

TC.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

**CMK m. 171/1 UYARINCA CUMHURİYET SAVCISININ KAMU DAVASI
AÇMADA TAKDİR YETKİSİ**

Yüksek lisans Tezi

Ensar BAKİ

DANIŞMAN

Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU

Ankara- 2011

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR.....	ix
TEŞEKKÜR.....	xi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KOVUŞTURMA MECBURİYETİ VE MASLAHATA UYGUNLUK İLKELERİ

I. KOVUŞTURMA MECBURİYETİ İLKESİ VE ALT İLKELERİ... ..	3
1. GENEL OLARAK.....	3
2. KOVUŞTURMA MECBURİYETİ İLKESİNİN ALT İLKELERİ.....	14
A. Araştırma Mecburiyeti İlkesi.....	14
a. Genel Olarak.....	14
b. Mevzuattaki Düzenleme.....	19
B. Kamu Davası Açma Mecburiyeti İlkesi.....	22
a. Genel Olarak.....	22
b. Mevzuattaki Düzenleme.....	24
C. Kamu Davası Yürütme Mecburiyeti İlkesi.....	31
a. Genel Olarak.....	31
b. Mevzuattaki Düzenleme.....	34

II. MASLAHATA UYGUNLUK İLKESİ.....	37
1. GENEL OLARAK.....	37
2. KAMU YARARI KAVRAMI.....	41
A. Genel Olarak.....	41
B. Tanım.....	44
C. Kamu Yararını Takdir Yetkisi.....	47
D. Maslahata Uygunluk İlkesi Bakımından Kamu Yararı.....	48
3. MEVZUATTAKİ DÜZENLEME.....	50
A. Genel Olarak.....	50
B. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi.....	54
C. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması.....	55
D. CMK m. 171/1 Bağlamında Cumhuriyet Savcısının Kamu Davası Açmada Takdir yetkisi.....	57

İKİNCİ BÖLÜM

ŞAHSİ CEZASIZLIK SEBEPLERİ, ETKİN PİŞMANLIK HÜKÜMLERİ VE BENZER NİTELİKTEKİ HÜKÜMLER

I. ŞAHSİ CEZASIZLIK SEBEPLERİ.....	61
1. GENEL OLARAK.....	61
2. TCK'DA DÜZENLENEN ŞAHSİ CEZASIZLIK SEBEPLERİ.....	67

A. Genel Olarak.....	67
B. Mutlak Şahsi Cezasızlık Sebepleri.....	69
a. Genel Olarak.....	69
b. TCK'da Düzenlenen Mutlak Şahsi Cezasızlık Sebepleri.....	70
aa. Taksirli Suçlar İçin Öngörülen Şahsi Cezasızlık Sebebi (TCK m. 22/6).....	70
bb. Malvarlığına Karşı Suçlara İlişkin Şahsi Cezasızlık Sebebi (TCK m. 167/1).....	73
cc. Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçuna İlişkin Şahsi Cezasızlık Sebebi (TCK m. 245).....	74
dd. Suç Delillerini Yok Etme, Gizleme veya Değiştirme Suçuna İlişkin Şahsi Cezasızlık Sebebi (TCK m. 281).....	77
ee. Suçluyu Kayırma Suçuna İlişkin Şahsi Cezasızlık Sebebi (TCK m. 283).....	78
ff. Tutuklu veya Hükümlünün veya Suç Delillerinin Bulunduğu Yeri Bildirmemek Suçuna İlişkin Şahsi Cezasızlık Sebebi (TCK m. 284).....	78
C. Nispi Şahsi Cezasızlık Sebepleri.....	79
a. Genel Olarak.....	79
b. TCK'da Düzenlenen Nispi Şahsi Cezasızlık Sebepleri.....	80
aa. Suç Üstlenme Suçuna İlişkin Nispi Şahsi Cezasızlık Sebebi (TCK m. 270).....	80
bb. Yalan Tanıklık Suçuna İlişkin Nispi Şahsi Cezasızlık Sebebi (TCK m. 273).....	81

II. CEZAYI KALDIRAN ŞAHSİ SEBEP OLARAK ETKİN PİŞMANLIK HÜKÜMLERİ.....	83
1. GENEL OLARAK.....	83
2. TCK'da Düzenlenen Cezayı Kaldıran Şahsi Sebep Olarak Etkin Pişmanlık Hükümleri.....	85
A. Organ ve Doku Ticareti Suçu Bakımından Öngörülen Etkin Pişmanlık Hükümü: (TCK m. 93).....	85
B. Uyuşturucu Madde Suçlarına İlişkin Etkin Pişmanlık Hükümleri: (TCK m. 192).....	87
C. Parada Sahtecilik, Kıymetli Damgada Sahtecilik ve Para ve Kıymetli Damgaları Yapmaya Yarayan Araçlara İlişkin Suçlar Bakımından Öngörülen Etkin Pişmanlık Hükümleri: (TCK m. 201).....	90
D. Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçuna İlişkin Etkin Pişmanlık Hükümü (TCK m. 211).....	92
E. Rüşvet Suçuna İlişkin Etkin Pişmanlık Hükümleri (TCK m. 254).....	94
F. Yalan Tanıklık Suçuna İlişkin Etkin Pişmanlık Hükümü (TCK m. 274).....	97
G. Yalan Yere Yemin Suçuna İlişkin Etkin Pişmanlık Hükümü (TCK m. 275).....	98
H. Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçuna İlişkin Etkin Pişmanlık Hükümü (TCK m. 282/5).....	99

İ. Suç İçin Anlaşma Suçuna İlişkin Etkin Pişmanlık Hükümü (TCK m. 316).....	100
---	-----

III. CEZAYI KALDIRAN ŞAHSİ SEBEP OLARAK ETKİN PİŞMANLIK HÜKÜMLERİ VE ŞAHSİ CEZASIZLIK SEBEPLERİ İLE BENZER NİTELİKTEKİ TCK HÜKÜMLERİ.....102

1. Genel Olarak.....	102
2. TCK'da Öngörülen Düzenlemeler.....	103
A. Organ ve Doku Ticareti Suçuna İlişkin Zaruret Hali (TCK m. 92).....	103
B. Çocuk Düşürtme Suçuna İlişkin Cezasızlık sebebi (TCK m. 99/6).....	106
C. Konut dokunulmazlığını ihlal suçuna ilişkin düzenleme (TCK m. 116).....	107
D. Hakaret suçunda isnadın ispatı (TCK m. 127).....	109
E. İddia ve Savunma Dokunulmazlığı (TCK m. 128).....	111
F. Hakaret Suçunun Haksız Bir Fiile Tepki Olarak İşlenmesi Hâline ilişkin düzenleme (TCK m. 129/1).....	112
G. Hakaret Suçunun Kasten Yaralama Suçuna Tepki Olarak İşlenmesi Hâline İlişkin Düzenleme (TCK m. 129/2).....	113
H. Hakaret Suçunun Karşılıklı Olarak İşlenmesi Hâline İlişkin Düzenleme (TCK m. 129/3).....	114

İ. Hırsızlık Suçunda Malın Değerinin Az Olması Haline İlişkin Düzenleme (TCK m. 145).....	115
J. Hırsızlık Suçuna İlişkin Zorunluluk Hali (TCK m. 147).....	118
K. İmar Kirliliğine Neden Olma Suçuna İlişkin Düzenleme (TCK m. 184).....	119
L. Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanan ya da Bu Maddeleri Kullanmamakla Beraber Kullanmak İçin Satın Alan, Kabul Eden veya Bulunduran Kişilere İlişkin Hüküm. (TCK m. 191).....	121
M. Müstehcenlik Suçuna İlişkin Düzenleme (TCK m. 226).....	124
N. Evlenmenin Dinsel Törenini Yaptırma Suçuna İlişkin Düzenleme (TCK m. 230/5).....	125
O. Genital Muayene Suçuna İlişkin Düzenleme (TCK m. 287/).....	127
P. Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçuna İlişkin Düzenleme (TCK m. 301/3).....	128
Q. Düşmanla İşbirliği Yapmak Suçuna İlişkin Düzenleme (TCK m. 303/4).....	129
R. Yabancı Devlet Aleyhine Asker Toplama Suçuna İlişkin Düzenleme (TCK m. 306/6).....	130

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

CMK m. 171/1 HÜKMÜNÜN UYGULAMA ALANININ KAPSAMI, SINIRLARI VE CMK m. 171/1 UYARINCA VERİLEN KOVUŞTURMAYA YER OLMADIĞI KARARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

I.	CMK m. 171/1 HÜKMÜNÜN UYGULAMA ALANI.....	131
	1. CEZAYI KALDIRAN ŞAHSİ SEBEP OLARAK ETKİN PİŞMANLIK HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASINI GEREKTİREN KOŞULLAR YA DA ŞAHSİ CEZASIZLIK SEBEPLERİ BAKIMINDAN.....	131
	2. CUMHURİYET SAVCISININ SUÇUN MADDİ VE MANEVİ UNSURU; HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ VE İSNAT YETENEĞİ BAKIMINDAN.....	145
II.	CMK M. 171/1 BAĞLAMINDA VERİLEN KOVUŞTURMAYA YER OLMADIĞI KARARI VE BU KARARLARIN DENETİMİ:	156
	1. KOVUŞTURMAYA YER OLMADIĞI KARARI.....	156
A.	Genel olarak.....	156

B. Hukuki niteliği.....	157
C. Kovuşturmayaya Yer Olmadığı Kararlarının Denetimi.....	160

**2. CMK M. 171/1 UYARINCA VERİLEN KOVUŞTURMAYA YER
OLMADIĞI KARARLARI.....163**

A. Genel Olarak.....	163
----------------------	-----

B. CMK m. 171/1 Uyarınca Verilen Kovuşturmayaya Yer Olmadığı Kararının Denetimi.....	164
---	-----

SONUÇ.....	170
------------	-----

KAYNAKÇA.....	177
---------------	-----

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	: Çeviren
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
md.	: Madde
R.G.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu

TBB: Türkiye Barolar Birliği

TCK: Türk Ceza Kanunu

Y. :Yıl

YCGK: Yargıtay Ceza Genel Kurulu

TEŞEKKÜR

Bu çalışmanın hazırlanması sürecinde benden desteklerini esirgemeyen aileme, Tez danıőmanım Prof. Dr. Metin Feyzioğlu'na, tez jüri üyelerim Prof. Dr Zeki Hafızoğulları ve Devrim Güngör'e, Ferruh Gülbay'ın őahsında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesine, Yücel Büyükbaş ve Ayşe Çobanoğlu őahsında ise bursiyeri olduğumTübitak Bideb'in kıymeti çalıőanlarına ve Tübitak Bideb'e teőekkürü borç bilirim. Kuşkusuz onların desteği ve anlayıőı olmaksızın bu çalıőma tamamlanamazdı.

GİRİŞ

İncelememizin konusu; Ceza Muhakemesi Hukukumuzda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile giren Cumhuriyet Savcısının kamu davasını açmada takdir yetkisini düzenleyen 171. maddesinin uygulama alanı ve sınırlarıdır. Bu inceleme ile Ceza Muhakemesi Hukukumuzda egemen olan mecburilik ilkesine maslahata uygunluk prensibi ile getirilmiş olan bu istisnai düzenlemenin tatbik sahasını oluşturan Türk Ceza Kanunundaki şahsi cezasızlık sebepleri ve etkin pişmanlık hükümleri, bu hükümlerin öngörüldüğü suçlar, araştırma konumuza uygun düştüğü ölçüde irdelenecektir. Çalışmamızda, ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunun yerleşik kavram, kurum ve terimlerinin yanı sıra, çalışmamızla ilgili anayasa ve idare hukuku ilke ve kurumlarına da yer verilecektir.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde; kovuşturma mecburiyeti ilkesi ve maslahata uygunluk ilkesi ele alınacak, söz konusu ilkelerin özellikleri ve mevzuatımıza yansımaları irdelenecektir. Bununla beraber, maslahata uygunluk ilkesinin dayanağını oluşturan ve esas itibariyle idare hukukuna özgü bir kavram olan “kamu yararı” kavramı üzerinde durulacaktır.

Çalışmamamızın ikinci kısmı; CMK m. 171/1 bağlamında Cumhuriyet Savcısının kamu davası açma hususunda takdir yetkisini kullanabileceği TCK hükümlerinin incelenmesine ayrılmıştır. Bu inceleme bağlamında; şahsi cezasızlık sebepleri ve etkin pişmanlık hükümleri üzerinde durulacak, bu kavramlar; faile ceza vermek ya da cezasında indirim yapmak hususunda tanınan ihtiyari yetki baz alınarak oluşturduğumuz mutlak ve nispi ayırım bakımından ele alınacaktır. Bununla

beraber; failin cezalandırılmamasını sağlamakla beraber, şahsi cezasızlık sebebi veya etkin pişmanlık hükmü niteliğinde olmayan TCK hükümleri üzerinde durularak bunların nitelikleri hakkında tespitlerde bulunulacak ve CMK m. 171/1 hükmünün uygulama alanına ilişkin hükümler üzerine değerlendirmede bulunulacaktır.

Çalışmamızın son bölümünde ise; CMK m. 171/1 hükmü uyarınca Cumhuriyet Savcısının kamu davası açma hususunda takdir yetkisine sahip olduğu haller, çalışmanın ikinci bölümünde gerçekleştirdiğimiz tespit ve değerlendirmeler aracılığıyla belirlenecektir. Bununla beraber, Cumhuriyet Savcısının soruşturma evresinde suçun maddi ve manevi unsuru; hukuka uygunluk nedenleri ve isnat yeteneğine ilişkin değerlendirmede bulunma yetkisi irdelenerek bu hususların CMK m. 171/1 hükmünün uygulama alanına dâhil olup olmadığı ifade edilecektir. Bu inceleme esnasında konuya ilişkin Yargıtay kararlarına da yer verilerek inceleme ve eleştiri konusu yapılacaktır. Çalışmamızın bu bölümünde genel olarak kovuşturmayaya yer olmadığı kararı ve CMK m. 171/1 bağlamında verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarının hukuki niteliği, özelliği ve bu kararlara karşı başvurulabilecek itiraz yolları üzerinde de durulacaktır. Bu anlamda; CMK m. 171/1 uyarınca verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarına karşı yargısal denetim yolunun kapalı olmasının uygulamada yol açabileceği sorunlar bu sorunlara ilişkin olarak tespit ve tavsiyelerimize yer verilecektir.

Çalışmamızın sonuç kısmında ise incelememiz boyunca konuya ilişkin olarak ifade ettiğimiz problemler, bunlara ilişkin olarak gerçekleştirdiğimiz değerlendirme, öneri ve tavsiyelerimiz özetlenerek neticeye varılacaktır.

Doktrinin eleştirisine sunmayı hedeflediği özgün fikirler tezin önemini ve gayesini teşkil edecektir. Kuşkusuz çalışmamızın önemi ve gayesi, süreç içinde kendisine teveccüh buyrulan eleştirilerle oluşacak ve olgunlaşacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

KOVUŞTURMA MECBURİYETİ VE MASLAHATA UYGUNLUK İLKELERİ

I. KOVUŞTURMA MECBURİYETİ İLKESİ VE ALT İLKELERİ

1. GENEL OLARAK

Ceza kanunları tarafından suç olarak düzenlenmiş bir fiilin gerçekleştirildiğine dair bir şüphenin öğrenilmesi üzerine, bu fiilleri takip etmekle yetkili kılınmış makamlar tarafından derhal işin gerçeğini öğrenebilmek için soruşturmaya başlanması; başlatılan soruşturma kapsamında maddi gerçeği ortaya çıkarabilmek adına gerekli olan araştırmanın yapılması; yürütülen soruşturma neticesinde, soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda yeterli şüpheyeye varılması ve muhakeme şartlarının da tamam olması halinde, yetkili makamlar tarafından ceza davası açılması; açılmış olan ceza davasının muhakeme sonuçlanıncaya kadar sürdürülmesi ve davayı sürdürmek adına gerekli olan bütün işlemlerin yerine getirilmesi zorunluluğunu ifade eden ilkeye kovuşturma mecburiyeti ilkesi, söz konusu ilkenin geçerli olduğu sisteme de kovuşturma mecburiyeti sistemi denir.¹

¹ **ÖZTÜRK:** Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması), D.E.Ü.Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi No:17,Ankara, 1991,s. 5-6, **KEYMAN:** Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık, AÜHF Yayınları No:266, Ankara: Sevinç Matbaası, 1970, s. 100,101

Mecburilik vasfı kanundan doğduğu için kanunilik ilkesi olarak da anılan² bu ilkenin geçerli olduğu sistem ise; kanunilik, mecburilik, takdiri olmama sistemi olarak da adlandırılmaktadır.³ TOSUN ise; kanunilik teriminin bir hususun kanunda gösterilmesi anlamına geldiğini, sadece kanunilik sisteminin değil, maslahata uygunluk sistemini de kanunlarda açıkça düzenleyen devlet mevzuatının bulunduğunu belirterek; mecburilik ilkesinin benimsenmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁴

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda kovuşturma evresinin; iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evre olarak ifade edilmesi neticesinde, mehzaz kanun döneminde hazırlık soruşturması olarak ifade olunan evre, 5237 sayılı CMK' da tanımlanmış olan kovuşturma teriminin dışında kalmaktadır. Ancak kovuşturma mecburiyeti ilkesi, ileride detaylı bir şekilde ifade edeceğimiz üzere, soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her ikisini de içine alacak şekilde, tüm muhakeme faaliyeti üzerinde geçerliliğe sahip olan bir ilkedir. Hal böyleyken, kovuşturma mecburiyeti ilkesi; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun dar tanımlandırmasında ifade edilen kovuşturma evresinin mecburiyete tabi kılınması olarak anlaşılmalıdır. Bu anlamda kovuşturma mecburiyeti ilkesi; soruşturma ve kovuşturma evrelerinden bileşik bir bütün olan muhakeme faaliyetine başlanması ve devam ettirilmesi için gerekli olan işlem ve eylemlerin gerçekleştirilmesi mecburiyetine hasredilerek mütalaa olunmalıdır.

² **KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU:** Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, Onaltıncı bası, İstanbul, 2007, s. 217

³ **TOSUN:** Ceza Davasının Açılmasında Sistemler, İÜHFİM, Cilt: 34, Sayı: 1-4, (1969). s. 44

⁴ TOSUN: s. 45

Kovuşturma mecburiyeti ilkesi; ceza muhakemesi hukukuna hâkim olan ve çalışmamız içinde yeri geldikçe değineceğimiz diğer muhakeme hukuku ilkeleriyle yakın ilişki içerisindedir. Kuşkusuz bu ilkelerin en önemlilerinden biri de, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin bütününe teşmil edilebilecek niteliği haiz olduğu için şu an incelemeyi uygun bulduğumuz; kovuşturmanın (muhakemenin) kamusalılığı (resmiliği) ilkesidir.

Muhakemenin kamusalılığı ilkesi; ceza soruşturmasının devleti temsil eden makamlar eliyle gerçekleştirilmesi ve yürütülmesi,⁵ ceza davasının da yine devleti temsil eden makamlar tarafından açılması ve yargılama faaliyetinin de devlet organları eliyle yürütülmesi anlamına gelip, devletin şiddet tekeline sahip olmasının doğal bir sonucudur. Kovuşturmanın kamusalılığı ilkesi uyarınca ceza davasının açılması ve yürütülmesi devlet için sadece bir hak değil, aynı zamanda bir görevdir.⁶

Kovuşturmanın kamusalılığı ilkesi, toplumlarda merkezi otoritenin kurulmamış olması, suç ve haksız fiil ayrımının netleşmemesi gibi sebeplerle eski hukuk sistemlerinde rastlanmayan; merkezi otoritenin güçlenmesi ve devlet düşüncesinin yerleşmesinin bir neticesi olarak suçların kovuşturulmasında suçtan zarar gören bireyden çok kamunun çıkarı olduğu fikrinin hâkim olmasıyla yerleşiklik kazanmış bir ilkedir.⁷ Söz konusu ilke; devlet kavramının ortaya çıkması ve kurumsallaşması, buna paralel olarak da özel hukuk içinde değerlendirilen ceza hukukunun kamu hukuku karakteri kazanması, suçların kovuşturulması ve suçluların

⁵ **CENTEL/ ZAFER:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, İstanbul, 2007, 5. Baskı, s. 96,97

⁶ **TURHAN:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil, Ankara, 2006, s. 20

⁷ **YURTCAN:** Ceza Yargılaması Hukuku, Beta, İstanbul, 2007, , 45

cezalandırılmasında kamunun da çıkarı olduğu fikrinin yaygınlaşması ve devletin suçun işlenmesiyle bozulan toplumsal barışı yeniden tesis etme vazifesiyle donanması ile şekillenmiştir.⁸

Kovuşturmanın kamusalılığı ilkesi; suçtan zarar görenin herhangi bir başvurusu olmasa dahi kovuşturma makamlarının suç haberini alır almaz, suçların cezasız kalmasını ve dolayısıyla bu sebeple suçların artması ve toplum düzeninin bozulmasını engellemek maksadıyla kovuşturmaya başlamalarını ifade etmektedir.⁹ Bu ilke uyarınca suçtan zarar görenin kovuşturma konusundaki iradesine önem atfedilmez; bu kişiler fail için bir kovuşturmada bulunulmasını istemeseler dahi kovuşturma işlemi; bu iş için kurulmuş olan makamlar tarafından gerçekleştirilir.¹⁰ Bununla birlikte bir takım mülhazalarla kovuşturmanın kamusalılığı ilkesinin sınırlanması da mümkündür. Bu sınırlar, suçların soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyete bağlanması ve kovuşturmanın izne bağlanmasıdır.¹¹

Ceza Muhakemesi Kanunlarında, muhakemenin kamusalılığı ilkesi lehine gerçekleşen en büyük gelişme; ceza muhakemesindeki keyfi muameleleri ve şahsi davadan edinilen kötü tecrübeleri bertaraf etmek maksadıyla Almanya'da XVI.

⁸ **ÖZBEK:** Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, Seçkin, Ankara, 1999 s. 106,107, **ÖZBEK:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, Ankara, 2006. s. 80,81, **YURTCAN:** a.g.e, s.45

⁹ **TURHAN:** Ceza Muhakemesi Hukuku s. 20

¹⁰ **YURTCAN:** s. 47

¹¹ **TURHAN:** Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 20, **YURTCAN:** s. 48 vd.

yüzyılın başında yürürlüğe giren *Constitutio Criminalis Carolina* ile sağlanmıştır.¹² 1532 yılında yürürlüğe giren bu kanunda kamusal iddia ön plandadır ve tahkik sistemi hâkimdir.¹³

Buraya kadar bahsettiğimiz tarihi süreç ve bilgilerden anlaşılıyor ki, muhakemenin kamusalılığı ilkesinin benimsenmesinin temelinde yatan saiklerden en önemlisi; soruşturma ve yargılama faaliyetini, şiddet tekelinin de sahibi olan devletin elinde toplamak suretiyle ceza adaletinde keyfiliği ve eşitsizliği engellemektir.

Muhakemenin kamusalılığı ilkesinin gelişmesinde, kuşkusuz devletin kamusal iddia makamını teşkil eden savcılık kurumunun inşası ve teşkilatlanması da büyük rol oynamıştır. Roma'da ve Ortaçağ'da da savcılığa benzer kurumlara rastlansa da,¹⁴ savcılık kurumu, asıl geliştiği yer olan ve tam olarak şekillenmesinin XVI. ve XVII. Yüzyıllarda, Ağustos 1522, Kasım 1539 ve Mayıs 1586 ve 1670 tarihli buyruklarla tamamlandığı Fransa erken örneği dışında,¹⁵ tüm Kıta Avrupası'nda ancak 19. yüzyıl içinde tam olarak müesseseleşebilmiştir.¹⁶

Bununla birlikte; savcılık kurumunun inşası ve böylelikle muhakemenin kamusal niteliğinin perçinlenmesi, ceza muhakemesinde keyfi muamelelerle

¹² **ÖZTÜRK:** Kovuşturma Mecburiyeti, s. 17, **ESER:** Ceza Muhakemesi Hukuku İlkelerindeki

Değişme: Ceza Muhakemesi Tekrar Özelleşiyor mu?

http://www.freidok.unifreiburg.de/volltexte/3552/pdf/Eser_Ceza_Muhakemesi_Hukuku.pdf , s. 21

¹³ **ÖZTÜRK:** Kovuşturma Mecburiyeti, s. 17

¹⁴ **ÜÇÖK:** Savcılıkların Avrupa Hukukunda Gelişmesi ve Türkiyede Kuruluşu, Ord. Prof. Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan, A.Ü.H.F Yayınları, Ankara, 1964, s.37

¹⁵ **ÜÇÖK:** s. 39

¹⁶ **ÜÇÖK:** s. 35

adaletsiz uygulamaların doğumunu engelleyememiş ve bu durum savcılık makamının gerekliliğinin sorgulanması sonucunu dahi gündeme getirmiştir. O kadar ki; Fransa'da Fransız İhtilali sonrasındaki süreçte; bilhassa XIV. Louis ve XV. Louis zamanlarında savcılarının görevlerini kötüye kullanmış olmalarından dolayı, bir krallık kurumu olarak görülen savcılığın kaldırılması dahi gündeme gelmiştir.¹⁷

Savcılık kurumunun ceza kanunlarının eşitlik ve adalet esasları gözetilerek uygulanmasını sağlayamaması üzerine, savcılık makamını keyfi uygulamalarda bulunmaktan men etmek adına çareler aranmaya başlanmıştır.

Bu gereksinimi sağlamak adına düşünülen bir çarelerden biri de; bilhassa mensubu bulunduğumuz Kıta Avrupası Hukuk Sistemine dâhil olan ülkelerde geçerli olan kovuşturma mecburiyeti ilkesinin benimsenmesidir.

Kovuşturma mecburiyeti ilkesinin benimsenme amacı; cezaların ferdileştirilmesi ilkesinin ve insancıl ceza hukukunun tam olarak özümsemediği, mutlak adaletin tesisi için ceza kanunlarını ihlal eden herkesin, her hangi bir istisna gözetmeksizin cezalandırılması gerektiğinin düşünüldüğü eski dönemlere dayanmaktadır.¹⁸ Bu dönemde, savcılık makamına yürütmenin bir organı olduğu için güven duyulmaması ve bu güvensizliği bertaraf etmek maksadıyla savcının önüne gelen her eylemi takip etmesini sağlayarak, savcının keyfi uygulamalarda bulunmasını önlemek amacıyla kovuşturma mecburiyeti ilkesi bir yol olarak

¹⁷ ÜÇOK: s. 41

¹⁸ CENTEL/ZAFER: Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 382

benimsenmiştir.¹⁹ Diğer bir ifadeyle, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin kabul edilmesindeki amaç; suç işlediği düşünülen kimseler hakkında bu şahısların sahip oldukları statüye bakılmaksızın soruşturma ve kovuşturma yapılmasını ve yürütülen kovuşturma neticesinde, bu kimselerin kendilerine isnat edilen suçu işledikleri anlaşıldığı takdirde, cezalandırılmalarının sağlanmasıdır.²⁰ Bu anlamda kovuşturma mecburiyeti ilkesi - kovuşturmanın kamusalılığı ilkesi gibi - hem bir yetkiyi, hem de yetkili makamlar bakımından uyulması gereken bir yükümlülüğü ifade etmektedir.²¹

Muhakemenin kamusalılığı ilkesi ve kovuşturma mecburiyeti ilkesine ilişkin olarak durum bu olmakla beraber; muhakemenin kamusalılığı ilkesi ile kovuşturma mecburiyeti ilkesinin aynı anlamda kullanıldığına veya kovuşturma mecburiyeti ilkesinin muhakemenin kamusalılığı ilkesinin doğal bir sonucu olarak mütalaa edildiğine rastlamaktayız. Oysa ki; muhakemenin kamusalılığı ilkesiyle kovuşturma mecburiyeti ilkesi arasında bir ayniyet ya da birinin mevcudiyetinin diğerinin oluşumunu zorunlu kılması anlamında zorunlu bir müteselsellik söz konusu değildir. Muhakemenin kamusalılığı ilkesi ve kovuşturma mecburiyeti ilkesi arasında, benzerlik, ilişki ve farklılık mevcuttur.

Benzerlik mevcuttur çünkü her ikisi de keyfi uygulamaları ve eşitsizliği önleme saikiyle öngörülmüş ve bu saike yönelmişlerdir.

İlişki mevcuttur çünkü muhakemenin kamusalılığı ilkesi, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin muhataplarını belirlemektedir. Bu anlamda, muhakemenin

¹⁹ **CENTEL/ZAFER:** Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 382

²⁰ **YURTCAN:** s..57

²¹ **ÖZBEK:** Ceza Muhakeme, s. 82

kamusallığı ilkesi ile kovuşturma mecburiyeti ilkesi birbirini tamamlayıcı niteliktedir.²²

Farklılık mevcuttur çünkü muhakemenin kamusalılığı ilkesi, sadece muhakeme faaliyetinin devleti temsil eden makamlar eliyle yürütülmesini öngörmektedir, söz konusu makamlara muhakeme faaliyetinin gerektirdiği işlem ve eylemleri yerine getirmek bakımından bir mükellefiyet yüklememekte, diğer bir ifadeyle muhakeme faaliyetinin süjesini belirlemekle yetinmektedir. Kovuşturma mecburiyeti ilkesi ise, süje ile ilgilenmemekte, muhakeme faaliyetini gerçekleştirmek için gerekli işlem ve eylemleri yerine getirmekle görevlendirilmiş yetkililerin, söz konusu işlem ve eylemleri yerine getirmeye mecbur tutulmalarını sağlamaktadır.

Bir cümleyle özetlemek gerekirse; aynı amaca hizmet eden ve yakın ilişki içinde bulunan bu iki ilkedен muhakemenin kamusalılığı ilkesi; fiilin (muhakeme faaliyeti için gerekli olan işlem ve eylemlerin yerine getirilmesi) öznesini (devleti temsile yetkili organlar) belirlemekte, kovuşturma mecburiyeti ilkesi ise; özneye, eylemin gerçekleştirilmesini emir kipiyle dikte etmektedir.

Muhakemenin kamusalılığı ilkesi ile kovuşturma mecburiyeti ilkesinin birbirinden farklı ilkeler olduğunun ve birinin mevcudiyetinin diğerinin varlığını zorunlu kılmıyor olmasının somut kanıtı, Anglo-Amerikan Ceza Muhakemesi Hukuku sistemidir. Zira Amerikan Ceza Muhakemesi hukukunda, kamu davası

²² CENTEL/ZAFER: s. 98

açmak devlete ait bir iş olmasına karşın; ABD’de kovuşturma mecburiyeti ilkesi değil maslahata uygunluk sistemi uygulanmaktadır.²³

Kovuşturma mecburiyeti ilkesi başlangıçta belirtmiş olduğumuz tanımdan da anlaşılacağı üzere;

1-Araştırma mecburiyeti ilkesi (CMUK.153/1, CMK. 160. md.)

2-Kamu davasını açma mecburiyeti ilkesi (CMUK.148/2, CMK 170/1.md.)

3-Kamu davasını yürütme mecburiyeti ilkesi olmak üzere 3 alt ilkeyi ihtiva eder²⁴.

Her bir ilkenin hitap ettiği makam; diğer bir ifadeyle her bir ilkenin mükellefi, ülkeden ülkeye değişiklik arz etmekte ve hatta aynı ülke içinde dahi, bir alt ilkenin yükümlüsüyle, diğer bir alt ilkenin yükümlüsü farklılaşabilmektedir. Bu farklılaşmanın sebebi; muhakeme hukukunun soruşturma ve kovuşturma evrelerinde yer alan görevlilerin dikey ve yatay bazda, diğer bir ifadeyle hem ülkeden ülkeye, hem de ülkelerin kendi hukuk sistemleri içinde ceza muhakemesi hukukunun evreleri bakımından değişkenlik göstermesinden kaynaklanmaktadır.

²³ **ESER:** Ceza Muhakemesi Hukuku İlkelerindeki Değişme: Ceza Muhakemesi Hukuku Tekrar Özelleşiyor mu?

http://www.freidok.unifreiburg.de/volltexte/3552/pdf/Eser_Ceza_Muhakemesi_Hukuku.pdf , s. 45
dipnot 13

²⁴ **ÖZTÜRK/ERDEM:** Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku , Seçkin, Ankara, 2008., s.192, **ÖZTÜRK:** a.g.e, s..6

Kovuşturma mecburiyeti ilkesinin tanımlarken “savcı”, “kolluk” gibi spesifik makamların ismini zikretmek yerine, “yetkili makamlar” gibi genel bir ifadeyi tercih etmiş olmamız da; kovuşturma mecburiyeti ilkesinin muhataplarının ülkeden ülkeye ve ülkesel anlamda da muhakemenin evresinden evresine farklılık arz etmesinden kaynaklanmaktadır.

Çalışmamızın kovuşturma mecburiyetini ele aldığımız bu kısmına, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin alt dallarını teker teker inceleyerek devam edeceğiz. Bu inceleme esnasında ilkin kovuşturma mecburiyeti ilkesinin alt ilkelerinin genel niteliklerini bütüncül tanım ve tespitlerle ele alacağız. Ardından da söz konusu alt ilkelerin CMUK ve CMK dönemindeki yansımalarına -tekrara düşmemek adına, söz konusu alt ilkelerin CMUK dönemindeki yansımalarına sadece CMK dönemine nazaran farklılık taşıdığı ölçüde yer vermek kaydıyla- değinmeye çalışacağız.

2. KOVUŞTURMA MECBURIYETİ İLKESİNİN ALT İLKELERİ

A. Araştırma Mecburiyeti İlkesi

a. Genel Olarak

Ceza kanunlarında suç olarak tanzim edilmiş bir fiilin gerçekleştirildiğine ilişkin bir kanaatin doğumundan haberdar olan yetkili makamlar, maddi gerçeği ortaya çıkarma amacına yönelen ceza muhakemesinin bu amacını yerine getirebilmek için harekete geçerler. Bu doğrultuda; soruşturma konusu olaylardan hangilerinden ötürü iddianame düzenleneceğinin, hangileri bakımından ise kovuşturmaya yer olmadığı kararı verileceğinin saptanmasını sağlayan soruşturma evresinin ayıklama fonksiyonunun etkinliğini sağlamak için, ceza kanununda suç olarak düzenlenmiş fiilleri takip etmekle görevli makamlar tarafından araştırma faaliyeti yürütülür. Soruşturma safhasında yürütülen araştırma faaliyeti ile deliller toplanır ve toplanan delillerin soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda yeterli Őpheyi sağlaması ve somut olayda bir muhakeme engelinin de bulunmaması

halinde, şüpheli şahıs hakkında dava açılır. Yeterli şüphenin elde edilemediği durumlarda ise, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir.

Ceza kanunları tarafından suç olarak düzenlenmiş bir fiilin işlendiğine ilişkin bir şüpheden haberdar olur olmaz bu fiilleri takibe yetkili makamlar tarafından işin esasının araştırılması maksadıyla kanunda öngörölmüş olan görev ve yetkilerin kullanılmaya başlanması zorunluluğuna araştırma mecburiyeti, bu zorunluluğu ifade eden ilkeye araştırma mecburiyeti ilkesi²⁵ ya da soruşturma mecburiyeti ilkesi²⁶ denir.

Kuşkusuz ki, araştırma mecburiyeti ilkesi, esas itibariyle maddi gerçeği ortaya çıkarma amacına yönelik ceza muhakemesi hukukunun ilk evresi olan soruşturma evresine ilişkin bir ilkedir. Zira dava açma lüzumunun tespiti için yürütölmesi gereken araştırma faaliyetinin gerçekleştirildiği evre; soruşturma evresidir. Savcı, soruşturma evresinde toplanan delillerin şüphelinin suçluluğu bakımından yeterli şüphe oluşturması durumunda iddianame düzenleyerek mahkemeye sunar. Soruşturma evresinde toplanan delillerin şüphelinin suçluluğu bakımından yeterli şüphe oluşturması durumunda savcının dava açma mecburiyetini belirten ilke ise; kovuşturma mecburiyeti ilkesinin araştırma mecburiyeti ilkesinden sonraki bir alt ilkesi olan ve ileride inceleyeceğimiz kamu davası açma mecburiyeti ilkesidir. Kamu davası açma mecburiyeti ilkesinin konusu olan savcı tarafından iddianame düzenlemek suretiyle kamu davası açılması işlemi ise, soruşturma

²⁵ **ÖZTÖRK:** Kovuşturma Mecburiyeti, s. 49

²⁶ **CENTEL/ZAFER:** s. 98

evresinde gerçekleşen bir işlemdir. Dolayısıyla; araştırma mecburiyeti ilkesi de, kamu davası açma mecburiyeti ilkesi de soruşturma evresinde geçerli olan ilkelerdir.

Bu sebeplerle; savcının soruşturma evresinde maddi gerçeği ortaya çıkarmak adına araştırma faaliyetlerinde bulunması zorunluluğunu, bünyesinde hem araştırma mecburiyeti ilkesini, hem de kamu davası açma mecburiyeti ilkesini barındıran soruşturma evresinin ismiyle anılmaması gerektiğini düşünmekteyiz. Diğer bir ifadeyle söz konusu mecburiyeti, soruşturma mecburiyeti olarak isimlendirmek yerine; yetkili makamların, soruşturma evresinde üstlendikleri araştırma faaliyetlerini yerine getirmeye mecbur tutulmalarını ifade eden ilkeye araştırma mecburiyeti ilkesi denmesini daha uygun bulmaktayız.

Araştırma mecburiyeti ilkesi; kamu davası açma mecburiyeti ilkesinin hem öncülü hem de ön koşuldur. Zira kamu davası açma mecburiyetini benimseyen bir sistemin, kamu davası açılmasının somut olay bağlamında gerekli olup olmadığını saptamak maksadıyla girişilmesi mecburi olan soruşturma evresini de mecburi kabul etmesi mantıki bir zorunluluktur.²⁷

Bilindiği üzere; ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmiş bir fiilin gerçekleştirildiğine dair bir şüphenin ortaya çıkması ile bu şüphenin araştırılması için yapılan faaliyetlerin tümüne birden soruşturma faaliyeti, bu faaliyetlerin ceza muhakemesi içinde yürütüldüğü evreye ise soruşturma evresi denir. Soruşturma evresinin hazırlayıcılık ve ayıklayıcılık olmak üzere iki fonksiyonu vardır.

²⁷ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU: s.217

Ayıklayıcılık fonksiyonu; hangi olaylardan ötürü kovuşturma yapılıp yapılamayacağını belirlemek amacına yöneliktir.²⁸ Ayıklama fonksiyonu doğrultusunda, savcılık ve diğer yetkili merciiilere gelen suç haberleri ve duyuruları içinden hakiki anlamda suç şüphesi taşıyan olaylar ayıklanır.²⁹

Soruşturma evresinin hazırlayıcılık fonksiyonu ise; kovuşturma evresinin kısa sürede ve sağlıklı bir biçimde neticelendirilmesini sağlamak amacına yöneliktir.³⁰ Zira soruşturmanın amacı, işlendiği iddia edilen suça ilişkin delillerin ortaya konulup tartışıldığı ve hükmün verildiği kovuşturma aşamasını hazırlamak olduğundan; soruşturmanın görevi, delileri arayıp bulma ve güvence altına almaktır.³¹

Bu doğrultuda araştırma mecburiyeti ilkesi; ceza kanunları tarafından suç olarak düzenlenmiş fiillerin gerçekleştirildiğine ilişkin bir kanaatin doğumu ve bu suçları takip etmekle görevli makamların söz konusu durumdan haberdar olması ile işlerlik kazanır. Araştırma mecburiyetine tabi olan makamlar, ilkin haberdar oldukları fiilin ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmiş bir fiil olup olmadığına yönelik bir araştırma yapmalıdırlar. Şayet söz konusu fiil, ceza kanunları tarafından suç olarak düzenlenmiş bir fiil ise, bu takdirde konusu suç teşkil eden bu fiilin gerçekten meydana gelip gelmediğine dair şüphe sebeplerini araştırmaya

²⁸ **YURTCAN:** s. 384

²⁹ **YURTCAN:** s.384

³⁰ **YURTCAN:** s.384

³¹ **CENTEL:** Yeni Ceza Muhakemesi Yasası'na Göre Hazırlık Soruşturmasının Başlaması ve Yürütülmesi, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, S. 1, s.130

başlayacaklardır. Diğer bir ifadeyle; ceza kanunları tarafından suç olarak düzenlenmiş fiillerin gerçekleştirildiğine ilişkin kanaatin yani suçun işlendiğine ilişkin şüphenin sahihliği araştırılacaktır. Şüphenin sahihliğinin araştırılmasında, şüphenin sahibi önemli değildir. Söz konusu şüphe, doğrudan doğruya araştırma mecburiyetine tabi olan makamlara (kolluk, savcı) ait olabileceği gibi, ihbarda bulunana (muhibir) ya da şikâyetçiye (müşteki) ve hatta konusu suç olan fiili gerçekleştirdiğini iddia eden şahsa ait bir şüphe de olabilir.

Bu şüphenin sahihliği araştırılırken, şüphenin oluşmasına sebep olan olaylar ve belgeler, diğer bir ifadeyle, konusu suç olan fiilin varlığını temsil eden olaylar ve olgular araştırılır. Bu olay ve olgular; ceza kanunları tarafından suç olarak düzenlenmiş fiilin gerçekleştirildiğine ilişkin bir şüphe oluşturabilecek evsafıta ise, soruşturmaya başlanır. Yürütülen soruşturma neticesinde toplanan deliller, failin soruşturma konusu suçu işlediğine dair yeterli bir şüphe oluşturur ise, şüpheli hakkında iddianame düzenlenir, aksi takdirde şüpheli şahıs hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Bununla beraber, soruşturma evresinde yürütülen araştırma faaliyeti kapsamında, muhakeme engellerin somut olayda bulunup bulunmadığı da araştırılacaktır.

Özet olarak; ayıklayıcılık ve hazırlayıcılık fonksiyonuna sahip olan soruşturma evresi bünyesinde yürütülen araştırma faaliyeti vasıtasıyla, soruşturma evresinin bu fonksiyonları etkinleştirilir. Somut olayda muhakeme engellerinin bulunmadığının tespit edilmesi ve kamu davası açılması için yeterli şüphe oluşturacak delillerin elde edilmesi durumunda düzenlenecek iddianame doğrultusunda başlanılacak olan

kovuşturma evresinde ise maddi gerçeğin çelişme ilkesi doğrultusunda sağlıklı bir biçimde ve kısa sürede ortaya çıkarılması sağlanır.

b. Mevzuattaki Düzenleme

5237 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde cari olan 1412 sayılı CMUK döneminde de araştırma mecburiyeti ilkesi benimsenmiştir.

“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” hükmünü taşıyan CMUK m. 153/1 ve *“Zabıta makam ve memurları suçluları aramakla ve işin tenviri için lazım gelen acele tedbirleri almakla mükelleftir. Bu makam ve memurlar tanzim ettikleri evrakı hemen müddeiumumiliğine gönderirler”* hükmünü ihtiva eden CMUK 156/1; hem araştırma mecburiyetini hem de bu mecburiyete tabi olan makamları belirtmektedir.³²

³² ÖZTÜRK; 3206 sayılı kanun marifetiyle ilk soruşturmanın kaldırılmasından sonraki dönemde, memurin muhakematı hakkında kanun ve memurların ceza muhakemesine ilişkin diğer kanunlara göre

İlgili maddede de belirtildiği üzere; araştırma mecburiyeti ilkesi; bir suçun işlendiği zehabını³³ verecek bir halin öğrenilmesi, diğer bir ifadeyle bir suçun işlendiğine dair şüphenin ortaya çıkması ile başlar. Suçun işlendiği zehabını verecek hal; belirli ve yaşanmış olan somut olaylardan yola çıkarılan maddi sonuçları algılanabilen şüpheli bir durum demektir.³⁴ Soruşturmanın başlatılması için aranılan bu şüphe, basit şüphe olup; somut olaylara dayanmalıdır, aksi takdirde, olaylara dayanmayan ve salt basit tahminden ibaret olan şüphe üzerine soruşturmaya girişilmesi, keyfi bir uygulama olacaktır.³⁵

5237 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu döneminde de CMUK döneminde olduğu gibi araştırma mecburiyeti ilkesi benimsenmiştir. “*Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar.*” hükmünü ihtiva eden CMK m. 160/1; araştırma mecburiyeti ilkesini açıkça düzenlemektedir.

soruşturma ve karar verme yetkisi bulunan makamların araştırma mecburiyeti ilkesine tabi olan makamlar arasında sayılmaları gerektiğini belirtir. **ÖZTÜRK:** “ Ceza Muhakemeleri Kanununu Değiştiren 3206 Sayılı Kanunun Memurların Muhakemesine Etkileri”, Yargıtay Dergisi, Temmuz 1986, s.260 vd.

³³ Zehabın sözlük anlamı; gitme, bir fikre düşünceye uyma; sapma, zihnen bir yola sapma, zannetme, öyle sanmadır. **DEVELLİOĞLU:** Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Aydın Kitabevi, Ankara, 17. Baskı, 2000, s.1174

³⁴ **MALKOÇ/GÜLER:** Uygulamada Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu C.1 Ankara 1998 s.612

³⁵ **YENİSEY:** Hazırlık Soruşturması ve Polis, Beta, İstanbul, 1987 s. 45

Yasada, şüphe kavramının kuvvet derecesini belirten bir sıfat kullanılmadığı için, olguya dayanan basit bir şüphe (izlenim) üzerine soruşturma başlatılmalıdır.³⁶ Ancak; soruşturmaya başlanabilmesi için soyut bir izlenim yeterli olmayıp salt bir tahmin, başlangıç şüphesinin varlığını sağlamaz; soruşturmaya başlanması için bir suçun işlendiği izlenimini veren somut vakıaların varlığı şarttır.³⁷

Araştırma faaliyeti çerçevesinde; şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlü olan Cumhuriyet Savcısı (CMK m. 160/2), doğrudan doğruya veya emrindeki adlî kolluk görevlileri aracılığı ile her türlü araştırmayı yapabilir, bütün kamu görevlilerinden her türlü bilgiyi isteyebilir. (CMK m. 161/2)

Araştırma mecburiyetinin sona ermesi ise, araştırma faaliyetinin yürütüldüğü soruşturma evresinin tamamlanmasıyla gerçekleşir. Bu anlamda araştırma mecburiyeti; kamu davası açılıp açılmaması hususunda karar verildiğinde, diğer ifadeyle kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi ya da iddianamenin düzenlenip mahkeme sunulmasıyla sona erer.

³⁶ **CENDEL/ZAFER:** 79

³⁷ **ÖZBEK:** Ceza Muhakemesi, s.186

B. Kamu Davası Açma Mecburiyeti İlkesi

a. Genel Olarak

Yetkili makamlar tarafından suç şüphesinin öğrenilmesi üzerine başlatılan soruşturma kapsamında yürütülen araştırma faaliyeti neticesinde elde edilen delillerin dava açmak için yeterli şüphe oluşturması durumunda, somut olayda dava şartları da tamam olduğu takdirde dava açılması zorunluluğunu ifade eden ilkeye kamu davası açma mecburiyeti ilkesi denir.³⁸

Devletin cezalandırma vazifesi üzerinde duran kovuşturma mecburiyeti ilkesi taraftarları, cezalandırma hakkını sosyal bir zarurete dayanan bir hak olarak nitelendirirler. Bu doğrultuda; bu hakkın yerine getirilmesi subjektif bir keyfiliğe bırakılmamalı, bu hakkın yerine getirilmesini sağlayan ceza davası da savcının ifa etmemek hakkına sahip olamayacağı bir kamu görevi olarak mütalaa edilmesi gerektiğini savunurlar.³⁹ Kamu davası açma mecburiyeti ilkesi uyarınca, savcı soruşturma evresi sonucunda elde ettiği delilleri incelediğinde bu delillerin kamu

³⁸ **ÖZTÜRK:** s. 49 vd.

³⁹ **EREM:** Ceza Usulü Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s. 210

davası açmak için yeterli olduğu kanaatine varırsa, dava açmalı, dava açma konusunda karar verirken bundan başka mülâhazalarla hareket etmemelidir.⁴⁰

Kamu davasını açma mecburiyeti ilkesi, kamu davası açma tekeli ilkesiyle yakın ilişki içinde bulunan bir ilkedir.

Bilindiği gibi; kamu davasının yalnız savcı tarafından açılabileceğini belirten ilkeye kamu davası açma tekeli ilkesi (inhisar prensibi) denir.⁴¹ Bilhassa Kara Avrupası Hukuk Sisteminde, kamu davası açma tekeli kural olarak savcılara ait olsa da, savcılar dışında bir takım kişi, kurum ve makamlar da kamu davası açma yetkisiyle donatılabilir, diğer bir ifadeyle kamu davası açma tekeli ilkesine istisna getirilmesi mümkündür.

Kamu davası açma mecburiyeti ilkesi ise, tıpkı alt ilkesi olduğu kovuşturma mecburiyeti ilkesi gibi süje ile ilgilenmeyip, önceden belirlenmiş olan sùjelerin yüklenmiş oldukları görevleri yerine getirmelerini mecburiyete bağlar. Bu sebeple; kovuşturmanın kamusalılığı ilkesi ile kovuşturma mecburiyeti ilkesi arasındaki benzerlik, ilişki ve farklılık; kamu davası açma mecburiyeti ilkesi ile kamu davası açma tekeli ilkesi arasında da mevcuttur.

Bu doğrultuda, bir ÷lke ceza muhakemesi hukukunda kamu davası açma tekeli ilkesi geçerliyse; kamu davası açma mecburiyeti ilkesi dava açma

⁴⁰ **EREM:** s. 209, 210

⁴¹ **KANTAR:** Ceza Muhakemeleri Usulü, İkinci Kitap Muhakeme Usulü, İstanbul, Cumhuriyet Matbaası, 1946, s. 4

mükellefiyetini savcıya yükler; şayet kamu davası açma yetkisi birden çok kişi, kurum veya makama tanınmışsa, kamu davası açma mecburiyeti ilkesi uyarınca bu makamların hepsi birden bu mecburiyetin mükellefidir.

b. Mevzuattaki Düzenleme

1412 sayılı CMUK döneminde, kamu davası açma mecburiyeti ilkesinin muhatabı kural olarak savcılık makamıydı. Kamu davası açma mecburiyetini düzenleyen ve *“kanunda aksine hüküm bulunmadıkça Cumhuriyet Savcısı, ceza takibini gerektirecek hususlarda yeterli delil mevcut ise kamu davasını açmakla mükelleftir.”* hükmünü ihtiva eden CMUK m. 148/2 ile her ne kadar savcı lehine bir kamu davası açma tekeli yaratılmıştı. Bununla beraber; çeşitli kanunlar aracılığıyla bir takım kurullar ve memurlar da kamu davası açma hususunda yetkili kılınmıştı.⁴²

Bu doğrultuda; Hafta Tatili Kanunu, Tekel İdaresi Kanunu, Karayolları Trafik Kanunu, 3206 sayılı kanunun ilk soruşturmayı kaldırması neticesinde Memurun Muhakematı Hakkında Kanun, Yükseköğretim Kanunu, Yükseköğretim Kanunu, Yargıtay 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 yine Anayasanın Başbakan ve Bakanların Yüce Divana sevkine karar verilmesi maksadıyla yürütülen meclis soruşturmasını düzenleyen 100.

⁴² ÖZTÜRK: s. 134,135

maddesinde gösterilen ve kamu davası açmakla görevlendirilen makam ve kurullar da kamu davası açma mecburiyeti ilkesine uygun davranmakla yükümlüydüler.⁴³

Bununla beraber; 1412 sayılı kanun döneminde, CMUK 148/3 uyarınca; kamu davası açma hususunda savcıya emir verebilen Adalet Bakanı ve CMUK m. 148/4 uyarınca kendi görev bölgeleri dâhilindeki savcılardan kamu davası açmalarını isteme yetkisine sahip olan valiler de kamu davası açma mecburiyeti ilkesine uygun davranmakla yükümlü olan makamlar arasındaydı.⁴⁴

Kamu davası açma tekeline kural olarak sahip olan savcılık makamının kamu davasını açma görevini ne şekilde yerine getireceği ise “*Yapılan hazırlık tahkikatı sonunda, toplanan deliller kamu davasının açılmasına yeterli ise Cumhuriyet savcısı mahkemeye bir iddianame vermek suretiyle kamu davasını açar.*” hükmünü taşıyan CMUK m. 163/1’de düzenlenmişti.

5237 sayılı CMK’da da kural olarak benimsenen ilke kamu davası açma mecburiyeti ilkesidir. “*Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturmaması durumunda Cumhuriyet Savcısı, iddianame düzenler.*” hükmünü ihtiva eden CMUK m. 170/2; kamu davası açma mecburiyeti ilkesini, cumhuriyet savcısına iddianame düzenleme mükellefiyeti yüklemek suretiyle düzenlemiştir.⁴⁵

⁴³ ÖZTÜRK: s. 135, 136,137

⁴⁴ ÖZTÜRK: s. 137

⁴⁵ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU: Kamu davası mecburiliği olarak bahsettiği kamu davası açma mecburiyeti ilkesinin 5237 Sayılı CMK’da açıkça düzenlenmesinin unutulduğu görüşündedir. KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU: s. 689

5237 sayılı kanun döneminde, Adalet Bakanının savcıya kamu davası açma hususunda emir verme yetkisi kaldırılmış ve kamu davası açmakla görevli makam ve kurulların sayısı azaltılarak savcının dava açma tekeli kuvvetlendirilmiştir. Ancak; 1412 sayılı kanun döneminde olduğu gibi 5237 sayılı kanun döneminde de, Yükseköğretim Kanunu, Yargıtay Kanunu, Askeri Yargıtay Kanunu, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu, Danıştay Kanunu, Hâkimler ve Savcılar Kanunu, Avukatlık Ve Noterlik Kanunu; Cumhurbaşkanının vatana ihanetten dolayı yargılanmasını düzenleyen anayasanın 105. maddesi ile yine anayasanın Başbakan ve Bakanların Yüce Divana sevkine karar verilmesi maksadıyla yürütülen meclis soruşturmasını düzenleyen 100. maddesinde gösterilen ve kamu davası açmakla görevlendirilen makam ve kurulların kamu davası açma yetkisi devam ettirilmiştir. Bu sebeple, söz konusu kanunlarda belirtilen makam ve kurulların kamu davası açma yetkilerini kullanırken kamu davası açma mecburiyeti ilkesine riayet etme mükellefiyetleri açısından 1412 sayılı kanun dönemine ilişkin olarak yaptığımız tespitler, 5237 sayılı kanun döneminde de geçerliliğini korumaktadır.

1412 sayılı kanun döneminde olduğu gibi 5237 sayılı kanun döneminde de kamu davası açma mecburiyeti ilkesinin asli muhatabı Cumhuriyet Savcısıdır. Bununla beraber, CMK m. 170, 174 ve 175'in bir bütün olarak birlikte değerlendirilmesi durumunda; CMK'nın kamu davasının açılmasına ilişkin olarak yeni bir sistem öngördüğünü ve öngörülen bu yeni sistemin de, kamu davası açma mecburiyeti ilkesinin mükelleflerinin belirlenmesi hususunda önem arz ettiğini düşünmekteyiz.

CMK m. 170/1’de; kamu davasını açma görevinin Cumhuriyet Savcısına ait olduğu belirtilmiştir. Savcının sahip olduğu kamu davası açma yetkisini nasıl ne koşullar altında kullanabileceği ise CMK m. 170/2’de belirtilmiştir. Buna göre Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresi sonunda toplanan delillerin suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturması durumunda bir iddianame düzenlemek suretiyle kamu davasını açar. Konuya salt CMK m. 170 bağlamında bakıldığında, mevcut yasal düzenlemenin de 1412 sayılı kanun döneminde olduğu gibi kamu davasının savcı tarafından iddianame düzenlenmesiyle açılmış olacağını öngördüğü düşünülebilir. Ancak 5237 sayılı kanun döneminde ceza muhakemesi hukukumuzda dâhil olan iddianamenin iadesi kurumu ile kamu davasının açılma anı 1412 sayılı kanun dönemine göre farklılık arz eder hale gelmiştir.

Şöyle ki; 5271 sayılı kanununun 174. maddesinde düzenlenen iddianamenin iadesi kurumu uyarınca; mahkeme makamı iddianamenin kendisine tevdi edildiği tarihten itibaren 15 gün içinde CMK m. 174’de belirtilen hususlara ilişkin olarak iddianame üzerinde incelemede bulunur. CMK m. 174’de belirtilen hususlara aykırılık teşkil eden haller mevcut ise mahkeme makamı, iddianameyi Cumhuriyet Başsavcılığına iade eder, eğer yapılan inceleme sonucunda CMK m. 174’e aykırılık taşıyan bir durum söz konusu olmadığına kanaat getirilirse iddianameyi kabul eder. CMK m. 175/1 uyarınca da; iddianamenin kabulüyle kamu davası açılmış olur ve kovuşturma evresi başlar.

Kamu davasının açılması için savcılık makamı tarafından gerçekleştirilmesi gereken iddianamenin mahkemeye sunulması işleminin gerçekleştirilmesi içinse; fiilin belli olması, failin belli olması, yeterli delilin bulunması ve muhakeme şartlarının varlığı olmak üzere dört unsurun mevcudiyeti gereklidir. 1412 sayılı kanun döneminde “*dava açmak için gerekli şartlar*” olarak ifade edilen bu dört unsurun, kamu davasının açılması işleminin 5237 sayılı kanun döneminde sahip olduğu yeni niteliği uyarınca “*iddianamenin sunulması için gerekli şartlar*” olarak ifade edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

İddianamenin düzenlenebilmesi için gerekli olan ilk şart, fiilin belli olmasıdır. “*Yapılacak soruşturma sonucunda elde edilecek delillerin fiili belli etmesi, söz konusu fiilin de suç genel teorisi uyarınca suçun unsurlarını taşıması gereklidir.*⁴⁶”

İddianamenin düzenlenebilmesi için gerekli olan ikinci şart; failin belli olmasıdır. 1412 sayılı kanun döneminde “*iddianamede sanığın açık kimliği gösterilir*” hükmüyle belirtilen bu husus, 5237 sayılı CMK döneminde; şüphelinin açık kimliğinin iddianamede yer alması zorunluluğunu ifade eden CMK m. 170/3-(a) hükmüyle düzenlenmiştir.

İddianamenin düzenlenebilmesi için gerekli olan bir diğer şart ise; kamu davası açmak için yeterli delilin bulunması lüzumudur. 1412 sayılı kanun döneminde; ceza takibini gerektirecek hususlarda savcının dava açma mükellefiyetini yeterli delilin

⁴⁶ **AYDIN:** Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi Ve Kamu Davası Açma Mecburiyeti, <http://www.murataydin.name.tr>

bulunması şartına bağlayan CMUK m. 148/2; savcının iddianame düzenlemek suretiyle kamu davasını açmasını, yapılan hazırlık tahkikatı sonunda toplanan delillerin kamu davasının açılmasına yeterli olmasını şart koşan CMUK m. 163/1, bu hususu düzenleyen hükümlerdir.

5237 sayılı CMK'da ise, “*soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturması durumunda Cumhuriyet savcısı, iddianame düzenler*” hükmünü taşıyan CMK m. 170/2; yeterli şüphe şartını düzenleyen hükümdür. Yeterli şüpheden söz edilebilmesi için; soruşturma evresinde toplanan bütün şüphe sebeplerinin mahkûmiyet olasılığı verecek dereceye ulaşması gereklidir.⁴⁷ Diğer bir ifadeyle; sanığın mahkûm olması ihtimalinin beraat etmesi ihtimaline göre daha kuvvetli olduğu kanaatine varılması durumunda yeterli şüpheden bahsolunur.⁴⁸ CMK m. 170/2’de ifade olunan yeterli şüphe kavramı; şüpheden sanık yararlanır ilkesinin soruşturma evresinde geçerli olmadığını vurgulayıcı bir niteliği haizdir.⁴⁹

İddianamenin düzenlenmesi için gerekli olan son şart; muhakeme şartlarının somut olayda gerçekleşmiş olmasıdır. Muhakeme şartları; suçun varlığı ya da yokluğuna etki etmeyen, suçun işlenmesinden sonra söz konusu olan ve mevcut bir suç hakkında muhakeme yapılmasını sağlayan ceza muhakemesi kurumlarıdır.⁵⁰

⁴⁷ **YENİSEY:** CMK'nın Genel Değerlendirmesi, Ceza Hukuku Dergisi, Ekim 2006, S. 2, s.15

⁴⁸ **ÖZBEK:** s.515, **CENTEL/ZAFER:** s. 82, **ÖZTÜRK:** s. 144

⁴⁹ **FEYZİOĞLU:** 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında *Bazı* Tespit ve Değerlendirmeler, TBBD, S. 62, 2006, s. 41

⁵⁰ **TOROSLU/FEYZİOĞLU:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2006, s. 44, 45

Muhakeme şartları, etkilerine göre; gerçekleşmemesi her türlü muhakeme faaliyetine engel olan muhakeme şartları (şikâyet, izin) ve gerçekleşmemesi sadece kovuşturmayla engel olan muhakeme şartları (sanığın akıl hastası ya da gaip olması) olmak üzere ikiye ayrılabilir.⁵¹ Gerçekleşmemesi sadece kovuşturmayla engel olan muhakeme şartlarına dava şartları da denilmektedir.⁵² Çalışmamızın maslahata uygunluk ilkesini inceleyeceğimiz bölümünde muhakeme şartları konusuna değineceğimiz için şu kadarını belirtmekle yetinelim ki, muhakeme engellerinin varlığı halinde savcının dava açıp açmama konusunda sahip olduğu bir takdir yetkisi söz konusu değildir. Muhakeme engellerinin varlığı halinde, diğer bir ifadeyle muhakeme şartlarının oluşmadığı durumlarda savcı; maslahata uygunluk ilkesi bağlamında kendisine tanınmış olan bir takdir yetkisini kullanarak değil, kovuşturmayla mecburiyeti ilkesine dâhil olan bir durum içinde hareket ederek kovuşturmayla yer olmadığı kararı vermelidir.

Kamu davasının açılması için gerekli olan işlemlerden mahkeme makamı tarafından gerçekleştirilmesi gereken iddianamenin kabulüne karar verilmesi işleminin gerçekleştirilmesi içinse mahkeme tarafından yapılan inceleme sonucunda CMK m. 174’de belirtilen hususlara ilişkin bir aykırılığın tespit edilmemiş olması gereklidir.

Özetle; 5237 sayılı CMK’nın öngördüğü sistem uyarınca kamu davası; iki işlemin birlikte gerçekleşmesi sonucunda açılır. Bu işlemlerden ilki savcı tarafından

⁵¹ **TOROSLU/FEYZİOĞLU:** s. 45

⁵² **EREM:** s. 226

iddianame hazırlanması, diğeri ise, mahkeme makamı tarafından, iddianamenin hüküm ve sonuç doğurması için gereklilik arz eden ve kurucu şart niteliğini haiz olan iddianamenin kabulü kararının⁵³ verilmesidir. Bu doğrultuda; kamu davasının açılması iki makamın işlemde bulunmasına bağlı olarak gerçekleşen bir eylem olduğuna göre, kamu davasını açma mecburiyetine de, dava açma hususunda kolektif yetkiye sahip bu iki makamın birlikte tabi olması gerekir. Özet olarak; 5271 sayılı kanun tarafından öngörülen iddianamenin kabulü kurumu uyarınca, mevcut yasal düzenleme bakımından kamu davası açma mecburiyeti; Cumhuriyet Savcısına kanunda öngörülen şartlar tamam olduğu takdirde iddianame düzenlemek, mahkeme makamına ise, CMK m. 174’de belirtilen hususlara aykırılık taşımayan iddianameyi kabul etmek mecburiyeti yüklenmesi suretiyle tecessüm eder.

C. Kamu Davası Yürütme Mecburiyeti İlkesi

a. Genel Olarak

Kamu davasının açılmasından sonra, savcının muhakemenin bir hükümlerle sonuçlandırılmasına kadar iddia faaliyetini devlet adına yürütmeye mecbur olması ve açılmış olan ceza davasını geri alamamasına kamu davasını yürütme mecburiyeti, söz konusu mecburiyeti belirten ilkeye de kamu davası yürütme mecburiyeti ilkesi (kamu

⁵³ **FEYZİOĞLU:** Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre İddianamenin Hazırlanmasına ve Kabulüne İlişkin Bazı Düşünceler, Ceza Hukuku Dergisi, Eylül 2006, S.1, s. 31, **FEYZİOĞLU:** 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında *Bazı* Tespit ve Değerlendirmeler, TBB Dergisi, S. 62, 2006, s.

davasının geri alınmazlığı ilkesi) denir.⁵⁴ Kamu davasını yürütme mecburiyeti ilkesi, savcının iddia faaliyetini ceza muhakemesi kanununa uygun olarak yürütmesini sağlayarak keyfi muamelelerde bulunmasını önleme amacına yönelmiş olan bir ilkedir.⁵⁵

Kamu davasının geri alınmazlığı ilkesi, kamu davasına onu şahsi hukuk davasından ve şahsi davadan ayıran bir özellik katar.⁵⁶ Zira kamu davasının devamlılığı ilkesi uyarınca, yargılamanın devamına engel olan bir durum söz konusu olmadıkça, mahkeme tarafından bir hüküm tesis edilinceye kadar iddia görevinin yapılması mecburidir.⁵⁷ Kamu davası açma mecburiyetinin sona erebilmesi için; mahkeme tarafından tesis edilecek olan hükmün; muhakemeyi sonlandırıcı nitelikte bir hüküm olması gerekmektedir. Kovuşturma evresinde şikâyetin geri alınması (TCK 73/4), mahkeme tarafından uzlaşmaya gidilmesi (CMK m.254) ya da sanığın ölümü (TCK m. 64) gibi hallerde davanın düşmesine karar verileceğinden ve düşme de muhakemeyi sonlandıran bir hüküm çeşidi olduğundan, bu gibi hallerde muhakeme sonlanır ve kamu davasını yürütme mecburiyetinin uygulanma kabiliyeti kalmaz. Ancak; Kamu davasını yürütme mecburiyeti uyarınca; savcı, kovuşturma evresinde düşme sebeplerinin varlığını tespit etse dahi davayı geri alamaz, davanın düşürülmesini talep etmekle yetinir.⁵⁸

⁵⁴ **ÖZTÜRK:** s. 182, 183, **ÖZBEK:** 90, **KEYMAN:** s. 128

⁵⁵ **ÖZTÜRK:** s.186

⁵⁶ **EREM:** s. 205

⁵⁷ **KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU:** s. 222

⁵⁸ **ÖZTÜRK:** Koğuşturma Mecburiyeti, s. 185

Yasama dokunulmazlığı gibi durma sebeplerinin varlığı halinde, kamu davasını yürütme mecburiyeti ortadan kalkmaz. Durma sebeplerinin varlığı halinde muhakeme ve dolayısıyla onun bir parçası olan iddia faaliyeti dursa da, kamu davasını yürütme mecburiyeti, durma sebeplerinin ortadan kalkmasının ardından başlayacak olan muhakeme faaliyeti ve muhakeme faaliyetinin bir unsuru olan iddia faaliyetinin kaldığı yerden devam etmesiyle işlerlik kazanır.

Kamu davasını yürütme mecburiyeti ilkesi, savcının kovuşturma evresine geçildikten sonra, sanığın beraat etmesi gerektiğine kanaat getirmesi halinde dahi, açılmış olan ceza davasını geri alamamasını gerektirir. Ancak savcının davayı geri alamaması, onun her ne şart altında olursa olsun sanığın mahkûmiyetini talep etmek zorunda olması anlamına gelmez. Zira devam mecburiyeti iddia görevi bakımındandır; beraat talebinde bulunmak ise, mütalaa ile hâkime ışık tutmak anlamına gelen iddia faaliyetine dâhil olduğundan, savcı isnadında ısrarcı olmak mecburiyetinde değildir, beraat talebinde bulunarak da iddia vazifesini yerine getirebilir.⁵⁹ Kaldı ki; ceza muhakemesinin ve muhakeme faaliyetinin yargılama ve savunma ile beraber bir parçası olan iddia faaliyetini yürüten iddia makamını işgal etmesi hasebiyle savcılık makamının yöneldiği amaç; mahkeme huzuruna sanık sıfatıyla çıkarılan kişi hakkında her ne şart altında olursa olsun mahkûmiyet hükmünün tesis edilmesine çalışmak değil, maddi gerçeğin ortaya çıkarmasını sağlamaktır. Yapılan muhakeme sonucunda sanığın suçlu bulunması ve sanığın suçlu bulunması sonucunda sanık hakkında bir mahkûmiyet hükmü tesis edilmesi; ceza

⁵⁹ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU: s. 223

muhakemesinin nihai hedefi değil, ceza muhakemesinin yöneldiği asli amaç olan maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasının tali bir sonucudur.

ÖZTÜRK'e göre; iddia faaliyetini hukuka aykırı olarak yürütmek aslında iddia faaliyetini yürütmemek anlamına gelir ve bu doğrultuda kamu davasını yürütme mecburiyeti ilkesine aykırı bir durum yaratılmış olur.⁶⁰ Bu doğrultuda, savcının beraat talebinde bulunulması gereken hallerde mahkûmiyet talebinde bulunması, mahkûmiyet talebinde bulunulması gereken hallerde ise beraat talebinde bulunması kamu davası yürütme mecburiyeti ilkesine aykırılık teşkil edeceği gibi, duruma göre suç da teşkil edebilecek bir eylemdir.⁶¹

Son olarak belirtelim ki; kamu davası yürütme mecburiyeti ilkesi, her ne kadar mahkeme tarafından muhakemeyi sonlandırıcı nitelikteki bir hükmün verilmesiyle sona erse de, yapılan temyiz neticesinde hüküm Yargıtay tarafından bozulmuşsa ve bu bozma kararına ilk derece mahkemesi tarafından uyulmuşsa; bu uyma kararı neticesinde yapılan muhakeme faaliyetinde savcı iddia faaliyetini yürütmekle mecbur olmaya devam edecektir.⁶²

b. Mevzuattaki düzenleme:

⁶⁰ ÖZTÜRK: Koğuşturma Mecburiyeti, s. 186

⁶¹ ÖZTÜRK: Koğuşturma Mecburiyeti, s. 186

⁶² ÖZTÜRK: Koğuşturma Mecburiyeti, s.184

Ne 1412 sayılı CMUK döneminde ne de 5237 sayılı kanun döneminde kamu dava yürütme mecburiyetini ilkesini doğrudan düzenleyen bir hüküm mevcuttur. Her ne kadar duruşmada bulunması hazır bulunması gerekenler arasında Cumhuriyet Savcısını sayan CMK m. 188/1 ve savcının duruşmaya katılmamasını mutlak bozma sebebi olarak sayan CMK m. 289/1 hükmünün kamu davası yürütme mecburiyeti ilkesini dolaylı olarak ifade ettiği ifade edilmektedir.⁶³ Zira söz konusu maddeler, bizzat kamu davası yürütme mecburiyetini değil, kamu davasını yürütme mecburiyetinin doğal bir sonucu olan duruşmaya katılma zorunluluğunu öngören ve bu zorunluluğa uyulmamasının yaptırımını öngören hükümlerdir. Dolayısıyla CMK m. 188/1 ve CMK m. 289/1, kamu davasını yürütme mecburiyeti ilkesini doğrudan değil, ancak dolaylı olarak belirtmektedir.

Kamu davasını yürütme mecburiyeti ilkesini doğrudan düzenleyen bir hükme Ceza Muhakemesi Kanununda yer verilmemiş olması, söz konusu ilkenin ceza muhakemesi hukukunda geçerli olmadığı anlamına gelmez. Çalışmamızın önceki kısımlarında da belirttiğimiz gibi, ceza muhakemesi hukukumuzda kural, kovuşturma mecburiyeti ilkesi ve kovuşturma ilkesinin bir alt ilkesi olması hasebiyle kamu davası yürütme mecburiyeti ilkesidir. Bununla beraber ne 1412 sayılı CMUK döneminde ne de 5237 sayılı CMK döneminde Cumhuriyet Savcısına kamu davasını geri alma yetkisi tanınmamıştır. Bu sebeple; 1412 sayılı CMUK döneminde CMUK m. 253/1'de öngörülen hükümlerden (son karar) biri verilinceye değin açılmış olan

⁶³ **YENİDÜNYA:** 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Kamu Davasının Açılması, İddianamenin Unsurları ve İadesi, <http://www.e-akademi.org> **ÖZBEK:** Ceza Muhakemesi Hukuku s.

ceza davasını yürütmekle mükellef olan Cumhuriyet Savcısı, 5271 sayılı kanun döneminde de mahkeme makamı tarafından CMK m. 223’de belirtilen hüküm çeşitlerinden birine karar verilmeye değin, kamu davasını yürütmekle mükelleftir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, araştırma mecburiyeti ve kamu davası açma mecburiyetinin aksine, kamu davasını yürütme mecburiyetinin tek mükellefi Cumhuriyet Savcısıdır⁶⁴. Cumhuriyet Savcısı dışındaki tüm kişi ve kurumlar, ceza davasına ancak gerekli şartlar söz konusu olduğu takdirde müdahil olarak katılabilirler, müdahillerin ise, kamu davasını yürütme mecburiyetine tabi olan Cumhuriyet Savcısının aksine duruşmada hazır bulunma yükümlülükleri olmadığı gibi (CMK m. 240), davaya katılmaktan vazgeçilebilirler (CMK m. 243).

⁶⁴ ÖZTÜRK: s. 183,184. ÖZBEK: s. 90

II. MASLAHATA UYGUNLUK İLKESİ

1. GENEL OLARAK

Ceza kanunları tarafından suç olarak düzenleniş bir fiilin işlendiğinin öğrenilmesi üzerine bu fiilleri takip etmekle yetkili kılınmış makamlar tarafından derhal işin gerçeğini öğrenebilmek için soruşturmaya başlanması, soruşturmaya başlanılmış ise başlatılan soruşturma kapsamında maddi gerçeği ortaya çıkarabilmek adına gerekli olan araştırmanın yapılması; yürütülen soruşturma neticesinde, soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda yeterli şüpheye varılması ve muhakeme şartlarının da tamam olması halinde, yetkili makamlar tarafından ceza davası açılıp açılmaması ve eğer dava açılmış ise, açılmış olan ceza davasının muhakeme sonuçlanıncaya kadar sürdürülmesi ve davayı sürdürmek adına gerekli olan bütün işlemlerin yerine getirilip getirilmemesi konusunda takdir yetkisine sahip olmalarını belirten ilkeye maslahata uygunluk ilkesi, bu ilkenin geçerli olduğu sisteme de maslahata uygunluk sistemi adı verilir.⁶⁵

⁶⁵ ÖZTÜRK: Koğuşturma mecburiyeti, s.14

Maslahata uygunluk sistemi doktrinde uygunluk, maksada uygunluk ve takdirilik sistemi gibi farklı isimlerle de adlandırılmaktadır. Maslahata uygunluk sistemine verilen bu farklı isimlendirmeler, kovuşturma mecburiyeti sistemi bakımından tercih edilen adlandırmaya uygun bir isimlendirmede bulunma amacı taşımakla beraber bu isimlemelerde maslahata uygunluk ilkesinin genel ruhundan, ölçüt aldığı değerden veya sistemin vermiş olduğu takdir yetkisinden birine öncül değer atfedilerek değer atfedilen kriterin ön plana çıkarılması söz konusudur.

Kanunilik (legalita) teriminin zıddının kanunsuzluk (illegalita) olduğunu belirten MANZİNİ, kanunilik terimi yerine takdire bağlı olmama (non-discrezionalita), bu sistemin karşıtı olan maslahata uygunluk sistemi içinse takdirilik (discrezionalita) teriminin kullanılmasını uygun bulmaktadır.⁶⁶ TOSUN, mecburilik teriminin zıddının ihtiyarilik ya da takdirilik terimine tekabül ettiğini, adı geçen sistemde daha ziyade ihtiyarin takdire göre kullanılmasının söz konusu olduğunu belirterek, uzun bulduğu ve hukuki bir tabir olmadığını düşündüğü maslahata uygunluk tabiri yerine, takdirlik terimini kullanmayı tercih etmektedir.⁶⁷ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU ise; Discrezionalita teriminin Türkçedeki karşılığının “tam takdir” anlamına geldiğini ve maslahata uygunluk sisteminin mutlak bir takdir yetkisini değil, mecburiliğin zıddı anlamına gelen ihtiyari olma özelliğini barındırdığını ifade etmektedir.⁶⁸ Bu bağlamda; maslahata uygunluk veya kamu yararına uygunluk terimlerinin yerine, takdirlik teriminin kullanılmayacağını,

⁶⁶ TOSUN: Ceza Davasının Açılmasında Sistemler, İÜHFİM, C.34, S.1-4, s. 44

⁶⁷ TOSUN: s. 45

⁶⁸ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU: s. 217 dn. 4

eğer, maslahata uygunluk veya kamu yararına uygunluk terimleri tercih edilmiyorsa ihtiyarilik teriminin kullanılması gerektiğini savunmaktadır.⁶⁹

Kelime anlamı olarak, iş emir, husus, keyfiyet, ehemmiyetli iş, barış, dirlik, düzenlik anlamına gelen⁷⁰ maslahat teriminin hukuk literatüründeki anlamı, kamu yararı demektir. ⁷¹ Maslahata uygunluk sisteminin geçerli olduğu durumlarda; soruşturma konusu fiile ilişkin olarak dava açılması ya da kovuşturmaya devam edilmesi için kanuni şartların mevcudiyetinin yanı sıra, yetkili makamlar tarafından maslahata uygunluk olarak ifade edilen “lüzum” şartı da araştırılır, diğer bir ifadeyle, kamusal fayda mülahazasıyla dava açma lüzumu takdir edilir.⁷²

Bu noktada önemle belirtmek isteriz ki; maslahata uygunluk ilkesi uyarınca yetkili makamlara tanınan takdir yetkisi; kovuşturma mecburiyeti ilkesi uyarınca kanunda öngörülen şartlar ve durumlar mevcut olduktan sonra gündeme gelebilecek bir yetkidir. Diğer bir ifadeyle maslahata uygunluk prensibi; dava açmak için gerekli bütün şartlar tamam olduğu ve savcının harekete geçme imkânının söz konusu olduğu hallerde, ceza davasının cemiyyet veya suçlu bakımından fayda ve zararları değerlendirilerek dava açma hususunda savcıya takdir yetkisinin tanınması halinde geçerlidir.⁷³ Bu sebeple; kovuşturma mecburiyeti ilkesi uyarınca soruşturmaya

⁶⁹ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU: s. 217 dn. 4

⁷⁰ DEVELLİOĞLU: s. 583

⁷¹ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU: s. 111 bkz: DEVELLİOĞLU: Maslahatı Amme: Kamunun yararına olan. , s.583,

⁷² KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU: s. 217

⁷³ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU: s.860

başlamak, kamu davası açmak ya da açılmış olan kamu davasını yürütmek için gerekli olan şartlar somut olayda söz konusu değilse, savcı, soruşturmaya başlamamak, kamu davası açmamak ya da açılmış olan kamu davasını yürütmemekle yükümlüdür. Bu yükümlülük, maslahata uygunluk ilkesi bağlamında değil, kovuşturma mecburiyeti ilkesi bağlamında yerine getirilecektir. Bu bağlamda örneğin, maslahata uygunluk ilkesi uyarınca Cumhuriyet savcısının takdir yetkisinin söz konusu olduğu bir durumda dahi, Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilemediği takdirde, kovuşturma mecburiyeti ilkesi uyarınca CMK m. 172/1 bağlamında kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermelidir. Benzer şekilde, soruşturma evresinde muhakeme şartlarının bulunmadığının tespiti halinde de kovuşturma mecburiyeti ilkesi uyarınca CMK m. 172/1 uyarınca -ve fakat kovuşturma olanağı bulunmadığından bahisle- kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmelidir. Bununla birlikte devletler, cezai uyuşmazlıkların çözümünde yargılama dışı çözüm yolları da öngörebilir. Örneğin, Türkiye'nin de taraf olduğu çocuklarla ilgili uluslararası belgelerde ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin tavsiye kararlarında uyuşmazlıkların çözümünde yargılama dışı çözüm yollarından birisi olarak taraf devletlere önerilen bir kurum olan uzlaşma bu niteliktedir.⁷⁴ Uzlaşma kurumu aynı zamanda Uluslararası Savcılar Birliğinin, savcılarının ceza yargılamasındaki işlevlerine ilişkin olarak belirlediği; sanık ve mağdur haklarına saygı göstererek kovuşturmadan vazgeçilmesi ve ceza uyuşmazlıklarının yargı dışına taşınması için gerekli faaliyetlerin gösterilmesi ilkesinin de gereklerine uygun bir

⁷⁴ **AYMK:** E.2006/57 K. 2009/7123 T. 1.10.2009, www.kazanci.com

yöntemdir.⁷⁵ Gerek şikâyet gibi muhakeme şartlarının öngörülmesinin, gerek uzlaşma, arabuluculuk gibi yargılama dışı çözüm yöntemlerinin belirlenmesinin gerekse de maslahata uygunluk sisteminin benimsenmesinin ortak bir noktası söz konusudur. Bu ortak nokta; ceza kanunlarında bir takım fiillerin suç olarak düzenlenmesinden ve bu fiilleri işleyen şahısların cezalandırılmalarından beklenen kamu yararının ötesinde bir kamu yararına ulaşma güdüsüyle hareket edilmesidir.

Çalışmamızın bu bölümünde maslahata uygunluk ilkesi bakımından taşıdığı önem dolayısıyla kamu yararı kavramını ayrı bir başlık altında irdelemeyi uygun gördük.

2. KAMU YARARI KAVRAMI

A. Genel Olarak

İdare hukukunda ve siyaset biliminde sık kullanılan bir kavram olan ve genel yarar, kamu menfaati, kamu iyiliği (intérét général, common good, commun bien) gibi adlarla da anılan kamu yararı;⁷⁶ devletin doğrulamasının yapılmasında, kamusal işlerin hukuka uygunluğunun ölçülmesinde, idare hukukunun uygulama

⁷⁵ **ÖZBEK:** Ceza Muhakemesi Kanununda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Mağdur Fail Uzlaştırmasının Usul ve Esasları, AÜHFD, S.4, 2007, s. 128

⁷⁶ **KELEŞ:** “Kentleşme ve Kamu Yararı”, Kent ve Siyaset Üzerine Yazılar, IULA-EMMA, İstanbul, 1993, s. 94,95

alanının belirlenmesinde bir ölçüt olarak kullanılan ve bu doğrultuda bir faaliyete “devlet ya da kamu faaliyeti” niteliği kazandıran bir kavramdır.⁷⁷

Kamu yararı kavramı; hem teknik bir hukuki terim, hem de hukukun sınırlarını aşan felsefe, ahlak ve sosyoloji alanlarına giren bir terim olması sebebiyle tanımlanması güç bir niteliğe sahiptir.⁷⁸ AKILLIOĞLU; Bu zorluktan hareketle kamu yararının, özü ya da içeriği önceden belli olmayan, bu sebeple de biçimi aracılığıyla tanımlanabilecek bir kavram olduğunu ifade etmiştir.⁷⁹

Tanımlanması zor bir kavram olan kamu yararı kavramının niteliği üzerine geliştirilen kuramsal yaklaşımları, bireyci yaklaşım, ortak yararcı yaklaşım ve tekçi yaklaşım olarak üç grupta toplamak mümkündür.

Yararcı (utulitarian), toplamcı (aggregationalist) yaklaşım olarak da adlandırılan bireyci yaklaşım taraflarına göre kamu yararı; bireysel yararların ağır bastığı ya da onların toplamından oluşan bir kavramdır.⁸⁰

Kamu yararını çatışma halinde olan bireysel yararlar yerine birbiriyle çelişmeyen ya da oybirliği ile paylaşılan yararlarla dayandıran ortak yararcılar ise,

⁷⁷ AKILLIOĞLU: “Kamu Yararı Üzerine Düşünceler”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt:24, Sayı:2, s.3

⁷⁸ TUNAYA: Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, İ.Ü Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1980, s.165, 166

⁷⁹ AKILLIOĞLU: “Kamu Yararı Üzerine Düşünceler”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt:24, Sayı:2, s.3

⁸⁰ KELEŞ: s.95

kamu yararını bir toplumun bütün üyelerinin ortaklaşa sahip olduğu yararların toplamı olarak mütalaa eder.⁸¹

Tekçi yaklaşım olarak ifade olunan kuramın taraftarları ise, kamu yararı normatif ve değer yargılarına dayanan bir siyasal tercih konusu olarak görür.⁸²

Kamu yararı kavramı; Roma hukukunda, toplumun maddî ve zorunlu gereksinmelerinin yanı sıra din, ahlâk, estetik vb. birtakım inanç ve duygu gereklerini de kapsayarak hukukî denetim dışına taşarak çok geniş bir kapsam kazanmıştır.⁸³ 1789 Fransız devrimi sonrasında; sanayi-ticaret toplumuna geçiş öncesi Avrupa siyasi tarihinin ortak temel kavramı olan ve usdışı bir niteliğe sahip ortak iyilik (le bien commun) kavramına bir tepki olarak ortaya çıkan ve ortak iyilik kavramının aksine dünyevi, ussal ve anlaşılabilir niteliğe sahip bir kavramdır.⁸⁴

Kamu yararı kavramı, devlet yararı ile özdeşleştirilemeyecek bir kavramdır; nasıl ki kamuoyu kavramı; devletin görüşü, devletin kanısı anlamına gelmiyorsa, kamu yararı kavramına esas teşkil eden düşünce de devlet yararı değil, toplum, halk yararındır.⁸⁵ Ancak kamu yararında devletin yararı da yok değildir. Zira devlet kurumu egemenlik, millet ve ülke olmak üzere üç unsurdan müteşekkildir ve bu

⁸¹ KELEŞ: s. 96

⁸² KELEŞ: s. 96

⁸³ KARADENİZ: Roma'da Kamulaştırma ve 'Kamu Yararı' Kavramı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975 s. 49

⁸⁴ AKILLIOĞLU: s. 8,9

⁸⁵ KELEŞ: s. 114, 115

haseble devletin millet unsurunun yararına olan bir iş ya da eylem, dolaylı olarak da olsa devletin menfaatine hizmet eder.

B. Tanım

Kamu yararı kavramı; anlamı, içeriği tanımı ve yararı konusunda görüş birliğine varılmış bir kavram olmamakla⁸⁶ beraber, anayasal bir ilke niteliği taşımakta ve kimi yargı kararları marifetiyle de tanımlanmış bulunmaktadır.

Cumhuriyet dönemi Anayasalarımızda kamu yararı kavramı, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında ve özellikle kamulaştırma olmak üzere mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemelerde başvurulan bir kavram niteliği taşıyorsa da,⁸⁷ anayasanın 1982 anayasasının 13. maddesinde 3.10.2001 tarihinde yapılan değişiklikle temel hak ve özgürlükler için genel bir sınırlama nedeni olmaktan çıkarılmıştır.

Mevcut anayasal düzenlemede ise, anayasanın birçok maddesinde değinilen kamu yararı kavramı; “Temel Haklar ve Ödevler” kısmının “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” bölümünün üçüncü alt başlığını oluşturmaktadır.

⁸⁶ **KELEŞ:** s. 114

⁸⁷ **SARAÇ:** Kamu Yararı Kavramı,

http://212.174.133.188/calismalar/maliye_dergisi/yayinlar/md/md139/O.%20SARAC.pdf , s.2,3

Cumhuriyet dönemi anayasalarında kamu yararı kavramının yanı sıra toplum yararı kavramının da kullanıldığı görülmektedir. Örneğin; 1982 anayasasının mali ve ekonomik hükümler başlıklı dördüncü kısmının ikinci bölümde yer alan planlama başlıklı 166. maddesinde “...yatırımlarda toplum yararları ve gereklerinin gözetileceği” belirtilmiştir. Anayasanın mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesinde ise, mülkiyet ve miras hakkının, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği ve Mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Kamu yararı kavramı; toplum yararı ortak iyilik, toplumsal refah/esenlik, “genel yarar” gibi kavramlar birbiri yerine kullanılmakta⁸⁸ ve Kamu yararı kavramı ile toplum yararı kavramı ilk bakışta özdeş gibi görünmekteyse de, bu iki kavram arasındaki ilişki hakkında doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Kamu yararı ile toplum yararı kavramları arasında Anayasanın bilinçli olarak bir ayırım yapmayı yeğlediğini düşünen KELEŞ; toplum yararı ve kamu yararı kavramları arasında farklılık olduğunu ve toplum yararı kavramının, kamu yararı kavramının geniş anlamı olarak mütalaa edilebileceğini savunur.⁸⁹ Kamu yararı kavramı toplum yararı, ortak iyilik, toplumsal refah, genel yarar gibi birbirinin yerine kullanılan kavramların ortak noktasının, bu kavramların “bireysel çıkar”dan farklı, onun üstünde veya dışında bir yarar/çıkarı ifade etmesinden⁹⁰ yola çıkan

⁸⁸ AKILLIOĞLU: s.7

⁸⁹ KELEŞ: “ Kent ve Çevre Değerleri Bağlamında Kamu Yararı Kavramı”, Merkez Planlama Denetimi, Yargı Yayınevi, Ankara,s:1

⁹⁰ Bkz. Aynı görüşte; “Günümüzde "kamu yararı kavramı yanında; "toplum yararı " "ortak çıkar", "genel yarar" gibi birbirinin yerine kullanılan kavramlarla anlatılmak istenen; tümünün "bireysel

AKILLIOĞLU ise; gerçek ayrımın, kamu yararı ile toplum yararı arasında değil, kamu yararı ile bireysel çıkar arasında olduğunu savunmaktadır.⁹¹

Kamu yararı, esas itibariyle, Toplumda meydana gelen menfaat çatışmalarında, çoğunluğun menfaatinin azınlığa, diğer bir ifadeyle, sayıca üstün olan grubun menfaatinin sayıca azınlıkta kalan insanların menfaatlerine üstün tutulması anlamına gelir.⁹² Ancak sayısal bakımdan çoğunlukta olan grubun menfaatinin, azınlıkta kalan grubun menfaatinden üstün tutulabilmesi için, menfaatler arasında niteliksel bir denge söz konusu olmalıdır⁹³. Ancak kamu yararının niteliksel anlamı, zamandan zamana ve ülkeden ülkeye farklılık gösterebilecek bir niteliğe sahip olduğundan⁹⁴ bu niteliksel anlamın da belirli bir kriterle anlamlandırılması gerekir. Bu doğrultuda, Menfaatler arasında niteliksel bir dengenin mevcut olmadığı durumlarda, azınlığın sahip olduğu menfaat, çoğunluğun menfaatine göre çağdaş değer ölçülerine göre üstün durumdaysa, azınlıktaki topluluğun ya da bireyin menfaati çoğunluğun menfaatinden üstün tutulur, şayet çatışan hak ve menfaatler niteliksel bakımdan aynı ise bu takdirde çoğunluğun menfaati azınlığın menfaatinden üstündür.⁹⁵

çıkart" dan farklı onun, üstünde ya da dışında ortak bir yararın amaçlanmasıdır. AYMK: T. 21.10.1992, E. 92/13, K. 92/50", E. 1999/46, K. 2000/25

⁹¹ AKILLIOĞLU: s.7

⁹² YAYLA: İdare Hukuku, İstanbul, 1990. s. 74'den aktaran; YILDIRIM TURAN: Kamu Yararı ve Disiplin Cezalarının Affı,

http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg18/YILDIRIM.PDF , s. 440

⁹³ YAYLA: s. 74'den aktaran, YILDIRIM TURAN: s. 440

⁹⁴ KELEŞ: s.98

⁹⁵ YAYLA: s. 74'den aktaran, YILDIRIM TURAN: s. 440

C. Kamu Yararını Takdir Yetkisi

Kamu yararı kavramı; kanunlarda açıkça gösterilmiş olsun ya da olmasın tüm idari işlem ve kararların genel ve değişmez nitelikteki amacıdır.⁹⁶ Bunun sebebi; idari işlem ve kararların idari fonksiyonun yerine getirilmesi maksadıyla yapılması ve idari fonksiyonun da toplumsal gereksinimlerin karşılanmasını temin etmek suretiyle kamu yararını gerçekleştirme amacına yönelik olmasıdır.⁹⁷

Bununla beraber kamu yararı; tüm kamusal işlemler gibi kanunların da amaç unsurunu oluşturur.⁹⁸ 1789 Fransız İhtilali ile Fransız kamu hukukuna yerleşen ve Türk kamu hukuku tarafından da benimsenen ve “yasa, kamu yararadır” şeklinde

⁹⁶ **GÜNDAY**: İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2004, s.146

⁹⁷ **GÜNDAY**: s.146

⁹⁸ **TEZİÇ**, Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), Beta, İstanbul, 2001 s.188; **ÖZBUDUN**, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin, Ankara, 2002, s.386.

ifade olunabilecek ilke uyarınca, içeriği ne olursa olsun biçimsel olarak yasama organı tarafından kanun yapma prosedürüne uygun olarak vaz edilen her yasa kamu yararına uygun kabul edilir.⁹⁹ Bu bağlamda, Kamu yararının ne şekilde sağlanacağını belirleme yetkisi, kendi siyasi tercihleri bağlamında bu hususta karar verecek olan kanun koyucuya ait bir yetkidir. Kanun koyucu, kamu yararının ne şekilde sağlanacağını siyasi tercihlerine göre saptamada serbesttir, özetle, kamu yararını takdir etme yetkisi yasa koyucuya aittir.¹⁰⁰

D. Maslahata Uygunluk İlkesi Bakımından Kamu Yararı

Tüm idari işlem ve eylemlerin ve kanunların amaç unsurunu oluşturan kamu yararı kavramı kuşkusuz ki, ceza kanunlarının da yönelmiş olduğu amaçtır. Bu anlamda hem kovuşturma mecburiyeti ilkesinin tatbikini sağlayan hem de maslahata uygunluk ilkesinin uygulanmasına cevaz veren bütün normlar, kamu yararı amacına yönelik olmalıdır. Ceza kanunları vasıtasıyla kamu yararı; cezadan beklenen amaçların ve cezaların fonksiyonlarının yerine getirilmesi suretiyle bozulan toplumsal düzenin yeniden tesis edilmesidir. Aynı şekilde ceza muhakemesi kurallarının ihdas edilmesinin altında yatan kamu yararı da; suçların soruşturulması ve kovuşturulması usullerini tanzim edilmesi suretiyle gerçekleştirilecek muhakeme neticesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır.

⁹⁹ AKILLIOĞLU s.4

¹⁰⁰ TEZİÇ s. 188

Maslahata uygunluk ilkesi bakımından kamu yararı kavramına yaklaşıldığında; iki tür kamu yararı üzerinde durmak gerekir. Bunlardan birincisi, maslahata uygunluk ilkesinin uygulanmasına vücut veren normun taşıması gereken kamu yararadır. Bahsi geçen kamu yararı kanun koyucu tarafından takdir edilir. Kanun koyucunun, maslahata uygunluk ilkesinin uygulanmasını sağlayan bir norm ihdas ederken gözetmesi gereken kamu yararı, suçların soruşturulmasını veya kovuşturulmasını ve de suçluların cezalandırılmasını sağlayan normların uygulanmasına istisna getirilmesini haklı kılar nitelikte bulunmalıdır. Diğer bir ifadeyle; maslahata uygunluk ilkesinin uygulanmasına cevaz veren normun taşıdığı kamu yararı, suçların soruşturulması ve kovuşturulmasını veya suçluların cezalandırılmalarını sağlayan normların taşıdığı kamu yararından üstün olmalıdır.

Maslahata uygunluk ilkesi bakımından incelenmesi gereken diğer kamu yararı ise; maslahata uygunluk ilkesinin uygulanmasına cevaz veren normun tatbiki için gözetilmesi gereken kamu yararadır. Sözü edilen kamu yararı, maslahata uygunluk ilkesinin kovuşturma mecburiyetinden ayrılmasını sağlayan unsurdur. Zira maslahata uygunluk sisteminde kovuşturma mecburiyeti sisteminden farklı olarak dava açılması ve açılmış olan ceza davasının yürütülmesi için muhakeme şartlarının tamam olması ve dava açılması için yeterli şüphe ölçünün mevcudiyetinin aranması ile yetinilmez. Bu şartların varlığına ek olarak ceza davasının açılması ve açılmış olan ceza davasının yürütülmesi için kamu yararının varlığı da aranır.

YURTCAN; toplumda skandal yaratmamak düşüncesi, sanık olarak bir yüksek devlet memurunun varlığı, bir yüksek derece devlet memurunun varlığı, dış politika

mülâhazaları, küçük suçluların korunması, yargılama giderlerinin cezadan beklenen yararı aşması gibi durumlarda, savcının ceza davası açmanın maslahata uygun olup olmadığını takdir ederek, ceza davası açmayabileceğini ifade etmektedir.¹⁰¹

EREM'e göreyse savcı, siyasal durumları, örf ve âdeti, inançları, batıl inançları takdir edebilir, bu müteaddit değerlendirmeler yapıp, uygun düşmeyecek bir takibin faydasızlığını ve tehlikesini takdir ederek, huzur ve sükûnun mevcut olduğu hallerde takdir yetkisini dava açmama yönünde kullanabilecektir.¹⁰² Eğer dava açılmaması, suçun işlenmesiyle ortaya çıkan zarardan daha büyük bir zararın ortaya çıkmasına sebebiyet verecekse veya faili işlediği suçu cezasız bırakmak, failin kişiliği bakımından onu cezalandırmaya nispeten daha faydalı ise, dava açılmayabilecektir.¹⁰³

3. MEVZUATTAKİ DÜZENLEME

A. Genel Olarak

Kovuşturma mecburiyeti ilkesinin gerek 1412 sayılı CMUK döneminde gerekse de 5237 sayılı ceza muhakemesi kanununda kural olarak kabul edilmişse de,

¹⁰¹ YURTCAN: 57

¹⁰² EREM: s. 208

¹⁰³ KUNTER: Ceza Hukuku Milletlerarası Beşinci Kongresi, İÜHFİM, Cilt XIII Sayı 3, Ayrı Bası, İstanbul, 1947, s. 856

her iki kanun döneminde de maslahata uygunluk ilkesinin uygulanmasına cevaz veren hükümlere de yer verilmiştir.

1412 sayılı CMUK m. 148/1’de; “*Kanunda aksine hüküm bulunmadığı takdirde Cumhuriyet savcısı, ceza takibini gerektirecek hususlarda yeterli delil mevcut ise kamu davasını açmakla mükelleftir.*” denilmek suretiyle asli olarak kovuşturma mecburiyeti ilkesinin geçerli olduğu belirtilmekle beraber, maslahata uygunluk ilkesine de istisnaen yer verilmiştir.

1412 sayılı CMUK’da maslahata uygunluk ilkesinin uygulanmasını sağlayan ilk hüküm, CMUK m. 149/1’dir. Buna göre; sanığa takibat neticesinde verilecek cezanın sanığın diğer bir suçundan dolayı kesinleşmiş bir hükümle mahkûm olduğu veya diğer bir suçtan dolayı göreceği cezaya bir tesiri yoksa ceza davasının açılmasından vazgeçilebilir. Hükümün amacı; muhakemenin basitleştirilip çabuklaştırılması ve bu suretle adli yükün hafifletilmesidir.¹⁰⁴

Hükümün uygulanabilmesi için, ortada konusu suç teşkil eden birden fazla eylem söz konusu olmalı, ilgili şahıs hakkında yürütülen muhakeme neticesinde şahıs bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olmalı, işlediği iddia edilen diğer suç bakımından ise muhakeme devam ediliyor olmalıdır. CMUK 149. madde bağlamında maslahata uygunluk ilkesi; işlemiş olduğu bir diğer suçtan mahkûm olan sanık hakkında devam eden muhakeme neticesinde sanık hakkında hükmedilmesi muhtemel cezanın, sanığın ya da şüphelinin kesinleşmiş mahkûmiyet hükmüne bir

¹⁰⁴ **ÖZTÜRK:** Koğuşturma Mecburiyeti, s. 201

tesiri olmadığı durumlarda muhakemeden vazgeçilebilme yetkisi tanınmak suretiyle işlerlik kazandırılmıştır. Bu kuralın en tipik uygulama örneği, hakkında kesinleşmiş bir idam ya da müebbet hapis cezasına hükmedilen hükümlü hakkında yürütülen soruşturmalar bakımından söz konusu olmaktadır.

Kamu davasının açılması hususunda savcıya takdir yetkisi tanınması hasebiyle kamu davası açma mecburiyeti ilkesine getirilen bir istisna niteliği taşıyan CMUK 149/1i hükmünün yanı sıra, adı geçen maddenin ikinci fıkrası ile kamu davası yürütme mecburiyetine de istisna getirilmişti. CMUK 149/2 uyarınca, CMUK m. 149/1’de belirtilen şartların mevcut olduğu hallerde kamu davası önceden açılmışsa, Cumhuriyet savcısının talebi üzerine mahkeme davanın geçici olarak durmasına karar verebilirdi. Durma kararı, kesinleşmiş hükümden dolayı verilmiş ve Kamu davası evvelce açılmışsa Cumhuriyet savcısının talebi üzerine mahkeme davanın muvakkaten tatiline karar verebilirdi.

1412 sayılı CMUK döneminde maslahata uygunluk ilkesinin uygulanmasını sağlayan bir diğer hükümse; CMUK m. 346 hükmüydü. 1412 sayılı CMUK’un yürürlükte

olduğu dönemde; CMUK ‘un 344. maddesinde belirtilen suçlardan¹⁰⁵ zarar gören kişi tarafından, Cumhuriyet savcısının iştirakine gerek olmaksızın doğrudan doğruya ya da Cumhuriyet Savcısının vermiş olduğu takipsizlik kararı üzerine, 5237 sayılı kanun ile yürürlükten kaldırılmış bir kurum olan şahsi dava yoluna müracaat edilebilirdi.

¹⁰⁵ **1412 sayılı kanun m. 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 bent: 11/05/1988 - 3445/16. md.) Ceza Kanununun 480 ve 482 nci maddelerinde yazılı hakaret ve sövmeye, (şu kadar ki, bu suçlar Ceza Kanununun 164 ve 166 ncı 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 ncı maddesinin birinci fıkrasında ve 518 inci maddesinde yazılı izrar ve tahrip.

7 - Ticaret Kanununun 64 ve 65 inci maddelerinde yazılı gayrı kanuni rekabet.

8 - Hususi nizamlar ve kanunlarda yazılı edebi ve sınai mülkiyetlere ve güzel sanatlar mülkiyetine mütaallik suçlar.

Cumhuriyet savcısının şahsi davalık suçlardan dolayı kamu davası açabilmesi ise, “344 üncü maddede yazılı hallerde alakadarların müracaatı üzerine Cumhuriyet Müddeiumumisinin hukuku amme davasını açabilmesi ancak amme menfaatinin bulunmasına bağlıdır.” hükmünü ihtiva eden CMUK 346 uyarınca; şahsi davaya konu olan suçlar bakımından kamu davası açılmasında kamu yararı bulunması şartına bağlanmıştır. Bu bağlamda CMUK m. 346; 1412 sayılı kanun döneminde maslahata uygunluk ilkesinin tatbikine vücut veren bir hüküm olma niteliği taşımaktaydı.

CMUK m. 346 hükmü ile Cumhuriyet savcısı; şahsi davaya konu olabilecek suçlara ilişkin olarak yürüttüğü soruşturma neticesinde, kamu davası açmak için yeterli şüphenin varlığını takdir ettikten ve dava şartlarının da varlığını tespit ettikten sonra, bunlara ilaveten bir de dava açmak için kamu yararının varlığını arayacaktır. Savcı somut olayda kamu yararı görmezse kamu davası açmaz, şahsi dava yoluna müracaat edebileceğini suçtan zarar görene bildirir, şayet somut olayda kamu yararı görürse, bu karar suçtan zarar göreni, sanığı ve mahkemeyi bağlar; mahkeme makamı somut olayda kamu yararı bulunmadığından bahisle davayı reddedemezdi.¹⁰⁶

B. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi

06.12.2006 tarihli 5560 sayılı kanununun 21. maddesiyle CMK'nın 171. maddesinde yapılan değişiklikle CMK'da yer verilen kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu da maslahata uygunluk ilkesinin ceza muhakemesi

¹⁰⁶ ÖZTÜRK: Koğuşturma Mecburiyeti, s. 212

hukukumuzdaki bir yansıması niteliği taşımaktadır. Kanuna göre; CMK m. 171/2’de belirtilen suçlar bakımından adı geçen maddenin 3. fıkrasında yer alan şartların varlığı halinde kamu davasının açılması beş yıl süreyle ertelenebilir. Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde, kovuşturmaya yer olmadığına karar verilir. (CMK m. 171/3) Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmesi halinde kamu davası açılır. (CMK m. 171/3)

Kamu davası açma mecburiyeti ilkesinin istisnası olan maslahata uygunluk ilkesinin bir yansıması olan kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun uygulanması için maslahata uygunluk ilkesinin özünü teşkil eden kamu yararının, somut olaydaki varlığının aranması doğaldır. Ancak maslahata uygunluk ilkesi uyarınca somut olayda bulunması gereken kamu yararı ölçütünün varlığının yanı sıra; CMK m. 171/3-(c) vasıtasıyla, “*Kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması*” şart koşulmuştur.

Böylelikle; erteleme kararı verilebilmesi için kamu yararının varlığının aranması gereğine, erteleme kararının toplum açısından daha yararlı olması gerektiği belirtilerek işaret edilmekte, bununla beraber, kamu yararının yanı sıra şüpheli yararının da göz önünde bulundurulması öngörülmektedir. Bu anlamda CMK m. 171/3-(c) hükmünü, maslahata uygunluk ilkesinin bir tezahürü olan kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun uygulanabilmesi için gerekli olan kamu yararı unsurunu somutlaştıran bir hüküm olarak ifade etmek mümkündür.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin kararlar, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir. (CMK m. 171/5)

CMK 171/1 bağlamında verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararının aksine, Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararına karşı suçtan zarar gören bu karara CMK 173. madde hükümlerine göre itiraz edebilir.

C. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması

06.12.2006 tarihli 5560 sayılı kanun ile ceza muhakemesi hukukumuzda dâhil olmuş olan hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumudur.

CMK m. 231/5 uyarınca; Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adlî para cezası ise ve CMK 231/6'da üç bend halinde belirtilen şartlar da somut olayda gerçekleşmişse mahkemece hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Hükümün açıklanmasının geriye bırakılması kurumunun işlerlik kazanabilmesi için sanık hakkında bir hükümün tesis edilmiş olması gerekir. Zira hükümün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükümün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder. (CMK m. 231/5) Hükümün açıklanmasının geriye bırakılmasına karar verecek olan makam; mahkeme makamıdır. Bu anlamda; hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumu; kurulan hükümün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmaması sonucunu ortaya çıkaran bir kurum olsa da; geri bırakılma kararının tesisi için öncelikle bir hükümün verilmesi, kamu davasını yürütme mecburiyeti ilkesine diğer bir ifadeyle kamu davasının geri alınamazlığına getirilen bir istisna söz konusu değildir. Zira; hükümün açıklanmasının ertelenmesi kararının verildiği hallerde dahi, savcının açmak zorunda olduğu ve geri almak hakkı bulunmadığı kamu davasını,

beraat veya mahkûmiyet gibi uyuşmazlığı hallerden bir son karar alınıncaya kadar yürütmeğe devam etmesini engelleyen¹⁰⁷ bir durum söz konusu değildir.

D. CMK m. 171/1 Bağlamında Cumhuriyet Savcısının Kamu Davası Açmada Takdir Yetkisi

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun yürürlükte olduğu günümüz Ceza Muhakemesi Hukuku döneminde, mecburilik ilkesine istisna getirilmek suretiyle maslahata uygunluk prensibinin işlerlik kazanmasını sağlayan hükümlerden biri de, Türk ceza doktrini tarafından daha evvelden bilinmeyen, tartışılmamış bir takdirilik sistemi yaratan¹⁰⁸ ve inceleme konumuzu teşkil eden CMK m. 171/1. hükmüdür.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun ilk halinde; “*Cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde Cumhuriyet savcısı kamu davasını açmayabilir.*” şeklinde tanzim edilen hüküm,

¹⁰⁷ KEYMAN: s. 129

¹⁰⁸ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU: s. 177

taşıdığı müphem ifade nedeniyle, doktrinde haklı eleştirilere maruz kalmıştı¹⁰⁹. Söz konusu belirsizlik; “Cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin” varlığı halinde cumhuriyet savcısının nasıl hareket edeceği hususunun kanunda açıkça tanzim edilmemesinden kaynaklanmaktaydı.

Gerçekten de, CMK m. 171/1’in ilk halinde, Cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde savcının kamu davası açmama yetkisinin somutlaşacağı kararın niteliği belirtilmemişti. Diğer bir ifadeyle, söz konusu hallerde savcıya kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verme yetkisi açıkça tanınmamıştı.

Buna ilaveten; “Kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar” başlığını taşıyan CMK m. 172’de de söz konusu kararı sadece “kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması” hâllerine hasredilmişti. Bu durum karşısında; savcının CMK m. 171/1 bağlamında kendisine tanınan yetkiyi kullanarak dava açmadığı durumlarda CMK m.172 uyarınca kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verebilmesini engellemekteydi. Zira savcının maslahata uygunluk prensibinin bir tezahürü olan CMK m.171/1 bağlamında kendisine tanınan takdir yetkisini kullanabilmesi, çalışmamamızın önceki bölümlerinde de ifade ettiğimiz üzere, kamu davasının açılması için yeterli

¹⁰⁹ ÖZBEK: s.512, 513

şüphe oluşturacak delillerin elde edilmesi ve kovuşturma olanağının bulunması, bu unsurların tekemmül etmesi halinde mümkündür.

Bu durum dikkate alınarak, CMK m. 171/1 hükmünü; daha anlaşılır hale getirilmek maksadıyla¹¹⁰; 19 Aralık 2006 tarih ve 26381 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 6.12.2006 kabul tarihli ve 5560 sayılı çeşitli kanunlarda değişiklik yapılmasına ilişkin kanunun 22. maddesi ile değiştirilmiştir. Bu değişiklikle söz konusu fıkra; *“Cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısı kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verebilir.”* halini almıştır.

Bahsolunan değişiklik ile ilkin “cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren şahsi sebep olarak etkin pişmanlık” ifadesi, “cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık” olarak değiştirilmiştir.

Bunun yanı sıra cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde savcının kendisine CMK m.171/1 ile tanınmış olan takdir yetkisini kullanarak dava açmayabileceğine yönelik yetki muhafaza edilmiştir. Buna ilaveten; savcının kendisine tanınan takdir yetkisini dava açmama yönünde kullanması halinde, bu kararını dış dünyaya CMK m. 171/1 uyarınca kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vermek suretiyle yansıtması mümkün kılınmıştır.

¹¹⁰ 10.10. 2006 tarihli. Çeşitli kanunlarda değişiklik yapılmasına dair kanun teklifinde, CMK m. 171/1e ilişkin değişiklik, söz konusu kanun teklifinin 18. maddesinde yer almaktaydı. Maddenin gerekçesinde, yapılan değişikliğin amacının, CMK m. 171/1’i daha anlaşılır hale getirmek olduğu ifade olunmuştur.

Bu anlamda savcılık makamı, mecburilik ilkesine tabi olarak yürüttüğü soruşturma neticesinde, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hâlleri söz konusu olduğu takdirde CMK m. 172 marifetiyle kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vermek mecburiyetindedir. Ancak bununla beraber, Cumhuriyet Savcısı kovuşturmayaya yer olmadığı kararını, CMK m. 171/1’de sayılan durumların varlığı halinde, maslahata uygunluk prensibi uyarınca kendisine tanınmış olan kamu davası açma hususunda takdir yetkisi bağlamında da verme yetkisini de haiz olmuştur.

Maslahata uygunluk prensibinin bir tezahürü olarak Cumhuriyet Savcısına CMK m. 171/1 marifetiyle kamu davası açma hususunda tanınan takdir yetkisi, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin üç alt ilkesinden biri olan kamu davası açma mecburiyeti ilkesine getirilmiş olan bir istisna niteliğini taşımaktadır.

Bu bağlamda; kovuşturma mecburiyeti ilkesini üç alt ilkesinden biri olan araştırma mecburiyeti ilkesi, CMK m. 171/1 bağlamında kendisine tanınan takdir yetkisini kullanacak olan Cumhuriyet Savcısı için geçerliliğini korumaktadır, diğer bir ifadeyle Cumhuriyet Savcısı, haberdar olduğu ve konusu suç olan fiile ilişkin araştırma faaliyetini yürütmekle mükelleftir.

CMK m. 171/1 bağlamında savcıya tanınan takdir yetkisi, cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebeplerinin varlığı halinde mümkündür. Çalışmamızın ikinci bölümünde, ilkin Cumhuriyet savcısının CMK m. 171/1 bağlamında sahip olduğu

kamu davası açma hususundaki takdir yetkisinin uygulama alanını oluşturan cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin ve şahsi cezasızlık sebeplerinin niteliği hakkında bilgiler vereceğiz. Ardından; TCK'da yer alan cezayı kaldıran şahsi sebep niteliğindeki etkin pişmanlık hükümlerini ve şahsi cezasızlık sebeplerini teker teker irdelemeye çalışacağız. Bu irdeleme sırasında, söz konusu hükümlerin uygulama koşullarına değinecek ve savcının söz konusu maddeler bağlamında kendisine CMK m.17171 vasıtasıyla tanınmış olan kamu davası açma hususundaki takdir yetkisini kullanırken göz önünde bulundurması gereken hususları ifade etmeye çalışacağız.

İKİNCİ BÖLÜM

ŞAHSİ CEZASIZLIK SEBEPLERİ, ETKİN PİŞMANLIK HÜKÜMLERİ VE BENZER NİTELİKTEKİ HÜKÜMLER

I. ŞAHSİ CEZASIZLIK SEBEPLERİ

1. GENEL OLARAK

Şahsi cezasızlık sebepleri; hukuk ya da suç siyaseti, liberal ve özgürlükçü düşünceler gibi değişik nedenler ile yasa koyucu tarafından kabul edilen¹¹¹, suçun

¹¹¹ **ÖZBEK:** TCK İzmir Şerhi: Yeni Türk Ceza Kanunu'nun anlamı (açıklamalı - gerekçeli - içtihatlı)
: Genel hükümler (Madde 1-75) , Ankara, Seçkin, 2006, s.102

icrası sırasında diğer bir ifadeyle failin suç yoluna (iter criminise) girdiği andan beri var olan sebeplerdir.¹¹²

Şahsi cezasızlık sebepleri, kanunda suç olarak tanzim edilmiş fiilin fail tarafından gerçekleştirilmiş olmasına rağmen faile ceza verilmemesini sağlayan ve fakat söz konusu fiilin suç teşkil etme vasfını ortadan kaldırmayan sebeplerdir. Diğer bir ifadeyle; şahsi cezasızlık sebeplerinin mevcut olduğu hallerde fiil suç olma özelliğini sürdürmekte ve fakat kanun koyucu failin cezalandırılmasını öngörmemektedir¹¹³

Şahsi cezasızlık sebeplerinin söz konusu olduğu hallerde; devletin suç işlemiş olan bir kimsenin hukuka aykırı bu eylemini bir takım mülahazalarla cezalandırmaması söz konusudur. Şahsi cezasızlık sebeplerinin birçoğu; failin sahip olduğu belirli kişisel özelliklere, ilişkilere veya durumlara bağlı olmakla beraber, şahsi cezasızlık sebepleri benimsenmiş olan suç politikası veya failin kusurunun az olması gibi değişik gerekçelere de dayanmaktadır.¹¹⁴

Kanun koyucu benimsemiş olduğu suç politikası gereğince bir takım şahsi sebeplere ise failin cezalandırılmasını önleyecek bir nitelik atfetmeyip, söz konusu şahsi sebeplerin varlığı durumunda sadece failin cezasında indirim yapılmasını

¹¹² **ÖZGENÇ:** Türk Ceza Hukuku, Seçkin, Ankara, 2006, s.273, s.504

¹¹³ **TURHAN:** Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 29

¹¹⁴ **ÖZTÜRK/ERDEM:** Uygulamalı Ceza Hukuku Ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin, Ankara, 2006, s.113

öngörmüştür. Bu şahsi sebeplere ise cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler denir.

Kamu düzenini sağlamak için bir takım fiilleri suç olarak düzenlemek ve suç olarak düzenlenmiş bu eylemlere müeyyide bağlamak hususunda takdir yetkisine sahip olan kanun koyucunun, suç olarak düzenlenmiş bir fiili işlemiş olan bir kimsenin cezalandırılmamasını ya da hükmolunacak cezada indirim yapılmasını çeşitli mülahazalarla öngörmesi mümkündür. Zira neyin şahsi cezasızlık sebebi olarak kabul edileceği kanun koyucunun takdirindedir.¹¹⁵ Kanun koyucunun bu yönde bir takdir yetkisine sahip olmasının temelinde; kanun koyucunun kusursuz bir kişinin cezalandırılmasını sağlayacak bir düzenleme yapmasının mümkün olmadığı ve fakat kusurlu bir kişinin mutlaka cezalandırılmasını sağlayan bir düzenlemede bulunmak zorunda da olmadığı şeklinde özetlenebilecek fikir yatmaktadır.¹¹⁶ Ancak dikkat edilmelidir ki; kanun koyucu bu hususta keyfiyet sahibi değildir; yasa koyucu, konusu suç teşkil eden bir takım fiilleri işlemiş olan kimselerin cezalandırılmamasını sağlayan şahsi cezasızlık sebeplerini tanzim ederken, anayasal bir ilke olan eşitlik ilkesine aykırılık oluşturabilecek düzenlemelerde bulunmamak mükellefiyeti altındadır. Dolayısıyla, bir fiili ceza kanunlarında suç olarak düzenleyen kanun koyucu, bu fiili işleyen bir takım kimselere söz konusu suça bağlanan müeyyidenin uygulanmasını öngörüp diğer yandan aynı suçu işleyen şahsi cezasızlık sebebine haiz diğer bir takım şahısların cezalandırılmamalarını sağlarken, eşitlik ilkesini ihlal

¹¹⁵ **GEDİK:** Ceza Hukukunda Şahsi Cezasızlık Sebepleri, Bir Uygulamacının Ceza Hukuku Makaleleri, Adalet, Ankara, 2010, s. 3

¹¹⁶ **ÖNDER:** Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s.379

etmeyecek niteliğe sahip haklı nedenlere dayanmalıdır. Bu anlamda; özetle ve bir diğer ifadeyle; şahsi cezasızlık sebeplerinin öngörülmesini sağlayan mülhazalar; eşitlik ilkesini ihlal etmeyecek nitelikte olmalıdır.

Şahsi cezasızlık sebepleri; ister ceza kanunu isterse de başka bir kanunda olsun, yasal olarak bir düzenlemeye kavuşturulmuş olmalıdır.¹¹⁷ Bunun dışında şahsi cezasızlık sebebinin objektif olarak varlığı yeterlidir, failin şahsi cezasızlık sebebinden yararlanabilmesi için bunu biliyor olması gerekmez.¹¹⁸ Bu husus TCK'nin 21. maddesinin gerekçesinde; *“Kast, kişi ile işlediği suçun maddî unsurları arasındaki psikolojik bağı ifade etmektedir. Suçun kanuni tanımındaki maddî unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi, kastın varlığı için zorunludur. Suç tanımında yer almakla birlikte, fiilin ifade ettiği haksızlık üzerinde etkili olmayan koşulların gerçekleştiğinin bilinip bilinmemesi, kastın varlığı açısından önem taşımamaktadır. Örneğin objektif cezalandırılabilme koşulunun arandığı suçlarda bu koşulun veya şahsî cezasızlık sebebinin fail tarafından bilinmesi gerekmez.”* şeklinde ifade olunmuştur.

Şahsi cezasızlık sebepleri ceza hukukunun diğer bir takım kurumları ile benzerlik ve ilişki içinde olan bir kurumdur ve fakat benzerlik ve ilişki içinde olduğu ceza hukuku kurumlarından, sahip olduğu bir takım özellikler vasıtasıyla ayrılır.

¹¹⁷ **ÖZBEK, Veli Özer:** TCK İzmir Şerhi: Yeni Türk Ceza Kanununun anlamı (açıklamalı - gerekçeli - içtihatlı) : Genel hükümler (Madde 1-75) , Ankara: Seçkin, 2006, s.102

¹¹⁸ **ÖZBEK, Veli Özer:** TCK İzmir Şerhi, s.103

Şahsi cezasızlık sebepleri ile hukuka uygunluk nedenleri arasında farklılık ve benzerlikler söz konusudur. Hem şahsi cezasızlık sebepleri hem de hukuka uygunluk nedenleri; fiilin icrasından itibaren var olmak yönünden benzerlik taşıyan kurumlardır. Bunun yanı sıra; hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı durumunda olduğu gibi şahsi cezasızlık sebeplerinin söz konusu olduğu hallerde de suç olarak düzenlenmiş bir fiili gerçekleştiren şahsa ceza verilmemektedir. Hukuka uygunluk nedenlerinin ve şahsi cezasızlık sebeplerinin somut olaydaki varlığı; her ne kadar fiili gerçekleştiren şahsın cezalandırılmaması gibi ortak bir sonuç yaratmayı haiz olsalar da; bu ortak sonucun ortaya çıkmasını sağlayan sebepler farklıdır.

Şahsi cezasızlık sebeplerinin söz konusu olduğu hallerde; fail tarafından gerçekleştirilen bir suç söz konusudur fakat fiile, faile veya manevi unsura ilişkin kimi özellikler sebebiyle kanun koyucu, konusu suç olan bu fiilleri gerçekleştiren şahısların cezalandırılmamasını uygun görmüştür.

Hukuka uygunluk nedenlerinin var olduğu hallerde ise; esas itibariyle ceza kanunları tarafından suç olarak düzenlenmiş olan bir fiil, en başından itibaren hukuka uygun hale gelmektedir ve fiili gerçekleştiren şahsa, ortada işlenmiş bir suç olmadığı için ceza verilmemektedir.

Özet olarak hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında; *“bir kimse tarafından gerçekleştirilen hukuka uygun bir fiil”*; şahsi cezasızlık sebeplerinin söz konusu olduğu hallerde ise *“bir fail tarafından işlenmiş bir suç”* söz konusudur.

Kanun koyucu, hukuka uygunluk nedenleri ve şahsi cezasızlık nedenleri arasındaki bu temel ayrımı dikkate almış ve söz konusu hallerin varlığında sanık hakkında verilecek hükmün niteliğinin farklılaştırılmasını sağlamıştır.

CMK'nın 223. maddesi uyarınca; yüklenen suçun¹¹⁹ sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunması durumunda sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerekirken (CMK m.223/8-(d)); şahsi cezasızlık sebeplerinin mevcudiyetinde sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir (CMK m.223/4-(b)).

Hukuka uygunluk nedenlerinin söz konusu hallerde bir suçun varlığından söz etmenin mümkün olmamasının, şahsi cezasızlık sebeplerin varlığı halinde ise cezai

¹¹⁹ Çalışmamızın bu başlığı altında önemle dikkat çekmeye çalıştığımız konu; somut olayda hukuka uygunluk nedenleri mevcut olduğu takdirde; bir suçun varlığından söz edilemeyeceği, zira hukuka uygunluk nedenlerinin mevcudiyetinin ceza kanunları tarafından suç olarak tanzim edilmiş bir fiilin suç vasfı taşımasını engellediği gerçeğidir. Zira hukuka uygunluk nedenleri söz konusu olduğunda ne işlenmiş bir suçtan ne bu suçu gerçekleştiren failden bahsetmek mümkündür.

Bu gerçeği dikkate alarak yazım üslubumuza gerekli itinaı göstermeye çalıştık ve bu doğrultuda; “hukuka uygunluk hallerinin mevcut olduğu hallerde suç olarak düzenlenmiş bir fiili gerçekleştiren şahıs” gibi uzun tamlamalar kullanmak pahasına “suç” terimini kullanmaktan imtina ettik. Ne yazık ki, bahsettiğimiz bu önemli hususa riayet etmek adına gösterdiğimiz itinalı tutum, kanun koyucu tarafından benimsenmemiştir. CMK m. 223/2-(d)'de yer alan “yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması” şeklindeki ifade; “sanığa isnat edilmiş olan ve suç teşkil eden fiilin sanık tarafından gerçekleştirilmesine rağmen olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunması” şeklinde değiştirilmesi gerekmektedir. Zira; hukuka uygunluk nedenlerinin söz konusu olduğu hallerde sanık tarafından işlenmiş bir suçtan söz edilemez.

müeyyideye haiz olma kudretinden yoksun bir suçun işlenmiş olmasının ortaya çıkardığı önemli farklılıklar mevcuttur:

Şahsi cezasızlık nedenlerinin varlığı halinde dahi fiilin suç olma özelliğini taşımaya devam ettiğinden, TCK m. 40'da ifade olunan bağlılık kuralı¹²⁰ gereği, iştirak halinde işlenmiş suçlar söz konusu olduğunda; şahsi cezasızlık sebebi kime ilişkin ise bundan sadece o kimse yararlanabilecektir. Örneğin; iştirak halinde işlenen bir hırsızlık suçunda, şeriklerden biri mağdurla TCK M. 167/1'de ifade olunan akrabalık veya evlilik bağına sahip ise, – örneğin fail mağdurun alt soyu ise- bu şerik hakkında şahsi cezasızlık sebebi uygulama alanı bulacaktır. Ancak mağdur ile TCK m.167'de ifade olunan akrabalık veya evlilik bağına sahip olmayan diğer şerikler hakkında TCK m.141 vd. maddeler uygulanacaktır.

Somut olayda hukuka uygunluk sebeplerinin bulunduğu hallerde ise, ortada işlenmiş olan bir suç bulunmadığı için söz konusu fiilin iştirak halinde işlendiği durumlarda hiçbir şerik hakkında cezaya hükmolunmaz.

2. TCK'DA DÜZENLENEN ŞAHSİ CEZASIZLIK SEBEPLERİ

A. Genel Olarak

¹²⁰ TCK madde 40.– (1) 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.

Kanun koyucu Türk Ceza Kanununda kimi suçlar bakımından şahsi cezasızlık sebepleri öngörürken, kimi şahsi cezasızlık sebeplerini bağımsız maddeler halinde düzenlemiş, kimi şahsi cezasızlık sebeplerine ise ilişkin oldukları suçları düzenleyen maddeler içinde -bir fıkra ya da cümle şeklinde- yer vermek suretiyle ihdas etmiştir.

Bununla beraber şahsi cezasızlık sebeplerinin etki alanları bakımından da farklılık mevcuttur. Kimi şahsi cezasızlık sebepleri birden çok suç için geçerli olmaları hasebiyle genel niteliğe haizken, kimi şahsi cezasızlık sebepleri ise münhasıran tek bir suç tipi için öngörülmüştür.

Diğer yandan; Türk ceza kanunundaki şahsi cezasızlık sebeplerinin bir kısmı, sahip oldukları cezasızlık niteliği üzerinde hiç bir belirlemeye gerek kalmaksızın şahsi cezasızlık sebebi olma niteliğini mutlak olarsak taşırlar.

Bir kısım şahsi cezasızlık sebeplerinin ise cezasızlık sebebi olma vasıfları bir makamın takdirine bırakılmıştır. Buna göre, yetkili makamın takdirine bağlı olarak söz konusu sebepler; şahsi cezasızlık sebebi olarak değerlendirilebilecekleri gibi yine yetkili makamın takdirine bağlı olarak cezada indirim yapılmasını gerektiren bir şahsi sebep niteliği de taşıyabilirler. Özetle; söz konusu şahsi cezasızlık sebeplerinin cezasızlık niteliği bir makamın takdirine bağlıdır, diğer bir ifadeyle nispidir.

Görüldüğü gibi, Türk Ceza Kanununda yer alan şahsi cezasızlık sebeplerini, bir kısmını yukarıda saydığımız çeşitli parametler aracılığıyla tasniflemek mümkündür.

Çalışmamızın Türk Ceza Kanununda yer alan şahsi cezasızlık sebeplerini irdeleyeceğimiz bu kısımda; şahsi cezasızlık sebeplerini tasniflerken ana konumuz olan CMK m. 171/1 bağlamında Cumhuriyet Savcısının kamu davası açma hususundaki takdir yetkisinin kullanılması bakımından önem arz ettiğini düşündüğümüz bir tasnif metodunu benimsedik.

Bu bağlamda şahsi cezasızlık sebeplerini; mutlak şahsi cezasızlık sebepleri ve nispi şahsi cezasızlık sebebi olarak adlandırdığımız ikili bir ayrıma tabi tutmayı uygun bulduk.

Buna göre şahsi cezasızlık sebeplerini mutlak şahsi cezasızlık sebepleri ve nispi şahsi cezasızlık sebepleri olmak üzere iki ana bölüme ayırıp, söz konusu ana ayrım içerisinde şahsi cezasızlık sebeplerine Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenleniş sıraları uyarınca yer vereceğiz.

B. Mutlak Şahsi Cezasızlık Sebepleri

a. Genel Olarak

Mutlak şahsi cezasızlık sebepleri; cezasızlık sebebi olma niteliği her hangi bir makamın takdirine bırakılmayan, cezasızlık niteliği bizzat kanun tarafından doğrudan öngörülmüş olan cezasızlık sebepleridir.

Mutlak şahsi cezasızlık sebeplerinin sahip oldukları cezasızlık niteliği üzerinde her hangi bir makamın değerlendirmede bulunmasına lüzum olmadığı gibi, cezasızlık

niteliğinin tespiti de her hangi bir makamın takdirinde değildir; kanun koyucu, söz konusu şahsi cezasızlık sebeplerinin varlığı halinde fail hakkında cezaya hükmedilmeyeceğini kanunun lafzında açıkça öngörmüştür. Bu bakımdan uygulayıcı; mutlak nitelikteki şahsi cezasızlık sebeplerinin oluşumu için gerekli olan koşulların –söz gelimi fail ile mağdur arasında kanunda öngörülen akrabalık bağının- varlığını tespit ettiği takdirde, cezada indirim yapmak ya da ceza vermemek hususunda bir değerlendirmede bulunmaksızın cezasızlık sebebini mutlak olarak uygulamak zorundadır.

Türk Ceza Kanunu'ndaki mutlak nitelikteki şahsi cezasızlık sebepleri; taksirli suçlar için şahsi cezasızlık sebebi öngören TCK m. 22/6, malvarlığına karşı suçlara ilişkin şahsi cezasızlık sebebi öngören TCK m. 167, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçuna ilişkin şahsi cezasızlık sebebi ihtiva eden TCK m. 245, suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçuna ilişkin şahsi cezasızlık sebebi ihtiva eden TCK m. 281, suçluyu kayırma suçuna ilişkin şahsi cezasızlık sebebi öngören TCK m. 283, tutuklu veya hükümlünün veya suç delillerinin bulunduğu yeri bildirmemek suçuna ilişkin şahsi cezasızlık sebebi içeren TCK m. 284'dür.

b. TCK'da Düzenlenen Mutlak Şahsi Cezasızlık Sebepleri

aa. Taksirli Suçlar İçin Öngörülen Şahsi Cezasızlık Sebebi (TCK m. 22/6)

TCK m. 22/6 uyarınca; doktrinde bilinçli ve bilinçsiz taksire ek olarak öngörülen üçüncü bir taksir türü olarak da nitelendirilen¹²¹ ve tüm taksirli suçlar bakımından genel bir uygulama imkânı bulan bir şahsi cezasızlık sebebi öngörülmüştür. Hükme göre; “*Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilir.*” Doktrinde söz konusu hüküm; bir yandan zaten temel cezanın tayininde hâkimin göz önünde alması gereken bir durumun kuramsal temelden yoksun bir biçimde düzenleme konusu yapılmış olması gerekçesiyle eleştirilirken¹²², öte yandan söz konusu düzenlemeyi yerinde bulan görüşler de bulunmaktadır.¹²³

Hükmün uygulanabilmesi için taksirli hareket sonucu meydana gelen netice; münhasıran failin mağdur olmasına yol açmalı ve bu mağduriyet failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede olmalıdır. Hem kapsamı ve sınırları belirli bir ifade olmaması sebebiyle “kişisel ve ailevi durum” terimi¹²⁴, hem de yine belirli bir kriter olmadığı gerekçesiyle neticenin artık bir cezaya hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağduriyete yol açması koşulu¹²⁵ doktrinde eleştirilmektedir.

¹²¹ **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 300 vd.

¹²² **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN:** Genel Hükümler, s. 302

¹²³ **ÖZBEK:** İzmir Şerhi, s. 303

¹²⁴ **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN:** s. 302

¹²⁵ **ÖZBEK:** İzmir Şerhi, S. 303

TCK m. 22/6'nin uygulanabilmesi için failde bulunması gereken kişisel ve ailevi mağduriyet koşulu için hükümde “ve” bağlacı kullanıldığından kişisel durumun yanında mutlaka ailevi yönden mağduriyet de bulunmalıdır.¹²⁶ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN; kişisel ve ailevi durum terimini daraltıcı yorumla usul füru ve evlilikle sınırlı olarak izah etmektedir.¹²⁷

TCK m. 22/6 hükmünün niteliğine ilişkin olarak FEYZİOĞLU; söz konusu hükmü; kanunun mahkeme makamına hiç ceza vermemek ile indirimli de olsa cezaya hükmetmek hususunda takdir yetkisi tanındığı hallere örnek olarak göstermektedir.¹²⁸ FEYZİOĞLU bu tespiti yaparken; TCK m. 22/6 hükmünün lafzında açıkça ifade olunan, bilinçli taksir halinde indirimli ceza verilmesini, bilinçsiz taksir halinde ise faile ceza verilmemesini doğrudan öngören bu mutlak ifadeye itirazda bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle; FEYZİOĞLU da; TCK m. 22/6 hükmüyle; bilinçsiz taksir durumunda failin cezalandırılmamasının, bilinçli taksir durumunda ise faile verilecek olan cezada indirim yapılmasının mutlak olarak emredildiğini kabul etmektedir. Bu anlamda; FEYZİOĞLU'nun görüşleri; mahkeme makamının söz gelimi bilinçli taksir durumunda ceza vermemek, bilinçsiz taksir durumunda ise fail hakkında indirimli olarak bir cezaya hükmetmek hususunda bir takdir yetkisinin bulunduğu anlamına gelmez. FEYZİOĞLU'nun Cumhuriyet Savcısının takdirine bırakıldığını ifade ettiği husus; *“taksirli hareket sonucu neden olunan neticenin, münhasıran failin kişisel ve ailevî durumu bakımından, artık bir*

¹²⁶ ÖZBEK: İzmir Şerhi, s. 303

¹²⁷ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN: 302

¹²⁸ FEYZİOĞLU: 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler, TBB Dergisi, S. 62, 2006, s. 42,43

cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açıp açmadığının tespiti.”

Ancak dikkat edilmelidir ki; *“taksirli hareket sonucu neden olunan neticenin, münhasıran failin kişisel ve ailevî durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açtığıının tespiti”* failin cezalandırılmayacağını ya da faile indirimli ceza uygulanacağını tek başına belirleyecek bir değerlendirme değildir. Failin cezalandırılmayacağını ya da fail hakkında indirimli bir cezaya hükmedileceğini belirleyen husus, failin söz konusu neticenin doğumuna bilinçli taksirli bir fiiliyle mi yoksa bilinçsiz taksirli bir eylemiyle mi sebep olduğudur. Bu anlamda; failin söz konusu neticenin doğumuna bilinçli taksirli bir eylemiyle sebep olduğunun tespiti halinde mahkeme makamı failin cezalandırılmaması hususunda herhangi bir takdir yetkisine sahip değildir, mahkeme makamının takdir yetkisi sadece fail hakkında hükmedilecek cezanın indirilmesi hususundadır. Failin söz konusu neticenin doğumuna bilinçsiz taksirli bir eylemiyle sebebiyet vermesi durumunda ise, mahkeme makamı herhangi bir takdir yetkisine sahip değildir, TCK m. 22/6 hükmünün açık lafzı uyarınca fail cezalandırılmaz. Bu anlamda, basit taksir halinde faile ceza verilmemesini mutlak olarak öngören TCK m. 22/6 hükmünü; basit taksir durumunda mahkeme makamına faile ceza vermek ya da indirimli ceza vermek hususunda bir takdir yetkisi tanımaması hasebiyle mutlak şahsi cezasızlık sebebi olarak nitelemektediriz.

bb. Malvarlığına Karşı Suçlara İlişkin Şahsi Cezasızlık Sebebi (TCK m. 167/1)

TCK m. 167/1 uyarınca; yağma ve nitelikli yağma suçları ayrı tutulmak kaydıyla, Türk Ceza Kanunu'nun malvarlığına karşı suçlar başlığını taşıyan onuncu bölümünde yer alan suçlar bakımından, akrabalık ve evlilik bağına ilişkin bir şahsi cezasızlık sebebi öngörülmüştür.

Maddeye göre; Yağma ve nitelikli yağma hariç, kanunun 10. bölümünde yer alan suçların fail tarafından, haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşinin, üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edineneinin veya evlâtlığının, aynı konutta beraber yaşadığı kardeşinin zararına olarak işlenmesi hâlinde fail hakkında cezaya hükmedilmez. Madde metninde belirtilen akrabalık ilişkisi re'sen belirlenmeli, bunun için nüfus kayıt tablosu celp ettirilmelidir.¹²⁹

Fail tarafından söz konusu maddede sayılan akrabaları veya eşine karşı madde metninde belirtilen suçların işlenmesi halinde, failin daha az kusurlu olması ya da CMK m. 223/4-(d)'nin ifadesiyle, işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı söz konusu değildir. Aksine; fail söz konusu suçları, 167/1. maddede ifade olunan kişiler ile arasında bulunan güven ilişkisinden yararlanarak işlediği için haksızlık ve kusur içeriği daha fazladır.¹³⁰ Nitekim kanun koyucu; kasten adam öldürme, kasten yaralama suçlarının üstsoya veya altsoya ya da eş veya kardeşe karşı işlenmesini, cezayı ağırlaştırıcı bir neden olarak düzenlemiştir. Akrabalık ya da evlilik ilişkisinin malvarlığına karşı suçlar bakımından cezayı ağırlaştırıcı bir neden olarak değil de,

¹²⁹ ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU: Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 719

¹³⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK: s. 523

bir cezasızlık sebebi olarak düzenlenmesinin sebebi; yapılacak bir ceza kovuşturması ile aile bütünlüğüne zarar vermemektir.¹³¹

cc. Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçuna İlişkin Şahsi Cezasızlık Sebebi (TCK m. 245)

TCK m. 167 vasıtasıyla yağma ve nitelikli yağma dışında kalan tüm malvarlığına karşı suçlar için öngörölmüş olan şahsi cezasızlık sebebine paralel bir düzenlemeye, banka ve kredi kartlarını kötüye kullanma suçuna ilişkin olarak, kanunun söz konusu suçu düzenleyen TCK'nın 245. maddesinin 4. fıkrasında yer verilmiştir. TCK m. 245/4 uyarınca; 254. maddenin birinci fıkrasında yer alan suçun, fail tarafından haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşinin, üstsoyunun veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edineneinin veya evlâtlığının, ya da aynı konutta beraber yaşadığı kardeşinin zararına olarak işlenmesi halinde fail hakkında ceza verilmez.

Göröldüğü üzere; TCK m.167/1'de ifade olunan akrabalık ya da evlilik bağı, 245/4'de de bir şahsi cezasızlık sebebine vücut vermektedir. Ancak kanun koyucu, TCK 167. maddedeki düzenlemeden farklı olarak, TCK m.167/2 de ifade olunan akrabalık ya da evlilik bağını, banka ve kredi kartlarını kötüye kullanma suçu açısından cezada indirim yapılmasını gerektiren bir şahsi neden olarak mütalaa etmemiştir.

¹³¹ **DÖNMEZER:** Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Beta, 16. Bası, İstanbul, 2001, s. 606

Maddenin 4. fıkrasında düzenlenen şahsi cezasızlık sebebi, sadece 245. maddenin birinci fıkrasında tanzim edilen suç için öngörülmüştür. TCK m.245/1’de düzenlenen suçun oluşumuna vücut veren hareketler; başkasına ait bir banka veya kredi kartının, her ne suretle olursa olsun ele geçirilmesinden sonra, sahibinin rızası bulunmaksızın kullanılması veya bir başka kimseye kullandırılması ve bu suretle failin kendisine veya başkasına haksız yarar sağlanması, ya da aynı fiilin, aynı koşullarla sahibine verilmesi gereken bir banka veya kredi kartının bunu elinde bulunduran kimse tarafından kullanılması veya kullandırılması; söz gelimi kartı sahibine vermekle görevli banka memurunun kartı kendi veya başkası yararına kullanmasıdır.¹³²

Suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin bir gereği olarak; bileşik suçun varlığından söz edilebilmesi için kaynaşan suçlardan birinin diğer suçun unsuru olduğunun veya diğer suçun ağırlaştırıcı sebebinin teşkil ettiğinin yasada açıkça gösterilmesi şarttır.¹³³ Bu doğrultuda; “her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran” ibaresi bu şartı sağlayacak evsafa bulunmadığından; banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu bileşik bir suç değildir.

Zira “her ne suretle olursa olsun” ibaresi ile kanun koyucu; banka ya da kredi kartını hukuka uygun yollardan elde etse bile, failin cezalandırılacağını açıkça belirtme maksadı gütmektedir. Bu sebeple gerçek içtima kuralları uygulanmalı ve

¹³² TCK 254. madde Gerekçesi.

¹³³ YCGK. K:19.02.1984, K.1984/64, www.kazanci.com

fail, banka ya da kredi kartını ele geçirmek için işlediği suçtan ve 245. maddede tanzim edilen suçtan ayrı ayrı cezalandırılmalıdır.¹³⁴

Banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçuna ilişkin olarak yaptığımız bu saptama, savcının 171/1 uyarınca sahip olduğu kamu davası açma hususundaki takdir yetkisi bakımından da önem arz etmektedir. Zira doktrinde Cumhuriyet Savcısının kamu davası açma hususundaki takdir yetkisinin TCK m. 167/1 ve TCK 245/4 uyarınca da geçerli olduğu savunulmaktadır. Bu görüş perspektifinde, şayet banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunu işleyen fail, şayet banka veya kredi kartını ele geçirmek için bir başka suç işlemişse ve söz konusu suç bakımından bir şahsi cezasızlık sebebi yok ise, Cumhuriyet Savcısı dava açma hususunda sadece 245. maddeyle sınırlı bir takdir hakkına sahiptir. Örneğin, bir kimse babasının kredi kartını yağma yoluyla elde edip sonrasında da bu kredi kartıyla mağdurun zararına bir yarar elde ederse iki suç işlemiş olur. Bu durumda, yağma suçuna ilişkin bir şahsi cezasızlık sebebi ceza kanununda öngörülmemiş olduğundan, Cumhuriyet Savcısının kamu davası açma hususundaki takdir yetkisi sadece kredi kartının kullanılması suçuna ilişkin olarak söz konusu olabilecektir. Ancak failin, babasına ait olan kredi kartını hırsızlık yoluyla elde edip sonrasında bu kartı kullanması durumunda, fail hem TCK m.167/1'de öngörülen şahsi cezasızlık sebebinden hem de TCK m. 245/4'de öngörülen şahsi cezasızlık sebebinden istifade edecektir. Zira Kanun koyucu, fail ile mağdur arasındaki üst soy alt soy ilişkisini, hem hırsızlık suçu hem de hem de banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu için bir şahsi cezasızlık sebebi olarak düzenlemiştir.

¹³⁴ **TANER:** "Banka ve Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu Bir Bileşik Suç mudur?", AÜHFD, 2007, c. 56, S. 2, s. 79,80; TCK madde gerekçesi.

dd. Suç Delillerini Yok Etme, Gizleme veya Değiştirme Suçuna İlişkin şahsi Cezasızlık Sebebi (TCK m. 281)

Türk Ceza Kanunu'ndaki bir diğer şahsi cezasızlık sebebi de, TCK m. 281'de düzenlenmiş bulunan suç delillerini yok etme, gizleme ya da değiştirme suçuna ilişkin olarak yine aynı madde kapsamında öngörölmüştür.

İşlenmiş olan bir suçla ilgili delil ve eserlerin yok edilmesinin, değiştirilmesinin veya gizlenmesinin, maddî gerçeğin ortaya çıkarılmasını ve sonuçta ceza adaletinin gerçekleşmesini engelleyeceğinden hareket eden kanun koyucu; daha önce işlenmiş olan bir suçun delil ve eserlerinin yok edilmesini, silinmesini, gizlenmesini, değiştirilmesini veya bozulmasını, işlenen suçtan bağımsız biçimde seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlemiştir.¹³⁵

TCK m. 281'de düzenlenen suçla ilişkin şahsi cezasızlık sebebine de yine aynı maddenin birinci fıkrasında yer verilmiştir. Buna göre; kişinin kendi işlediği veya işlenişine iştirak ettiği suçla ilgili olarak faile bu fıkra hükmüne göre ceza verilmeyeceği belirtilerek, delilleri karartılan suçun failinin delilleri karartma suçunu işlemesi haline yönelik olarak bir şahsi cezasızlık nedeni yaratılmıştır.

ee. Suçluyu Kayırma Suçuna İlişkin şahsi Cezasızlık Sebebi (TCK m. 283):

¹³⁵ TCK madde gerekçesi.

Suç işleyen bir kişiye araştırma, yakalanma, tutuklanma veya hükmün infazından kurtulması için imkân sağlamak, suçluyu kayırma başlığını taşıyan TCK m. 283/1 hükmüyle suç olarak düzenlenmiştir.

TCK m. 283/3 uyarınca ise, suçluyu kayırma suçunun, suç işleyen kimsenin üstsoyu, altsoyu, eşi, kardeşi veya diğer suç ortağı tarafından işlenmesi hâlinde, söz konusu şahıslar hakkında cezaya hükmolunmayacağı öngörülmüştür. Temelini; *“hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanmaz”* hükmünü ihtiva eden anayasanın m.38/5 hükmünden alan TCK m. 283/3 hükmünün hukuki niteliğine ilişkin doktrindeki genel kanı, söz konusu hükmün bir şahsi cezasızlık sebebi olduğu yönündedir.

ff. Tutuklu veya Hükümlünün veya Suç Delillerinin Bulunduğu Yeri Bildirmemek Suçuna İlişkin Şahsi Cezasızlık Sebebi (TCK m. 284)

TCK m. 284/1 ve TCK m. 284/2 uyarınca; hakkında tutuklama kararı verilmiş olan veya hükümlü bir kişinin bulunduğu yeri ya da işlenmiş olan bir suça ilişkin delil ve eserlerin başkaları tarafından saklandığı yerin bilinmesine rağmen yetkili makamlara bildirilmemesi suç olarak düzenlenmiştir.

Söz konusu suç bakımından tanzim edilen şahsi cezasızlık sebebi, suçluyu kayırma suçu bakımından öngörülen şahsi cezasızlık sebebinden farklı olarak, suç ortağını kapsamamakta, sadece failin üstsoyu, alt soyu, eş ve kardeşi bakımından geçerlilik arz etmektedir.

C. Nispi Şahsi Cezasızlık Sebepleri

a. Genel Olarak

Nispi şahsi cezasızlık sebepleri; cezasızlık niteliği kanun koyucu tarafından doğrudan öngörülmeyen, söz konusu niteliği haiz olup olmamaları kanun koyucu tarafından bir makamın takdirine bırakılan sebeplerdir. Bu bağlamda; yetkili makam tarafından yapılacak bir tespit ışığında, cezaya etki eden bir sebep, cezada indirim yapılmasını gerektiren bir şahsi sebep niteliği kazanabileceği gibi; yine yetkili makamın takdiriyle bir cezasızlık sebebi olarak da mütalaa edilebilecektir. Nispi cezasızlık sebeplerinin Nispilik vasfı; şahsi cezasızlık sebebi mi yoksa cezanın indirilmesini gerektiren şahsi bir sebep mi olduğunun belirlenmesinin bir makamın takdirine bırakılmış olmasından kaynaklanmaktadır.

b. TCK'da Düzenlenen Nispi Şahsi Cezasızlık Sebepleri

aa. Suç Üstlenme Suçuna İlişkin Nispi Şahsi Cezasızlık Sebebi (TCK m. 270)

Türk Ceza Kanununun nispi şahsi cezasızlık sebeplerine yer verdiği ilk hüküm, TCK m. 280’de düzenlenmiş olan suç üstlenme suçuna ilişkin olarak yine aynı madde kapsamında düzenlenmiştir.

Maddeye göre; yetkili makamlara gerçeğe aykırı olarak, bir suçu işlediğini veya bir suça katıldığını bildirmek suç olarak düzenlenmiştir.

Maddenin ikinci cümlesinde ise; kişilerin yakın akrabalarını ya da eşlerini koruma içgüdülerine değer atfedilerek, akrabalık ya da evlilik ilişkisine bağlı bir nispi şahsi cezasızlık sebebi yaratılmıştır. Buna göre; söz konusu suçun, üst soy, alt soy, eş veya kardeşi cezadan kurtarmak amacıyla işlenmesi halinde fail hakkında hükmolunacak cezada indirim yapmak ya da sanığa ceza vermemek hususunda mahkeme makamına takdir yetkisi tanınmıştır.

Bu bağlamda; suç üstlenme suçunun faili ile suçu üstlenilen şahıs arasında maddede sayılan akrabalık ilişkisi ya da evlilik ilişkisi mevcut ise; mahkeme makamı, söz konusu akrabalık ya da evlilik ilişkisini cezada indirim yapılmasını gerektiren bir şahsi neden olarak mütalaa ederek faile verilecek cezada indirim yoluna gidebilir. Bununla beraber; söz konusu akrabalık ya da evlilik ilişkisi bir şahsi cezasızlık sebebi olarak nitelendirerek failin cezalandırılmaması da sağlayabilir.

bb. Yalan Tanıklık Suçuna İlişkin Nispi Şahsi Cezasızlık Sebepleri (TCK m. 273)

TCK’nın şahsî cezasızlık veya cezanın azaltılmasını gerektiren sebepler başlığını taşıyan 273. maddesinde, TCK m. 272’de düzenlenmiş bulunan yalan

tanıklık suçuna ilişkin olarak, iki adet nispi şahsi cezasızlık nedeni öngörülmüştür. Söz konusu nispi şahsi cezasızlık sebepleri; suç üstlenme suçuna ilişkin nispi şahsi cezasızlık nedeninden farklı olarak, bağımsız bir madde altında düzenlenmiştir. TCK m. 273’de düzenlenen nispi şahsi cezasızlık nedenlerinin suç üstlenme suçuna ilişkin nispi cezasızlık nedeninden bir diğer farkı ise, madde metninde sayılan cezaya etki eden nedenlerin cezanın indirilmesini gerektiren şahsi sebep olarak mütalaa edilmesi durumunda, cezada yapılacak indirim oranının açıkça düzenlenmemiş olmasıdır.

Bu anlamda mahkeme makamı iki hususta takdir yetkisine sahiptir. İlkin, cezada indirim yapmak yönünde -diğer bir ifadeyle söz konusu normu şahsi cezasızlık sebebi ya da cezada indirim yapılmasını gerektiren bir şahsi sebep olarak anlamlandırmak hususunda bir takdir yetkisi mevcuttur. İkinci olarak ise, söz konusu cezaya etki eden nedenin cezada indirim yapılmasını gerektiren bir şahsi sebep olarak değerlendirildiği durumlarda, indirimin miktarının belirlenmesi hususunda bir takdir yetkisine sahiptir.

TCK m. 273’de düzenlenmiş olan şahsi cezasızlık sebeplerinden ilki; *“Kişinin; kendisinin, üstsoy, altsoy, eş veya kardeşinin soruşturma ve kovuşturmaya uğramasına neden olabilecek bir hususla ilgili olarak yalan tanıklıkta bulunması”*(TCK m. 273/1-(a)) haline ilişkindir. 765 sayılı Ceza Kanunu döneminde söz konusu hüküm; kanunun 288/1. maddesinde *“Hakikatı beyan ettiği takdirde kendisini veya akrabasından birini hürriyet ve namusca behemehal fahiş bir zarara maruz kılması muhtemel olan”* faile ilişkindi. Söz konusu hüküm doktrinde; zaruret halinin özel bir şekli olarak bir hukuka uygunluk nedeni olduğu belirtilmekteydi.¹³⁶

¹³⁶ FEYZİOĞLU: Tanıklık, s. 250

Zaruret halini kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak düzenleyen 5237 sayılı kanun; yalan tanıklığa ilişkin söz konusu hükmü de bir şahsi cezasızlık sebebi olarak nitelendirmiştir. Söz konusu hükmün söz konusu olduğu hallerde; mahkeme makamı verilecek cezada indirim yapmak ya da ceza vermektan de vazgeçilebilmek hususunda takdir yetkisine sahiptir. Mahkeme makamına faile verilecek cezada indirim yapmak ya da ceza vermemek hususunda takdir yetkisi tanınması da söz konusu hükmün 5237 s. k tarafından öngörülen sistemde bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmediğinin bir göstergesidir. Zira bilindiğı üzere, hukuka uygunluk nedenlerinin mevcudiyetinde ortada işlenmiş olan bir suç söz konusu olmayacağından, fail cezalandırılmayacaktır.¹³⁷

TCK m. 273’de düzenlenen şahsi cezasızlık sebeplerinden ikincisi ise; maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiş olan; tanıklıktan çekinme hakkı olmasına rağmen, bu hakkı kendisine hatırlatılmadan gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapan faille ilgili olan hükümdür. Tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kişiler ceza muhakemesi kanununun 43/4, 45. ve 46. Maddesinde düzenlenmiştir. CMK m. 43/4 uyarınca cumhurbaşkanına tanıklıktan çekinme hususunda takdir yetkisi tanınmıştır. CMK m. 45’de ifade olunan kimseler ise; şüpheli ya da sanıkla arasında akrabalık, evlilik veya nişanlılık bağı gibi bir ilişki mevcut olan kimselerken, kanunun 46. maddesinde ifade olunan, çekinme konu ve koşulları kanunla sınırlanan meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kimselerdir.

¹³⁷ Hükmü “zorunluluk hali olan hukuka uygunluk halinin özel nitelikli bir hali olarak niteleyen karşı görüş için bkz: **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku s. 889, 890

Söz konusu kimselerin tanıklıktan çekinme hakları kendilerine hatırlatılmadan gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapmaları halinde, haklarında yalan tanıklık suçu bakımından yapılan kovuşturma neticesinde mahkeme makamı ceza vermekten vazgeçmek ya da verilecek olan cezada indirim yapmak konusunda takdir yetkisine sahiptir.

II. CEZAYI KALDIRAN ŞAHSİ SEBEP OLARAK ETKİN PİŞMANLIK HÜKÜMLERİ

1. GENEL OLARAK

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda gönüllü vazgeçme kurumu; failin icra hareketlerini tamamlamaktan vazgeçmesi ile sınırlı olarak düzenlenmiş; failin icra hareketlerini tamamladıktan sonra kendi çabasıyla neticenin gerçekleştirilmesinin önlenmesi ve suçun tamamlanması sonrasında gerçekleşen özel pişmanlık halleri doktrinde etkin pişmanlık (faal nedamet) olarak adlandırılmaktaydı.¹³⁸ Etkin pişmanlık hallerinden biri olan; suçun tamamlanması sonrasında gerçekleşen özel pişmanlık halleri ise suç sonrası pişmanlık halleri olarak adlandırılmaktaydı. Etkin pişmanlık hali TCK'da genel biçimde düzenlenmediği için fail hakkında tam teşebbüse ait veya tamamlanmış suça ilişkin cezaların verilmesi gerekmekteydi.¹³⁹

¹³⁸ **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT:** Türk Ceza Hukukuna Giriş s. 465

¹³⁹ **DÖNMEZER:** Ceza Hukuku Genel Dersleri s. 129

5237 s. TCK ile öngörülen düzenleme ile gönüllü vazgeçme kurumunun kapsamı; 765 sayılı kanun döneminde etkin pişmanlık kurumu içinde değerlendirilen; failin icra hareketlerini tamamladıktan sonra kendi çabasıyla neticenin gerçekleştirilmesinin önlenmesi halini de kapsayıcı bir biçimde düzenlenmiştir. TCK m. 36 uyarınca, “Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.”

Böylelikle 5237 s.k ile etkin pişmanlık kurumu; sadece suçun tamamlanmasından sonraki aşamaya ilişkin bir nitelik kazanmış ve eski kanun döneminde de olduğu üzere kanunun özel hükümler kısmında belirli suç tiplerine ilişkin olarak münhasıran düzenlenmiştir. Bu anlamda; failin netice gerçekleşene kadar suç yolundan dönmesi vazgeçme; suç sonrası gerçekleştirilen eylemler ise özel hükümler içinde her suç tipi için ayrı bir biçimde etkin pişmanlık adı altında düzenlenmiştir.¹⁴⁰

Kanunda düzenlenmiş olan etkin pişmanlık hükümlerinden kimileri failin cezalandırılmamasını doğrudan doğruya emretmekteyken, kimi etkin pişmanlık hükümleri faile verilecek cezada indirim yapılmasını öngörmektedir. İnceleme konumuz olan CMK m. 17171 hükmünün uygulama alanına giren etkin pişmanlık hükümleri ise cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinden ibarettir.

¹⁴⁰ **ÖZBEK:** Ceza Muhakeme, s. 511

Çalışmamamızın bu bölümünde Türk Ceza Kanununda yer alan etkin pişmanlık hükümlerini inceleyerek uygulama şartlarına değinecek böylelikle de CMK m. 171/1 hükmünün uygulama alanının kapsamını, cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümleri bağlamında değerlendireceğiz.

2. TCK'DA DÜZENLENEN CEZAYI KALDIRAN ŞAHSİ SEBEP OLARAK ETKİN PİŞMANLIK HÜKÜMLERİ

A. Organ ve Doku Ticareti Suçu Bakımından Öngörülen Etkin Pişmanlık Hükümü: (TCK m. 93)

TCK m. 93. maddesi ile organ veya doku ticareti suçunu düzenleyen TCK m. 91/3 bakımından sınırlı bir uygulama alanı bulabilecek etkin pişmanlık hükümleri öngörülmüştür. Maddenin ilk fıkrasında yer verilen hüküm Cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hüküm niteliğindeyken maddenin ikinci fıkrasında cezada bir indirim sebebi öngören etkin pişmanlık hükmüne yer verilmiştir.

TCK m. 93/1 uyarınca; *“Organ veya dokularını satan kişi, resmî makamlar tarafından haber alınmadan önce durumu merciine haber vererek suçluların yakalanmalarını kolaylaştırırsa, hakkında cezaya hükmolunmaz.”*

TCK m. 91'de düzenlenen etkin pişmanlık hükmü TCK m. 92/3'e ilişkin olarak uygulama alanı bulabilen bir hükümdür. Ancak; söz konusu hüküm TCK m. 92/3'de sayılan tüm seçimlik hareketleri gerçekleştiren şahıslar bakımından da geçerliliğe sahip değildir; söz konusu etkin pişmanlık hükmü, TCK m. 92/3'de

sayılan hareketlerden sadece organ satmak fiiline ilişkin olarak uygulama alanı bulabilir. Bunun yanı sıra, kanun koyucu, organ veya doku satma fiilini gerçekleştiren her şahsı da söz konusu etkin pişmanlık hükmünün kapsamında mütalaa etmemiştir. Fail organ satma fiilini kendi organı üzerinde gerçekleştirmelidir, diğer bir ifadeyle suçun maddi konusu olan organ veya doku faile ait olmalıdır.

TCK m. 93’de öngörülen etkin pişmanlık hükmünün uygulanabilmesi için organ veya doku satma suçunu işleyen fail, suçun işlenmesinin ardından yetkili mercileri durumdan haberdar etmelidir. Haber verme suçun işlendiğinin resmi makamlarca öğrenilmesinden önce gerçekleştirmelidir. TCK m. 91. maddede öngörülen suç re’sen takip edilen bir suç olduğu için söz konusu haber verme şikâyet değil, ihbar hükmündedir. Söz konusu etkin pişmanlık hükmünün uygulanabilmesi için ihbarda bulunmuş olmak tek başına yeterli değildir, haber verme eylemi, suçluların yakalanmasını kolaylaştırmalıdır. “Resmi makamlar” tabirinden “soruşturma organları ve karşılaştıkları suçları soruşturma organlarına bildirmekle görevli diğer resmi makamlar”; “ilgili mercii” tabirinden ise, sadece “soruşturma organları” anlaşılmalıdır.¹⁴¹

B. Uyuşturucu Madde Suçlarına İlişkin Etkin Pişmanlık Hükümleri: (TCK m. 192)

¹⁴¹ ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU: Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 418

TCK'nın 192. maddesinde; TCK'nın 188. maddesinde düzenlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu ve TCK'nın 190. maddesinde hükme bağlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçuna ilişkin olarak dört fıkra halinde etkin pişmanlık hükümleri öngörülmüştür.

Cezada indirim yapılmasını mutlak olarak emreden üçüncü fıkra haricinde kalan etkin pişmanlık hükümleri, Cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükmü niteliğindedirler.

Söz konusu etkin pişmanlık hükümlerinin amacı; uyuşturucu ve uyarıcı madde suçlarının ortaya çıkmasına, söz konusu maddelerin ele geçirilmesine katkı sağlayan veya tedavi olan failin ödüllendirilmesi, böylelikle de toplumsal ölçekte tehlike arz eden bu suçların önlenmesidir.¹⁴²

TCK m. 192/1 hükmünde, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarına iştirak etmiş kişilere ilişkin bir etkin pişmanlık hükmü öngörülmüştür. Hükme göre; *“Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarına iştirak etmiş olan kişi, resmî 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 hâlinde, hakkında cezaya hükmolunmaz.”*

TCK m. 192/1 hükmü, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçuna iştirak etmiş kimselere yönelik bir hükümdür. Maddenin uygulanabilmesi için söz konusu kişilerin diğer suç ortaklarını ve uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin

¹⁴² **SEVÜK:** Uyuşturucu Veya Uyarıcı Maddelere Kullanılmasına İlişkin Suçlar, Seçkin, Ankara, 2007, s.214

saklandığı veya imal edildiği yerleri merciine haber vermeleri gerekir. Haber verme işlemi, resmi makamlar tarafından söz konusu suçların işlenişine dair haber alınmadan önce gerçekleştirilmelidir. Merciiden ne anlaşılması gerektiği, kanunun gerekçesinde soruşturma makamları olarak ifade edilmiştir. Ancak bilgi verilecek mercileri soruşturma makamları ile sınırlandırmanın maddenin uygulama alanını sınırlandıracağını ve maddenin amacına uygun düşmediğini savunan SEVÜK'e göre; Cumhuriyet Başsavcılığı ve kolluk makamlarının dışında valilik, kaymakamlık ve mahkemeye de bilgi verilebilecek merciiler arasında mütalaa edilebilmelidir.¹⁴³ Söz konusu cezasızlık sebebinin uygulanabilmesi için diğer suç ortaklarını ve uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin saklandığı veya imal edildiği yerlerin bildirilmesi tek başına yeterli değildir. Cezasızlık sebebinin uygulanabilmesi için verilen bilginin suç ortaklarının yakalanmasını veya uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ele geçirilmesini sağlaması da gerekir.

TCK m. 192/2 ve TCK m. 192/4 hükümlerinde ise, uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak suçlarına ilişkin düzenlemeler öngörülmüştür.

TCK m. 192/2 uyarınca, "*Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi, resmî 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.*" Fail hakkında söz konusu etkin pişmanlık hükümlerinin oluşturulmasında, Uyuşturucu ve uyarıcı

¹⁴³ SEVÜK: s.215,216

maddelerin ele geçirilmesini ve suçluların yakalanmasını sağlayarak adli makamlara yardımcı olarak işlemiş olduğu suçtan dolayı pişmanlığını göstermesi ve kamu sağlığı açısından tehlike arz eden söz konusu suçların yayılmasının önlenmesine katkıda bulunmasının da payı mevcuttur.¹⁴⁴

Hükmün uygulanma şartları TCK m. 192/1 hükmü ile benzerdir; bildirim resmî makamlar tarafından haber alınmadan önce yapılmalı, bildirimde uyuşturucu veya uyarıcı maddenin kimden, nerede ve ne zaman temin edildiği belirtilmelidir. Bununla beraber, hükmün uygulanabilmesi için verilen bilgilerin suçluların yakalanmalarını veya uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ele geçirilmesini kolaylaştırması gerekmektedir.

TCK m. 192/4 hükmü ise, TCK m. 192/2 hükmü gibi; kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alma, kabul etme veya bulundurma suçuna ilişkinse de, hükmün muhatabı bu suçu işleyen her fail değildir. TCK m. 192/4 uyarınca, *“Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, hakkında kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmaktan dolayı soruşturma başlatılmadan önce resmî makamlara başvurarak tedavi ettirilmesini isterse, cezaya hükmolunmaz.”* Hükmün kapsamına giren kimseler, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kimselerdir. Bu anlamda, daha önceden uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmayan kimseler, hükmün kapsamına girmez. Bununla beraber; uyuşturucu kullanımının bağımlılık haline dönüşmüş olması

¹⁴⁴ **SEVÜK:** Uyuşturucu Veya Uyarıcı Maddelere Kullanılmasına İlişkin Suçlar, Seçkin, Ankara, 2007, s.215

gerekmez.¹⁴⁵ Benzer şekilde; failin yapmış olduğu başvuru sonucunda tedavi edilip edilmemesi ya da tedaviye gerek görülüp görülmemesinin bir önemi yoktur.¹⁴⁶ İstemin yapılacağı resmi makamdan neyin kastedildiği açıklanmamıştır. Bu resmi makamlar; resmi tıp kurumları, kolluk kuvvetleri, mülki makamlar ve cumhuriyet savcılığı resmi makamlar arasında sayılabilir.¹⁴⁷

C. Parada Sahtecilik, Kıymetli Damgada Sahtecilik ve Para ve Kıymetli Damgaları Yapmaya Yarayan Araçlara İlişkin Suçlar Bakımından Öngörülen Etkin Pişmanlık Hükümleri: (TCK m. 201)

Türk Ceza Kanunu'nun 197 ve 198. maddesinde düzenlenen parada sahtecilik suçu, TCK m. 199. maddesinde düzenlenen kıymetli damgada sahtecilik suçu ve TCK m. 199'da düzenlenmiş olan para ve kıymetli damgaları yapmaya yarayan araçlara ilişkin suçlar bakımından geçerli olan etkin pişmanlık hükümlerine kanununun 201. Maddesinde yer verilmiştir.

Kalpazanlık suçlarına ilişkin olarak etkin pişmanlık hükümlerinin öngörülme amacı; ortaya çıkarılması zor olan kalpazanlık suçlarının aydınlatılması için suçlunun yardımını sağlayarak, söz konusu suçların işlenmesiyle kamu güveni ve devlet

¹⁴⁵ **KURT Şahin/ KURT Ela:** Uygulamada Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları ve İlgili Mevzuat, s. 218

¹⁴⁶ **KURT Şahin/ Kurt Ela:** s. 218

¹⁴⁷ **KURT Şahin/ KURT Ela:** s. 218

hazinesi aleyhine oluşan tehlikenin zarar haline gelmesini önlemek ve böylelikle kamu güveni ve hazineyi mümkün olduğunca korumaktır.¹⁴⁸

TCK m. 201/1’de düzenlenmiş olan etkin pişmanlık hükmü; Sahte olarak para veya kıymetli damga üreten, ülkeye sokan, nakleden, muhafaza eden veya kabul eden kişilere yöneliktir. Maddeye göre, söz konusu fiilleri gerçekleştiren şahısların diğer suç ortaklarını ve sahte olarak üretilen para veya kıymetli damgaların üretildiği veya saklandığı yerleri merciine haber vermelerine bağlı olarak bir etkin pişmanlık öngörülmüştür. Söz konusu etkin pişmanlık hükmünün uygulanabilmesi için haber verme eylemi, sahte olarak üretilen para veya kıymetli damgaların tedavüle konulmadan ve resmî makamlar tarafından haber alınmadan önce gerçekleştirilmelidir. Bununla beraber verilen bilgi verilen bilginin suç ortaklarının yakalanmasını ve sahte olarak üretilen para veya kıymetli damgaların ele geçirilmesini de sağlamalıdır.

Sahte para veya kıymetli damga üretiminde kullanılan alet ve malzemeyi izinsiz olarak üreten, ülkeye sokan, satan, devreden, satın alan, kabul eden veya muhafaza eden kişilere ilişkin etkin pişmanlık hükmüne ise TCK m. 201/2’de yer verilmiştir. Aletler ibaresiyle üretim işini yapmaya yarayan mekanik veya elektronik cihazlar, malzeme tabiriyle ise, bunların üretiminde kullanılan her türlü hammadde, asit ve benzeri maddeler kastedilmiştir.¹⁴⁹

¹⁴⁸ **ERMAN/ÖZEK:** Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar, s. 98

¹⁴⁹ **ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU:** Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 834

TCK m. 201/1. maddedeki düzenlenmeye paralel şekilde TCK m. 201/2'de belirtilen kişilerin, resmî makamlar tarafından haber alınmadan önce, diğer suç ortaklarını ve bu malzemenin üretildiği veya saklandığı yerleri ilgili makama haber verilmesi halinde haklarında cezaya hükmolunmayacağı öngörülmüştür. Hükmün uygulanabilmesi için verilen bilginin suç ortaklarının yakalanmasını ve bu malzemenin ele geçirilmesini sağlaması gereklidir.

D. Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçuna İlişkin Etkin Pişmanlık Hükümü (TCK m. 211)

TCK m. 211'de, TCK'nın 220. maddesinde düzenlenmiş olan suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin olarak etkin pişmanlık hükümlerine yer verilmiştir.¹⁵⁰ TCK m. 210; her ne kadar suç işlemek amacıyla örgüt kurmak başlığını taşıyor olsa da; söz konusu madde kapsamında örgüte üye olmak ve örgütün amacının propagandasını yapmak da suç olarak düzenlenmiştir. Bununla beraber; örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen ya da örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dâhil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişilerin de

¹⁵⁰ **HAFIZOĞULLARI/KURŞUN:** hükmün asıl amacının, örgüt ve mensupları hakkındaki kanıtları ele geçirmek, örgütün çökertilmesini, üyelerinin ele geçirilmesini, suç arkadaşlarını ihbar ederek suçlunun kollukla işbirliğini sağlamak olduğunu ifade etmekte, bu sebeple de kurumun bu niteliğinden ötürü, gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlıktan farklı olduğunu belirtmektedirler. Bu sebeple **HAFIZOĞULLARI/KURŞUN;** söz konusu hükmü; “... *cezalandırmanın karşıtı anlamında bir tür ödüllendirme olarak cezayı tümünden ortadan kaldıran veya azaltan bir neden*” olarak nitelendirmektedirler. **HAFIZOĞULLARI/KURŞUN:** Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk, s.

örgüt üyesi olarak cezalandırılmaları öngörülmüştür. Bu bağlamda madde başlığı; maddenin muhteviyatını tam olarak karşılamamaktadır. Kanunun 211. maddesinde; faillerin örgüt içindeki konumlarına, pişmanlık göstererek teslim olup olmadıklarına ve örgüt faaliyeti kapsamında bir suçun işlenmesine iştirak edip etmediklerine göre farklılaşan dört adet etkin pişmanlık hükmüne yer verilmiştir.

Suç örgütünün kurucu ve yöneticilere ilişkin bir etkin pişmanlık hükmü ihtiva eden TCK m. 221/1 uyarınca; *“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 cezaya hükmolunmaz.”* “Gönüllü olarak örgütten ayrılan örgüt üyelerine ilişkin bir etkin pişmanlık hükmü ihtiva eden TCK m. 221/2 uyarınca ise; *“Örgüt üyesinin, örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeksizin, gönüllü olarak örgütten ayrıldığını ilgili makamlara bildirmesi hâlinde, hakkında cezaya hükmolunmaz”*

Örgütten gönüllü olarak ayrılmayıp kolluk güçlerince yakalanan örgüt üyeleri bakımından ise TCK m. 221/3 uyarınca; örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmemiş olmaları kaydıyla, pişmanlık duyarak örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını sağlamaya elverişli bilgi vermeleri hâlinde, haklarında cezaya hükmolunmayacağı öngörülmüştür.

TCK m. 221/4 ise; suç işlemek amacıyla örgüt kuran, yöneten ya da örgüte üye olan tüm şahıslar bakımından ortak bir etkin pişmanlık hükmü niteliği

taşımaktadır. Buna göre; söz konusu şahısların gönüllü olarak teslim olup, örgütün yapısı ve faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili bilgi vermeleri hâlinde, haklarında örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçundan dolayı cezaya hükmolunmayacağı öngörülmüştür. Kişinin bu bilgileri yakalanmasından sonra vermesi hali ise cezada indirim yapılmasını gerektiren bir etkin pişmanlık hükmü olarak düzenlenmiştir. TCK m. 221/4; örgüt içindeki hiyerarşik konumları arasında her hangi bir ayırım gözetmeksizin suç örgütüne mensup olan her şahıs hakkında uygulanma kabiliyetine sahiptir.

TCK m. 221/5 uyarınca, etkin pişmanlıktan yararlanan kişiler hakkında bir yıl süreyle denetimli serbestlik tedbirine hükmolunacağı öngörülmüştür. Denetimli serbestlik tedbirinin süresi üç yıla kadar uzatılabilir.

E. Rüşvet Suçuna İlişkin Etkin Pişmanlık Hükümleri (TCK m. 254)

Rüşvet suçuna ilişkin etkin pişmanlık hükümleri öngören, TCK m. 254 uyarınca, rüşvet suçuna ilişkin olarak üç grup halinde etkin pişmanlık hükümleri öngörülmüştür.

Maddeye göre ilk grup; rüşvet alan ya da rüşvet almak konusunda başkasıyla anlaşan kamu görevlisidir. (TCK m. 254/1)

Rüşvet suçu bakımından haklarında etkin pişmanlık hükmü öngörülen ikinci grup, Rüşvet veren veya bu konuda kamu görevlisiyle anlaşmaya varan kişilerdir. (TCK m. 254/2)

TCK m. 254’de öngörülen etkin pişmanlık hükmünün kapsamına giren son grupsa; rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişilerdir. (TCK m. 254/3)

TCK m. 254/1 uyarınca; “*Rüşvet alan kişinin, soruşturma başlamadan önce, rüşvet konusu şeyi soruşturmaya yetkili makamlara aynen teslim etmesi hâlinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz.*” Aynı fıkraya göre; “*Rüşvet alma konusunda başkasıyla anlaşan kamu görevlisinin soruşturma başlamadan önce durumu yetkili makamlara haber vermesi hâlinde de hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz.*”

Madde gerekçesinde kamu görevlisinin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için hakkında idarî de olsa, herhangi bir soruşturmaya girilmemiş bulunması gerektiği ifade edilmiştir.¹⁵¹ Ancak; kanunun gerekçesinin her hangi bir bağlayıcılığa sahip olmaması karşısında, madde lafzında söz konusu soruşturmanın idari soruşturma mı yoksa soruşturma mı olduğuna ilişkin her hangi bir belirlemede bulunulmamış olması, telafisi lazım gelen bir eksiklik niteliği taşımaktadır. Kanaatimizce; madde hükmünde bahsedilen soruşturmanın niteliğine ilişkin herhangi bir tespitte bulunulmamış olması ve madde gerekçesinin bir bağlayıcılık taşıması karşısında; TCK m. 254/1’de ifade olunan soruşturmanın ceza soruşturması olarak anlaşılmasının daha yerinde olduğu şeklindeki görüşe katılmaktayız.¹⁵² Bu anlamda kanaatimizce TCK m. 24571 hükmünde ifade olunan

¹⁵¹ TCK madde gerekçeleri, http://www.yayin.adalet.gov.tr/tck/tck_madde_gerekceli.htm

¹⁵² **TOROSLU:** Ceza Genel, s. 300, **GÖKCAN:** Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikâp, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, Seçkin, Ankara, 2008, s. 570

soruşturma; CMK m. 2/1-(e) hükmünde ifade olunduğu üzere yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evre olarak mütalaa edilmelidir.

Nitekim Yargıtay Ceza Kurulu da; TCK m. 254 ile aynı şekilde “*soruşturma başlamadan*” ifadesini taşıyan zimmet suçuna ilişkin etkin pişmanlık hükmünün uygulanmasına ilişkin olarak vermiş olduğu bir kararda bizimle aynı görüşü benlemiştir. YCGK kararında; TCK m. 248/1 hükmünde belirtilen soruşturma; suç şüphesinin C.savcısı tarafından öğrenilmesiyle başlayacağından, 5237 sayılı TCK’nın 248. maddesi uyarınca etkin pişmanlık nedeniyle indirim yapılacak hallerde, ödemenin, olay C.savcılığınca öğrenilmesi ve soruşturma işlemlerine başlanmasından önce yapılması halinde TCK m. 248/1 hükmünün uygulanması gerektiğini ifade edilmiştir.¹⁵³ Etkin pişmanlığa ilişkin söz konusu düzenleme, şahsa münhasır bir cezasızlık sebebi ihtiva ettiği için yetkili makamlar bizzat fail tarafından haberdar edilmelidir.¹⁵⁴

Rüşvet veren veya rüşvet hususunda kamu görevlisiyle anlaşmaya varan kişiler bakımından ise; söz konusu şahısların soruşturma başlamadan önce soruşturma makamlarını durumdan haberdar etmeleri hâlinde haklarında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmayacağı öngörülmüştür (TCK m. 254/2). Bununla beraber; rüşvet veren şahsın etkin pişmanlıkta bulunması halinde vermiş olduğu rüşvetin kamu görevlisinden alınarak kendisine verileceği belirtilerek, rüşvet veren şahıs

¹⁵³ YCGK: E. 2006/5-165 K. 2006/213 T. 17.10.2006 www.kazanci.com

¹⁵⁴ ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU: Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 1041

bakımından etkin pişmanlığın uygulandığı hallerde müsadere kurumunun uygulanmayacağı öngörülmüştür.¹⁵⁵

Rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişiler bakımındansa, söz konusu şahısların soruşturma başlamadan önce, pişmanlık duyarak durumdan soruşturma makamlarını haberdar etmesi hâlinde, hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmayacağı öngörülerek bu kişiler hakkında da etkin pişmanlık hükmü tesis edilmiştir. (TCK m. 254/3)

TCK m. 254, madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere Cezayı ortadan kaldıran bir şahsî sebep niteliğinde etkin pişmanlık hükümleri öngören bir maddedir. Bununla beraber TCK m. 254 hükmünde ifade edilen hallerde cezanın kaldırılması herhangi bir takdir hakkı tanınmaksızın mutlak olarak emredildiği için, söz konusu hüküm mutlak nitelikte cezayı ortadan kaldıran bir niteliktedir.

F. Yalan Tanıklık Suçuna İlişkin Etkin Pişmanlık Hükmü (TCK m. 274)

Türk Ceza Kanunu'nun 274. maddesinde, TCK'nın 272. maddesinde düzenlenmiş olan yalan tanıklık suçuna ilişkin etkin pişmanlık hükümlerine verilmiştir. TCK m. 274/1 hükmünde cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükmüne yer verilmişken, maddenin ikinci ve üçüncü fıkrasında ise etkin pişmanlık hükmü, cezada indirim sebebi olarak düzenlenmiştir.

TCK m. 274/1 uyarınca; aleyhine tanıklık yapılan kişi hakkında bir hak kısıtlamasını veya yoksunluğunu sonuçlayacak nitelikte karar verilmeden veya hükümden önce gerçeğin söylenmesi hâlinde, cezaya hükmolunmayacağı

¹⁵⁵ TCK madde gerekçesi

öngörülmüştür. Hak kısıtlamasını ya da yoksunluğunu doğuracak karar; tutuklama tedbiri olabileceği gibi adli kontrol, gözaltı, elkoyma gibi tedbirler de olabilir.¹⁵⁶ Aleyhine tanıklık yapılan kişinin şüpheli ya da sanık statüsünde olması arasında bir farklılık yoktur. Bu anlamda; aleyhine yalan tanıklık yapılan kişi hakkında hak yoksunluğunun ya da kısıtlamasının doğumuna yol açan karar soruşturma evresinde dahi gerçekleşmiş olsa; TCK m. 274/1 hükmü uygulama alanı bulamaz. Tanık; önceki beyanının gerçeğe aykırı olduğunu açıkça söyleyerek ya da bunu açıkça bildirmeden beyanını değiştirebilir.¹⁵⁷ Hükümden kastedilen; CMK'nın 223. maddesinde sayılan hüküm çeşitlerinden herhangi biridir. Yargıtay'ın bozma kararından sonra yeniden başlayan duruşmada eski duruşmada gerçekleştirilen tanıklığa ilişkin olarak gerçeğin söylenmesi cezayı kaldırmaz.¹⁵⁸

G. Yalan Yere Yemin Suçuna İlişkin Etkin Pişmanlık Hükümü (TCK m. 275)

TCK'nın 275. maddesinde hukuk davalarında; taraflara kanuna uygun olarak ve sübut vasıtası oluşturmak üzere yöneltilen yeminin yalan yere icrası bir suç olarak düzenlenmiştir¹⁵⁹. Ancak aynı maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında söz konusu suç hakkında bir etkin pişmanlık hükümleri öngörülmüştür.

TCK m. 275/2 uyarınca; hukuk davalarında yalan yere yemin eden davalı ya da davacının, dava hakkında hüküm verilmeden önce gerçeği söylemesi hâlinde,

¹⁵⁶ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA: s. 1079

¹⁵⁷ FEYZİOĞLU: Tanıklık s. 248

¹⁵⁸ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA: s. 1079

¹⁵⁹ TCK Madde gerekçesi

yalan yere yemin eden şahıs hakkında cezaya hükmolunmayacağı öngörülerek bir etkin pişmanlık hükmü oluşturulmuştur. Kanun koyucu; hukuk davalarında gerçeğin ortaya çıkarılması maksadına öncelik tanıyarak, etkin pişmanlık gösterilerek gerçeğin söylenmesi halinde failin cezalandırılmamasını öngörmüştür. Bu anlamda TCK m. 275/2; Cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükmü niteliğindedir. Maddenin üçüncü fıkrasında ise; Hükmün icraya konulmasından veya kesinleşmesinden önce gerçeğin söylenmesi hâlinde, verilecek cezanın yarısının indirileceği öngörülerek etkin pişmanlık hükmü öngörülerek, söz konusu duruma ilişkin olarak cezada indirim yapılmasını gerektiren bir etkin pişmanlık hükmü öngörülmüştür.

H. Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçuna İlişkin Etkin Pişmanlık Hükmü (TCK m. 282/5)

TCK'nın 282. maddesinde; suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklamak seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlenmiştir. Aklama suçu geniş anlamda; işlenen suçları gizlemek ve işlenen suçlara yasal bir görüntü kazandırmak maksadıyla suçtan elde edilen malvarlığı değerlerinin niteliğinin, kaynağının, yerinin, durumunun, hareketinin ve kime ait olduğunun saklanması ve örtülmesi fiillerini içerir.¹⁶⁰ Malvarlığı değerlerini aklamak suçunun öngörülmesiyle güdülen amaç; suçlardan elde edilen gelirlerin yasal görüntü kazanmasını önleyip, suçtan elde edilen geliri kullanılamaz hale getirerek suç gelirine kaynaklık eden öncül suçların cazibe kazanmamasını sağlamak ve bu doğrultuda; öncül suçların işlenmesini ve

¹⁶⁰ **AYKIN:** Aklama Suçu-Öncül Suç İlişkisi, Yaklaşım Dergisi, Nisan 2007,

sürekli olarak kazanmasını engellemektir.¹⁶¹ Bu amaçtan hareketle kanun koyucu, TCK m. 28275 uyarınca suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu nedeniyle kovuşturma başlamadan önce suç konusu malvarlığı değerlerinin ele geçirilmesini sağlayan veya bulunduğu yeri yetkili makamlara haber vererek ele geçirilmesini kolaylaştıran kişi hakkında bu maddede tanımlanan suç nedeniyle cezaya hükümlenmeyeceği öngörülmüştür. Söz konusu etkin pişmanlık hükmü sadece suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçuna ilişkindir. Bu anlamda; aklamaya konu olan malvarlığı değerlerine kaynaklık eden ve öncül suç (predicate offence) olarak adlandırılan¹⁶² suçlar bakımından muhakeme faaliyetlerine girişilmesinde bir engel olmadığı gibi, bu suçlar hakkında takibat yürütülmesi de mecburidir.

İ. Suç İçin Anlaşma Suçuna İlişkin Etkin Pişmanlık Hükmü (TCK m. 316)

Türk Ceza Kanununun 316. Maddesi uyarınca, Türk Ceza Kanununun Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler başlığını taşıyan 4. Kısımının dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçlardan herhangi birini elverişli vasıtalarla işlemek üzere iki veya daha fazla kişinin maddi olgularla belirlenen bir biçimde anlaşmaları bir suç olarak düzenlenmiştir. Kanun koyucu, söz konusu suçların gerçekleşmesi halinde ortaya çıkabilecek tehlikenin büyüklüğü dikkate alınarak, hazırlık hareketlerinin cezalandırılmayacağına ilişkin genel ceza hukuku

¹⁶¹ AYKIN:

¹⁶² AYKIN:

prensibine istisna getirilerek henüz fiili bir kalkışma meydana gelmeden hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasını öngörmüştür.¹⁶³ TCK m. 216'da düzenlenmiş olan suç tipi, çok faille işlenen bir suç olmakla beraber suç işlemek için örgütlenmek suçu değildir, bu yönüyle TCK m. 220 ve TCK m. 314'de düzenlenmiş olan suçlardan farklılık gösterir.¹⁶⁴

Söz konusu suç tipine ilişkin etkin pişmanlık hükmüne söz konusu maddenin ikinci fıkrasında yer verilmiştir. TCK m. 316/2 uyarınca; amaçlanan suç işlenmeden veya anlaşma dolayısıyla soruşturmaya başlanmadan önce bu ittifaktan çekilenlere ceza verilmeyeceği öngörülmüştür.

Söz konusu düzenlemeye 765 sayılı kanun döneminde kanunun 288. maddesinde yer verilmişti. 765 sayılı kanun m. 288 uyarınca, yalan yere yemin eden ya da tanıklık yapan tanığın gerçeği beyanı etmesi durumunda kendisini veya akrabalarından birini hürriyet veya namusca behemehâl fahiş bir zarara maruz kılmasının muhtemel olması halinde bu şahsa ceza verilmeyeceği öngörülmüştü. Söz konusu akrabaların kimler olduğunu belirleyen 765 s.k m. 259'a göre, akrabalar, karı koca ile usul ve fûru ve kardeş ve kız kardeş ve amca ve dayı ve hala ve teyzelerle yeğenler ve bunlar derecesindeki sıhri akrabadır. Söz konusu hüküm doktrinde, mülga kanun genel hükümler m. 49'da düzenlenen zaruret halinin özel bir düzenleme şekli olarak ifade edilmiştir.¹⁶⁵ Kanun koyucu, zorunluluk halinin uygulama şartlarının yalan tanıklık suçu bakımından uygulama imkânı bulamayacağından

¹⁶³ **HAFIZOĞULLARI:** Örgütlü Suçluluk.

¹⁶⁴ **HAFIZOĞULLARI:** Örgütlü Suçluluk.

¹⁶⁵ **FEYZİOĞLU:** Tanıklık s. 250

hareketle, yalan tanıklık suçunun failinin bu özel durumunu göz önünde bulundurarak yalan tanıklık suçuna ilişkin olarak bu hükmü öngörmüştür.¹⁶⁶

III. CEZAYI KALDIRAN ŞAHSİ SEBEP OLARAK ETKİN PİŞMANLIK HÜKÜMLERİ VE ŞAHSİ CEZASIZLIK SEBEPLERİ İLE BENZER NİTELİKTEKİ TCK HÜKÜMLERİ

1. GENEL OLARAK

Türk Ceza Kanunu'nda; suçun failine ceza verilmemesini ya da indirimli olarak ceza verilmesini öngören düzenlemeler, şahsi cezasızlık hallerinden ve etkin pişmanlık hükümlerinden ibaret değildir. Diğer bir ifadeyle; Türk Ceza Kanununda; şahsi cezasızlık sebebi veya etkin pişmanlık hükmü niteliği taşımayan ve fakat suçun failinin cezalandırılmamasını doğrudan, mutlak olarak öngören ya da faile ceza vermek ya da verilecek cezada indirim yapılmasını sağlayan hükümler de mevcuttur. Bu hükümlerin bir kısmı kusurluluğu kaldıran ya da azaltan neden; bir kısmı hukuka uygunluk sebebi bir kısmı ise muhakeme şartı niteliğindedir. Ceza kanununda yer alan bu düzenlemeler; her ne kadar failin cezalandırılmamasını ya da fail hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılmasını engellese de söz konusu hükümler; CMK m. 171/1 hükmünün uygulama alanında mütalaa edilemez. Zira çalışmamızın önceki bölümlerinde de ifade ettiğimiz üzere; Cumhuriyet Savcısına kamu davası açma hususunda takdir yetkisi tanıyan CMK m. 171/1 hükmü; genel kural olan

¹⁶⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK: Teorik ve Pratik Ceza Özel, s. 890

kovuşturma mecburiyeti ilkesine istisna getiren hüküm niteliğindedir. Bu sebeple de CMK m. 171/1 hükmünün uygulama alanı; salt cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebeplerinin var olduğu hallerle sınırlıdır. Çalışmamızın bu kısmında; inceleme konumuz olan CMK m. 171/1 hükmünün uygulama alanını tam olarak tespit edebilmek adına Türk Ceza Kanununda yer alan; failin cezalandırılmamasını sonucunu doğuran ve fakat cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren bir koşul ya da şahsî cezasızlık sebebi niteliğinde olmayan düzenlemeleri ele alacağız. Bu doğrultuda; etkin pişmanlık ve şahsi cezasızlık sebepleri ile benzer nitelik taşıyan kurumların uygulama şartlarına ve hukuki niteliklerine ilişkin tespit ve değerlendirmelerde bulunarak, CMK m. 171/1 hükmünün kapsamını tam olarak belirlemeye çalışacağız.

2. TCK'DA ÖNGÖRÜLEN DÜZENLEMELER

A. Organ ve Doku Ticareti Suçuna İlişkin Zaruret Hali (TCK m. 92)

Türk Ceza Kanunu'nun 92. maddesi ile kanununun 91. maddesinde düzenlenen organ ve doku ticareti suçuna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu hüküm uyarınca mahkeme makamına, organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşulları göz önünde bulundurarak, organ veya dokusunu satan şahıs hakkında verilecek cezada indirim yapmak ya da ceza vermektен vazgeçmek yetkisi tanınmıştır. Hüküm mahkeme makamına bir yandan cezada indirim yapmak

bir yandan da ceza vermekten vazgeçmek hususunda yetki tanıdığından nispi nitelikte bir cezasızlık sebebi niteliğindedir.

Söz konusu hükmün hukuki niteliği üzerine tespitlerde bulunmadan önce 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 25/2'de genel hükümler arasında düzenlenen zorunluluk hali ile ilişkisi üzerinde durmak gerekir.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde yargı kararlarında ve kural olarak doktrinde bir hukuka uygunluk sebebi olarak nitelendirilen¹⁶⁷ zorunluluk hali, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun birinci kitap ikinci kısmının ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler başlıklı ikinci bölümünde, m. 25/2 hükmünde düzenlenmiştir. Bununla beraber; CMK m. 223/2-(d) yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması halinde beraat kararı verileceği, CMK m. 223/3-(b) hükmü uyarınca ise yüklenen suçun zorunluluk halinde işlenmesi halinde kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi öngörülmüştür.

Bu anlamda; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu tarafından öngörülen sistem uyarınca zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk nedeni olarak değil, kusurluluğu kaldıran bir neden olarak düzenlendiği sonucuna ulaşılmaktadır.

¹⁶⁷ Zorunluluk halinin hukuki niteliği hakkındaki görüşler için bkz: **ÖZBEK/DOĞAN**: Zorunluluk Halinin (TCK m. 25/2) Hukuki Niteliği Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9 S: 2 s. 195 vd.

Kanun koyucunun tarihi iradesini araştırmak adına mantiki-inşai yorum metotundan¹⁶⁸ istifade ederek TCK m. 25/2 hükümü ile TCK m. 92 hükümünün niteliği ve bu iki hüküm arasındaki ilişkinin daha iyi anlaşılabileceğini düşünmekteyiz.

5237 SAYILI Türk Ceza Kanunu ile ilgili olarak yürütülen çalışmalar esnasında, ÖZGENÇ tarafından, hükümet tasarısında hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenen durumların iki bölüme ayrılması ve hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu etkileyen nedenler olarak ikili bir ayrıma yer verilmesi gerektiği savunulmuştur.¹⁶⁹ Ancak bu önerinin kabul edilmemesi üzerine bölüm başlığının hukuka uygunluk nedenleri yerine ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran veya azaltan nedenler olarak değiştirilmesi yönünde ikinci bir öneri sunulmuş ve bu önerinin kabulüyle madde başlığı bu şekilde tanzim edilmiştir.¹⁷⁰ Zira ÖZGENÇ'e göre, Zorunluluk hali, kişinin davranışlarını hukuka uygun olarak yönlendirme yeteneğini azaltan veya ortadan kaldıran bir etkiye sahip olduğu için kusurluluğu kaldıran bir nedendir.¹⁷¹ Bu anlamda, ÖZGENÇ; zorunluluk halinin kusurluluğu kaldıran ya da azaltan bir neden olması sebebiyle, zorunluluk halinin kusurluluğu ortadan kaldırdığı hallerde ceza vermemek; kusurluluğu azalttığı hallerde ise cezada indirim yapmak hususunda mahkemeye takdir yetkisi tanınması gerektiğini ifade etmektedir.¹⁷² Ancak madde kapsamında değişiklik yapılamadığı için, çeşitli suçlara ilişkin olarak zorunluluk hali hükümlerine münhasıran yer verilme gereği duyularak, TCK m. 92/1, TCK m. 99/2 hükümünde ifade olunan tıbbi zorunluluk hali ve TCK m. 147

¹⁶⁸ **TOROSLU:** Ceza zel s. 60

¹⁶⁹ **ÖZGENÇ:** TCK Gazi şerhi, Seçkin, Ankara, 2006, s. 251

¹⁷⁰ **ÖZGENÇ:** TCK Gazi şerhi, s. 251

¹⁷¹ **ÖZGENÇ:** TCK Gazi şerhi, s. 251

¹⁷² **ÖZGENÇ:** TCK Gazi şerhi, s. 251

hükümlerinin bu lüzum doğrultusunda öngörüldüğü ifade olunmuştur.¹⁷³ Bu anlamda, mantıki-inşai yorum yöntemi uyarınca, TCK m. 92 hükmünün TCK m. 25/2 hükmünün “özel bir düzenlemesi” ve hatta TCK m. 92 hükmünün TCK m. 25/2 hükmünün “olması arzu edilen hali” olarak mülahaza edildiği sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak HAFIZOĞULLARI; her ne kadar madde başlığı “Zorunluluk hali” olsa da, TCK m. 92, 147 vb. hükümlerin TCK m. 25/2’de öngörülen zorunluluk halinin özel halleri olmadığını, TCK m. 28’de düzenlenen istenemezlik halinin özel halleri olduğunu ifade etmektedir.¹⁷⁴

Bu anlamda; TCK m. 92 hükmü; ne cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükmü ne de şahsi cezasızlık sebebi niteliğinde olduğundan TCK m. 92’nin uygulanmasının söz konusu olduğu hallerde CMK m. 171/1 bağlamında Cumhuriyet savcısının kamu davası açma hususunda takdir yetkisinden söz edilemez.

B. Çocuk Düşürtme Suçuna İlişkin Cezasızlık sebebi (TCK m. 99/6)

TCK m. 99/1 uyarınca, rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürtmek suç olarak düzenlenmiştir. Kanun koyucu; kadının kendi vücut bütünlüğü üzerindeki hak sahipliğini ve iradesini esas alarak, gebeliğin 10. haftasına kadar açıklanan rızayı rızasını çocuk düşürtme suçu bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olarak nitelendirmiş, ancak gebeliğin 10. haftası sonrasında ceninin yaşam hakkına üstünlük

¹⁷³ ÖZGENÇ; s. 251,252

¹⁷⁴ HAFIZOĞULLARI: İstenemezlik s. 367

tanımıdır.¹⁷⁵ Gebeliğin sonlandırılmasına rızaya ilişkin ana kural bu olmakla birlikte, TCK m. 99/6 öngörülen cezasızlık sebebinde bu ana kurala istisna getirilmiştir.

TCK m. 99/6 uyarınca; kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması hâlinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmeyeceği öngörülmüştür. Doktrinde hükmün düzenlenme amacı; cinsel saldırıya maruz kalan mağdurun yaşadığı şoku atlatmasının uzun süre alması ve gebeliğini geç öğrenmesinin mümkün olması ve bu şartlar altında gebe kalan kadının bu gebeliği sürdürmek istemeyen kadına hak tanınması gereğini karşılamak olarak ifade edilmiştir.¹⁷⁶

Söz konusu hüküm ne bir şahsi cezasızlık sebebi ne de etkin pişmanlık hükmü niteliğinde olduğundan, CMK m. 171/1 bağlamında Cumhuriyet savcısının kamu davası açma hususundaki takdir yetkisi TCK m. 99/6'nın söz konusu olduğu hallerde geçerli olmayacaktır.

C. Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçuna İlişkin Düzenleme (TCK m. 116)

Türk Ceza Kanununun konut dokunulmazlığını ihlal başlığını taşıyan m. 116/1 hükmü uyarınca, bir kimsenin konutuna, konutunun eklentilerine rızasına aykırı olarak girmek veya rıza ile girdikten sonra buradan çıkmamak şikâyete bağlı bir suç olarak düzenlenmiştir. Adı geçen maddenin 2. fıkrasında ise; evlilik birliğinde

¹⁷⁵ **DÖNMEZ:** TCK'DA Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM'nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması, C. 9, S.2, 2007, s. 116

¹⁷⁶ **DÖNMEZ:** s. 116

aile bireylerinden veya konutun birden fazla kişi tarafından ortak kullanılması durumunda bu kişilerden birinin rızası varsa, birinci fıkra hükmünün uygulanmayacağı öngörülmüştür. Ancak bunun için, rıza açıklamasının meşru bir amaca yönelik olması gerekir.

Görüldüğü üzere TCK m. 116/2, bir yandan rıza açıklamaya yetkili şahısları (evlilik birliğinde aile bireylerinden biri veya konutun birden fazla kişi tarafından ortak kullanılması durumunda bu kişilerden biri) ifade ederken, bir yandan da bu rızanın içeriğinin ne olmasını gerektiğini (meşru bir amaca yönelik) belirtmektedir. Doktrinde; TCK m. 116/2 hükmünde açıklanmış olan “*rızaya aykırılık*”ın, genel bir hukuka uygunluk nedeni olan ve TCK 26/2’de düzenlenen ilgilinin rızası¹⁷⁷ kavramından farklı olarak, suçun bir unsuru olarak, tipikliğe ilişkin olduğu ifade edilmektedir.¹⁷⁸

Bu sebeple, konut dokunulmazlığı suçuna ilişkin olarak yürütülen bir soruşturmada, şüphelinin konuta, TCK m. 116/2’de sayılan rıza açıklamaya yetkili kimselerden birinin meşru bir amaca yönelik rızası ile girdiği tespit edildiği takdirde, somut olayda tipiklik oluşmadığından, CMK m. 172/1 uyarınca kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmelidir.

¹⁷⁷ **HAFIZOĞULLARI:** “ilgilinin rızası” tabirinin terimsel bir değer taşımadığını bu sebeple söz konusu ifade yerine ya suç genel teorisinde terimsel bir değeri olan “mağdurun rızası” ifadesinin ya da TCK m. 26’nın madde bağlı ile tutarlılık sağlanması için “hak sahibinin rızası” teriminin kullanılması gerektiğini savunmaktadır.

¹⁷⁸ **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK:** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 413, **HAFIZOĞULLARI:**

D. Hakaret Suçunda İsnadın İspatı (TCK m. 127)

Anayasanın 36. ve AİHS' in 6. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyetinin ve doğru yargılanma hakkının doğal bir sonucu olan ispat hakkı; anayasanın 39. maddesinde kişi hak ve ödevleri arasında düzenlenmiştir.¹⁷⁹ Söz konusu hükme göre; *“Kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılan isnatlardan dolayı açılan hakaret davalarında, sanık, isnadın doğruluğunu ispat hakkına sahiptir. Bunun dışındaki hallerde ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikâyetçinin ispata razı olmasına bağlıdır.”*

TCK'da ise ispat hakkı; kanunun 127. maddesinde düzenlenmiştir. TCK m. 127/1 uyarınca, İsnat edilen ve suç oluşturan fiilin ispat edilmiş olması halinde kişiye ceza verilmeyeceği öngörülmüştür. Madde ile öngörülen sistem uyarınca, isnadın doğruluğunun ispat edilebilmesi için, isnadın bir suç vakıasına ilişkin olması, diğer bir ifadeyle kişiye belli bir suçu işlediğinden bahisle bir isnatta bulunmuş olması ve isnadın yapıldığı anda isnadın konusunu oluşturan suç dolayısıyla kişi hakkında henüz bir hüküm verilmemiş olması gerekmektedir.¹⁸⁰ Bu anlamda; her ne kadar madde gerekçesinde madde metnindeki düzenleme yapılırken, Anayasanın bu konuda belirlediği kuralların da göz önünde bulundurulduğu ifade edilse de; TCK'nın ispat hakkına ilişkin düzenlemesi ile anayasanın ispat hakkını düzenleyen 36. Maddesi arasında bir uyum bulunmamaktadır. Zira ceza kanunundaki düzenlemede; anayasadan farklı olarak; kamu görev ve hizmetinde bulunan kişiler ile

¹⁷⁹ **HAFIZOĞULLARI:** Türk Ceza Hukukunda Şerefe Karşı Suçlar, s. 5

¹⁸⁰ TCK madde gerekçesi.

kamu görev ve hizmetinde bulunmayan kimselere ilişkin olarak anayasada öngörülen farklılık ortadan kaldırılmıştır. Böylelikle; kamu görevlilerine karşı gerçekleştirilen ve konusu suç olmayan isnatlara ilişkin ispat isteminin kabulü, anayasadan farklı olarak ispatta kamu yararının bulunması veya şikâyetçinin ispata rıza göstermesi şartına bağlanarak ispat hakkının kapsamı, sanık aleyhine olacak biçimde daraltılmıştır.¹⁸¹

Doktrinde isnadın ispatı kurumu; 765 sayılı kanun döneminde olduğu gibi bir düşme kararı verilmesi gereken bir durum olarak mütalaa edilirken¹⁸²; HAFIZOĞULLARI; TCK m. 127/1'deki düzenlemeden yola çıkarak, ispat hakkının bir hukuka uygunluk nedeni olduğu sonucunu çıkarmaktadır.¹⁸³ Netice itibariyle TCK m. 127 hükmü; bir şahsi cezasızlık sebebi ya da etkin pişmanlık hükmü olarak mütalaa edilemeyeceğinden, isnadın ispatının söz konusu olduğu hallerde; CMK m. 171/1 hükmü uygulama imkânı bulamayacaktır.

¹⁸¹ **HAFIZOĞULLARI:** Şerefe, s. 6, **DÜLGER:** 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 127. Maddesinin (İsnadın İspatı) Anayasaya Uygunluğu Sorunu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2008, C. 16, S.2, s. 134, **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK:** Teorik ve Pratik, s. 465,466

¹⁸² **CENDEL/ZAFER/ÇAKMUT:** Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 250, **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA:** s. 474, **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK:** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 466

¹⁸³ **HAFIZOĞULLARI:** Şerefe Karşı, s. 5

E. İddia ve Savunma Dokunulmazlığı (TCK m. 128)

TCK'nın 128. maddesinde Yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnadlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde bu isnat veya değerlendirmede bulunanlara ceza verilmeyeceği öngörülmüştür. Hükmün ikinci cümlesinde ise; hükmün uygulanabilmesi için söz konusu isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyuşmazlıkla bağlantılı olması gerektiği ifade olunmuştur.

AİHS 6/3- (c), ve anayasanın 36. maddesinde " Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ... hakkına sahiptir" hükmünü ifade olunan savunma hakkının ve anayasanın 74. Maddesinde düzenlenen dilekçe hakkının ceza kanuna yansımaları niteliğindedir.¹⁸⁴ Bu anlamda TCK m. 128 hükmü; yargılamanın taraflarına hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı kapsamında özel olarak düzenlenmiş bir hukuka uygunluk sebebi olarak nitelenmektedir.¹⁸⁵ Bu anlamda CMK m. 128 hükmü bir hukuka uygunluk sebebi niteliğinde olduğundan, CMK m. 171/1'de ifade olunan hususlar söz konusu olmadığından CMK m. 171/1 hükmünün uygulaması söz konusu olamaz.

¹⁸⁴ **HAFIZOĞULLARI:** Şerefe Karşı, s. 7

¹⁸⁵ **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA:** s. 1039, **HAFIZOĞULLARI:** Şerefe Karşı, s. 7, **TOROSLU:** Ceza Özel, s. 118

F. Hakaret Suçunun Haksız Bir fiile Tepki Olarak İşlenmesi Hâline İlişkin Düzenleme (TCK m. 129/1)

TCK m. 129/1 uyarınca; hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi halinde, verilecek cezada indirim yapmak ya da ceza vermekten vazgeçmek hususunda mahkeme makamına takdir yetkisi tanınmıştır. HAFIZOĞULLARI; madde başlığında kullanılan “haksız fiil” ifadesinin BK m. 41’de düzenlenen borçlar hukukuna ilişkin bir kavram olduğunu bu sebeple madde metnindeki ifadenin aksine madde başlığında yanlış bir ifade kullanıldığını belirtmektedir.¹⁸⁶ Hükümde ifade edilen husus “haksız bir hareket” olduğu için bu hareketin ceza kanunları tarafından suç olarak düzenlenmiş bir eylem olması şart değildir, hareketin haksızlığı hükmün uygulanabilmesi için gerekli ve yeterli bir koşuldur. Bununla beraber; hükmün uygulanabilmesi için söz konusu haksız hareket; “hakaret suçuna” ya da “kasten yaralama suçuna” ilişkin olmamalıdır. Zira haksız hareketin “kasten yaralama suçunu” oluşturduğu durumlarda TCK m. 129/2, “hakaret suçunu” oluşturduğu durumlarda ise TCK m. 129/3 hükmü uygulama alanı bulacaktır.

TCK m. 129/1 hükmü; genel hükümlerde ifadesini bulan haksız tahrik kurumunun hakaret suçuna ilişkin özel bir düzenlemesi niteliğindedir.¹⁸⁷ bu sebeple TCK m. 129/1 hükmünün söz konusu olduğu hallerde CMK m. 171/1 hükmü uygulama alanı bulmayacaktır.

¹⁸⁶ HAFIZOĞULLARI: Şerefe Karşı, s. 9

¹⁸⁷ TOROSLU: Ceza Özel, s. 120, ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA: s. 466

G. Hakaret Suçunun Kasten Yaralama Suçuna Tepki Olarak İşlenmesi
Hâline İlişkin Düzenleme (TCK m. 129/2)

TCK m. 129/2 uyarınca; hakaret suçunun; kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi halinde, kişiye ceza verilmeyeceği öngörülmüştür. Söz konusu hüküm; 765 s.k m. 485’de yer alan; ““şahsı hakkında şiddet kullanılmasından dolayı hakaret eden kimsenin hareketi cezayı müstelzim değildir.” hükmünün karşılığıdır.

Kanun hükmünü genişletici yorumla genişletmek mümkün olmadığından; maddenin uygulama alanı sadece kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenen hakaret suçuna ilişkindir.¹⁸⁸ Bu anlamda; örneğin hakaret suçunun faili, hakaret suçunu, kendisine karşı işlenen taksirle yaralama suçuna tepki olarak gerçekleştirdiği takdirde TCK m. 129/2 hükmünden değil, ancak genel nitelikli haksız tahrik hükmünden (TCK m. 29/2) istifade edebilecektir.¹⁸⁹ Doktrinde söz konusu hükmün bir hukuka uygunluk nedeni¹⁹⁰; ya da duruma göre meşru savunma ya da özel haksız tahrik hükmü olarak nitelenebileceğine ilişkin görüşler¹⁹¹ mevcuttur. Ancak her iki durum da, CMK m. 171/1 hükmünün uygulama alanına girmediğinden; TCK m. 129/2 hükmünün uygulamasının söz konusu olduğu hallerde Cumhuriyet Savcısı; CMK m. 171/1 uyarınca kendisine tanınmış olan kamu davası açma hususunda takdir yetkisini kullanamaz.

¹⁸⁸ **HAFIZOĞULLARI:** Şerefe Karşı s. 10

¹⁸⁹ **TEZCAN/ERDEM7ÖNOK:** s. 471. **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT:** Kişilere karşı s. 250

¹⁹⁰ **ERMAN:** Hakaret ve Sövme Suçları, s. 221

¹⁹¹ **TOROSLU:** Ceza Özel, s. 120

H. Hakaret Suçunun Karşılıklı Olarak İşlenmesi Hâline İlişkin Düzenleme (TCK m. 129/3)

Türk Ceza Kanunu'nun 129/3. maddesi uyarınca, 765 sayılı TCK'nın 485/2. maddesindeki düzenlemeye paralel bir hüküm getirilerek; hakaret suçunun karşılıklı olarak işlenmesi hâlinde, olayın mahiyetine göre, taraflardan her ikisi veya biri hakkında verilecek cezada indirim gitmek ya da cezada indirim yapmak hususunda mahkeme makamına takdir yetkisi tanınmıştır.

Doktrinde karşılıklı tahkir olarak ifade olunan kurumun hukuki niteliğine ilişkin olarak farklı görüşler mevcut olmakla beraber¹⁹²; bizim de katıldığımız görüş uyarınca söz konusu hüküm, hakaret suçuna özgü, kusurluluğu kaldıran ya da azaltan bir nedendir.¹⁹³ Bu sebeple söz konusu hükmün söz konusu olduğu haller; CMK m. 171/1 uyarınca Cumhuriyet Savcısına kamu davası açma hususunda tanınan takdir yetkisinin kullanılabilmesi durumlarından değildir. .

¹⁹² Ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZEN M:** “*Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Tahrik Halleri*”, A.Ü.H.F.D, C. 51, S. 3 2002, s. 36

¹⁹³ **HAFIZOĞULLARI:** Türk Ceza Hukukunda Şerefe Karşı Suçlar s. 9

İ. Hırsızlık Suçunda Malın Değerinin Az Olması Haline İlişkin Düzenleme (TCK m. 145)

Türk Ceza Kanunu'nun 145. maddesinde; hırsızlık suçu bakımından suç konusu malın değer azlığına bağlı olarak bir nispi cezasızlık nedeni ihdas edilmiştir. TCK m. 145'de öngörülen düzenleme uyarınca; mahkeme makamı; hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapabileceği gibi, suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak, ceza vermekten de vazgeçebilir. 29.06.2005 gün ve 5377 sayılı Yasanın 16. Maddesi ile yapılan değişiklik öncesi söz konusu hüküm; *“hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir”* şeklindeydi.

TCK m. 145 uyarınca cezada indirim yapılabilmesi ya da faile verilecek olan cezadan vazgeçilebilmesi için aranan *“malın değerinin azlığı kavramı”*'nda ifade olunan *“değer”*; malvarlığına karşı işlenen suçlar bakımından suçun konusunun ekonomik değerini ifade etmekte, bu anlamda da suçun maddi konusunun değerinin azlığı, onun parasal değerinin azlığı anlamına gelmektedir.¹⁹⁴ Malın değerinin -ve böylelikle malın değerinin az ya da çok olduğunun- belirlenmesi -zarar görenin durumundan bağımsız olarak objektif bir biçimde olmak kaydıyla- hâkimin takdiri ile belirlenir.¹⁹⁵ Doktrinde hâkime tanınan bu takdir hakkının keyfiliğe yol açmaması genel kabul gören Yargıtay içtihatları ile sağlanması gerektiği ifade edilmiştir.¹⁹⁶

¹⁹⁴ **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN:** “HIRSIZLIK”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, Y. 2008, S. 1-2, s. 785

¹⁹⁵ **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK:** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin, Ankara,2008 s. 542

Yargıtay 6. Ceza Dairesinin malın değerinin azlığının belirlenmesi hususunda vermiş olduğu kararlarda, “5237 sayılı TCK’nın 145. maddesindeki "malın değerinin azlığı" kavramı ile, 765 sayılı TCK’nın 522. maddesindeki "hafif" ve "pek hafif" ölçütleri arasında, her iki maddenin de cezadan indirim sağlaması dışında benzerliği bulunmadığını, "*değerin azlığı*"nın 5237 sayılı Yasaya özgü, ayrı ve yeni bir kavram olduğunu belirtmiştir.¹⁹⁷ Bu doğrultuda, malın değerinin azlığı kavramının; “daha çoğunu alabilme olanağı varken, yalnızca gereksinmesi kadar (örneğin; birkaç meyve veya ekmek, yiyecek, bir-iki defter, kalem veya sigara, bira ve benzeri) ve değer olarak da az olan şeyi alma durumunda söz konusu olabileceği ifade edilmiştir.¹⁹⁸

Hırsızlık suçunun konusu olan malın değerinin azlığı nedeniyle cezada indirim yapma yetkisine sahip olan mahkeme makamı, malın değerinin azlığını tespit ettiği takdirde suçun işleniş şekli ve özelliklerini göz önünde bulundurarak ceza vermekten vazgeçme yetkisini de haiz kılınmıştır. Malın değerinin az olması, hem

¹⁹⁶ **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN:** “HIRSIZLIK”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, Y. 2008, S. 1-2, s. 785

¹⁹⁷ YARGITAY 6. CD. E. 2005/10859 K. 2005/8191 T. 26.9.2005, E. 2005/10859 K. 2005/8191 T. 26.9.2005, E. 2005/18488 K. 2006/7279 T. 5.7.2006, E. 2005/15962 K. 2007/13432 T. 3.12.2007, E. 2005/11830 K. 2005/11172 T. 1.12.2005, E. 2006/340 K. 2007/10488 T. 23.10.2007, www.kazanci.com

¹⁹⁸ YARGITAY 6. CD. E. 2005/10859 K. 2005/8191 T. 26.9.2005, E. 2005/10859 K. 2005/8191 T. 26.9.2005, E. 2005/18488 K. 2006/7279 T. 5.7.2006, E. 2005/15962 K. 2007/13432 T. 3.12.2007, E. 2005/11830 K. 2005/11172 T. 1.12.2005, E. 2006/340 K. 2007/10488 T. 23.10.2007, www.kazanci.com

cezada indirim yapılması hem de cezadan vazgeçilmesi için bulunması gereken bir unsurdur. Yargıtay Ceza Genel Kuruluna göre de; TCK 145. maddenin uygulanmasındaki en önemli kriter değer ölçüsüdür ve faile ceza verilmesinden vazgeçilebilmesi için bu değer "ceza vermeme" halini de haklı saydıracak düzeyde az olması gereklidir.¹⁹⁹

Öte yandan, 5377 sayılı kanununun 16. maddesi ile yapılan değişiklik sonrasında, hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı durumunda, mahkeme makamının fail hakkında ceza vermektan vazgeçebilmesi için suçun işleniş şekli ve özelliklerinin de göz önünde bulundurması, bir şart olarak öngörölmüştür. Madde lafzında ifade olunan suçun işleniş şekli ve özellikleri kavramından ne anlaşılması gerektiği belirli değildir. Doktrinde, suçun işleniş şekli ve özellikleri kavramdan ne anlaşılması gerektiği belirlenirken, TCK m. 61/1'de öngörölen temel cezayı belirlemeye mahsus ölçütlerden ziyade, basit hırsızlık, nitelikli hırsızlık, suçun hafifletilmiş şekilleri veya şikâyete tabi kılınmış olup olmaması gibi hırsızlık suçuna ilişkin kimi özelliklerin göz önünde tutulması gerektiği ifade edilmektedir²⁰⁰. Bununla beraber Yargıtay kararlarında; maddenin uygulanıp uygulanmaması ve özellikle ceza verilmeme haliyle ilgili seçeneğin, eylemin failine uygun düşüp düşmeyeceği belirlenirken; olayın özelliği, mağdurun konumu, failin kişiliği,

¹⁹⁹ YCGK: E. 2009/6-242 K. 2009/291 T. 15.12.2009, www.kazanci.com

²⁰⁰ **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN:** "HIRSIZLIK", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, Y. 2008, S. 1-2, s. 786

meydana gelen haksızlığa faili iten etkenler ve bu haksızlığın mağdur üzerindeki etkilerinin de göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmektedir.²⁰¹

Doktrinde kimi yazarlar tarafından cezalandırılabilme şartı²⁰², kimi yazarlar tarafından cezasızlık nedeni²⁰³ olarak nitelendirilen TCK m. 145; şahsi cezasızlık nedeni ya da etkin pişmanlık nedeni niteliği taşımadığından, TCK m. 145'in söz konusu olduğu hallerde CMK m. 171/1'in uygulanabilmesi mümkün değildir.

J. Hırsızlık Suçuna İlişkin Zorunluluk Hali (TCK m. 147)

Türk Ceza Kanununun zorunluluk hali başlığını taşıyan 147. maddesinde öngörülen düzenleme uyarınca, *“Hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi hâlinde, olayın özelliğine göre, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.”* TCK m. 147 hükmünün söz konusu olduğu hallerde, failden içinde bulunduğu koşullar dâhilinde gerçekleştirmiş olduğu davranıştan başka türlü bir davranışta bulunması insani olarak kendisinden istenememekte, bu sebeple davranışı kınanabilir kabul edilememekte ve kusursuz ya da az kusurlu sayılmaktadır.²⁰⁴ Bununla beraber söz konusu düzenlemenin; genel

²⁰¹ **YCGK:** E. 2009/6-242 K. 2009/291 t. 15.12.2009, YCGK E. 2007/2-267 K. 2007/271 T. 11.12.2007, www.kazanci.com

²⁰² **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN:** a.g.e s. 785 vd.

²⁰³ **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK:** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku,, Seçkin, Ankara, 2008, s. 542 vd. ,

²⁰⁴ **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN:** Hırsızlık s. 781

hükümlerde düzenlenen zorunluluk haliyle karıştırılmaması adına; 147. maddesi hükmüne ‘zaruret haline ulaşmayan’ hükmünün eklenmesi gerektiği ifade edilmektedir.²⁰⁵

HAFIZOĞULLARI; TCK m. 92 hükmünü TCK m. 25/2’de öngörülen zorunluluk halinin değil, TCK m. 28 hükmünde düzenlenen istenemezlik halinin özel bir düzenlemesi olarak nitelemektedir.²⁰⁶ Bu anlamda; TCK m. 25/2 hükmü ile TCK m. 147 hükmü arasında genellik özellik ilişkisi olmadığı için, her iki hüküm de hırsızlık suçu bakımından uygulama imkânı bulabilecektir.²⁰⁷ TCK m. 147 hükmü; cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükmü ya da şahsi cezasızlık sebebi niteliği taşımadığından CMK m. 171/1 hükmünün kapsamında değerlendirilemeyecektir.

K. İmar Kirliliğine Neden Olma Suçuna İlişkin Düzenleme (TCK m. 184)

TCK m. 184/1 uyarınca Yapı ruhsatı alınmadan veya ruhsata aykırı olarak bina yapmak veya yaptırmak, TCK m. 184/2 uyarınca ise Yapı ruhsatı olmadan başlatılan inşaatlar dolayısıyla kurulan şantiyelere elektrik, su veya telefon bağlantısı yapılmasına müsaade etmek suç olarak düzenlenmiştir. TCK m. 184/5 hükmü

²⁰⁵ HAFIZOĞULLARI: Malvarlığına Karşı Suçların Ortak Genel Yapısı, www.zekihafizogullari.com s. 17

²⁰⁶ HAFIZOĞULLARI: İstenemezlik, s. 31

²⁰⁷ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN: Hırsızlık s. 781

uyarınca ise; kişinin, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak yaptığı veya yaptırdığı binayı imar plânına ve ruhsatına uygun hale getirmesi halinde, bir ve ikinci fıkra hükümleri gereğince kamu davası açılmaz, açılmış olan kamu davası düşer, mahkûm olunan ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkacağı öngörülmüştür. Söz konusu madde hükmü doktrinde bir etkin pişmanlık hükmü olarak ifade olursa da; maddenin lafzında da açıkça belirtildiği üzere binanın imar plânına ve ruhsatına uygun hale getirilmesi eylemi kovuşturma evresinde gerçekleştirildiği takdirde ceza davasının düşmesi sonucunu doğurur. Bu niteliği itibariyle TCK m. 184/5 hükmü; münhasıran TCK m. 184 hükmü için öngörülen bir düşme sebebidir. Ayrıca; binanın imar plânına ve ruhsatına uygun hale getirilmesi, diğer etkin pişmanlık hükümlerinden farklı olarak cezaya hükmedilmesinden sonra da sonuç doğurarak, mahkûm olunan cezanın bütün sonuçlarıyla ortadan kalkmasını sağlar. Bununla beraber; binanın imar plânına ve ruhsatına uygun hale getirilmesi soruşturma evresinde gerçekleştirildiği takdirde dava açılmasını engellemektedir. Diğer bir ifadeyle; TCK m. 184/1 ve TCK m. 184/2 hükmü uyarınca ceza davası açılabilmesi için; “binanın imar plânına ve ruhsatına uygun hale getirilmemesi” gereklidir. Bu anlamda kanaatimizce, TCK m. 184/5 hükmü; soruşturma evresinde gerçekleştirilmesi halinde dava açılmasını engelleyen bir muhakeme şartı; kovuşturma evresi sırasında gerçekleşmesi halinde davanın, fail hakkında bir cezaya hükmedilmesinden sonraysa cezanın düşürülmesini sağlayan bir hüküm niteliğindedir. Bu sebeple CMK m. 184/54 hükmü; kanaatimizce Cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükmü niteliğinde olmadığından CMK m. 171/1 hükmünün kapsamında mütalaa edilemez. TCK m. 184/5 hükmünün soruşturma evresinde gerçekleştirildiğinin tespit edilmesi halinde; CMK m. 171 /1 hükmü bağlamında değil; mecburilik ilkesi bağlamında, kovuşturma olanağı

bulunmadığından bahisle CMK m. 172/1 uyarınca kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmelidir.

L. Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanan ya da Bu Maddeleri Kullanmamakla Beraber Kullanmak İçin Satın Alan, Kabul Eden veya Bulunduran Kişilere İlişkin Hüküm (TCK m. 191)

Türk Ceza Kanunu'nun 191/1. maddesi uyarınca, Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak suç olarak düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında; bu suçtan dolayı açılan davada mahkeme makamına, birinci fıkraya göre hüküm vermeden önce uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında, tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine karar verebilme yetkisi tanınmıştır. Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişinin tedaviye ihtiyacı olup olmadığı tıp biliminin verilerine göre belirlenebilecek bir sorun olduğundan, mahkeme kişinin uyuşturucu madde kullanıp kullanmadığını, kullanmakta ise tedaviye ihtiyacı olup olmadığını bilirkişi marifetiyle belirlemelidir.²⁰⁸

Mülga ceza kanununda uyuşturucu maddeyi kullanmak için bulundurmanın yanı sıra uyuşturucu madde kullanmak da 765 s. k m. 404/2'de bir suç olarak düzenlenmişti. TCK m. 404/3 uyarınca da; uyuşturucu madde kullanan kimse hakkında herhangi bir tahkikata girişilmeden resmi makamlara başvurarak tedavi ettirilmesini isteyecek olursa, kullanma fiilinden dolayı hakkında kovuşturma yapılmayacağı öngörülmüştü.

²⁰⁸ 5560 sayılı kanun 5. madde gerekçesi,

Aynı şekilde mahkeme makamı, kullanmamakla birlikte, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında, denetimli serbestlik tedbirine karar verebilir (TCK m. 191/2).

TCK m. 191/5 uyarınca; sanık hakkında hükmedilen tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranılması halinde, sanık hakkında açılmış olan davanın düşmesine karar verilir. Aksi takdirde, davaya devam olunarak hüküm verilir.

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişiler hakkında mahkeme makamı tarafından kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmaktan dolayı cezaya hükmedildikten sonra da bu şahıslar hakkında tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine karar verilebilmesi mümkündür. Kanun koyucu, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımını tedaviye muhtaç bir olgu olarak değerlendirerek uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan bu kimselerin topluma kazandırılması amacıyla bu hükmü öngörmüştür.²⁰⁹ Ancak bunun için söz konusu şahıslar hakkında bu suç nedeniyle önceden tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine karar verilmemiş olması gerekmektedir. Söz konusu şahıslar hakkında tedavi veya denetimli serbestlik tedbirine hükmedildiği takdirde, bu şahıslar hakkında hükmolunan cezanın infazı ertelenir. (TCK m. 191/6) tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranılması halinde kişinin mahkûm olduğu ceza infaz edilmiş sayılır; aksi takdirde, derhal infaz edilir. (TCK m. 191/7)

²⁰⁹209 **ÖZDABAKOĞLU:** 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları ve İlgili Mevzuat, Adalet yayınevi, 2007 s. 195

Bu doğrultuda, TCK m. 191’de düzenlenmiş olan tedavi ve güvenlik tedbiri, kovuşturma evresinde hükmedilmesiyle kovuşturmayı durduran ve şartları gerçekleştirildiğinde davayı düşüren; hükmün verilmesinden sonra karar verildiği takdirde ise hükmün infazını erteleyen ve bu aşamada yerine getirildiği takdirde ise cezanın infaz edilmiş sayılmasını sağlayan bir niteliğe sahiptir. Bu anlamda TCK m. 191’de düzenlenen tedavi veya denetimli serbestlik tedbiri; muhakemenin akışı içinde etkisi değişkenlik arz eden ergonomik bir muhakeme engelidir.

TCK m. 191’de öngörülen tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin ihdas edilme amacı, 5560 sayılı kanunun gerekçesinde ifade edilmiştir. Buna göre; kullanmak amacıyla uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran şahısların esas itibariyle tedaviye muhtaç kişiler olduğu, bu nedenle de söz konusu şahısların öncelikle tedavi edilmesini sağlayarak söz konusu şahısların bu maddeleri tekrar kullanmaktan korunmalarını sağlamak olarak ifade edilmiştir.²¹⁰ Bununla beraber kanun koyucu, henüz uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaya başlamamış olmakla beraber, söz konusu maddeleri kullanmak amacıyla satın alan, kabul eden veya bulunduran “potansiyel kullanıcıların” da denetimli serbestliğe tabi tutulabilmelerine ve söz konusu şahısların böylelikle söz konusu maddeleri kullanmaktan alıkonulabilmelerine imkân sağlamıştır. Özet itibariyle, TCK m. 191’de öngörülen tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin amacı, uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri kullanmaya başlayan kimseleri bu alışkanlıklarından vazgeçirmek, potansiyel kullanıcıları ise gözleme tabi tutarak engelleyebilmektir.

Kanaatimizce, hükmün konuluş amacından hareketle, TCK m. 191’de düzenlenmiş olan tedavi ve güvenlik tedbirine, kovuşturma evresinin yanı sıra soruşturma

²¹⁰ 5560 sayılı kanun 5. madde gerekçesi

evresinde de karar verilebilmelidir. Tedavi veya denetimli serbestlik tedbirine karar vermek mahkeme makamı tarafından gerçekleştirilmesi gereken bir işlemdir. Özet olarak; TCK m. 191 hükmü; muhakemenin akışı içinde ortaya çıktığı ana göre etkisi değişkenlik gösteren ve soruşturma evresinde de tatbik edilmesi gereken bir muhakeme engelidir, bu sebeple CMK m. 171/1'in uygulama alanına dâhil değildir.

M. Müstehcenlik Suçuna İlişkin Düzenleme (TCK m. 226)

Türk Ceza Kanunu'nun müstehcenlik başlığını taşıyan 226. maddesinde; müstehcenlik ve çocukların bu tür zararlı yayınlara karşı korunmasına ilişkin hükümler düzenlenmiştir.²¹¹ Maddenin son fıkrasında TCK m. 226 hükümlerinin; bilimsel eserlerle; üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmayacağı öngörülmüştür. Böylelikle anayasanın 27. maddesinde düzenlenen ve anayasal statüye sahip olan bilim ve sanat hürriyetinin söz konusu olduğu hallerde müstehcenlik suçunun oluşmayacağı belirtilmiştir. Bu doğrultuda, bilim ve sanat hürriyetinin söz konusu olduğu hallerde; TCK m. 26/1 anlamında hakkın kullanılması söz konusu olduğundan; müstehcenlik suçunun varlığından söz edilemez. TCK m. 226/son hükmü; TCK m. 26/1 hükmünün özel bir düzenlemesi niteliğinde olduğundan; söz konusu hükmün uygulanması gereken durumlarda cumhuriyet Savcısının CMK m. 171/1 anlamında kamu davası açma hususunda bir takdir yetkisi söz konusu değildir.

²¹¹ TCK madde gerekçesi

**N. Evlenmenin Dinsel Törenini Yaptırma Suçuna İlişkin Düzenleme
(TCK m. 230/5)**

Türk Ceza Kanunu'nun topluma karşı suçları düzenleyen üçüncü kısmının aile düzenine karşı suçlar başlığını taşıyan 8. bölümünde yer alan 230. maddesinde Türk Ceza Kanununun birden çok evlilik, hileli evlenme, dinsel tören başlığı altında birden çok suç tipi öngörülmüştür.

TCK m. 230'un 5. ve 6. fıkralarında, evlenmenin dinsel törenini yaptırmak ve evlenmenin dinsel törenini yapmak, suç olarak düzenlenmiştir. Söz konusu suç tipi mülga ceza kanununun 237. maddesindeki düzenlemeyle benzer nitelikte olsa da, söz konusu suç tipinin düzenlenme yeri bakımından eski kanuna nispetle farklılık söz konusudur. Zira mülga kanun döneminde söz konusu suç, 5237 sayılı kanunun aksine devlet idaresine karşı suçlar arasında düzenlenmişti. Kanaatimizce, evlenme akdinin evlenme memuru önünde yapılacağına dair medeni nikâh esasının inkılâp kanunu olduğunu düzenleyen anayasanın 174. maddesinin göz önüne alındığında, dini nikâh suçu²¹² olarak adlandırılabilirdiğimiz TCK m. 230/5 ve TCK m. 230/6 hükümlerinin, aile düzenine karşı bir suç olarak nitelendirilmesi isabetli değildir.²¹³

²¹² Bkz: **NUHOĞLU**: "Aile Düzenine Karşı Suçlar", Beta, İstanbul, 2009, s. 48 vd.

²¹³ "*Kanunun 230. maddesinin gerekçesinde, "Bu fiilin suç olarak tanımlanmasıyla, aile düzeninin korunması amaçlanmıştır." denmesine rağmen, madde hükmünden, bu sonucu çıkarmak mümkün değildir. Her suç, madem bir ihlal fiilidir, zorunlu olarak suçtan zarar gören bir mağduru gerektirmektedir. Bu suç söz konusu olduğunda, suçtan doğrudan zarar gören, yani suçun mağduru, ne ailedir ne de ailenin bir ferdidir, bizzat evlenme işlemi yapan kamu idaresidir. Burada, suçla ihlal edilen, ceza ile korunan hukuki değer, evlendirme işlemi yapan kamu idaresinin aldatılmaması, dolayısıyla çok eşle evlilik yapılmasının önlenmesi konusundaki kamusal yararadır, çünkü Türk hukuk düzeninde tek eşle, hukukun öngördüğü biçimde evlenme, kamu düzenine ilişkindir. Gerçekten*

TCK m. 230/5’de; aralarında evlenme olmayan şahısların, evlenmenin dinsel törenini yaptırılmaları bir suç olarak düzenlendikten sonra; söz konusu fıkranın ikinci cümlesinde; medenî nikâhın yapılması ile kamu davasının ve hükmedilen cezanın bütün sonuçlarıyla ortadan kalkacağı öngörülmüştür. Söz konusu hüküm cezayı ve davayı düşüren bir sebep olup²¹⁴; imar kirliliğine neden olma suçuna ilişkin düzenlemeyle benzer niteliktedir. Diğer bir ifadeyle, medeni nikâh akdi, dinsel evlilik suçuna ilişkin olarak, gerçekleşme zamanına bağlı olarak bir düşme sebebi ya da hükmedilen cezayı ortadan kaldıran bir sebep niteliğindedir. Bu anlamda, söz konusu hükmü bir etkin pişmanlık hükmü olarak nitelemek mümkün değildir. Her ne kadar imar kirliliği suçuna ilişkin olarak öngörülen muhakeme engeli ile dini nikâh suçuna ilişkin muhakeme engeli arasında bir benzerlik söz konusu ise de, imar kirliliği suçu için öngörülen düzenlemeden farklı olarak, TCK m. 230/5’de resmi nikâh kısılması ile kamu davası açılmayacağı doğrudan belirtilmemiştir. Ancak; nasıl ki, sanığın ölümü hâlinde kamu davasının düşürülmesine karar verileceğini öngören TCK m. 64 hükmünden kıyasla, şüphelinin ölümü halinde kovuşturma olanağı bulunmadığından bahisle CMK m. 172/1 uyarınca kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmekteyse, benzer şekilde medeni nikâhın soruşturma evresinde gerçekleşmesi halinde de kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmelidir.

Anayasa tek eşle evliliği ve “medenî nikâhı” kamu düzenine ilişkin saymıştır. Kamu idaresinin aldatılmaması kamu düzenini bozar. Kamu düzeninin korunmasında, kamunun çıkarı bulunmaktadır.”

HAFIZOĞULLARI/GÜNGÖR: “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, TBB Dergisi, S. 69, 2007, s.34

²¹⁴ NUHOĞLU: “a.g.e”, s. 58

Özet olarak; CMK m. 171/1 bağlamında savcının sahip olduğu takdir yetkisinin, TCK m. 230/5 hükmünün söz konusu olduğu durumlarda uygulanması mümkün değildir. Aralarında evlenme olmadan evlenmenin dinsel törenini yaptıran şahıslar hakkında CMK m. 230/5 bağlamında soruşturma yürütülürken, şüpheliler arasında resmi nikâh akdedildiği takdirde, kovuşturma olanağı bulunmadığından bahisle CMK m. 172/1 bağlamında kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmelidir.²¹⁵

O. Genital Muayene Suçuna İlişkin Düzenleme (TCK m. 287/2)

Türk Ceza Kanununun 287/1. maddesi uyarınca yetkili hâkim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye göndermek veya bu muayeneyi yapmak bir suç olarak düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise; Bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla kanun ve tüzüklerde öngörülen hükümlere uygun olarak yapılan muayeneler açısından TCK m. 287/1 hükmünün uygulanmayacağı öngörülmüştür. Genital muayeneye ilişkin düzenleme ihtiva eden tüzükler; 21.09.1931 tarihli 1904 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Evlenme Muayenesi Hakkında Nizamname ile 19.04.1961 tarihli ve 10789 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Genel Kadınların ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğüdür. TCK m. 287/2 hükmünde; tüzükten de bahsedilmiş olması da göz önüne alınarak söz konusu

²¹⁵ Bkz aynı görüşte: **NUHOĞLU**: “TCK’nun 230/5. Fıkrasında ceza ve davayı düşüren bir sebep kabul edilmiştir. ... dini nikah suçundan dolayı henüz kovuşturma aşamasına geçilmemiş, soruşturma aşamasında resmi nikah kıyılmış ise, bu halde Cumhuriyet savcılığınca kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi gerekmektedir.” “a.g.e”, s. 58

düzenlemenin hukuka aykırılığı ortadan kaldıran özel neden olarak kabul edilmektedir.²¹⁶

P. Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçuna İlişkin Düzenleme (TCK m. 301/3)

Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ve Devletin yargı organlarını (TCK m. 301/1) ve devletin askerî veya emniyet teşkilatını (TCK m. 301/2) alenen aşağılamak suç olarak düzenlenmiştir.

Maddenin üçüncü fıkrasında ise; eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamalarının suç oluşturmayacağı ifade edilmiştir. Söz konusu hüküm ile anayasanın 26. maddesinde düzenlenmiş olan düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetine atıf yapılmak suretiyle; TCK m. 26/1 hükmüyle düzenlenen bir hukuka uygunluk nedeni olan hakkın kullanılması kurumunun özel bir düzenlemesine yer verilmiştir. Bu anlamda; kaynağını anayasada güvence altına alınan düşünce hürriyetinden alan eleştiri hakkının²¹⁷ kullanıldığı hallerde; CMK m. 171/1 hükmü kapsamında Cumhuriyet Savcısının kamu davası açma hususunda takdir yetkisine sahip olduğu haller kapsamında mütalaa edilemeyecektir.

²¹⁶ **DÜLGER:** DÜLGER, İbrahim, Tıp Ceza Hukukunda Genital Muayene, V. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu “Tıp Hukukunun Güncel Sorunları”, Ankara 2008, s. 1275

²¹⁷ **ARTUK:** Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu (5237 sayılı TCK m. 301), TBB Dergisi, S. 70, 2007, s. 237

Q. Düşmanla İşbirliği Yapmak Suçuna İlişkin Düzenleme (TCK m. 303/4)

Türk Ceza Kanunu'nun 303. Maddesinde; Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile savaş halinde olan devletin ordusunda hizmet kabul etmek, düşman devletin yanında Türkiye Cumhuriyeti Devletine karşı silahlı mücadeleye girmek (TCK m. 303/1), Düşman devlet ordusunda herhangi bir komuta görevi üstlenmek (TCK m. 303/2) suç olarak düzenlenmiştir.

Maddenin son fıkrasında ise; savaş zamanında düşman devlet toprağında bulunup da bu devlet ordusunda hizmete alınmak mecburiyetinde kalan vatandaş hakkında, bu nedenle cezaya hükmolunmayacağı öngörülmüştür. Bilindiği gibi; failin gerçekleştirmiş olduğu davranıştan başka türlü bir davranışta bulunması ihtimalini ortadan kaldıran nedenlere kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler denir.²¹⁸ Söz konusu hüküm; kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olan “zor kullanma” TCK m. 303’de düzenlenmiş olan suça ilişkin özel bir düzenleme niteliğindedir. bu anlamda CMK m. 171/1 hükmünün uygulanması söz konusu maddeye ilişkin olarak uygulama alanı bulamayacaktır.

²¹⁸ ALCAKAPTAN: s. 168

**R. Yabancı Devlet Aleyhine Asker Toplama Suçuna İlişkin Düzenleme
(TCK m. 306/6)**

Türk Ceza Kanununun 306/1. maddesinde; Türkiye Devletini savaş tehlikesi ile karşı karşıya bırakacak şekilde, yetkisiz olarak, yabancı bir devlete karşı asker toplamak veya diğer hasmane hareketlerde bulunmak bir suç olarak düzenlenmiştir. İkinci ilâ dördüncü fıkralarda, asker toplama veya hasmane hareketlerde bulunma fiillerinin meydana getirebilecekleri neticelere göre faillere ayrı ayrı cezalar verileceği belirtilmiştir.²¹⁹ TCK m. 306'nın son fıkrasına göreyse; bu madde hükümleri, fiili savaş hâlinde ülke topraklarının tamamını veya bir kısmını işgal eden yabancı devlet kuvvetlerine karşı meşru müdafaa amaçlı direniş hareketleri hakkında uygulanmayacağı belirtilmiştir. Söz konusu hüküm ile millî direniş hareketlerinin hukuka uygun olduğu, kanun metniyle vurgulanarak²²⁰ söz konusu durumlarda fiilin suç oluşturmayacağı belirtilmektedir. Bu anlamda söz konusu hüküm; Cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren bir koşul ya da şahsî cezasızlık sebebi niteliğinde olmadığından CM Km. 171/1 hükmünün uygulaması söz konusu olmayacaktır.

²¹⁹ TCK madde gerekçesi

²²⁰ TCK madde gerekçesi

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

CMK m. 171/1 HÜKMÜNÜN UYGULAMA ALANININ KAPSAMI, SINIRLARI VE CMK m. 171/1 UYARINCA VERİLEN KOVUŞTURMAYA YER OLMADIĞI KARARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

I. CMK m. 171/1 HÜKMÜNÜN UYGULAMA ALANI

1. CEZAYI KALDIRAN ŞAHSİ SEBEP OLARAK ETKİN PİŞMANLIK HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASINI GEREKTİREN KOŞULLAR YA DA ŞAHSİ CEZASIZLIK SEBEPLERİ BAKIMINDAN

Bilindiği üzere CMK m. 171/1 hükmü uyarınca Cumhuriyet savcısının kamu davası açma hususunda takdir yetkisine sahip olduğu haller; cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin var olduğu hallere özgüdür. Ancak kanun koyucu, CMK m. 171/1 hükmünün kapsamına ilişkin bu belirlemeyi yaparken çalışmamızın ikinci bölümünde ifade ettiğimiz mutlak ve nispi şahsi cezasızlık sebepleri ve etkin pişmanlık hükümleri arasındaki ayrım bağlamında bir değerlendirmede bulunmamıştır.

Oysa ki çalışmamızın ikinci bölümünde yapmış olduğumuz tasnif uyarınca CMK m. 171/1 hükmünün uygulama alanına ilişkin üç olasılık söz konusudur.

Bunlar:

1. Sadece mutlak nitelikteki şahsi cezasızlık sebepleri ve cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların var olduğu haller.
2. Sadece nispi nitelikteki şahsi cezasızlık sebepleri ve cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların var olduğu haller.
3. Hem mutlak hem de nispi nitelikteki şahsi cezasızlık sebepleri ve cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların var olduğu hallerdir.

Doktrinde CMK m. 171/1 hükmünün kapsamına ilişkin olarak mutlak ve şahsi cezasızlık sebepleri olarak adlandırdığımız hususlara ilişkin doğrudan bir nitelendirmede bulunulmamıştır. Bunun yerine genellikle CMK m. 171/1 hükmünün uygulama alanına giren TCK hükümlerinin belirtilmesiyle yetinilmiştir. Çalışmamızın bu bölümünde öncelikle CMK m. 171/1 hükmünün uygulama alanına ilişkin olarak doktrinde yer verilen dolaylı ifadeleri, bahsettiğimiz l ayırım uyarınca derecelendireceğiz. Ardından, CMK m. 171/1 hükmünün uygulama alanına ilişkin fikirlerimizi gerekçeleriyle ifade etmeye çalışacağız.

SOYASLAN; fiilin suç teşkil etmesine karşın TCK m. 167 örneğinde olduğu gibi bir şahsi cezasızlık sebebinin söz konusu olması nedeniyle²²¹ veya TCK m. 221/1 gibi etkin pişmanlık hallerinin söz konusu olduğu hallerde²²² failin cezalandırılmasının mümkün olmadığı hallerde fail hakkında takipsizlik kararı verilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU ise; TCK m. 93, TCK m. 184/2, TCK m. 192, TCK m. 201, TCK m. 254, TCK m. 274 hükümlerini CMK m. 171/1 kapsamında değerlendirerek; CMK m. 171/1'in uygulama alanını mutlak etkin pişmanlık ve mutlak şahsi cezasızlık sebepleriyle sınırlamaktadır.²²³ YENİDÜNYA da; CMK m. 171/1 hükmünün uygulama alanına ilişkin olarak; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU ile aynı örnekleri ifade etmektedir.²²⁴

YURTCAN ise CMK m. 171/1 hükmü uyarınca Cumhuriyet Savcısının kamu dava açmayabileceği hallerin tam cezasızlık halleri ile sınırlı olduğunu ifade etmekle beraber,²²⁵ TCK m. 167 örneğinde olduğu gibi failin bir cezasızlık nedeninden yararlandığı halleri, kamu yararının eksikliğinin saptanması olarak ifade ettiği²²⁶ hallerden ayrı olarak değerlendirmektedir.²²⁷

²²¹ SOYASLAN: s. 348,351

²²² SOYASLAN: s. 351

²²³ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU: s. 1163

²²⁴ YENİDÜNYA: 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Kamu Davasının Açılması, İddianamenin Unsurları ve İadesi, <http://www.e-akademi.org>

²²⁵ YURTCAN: s. 58,388

²²⁶ YURTCAN: s. 400

FEYZİOĞLU ise konuyu; esas itibariyle idare hukukuna ait bir kavram olan bağlı yetki ve takdir yetkisi ayrımı bağlamında bir yaklaşımda bulunarak tahlil etmektedir. Bilindiği gibi; “İdarenin bir yetkiyi mutlaka kullanması gereken hallerde "bağlı yetki" den, kullanıp kullanmamak veya kullanışın bazı gereklerini bizzat tâyin etmekte serbest bırakıldığı hallerde de "takdir yetkisi" nden söz edilir.”²²⁸ Bağlı yetki (sınırlı yetki); takdir yetkisinin zıddı olup, işlemin unsurların hukuk kuralları tarafından tayin edildiği ve idareye bu noktada bir tercih hakkı tanınmadığı durumlarda söz konusu olan bir yetkidir.²²⁹ Bağlı yetkinin söz konusu olduğu hallerde idarenin hiçbir hareket serbesti yoktur, idare, belirli kurallar tarafından önceden belirlenmiş bir çizginin dışına çıkamaz.²³⁰ Bununla beraber; gelecekte meydana gelebilecek bütün olaylara uygulanacak olan çözüm yöntemlerinin önceden öngörülerek, birçok ihtiyacın karşılanmasıyla görevlendirilmiş olan idarenin bütün işlemlerinin kurallarla tespit edilmesi mümkün olmadığından, aynı zamanda her durumda aynı çözüm yolunun uygulanması iyi netice vermeyebileceğinden idareye belirli ölçülerde hareket serbestîsi tanınmıştır.²³¹

²²⁷ YURTCAN: s. 399 vd.

²²⁸ ÖZYÖRÜK. İdare Hukuku Dersleri, 1972, <http://auhf.ankara.edu.tr/kitaplar/kamu-hukuku/idare-hukuku-dersleri-dr-mukbil-ozyoruk/>

²²⁹ ONAR: İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1966 C. 1 s. 426.

²³⁰ YAYLA: İdarenin Takdir Yetkisi, İHFM, C. 30 S. 1-2, s. 202

²³¹ ÇAĞLAYAN: Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi, AÜHFD, C. VII, S. 3-4 (Aralık 2003), s. 174,175

FEYZİOĞLU; CMK m. 171 hükmünün kenar başlığına ve “açmayabilir” ifadesinin ihtiyari bir yetkiyi çağrıştırmasına rağmen CMK m. 171/1 hükmüyle tanınan yetkinin bağlı yetki olduğunu, madde lafzında öngörülen hususların mevcudiyeti halinde Cumhuriyet Savcısının kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vermekle mükellef olduğunu ifade etmektedir.²³² FEYZİOĞLU’nun, Cumhuriyet Savcısının bağlı yetki uyarınca kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vermekle mükellef olduğunu belirttiği durumlar, çalışmamızda mutlak şahsi cezasızlık sebepleri ve mutlak etkin pişmanlık hükümleri olarak ifade ettiğimiz kategori içinde yer alan hükümlerin soruşturma konusu olayda mevcut olduğu durumlardır. FEYZİOĞLU bu hususu; “*kanunun mahkemeye hiç ceza vermemek veya indirimli de olsa cezaya hükmetmek konusunda bir takdir yetkisi tanımaksızın cezaya hükmedilmeyeceğini emrettiği haller*” olarak ifade etmekte ve bunları TCK m. 167/1 ve TCK m. 141/1 hükmü ile örnelemektedir.²³³

FEYZİOĞLU; kanunun etkin pişmanlık veya şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde mahkemeye, sanık hakkında hiç ceza vermemek ile indirimli de olsa cezaya hükmetmek hususunda takdir yetkisi tanıdığı hallerde, aynı takdir yetkisinin Cumhuriyet Savcısına da tanındığının kabul edilmesi gerektiğini, Cumhuriyet Savcısının bu durumlara ilişkin olarak kamu davası açma hususunda takdir yetkisine sahip olduğunu ifade etmektedir.²³⁴ FEYZİOĞLU’nun işaret ettiği bu durum;

²³² FEYZİOĞLU: Bazı Tespit ve Değerlendirmeler, TBB Dergisi, S. 62, Y. 2006, s. 41,42

²³³ FEYZİOĞLU: s. 42,43

²³⁴ FEYZİOĞLU: s. 42

çalışmamızda nispi şahsi cezasızlık sebebi ve etkin pişmanlık hükmü olarak tanımladığımız hükümlere tekabül etmektedir.

Kanaatimizce CMK m. 171/1 uyarınca Cumhuriyet savcısına kamu davası açma hususunda tanınan takdir yetkisinin kapsamı; nispi şahsi cezasızlık sebebi ya da ceza verilmesini kaldırma hususunda nispi nitelikte olan etkin pişmanlık hükümlerinin söz konusu olduğu hallere ilişkindir. Bu kanaatimize dolaylı olarak işaret eden hükümler ise TCK m. 167/1 ve CMK m. 170/6 ve CMK m. 174/1-(a) hükmüdür.

Bilindiği üzere; Her suçun takip edilmesinde toplumsal bir yarar vardır.²³⁵ Ancak suçun hukuki konusunun bireylere ait menfaat olduğu kimi durumlarda devletin yanı sıra işlenen suçla özel bir menfaati zarara veya tehlikeye uğrayan kişilerin de suçun mağduru olabilmesi mümkündür.²³⁶ Bu özelliğe sahip kimi suçlar bakımından kovuşturmaya girişilmesi, suçun mağduru bakımından daha başka zararların doğmasına sebebiyet verebilecek niteliktedir. Diğer bir ifadeyle, kimi suçlar bakımından muhakeme faaliyetine girişildiği takdirde, suçtan zarar gören kişi; suçtan gördüğü zarara ek olarak bir de dava açılmasından ötürü zarar görecektir. Kuşkusuz, bu kimselerin suçun işlenmesinden ötürü gördükleri zarara ek bir zarara uğramamalarında da toplumsal bir fayda vardır. Bu bakımdan; suçtan zarar görenin davanın açılmasıyla zarara uğramamasındaki toplumsal faydanın, suçlunun

²³⁵ GÜNGÖR: 5237 ve 5271 Sayılı Kanunlar Işığında Şikâyet Kurumu, 2009, Ankara, Yetkin, s. 25

²³⁶ GÜNGÖR: Şikâyet, s. 24

cezalandırılmasındaki toplumsal yarardan üstün olduğu durumlarda, kimi suçların takibinin şikâyete bağlanması yoluna gidilmiştir.²³⁷

Bu bağlamda kanun koyucu; TCK m. 167/2 uyarınca, bir takım akrabalık veya evlilik ilişkisine sahip kimseler arasında işlenen yağma ve nitelikli yağma dışında kalan malvarlığına karşı suçların soruşturulmasını ve kovuşturulmasını şikâyet şartına bağlamış, şikâyet halinde ise cezanın yarı oranında indirilmesini öngörmüştür. TCK m. 167/2’de belirtilen akrabalık veya evlilik ilişkisi; haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi hâline ilişkindir. Diğer bir ifadeyle madde hükmünde sayılan kimseler tarafından bir şikâyette bulunulmaması durumunda fail hakkında cezai takibat yapılamayacaktır.

TCK m. 167/1 hükmünde ise, aralarında TCK m. 167/2 hükmüne nispeten daha sıkı bir akrabalık veya evlilik ilişkisi bulunan kimseler arasında işlenen suçlar bakımından bir şahsi cezasızlık sebebi öngörülmüştür. TCK m. 167/1 hükmünün TCK m. 167/2 hükmünden farkları, TCK m. 167/1 hükmünün cezada indirim değil, cezasızlık sebebi ihtiva etmesi, bunun yanı sıra TCK m. 167/1 hükmünün şikâyet şartına tabi tutulmamasıdır. Hal böyleyken; TCK m. 167/1 hükmünün CMK m. 171/1 hükmünün kapsamına girdiğini savunan görüş, Cumhuriyet Savcısının dava açmama hususunda bir takdir yetkisine sahip olduğunu iddia ederken, bir yandan da bu iddianın mefhum-ı muhalifinden hareketle, Cumhuriyet Savcısının söz konusu

²³⁷ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU: s. 98

duruma ilişkin olarak dava açma yönünde bir takdir yetkisine sahip olduğunu iddia etmek durumundadır.

Diğer bir ifadeyle; bu görüşe göre, aralarındaki evlilik ya da akrabalık ilişkisi TCK m. 167/2 kapsamına giren kimseler arasında işlenen suçların ancak şikâyet şartının gerçekleşmesine bağlı olarak kovuşturulabilir. Ancak; TCK m.167/2 hükmüne nispeten suçun mağduru ile aralarında daha sıkı bir akrabalık veya evlilik ilişkisi bulunan ve haklarında cezasızlık sebebi öngörülen kimseler hakkında ise şikâyet şartı aranmaksızın salt Cumhuriyet savcısının takdirine göre ceza davası açılabilir. Kanaatimizce; bu somut durum karşısında, CMK m. 167/1 ve benzer nitelikteki diğer kurumların CMK m. 171/1 kapsamında değerlendirilmesi, hukuk biliminden ziyade öncelikle mantık biliminin temel ilkelerine aykırılık teşkil eder niteliktedir.

Diğer taraftan; CMK m. 170/6 hükmü uyarınca ise; iddianamenin sonuç kısmında, işlenen suç dolayısıyla ilgili kanunda öngörülen ceza ve güvenlik tedbirlerinden hangilerine hükmedilmesinin istendiği açıkça belirtilmelidir. Bu hüküm karşısında, söz gelimi TCK 167/1 hükmünün uygulama alanına giren bir olay söz konusu olduğunda Cumhuriyet Savcısının kamu davası açma hususunda bir takdir yetkisine sahip olduğu savunulamaz. Zira TCK m. 167/1'in lafzında da açıkça belirtildiği üzere, hükümde sayılan suç tipleri ve akrabalık veya evlilik ilişkisinin söz konusu olduğu hallerde faile ceza verilmemesi emredilmiştir. Hal böyleyken; TCK m. 167/1'in uygulama kapsamına giren bir olayda dava açma lüzumu gören Cumhuriyet Savcısı, soruşturma konusu olaya ilişkin olarak iddianame düzenlemek

istediği takdirde CMK m. 170/6 hükmünün gereğini yerine getiremeyecektir. Bu durum ise; CMK'nın 170. maddesine aykırı olarak düzenlenen iddianamelerin Cumhuriyet Başsavcılığına iadesini emreden CMK m. 174/1-(a) uyarınca iddianamenin iadesi nedeni teşkil etmektedir.

Özet olarak; CMK m. 171/1 hükmünün uygulama alanı sadece nispi şahsi cezasızlık sebebi ya da etkin pişmanlık hüküm olarak tanımlandırđımız hususlarla sınırlı olarak uygulama alanı bulabilir. Mutlak nitelikte şahsi cezasızlık sebebi veya etkin pişmanlık hükümlerinin söz konusu olduğu hallerde, Cumhuriyet savcısı CMK m. 171/1 uyarınca bir takdir yetkisi kullanarak değil, CMK m. 172/1 uyarınca bağlı yetkiye tabi olarak kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vermelidir.

Durum bu olmakla beraber, mutlak nitelikte etkin pişmanlık hükmü ya da şahsi cezasızlık sebebi ihtiva eden suçlara ilişkin olarak yürütölen soruşturmalar neticesinde Cumhuriyet savcısı tarafından CMK m. 172/1 uyarınca kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmesi ile bir takım olumsuz sonuçların da ortaya çıkacağı açıktır. Ancak öncelikle belirtmek isteriz ki, bahsetmiş olduğumuz olumsuz sonuçların doğması, şahsi cezasızlık sebeplerinin ya da etkin pişmanlık hükümlerinin varlığı halinde kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmesinden değil, söz konusu hükümlerin cezasızlık niteliği taşımalarından kaynaklanmaktadır. Diğer bir ifadeyle; Söz konusu hallerde kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmesi, bahsini edeceğimiz olumsuz sonuçların doğum sebebi değil, söz konusu olumsuz sonuçların dış dünyaya yansımısını sağlayan işlemdir.

Çalışmamızın önceki kısımlarında da belirttiğimiz üzere, şahsi cezasızlık sebepleri ve cezasızlık sebebi niteliğindeki etkin pişmanlık hükümleriyle hukuka uygunluk nedenleri arasında failin cezalandırılmamasını sağlamak gibi ortak bir özellik olsa da diğer kurumların aksine sadece hukuka uygunluk nedenlerinin söz konusu olduğu hallerde bir suçun varlığından söz edilemez. Diğer bir ifadeyle şahsi cezasızlık sebepleri ya da cezayı kaldıran şahsi cezasızlık nedeni niteliğindeki etkin pişmanlık hükümlerinin söz konusu olduğu hallerde fiil suç olma niteliğini korurken, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde fiil hukuka uygundur, işlenen fiil suç teşkil etmez. Hukuka uygunluk nedenleri ile şahsi cezasızlık sebepleri ve cezanın kaldırılmasını sağlayan etkin pişmanlık hükümleri arasında, suçun oluşumuna etki bakımından “olmak ya da olmamak” gibi mühim bir farklılık yaratacak evsafa bir ayırım mevcutsa da, bu üç kurumun her birinin varlığı halinde de failin cezalandırılmaması, bu önemli farklılığı belirsiz kılmaktadır.

Kanaatimizce CMK m. 171/1; bu önemli farklılığı görünür kılmak bakımından işlevsel nitelikte olabilecek bir hükümdür. Bu işlevsellik, diğer bir ifadeyle hukuka uygunluk nedenlerinin şahsi cezasızlık sebepleri ve cezanın kaldırılmasını sağlayan etkin pişmanlık hükümlerinden farklılık taşıyan yönünün görünür kılınması, kanaatimizce tekerrür ve itiyat kurumları vasıtasıyla sağlanabilir. Kelime anlamı tekrarlanma olan tekerrürün²³⁸ ceza hukukundaki anlamı; hakkında yürütülen bir ceza kovuşturması neticesinde hakkında bir ceza hükmü tesis edilmiş olan kimsenin, hakkında tesis edilen bu hükmün kesinleşmesinden sonra benzer ya

²³⁸<http://www.tdk.gov.tr/TR/Genel/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAAF6AA849816B2EF4376734BED947CDE&Kelime=tekerr%C3%BCr>

da farklı nitelikte bir suçta tekrar işlemesidir.²³⁹ 5237 sayılı kanun öncesi dönemden farklı olarak, 5237 sayılı kanun döneminde tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için hükmün infaz edilmiş olması şart olmayıp, tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesi yeterli görülmüştür.²⁴⁰ TCK m. 58/6 uyarınca; Tekerrür hâlinde hükmolunan ceza, mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirileceği ve ayrıca, mükerrir hakkında cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanacağı öngörülmüştür. İtiyadi suçlu ise TCK'nın tanımlar başlığını taşıyan 6. maddesinin 5-(h) bendinde tanımlanmıştır. TCK m. 6/5-(h) bendine göre; itiyadi suçlu; kasıtlı bir suçun temel şeklini ya da daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekillerini bir yıl içinde ve farklı zamanlarda ikiden fazla işleyen kişi anlamına gelir. TCK m. 58/9 uyarınca ise, Mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin, itiyadi suçlu, suçta meslek edinen kişi veya örgüt mensubu suçlu hakkında da uygulanmasına hükmedileceği öngörülmüştür. Kanaatimizce cezasızlık sebebi ihtiva eden suçlar bakımından kovuşturma yapılamamasının temelinde yatan esas unsur, söz konusu suçların cezai müeyyideyi haiz olma kudretinden yoksun olmalarıdır. Gerçekten de, cezasızlık sebebi ihtiva eden suçlar bakımından kovuşturma yapılsa dahi, muhakeme sonucunda failin söz konusu suçta işlediği tespit edilse dahi, söz konusu suçları işleyen kimseler hakkında bir ceza hükmü tesis edilemeyecektir.

²³⁹ **YAŞAR:** Tekerrür Çeşitleri-TCK sistemi, http://www.e-akademi.org/makaleler/yyasar-2.htm#_ftnref3

²⁴⁰ **ALDEMİR:** Yeni Türk Ceza Kanunu'na göre Suçta Tekerrür, Terazi Hukuk Dergisi, Y.1 S.1 Eylül 2006 s. 56

Bu noktada tekerrür ve itiyad kurumları, cezasızlık sebebi ihtiva eden ve bu haseple cezai müeyyideyi haiz olma kudretinden yoksun olan suçları bu eksiklikten arındırarak söz konusu suçlara müeyyide kazandırıcı bir rol üstlenebilecek niteliktedirler. Bu müeyyide; failin infaz rejimini değiştirmek ve cezanın infazından sonra faile denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasını sağlamaktır. Meseleyi örnek olay bağlamında ifade etmek gerekirse; hırsızlık suçundan mahkûm olmuş bir şahsın TCK m. 58/2 hükmünde öngörülen süreler²⁴¹ çerçevesinde üst soyuna karşı bir hırsızlık suçu işlediğini varsayalım. Bu takdirde fail, TCK m. 167/1 hükmünde öngörülen cezasızlık sebebinden istifade edecek ve hakkında dava açılmadığından ve zaten hakkında dava açılrsa dahi CMK m. 223/2 hükmü uyarınca hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı yer olmadığı kararı verilecektir. Bu sebeple aslında mükerrir statüsüne dâhil olması gereken fail, mükerrir statüsüne dâhil edilemeyecektir. Şahsi cezasızlık sebebi ihtiva eden suçun daha önce işlenmesi durumunda da fail hakkında kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilecek olduğundan fail işlemiş olduğu ikinci suç dolayısıyla da mükerrir statüsüne dâhil edilemeyecektir.

²⁴¹ TCK m. 58/2: Tekerrür hükümleri, önceden işlenen suçtan dolayı;

a) Beş yıldan fazla süreyle hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren beş yıl,

b) Beş yıl veya daha az süreli hapis ya da adlî para cezasına mahkûmiyet hâlinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren üç yıl,

Geçtikten sonra işlenen suçlar dolayısıyla uygulanmaz.

Bunun yanı sıra, ilk işlenen suçun şahsi cezasızlık sebebi ihtiva eden bir suç olması durumunda, bu suçtan dolayı fail hakkında dava açılmış olsaydı dahi fail hakkında bir mahkûmiyet hükmü tesis edilemeyeceğinden TCK m. 58/2’de öngörülen süreler işleyemeyecektir.

Aynı şekilde; Adli sicil ve istatistik genel müdürlüğünün 29.12.2006 tarihli genelgesi uyarınca da ceza verilmesine yer olmadığı kararlarının adli sicile işlenmemesi gerektiği belirtilmiştir. Adı geçen genelgede, Mahkemelerce verilen “ceza vermektan vazgeçilmesine” ilişkin kararların Ceza Muhakemesi Kanununun 223 üncü maddesi gereğince hüküm olduğu, ancak; bir **mahkûmiyet hükmü olmadığı** gibi adli sicile kaydedilecek bilgiler kapsamında da bulunmadığı belirtilerek, “ceza vermektan vazgeçilmesine” ilişkin kararların adli sicile kaydedilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir.²⁴²

Özet olarak, şahsi cezasızlık sebepleri ve cezayı ortadan bir sebep olarak etkin pişmanlık hükümleri ile hukuka uygunluk nedenlerinin var olduğu durumlarda fiili işleyen şahsın cezalandırılmaması gibi ortak bir sonuç söz konusudur. Ancak ilk durumda failin cezalandırılmamasının sebebi ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmiş fiil hakkında cezasızlık sebebi öngörülmüş olması, ikinci durumda ise fiilin hukuka uygun bir fiil olmasıdır. Ancak her iki durumda da failin cezalandırılmaması gibi bir ortak sonucun söz konusu olması karşısında bu önemli farklılık görünmez kılınmaktadır. Kanaatimizce itiyad ve tekerrür kurumları cezasızlık sebebi ihtiva eden suçların işlevsel nitelik kazanmasını ve böylelikle

²⁴² http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Genelgeler/genelge_10.htm

hukuka uygunluk nedenlerinden farklılıklarının ortaya konulmasını sağlamak için elverişli özelliğe sahip kurumlardır. Ancak mevcut yasal düzenlemeler, şahsi cezasızlık sebepleri ve etkin pişmanlık hükümlerinin, suçluları mükerirr veya itiyadi suçlu statüsüne sokmasına ve böylelikle de işlevsel nitelik kazanmasına imkân tanımamaktadır. TCK m. 53’de düzenlenen güvenlik tedbirlerinin de “*kişinin kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu*” olarak düzenlenmesi karşısında bahsi geçen güvenlik tedbirlerinin de itiyad ve tekerrür kurumları gibi uygulanması mümkün olmayacaktır. Bu sebeplerle özet olarak; şayet kanun koyucu hukuka uygunluk nedenleri ile şahsi cezasızlık sebepleri ve etkin pişmanlık hükümleri arasındaki nitelik farklılığını görünür kılmak isterse, gerekli yasal düzenlemeleri yaparak, tekerrür ve itiyad kurumları ve diğer güvenlik tedbirleri bağlamında söz konusu hükümlere ifade ettiğimiz üzere işlevsel nitelik kazandırmalıdır.

2. CUMHURİYET SAVCISININ SUÇUN MADDİ VE MANEVİ UNSURU; HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ VE İSNAT YETENEĞİ BAKIMINDAN

Çalışmamızın birinci bölümünde; mecburilik ilkesi uyarınca kamu davasının açılması için savcılık tarafından gerçekleştirilmesi gereken iddianamenin mahkemeye sunulması işleminin gerçekleştirilmesi için; fiilin belli olması, failin belli olması, yeterli delilin bulunması ve muhakeme şartlarının varlığı olmak üzere dört unsurun mevcudiyetinin gerekli olduğunu ifade etmiştik. 1412 sayılı kanun döneminde “*dava açmak için gerekli şartlar*” olarak ifade edilen bu dört unsurun, kamu davasının açılması işleminin 5237 sayılı kanun döneminde sahip olduğu yeni niteliği uyarınca “*iddianamenin sunulması için gerekli şartlar*” olarak ifade olunması gerektiğini belirtmiştik. Cumhuriyet Savcısının, iddianame hazırlanmasına gerek olup olmadığı hususuna ilişkin olarak soruşturma evresinde gerçekleştirdiği araştırma esnasında; suçun tipiklik unsuru; isnat yeteneği ve hukuka uygunluk nedenlerinin varlığına ilişkin ihtilafların söz konusu olması halinde nasıl hareket etmesi gerektiği doktrinde tartışılmalı bir konudur. Cumhuriyet Savcısının bu hususlar üzerinde bir takdir hakkı olup olmadığı var ise ne gibi şartlar altında bu takdir yetkisini kullanması gerektiği konusu üzerine doktrinde farklı fikirler mevcuttur. Ancak önemle belirtelim ki; Cumhuriyet savcısının; suçun tipiklik unsuru; isnat yeteneği ve hukuka uygunluk nedenlerinin mevcudiyetine ilişkin olarak soruşturma evresinde gerçekleştirdiği bu tespit ve takdir; maslahata uygunluk ilkesi bakımından geçerli olan takdir yetkisinden farklıdır. Adı geçen hususların varlığına ilişkin olarak Cumhuriyet Savcısının bir takdir hakkı olup olmadığına ilişkin

tartışma; mecburilik ilkesinin sınırları içerisinde cereyan eden bir tartışmadır. Maslahata uygunluk ilkesi bağlamında ifade olunan takdir yetkisi ise; kovuşturma mecburiyeti ilkesinin öngördüğü şartların tamam olması halinde, bu duruma ek olarak savcı tarafından dava açılması için bir de kamu yararı mülahazasıyla takdir yetkisinin kullanılmasını öngörmektedir.

Her ne kadar esas itibariyle mecburilik ilkesinin uygulanmasına ilişkin de olsa; sahip olduğu özel önem ve inceleme konumuzla ilişkisi sebebiyle çalışmamızın bu bölümünde de değinmek istediğimiz bu konuyu; suçun tipiklik unsuru, hukuka uygunluk nedenleri ve isnat yeteneğini etkileyen unsurların Cumhuriyet Savcısı tarafından değerlendirilmesi bakımından ele alarak tartışmayı uygun bulduk.

Soruşturma konusu olaya ilişkin olarak Cumhuriyet Savcısı tarafından dava açılabilmesi için soruşturma evresinde elde edilen delillerin; kanunun suç saydığı tipe uygun olan, diğer bir ifadeyle tipiklik unsurunu ihtiva eden bir fiilin gerçekleştirildiğini temsil eder nitelikte olması gerekir. Bu anlamda Cumhuriyet savcısı; şüpheli tarafından gerçekleştirilen soruşturma konusu fiilin; ceza kanunlarında suç olarak tanımlanan bir fiilin maddi unsurlarını taşıyıp taşımadığını takdir etmekle görevli ve yetkilidir. Şayet suçun maddi unsurunun oluşmadığı hususunda bir kanaate varılırsa, Cumhuriyet Savcısı tarafından kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmelidir. KEYMAN da; maddi unsurun bulunmadığı durumlarda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesinde tereddüt olmadığını

belirtmektedir.²⁴³ CENTEL/ZAFER de; suçun kanunilik unsurunun bulunmadığı hallerde de iddianame düzenleme yükümlülüğü bulunmadığını ifade eder.²⁴⁴

Kusurluluğun, diğer bir ifadeyle suçun manevi unsuruna ilişkin olarak kastın ya da taksirin varlığına ilişkin olarak Cumhuriyet Savcısının soruşturma evresinde bir değerlendirmede bulunma yetkisinin bulunup bulunmadığı hususuna ilişkin olarak ise; ÖZTÜRK; kasten işlenen bir suçta kastın bulunmadığının tartışmasız bir biçimde ortada bulunduğu hallerde de ceza davası açılmaması gerektiğini savunur.²⁴⁵ Benzer şekilde KEYMAN'a göre de; kast veya taksirin olmadığı hallerde suç tamamlanamayacağından kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmelidir.²⁴⁶

Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığına ilişkin değerlendirmede ise; CENTEL/ZAFER; Hukuka uygunluk nedenlerinin mevcut olduğu hallerde işlenmiş olan bir suçtan söz edilemeyeceğinden hareketle Cumhuriyet Savcısının hukuka uygunluk nedenlerinin söz konusu olduğu hallerde Cumhuriyet savcısının iddianame düzenlemek ve ceza davası açmakla mükellef olmadığını ifade etmektedir.²⁴⁷ CENTEL/ZAFER, kanunda öngörülen şartlar dâhilinde arama kararını uygulayan ya da yakalamaya başvuran kolluk hakkında konut dokunulmazlığını ihlal ya da özgürlüğü kısıtlamadan dolayı ceza davası açılmamasını bu görüşlerini destekleyici

²⁴³ KEYMAN: s. 109

²⁴⁴ CENTEL/ZAFER: s. 112

²⁴⁵ ÖZTÜRK: Kovuşturma Mecburiyeti S. 139

²⁴⁶ KEYMAN: s. 110

²⁴⁷ CENTEL/ZAFER: s. 112

örnek olarak ifade etmektedir.²⁴⁸ ÖZTÜRK ise; hukuka uygunluk nedenlerinin mevcudiyetinin açık bir biçimde anlaşılabilirdiği hallerde, suç olduğu iddia edilen fiilin esasen hukuka aykırı bir fiil olmadığından hareketle, bu gibi durumlarda kamu davası açılmaması gerektiğini ifade etmektedir.²⁴⁹ MALKOÇ/GÜLER ise; uygulamada doğabilecek sakıncalar sebebiyle bu gibi hallerde ceza davası açılmamasını isabetsiz bulmakta; aleni yargılamanın sağlayacağı yararları göz önünde bulundurarak kamu davası açılmasını ve hukuka uygunluk nedenlerinin mevcudiyetine ilişkin takdirin mahkeme makamına bırakılması gerektiğini ifade etmektedirler.²⁵⁰ MALKOÇ/GÜLER'e göre; *“Yargıtay kararlarının bile kabullenilmediği bir toplumda hazırlık soruşturması sonunda savcının tek başına hukuki değerlendirme, kesin delil değerlendirmesi yapması tatmin edici olmayacaktır”*²⁵¹ KEYMAN da; hukuka uygunluk nedenlerinin bulunduğu hallerin varlığının tespit edilmesi halinde kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmesi gerektiğini ifade etmektedir.²⁵²

Cumhuriyet Savcısının soruşturma evresinde varlığını takdir etme hususunda bir yetkiye sahip olup olmadığının tartışmalı olduğu bir diğer husus da isnad kabiliyetidir. Isnat yeteneği, kişileri ceza müeyyidesinin muhatabı kılabilmek, kanunun suç saydığı bir fiili işleyen bir kimseye ceza müeyyidesini uygulayabilmek

²⁴⁸ CENTEL/ZAFER: s. 112

²⁴⁹ ÖZTÜRK: Koğuşturma Mecburiyeti, s. 139

²⁵⁰ MALKOÇ/GÜLER: Usul Şerhi C.1, s.588

²⁵¹ MALKOÇ./GÜLER: Usul Şerhi C.1, s.588

²⁵² KEYMAN: s. 110

için failde bulunması gereken zorunlu bir koşuldur.²⁵³ Doktrinde aksi fikirler mevcut olmakla beraber bizim de katıldığımız görüşe göre isnat yeteneği ile kusurluluk birbirinden farklı kavramlar olup, isnad yeteneğine sahip olmayan kimseler de kusurlu bir davranışta bulunabilirler; “*zira kast ve taksir anlama ve isteme yeteneği olmaksızın da var olabilir.*”²⁵⁴ Örneğin; On iki yaşını doldurmamış bir çocuğun bıçakla arkadaşını bilerek ve isteyerek yaralaması halinde fail, kasten yaralama suçunu gerçekleştirmiş olmakla beraber, isnat yeteneğinin yokluğundan ötürü faile ceza verilememektedir.²⁵⁵ Kısaca anlama ve isteme yeteneği olarak tanımlanan isnat yeteneğini²⁵⁶ kaldıran veya azaltan nedenleri Türk Ceza Kanununun 31.32.33. ve 34. maddelerinde düzenleyen kanun koyucu; hukuka uygunluk nedenlerini de isnat yeteneğini kaldıran nedenlerle aynı başlık altında, birinci kitap, ikinci kısım, ikinci bölümde düzenlemiştir. Adalet komisyonu raporunda bu düzenlemenin öngörülme maksadı; zorunluluk hali, yetkili merciin emri, haksız tahrik gibi kurumların hukuki niteliğinin doktrinde halen tartışmalı olmasına

²⁵³ **HAFIZOĞULLARI:** 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Fail, İsnat Yeteneği, İsnat Yeteneğini Azaltan veya Kaldıran Nedenler, s. 12

²⁵⁴ **TOROSLU:** Ceza Genel, s. 249

²⁵⁵ **HAFIZOĞULLARI:** 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Fail, İsnat Yeteneği, İsnat Yeteneğini Azaltan veya Kaldıran Nedenler, s. 15

²⁵⁶ **HAFIZOĞULLARI:** 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Fail, İsnat Yeteneği, İsnat Yeteneğini Azaltan veya Kaldıran Nedenler, s. 8.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun madde gerekçelerinde “kusur yeteneği” olarak söz edilen isnat yeteneği, kanunun 31. maddesinde “işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamama “ “davranışları yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması “ şeklinde ifade olunmuştur. **HAFIZOĞULLARI:** s. 10

dayandırılmıştır.²⁵⁷ Bununla beraber; hukuka uygunluk nedenlerinin bir suçun mevcudiyetini tayin etmek gibi belirleyici bir niteliği haiz olması, isnat yeteneğini etkileyen hallerin ise ancak failin cezalandırılmasına etki eden unsurlar olması sebebiyle birbirlerinden hukuki ve mantıksal bakımdan büyük farklılıklar taşıyan söz konusu hallerin bir arada düzenlenmesi doktrinde eleştirilmektedir.²⁵⁸ ÖZTÜRK'e göre; isnad kabiliyeti bulunmayan bir fail hakkında ceza davası açılmamalıdır²⁵⁹ KEYMAN'a göre de; failde isnadiyeti kaldıran hallerin söz konusu olması durumunda savcı tarafından ya kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmeli ya da kanunda güvenlik tedbirleri öngörülmüşse gerekli emniyet tedbiri davasını açmalıdır.²⁶⁰

Cumhuriyet Savcısının soruşturma konusu fiilin, ceza kanunlarında suç olarak düzenlenen bir fiilin maddi unsurlarını taşıyıp taşımadığı hususunda takdir yetkisine sahip olduğuna ilişkin görüşe katılmakla beraber, diğer hususlara ilişkin olarak durumun farklılık arz ettiğini düşünmekteyiz. Kanaatimizce, hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin mesele; hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde dava açılıp açılmaması konusuna ilişkin değildir. Zira hukuka uygunluk nedenlerinin söz konusu olduğu hallerde fail tarafından gerçekleştirilen fiil, hukuka uygun bir fiildir. Nitekim CMK m. 170/2 hükmü de soruşturma evresi sonunda toplanan delillerin, “suçun” işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturmasından bahsetmektedir. Dolayısıyla hukuka uygunluk nedenlerinin söz konusu olduğu hallerde işlenmiş bir suçtan söz

²⁵⁷ Adalet Komisyonu raporu s. 6

²⁵⁸ **HAFIZOĞULLARI:** Hukuka Uygunluk Nedenleri, <http://www.abchukuk.com>

²⁵⁹ **ÖZTÜRK:** Koğuşturma Mecburiyeti, s. 139

²⁶⁰ **KEYMAN:** s. 109

edilemeyeceğinden ortada dava konusu yapılması gereken bir suç söz konusu olmayacaktır. Bu sebeplerle kanaatimizce asıl mesele; hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde dava açılıp açılmayacağına konusu değil, hukuka uygunluk nedenlerinin somut olaydaki mevcudiyetini kimin nasıl takdir ve tespit edeceğidir.

Cumhuriyet Savcısının iddianame hazırlama mükellefiyeti; soruşturma evresi sonunda toplanan delillerin suçun işlendiği hususunda yeterli şüphenin bulunması durumunda söz konusudur. Bu sebeple; Cumhuriyet Savcısı soruşturma evresi sonucunda toplanan deliller üzerinde; “suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe” oluşturup oluşturmadığı hususunda değerlendirme yapmakla mükelleftir. Soruşturma evresinde aranan ispat derecesi iddianame düzenlemek suretiyle ceza davası açılmasını ya da açılmamasını gerektirecek ölçüde şüphenin yenilmesidir.²⁶¹

Geçmişte meydana gelen ve sona eren bir olayın sanık ya da şüpheli tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini, eğer gerçekleştirildiyse nasıl ve nasıl gerçekleştirildiğine ilişkin olan maddi sorunun²⁶² çözümü ise; şüpheden arınmış bir ispata diğer bir ifadeyle vicdani kanaate ulaşılmasıyla mümkündür.²⁶³ Şüpheyeye yer verilmeyecek ölçüde gerçeğin öğrenilmesi diğer bir ifadeyle maddi gerçeğe ulaşılması da; -sübut konusunda karar vermeye yetkili makam mahkeme makamı olmakla birlikte- kanuni istisnalar dışında kural olarak üç makamın ortak faaliyeti ile kovuşturma evresinde gerçekleştirilir.²⁶⁴

²⁶¹ FEYZİOĞLU: Tanıklık, s. 10

²⁶² FEYZİOĞLU: Tanıklık, s. 7

²⁶³ FEYZİOĞLU: Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, s. 112

²⁶⁴ FEYZİOĞLU: Tanıklık, s. 14

Öte yandan; Şüpheden sanık yararlanır ilkesi, soruşturma evresinde geçerli değildir. Dolayısıyla; “şüpheden” ; CMK m. 2/1-(a) anlamında “*şüpheli*” değil CMK m. 2/1-(b) anlamında “sanık” yararlanabilir.

Bu bilgiler ışığında; şüpheden sanık yararlanır ilkesi soruşturma evresinde geçerli olmadığı ve sübut derecesinin soruşturma ve kovuşturma evrelerindeki farklılığı göz önüne alındığında; hukuka uygunluk nedenlerinin soruşturma konusu olaydaki mevcudiyetine ilişkin tereddüt halinde; Cumhuriyet Savcısı tarafından ceza davası açılmalı ve maddi sorunun çözümü kolektif bir faaliyetin yürütüldüğü kovuşturma evresine bırakılmalıdır. Ancak; hukuka uygunluk nedenlerinin somut olaydaki mevcudiyetinin tereddüde yer vermeyecek bir biçimde mevcut olduğu hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilebilir. Bu anlamda örneğin; usulüne uygun olarak verilen bir idam kararını infaz eden bir cellât hakkında ceza davası açılmamalıdır.²⁶⁵

Manevi unsura ilişkin olarak da hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin olarak bahsettiğimiz hususların geçerli olması gerektiğini düşünmekle beraber, ceza kanununun öngördüğü sistematığın; Cumhuriyet Savcısına soruşturma evresinde manevi unsura ilişkin olarak tespitte bulunma yönünde bir mecburiyet yüklediğine ilişkin emareler de mevcuttur. TCK’nın 89.maddesinin son fıkrasında ‘taksirle yaralama suçunun bilinçli taksirle işlenmesi halinde takibinin re’sen yapılması,

²⁶⁵ AYDIN: s. 6

bilinçsiz taksirle işlenmesi halinde takibinin şikâyete bağlı olması,²⁶⁶ TCK m. 22/6'da bahsedilen durumun basit taksirle gerçekleştirilmesi durumunda faile ceza verilmeyeceğini, bilinçli taksir halinde ise cezada indirim yapılmasını öngören düzenleme; bu hususa işaret eder niteliktedir.

Soruşturma konusu olaya ilişkin olarak, şüpheli hakkında isnat kabiliyetine ilişkin bir ihtilaf söz konusu olduğunda ise soruşturmayı yöneten Cumhuriyet savcısı tarafından isnat yeteneğinin yokluğuna ilişkin sağlık raporları göz önünde bulundurularak şüpheli şahıs hakkında güvenlik tedbirleri kovuşturmasına geçilmelidir.²⁶⁷ Ancak Cumhuriyet savcısı; TCK m. 32/1 hükmü gibi güvenlik tedbirinin uygulanmasını talep etmekle mecbur tutulmadığı, TCK m. 34/1 hükmünde sayılan hususların söz konusu olduğu hallerde ise; “kovuşturma olanağı bulunmadığından” bahisle CMK m. 172/1 hükmü uyarınca kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilmelidir. Ancak Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin kararı aksi yöndedir: Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 30.12.2008 tarihli kararına göre, “*soruşturma sırasında şüphelinin kusur yeteneği ve ceza sorumluluğu bulunmadığını saptayan*

²⁶⁶ **ÖZEN MUSTAFA:** Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, Y. 2009 s. 22

²⁶⁷. “*Kuşkusuz, kovuşturma yapmaksızın, çocuğa güvenlik tedbiri uygulanması mümkün değildir, çünkü bir kimse hakkında bir güvenlik tedbiri uygulanıyorsa, o kimse hakkında mutlaka bir kovuşturma yapılmış olmaktadır. Aksi mümkün değildir. Bu, güvenlik tedbiri kovuşturmasıdır. Bununla, çocuğun fiilinin sabit olup olmadığı, sabitse bir suç oluşturup oluşturmadığı, eğer suç oluşturuyorsa bir güvenlik tedbirinin uygulanıp uygulanmayacağına karar verilmesi gerekmektedir.*”

HAFIZOĞULLARI: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Fail, Isnat Yeteneği, Isnat Yeteneğini Azaltan veya Kaldıran Nedenler, s. 16. Güvenlik Tedbirleri Muhakemesine ilişkin detaylı bilgi için bkz: **KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU:** s. 1319 vd.

Cumhuriyet Savcısı, şüpheli hakkında CMK'nın 171. maddesine göre kovuşturmaya yer olmadığına karar verebilecek, ayrıca şüpheli hakkında koruma ve tedavi kararı verilmesi bakımından Sulh Ceza Hakimliği'ne de başvurabilecektir."²⁶⁸

Yargıtay'ın söz konusu kararını birçok yönden isabetsiz bulmaktayız. Her şeyden önce; incelememizin başlangıç kısmında da belirttiğimiz üzere; Cumhuriyet savcısının; suçun tipiklik unsuru; isnat yeteneği ve hukuka uygunluk nedenlerinin mevcudiyetine ilişkin olarak soruşturma evresinde gerçekleştirdiği tespit ve takdir, kovuşturma mecburiyeti ilkesi sınırları içinde gerçekleştirilmektedir. Bu sebeple bahsi geçen hususlara ilişkin olarak Cumhuriyet Savcısına maslahata uygunluk ilkesi bağlamında tanınan bir takdir yetkisi ve bu yetkiyi düzenleyen CMK m. 171/1 hükmünün uygulamasını gerektiren bir durum söz konusu değildir. Bununla birlikte şüpheli şahıs hakkında güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektiren bir durum söz konusu ise, bu durum Cumhuriyet Savcısı tarafından kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi ile değil, güvenlik tedbiri muhakemesinin işletilmesi ile gerçekleştirilebilir. Zira *"güvenlik tedbiri; suç işlediği sabit olan kişi hakkında ceza ehliyeti bulunmadığı nedeniyle dar manada ceza verilemediğinden bir daha suç işlemesini önlemek amacı ile uygulanan önleme tedbiri niteliğinde tedbirdir.*"²⁶⁹ Bir kimse hakkında güvenlik tedbirine hükmedilebilmesi için eylemin ceza kanunlarında suç olarak düzenlenen bir fiil olması ve söz konusu eylemin sanık tarafından işlendiğinin sabit olması gerekir.²⁷⁰ Güvenlik tedbirlerine hükmedilmesinin CMK m.

²⁶⁸ YARGITAY 9. CD. E. 2008/6230 K. 2009/1 T. 30.12.2008 www.kazanci.com

²⁶⁹ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU: s. 1319,1320

²⁷⁰ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU: s. 1320

223/1 hükmü uyarınca hüküm çeşitleri arasında sayılması da güvenlik tedbirlerine hükmedilebilmesi için bir yargılama yapılması gerektiğini destekler niteliktedir. Bununla beraber, “suç kovuşturması” yapılmasını değil de, “ceza kovuşturması” yapılmasını yasaklayan TCK m. 33/1 hükmü de iddialarımızı destekleyen bir diğer hükümdür. Çocuğun fiilinin sabit olup olmadığı, sabitse bir suç oluşturup oluşturmadığı, eğer suç oluşturuyorsa bir güvenlik tedbirinin uygulanıp uygulanmayacağına karar verilmesini ihtiva eden “güvenlik tedbirleri kovuşturması” gerçekleştirilmeksizin güvenlik tedbirlerinin uygulanması mümkün değildir.²⁷¹

Bu sebeple; soruşturma sırasında şüphelinin kusur yeteneğinin ve ceza sorumluluğunun bulunmadığının saptanması halinde şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesini öngören Yargıtay kararını isabetsiz bulmaktayız.

²⁷¹ **HAFIZOĞULLARI:** 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Fail, İsnat Yeteneği, İsnat Yeteneğini Azaltan veya Kaldıran Nedenler, s. 15, www.zekihafizogullari.com

II. CMK M. 171/1 BAĞLAMINDA VERİLEN KOVUŞTURMAYA YER OLMADIĞI KARARI VE BU KARARLARIN DENETİMİ:

1. KOVUŞTURMAYA YER OLMADIĞI KARARI

A. Genel Olarak:

Soruşturma evresi sürecinde Cumhuriyet savcısı tarafından gerçekleştirilen araştırma faaliyeti neticesinde son iş olarak isnat konusunda kovuşturma evresine geçilmesi ya da geçilmemesi konusunda bir hükme varır.²⁷² Cumhuriyet savcısı; kovuşturma evresine başlanması için kanunda öngörülen şartların mevcut olduğunu takdir ederse, CMK m. 170 uyarınca iddianame düzenleyerek mahkeme makamına sunar. Şayet; kovuşturma evresine başlanması için kanunda öngörülen şartlar mevcut değilse, bu takdirde savcı, Ceza Muhakemesi Kanununda kovuşturmaya yer olmadığı kararı olarak ifade olunan, doktrinde ise kovuşturamama kararname²⁷³ ya da takipsizlik kararı olarak adlandırılan kararı verecektir.

Kovuşturmaya yer olmadığı kararı; mecburilik ilkesi uyarınca; kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hâllerinde verilebileceği gibi (CMK m. 172/1), inceleme konumuz olan CMK m. 171/1 uyarınca maslahata uygunluk ilkesi bağlamında da verilebilir.

²⁷² KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU: s. 1156

²⁷³ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU: s. 1156

Çalışmamızın bu kısmında ilkin kovuşturmaya yer olmadığı kararının hukuki niteliği ve bu karar karşı öngörülen itiraz yollarını ele alacak, ardından da bu hususların inceleme konumuz olan CMK m. 171/1 uyarınca verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararları bakımından inceleyeceğiz.

B. Hukuki niteliği:

Kovuşturmaya yer olmadığı kararının hukuki niteliğine ilişkin olarak; savcılığın devletin erkleri içindeki konumuna, diğer bir ifadeyle savcılığın hukuki mahiyetine ilişkin olarak, savcının ifa ettiği görevin belirli niteliklerinden yola çıkılarak²⁷⁴ doktrinde ileri sürülen farklı görüşler mevcuttur.

Bu görüşleri üç grup altında toplamak mümkündür. Bunlar; Devlet adına dava açmayı bir idari faaliyet sayarak savcılığı yürütme organı içinde mütalaa eden görüş, hakikatin araştırmasını ve kanunların uygulanmasını sağlaması adalete hizmet ettiği ölçüde kazai bir faaliyette bulunan kazai bir organ sayan görüş; savcılığı hem memur hem de yargıç statüsünde kabul ederek, savcılığı bileşik bir hukuki mahiyete sahip, hem yürütme hem de yargılama faaliyetine ilişkin faaliyette bulunan bir makam olarak kabul eden görüştür.²⁷⁵

CENDEL/ZAFER; adli faaliyetlerin yargılama faaliyetlerinden ibaret olmadığını belirterek; savcının yerine getirdiği iddia faaliyetinin adalete ilişkin bir faaliyet olduğunu, savcılığın da toplumsal iddia makamını işgal ederek adalete ilişkin

²⁷⁴ KEYMAN; s. 74

²⁷⁵ KEYMAN; Savcılık; s. 69 vd.

yetkiler kullanan bir adalet organı olduğunu ifade eder.²⁷⁶ EREM'e göre de savcı adli görev gören bir organdır.²⁷⁷

TOROSLU/FEYZİOĞLU ise, savcının görevinin idari nitelikli bir görev olduğunu ifade etmektedirler.²⁷⁸ YURTCAN da savcının yaptığı işi yürütme erki içinde mütalaa etmektedir.²⁷⁹ S OYASLAN kovuşturmayaya yer olmadığı kararını idari bir organ olan savcının yarı idari nitelikteki bir kararı olarak nitelendirmektedir.²⁸⁰ ÖZTÜRK/ERDEM; bir dizi yargısal takdir yetkisi ile donatılan savcılık kurumunun, eskisinden farklı olarak artık yürütme erki içinde değil, yargı erki içinde değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır.²⁸¹ Bağımsızlığın tanımının “hiç kimseden emir almamak” olduğundan hareket eden, ÖZTÜRK/ERDEM; Adalet Bakanının Cumhuriyet Savcısına kamu davası açma hususunda emir verme yetkisi tanıyan CMUK m. 148 hükmüne yeni CMK'da yer verilmeyerek savcılarının fonksiyonel yönden sahip oldukları özerkliğin fonksiyonel bağımsızlığa doğru evrildiğini ifade etmektedirler.²⁸²

²⁷⁶ CENTEL/ZAFER: s. 106

²⁷⁷ ÖZTÜRK/ERDEM: Uygulamalı Yeni Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 305

²⁷⁸ TOROSLU/FEYZİOĞLU: s. 114

²⁷⁹ YURTCAN: s. 140

²⁸⁰ SOYASLAN: S. 350

²⁸¹ ÖZTÜRK/ERDEM: Uygulamalı Yeni Ceza Muhakemesi Hukuku, seçkin, Ankara 2008, 12. Bası, s. 296,297 bununla beraber ÖZTÜRK/ERDEM; aynı eserlerinde; “*savcılar bağımsız da değildir.çünkü onlar yürütme erki içinde yer alırlar*” da demektirler. s..305

²⁸² ÖZTÜRK/ERDEM: Uygulamalı Yeni Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, Ankara 2008, 12. Bası, s. 305

KEYMAN; savcılığın çok yönlülük özelliğini göz önünde bulundurarak bu çok yönlülüğü bütünüyle kapsayacak bir nitelendirmede bulunmayı uygun görmektedir.²⁸³ Bu anlamda KEYMAN; savcılığı “*milli egemenliği temsil eden, idari yapıya sahip bir adalet organı*” olarak nitelemektedir.²⁸⁴ KEYMAN; hukuk düzeninin idamesi ve gerçekleştirilmesi amaçlayan adalet kudreti; yargılama yetkisi ve adli yetki olarak ikiye ayrıldığını ifade ederek; savcılığı; yargılama faaliyetini harekete geçirmek veya doğrudan doğruya girilen bazı işlemlerle gerçekleştiren bir adli organ olarak tanımlamaktadır.²⁸⁵

HAFIZOĞULLARI ise; CMUK’ un 148. maddesinin 3. ve 4. fıkrasının yürürlükten kaldırılması ve 5271 sayılı CMK’nın suçu takip ve yargı önüne götürmede Cumhuriyet savcısını bağımsız kılması karşısında, savcının, artık Adalet Bakanlığına bağlı, Bakanlığın denetimi veya gözetimi altında bulunan, diğer bir ifadeyle genel idare, hükümet içinde yer alan bir organ olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığını ifade eder.²⁸⁶ Ancak salt bu noktadan hareketle savcılığın yargı erki içinde mütalaa edilmesinin de mümkün olmadığını ifade eden HAFIZOĞULLARI; yargılamayı da kapsayıcı bir içeriğe sahip olan “kaza” kavramından hareketle, savcılığın erkler içindeki konumunu belirler. Buna göre; hukuk düzenimizde, kamu davasına bağlı olarak, salt adli faaliyette bulunan savcılık;

²⁸³ KEYMAN: s. 74

²⁸⁴ KEYMAN: s. 74 vd.

²⁸⁵ KEYMAN: s. 83,84

²⁸⁶ HAFIZOĞULLARI: Ceza Hukuku Düzeninde Cezalandırma Hukuki İlişkisi, s. 6

devletin idarî bir organı değil, adlî bir organı olmakta, bu anlamda da savcılık yürütme erki değil, yargı erki içinde yer almaktadır.²⁸⁷

C. Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararlarının Denetimi:

Cumhuriyet Savcısı tarafından soruşturma evresi sonunda verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararları her zaman hukuka uygun olmayabilir ve maddi gerçeği yansıtmayabilir.²⁸⁸ Gerçekte ceza davası açılmasını gerektiren şartların var olduğu hallerde, Cumhuriyet Savcısı tarafından kanunda öngörülen şartlar ve durumlar oluşmaksızın tesis edilen kovuşturmaya yer olmadığı kararlarının ortadan kaldırılması için adli ve idari denetim mekanizmaları öngörülmüştür.

Kovuşturmaya yer olmadığı kararlarının adli denetimi, CMK'nın 173. Maddesinde düzenlenmiş ve itiraz olarak adlandırılmıştır. Esas itibarıyla itiraz; bir hâkim veya kanunda açıkça gösterilen hallerde mahkeme kararda bir yanılma ya da hukuka aykırılık olduğu iddiasıyla, bu karardan zarar görenlerin başvurusu üzerine kural olarak kararı veren merciden farklı bir merci tarafından yeniden incelenmesine olanak tanıyan kanun yoludur.²⁸⁹ Bu sebeple kovuşturmaya yer olmadığı kararlarının adli denetim yoluna doktrinde kovuşturma davası adı verilmektedir.²⁹⁰

²⁸⁷ **HAFIZOĞULLARI:** Ceza Hukuku Düzeninde Cezalandırma Hukuki İlişkisi, s. 7

²⁸⁸ **YURTCAN:** s. 400

²⁸⁹ **CENTEL/ZAFER:** s. 700

²⁹⁰ **KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU:** s. 1162 vd.

Kovuşturmaya yer olmadığı kararlarının adli denetimi CMK m. 173 hükmünde düzenlenmiştir. CMK m. 173/1 uyarınca, “*suçtan zarar gören, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde, bu kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesine itiraz edebilir.*”²⁹¹

Kovuşturmaya yer olmadığı kararlarının bir diğer denetim yolu da; hiyerarşik kontrol olarak da adlandırılan idari denetimdir. Hiyerarşik denetim; aynı savcılık teşkilatı içinde veya savcılık teşkilatı dışında olmak üzere ikiye ayrılır.²⁹²

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un 17. Maddesi uyarınca; “*Kamu davasının açılmasına yer olup olmadığına karar vermek üzere soruşturma yapmak veya yaptırmak*” Cumhuriyet Başsavcılığının görevleri arasındadır. Başsavcılık bir bütün olup, başsavcılığa bağlı olan savcılar başsavcılığın temsilcisi ve yardımcısı olarak faaliyette bulunurlar.²⁹³ Savcılık makamının bir bütün olması ve savcılarının gerçekleştirdikleri her işlemin kendi adlarına değil, başsavcılık adına yerine getiriliyor olması, savcılarının aynı savcılığın temsilcisi olmaları bölünmezlik ilkesi (savcılığın bölünmezliği ilkesi) olarak adlandırılmaktadır.²⁹⁴ Bölünmezlik ilkesinin ve hiyerarşik yapının bir sonucu olarak başsavcının savcılar

²⁹¹ 31/3/2011 tarihli ve 6217 sayılı Kanununun 22 nci maddesiyle, bu maddenin birinci fıkrasında yer alan “ağır ceza mahkemesi başkanına” ibaresi “ağır ceza mahkemesine”, üçüncü ve dördüncü fıkralarında yer alan “Başkan” ibareleri “Mahkeme” ve altıncı fıkrasında yer alan “ağır ceza mahkemesi başkanının” ibaresi “ağır ceza mahkemesinin” şeklinde değiştirilmiştir.

²⁹² **KEYMAN:** s. 111

²⁹³ **CENTEL/ZAFER:** s. 108

²⁹⁴ **CENTEL/ZAFER:** s. 108, **EREM:** s. 152

üzerinde denetim yetkisi mevcuttur. Bu anlamda; ağır ceza merkezi bulunmayan yerlerdeki savcılar için ağır ceza başsavcılığı; ağır ceza merkezinde bulunan savcılar içinse merkez başsavcılığı nezdinde idari itirazda bulunmak mümkündür.²⁹⁵ Denetim makamı; başvuru üzerine veya bizzat denetim yetkisini kullanarak emri altındaki savcıdan kovuşturmayaya yer olmadığı kararını kaldırıp dava açmasını isteyebileceği gibi, kamu davasını bizzat da açabilir.²⁹⁶

İdari itiraz mercilerinden ikincisi ise Adalet Bakanıdır. ÖZTÜRK/ERDEM; Adalet Bakanı ve valiye, ceza davası açma hususunda Cumhuriyet Savcısına dava açma emri verme yetkisi tanıyan CMUK m. 148 hükmüne 5237 sayılı CMK'da yer verilmediği için artık idari denetim yolunun sadece başsavcı denetiminden ibaret olduğunu ifade eder.²⁹⁷ SOYASLAN ise; takipsizlik kararına karşı yapılacak itirazlarda Adalet Bakanının da itiraz makamı olduğunu; bunun sebebinin ise Adalet Bakanının savcının idari yönden hiyerarşik amiri olduğunu belirtmekte ve fakat bu durumun teorik olarak mümkün olduğunu, uygulamada bu durumun mümkün olmayacağını da eklemektedir.²⁹⁸

²⁹⁵ SOYASLAN: s. 348

²⁹⁶ KEYMAN: s. 111

²⁹⁷ ÖZTÜRK: s.709

²⁹⁸ SOYASLAN: s. 350

2. CMK m. 171/1 Uyarınca Verilen Kovuşturmaya Yer olmadığı Kararları

A. Genel Olarak:

Çalışmamızın önceki bölümlerinde de ifade ettiğimiz üzere; Maslahata uygunluk ilkesinin ceza muhakemesi hukukumuzdaki bir yansıması niteliğindeki inceleme konumuz olan CMK m. 171/1 hükmü uyarınca, cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde Cumhuriyet Savcısı kamu davası açma hususunda takdir yetkisiyle donatılmıştır. CMK m. 171/1 hükmü uyarınca verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararlarını mecburilik ilkesi bağlamında CMK m. 172 uyarınca verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararlarından ayıran husus, CMK m. 172’de öngörülen hususlara ek olarak dava açılması için bir de kamu yararı mülahazasıyla değerlendirme yapma zorunluluğudur. Diğer bir ifadeyle; soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilse ve kovuşturma olanağı bulunsa dahi dava açma hususunda kamu yararının varlığının Cumhuriyet Savcısı tarafından takdir edilmemesi halinde kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilecektir.

B. CMK m. 171/1 Uyarınca Verilen Kovuşturmaya Yer olmadığı Kararının Denetimi

Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlarının denetim şekli CMK'nın 173. maddesinde düzenlenmiştir. CMK m. 173/5 hükmü uyarınca; Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmaması hususunda takdir yetkisini kullandığı hâllerde CMK m. 173'ün uygulanmayacağı öngörülmüştür. Madde lafzında ifade olunan 'Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmaması hususunda takdir yetkisini kullandığı hâller' ifadesiyle kastedilen; Cumhuriyet savcısının "kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delillerin" soruşturma konusu olaydaki mevcudiyetini takdir ettiği durumlara ilişkin değildir. CMK m. 173/5 hükmü uyarınca denetim yolu kapalı olan Cumhuriyet Savcısı kararları; inceleme konumuz olan CMK m. 171/1 hükmünü de ihtiva eden, Cumhuriyet Savcısının maslahata uygunluk ilkesi bağlamında dava açılmamasına ilişkin olarak takdir hakkını kullandığı hallere ilişkindir.

İlkin belirtmek isteriz ki; CMK m. 173/5 uyarınca CMK m. 171/1 bağlamında verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararlarına karşı denetim yolunun kapatılması, kovuşturmaya yer olmadığı kararına atfedilen hukuki niteliğe göre anayasa aykırılık meselesini gündeme getirebilecektir. Zira "*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*" hükmünü ihtiva eden anayasanın 125/1 hükmü karşısında, kovuşturmaya yer olmadığı kararlarının idari karar olarak nitelendirilmesi halinde CMK m. 173/5 hükmünün anayasaya uygunluğunu tartışılır hale getirecektir.²⁹⁹

²⁹⁹ Bkz. Benzer görüş; **CENDEL/ZAFER**: s. 106

Ancak bizim de katıldığımız görüş uyarınca savcılık idari yapıya sahip adli bir organ, bu anlamda kovuşturmayaya yer olmadığı kararı da idari değil adli bir karar olduğu için CMK m. 173/5 hükmünün anayasaya aykırılığı –en azından bizim savunduğumuz fikir bağlamında- söz konusu değildir.

Cumhuriyet Savcısının maslahata uygunluk ilkesi bağlamında verdiği kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarına karşı itiraz yolunun kapalı olmasını; itiraz (kovuşturma davası) kurumunu, savcının verdiği takipsizlik kararlarının denetimini sağlaması bakımından dava açma mecburiyetini güvence altına alan bir kurum olarak nitelendirilen³⁰⁰, görüşe uygun olduğu iddia edilebilir. Ancak; söz konusu kısıtlamanın uygulamada bir takım meselelerin doğumuna sebebiyet vermesi; söz gelimi denetimsizliğin keyfi uygulamalara yol açması veya yanlış hukuki nitelendirmelerde bulunulması da muhtemeldir. Nitekim Ceza Hukuku Milletlerarası 5. Kongresinde de suiistimalleri önlemek maksadıyla; fikri bağımsızlıkları korunmak kaydıyla bilhassa dava açmayan savcıların başka bir makamın denetimine tabi tutulması veya takipsizlik kararlarına karşı muhbirlere veya şikâyetçilere kanun yolu tanımak gibi çarelerin kabulü önerilmiştir.

Çalışmamızın bu bölümünde; Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmaması hususunda takdir yetkisini kullandığı hâllere ilişkin olarak itiraz yolunun kapalı olmasının sebep olacağı sorunları örnek olaylar bağlamında ele alarak incelemeye çalışacağız.

³⁰⁰ CENTEL/ZAFER: s. 423, YURTCAN: s. 58

TCK m. 167/1'in uygulanmasının gerektiği olaylar bağlamında, savcılık makamı hırsızlık suçunu işlediği şüphesi taşıyan şahsın mağdur ile arasında bir üst soy alt soy ilişkisi bulunduğu bahisle şüpheli şahıs hakkında CMK m. 171/1 bağlamında kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiği ve fakat mağdur ile fail arasında böyle bir ilişkinin (ve bu sırada TCK m.167/1de sayılan akrabalık ve evlilik bağlarından hiç biri) bulunmadığı hallerde; CMK m. 173/5 hükmü sebebiyle söz konusu takipsizlik kararının düzeltilmesi mümkün olmayacak mıdır?

Benzer şekilde; mağdur ile fail arasında TCK m.167/1de sayılan akrabalık ya da evlilik ilişkisinden herhangi birinin söz konusu olduğu bir durumda, savcı tarafından hırsızlık suçunun işlendiğinden bahisle CMK m. 171/1 uyarınca kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiğinde ve fakat aynı zamanda somut olayın yağma suçu olarak tavsif edilmesi gereğine ilişkin bir ihtilaf (kısacası CMK m. 167/1'in kapsamına girmeyen bir durum olduğu iddiası) hâsıl olduğunda, bu ihtilafın çözümü için herhangi bir merciye başvurulamayacak mıdır?

İlk örnek olayda, hata takdir yetkisinin kullanımında değil, savcının yanlış bir maddi tespitte bulunarak, somut olay bağlamında sahip olmadığı takdir yetkisine sahipmiş gibi karar vermektedir. İkinci örnek olayda ise; savcı maddi sorunu çözdükten sonra yanlış bir hukuki nitelendirmede bulunup, bu yanlış nitelendirmeye dayanarak takdir yetkisi kullanmaktadır. Özetle her iki örnek olay bağlamında da savcı bağlı yetkiye tabi olarak mecburilik ilkesi uyarınca iddianame düzenleme mükellefiyeti altındadır. CMK m. 173/5 hükmünün ihdasındaki maksat ise; Cumhuriyet Savcısının kamu davası açmak hususunda maslahata uygunluk ilkesi

bağlamında vermiş olduğu kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarını denetim dışında tutmaktır.

Söz konusu kararların denetim dışında tutulmak istenen unsuru ise; kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delillerin varlığına ilişkin tespite ek olarak maslahata uygunluk ilkesinin uygulanması için her somut olay bağlamında mevcudiyeti hususunda münhasıran değerlendirme yapma zorunluluğu bulunan “kamu yararı” kavramının varlığına ilişkin taktırdir.

Örnek olaylar bağlamında ise; CMK m. 171/1 bağlamında maslahata uygunluk ilkesinin uygulanabilmesinin mümkün olmadığı, dolayısıyla CMK m. 173/5 hükmünün ihdas maksadı olan kamu yararının varlığına ilişkin tespitin denetimini yasaklayan bir halin mevcut olmadığı bir durumda; Cumhuriyet Savcısı sahip olmadığı bir yetkiyi yetki aşımı yoluyla kullanmaktadır. Bu bilgiler ışığında; CMK m. 173/5 hükmünün ihdasındaki maksadın; kamu yararının varlığına ilişkin olarak Cumhuriyet Savcısı tarafından gerçekleştirilen değerlendirmenin denetim dışında tutulması olduğu da göz önünde bulundurularak, örnek olaylarda bahsi geçen durumların CMK m. 173/5 hükmü dışında kaldığı sonucuna varılabilir. Diğer bir ifadeyle; örnek olaylarda ifade olunan Cumhuriyet Savcısının somut olaya ve hukuki nitelendirmeye ilişkin olarak gerçekleştirdiği yanlış değerlendirmeler ve buna bağlı olarak savcının sahip olmadığı bir yetkiyi yetki aşımı yoluyla kullanması, CMK m. 173/5 hükmünde öngörülen denetim yasağının kapsamı dışındadır.

Bu anlamda; Cumhuriyet Savcısının kamu yararının varlığına ilişkin olarak gerçekleştirdiği takdir yetkisi değil; bu takdir yetkisinin somut olayda mevcut olmadığına ilişkin birer iddia niteliği taşıyan söz konusu hususlar CMK m. 173 hükmü bağlamında itiraz konusu olabilir.

Son olarak belirtelim ki; CMK m. 173/5 hükmü adli itiraza ilişkin bir düzenleme niteliği taşıdığından, başsavcılık nezdinde idari itirazda bulunularak CMK m. 171/1 uyarınca verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarının idari denetiminin sağlanması mümkündür.

SONUÇ

CMK m. 171/1 hükmü; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun yürürlükte olduğu Ceza Muhakemesi Hukuku döneminde, mecburilik ilkesine istisna getirilmek suretiyle maslahata uygunluk prensibinin işlerlik kazanmasını sağlayan hükümlerden biridir. Bu hükümle birlikte Türk Ceza Doktrini tarafından daha evvelden bilinmeyen, tartışılmamış bir takdirilik sistemi yaratılmıştır.³⁰¹ Çalışmamız boyunca Ceza Muhakemesi Hukukuna kamu davası açma hususunda maslahata uygunluk ilkesi bağlamında yeni bir düzenleme öngören bu hükmü bütün boyutlarıyla incelemeye çalıştık. Çalışmamız sürecince ele aldığımız konular bakımından önem arz ettiğini düşündüğümüz hususları, değerlendirme ve tespitleri, gerçekleştirilmesini düşündüğümüz değişikliklere ilişkin önerilerimizle birlikte maddeler halinde ifade ederek belirtmek istemekteyiz.

1. Ceza Muhakemesi Hukukunda kovuşturma mecburiyeti kural, maslahata uygunluk ilkesi ise istisna hüküm niteliğinde olduğundan, maslahata uygunluk ilkesi ancak kanunda açıkça öngörülen hallerde uygulanabilir. CMK m. 171/1 hükmü de maslahata uygunluk ilkesinin ceza muhakemesi hukukumuzdaki bir uygulaması niteliğinde olduğundan Cumhuriyet Savcısının kamu davası açma hususunda takdir yetkisine sahip olduğu haller madde lafzında belirtilen hallerle sınırlıdır. Bunlar; Cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin var olduğu hallerdir.

³⁰¹ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU: s. 177

2. Cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebepleri niteliklerini ihtiyari yetki tanıyıp tanımamaların göre mutlak ve nispi olmak üzere ikili bir ayırım içinde ele aldık. Bu ayırım bağlamında; mutlak nitelikteki şahsi cezasızlık sebepleri ve etkin pişmanlık hükümlerinin söz konusu olduğu hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından CMK m. 172/1 hükmü uyarınca kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi gerektiğini belirttik. Mevzuatta bu hususa dolaylı olarak işaret eden hükümlerin de TCK m. 167 ve CMK m. 170/6 ve CMK m. 174/1-(a) hükümleri olduğunu ifade ettik. Bilindiği üzere; aralarındaki evlilik ya da akrabalık ilişkisi TCK m. 167/2 kapsamına giren kimseler arasında işlenen suçlar ancak şikâyet şartının gerçekleşmesine bağlı olarak kovuşturulabilir. Bununla beraber; TCK m.167/2 hükmüne nispeten suçun mağduru ile aralarında daha sıkı bir akrabalık veya evlilik ilişkisi bulunan ve haklarında cezasızlık sebebi öngörülen kimseler hakkında ise şikâyet şartı aranmaksızın salt Cumhuriyet savcısının takdirine göre ceza davası açılabilmesinin kabulünün; sistematik anlamda tutarlılık arz etmediğini düşünmekteyiz.

TCK m. CMK m. 170/6 hükmü uyarınca ise; iddianamenin sonuç kısmında, işlenen suç dolayısıyla ilgili kanunda öngörülen ceza ve güvenlik tedbirlerinden hangilerine hükmedilmesinin istendiği açıkça belirtilmelidir,

aksi tutum iddianamenin iadesi nedeni teşkil eder.³⁰² Bu anlamda mutlak şahsi cezasızlık sebeplerinin veya etkin pişmanlık hükümlerinin söz konusu olduğu hallerde Cumhuriyet savcısı CMK m. 170/6 hükmünün gereğini yerine getiremeyeceğinden CMK m. 172/1 uyarınca kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmelidir.

3. Her ne kadar mutlak nitelikte şahsi cezasızlık sebepleri ve etkin pişmanlık hükümlerinin söz konusu olduğu hallerde CMK m. 172/1 hükmü uyarınca kovuşturmayaya yer olmadığı kararının verilmesi gerekteyse de, bu durum mutlak nitelikteki şahsi cezasızlık sebepleri ve etkin pişmanlık hükümleriyle hukuka uygunluk nedenleri arasındaki ayrımı görünmez kılmaktadır. Oysa ki hukuka uygunluk nedenleri ile şahsi cezasızlık sebepleri ve etkin pişmanlık hükümleri arasında bir suçun varlığına tesir bakımından “olmak ya da olmamak” biçiminde bir ayrım yaratacak nitelikte farklılık mevcuttur. Bu ayrımı belirgin kılmak adına itiyad ve tekerrür kurumlarının ve bu arada güvenlik tedbirlerinin, cezasızlık sebebi ihtiva eden suçları gerçekleştiren failer hakkında uygulanmasına ilişkin önerimiz ise; - TCK m. 191/2 ve TCK 221 gibi örnekler dışında- güvenlik tedbirlerine hükmedilmesini bir mahkûmiyet kararının varlığına bağlayan ceza hukuku sistemi bağlamında mümkün olmamaktadır. Bu anlamda ceza hukuku sisteminin; cezasızlık sebeplerinin varlığı halinde fail hakkında güvenlik tedbirlerine

³⁰² **AYDIN:** İddianamenin Unsurları ve İadesi, GÜHFD, C.X, S.1,2, Y. 2006, s. 389. Sevk maddesi olarak da ifade edilen bu hükümlerin iddianamede gösterilmesinin yargılamada doğuracağı sonuçlar için bkz: **AYDIN:** a.g.m, s. 376

hükmedilmesinin, bu arada cezasızlık sebebi ihtiva eden suçları işleyen faillerin, şartlar oluştuğunda mükerrer ya da itiyadi suçlu haline gelmesini sağlayıcı bir niteliği haiz olmasının sağlanması gereklidir.

4. Cumhuriyet Savcısının suçun maddi ve manevi unsuru; hukuka uygunluk nedenleri ve isnat yeteneğinin varlığına ilişkin değerlendirmede bulunma yetkisi; CMK m. 171/1 hükmünün kapsamına ilişkin bir husus değildir. Söz konusu hususlara ilişkin olarak Cumhuriyet Savcısının soruşturma evresinde herhangi bir değerlendirmede bulunma yetkisinin varlığı tartışmalı olmakla beraber, bu yetkinin kabulü halinde dahi, CMK m. 171/1 hükmünün uygulanması söz konusu olamayacaktır. Bununla beraber, mevzuatımızda söz konusu hususlara ilişkin olarak Cumhuriyet Savcısının soruşturma evresinde herhangi bir değerlendirmede bulunma yetkisi tanınıp tanınmadığına ilişkin bir belirlilik söz konusu değildir. Zira ifade ettiğimiz üzere CMK m. 171/1 hükmünün kapsamı TCK m. 22 hükmünün gerekçesinde; taksirle işlenen suçlardan dolayı kusurluluğa ilişkin değerlendirmenin ancak olay hâkimi tarafından yapılabileceği ifade edilmektedir. Bununla beraber; TCK m. 89/5 hükmü uyarınca, taksirle yaralama suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı tutulmuş, ancak yine aynı hükümde; TCK m. 89/1 hükmü kapsamına giren yaralama hariç, suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde şikâyet aranmayacağı öngörülmüş, böylelikle de savcı kusurluluk hususunda değerlendirme yapmak zorunda bırakılmıştır.³⁰³ Bununla beraber, ceza

³⁰³ **ÖZEN:** Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının

Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2009, S. 3, s. 22

verilmemesinin mutlak olarak emretmesi hasebiyle mutlak nitelikteki şahsi cezasızlık sebebi olarak ifade ettiğimiz TCK m. 22/6 hükmünün uygulanma şartlarının belirlenmesinde de; taksirli hareket sonucu neden olunan neticenin, münhasıran failin kişisel ve ailevî durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açıp açmadığının takdiri gerekecektir. Bu hususlar soruşturma evresine ilişkin olarak savcının delil değerlendirme ve hukuki nitelendirmede bulunma yetkisine ilişkin olarak Türk Ceza Kanunu'nun öngördüğü sisteminin ne olduğunun anlaşılmasını güçleştirmektedir.

5. Cumhuriyet Savcısının delil değerlendirme yetkisine ve hukuki nitelendirme yetkisine ilişkin olarak kanun sistematığının yarattığı belirsizliğe ek olarak Yargıtay'ın soruşturma sırasında şüphelinin kusur yeteneği ve ceza sorumluluğu bulunmadığını saptayan Cumhuriyet Savcısının, şüpheli hakkında CMK'nın 171/1. maddesine göre kovuşturmayaya yer olmadığına karar verebileceğini öngören kararının da isabetsizliğini izah etmeye çalıştık. Bu anlamda, CMK m. 171/1 hükmünün kapsamının şahsi cezasızlık sebepleri ve etkin pişmanlık hükümleriyle sınırlı olduğunu, bu anlamda Yargıtay Kararında ifade edilen hususların CMK m. 171/1 hükmünün uygulama alanına girmediğini ifade ederek, yaş küçüklüğü veya akıl hastalığı gibi durumların varlığında güvenlik tedbirleri muhakemesine geçilmesi gerektiğini ifade ettik.

6. Cumhuriyet Savcısının kamu davasının açılmaması hususunda takdir yetkisini kullandığı hâllerde CMK m. 173'in uygulanmayacağını öngören CMK m. 173/5 hükmüne ilişkin olarak; CMK m. 171/1 hükmü uyarınca verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarının adli denetim dışında tutulmasının uygulamada yol açabileceği sıkıntılara değindik. Bu bağlamda; doktrinde “*takdir yetkisinin koşullarının var olup olmadığını ve onu keyfilikten kurtarmak için bu yetkinin hukuka uygun olarak uygulanıp uygulanmadığını* denetlemek gereği” şeklinde ifade olunan³⁰⁴ ihtiyacı karşılamak adına 173/5 hükmünün ihdas maksadından hareketle çözüm önerisinde bulunduk.

Bu anlamda CMK m. 173/5 hükmünün ihdas gayesinin Cumhuriyet Savcısına kamu yararı mülahazasıyla kamu davası açma hususunda tanınan takdir yetkisinin denetim dışında bırakılması olduğunu, bu noktadan hareketle de, CMK m. 171/1 hükmünün uygulama alanına ilişkin olarak gerçekleştirilecek yanlış değerlendirmelerin denetim yasağı kapsamında olmadığını ifade ettik. Bu anlamda; CMK m. 173/5 hükmünün kaldırılmasının ya da CMK m. 173/5 hükmünde ifade olunan “*Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmaması hususunda takdir yetkisini kullandığı hâller*” şeklindeki ifadenin; “*Cumhuriyet Savcısının kamu davası açma hususunda kendisine tanınan yetkiyi kullanırken gerçekleştirdiği kamu yararına ilişkin takdir*” şeklinde değiştirilmesinin gerektiğini düşünmekteyiz.

³⁰⁴ ÜNVER/HAKERİ: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Adalet, 2010, s. 504

Bununla beraber, Cumhuriyet Savcısının CMK m. 171/1 hükmü bağlamında vermiş olduğu kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarına karşı başvurulacak idari denetim yolunun açık olduğunu da belirttik.

Bütün bu saptama, öneri ve tavsiyelere ek olarak; Cumhuriyet Savcısına kamu davası açma hususunda takdir yetkisi tanıyan CMK m. 171/1 hükmünün, belirttiğimiz hususlar sebebiyle; -şayet mutlak nitelikteki cezasızlık sebeplerinin söz konusu olduğu hallere ilişkin olarak uygulanmasında diretilmezse- çok dar bir uygulama alanı olduğunu ifade edebiliriz. Bununla beraber, gerek fail hakkında belirttiğimiz sebeplerle güvenlik tedbirleri kovuşturmasına girişilmesinin mümkün olmaması, gerekse de CMK m. 173/5 hükmünün oluşturacağı sıkıntılar, CMK m. 171/1 hükmünün uygulamasına ilişkin sıkıntılara yol açmaktadır. Bütün bu sebeplerle; mahkemelerin iş yükünü azaltma maksadını yerine getirmesi hem zor hem de sıkıntılara gebe olan CMK m. 171/1 hükmünün varlığının sorgulanması da gereklidir. Kanaatimizce; kamu davası açma mecburiyetine maslahata uygunluk gayesiyle istisna getirilerek gerek kişilerin muhakeme süreciyle yıpratılmaması gerekse de mahkemelerin iş yükünün azaltılmasıyla kamu yararının tatmini isteniyorsa; kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu üzerine yoğunlaşılması düşünülebilir. Bu anlamda; gerek mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesini (CMK m. 171/3- (d)) gerek şüpheli hakkında bir denetim süresi öngörmesi (CMK m. 171/4) bakımından CMK m. 171/1 hükmüne göre daha müspet ve somut şartlar taşıyan, bunun yanı sıra itiraz yolu açık olan (CMK m. 171/2) kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu; CMK m. 171/1 hükmünden beklenen faydayı

ziyadesiyle karşılayabilecek niteliktedir. Bu anlamda; ifade ettiğimiz hususlara ilişkin olarak gerekli düzenlemelerin gerçekleştirilmesini, bu arada kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun uygulama alanının genişletilmesi ve CMK m. 171/1 hükmünün ilgasının da üzerinde önemle durulması gereken bir alternatif olarak göz önünde bulundurulması gerektiğini düşünmekteyiz. HAFIZOĞULLARI'nın bir başka konu bağlamında ifade ettiği üzere; her ne kadar kanun koyucunun hata yapmayacağı kabul edilse de, aksaklıkların farkına varıp bunların gereğini yerine getirmek de kanun koyucu için bu kabulden daha büyük bir fazilet vesilesidir.³⁰⁵

³⁰⁵ **HAFIZOĞULLARI: Malvarlığına Karşı Suçların Ortak Genel Yapısı,**

www.zekihafizogullari.com, s. 17

KAYNAKÇA

AKILLIOĞLU, Tekin: “Kamu Yararı Üzerine Düşünceler”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt:24, Sayı:2

ALACAKAPTAN, Uğur: Suçun Unsurları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975

ALDEMİR, Hüseyin: Yeni Türk Ceza Kanunu'na göre Suçta Tekerrür, Terazi Hukuk Dergisi, Y.1 S.1 Eylül 2006

ARSLAN, Çetin/AZİZAĞAOĞLU, Bahattin: Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Asil, 2004

ARTUK, Mehmet Emin: Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu (5237 sayılı TCK m. 301), TBB Dergisi, S. 70, 2007

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Caner: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Turhan, 2006

AYDIN, Murat: Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi Ve Kamu Davası Açma Mecburiyeti, <http://www.murataydin.name.tr>

AYKIN Hasan, Yaklaşım Dergisi, Nisan 2007

CENTEL, Nur: Yeni Ceza Muhakemesi Yasası'na Göre Hazırlık Soruşturmasının Başlaması ve Yürütülmesi, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, S. 1

CENTEL, Nur/ Zafer, Hamide/ ÇAKMUT, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta, İstanbul, 2006, 4. Basım

CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, İstanbul, 2007, 5. Baskı

ÇAĞLAYAN, Ramazan: Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi, AÜEHFD, C. 7, S. 3-4 (Aralık 2003),

DÖNMEZ, Burcu: TCK'DA Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM'nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması, C. 9, S.2, 2007

DÖNMEZER, Sulhi: Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Beta, 16. Bası, İstanbul, 2001

DÜLGER, İbrahim: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 127. Maddesinin (İsnadın İspatı) Anayasaya Uygunluğu Sorunu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2008, C. 16, S.2

DÜLGER, İbrahim: Tıp Ceza Hukukunda Genital Muayene, V. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu “Tıp Hukukunun Güncel Sorunları”, Ankara 2008.

EREM, Faruk: Ceza Usulü Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, 210

ERMAN/ÖZEK, Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar

ERMAN, Sahir: Hakaret ve Sövme Suçları, İ.Ü.Fen Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, İstanbul, 1989

ESER, Albin: Ceza Muhakemesi Hukuku İlkelerindeki Değişme: Ceza Muhakemesi Hukuku Tekrar Özelleşiyor mu?

http://www.freidok.unifreiburg.de/volltexte/3552/pdf/Eser_Ceza_Muhakemesi_Hukuku.pdf

FEYZİOĞLU, Metin: 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu

Hakkında *Bazı* Tespit ve Değerlendirmeler, TBB Dergisi, S. 62, 2006, s. 41

FEYZİOĞLU, Metin: Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre İddianamenin

Hazırlanmasına ve Kabulüne İlişkin Bazı Düşünceler, Ceza Hukuku Dergisi,
Eylül 2006, S.1

FEYZİOĞLU, Metin: Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Yetkin

Yayıncılık, Ankara, 2002

GEDİK, Doğan: Ceza Hukukunda Şahsi Cezasızlık Sebepleri, Bir

Uygulamacının Ceza Hukuku Makaleleri, Adalet, Ankara, 2010, s. 3

GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2004,

GÜNGÖR, Devrim: 5237 ve 5271 Sayılı Kanunlar Işığında Şikâyet

Kurumu, 2009, Ankara, Yetkin

GÖKCAN, HASAN Tahsin: Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka

Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar,
Ankara, Seçkin, 2008

HAFIZOĞULLARI: Malvarlığına Karşı Suçların Ortak Genel Yapısı,

www.zekihafizogullari.com

HAFIZOĞULLARI, Zeki: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Fail, İsnat

Yeteneği, İsnat Yeteneğini Azaltan veya Kaldıran Nedenler,

www.zekihafizogullari.com

HAFIZOĞULLARI, Zeki: Ceza Hukuku Düzeninde Cezalandırma Hukuki

İlişkisi, www.zekihafizogullari.com

HAFIZOĞULLARI, Zeki: Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda *İstenemezlik İlkesi* (*Nichtzumutbarkeit/ L'inesigibilita*), AÜHFD, C.57, Y. 2008, S.3

HAFIZOĞULLARI, Zeki: Hukuka Uygunluk Nedenleri,
www.abchukuk.com

HAFIZOĞULLARI, Zeki: Türk Ceza Hukukunda Şerefe Karşı Suçlar,
www.zekihafizogullari.com

HAFIZOĞULLARI, Zeki/ GÜNGÖR, Devrim: “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, TBB Dergisi, Sayı 69, Y. 2007

HAFIZOĞULLARI/KURŞUN: Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk

HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: ‘Hırsızlık’, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 12, Y. 2008, S. 1-2

HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, Ankara, 2008

KANTAR, Baha: Ceza Muhakemeleri Usulü, İkinci Kitap Muhakeme Usulü, İstanbul, Cumhuriyet Matbaası, 1946,

KARADENİZ, Özcan: Roma’da Kamulaştırma ve ‘Kamu Yararı’ Kavramı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975

KELEŞ, Ruşen: “Kentleşme ve Kamu Yararı”, Kent ve Siyaset Üzerine Yazılar, IULA-EMMA, İstanbul, 1993,

KEYMAN, Selahattin: Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık, AÜHF Yayınları No:266, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970

KUNTER, Nurullah: Ceza Hukuku Milletlerarası Beşinci Kongresi, İÜHF, Cilt XIII Sayı 3, Ayrı Bası, İstanbul, 1947

- KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe:** Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, Onaltıncı bası, İstanbul, 2007
- KURT, Şahin/ KURT, Ela:** Uygulamada Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları ve İlgili Mevzuat, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007
- MALKOÇ, İsmail/ GÜLER, Mahmut:** Uygulamada Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu C.1 Ankara 1998 s.612
- NUHOĞLU, Ayşe:** Aile Düzenine Karşı Suçlar, Beta, İstanbul, 2009
- ONAR, Sıddık Sami:** İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1966 C. 1
- ÖZBEK, Mustafa:** Ceza Muhakemesi Kanununda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Mağdur Fail Uzlaştırmasının Usul ve Esasları, AÜHFD, S.4, Y. 2007
- ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray:** Zorunluluk Halinin (TCK m. 25/2) Hukuki Niteliği Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9 S: 2
- ÖZBEK, Veli Özer:** TCK İzmir Şerhi: Yeni Türk Ceza Kanunu'nun anlamı (açıklamalı - gerekçeli - içtihatlı) : Genel hükümler (Madde 1-75) , Seçkin, Ankara, 2006
- ÖZBEK, Veli Özer:** Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, Seçkin, Ankara, 1999
- ÖZDABAKOĞLU, Erdinç Hakan:** 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları ve İlgili Mevzuat, Adalet yayınevi, Ankara, 2007

ÖZEN, Muharrem: “Hakaret ve Sövme Suçlarında Özel Tahrik Halleri”,
A.Ü.H.F.D, C. 51, S. 3, 2002

ÖZEN, Mustafa: Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler,
Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi, Ankara
Barosu Dergisi,

ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Gazi Şerhi, Seçkin, Ankara, 2006

ÖZTEKİN, Tosun: Ceza Davasının Açılmasında Sistemler, İÜHFM, Cilt:
34, Sayı: 1-4, (1969).

ÖZTÜRK, Bahri: Ceza Muhakemeleri Kanununu Değiştiren 3206 Sayılı
Kanunun Memurların Muhakemesine Etkileri, Yargıtay Dergisi, Temmuz
1986,

ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku Ve
Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin, Ankara, 2006, s.113

ÖZTÜRK, Bahri: Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti
(Hazırlık Soruşturması), D.E.Ü.Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi
No:17,Ankara, 1991

ÖZTÜRK, Bahri: “ Ceza Muhakemeleri Kanununu Değiştiren 3206 Sayılı
Kanunun Memurların Muhakemesine Etkileri”, Yargıtay Dergisi, Temmuz
1986, s.260 vd.

ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve
Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin, Ankara, 2008

ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Yeni Ceza
Muhakemesi Hukuku, Seçkin, Ankara 2008,

ÖZYÖRÜK, Mukbil: İdare Hukuku Dersleri, 1972,

<http://auhf.ankara.edu.tr/kitaplar/kamu-hukuku/idare-hukuku-dersleri-dr-mukbil-ozyoruk/>

SARAÇ, Osman: Kamu Yararı Kavramı,

http://212.174.133.188/calismalar/maliye_dergisi/yayinlar/md/md139/O.%20SARAC.pdf ,

SEVÜK, Handan Yokuş: Uyuşturucu Veya Uyarıcı Maddelere Kullanılmasına İlişkin Suçlar, Seçkin, Ankara, 2007

SOYASLAN, Doğan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007

TANER, Fahri Gökçen: "Banka ve Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu Bir Bileşik Suç mudur?", AÜHFD, 2007, c. 56, S. 2, s. s.

TOROSLU, Nevzat/ FEYZİOĞLU, Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2006,

TURHAN, Faruk: Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil, Ankara, 2006

TUNAYA, Tarık Zafer: Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, İ.Ü Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1980,

TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2005

TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara,2005

TOSUN, Öztekin: "Ceza Davasının Açılmasında Sistemler", İÜHFM, C.34, S.1-4

ÜÇOK, Coşkun: “Savcılıkların Avrupa Hukukunda Gelişmesi ve Türkiyede Kuruluşu”, Ord. Prof. Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan, A.Ü.H.F Yayınları, Ankara, 1964

ÜNVER,Yener/HAKERİ, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Adalet, 2010

YAYLA, Yıldızhan: İdarenin Takdir Yetkisi, İHFM, C. 30,1964, S. 1-2,

YAŞAR, Yusuf: Tekerrür Çeşitleri-TCK sistemi, <http://www.e-akademi.org>

YENİDÜNYA, Caner: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Kamu Davasının Açılması, İddianamenin Unsurları ve İadesi, <http://www.e-akademi.org>

YENİSEY, Feridun: CMK’nın Genel Değerlendirmesi, Ceza Hukuku Dergisi, S. 2, 2006

YENİSEY, Feridun: Hazırlık Soruşturması ve Polis, Beta, İstanbul, 1987

YILDIRIM, Turan: Kamu Yararı ve Disiplin Cezalarının Affı, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg18/YILDIRIM.PDF

YURTCAN, Erdener: Ceza Yargılaması Hukuku, Beta, 12. Bası, İstanbul,

2007

SÖZLÜKLER:

www.tdk.gov.tr

DEVELLİOĞLU, Ferit: Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Aydın Kitabevi, Ankara, 17. Baskı, 2000

ÖZET

İncelememizin konusu; Ceza Muhakemesi Hukukumuzda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile giren, Cumhuriyet Savcısının kamu davasını açmada takdir yetkisini düzenleyen CMK m. 171/1'in uygulama alanı ve sınırlarıdır. Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde; kovuşturma mecburiyeti ilkesi ve maslahata uygunluk ilkesi ele alınmıştır. Çalışmamamızın ikinci kısmı; CMK m. 171/1 bağlamında Cumhuriyet Savcısının kamu davası açma hususunda takdir yetkisini kullanabileceği TCK hükümlerinin incelenmesine ayrılmıştır. Çalışmamamızın son bölümünde ise; CMK m. 171/1 hükmü uyarınca Cumhuriyet Savcısının kamu davası açma hususunda takdir yetkisine sahip olduğu haller, çalışmanın ikinci bölümünde gerçekleştirdiğimiz tespit ve değerlendirmeler aracılığıyla belirlenmiştir. Çalışmamamızın son bölümünde CMK m. 171/1 uyarınca verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararlarına karşı yargısal denetim yolunun kapalı olmasının uygulamada yol açabileceği sorunlar bu sorunlara ilişkin olarak tespit ve tavsiyelerimize de yer verilmiştir.

Çalışmamamızın sonuç kısmında ise incelememiz boyunca konuya ilişkin olarak ifade ettiğimiz problemler, bunlara ilişkin olarak gerçekleştirdiğimiz değerlendirme, öneri ve tavsiyelerimiz özetlenerek neticeye varılmıştır.

ABSTRACT

The subject of our study is the limits and scope of application of the Article 171/1 of Turkish Code of Criminal Procedure which regulates the discretionary power of the Public Prosecutor to initiate a criminal prosecution by filing a bill of indictment, an authority which has been introduced to our Law on Criminal Procedure for the first time with Code of Criminal Procedure, No. 5271. Our study consists of three main chapters. In the first chapter, the principle of public prosecutor's obligation to initiate a prosecution and the principle of conformity with the affair had been taken into the consideration. The second chapter of our study examines the provisions of the Turkish Criminal Code which grants the Public Prosecutor, the discretionary power of initiating a prosecution by filing a bill of indictment, in the context of Article 171/1. And in the final chapter of our study, the situations in which the public prosecutor has the discretionary power to initiate a prosecution by filing a bill of indictment under Article 171/1 of the Turkish Code of Criminal Procedure are determined in the light of the findings that we have reached and the evaluations that we have made in the second chapter. The final chapter also includes the problems which may occur in practice due to the fact that Public Prosecutor's decisions of not filing indictment cannot be legally scrutinized under the rules of Turkish Code of Criminal Procedure and our determinations and suggestions regarding to these problems.

In the conclusion part of our study, we have drawn conclusion by summarizing the problems, which we have stated throughout this study and our evaluations, recommendations and advices about these issues.

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
CEZA ve CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU BİLİM DALI

CMK m. 171/1 UYARINCA CUMHURİYET SAVCISININ
KAMU DAVASI AÇMADA TAKDİR YETKİSİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tez Danışmanı :

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

Prof. Dr. Metin Feyzioğlu



Doç. Dr. Devrim Güngör



Prof. Dr. Zeki Hafızoğlu



Tez Sınavı Tarihi ... 19.12.2011 ..