usulünün Adil Yargılanma Hakkı Ve Diğer Bazı Anayasal İlkeler Açısından Değerlendirilmesi**, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1, 2021, s. 24-25; Yenisey/Nuhoğlu, s. 872.

ertelenmesini isteyebilecektir. Burada yasa koyucu “*seçenek yaptırımlara çevrilebilir veya 51 inci maddesine göre ertelenebilir*” demek suretiyle savcıya takdir yetkisi tanımıştır²⁸⁵. Koşullar bulunsa bile savcı, cezanın seçenek yaptırımlara çevrilmesini veya ertelenmesini talep etmeyebilecektir. Mezkur düzenleme, Cumhuriyet savcısının hapis cezasını seçenek yaptırımlara çevirme ve erteleme yetkisinin bulunmadığı, bu işlemler için mahkemelerin görevlendirilmesinin gerektiği ileri sürülerek eleştirilmektedir²⁸⁶.

Her ne kadar yasa koyucu seri muhakeme usulü ile, yeni bir işleyiş ve sistem ortaya koymayı amaçlayarak, mahkemelerin iş yükünün azaltılması adına mahkeme aşamasına geçilmeksizin tüm işlemlerin Cumhuriyet savcısı tarafından tamamlanmasını istemişse de, kanaatimizce eleştirilerde haklılık payı vardır. Zira yargılama faaliyeti hızlı olması gerektiği kadar adil ve hakkaniyetli de olmalıdır. TCK m. 50; kısa süreli hapis cezasının seçimlik yaptırımlara çevrilmesinde suçlunun kişiliği, sosyal ve ekonomik durumu, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlık; aynı şekilde TCK m. 51 de, cezanın ertelenmesinde failin yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık gibi sübjektif kriterlere yer vermiştir. Seri muhakeme usulü uyarınca soruşturma evresini olabildiğince çabuk tamamlayarak, kısa sürede sonuçlandırmayı amaçlayan Cumhuriyet savcısının, söz konusu kriterlerin tespiti için yeterli vakti ayırıp ayıramayacağı ya da dosya kapsamındaki bilgi ve verilerin bu kıstasların değerlendirilmesinde ne kadar elverişli olacağı ise belirsizdir²⁸⁷.

Bu belirsizliğe rağmen kanaatimizce, Cumhuriyet savcısına söz konusu seçenekleri değerlendirme konusunda takdir yetkisi tanınması yerindedir²⁸⁸. Zira kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi ve hapis cezasının ertelenmesi müesseseleri ceza

²⁸⁵ Yavuz, s. 274; Karakehya/Tunçer, s. 24; Aldemir’ e göre “*Cumhuriyet savcısının, erteleme ya da seçenek yaptırımlara çevirme konusunda takdir yetkisi yoktur lakin hangi seçenek yaptırımın uygulanacağı konusunda takdir yetkisi vardır.*” Bkz. Aldemir, s. 93.

²⁸⁶ Yurtcan’a göre, “*Maddedeki teknik hukuk yaklaşımı ile hatalıdır. Metinde savcının seçenekleri uygulaması öngörülmektedir. Türk hukukunda savcı bu sonuçları uygulama yetkisine sahip değildir.*” Yurtcan, s. 718; Aldemir’e göre, “*Bu sistemle, daha önce TCK m.51 hükmüne dair uygulama yapmamış olan Cumhuriyet savcılarına böyle bir yetki ve görev verilmesi isabetli olmamıştır. Bu durumun, sistemin oturmasına kadar uygulamada birçok aksaklık ve hatalara sebebiyet vereceği kanaatindeyiz. Doğru olan, Cumhuriyet savcısına temel cezanın belirlenmesi ve yarı oranında indirim yapılmasına dair yetkiyle sınırlı bir yetki verilmesidir. Paraya çevirme, erteleme, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve diğer müesseselerin uygulanması mahkemenin takdirine bırakılmalıdır.*” Bkz. Aldemir, s. 97; Aynı yönde bkz. Kızılarıslan, s. 1934.

²⁸⁷ Cumhuriyet savcısının 5237 sayılı Kanun m.50/1’deki kriterlerin tespiti için sosyal araştırma raporu aldırılması gerektiği yönündeki görüşü için bkz. Yavuz, s. 275, 276.

²⁸⁸ Aynı yönde bkz. Yavuz, s. 275; Karakehya/Tunçer’e göre, “*bu durum savcıya bir keyfilik alanı tanımamaktadır. Nitekim savcının koşulları bulunduğu hallerde bu kurumlari uygulamamasının makul bir sebebi bulunmalıdır.*” Bkz. Karakehya/Tunçer, s. 24, 25.

yaptırımın bireyselleşmesi açısından önem arz etmekte ve cezadan beklenen amaca hizmet etmektedir²⁸⁹.

Cumhuriyet savcısı müdafî huzurunda şüphelinin seri muhakeme usulünün uygulanmasını kabul etmesinden sonra, belirlediği yaptırıma hükmedilmesini, öngörmüşse seçenek yaptırımlara çevrilmesini, ertelenmesini veya HAGB'ye konu olmasını görevli ve yetkili mahkemeden “talepname” ile isteyecektir. Mahkeme talepnameyi incelendikten sonra, seri muhakeme usulünün hukuka uygun şekilde uygulandığını tespit ederse, talepname doğrultusunda cezaya ve/veya güvenlik tedbirine hükmedecektir (CMK m. 250/9). Mahkemenin esasa ilişkin değerlendirme yapma ve belirlenen yaptırımı değiştirme yetkisi bulunmamaktadır. Ayrıca mahkeme, savcılığın TCK m. 61/1'e göre alt ve üst sınırlar arasında temel cezayı belirlerken takdir yetkisini uygun kullanıp kullanmadığını da denetleyememektedir, zira bu husus münhasıran Cumhuriyet savcısının takdirindedir. Buna karşın alt sınırın altında veya üst sınırın üstünde bir ceza takdiri varsa, bu husus talepten itibaren iadesi sebebi olacaktır²⁹⁰.

Takdir yetkisi gibi seri muhakeme de savcı odaklı bir müessesedir. Lakin Cumhuriyet savcısının kontrolündeki diğer alternatif çözüm yöntemleri olarak kamu davasının açılmasının ertelenmesi, takdir yetkisi, önödeme ve uzlaştırmaya ilişkin kovuşturamama kararlarından farklı olarak seri muhakeme usulünde bir “ceza yaptırımı” belirlenmektedir. Oysaki diğer yöntemlerde koşul olarak şüphelinin aktif ve pasif katılımı ile katlanması gereken bir takım yükümlülükler öngörülmekte, şüphelinin bu koşullara uygun hareket etmesi halinde Cumhuriyet savcısı kovuşturma yapma hak ve yetkisinden kamu adına feragat ederek, soruşturma evresi kovuşturamama kararı ile sonlandırılmaktadır²⁹¹.

Öte yandan seri muhakeme usulünde, şüpheli ve Cumhuriyet savcısı arasında, kovuşturma yapılıp yapılmaması ya da cezanın türü ve miktarının belirlenmesi konusunda bir müzakere yapılmamakta, sadece Cumhuriyet savcısı tarafından belirlenen yaptırıma ve

²⁸⁹ Özgenç'e göre “İslah edici anlayış gereği suç işleyen kişinin mahkûm olduğu cezanın infaz edilmesiyle güdülen yegane amaç, kişiyi gerçekleştirdiği haksızlık dolayısıyla etkin bir uyarıda bulunmak ve kişinin etkin pişmanlık duymasını sağlamaktır. Cezaların infazıyla mahkûm gelecekte sosyal sorumluluğa sahip olarak suçtan uzak bir yaşantı sürmeye yatkın duruma getirilmelidir. Ancak bu amaç, bazı suçlular açısından sadece bir cezaya mahkûm olmakla da sağlanmış olabilir. Bu bakımdan kişinin sadece belli bir cezaya mahkûm olmasıyla cezanın uyarı fonksiyonunu gerçekleştirmesi ve failin bu suçtan dolayı etkin pişmanlık duyması durumunda, artık cezaevi ortamına konmaması gerekir.” Bkz. Özgenç, s. 826.

²⁹⁰ Ildırar, s. 118; Karakehya/Tunçer, s. 34.

²⁹¹ Yavuz, s. 244, 245.

yaptırımın uygulama şekline ilişkin bir teklifte bulunmaktadır. Kaldı ki seri muhakeme usulünün uygulanması şüphelinin suçu kabulü ya da ikrarı koşuluna da bağlanmamıştır²⁹².

Bu itibarla yalnızca soruşturma aşaması bakımından öngörülen alternatif bir çözüm yöntemi olarak seri muhakeme usulü; mutabakata dayalı bir yöntem olmakla birlikte müzakereye dayalı bir pazarlık yöntemi değildir. Diğer bir deyişle, Cumhuriyet savcısı ile şüpheli arasında bir pazarlık yapılmasından ziyade, savcının belirlediği yaptırım üzerinde anlaşılması ile uygulanabilen bir müessesedir²⁹³.

1.5.5 BASİT YARGILAMA USULÜ

17/10/2019 tarihli 7188 sayılı yasa değişikliği ile CMK m. 251 ve 252’de düzenlenen basit yargılama usulü, iddianamenin kabulü aşamasından sonra adli para cezası ve/veya üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda, duruşma yapılmaksızın, yazılı beyan ve savunma esasına dayanan, bazı yargılama işlemlerinin uygulanmayarak, mahkemelere emek ve zaman tasarrufu sağlayan istisnai bir yargılama usulüdür²⁹⁴.

CMK m. 251/1 “*Asliye ceza mahkemesince, iddianamenin kabulünden sonra adli para cezasını ve/veya üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verilebilir.*” hükmü ile asliye ceza hakimine CMK m. 171/1’de düzenlenen takdir yetkisine benzer bir takdir yetkisi tanımıştır²⁹⁵. Lakin basit yargılama usulünün uygulanıp uygulanmayacağı münhasıran iddianamenin sunulduğu asliye ceza mahkemesinin takdirinde iken, CMK m. 171/1 uyarınca kamu davasının açılmasını talep etmede takdir yetkisi ise Cumhuriyet savcısındadır.

²⁹² Yavuz, s. 245.

²⁹³ Aksi görüşte olan Kezer’e göre, “Seri muhakemede taraflar arasında bir pazarlık söz konusudur. Şöyle ki; Yasa koyucu CMK m. 250/3’te savcılığın şüpheliye zorunlu müdafî huzurunda teklif yapacağını düzenlenmiştir. Savcılığın şüpheli ve zorunlu müdafîye önerdiği teklifi kabul ve ret hakları olduğu açıktır. Suçun yasadaki öngördüğü ceza miktarı, ceza miktarının seçenek yaptırımlara, erteleme ve HAGB’e çevrilmesinde, güvenlik tedbirlerinin uygulanması konusunda tarafların karşılıklı öneri/teklif getireceği, pazarlık edeceği, bu süreç sonunda ortak metinde/cezada mutabık olmaları halinde savcılığın teklifinin somutlaşacağı açıktır. Kısaca taraflar karşılıklı öneri ve tekliflerde bulunacak ve her iki tarafın mutabık kaldığı noktada uzlaşma belgesi hazırlanacaktır. CMK m. 250/3-4-5-6-7 teklif sürecine ilişkin olup bu sürecin iki taraflı pazarlığa dayandığı açıktır.” Bkz. Kezer, s. 47.

²⁹⁴ Kezer, s. 73; Taneri Gökhan, **Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulü**, Seçkin, Ankara, 2021, s. 267; Koca Mustafa, **Ceza Muhakemesinde Basit Yargılama Usulü**, İMÜHFD, 2020, C. 7, S. 2, s. 173.

²⁹⁵ Aldemir, mahkemece bu hususta bir karar verilmeden basit muhakemenin uygulanmasına geçilemeyeceğini ifade etmektedir. Bkz. Aldemir, s. 314, 315; Kızılarıslan, s. 1914; Kezer, s. 73, 80, 105; Yılmaz/Apiş, s. 65.

Basit yargılama usulü, seri muhakeme ve takdir yetkisinden farklı olarak tamamen yargılama makamının kontrolünde ilerleyen bir usuldür. Mezkur usulün uygulanıp uygulanmaması veya başka bir işlem yapma konusunda iddia makamına herhangi bir yetki verilmemiştir. Diğer bir deyişle, savunma makamının ya da iddia makamı olarak savcının, iddianamenin sunulduğu asliye ceza mahkemesinden basit yargılama usulünün uygulanmasını talep etme yetkisi bulunmamaktadır²⁹⁶. Ayrıca mezkur usulün uygulanması sanığın kabulüne de bağlı değildir, sanık açıkça itirazda bulunmadığı takdirde, hakkında basit yargılama usulü uygulanacaktır²⁹⁷.

Her ne kadar CMK m. 251’de sayılı şartların bulunması halinde basit yargılama usulünü uygulayıp uygulamama hususunda mahkemeye takdir yetkisi tanınmışsa da, mahkememin takdir yetkisini hangi ölçüt ve kıstaslara göre kullanacağı ise düzenlenmemiştir²⁹⁸. Bununla birlikte yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik hâlleri ile soruşturma veya kovuşturma yapılması izne ya da talebe bağlı olan suçlar ile basit yargılama kapsamındaki bir suç, bu kapsamda olmayan başka bir suç ile birlikte işlenmişse mahkeme takdir hakkını kullanamayacaktır (CMK m. 251/7-8). Bu hallerden birinin bulunması durumunda asliye ceza mahkemesinin, basit yargılama usulünü uygulaması hususunda takdir yetkisi bulunmamaktadır ve asliye ceza mahkemesi yargılamayı olağan usulle yürütmek zorundadır²⁹⁹.

Basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verildiği takdirde mahkemece iddianame; sanık, mağdur ve şikâyetçiye tebliğ edilerek, beyan ve savunmalarını on beş gün içinde yazılı olarak bildirmeleri istenecektir. Beyan ve savunma için verilen süre dolduktan sonra ise mahkeme, duruşma yapmaksızın ve Cumhuriyet savcısının görüşünü almaksızın, CMK m. 223’te belirtilen kararlardan birine hükmedecektir. Yine mahkemenin takdir yetkisinin bir istisnası olarak; mahkûmiyet kararı verilmesi halinde hükmedilecek ceza; dörtte bir oranında indirilecektir. Bu hususta mahkemeye takdir yetkisi tanınmamıştır (CMK m. 251/2-3)³⁰⁰.

²⁹⁶ Yenisey/Nuhoğlu, s. 850; Koca, s. 178; Ildırar, s.70; Yurtcan, s. 723; Kızıllarslan, asliye ceza mahkemesinin, basit muhakemenin uygulanmasına karar verirken, Cumhuriyet savcısının da görüşünün alınmasının uygun olacağını ifade etmektedir. Bu görüşünün gerekçesi olarak, Cumhuriyet savcılarının açtıkları davaları takiplerinin ve bu davalara katılımlarının engellenmemesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. Kızıllarslan, s. 1948.

²⁹⁷ Taşkın Şaban Cankat, **7188 Sayılı Kanun ile Ceza Muhakemesi Kanunu’na Getirilen “ Basit Yargılama Usulü “ Hakkında Tespit ve Değerlendirmeler**, ÇÜHFD, C. 5, S. 1, 2020, s. 3110.

²⁹⁸ Taneri, s. 268.

²⁹⁹ Koca, s. 180.

³⁰⁰ Aldemir, s. 322.

Takdir yetkisine getirilen bir diğer istisna ise, 8/7/2021 tarihli 7331 sayılı yasa ile 251. maddeye 2. fıkra olarak eklenen “175 inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca duruşma günü belirlendikten sonra basit yargılama usulü uygulanmaz” hükmüdür. Salt duruşma gününün belirlenmiş olmasının mı basit muhakeme usulüne engel olduğu yoksa duruşma gününün belirlenmesinden sonra hazır bulunması gereken kişilerin çağrılmış olmasının mı basit muhakeme usulüne engel olduğu belirsiz ise de, mahkeme duruşma günü belirlenene kadar takdir yetkisini kullanmak zorundadır³⁰¹.

1.5.6 İDDİA PAZARLIĞI

Doktrinde, savcı – sanık pazarlığı³⁰², suçü üstlenme-itham pazarlığı³⁰³, itiraf pazarlığı³⁰⁴, ikrar pazarlığı³⁰⁵, iddianame pazarlığı,³⁰⁶ şeklinde de ifade edilen iddia pazarlığı; genellikle yargılama öncesinde iddia ve savunma arasında gerçekleştirilen sanığın suçunu itiraf etmesine karşılık; savcının, bazı suçlamaları düşürme, suçlama sayısını azaltma, mahkemeden belirli bir ceza talep etme ya da hiçbir ceza talep etmeme, yabancılar için sınır dışı edilmeme gibi sanık lehine tavizler verdiği, sanığın ise buna karşılık başta mahkeme önünde yargılanma hakkı olmak üzere bazı anayasal haklarından feragat ettiği ve suç dosyasının yargılamaya gidilmeden taraflar arasındaki görüşmelerle çözümlendiği sui generis bir uygulamadır³⁰⁷.

³⁰¹ Taneri’ye göre “ CMK m.175/2 ye göre; iddianamenin kabulünden sonra duruşma günü belirlenir ve duruşmada hazır bulunması gereken kişiler çağrılır. Salt duruşma gününün belirlenmiş olmasının mı basit muhakeme usulüne engel olduğu yoksa duruşma gününün belirlenmesinden sonra hazır bulunması gereken kişilerin çağrılmış olmasının mı basit muhakeme usulüne engel olduğu anlaşılmamaktadır. Sadece duruşma gününün belirlenmesinin basit muhakeme usulüne engel olduğu, herhangi bir atfa gerek olmaksızın doğrudan ifade edilebilirdi. Ancak CMK m. 175/2 fıkrasına atıf yapılmış olması, sadece duruşma gününün belirlenmiş olmasının değil, hazır bulunması gereken kişilerin çağrılmasının basit muhakemeye engel olduğunu düşündürmektedir. Öte yandan bu halde de duruşmada hazır bulunması gereken kişiler sadece sanık ve mağdur ise bu durumun neden basit muhakeme usulünün uygulanmasını engelleyeceği anlaşılmamaktadır.” Bkz. Taneri, s. 269.

³⁰² Balo Yusuf Solmaz, Çetintürk Ekrem, **Amerika Birleşik Devletleri Ceza Hukuku Uygulamasında Savcı-Sanık Pazarlığı ve Türkiye’de Uygulanabilirliği**, GÜHFD, C. 17, S. 1-2, 2013, s. 1247.

³⁰³ Bıçak, s. 393.

³⁰⁴ Yücel Mustafa, **Ceza Adaletinde Sapmalar**, TBB, S. 105, 2013, s. 19.

³⁰⁵ Birtek Fatih, **İkrar**, Adalet, Ankara, 2018, s. 73.

³⁰⁶ Bacaksız Pınar, **İddianame Pazarlığı (Plea Bargaining)**, Ceza Hukuku Dergisi, S. 7, 2008, s. 151.

³⁰⁷ Bıçak, s. 7; Kaşlı’ya göre, plea bargaining terimi için “yargılama pazarlığı” veya “kovuşturma pazarlığı” ifadelerinin kullanımı konunun olduğundan çok farklı bir şekilde anlaşılmasına sebep olmaktadır. Çünkü pazarlık konusu yargılama veya kovuşturma yapıp yapılmayacağı değil sanığa yüklenecek suçlar ve sanığın alacağı ceza miktarıdır. Uygulamayı ifade etmek üzere “yaptırım pazarlığı” ya da “ceza pazarlığı” denilmesi konunun sadece bir türünü kapsamaktadır. Her ne kadar bu uygulama kapsamında sanığa uygulanacak yaptırım veya ceza pazarlığı yapılsa da sanığa isnat edilecek suçların da pazarlık konusu olduğu göz önüne alındığında bu kavramın da yetersiz olduğu görülecektir. Çünkü uygulamanın türlerine bakıldığı zaman, pazarlık konusu sadece ceza değil, bazı durumlarda suçlamanın niteliği ya da sayısı da olabilmektedir. Söz konusu süreci ifade etmek üzere “itiraf pazarlığı” denildiğinden bahsedilmektedir. Oysaki bu kavrama karşılık itiraf pazarlığı denilmesi

ABD ceza adaleti sistemindeki en yaygın uygulamalardan biri olan iddia pazarlığı ceza hukukunda reform yapan İtalya, Bulgaristan, Hindistan, Tayvan, Polonya, Avusturalya gibi pek çok ülke tarafından değerlendirilmiş ve bazı değişikliklerle uygulamaya sokulmuştur³⁰⁸. İddia pazarlığı asıl olarak bir ABD ceza adaleti kurumu olduğu için, kurumun takdir yetkisi ile benzerliği de ABD uygulaması esas alınarak açıklanmıştır.

Savcıların suç ikrarı almak amacıyla, sanıkların avukatlarıyla yaptığı pazarlığı ifade eden iddia pazarlığının odak noktası savcı ve savcılık teşkilatıdır. Özellikle Amerikan savcılık teşkilatı dünyadaki diğer benzeri teşkilatlardan yetki bakımından oldukça geniş ve etkin bir karar gücüne sahiptir. Maslahata uygunluk ilkesine dayanan ABD adalet sisteminde savcı, bazı istisnalarla birlikte genel olarak seçimle gelen bir görevlidir ve aynı zamanda toplumdaki hukuki sorunlara çözüm bulma konusunda en güçlü ve etkin kişidir. Bunun nedeni savcının kararlarının kimse tarafından gözden geçirilemez ve değiştirilemez oluşudur. Amerikan savcısı istediği kararı verebildiği gibi kimsenin onun kararını değiştirme yetkisi de bulunmamaktadır³⁰⁹.

Kovuşturma mecburiyeti ilkesinin bir istisnası olan iddia pazarlığının savcı odaklı oluşuna ilişkin bir diğer husus ise, suç işleyen kişilerin alacağı cezaların belirlenmesinde savcıların yapacağı ithamların, mahkemelerin vereceği kararlardan daha önemli oluşudur. Zira savcılar hakimın müdahalesine gerek duymadan sanık aleyhine cezayı belirleme yetkisine haizdirler³¹⁰.

İddia pazarlığı, takdir yetkisi gibi kamu menfaatinin ön planda olduğu bir uygulamadır. Zira itham pazarlığı yargıda biriken iş yükünün azaltılması, uzun süreli tutuklamalar ve ceza adaleti sistemindeki yetersiz işleyişe bağlı olarak meydana gelen temel insan hakkı ihlalleri sorunlarının çözümünü sağlayacak alternatif bir yöntem olarak

uygulamayı tanımlama yerine sanığın eylemine odaklı bir kavramdır. Bu uygulamanın amacı, sanığın ne pahasına olursa olsun suç itirafında bulunması değildir. Ayrıca itiraf, soruşturma aşamasında olabileceği gibi kovuşturma aşamasında hakim huzurunda da yapılabilmektedir. savcı-sanık pazarlığı” kavramı da, uygulamanın konusunu belirtmekten uzak bir kavramdır. Her ne kadar bu uygulama, sanık ile savcı arasındaki bir pazarlık sürecini kapsıyor olsa da pazarlık ne hakkındadır, buna dair en ufak bir fikir vermemektedir. Bkz. Kaşlı, s. 41; Balo ve Çetintürk’e göre, itham pazarlığı kavramının uygulama çeşitliliğini göstermediği gerekçesiyle bu kavramın kurumu bir bütün olarak ifade edemediğini belirtseler de kanaatimizce itham pazarlığı ya da iddia pazarlığı terimi mevcut yasal düzenlemelere göre hem uygulamanın aktörü olarak savcıyı ifade edebildiği için, hem de uygulamanın içeriğini ifade edebildiği için en uygun seçenektir. Bkz. Balo/Çetintürk, s. 1246.

³⁰⁸ Balo/Çetintürk, s. 1245.

³⁰⁹ Balo Yusuf Solmaz, **Abd Hukukunda Savcılık Kurumu**, Seçkin, Ankara, 2013, s. 81.

³¹⁰ Kaşlı, s. 48.

görülmektedir. Öte yandan mağdurun ceza adaleti sisteminin elde edeceği genel faydalar geri planda kalmaktadır³¹¹.

Takdir yetkisi ile iddia pazarlığı arasındaki bir diğer benzerlik ise itham pazarlığının savcıya geniş bir takdir yetkisi tanımasıdır. Savcıya tanınan takdir yetkisi, herhangi bir dosya hakkında pazarlığa gidilip gidilmeyeceği ve gidilecekse koşullarının belirlenmesini de içermektedir³¹². Esasen pazarlık, savcının ceza adaleti sistemini kontrol altında tuttuğu veya ceza adaleti sisteminde etkin olduğu en önemli araçlardan biridir.

Pazarlık kararının verilmesi sürecinde, suçun ağırlığı, failin kişiliği, mağdurun bulunduğu koşullar veya takdir edilecek cezanın uygulanabilirliği gibi hususların değerlendirilmesinde savcılarının geniş takdir yetkisi bulunmaktadır. Zira bu sürecin kendisi şekli kurallara çok fazla bağlı olmayıp, sürecin doğasında takdir yetkisini barındırmaktadır³¹³.

CMK m. 171/1 kapsamında savcıya tanınan takdir yetkisinin aksine, iddia pazarlığında savcının takdir yetkisinin sınırını anayasal ilkeler ve etik standartlar belirlemiştir. ABD Yüksek Mahkemesi, delillerin yeterince araştırılmamasını, savcının takdir yetkisini keyfi kullanmasını, hukuki dinlenilme hakkından şüphelinin yoksun bırakılmasını, savcılığın pazarlık yapan şerikin güvenilirliğine ilişkin şahsi teminat vermesini hukuka aykırı bularak savcının takdir yetkisinin doğru kullanılmadığı sonucuna varmıştır. Ayrıca, takdir yetkisinin kullanımında, suçun etkenlerinin yanında, şüphelinin adli sicil kayıtları, yaşı, kişiliği ve delillerin kabul edilebilirliği gibi hususlar ile suç mağduru ve koşulları da pazarlık süreci kararında etkili olan hususlardır³¹⁴.

İtham pazarlığının, takdir yetkisinden ayrılan bir diğer özelliği ise savcı tarafından teklif edilen pazarlığın geçerliliğinin sanığın özgür iradesi ile kabulüne bağlı oluşudur. Sanık

³¹¹ Yücel, s. 19; İddia pazarlığının alternatif bir çözüm yöntemi olmadığı yönünde bkz. Kaşlı, s. 42-43. Ayrıca Kaşlı'ya göre; İki uygulama da söz konusu uyuşmazlığı yargılama yapmadan karara bağlanmakta; diğer bir deyişle, uyuşmazlık mahkemeye alternatif bir yol ile çözümlenmektedir. Lakin uygulama arasındaki en önemli fark sürecin aktörleri ile ilgilidir. İtham pazarlığı süreci, yaygın şekliyle savunma makamı olarak sanık ve müdafî ile iddia makamı olan savcılık arasındayken alternatif çözüm yöntemlerinde, çözüme ulaşmada üçüncü kişinin müdahalesi zorunludur, hatta üçüncü kişinin uyuşmazlığa müdahalesi esas koşuldur. Bkz. Kaşlı, s. 42-43.

³¹² Balo/Çetintürk, s. 1259.

³¹³ Balo/Çetintürk, s. 1259.

³¹⁴ Bacaksız, s. 164-164.

bir avukat tarafından iddia pazarlığını kabul etmek konusunda uygun ve yeterli bir hukuki yardım aldıktan sonra gönüllü ve akılcı bir şekilde ikrar da bulunmalıdır³¹⁵.

İki kurum arasındaki bir diğer fark ise, CMK m. 171/1 kapsamında takdir yetkisinin kullanılabilmesi için soruşturma neticesinde savcının yeterli şüphe sebebini elde etmesi gerekirken, ABD sisteminde iddia pazarlığı (plea bargaining) genellikle savcılık tarafından, tercihen delil durumunun yeterli olmadığı dosyalar hakkında uygulanmaktadır³¹⁶. Ki bu husus kuruma karşı ileri sürülen önemli eleştirilerden biridir. Şöyle ki; savcı ve kolluk, kişinin suç işlediğini bilmesine rağmen mahkeme önünde bu kişinin suç işlediğini ispat edecek derecede yeterli delile ulaşamasa da savcı, itham pazarlığını teklif ederek sanığın mahkum edilmesine neden olabilmektedir. Bu yönüyle iddia pazarlığı maddi gerçeğin araştırılması ilkesine hizmet etmemektedir. Ayrıca ispat kolaylığı oluşturan iddia pazarlığı, savcılık ve kolluğun tembellişmesine de yol açabilmektedir. Zira itham pazarlığına odaklanan soruşturma birimleri, itham pazarlığı yapacak kadar delili “yeterli” bulup daha fazlasına gerek görmeyebilirler. Bu nedenledir ki, soruşturmanın sonunda yeterli şüphe sebebine ulaşılmadan itham pazarlığına girilmemesi gerektiği ileri sürülmüştür³¹⁷.

Takdir yetkisi gibi, iddia pazarlığına getirilen eleştirilerden biri de; iddia pazarlığının cezalandırmada adaletsizliğe neden olduğudur. Nasıl ki, takdir yetkisinin kullanılmasında herhangi bir kriter öngörülmemesi nedeniyle, uygulamada verilen kararlar arasında yeknesaklık sağlanması bihayli güçse; bu durum itham pazarlığı için de geçerlidir. Aynı koşullardaki sanıkların farklı mahkemelerden az ya da çok farklarla cezalar alması kaçınılmaz olup mezkur uygulama sonucunda aynı koşullardaki sanıkların aynı cezayı almasını garanti etmek imkânsızdır³¹⁸.

³¹⁵ Birtek, s. 75. Kanaatimizce, şüphelinin her durumda gönüllü ve akılcı bir şekilde ikrarda bulunması mümkün olmamaktadır. Savcının baskısı karşısında kişiler masum olsalar bile suç kabulünde bulunabilmekte ya da mahkemeye gitmesi durumunda daha yüksek ceza alma ihtimali suçsuz birinin pazarlığı kabul etmesine neden olabilmektedir. Aynı yönde bkz. Bacaksız, s. 167; Balo/Çetintürk, s. 1277. İddia pazarlığının leh ve aleyhindeki görüşler için bkz. Balo/Çetintürk, s. 1274 vd.

³¹⁶ Balo/Çetintürk, s. 1258.

³¹⁷ Kaşlı, s. 55.

³¹⁸ Kaşlı, s. 59.

1.6 Ara Değerlendirme

Ceza yargılamasının amacı, karmaşık bir amaçlar topluluğudur ve bir taraftan suçluların cezalandırılması amaçlanırken diğer taraftan suçsuz kişinin korunması ve yargılamanın yasalara ve yargılama kurallarına, özellikle de adil yargılanma hakkına uygun cereyan etmesi amaçlanmaktadır.

Kıta Avrupası hukukuna paralel olarak ceza muhakemesi kanunumuzda işbirliği sistemi benimsenmiş ve işbirliği sistemi çerçevesinde kovuşturma evresinde itham sistemi; soruşturma evresinde ise tahkik sisteminin etkin kılınmıştır.

İşbirliği sistemi içerisinde kamu davasının açılması bakımından kovuşturmanın mecburiliği ilkesi benimsenmiş ve kamu davasının açılmasını talep etmede Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi veren maslahata uygunluk ilkesi istisnai olarak düzenlenmiştir.

Failin şahsi hakları zedelenmeden bütün suçların devlet tarafından kovuşturulması amacını taşıyan kovuşturmanın mecburiliği ilkesi şüphesiz mahkemelerin iş yükünün artmasına neden olmakta ve suç sayılarında meydana gelen ciddi artış, tüm dünyada modern ceza adaleti sistemlerini ağır iş yükü ile karşı karşıya bırakmaktadır. Bu iş yüküne sanık haklarının korunmasını sağlayan usul kuralları ve kurallara bağlı olarak çıkan tali davaların da eklenmesi ceza adalet sisteminin ağır işlemesine ve adaletin geç tecelline neden olduğundan toplumun adalet duygusu da zedelenmektedir.

Kıta Avrupası hukukuna tabi ülkelerde olduğu gibi ülkemizde de gerek yargının iş gücünün azaltılması amacıyla gerekse kovuşturma mecburiliği ilkesinin eleştirilen sakıncalı yanlarının yumuşatılması amacıyla bir takım düzenlemeler getirilmiştir. Kamu davasının açılmasında Cumhuriyet Savcısına takdir yetkisi tanınması, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, uzlaşma, ön ödeme ve son olarak seri yargılama ve seri muhakeme usulünün kabulü, doktrinde sistem değişikliği olarak dahi ifade edilmiş ve işbirliği sisteminin yerini itham sistemine bıraktığı ileri sürülmüştür.

Kanaatimizce; CMK da yapılan değişiklikler sistem değişikliği olarak yorumlanmamalıdır. Özellikle savunma, iddia ve mahkeme arasında dava pazarlığı şeklinde uzlaşma kurumunun düzenlenmesiyle belli bir özelleştirme akımı başlamış ve ceza

muhakemesinde şüpheli ve mağdurun da katıldığı soruşturma evresinin giderek özelleştirildiği ve rızaya dayanan muhakeme usullerinin yaygınlaştırıldığı, alternatif çözüm yöntemleri kabul edilmiştir.

Diğer bir deyişle kovuşturma mecburiyeti ilkesinin tüm istisnaları maslahata uygunluk ilkesinden kaynaklanmamaktadır. Alternatif çözüm yolları olarak nitelenen diversion uygulamaları da kovuşturma mecburiyeti ilkesinin istisna olduğu kabul edilmektedir ki bu bağlamda uzlaştırma, önödeme, seri muhakeme, basit yargılama kurumları kovuşturma mecburiyeti ilkesine istisna oluştursalar da çoğu maslahata uygunluk ilkesi ile bağlantılı değildir zira bu hükümlerin uygulanması çoğu zaman savcının takdirine bağlı değildir³¹⁹.

Kaldı ki; ceza muhakemesi sistemimiz kovuşturma mecburiyeti ilkesini benimsediğinden savcıya çok istisnai bir takdir yetkisi tanınmıştır. Bu nedenledir ki; savcıya tanınan takdir yetkisi maslahata uygunluk ilkesi olarak yorumlanmamalıdır. Zira maslahata uygunluk ilkesine göre Cumhuriyet savcısı iddianame düzenlenmesini her olayda “kamu yararı” düşüncesine göre takdir etmektedir ve suçun işlendiğine dair yeterli şüphe edinse dahi kamu davası açılmasının toplum bakımından suçlunun cezalandırılmasından daha büyük zarara neden olabileceği kanaatine ulaşırsa, dava açmayabilmektedir. Lakin ceza muhakemesi kanunumuzda Cumhuriyet savcısına bu denli her vaka ve suçta kullanabileceği bir takdir yetkisi tanınmamıştır. Cumhuriyet savcının takdir yetkisi cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması ve şahsî cezasızlık sebebinin varlığı hükümleri ile sınırlandırılmıştır. Kanun koyucu maslahata uygunluk ilkesi ile kovuşturma mecburiyeti ilkeleri arasında eşit bir denge tesis etmemiş, savcıya tanıdığı takdir yetkisi ile kovuşturma mecburiyeti ilkesinin aleyhe hususlarını yumuşatmayı hedeflemiştir.

Türk adli yargı savcılık örgütüne her sene yaklaşık olarak (geçen seneden devir suretiyle gelmiş olan işler dahil) üçmilyon a yakın soruşturma dosyası gelmektedir. Savcılık örgütü bu işin yaklaşık %56.1’ ini kovuşturmaya gerek görmeyerek kapatmaktadır. Mahkumiyet elde etmek amacıyla açılmış ceza davalarında ise elde edilen mahkumiyet oranı ancak %47,5’tir. Açılan davaların % 15 i beraat ile neticelenmektedir³²⁰.

³¹⁹ Yavuz, s. 129

³²⁰ 2020 Adli İstatistikler

Kovuşturulan iki suçtan sadece biri mahkumiyet ile neticelenmektedir, kanaatimizce küçüklerin işledikleri suçlarda ve cezası daha hafif olan tüm suç tiplerinde kamu yararının gözetilmesi koşuluyla savcının takdir yetkisinin genişletilebilmesi mahkemenin uzun yargılama süreci neticesinde vereceği ceza verilmesine yer olmadığına dair kararın aslında baştan verilmesini sağlayacak ve dolayısıyla yargılama süreci kısılacaktır.

Savcıya temel bir takdir yetkisi tanıyan sistem olarak maslahata uygunluk sisteminin yasada açık normlarda düzenlenmesi zorunludur ve savcı takdir yetkisini ancak yasadan alabilmektedir. Bugün için hangi sistemin daha iyi sayılması gerektiği, toplumların yapısına ve gelişmişlik durumuna göre farklılıklar gösterecektir. Fakat kanımızca bugün için Türkiye bakımından ceza davasının mecburiliği ilkesi daha geçerli bir sistemdir.

Kanun koyucunun maslahata uygunluk ilkesini benimsemek yerine, yargının iş gücünün azaltılması ve kovuşturma mecburiliği ilkesinin aleyhe özelliklerinin bertaraf edilmesi adına alternatif çözüm yollarını benimsemesi günümüz politik, ekonomik, kültürel ve sosyo-ekonomik koşullar çerçevesinde en ideal olanıysa da kanaatimizce politik, ekonomik, kültürel gelişmeler doğrultusunda zaman maslahata uygunluk ilkesi lehine işleyecektir.

İKİNCİ BÖLÜM

KAMU DAVASI AÇILMASINDA CUMHURİYET SAVCISINA TAKDİR YETKİSİ TANINAN HALLER

2.1 Genel Olarak

Muhakeme hukukumuzun kabul ettiği kovuşturma mecburiyeti ilkesi uyarınca soruşturma evresinde toplanan delillerin suçun işlendiği konusunda yeterli şüphe oluşturması halinde Cumhuriyet savcısı; iddianame düzenleyerek yetkili mahkemeden kamu davasının açılmasına karar verilmesini istemek zorundadır.

Buna karşılık CMK. m.171/1 “Cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilir.” hükmü ile savcının iddianame düzenleme zorunluluğuna bazı istisnalar getirmiş ve savcıya kamu davası açıp açmamak hususunda takdir yetkisi tanımıştır. Böylelikle kovuşturma mecburiyeti ilkesinin neden olduğu ağır iş yükü; ceza davalarının açılmasının engellenmesi suretiyle azaltılmak istenmiştir³²¹.

CMK’nun 171. maddesi ile Cumhuriyet savcısına tanınan takdir yetkisi tüm suçları kapsamadığından, bu yetkiyi kovuşturma mecburiyeti ilkesinin bir istisnası olarak

³²¹ 560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunla değiştirilen 171. madde değişikliği gerekçesinde “Suç işlendiği hususunda yeterli şüphe bulunması halinde mutlaka kamu davası açılması gereğini ifade eden kamu davasının mecburiliği ilkesi, hiçbir ülke ceza muhakemesi mevzuatında istisnasız biçimde uygulanmamaktadır. Nitekim 1412 sayılı kanunda da bu ilkenin istisnaları yer almakta idi. Yeterli suç şüphesinin bulunduğu her durumda kamu davası açılacak olması nedeniyle yargının iş yükünün aşırı şekilde ağırlaşması, yargılama sürecinin zorunlu olarak yavaş işlemesi gibi sebeplerle, Anayasamızın ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin kabul ettiği makul sürede yargılanma yükümlülüğünün gereği yerine getirilememektedir. Bu nedenle Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil birçok ülkede de, kamu davasının mecburiliği ilkesine çok sayıda istisna getirilmiş, bu ilke adeta kural olmaktan çıkmıştır. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin ihlali nedeniyle Türkiye’nin tazminat ödemek zorunda kaldığı fiillerin ezici çoğunluğunun da makul sürede yargılanma ilkesinin ihlali ile ilgili olduğu düşünüldüğünde, yeterli suç şüphesi bulunan her soruşturma konusunun yargılama makamları önüne getirilmesinin sakıncalarının, aksi yöndeki sakıncalardan çok daha fazla olduğu kolaylıkla görülebilecektir. Yoğun iş yükü nedeniyle uzun süren ve yetersiz incelemeye dayalı olarak yapılmak zorunda kalan yargılamaların , ayrıca bu nedenlerle ortaya çıkan adli hataların, sosyal barışı olumsuz etkiledikleri de muhakkaktır. Bütün bu nedenlerle, çağdaş ülkelerdeki gelişmelere de paralel olarak, kamu davasının mecburiliği ilkesine, sınırlı sayıda ve kapsamda da olsa, bazı istisnaların getirilmesi, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun kabul ettiği bir yaklaşımdır” bu hükümden beklenilenin ne olduğu ortaya konulmuştur.

Cumhuriyet savcısının takdir yetkine konu iki hal; cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık ve şahsi cezasızlık sebeplerini inceleyeceğiz.

2.2 Şahsi Cezasızlık Sebeplerinin Varlığı

Şahsi cezasızlık sebepleri, suçun işlenmesi sırasında var olan ve failin cezalandırılmasını engelleyen; faildeki bir takım şahsi niteliklerden ya da fail ile mağdur arasındaki ilişkiden kaynaklanan kişiye özgü sebeplerdir³²².

Şahsi cezasızlık sebepleri, suçun oluşumuna etki etmeyerek sadece failin cezalandırılmasını engellediğinden suçun unsurları dışında kalan haller arasında incelenmektedir. Diğer bir ifadeyle ortada tüm unsurlarıyla gerçekleşmiş bir suç bulunmasına rağmen, bu sebepler nedeniyle fail cezalandırılmamaktadır. Bu nedenledir ki, savcı öncelikle suçun unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmalı, suç gerçekleşmiş ise ardından, şahsi cezasızlık sebepleri ile ilgili değerlendirmeye geçmelidir. Ayrıca eylem suç oluşturduğu için müsadere hükümlerinin uygulanması da mümkündür³²³.

Şahsi cezasızlık sebepleri suçu ortadan kaldırmadığından, cezasızlık nedenlerinden yararlanan kişinin işlediği suç, diğer bir suçun ön koşulu olsa bile, bu durum ikinci suçu işleyen failin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Örneğin babasının izni dışında evden eşya çalan çocuk kişisel cezasızlık sebebi nedeniyle cezalandırılmasa bile, çalıntı malı bilerek satın alan kişinin, çalıntı malı bilerek satın alma suçundan cezalandırılması mümkündür³²⁴.

Aynı şekilde, şahsi cezasızlık sebepler kişiye özgü olduklarından sadece ilgili kişi bakımından bir koruma sağlamak ve suç iştirak durumunda işlenmiş ise diğer iştirakçiler kişisel cezasızlık nedenlerinden yararlanamamaktadır. Nitekim bu durum TCK'nın 40. maddesindeki *“Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.”* düzenlemesi ile vurgulanmıştır³²⁵.

³²² Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet, Alşahin M. Emin, Çakır Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet, 13.Bası, Ankara, 2019, s. 663.

³²³ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 663.

³²⁴ Ercan İsmail, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Kuram, 14. Bası, Kocaeli, 2019, s. 150.

³²⁵ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 664.

Kişisel cezasızlık nedeninin objektif varlığı yeterli olduğundan, somut olayda bulunması ile fail bu nedenlerden yararlanabilmektedir. Failin ayrıca şahsi cezasızlık sebeplerini bilmesine gerek olmadığı gibi, şahsi cezasızlık sebeplerinde failin yanılması da önemsizdir. Örneğin başkasının malını çalmak isterken kocasının malını çalan kadın, şahsi cezasızlık nedenlerinden faydalanacaktır³²⁶.

Şahsi cezasızlık nedeninin uygulanabilmesi için, sebebin suçun icrası sırasında mevcut olması gerekmektedir. Suç tamamlandıktan sonra ortaya çıkan cezasızlık nedeninden failin yararlanması mümkün değildir. Örneğin hırsızlık suçunun faili ve mağdurunun, suçun işlenmesinden sonra evlenmesi şahsi cezasızlık sebebinin uygulanmasını sağlamayacakken, evlilik içinde gerçekleşen hırsızlık eylemi boşanmadan sonra ortaya çıksa bile fail bu nedenden yararlanabilecektir³²⁷.

Faildeki hangi özelliklerin, durumların veya ilişkilerin şahsi cezasızlık sebebi sayılacağı kanun koyucunun takdirinde olup bu sebeplerin mutlaka ceza kanununda düzenlenmesi gerekme de yasayla düzenlenmiş olması zorunludur. Bu nedenle, ceza kanunu haricinde Anayasa ve Milletlerarası Hukuk'ta düzenlenmiş şahsi cezasızlık sebepleri de bulunmaktadır. Anayasa'da gerek Cumhurbaşkanı gerekse milletvekilleri açısından kabul edilmiş olan “*mutlak dokunulmazlık*” hali ile Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi gereğince diplomatik ajanlara tanınan kişisel dokunulmazlık hali şahsi cezasızlık sebepleridir³²⁸.

Şahsi cezasızlık sebepleri, ceza muhakemesi bakımından şüphesiz en önemli neticelerini Cumhuriyet savcının iddianame düzenleyip düzenlememesi noktasında göstermektedir. Öyle ki; soruşturma aşamasında, şüpheli yönünden şahsi cezasızlık sebebinin varlığını tespit eden Cumhuriyet Savcısı, kamu davası açma veya açmama konusunda takdir yetkisine sahip olduğundan takdir yetkisini kamu davası açmama yönünde kullandığı takdirde, kovuşturmayaya yer olmadığına karar verebilecektir.

³²⁶ Ercan, s. 150.

³²⁷ Özgenç İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, 15.Bası, Ankara, 2019, s. 672.

³²⁸ İçel Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Beta, 5. Bası, İstanbul, 2018, S. 212; Özgenç, s. 672

Kovuşturma aşamasında ise, suçun niteliği değişerek şahsi cezasızlık sebebini içeren bir suçla dönüşmesi ya da Cumhuriyet savcısının kamu davası açması halinde ise mahkeme CMK'nın 223/4-b maddesi gereği ceza verilmesine yer olmadığına karar verecektir³²⁹.

2.2.1 şahsi Cezasızlık Sebeplerinin Benzer Kavramlardan Farkları

Failden kaynaklanan nedenlerle yasa gereği ona ceza verilmemesini sağlayan kişisel cezasızlık nedenlerinin, benzer kurumlardan ayırt edilmesi gerekmektedir. Cezalandırılabilme koşulları, cezayı kaldıran şahsi nedenler, suçun unsurları şahsi cezasızlık sebepleri ile benzer gibi görünse de farklı kavramlardır.

Suçun varlığı için gerekli olan tüm koşulları ifade eden suç unsurunun yokluğu, suçun oluşmasını engellerken, kişisel cezasızlık nedeninin bulunması suçun oluşmasını değil failin cezalandırılmasını engellemekte ve eylem hukuka aykırı olsa bile fail hakkında kamu davası açılmayabilir³³⁰.

şahsi cezasızlık sebepleri ile cezayı kaldıran veya azaltan şahsi sebepler de farklı kavramlardır, bu kavramlar Yargıtay içtihatlarında bazen aynı anlamda kullanılmakta (CGK-K.2020/159); bazen ise farklı anlamlara sahip oldukları kabul edilmektedir ki;(CGK-K.2010/228) bu durum, tanımların karışmasına neden olmaktadır³³¹.

³²⁹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 665-666; Lakin somut olayda failin eylemi suç teşkil etmiyorsa ya da beraat kararı verilmesi gereken diğer haller mevcut ise artık ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmemeli ve bu durumda sanığa beraat kararı verilmelidir.

³³⁰ Ercan, s. 149.

³³¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 10.03.2020 T., 2017/614 E. Ve 2020/159 K. "Türk Ceza Kanunu'nun kabul ettiği suç teorisi uyarınca, suçun kanuni tanımında yer alan unsurların gerçekleşmesiyle, ortaya cezalandırmayı gerektirir bir haksızlık çıkmakta ve kusurluluğu kaldıran bir sebebin bulunmaması hâlinde, fail hakkında bir ceza ya da güvenlik tedbirine hükmolunmaktadır. Fakat bazı hâllerde kanun koyucu, failin cezalandırılması için başka birtakım unsurların da bulunması veyahut bulunmamasını aramıştır. Haksızlık ve kusur isnadı dışında kalan bu gibi hususlar "suçun unsurları dışında kalan hâller" başlığı altında ele alınmaktadır. Bunlardan failin cezalandırılması için gerekli olanlara "objektif cezalandırılabilme şartları" bulunmaması gerekenlere ise "şahsi cezasızlık sebepleri" ya da "cezayı kaldıran veya azaltan şahsi sebepler" denilmektedir." www.avukatlarasor.net (E.T.:10.10.2021); Yargıtay Ceza Genel Kurulu 23.11.2010 T., 2010/196 E., 2010/228 K. "5237 sayılı TCY' nin 22. maddesinin 6. fıkrasının ilk cümlesinde; "taksirli hareket sonucu neden olunan neticeden bahsediliyor olması, söz konusu şahsi cezasızlık sebebinin sadece taksirli suçlarda uygulanabileceğini göstermektedir. Doğrudan kast, olası kast veya kast taksir kombinasyonu ile işlenen suçlarda bu hüküm uygulanamaz. Bilinçli taksirin varlığı halinde ise; aynı fıkranın "bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilir" şeklindeki son cümlesi uyarınca, şahsi cezasızlık hali değil, "cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep" söz konusu olabilecektir." www.lexpera.com (E.T.:10/10/2021)

Şahsi cezasızlık sebepleri, suç işlendiği anda objektif olarak mevcut olan haller iken cezayı kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler ise, suçun işlenmesinden sonra ortaya çıkan ve halihazırda oluşan cezalandırılabilirliği kaldıran veya cezayı indiren nedenlerdir. Etkin pişmanlık bu duruma örnek olarak gösterilebileceği gibi azmettirmede azmettirenin ortaya çıkarılması da bu niteliktedir (TCK m.38/3)³³².

Şahsi cezasızlık sebepleri ile cezayı ortadan kaldıran şahsi sebeplerin ortak özelliği ise, her iki durumda da işlenen fiilin suç niteliğinde ve haksızlık muhtevasında herhangi bir değişiklik ya da azalmanın meydana gelmemesi ve iştirak halinde işlenen suçlarda bu sebeplerin varlığının diğer şeriklere sirayet etmemesidir. Ayrıca her iki durum halinde de faile TCK m. 223/4 gereğince ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmektedir³³³.

Şahsi cezasızlık sebeplerine benzer bir diğer kurum ise objektif cezalandırılabilme koşullarıdır. Cezalandırılabilme koşulları, suçun bütün unsurlarıyla tamamlanmasından sonra ortaya çıkan ve gerçekleştiğinde failin cezalandırılmasını mümkün kılan olgulardır. Örneğin hileli iflas suçunda “iflasın” gerçekleşmesi bir cezalandırılabilme koşuludur. Şahsi cezasızlık sebepleri gibi cezalandırılabilme koşulları da “objektif” niteliktedir. Objektif cezalandırılabilme koşulunun somut olayda gerçekleştiğinin fail tarafından bilinmesine gerek olmadığı gibi failin bu koşullarda yanılmasının da bir önemi yoktur³³⁴.

Cezalandırılabilme koşullarının, şahsi cezasızlık sebeplerinden başlıca farkı, objektif cezalandırılabilme şartlarının gerçekleşmesi bakımından bir zaman sınırlamasının bulunmayışıdır. Şartın mutlaka suçun işlenmesinden sonra gerçekleşmesi gerekmekte, suçun işlenmesi sırasında hatta suçun işlenmesi öncesinde de gerçekleşebilmektedir. Ayrıca şahsi cezasızlık sebepleri gerek kişi ye bağlı olmaları gerekse cezalandırmayı değil cezalandırmamayı sağladıkları için objektif cezalandırılabilme koşullarından ayrılırlar. Kişisel cezasızlık sebepleri yalnızca belli niteliklere haiz faillere etki ederken, cezalandırılabilme koşulları ise geneldir ve koşulun gerçekleşmemesi tüm suç ortaklarına sirayet ederek diğer şeriklerin de cezalandırılmasını engellemektedir³³⁵.

³³² Hakeri Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet, 22.Bası, Ankara, 2019, s. 124.

³³³ Özgenç, s. 691-692.

³³⁴ Ercan, s. 148.

³³⁵ İçel, s. 239-240; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 670-674.

Ayrıca belirtilmesi gereken bir husus da “akıl hastalığının” bir şahsi cezasızlık sebebi değil, kusursuzluğu ortadan kaldıran bir hal olmasıdır. Bu sebeple Cumhuriyet savcısı, suç işlendiği tarihte akıl hastası olan fail hakkında takdir yetkisini kullanarak kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vermemeli ve soruşturma sonunda toplanan deliller suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa iddianame düzenleyerek kamu davasının açılmasını talep etmelidir³³⁶.

Son olarak cezalandırılabilme koşulunun gerçekleşmesi halinde faile beraat kararı mı yoksa ceza verilmesine yer olmadığı kararının mı verileceği ise doktrinde tartışmalıdır. Artuk, Alşahin, Öztürk, Erdem, Demirbaş, Üzülmüş ve Akkaş objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmediği durumlarda CMK’nın 223/4 maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Özgenç ve Kangal ise; şartın gerçekleşmemesi ile fiilin suç olma özelliğini kazanmadığını belirterek beraat kararı verilmesi gerektiğini savunmuşlardır³³⁷.

2.2.2 TCK’da Düzenlenen Şahsi Cezasızlık Sebepleri

2.2.2.1 Taksirli Suçlarda Şahsi Cezasızlık Sebepleri

“Taksir” başlıklı TCK’nın 22. Maddesinin 6. Fıkrası *“Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilir”* hükmüyle sadece taksirle işlenen suçlara özgü bir şahsi cezasızlık hali öngörmüştür.

765 sayılı mülga TCK’da taksirli hareketinden failin kişisel ve ailevi durumu itibarıyla mağdur olması haline ilişkin bir düzenleme bulunmamaktayken; 5237 sayılı Ceza Kanunumuzdaki düzenleme ile; taksirle işlenen fiil neticesinden failin cezalandırılması, kendisi ve ailesinin diğer fertleri bakımında ikinci bir yıkım etkisi yaratacak olması halinde

³³⁶ Ünver/Hakeri, s. 1322; Aksi yönde karar için bkz. Yargıtay 9. Ceza Dairesi’nin 13.04.2011 T., 2011/3444 E. ve 2011/2270 K.

³³⁷ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır’a göre; “765 Sayılı TCK döneminde objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmediği hallerde beraat kararı verilmesi gerektiği ifade edilmekteydi. Ancak 5271 sayılı CMK’nın 223. maddesinin 2. fıkrasında hangi hallerde beraat kararı verileceği açıkça belirtmiştir. Bu nedenle objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmemesi beraat kararı verilecek haller arasında sayılmadığından ve şart gerçekleşmese bile eylem suç olma vasfını koruduğundan beraat kararı değil ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerekmektedir. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 673.

faile ceza verilmeyecek, failin bilinçli taksir düzeyinde kusurlu olduğu hallerde ise cezada indirimde gidilecektir³³⁸.

Uygulamada “vicdan rahatlatan hüküm” olarak da nitelenen fıkranın bir şahsi cezasızlık sebebi olduğundan bahisle CMK m. 171/1 in mezkur madde bakımından da uygulanabileceği ve savcının takdir yetkisini kullanabileceği ileri sürüldüğü gibi³³⁹, öğretide bu husus eleştirilmekle, fıkranın şahsi cezasızlık sebebi sayılarak savcıya kamu davası açılıp açılmamasını talep etmede takdir yetkisi tanınması yerine bu konuda hakime bir takdir yetkisi tanınmasının daha doğru olacağı da ileri sürülmüştür³⁴⁰.

TCK m.22/6’da düzenlen ve sadece taksirle veya bilinçli taksirle işlenen suçlara özgü şahsi cezasızlık halinin uygulanması için hükümde yer alan şartların birlikte oluşması aranmaktadır;

- Taksirle işlenmiş suç bulunmalıdır. Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmemekle gerçekleştirilmesidir. TCK m. 22/6 şahsi cezasızlık sebebinin sadece taksirli suçlarda uygulanabileceğini düzenlediğinden kasten veya olası kastla işlenen suçlarda bu hüküm uygulanamayacaktır. Bilinçli taksirle işlenen suçlarda ise cezada indirimde gidileceğinden bu durumda artık şahsi cezasızlık halinden değil “ cezada indirim yapılması gerektiren şahsi sebepten” söz edilecektir.

- Meydana gelecek netice, “münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından” etkili olmalıdır. Buna göre, failin taksirli hareketiyle neden olduğu netice, hem bizatihi kendisi bakımından acı ve ızdırap doğurmalı, hem de failin cezalandırılması fail ve ailesi

³³⁸ Şen Ersan, **Taksirli Suçlarda Şahsi Cezasızlık Hali**, www.hukukihaber.net (E.T.:05/01/2021); Artuç Mustafa, **Kişilere Karşı Suçlar**, Adalet, 2.Bası, Ankara, 2018, s. 330.

³³⁹ Centel ve Zafer’ e göre “TCK m.22/6 şahsi bir cezasızlık nedenidir ve CMK m. 171/1 kapsamında Cumhuriyet savcısı kovuşturmayaya yer olmadığına karar verebilir.” Bkz. Centel/Zafer, s. 577; Aynı yönde Feyzioğlu Metin, **Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre İddianamenin Hazırlanmasına ve Kabulüne İlişkin Bazı Düşünceler**, CHD, S. 1, 2006, s. 39; Şahin Meral Ekici, **Taksirli Suçlarda Ceza Sorumluluğunu Etkileyen Şahsi Neden: Failin Kişisel Ve Ailevi Durumu**, BÜHFD, C. 13, S. 165-166, 2018, s.118; Artuç, s. 601.

³⁴⁰ Hakeri, s. 273; Aynı Yönde Erman Sahir, Özerk Çetin, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, Dünya, İstanbul,1994, s. 83; Özgenç, s. 293, Meraklı’ya göre; “TCK m. 22/6 bir cezasızlık sebebi değildir. Zira şahsi cezasızlık sebepleri objektif nitelikte olup bunlar bakımından sübjektif bir değerlendirme yapılamaz. Ayrıca şahsi cezasızlık sebeplerinin varlığı fiilin işlendiği sırada mevcut olmasına bağlıyken, söz konusu cezasızlık halinde fiilin işlenmesinden ortaya çıkan neticenin faile etkisi incelenmektedir.” Bkz. Meraklı, s.119

bakımından artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağduriyete yol açmalıdır³⁴¹.

Söz konusu koşulda, üç ayrı hususu ihtiva etmektedir. Bunlardan birincisi, fail kendi taksirli eyleminden ağır düzeyde etkilenmiş olmalıdır. Kısaca, fail kendi eyleminin mağduru durumuna düşmelidir. Burada failin uğradığı mağduriyet, maddi olabileceği gibi manevi de olabilir. Failin acı ve elemine sebebiyet vermeyen bir netice dolayısıyla şahsi cezasızlık sebebinden yararlanması mümkün değildir. Hangi mağduriyetin cezaya hükmedilmesini gereksiz kılacağı ise somut olaya göre belirlenecektir³⁴².

İkincisi, failin taksirli eyleminden “ailevi durumu” itibarıyla da etkilenmelidir. Bu koşul, fail ile taksirli suçun mağduru arasındaki belli derecedeki yakınlığı ifade etse de maddenin uygulanmasına yönelik bazı sorunlar ortaya çıkmaktadır. Yargıtay, üzerinde durulması gereken hususun akrabalığın derecesinden çok “aile” kavramı olduğunu ve aile kavramını çok geniş tutmanın sakıncalı olduğunu belirtmiştir. Doktrindeki kimi yazarlar ise aile kavramını çok geniş tutmanın sakıncaları yanında, bir ailenin kimlerden oluşacağını sınırlı olarak sayılmasının da doğru olmadığını ileri sürmüşlerdir. Bizimde katıldığımız görüş uyarınca olması gereken; fail ile mağdurun aynı aileden olup olmadığının her somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi ve kişilerin aynı aileden olup olmadıklarının sadece akrabalık bağının derecesine göre değil, diğer tüm bilgi ve belgelerle birlikte çözümlenmesidir. Nitekim hüküm eş bakımından uygulama alanı bulurken, imam nikahlı eş bakımından ise Yargıtay somut olayın araştırılması gerektiğini belirtmekte; nişanlı açısından ise hükmü uygulamamaktadır³⁴³.

³⁴¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 23.11.2010 T., 2010/9-196 E. ve 2010/228 K. www.kararara.Com (E.T.:8/01/2021)

³⁴² Hakeri, s.274; Aynı yönde Yargıtay 12. Dairesi kararı uyarınca “5237 sayılı TCK’nın 22/6 maddesinin uygulanabilmesi için taksirli hareket sonucu neden olunan neticenin, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık hakkında bir cezaya hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açması gerekmekte olup, sanığın aracının gazına fazla yüklendiğinde aracının arkasında alkollü vaziyette yolcu olarak bulunan kardeşi g.ö. ‘nün dengesini kaybederek motosikletten düşerek öldüğü, kardeşinin öldüğünü anlayan sanığın kardeşini olay yerinde bırakarak önce kahvehaneye daha sonra eve gittiği olayda anılan maddede öngörülen koşulların oluşmaması nedeniyle uygulanamayacaktır.” Bkz. Yargıtay 12. Ceza Dairesi’nin 19.12.2011 T., 2011/12393 E. ve 2011/8965 K.

³⁴³ Hakeri, s. 273-274; Yargıtay 12. Ceza Dairesi kararı uyarınca “Her ne kadar olayda nişanlısı ölen sanık n.ç.’nin manevi olarak zarar gördüğü ve üzüntü yaşadığı kabul edilmesi gerekir ise de, yaşadığı üzüntünün münhasıran kişisel ve ailevi durumu bakımından artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmadığı, asıl mağduriyetin ölenin ailesinin yaşadığı anlaşıldığından, sanık n.ç.’nin cezalandırılması yerine hakkında TCK’nın 22/6 maddesinin uygulanarak hüküm kurulması bozma nedenidir.” Bkz. Yargıtay 12.Ceza Dairesi’nin 21.12.2011 T., 2011/3953 E. ve 2011/9139 K ; Aksi yönde Yargıtay Ceza Genel Kurulu “Sayın çoğunluğunun TCK’nın 22/6 maddesindeki ‘münhasıran’ kelimesine istinaden sanıktan farklı kişilerin de mağdur olduğundan bahisle anılan maddenin uygulanmaması gerektiği yönündeki görüşüne

Üçüncü koşul ise; taksirli suçun neticesi, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumunu ilgilendirmelidir. Buradan anlaşılması gereken; taksirli hareket sonucu ailesinden birisinin zarar görmesi nedeniyle failin ziyadesiyle etkilendiği olayda, faille ailevi ilişkisi bulunmayan başka bir kişinin zarar görmemesidir. Üçüncü kişilere etki eden sonuçlarda bu hükmün uygulanması mümkün değildir. Failin kişisel ve ailevi durumu üzerinde doğrudan doğruya etki doğuran zararlı neticeler fıkra kapsamına alınmışken “münhasır” kelimesi ile dolaylı zararlar ise kapsam dışında bırakılmıştır³⁴⁴. Örneğin fail, taksirli hareketi sonucunda eşi ve kayınvalidesinin yanında köylüsü ve uzaktan akrabasının da ölümüne neden olmuşsa şahsi cezasızlık sebebinden yararlanmayacaktır³⁴⁵.

Tartışmalara neden olan bir husus da failin taksirli fiili nedeniyle, kendisi veya yakınları ile birlikte; ailevi bağı olmayan diğer kişilerin de zarar görmesi halinde eylemin bölünerek, failin kendisi veya yakınları bakımından şahsi cezasızlık sebebinin uygulanıp uygulanmayacağıdır. Yargıtay ve doktrince kabul edilen görüş ise; taksirli eylemin neticesinin bölünemeyeceği ve taksirli fiil neticesinde birden fazla kişinin ölümüne ya da yaralanmasına neden olan fail hakkında şahsi cezasızlık sebebin uygulanmasının mümkün olmadığıdır³⁴⁶.

Mezkur fıkra ile ilişkin unsur ve şartları açıkladıktan sonra, TCK m. 22/6’ yı Cumhuriyet savcısının CMK m. 171/1 kapsamındaki takdir yetkisi bakımından değerlendirdiğimizde kanaatimizce TCK m. 22/6 şahsi cezasızlık sebebi olduğundan CMK m. 171/1 kapsamındadır ve kanunun açıkça öngördüğü bir yetkinin savcıdan alınması da mümkün değildir. Bu bağlamda basit taksir ile hareket eden failin, meydana gelen neticeden münhasıran kişisel ve ailevi durumu itibarıyla ağır bir şekilde etkilendiğini tespit eden Cumhuriyet savcısı kamu davası açma konusunda takdir yetkisini kullanarak kovuşturamama kararı verebilecektir. Lakin bilinçli taksir halinde savcı kamu davası açmak zorundadır³⁴⁷.

iştirak etmek mümkün değildir. Zira herhangi bir olayda; kişinin kanunen en yakın akrabası olarak sayılan kendi çocuğunu kaybetmesi halinde dahi bundan aileye mensup olmayan başka kişilerin mağdur olacağı tartışmayı gerektirmeyecek kadar açıktır. Örneğin kişinin olayda kaybettiği çocuğunun henüz aileye dahil olmayan sözlüsü yada nişanlısı ile onların ailelerinin üzüntü duymayacağını söylemek mümkün olabilir mi? yine kardeşini kaybeden sanık ile birlikte kardeşinin eşi ile ailesinin üzülmemesi mümkün olabilir mi? dolayısıyla münhasıran kelimesinin anlamı, tek kişinin üzüntüsüne indirgendiği takdirde; maddenin uygulama alanı çok daraltılacak ve belki de uygulanma olanağı çok istisnai durumlar dışında (örneğin vefat eden kişinin sanıktan başka hiçbir yakının olmaması gibi) imkansız hale gelecektir.” Bkz. Yargıtay CGK’nun 3.7.2018 T., 2015/12-239 E ve 2018/321 K.

³⁴⁴ Ercan, s. 139; Özgenç, s. 295; Hakeri, s. 274.

³⁴⁵ Yargıtay 12. Ceza Dairesi’nin 18.7.2011 T., 2011/785 E. ve 2011/399 K.

³⁴⁶ Yargıtay CGK’nun 29.4.2014 T., 2014/9-104 E. ve 2014/216 K.; Hakeri, s. 276; İçel, s. 475.

³⁴⁷ Belirtelim ki; taksirli suçlarda şahsi cezasızlık sebebinin uygulanabilmesi için suçun sadece taksirle ölüme veya yaralamaya sebebiyet verme suçu (TCK. m. 85,89) olması gerekmektedir. Örneğin “ Genel Güvenliği

2.2.2.2 Malvarlığına Karşı Suçlarda Şahsi Cezasızlık Sebepleri

5237 sayılı TCK, mülga kanundan farklı olarak “ mala karşı işlenen cürümler” terimi yerine “ malvarlığına karşı suçlar” terimini tercih etmiş ve bu suçları kanunun “ kişilere karşı suçlar” kısmında düzenlemiştir. Bunu nedeni; malvarlığına karşı işlenen suçlarda kişinin sahip olduğu aynı hakların ihlal edilmesinin yanında kişinin özgürlüğünün ve güvenliğinin de zarar görmesi ve tehlike altına girmesidir. Malvarlığına karşı suçlar ile kişinin korunması amaçlanmaktadır. Örneğin dolandırıcılık ve yağmada kişiye yönelik bir saldırı söz konusudur³⁴⁸.

Yasa koyucu ceza hukukunda “malvarlığı” kavramını “mülkiyeti” de kapsayan bir üst terim olarak düzenlemiştir. Malvarlığı kapsamına, maddi varlığı olan mallar girdiği gibi fikri ve sınai haklar, ticari bir işletmenin müşteri çevresi, alacak hakları, taşınır ve taşınmaz mallar, ticaret şirketi ortaklığı, ticari faaliyetin korunması, alacak hakkı ve manevi değer taşıyan maddi varlığı olan eşya da girmektedir. Bu nedenle ekonomik değeri bulunmayan bir tutam saç, mektup gibi sahibi yönünden yalnızca duygusal ve manevi değeri bulunan şeylerde örneğin hırsızlık suçuna konu olabilmektedir³⁴⁹.

TCK’nın 167. maddesi yağma ve nitelikli yağma suçu hariç malvarlığına karşı işlenen suçların belli fail ve mağdur arasında işlenmesini şahsi cezasızlık sebebi veya cezada indirim sebebi saymıştır. Bunun nedeni ise, fiilin daha az haksızlık içermesi ya da failin daha az kusurlu olması değil, ceza kovuşturması neticesinde aile bütünlüğüne karşı ortaya çıkabilecek ek rahatsızlıkları önleyerek aile içi barışı ve aile saygınlığını korumaktır³⁵⁰.

Şahsi cezasızlık sebepleri bulunan malvarlığına karşı işlenen suçlar; hırsızlık suçu, mala zarar verme suçu, hakkı olmayan yere tecavüz suçu, güveni kötüye kullanma suçu, bedelsiz senedi kullanma suçu, dolandırıcılık suçu, ibadethane ve mezarlıklara zarar verme

taksirle tehlikeye sokulması” suçu da (TCK. m. 171) bu kapsamda değerlendirilebilir. Örneğin dikkatsiz ve özensiz davranışlarıyla kendi evinin yanarak harap olmasına ve ailesinin evsiz kalmasına sebebiyet veren kişi de altıncı fıkra hükümlerinden yararlanacaktır. Bkz. Özgenç, s. 295.

³⁴⁸ Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Önok Murat R., **Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Seçkin, 17.Bası, Ankara, 2019, s. 694.

³⁴⁹ Bayraktar Köksal, Yıldız Ali Kemal, Retornaz Aksoy Eylem, Akyürek Güçlü, Evik Ali Hakan, Kangal Zeynel T., Kartal Memiş Pınar, Sınar Hasan, Evik Sonay Vesile, Altunç Sinan, Inceoğlu Aytekin Asuman, Bozbayındır Bostancı Gülşah, Erman Ragıp Barış, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, Oniki Levha, C. 4, İstanbul, 2018, s. 2-3

³⁵⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s. 870.

suçu, hileli ve taksirli iflas, suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu, bilgi vermeme suçu, şirket veya kooperatifler hakkında yanlış bilgi suçu ve karşılıksız yararlanma suçudur. Yağma suçunun kapsam dışında bırakılmasının nedeni, malın mağdurun elinden zor kullanılarak alınmış olmasıdır³⁵¹.

TCK m.167/1’ de cezasızlık nedeninden yararlanacak kişiler üç grupta sayılmıştır. Bunlar;

-Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birisi: Maddenin saymış olduğu suçları, fiilen ve hukuken beraber olan ve yaşayan veya aralarında geçim sorunu olup da fiilen ayrı olsalar bile haklarında ayrılık kararı verilmemiş olan eşlerden birinin diğerine karşı işlemesi halinde, fail eş şahsi cezasızlık sebebinden yararlanacak ve hakkında kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilecektir.

Şahsi cezasızlık sebebinin uygulanabilmesi için suçun vuku bulduğu sırada eşler arasında mevcut ve geçerli bir evlilik bulunmalıdır. Bu nedenle suç işlendikten sonra evliliğin sona ermesi, failin cezasızlık nedeninden yararlanmasını engellemeyeceği gibi, suç işlendikten sonra fail ile mağdurun evlenmesi de failin cezasızlık sebebinden yararlanmasını sağlamayacaktır³⁵².

TCK m.167/1 evliliğin Türk Medeni Kanunu hükümlerine uygun yapılmış olmasını aradığından, evlilik dışı veya dini nikaha dayalı evlilik yapanlar bu maddenin koruması dışında kalmaktadır. Soyaslan, evli olmasalar bile uzun yıllar birlikte yaşayan hatta çocuğu olan çiftlerinde maddenin korumasından yararlanabilmesi için özel hüküm konulması ya da yorum yoluyla bu kişilerin de madde kapsamına alınması gerektiğini ileri sürmüştür³⁵³.

-Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından biri veya evlat edinen veya evlatlık: Ne kadar uzak olursa olsun altsoy ve üstsoy ve bu derecedeki kayın hısımlar, birbirlerine karşı cürüm işlemeleri halinde şahsi cezasızlık sebebinden yararlanabileceklerdir. Medeni Kanun’un 18.maddesinde yer alan, “kayın hısımlığı kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesi ile ortadan kalkmaz” hükmünün burada da geçerli olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Kanaatimizce Medeni Kanun’un 18.maddesi TCK m.167/1 bakımından

³⁵¹ Soyaslan Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin, 11.Bası, Ankara, 2016, s. 467.

³⁵² Tezcan/Erdem/Önok, s. 871.

³⁵³ Soyaslan, s. 468.

da uygulama alanı bulacağından, akrabalığa dayanak oluşturan evlilik, suçun işlendiği sırada sona ermiş olsa bile, fail cezasızlık sebebinden yararlanacaktır³⁵⁴.

Evlât edenin ve evlâtlığın birbirlerine karşı işledikleri yağma hariç diğer malvarlığına karşı suçlarda da şahsi cezasızlık sebepleri uygulanacaktır³⁵⁵.

- Aynı konutta birlikte yaşayan kardeşler: Aynı konutta birlikte yaşayan erkek ya da kız kardeşin birbirine karşı işledikleri mal varlığına karşı suçlarda fail hakkında şahsi cezasızlık sebepleri uygulanabilecektir. Lakin birlikte yaşama sürekli ve oturulan yer de “konut” olmalıdır. Aynı işyerinde birlikte çalışıyor veya aynı binada birlikte kalıyor olmak, cezasızlık sebebinin uygulanmasını sağlamayacaktır³⁵⁶.

Cezasızlık sebebinin söz konusu olabilmesi için, kardeşlerin aynı anne ve babadan olmasına gerek yoktur. Bu nedenle eşlerden birinin veya her ikisinin, daha önceki evliliklerinden olan çocukları ile sonraki evliliklerinden olan çocukları aynı konutta yaşıyor ise, TCK m. 167/1 uygulanacaktır³⁵⁷. Ayrıca gerek kardeşlik gerekse birlikte yaşama koşulu bakımından suçun işlendiği an dikkate alınacaktır.

Belirtelim ki, şahsi cezasızlık sebebinin uygulanabilmesi için zarar gören şahısların kanunda belirtilen kişiler olması gerekmektedir. Failin yanılarak suç konusunun kanunda sayılan akrabalarından birine ait olduğunu sandığı durumlarda da fail bu hatasından yararlanacaktır³⁵⁸.

Son olarak belirtelim ki; TCK’nın 167. maddesi kişisel bir cezasızlık ya da cezada indirim³⁵⁹ nedeninden bahsettiği için, iştirak halinde işlenen suçlarda diğer fail ve suç

³⁵⁴ Aynı yönde bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 871, Aksi görüş için bkz. Dönmezer Sulhi, **Kişilere Ve Mala Karşı Cürümler**, Beta, 17.Bası, İstanbul, 2004, s. 566.

³⁵⁵ Soyaslan’göre burada özel düzenlemeye ihtiyaç vardır. Çünkü gayri meşru bir çocuk tabii babasına ait bir eşyayı babasının rızası olmaksızın alır ise, hırsızlıktan cezalandırılacaktır. Oysa çocuk, o fiili tabii ilişkiye dayanarak babasının malını almıştır. Çocuğun şahsi cezasızlık sebebinden faydalanmaması adaletsiz neticelere yol açacaktır. Bkz. Soyaslan, s. 468

³⁵⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s. 871.

³⁵⁷ Soyaslan, s. 468; Yargıtay 6. Ceza Dairesi 30/11/1965 T., 1965/7133 E ve 1965/7171 K. sayılı kararı ile üvey damat aleyhine işlenen hırsızlığın madde kapsamına girmeyeceğine karar vermiştir.

³⁵⁸ Soyaslan, s. 469.

³⁵⁹ TCK m. 167’nin 2. fıkrasında cezada indirim nedenleri sayılmış ve bu kişiler de üç grup halinde düzenlenmiştir.

-Ayrılık kararı verilmiş eşler: Mahkeme tarafından ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin diğerine karşı malvarlığına karşı bir suç işlemesi halinde, cezası yarı oranında indirilecektir. Boşanma davasının açılması

ortakları cezasızlık ya da cezada indirim nedeninden yararlanamayacaktır (TCK. m.40/1). Öte yandan akrabalarla birlikte başka şahısların da işlenen suçtan zarar görmeleri halinde fail hakkında TCK. m.167 uygulanmayacaktır³⁶⁰.

2.2.2.3 Banka Ve Kredi Kartı Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçunda Şahsi Cezasızlık Sebebi

TCK'nın 245. maddesi; *“Başkasına ait bir banka veya kredi kartını, her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimse, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın bunu kullanarak veya kullandırarak kendisine veya başkasına yarar sağlarsa, üç yıldan altı yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.*

Başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üreten, satan, devreden, satın alan veya kabul eden kişi üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

Sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlayan kişi, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.” hükmü ile üç farklı suç düzenlemiştir. Bunlar sırasıyla başkasına ait banka ve kredi kartı ile yarar sağlama suçu, sahte banka veya kredi kartı üretme, satma, devretme, satın alma veya kabul etme suçu ve sahte banka veya kredi kartı ile yarar sağlama suçudur.

ile eşler ayrı yaşama hakkını elde edeceklerinden, boşanma davasının devamı sırasında işlenen suçlar bakımından da madde 167/2 uygulanabilecektir. Ancak boşanma davasının sonucunda kararın kesinleşmesi ile eşler arasında ceza indirimi söz konusu olmayacaktır.

- Fail ile aynı konutta yaşamayan kardeşler: Aynı konutta birlikte yaşamayan kardeşlerin birbirlerine karşı malvarlığına ilişkin bir suç işlemeleri hali de cezada indirim nedeni olarak düzenlenmiştir.

- Fail ile aynı konutta yaşayan amca, dayı, hala, teyze, yeğen ve ikinci derece kayın hısımları: Cezada indirim nedeninin uygulanabilmesi için, fail ile mağdur arasında kanunun aradığı derecede bir akrabalığın bulunması gerektiği gibi, aynı konutta birlikte yaşamaları da zaruridir. Bununla birlikte; suç konusu, TCK m.16/2' de sayılan akrabalara ait olmamasına rağmen, fail bu konuda yanlışmışsa, yanlışmasından yaralanacak ve faile cezada indirim uygulanacaktır. Ayrıca 2. fıkra da sayılan akrabalar bakımından suçun kovuşturulması da şikayete bağlı tutulmuştur. Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 872.

³⁶⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s. 870.

TCK m.254/4 uyarınca, kişisel cezasızlık nedeni sadece maddenin birinci fıkrasında düzenlenen başkasına ait banka ve kredi kartı ile yarar sağlama suçu yönünden geçerli olup diğer fıkralarda düzenlenen suç tipleri için uygulanmamaktadır³⁶¹.

TCK m.254/1'de düzenlenen başkasına ait banka ve kredi kartı ile yarar sağlama suçunun oluşması için öncelikle failin başkasına ait kartı ele geçirmesi veya elinde bulundurması gerekmektedir. Failin başkasına ait kartı nasıl ele geçirdiği ya da elinde bulundurduğu suçun oluşması için önemsizdir. Fail, kartı hileli davranışlarla ele geçirmiş olabileceği gibi, zilyetliği kendisine bırakılmış kartı geri vermemiş de olabilir. Lakin suç konusu kartın, başkasına ait üzerinde sahtecilik yapılmamış veya sahte belgeler suretiyle elde edilmemiş bir banka veya kredi kartı olması gerekmektedir³⁶².

Suçun oluşması için fail ayrıca kartı kullanarak ya da kullandırarak kendisine veya bir başkasına yarar sağlamalıdır ve yararın elde edilmesi ile kartın kullanılması arasında bir bağlantı bulunmalıdır. Aksi takdirde başkasına ait banka ve kredi kartı ile yarar sağlama suçu değil; hırsızlık, dolandırıcılık, ya da hırsızlık gibi başka bir suç oluşacaktır³⁶³.

Failin suça konu eylemleri neticesinde kendisine ya da başkasına maddi bir yarar sağlaması ile suç tamamlanır. Lakin maddi yararın sağlandığından söz edilebilmesi için yararın somut ve fiziki olarak failce temin edilmesine gerek yoktur. Örneğin suçun tamamlanması için failin parayı kendi hesabına havale etmesi yeterli olup ayrıca paranın çekilmesi gerekli değildir³⁶⁴.

TCK m.254/4 uyarınca; suçun haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin, üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlâtlığın ve aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin, zararına olarak işlenmesi hâlinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmayacaktır.

³⁶¹ Arslantürk Mustafa, **Etkin Pişmanlık, Vazgeçme, Cezasızlık**, Seçkin, Ankara, 2018, s. 186.

³⁶² Tezcan/Erdem/Önok, s. 1074.

³⁶³ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1075; Özbek Veli Özer, Doğan Koray, Bacaksız Pınar, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Seçkin, 16.Bası, Ankara, 2021, s. 607.

³⁶⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız, **Özel Hükümler**, s. 1005.

Hükmün ilk halinde mevcut olmayan bu düzenleme 29/06/2005 tarih ve 5377 s. Kanun ile eklenmiştir. Böylece malvarlığına karşı işlenen suçlarda olduğu gibi bu suç bakımından da bazı akrabalık ilişkileri şahsi cezasızlık sebebi olarak kabul edilmiştir³⁶⁵.

2.2.2.4 Yalan Tanıklık Suçunda Şahsi Cezasızlık Sebebi

Yalan tanıklık suçu TCK m.272’ de “*adliye karşı suçlar*” arasında düzenlenmiştir. Gerçeği yansıtmayan bir tanık beyanı, adaletin yanlış yönde tecellisine neden olacağından yalan tanıklık suçu maddi gerçeğin araştırılmasında devlet faaliyetlerine karşı yapılan bir saldırı olarak kabul edilmiştir³⁶⁶.

TCK m. 272/1’ de “*Hukuka aykırı bir fiil nedeniyle başlatılan bir soruşturma kapsamında tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapan kimseye, dört aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.*” hükmü ile suçun temel şekli ile maddenin diğer fıkralarında ise suçun arttırılmasını gerektirir nitelikli hali düzenlenmiştir.

Suçun maddi unsuru “gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapmak” tır. Gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapmak; gerçeğin tümüyle veya kısmen olduğundan başka türlü anlatılması, tanıklığın konusunu oluşturan hususlar hakkındaki bilginin kısmen veya tamamen gizlenmesi, gerçeğin inkar edilmesi, gerçeğin ilave bir takım unsurlar eklenerek anlatılması şeklinde olabilir³⁶⁷.

TCK m.273’de yalan tanıklık suçunda şahsi cezasızlık ve cezada indirim yapılması gerektiren nedenler düzenlenmiş olup, şahsi nitelik taşıması nedeniyle bu hükümden sadece yalan tanıklık suçunun faili yararlanabilecektir³⁶⁸. Bu nedenler³⁶⁹;

³⁶⁵ Özbeke/Doğan/Bacaksız, **Özel Hükümler**, s. 1006.

³⁶⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1249-1250.

³⁶⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1251; Tunçer Asuman İnce, **Yalan Tanıklık Suçu**, Seçkin, Ankara, 2020, s.95-97.

³⁶⁸ Aynı yönde bkz. Parlar Ali, Öztürk Mustafa, **İftira, Yalan Tanıklık ve Gerçeğe Aykırı Bilirkişilik Suçları**, Aristo, İstanbul,2017, s.248; Tunçer, s. 233. Aksi yönde bkz. Yargıtay 9 Ceza Dairesi’nin 31.10.2014 T.,2013/9030 E ve 2014/10779 K. www.kararara.com (E.T.:10/10/2021)

³⁶⁹ Mülga 765 Sayılı TCK’nın 5237 Sayılı TCK’ nın 273. maddesine karşılık gelen 288. maddesi şu şekildedir: “Yalan yere yemin veya şahadet eden şahıs: 1 - Hakikatı beyan ettiği takdirde kendisini veya akrabasından birini hürriyet ve namusca behemehal fahiş bir zarara maruz kılması muhtemel olan, 2 - Kendi tarafından beyan olunan zati vasıflı ara nazaran şahit sıfatıyla celbi iktiza etmeyen yahut o şahsın ceza davasında şahit ve ehli hibre ve mütercim olmaktan istinkafa hakkı olduğu halde mahkemece kendisine bu hakkı ihtar edilmemiş bulunan, kimselerden ise yukarıki maddede mezkur olan cezalardan muaftırlar. Eğer bunların yalan şahadeti diğer bir şahsi takibata yahut mahkumiyete maruz kılsa yukarıdaki maddelerde yazılı cezalar, yarısından üçte ikisine indirilir.”

-Failin Gerçeği Açıkladığı Takdirde Kendisinin veya Belirli Akrabalarından Birinin Soruşturma ya da Kovuşturmaya Uğramasına Neden Olabilecek Bir Hususta Yalan Söylemesi: Kişinin; kendisinin, üstsoy, altsoy, eş veya kardeşinin soruşturma ve kovuşturmaya uğramasına neden olabilecek bir hususla ilgili olarak yalan tanıklıkta bulunması bir şahsi cezasızlık veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi nedendir (TCK m. 273/1-a).

Fail, kendisini veya maddede belirtilen yakınlarından birini olası bir soruşturma ya da kovuşturmadan sakınmak için yalan tanıklıkta bulunmuş olmalıdır. Burada önemli olan failin, gerçeğe uygun açıklamada bulunduğu takdirde kendisinin veya yakınlarının soruşturma ve kovuşturmaya uğrayacağı konusundaki kanaatidir³⁷⁰.

Ayrıca düzenlemedeki soruşturmaya veya kovuşturmaya uğramasına neden olacak “bir hususla ilgili olarak” ifadesi nedeniyle idari ve disiplin soruşturmaları ile kabahat niteliğindeki fiillerin de madde kapsamında değerlendirilebileceği ileri sürülmüşse³⁷¹ de kanaatimizce mezkur düzenlemenin lafzı gereğince tanığın gerçeği söylemesi halinde failin hürriyetinin kısıtlanması tehlikesi kastedildiğinden ifadenin bir suç soruşturması ya da kovuşturması şeklinde anlaşılması maddenin amacına daha uygun düşecektir.

-Tanıklıktan Çekilme Hakkına Sahip Olan Kişinin Bu Hakkı Hatırlatılmadan Dinlenmesi: Kimlerin tanıklıktan çekilme hakkına sahip olduğu CMK m.45,46 ve 48 ile HMK m.248-250’de gösterilmiştir³⁷². Bu kişilerin çekilme hakkı olmasına rağmen; bu durum

Her iki kanunda yer alan düzenlemeler benzer olmakla beraber aralarında bazı farklılıklar mevcuttur. Bunlardan biri, söz konusu nedenler mülga 765 sayılı TCK’da sadece şahsi cezasızlık nedeni olarak düzenlenmiştir. Bu hususta hakime bir takdir yetkisi tanınmamıştır. Ancak yalan tanıklığa bağlı olarak bir başkası hakkında soruşturma başlatılması ya da mahkumiyet kararı verilmesi durumunda faile ceza verilecek ise de cezada indirim yapılması öngörülmüştür. 5237 sayılı TCK 273’de ise şahsi cezasızlık nedeni ya da cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi neden olarak düzenlenmiş ve bu hususta hakime bir takdir yetkisi tanınmıştır.

³⁷⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1256-1257; Mezkur maddenin zorunluluk haline ilişkin özel bir düzenleme olduğu görüşü için bkz. Feyzioğlu Metin, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, US-A yayınları, Ankara, 1996, s. 250 vd.

³⁷¹ Parlar/Öztürk, s. 248; Aksi görüş için bkz. Tunçer, s. 235.

³⁷² CMK m. 45’e göre tanıklıktan çekinebilecek olanlar; şüpheli veya sanığın nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi, şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoy, şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları, şüpheli veya sanıkla aralarında evlâtlık bağı bulunanlardır. Öte yandan CMK m.45/2’ ye göre “yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle tanıklıktan çekilmenin önemini anlayabilecek durumda olmayanlar, kanunî temsilcilerinin rızalarıyla tanık olarak dinlenebilirler. Kanunî temsilci şüpheli veya sanık ise, bu kişilerin çekilmeleri konusunda karar veremez. CMK m. 46’ya göre ise; avukatlar veya stajyerleri veya yardımcıların, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler açısından; hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler açısından ve malî işlerde

hatırlatılmadan fail, gerçeğe aykırı tanıklık yapmış ise şahsi cezasızlık veya cezada indirim nedenlerinden faydalanabilecektir. Ancak çekinme hakkı kendisine hatırlatıldığı halde yalan tanıklık yapan fail cezalandırılacaktır³⁷³.

TCK m. 273' te düzenlenen her iki durumda da indirim yapma ya da ceza vermeme konusunda hakime takdir yetkisi tanınmıştır. Öyle ki, hakimin hangi oranda indirim yapacağı konusunda kanunda bir belirlilik de bulunmamaktadır³⁷⁴. Kovuşturma evresinde hakime tanınan takdir yetkisi soruşturma evresinde savcıya tanınıp tanınmadığı ise tartışmalıdır. Öğretide bir görüş, Cumhuriyet savcısının CMK m.171/1 uyarınca takdiren kovuşturamama kararı verebileceğini ve hakime tanınan takdir yetkisinin savcıya da tanındığını ileri sürmektedir³⁷⁵.

Diğer bir görüş ise yalan tanıklık suçu bakımından, TCK m. 273/1' deki iki durumda Cumhuriyet savcısının kamu davası açmada takdir yetkisi bulunmadığını, failin cezasının indirilmesi ya da ceza verilmesinden vazgeçilmesi hususunda sadece hakime takdir yetkisi tanındığı, bu nedenle savcının soruşturma evresinde 273. maddedeki durumların söz konusu olması ve yeterli şüphe sebebinin bulunması halinde iddianame düzenlemesi ve takdiri mahkemeye bırakması gerektiğini ileri sürmüştür³⁷⁶.

Yalan tanıklık suçu bakımından, Anayasa'nın 38/5 maddesi "*Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya ve bu yolda bir delil göstermeye zorlanamaz.*" hükmü gerekliliğince yasa koyucu bu yönde bir şahsi cezasızlık sebebi öngördüğünden mezkur düzenleme nemo tenatur ilkesinin bir yansıması

görevlendirilmiş müşavirler ve noterlerin bu sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgiler açısından tanıklıktan çekinebilirler.

³⁷³ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1258.

³⁷⁴ Ünver' e göre "*Burada hakime bu iki ve oldukça geniş takdir seçeneğinin tanınması eleştirilecek bir husustur. İlk fıkranın a bendinde düzenlenen durumda nemo tenatur ilkesinin bir etkisi söz konusu olduğu için cezasızlık nedeni düzenlenmeli ve b bendi kapsamındaki durumda ise ceza indirimi öngörülmeli ve fakat indirim oranı da ya sabit olarak veya alt ve üst sınırları gösterilerek belirlenmelidir. Madde metninde indirim yetkisi açısından yargı organına tanınan yetkinin sınırları, ölçütleri ve doğal olarak da indirim yapılmasına karar verildiğinde yapılacak indirim oranı da belli değildir. Madde bu haliyle belirlilik ilkesine aykırıdır. Kaldı ki hem ne zaman hakim veya mahkemenin bu iki seçenekten hangisine karar vermesi gerektiğine ilişkin somut ve hukuka uygun bir ölçüte de yer verilmemiştir.*" Bkz. Ünver Yener, **İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, Suçu İhbar Etmemek Suçları (TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar)**, Seçkin, 6.Bası, Ankara, 2021, s. 245-246.

³⁷⁵ Öztürk Neslihan, **Yalan Tanıklık Suçu**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2016, s. 387.

³⁷⁶ Tunçer, s. 232; İçer Zafer, **Yalan Tanıklık Suçu**, MÜHFHAD, S. 18, 2012, s. 221. Yalan tanıklık suçunun temel şekli ve 272. maddenin 2. fıkrasındaki düzenlenen nitelikli hali bakımında CMK m. 171/2 gereğince Cumhuriyet savcısı kamu davasının açılmasını ertelemesi mümkündür.

niteliğindedir³⁷⁷. Kanaatimizce gerek Anayasa'nın 38/5 maddesi gerekse nemo tenatur ilkesi uyarınca Cumhuriyet savcısının CMK m.171/1 kapsamındaki takdir yetkisi TCK m.273/1-a bendi kapsamında düzenlenen şahsi cezasızlık sebebi için şüphesiz olsa da, b bendi bakımından savcıya takdir yetkisi tanınmamalıdır. Zira tanıklıktan çekinme bir yükümlülük olarak ortaya çıktığı durumlarda ki; tanığın meslek ve uğraşı nedeniyle sürekli bir yükümlülük altında olduğu değerlendirildiğinde cezada indirimde gidilmesi daha doğru olacağından Cumhuriyet savcısının iddianame düzenleyerek değerlendirmeyi mahkemeye bırakması daha yerinde olacaktır³⁷⁸.

Ayrı son olarak belirtelim ki, yalan tanıklıkta şahsi cezasızlık ya da cezada indirim yapılmasını gerektirir nedenlere ilişkin TCK'nın 273. maddesi, özel hukuk uyuşmazlıkları kapsamında yapılan yalan tanıklık hallerinde uygulanmayacaktır (TCK m. 273/2).

2.2.2.5 Suç Delillerini Yok Etme, Gizleme Veya Değiştirme Suçunda Şahsi Cezasızlık Sebebi

TCK m. 281'de düzenlenen suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçu, adliye karşı suçlar arasında düzenlenmiştir. İşlenmiş olan bir suçla ilgili delil ve eserlerin yok edilmesi, değiştirilmesi veya gizlenmesi, maddî gerçeğin ortaya çıkarılmasını ve sonuçta ceza adaletinin gerçekleşmesini engelleyecektir³⁷⁹.

Suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçu, hakkında soruşturma başlatılmış olsun veya olmasın işlenmiş bir suçun delil ve eserlerinin yok edilmesi, silinmesi, gizlenmesi, değiştirilmesi veya bozulması filleriyle işlenen; mevcut suçtan bağımsız ve serbest hareketli bir suçtur³⁸⁰.

Suçun meydana gelmesi için yok edilen, değiştirilen veya gizlenen şeyin mutlaka bir suçun ispatı açısından delil değerine sahip olması gerektiği gibi, failin gerçeğin ortaya çıkarılmasını engellemek amacıyla hareket etmesi de gerekmektedir.

³⁷⁷ İçer, s. 217.

³⁷⁸ Aynı yönde Tunçer, s.239; Ünver, s. 248-249; Kartal, s. 112.

³⁷⁹ Madde Gerekçesi

³⁸⁰ Arslantürk, s. 136-137; Ünver, s. 447.

TCK m. 281/1'in son cümlesinde nemo tenetur (Susma hakkı) ilkesinin sonucu olarak bir şahsi cezasızlık sebebi düzenlenmiş olup kişinin kendi işlediği veya işlenişine iştirak ettiği suçla ilgili olarak delilleri yok etmesi, gizlemesi veya değiştirmesi halinde faile söz konusu suçtan ceza verilmeyecektir. Böylece soruşturma aşamasında CMK m. 171/1 maddesi gereği takdir yetkisi bulunan savcı mezkur suç bakımından fail hakkında kovuşturama kararı verebilecektir³⁸¹.

2.2.2.6 Suçluyu Kayırma Suçunda Şahsi Cezasızlık Sebebi

Bir suç işlendikten sonra, suçun failine yardım edilmesini engellenmeyi ve ceza adaletinin gerçekleşmesini amaçlayan suçluyu kayırma suçu TCK'nın 283. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre; suç işleyen bir kişiye araştırma, yakalanma, tutuklanma veya hükmün infazından kurtulması için imkan sağlayan kimse, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır³⁸².

Suçun maddi unsuru, suç işleyen bir kişiye araştırma, yakalanma, tutuklanma veya hükmün infazından kurtulması için imkân sağlamaktır. Madde metninde imkan sağlamanın ne şekilde gerçekleşmesi gerektiği değil; hangi amaçla gerçekleşmesi gerektiği düzenlenmiştir. İmkan sağlamaya örnek olarak şüpheli, sanık veya mahkumun saklanması, ele geçirilmesinin engellenmesi, delillerin yok edilmesi, gizlenmesi gösterilebilir³⁸³.

Suç işleyen bir kişiye araştırma, yakalanma, tutuklanma veya hükmün infazından kurtulması için “imkân sağlayan kimse” ibaresi maddede genel kastın yanında ayrıca özel bir kastın da arandığını işaret etmektedir. Ancak failin, kayırılan kişinin suç işlediğini bilmesi, bu nedenle yardım amacıyla hareket etmesi gerektiğinden, su ve yemek vermek, yol tarif etmek gibi insani mülahazalarla yapılan yardımlar suçu oluşturmayacaktır³⁸⁴.

³⁸¹ Ünver, s. 457.

³⁸² 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ile 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu arasında inceleme konusu suç tipi bakımından önemli farklılıklar mevcuttur. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 296. maddesinde “*Her kim hapis cezasından aşağı olmayan cezayı müstelzim bir cürüm işlerse*” ibaresi ile suçluyu kayırma suçunun işlenebilmesi için, suçun belli bir ağırlığa ulaşması ve suçun hapis cezası ile cezalandırılması gerektiği düzenlenmişken; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu açısından böyle bir ayırım yapılmamış ve kayırılan fiilin suç olması yeterli kabul edilmiştir.

³⁸³ Yılmaz Zahit, **Suçluyu Kayırma Suçu**, MUHFHAD, C.18, S. 1, 2012, s. 153; Ünver, s. 496-497.

³⁸⁴ Soyaslan, s. 803.

Maddenin 3. fıkrası; suçun üstsoy, altsoy, eş, kardeş veya diğer suç ortağı tarafından işlenmesi halini şahsi cezasızlık sebebi saymıştır. Faile araştırma, yakalanma, tutuklanma veya hükmün infazından kurtulması için imkân sağlayan üstsoy, altsoy, eş, kardeş hakkında suçluyu kayırma suçundan ceza verilemeyecektir. Söz konusu fıkra Anayasanın 38/5 maddesinin de bir yansımasıdır³⁸⁵.

765 sayılı Ceza Kanunumuzun aksine 5237 sayılı TCK; suç işleyen faille iştirak ilişkisi olan suç ortaklarının da şahsi cezasızlık sebebinden yaralanmasını düzenlemiş ve bu durum öğretide eleştirilere neden olmuştur. Ünver; suç ortağını da bu madde hükmü kapsamında ele alınmasının nemo tenatur ilkesine ve Anayasanın 38/5. maddesine aykırı olduğunu, mülga kanundaki düzenlemenin daha doğru olduğunu ileri sürmüştür³⁸⁶.

2.2.2.7 Tutuklu, Hükümlü Veya Suç Delillerini Bildirmeme Suçunda Şahsi Cezasızlık Sebebi

Türk Ceza Kanunu m.284/1; hakkında tutuklama kararı verilmiş veya firar etmiş hükümlü bir kişinin bulunduğu yeri bildiği halde yetkili makamlara bildirmeyen kimselerin cezalandırılmasını düzenlerken; ikinci fıkra ise işlenmiş olan bir suça ilişkin delil ve eserlerin başkaları tarafından saklandığı yeri bildiği halde yetkili makamlara bildirmeyen kimselerin bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmasını düzenlemiştir.

Madde metninde tutuklama kararı verilmiş şüpheliden bahsedildiğinden; artık suç olduğu düşünülen fiil işlenmiş ve en azından soruşturma başlamıştır. Aynı şekilde hükümlüden de bahsedildiğine göre suçla ilgili yargılama yapılmış ve hüküm verilmiş bir durumun mevcudiyeti söz konusudur. Bu nedenledir ki hükmün asıl ve doğrudan amacı, artık işlenmiş olduğu düşünülen suçla ilgili olarak gerekli soruşturma ve kovuşturmanın yapılabilmesi yahut verilmiş olan hükmün infaz edilebilmesinin sağlanması ve yargılama sürecinin olması gerektiği şekilde işlenmesinin teminidir³⁸⁷.

Tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme suçu; ancak doğrudan kastla işlenebilir. Bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişinin, soruşturma ve kovuşturma

³⁸⁵ Yılmaz, s. 170.

³⁸⁶ Ünver, s. 506.

³⁸⁷ Kocasakal Ümit, **Suç Bildirmeme Suçu**, Vedat, İstanbul, 2017, s. 20.

konusu yapılan suç dolayısıyla şüpheli bulunan şahıs hakkında tutuklama kararının verilmiş olduğunu veya kesinleşmiş bir yargı kararıyla belli bir cezaya mahkûm olmuş olan şahsın bu cezasının infazı amacıyla arandığını ve nerede bulunduğunu tereddütsüz bir şekilde bilmesi gerekmektedir.³⁸⁸

TCK madde 28/4; suçun üstsoy, altsoy, eş veya kardeş tarafından işlenmesi halini şahsi cezasızlık sebebi olarak saymıştır. CMK madde 171/1 kapsamında, tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme suçunu üstsoy, altsoy, eş veya kardeşi lehine işleyen fail hakkında Cumhuriyet savcısı takdir yetkisi kullanarak kovuşturmaya yer olmadığına karar verebilecektir.

2.2.2.8 Suç Üstlenme Suçunda Şahsi Cezasızlık Sebebi

765 sayılı TCK'da suç uydurma suçunun kapsamı içinde düzenlenen suç üstlenme suçu 5237 sayılı TCK' da bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. TCK m.270 uyarınca; suçun maddi unsuru yetkili makamlara gerçeğe aykırı olarak, suçu işlediğini veya suça katıldığını bildirmektir. Suç üstlenme; bir yakının ya da sevdiği bir kimsenin cezadan kurtulmasını sağlamak, sokakta yaşayan kişinin kış aylarını cezaevinde güven içinde geçirmeyi temenni etmesi gibi farklı nedenlerle işlenebilmektedir³⁸⁹.

Failin üstlendiği suç, hiç işlenmemiş olabileceği gibi, failin gerçek fakat kendisiyle ilgisi olmayan bir suçu üstlenmesi de mümkündür. Lakin üstlenilen suçun mutlaka ceza hukuk anlamında suç vasfına haiz olması gerekmektedir. Kabahatler ve salt idari yaptırım gerektiren ihlaller TCK m.270 kapsamında değildir³⁹⁰.

Gerçeğe aykırı yapılacak bildirimin yetkili makamlara yapılması gerekmekte olup, yetkili makamlar CMK m. 158' de düzenlenmiştir. Bu nedenle herhangi bir kamu görevlisine

³⁸⁸ Suçun olası kastla da işlenebileceğine dair görüş için bkz. Ünver, s. 515. Ayrıca bu suçların faili herkes olabilir. Ancak, suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçunun faili olan kişi, bu maddede tanımlanan suçtan dolayı cezalandırılamaz.

³⁸⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1237; Ünver, s. 174.

³⁹⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1238; Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 07.01.2015 T., 2014/31446 E. ve 2015/426 K. "Suç üstlenme suçunun oluşabilmesi için failin yetkili makamlara gerçeğe aykırı olarak suçu işlediğini veya suça katıldığını bildirmesinin gerekmesi ve somut olayda, sanığın, maddi hasarlı trafik kazasında kaskodan faydalanmak amacıyla polis tarafından tutulan tutanağa kendi ismini yazdırmak istemesi karşısında, maddi hasarlı trafik kazası kanunlarda bir suç olarak öngörülmemesi nedeniyle TCK'nın 270. maddesinde öngörülen suç üstlenme suçunun unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden, sanığın beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi, bozmayı gerektirir."

yapılan beyan suçun vuku bulması için yeterli değildir. Yetkili makam; kendisine yapılan bildirim hakkında soruşturma başlatmakla ya da bildirim soruşturma yapacak mercie iletmekle yükümlü olan bir makam olmalıdır³⁹¹.

TCK m.270 gereği; suçun üstlenilmesi, üstsoy, altsoy, eş veya kardeşi cezadan kurtarmak amacıyla işlenmiş ise, verilecek cezanın dörtte üçü indirilebileceği gibi cezanın tamamen kaldırılması da mümkündür. Bu hususta hakime bir takdir hakkı tanınmıştır ve hakim cezada indirim yapabileceği gibi, fail hakkında CMK m.223/4 uyarınca ceza verilmesine yer olmadığı kararı da verebilecektir.

Yasa metninde yer alan akrabalar tahdidi olarak sayıldığından, bu yakınların haricinde kalan bir akrabayı cezadan kurtarmak amacıyla suçu üstlenen fail, kişisel cezasızlık ya da cezada indirim nedenlerinden yararlanmayacak ancak bu durum TCK m.61/1-g'ye göre cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Öte yandan, failin hem hükümde gösterilen bir akrabasını hem de bir başkasını cezadan kurtarmak amacıyla hareket etmesi durumunda nasıl hareket edileceği doktrinde tartışmalıdır. Genel kabul gören görüşe katılmakla kanaatimizce bu durumda failin şahsi cezasızlık ya da cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi nedenden yararlanması gerekmektedir. Zira kanunda “münhasıran” akrabayı kurtarma amacından bahsedilmemekte ve yasanın fail lehine yorumlanması gerekmektedir³⁹².

Son olarak belirtelim ki; her ne kadar CMK m.171/1'de kişisel cezasızlık sebeplerinin varlığı halinde Cumhuriyet savcısına kamu davası açıp açmama hususunda takdir yetkisi tanınmışsa da; TCK m. 270 gereği faile indirilmiş de olsa ceza verilme olanağı bulunduğundan savcının kamu davası açması gerekmektedir³⁹³.

³⁹¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1238-1239; Madde 158 – (1) Suça ilişkin ihbar veya şikâyet, Cumhuriyet başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabilir. (2) Valilik veya kaymakamlığa ya da mahkemeye yapılan ihbar veya şikâyet, ilgili Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. (3) Yurt dışında işlenip ülkede takibi gereken suçlar hakkında Türkiye'nin elçilik ve konsolosluklarına da ihbar veya şikâyetle bulunulabilir. (4) Bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle, ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan ihbar veya şikâyet, gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir.

³⁹² Tezcan/Erdem/Önok, s. 1241; Ünver, s. 185

³⁹³ Zahit, s. 154; Tezcan/Erdem/Önok, s. 1242.

2.2.2.9 Suçu Bildirmeme Suçunda Şahsi Cezasızlık Sebebi

5237 sayılı TCK'nın adliye karşı suçlar başlıklı 4. bölümünde, suç bildirmeme suçu 278. madde de *“İşlenmekte olan ya da işlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”* hükmü ile düzenlenmiştir³⁹⁴.

Suç haber vermeme, yapısı itibariyle tartışmalı bir suç tipi olup, TCK 279 ve 280. maddelerde kamu görevlilerine ve sağlık mesleği mensuplarına belirli hallerde suç ihbar etme yükümlülüğü getirilmesi, bu kişilerin konumları ve görevleri gereği belirli ölçüde anlaşılabilirse de; herkes için genel bir sorumluluk olarak suç bildirme yükümlülüğünün öngörülmesi; hukuk, ve adalet felsefesi ile etik bakımından tartışmalara ve eleştirilere konu olmuştur³⁹⁵.

Bildirim yükümlülüğüne konu suçun, kasıtlı ya da taksirli olsun, ağırlığına bakılmaksızın, tüm iştirak biçimleri de dahil olmak üzere, işlenmekte ya da işlenmiş olmakla birlikte neticelerinin sınırlandırılabilir nitelikte olması gerekmektedir³⁹⁶.

“İşlenmekte olan suç” ile ifade edilmek istenen, icrası devam etmekte olan henüz işlenip bitirilmemiş, tamamlanmamış (neticesi henüz gerçekleşmemiş) suçtur. Bu kapsamda işlenmekte olan bir suçtan söz edebilmek için öncelikle icra hareketlerinin başlamış olması şarttır. Bu nedenle de cezalandırmayı gerektirmeyen hazırlık hareketleri veya gönüllü vazgeçme söz konusu olduğunda bildirim yükümlülüğünden söz edilemeyecektir³⁹⁷.

³⁹⁴ Kocasakal, s. 7-9; Ünver, s. 313. Suçu bildirmeme suçu 765 sayılı TCK'da düzenlenmemiştir. Maddenin 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiği sıradaki ilk hali; (1) İşlenmekte olan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) İşlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması hâlen mümkün bulunan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır. (3) Mağdurun onbeş yaşını bitirmemiş bir çocuk, bedensel veya ruhsal bakımdan özürli olan ya da hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak durumda bulunan kimse olması hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılır.” şeklinde düzenlenen hüküm; Anayasa Mahkemesi'nin 30/06/2011 T., 2010/52 E. ve 2011/113 K. sayılı kararıyla Anayasanın 38/5 maddesinde yer alan “ Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz” hükmü karşısında; yakın akrabalık durumunu içeren bir şahsi cezasızlık sebebine yer verilmediği gerekçesiyle iptal edilmiştir. 02/07/2012 Tarihli ve 6352 sayılı yasa ile madde yeniden düzenlenmiş ve 4. fıkra eklenmiştir.

³⁹⁵ Kocasakal, s. 10.

³⁹⁶ Erdem Mustafa Ruhan, **Suç Bildirmeme Suçu**, TBBD, S. 80, Ocak-Şubat 2009, s. 110; Ünver, s. 319.

³⁹⁷ Erdem, s. 112; Kocasakal, s. 58-59; Aksi görüşte olan Malkoç ise Erdem'in aksine gönüllü vazgeçme halinde bildirimin gerekmeyeceği sonucuna varmanın kolay olmadığı ve vatandaşın bu halin gerçekleştiği ve devam

“İşlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan suç” ile ifade edilmek istenen ise netice suçlardır. Öyle ki; hareketin yapılması ile birlikte neticenin meydana geldiği neticesi harekete bitişik suçlarda artık neticenin sınırlandırılmasından söz edilemeyecektir. Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar da netice suçu (neticesi harekette ayrılabilen) olduğundan, temel suç tipi işlenmiş olmakla birlikte, cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren netice henüz gerçekleşmemişse, bu durumda da bildirim yükümlülüğünün bulunduğundan söz edilecektir³⁹⁸.

Suçu bildirmeme suçunda yegâne düşünce; işlenmiş olan suçu aydınlatmak değil, önlemektir. Bu nedenledir ki; suçun icra hareketleri bitmiş ve artık yol açtığı neticeleri de sınırlandırma olanağı kalmamış ise, bu durumda TCK m. 278 kapsamında bir bildirim yükümlülüğü de söz konusu olmayacaktır³⁹⁹.

278. maddenin 4. fıkrasına 6352 sayılı kanunla eklenen şahsi cezasızlık sebebi, hükümet tasarısında “*suçun üstsoy, altsoy, eş veya kardeş tarafından işlenmesi halinde cezaya hükmolunmaz.*” biçimindeyken, tasarının TBMM Adalet Komisyonunda görüşülmesi sırasında değişikliğe uğrayarak “*Tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından cezaya hükmolunmaz. Ancak, suçu önleme yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır.*” hükmü ile mevcut halini almıştır⁴⁰⁰.

Tanıklıktan çekinme hakkı olan kişiler 5271 sayılı CMK’ nun 45 ve 46. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre kişinin bir kısım akrabaları ile, avukat veya stajyerleri; hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek mensupları, malî işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterler gibi bir kısım kişiler tanıklıktan

edeceğini beklemenin sağlıklı olmayacağı görüşündedir. Bkz. Malkoç İsmail, **Adalet Hizmetlerinin Yürütülmesine Karşı Suçlar**, TBB yayınları, C. 1, Ankara, 2004, s. 216.

³⁹⁸ Erdem, s. 112-113; Kocasakal, s. 64; Tezcan/Erdem/Önok, s. 1268.

³⁹⁹ Erdem, s. 113.

⁴⁰⁰ Kocasakal, s. 9 TBMM Adalet Komisyonunun değişiklik gerekçesi şöyledir “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun tanıklıktan çekinmenin düzenlendiği 45. maddesi içeriğiyle paralellik kurulmasını sağlamak amacıyla, söz konusu şahsi cezasızlık sebebinden yararlanabilecek olan kişilerin, fıkra metninde sayılması yerine, söz konusu 45. madde hükmüne içerik olarak yollama yapılması ile yetinilmiştir. Bu bağlamda işaret etmek gerekir ki, her ne kadar Türk Ceza Kanunu’nun 279 ve 280. maddelerinde benzer içerikte bir hükme yer verilmemiş ise de, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 46. maddesi karşısında, meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından da belirli ilişkilerle sınırlı olarak suçu bildirme yükümlülüğü söz konusu değildir ve bildirimde bulunmamak sebebiyle TCK 279 ve 280. maddelerde tanımlanan suçlar bağlamında bu yönde bir hükme yer verilmemiş olması bir eksiklik oluşturmaktadır.”

çekinebileceklerdir. TCK m. 278/4 kapsamında bu kişilerin suçu bildirme yükümlülükleri bulunmamaktadır⁴⁰¹.

Maddenin 4. fıkrasının son cümlesinde; suçu önleme yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklı tutulmuştur. Yasa metninden ne anlaşılması gerektiği konusunda tam bir açıklık olmasa da; genel kabul gören görüş, ifade edilmek istenen hususun, işlenmekte olan suçu önleme yükümlülüğü altında bulunan kişilerin bu nedenle var olan hukuksal sorumluluğunun devam ettiğidir. Böylece; eğer fail, neticeyi önleme konusunda hukuksal yükümlülük altında ise, neticesini önlemekle yükümlü olduğu suçtan (örneğin kasten öldürme, kasten yaralama) dolayı cezalandırılacaktır⁴⁰².

TCK m. 278/4 ile ilgili doktrinde genel kabul gören bir diğer görüş de, Anayasa'nın 38/5 maddesi doğrudan uygulanabilir bir kural niteliğinde olduğundan gerek nemo tenatur ilkesi gerekse Anayasanın 38/5 maddesi gereği; suçu bildirmeme suçu için özel bir kişisel cezasızlık nedenine yer verilmesi tercih edilebilir ise de; mutlaka bu yönde bir zorunluluk bulunmadığıdır. Bu nedenledir ki, suça ilişkin şahsi cezasızlık sebebi halinde CMK 171/1 gereği takdir yetkisine haiz Cumhuriyet savcısının kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vermesi gerekmektedir⁴⁰³.

2.3 Cezayı Kaldıran Etkin Pişmanlık Hallerinin Varlığı

İcra hareketlerini tamamlayan failin; işlemeyi kastettiği suçtan vazgeçerek sonucun gerçekleşmesini önlemek amacıyla elinden gelen çabayı göstermesine etkin pişmanlık denir ve etkin pişmanlık '*onarıcı adalet*' ilkesinin bir sonucudur⁴⁰⁴.

Etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için öncelikle, fail tarafından işlenen suçun tamamlanmış olması gerekmektedir. Suçların tamamlanma anı her suç için farklılık gösterdiğinden suçun bütün unsurlarıyla tamamlanmasından ve neticenin meydana gelmesinden sonra etkin pişmanlık söz konusu olabilecektir⁴⁰⁵. Örneğin, kesintisiz bir suç

⁴⁰¹ Kocasakal'a göre; 4. fıkradaki düzenleme şahsi cezasızlık sebebi değil hukuka uygunluk nedenidir. Bkz. Kocasakal, s.106

⁴⁰² Tezcan/Erdem/Önok, s. 1266; Kocasakal, s. 106; Ünver, s. 358.

⁴⁰³ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1266.

⁴⁰⁴ İçel, s. 533.

⁴⁰⁵ Baki Ensar, **Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık**, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Ankara, 2016, s. 42.

olan hürriyetten yoksun kılma suçu; mağdurun hürriyetinden yoksun kılınmasıyla tamamlanıp, kesintisinin gerçekleştiği anda ise sona erdiğinden; failin soruşturma başlanmadan önce mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın, onu kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakması halinde etkin pişmanlık hükümleri gereği faile verilecek cezada indirim yapılacaktır.

Ayrıca gerçek bir pişmanlık söz konusu olmalı ve fail pişmanlığı bizzat göstermelidir. Failin duyduğu pişmanlığın mutlaka sözle ifade edilme zorunluluğu bulunmayıp; söz veya davranış yoluyla da ifade edilmesi olayın özelliğine göre mümkündür. Mağdurun, sadece zararının giderilmesi yeterli olmayıp, fail etkin bir şekilde pişmanlığını da kanıtlamalıdır. Failden beklenen, suç olan fiil veya fiillerin meydana getirdiği etkileri, olumsuzlukları gidermesi, bu konuda da içten ve mümkün olduğunca sonuç alıcı olması, ceza adaletine dürüstçe ve etkili bir şekilde katkıda bulunmasıdır⁴⁰⁶.

Etkin pişmanlık; ceza kanunumuzun genel hükümler kısmında düzenlenmemiş ve yasa koyucu “*sınırlı sayılılık ilkesini*” benimsemiştir. Etkin pişmanlık hükümleri düzenlendikleri suçlar bakımından uygulanabilecek ve ancak failin duymuş olduğu pişmanlığın sonucunda, o suçun sonuçlarını bir nebze olsun hafifletmesini olanaklı hale getiren suçlar açısından geçerli olabilecektir⁴⁰⁷.

TCK özel hükümler kısmında, suç bütün unsurlarıyla tamamlandıktan sonra failin; resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce durumu merciine haber vererek suçluların yakalanmalarını kolaylaştırması; suçun meydana çıkmasına yardım etmesi (TCK m.93,201); meydana gelmiş neticeyi tamamen ortadan kaldırması (TCK m.110); mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tanzim etmesi (TCK m.168,248,254), resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce diğer suç ortaklarının veya suç konusu eşyanın saklandığı

⁴⁰⁶ Hakeri, s. 519; Arslantürk, s. 23; İçel, s. 543; Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 11/10/2011 T., 2011/169 E. ve 2011/209 K. Sayılı kararı “*Sanık, hakkındaki hükmün kesinleşmesinden ve hapis cezasının infazına başlanarak yakalanıp cezaevine alındıktan sonra cezaevinden gönderdiği dilekçede mağdurların zararını karşıladığını belirtip, bu konuda mağdurların imzalarını içerir yazılar ibraz etmiş ise de, 5237 sayılı yasanın 168. maddesi hükümlerinin uygulanabilmesi için mağdurun uğradığı zararı karşılamaya yönelik pişmanlığın, hüküm verilmeden önce gösterilmesi koşulunun aranması karşısında somut olayda zararın giderilmesinde pişmanlığın değil cezadan kurtulma saikinin etkili olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Bu itibarla, suça konu bir kısım eşyaların iade edilmesinde katkısı bulunmayan ve mağdurların zararlarının karşılanmasına yönelik pişmanlığını gösterir bir irade de ortaya koymayan sanık hakkında 5237 sayılı yasanın 168. maddesinde düzenlenen “etkin pişmanlık” hükümlerini uygulamayan yerel mahkeme hükmünde isabetsizlik yoktur.*”

⁴⁰⁷ İçel, s. 542; Hakeri, s. 517; Baki, s. 44.

veya imal edildiği yerleri merciine haber vermesi, suç konusu eşyayı kimden, nerede ve ne zaman temin ettiğini haber vererek suçluların yakalanmalarını veya söz konusu eşyanın ele geçirilmesini kolaylaştırması veya suçlar haber alındıktan sonra suçun meydana çıkmasına ve fail ile şeriklerinin yakalanmasına yardım etmesi, resmi makamlara başvurarak tedavi ettirilmesini istemesi (TCK m.192,201), kurulan örgütü suç işlemekten önce dağıtması veya verdiği bilgilerle örgütün dağıtılmasını sağlaması, suç işlenmeden önce örgütten ayrıldığını ilgili makamlara bildirmesi, suç işlemekten yakalanması durumunda örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını sağlaması, gönüllü olarak teslim olup, örgüt hakkında bilgi vermesi (TCK m.221); rüşvet veren, aracılık eden veya anlaşılan kişinin soruşturma makamlarını haberdar etmesi (TCK 254), iftira edenin iftirasından, yalan tanıklık yapanın tanıklığından dönmesi (TCK 269,274), gözaltına alınan, tutuklu veya hükümlünün kaçtıktan sonra kendiliğinden teslim olması (TCK 293) hallerinde faile ceza verilmemesi düzenlenmiştir⁴⁰⁸.

Kanunumuzda iştirak halinde işlenen suçlar bakımından etkin pişmanlık hükmünün nasıl uygulanacağını açıkça belirleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrinde “*Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.*” hükmünü ihtiva eden TCK m. 40/1 hükmünün etkin pişmanlık hükümleri bakımından da geçerli olduğu ve etkin pişmanlık hükümlerinin şeriklerin sorumluluğu üzerinde etkili olmadığı ileri sürülmektedir⁴⁰⁹.

CMK m.171/1 kapsamında Cumhuriyet savcısının takdir yetkisi sadece cezayı kaldıran etkin pişmanlık halleri açısından öngörülmüş olup cezada indirimi gerektiren etkin pişmanlık halleri için düzenlenmemiştir. Bu nedenle cezayı kaldıran etkin pişmanlık hallerine ilişkin suçlar inceleme konusu yapılacaktır.

2.3.1 Etkin Pişmanlık Halinin Benzer Kavramlardan Farkları

Etkin pişmanlık ile gönüllü vazgeçme birbirlerine karıştırılabilen kavramlardır. Suçun sonucu gerçekleşinceye kadar, failin suç yolundan dönmesi gönüllü vazgeçme, sonucun

⁴⁰⁸ Hakeri, s. 517-518.

⁴⁰⁹ Koca Mahmut, Üzülmüş İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, 13. Bası, Ankara, 2020, s. 446-447.

gerçekleşmesinden sonra yapılan bazı hareketlerle suçun sonucunun yarattığı etkinin azaltılması ise, etkin pişmanlıktır⁴¹⁰.

Gönüllü vazgeçmede, henüz neticenin meydana gelmediği bir aşamada failin gönüllü olarak suçun işlenmesinden vazgeçmesi nedeniyle faile sadece o ana kadar oluşan fiil nedeniyle ceza verilecek aksi takdirde faile ceza verilmeyecektir. Etkin pişmanlık ise, suç tamamlandıktan sonra gerçekleşen ve cezayı kaldıran ya da cezadan indirim yapılmasını sağlayan şahsi bir sebeptir⁴¹¹.

Etkin pişmanlık; TCK 'da genel bir hükümle düzenlenmemiş ve sadece kanunda sayılan belli suçlarda uygulama kabiliyetine sahip iken gönüllü vazgeçme ise TCK m. 36'da düzenlenerek uygulanma imkanı olan tüm suçlar açısından söz konusu olabilmektedir⁴¹².

Hukuka uygunluk nedenleri ile etkin pişmanlık da benzer kavramlardır. Hukuka uygunluk nedenleri, ceza normunun suç saydığı bir eylemin işlenmesine izin vererek, onun hukuka aykırı olmasını engelleyen nedenlerdir. Hukuka uygunluk nedenlerinde fiil hukuka aykırı olmadığından eylem suç niteliğini taşımamaktadır. Etkin pişmanlık halinde ise, eylemin hukuka aykırılığı ortadan kalkmamakta ve eylem suç niteliğini taşımaktadır.

Hukuka uygunluk nedenlerinde eylem bütün failler açısından hukuka uygun olduğundan hiçbir faile ceza verilmeyecekken etkin pişmanlıkta ise, hangi fail pişmanlık göstermiş ise sadece o fail etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanacak, cezasızlık ya da cezada indirim hali diğer ortaklara sirayet etmeyecektir⁴¹³.

Ayrıca CMK'nın 223. maddesi uyarınca; olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunması halinde mahkeme sanık hakkında beraat kararı verecekken; cezayı kaldıran etkin pişmanlık hükümlerinin mevcudiyetinde ise, CMK m. 223/4- (a) uyarınca mahkeme sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verecektir.

⁴¹⁰ Ercan, s. 199.

⁴¹¹ Özgenç, s. 525; Ercan, s. 198.

⁴¹² Ercan, s. 199; Hakeri, s. 506; İçel, s. 539.

⁴¹³ Baki, s. 48; Ercan, s. 104.

2.3.2 Etkin Pişmanlık Kapsamındaki Suçlar

2.3.2.1 Organ Ve Doku Ticareti Suçunda Etkin Pişmanlık

Ceza Kanunumuzun 91. maddesinde organ ve doku ticareti suçu başlığı altında; yaşayan bir kişiden organ veya doku alma (m.91/1), ölüden organ veya doku alma (m.91/2), organ veya doku ticareti (91/3), organ veya doku saklamak, nakletmek veya aşılacak (m.91/5), organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam vermek veya yayınlamak (m.91/6) suçları düzenlenmiştir.

Yaşayan bir kişiden organ veya doku alma suçunda korunan hukuki değer, bir yandan kişinin vücut tamlığı, beden sağlığı iken, diğer yandan toplumsal bir nitelik de taşımaktadır. Zira modern toplumlarda, devletin hukuka aykırı organ ve doku ticareti suçları ile toplumu oluşturan bireylerin sağlığına verilen zararları önleme ve vücut bütünlüğünü koruma mükellefiyeti bulunmaktadır. Kaldı ki; organ veya dokunun maddi menfaat karşılığı alınıp satılması suçunda ise kamunun sağlığını bozulduğu gibi toplumsal barış da ihlal edilmektedir⁴¹⁴.

Organ ve doku ticareti suçunun hukuki konusu ise, insan organ veya dokusudur⁴¹⁵. TCK m. 91 uyarınca suçun gerçekleşmesi için, organ veya doku alınmasının hukuken geçerli bir rızaya dayalı olmaması gerekmektedir. Hukuken geçerli rıza ile ifade edilmek istenilen organ ve/veya doku alımının başta 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanununa ve diğer ilgi mevzuata uygun olmasıdır⁴¹⁶.

TCK’ nun 93.maddesi; “*Organ veya dokularını satan kişi, resmî makamlar tarafından haber alınmadan önce durumu merciine haber vererek suçluların yakalanmalarını kolaylaştırırsa, hakkında cezaya hükmolunmaz. Bu suç haber alındıktan sonra, organ veya dokularını satan kişi, gönüllü olarak, suçun meydana çıkmasına ve diğer suçluların yakalanmasına hizmet ve yardım ederse; hakkında verilecek cezanın, yardımın niteliğine*

⁴¹⁴ Gökçen Ahmet, Balcı Murat, **Organ Ve Doku Ticareti Suçları**, MÜHFHAD, C. 19, S. 2, 2013, s.115 Ölüden hukuka aykırı şekilde organ veya doku alınması suçunda korunan hukuki değer de karma niteliktedir. Suç neticesinde gerek ölünün hatırası ve yakınlarının haysiyeti ihlale uğramakta gerekse ceset üzerinde icra edilen hukuka aykırı fiiller ile kamu sağlığı bozulmaktadır.

⁴¹⁵ Soyaslan, s.189. Doku, çok hücreli canlılarda, fonksiyon ve yapı bakımından birbirine benzeyerek, anatomik olarak bütün oluşturan hücre, lif gibi unsurlardan oluşan yapıdır. Dokuların bir araya gelerek anatomik ve işlevsel bir bütün oluşturduğu birime ise organ denir.

⁴¹⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız, **Özel Hükümler**, s. 266; Ayhan, s. 94.

göre, dörtte birden yarısına kadarı indirilir” hükmü ile organ veya dokuları satan kişi açısından cezayı ortadan kaldıran ve azaltan şahsi cezasızlık sebebi olarak etkin pişmanlık hali düzenlenmiştir⁴¹⁷.

Madde metnindeki resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce durumun bildirilmesi ile kastedilen soruşturmaya başlanmamış olmasıdır. Burada failin resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce organ veya doku sattığını haber vermesi ve suçluların yakalanmasının kolaylaştırılması amaçlanmakta diğer suçlularının fiilen yakalanması koşulu aranmamaktadır⁴¹⁸. Lakin fail tarafından verilen bilgilerin gerçek ve doğru olması gerekmektedir; aksi takdirde asılsız bilgi veren fail etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanamayacaktır⁴¹⁹.

Suçun haber verileceği resmi makam, bir suç hakkında soruşturma ve kovuşturma yapmakla yetkili adli ve idari mercilerdir ve CMK m. 158 kapsamında ihbar ve şikâyetlerin yapılacağı resmi merciler belirtilmiştir.

CMK m. 171/1’ de sadece cezayı kaldıran şahsi cezasızlık sebebi olan etkin pişmanlık hallerinde savcıya takdir yetkisi tanınmıştır. Bu nedenle TCK’nın 93. maddesinin birinci fıkrasında kamu davası açıp açmama konusunda Cumhuriyet savcısının takdir yetkisi bulunsa da; ikinci fıkrada yer alan cezada indirim yapılmasını gerektiren etkin pişmanlık hallerinde

⁴¹⁷ TCK m. 92 “Organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak, hakkında verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.” hükmünün zorunluluk hali mi yoksa cezayı kaldıran şahsi bir sebep mi olduğu doktrinde tartışmalıdır. Maddenin cezayı kaldıran bir şahsi cezasızlık sebebi olduğu yönündeki görüş için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, **Özel Hükümler**, s. 272. Maddenin zorunluluk halinin özel bir durumu olduğu yönündeki görüş için bkz. Gökçen/Bacı, s. 113.

⁴¹⁸ Günay Erhan, **Öğreti Ve Uygulamada Yeni Türk Ceza Kanunundaki Etkin Pişmanlık Ve Gönüllü Vazgeçme**, Seçkin, Ankara, 2006, s. 28; Özbek/Doğan/Bacaksız, **Özel Hükümler**, s. 272-273.

⁴¹⁹ TCK m. 93’ün etkin pişmanlık hükmü niteliğinde olmadığını ifade eden Aydın’a göre “TCK m. 93 iki fıkra halinde organ ve dokusunu satan kimse bakımından “etkin pişmanlığı” düzenlemiştir. Kanun burada organ ve dokusunu satan kimse üzerinden suçun diğer faillerini ve katılanlarını bulmak istemiştir. Ancak, madde başlığı “etkin pişmanlık” olmakla birlikte maddenin düzenlediği husus teknik anlamda etkin pişmanlık değildir. Etkin pişmanlık teşebbüsle ilgilidir. Fail kendiliğinden ya icrasına başladığı suça devam etmez ya da neticenin gerçekleşmesini önler. Burada birinci durum gönüllü vazgeçme ikinci durum etkin pişmanlıktır. 93. maddede bu iki durum da yoktur. Buradaki düzenleme failin yani organ ve dokusunu satan kimsenin suçu işlemesinden sonra kollukla işbirliği yapması bunun karşılığında da kendisine daha az ceza verilmesidir. Suçlu kendi içinden geldiği için pişman olmamakta devletin kendisine sunduğu çıkar karşılığında suçu kendisi ile birlikte işleyen suç ortaklarını ele vermekte ve onlara ihanet etmektedir. Etkin pişmanlıkla ilgili bir diğer problem 93. madde başlığı altında düzenlenmekle birlikte failin suç yolunun (iter criminis) kapanmasını kendi çabaları ile engellemesi dolayısı ile teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacak olmasıdır. Ancak o ana kadar yaptığı hareketler bir başka suçu oluşturduğu takdirde gönüllü vazgeçen bu suçtan sorumlu olacaktır. 93. maddedeki “ceza hükmolünmaz” düzenlemesi bu konuda da soru işaretlerini barındırmaktadır.” Bkz. Aydın Çağrı Kan, **Organ Veya Doku Ticareti Suçu**, ABD, S. 1, 2011, s.157

savcının takdir yetkisi bulunmamaktadır. Bu durumda savcının iddianame düzenleyerek kamu davasının açılmasını talep etmesi zorunludur⁴²⁰.

2.3.2.2 Karşılıksız Yararlanma Suçunda Etkin Pişmanlık

TCK'nın 163. maddesi gereğince; otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanılması; telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanılması ve abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde kullanılması karşılıksız yararlanma suçuna vücut vermektedir.

Otomatların kötüye kullanılması bakımından suçun maddi unsurunu oluşturan hareket; ödeme yapmadan otomatlardan yararlanılmasıdır. Bedelin ödenmesiyle birlikte harekete geçen otomatın mekanizmasında sahte para veya tel kullanma; otomatın haznesine ipe bağlı para veya jeton atıp hizmetten yararlandıktan sonra geri çekme; otomatı mıknatıs ile nüfuz ettirme gibi davranışlar, suçu oluşturan eylemlere örnek gösterilebilir⁴²¹.

163. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen suçun maddi unsurunu, telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanmak oluşturmaktadır. Komşunun internet hattından izinsiz yararlanılması, uydu üzerinden hizmet veren televizyon platformlarının şifreli yayınlarının kırılması, şifreli bir yayının internet üzerinden başkalarıyla paylaşılması bu fıkra kapsamında değerlendirilebilir⁴²².

Nihayet, karşılıksız yararlanma suçu; abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi suretiyle de işlenebilmektedir. Elektrik, su ya da doğalgaz kullanımının sayaçtan geçirilerek tüketiminin belirlenebildiği hallerde mezkur suç oluşmayacaktır. Ayrıca fıkarda sayılanların harici enerjilerin karşılıksız yararlanma

⁴²⁰ Arslantürk, s. 47.

⁴²¹ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 740.

⁴²² Tezcan/Erdem/Önok, s. 747; Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 15/09/2014 T., 2014/8905 E Ve 2014/19651 K.

suçunu oluşturmayacağı, somut olayın özelliğine göre TCK m.142/3 çerçevesinde hırsızlık suçuna konu olabileceği de belirtilmelidir⁴²³.

6532 sayılı kanun değişikliği ile, karşılıksız yararlanma suçlarına özgü özel bir etkin pişmanlık hükmü getirilmiştir. TCK m.168/5 hükmü uyarınca; *“Karşılıksız yararlanma suçunda, fail, azmettiren veya yardım edenin pişmanlık göstererek mağdurun, kamunun veya özel hukuk tüzel kişisinin uğradığı zararı, soruşturma tamamlanmadan önce tamamen tazmin etmesi halinde kamu davası açılmaz; zararın hüküm verilinceye kadar tamamen tazmin edilmesi halinde ise, verilecek ceza üçte birine kadar indirilir. Ancak kişi, bu fıkra hükmünden iki defadan fazla yararlanamaz.”*

Malvarlığına yönelik diğer suçlardan farklı olarak; karşılıksız yararlanma suçunda etkin pişmanlık hali zararın tazmin tarihine göre, bir şahsi cezasızlık ya da cezada indirim nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır. Kimi yazarlara göre, yasa değişikliğinden önce hırsızlık suçu kapsamında cezalandırılan kaçak enerji kullanımının karşılıksız yararlanma suçları kapsamından cezalandırılması ve etkin pişmanlık hükmünden yararlandırılmasının kaçak enerji kullanımını arttıracak ileri sürülmüştür⁴²⁴.

Karşılıksız yararlanma suçunda etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanılması için zararın kısmen giderilmesi yeterli olmayıp, zararın tamamının tazmini gereklidir. Zararın tamamının tazmini ibaresinin kapsamına gecikme faizinin de dahil olup olmadığı ise tartışmalıdır. Gerek Yargıtay kararları gerekse doktrindeki ağırlık görüş, suç nedeniyle uğranılan doğrudan zararın tazmininin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmak için yeterli olduğu; vergi, ceza, manevi zarar ya da gecikme faizinin ödenmemesinin etkin pişmanlıktan yararlanmaya engel olmayacağı yönündedir⁴²⁵.

⁴²³ Tezcan/Erdem/Önok, s. 748; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 740.

⁴²⁴ Tezcan, Erdem ve Önok’ a göre, etkin pişmanlık kurumu, yargının iş yükünü azaltma gibi bir amaca dayandırılmamalıdır. Zira, karşılıksız yararlanma suçlarında etkin pişmanlık nedeniyle kamu davası açılmaması, bu tür ihlallerin yaygınlaşması sonucuna yol açacağından, ilerde yargıyı daha ağır bir iş yükü ile karşı karşıya bırakacağı kaçınılmazdır. Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 750.

⁴²⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s. 751; Arslantürk, s. 77-78; Aynı yönde Yargıtay 6. Ceza Dairesi *“Tck’nın 168. maddesinin son fıkrasının kısmen geri verme ya da tazminde etkin pişmanlık uygulanabilmesi için mağdurun aynen iade ya da tazmine rıza göstermesi aranırken bir oran göstermediği halde anılan madde gerekçesinde zararın mümkün olduğunca azaltılması suretiyle tazminden söz edilmiştir.”* Bkz. Yargıtay 6. Ceza Dairesi’nin 13.09.2017 T., 2014/13987 E ve 2017/3016 K.; Aynı yönde Yargıtay Ceza Genel Kurulu hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilirken mahkemece kanaat verici basit bir araştırma ile belirlenecek maddi zararın esas alınması, manevi zararın bu kapsama dahil edilmemesi gerektiğine hükmetmiştir. Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 03.02.2009 T., 2008/11-250 E. ve 2009/13 K. www.kararara.Com (E.T.:01/03/2021).

Malvarlığına karşı suçlarda etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmada 765 sayılı TCK, “iade ve tazmin” esasına dayalı iken, 5237 sayılı TCK’nun 168. maddesi ise tazminden çok “pişmanlık” esasını ön plana çıkarmaktadır. Bu nedenle da failin “etkin pişmanlık” maddesinde yararlanabilmesi için failin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi gerekmektedir. Yasa koyucu “tek başına iade ve tazmine” değil “pişmanlık sonucu olan iade ve tazmine” önem atfetmektedir⁴²⁶.

Yargıtay kararlarında, Cumhuriyet savcısının, bilirkişi marifetiyle gerçek zarar miktarını tespit etmesi; faile, soruşturma evresinde zararı tamamen tazmin etmesi halinde dava açılmayacağının bildirilmesi, uygun bir süre verilmesi ve zararın tazmini halinde ise kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmesi gerektiği sıklıkla vurgulanmaktadır⁴²⁷.

Nihayetinde; zararın soruşturma evresinde giderilmesi halinde şüpheli hakkında kamu davasının açılmayacağı yasa ile düzenlenmiş olup, kamu davasını açılması için iddianamenin kabul edilmesi gerektiğinden; iddianamenin kabulü aşamasına kadar zararı gideren şüpheli etkin pişmanlıktan yararlanacaktır. Lakin zararın giderildiği gözden kaçırılarak iddianame düzenlenmiş ya da zarar iddianame düzenlendikten sonra giderilmiş ise, düzenlenen iddianamenin iade edilmesi gerekecektir. Burada dolaylı olarak yeni bir iddianamenin iadesi nedeni yaratılmıştır⁴²⁸.

Mezkur maddede de açıkça belirtildiği üzere; CMK m.171/1 kapsamında Cumhuriyet savcısının; etkin pişmanlık göstererek zararı soruşturma tamamlanmadan önce tamamen

⁴²⁶ Arslantürk, s. 78; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 739.

⁴²⁷ Yargıtay 2. Ceza Dairesi’nin 07/02/2018 T., 2018/816 E ve 2018/897 K.; Yargıtay 17.Ceza Dairesi’nin 5.7.2017 T., 2016/10472 E. ve , 2017/8982 K.

⁴²⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s. 751; Koçak Mehmet Faruk, **Karşılıksız Yaralanma Suçları**, MUHFHAD, C. 25, S. 1, 2019, s. 125; Aynı yönde Yargıtay 13. Ceza Dairesinin kararı uyarınca “*Karşılıksız yararlanma suçu bakımından özel bir etkin pişmanlık düzenlemesi olan TCK’nın 168/5. maddesi gereğince ve kanun koyucunun amacı doğrultusunda katılan kurumun uğradığı zararı, vergisi dahil suç tutanağı ile belirlenmiş veya belirlenecek olan cezasız tutarı, ödemesi halinde hakkında kamu davası açılmayacağının, ödeme süresi ve yerinin soruşturma merciince sanığa bildirilmeden, bildirim ilişkili belge denetime esas şekilde dosyaya konmadan, sanığa dava açılmasını engelleme imkanı tanınmadan kamu davası açılması karşısında; bunun iddianamenin iadesi sebebi olduğu gözetilmeden kabul edilip yapılan yargılamada, sanığa belirtilen bildirimin yapılması ve sonucuna göre hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağının takdiri gerekirken, eksik işlem ile yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirir.*” Bkz. Yargıtay 13. Ceza Dairesi’nin 27/11/2017 T., 2015/9461 E. ve 2017/13488 K.

tazmin eden fail, azmettiren veya yardım eden hakkında takdir yetkisi bulunmamaktadır; kovuşturmaya yer olmadığına karar vermesi gerekmektedir⁴²⁹.

2.3.2.3 İmar Kirliliğine Neden Olma Suçunda Etkin Pişmanlık

765 sayılı TCK'da kabahat olarak düzenlenen imar kirliliğine neden olma suçu; 5237 sayılı TCK'nın 184. maddesinde üç ayrı suç olarak düzenlenmiştir. İlk fıkrada, yapı ruhsatiyesi alınmadan veya ruhsata aykırı olarak bina yapan veya yaptıran kişinin; ikinci fıkra, yapı ruhsatiyesi olmadan başlatılan inşaatlar dolayısıyla kurulan şantiyelere elektrik, su veya telefon bağlantısı yapılmasına müsaade eden kişinin, üçüncü fıkrada yapı kullanma izni alınmamış binalarda herhangi bir sınai faaliyetin icrasına müsaade eden kişinin eylemleri imar kirliliğine neden olma suçunu oluşturmaktadır.

İmar kirliliğine neden olma suçunda korunan hukuki yarar; bireylerin sağlıklı, temiz, düzenli, güvenli ve estetik bir çevrede yaşama hakkıdır⁴³⁰. Bu nedenle; imar kirliliğine neden olma suçunun mağduru belirli bir kişi olmayıp; sağlıklı ve estetik bir çevrede yaşama hakkına sahip olan toplumdaki tüm bireylerdir⁴³¹.

5237 sayılı TCK'nın 184. maddesinin 5. fıkrası *“Kişinin, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak yaptığı veya yaptırdığı binayı imar planına ve ruhsatına uygun hale getirmesi halinde, bir ve ikinci fıkra hükümleri gereğince kamu davası açılmaz, açılmış olan kamu davası düşer, mahkum olunan ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar.”* hükmü ile bir ve ikinci fıkrada yer alan suçlar için bir etkin pişmanlık düzenlemesine yer vermiştir.

TCK m. 184/5 hükmü ile TCK'da yer verilen diğer etkin pişmanlık halleri arasında önemli bir farklılık bulunmaktadır. TCK m. 184/5 hükmünde, binanın imar planına ve ruhsata uygun hâle getirilmesi durumunda, şüpheli hakkında kamu davası açılmayacağı, şayet kamu davası açılmış ve bir cezaya hükmedilmiş ise, bu cezanın bütün sonuçlarıyla ortadan kalkacağı düzenleme altına alınmıştır. Oysa ki, etkin pişmanlığa yer verilen diğer hükümlerin

⁴²⁹ Koçak, s. 125; Kartal, s.65.

⁴³⁰ Bayraktar Köksal, Kızıroğlu Keskin Serap, Yıldız Ali Kemal, Zafer Hamide, Retornaz Aksoy Eylem, Akyürek Güçlü, Evik Vesile Sonay, Evik Ali Hakan, Kangal Zeynel T., Kartal Memiş Pınar, Sınar Hasan, Altunç Sinan, İnceoğlu Aytekin Asuman, Bozbayındır Bostancı Gülşah, Eroğlu Fulya, **Genel Tehlike Yaratan Çevreye Karşı Ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar**, Oniki Levha, İstanbul, 2019, s. 258.

⁴³¹ Yılmaz Sacit, **Çevre Hukuku Bağlamında Türk Ceza Kanunundaki Çevre Suçları**, Adalet, Ankara, 2013, s. 103.

çoğunluğunda etkin pişmanlık cezayı azaltan veya ortadan kaldıran bir sebep olarak ortaya çıkmakta; fail tarafından gösterilen etkin pişmanlığın hükmedilmiş bir cezanın sonuçlarını ortadan kaldırıcı etkisi kural olarak bulunmamaktadır⁴³².

Binanın imar planına veya ruhsatına uygun hale getirilmesinde kullanılacak yöntemin şekli önem arz etmemektedir. Binaya ruhsat alınması, binada ruhsata uygun değişikliklerin yapılması ya da binanın tamamen yıkılması hallerinde fail etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilecektir. Ruhsatsız veya ruhsata aykırı yapılan binanın imar planına veya ruhsatına uygun hale getirilmesi mümkün olduğu gibi, imar planında değişiklik yapılarak, binanın imar planına uygun hale getirilmesi de mümkündür⁴³³.

Belirtelim ki; ruhsatsız yapının 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32. maddesi uyarınca belediye görevlilerince yıkılması durumunda sanığın; salt yıkımın gerçekleştiğinden bahisle etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmesi mümkün değildir. Zira, söz konusu halde etkin pişmanlığın zorunlu unsuru olan sanık tarafından ortaya konulmuş bir pişmanlık gösterimi bulunmamaktadır. Lakin ruhsatsız yapının yıkılması; alınması gereken önlemler, ihtiyaç duyulan ekipman gibi nedenlerden dolayı yapı sahibi tarafından gerçekleştirilmesi zor bir işlem olup, yıkımın idarece gerçekleştiği hallerde failin iradesi de göz önüne alınmalı, fail fiilen yıkıma karşı gelmemiş, cebri icrasız olarak yıkım masraflarını ödemiş ise sanık lehine m.184/5 hükmü uygulanmalıdır⁴³⁴.

Ayrıca, İmar Kanunu'na 11.05.2018 tarih ve 7143 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle eklenen geçici 16. madde; afet risklerine hazırlık kapsamında ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapıların kayıt altına alınması ve imar barışının sağlanması amacıyla 31.12.2017 tarihinden önce yapılmış yapılara gerekli şartları sağlamaları halinde yapı kayıt belgesi verilmesini düzenlemiştir.

Bu nedenle yapı kayıt belgesi alınan binalar hakkında yıkım kararları uygulanmayarak, tahsil edilmemiş idari para cezaları iptal edileceğinden, yapı kayıt belgesine

⁴³² Giyik Abdulbaki, **İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu**, TBBD, S. 134, Ocak-Şubat 2018, s. 28.

⁴³³ Bayraktar/Kızıroğlu/Yıldız/Zafer/Retornaz/Akyürek/Evik/Evik/Kangal/Kartal/Sınar/Altunç/İnceoğlu/Eroğlu/Bozbayındır, s. 271; Yaşar Osman, Gökcan Hasan Tahsin, Artuç Mustafa, **Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Adalet, C. 4, Ankara, 2010, s. 5084; Ayhan, s. 96.

⁴³⁴ Arslantürk, s. 82-83; Yargıtay 18. Ceza Dairesi'nin 27.03.2017 T., 2017/1202 E. ve 2017/3349 K.; Yargıtay 18. Ceza Dairesi'nin 27.03.2017 T., 2017/1212 E ve 2017/5885 K.

sahip kişilerin de TCK m.184/5 kapsamında etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanacakları şüphesizdir⁴³⁵.

Son olarak belirtelim ki, soruşturma aşaması tamamlanıncaya kadar etkin pişmanlık göstererek binasını imar planına ve ruhsatına uygun hale getiren şüpheli hakkında birinci ve ikinci fıkra hükümleri gereğince kamu davası açılmayacak ve Cumhuriyet savcısı kovuşturmayaya yer olmadığına karar verecektir. Mezkur madde açıkça kamu davasının açılmayacağını belirttiğinden CMK 171/1 maddesi kapsamında, Cumhuriyet savcısı da takdir yetkisini bu yönde kullanmalıdır.

2.3.2.4 Uyuşturucu Veya Uyarıcı Madde İmal Ve Ticareti Suçlarında Etkin Pişmanlık

Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerle ilgili suçlar üç ana başlıkta toplanabilir. Bunlardan birinci grubu imal suçu, ikinci grubu bulundurma, devir ve ticaret suçları, üçüncü grubu ise kullanma ile ilgili suçlar oluşturmaktadır⁴³⁶.

TCK m.188/1’ de “uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak imal, ithal veya ihraç etmek;” TCK m.188/3’te ise, “uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak ülke içinde satmak, satışa arz etmek, başkalarına vermek, sevk etmek, nakletmek, depolamak, satın almak, kabul etmek veya bulundurmak” suç olarak düzenlenmiştir.

Suç ile korunan hukuki yarar kamu sağlığı/genel sağlıktır. Günümüzde, uyuşturucu madde suçlarını, bunu kullanan kişilerin sağlığına karşı işlenmiş bir suç olarak gören görüş terkedilmiştir. Özellikle uyuşturucu madde suçlarının başka suçların işlenmesi konusunda önemli bir kaynak oluşturması ve uyuşturucu kullananların uyuşturucuyu temin için başkaca suçlarda işlemesi suça ayrı bir nitelik atfetmektedir. Uyuşturucu ve uyarıcıların milletlerarası dış ticaretinin ve ülke içindeki ticaretinin engellenmeye çalışılması suçun sadece bir ülkenin

⁴³⁵ Bayraktar/Kızıroğlu/Yıldız/Zafer/Retornaz/Akyürek/Evik/Evik/Kangal/Kartal/Sınar/Altunç/İnceoğlu/Eroğlu/Bozbayındır, s. 272; Arslantürk, s. 81.

⁴³⁶ Bayraktar/Kızıroğlu/Yıldız/Zafer/Retornaz/Akyürek/Evik/Evik/Kangal/Kartal/Sınar/Altunç/İnceoğlu/Eroğlu/Bozbayındır, s.314; Benzer bir gruplandırma için bkz. Erman Sahir, Özek Çetin, **Ceza Hukuku Özel - Kamu Güvenliğine Karşı İşlenen Suçlar** (Tck 316-368), Alfa, İstanbul,1996, s. 255; Tezcan, Erdem ve Önok ise uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçlarını; imal, ithal veya ihraç (TCK m.188/1) ve diğer ticaret suçları (TCK m.188/3) olarak 2 grupta sınıflandırmıştır. Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 903.

toplumunun sağlığının değil, tüm insanlığın sağlığının korunmasının amalandığının bir gstergesidir⁴³⁷.

Bu nedenle kanun koyucu; suçun güvenlik görevlileri tarafından ortaya çıkarılmasından önce, suçu haber vererek suçtan geri dönmeyi, suçun öğrenilmesinden sonra ise, kamu otoriteleri ile işbirliği yaparak suçluların bulunma ve yakalanmasına yardım etmeyi teşvik etmiřtir⁴³⁸.

Etkin pişmanlık halinin düzenlendiği TCK m. 192/1 uyarınca “*Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarına iştirak etmiş olan kişi, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce, diğer suç ortaklarını 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.*” Bu bağlamda cezasızlık nedeninin söz konusu olabilmesi için 4 koşulun birlikte bulunması gerekmektedir.

- İhbarda Bulunan Kişi, TCK M. 188’de Düzenlenen Suçlardan Birini İşlemiş Ya Da İşlenmesine İştirak Etmiş Olmalıdır.

Resmi makamlara bildirimde bulunan kişi; TCK m. 188’ de belirtilen imal, ithal, ihraç, satmak, satışa arz etmek, başkalarına vermek, sevk etmek, nakletmek, depolamak, satın almak, kabul etmek veya bulundurmak suçlarından birini işlemiş ya da işlenmesine iştirak etmiş olmalıdır. İştirakin türü önemli değildir, bu nedenle kişi fail, azmettiren veya yardım eden sıfatıyla suça iştirak etmiş olabilir. Madde metninden, mezkur suçu tek başına işleyen kişinin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanamayacağı gibi bir anlam çıkmaktaysa da, etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için suçun mutlaka iştirak halinde işlenmesine gerek yoktur⁴³⁹.

⁴³⁷ nver Yener, Duttge Gunnar, **Rauschgift, Suchmittel Und Strafrecht Uyuşturucu Ve Uyarıcı Maddeler Ve Ceza Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2019, s. 63; Tezcan/Erdem/nok, s. 904; Soyaslan, s. 473; Bayraktar/Kızıroğlu/Yıldız/Zafer/Retornaz/Akyürek/Evik/Evik/Kangal/Kartal/Sınar/Altunç/İnceoğlu/Bozbayındır/Eroğlu, s. 322.

⁴³⁸ Soyaslan, s. 483.

⁴³⁹ Tezcan/Erdem/nok, s. 918; Aynı Yönde bkz. Erman/zek, s. 370; zbek/Doğan/Bacaksız, s. 791; Yargıtay 10. Ceza Dairesi “*Kullanma maksadı dışında uyuşturucu madde bulundurduğu anlaşılan sanığın, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce, kolluk görevlilerine uyuşturucu maddeyi teslim ederek kendi suçunun ortaya çıkarılmasını sağladığı anlaşılmakla; sanık hakkında TCK’nın 192/2. fıkrası yerine, aynı*

- Diğer Suç Ortaklarının Ve Uyuşturucu Maddelerin Saklandığı Veya İmal Edildiği Yerlerin Resmi Makamlara Bildirilmesi Gerekmetedir.

Fail, suçun diğer ortaklarını “ve” uyuşturucu maddenin saklandığı veya imal edildiği yerleri resmi mercilere ihbar etmiş olmalıdır. Failin suç ortaklarının tümünü bildirmiş olmasına gerek yoktur. Kanuni metindeki “ve” ibaresinin nasıl anlaşılması gerektiği hususu doktrinde tartışma konusu olmuştur. Birinci görüşe göre, maddedeki “ve” ibaresinin “veya” olarak anlaşılması gerekmektedir. Failin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmesi için sadece suç ortaklarının veya maddenin saklandığı veya imal edildiği yeri bildirmesi yeterlidir⁴⁴⁰.

Bizimde katıldığımız ikinci görüşe göre, yalnızca suç ortaklarının veya yalnızca uyuşturucu maddenin saklandığı veya imal edildiği yerlerin ihbarı durumunda fail etkin pişmanlıktan yararlanmamalıdır. Zira madde metnindeki “ve” bağlacını “veya” olarak değerlendirmek ceza hukukunda yeri olmayan “düzeltici yorum” yapmak olur ki en doğrusu kanun koyucunun gerekli yasal prosedürü işleterek bağlacı “veya” olarak değiştirmesidir⁴⁴¹.

- Bildirim resmi makamlar tarafından suç haber alınmadan önce yapılmalıdır.

CMK madde 158’de ihbarın yapılabileceği resmi makamlar belirtilmiştir. Bu makamlar, Cumhuriyet Başsavcılığı, kolluk, valilik, kaymakamlık, yurt dışında işlenip Türkiye’de takibi gereken suçlar bakımından Türkiye’nin elçilik ve konsolosluklarıdır. Bildirim sözlü olabileceği gibi yazılı da olabilir.⁴⁴²

Bildirimin içeriğinde yer alan bilgiler, iştirak edilen uyuşturucu suçuyla ilgili olmalıdır. Uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçunu işleyen veya bu suça katılan

maddenin 1. fıkrası uyarınca “ceza verilmesine yer olmadığına” karar verilmesi” gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Yargıtay 10.Ceza Dairesi’nin 14/05/2015 T., 2015/1269 E. ve 2015/678 K., www.kararar.com (E.T.: 10.02.2022); Aksi yönde; suçun bireysel olarak işlenmesi halinde olmayan suç ortaklarının bildirilmesi söz konusu olamayacağı için fail hakkında etkin pişmanlık hükümleri de uygulanamayacağına dair görüş için bkz. Yusuf Yaşar, **Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Temini veya Ticareti Suçları**, Gigesta, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 329; Günay Meryem, **Uyuşturucu Veya Uyarıcı Madde İmal Ve Ticareti Suçlarında Etkin Pişmanlık**, TBBD, S.133, 2017, s. 139.

⁴⁴⁰ Bayraktar/Kiziroğlu/Yıldız/Zafer/Retornaz/Akyürek/Evik/Evik/Kangal/Kartal/Sınar/Altunç/İnceoğlu/Eroğlu/Bozbayındır, s. 356; Aynı Yönde Bkz. Erman/Özek, s. 309; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5396.

⁴⁴¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 918.

⁴⁴² Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 791; Günay, s. 144.

kimsenin bizzat kendisinin pişmanlık göstererek, yetkili mercilere bildirim de bulunması gerekmektedir. Failin kendisinin değil de, akrabalarından birinin suçu ihbar etmesi, failin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmasını sağlamayacaktır. Ancak failin yetkili makamları bizzat bilgilendirebilmesi mümkün olmadığı durumlarda, kendi bilgisi ve yönlendirmesi ile, başka birisi tarafından ihbarın yapılması da mümkündür⁴⁴³.

Ayrıca belirtelim ki, bilgi verme gönüllü olmalı ve fail pişmanlık göstermelidir. Failin pişmanlık sebebiyle değil de, kişisel çıkar ya da mecbur kalması nedeniyle ihbarda bulunması durumunda fail etkin pişmanlıktan yararlanamayacaktır⁴⁴⁴.

Fail, ihbarını suç herhangi bir şekilde resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce yapmış olmalıdır. Resmi makamların suçun kim tarafından ne zaman, ne şekilde işlendiğine ilişkin haber ve bilgileri hangi yolla edindikleri önemli değildir. Lakin ihbarın soyut ve genel nitelikte olmaması, suça ilişkin ciddi bilgi, belge veya bulguları içermesi gerekmektedir. Tahmine veya şüpheye dayanan soyut nitelikteki ihbarlar haber alınma olarak kabul edilmemelidir⁴⁴⁵.

- Yapılan Bildirimin Suç Ortaklarının Yakalanması Ve Uyuşturucu Veya Uyarıcı Maddenin Ele Geçirilmesini Sağlaması Gerekmemektedir.

TCK'nın 192/1. maddesinin fail lehine uygulanabilmesi için verilen bilgilerin, suç ortaklarının yakalanmasını veya uyuşturucu maddenin ele geçirilmesini sağlaması gerekmektedir. Zira failin suç ortaklarını ve uyuşturucu maddenin bulunduğu veya imal edildiği yeri bildirmesi, tek başına yeterli değildir. Bu bildirim sayesinde, suç ortaklarının yakalanması veya uyuşturucu maddenin ele geçirilmesi sonuçlarından en az birinin gerçekleşmesi zorunludur. Suç ortaklarının ve uyuşturucu maddenin saklandığı veya imal edildiği yerin bildirilmesine rağmen suç ortaklarının tespit edilememesi, yakalanamaması veya herhangi bir uyuşturucu maddenin ele geçirilememesi durumunda, fail hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması da söz konusu olmayacaktır.

⁴⁴³ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5397.

⁴⁴⁴ Özbek/ Doğan/Bacaksız, s.791; Tezcan/Erdem/Önok, s. 918; Aksi Yönde Bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5397.

⁴⁴⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s. 918; Günay, s.141; Gedik, s. 720.

Bu bağlamda kişinin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmesi için verdiği bilgilerin suçun ortaya çıkmasında ya da suç ortaklarının yakalanmasında ya da belirlenmesinde etkili olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin failin verdiği bilgiler olmasa, diğer faillerin ele geçen uyuşturucu madde ile bağlantısı belirlenemeyecek ise ya da failce yapılan ihbar ve itiraf; diğer faillerin yakalanmasına veya kim olduklarının belirlenmesinde etkili ise fail hakkında TCK m.192/1 uygulanacaktır⁴⁴⁶.

Failin beyanlarının hayatın olağan akışına uygun olmalı ve olağan akışa ters düşmemelidir. Ayrıca failin bildirimine konu bilgiler ile “yakalanma” veya “ele geçirilme” neticeleri arasında doğrudan veya dolaylı bir illiyet bağı olmalıdır. Kaldı ki; bildirilen suç ortaklarının yakalanması etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması için tek başına yeterli olmadığından yakalanan suç ortaklarının en az bir veya birkaçının bildirilen suçtan mahkûm edilmesi de gerekmektedir. Failin resmi makamlara ihbarı neticesinde suç ortakları yakalanmış fakat beraat etmiş ise ihbarda bulunan etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmayacaktır⁴⁴⁷.

Failin, suç ortaklarını bildirmesine rağmen bildirilen suç ortakları henüz yakalanamamışsa veya yakalanmış ancak kamu davası açılmamışsa ya da kamu davası açılmış, ancak kovuşturma aşaması bitirilip nihai karar verilmemişse, bu durumlarda bildirimde bulunan fail hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı hususu ise uzayan yargılama süreci içinde önem arz etmektedir. Bizim de katıldığımız görüş uyarınca bildirilen suç ortağının kimliğinin belirlenebilir olması halinde fail ile bu kişi arasında failin suç atmasını gerektirir bir nedenin bulunmaması ve bu kişi yakalandığında suçunu inkâr etse dahi mevcut delillerin o kişinin mahkûmiyetine yeter derecede kuvvetli olması durumunda fail lehine etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması doğru bir çözüm olacaktır⁴⁴⁸.

⁴⁴⁶ Arslantürk, s. 89; Yargıtay 20. Ceza Dairesi; olay tarihinde uyuşturucuyla yakalanan sanığın, söz konusu maddeyi ... isimli şahıstan temin ettiğini beyan ettiği ve bu şahsın adresini göstermek suretiyle bu şahsın suçunun ortaya çıkmasına hizmet ve yardım ettiğinin anlaşılması karşısında sanık hakkında uyarınca etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerektiğine hükmetmiştir. Bkz. Yargıtay 20. Ceza Dairesi'nin 02.05.2017 T., 2015/8672 E ve 2017/2800 K.; Aynı yönde bkz. Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 18/02/2016 T., 2016/98 E ve 2016/1309 K.

⁴⁴⁷ Bayraktar/Kiziroğlu/Yıldız/Zafer/Retornaz/Akyürek/Evik/Evik/Kangal/Kartal/Sınar/Altunç/İnceoğlu/Eroğlu/Bozbayındır s. 357; Günay, s. 146-147.

⁴⁴⁸ Günay, s. 147.

Kanaatimizce mezkur etkin pişmanlık hükmü; uyuşturucu ticareti ve devamında kullanımı ile etkin bir mücadelenin yürütülebilmesi ve faillerin suç yolundan dönmesinin sağlanabilmesi amacını ihtiva ettiğinden soruşturma aşamasında yukarıdaki şartların gerçekleştiği kanaatine ulaşılması halinde, şüpheli hakkında CMK m.171/1 hükmü uyarınca Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini kovuşturamama kararı yönünde kullanması daha yerinde olacaktır. Zira kovuşturma aşamasında ise fail hakkında CMK m. 223/4 hükmü uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilecektir⁴⁴⁹.

2.3.2.5 Kullanmak İçin Uyuşturucu Ve Uyarıcı Madde Satın Almak, Kabul Etmek, Bulundurmak Suçunda Etkin Pişmanlık

Uyuşturucu madde kullanma eylemlerinin cezai yaptırıma tabi tutulup tutulmaması gerektiği tartışmalı da olsa, ceza kanunumuzda kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek, bulundurmak veya maddeleri kullanmak bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir (TCK m. 191/1).

Mezkûr suç; suçun maddi konusu, korunan hukuki yararı bakımından TCK m. 188’de düzenlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçu ile benzerlik göstermektedir. TCK m. 191/1’de düzenlenen suç, seçimlik ve bağlı hareketli bir suç olup, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek, bulundurmak ya da kullanmak eylemlerinden birinin gerçekleşmesi suçun vuku bulması için yeterlidir⁴⁵⁰.

Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek, bulundurmak suçunda etkin pişmanlık hali 192. maddenin 2. ve 4. fıkralarında düzenlenmiştir.

⁴⁴⁹ Aksi yönde Günay’a göre; “Cumhuriyet savcısı etkin pişmanlığın koşullarının oluşup oluşmadığını değerlendirecek ve koşulların gerçekleştiği kanaatine varması halinde takdir hakkını kullanarak cezasızlık nedeniyle kamu davasının açılmamasına karar verebilecektir. Ancak failin bildirdiği ve suça iştirak eden diğer suç ortaklarının üzerlerine atılı suçu kabul etmemeleri veya etkin pişmanlığın koşullarının oluşup oluşmadığı konusunda tereddüt doğması halinde artık soruşturma aşamasında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmemelidir. Etkin pişmanlığın koşullarının oluşup oluşmadığının değerlendirme yetkisi esas davayı görece mahkemeye bırakılmalıdır. Dolayısıyla Cumhuriyet savcısı etkin pişmanlığın uygulanması hususunda tereddüte düşmesi halinde TCK’nın 192/1. maddesinin fail lehine uygulanıp uygulanamayacağının takdiri mahkemeye ait olmak üzere kamu davasını açmalıdır.”Bkz. Günay s. 158.

⁴⁵⁰ Özbek/ Doğan/Bacaksız, s. 808.

TCK m. 192/2 hükmü gereğince “*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.*” Şahsi cezasızlık sebebinin gerçekleşebilmesi için 4 unsurun birlikte bulunması gerekmektedir.

-TCK m. 191’de belirtilen kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alma, kabul etme, bulundurma veya kullanma seçimlik hareketlerinden en az biri gerçekleşmiş olmalıdır.

Etkin pişmanlık hükmünün uygulanabilmesi için, fail kullanmak amacıyla uyuşturucu maddeyi başka bir kişiden parayla satın almalı ya da ücretsiz olarak verilen uyuşturucu maddeyi kabul etmeli ya da bu maddeyi bulundurmalıdır. Failin suçun tamamlanması ile etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanacak olması şüphesizdir. Lakin Yaşar, Gökcan, Artuç’a göre suç teşebbüs aşamasındayken; pişmanlık göstererek kiminle anlaştığını yetkili mercilere haber veren ve onun yakalanmasını sağlayan kişi de etkin pişmanlıktan yararlanmalıdır⁴⁵¹.

Failin yetkili mercilere verdiği bilgi, kendi işlediği kullanma suçuyla ilgili olmalı, başkaları tarafından işlenen kullanma suçuna ilişkin verilen bilgi, failin etkin pişmanlıktan yararlanmasına imkan vermemektedir. Ayrıca uyuşturucu maddeyi başka bir kişiden satın almayarak kendi üretilen failin, yetkili makamlara bildirimde bulunması halinde mezkur fıkra düzenlenmiş pişmanlık hükmü değil TCK m. 192/4 de yer alan pişmanlık hükmü uygulanacaktır⁴⁵².

- Fail uyuşturucu maddeyi kimden, nerede ve ne zaman temin ettiğini resmi makamlara bildirmelidir.

Fıkra metninde yer alan “... *bu maddeyi kimden, nerede ve ne zaman temin ettiğini merciine haber vererek suçluların yakalanmalarını...*”ifadesindeki “ suçlular” kelimesinden TCK m. 191 ile doğrudan ya da dolaylı şekilde ilişkilendirilebilecek tüm failer anlaşılmalıdır.

⁴⁵¹ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5401.

⁴⁵² Tezcan/Erdem/Önok, s. 939; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5401.

Örneğin TCK m. 188 de belirtilen uyuşturucu maddeyi imal eden, ticaretini yapan, sevk eden, nakleden, depolayan kişiler bu kapsamda değerlendirilebilir⁴⁵³.

Fıkra gereğince, uyuşturucu maddenin nerede, ne zaman ve kimden temin edildiğinin bildirimi aranmışsa da, asıl amaç maddenin ele geçirilmesi ve kimler tarafından piyasaya sürüldüğünün öğrenilmesidir. Bu nedenle fıkroda yer alan kişi, yer, zaman bilgilerinden biri eksik bile olsa verilen bilgi sayesinde satıcı veya madde ele geçirilmiş ise faile ceza verilmeyecektir⁴⁵⁴.

Ayrıca, failin bildirdiği isim ve bilgiler sayesinde, ismi verilen kişi değil ama ortağı yakalanmışsa, etkin pişmanlık hükümleri uygulanacaktır. Buna karşılık verilen bilgiye rağmen suçlular yakalanamamış ya da madde ele geçirilememişse m.192/2'nin uygulanması mümkün değildir⁴⁵⁵.

- Bildirim, resmi makamların söz konusu suçun işlendiği haberini almalarından önce yapılmalıdır.

Soruşturma, yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen süreyi ifade ettiğinden, resmi makamların suçun işlendiğinden haberdar olmaması ile kastedilen soruşturmaya başlanmamasıdır⁴⁵⁶. Resmî makamların suçu öğrenmiş sayılmaları için olayla ilgili herhangi bir işlem yapılmasına ve soruşturmaya başlanmasına gerek bulunmamaktadır.

- Yapılan bildirim, suçluların yakalanmasını veya uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ele geçirilmesini sağlamalıdır.

Verilen bilginin doğrudan yakalamayı veya maddenin ele geçirilmesini sağlamış olması aranmamış, bu bilgilerin suçluların veya maddenin ele geçirilmesini “kolaylaştırması”

⁴⁵³ Özбек/ Doğan/Bacaksız, s. 818.

⁴⁵⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s. 939; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5402.

⁴⁵⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s. 939.

⁴⁵⁶ Madde Gerekeşi, İzmir BAM 3. Ceza Dairesi "Sanık hakkında ... ceza infaz kurumuna yasak eşya sokmaya teşebbüs suçundan soruşturma yürütülürken sanığın kendi ikrarı ile uyuşturucu madde kullanıcısı olduğunu ve en son 10 gün önce uyuşturucu kullandığını beyan etmesi üzerine ... kan ve idrar örneklerinin alındığı ve uyuşturucu madde kullanma eyleminin bu şekilde ortaya çıktığı anlaşılmakla sanık hakkında TCK 192/2 maddede düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerektiğine" hükmetmiştir. Bkz. İzmir BAM 3. Ceza Dairesi'nin 25.12.2018 T., 2017/3591 E. ve 2018/2048 K.

yeterli görülmüştür. Bu nedenle verilen bilgiler dolaylı olarak resmi makamları sonuca götürmüş ise, bildirimde bulunan kişi etkin pişmanlıktan yararlanacaktır. Ayrıca “kolaylaştırmanın” mahiyetini her somut olayın özelliğine göre soruşturma evresinde savcı, kovuşturma evresinde ise hakim takdir edecektir⁴⁵⁷.

TCK m. 192/4’ te düzenlenen etkin pişmanlık hali ise “*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 veya sağlık kuruluşlarına başvurarak tedavi ettirilmesini isterse, cezaya hükmolunmaz. Bu durumda kamu görevlileri ile sağlık mesleği mensuplarının 279 uncu ve 280 inci maddeler uyarınca suçu bildirme yükümlülüğü doğmaz.*” hükmünü ihtiva etmektedir.

Etkin pişmanlığın gerçekleşebilmesi için, aşağıdaki şartların gerçekleşmesi gerekmektedir.

- Pişmanlık gösteren kişi, kullanmak amacıyla uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi satın almış, kabul etmiş ya da bulundurmuş olmalıdır.

Mezkur fıkra düzenlenmiş etkin pişmanlık, yalnızca failin kullanmak için uyuşturucu maddeyi satın almak, kabul etmek veya bulundurmak suçları için geçerli olup, fail uyuşturucu maddeyi kullanmak dışında başkalarına da tedarik etmek için satın almış, kabul etmiş veya bulundurmuş ise, TCK m. 192/1 uygulama alanı bulacaktır. Burada artık, şahsın suç ortaklarını veya uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi nasıl temin ettiğini bildirmesine gerek de bulunmamaktadır. Zira mezkur fıkra, uyuşturucu madde kullanan kimsenin tedavi edilmesi ve topluma yeniden kazandırılması esas amaç durumundadır⁴⁵⁸. Fıkra uyarınca failin tedarik

⁴⁵⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s. 939; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 818; Yargıtay 10. Ceza Dairesi; kolluk görevlilerinin genel asayiş uygulamasında durdurduğu sanığın üzerinde ele geçirilen uyuşturucunun miktarı ve bulunduğu yer itibariyle kaba üst yoklaması ile bulunabileceği anlaşıldığından, üzerinde bulunan uyuşturucu maddeyi teslim eden sanığın eyleminin etkin pişmanlık oluşturmadığına hükmetmiştir. Bkz. Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 24.12.2018 T., 2017/4910 E. ve, 2018/9784 K.; Aynı yönde Yargıtay 20. Ceza Dairesi, kolluk görevlilerinin ihbar edilen yerde madde bağımlısı şahıs olduğunu öğrenmeleri üzerine olay yerinde bulunan şahsın yanına gittiklerinde, yakalanacağı ve suçunun ortaya çıkacağını anlayan sanığın üzerindeki eroini teslim etmesinin, TCK’nın 192. maddesinin 2. fıkrası kapsamında kalmadığına hükmetmiştir. Bkz. Yargıtay 20. Ceza Dairesi 25.01.2018 T., 2017/3208 E. ve 2018/526 K.

⁴⁵⁸ Çetin Soner Hamza, **Kullanmak İçin Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Satın Almak, Kabul Etmek, Bulundurmak Ya da Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanmak Suçu**, AÜHFİD, C.4, S. 65, 2016, s. 1425.

ettiği maddeyi kullanmış olması da gerekmeğe de, bunun bağımlılık düzeyine gelmesi aranmamıştır⁴⁵⁹.

- Tedavi istemine ilişkin başvuru fail tarafından yapılmalıdır.

Tedavi istemine ilişkin başvuru bizzat fail tarafından yapılmalıdır. Lakin failin bizzat başvuru yapmasına engel haklı nedenlerinin bulunması halinde, failin talebi ile yakın akrabaları tarafından yapılan başvurunun da kabul edilmesi gerekmektedir. Hatta Erman ve Özek'e göre, yakını tarafından yapılan tedavi isteminin fail tarafından kabul edilmesi durumunda da failin etkin pişmanlıktan yararlanması gerektiği savunulmuştur⁴⁶⁰.

- Başvuru resmi makamlara veya sağlık kurumlarına yapılmalıdır.

Mezkur fıkranın aradığı bir diğer koşul da, başvurunun "resmi merciler" veya "sağlık" kuruluşlarına yapılmış olmasıdır. Resmi mercilerden maksat, mutlaka devlete ait sağlık kuruluşları değildir, 2016 yılında yapılan yasa değişikliği ile özel tedavi kurumlarına yapılan başvurunun da geçerli olduğu kabul edilmiştir. Ayrıca özel veya resmi sağlık kuruluşları dışında savcılığa ya da kolluğa yapılan başvuru da TCK m. 192/4'ün uygulanmasını sağlayacaktır⁴⁶¹.

- Başvuru soruşturma başlamadan önce yapılmalıdır.

4. fıkra anlamında bir etkin pişmanlıktan söz edilebilmesi için failin yapacağı başvuru; yetkili makamların fail hakkında suç şüphesi sayılacak bilgiyi edinmesinden, öğrenmesinden önce yapılmalıdır. Failin, " soruşturma başlamadan önce" başvuruda bulunması koşulu, ceza politikasına aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle öğretide eleştirilmiştir. Tezcan, Erdem ve Önok'a göre soruşturma başladıktan sonra da failin etkin pişmanlıktan yararlandırılması suç politikasına daha uygun düşecektir. Zira soruşturma başladıktan sonra cezalandırılma korkusu

⁴⁵⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 941; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5420.

⁴⁶⁰ Yaşar/Gökcan/Artuç s. 5420; Erman/Özek, s. 337.

⁴⁶¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 941, İzmir BAM 3. Ceza Dairesi "Sanık T. D. ... Turgutlu Cumhuriyet Başsavcılığına bizzat müracaat ederek, öncesinde esrar kullandığını yaklaşık 10 aydır da jamaika tabir edilen uyuşturucu maddeyi kullandığını, daha önce tedavi amaçlı hastaneye müracaat ettiğini ancak hastaneden kaçarak tedavisini tamamlamadığını, uyuşturucu madde kullanma alışkanlığından kurtulmak istediğini ... beyan ettiği anlaşılacakla, ... sanık hakkında TCK'nın 192/4 ve CMK'nın 223/4-a maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin hüküm kurulması" gerektiğini belirtmiştir. Bkz. İzmir BAM 3. Ceza Dairesi, 06.03.2018 T., 2018/230 E. ve 2018/292 K. www.kararara.com (E.T.: 13.02.2022)

psikolojisi içinde olan failin bağımlı duruma gelmesi ya da bağımlılığının artması mümkün olduğu gibi, tedavisinin uzaması ya da tedaviden beklenen randımanın sağlanamaması da olasıdır⁴⁶². Kanımızca soruşturma başlatıldıktan ve uyuşturucu madde ele geçirildikten sonra, failin uyuşturucu maddeyi kullanmak için bulundurduğunu ifade etmesi, aslında savunmaya yönelik olacağından, maddenin amacı ile örtüşmeyecektir.

- Fail başvuruyu tedavi edilmek istemi ile yapmalıdır.

TCK'nın 192/4. maddesinin uygulanabilmesi açısından gerekli diğer husus, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan failin, resmi makamlara veya sağlık kuruluşlarına yaptığı başvuruda tedavi edilme isteğinde bulunmasıdır.

Kişinin resmi makamlara ya da sağlık kuruluşlarına hakkında soruşturma başlamadan önce başvurarak uyuşturucu madde kullandığını ancak tedavi olmak istediğini bildirmesi yeterlidir. Kişinin uyuşturucu maddenin kimden, nerede, ne zaman aldığını ya da uhdesinden arta kalan uyuşturucu madde kalıp kalmadığını bildirmesine gerek olmadığı gibi tıbbi tedaviye ihtiyacı olup olmamasının da önemi bulunmamaktadır. Ayrıca şahsi cezasızlık nedeni tedavi istenmesine koşuluna bağlı tutulmuş tedavinin olumlu sonuç vermesi de aranmamıştır⁴⁶³.

TCK m. 192/2 ve 192/4 maddelerindeki etkin pişmanlık şartları oluşmuşsa Cumhuriyet savcısı takdir yetkisini kullanarak kovuşturmaya yer olmadığına karar verebilecektir.

2.3.2.6 Para Ve Kıymetli Damgada Sahtecilik Suçlarında Etkin Pişmanlık

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun kamu güvenliğine karşı suçlar başlığı altında TCK'nın 197. maddesinde parada sahtecilik, 198. maddesinde paraya eşit sayılan değerlerde sahtecilik, 199. maddede kıymetli damgada sahtecilik suçları ile 200. maddesinde ise, para ya da kıymetli damgaların üretiminde kullanılan alet veya malzemeyi izinsiz olarak üretmek,

⁴⁶² Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5421; Tezcan/Erdem/Önok, s. 940; Aynı Yönde Bkz. Erman/Özek, s. 94; Aksi yönde bkz. Çetin, s. 1426.

⁴⁶³ Tezcan/Erdem/Önok, s. 941; Benzer görüşte olan Yaşar, Gökcan ve Artuç' a göre fail, yapılan tedavi programına aynen uyar ise, tedavi sonucunda tam bir iyileşme olmasa bile etkin pişmanlıktan yararlanır ve faile ceza verilmez. Bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5422.

ülkeye sokmak, satmak, devretmek, satın almak, kabul etmek veya muhafaza etmek suç olarak düzenlenmiştir.

Parada sahtecilik; tedavülde bulunan parayı, sahte olarak üretmek ülkeye sokmak, nakletmek, muhafaza etmek veya tedavüle koymak eylemleri ile vuku bulan seçimlik hareketli bir suçtur. TCK madde 198 uyarınca hamiline yazılı bonolar, hisse senetleri, tahviller ve kuponlar, yetkili kurumlar tarafından çıkarılmış olup da kanunen tedavül eden senetler, tahviller ve evrak ile milli ziynet altınları da para hükmündedir ve bu değerlerde yapılan sahtecilik de parada sahtecilik ile aynı yaptırıma tabi olmaktadır.

TCK m. 199'da kıymetli damgayı sahte olarak üreten, ülkeye sokan, nakleden, muhafaza eden veya tedavüle koyan kişinin cezalandırılacağı düzenlenmiştir. TCK m. 200'de ise para ve kıymetli damgaların sahte olarak üretiminde kullanılan alet veya malzemenin imali, ithali, satılması, devredilmesi, alınması suç sayılmıştır. Esasen sahtecilik suçlarının hazırlık hareketlerini oluşturan bu fiillerin bağımsız suç olarak cezalandırılması, söz konusu suça ivedi olarak müdahale edilmesi zorunluluğundan kaynaklanmıştır⁴⁶⁴.

TCK'nın 201. maddesinde ise yukarıda bahsi geçen TCK 197-198-199-200. maddelerinde yer alan suçlara ilişkin etkin pişmanlık halini düzenlenmiştir.

TCK madde 201/1; parada sahtecilik, paraya eşit sayılan değerlerde sahtecilik ve kıymetli damgada sahtecilik suçlarının faillerine yönelik etkin pişmanlık hükümlerini ihtiva etmektedir. Madde uyarınca *“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 ortaklarını ve sahte olarak üretilen para veya kıymetli damgaların üretildiği veya saklandığı yerleri merciine haber verirse, verilen bilginin suç ortaklarının yakalanmasını ve sahte olarak üretilen para veya kıymetli damgaların ele geçirilmesini sağlaması halinde, hakkında cezaya hükmolunmaz.”* Etkin pişmanlıktan yararlanılabilmesi için maddede bazı koşullar aranmaktadır. Bu koşullar şöyle sıralanabilir:

⁴⁶⁴ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5529.

- Sahte olarak üretilen para veya kıymetli damga tedavüle konmamış olmalıdır. Maddenin amacı, sahte olarak üretilmiş para, paraya eşit değerler veya kıymetli damganın tedavüle konulmasını önlemek ve kamu güveni ile hazineye karşı beliren tehlikeyi gerektiğinde bizzat failin yardımıyla bertaraf edip bu güveni ve hazineyi mümkün olduğu kadar koruyabilmek ve tehlikenin zarara dönüşmesine engel olmaktır.

Etkin pişmanlık düzenlemesinin uygulanabilmesi için her ne kadar tedavüle koyma eylemi gerçekleştirilmemiş olsa dahi onun öncesinde yer alan üretme, ülkeye sokma, muhafaza etme, kabul etme, nakletme eylemlerinin gerçekleştirilmiş olması ve bu sayede tamamlanmış bir parada ya da damgada sahtecilik suçunun oluşması gerekmektedir. Failin neticelere engel olmak için başvurduğu çareler bu noktada önem arz etmemektedir, Zira kanun, samimi bir pişmanlığı değil, neticelere mani olan müspet bir hali göz önünde bulundurmıştır. TCK m. 197/ 2 uyarınca sahte parayı bu özelliğini bilerek kabul eden failin de etkin pişmanlıktan faydalanması mümkündür⁴⁶⁵.

- Resmi makamlar suça konu eylem ya da eylemlerden haberdar olmamalıdır. CMK m. 158'de yer alan makamlar; suça konu eylemler ve failin kimliği hakkında ihbar ya da diğer herhangi bir yolla bilgi sahibi olmuşlarsa; kişinin etkin pişmanlıktan yararlanması mümkün değildir.

- Resmi makamlara suç ortaklarını ve sahte olarak üretilen para, paraya eşit sayılan değerle veya kıymetli damgaların üretildiği veya saklandığı yerler hakkında bilgi verilmelidir.

- Verilen bilgi netice vermiş olmalıdır. Verilen bilgi gerçek olmalıdır ve suç ortaklarının yakalanmasını ve sahte olarak üretilen para, paraya eşit sayılan değerler veya kıymetli damgaların ele geçirilmesini sağlamalıdır. Yaşar, Gökcan, Artuç' a göre, etkin pişmanlığın kabulü için maddede sayılan sonuçların hepsinin gerçekleşmesi zorunlu değildir⁴⁶⁶.

⁴⁶⁵ Meraklı Serkan, **Parada Sahtecilik Suçu**, MÜHFHAD, C. 26, S. 2, Aralık 2020, s. 768.

⁴⁶⁶ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5535.

2.3.2.7 Sahtecilikte Kullanılan Alet Ve Malzemeyi Elde Etme Suçunda Etkin Pişmanlık

TCK 201. maddesinin 2. fıkrası, sahte para veya kıymetli damgaların izinsiz üretiminde kullanılan alet ve malzemeler hakkında suç işleyen faillerin yararlanabileceği etkin pişmanlık hükümlerini düzenlemektedir. Madde uyarınca *“Sahte para veya kıymetli damga üretiminde kullanılan alet ve malzemeyi izinsiz olarak üreten, ülkeye sokan, satan, devreden, satın alan, kabul eden veya muhafaza eden kişi, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce, diğer suç ortaklarını ve 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.”*

Etkin pişmanlıktan yararlanılabilmesi için sahte para veya kıymetli damga üretiminde kullanılan alet ve malzemeyi izinsiz olarak üretmek, ülkeye sokmak, satmak, devretmek, satın almak, kabul etmek veya muhafaza etmek eylemlerinden bir ya da bir kaç gerçekleşmiş olmalıdır. Resmi makamlar suça konu eylem ya da eylemlerden haberdar olmamalıdır ve resmi makamlara suç ortakları ile bu alet ve malzemenin üretildiği veya saklandığı yer hakkında bilgi verilmelidir.

Failin resmi makamlara suç ortakları ile alet ve malzemenin üretildiği veya saklandığı yer hakkında verdiği bilginin; suç ortaklarının ve malzemenin ele geçirilmesini sağlaması gerekmektedir. Verilen bilginin gerçek olmaması veya bir netice alınamaması halinde etkin pişmanlıktan istifade edilemeyecektir. Bilgi gerçek olsa dahi suç ortaklarının veya alet ve malzemenin ele geçirilememesi halinde de m. 201/2 uygulanmayacaktır⁴⁶⁷.

2.3.2.8 Yalan Tanıklık Suçunda Etkin Pişmanlık

Yalan Tanıklık suçunda etkin pişmanlık hali TCK'nın 274. maddesinde düzenlenmiştir. Yalan tanıklık suçu gerek hukuk davalarında gerekse ceza soruşturma ve kovuşturmasında işlenebileceğinden her iki durumda da etkin pişmanlık hükümleri uygulanacaktır. Madde gereğince; aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında bir hak

⁴⁶⁷ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5536.

kısıtlamasını veya yoksunluğunu sonuçlayacak nitelikte karar verilmeden veya hükümden önce gerçeğin söylenmesi halinde, cezaya hükmolunmaz.⁴⁶⁸

Ceza davalarında duruşma hükmün tefhimi ile biter ve CMK m. 223/1 uyarınca; beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkumiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve davanın düşmesi kararı hükümdür. Yalan tanıklıkta bulunan kişi hüküm verilinceye kadar ya da fail hakkında bir hak kısıtlanmasına veya yoksunluğuna neden olacak nitelikte bir karar verilmeden önce gerçeği söylemesi halinde etkin pişmanlıktan yararlanacaktır. Kişinin özgür iradesi ile yalan tanıklıktan dönmesi gerekmektedir⁴⁶⁹.

Diğer bir deyişle etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasında, tanığın gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu uyuşmazlıkla ilgili süreç esas alınmaktadır. Failin, kendisi hakkında bir ceza soruşturması veya kovuşturması başlatıldıktan sonra gerçeğe dönerek, mağdur hakkındaki uyuşmazlığın adil bir biçimde çözümlenmesine katkı sağlaması halinde, hakkında bir ceza soruşturması veya kovuşturması başlatılmış olsa dahi fail hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerekmektedir⁴⁷⁰.

İdari soruşturmalarda, kişi hakkında görevden uzaklaştırma gibi geçici bir tedbire ya da disiplin cezasına karar verilmeden; hukuk davalarında ise, geçici tedbir ya da hak kaybına yol açan bir karar verilene kadar gerçeği söyleyen faile ceza verilmeyecektir. Lakin Yargıtay'ın bozma kararından sonraki duruşmalarda, eski duruşmada işlediği yalan tanıklık suçundan dönerek gerçekleri söylemesi halinde etkin pişmanlıktan yararlanamayacaktır⁴⁷¹.

⁴⁶⁸ Arslantürk, s. 134, Tezcan/Erdem/Önok, s. 1259.

⁴⁶⁹ Özbek/ Doğan/Bacaksız, s. 1168.

⁴⁷⁰ Tunçer, s. 228; Aynı yönde Yargıtay 4. Ceza Dairesi “*Sanığın, yalan tanıklıktan hakkında dava açıldıktan sonra duruşma sırasında söylediği "suçumu kabul ediyorum, ancak lehine tanıklık yaptığım insanların yanında kaldığım için onlara muhtaç olduğumdan işittiğim şeyleri söyleyemedim" diyerek gerçeğe döndüğünün anlaşılması karşısında; 765 sayılı TCY'nın 289/2. maddesinde ön görülen yalan tanıklıktan dönmeye ilişkin hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmadan, yetersiz gerekçe ile hüküm kurulması*” Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin, 18.6.2008 T., 2006/10767 E. ve 2008/14014 K.; Aynı yönde Yargıtay 8. Ceza Dairesi “*Oluşa, tüm dosya kapsamına ve mahkemenin kabulüne göre, Bartın asliye ceza mahkemesinin 2013/736 esas sayılı dosyasında görülen davanın soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı huzurunda yeminli olarak tanık sıfatıyla dinlenen sanıkların, 29.01.2014 tarihli duruşmadaki beyanında önceki beyanlarından dönerek gerçeği söylemeleri karşısında, TCK'nın 274/1. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükmünün uygulanıp uygulanmayacağının karar yerinde tartışılmaması, bozma nedeni sayılmıştır.*” Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 06.12.2017 T, 2017/11735 E. ve 2017/13832 K.

⁴⁷¹ Arslantürk, s. 134; Özbek/ Doğan/Bacaksız, s. 1168; Yargıtay 8. Ceza Dairesi “*Sanığın yaptığı (ve aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında hak kısıtlamasını veya yoksunluğunu sonuçlayacak nitelikte karar verilmesine neden olmayan) yalan tanıklıktan sonra hüküm kurulmasına göre, hükmün bozulması sanığa yeniden kurulacak hükme kadar aynı imkanın yeniden verilmesini sağlamayacağından TCK'nın 274/1. maddesinin uygulanma koşullarının oluşmadığına*” hükmetmiştir. Bkz. Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 08/11/2017 T., 2017/17894 E. ve 2017/12470 K.

Etkin pişmanlık hükümlerine ilişkin olarak tartışmalı bir husus da, gerçeğe aykırı tanıklığın lehe yapılması durumunda, söz konusu hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağıdır. Yargıtay'a göre, etkin pişmanlık hükümleri yalnızca failin aleyhe tanıklık yaptığı hallere ilişkin olarak uygulanabilir. Bu bağlamda Yargıtay, lehe yalan tanıklık yapılması durumunda, 274. madde hükmünün uygulanamayacağı yönünde karar vermektedir⁴⁷². Bizim de katıldığımız görüş uyarınca yalan tanıklık suçu ile korunmak istenen uyuşmazlıkların maddi gerçeğe uygun olarak çözümlenmesi olduğundan, şayet tanık gerçeği söylemiş ise tanığın beyanının leh ya da aleyhe olması arasında bir fark gözetilmemelidir⁴⁷³.

CMK m. 171/1 kapsamında savcının takdir yetkisini kamu davasının açılması mı yoksa taksipsizlik kararı yönünde mi kullanması gerektiği hususunda ise kanaatimizce, fail hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması için, beyanlarının gerçeğe uygunluğunun denetlenmesi gerektiğinden ve 274'üncü madde hükümlerinden sanığın istifade edebilmesi için, tanıklıkta bulunulan yargılamanın neticesinin bekletici mesele yapılması gerektiğinden savcının kamu davasının açılmasını talep etmesi daha isabetli olacaktır.

2.3.2.9 Yalan Yere Yemin Suçunda Etkin Pişmanlık

TCK m. 275'de hukuk davalarında yalan yere yemin eden davacı veya davalının cezalandırılmasına ilişkin yalan yere yemin suçu düzenlenmiştir. Hukuk muhakemesinde kanuni delil sistemi, ceza muhakemesinde ise vicdani delil sistemi benimsenmiştir ve hukuk davalarında tarafların yemini kesin delil niteliğindedir⁴⁷⁴.

Yalan tanıklıktan farklı olarak, yalan yere yemin suçunda yemin suçun unsurudur ve yemin edilerek yalan söylendiğinde suç vuku bulacak aksi takdirde suç oluşmayacaktır. Yalan

⁴⁷² Tunçer, s. 230; Aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında bir hak kısıtlaması veya yoksunluğunu sonuçlayacak nitelikte karar verilmeden veya hükümden önce ya da aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında mahkûmiyet kararı kesinleşmeden önce gerçeğin söylenmesi halinde TCK'nın 274. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükmünün uygulanabileceği, lehe yalan tanıklık yapıp da gerçeğe dönülmesi halinde anılan madde hükmünün uygulanamayacağı yönünde bkz. Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin, 19.11.2014 T., 2014/6798 E. ve 2014/11701 K. Aynı yönde Anayasa Mahkemesi; 274. maddede yer alan her üç fıkranın da aleyhe tanıklık yapılması nedeniyle ortaya çıkan hak kısıtlaması, hak yoksunluğu, hüküm veya mahkûmiyet kararı nedeniyle sanığın zarar görmesi hallerine ilişkin olduğu dikkate alındığında sadece aleyhe tanıklık yapılması durumu için öngörülen bu durumlar lehe tanıklık yapılması halinde uygulanacak kural olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığına hükmetmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 28.12.2017 T., 2017/176 E. ve 2017/173 K.

⁴⁷³ Tunçer, s. 231.

⁴⁷⁴ Soyaslan, s. 744; Özbek/ Doğan/Bacaksız, s. 1184.

tanıklıkta ise yemin suçun unsuru değildir ve tanığa yemin verdirilse de verdirilmese de tanık doğru söylemek zorunda olduğundan, yalan beyanda bulunması ile suç oluşacaktır⁴⁷⁵.

Madde metninde hükmün ne yönde ve hangi türde bir hüküm olduğuna ilişkin sınırlama bulunmadığından, etkin pişmanlık hali de göz önüne alındığında her türlü hükmün bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir⁴⁷⁶.

Yalan yere yemin suçunda etkin pişmanlık hükümlerine 2. ve 3. fıkarda yer verilmiştir. Dava hakkında hüküm verilmeden önce gerçeğin söylenmesi halinde, cezaya hükmolunmayacaktır (TCK m.275/2). Bu bağlamda CMK m. 171/1 kapsamında Cumhuriyet savcısı kamu davasının açılmasını talep edebileceği gibi, kovuşturmaya yer olmadığına da karar verebilecektir.

2.3.2.10 Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçunda Etkin Pişmanlık

Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya bilinen adıyla karapara aklama suçu hukukumuzda 5237 sayılı TCK ile girmiştir. Suçla ilgili ilk düzenleme 1996 tarihli 4208 sayılı Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanundur.

TCK m.282 de düzenlenen suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu, seçimlik hareketli bir suç olup, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini yurt dışına çıkaran veya suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin gayri meşru kaynağını gizleyen, meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak amacıyla çeşitli işlemlere tabi tutan fail cezalandırılacaktır.

282. maddenin 5. fıkrasında aklama suçu için etkin pişmanlık hali düzenlenmiştir. Hükme göre; suça konu olan malvarlığı değerlerinin ele geçirilmesini sağlayan veya bu değerlerin bulunduğu yeri yetkili makamlara haber vererek ele geçirilmesini kolaylaştıran kişiye ceza verilmeyecektir. Ancak kişinin ceza almaması için yukarıda belirtilen eylemleri kovuşturma başlamadan önce gerçekleştirmesi gerekmektedir.

⁴⁷⁵ Soyaslan, s. 744.

⁴⁷⁶ Ünver, s. 277.

Aklama suçunda yasa koyucu, etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını soruşturma evresi ile sınırlı tutmuş ve iddianamenin kabulü ile başlayacak olan kovuşturma evresi için şahsi cezasızlık sebebi öngörmemiştir. Bu nedenle iddianamenin kabulüne kadar etkin pişmanlıktan yararlanmak mümkündür⁴⁷⁷.

Pişmanlık halinin uygulanabilmesi için gerekli diğer bir şart da failin suçtan elde ettiği malvarlığı değerlerinin ele geçirilmesini sağlaması veya bulunduğu yeri yetkili makamlara haber vererek ele geçirilmesini kolaylaştırması gerekmektedir. Diğer bir deyişle failin sadece pişman olduğunu beyan etmesi yeterli olmamaktadır. Lakin sanığın söz konusu malvarlığı değerinin yerini söylemesi fakat söylenen yer ya da şekilde bu değere ulaşılabilmesi durumunda da fail etkin pişmanlık hükümlerinde faydalanacaktır. Zira sanığın mal varlığı değerinin ele geçirilmesini kolaylaştırması yeterlidir, ayrıca değer mutlakla soruşturma makamlarınca ele geçirilmiş olma zorunluluğu bulunmamaktadır⁴⁷⁸.

Ele geçirmeden maksat; CMK'nun 123. maddesinde düzenlenen "ispat aracı olarak görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri" nin muhafaza altına alınmasıdır. Ayrıca TCK'nun 54 ve 55. maddeleri gereğince eşyanın müsaderesi de ele geçirme kapsamındadır⁴⁷⁹.

Ayrıca malvarlığı değerlerinin bulunduğu yeri yetkili makamlara haber veren kişi de cezasızlık halinden yararlanacaktır. Yetkili makamdan kasıt, ele geçirme yetkisine haiz, bu yetkiyi kullanabilecek veya bu yetkiyi kullanabilecek makamlara durumu iletebilecek makamlardır. Bu kapsamda kolluk kuvvetleri, Cumhuriyet Savcıları, kamu görevlileri için hiyerarşik yapılanmadaki üst kamu görevlileri yetkili makam kapsamında değerlendirilebilecektir⁴⁸⁰.

Fıkarda açıkça "cezaya hükmolunmaz" dendiğinden, etkin pişmanlık hükmü açısından hakimnin takdir yetkisi bulunmamaktadır ve CMK m. 223/4-a maddesi gereğince mahkemece ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekmektedir. Lakin soruşturma aşamasında CMK m.171/1 kapsamında Cumhuriyet savcısı kovuşturmayaya yer olmadığına karar

⁴⁷⁷ Arslantürk, s.139; Özbek/ Doğan/Bacaksız, s. 1181.

⁴⁷⁸ Özbek/ Doğan/Bacaksız, s. 1195.

⁴⁷⁹ Yılmaz Sacit, **Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu**, ABD, S. 2, 2011, S.2, s. 91.

⁴⁸⁰ Yılmaz, s. 91.

verebilecektir, şüpheli hakkında iddianame düzenleyip düzenlememe konusunda savcının takdir yetkisi vardır.

2.3.2.11 Rüşvet Suçunda Etkin Pişmanlık

TCK madde 252 uyarınca rüşvet suçu; bir kamu görevlisinin, görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması ya da yapmaması için kişiyle anlaşarak doğrudan ya da aracılar vasıtasıyla kendisine ya da göstereceği bir başkasına menfaat sağlamasıdır.

Rüşvet suçu ile korunan hukuki yarar, devlet faaliyetlerinin satın alınmaz olduğu yönündeki toplumda yerleşmiş güven ve kamu görevlisinin kurumuna duyması gereken bağlılık (sadakat) borcudur⁴⁸¹. Kamu hizmetlerinin satın alınmazlığı hem devleti hem vatandaşları hem de toplumu yakından ilgilendirmektedir. Rüşvet, kamu yönetiminin kanuna bağlılığını zedeleyerek, onu vatandaşa bağımlı hale getirmesi nedeniyle devleti yakından ilgilendirmekte, vatandaş hakkı olan hizmeti bedel ödeyerek temin ettiğinden vatandaşları ilgilendirmekte, kamu hizmetinin satın alınması vatandaşların kanun önündeki eşitliğini ihlal ettiğinden toplumu ilgilendirmektedir⁴⁸².

TCK m.254'te rüşvet suçu için etkin pişmanlık hükümleri düzenlenmiştir. Birinci fıkra rüşvet alma suçunda, ikinci fıkra rüşvet verme suçunda ve üçüncü fıkra ise rüşvet suçuna iştirak açısından etkin pişmanlık hükümlerine yer verilmişse de takdir yetkisinin istisnaları başlığı altında inceleyeceğimiz üzere 17/10/2019 tarihli 7188 sayılı kanun ile kamu görevlisi tarafından görevi sebebiyle işlenen suçlar bakımından, Cumhuriyet savcısının takdir yetkisine istisnai bir düzenleme getirilmiştir.

TCK m. 254/1 uyarınca *“Rüşvet alan kişinin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, rüşvet konusu şeyi soruşturmaya yetkili makamlara aynen 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 de hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz.”*⁴⁸³

⁴⁸¹ Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet, Alşahin M. Emin, Çakır Kerim, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Adalet, 18.Bası, Ankara, 2019, s. 1051.

⁴⁸² Tezcan/Erden/Önok, s. 1176

⁴⁸³ Yurtcan Erdener, **Yargıtay Kararları Işığında Rüşvet-Zimmet-İrtikap- Görevi Kötüye Kullanma**, Adalet 2.Bası, Ankara, 2015, s. 61-62; Etkin pişmanlığa ilişkin TCK m. 254. hükmü 6352 sayılı kanunla büyük

Etkin pişmanlık hükümlerin uygulanması için rüşvet alan kişinin kamu görevlisi olması gerekmektedir. Lakin kamu görevlisinin rüşvet karşılığı yapması gereken işi yapmış veya yapmamış olması önem arz etmemektedir⁴⁸⁴.

Bir diğer unsur, “durumun resmi makamlarca öğrenilmemiş” olması yani kamu görevlisi hakkında idari de olsa, herhangi bir soruşturmaya girililmemiş olması gerekmektedir. Resmi makamlar ile anlaşılması gereken idari ve adli makamlardır. İdari makam olarak ilk akla gelen kamu görevlisinin bizzat çalıştığı kurum olsa da, kurumla hiyerarşik veya vesayet ilişkisi içinde olan üst ve diğer kurumlar da idari makam olarak kabul edilecektir. Adli makamlar ise, kolluk, Cumhuriyet savcılığı ve sulh ceza hakimliğidir. Dolayısıyla idari ya adli makamların rüşvet suçuyla ilgili bir haber almaları halinde kamu görevlisi etkin pişmanlıktan yararlanamayacaktır⁴⁸⁵.

Ayrıca rüşvet konusu soruşturmaya yetkili makamlara aynen teslim edilmelidir. Kısmi teslim, teslim güvencesi ya da taahhüdü halinde kamu görevlisinin şahsi cezasızlık nedeninden yararlanması mümkün değildir. Lakin rüşvetin konusu para ile ölçülebilen bir değer ise parasal karşılığının teslim edilmesi de aynen teslim olarak kabul edilmelidir. Teslimin yetkili makamlara yapılması gerekmekte olup yetkili makamlar yukarıda bahsi geçen adli ve idari makamlardır⁴⁸⁶.

değişikliğe uğramıştır. Değişiklikten önce 254. maddenin birinci fıkrası “ rüşvet alan kişinin, soruşturma başlamadan önce, rüşvet konusu şeyi soruşturmaya yetkili makamlara aynen teslim etmesi halinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz” şeklinde idi. Bu düzenleme etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmayı soruşturmanın başlamamış olması kıstasına bağlamaktaydı. Soruşturma ibaresinden yalnızca adli soruşturmanın mı anlaşılması gerektiği, idari soruşturma ya da disiplin tahkikatının da madde metninde yer alan soruşturma ibaresi içerisinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği doktrinde tartışmalı idi. Lakin 6352 sayılı kanunun 88. maddesi ile “ soruşturma başlamadan önce “ terimi terk edilmiştir.

⁴⁸⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1186.

⁴⁸⁵ Özbek, Doğan ve Bacaksız’ a göre “Her kadar gerekçede de belirtildiği gibi uluslararası yükümlülüklerimiz ve yolsuzlukla mücadele etme gereği rüşvet suçunun kapsamı genişletilmiş ve etkin pişmanlık hükümlerinin uygulama alanı daraltılmış ise de suçla mücadele etmenin tek yöntemi suçun kapsamını genişletmek, ceza miktarını arttırmak ya da etkin pişmanlık kapsamını daraltmak değildir. Aksine faille her zaman suç yolundan ve suçu tamamlamasından sonra altın köprüler kurulmalı ve maddi gerçeği ortaya çıkaracak hukuki müesseseler getirilmelidir. Rüşvet fiilinin ağırlığı ve toplumda meydana getireceği tehlikeleri göz ardı etmeden idari tahkikat, cezai soruşturması veya kovuşturma aşamasında da etkin pişmanlık hükümleri uygulanabilmelidir. Bu nedenle kovuşturma aşamasında etkin pişmanlık düzenlemesi getirilmelidir. Zira bu yönde bir düzenleme rüşvet suçuna katılan diğer şeriklerin de ortaya çıkması bakımından suçla mücadelede etkili olabilir. Özbek/ Doğan/Bacaksız, s.1119; Aynı yönde bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 1186; Gedik, s. 723; Ayhan, s. 110.

⁴⁸⁶ Özbek/ Doğan/Bacaksız, s. 1120; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 1070; Aksi görüş için bkz. Tezcan, Erdem ve Önok’ a göre yetkili makam ile kastedilen kovuşturma yapmaya yetkili olan ve CMK m. 158 de sayılan adli ve idari makamlardır. Bkz. Tezcan/Erdem/ Önok, s.1187.

Etkin pişmanlık hali bütün şartlarıyla mevcut olsa da, rüşvet verme fiili suç olma özelliğini devam ettirdiğinden ve yararı sağlayan diğer kişinin rüşvet suçundan cezai sorumluluğu devam ettiğinden suça konu menfaat hakkında müsadere hükümleri uygulanacaktır⁴⁸⁷.

TCK m.254/1’de düzenlenen ve etkin pişmanlığı oluşturacak bir başka durum da; menfaatin sağlanmamış olması şartıyla, rüşvet anlaşması yapan kamu görevlisinin resmi makamların suçu haber almasından önce durumu yetkili makamlara haber vermesidir.

Kanaatimizce mezkur fıkra ile kamu görevlisinin soruşturma aşamasında etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanamaması yerinde bir düzenleme olmamıştır. Zira rüşvet suçu için etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanabilme somut kıstaslara bağlanmıştır. Pişmanlık göstererek rüşvete konu şeyi soruşturma makamlarına aynen teslim eden kamu görevlisinin etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanması; rüşvet suçuna katılan diğer şeriklerin ortaya çıkması ve suçla mücadelede bakımından da önem arz etmektedir. Kaldı ki; soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı, kovuşturmaya yer olmadığına karar veremeyeceği için, kamu görevlisi hakkında kamu davası açılacak ve ancak kovuşturma aşamasında hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilebilecektir⁴⁸⁸. Ki bu husus da hem dava yoğunluğunun artmasına neden olacak hem de uzun süren yargılama süreci failin adalet duygusunu sarsacak ve etkin pişmanlık müessesinin amacına ulaşmasını da engelleyecektir.

TCK m. 254/2’de rüşvet veren ya da bu konuda kamu görevlisiyle anlaşmaya varan kişinin etkin pişmanlığı düzenlenmiştir. Bu hükme göre *“Rüşvet veren veya bu konuda kamu görevlisiyle anlaşmaya varan kişinin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, pişmanlık duyarak durumdan yetkili makamları haberdar etmesi halinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz.”*

CMK m. 171/6 uyarınca, CMK m. 171/1 kapsamında takdir yetkisi sadece rüşvet veren sivil kişi için söz konusu olabilecektir. Rüşvet veren veya anlaşmaya varan sivil kişi,

⁴⁸⁷Özbek/ Doğan/Bacaksız, s. 1121; Tezcan/Erdem/Önok, s.1187; Soyaslan, s. 703; Altuğ Şahin, **Ceza Hukukunda Müsadere Kavramı**, Adalet, Ankara, 2017, s.237.

⁴⁸⁸ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 1070.

suç resmi makamlarca öğrenilmeden önce pişmanlık duyarak durumu yetkili makamlara bildirmesi halinde etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanabilecektir.

6352 sayılı kanunun 88. maddesi ile TCK'nın 254. maddesinin ikinci fıkrası da değişikliğe uğramış ve rüşvete konu menfaatin; temin eden kişiye iade edileceği hükmü terk edilmiştir. Bu durumda, menfaat kamu görevlisinden alınacak fakat rüşvet verip pişmanlık gösteren kişiye iade edilmeyerek müsadere edilecektir. Bizim de katıldığımız genel kabul gören görüş önceki hükmün muhafaza edilmesi yönündedir. Zira menfaatin iadesi hem maddi gerçeğin hem de suçun diğer ortaklarının ortaya çıkmasını kolaylaştırır niteliktedir⁴⁸⁹.

TCK m. 254/3, rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişilerin, suç resmi makamlarca öğrenilmeden önce, pişmanlık göstererek durumu yetkili makamlara haber vermesi haline ilişkin etkin pişmanlık hükümlerini düzenlemektedir. Hükme göre *“Rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişilerin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, pişmanlık duyarak durumdan yetkili makamları haberdar etmesi halinde, hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz.”*

Kanun koyucu bu fıkra da sağlanan menfaatin teslimi şartını aramamış sadece yetkili makamlara bildirimde bulunulmasını yeterli saymıştır. TCK m. 254/3, rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişilerin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, pişmanlık duyarak durumdan yetkili makamları haberdar etmesi halinde, soruşturma evresinde de cezayı kaldıran etkin pişmanlık hükümlerinde faydalanabilecektir⁴⁹⁰.

Son olarak belirtelim ki, TCK m.254/2 ve 3' de düzenlenen etkin pişmanlık hali şahsi cezasızlık sebebi olduğundan rüşvet veren ve suça iştirak eden diğer kişiler cezayı kaldıran etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanacak ve soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı CMK 171 gereğince kovuşturmayla yer olmadığına karar verebilecektir.

⁴⁸⁹ Özbek/ Doğan/Bacaksız, s. 1122; Tezcan/Erdem/Önok, s. 1187; Soyaslan, s. 703.

⁴⁹⁰ Kanun koyucu bu fıkra da sağlanan menfaatin teslimi şartını aramamış sadece yetkili makamlara bildirimde bulunulmasını yeterli saymıştır. Son olarak belirtelim ki; 26/06/2009 tarih ve 5918 sayılı kanun ile istisnai bir düzenleme olarak eklenen 4. Fıkra uyarınca madde hükümleri, yabancı kamu görevlilerine rüşvet veren kişilere uygulanmayacaktır.

2.3.2.12 Suç İçin Anlaşma Suçunda Etkin Pişmanlık

Devletin güvenliğine karşı suçlar ile Anayasal düzenin işleyişine karşı suçları, elverişli vasıtalarla işlemek amacıyla iki veya daha fazla kişi maddi olgularla belirlenen biçimde anlaşmasına suç için anlaşma suçu denilmektedir ve TCK'nın 316. maddesinde düzenlenmiştir.

Anlaşma ile kastedilen; iki veya daha fazla kişinin maddi olgularla belirlenen biçimde, bir irade birleşmesine varmalarıdır. Kanun koyucu; faillerin cezalandırılabilmesi için fiillerin “maddi olgularla belirlenmesi” gerektiğini ifade ederek, suçun sübutunun somut delillerle tespit edilmesinin zorunlu olduğuna dikkat çekmiştir. Ayrıca suçun işlenmesinde kullanılacak vasıtalar hakkında da anlaşmanın gerçekleşmesi gereklidir. Elverişli vasıttan suçun işlenmesinde kolaylık sağlayan her türlü vasıta anlaşılmalıdır⁴⁹¹.

Suç için anlaşma suçunda etkin pişmanlık maddenin 2. fıkrasında “*Amaçlanan suç işlenmeden veya anlaşma dolayısıyla soruşturmaya başlanmadan önce bu ittifaktan çekilenlere ceza verilmez.*” şeklinde düzenlenmiştir. İşlenmesi kararlaştırılan suçun icra hareketlerine geçilmeden önce veya soruşturma başlanmadan önce ittifaktan yani anlaşmadan kendi özür iradesi ile çekilen kişiye ceza verilmeyecektir. Ancak soruşturma başladıktan sonra anlaşmadan çekinilmesi halinde etkin pişmanlık hükmü uygulanmayacaktır.

İlk bakışta TCK m.36’da düzenlenen gönüllü vazgeçme kapsamında değerlendirilmesi gerektiği akla gelse de, fail halihazırda TCK m.316’nın icra hareketini tamamlayıp suç işlemiş olduğundan, sonradan anlaşmadan çekilmesinin etkin pişmanlık olarak nitelendirilmesi yerindedir⁴⁹².

⁴⁹¹ Arslantürk, s. 151; Madde gerekçesinde; suç için anlaşma suçunun düzenlenmesi ile devletin güvenliğine ve anayasa ile kurulu düzene karşı suçlar bakımından caydırıcı etki oluşturulmasının amaçlandığı, maddede belirtilen suçların işlenmesi konusunda anlaşmanın yeterli olmadığı, aynı zamanda suçun işlenmesinde kullanılacak vasıtaların da belirlenmesi gerektiği, maddi vakanın tespitinde “*maddi olgularla belirlenen bir biçimde*” şartının öngörüldüğü, esasında başka suçların hazırlık hareketi niteliği taşıyan suç için anlaşmanın, bu suçlardan bağımsız bir şekilde ve diğer suçların icrasına başlanmasa dahi kendi başına suç teşkil edeceği ifade edilmiştir.

⁴⁹² Arslantürk, s. 152.

2.4. TAKDİR YETKİSİNİN İSTİSNALARI

Yasa koyucu 17/10/2019 tarihli 7188 sayılı kanun ile 171. maddeye 6. fıkrayı eklemek suretiyle 171. madde hükümlerinin a) Suç işlemek için örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçları ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar, b) Kamu görevlisi tarafından görevi sebebiyle veya kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen suçlar ile asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlar, c) Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar, hakkında uygulanmayacağını düzenlemiştir.

Mezkur fıkranın, kamu davasının açılmasının ertelenmesi maddesinin altında düzenlenmesi nedeniyle sadece Cumhuriyet savcının ertelemeye karar verdiği durumlarda mı bir istisna teşkil edeceği yoksa; “*bu madde hükümleri*” ibaresiyle gerek 1. fıkra gereği savcının kamu davasının açılmasını talep ederken sahip olduğu gerekse 2. fıkra gereği kamu davasının açılmasının ertelemesine karar verirken sahip olduğu; her iki takdir yetkisi için mi istisna teşkil edeceği madde metninden tam anlaşılamamaktadır. Lakin kanaatimizce CMK 171 iki yönlü bir takdir yetkisi öngördüğü için hem maddenin 1. fıkrası hem de 2. fıkrası gereğince savcının takdir yetkisine bir sınırlandırma tesis edilmek istenmiştir.

Değişiklikten önce de cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar bakımından CMK m.171/1 kapsamında savcıya kamu davasının açılmasını talep etme hususunda herhangi bir takdir yetkisi tanınmadığından ve Cumhuriyet savcısı iddianame düzenleme mecburiyetinde olduğundan mezkur fıkra halihazırda bir değişiklik yaratmamıştır. Mezkur fıkra ile cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların ehemmiyeti vurgulanmak istenmiştir.

Öte yandan yasa değişikliğinden önce suç işlemek için örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçları ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından TCK m. 221 ile cezayı kaldıran etkin pişmanlık hükümleri gereği Cumhuriyet savcısına, CMK.m.171/1 uyarınca takdir yetkisi tanınmaktaydı.

Madde 221/1 gereğince suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu nedeniyle soruşturmaya başlanmadan ve örgütün amacı doğrultusunda suç işlenmeden önce, örgütü dağıtan veya verdiği bilgilerle örgütün dağılmasını sağlayan kurucu veya yöneticiler hakkında Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığına karar verebilmekteydi.

Yine TCK.m.221/2 gereğince, örgüt üyesinin, örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeksizin, gönüllü olarak örgütten ayrıldığını ilgili makamlara bildirmesi halinde, TCK.m.221/3 uyarınca örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeden yakalanan örgüt üyesinin, pişmanlık duyarak örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını sağlamaya elverişli bilgi vermesi halinde ve TCK m. 221/4 gereğince suç işlemek amacıyla örgüt kuran, yöneten veya örgüte üye olan ya da üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen veya örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden 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 dolayı takdir yetkisini kullanan Cumhuriyet savcısı kovuşturamama kararı verebilmekteydi. 171. Maddeye eklenen 6. fıkra ile Cumhuriyet savcısının takdir yetkisi kaldırılmıştır. Bu bağlamda örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçları ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından Cumhuriyet savcısı kamu davasının açılmasını talep etmek mecburiyetindedir.

Altıncı fıkra gereğince Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini sınırlandıran bir diğer durum ise, kamu görevlisi tarafından görevi sebebiyle veya kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen suçlar ile asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlardır.

Görev suçları, genel olarak kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar olarak tanımlanmaktadır. Suçun kamu görevinden kaynaklanması için kamu görevlisinin icra etmesi gereken işleriyle ilgili olması ve suçu doğuran fiil ile kişinin görevi arasında illiyet bağı bulunması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle kamu görevlisi suçu, görevini yaparken veya görevini yapması nedeniyle işlemelidir ki görev suçundan bahsedebilmesi için fiilin kamu görevlisinin görev alanına girmesi ve yetkisi kapsamında gerçekleşmesi de gerekmektedir⁴⁹³.

TCK m.10 gereğince işlenen suçun görev suçu olabilmesi için, suçun görev ve memuriyet ile ilişkili olması aranmaktaysa da görev suçlarına ilişkin net bir tanım yasada yer almamaktadır. Bu nedenle doktrinde görevle ilişkili üç grup suçun işlenmesinin söz konusu olduğu ifade edilmektedir. Bunlardan ilki, kamu görevlisinin işlediği suçun kurucu veya

⁴⁹³ Üzülmüş İlhan, **Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257)**, GÜHFD, C. 14; S. 1, 2012, s. 196-197; Özgenç İzzet, Şahin Cumhur, **Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler**, GUHFD, 2002/1-2, s. 191; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 1210; Dönmez Burcu, **Ceza Muhakemesinde Görev Suçu**, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertay'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 2735.

ağırlaştırıcı nedeninin yürütmekte olduğu kamu görevi ile ilgili olduğu suçlardır. İkincisi, suçun unsuru veya kurucu unsurunun görev olmadığı, ancak görevden kaynaklanan yetkinin aşılması veya takdir yetkisinin yasaya ve düzene uymaması veya amaç dışında kullanılması suretiyle işlenen suçlardır. Üçüncüsü de kamu görevlisinin kişisel suçlarıdır. Kişisel suçlar da kendi içerisinde, görev sırasında işlenen suçlar ve görev süresi dışında işlenen suçlar olarak ikiye ayrılmaktadır⁴⁹⁴.

Bu bağlamda Cumhuriyet savcının takdir yetkisine istisna getiren 6. fıkranın b bendi uyarınca “kamu görevlisi tarafından görevi sebebiyle işlediği suçlar” ibaresi ile hangi grup görev suçunun kastedildiği de tartışılması gereken bir diğer husustur. Birinci gruba giren suçların görev suçu olduğu ve takdir yetkisinin istisna kapsamında değerlendirilmesi gerektiği şüphesiz iken, görevden kaynaklanan yetkinin aşılması veya görev sırasında işlenen kişisel suçlar bakımından zorluklar yaşanacaktır. Kanaatimizce mezkur fıkra gereğince görev suçunu dar yorumlamak ve birinci grupta tanımlanan görev suçlarını esas almak daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

Mezkur 6. fıkra gereğince rüşvet alan kamu görevlisi bakımından cezayı kaldıran etkin pişmanlık hükümleri uygulanamayacak ve takdir hakkını kullanamayan Cumhuriyet savcısı kovuşturmayaya yer olmadığı kararı veremeyecektir. Pişmanlık göstererek rüşvete konu şeyi soruşturma makamlarına aynen teslim eden kamu görevlisinin etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanması; rüşvet suçuna katılan diğer şeriklerin ortaya çıkması ve suçla mücadelede bakımından da önem arz ettiğinden kanaatimizce mezkur fıkra ile kamu görevlisinin soruşturma aşamasında etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanamaması yerinde bir düzenleme olmamıştır.

Diğer yandan 6. fıkra sadece rüşvet alan bakımından takdir yetkisine bir sınırlama getirdiğinden TCK m. 254/2 gereği rüşvet veren ya da bu konuda kamu görevlisiyle anlaşmaya varan kişi kamu görevlisi değil ise (ya da kamu görevlisi olmakla beraber suçun niteliği görev suçuna ilişkin değilse) cezayı kaldıran etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanacaktır. Hüküm uyarınca, rüşvet veren veya bu konuda kamu görevlisiyle anlaşmaya varan kişinin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, pişmanlık duyarak durumdan

⁴⁹⁴ Dönmez, s. 2738; Gerçek olan ve gerçek olmayan görev suçu ayrımı için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 1210

yetkili makamları haberdar etmesi halinde, soruşturma evresinde de cezayı kaldıran etkin pişmanlık hükümlerinde faydalanabilecektir.

2.5 Uygulamada Takdir Yetkisinin Kullanılması

Ceza muhakemesi sistemimizin uygulanması bakımından Cumhuriyet savcısına CMK m. 171 ile tanınan takdir yetkisinin kullanılması savcılar tarafından genel itibariyle tercih edilmemektedir. Cumhuriyet savcıları, mahkemenin değerlendirmesinin daha adil bir sonuç doğuracağına inandıkları için ya da kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının iş yüzdesini etkileyeceği ve terfi etmekte sıkıntı yaratacağı, müfettiş tarafından olumsuz bakılacağı ve sorumluluk getireceği gibi sair nedenlerle takdir yetkisini kullanmaktan imtina etmektedirler.

Türkiye'de 2020 yılına ilişkin adli istatistikleri incelediğimizde, savcılıklar tarafından yürütülen yaklaşık 8.995.141 soruşturmada 13.097.311 kişi şüpheli olmuştur. 2020 yıl için savcılıkların toplam soruşturma dosya sayısı 8 milyon 995 bin 141 olup, bu dosyaların 4 milyon 978 bin 662'si 2019'dan devrilen dosyalar olurken, 4 milyon 16 bin 479'u ise yeni açılan dosyalardır. 2020 yılında yürütülen soruşturmanın yüzde 56,1'i olan 4 milyon 176 bin 893 soruşturma, kovuşturmaya yer olmadığı kararıyla sonuçlanmıştır. Buna karşılık soruşturmanın yüzde 31,6'sı; yani 2 milyon 357 bin 600 soruşturma sonunda kamu davasına dönüşmüştür. Geçen yıldan devir gelen ile gelen 1 352 548 ve bu yıl açılan 1 322 502 ve bozularak gelen 158.423 olmak üzere toplam 2 833 473 davanın ise 1 milyon 541 bin 870 tanesi mahkumiyet (%47,5), 488 bin 116 (%15) i ise beraatle, 443 bin 874 (%13,7)'ü ise hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ile sonuçlanmıştır. Görüldüğü üzere kovuşturma kararı verilen dosyaların yarısından dahi azı mahkumiyet kararı ile sonuçlanmaktadır⁴⁹⁵.

Kuramsal olarak her ne kadar iddia makamının sanığın lehine de davranması gerektiği kanun metinlerinde düzenlenmiş olsa da (CMK m. 147, f. 1, b. f; m. 160, f. 2; m. 170, f. 5; m. 260, f. 3), uygulamada insan faktörü ortaya çıkmakta ve kanunda yazılı hükümler maalesef ki basit birer temenni olma niteliğinden öteye gidememektedir. Zira savcılar ellerini taşın altına koymayarak çoğunlukla iddianame hazırlamayı tercih etmektedir. Kaldı ki, uygulamada iddia

⁴⁹⁵<https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/501202216013122420211449082020H%C4%B0ZMETE%C3%96ZELK%C4%B0TAP.pdf>

makamının, büyük çoğunlukla kanunun lafzına ve ruhuna aykırı bir şekilde devamlı olarak şüpheli aleyhine çalışması ve adli yönden iddia makamının emrinde olan ve benzer zihni kurguya sahip kolluk kuvvetlerinin de, delillerin toplanılması sürecinde adli amirleri ile aynı davranış kalıbını göstermeleri takdir yetkisinin kullanımını ikinci plana atmaktadır.

Her ne kadar 2018 yılında 67.308 dosya, 2019 yılında 93152 dosya ve 2020 yılında 149.302 dosya kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı ile sonuçlanmışsa da, soruşturma ortalama görülme süresi (2013 yılı 373 gün, 2014 yılı 378 gün, 2015 yılı 381 gün, 2016 yılı 425 gün, 2017 yılı 417 gün, 2018 yılı 411 gün, 2019 yılı 416 gün, 2020 yılı 473 gün) her geçen yıl artan bir grafik çizmektedir⁴⁹⁶. Bu bağlamda 7188 sayılı yasa ile kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun uygulama alanının genişletilmesi ile bu yönde kararlar artış göstermekteyse, artan dosya sayıları, iş yükü ve ortalama görülme süreleri dikkate alındığında Cumhuriyet savcılarının takdir yetkilerini kullanmada teşvik edilmelerinin gerekliliği daha önem kazanmaktadır.

Cumhuriyet savcılarının takdir yetkilerini zorunlu olmadıkça kullanmaktan çekinmelerinin bir nedeni de CMK.m.171/1 hükmü gereği takdir hakkı kullanılarak verilen kovuşturama kararının, CMK.m.173/5 hükmü gereği itiraz kanun yoluna tabi olmaması da olabilir. Zira savcının, itiraz kanun yolu açık olmadığı için delilleri daha doğru ve hassas değerlendirme yetkisi ve yükümlülüğü altına girmekten çekinebileceği de muhtemeldir. Oysaki adaletin hızlı tecellisi adına kişisel cezasızlık nedenleri ve etkin pişmanlık hallerinin iyi analiz edilmesi ile mahkemelerin iş yükünde ciddi azalmalar görüleceği şüphesizdir. Bu nedenle takdir yetkisi ile mahkemenin uzun yargılama süreci neticesinde vereceği ceza verilmesine yer olmadığına dair karar aslında baştan verilmiş olacak ve dolayısıyla yargılama süreci kısalmaktadır⁴⁹⁷. Cumhuriyet savcılarının daha hassas davranarak bu yükümlülük altına girmeleri beklenmeli ve bu hususta teşvik edilmelidir. Bu bağlamda Cumhuriyet savcılarının takdir yetkisini daha etkin kullanmaları teftiş raporlarıyla tavsiye edilmeli, verilen kararlar mutlaka terfilerinde sayı itibarıyla göz önüne alınmalıdır.

⁴⁹⁶ <https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/28022022143545KADEK%20-%202020%20YILI%20EN%20SON.pdf>

⁴⁹⁷ Meraklı, s. 160.

2.6 Cumhuriyet Savcısının Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Kararı

Soruşturma evresi, suç işlendiği durumunun öğrenilmesi ile başlamakta, Cumhuriyet savcısı tarafından kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi ile ya da iddianamenin kabul edilmesi ile sona ermektedir⁴⁹⁸.

CMK' da kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın verileceği durumlar şu şekilde ifade edilmektedir;

-Fiilin suç teşkil etmediği haller: Fiilin suç teşkil etmediği soruşturma evresinde anlaşılır ise Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığına karar vermek zorundadır. Fiilin kabahat oluşturduğu durumlarda ise, savcı Kabahatler Kanunu uyarınca ilgili idari yaptırıma karar verecektir⁴⁹⁹.

-Fiil suç teşkil etmekle birlikte, şüphelinin fiili işlemediğinin tespit edildiği haller: Şüphelinin suça konu fiili işlemediğinin tespit edildiği hallerde, soruşturma işlemlerine devam edilemeyeceğinden Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığına karar verecektir.

-Fiil suç teşkil etmekle birlikte şüphelinin suçu işlediği yönünde yeterli şüphenin bulunmaması: Yeterli şüphe, soruşturma evresi neticesinde elde edilen deliller uyarınca savcının, sanığın mahkum olma ihtimalinin, beraat etme ihtimalinden daha muhtemel olduğuna kanaat getirmesi olarak tanımlanmaktadır⁵⁰⁰. Defaatle belirttiğimiz üzere, Cumhuriyet savcısı yeterli şüphe sebebi değerlendirirken mutlak bir takdir yetkisine haiz değildir. Takdir yetkisinin, somut olayın özelliklerine uygun ve yerinde kullanılmış olup olmadığının yetkili merci tarafından denetlenmesi mümkündür. Deliller toplanmadan veya değerlendirilmeden savcı tarafından verilmesi halinde itiraz kanun yolu açıktır.

-Kovuşturma olanağının bulunmaması: Kovuşturma olanağının bulunmaması ile ifade edilen ön ödeme, uzlaşma, şikâyetten vazgeçme, şüphelinin ölümü, genel af ve dava zamanaşımıdır⁵⁰¹. Muhakeme koşullarının gerçekleşmediği ve gerçekleşme olanağının da

⁴⁹⁸ Yenisey/Nuhoğlu, s. 680; Çiftçioğlu Cengiz Topel, **Cumhuriyet Savcısının Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Kararı Ve Denetimi**, Seçkin, Ankara, 2014, s. 57

⁴⁹⁹ Yenisey/Nuhoğlu, s. 680; Soyaslan, s. 374.

⁵⁰⁰ Centel/Zafer, s. 98.

⁵⁰¹ Özen, s. 710; Soyaslan, s. 373-374; Yurtcan, s. 499-500.

bulunmadığı durumlarda Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığına karar verecektir. Kovuşturma olanağının belirli bir süre sonra gerçekleştirile olanağı var ise Cumhuriyet savcısının hangi kararı vereceğine ilişkin yasada açıklık bulunmamakla birlikte uygulamada genel olarak savcılar herhangi bir karar vermeksizin şartın gerçekleşmesini beklemektedirler. Kanaatimizce bu durumda savcının durma veya bekletme kararını verebilmesi gerekmektedir⁵⁰².

-Yeterli delil bulunmasına rağmen CMK m. 171/1’ de düzenlenen nedenlerden birinin varlığı: Tezimizin 2. bölümünde detaylı incelediğimiz üzere, yukarıda sayılan hallerden farklı olarak CMK m.171/1 ile cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin ya da şahsî cezasızlık sebeplerinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısına bir takdir yetkisi tanınmıştır. Takdir yetkisi uyarınca Cumhuriyet savcısı yeterli şüphe sebebi ve CMK m. 171/1 de sayılan nedenlerden biri var ise iddianame düzenleyerek kamu davasının açılmasını talep edebileceği gibi kovuşturmaya yer olmadığına karar da verebilecektir.

Öyle ki, fail hakkında CMK m. 171/1 kapsamında kovuşturamama kararı verilebilmesi için öncelikle TCK özel hükümler çerçevesinde failin işlediği suç bakımından etkin pişmanlık ya da şahsi cezasızlık sebeplerinin uygulanmasını mümkün kılan bir düzenleme mevcut olmalı ve ayrıca fail bizzat pişmanlık göstermiş olmalıdır. Kaldı ki, Cumhuriyet savcısı failin bu yöndeki irade ve isteğini dikkate alacağı gibi, failin bizzat pişmanlık gösterip göstermediğini de araştırarak, failin irade ve davranışlarını bu açıdan değerlendirerek bir karara varacaktır⁵⁰³.

Ayrıca CMK m. 171/4 gereğince kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı ile 5 yıllık erteleme süresi içinde şüphelinin kasıtlı bir suç işlememesi halinde de Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığına karar verecektir⁵⁰⁴.

Yukarıda sayılan durumlar haricinde; soruşturma neticesinde Cumhuriyet savcısı, yeterli şüphe sebebine ulaşmışsa, kovuşturma olanakları mevcutsa ve CMK m. 171/1 de sayılı nedenler bulunmuyorsa mecburilik ilkesi gereğince kamu davasının açılması talebini içerir iddianameyi düzenlemek zorundadır.

⁵⁰² Özen, s. 710, Centel/Zafer, s. 551; Şahin/Göktürk, s. 113.

⁵⁰³ Çiftçioğlu, s. 69; Meraklı, s.101.

⁵⁰⁴ Göktürk/Şahin, s.111.

2.6.1 Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararına Karşı İtiraz Kanun Yolu

İtiraz kanun yolu, kamu davasının mecburiliği ilkesini denetlemek amacıyla kabul edilmiş bir kurumdur. Kovuşturmaya yer olmadığına karar veren savcı, suçtan zarar gören ile önceden ifadesi alınmış veya sorguya çekilmiş şüpheliye kararı bildirecek ve kararda itiraz hakkı, süresi ve mercii gösterilecektir (CMK m. 172/1). Kararda, karara karşı tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hakimliğine itiraz edilebileceği açıkça belirtilmelidir.

Muhakeme şartlarının gerçekleşmemesi ya da yeterli şüphe sebebinin bulunmaması nedeniyle verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararları itiraza konu olabilirken Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini kullanarak etkin pişmanlık veya şahsi cezasızlık nedeniyle verdiği kovuşturmaya yer olmadığı kararlarına ise itiraz edilememektedir (CMK m. 173/5).

Kanaatimizce CMK m. 173/5'in haklı bir gerekçesi ve amacı bulunmamaktadır. Savcıya tanınan takdir yetkisinin koşullarının var olup olmadığının ve yetkinin hukuka ve kamu yararına uygun kullanıp kullanılmadığının denetlenmesi en nihayetinde takdir yetkisini ortadan kaldırmayacak aksine keyfi kullanımları engelleyecektir. Ayrıca itiraz kanun yolunun kabul edilmemesi silahların eşitliği ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir.

Maddeye getirilen eleştirilerden biri de, kamu davasının ertelenmesi kararı neticesinde verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı itirazın mümkün olup olmadığıdır. Öğretide kimi yazarlar, CMK m. 173/5 sistematik olarak CMK m. 171/2' den sonra geldiği için erteleme kararı neticesinde verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı itiraz edilemeyeceği görüşünderse de kanaatimizce, CMK m. 173/5 deki "Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmaması hususunda takdir yetkisini kullandığı hâller" ibaresi ile anlaşılması gereken CMK. m 171/1 de yer alan cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümleri ve şahsî cezasızlık sebepleridir. Bu nedenle kamu davasının ertelenmesi kararı neticesinde verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı itiraz hakkı mümkündür⁵⁰⁵.

⁵⁰⁵ Özen, s. 725; Toroslu/Feyzioğlu, s.322; Soyaslan, s. 390; Aksi görüş için bkz. Centel/Zafer, s.583.

Takdir yetkisi özü itibariyle denetlenebilir bir yetkidir ve kamu davası açılmasını talep etmeme hususunda takdir yetkisine sahip Cumhuriyet savcısının bu kararına karşı yargı yolunun bulunmaması adil yargılanma hakkı için tehlikeli bir düzenlemedir. Bu bağlamda Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmaması hususunda takdir yetkisini kullanarak verdiği kovuşturmayaya yer olmadığı kararına karşı itiraz kanun yolu tanınmalı ve CMK m.173/5 kaldırılmalıdır.

Kovuşturmayaya yer olmadığı kararına karşı itiraz haricinde başka bir kanun yoluna başvurma imkanının olup olmadığı öğretide tartışmalı bir diğer konudur. İlk görüşe göre; adli denetim mekanizmasının işletilemediği yerde, idari denetim mekanizması evleviyetle işletilemeyecektir. Yargısal yolu kapatan yasa koyucunun amacı ve iradesi, herhangi bir kanun yoluna gidilememesi olduğundan Cumhuriyet Başsavcılığına müracaat olanağı bulunmamaktadır⁵⁰⁶.

İkinci görüşe göre ise, CMK m. 173/5 idari denetimi yasaklamamaktadır ve savcı kovuşturmayaya yer olmadığı kararının kaldırılması ve iddianamenin düzenlenmesi talebiyle, bağlı bulunduğu başsavcılığa başvurarak davanın açılması için iddianamenin düzenlenmesini isteyebilecektir. Zira, idari denetimi yasaklayan bir hüküm bulunmadığı gibi aksinin kabulü hukuk devleti ilkesine de aykırılık teşkil edecektir⁵⁰⁷.

Kanaatimizce; 5. fıkra hem adli hem de idari denetimi engellemektedir ve mevcut uygulamada da karara karşı herhangi bir denetim yolu işletilememektedir. Şöyle ki, fıkranın lafzı ve ruhu itibariyle yasa koyucu; takdir yetkisini kullanan Cumhuriyet savcısının, kovuşturmayaya yer olmadığı kararını denetim dışı bırakmak ve savcıya sorgulanamaz bir takdir yetkisi tanımak istemiştir.

Mezkur fıkra ile kovuşturmayaya yer olmadığı kararının denetim dışına çıkarılmasına ilişkin doktrindeki haklı eleştirilere katılıyoruz. Tezimizin 2. bölümünde de detaylı şekilde anlattığımız üzere kişiler hakkında; şahsi cezasızlık sebepleri ile cezayı kaldıran etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için failin pişmanlık göstermesi gibi genel ya da her suça özgü bir takım farklı koşul ve unsurlar bulunmaktadır. Değindiğimiz gibi söz konusu koşul ve unsurlarla ilgili gerek doktrinde gerekse Bölge Adliye Mahkemeleri ve Yargıtay'da

⁵⁰⁶ Ünver/Hakeri, s. 1323; Özbek/Doğan/Bacaksız, s.486.

⁵⁰⁷ Ünver/Hakeri, s.1325; Öztürk, s. 608; Çiftçioğlu, s. 67.

görüş aykırılıkları, farklı içtihatlar bulunmaktadır. Bu nedenle somut olayda; şahsi cezasızlık sebepleri ile cezayı kaldıran etkin pişmanlık hükümlerinin uygulamasını savcının tespit ve değerlendirmesine bırakarak savcının hiçbir hukuki ya da maddi hata yapmamasını beklemek de çok doğru değildir.

Kimi yazarlar tarafından ileri sürülen⁵⁰⁸; fıkranın kişilerin haksız yere sanık sıfatına ve uzun süren yargılamaya maruz bırakılarak toplum nazarında mahkum edilmelerine karşı bir güvence sağladığına yönelik görüşü makul bulsak da katılmıyoruz. Şüphesiz kovuşturmayaya yer olmadığı kararı ile kişi, uzun yıllar sürecektir bir yargılama ile sanık sıfatının getireceği maddi ve manevi zorluklardan korunacaksa da; aksi bir durumda fail hakkında yargılama neticesinde yaptırıma hükmedilmeyecek, suç cezasız bırakılmış olacak bu durum da toplumun adalete olan inancını zedeleyecektir. Ayrıca durumu adalet terazisinde tarttığımızda da kanımızca, savcının maddi ya da hukuki hatası neticesinde hakkında kamu davası açılmayarak cezai yaptırımdan kurtulan failin bulduğu kefe, sanık sıfatının getireceği maddi ve manevi zorluklardan daha ağır basacaktır.

CMK m. 173 gereğince kovuşturmayaya yer olmadığı kararına karşı itiraz hakkının suçtan zarar görene tanındığı gibi faile de tanınması gerektiği maddeye getirilen diğer bir eleştiridir. CMK m. 171/2 “ *Suçtan zarar gören veya şüpheli, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararına karşı 173 üncü madde hükümlerine göre itiraz edebilir.*” hükmü ile her iki tarafa da erteleme kararına karşı itiraz hakkı tanımıştır. Lakin gerek diğer kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarında gerekse erteleme kararı neticesinde verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarında faile itiraz kanun yoluna başvurma hakkı tanınmamıştır⁵⁰⁹. Kanaatimizce de, aklanma ve adil yargılanma hakkı çerçevesinde erteleme kararına itiraz hakkı faile de tanınmalıdır.

⁵⁰⁸ Kartal, s.118.

⁵⁰⁹ Madde 173/1 Suçtan zarar gören, kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde, bu kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine itiraz edebilir.

2.6.2 CMK 171/1 Kapsamında Verilen Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararının Kesin Hüküm Olup Olmaması

Cumhuriyet savcısının vermiş olduğu kovuşturmaya yer olmadığına dair karar adli-idari bir karar olduğundan kesin hüküm sonuçları ihtiva etmemektedir⁵¹⁰. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu kovuşturmama kararının geri alınabilmesini bir ön koşula bağlamıştır ve bu koşul da kovuşturmama kararı verildikten sonra yeni bir delilin ortaya çıkmasıdır. CMK m. 172/2 uyarınca kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildikten sonra yeterli şüphe oluşturacak yeni delil elde edilmedikçe ya da şüphe nedenlerinin takdirinde ağır hata yapılmadıkça ve bu hususta sulh ceza hakimliğince bir karar verilmedikçe aynı fiilden dolayı kamu davası açılamayacaktır⁵¹¹.

Yeni delil, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiği sırada dosyada mevcut olmayan, değerlendirmeye alınmayan delildir. CMK 171/1 kapsamında yeni delil ile anlaşılması gereken cezayı kaldıran etkin pişmanlık halleri ile şahsi cezasızlık sebeplerinin koşul ve varlığına ilişkin elde edilen yeni bulgulardır⁵¹². Yeni delili savcı bizzat öğrenebileceği gibi, mağdur, suçtan zarar gören ya da üçüncü kişiler vasıtasıyla da öğrenebilecektir.

Kovuşturmama kararına karşı, sulh ceza mahkemesine itiraz edilmiş ve bu itiraz reddedilmiş ise, yeni delilin varlığı savcının iddianame düzenlemesi için yeterli olmayacaktır. Lakin sulh ceza hakimliği kamu davasını açılabileceği yönünde karar vermiş ise Cumhuriyet savcısı iddianame düzenlemek zorundadır⁵¹³.

Yenisey ve Nuhoğlu'na göre; kovuşturmaya yer olmadığı kesin hüküm etkisine haiz olduğundan bir nevi kesin hüküm sayılmalıdır. Bıçak ise, kovuşturmaya yer olmadığı kararının kural olarak aynı konuda kamu davası açmak üzere iddianame düzenlenmesini

⁵¹⁰ Çiftçioğlu, s. 57; Aynı yönde Yargıtay 2. Ceza Dairesi takipsizlik kararları kesin hüküm niteliğinde olmayıp Cumhuriyet savcısı yeni deliller elde ettiğinde veya kamu davası ikamesinde gerek gördüğü ahvalde suç zamanaşımı süresi içinde aynı sanık hakkında kamu davası açılabileceğine hükmetmiştir. Bkz. Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin 24.04.1984 T., 1984/3817 E ve 1984/4347 K.

⁵¹¹ Centel/Zafer, s.588; Şahin/Göktürk, s. 115; Yurtcan'a göre, kamu davasının, aynı eylem ve aynı kişi hakkında açılabilmesi yeni delil, iz, eser ve emarelerin meydana çıkmasına veya şüphe nedenlerinin takdirinde ağır hata olmasına bağlanmıştır. Böylece kovuşturmama kararı, zamanaşımı süresince şüphelinin başında Demoklesin kılıcı gibi durması ve özgürlüğüne tehdit oluşturması önlenmek istenmiştir. Bkz. Yurtcan, **CMK Şerhi**, s. 597.

⁵¹² Meraklı, s.127

⁵¹³ Centel/Zafer, s.588-589.

mümkün olmaktan çıkardığını, böylece zamanaşımı süresince şüphelinin iddianame düzenlenmesi tehdidiyle yüz yüze kalmaması açısından bir güvence oluşturduğunu ileri sürmüştür⁵¹⁴. Centel ve Zafer'e göreyse, yeni delilin kendiliğinden ortaya çıkması çok istisnai de olsa; kovuşturamama kararı Cumhuriyet savcısının yeni delil araştırmasını engellemediği gibi, kovuşturma evresinin kesin olarak kapanmasına olanak tanıyan bir karar da değildir⁵¹⁵.

Kanun koyucu kovuşturamama kararı verildikten sonra aynı olaya ilişkin aynı kişi hakkında dava açılabilmesi bakımından eski delil durumunda bir değişiklik olması koşulunu arayarak, savcıların keyfi davranışlarda bulunmamasını teminat altına almak istemiştir⁵¹⁶. Bu nedenle de kanaatimizce CMK m. 171/1 kapsamında verilen kovuşturamaya yer olmadığı kararı kesin hüküm teşkil etmemelidir. Zira cezayı kaldırarak etkin pişmanlık halleri ile şahsi cezasızlık sebeplerinin koşul ve varlığında yeni bir delil elde edilmesi halinde sulh ceza hakimliğinin kararı ile iddianamenin düzenlenmesi hem maddi gerçeği ortaya çıkarılması açısından önemli hem de mağdurun lehinedir.

CMK'nın 172. maddesinin 3. fıkrası ile kovuşturamaya yer olmadığı kararının etkin soruşturma yapılmadan verildiğinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edildiği veya bu karar aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuru hakkında dostane çözüm ya da tek taraflı deklarasyon sonucunda düşme kararı verilmesi halinde, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde talep edilmesi hâlinde yeniden soruşturma açılabilirliği düzenlenmiştir. Ayrıca CMK'nın 223. maddesinde hüküm çeşitleri belirtilmiş ve kovuşturamaya yer olmadığı kararı hüküm olarak sayılmamıştır. Bu nedenle de kanaatimizce kovuşturamaya yer olmadığı kararı kesin hüküm teşkil etmemektedir.

2.6.3 CMK M. 171/1 Kapsamında Kovuşturamaya Yer Olmadığı Kararı Verilen Hallerde Müsadere Hükümlerinin Uygulanıp Uygulanmayacağı

CMK 256. maddesinde müsadere kararı verilmesi gereken hâllerde, kamu davası açılmamış veya kamu davası açılmış olup da esasla beraber bir karar verilmemişse; karar verilmesi için, Cumhuriyet savcısı veya katılan, davayı görmeye yetkili mahkemeye başvurabileceği düzenlenmiştir.

⁵¹⁴ Yenisey/Nuhoglu, s.682,686.

⁵¹⁵ Bıçak, s. 371-372; Centel/Zafer, s. 588.

⁵¹⁶ Karakehya Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 2. Bası, Ankara, 2016, s. 423.

Gerek cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık halleri gerekse şahsi cezasızlık sebepleri faile verilecek cezanın azaltılmasını veya kaldırılmasını sağlayan nedenlerde de, eylemin kusurluluğu ve hukuka aykırılığı ortadan kalkmamakta; suç vasfını ihtiva etmeye devam etmektedir. Hukuki niteliği güvenlik tedbiri olarak kabul edilen müsadereye karar verebilmek için, varlığı ispatlanmış yasal tanıma uygun bir fiilin varlığı yeterli olduğundan suçu haksızlık içeriğine herhangi bir etkisi olmayan cezayı kaldıran bir sebep olarak etkin pişmanlık ve şahsi cezasızlık sebeplerinde müsadere kararı verilebilecektir⁵¹⁷. Bu nedenle kanaatimizce Cumhuriyet savcısı; CMK m.171/1 kapsamında takdir yetkisini kullanarak kovuşturmaya yer olmadığı kararı verdiği durumlarda da müsadere talebinde bulunabilecektir, kaldı ki uygulamada bu yöndedir⁵¹⁸.

⁵¹⁷ Altuğ, s. 237.

⁵¹⁸ Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin "6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'a muhalefet suçundan şüpheliler K.. K.. ve arkadaşları hakkında yapılan soruşturma sonucunda Gaziantep Cumhuriyet Başsavcılığınca verilen 18.02.2015 tarihli ve 2014/60130 soruşturma 2015/4724 sayılı kovuşturmaya yer olmadığına dair kararını müteakip, suça konu iki adet bıçak ile bir adet kılıfın müsadere talebinin kabulüne dair (GAZİANTEP) 12. Asliye Ceza Mahkemesinin 20.02.2015 tarihli ve 2015/61 değişik iş sayılı kararını kapsayan dosyasıyla ilgili olarak; 5271 sayılı Kanun'un 259/1. maddesindeki "Suç konusu olmayıp sadece müsadereye tâbi bulunan eşyanın müsaderesine sulh ceza hâkimi tarafından duruşma yapılmaksızın karar verilir." Şeklindeki düzenlemeye nazaran müsadere talebini inceleme görevinin sulh ceza hâkimliğine ait olduğu gözetilmeksizin" Bkz. Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 09.11.2015 T., 2015/14342 E. ve 2015/24181 K. Aynı yönde Yargıtay 8. Dairesi'nin "6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'a aykırılık suçundan şüpheli F.. K.. hakkında yapılan soruşturma sonucunda Antalya Cumhuriyet Başsavcılığınca verilen 19.09.2013 tarihli ve 2013/57500 soruşturma, 2013/33927 sayılı kovuşturmaya yer olmadığına dair kararı müteakip, adli emanetin 2013/10601 sırasında kayıtlı 1 adet tabanca ve şarjörünün müsaderesi talebinin kabulü ile söz konusu tabanca ve şarjörün zoraltımına dair Antalya 7. Sulh Ceza Mahkemesinin 08.10.2013 tarihli ve 2013/966-966 değişik iş sayılı kararına yönelik itirazın kabulü ile duruşma açılarak karar verilmesi gerektiğinden bahisle" Bkz. Yargıtay 8. Dairesi'nin 20.01.2014 T., 2014/912 E. ve 2014/1110 K.

SONUÇ

Kıta Avrupası hukukuna paralel olarak Ceza Muhakemesi Kanunumuzda işbirliği sistemi benimsenmiş ve işbirliği sistemi çerçevesinde kovuşturma evresinde itham sistemi; soruşturma evresinde ise tahkik sisteminin etkin kılınmıştır. İşbirliği sistemi içerisinde kamu davasının açılması bakımından kovuşturmanın mecburiliği ilkesi benimsenmiş ve kamu davasının açılmasını talep etmede Cumhuriyet Savcısına takdir yetkisi veren maslahata uygunluk ilkesi istisnai olarak düzenlenmiştir.

Kıta Avrupası hukukuna tabi ülkelerde olduğu gibi ülkemizde de gerek yargının iş gücünün azaltılması gerekse kovuşturma mecburiliği ilkesinin eleştirilen sakıncalı yanlarının yumuşatılması amacıyla bir takım düzenlemeler getirilmiş ve kamu davasının açılmasında Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınması, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, uzlaşma, ön ödeme, son olarak basit yargılama ve seri muhakeme usulünün kabulü ile alternatif çözüm yöntemleri kabul edilmiştir.

Kanaatimizce bugün için muhakeme hukukuz bakımından ceza davasının mecburiliği ilkesi daha geçerli bir sistem olduğundan yargının iş gücünün azaltılması ve kovuşturma mecburiyeti ilkesinin aleyhe özelliklerinin bertaraf edilmesi adına alternatif çözüm yollarının benimsemesi günümüz politik, ekonomik, kültürel ve sosyo ekonomik koşullar çerçevesinde en ideal olanıdır.

CMK'nın 171 ve 175. Maddelerinin Çelişki Yaratmasına İlişkin Değerlendirmemiz

CMK'nın 175. maddesinin birinci fıkrası ile kamu davasının açılması, iddianamenin düzenlenerek görevli ve yetki mahkemeye sunulması ve mahkemece kabulü şartına bağlanmıştır. CMUK'tan farklı olarak CMK kamu davasının açılmasında yeni bir sistem benimsemiştir.

CMUK 163. madde *“Yapılan hazırlık tahkikatı sonunda, toplanan deliller kamu davasının açılmasına yeterli ise Cumhuriyet savcısı mahkemeye bir iddianame vermek suretiyle kamu davasını açar.”* hükmünü ihtiva etmekteydi ve kamu davası, Cumhuriyet savcısı tarafından hazırlanan iddianamenin mahkemeye sunulması ile açılmaktaydı. 5271

sayılı CMK ile mezkur fıkra terk edilmiş ve kamu davasının; Cumhuriyet savcısı tarafından hazırlanan iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği anda açılması benimsenmiştir.

175. madde gereğince kamu davası Cumhuriyet savcısı tarafından değil mahkemenin iddianameyi kabul kararı ile açıldığından CMK'nın 171. maddesinin başlığının “kamu davasını açmada takdir yetkisi” olarak ifade edilmesi yerinde olmamıştır. 171.ve 175. madde arasındaki anlam karmaşasının engellemesi için kanaatimizce 171. madde başlığının “kamu davası açılmasını talep etmede takdir yetkisi” olarak değiştirilmesi daha uygun olacaktır.

CMK m. 175/1 ile m. 171/1 arasındaki terminoloji çelişkisi CMK m. 175/1 ile 171/2 arasında da bulunmaktadır. Cumhuriyet savcısının kamu davası açma yetkisi kamu davasının açılmasını talep etme yetkisine dönüştürüldüğünden “Kamu davasının açılmasının ertelenmesi” ibaresi yerine “İddianamenin düzenlenmesinin ertelenmesi” ibaresinin kullanılması yerinde olacaktır.

Cumhuriyet Savcısının Kullandığı Takdir Yetkisine Gerekçe Oluşturacak Sübjektif Ölçütlere Yer Verilmemiş Olmasına İlişkin Değerlendirmemiz

Bir suçun haberini alan Cumhuriyet savcısı öncelikle hukuka uygun delilleri toplamalı ve delillerin karartılmasını önlemeli ve en son olarak CMK m. 171/1' in somut olaya uygulanıp uygulanmayacağını araştırmalıdır. CMK m.171/1'e yönelik eleştirilerden biri de savcının takdir yetkisi kullanımının yasa koyucu tarafından herhangi bir kriterle bağlanmamış olmasıdır⁵¹⁹.

Bu nedenle de savcı, takdir yetkisini kullanırken herhangi bir kriter öngörülmediğinden, aynı olayla ilgili kimi savcı iddianame düzenleyerek kamu davasının açılmasını talep edecekken kimi savcı ise kovuşturmayaya yer olmadığına karar verebilecektir. Ki bu durumda, uygulamada yeknesaklık sağlamayacaktır. Hiçbir hukuksal ölçüt aranmadan sadece şahsi cezasızlık nedeni ve etkin pişmanlık hükümleri çerçevesinde takdir yetkisini kullanıp kullanmama savcının iradesine bırakıldığından, bu durum eşitsizliğe, suiistimallere ve keyfilığe neden olabilecektir.

⁵¹⁹ Centel/Zafer, s. 577; Ünver/Hakeri, s.1323; Yenisey/Nuhoğlu, s. 691.

Kanaatimizce, maslahata uygunluğa dayalı düzenlemeler aracılığıyla cezanın genel ve özel önleme amaçları gerçekleştirilmek isteniyorsa, failin kovuşturulmasında kamu yararının bulunmuyor olmasının ve failin kusurunun az olmasının kamu davası açmaktan vazgeçilmesi bakımından bir kriter olarak kabul edilmesi yeterli olduğundan; takdir yetkisinin sınırlandırılması için ilave sübjektif ölçüte ihtiyaç bulunmamaktadır⁵²⁰. Zira cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümleri ve şahsî cezasızlık sebepleri ile savcının takdir yetkisini kullanacağı haller sınırlandırılmıştır. Kamu davasının açılmasında savcı takdir yetkisini kullanırken failin kusurun ağırlığını ve kusurlu şekilde yol açılan netice açısından özel ve genel önleme düşüncesini esas alması da diğer bir kıstastır⁵²¹. Kaldı ki savcı takdir yetkisini iddianamenin düzenlenmesi yönünde kullansa dahi, yapılan yargılama neticesinde yüksek muhtemel fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir.

Kaldı ki, CMK m.171/1, Cumhuriyet savcısına sınırsız bir takdir yetkisi vermemektedir ve tanınan takdir yetkisinin asıl amacı mahkemelerdeki iş yığılmasının ve bu yığılmadan kaynaklanan kalite ve etkinlik yetersizliğinin önüne geçebilmektir⁵²². Mezkur fıkra kapsamında tanınan takdir yetkisinde fail tarafından işlenmiş bir suç bulunsu dahi, failin cezalandırılmasını engelleyen nedenler mevcuttur. Bu nedenle de yasa koyucu uzun yıllar sürecektir kovuşturma neticesinde elde edilecek değişmez sonucu, soruşturma neticesinde elde etmeyi hedeflemiştir. Zira fıkra kapsamındaki hallerde; fail hakkında; yargılama neticesinde mahkumiyet kararı verilmeme ihtimali, mahkumiyet kararı verilme ihtimalinden daha yüksektir.

Son olarak belirtelim ki; mezkur fıkradaki sakınca, olsa olsa failin değil mağdurun/suçtan zarar görenin himaye edilmemesi olabilecektir. Savcı takdir yetkisini; iddianamenin düzenlenmesi yönünde kullansa dahi, etkin pişmanlık ya da şahsî cezasızlık sebebinin bulunması halinde fail hakkında verilecek olan karar ceza verilmesine yer olmadığı kararı olacak fail hakkında mahkumiyete hükmedilmeyecektir. Oysa ki, savcı takdir yetkisini kullanırken somut olayın muhakemesinde ya da etkin pişmanlık ve şahsî cezasızlık sebeplerinin varlığında herhangi bir hata yapması halinde, failin kovuşturulamamasına neden

⁵²⁰ Aynı yönde Jehle'nin görüşleri için bkz. Kudlich, s. 362.

⁵²¹ Aynı yönde Volker'in görüşleri için bkz. Kudlich, s. 363.

⁵²² Madde Gerektirisi "Tasarının temel amacı yargılamanın, adil yargılama ilkesine tam sadık kalınarak sür'atlandırılması 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."

olacak ve failin eylemi cezasız kalacaktır. Bu nedenle de, savcının takdir yetkisini kullanırken yaptığı bir hata neticesinde failin cezasız kalmasını engellemenin yegane yolu detaylı açıkladığımız üzere savcının kovuşturamama kararına karşı başvurulabilecek idari ya da adli bir denetim mekanizmasının getirilmesidir.

Ayrıca savcının takdir yetkisini kullanırken yasa koyucu tarafından herhangi bir subjektif ölçüte yer verilmemesinin birtakım sakıncalara yol açacağını savunan yazarlar, subjektif ölçütlerle ilgili somut bir tespit de bulunmamış, söz konusu subjektif ölçütlerin nelerden ibaret olduğu ile ilgili bir değerlendirme yapmamışlardır.

Takdir Yetkisinin İstisnaları Yönünden Değerlendirmemiz

Yasa koyucu 17/10/2019 tarihli 7188 sayılı kanun ile 171. maddeye 6. fıkrayı eklemek suretiyle 171. madde hükümlerinin a) Suç işlemek için örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçları ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar, b) Kamu görevlisi tarafından görevi sebebiyle veya kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen suçlar ile asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlar, c) Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar, hakkında uygulanmayacağını düzenlemiştir.

Mezkur fıkranın, kamu davasının açılmasının ertelenmesi maddesinin altında düzenlenmesi nedeniyle sadece Cumhuriyet savcının ertelemeye karar verdiği durumlarda mı bir istisna teşkil edeceği yoksa; “*bu madde hükümleri*” ibaresiyle gerek 1. fıkra gereği savcının kamu davasının açılmasını talep ederken sahip olduğu gerekse 2. fıkra gereği kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verirken sahip olduğu; her iki takdir yetkisi için mi istisna teşkil edeceği madde metninden tam anlaşılamamaktadır. Lakin kanaatimizce CMK 171 iki yönlü bir takdir yetkisi öngördüğü için hem maddenin 1. fıkrası hem de 2. fıkrası gereğince savcının takdir yetkisine bir sınırlandırma tesis edilmek istenmiştir.

Yasa değişikliğinden önce suç işlemek için örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçları ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından TCK m. 221 ile cezayı kaldıran etkin pişmanlık hükümleri gereği Cumhuriyet savcısına, CMK.m.171/1 uyarınca takdir yetkisi tanınmaktaydı. Lakin 171. maddeye eklenen 6. fıkra ile Cumhuriyet savcısının takdir yetkisi kaldırılmıştır. Bu bağlamda örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçları ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından Cumhuriyet savcısı kamu davasının açılmasını talep etmek mecburiyetindedir.

Altıncı fıkra gereğince Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini sınırlandıran bir diğer durum ise, kamu görevlisi tarafından görevi sebebiyle veya kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen suçlar ile asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlardır.

Cumhuriyet savcının takdir yetkisine istisna getiren 6. fıkranın b bendi uyarınca “kamu görevlisi tarafından görevi sebebiyle işlediği suçlar” ibaresi ile hangi grup görev suçunun kastedildiği de tartışılması gereken bir diğer husustur. Kanaatimizce mezkur fıkra gereğince görev suçunu dar yorumlamak ve birinci grupta tanımlanan görev suçlarını esas almak daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

Öte yandan mezkur 6. fıkra gereğince rüşvet alan kamu görevlisi bakımından cezayı kaldıran etkin pişmanlık hükümleri uygulanamayacak ve takdir hakkını kullanan Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararı veremeyecektir.

Kanaatimizce mezkur fıkra ile kamu görevlisinin soruşturma aşamasında etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanamaması yerinde bir düzenleme olmamıştır. Zira rüşvet suçu için etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanabilme somut kıstaslara bağlanmıştır. Pişmanlık göstererek rüşvete konu şeyi soruşturma makamlarına aynen teslim eden kamu görevlisinin etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanması; rüşvet suçuna katılan diğer şeriklerin ortaya çıkması ve suçla mücadelede bakımından da önem arz etmektedir. Kaldı ki; soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığına karar veremeyeceği için, kamu görevlisi hakkında kamu davası açılacak ve ancak kovuşturma aşamasında hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilebilecektir⁵²³. Ki bu husus da hem dava yoğunluğunun artmasına neden olacak hem de uzun süren yargılama süreci failin adalet duygusunu sarsacak ve etkin pişmanlık müessesinin amacına ulaşmasını da engelleyecektir.

Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararına Karşı Kanun Yolunun Öngörülmemiş Olması Yönünden Değerlendirmemiz

Cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığına karar verebilecektir. Lakin bu karara karşı itiraz hakkı tanınmamıştır.

⁵²³ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 1070.

CMK m.171/1 kapsamında Cumhuriyet savcısının takdir hakkını kullanarak verdiği kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı denetim mekanizması ya da kanun yolunun öngörülmemiş olması doktrinde eleştirilere neden olmuştur. Takdir yetkisi özü itibariyle denetlenebilen bir yetkidir bu nedenle düzenlemenin haklı bir gerekçesi ve amacı bulunmamaktadır. Savcıya tanınan takdir yetkisinin koşullarının var olup olmadığının ve yetkinin hukuka uygun kullanıp kullanılmadığının denetlenmesi en nihayetinde takdir yetkisini ortadan kaldırmayacak aksine keyfi kullanımları engelleyecektir. Bu nedenle de CMK 173/5 hükmü metinden çıkarılmalı ve toplum savcının inisiyatifine bırakılmamalıdır.

Kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı itiraz haricinde başka bir kanun yoluna başvurma imkanının olup olmadığı öğretide tartışmalı bir diğer konudur. İlk görüşe göre; adli denetim mekanizmasının işletilemediği yerde, idari denetim mekanizması evleviyetle işletilemeyecektir. Yargısal yolu kapatan yasa koyucunun amacı ve iradesi, herhangi bir kanun yoluna gidilememesi olduğundan Cumhuriyet başsavcılığına müracaat olanağı bulunmamaktadır.

İkinci görüşe göre ise, CMK m. 173/5 idari denetimi yasaklamamaktadır ve savcı kovuşturmaya yer olmadığı kararının kaldırılması ve iddianamenin düzenlenmesi talebiyle, bağlı bulunduğu başsavcılığa başvurarak davanın açılması için iddianamenin düzenlenmesini isteyebilecektir. Zira, idari denetimi yasaklayan bir hüküm bulunmadığı gibi aksinin kabulü hukuk devleti ilkesine de aykırılık teşkil edecektir.

Kanaatimizce; 5. fıkra hem adli hem de idari denetimi engellemektedir ve mevcut uygulamada da karara karşı herhangi bir denetim yolu işletilememektedir. Şöyle ki, fıkranın lafzı ve ruhu itibariyle yasa koyucu; takdir yetkisini kullanan Cumhuriyet savcısının, kovuşturmaya yer olmadığı kararını denetim dışı bırakmak ve savcıya sorgulanamaz bir takdir yetkisi tanımak istemiştir.

Mezkur fıkra ile kovuşturmaya yer olmadığı kararının denetim dışına çıkarılmasına ilişkin doktrindeki haklı eleştirilere katılıyoruz. Tezimizin 2. bölümünde de detaylı şekilde anlattığımız üzere kişiler hakkında; şahsi cezasızlık sebepleri ile cezayı kaldıran etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için failin pişmanlık göstermesi gibi genel ya da her suça özgü bir takım farklı koşul ve unsurlar bulunmaktadır. Değindiğimiz gibi söz konusu koşul ve unsurlarla ilgili dahi gerek doktrinde gerekse Bölge Adliye Mahkemeleri ve

Yargıtay'da görüş aykırılıkları, farklı içtihatlar bulunmaktadır. Bu nedenle somut olayda; şahsi cezasızlık sebepleri ile cezayı kaldıran etkin pişmanlık hükümlerinin uygulamasını savcının tespit ve değerlendirmesine bırakarak savcının hiçbir hukuki ya da maddi hata yapmamasını beklemek de çok doğru değildir.

Kimi yazarlar tarafından ileri sürülen⁵²⁴; fıkranın kişilerin haksız yere sanık sıfatına ve uzun süren yargılamaya maruz bırakılarak toplum nazarında mahkum edilmelerine karşı bir güvence sağladığına yönelik görüşü makul bulsak da katılmıyoruz. Şüphesiz kovuşturmayaya yer olmadığı kararı ile kişi uzun yıllar sürecektir bir yargılama ile sanık sıfatının getireceği maddi ve manevi zorluklardan korunacaksa da; aksi bir durumda fail hakkında yargılama neticesinde yaptırıma hükmedilmeyecek, suç cezasız bırakılmış olacak bu durum da toplumun adalete olan inancını zedeleyecektir. Ayrıca durumu adalet terazisinde tarttığımızda da kanımızca, savcının maddi ya da hukuki hatası neticesinde hakkında kamu davası açılmayarak cezai yaptırımdan kurtulan failin bulduğu kefe, sanık sıfatının getireceği maddi ve manevi zorluklardan daha ağır basacaktır.

CMK M. 173 Gereğince Kovuşturmayaya Yer Olmadığı Kararına Karşı İtiraz Hakkının Faile De Tanınması Yönünden Değerlendirmemiz

CMK m. 173 gereğince kovuşturmayaya yer olmadığı kararına karşı itiraz hakkının suçtan zarar görene tanındığı gibi faile de tanınması gerektiği maddeye getirilen diğer bir eleştiridir. CMK m. 171/2 “ *Suçtan zarar gören veya şüpheli, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararına karşı 173 üncü madde hükümlerine göre itiraz edebilir.*” hükmü ile her iki tarafa da erteleme kararına karşı itiraz hakkı tanımıştır. Lakin gerek diğer kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarında gerekse erteleme kararı neticesinde verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarında faile itiraz kanun yoluna başvurma hakkı tanınmamıştır. Kanaatimizce de, aklanma ve adil yargılanma hakkı çerçevesinde erteleme kararına itiraz hakkı faile de tanınmalıdır.

CMK 171/1 Kapsamında Verilen Kovuşturmayaya Yer Olmadığı Kararının Kesin Hüküm Olup Olmaması Yönünden Değerlendirmemiz

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu kovuşturmayaya kararının geri alınabilmesini bir ön koşula bağlamıştır ve bu koşulda kovuşturmayaya karar verildikten sonra yeni bir delilin

⁵²⁴ Kartal, s.118

ortaya çıkmasıdır. CMK m. 172/2 uyarınca kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildikten sonra yeterli şüphe oluşturacak yeni delil elde edilmedikçe ve bu hususta sulh ceza hakimliğince bir karar verilmedikçe aynı fiilden dolayı kamu davası açılmayacaktır.⁵²⁵

Yeni delil, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiği sırada dosyada mevcut olmayan, değerlendirmeye alınmayan delildir. CMK 171/1 kapsamında yeni delil ile anlaşılması gereken cezayı kaldıran etkin pişmanlık halleri ile şahsi cezasızlık sebeplerinin koşul ve varlığına ilişkin elde edilen yeni bulgulardır⁵²⁶. Yeni delili savcı bizzat öğrenebileceği gibi, mağdur, suçtan zarar gören ya da üçüncü kişiler vasıtasıyla da öğrenebilecektir.

Kanun koyucu kovuşturmama kararı verildikten sonra aynı olaya ilişkin aynı kişi hakkında dava açılabilmesi bakımından eski delil durumunda bir değişiklik olması koşulunu arayarak, savcılarının keyfi davranışlarda bulunmamasını teminat altına almak istemiştir. Bu nedenle de kanaatimizce CMK m. 171/1 kapsamında verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararı kesin hüküm teşkil etmemelidir. Zira cezayı kaldıran etkin pişmanlık halleri ile şahsi cezasızlık sebeplerinin koşul ve varlığında yeni bir delil elde edilmesi halinde sulh ceza hakimliğinin kararı ile iddianamenin düzenlenmesi hem maddi gerçeği ortaya çıkarılması açısından önemli hem de mağdurun lehinedir. Ayrıca CMK'nın 223. maddesinde hüküm çeşitleri belirtilmiş ve kovuşturmaya yer olmadığı kararı hüküm olarak sayılmamıştır. Bu nedenle de kanaatimizce kovuşturmaya yer olmadığı kararı kesin hüküm teşkil etmemektedir.

CMK M. 171/1 Kapsamında Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararı Verilen Hallerde Müsadere Hükümlerinin Uygulanıp Uygulanmayacağı Yönünden Değerlendirmemiz

Gerek cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık halleri gerekse şahsi cezasızlık sebepleri faile verilecek cezanın azaltılmasını veya kaldırılmasını sağlayan nedenlerse de, eylemin hukuka aykırılığı ortadan kalkmamakta ve eylem suç vasfını ihtiva etmeye devam etmektedir. Bu nedenle kanaatimizce Cumhuriyet savcısı; CMK m.171/1 kapsamında takdir yetkisini kullanarak kovuşturmaya yer olmadığı kararı verdiği durumlarda da müsadere talebinde bulunabilecektir.

⁵²⁵ Centel/Zafer, s. 588.

⁵²⁶ Meraklı, s.127.

Şahsi Davaya İlişkin Değerlendirmemiz

CMUK m. 344 ile suçtan zarar görene hem sınırlı sayıdaki suçlar için doğrudan doğruya dava açma; hem de, Cumhuriyet savcısının verdiği takipsizlik kararı üzerine davasını bizzat takip edebilme imkanı tanımıştır. 5271 Sayılı CMK'da şahsi dava ve şahsi hak davası kurumlarına yer verilmemiştir. Kanaatimizce şahsi dava ile; CMK m.171/1 kapsamında Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini kullanırken somut olayın muhakemesinde ya da etkin pişmanlık ve şahsi cezasızlık sebeplerinin varlığında bir hata yapması ile ya da tamamen siyasi saikle verdiği kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı suçtan zarar gören ve mağdura ek bir teminat tanınabilir. Böylece kovuşturma mecburiyeti ilkesinin sakıncalarının giderilmesi de sağlanmış olacaktır. Suçtan zarar gören kamu davasını açmak ve yürütmek suretiyle kendi şahsi haklarını korurken, failin de cezasız kalması engellenecektir.

Kunter, savcının keyfi davranarak iş yükünü azaltmak amacıyla ya da siyasi baskı, ikbal gayesi neticesinde önüne gelen bir suçu takipsiz bırakması mümkün olduğunu lakin bu durumun engellenmesi için şahsi davaya ihtiyaç olmadığını, Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kovuşturama kararına karşı itiraz (kovuşturma davası) yoluna gidilmesi olanaklı olduğunu ileri sürmüştür. Bu cihetle aksi bir muhakeme ile CMK m.171/1 kapsamında verilen kovuşturama kararına karşı idari ya da adli bir denetim imkanının tanınması görüşümüz öncelikli olmakla, ikinci bir seçenek olarak, özellikle üst sınırı 2 yıl ve üzeri olan suçlar bakımından suçtan zarar görene şahsi dava açma imkanının da tanınabileceği kanaatindeyiz.

Son olarak belirtelim ki, maslahata uygunluk ilkesinin ceza hukukunun son araç olma karakterinin muhafaza edilmesi noktasında destekleyici bir özelliğe ve mahkemelerin iş yükünü hafifletici niteliği dikkate alındığında; denetlenebilir ve etkin bir takdir yetkisine sahip Cumhuriyet savcısı mağdur ile sanık arasındaki uyuşmazlığı en etkin ve hızlı çözebilecek yegâne makamdır.

KAYNAKÇA

Akbulut Berrin, Aksan Murat, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma**, Seçkin, 2. Bası, Ankara, 2019.

Akbulut Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet, 7. Bası, Ankara, 2020.

Akbulut Berrin, **Delil Değerlendirme Yasakları**, Fasikül Hukuk Dergisi, C. 2, S. 13, 2010.

Akıllıoğlu Tekin, **Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler**, Amme İdaresi Dergisi, C. 24, S. 2, 1991.

Akyazan Ahmet Emrah, **Maddi Açından İdari İşlemler**, TBBD, S. 85, 2009.

Akyılmaz Bahtiyar, Sezginer Murat, Kaya Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Seçkin, 14. Bası, Ankara, 2021.

Aldemir Hüsnü, **Ceza Yargılamasında Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulü**, Adalet, Ankara, 2020.

Alpar Erol, **Yönetimin Hareket Serbestisi Alanının Yargısal Denetimi Ve Sınırları**, Danıştay yayınları, Ankara, 1990.

Artuç Mustafa, **Kişilere Karşı Suçlar**, Adalet, 2.Bası, Ankara, 2018.

Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet, Alşahin Mehmet Emin/Çakır Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet, 14. Bası, Ankara, 2020.

Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet, Alşahin M. Emin, Çakır Kerim, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Adalet, 18.Bası, Ankara, 2019.

Aslan Ahmet, **Cumhuriyet Savcısı ve Soruşturma**, Adalet, 6. Bası, Ankara, 2018.

Aslan Olcay, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş, Ankara, 2019.

Arslantürk Mustafa, **Etkin Pişmanlık, Vazgeçme, Cezasızlık**, Seçkin, Ankara, 2018.

Arslan Sadettin, **Soruşturma Evresi**, Seçkin, Ankara, 2007.

Aşık Mustafa Aydın, **6763 ve 7188 Sayılı Yasa Değişiklikleri ile Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma**, Seçkin, Ankara, 2020.

Atay Ender Ethem, **İdare Hukuku**, Seçkin, 2. Bası, Ankara, 2019.

Aydın Çağrı Kan, **Organ Veya Doku Ticareti Suçu**, ABD, S. 1, 2011.

Ayhan Tanfer Hüseyin, **Cumhuriyet Savcısının Kamu Davası Açmada Takdir Yetkisi**, Seçkin, Ankara, 2013.

Bacaksız Pınar, **İddianame Pazarlığı (Plea Bargaining)**, Ceza Hukuku Dergisi, S. 7, 2008.

Baki Ensar, **CMK m.171/1 Uyarınca Cumhuriyet Savcısının Kamu Davası Açmada Takdir Yetkisi**, yüksek lisans tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011.

Baki Ensar, Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Ankara, 2016.

Balo Yusuf Solmaz, **Abd Hukukunda Savcılık Kurumu**, Seçkin, Ankara, 2013.

Balo Yusuf Solmaz, Çetintürk Ekrem, **Amerika Birleşik Devletleri Ceza Hukuku Uygulamasında Savcı-Sanık Pazarlığı ve Türkiye'de Uygulanabilirliği**, GÜHFD, C. 17, S. 1-2, 2013.

Balta Tahsin Bekir, **İdare Hukuku**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970.

Başpınar Recep, **İdarenin Takdir Yetkisinin Yargı Denetimine Tabi Tutulması**, Ankara, Danıştay Dergisi, S. 3, 1971.

Bayraktar Köksal, Kızıroğlu Keskin Serap, Yıldız Ali Kemal, Zafer Hamide, Retornaz Aksoy Eylem, Akyürek Güçlü, Evik Vesile Sonay, Evik Ali Hakan, Kangal Zeynel T., Kartal Memiş Pınar, Sınar Hasan, Altunç Sinan, İnceoğlu Aytekin Asuman, Bozbayındır Bostancı Gülşah, Eroğlu Fulya, **Genel Tehlike Yaratan Çevreye Karşı Ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar**, Oniki Levha, İstanbul, 2019.

Bayraktar Köksal, Yıldız Ali Kemal, Retornaz Aksoy Eylem, Akyürek Güçlü, Evik Ali Hakan, Kangal Zeynel T., Kartal Memiş Pınar, Sınar Hasan, Evik Sonay Vesile, Altunç Sinan, İnceoğlu Aytekin Asuman, Bozbayındır Bostancı Gülşah, Erman Ragıp Barış, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, Oniki Levha, C. 4, İstanbul, 2018.

Bıçak Vahit, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin, 4.Bası, Ankara, 2018.

Bıkmaz Raif, **Ceza Yargılamasında Alternatif Çözüm Uzlaştırma**, İstanbul, 2018.

Birtek Fatih, **İkrar**, Adalet, Ankara, 2018.

Bozbayındır Ali Emrah, **DR. H.C. Silvia Tellenbach'a Armağan**, Seçkin, Ankara, 2018.

Bozkurt Gülnihal, **Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839-1939)**, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1996.

Centel Nur, Zafer Hamide; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta, 16. Bası, İstanbul, 2019.

Çağlayan Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri**, Adalet, 6. Bası, Ankara, 2019.

Çakmak N. Münici, **İdare Hukukunda Kamusal Olarak Kamu Yararı**, Seçkin, Ankara, 2013.

Çetin Soner Hamza, **Kullanmak İçin Uyuşturucu Veya Uyarıcı Madde Satın Almak, Kabul Etmek, Bulundurmak Ya Da Uyuşturucu Veya Uyarıcı Madde Kullanmak Suçu**, AÜHFD, C.4, S. 65, 2016.

Çiftçioğlu Cengiz Topel, **Cumhuriyet Savcısının Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Kararı Ve Denetimi**, Seçkin, Ankara, 2014.

Değirmenci Olgun, **Onarıcı Adalet Uygulaması Olarak Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma**, Seçkin, Ankara, 2020.

Demir Abdullah, **Hukuki Terimler Sözlüğü**, Astana, Ankara, 2017.

Dönmez Burcu, **Ceza Muhakemesinde Görev Suçu**, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017.

Dönmez Burcu, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Çapraz Sorgu**, Seçkin, 2. Bası, Ankara, 2019.

Dönmezer Sulhi, Erman Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Beta, 12. Bası, C. 3, İstanbul, 1997.

Dönmezer Sulhi, **Kişilere Ve Mala Karşı Cürümler**, Beta, 17.Bası, İstanbul, 2004.

Ercan İsmail, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Kuram, 14. Bası, Kocaeli, 2018.

Erdem Mustafa Ruhan, **Suçu Bildirmeme Suçu**, TBBD, S. 80, Ocak-Şubat 2009.

Erem Faruk, Danışman Ahmet, Artuk Mehmet Emin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, 14. Bası, Ankara, 1997.

Erem Faruk, **Ceza Usulü Hukuku**, Sevinç Matbaası, 5. Bası, Ankara, 1978.

Erman Sahir, Özek Çetin, **Ceza Hukuku Özel - Kamu Güvenliğine Karşı İşlenen Suçlar** (TCK 316-368), Alfa, 1996.

Erman Sahir, Özerk Çetin, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, Dünya, İstanbul, 1994.

Ertemür Hazal, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Uzlaştırma**, Seçkin, Ankara, 2021.

Eser Albin **Ceza Muhakemesi Hukuku İlkelerindeki Değişme: Ceza Muhakemesi Tekrar Özelleşiyor mu?**, Marmara Üniversitesi yayınları İstanbul, İstanbul, 1993.

Esmein Adhemar, **Ceza Muhakemesi Sistemleri**, Ceza Hukuku Dergisi, C. 11, S. 31, 2016.

Feyzioğlu Metin, **5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit Ve Değerlendirmeler**, TBBD, S. 62, Ocak-Şubat 2006.

Feyzioğlu Metin, **Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre İddianamenin Hazırlanmasına ve Kabulüne İlişkin Bazı Düşünceler**, CHD, S. 1, 2006.

Feyzioğlu Metin, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, US-A yayınları, Ankara, 1996.

Gedik Doğan, **Ceza Muhakemesi Kanunu 171. Madde Bağlamında Cumhuriyet Savcısının Kamu Davası Açmada Takdir Yetkisi**, İstanbul Barosu Dergisi, C. 82, S. 52, 2008.

Giyik Abdulkaki, **İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu**, TBBD, S. 134, Ocak-Şubat 2018.

Gökçen Ahmet, Balcı Murat, **Organ Ve Doku Ticareti Suçları**, MÜHFHAD, C. 19, S. 2, 2013.

Gümüşay Arif, **Yeni Değişiklikler Işığında Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi**, Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi, C. 4, S. 1, 2021.

Günay Erhan, **Öğreti Ve Uygulamada Yeni Türk Ceza Kanunundaki Etkin Pişmanlık Ve Gönüllü Vazgeçme**, Seçkin, Ankara, 2006.

Günay Meryem, **Uyuşturucu Veya Uyarıcı Madde İmal Ve Ticareti Suçlarında Etkin Pişmanlık**, TBBD, S.133, 2017.

Günday Metin, **İdare Hukuku**, Ankara, İmaj, 2011.

Hafızoğulları Zeki/Özen Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, Ankara, 2019.

Hakeri Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet, 22.Bası, Ankara, 2019.

Ildırar Elif, **Seri Muhakeme Usulü**, Seçkin, Ankara, 2021.

İçel Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Beta, 5. Bası, İstanbul, 2018.

İçer Zafer, **Yalan Tanıklık Suçu**, MÜHFHAD, S. 18, 2012.

Kalabalık Halil, **İdare Hukuku Dersleri**, Seçkin, 2. Bası, C. 2, Ankara, 2021.

Karabulut Ferhat, Karapazarlıoğlu Ersin, Tosun Hamza, **Ceza Muhakemesinde Deli Kavram ve Kovuşturma Sürecinde Hakimlerin Delil Algısı**, TBB Dergisi, S. 120, 2015.

Karakehya Hakan, Tunçer Asuman İnce, **Seri Muhakeme Usulünün Adil Yargılanma Hakkı Ve Diğer Bazı Anayasal İlkeler Açısından Değerlendirilmesi**, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1, 2021.

- Karakehya Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 2. Bası, Ankara, 2016.
- Karakehya Hakan, **Modern Cezalandırma Sistemlerinin Büyük Anlatıları**, İÜHFM, C. 66, S. 1, 2008.
- Karatepe Şükrü, **İdarenin Takdir Yetkisi**, Türk İdare Dergisi, S. 392, 1991.
- Kartal Melik, **Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Kamu Davasının Açılmasında Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi**, 12. Levha Yayınları, İstanbul, 2015.
- Kaşlı Enver, **Ceza Adaleti Sisteminde İtham Pazarlığı (Pleabargaining)**, Seçkin, Ankara, 2017.
- Keyman Selahattin, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Savcılık**, AÜHF Yayınları, 1970.
- Kezer Ahmet, **30 Soru ve Yanıtta Seri Muhakeme Usulü ve Basit Yargılama Usulü**, Adalet, Ankara, 2019.
- Kılınç Gülay Uçar, **TCK Genel Hükümler Kapsamında Ceza Mahkemelerinde En Sık Karşılaşılan 444 Uygulama Hatası Ve Bozma Nedeni**, Adalet, Ankara, 2020.
- Kırışık Fatih, **Kamu Yönetiminde Takdir Yetkisi Kullanımı ve Yargısal Denetimi**, Ekin, Ankara, 2016.
- Kızıllarslan Hakan, **7188 Sayılı Kanun'la Ceza Muhakemesi Hukukuna Getirilen Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri**, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 183 – 184, 2019.
- Koçak Mehmet Faruk, **Karşılıksız Yaralanma Suçları**, MUHFHAD, C. 25, S. 1, 2019.
- Koca Mahmut, Üzülmüş İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, 13. Bası, Ankara, 2020.
- Koca Mustafa, **Ceza Muhakemesinde Basit Yargılama Usulü**, İMÜHFD, C. 7, S. 2, 2020.
- Koca Mustafa, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller**, Ceza Hukuku Dergisi, S. 2, 2006.
- Kocasakal Ümit, **Suç Bildirmeme Suçu**, Vedat, İstanbul, 2017.
- Kocaoğlu Serhat Sinan, **Türk Ceza Muhakemesi Sisteminde Silahların Eşitliği İlkesini Gerçekleştirebilmek İçin Bir Reform Önerisi (Amerika Birleşik Devletleri Ceza Muhakemesi Sistemine Savunma Ve Müdafî Perspektifinden Mukayeseli Bir Bakış)**, ABD, S. 4, 2010.
- Köksal Ayhan, **Anglo-Sakson Hukuku Ceza Muhakemesinde İtham Fonksiyonu**, İÜHFM, C. 29, S. 1-2.

Kudlich Hans, **Akademik Bakış: Ceza Muhakemesinde Kovuşturma Mecburiyeti ve Maslahata Uygunluk İlkeleri Arasındaki Denge**, Ceza Hukuku Dergisi, C. 17, S. 19, 2012.

Mahmutoğlu Fatih Selami, **Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda Yaptırım Rejimi**, Kazancı, İstanbul, 1995.

Malkoç İsmail, **Adalet Hizmetlerinin Yürütülmesine Karşı Suçlar**, TBB yayınları, C. 1, Ankara, 2004.

Meraklı Serkan, **Cumhuriyet Savcısının Kamu Davasını Açmada Takdir Yetkisi**, Seçkin, Ankara, 2014.

Meraklı Serkan, **Parada Sahtecilik Suçu**, MÜHFHAD, C. 26, S. 2, Aralık 2020.

Mustafa Ruhan Erdem, Candide Şentürk, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Yeni Bir Kurum Olarak Seri Muhakeme Yöntemi**, Ceza Hukuku Dergisi, C. 14, S. 41, 2019.

Ortaylı İlber, **Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti'nde Kadı**, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2015.

Önder Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Beta, 2. Bası, İstanbul, 1992.

Özen Mustafa, **Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri**, Adalet, 4.Bası, Ankara, 2019.

Özbek Veli Özer, Doğan Koray, Bacaksız Pınar, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin, 14.Bası, Ankara, 2021.

Özbek Veli Özer, Doğan Koray, Bacaksız Pınar, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Seçkin, 16.Bası, Ankara, 2021.

Özbudun Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin, 18. Bası, Ankara, 2019.

Özen Muharrem, Köksal Atacan, **Önödeme ve Bazı Çözüm Önerileri**, AÜKFD, C. 70, S. 2, 2021.

Özgenç İzzet, Şahin Cumhur, **Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler**, GUHFD, 2002/1-2.

Özgenç İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, 15.Bası, Ankara, 2019.

Özkan Gürsel, **Hukuk Devleti Ve Yargı Denetimi**, Saydam Matbaacılık, Ankara, 1995.

Özkorkut Nevin Ünal, **Osmanlı Hukukunda Müdde-i Umumilik**, Turhan, Ankara, 2016.

Öztürk Bahri, **Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin, 8. Bası, Ankara, 2021.

Öztürk Bahri, **Ceza Muhakemesi Kanunun 3. Yılı**, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul, 2009.

Öztürk Bahri, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti**, Ankara, 1991.

Öztürk Neslihan, **Yalan Tanıklık Suçu**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2016.

Parlar Ali, Öztürk Mustafa, **İftira, Yalan Tanıklık ve Gerçeğe Aykırı Bilirkişilik Suçları**, Aristo, İstanbul, 2017.

Seçkin Sinan, Üstün Gül, **İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi**, MÜHFHAD, C. 21, S. 2, 2015.

Soyaslan Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin, 11. Bası, Ankara, 2016.

Soyaslan Doğan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yetkin, 8. Bası, Ankara, 2020.

Şahin Cumhur, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, Seçkin, 7. Bası, Ankara, 2016.

Şahin Cumhur, **Ceza Muhakemesinde Uzlaşma**, SÜHFD, C. 6, S. 1-2, 1998.

Şahin Cumhur, Göktürk Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, Seçkin, 12. Bası, Ankara, 2021.

Şahin Meral Ekici, **Taksirli Suçlarda Ceza Sorumluluğunu Etkileyen Şahsi Neden: Failin Kişisel Ve Ailevi Durumu**, BÜHFD, C. 13, S. 165-166, 2018.

Şahin Cumhur, Göktürk Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin, 4. Bası, Ankara, 2021.

Şen Ersan, **Taksirli Suçlarda Şahsi Cezasızlık Hali**, www.hukukihaber.net

Tan Hülya, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma**, Seçkin, Ankara, 2020.

Taneri Gökhan, **Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulü**, Seçkin, Ankara, 2021.

Taşkın Şaban Cankat, **7188 Sayılı Kanun ile Ceza Muhakemesi Kanunu'na Getirilen “ Basit Yargıma Usulü “ Hakkında Tespit ve Değerlendirmeler**, ÇÜHFD, C. 5, S. 1, 2020.

Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Önok Murat R., **Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Seçkin, 17. Bası, Ankara, 2019.

Tezcan Durmuş, Oktar Salih, Nuhoglu Ayşe, Demirağ Fahrettin, **Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı**, TBB Yayınları, 3. Bası, Ankara, 2018.

Toroslu Nevzat, Feyzioğlu Metin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş, Ankara, 2021.

- Toroslu Nevzat, Toroslu Haluk, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş, 9. Bası, Ankara, 2018.
- Tosun Öztekin, **Ceza Davasının Açılmasında Sistemler**, İHFM, C. 34, S. 1-4, 1969.
- Töngür Ali Rıza, Çetintürk Ekrem, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet, Ankara, 2020.
- Töngür Ali Rıza, **Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme**, Adalet, Ankara, 2009.
- Tunçer Asuman İnce, **Yalan Tanıklık Suçu**, Seçkin, Ankara, 2020.
- Turhan Faruk, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Asil, Ankara, 2006.
- Uğurlubay Ayhan Aygörmaz, Haydar Nuran, Korkmaz Mehmet, **Seri Muhakeme Usulüne İlişkin Sorunlar**, ASBÜHFD, S. 2, 2019.
- Ünver Gülsüm Soylu, Engür Seçil Nergis Karaman, **Seri Muhakeme Usulü**, Adalet, Ankara, 2020.
- Ünver Yener, Duttge Gunnar, **Rauschgift, Suchmittel Und Strafrecht Uyuşturucu Ve Uyarıcı Maddeler Ve Ceza Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2019.
- Ünver Yener, Hakeri Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet, 17. Bası, Ankara, 2020.
- Ünver Yener, Hakeri Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet, 15. Bası, C. 1, Ankara, 2019.
- Ünver Yener, **İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, Suçu İhbar Etmemek Suçları (TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar)**, Seçkin, 6.Bası, Ankara, 2021.
- Üzülmez İlhan, **Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257)**, GÜHFD, C. 14; S. 1, 2012.
- Yarsuvat Duygun, **Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan**, GÜHFD, C. 1, 2010.
- Yaşar Osman, Gökcan Hasan Tahsin, Artuç Mustafa, **Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Adalet, C. 4, Ankara, 2010.
- Yayla Mehmet, **Ceza Yargılamasında İspat İçin Yenilmesi Gereken Şüphe Türkiye ve Amerika Birleşik Devletleri Sistemlerinin İncelenmesi**, ABD, S. 3, 2013.
- Yavuz Hakan, **Ceza Muhakemesinde Kovuşturmaya Alternatif Yöntemler**, Adalet, Ankara, 2020.
- Yenisey Feridun, Nuhoglu Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin, 9. Bası, Ankara, 2021.
- Yerdelen Erdal, Özbek Mustafa Serdar, Altuntaş Şeyda, Boz Burak, Erdem Dilek Özge, Yılmaz Berna Ayşen, **Ceza Hukukunda Uzlaştırma**, Adalet, Ankara, 2018.

Yıldırım Ebubekir, **Türk Hukuk Sisteminde Uzlaştırma Kurumu**, Adalet, Ankara, 2020.

Yılmaz Sacit, **Çevre Hukuku Bağlamında Türk Ceza Kanunundaki Çevre Suçları**, Adalet, Ankara, 2013.

Yılmaz Sacit, **Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu**, ABD, S. 2, 2011.

Yılmaz Zahit, Apiş Özge, **Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi**, MÜHFHAD, C. 26, S. 1, 2020.

Yılmaz Zahit, **Suçluyu Kayırma Suçu**, MUHFHAD, C.18, S. 1, 2012.

Yurtcan Erdener, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, Seçkin, 9. Bası, Ankara, 2019.

Yurtcan Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku**, Seçkin, 16. Bası, Ankara, 2019.

Yurtcan Erdener, **Yargıtay Kararları Işığında Rüşvet-Zimmet-İrtikap- Görevi Kötüye Kullanma**, Adalet, 2.Bası, Ankara, 2015.

Yusuf Yaşar, **Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Temini veya Ticareti Suçları**, Gigesta, 2. Baskı, Ankara 2015.

Yücel Mustafa, **Ceza Adaletinde Sapmalar**, TBBD, S. 105, 2013.

<https://sozluk.gov.tr>.

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>

www.avukatlarasor.net

www.hukukmedeniyeti.org

www.kararara.com

www.karararama.yargitay.gov.tr

www.lexpera.com

www.sinerji.com