

## CEZA DAVASININ AÇILMASINDA SİSTEMLER

Yazan: Prof. Dr. Öztekin Tosun

### İçindekiler

Giriş. I — Terim. II — Sistemlerin mahiyeti: 1) İhbar ve şikâyet üzerine kovuşturma ile ilgisi; 2) Ceza Hukukuna hakim felsefe ile ilgisi; 3) Muhakeme hukukundaki itham ve tahkik sistemlerle ilgisi; 4) Af ile ilgisi; 5) Suç hukuku veya muhakeme hukuku ile ilgisi. III — Mukayeseli hukuktaki durum: 1) Mecburilik sistemini kabul etmiş bulunan devletler; 2) Takdirilik sistemini kabul etmiş bulunan devletler. IV — Mecburilik ve takdirilik sistemlerinin karşılaştırılması: A — Sistemleri bazı prensiplere göre karşılaştırma: 1) Kuvvetler ayrılığı prensibi bakımından; 2) Suçların kanuniliği prensibi bakımından; 3) Cezaların kanuniliği prensibi bakımından; 4) Cezaların ferdileştirilmesi prensibi bakımından; 5) Kanun önünde eşitlik prensibi bakımından. B) Bazı durumlar bakımından karşılaştırma: 1) Mahkemelerin işini arttırma bakımından; 2) Ceza Hukukunu siyasete âlet etme bakımından; 3) Tarih içindeki gelişmeleri bakımından; 4) Heryerde uygulanabilmeleri bakımından. Sonuç.

## Giriş :

Ceza davasının açılması konusunda birbirinden farklı sistemler bulunduğu hususu oldukça geç anlaşılmış bir konudur. 1890 Milletlerarası Ceza Hukuku birliğinde bu meselenin tesadüfen, suç kurbanının rızası görüşülürken üzerinde durulduğu belirtilmiştir (1). 1925 Londra İnfaz milletlerarası kongresinde ise mesele doğrudan doğruya ele alınarak bir çok raporlara konu olmuş, tartışılmış ve bu hususta bazı kararlara varılmıştır (2). Bu şekilde mesele üzerinde artık durulmasına lüzum kalmamış gibi görünmesine rağmen, İsviçrede bütün konfederasyona yaygın bir ceza kanununun yürürlüğe girmesinin doğurduğu tesirler araştırılırken, «İsviçre Hukukçular Birliği», federal hukukun ceza davasının açılmasında yürürlükte olan farklı sistemleri değiştirmeğe sevk edip sevk etmediği meselesi üzerinde de durulmuş (1946), bazı üyeler bu meselenin ayrıca ele alınmasının iyi olacağı temennisinde bulununca Cenevre'de toplanan 1947 Ceza Hukuku V. milletlerarası kongresinde görüşme konularından biri olarak bu sistemler ele alınmıştır (3). Buna rağmen, meselenin önemli olduğu, ayrı bir kongrede ele alınması gerektiği düşünülerek, nihayet Ceza Hukuku IX. milletlerarası Lahey kongresinde bu sistemler üzerinde durulmuştur. Bu kongrenin hazırlık çalışmalarından 1963 Brüksel toplantısında «Ceza Muhakemesinde kovuşturma organlarının rolü» meselesi hakkında verilen raporlar incelenmiş ve iş Laheyde görüşülecek kıvama getirilmiştir.

---

(1) İşaret eden, CLERC, François: Principe de légalité ou principe d'opportunité en matière de poursuites pénales. Rapport général présenté au V. Congrès international de droit pénal (Actes du Congrès. Paris, 1952, sh. 218).

(2) Bu hususta, bk. Actes du Congrès pénitentiaire international de Londres, août 1925 «Rapports sur les questions du programme de la première section: Législation», cilt II, Berne, 1926. Tartışmalar için cilt I.

(3) Raporlar ve tartışmalar (1) No. lu nottaki kitapta toplanmıştır.

tir (4). Fakat Lahey kongresinde de bu sistemlerin sakıncalarını giderecek tedbirlerin incelenip geliştirilmesi gerektiği, bu hususta çalışmalar yapılmasının faydalı olduğu karara bağlanmıştır.

Görüldüğü gibi, mesele tam mânâsile halledilmiş olmayıp, henüz tartışma ve inceleme safhasında bulunmaktadır. Etüdümüzde son nokta yani sistemlerin sakıncalarını giderme meselesi üzerinde duracak değiliz; çünkü, bu mesele, işaret ettiğimiz gibi başlı başına bir inceleme konusu olacak kadar önemlidir.

Biz bu incelememizde önce ceza davasının açılmasında rastlanan iki sisteme verilen ad ve bu sistemlerin mahiyeti üzerinde duracak sonra mukayeseli hukuktaki duruma bir göz atacak, dördüncü kısımda her iki sistemi birbiriyle karşılaştırarak bir sonuç ile incelememize son vereceğiz.

## I — Terim :

Ceza davasının açılması ödevinin yerine getirilmesinde savcılık iki şekilde davranabilmektedir. Bir sisteme göre, kanunda suç olarak tarif edilmiş bir fiilin işlendiğini haber alınca ve bu hususta yeter şüpheler varsa savcı dava açmak zorundadır. İkinci bir sisteme göre, bu durumda savcılık dava açmak zorunda değildir; ceza verilmesini uygun bulduğu takdirde dava açar, uygun bulmadığı takdirde dava açmaz.

Bu sistemlerden birincisine, kanunîlik, mecburîlik, takdirî olmama sistemi denilmekte, ikincisine ise, maslahata uygunluk, uygunluk, takdirîlik sistemleri adı verilmektedir.

Manzini, kanunîlik (legalità) teriminin Almanlardan geldiğini, bunun tersinin kanunsuzluk (illegalità) olduğunu belirterek, kanunîlik yerine takdire bağlı olmama (non-discrezionalità) sistemi denilerek, karşı sisteme takdirîlik (discrezionalità) sistemi denmesini uygun bulmaktadır (5). Sabatini'nin de buna yakın bir şekilde takdirîlik (discrezionalità) ve takdirî olmama (indiscrezionalità) sistem-

(4) Raporlar ve tartışmalar için, bk. *Revue internationale de droit pénal*. 1963, sy. 3 - 4, sh. 1 ve devamı.

(5) MANZİNİ, Vincenzo: *Trattato di diritto processuale penale italiano*. Torino, 1949, cilt I, sh. 226/not 1.

lerinden bahsettiği görülmektedir (6). Massari, (accusation facultative, discretionnelle, d'opportunité) yani ihtiyarî, takdirî, uygunluk davası terimlerini kullanmaktadır, öteki sisteme de kanunîlik sistemi demektedir (7). Foschini, İtalyan doktrininde kanunîlik (legalità) ve uygunluk (opportunità) terimleri yerine daha fazla mecburîlik (obbligatorietà) ve takdirîlik (discrezionalità) terimlerinin kullanıldığına işaret etmekte, fakat kendisi daha önce gösterdiği terimleri tercih etmiş bulunmaktadır (8).

İngiliz ve İsrail tatbikatının uygunluk terimini bilmediği, «pouvoir discrétionnaire = takdir yetkisi»'nden söz ettiği belirtilmiştir (9).

Türkçede Kunter mecburîlik ve maslahata uygunluk, Erem mecburîlik ve uygunluk terimlerini kullanmaktadırlar (10).

Bizce de, kanunîlik terimi tam isabetli olmasa gerektir; kanunîlik olsa olsa bir hususun kanunda gösterilmiş olmasını ifade eder; karşı sistemin de kanunda açıkça yazılı olduğu devlet mevzuatı bulunduğuna göre, bu gibi hallerde her iki sistemde de kanunda gösterilen hususların gözönünde tutulması söz konusu olacaktır ve sistemleri birbirinden ayıracak bir terim bulunmadığı görülecektir. Mukayeseli hukuk bahsinde ikinci sistemin bazı devletlerde örf ve adet icabı uygulanmasına karşılık, bazı devletlerin kanunlarında bu hususta açık hüküm bulunduğu ve oralarda bu sistemin kanuna dayandığını göreceğiz. Bu bakımdan, kanunîlik yerine mecburîlik teriminin geçmesinin uygun olduğunu kabul etmekteyiz. Mecburîliğin tersi ihtiyarîlik de olabilir, takdirîlik de olabilir. Burada daha ziyade ihtiyarın takdire göre kullanılması bahis konusu olacaktır. Bu bakımdan, maslahata uygunluk şeklindeki uzun ve eski dildeki deyimle hukukî bir tabir şeklinde olmayan uygunluk terimini değil de mecburîlik ve takdirîlik terimlerini kısa ve kullanışlı bulmaktayız.

(6) SABATINI, Guglielmo: Principi di diritto processuale penale. Catania, 1948, cilt I, sh. 81.

(7) Massari, Eduardo: Rapport (Not 2'deki tutanaklar, cilt II, sh. 52).

(8) FOSCHINI, Gaetano: Sistema del diritto processuale penale. Milano, 1965, cilt I, sh. 110/111.

(9) COHEN, Chaim: Rapport (Not 4'deki dergi, sh. 189).

(10) KUNTER, Nurullah: Ceza Muhakemesi Hukuku. İstanbul, 1967, sh. 120; EREM, Faruk: Ceza Usûlü Hukuku, Ankara, 1964, sh. 192 ve arkası.

## II — Sistemlerin mahiyeti :

### 1) İhbar veya şikâyet üzerine kovuşturma ile ilgisi :

Mecburîlik ve takdirîlik sistemlerinden her zaman aynı mânânın murad edilmediğine işaret olunmuştur (11). Meselâ, İsviçre'de bölgelere göre ayrı mânâlar verildiği görülmüştür. Zoug kantonunun kanuna göre, kanunîlikten maksat muhakemesiz ceza olmayacağıdır. (Nulla poena sine lege = Keine Strafe ohne Verfahren). İsviçre'nin Alman bölgesinde ise kanunîlikten anlaşılan bir ihbar olduğunda hâkimin bunu takip edip etmemesidir. Fransız bölgesinde ise, tıpkı Fransa'da olduğu gibi, savcının bir ihbar veya şikâyet halinde dava açmasının mecburî olup olmadığı anlaşılmıştır. Aynı şekilde, başlarda bu kavramlara başka mânâ verildiği, meselâ, İngiltere delegesinin devamlı olarak ihbar üzerine kamu kovuşturma makamlarının harekete geçme mecburiyetinde olup olmadıklarından söz ettiği görülmektedir (12). Daha sonraki kongrelerde artık bu ayrı mânâlandırmaların azaldığına, kavramlar üzerinde birleşildiğine rastlanmaktadır. Artık ihbar veya şikâyet üzerine mecburiyet olması mecburîliktir, mecburiyet olmaması ise takdirîlik şeklindeki yanlış ayırımı itibar eden kalmamıştır, denebilir. Mecburîlik sisteminde de her ihbar veya şikâyet üzerine dava açılması mecburiyeti yoktur; mecburiyet ancak fiilin suç teşkil etmesi ve kovuşturulması için bütün şartların bulunması halindedir.

### 2) Ceza hukukuna hâkim felsefe ile ilgisi :

Ceza hukukuna hâkim başlıca iki felsefe kefaret ve iyileştirme fikirlerine dayanmaktadır. Genellikle Fransız hukukçuların bu sistemleri felsefî doktrinlere dayadıkları, Bentham'cuları takdirîlik, Kant'cuları ise mecburîlik taraftarı kabul ettikleri ileri sürülmüştür.

(11) CLERC, François: Rapport national (Note «1»'deki kitap, sh. 199/200).

(12) Meselâ, 1925 Londra Ceza İnfazı milletlerarası kongresine verilen raporların birinde ferdin bazı hallerde «Compounding a felony» dava açmak mecburiyetinde olduğundan bahsedilmektedir; anlaşıldığına göre, bu, ihbarda bulunmak mecburiyetidir (Bk. DUNNING, Leonard: Rapport (Not 2'deki kitap, cilt II, sh. 25).

Bunun yerinde olmadığı söylenmiştir (13). Bu fikre göre, mecburilik prensibinin kefarete, takdirilik prensibinin ise iyileştirmeye dayandığı tarihî bakımdan doğru değildir; çünkü, takdirilik sistemi uygulandığı zamanlarda daha modern iyileştirme nazariyeleri ortaya atılmış değildir (14). Sonuç olarak, bu sistemler felsefeyi temel almamakta, fakat tamamen pratik zaruretlere dayanmaktadırlar.

Uygulama bakımından bu görüş yerindedir. Gerçekten, bu sistemler ortaya çıkarken iyileştirme fikirleri veya kefarete görüşü ile hareket edilmiş olmasa gerektir. Kaldı ki, bu sistemler savcılığın kurulmasından sonra söz konusu olabilmektedir; bu bakımdan pek eskiye inmek mümkün olmasa gerektir. Fakat genellikle, bu sistemlerden takdiriliğin iyileştirme fikrinden çıkmamakla beraber, ona daha uygun düştüğü söylenmiştir; bu iddianın mantığa aykırı olmadığı üzerinde ilerde durmak fırsatını bulacağız.

### 3) Muhakeme hukukundaki itham ve tahkik sistemlerle ilgisi:

Clerc, bu sistemlerin hem itham, hem de tahkik sistemleri bakımından mümkün olduğunu, nitekim kilise hukukunda bile bunlara yer bulunabileceğini beyan etmektedir (15).

Buna karşılık, oldukça eski bir tarihte, bu iki sistemin ancak savcı bulunması halinde söz konusu olabileceği, ferdin dava açma bakımından bir mecburiyetinin olamayacağını tabii bulunduğu söylenmiştir (16).

Bilindiği üzere, itham sisteminde davanın hâkimden başkası tarafından açılması şart iken, tahkik sisteminde hâkim davaya kendisi başlayabilmektedir. Durum bu olunca, kanunda suç olarak gösterilmiş fiil için dava açmak gerek hâkimden başkası bakımından, gerekse böyle bir şahsın aranmadığı hallerde hâkim bakımından mec-

(13) CLERC, François: Rapport général (Not 1'deki kitap, sh. 218/219).

(14) VRÏJ'in konuşması (a.g. kitap, sh. 238).

(15) CLERC, François: Rapport général (Not 1'deki kitap, sh. 226/227).

(16) Macar delegesi ZEHÉRY, Louis: Convient-il de laisser à l'autorité chargée des poursuites, la faculté de statuer sur leur opportunité? — Dans l'affirmative, cette faculté doit - elle être restreinte dans certaines limites et soumise à un contrôle? — Convient-il dans ce même ordre d'idées d'attribuer au juge la faculté de ne pas prononcer de condamnation, bien que le fait soit matériellement établi? (Not 2'deki cilt II, sh. 106).

burî veya takdirî sayılabilir; bu bakımdan, bu iki sistemin itham veya tahkik sistemleri karşısında durumu farklı değildir.

İtham sisteminde hâkimden başka birinin davayı açması lâzımdır derken, bu başkasının savcı veya ferd olması mümkündür. Ferdin dava açması gerçekten hiç bir zaman mecburî tutulmamaktadır. Bu bakımdan ferdlerin dava açması halinde mecburîlik sisteminin yeri olmayacağı şeklindeki beyan yerindedir. İtham sisteminde savcının dava açması halindedir ki bu iki sistemin de söz konusu olabileceği görülmektedir. Hatta, savcının dava açma tekeline sahip bulunması halinde mecburîlik ve takdirîlik sisteminin kabul edilmesinin üzerinde durulmaya değer olduğu belirtilmiş, İngiltere'de olduğu gibi herhangi bir kimse de dava açabilirse, bu iki sistemden herhangi birinin bulunması arasında fark olmayacağı hatırlatılmıştır (17). Bizce bu beyan tamamen yerinde değildir. Savcı dava açma tekeline sahip olmasa bile eğer kanunîlik veya mecburîlik sistemi varsa dava açılması mecburîdir; ferdlerin dava açma yetkisi bulunması tesir etmiyecektir; ferdlerin bu yetkiyi haiz olmalarının tesiri dava açmaması halinde görülecektir. Savcının dava açma tekeli olmadığı hallerde takdirîlik sistemi kabul edildiğinde ise durum aynı değildir; savcı ister davayı açar, ister açmaz; ancak, savcı dava açmadığı halde ferdin dava açma yetkisi aynı şekilde tesirli olur.

#### 4) Af ile ilgisi :

Kamu davası af yolu ile ortadan kaldırılabilmektedir. Şikâyeti geri alma veya şikâyet etmeme halleri de ferdî affa (grâce privée) benzetilmiş, ferde tanınan bu yetkinin savcılığa da tanınması halinde takdirîlik sisteminden, tanınmaması halinde mecburîlik sisteminden bahsedildiği söylenmiştir (18). Aynı benzetme bir başka şekilde daha ifade edilmekte ve şikâyete bağlı suçlarda ferd kovuşturmanın gerekli olup olmadığını takdir ederken, devletin böyle bir yetkiden yoksun olmaması lâzımgeldiği söylenmektedir; bu fikre göre şahıslara şikâyet hakkını tanımakla korunan menfaatler, devlet bakımından mecburîlik sisteminde şahıslardaki kadar bile ko-

(17) SPEYER'in konuşması (Not 2'deki kitap, cilt I, sh. 63).

(18) CARNELUTT'nin konuşması (Not 1'deki tutanaklar, sh. 233/234).

runmuyor demektir (19). Netice itibarile toplum cezalandırma hakkına sahip olduğu gibi, bundan vaz da geçebilir (20).

Takdirîlik sisteminde dava açmamayı toplum adına şikâyet etmeme, affetme olarak kabul eden bu görüşler tenkid edilebilir. Şöyle ki, takdirîlikte dava açmama yolunda karar verilmesi af halinde olduğu gibi bir daha dava açılmasına engel olmamakta, aynı fiil için savcılık daha sonra dava açabilmektedir. Hatta bu esneklik bu sistemin suçluluğu önlemekte bir üstünlüğü olarak kabul edilmekte, davanın açılmasının geri bırakılmasının cezanın uygulanmasının geri bırakılmasından daha fazla sanığı suç işlemekten alıkoyduğu ileri sürülmektedir.

##### 5) Suç hukuku veya muhakeme hukuku ile ilgisi :

Genellikle mecburilik ve takdirîliğin muhakeme hukukunu ilgilendirdiği kabul edilmektedir. Şöyle ki, dava açmaya sıra gelmesi için bir kere suç işlemiş, unsurları tamamlanmış olmalıdır. Bu olduğuna göre, artık suç hukuku ile ilgi kalmamıştır; bundan sonraki safha muhakeme hukuku ile ilgilidir.

Yaygın görüş bu olmakla beraber, özellikle takdirîlik sistemi üzerinde durulurken, bu sistemin basit bir muhakeme meselesi olmadığı, suçun teşekkülü ile ilgili bazı hususların bu sistemde dava açılmamasını sağladığı şeklinde fikirlerle karşılaşmaktadır. Hollandalı cezacılarından Vrij, suçlarda maddî, manevî unsurun bulunmasına, hukuka aykırı bir fiil olmasına rağmen, «subsocial» dediği unsurun olmaması dolayısıyla ceza verilmesinden vazgeçildiğine temas etmektedir. Yazar, buna kamu davasının açılmasında takdirîlik prensibinin uygulanması denerek geçildiğine işaret etmekte, fakat bu şekilde işin halledilmediğini belirtmektedir. Ona göre, suçtan bir şeyler eksildiği içindir ki ceza davasından vazgeçilmiştir (21).

(19) MASSARI, Eduardo: Rapport (Not 2'deki tutanaklar, cilt II, sh. 52).

(20) MATOUS, Rodolphe: Rapport (Not 2'deki tutanaklar, cilt II, sh. 63).

(21) VRIJ, M.P.: Quelques principes concernant l'information du juge sur l'inculpé (Revue de droit pénale et de criminologie. 1951 - 52, sy. 3, 1951 décembre, cilt 32, sh. 223-224); Influence de criminologie sur l'évolution du procès pénal (Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1952, sy. 2, sh. 228/not 1, 231/232, 238). Aynı husus, TOSUN, Öztekin: Suçluların gözlemi. İstanbul, 1966, sh. 297/298.



Bu görüş sonucunda, ceza davasının açılmasındaki sistemlerin bir muhakeme meselesi değil, fakat suçun kurucu unsurlarına ait bir temele dayandığı, suç hukuku meselesi olduğu kabul edilmelidir. Nitekim, takdirîlik sistemini yerinde bulmıyan yazarların meseleyi bu yönden ele aldıkları görülmektedir. Bunlardan Givanovitch, «Takdirîlik prensibinin kabul edilmesi halinde maddî ceza hukuku şekli ceza hukuku tarafından değiştirilmiş, düzeltilmiş olur ki bu kabul edilemez... Bu durumda, cezanın ortadan kaldırılması için yeni bir sebep (cause de suppression de la peine), bir uygun olmama (non - opportunité) sebebi ihdas edilmektedir...» diyerek bu şekilde suç hukukunu ilgilendiren bir konu ile karşılaşıldığını belirtmektedir. Siewierski de kovuşturma yapmamayı açıklarken, bu hususun maddî ceza hukukuna ait bir konu olduğunu söylemiş olmaktadır. Ona göre, «.. Suçun esaslı unsuru, Marksist ceza hukuku görüşünde onun sosyal bakımdan tehlike arzemesindedir. Bu bakımdan, kovuşturmamama kararı verilmesi suçun maddî mahiyetile çözülmektedir.» (23). Suçun cezalandırılabilmesi için, onun kanunda unsurlarının tespit edilmiş bulunması yanında, Sovyet Ceza Hukukunda ayrıca onun «sosyal bakımdan tehlike arzemesi» de aranmaktadır. 25 aralık 1958 Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği Yüksek Şurası, 15 Cumhuriyette de kanunların yakınlaştırılması için bir takım «Prensipiler» kabul etmiştir. Bu arada Ceza Kanunu Prensipleri de bulunmaktadır. Bunun 7. maddesinde «Ceza kanunlarının öngördüğü bir fiilin şekli kriterlerine uymakla beraber önemsizliği sebebiyle sosyal bakımdan tehlike arzetmiyen icra ve ihmal bir suç teşkil etmez.» kaidesi yer almış bulunmaktadır. Bu durumda, sosyal bakımdan tehlike bir fiilin cezalandırılması için bulunması gereken bir unsur haline gelmektedir (24).

Biz de, özellikle takdirîlik sisteminin dayanağını suç hukukunda, suçun unsurlarında, tehlike halinde bulunduğunu kabul ediyoruz. Fakat bu sebepten dolayı suç hukuku kaidelerinin muhakeme hukuku kaidelerince değiştirildiğinden yakınanlara katılmıyoruz. Bu konunun incelenme yerinin de suç hukuku değil, muhakeme hukuku ol-

(22) GIVANOVITCH, Thomas: Rapport (Not 1'deki kitap, sh. 214).

(23) SIEWIERSKI: Rapport (Not 4'deki dergi, sh. 251).

(24) Sovyet Rusyadaki durum için bk. TOSUN, Öztekin: Gazetecilik Enstitüsü için Suç Hukuku Dersleri. İstanbul, 1967, sh. 44/45.

duğu kanaatindeyiz; çünkü, hukuk incelemeleri de, hukuk düzenlemesi gibi, bir bütün teşkil etmekte, sırf arayana kolaylık olması, daha kolay öğrenilmesi gibi saik ve maksatlarla hukuk bir takım dallara bölünmüş bulunduğu gibi, öğretim de bir takım ayırımları gerektirmiştir. Dava açma, savcı, hâkim, kovuşturama kararı gibi kavramlar ancak muhakeme hukukunda karşımıza çıktığı ve bu konu da bunlar bilinmeden pek anlaşılmadığı için, temeli suç hukukunda da olsa, onun incelenme yeri ceza muhakemesi hukuku olarak kalabilir, kanaatindeyiz. Zaten, ceza muhakemesi hukuku, suç hukuku kavramları bilindikten sonra daha iyi öğrenilebilmektedir.

### III — Mukayeseli Hukuktaki durum :

Bugün dünyada bir çok ülkeler ceza davası açılmasında mecburîlik sistemini, bir çokları da takdirîlik sistemini kabul etmiş bulunmaktadırlar.

#### 1) Mecburîlik sistemini kabul etmiş bulunan Devletler :

Almanya, Türkiye, İtalya, Yunanistan, Çekoslovakya, Yugoslavya, İsviçre'de Alman bölgesi kantonlarının mecburîlik sistemini kaideler olarak kabul ettikleri görülmektedir.

Almanya'da 1879'a kadar uygunluk prensibinin uygulanmış bulunduğu haber verilmektedir. Bu tarihteki kanunla mecburîlik sistemine geçilmiştir (25). Bu durum 1924 yılına kadar sürmüş, 1924'de takdirîlik sistemi lehine bir kayma hissedilmiştir. Kabahatlerde eğer sanığın kusuru az önemli ve suçun meydana getirdiği sonuçlar da az önemli ise, kamu faydası aksini gerektirmediğinde kovuşturma yapılmaması kabul edilmiştir; cünhalarda ise savcı hâkimin razı olması üzerine kovuşturma açmamaktaydı. Nasyonal Sosyalist rejimin son yıllarında mecburîlik prensibi iki safhada bir yana bırakılmıştır: 1) Cünhalarda savcı dava açmadığında, bu kararnameyi hâkimin tasdikine sunarken, 1942'de bu mecburiyet kaldırıldı; savcının

(25) STARKE, W.: La compilation d'une statistique pénitentiaire internationale est-elle utile? Est-elle possible? Si oui, dans quelles limites devrait-on se tenir? D'après quel système devrait-elle être faite? Rapport (Actes du Congrès pénitentiaire international de Saint-Petersbourg, 1890. Cilt III, sh. 697).

kararı yeterli sayıldı. 2) Millî savunma gerekçesile savcının dava açmama yetkisi cinayetlerde bile kabul edildi (1944). Fakat bu iki değişiklik halen kaldırıldığından 1924'deki durum geri gelmiştir. Sonuç olarak Almanya'da bugün cinayetlerde mecburîlik sistemi; cünhalarda önemli hallerde yine mecburîlik sistemi; cünhalarda az önemli hallerde ve kabahatlerde takdirîlik sistemi uygulanagelmektedir (26).

Yunanistan'da savcı bir suç işlendiğinde dava açmak mecburiyetindedir. Yunan Ceza muhakemeleri kanununun 43. maddesine göre, suç işlendiğini öğrenen savcı dava açmak mecburiyetindedir; aynı kanunun 245. maddesinin 1. fıkrasına göre, davasından vazgeçmesi de mümkün değildir (27). Çekoslovakya da mecburîlik sistemi vardır; savcı kamu faydası bulunmadığı için işlenmiş bir suçu kovuşturamazlık edemez (28).

Yugoslavyada sanığın 18 yaşından büyük veya küçük olmasına göre durum değişmekte, fakat mecburîlik sistemi ağır basmaktadır. Şöyle ki, sanık 18 yaşından büyükse, mecburîlik sistemi uygulanmaktadır; sanık 18 yaşından küçükse verilecek cezaya göre mesele ayırma tabi tutulmaktadır: eğer ceza 5 yıldan fazla ise mecburîlik sistemi uygulanmakta, 5 yıldan az ise takdirîlik sistemine göre, savcı ister dava açmakta, ister açmamaktadır; savcının ceza davası açmaması halinde mahkemenin ancak emniyet tedbirine hükmedebileceği görülmektedir (29).

İsviçre'de, Fransız bölgesi hukukçularının Fransızların takdirîlik sistemine, Alman bölgesindekilerin ise Alman hukukunun geleneksel sistemi olarak gösterilen mecburîlik sistemine taraftar buldukları belirtilmiştir (30). Federal Ceza Muhakemeleri Usulü kanununun takdirîliğe yer verdiği, Genève, Neuchâtel ve Vaud kantonlarının da bu sistemi kabul ettikleri, buna karşılık 25 kantondan

(26) KLAAS: Rapport (Not 1'deki kitap, sh. 159/161).

(27) YOTIS, Christo: Rapport (Not 4 deki dergi, sh. 157); CONSTANTARAS, ch.: Rapport (Aynı dergi, sh. 172).

(28) RUZEK, Antonin: Rapport (Aynı dergi, sh. 293).

(29) BAYER, Vladimir: Rapport (Aynı dergi, sh. 303/304).

(30) CLERC, François: A propos des controverses en Suisse sur les principes de l'opportunité et la légalité des poursuites (Revue Penale Suisse, 1948, sh. 162).

öteki 18'inin istisnasız mecburîlik sistemini kabul ettikleri, geri kalan 4 kantonda karma usulün uygulandığı anlaşılmaktadır (31).

Memleketimizdeki duruma gelince, Ceza Muhakemeleri Usulü kanunumuz, kaide olarak mecburîlik sistemini kabul etmiştir (32). Bu kanununun 148. maddesinin ikinci fıkrasında, «Kanunda hilafı yazılı olmıyan hallerde Cumhuriyet Müddeiumumisi ceza takibini istilzam edebilecek hususlarda kâfi emareler teşkil edecek vakıalar mevcut ise hukuku amme davasını açmakla mükelleftir.» hükmü mecburîlik sistemini ifade etmektedir. Mehaz kanununun ilk şekline uygun olan bu maddenin, Almanyada sonradan geçirdiği değişiklik üzerinde kanununun hazırlık çalışmaları sırasında durulmuş ve fakat Almanyada ceza davasının takdirîliği hakkındaki değişikliğin alınmamasına karar verilmiştir (33).

Kanunumuzun 149. maddesinde takdirîlik sistemine istisna olarak yer verildiği bir hal bulunmaktadır. Bu maddenin ilk fıkrasına göre, «Maznuna takibat neticesinde verilecek cezanın maznunun diğer bir suçundan dolayı kat'ileşmiş bir hükümlü mahkûm olduğu veya diğer bir suçundan dolayı göreceği cezaya bir tesiri yoksa hukuku amme davasının ikamesinden sarfınazar olunabilir.» Bu maddenin kanunumuza alınıp alınmaması hususunda Kanununun hazırlık çalışmaları sırasında İstanbul Komisyonunda tartışmalar yapılmış,

(31) GRAVEN, Charles: Organisation et fonction du ministère public en Suisse (Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1964, sh. 77/80).

(32) Bu hususta bk. KUNTER, Nurullah: Rapport (Not 1'deki tutanaklar, sh. 209 - 213); Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1967, sh. 120 - 122.

(33) Kanunumuzun hazırlık çalışmaları sırasında İstanbul Komisyonunda bu hususta şöyle bir görüş ileri sürülmüştür: «Alman kanununun 1926 tadilatında 153. madde olmak üzere pek hafif kabahat işleriyle keza-lik hafif cünhalarda müddeiumuminin ve kabahat hâkiminin veya mahkemenin ittifakile takibattan sarfınazar olunabileceği veya başlamışsa bertaraf edilebileceği tasrih edilmişse de, bu hükmün yeni kanunumuza alınmasında mahazırı adide görülmüştür. Zaten Ceza Kanunumuzun 119. maddesine nazaran yalnız cezai nakdiyi müstelzim olan kabahat fiillerinde fail cezai nakdinin kanunen muayyen azamî haddini rızasile verdiği takdirde takibat icra edilemeyeceğine nazaran bu hüküm şek-i diğerde kısmen konulmuş addolunur.» Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun hazırlık çalışmaları - İstanbul Komisyonunun müzakere zabıtları - İstanbul, 1953, sh. 382. İstanbul Üniversitesi Türk Kriminoloji Enstitüsü yayımları, No. 3).

bazı üyeler Alman kanununun cezaların içtimasında bel sistemini kabul ettiği için böyle bir maddeye lüzum gördüğünü, bizdeki sistemin ise cezaların hukukî içtiması olması sebebiyle bu maddenin tatbik yeri bulunmadığını söylediklerinden, evvelâ madde tasarıya dahil edilmemiş (34), fakat sonra idam cezasında, müebbed hapisle birleşen beş yıldan az cezalarda ve hafif hapisle birleşen muvakkat sürgün cezalarında bizde de bel sistemi bulunduğu gözönünde tutularak maddenin tasarıya sokulması uygun bulunmuştur (35).

2) *Takdirîlik sistemini kabul etmiş bulunan devletler :*

Bu sistemi kabul etmiş bulunan devletlerin listesi oldukça kabardır. Fransa, Belçika, Danimarka, İskoçya, Hollanda, İngiltere, Japonya, Norveç, İspanya, İsveç, Mısır, İsrail, Polonya, Amerika Birleşik Devletleri ve İsviçre'de Fransız kantonlarında ve Macaristan'da durum bu yöndedir.

Fransa'da 1808 Ceza Muhakemeleri Usûlü kanununun mecburîlik sistemini kabul eder gibi görünmesi dolayısıyla, başta bu şekilde yorumlandığı, yorumcuların özellikle kanunun 47. maddesine dayanarak savcının bir suç işlendiği takdirde dava açmak mecburiyetinde olduğunu kabul ettikleri anlaşılmaktadır. Bu iddiaya karşı Faustin-Hélie ve Mangin'in gerekli cevabı verdikleri söylenmiştir (36). Tatbikatta bir yüzyıl boyunca yorumun tamamen değiştiği, kanunun takdirîlik sistemini kabul eder şekilde yorumlandığı görülmektedir. Bu gelişmenin ilgi çekici tarafının kanunda hiç bir değişiklik yapılmamasına, yorumun başlarda mecburîlik lehinde olmasına rağmen, sonradan takdirîlik lehine dönmesidir (37). Bugünkü kanun ise, takdirîlik sistemini açıkça kabul etmiş bulunmaktadır (m. 40/1) (38). Gerek bugünkü, gerekse bundan evvelki kanun zamanında, takdirîlik sisteminin sadece dava açılması bakımından kabul edilip, dava açıldıktan sonra savcıya bunu geri alma hakkını vermediğine işaret edilmiştir (39).

(34) Adı geçen kitap, sh. 201.

(35) Adı geçen kitap, sh. 217/219.

(36) DUMON: Rapport (Not 1'deki kitap, sh. 166).

(37) GARRAUD, René: Rapport (Not 2'deki zabıtlar, cilt II, sh. 42/43).

(38) BOUZAT, Pierre: Rapport (Not 4'deki dergi, sh. 145).

(39) STÉFANI - LEVASSEUR: Procédure pénale, Paris, 1959, sh. 507; GARRAUD, René: a.g. rapor, sh. 43.

Belçika'da halen 1808 Fransız Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanunu uygulanmaktadır. Bu kanunda açık bir hüküm olmadığına yukarıda Fransa'dan bahsederken değinmiştik. Belçika'da meselenin çeşitli Bakanlık genelgeleri ile geliştiği görülmektedir. Meselâ, 12 şubat 1823 tarihli bir Adalet Bakanlığı Genelgesinde «Toplumun her üyesi aleyhine hareket toplumun kanununa karşı gelmektir. Fakat bu demek değildir ki savcı bütün şahsî tecavüzleri kovuştursun. Bu bakımdan, işin ve şartların az veya çok önemi olması bazı ayırımları mümkün kılmaktadır. Bu noktada belli ve sabit bir kaide tavsiyesi zor ve bu konuda savcıların muhakemesine, dikkatine ve zekâsına dayanmak gerekli ise de, ...az önemli işlerde savcı yardımcılarını çok kolaylıkla dava açmamalıdır; müdahil olmayan işlerde kovuşturmaya girişmemelidirler.», 16 kasım 1837 tarihli bir başka Adalet Bakanlığı genelgesinde de «.. mağdurun affettiği hallerde bazı fiiller takip olunmamalıdır... Bu bakımdan; ancak cezasız kalması gerçekten tehlike olan hallerde kovuşturma yapılmalıdır.» denilmektedir. 13 temmuz 1847 tarihli bir genelgede de memurların işlediği suçlarda takdirîlik esasları hatırlatılmaktadır (40). Bu gelişme sonucu, bugün Belçika'da kanunda hüküm olmamasına rağmen geleneğe dayanarak ceza davasının takdirîliği prensibi uygulanmaktadır (41).

Hollanda'da gerek 1925 yılında Londra Ceza ve İnfaz milletlerarası Kongresine verilen, gerekse 1963 yılında Ceza Hukuku IX. milletlerarası kongresine verilen raporda gösterildiğine göre, ceza davasının açılmasında takdirîlik sistemi yürütülmektedir (42).

İngiltere'de ve İsrail'de Common Law'ın takdirîlik sistemi uygulanmakta olduğu anlaşılmaktadır (43). Amerikada da takdirîlik sistemi bulunmaktadır (44).

İskandinav ülkelerinde Norveç'te (45), İsveç'te (46) takdirîlik

(40) DUMON: Rapport (Not 1'deki kitap, sh. 17/not 19).

(41) SCREVENS-BEIRS: Rapport (Not 4'deki dergi, sh. 21).

(42) M. H. VAN'T VEER: Rapport (Not 4'deki dergi, sh. 231); Cnopius: Rapport (Not 2'deki zabıtlar, cilt II, sh. 10).

(43) COHEN, Chaim: Rapport (Not 4'deki dergi, sh. 189).

(44) Amerikan delegesi NEDRUD'un konuşması (Not 4'deki dergi, sh. 323/324).

(45) Norveç delegesi ARNE OMSTED'in konuşması (Not 2'deki tutanaklar, cilt I, sh. 63); ANDENAES: La défense sociale en Norvège (Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1953, sh. 290/291).

(46) İsveç delegesi STJERNBERG'in konuşması (Not 2'deki tutanaklar, cilt I, sh. 66).

prensibi uygulanmaktadır. Danimarka'da usul de budur; 18 yaşından küçüklerin işlediği suçlarda, kabahatlerde, büyüklerin nafif suçlarında, büyüklerin ciddî de olsa Bakanın açılmamasına karar verdiği suçlarda dava açmak mecburiyeti bulunmamaktadır (47).

Japon hukukunda da geleneksel sistemin takdirîlik olduğu görülmektedir. 1882 tarihli Ceza Usul kanunu zamanında 1885'de mânkûmların sayılarının artması dolayısıyla Adalet Bakanının küçük suçlar hakkında dava açılmamasını tavsiye ettiği, bu emrin 1889 ve 1902'de tekrarlandığı, 1905'de polislerin küçük suçları savcılığa bildirmeyip bu hususu sadece zabıtla tevsik etmelerinin emredildiği bildirilmektedir. 1924 tarihli kanunun ise uygunluğu açıkça kabul ettiği görülmektedir (m. 279) (48). Japon Ceza Muhakemeleri Usulü kanununun 248. maddesine göre «Eğer sanığın karakterini, yaşını, vaziyetini, suç teşkil eden fiilin ağırlığını ve işlenme şartlarını ve yahut suçtan sonra sanığın manevî durumunu gözönünde tutarak savcı ithamda bulunmanın doğru olmayacağı kanaatine varırsa, dava açmıyabilir.» Bu usulün Japonya'da fazla bir tenkide uğramadığı görülmektedir (49).

Polonya'da takdirîlik değil, fakat nev'i şahsına münhasır (sui generis) bir mecburîlik bulunduğu iddia edilmektedir. Şöyle ki, iddiaya göre, sosyalist muhakeme hukukunda mecburîlik ve takdirîlik çatışmasına yer yoktur; takdirîlik indiliğe ve vatandaşların kanun önünde eşitliği prensibine aykırıdır. Bu bakımdan kabul edilemez. Fakat suçun esaslı unsurlarından biri marksist doktrine göre sanığın sosyal bakımdan tehlike arzemesi olduğundan, iş suçun maddî mahiyetle çözülmekte, yani tehlike olmadığında savcı dava açmamaktadır. Bu fikri ileri süren yazara göre, kanunda suç olarak gösterilmiş fiillerin tehlikeli olması halleri fiilin halk devleti menfaatlerine, rejimine, bağımsızlığına, güvenliğine aykırı olması, toplumsal mallara zarar vermesi, ferdlerin mülkiyetine zarar vermesi gibi hallerdir. Biz burada yazarın kanaatine aykırı olarak, sistemin mecburîlik değil, fakat takdirîlik esaslarına uyduğu kanaatindeyiz.

Mısır hukukunda da sınırsız olarak takdirîlik esasının uygulan-

(47) Danimarka delegesi HURWITZ'in konuşması (Not 1'deki kitap, sh. 239).

(48) MOTOJİ, S: Rapport (Not 2'deki tutanaklar, cilt II, sh. 83).

(49) HIRABA, Yasuji: Rapport (Not 4'deki dergi, sh. 212).

(50) SIEWIERSKI: Rapport (Not 4'deki dergi, sh. 251/252).

dığı görülmektedir; fakat açılmış bir davadan vazgeçmenin mümkün olmadığı da ilâve edilmektedir (51). İspanyol hukukunda da takdirîlik prensibinin uygulandığı belirtilmiştir (52). İsviçre'de Fransızca konuşulan kantonlarda takdirîlik esasına yer verildiğine yukarıda değinmiş bulunmaktayız.

Macaristan'daki durumu tespitinde biraz zorlukla karşılaşmış bulunmaktayız. Macar delegesi Auer, Cenevre konferansı sırasında ülkesinde mecburîlik sisteminin uygulandığını beyan etmiştir; ona göre, bu durum Alman ve Avusturya tesirlerinin sonucudur (53). Buna karşılık, 24 sayılı ve 1962 tarihli bir kararname ile savcılarının az önemli bazı işlerde istedikleri zaman ceza davası açabilmeleri, istedikleri zamansa toplumsal mahkeme (tribunal social)'ye başvurabilmeleri imkânı tanınmıştır (54). Bu durumda sistemin takdirîlik olduğu söylenebilir.

#### **IV — Mecburîlik ve takdirîlik sistemlerinin karşılaştırılması :**

İki sistemi karşılaştırırken, bunu bazı prensiplere ve bazı ihtiyaçlara cevap veren durumlara göre yapmak istiyoruz.

##### **A — Sistemleri bazı prensiplere göre karşılaştırma :**

Bu sistemlerin leh ve aleyhinde ileri sürülmüş fikirlerin ve tenkitlerin bazı prensiplerden kuvvet aldığı, yani bu fikir ve tenkitleri ileri sürenlerin bazı prensiplere dayandığı görülmektedir. Bu prensipleri kuvvetler ayrılığı, suçların kanunîliği, cezaların kanunîliği, cezaların ferdîleştirilmesi ve kamu önünde eşitlik gibi prensipler şeklinde özetlemek mümkündür. İki sistemin adı geçen prensiplere ne derecede cevap verdiğini araştırırken, aynı zamanda bu prensiplerin ne derecede kuvvetlerini muhafaza ettiği hususunda da fikrimizi belirtmemiz gerekecektir.

(51) SOUROUR, Ahmet Fathi: Rapport (Aynı dergi, sh. 69).

(52) DE MIGUEL'in konuşması (Aynı dergi, sh. 324).

(53) Not 1'deki tutanaklar, sh. 230.

(54) BARNA, Péter: Le rôle des organes de poursuite dans le procès pénal (in: Association internationale de droit pénal, Section Nationale Hongroise: Rapports nationaux au IX. Congrès international de droit pénal, La Haye, 24 - 30 août 1964. Budapest, 1964, sh. 109).



### 1) Kuvvetler ayrılığı prensibi bakımından :

Bu prensibe göre, kanunu yapan, bunu yürüten ve yürütme sırasında meydana çıkan uyuşmazlıkları çözen organlar farklı olmalıdır; aksi takdirde bu yetkiler bir organda birleştiğinde bu organın vatandaş haklarını ihlâl edebileceği kabul edilmektedir.

Mecburîlik sisteminde bu prensibe aykırı bir husustan bahseden çıkmış değildir. Buna karşılık takdirîlik sisteminde bu prensibe aykırılık bulunup bulunmadığı münakaşa edilebilmektedir. Hangi fiillerin suç teşkil ettiğini tespit etmek kanunkoyucuya aittir; savcının bazı fiilleri takip etmemesi bu fiilleri suç saymamayı, takip etmesi ise bu fiilleri suç saymayı kanunkoyucudan alıp savcıya vermek, yürütme organına vermek, bu suretle yürütme organına yasama işine karışma imkânını tanımak, sonuç olarak kuvvetler ayrılığını inkâr etmek demektir. Çünkü, savcılar halk seçmemekte, bunlar halkı temsil etmemekte, yürütme organına bağlı memurlar durumunda bulunmaktadırlar (55). Kanaatimizce, burada daha dikkatle meseleyi incelersek, bazı fiilleri suç saymak hususunda değil, fakat nihayet suç saymama hususunda savcılara bir yetki verildiği sonucuna varılabilmelidir. Bu bakımdan, bazı fiilleri suç sayma hakkında yasama organına ait bir yetkinin yürütme organına devredilmesinden bahsedilememelidir. Kaldı ki, bugün mutlak bir kuvvetler ayrılığının hürriyetleri koruyan sihirli bir formül olduğu inancı sarsılmış bulunmakta, bunun yerine ahenkli bir işbirliği sisteminin geçmesinin faydalı olduğu genellikle kabul olunmaktadır; takdirîlik sisteminin de bu işbirliği sistemine aykırı bulunmadığı açıktır (56). Nihayet, marksist ceza hukukunda olduğu üzere, bir fiilin suç teşkil etmesi için bulunması gerekli unsurlardan birinin de «sosyal bakımdan tehlikeli bulunmak» olduğunun ceza kanununda gösterilmesi hallerinde bu unsur kanunkoyucu tarafından tayin edilmiş bulunmaktadır. Kanunkoyucunun bu unsuru ceza kanununda göstermesi halinde sistemi kuvvetler ayrılığı prensibine aykırı bulmamak, ceza kanunu dışında, meselâ ceza muhakemeleri kanununda göstermesi halinde ise aynı prensibe aykırı bulmak da bir çelişme olsa gerektir. Hukuka aykırılık unsuru nasıl bazı hallerde ceza kanununda, bazı hallerde ise ceza kanunu dışında ve meselâ ceza muhakemeleri

(55) YOTIS, Christo: Rapport (Not 1'deki kitap, sh. 187).

(56) DUMON: Rapport (Not 1'deki kitap, sh. 171).

kanununda (yakalama hali gibi) gösteriliyorsa, burada da aynı şekilde davranılmış bulunması sonuca tesir etmemek gerekmektedir.

## 2) Suçların kanunîliği prensibi bakımından :

Suçların kanunîliği prensibi gereğince, hangi fiiller suç teşkil edecekse bunlar kanun tarafından gösterilmelidir. Mecburîlik sisteminde kanunun suç olarak gösterdiği fiillerin takip edilmesi muhakkak gereklidir; bunların dışında kalan fiiller de takip edilemezler. Takdirîlik sisteminde de bunların dışında kalan fiiller takip edilememekte, fakat suç teşkil edenler bakımından mecburiyet bulunmamaktadır.

Suçların kanunîliği prensibi, suç teşkil eden fiillerin kanun tarafından gösterilmesini gerektirmektedir; gösterilmeyen fiiller suç teşkil etmemektedir. Takdirîlik sisteminde kanunun suç olarak göstermiş bulunmadığı bir fiil için sanki suçmuş gibi takip imkânı bulunmamaktadır ki, bu sistemin suçların kanunîliği prensibine aykırı düştüğü söylenebilir. Bu sistemin ötekinden farkı, suç teşkil etmesine rağmen bazı fiillerin takip edilmesinin mecburî olmamasından ibarettir ki, bu da suçların kanunîliği esası ile ilgili bir konu değildir. Bu yüzden ki, suçların kanunîliği prensibini reddetmeyen bir çok devletler (meselâ, Fransa, Belçika, İsviçre, v.s.) takdirîlik sistemini pekala uygulamaktadırlar. Bunun gibi, suçların kanunîliğini açıkça kabul etmemiş devletlerde de (meselâ, Danimarka, İngiltere, v.s.) aynı sistemi uygulamaktadır; bu da göstermektedir ki, tatbikatta da suçların kanunîliği ile ceza davasının takdirîliği sistemi arasında bir bağlantı yoktur.

Ceza davasının mecburîliği sistemi ile suçların kanunîliği arasında bir bağlantı bulunup bulunmadığı araştırılabilir. Kanaatimizce, eğer suçların kanunîliği kabul edilmemişse, mecburîlik sistemi de mümkün olmamalıdır.

Kanunlarda metrukiyet kavramı tatbikatta kendisini hissettirmekte olmasına rağmen, çok eski ve artık toplumdaki önem ve mânâsını kaybetmiş yasakların cezalandırılmakta devam etmemesi olayını mecburîlik sistemi içinde hukuka uygun olarak izah etmek imkânı bulunmamaktadır; metrukiyet kavramı ceza davasının takdirîliğinin tatbikatta zımnen kabul edilmesinin bir sonucu olsa ge-

rektir. Bu sistemin eski bir kanunla bir zavallının cezalandırılmasına imkân vermediğine işaret edilmiştir (57).

### 3) Cezaların kanunîliği prensibi bakımından :

Bazıları bu sistemlerle nulla poene sine lege prensibi arasında bir bağlantı bulmuşlar; bu prensibin sonucunun ceza davasının mecburîliği olduğunu sanmışlardır (58).

Cezaların kanunîliği prensibi gereğince, suç teşkil eden fiillerin cezalarını kanun gösterir; hâkim ceza vermek istediğinde ancak kanunda gösterilmiş olan cezayı vermelidir. Demek ki, cezaların kanunîliği prensibi verilecek olan cezanın kanunda yazılı ceza olmasından fazla bir şey söylememekte, suç işlendiği takdirde kanunda yazılı cezanın muhakkak verilmesi sonucunu doğurmamaktadır. Bu bakımdan, işlenmiş olan bir suçun aleyhine dava açılmadığı için cezalandırılmaması hali yani ceza davasının takdirîliği sistemi bu prensibe aykırı düşmemektedir. Nitekim, cezaların kanunîliğini kabul etmiş ülkelerde ceza davasının takdirîliği sisteminin uygulanabilmesi bu iki kavram arasında bir bağlantı bulunmadığını göstermeğe yetmektedir.

Bugün her suç cezalandırılmamaktadır. Zaman aşımı, kanunun ilgası, af kanunu çıkması, failin şartla salıverilmesi, cezanın tecil edilmesi, ceza muhakemesi şartının gerçekleşmemiş bulunması, v.s. gibi hallerde, suç, işlenmiş bulunmasına rağmen onu işliyen cezalandırılmamaktadır. Toplum bu hakkından vazgeçmektedir (59).

Görüldüğü gibi, ceza davasının mecburîliği prensibinin suçların veya cezaların kanunîliği prensibinden çıktığını ileri sürmek mantığa uygun değildir (60).

Ceza davasının mecburîliği sistemi ile cezaların kanunîliği arasında da bir bağlantı bulunup bulunmadığı araştırılabilir. Mecburîliği kabul etmiş ülkelerde suç ve cezaların kanunîliğinden vazgeçilebileceğini zannetmiyoruz. Buna karşılık Cezaların kanunîliğinin kabul edilmediği hallerde, iddiacı suç teşkil eden halleri kendi tak-

(57) URTIN: Rapport (Not 1'deki kitap, sh. 186).

(58) Bu hususta CLERC, François: Rapport général (Not 1'deki kitap, sh. 221).

(59) MATOUS, Rodolphe: Rapport (Not 2'deki tutanaklar, cilt II, sh. 63); URTIN: Rapport (Not 1'deki kitap, sh. 182).

(60) Hollanda delegesi VRIJ'in konuşması (Not 1'deki kitap, sh. 238).

dirine göre tespit durumunda olacağından, devamlı olarak takdirlik esası uygulanacak demektir; bu durumda da kanunilikten söz etmek imkânı da olmayacaktır. O halde, suç ve cezanın kanuniliği mecburîlik sistemini zarurî olarak doğurmamakla beraber, onun kabul edilmesi imkânını hazırlamaktadır. Bu imkândan faydalanmak veya faydalanmamak meselesi başkadır; o imkânın hiç bulunmaması meselesi ise başkadır. Suçların ve cezaların kanuniliğinin kabul edilmediği hallerde mecburîlik sisteminden söz edilmesi mümkün olmamak gerekir fikrindeyiz. Mukayeseli hukuk bahsine ayırdığımız kısımda bu fikrimizin teyid edilip edilmediğini de göreceğiz.

#### 4) Cezaların ferdileştirilmesi prensibi bakımından

Cezaların ferdileştirilmesi prensibi gereğince, aynı suçu işleyen kimselere aynı cezanın verilmesi isabetli değildir; suç aynı olsa bile, bunu işleyen kimseler farklı iseler onlara farklı müeyyideler uygulanmalıdır. Burada kıstas, işlenen suçun ağırlığı veya hafifliği değil, işliyen kimsenin iyileştirilmesine uygun bir müeyyide bulunması olmalıdır; seçilen müeyyide o kimsenin bir daha suç işlemesine engel olacak en iyi hareket tarzını teşkil etmelidir. Bu bakımdan aynı fiili işlemesine rağmen, bir kimsenin şahsiyeti onun daha ağır, bir başkasının şahsiyeti daha hafif cezalandırılmasını gerektirdiği gibi, bir başkasının şahsiyeti ise kendisinin hiç cezalandırılmamasını gerektirebilir. İşte, bu hiç cezalandırılmaması daha hayırlı olan grup bakımından da, dava açmadan cezalandırmama veya dava açtıktan sonra cezalandırmama halleri söz konusu edilebilir. Bazı öyle kimseler olabilir ki, bunlar aleyhine dava açmadan işi geçiştirmek iyileştirilmesi bakımından daha uygun düşebilir; buna karşılık bazıların durumları dava açılmasını ve ondan sonra kendilerine ceza verilmemesini gerektirebilir (61).

(61) Eski olmakla beraber bazı sayılar dikkati çekicidir. Ceza davasının takdiriliği sistemini uygulayan Norveç'te haklarında dava açılmayan suçluların ancak % 11 veya 12'sinin, Japonya'da her yıl takip edilmeyen 130.000 suçludan ancak 800'ünün yani % 0,6'sının, İngiltere'de 16 yaşından küçük çocuklardan ancak 1907 yılında % 6,5'inin 1908 yılında ise % 7,9'unun yeniden suç işledikleri belirtilmiştir. (Bu hususta Norveç için ARNE Omsted'in konuşması, İngiltere için DUNNING'in, Japonya için MOTOJİ'nin raporu. Bk. (Not 2'deki tutanaklar, cilt I, sh. 63, cilt II, sh. 36 ve 83).

Haklarında dava açılmasında iyileştirilmeleri bakımından sakınca bulunan kimseler yönünden ceza davasının mecburîliği sisteminin kullanılamıyacağı açıktır. Böyle bir iyileştirme yönteminde ceza davasının takdirîliği sisteminden başka çare yoktur. Mecburîlik sistemi ile bu iyileştirme yöntemi bir arada bulunamaz.

Ferdileştirme ve iyileştirme yöntemlerinin temel taşının suçluların gözlemi olduğu artık kabul edilmiştir. Gözleme dayanan bir ceza rejiminde mecburîlik sisteminin mi, takdirîlik sisteminin mi daha uygun olduğu münakaşa edilebilir. Gramatica, suçlunun şahsiyetinin araştırılması üzerinde ısrarla durmasına rağmen, takdirîlik sisteminin kabul edilmesine imkân olmadığını da söylemektedir. Ona göre, şahsiyet araştırmasından sonra dava açılmıyabilir, araştırmanın mecburî olması dava açılmasının mecburî olmasını gerektirmez.

Yazarın bu fikirlerini tasvip etmekle beraber, kendisinle anlaşamadığımız bir nokta kalmaktadır. Yazar, ceza muhakemesile ilgili her konu hâkimlere ve mahkemelere aksetmelidir; ceza davasının takdirîliği kabul olunamaz, demektedir (62). Bu durumda, şahsiyet araştırması da ceza muhakemesiyle, bir suç işlemiş olmakla ilgili olduğundan, hâkimlere ve mahkemelere aksedecektir yani talî veya esas ceza davası açılmış olacaktır. Pozitivist fikirli bir yazarın bazı kimseler hakkında dava açılmadan iyileştirme yoluna gidilmesini kabul etmemesini anlayamamaktayız.

Modern iyileştirme vasıtalarının hangi hallerde uygulanacağını kanun tarafından evvelden tayini mümkün değildir; bunların seçimi insanlar tarafından yapılmalıdır. Bu insanlar hâkimler olduğu kadar savcılar da olabilmelidir (63). Bazı kimseler bu işin hâkimlere ait olmasını tercih etmişlerdir (64). Suçlu hakkında iyileştirme tedbiri alınması gerekmediği takdirde savcının dava açması da yersizdir (65). Kaldı ki, tatbikatta genç suçluların cezanın tecilinden fazla kovuşturmanın geri bırakılması halinde yeniden suç işlemekten çekindikleri müşahede olunmuştur; demek ki, takdirîlik sisteminde cezadan beklenen yeniden suç işlemekten çekinme durumu bazı hallerde daha iyi bir şekilde sağlanabilmektedir (66). Fer-

(62) GRAMATICA'nın konuşması (Not 1'deki kitap, sh. 239).

(63 - 64) DUMON: Rapport (Not 1'deki kitap, sh. 167, 170).

(65) BERLOTT, M. A. Rapport (Not 2'deki tutanaklar, cilt II, sh. 7); KUNTER: Rapport (Not 1'deki tutanaklar, sh. 213).

(66) CLERC, François: Rapport général (Not 1'deki kitap, sh. 223).

dileştirmede, daha esnek olması bakımından, mecburîliğe tercih edilmelidir. Gerçekten bu sistem kısa cezaların sakıncalarından da korumakta, eğer suç işlerse bu eski suçunun da kovuşturulacağı tehdidi sanık ve ailesi için kısa cezadan daha hayırlı olmaktadır (62).

Netice olarak şunu söyleyebiliriz: ceza davasının takdirîliği sistemi ferdîleştirme prensibini daha kolay gerçekleştiren bir sistemdir ve bu alanda mecburîlik sisteminden üstündür.

##### 5) Kanun önünde eşitlik prensibi bakımından :

İnsanların kanun önünde eşitliği prensibi artık genel olarak kabul edilmiştir; buna aykırılıklar irkiltici bulunmaktadır. Bu prensibe göre, kanun bakımından herkes aynı tutulmalıdır. Belli bir fiili işleyenlerden bazılarının kovuşturulması, bazılarının kovuşturulmaması mutlak eşitlik fikrine elbette ki uygun olmadığından, mecburîlik sisteminin bu mânâda anlaşılan eşitlik ilkesine uygun, takdirîlik sisteminin ise aykırı düşeceği açıktır.

Yalnız, kanun önünde eşitlik prensibinin bu mutlak anlamda değil, fakat nisbî anlamda anlaşılması bugün artık genellikle kabul edilmiştir; bırakın dava açılması bakımından farklı tutum, hattâ cezalandırma bakımından farklı tutum bile bugün bu prensibin ihlâli olarak kabul edilmemektedir. Eşitlikten maksadın eşit durumda bulunmaların aynı işleme tâbi tutulmaları olunca, mutlak eşitliğin en büyük eşitsizlik olduğu sonucuna varılmıştır. O halde, eşitlik eşit olanların eşit muameleye tâbi tutulmasıdır dendiğinde, aynı fiili işlemle beraber aynı durumda olmayan kimseler bakımından dava açmakta da ayrı davranılmasına imkân veren takdirîlik sisteminin, ayrı durumlarda bulunanlar hakkında eşit davranmayı gerektiren mecburîlik sisteminden daha fazla eşitlik prensibine uyduğu sonucuna varmak mümkündür. Biz de, eşitlikten mutlak eşitliği değil de, nisbî eşitliği anladığımız için, takdirîlik sisteminin bu prensibe aykırı olduğu şeklindeki beyanları (68) yerinde bulmamaktayız.

Bazı yazarlar takdirîlik sisteminde her savcının ayrı kıstaslara göre hareket edeceğini (69), dava açmanın keyfîliğe yol açacağını,

(67) ROUX'nun konuşması (Not 1'deki kitap, sh. 260).

(68) BAYER, Vladimir: Rapport (Not 4'deki dergi, sh. 311/312; CLERC, François: A propos des controverses en Suisse sur les principes de l'opportunité et la légalité des poursuites (Revue pénale suisse, 1948, sh. 169).

(69) YOTIS, Christo: Rapport (Not 1'deki kitap, sh. 187).

suistimale götüreceğini (70) hatırlatmaktadırlar. Bir kere, mecburîlik sisteminde bile, kanun hükümlerinin her olayda uygulandığını kabul etmek yerinde değildir; bazan istenerek, bazan ise fiilî bazı durumlar sebebiyle mecburiyetin yerine getirilmediği itiraf olunmalıdır (34).

Mecburîlik sisteminin kabul olunduğu yerlerde her kabahatin kanunun emrettiği şekilde takip edildiğini, en küçük suçundan dolayı her çocuk hakkında resmî bir işlem yapıldığını samimiyetle iddia edecek bir kimse çıkar mı acaba? Devlet aleyhine işlenmiş suçların failer ne kadar fazla olursa olsun muhakkak takip edildiğini kim söyleyebilir? Ceza kanunlarının metrukiyeti meselesi mecburîlik sisteminde fiilen kabul edilmemekte midir?

Dava açma yetkisinin kullanılmasında suistimal tehlikesine gelince:

Takdirîlik sisteminde olduğu gibi, bu mesele mecburîlik sisteminde de bahis konusu edilmekte ve bunun için çareler aranıp bulunmaktadır. Bu bakımdan, suistimallerin her iki sistemde de olması mümkündür. Bütün mesele, savcıların kalitesinde olsa gerektir. Nazarî olarak, mecburîlik sisteminde dava açmama suretile suistimalin zor, takdirîlikte ise daha kolay tevil edilebileceği düşünülebilir. Fakat, dediğimiz gibi, bu savcılara bağlı bir iştir. Nitekim, Norveçte savcı dava açmayı uygun bulmadığı hallerde ferdlerin ceza davasını açtırma için müracaat yolları bulunmasına rağmen, Norveç delegesi, 1925 Londra konferansı sırasında yaptığı konuşmada bu gibi dava açmama hallerinde, bildiğine göre, bir tek ferdin bile ceza davası açma yoluna gitmediğini belirtmiştir (71).

Modern hukukta mağdurların da düşünülmesi gerektiği, savcının dava açmamasına imkân veren takdirîlik sisteminin bu modern görüşe aykırı bulunduğu ileri sürülmüştür (72). Gerçekten, suç üzerinde durmak suretile klasikler objektif davranmayı telkine çalışmak suretile ceza hukukunda sanık aleyhindeki davranışa karşı bir hareket yaratmışlar, pozitivistler ise suç üzerinde değil, fakat suçlu üzerinde düşünmek, ona eziyet verme yerine onun iyileştirilmesine çalışılmak gerektiğini ileri sürerken, mağdur unutulmuş,

(70) SIEWIERSKI: Rapport (Not 1'deki kitap, sh. 194).

(71) ARNE OMSTED'in konuşması (Not 2'deki tutanaklar, cilt I, sh. 63).

(72) SIEWIERSKI: a.g. rapor, sh. 194.

fail odak noktasını teşkil etmişti. Son zamanlarda mağdurun da önemi olduğu hatırlatılmakta, victimoloji diye bir ceza hukuku dalından söz edilmektedir. Kanaatimizce, mağdurun takdirîlik sisteminde muhakkak ihmal edilmesi şart değildir; hal ve vaziyete göre hareket her zaman mümkündür. Her iki sistemde de müdahale, şahsî hak davası hatta şahsî dava imkânları eşit şekilde gerçekleştirilebilir. Fail bakımından kanun önünde eşitlik gibi, mağdur bakımından da kanun önünde eşitlik derken, bundan mutlak değil, nisbî eşitlik anlaşıldığında (ki doğrusunun da bu olduğunu göstermiştik) iki sistem arasında büyük bir fark bulunmadığı teslim edilmelidir.

### **B — Bazı durumlar bakımından karşılaştırma :**

İki sistemin prensipler bakımından karşılaştırılması gibi, fiilî bazı durumlar bakımından da karşılaştırılması bunların değerlendirilmesi bakımından şart olsa gerektir. Bu konuda yapılabilecek bir karşılaştırma çeşitli yönlerden olabilir. Biz bu etüdümüzde, mahkemelerin işini arttırma, Ceza hukukunu siyasete âlet etme, Tarih içindeki gelişme ve her yerde uygulanabilme bakımlarından bir karşılaştırma yapmaya girişeceğiz.

#### **1) Mahkemelerin işini arttırma bakımından :**

Bugünkü dünyada hemen hemen her yerde şikâyet edilen bir konu mahkemelerin işlerinin arttığı, bu yükün altından kalkmanın zorlaştığıdır. Mahkemelerin işini azaltmak için çeşitli çareler arandığı görülmektedir. Ceza muhakemesinde ilk soruşturmanın süzgeç vazifesini görerek bir kısım işlerin mahkemelere gitmesine engel olmaktan tutunuz da, bazı kararlara kanun yoluna gitmek imkânının verilmemesinden muhakeme yapmadan ceza verilmesine kadar çeşitli çareler üzerinde durulmaktadır. Bu artmanın sebebi insanların birbirleri ile münasebetlerinin çoğalmasındır; ortazamanlarda ziraatle geçinen insanların uyuşmazlıkları daha azdı. Sanayi medeniyetinde bir çok uyuşmazlık daha çözümlenmek gerekmektedir. Ayrıca, eskiden insanların kendi kendilerine haklarını istihsale çalıştıkları, buna karşılık, zamanımızda haklarımızı devlet yolu ile koruma alışkanlığının yerleşmesi de bu artmanın sebeplerinden olsa gerektir.

Toplumsal hayatın giriftleşmesi kanunların artmasını gerektirdiği gibi, ayrıca, aşağı yukarı her kanunda ceza hükümlerini ihtiva



eden kaidelerin de artmasını gerektirmiştir (73). Mecburîlik sistemine bağlı kalındığında, bütün bu kaidelere aykırılıklar için mahkemelere başvurulması şarttır. Almanya'da 1880 sıralarında istatistiklere bakarak suçların sayısının arttığına hükmetmenin yanlış olduğu, bunun sebebinin 1879 yılında takdirîlik sisteminden mecburîlik sistemine geçilmesi olduğu belirtilmiştir (74). Takdirîlik sisteminin bu bakımdan zarurî değılsede dava sayısını azaltıcı önemli tedbirlerden biri olduğunu mecburîlik sistemine en taraftar olanlar bile itiraf etmişlerdir. Tatbikatta bu sistem sayesinde Japonya'da her yıl 130.000 kişi hakkında dava açılmadığına (76), suçların % 60'ının mahkemelere aksetmediğine (77), Danimarka'da suçluların % 30'u için dava açılmadığına işaret olunmuştur. Belçika'da bu hususta pek meşhur bir örnek Ceza Kanununun 115. maddesinin uygulanmasında gösterilmektedir. Bu maddeye göre düşmana yardım suçu ölümle cezalandırılmıştır. Gerek 1919'da, gerekse 1944/45 yıllarında Almanya'da gönüllü olarak çalışmış ve 100.000 kadar kişiyi ilgilendiren hallerde savcılık dava açmama yoluna gitmiştir (79). Mecburîlik sisteminde bu sonucu hasıl etmek için af kanunu yoluna başvurmak gerekecektir, kanaatindeyiz. Fakat, af kanunlarının sözkonusu olmadığı münferid olaylarda mecburîlik sistemi mahkemelerin işini arttırıcı olmakta devam edecektir.

Bu konuya son verirken, Clerc'in bir gözlemini işaret etmeliyiz. Bu yazara göre, takdirîlik sisteminde suçlunun cezalandırılma-

---

(73) GENNAT: De quelle manière pourrait - on alléger le plus possible la situation économique difficile qui résulte pour les familles de l'emprisonnement de leurs chefs, en organisant et en appliquant mieux le traitement correctionnel de ces derniers? (Actes du Congrès pénitentiaire international de Washington - Octobre 1910 - Cilt III, Rapports - Groningen, 1912, sh. 238).

(74) STARKE, W: La compilation d'une statistique pénitentiaire internationale est-elle utile? Est-elle possible? Si oui, dans quelles limites devrait-on se tenir? D'après quel système devrait-elle faite? (Actes du Congrès pénitentiaire international de Saint-Petersbourg 1890, cilt III, sh. 697).

(75) Meselâ, KLAAS: Rapport (Not 1'deki kitap, sh. 161).

(76) MOTOJİ, S.: Rapport (Not 2'deki tutanaklar, cilt II, sh. 83).

(77) HIRABA, Yasuji: Rapport (Not 4'deki dergi, sh. 211).

(78) HURWITZ'in konuşması (Not 1'deki kitap, sh. 240).

(79) DAUTRICOURT'un konuşması (Not 1'deki kitap, sh. 238).

sı ile faydasız mahkûmiyetlerin önlenmesi arasında bir seçim yapmak imkânı bulunmaktadır (80).

## 2) Ceza Hukukunu siyasete âlet etme bakımından :

Ceza hukuku yürürlükte olan hukuk kaidelerinin ihlâlini önlemek için kabul edilen müeyyidelerin en ağırlarını ihtiva etmektedir. Bu bakımdan, hukuk düzeninin muhafazası için en tesirli bir vasıta'dır. Bu hukuk düzeni iyi bir düzen olduğunda ceza hukukunun bu görevi yapması toplum bakımından faydalıdır; bu hukuk düzeni iyi bir hukuk düzeni değilse, ceza hukukunun kötü bir düzeni muhafaza etmeye yaraması toplum bakımından iyi bir görev olarak kabul edilemez. Kötü hukuk düzeninin düzeltilmesi çareleri muhakkak ki vardır; bunlar arasına acaba ceza davasının mecburîliği veya takdirîliği sistemleri de sokulabilir mi? Mecburîlik veya takdirîlik sistemlerinden biri acaba ötekinden daha fazla kötü hukuk sisteminin muhafazasında ceza hukukunu daha tesirli kılmaya alet olabilir mi? Daha başka bir deyimle, bu sistemlerden hangisi siyasî suçlarda daha objektif davranılabilmesine imkân vermektedir? Meseleyi bu şekilde inceliyelim.

a) *Mecburîliğin siyasî suçlarda objektif davranılmasına elverişli olup olmadığı hususundaki görüşler :*

Mecburîlik sisteminde eğer bir fiil kanunda suç olarak tarif edilmişse dava açılacaktır; edilmemesi halinde de açılmıyacaktır. Bu bakımdan bu sistemin hükûmetlerin ceza işlerine karışmasına engel olduğu belirtilmiştir (81).

Buna karşılık, bu sistemde yürütme organının işe karışmasının mümkün olduğu, hatta yürütme organının başka suçlar bakımından hiç karışma ihtiyacını duymazken, siyasî suçlar bakımından bu ihtiyacı duyduğu için savcının siyasî sebeplerden dolayı mecburiyeti yerine getirmemesi halinde dava açması için konulmuş kontrol mekanizmasının işliyemeyeceği belirtilmiştir. Ayrıca bazı hallerde dava açılması suretile sanığın kahraman haline getirilmesinin de mümkün olduğu belirtilmiştir (82).

(80) CLERC, François: a.g. makale, sh. 169.

(81) Not 1'deki kitap, sh. 232.

(82 - 83) MASSARI, Eduardo: Rapport (Not 2'deki tutanaklar, cilt II, sh. 52).

b) *Takdirîliğin siyasî suçlarda objektif davranılmasına elverişli olup olmadığı hususundaki görüşler :*

Genellikle siyasî suçlarda takdirîlik sisteminin daha uygun olduğu düşünülmektedir. Gerekçe olarak, siyasî suçlarda zaten ceza davasının açılması bakımından konulmuş kontrol hükümlerinin pek işlemediği gösterilmiştir (83). Zaten mecburîlik sisteminin tam bir şekilde uygulanamaması sebebedir ki takdirîlik sisteminin tanındığı (84) kabul edilirse, siyasî suçlarda, kabul edilsin edilmesin çaresiz bu sisteme gidilerek mecburîliğin sakıncaları ortadan kaldırılacaktır (85). Hollanda'da siyasî fikirlerle hazırlanmış bazı kanunların hiç bir zaman uygulanmadığı, bunun da takdirîlik sayesinde olduğu hatırlatılmıştır (86).

Siyasî suçlarda toplumun faydasına olduğu takdirdedir ki dava açmak, toplumun faydasına olmadığına dava açmamak imkânını veren sistemin takdirîlik olduğu şeklindeki bu fikirler karşısında, bu sistemin diktatörlüğe sürükleyebileceği şeklinde bir ikaza rastlamaktayız. V. Ceza Hukuku Milletlerarası kongresi sırasında bu konuda bir rapor veren Alman delegesi Klaas, 1942 ve 1944'de Almanya'da takdirîlik sistemi lehindeki eğilimin gelişmesi sonucu ceza muhakemesinde hukuk fikrinin silinmesine varıldığını hatırlatmaktadır (87).

Kanaatimizce, Nazi Almanya'daki diktatörlüğü takdirîlik sisteminin bir sonucu olarak kabul etmek mümkün olmasa gerektir; tersi kabul edildiğinde, takdirîlik sistemini uygulamakla beraber hiç de diktatörlüğe gitmeyen ülkelerin durumu izah edilemediği gibi, mecburîlik sistemine bağlı olan ülkelerde (meselâ İtalyada) diktatörlüğün kurulması bu fikirle açıklanamaz. Demek ki, diktatörlüğün sebepleri bu sistemler olmayıp başkalarıdır; burada bu başka sebeplerin üzerinde durmanın yeri değildir; ancak takdirîlik sistemi ile diktatörlüğün arasında bağlantı bulunduğunun değil, hattâ bulunmadığının kabul edilmesi gerektiği fikrinde olduğumuzu beyan etmek isteriz.

(84) MIRICKA, Auguste: Rapport (Aynı tutanaklar, cilt II, sh. 71).

(85) MASSARI, Eduardo: Rapport (Aynı tutanaklar, cilt II, sh. 50/51).

(86) CNOPIUS: Rapport (Aynı tutanaklar, cilt II, sh. 10).

(87) Not 1'deki kitap, sh. 161.

### 3) Tarih içindeki gelişmeleri bakımından :

İki sistemdeki gelişme doktrin ve mevzuat alanında incelenebilir.

Doktrinde, müeyyidelerin şahsiyete uydurulması ve suçluların iyileştirilmesi (traitement) gayeleri prensip haline geldiğine göre, ceza hukukundaki bu gelişmenin ceza muhakemesi hukukunda da bazı tesirler yaptığı belirtilmektedir. Bu tesirlerden biri de mecburîlik sisteminin yerine takdirîlik sisteminin geçirilmesi olmuştur. Bu iki sistem üzerinde 1925 Londra İnfaz Milletlerarası Kongresinde uzun uzun tartışılmış ve 5 ağustos tarihinde Ferri, Liepmann, Roux ve Speyer'in kaleme aldığı karar taslağı bir tek karşı oyla kongre kararı olarak kabul edilmiştir. Adıgeçen karar aynen şöyledir: «Ceza hukukunun gelişmesindeki genel eğilim gözönünde tutulduğunda, suçu kovuşturmamakla genel faydaya daha iyi hizmet edildiği anlaşılan her halde takdirîlik prensibinin geniş bir uygulaması tavsiyeye şayandır. Kabahatlerde ve özellikle küçüklerin işlediği suçlarda takdirîlik prensibi geniş bir şekilde uygulanmalıdır...» (88).

Bu karara rağmen, 1946 Ceza Hukuku Milletlerarası Cenevre kongresinde bu mesele tekrar ele alınmış, fakat daha sonraki bir kongrenin konusu olacak kadar önemli görüldüğünden sistemlerden biri lehine karar verilmekten kaçınılmıştır. IX. Ceza Hukuku Milletlerarası Lahey Kongresinde üzerinde durulan konulardan biri de bu olmuştur. Kongre Üçüncü mesele olarak bu konuyu incelemiştir (89).

Lahey kongresinde yapılan müzakerelere ait tutanakları maa-lesef ele geçirmek mümkün olmadığı için, bu hususu özetleyen yazılardan faydalanmak mecburiyetinde kalmış bulunmaktayız. Buna göre, kongrede her iki sistemin taraftarları birbirleriyle tartışmışlar, bu arada nazariyatta sistemler birbirinden farklı ise de, tatbikatta her iki sistemin sakıncalarını önliyecek düzeltici tedbirlerle bunların birbirine yaklaştığı ileri sürülmüştür. Neticede kongrenin şöyle bir karara vardığı görülmektedir:

(88) Not 2'deki tutanaklar, cilt I, sh. 77.

(89) Kongrenin karar metinleri için, bk. meselâ, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1965, sh. 192 - 205; Revue internationale de droit pénal, 1964, sh. 1136 - 1137; Rassegna di Studi penitenziari, 1964, fasc. VI, sh. 729 - 743.

«Adaletin iyi bir şekilde yerine getirilmesi için uygulamaya ait şartlar gerçekleştirilmiş olmak kaydıyla prensip olarak takdirlik veya mecburîlik prensiplerinden birisi kabul edilebilir. — Bir yandan her indî harekete, öteyandan kanunun katılığına ve şekilseverliğe engel olmak için bu prensiplere bazı düzeltici tedbirler koymak zardır. Bu düzeltici tedbirler insanlık, nasafet ve toplumsal fayda fikirlerinden ilham almalıdır. — Maamafih, her iki sistem bakımından mevcut düzeltici tedbirlerin değerini daha iyi incelemek ve belki de bunlar üzerinde işlemek ve yeni düzeltici tedbirleri ortaya koyacak kriterleri gözönünde bulundurmak gerekecektir.»

Mevzuattaki duruma gelince, 1946'da yapılan Cenevre Ceza Hukuku Milletlerarası Kongresinde bir delege Londra konferansındaki karara rağmen, millî mevzuatta kanunîlikten ayrılma eğilimine rastlanmadığına işaret etmiştir (90). Bizce, bu işaret gerçeğe aykırıdır. Mukayeseli hukuka ayırdığımız kısımda görüldüğü üzere, Fransada kanunda açıklık bulunmamasına rağmen, mecburîlik sisteminden takdirîlik sistemine kayılmıştır. Japonya'da kanunda kayıt olmamasına rağmen takdirîlik uygulanırken, 1924 kanunu açıkça takdirîliği teyid etmiştir. Almanya'da 1879 kanunu mecburîliği kabul etmişken, 1924'deki değişiklikle takdirîliğe daha geniş yer verilmiştir.

Öteyandan, gittikçe yaş sınırı yükseltilerek suçluların oldukça çok sayısını ilgilendiren çocuk suçluluğu mevzuatında her devletin takdirîlik sistemini kabul ettiğini söyleyebiliriz. Bu husus da takdirîlik sistemi bakımından önemli bir lehte puvandır.

#### 4) Her yerde uygulanabilmeleri bakımından :

Ceza davasının takdirîliği sisteminin daha çok gelişmiş ülkelerde, buna karşılık mecburîlik sisteminin gelişmemiş ülkelerde uygulanmasının uygun olacağı anlaşılmaktadır.

Clerc, cezanın ferdîleştirilmesi endişesi olan Devletlerde hâkime geniş takdir yetkisi verilirken, savcı için de takdirîlik sisteminin kabul edilmesinin mümkün olduğuna işaret etmektedir (91). Buna paralel olarak, Graven cezada kısasa kısas esasının uygulanması halinde, her suçun cezalandırılması gereğinden hareket edildiğinde

(90) SIEWIERSKI: Rapport (Not 1'deki kitap, sh. 194).

(91) Rapport général (Not 1'deki kitap, sh. 227).

mecburîlik sisteminin kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir (92).

Clerc, kanunîlik sistemi karşısında takdirîlik sisteminin hiç de aşağı durumda olmadığını, hatta, ihtiyatlı, zeki ve vicdanlı bir uygulamada yetkili makamların elinde bu sistemin suça karşı tesirli bir silâh olacağını söylemiştir. Ona göre, savcılara itimat edilen yerlerde takdirîlik sistemi uygulanabilir (93). Siewierski de bu fikri teyid edercesine, takdirîlik sisteminin ancak kanuna saygı olan Devletlerde uygulanabileceğini, ancak buralardadır ki savcının dava açmamak hakkını kötüye kullanmayacağından emin olunabileceğini belirtmektedir (94). 9. Lahey Ceza Hukuku Milletlerarası kongresindeki tartışmalar sırasında takdirîlik sisteminin meslekten olan ve iyi yetişmiş savcılara sahip ülkelerde, mecburîliğin de öteki ülkelerde uygulanabileceği belirtilmiştir (95).

### Sonuç :

Kanaatimizce, takdirîlik sistemi, ceza hukukunun genel gelişmesine daha uygun bir sistemdir. Nitekim, birçoklarınca yarınki ceza muhakemesinin modeli olarak kabul edilen çocuk suçluluğu alanında bu sistemin uygulanması da bunu göstermektedir. Fakat, her iyi müessese gibi, bu müessese de buna lâyık olan ülkelerde yani oldukça gelişmişlerde kötüye kullanılmamaktadır. Aksi halde mecburîlik sistemini alıp bazı hususlarda takdirîlik esasları ile sakıncalarını gidermeğe çalışmaktan başka bir şey yapılamaz.

90  
43  
27

(92) II Question - Instructions de M. le Secrétaire général (Aynı kitap, sh. 157).

(93) Rapport général (Aynı kitap, sh. 223/224).

(95) Rev. de sc. crim, et de dr. pen. comp. 1965, sh. 200:

(95) Rev. de sc. crim. et de dr. pen. comp. 1965, sh: 200: