



NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

KAMU DAVASININ AÇILMASINDA GEÇERLİ OLAN İLKELER [KAMU DAVASININ (KOVUŞTURMANIN) KAMUSALLIĞI, DAVASIZ MUHAKEME OLMAZ, KAMU DAVASINDA MECBURİLİK (KOVUŞTURMA MECBURİYETİ), TAKDİRİLİK (MASLAHATA UYGUNLUK) İLKELERİ]

*Yakup DURANOĞLU**

ÖZET

Ceza muhakemesindeki temel amaçlardan birisi de maddi gerçeğe ulaşırken, toplumsal barış ile kişilerin gözetilmesi gereken temel hak ve özgürlükleri arasında bir denge kurulması ve ceza muhakemesindeki statüsü ne olursa olsun kişilerin ceza adalet sistemine olan güvenlerinin sarsılmamasını temin etmektir. Bu maksadın gerçekleştirilebilmesi için kamu davasının açılması ve sürdürülmesinde gözönünde bulundurulması gereken belirleyici ve yönlendirici fonksiyon üstlenen birtakım ilkeler bulunmaktadır. Çalışmamızda kamu davasının açılmasında geçerli olan bu ilkeler incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler Kamu Davası, İlkeler, Takdirilik, Kamu Davasında Mecburilik, Nemo Iudex Sine Actore.

APPLICABLE PRINCIPLES IN CLAIMING THE PUBLIC CASE (THE PRINCIPLES OF; PUBLICITY OF THE PUBLIC PROSECUTION, NO TRIAL WITHOUT PUBLIC PROSECUTION, OBLIGATION OF PUBLIC PROSECUTION, PROSECUTORIAL DISCRETION)

*Yakup DURANOĞLU***

ABSTRACT

One of the main purpose in criminal procedure is to establish a balance between social peace and fundamental rights and freedoms of individuals, and to ensure that people's confidence in the criminal justice system is not undermined, regardless of their status in criminal procedure, while achieving the real truth. In order to achieve this goal, there are a number of principles that undertake a decisive and guiding function that must be taken into account in filling and maintaining a public lawsuit. In our study, these principles, which are applicable in claiming the public prosecution, have been examined.

Keywords Public Prosecution, Principles, Discretion, Obligation In A Public Prosecution, Nemo Iudex Sine Actore

* Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, yduranoğlu@kkk.tsk.tr, ORCID 0000-0003-0950-4574

** Marmara University Institute of Social Sciences, Department of Public Law, yduranoğlu@kkk.tsk.tr, ORCID 0000-0003-0950-4574

Extended Summary

One of the core duties of the state is to ensure the public order. In order to perform this duty, public prosecutor and law enforcement is the most important tools of the state. These tools are responsible for preventing crimes in order to ensure the public order. The public prosecutor is the legal expert and executive of the investigation phase, while the judicial law enforcement is the deputy public prosecutor, like the hand of the public prosecutor in the field, and many processes in the application is performed by the judicial law enforcement within the supervision of the public prosecutor. If a crime could not be prevented and it is committed, this time it is required to clarify the crime committed, to gather the evidence, to find the perpetrators of the crime, and to deliver them to the judicial authorities. Yet this case is necessary in terms of ensuring the public order and to secure the justice.

Criminal Procedural Law No. 5271 (CPL) put the centre of the prosecution phase starting from the doubt for a crime the public prosecutor who is the only lawyer involved in such phase. For this reason, the public prosecutor is described as the emperor, super force, coordinator or the owner of the prosecution phase. The public prosecutor has the duty, for searching material facts and for fair trial, to gather evidence for both against and for and to protect the rights of the suspect through judicial law enforcement officers. The public prosecutor should immediately make an evaluation to reach a conclusion at the end of the prosecution phase as a duty. At the end of such phase, the public prosecutor decides whether or not to initiate a public case against the suspect. The public prosecutor prepares an indictment at the end the prosecution phase when the evidence gathered demonstrates a sufficient doubt for the crime. Otherwise, when there is no sufficient material evidence or legal grounds for indictment, the public prosecutor shall not initiate an indictment due to the principle of necessity and decide that there is no need for indictment. Article 171 of the CPL provides an extraordinary privilege of discretion given to the public prosecutor and such privilege is novelty. Initially, the public prosecutor may decide that there is no need for indictment if there are conditions for effective compunction lifting as a personal reason the punishment or reasons for impunity. Then, the second paragraph of article 171 deals with the postponement of the public case. For the postponement, it is required that the suspect compensate the damages regarding the crime of the public or the private person. With such regulation, the public prosecutor is given a wide discretion as an exception to the principle for necessity of public prosecution and in line with the principle of discretion. The public prosecutor may decide that there is no need for indictment if the prosecutor, at the end of the prosecution phase, could not gather sufficient evidence for indictment or if there is no capability of initiating a public case, the prosecutor shall not prepare indictment. Where there are no legal or factual grounds for indictment, it is necessary, in accordance with the principle of necessity for public prosecution, for the public prosecutor to decide that there is no need for prosecution. The decision of the prosecutor is not of a final judgment as it is of an administrative/judicial nature.

There are both administrative and judicial remedies available against the decision for no need for indictment of the prosecutor if the conditions for the principle of the necessity for the public prosecution and if the public prosecutor does not prepare the indictment. However, there is no judicial recourse against the decision on no need for indictment of the public prosecutor given in accordance with the discretion provided in article 171(1) of the CPL. There could be

administrative supervision, that is to say supervision by the chief prosecutor. This article, dealing with the decision of the public prosecutor for no need of indictment, explains the place of the prosecutor in Criminal Procedural Law, circumstances where the prosecutor can give a decision for no need for indictment and the remedies available against such decision.

The article is structured in part II to analyse the impact of publicity upon criminal activities and criminal law enforcement proceedings. In part III, this article looks at the due process rights and natural justice which requires public prosecutor exercising statutory (or potentially royal prerogative) power to give some form of notice of a pending decision to a person owed the fairness; an opportunity for that person to comment; and the requirement that the official making the decision be sufficiently unbiased. In part IV, the article examines the mandatory nature of criminal proceedings by determining that the public prosecutor who is authorised to perform criminal proceedings has an obligation within his or her competence to initiate criminal proceedings and to lead such proceedings to the fair regulation of criminal legal relations provided for in CPL in each case where the reason and grounds for initiating criminal proceedings have become known.

In part V, this article examines the events in which the public prosecutor is given the discretionary power for not opening a public prosecution. In Part VI, this article makes comparative analyses for the reasons for the implementation of the discretionary power of the public prosecutor for initiation a public prosecution, postponement of initiation a public prosecution in the different jurisdiction. In Part VII, this article examines the problems arising from the authority of the Public Prosecutor to open a public prosecution and from its implementation within the framework of the principle of compliance with purpose in the Turkish Law and searching for ways to solve these problems.

In conclusion, this paper evaluates key principles regarding the initiation of a public prosecution, the principle of obligation to prosecute and the principle of compliance with the CPL and discretionary powers' of public prosecutor. In the end, it summarizes the key conclusions.

GİRİŞ

Ceza yargılaması; niteliği itibarıyla kişi özgürlüğünü doğrudan etkilediğinden, biçimsel gerçekle yetinmemektedir. Ceza yargılamasının amacına ulaşması, toplumda ve kişilerde hiçbir şüphe bırakmayacak şekilde gerçeğin kendisine ulaşılmasıyla mümkündür. Ceza muhakemesinin konusu suçtur. Suç, suçun mağduru olan bireyin haklarını zedelediği kadar toplum düzenine de zarar vermektedir. Suç ortaya çıktığında, suçu işlediği iddia olunan kişi, suçun yöneldiği birey ve toplum ile karşı karşıya kalmaktadır. Sadece suçlunun cezalandırılması, toplum düzeninin korunması ve hukuk güvenliği açısından yeterli görülmemelidir. Temel hak ve özgürlükler kapsamında, suçun mağduru olan kişi kadar suç işlediği iddia olunan hatta suçluluğu kesinleşen kişiye karşı da devletin birtakım yükümlülükleri bulunmaktadır.

Ceza muhakemesi, amacına; muhakemenin, hukuk normlarıyla birlikte belirlenmiş olan ilkelere uygun gerçekleştirilmesiyle, sıfatı her ne olursa olsun her bir bireyin neticede ulaşılan sonuca herhangi bir şüphe duymaksızın güvenebilmesiyle ulaşabilecektir. Ceza muhakemesinin başlangıcından neticelenmesine kadar, muhakemeye ışık tutan, belirleyici ve yönlendirici birtakım ilkeler bulunmaktadır. Muhakemenin her evresinde uyulması zorunlu bu ilkeler, tek başlarına muhakemenin evrelerinde belirleyici ve yönlendirici fonksiyon taşıyıcılar da esasen birbirinin tamamlayıcısı niteliğindedirler.

I. GENEL OLARAK

Dünyada çeşitli hukuk sistemleri bulunmakta olup bu sistemler soruşturmanın başlatılması ve yürütülmesi açısından değişik usuller öngörmüşlerdir. Türkiye'nin de dâhil bulunduğu sistem, soruşturmayı yürüten makamın kamu davasını açmak üzere harekete geçmesini kabul etmektedir¹.

Hukukumuzda; kural olarak, kovuşturmaya yer olmadığı (CMK'nin 171/1 ve 172. maddeleri), takdir yetkisini kullanarak kamu davasının açılmasının ertelenmesi (CMK'nin

¹ Teoman Gökçe, Karşılaştırmalı Hukukta Savcılık (Adalet Dergisi, 2002 S. 13 s. 70-84) 71. Almanya'daki durum için bkz. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (StPO) 170. maddesi (Feridun Yenisey ve Salih Oktar ve Ayla Oktar, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, StrafprozeBordnung (StPO-RiStBV) (3. Baskı, Beta Yayınları 2020) 318.) Amerika için bkz. Çiçek Zoroğlu Emed, Umut Kolcuoğlu, Elif Köymen, Pelin Kuranel, Selin Özbek ve Kayra Üçer, 'Amerika Birleşik Devletlerinde Federal Yargılama Sistemi ve Bu Sistem İçinde Cezai Yargının Yeri ve İşleyişi' Şükrü Alparslan, Ümit Hergüner, Hülya Kızıler Kaledelen ve Işıl Ökten (eds) (2020) https://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/federal_yargi.pdf. Fransa ve Belçika için bkz. "Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu" (2020) <https://www.legislationline.org/download/id/8539/file/France_CPC_am022020_fr.pdf> Erişim Tarihi 05 Ocak 2020 Fransa'da da Savcılar Cumhuriyet Savcısı olarak adlandırılır. Bkz. Bildiri; Durmuş Tezcan, 'Bir Adli Organ Olarak Savcılık' (2006) Türkiye Barolar Birliği Yayınları 110 TBB İHAUM Dizisi 6, 36

171/2. maddesi), soruşturmaya yer olmadığı (SYOK) (CMK'nin 158/6. maddesi) kararları ile istisnai olarak yetkisizlik (CMK'nin 161/7. maddesi) kararları dışında Cumhuriyet savcısı iddianame düzenlemek zorundadır.

1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK)² döneminde kamu davasının mecburiliği ilkesine iki istisna (CMUK m. 149/1 ve 344)³ getirilmesine rağmen, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda (CMK)⁴ istisnalar kaldırılmıştır. Bu istisnaların yerine Cumhuriyet savcısına kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verme yetkisi tanınmıştır⁵.

Hukuk sistemlerinde kovuşturma evresinin başlatılmasında farklı esaslar benimsenmişse de soruşturma evresini de kapsayacak şekilde kovuşturma evresi başlatılırken ve bu evre yürütülürken çağdaş ceza muhakemesi sistemlerinde ortak birtakım ilkeler benimsenmiştir. Bu ilkeler; kamu davasının kamusalılığı, davasız muhakeme olmaz, kamu davasının mecburiliği ve kamu davasının açılmasında takdirilik ilkeleridir.

II. KAMU DAVASININ (KOVUŞTURMANIN) KAMUSALLIĞI İLKESİ

Kamusallık ilkesi, “*soruşturma evresinin başlamasından kovuşturmanın tamamlanmasına kadar iddia ve yargılamaya ilişkin faaliyetlerin tamamının devlet tarafından yerine getirilmesi*”⁶ anlamını taşımaktadır.

Ceza muhakemesi sürecinde gerektiğinde kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin kısmen veya tamamen ortadan kaldırılması söz konusu olabileceğinden⁷ bu sürecin devlet kontrolünde yürütülmesi önem arz etmektedir. İşte bu nedenle devletin sahip olduğu meşruiyet ve otorite sayesinde suçun kovuşturulmasında toplumun çıkarının da olduğu düşüncesiyle kovuşturmanın kamusalılığı ilkesi gelişmiştir⁸. Bu ilke çerçevesinde Kıta Avrupası'nda ceza davasını açmak

²Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Kanun Numarası: 1412, Kabul Tarihi: 04.04.1929, RG. 20.04.1929, S. 1172

³ CMUK'un 149. maddesi gereğince sanığa verilecek ceza kesinleşmiş diğer bir suç nedeniyle verilen cezaya ya da başka bir suç nedeniyle alacağı cezaya etkisi yoksa kamu davasının açılmasından vazgeçilebileceğine ilişkindir. CMUK'un 344. maddesi ise şahsi dava açmaya imkân veren suçları saymaktadır.

⁴ Ceza Muhakemesi Kanunu, Kanun Numarası: 5271, Kabul Tarihi: 04.12.2004, RG. 17.12.2004, S. 25673.

⁵ Muharrem Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri (5. Baskı, Adalet Yayınları 2020) 694, 695

⁶ Yener Ünver ve Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku. (17. Baskı, Adalet Yayınları 2020) 71; Nur Centel ve Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku (19. Baskı, Beta Yayınları 2020) 125, 126, 552

⁷ Hakan Karakehya, ‘Ceza Muhakemesinin Amacı’ (2007) 65 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 121, 552

⁸ Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku (16. Baskı, Seçkin Yayınları 2019) 107; Ünver ve Hakeri (n 6) 68; Centel ve Zafer (n 6) 121, 552

görevini devlet adına savcı yerine getirir ve kovuşturma sonuçlanıncaya kadar iddia makamı devlet adına savcı tarafından temsil edilir⁹.

Şahsi öç almak uygulamasının önlenememesi kapsamında, mağdur/suçtan zarar gören istemese bile¹⁰ bir suç işlendiğinde soruşturma/kovuşturma yapma yetkisi sadece devlete tanınmış, bu yetki de hak olarak değil görev/ödev olarak kabul edilmiştir¹¹. Devletin cezalandırma yetkisinin kullanılması gerekip gerekmediğinin araştırılması görevi ise devlet adına savcılara verilmiştir¹².

Roma hukukunda suçun, kişiyi ve onun içinde yaşadığı topluluğu ilgilendirdiğinin kabul edilmesi¹³ nedeniyle, halk davası (quivis ex populo) usulü uygulanmıştır. Roma hukukunda erkek yurttaşlar, kendi haklarını koruyabilmek için özel dava (actiones privatae) açabildikleri gibi kamunun menfaatlerinin korunması için halk davası (actiones populares) da açabilmekteydiler. Bu davalar, Roma halkının temsilcisi sıfatıyla açılabilirdiği gibi, herhangi bir kişi tarafından (bütün vatandaşların ortak bir hakkını korumak için) kendi adına da açılabilirdi¹⁴. Germen hukukunda ise dava açma hakkının suçun mağduruna ve onun hısımlarına tanındığı şahsi dava yolu uygulanmıştır¹⁵.

Osmanlı Devleti'nde geçerli olan İslam hukukunda her Müslümanın haberdar olduğu bir suçu mahkemeye bildirmek yükümlülüğü bulunduğuna inanıldığından savcılık kurumuna ihtiyaç duyulmamıştır¹⁶. Kişi hukukunu ilgilendiren suçlarda suçtan zarar gören/mağdur bizzat ya da bunlar ölmüşse varisleri (varis yoksa devlet) davaları takip hakkı kazanır. İslam hukukunda savcılık teşkili bulunmamakla beraber İslam hukukçularınca, savcılık görevini yapacak bir memurun atanması gerekliliği kabul edilmekteydi¹⁷.

Osmanlı Devleti'nde "Kanun-u Cedit" adlı 1851 tarihli Ceza Kanunu ile birlikte kişi haklarını ilgilendiren suçlarda devletin kovuşturma yapması kabul edilmişti. Böylelikle

⁹ Centel ve Zafer (n 6) 127

¹⁰ Centel ve Zafer (n 6) 122; Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku (8. Baskı, Seçkin Yayınları, 2020) 84

¹¹ Karakehya (n 7) 123

¹² Doğan Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku (8. Baskı, Yetkin Yayınları 2020) 178, 179

¹³ Yurtcan (n 8) 105

¹⁴ Bryan Garner (ed.) (2004). Black's Law Dictionary, "Actio Popularis", St. Paul, Thomson West: 929; Peter P. Mercer, 'Citizen's Right to Sue in the Public Interest: The Roman Actio Popularis Revisited' (1983) 21 (1) University of Western Ontario Law Review 89, 89 vd.; Ziya Umur, Roma Hukuku Ders Notları (1. Baskı, Beta Yayınları 1999) 264, 265; Yurtcan (n 8) 105

¹⁵ Yurtcan (n 8) 105

¹⁶ Mustafa Avcı, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler (1. Baskı, Mimoza Yayınevi 2010) 29

¹⁷ Fahrettin Atar, İslam Adliye Teşkilatı (Ortaya Çıkışı ve İşleyişi) (1. Baskı, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları 1999) 138

kamusallık esası ilk defa ortaya çıkmakla birlikte henüz savcılık müessesesi kurulmamıştı. Savcılık kurumuna yönelik ilk düzenleme ise 1864 tarihli Vilayet Nizamnamesinde yer almıştı. 1876 Anayasasının 91. maddesi ile savcılık teşekküllerinin kurulacağı ve bunların görevlerinin kanun ile belirleneceği¹⁸ hükmü getirilmiştir. 1879 yılında müddeiumumilik adıyla savcılık teşkilatı kurularak Osmanlı Devleti'nde bütün mahkemelerde savcılığa yer verilmiştir¹⁹.

Almanya'da kamusallık ilkesi 1532'de imzalanıp yürürlüğe giren "Constitutio Criminalis Carolina" ile uygulanmaya başlanmıştır. Şahsi dava usulü muhafaza edilmekle beraber bu kanunla suçlar devlet tarafından takip edilmeye başlanmıştır. İngiltere ve Galler'de 1985 Kanununa kadar ceza tatbikatı kamusal olarak devlet tarafından değil, özel olarak ve bireyler tarafından gerçekleştirilmiştir. Geleneksel İngiliz hukukunda, ceza tatbikatına kamusallık esasının hâkim olmayışının altında esas itibariyle suçların devlete karşı değil, belirli bir kişi veya aileye karşı işlenmiş sayılması ve Kraliyette barış ve sükûnetin sağlanmasının ve suçluların adalet önüne çıkarılmasının bireyler açısından hak olmaktan öte görev sayılmış olması yatmaktadır²⁰.

Kamusallık ilkesi esasen suçun soruşturulmasındaki kişi yararından çok kamu yararını dikkate almaktadır²¹. Bu nedenle kural olarak bireylerin, suç mağdurunun ya da suçtan zarar görenin talepte bulunmasına gerek olmaksızın ceza soruşturması kendiliğinden sürmekte ve kamu davası açılabilir²². Hatta kimi hallerde mağdurun yararına olmadığı durumda ya da mağdurun iradesi hilafına ceza soruşturması yürümekte ve kamu davası açılabilir. İstisna olarak kişilerin suç soruşturması veya kovuşturması yapılması yönündeki talepleri etkili olabilmektedir.

Kamusallık ilkesi, adil bir ceza adalet sisteminin işleyişi için insan haklarına saygılı hukuk devleti anlayışı açısından önemli bir vasıttır. Ancak ne kadar özgürlükçü düzenlemeler içerirse içersin, esasen arzu edilen amaca ulaşılabilmesi için bu sistemin etkin ve adil işletilebilmesi esastır²³.

¹⁸ Ahmet Akgündüz, İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Kamu Hukuku 1. Cilt (1. Baskı, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları 2011) 444; Burcu Ertem, 'Kamu Davasının Açılması ve İddianamenin İadesi' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007) 28

¹⁹ Selahattin Keyman, Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık (Sevinç Matbaası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1970) 63

²⁰ Ertem (n 18) 24; Bahri Öztürk, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması) (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi No:17 1991) 16

²¹ Centel ve Zafer (n 6) 552

²² Yurtcan (n 8) 107

²³ Soyaslan (n 12) 178, 179

III. DAVASIZ MUHAKEME OLMAZ İLKESİ

Failin, işlediği fiilden dolayı yargılanabilmesi için kural olarak o fiilin suç teşkil ettiğinin ve bu eylemin failinin cezalandırılması gerektiğinin bir mercii tarafından talep edilmesini ifade eden ilkeye davasız yargılama olmaz (Nemo Iudex Sine Actore) ilkesi denmektedir²⁴. Bu ilke, yargılama makamının uyuşmazlığa re'sen el koyamayacağını; uyuşmazlığın, mutlaka taraf süjelerden biri vasıtası ile mahkeme önüne sürülmesi gerektiğini ifade etmesi²⁵, hakların güvencelenmesine katkı sağlaması²⁶ nedeniyle önemlidir.

Suç işlendiği şüphesini haber alan Cumhuriyet savcısının bu olayın gerçekliğini araştırma mecburiyeti söz konusu olur. “Soruşturma” adı verilen bu araştırma sonucu elde edilen maddi ve hukuki veriler değerlendirilerek iddianın somutlaştırılması suretiyle yargılama makamına iletilmesi sonucunda soruşturma evresi açısından iddia görevi yerine getirilmiş olur²⁷.

İddia makamı, soruşturma yapma ve soruşturmadan sonuç çıkarma görevlerini yerine getirirken birtakım ilkeler çerçevesinde hareket etmektedir. Bu ilkelerin kaynağı,iki ana sistem olan itham ile tahkik, bu iki sisteme ait farklı unsurların bir araya getirilmesinden oluşan, günümüz Kıta Avrupası ülkelerinin çoğunun ceza muhakemeleri usul hukukunda uygulama alanı bulan “işbirliği” (diğer adıyla “karma”) sistemine dayanmaktadır²⁸.

Davasız yargılama olmaz ilkesi, tahkik sistemine²⁹ bir tepki olarak 1789 Fransız İhtilali'nin neden olduğu ferdiyetçi ve demokratik etkinin neticesinde doğmuştur³⁰. Davasız muhakeme olmaz ilkesi; itham sisteminin, işbirliği (karma) sistemini benimseyen günümüz ceza muhakemesi hukukuna yansımasıdır. Bu ilke de hukuk devleti ilkesinin tabii bir uzantısı olan adil yargılanma hakkının sağlanmasına hizmet etmektedir³¹.Ceza muhakemesinde

²⁴ Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Esra Alan Akcan, Özdem Özaydın, Efser Erden Tütüncü, Derya Altınok Villemin ve Mehmet Can Tok, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku (14. Baskı, Seçkin Yayınları 2020) 149; Özen (n 5) 137-139, 696; Ünver ve Hakeri (n 6) 77 vd. (Yazarlar, “davasız muhakeme yapılmaması ilkesi” demektedir); Ahmet Gökçen, Murat Balcı, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, Ceza Muhakemesi Hukuku, (4. Baskı, Adalet Yayınları 2020) 124
²⁵ Yurtcan (n 8) 112; Centel ve Zafer (n 6) 553

²⁶ Faruk Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku (Asil Yayınevi 2006); Öztürk vd. (n 24) 149; Ertem (n 18) 10

²⁷ Baha Kantar, Ceza Muhakemeleri Usulü, İkinci Kitap, Muhakeme Usulü (4. Baskı, I. Kitap, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1957) s. 3

²⁸ Nurullah Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku (7. Baskı, Kazancı Matbaacılık Sanayii 1981) 46; Soyaslan (n 12) 63-66; Öztürk vd. (n 24) 149; Faruk Erem, Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku (6. Baskı, Işın Yayıncılık 1986) 61; Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku (20. Baskı, Savaş Yayınevi 2020) 51

²⁹ Claus Roxin, Strafverfahrensrecht (25. Baskı, 1998) 83; Werner Beulke, Strafprozessrecht (9. baskı, 2006) 18. Aktaran; Ertem (n 18) 7

³⁰ Gökçen vd. (n 24) 125

³¹ Keyman (n 19) 34; Feridun Yenisey, Hazırlık Soruşturması ve Polis (1. Baskı, Beta Basım Yayım 1987) 263

süjelerin, bir tarafta iddia görevi kapsamında davayı açan ve takip eden savcılık makamı, diğer tarafta ise bu iddia çerçevesinde yargılama yaparak hükmü veren yargılama makamı olarak birbirinden bağımsız iki ayrı makama ayrılması, modern ceza muhakemesinin en büyük kazanımı olarak değerlendirilmektedir³².

İşbirliği sisteminin ortaya çıkmasıyla birlikte davasız yargılama olmaz ilkesi yeniden gün yüzüne çıkmış ve hukuk sistemlerinde bir ilke olarak kabul edilmiştir. Bu kabulün bir gereği olarak hâkim re'sen harekete geçemeyecek ve ancak açılmış bir dava olması halinde muhakeme süreci yürüyecektir³³.

Bu ilke sadece asıl ceza davası açısından değil, aynı zamanda tali ceza davası ve kanun yolu davası da dâhil olmak üzere tüm aşamalarda etkisini göstermektedir. “Davacı yoksa mahkeme de yok” şeklinde de ifade edilebilecek³⁴ olan davasız muhakeme olmaz ilkesi, usulüne uygun olarak açılmış bir dava olmadıkça hiçbir mahkemenin bir suç fiili hakkında kendiliğinden hüküm tesis edemeyeceğini ve mahkemenin yalnızca iddia makamı tarafından dava konusu yapılan olayla sınırlı olarak bir karar verebileceğini vurgulamaktadır³⁵.

Kanun yolu açısından ilkenin geçerliliğinin istisnasını otomatik temyiz ve istinafin oluşturduğu³⁶ söylenebilir de neticede kendiliğinden temyize konu olan karar da bir dava sonucu ortaya konmuştur ve onun incelemesi yapılmaktadır³⁷. Davasız yargılama olmaz ilkesinin bir diğer istisnası ise CMK'nin 306. maddesi nedeniyle temyizde bozma nedeniyle lehe neticenin temyize gitmeyen sanıklara sirayetidir³⁸.

İlkenin iki koruma sağladığı söylenebilir. Bunlardan ilki, yeterli şüphe bulunmaması halinde dava açılması zaruretinin ortadan kaldırılarak kişilerin gereksiz yere lekelenmelerinin önüne geçmesini temin etmek³⁹, ikincisi ise engizisyon sistemi ile modern yargılama sistemini ayıran, iddia görevini hâkimden alarak mahkemeleri kendi iddiasını ispata çalışan merciler durumundan kurtarmak suretiyle mahkemelerin iddia hakkında nesnel bir karar veren makam olmasını temin etmektir. Mahkemeler üzerinde sağladığı bu koruma sayesinde ise hâkimin tarafsızlığı ve mahkemelerin güvenilirliği temin edilmiş olacaktır⁴⁰.

³² Yurtcan (n 8) 113; Erem (n 28) 66

³³ Yurtcan (n 8) 112, 113; Ünver ve Hakeri (n 6) 77

³⁴ Centel ve Zafer (n 6) 553

³⁵ Yenisey '1987' (n 31) 263

³⁶ Yurtcan (n 8) 115; Centel ve Zafer (n 6) 553

³⁷ Yurtcan (n 8) 115

³⁸ Yurtcan (n 8) 115

³⁹ Ünver ve Hakeri (n 6) 77, 78

⁴⁰ Ünver ve Hakeri (n 6) 77

CMK'nin 175⁴¹ ve Alman Ceza Muhakemesi Usul Kanunu (StPO)'nun 151. maddesinde⁴², mahkemece kovuşturma işlemlerinin yürütülebilmesinin dava açılması şartına bağlandığı ve böylelikle, “davasız muhakeme olmaz” ilkesinin açıkça kabul edildiği görülmektedir.

Davasız muhakeme olmaz ilkesi; yersiz, tutarsız ve gerçekçi olmayan suç isnadından kaçınmayı sağlayacak bir soruşturmayı yapmayı zorunlu kılan ve kanun yolları da dâhil olmak üzere muhakemenin her evresinde göz önünde bulundurulması gereken, adeta bir ceza muhakemesi şartıdır⁴³.

Davasız muhakeme olmaz ilkesi, savunma hakkı başta olmak üzere hak ve özgürlüklerin temin edilmesine hizmet eden “iddia ile bağlılık” güvencesini de sağlamaktadır. Bu ilke uyarınca yargılama, sanık dışında bir başka kişiye ya da sanığın hakkında dava açılmamış diğer bir eylemine sirayet ettirilemeyecektir⁴⁴.

CMK'nin 162. Maddesinde yer verilen düzenleme, sulh ceza hâkiminin kararını gerektiren haller açısından da kural olarak sulh ceza hâkiminin re'sen harekete geçemeyeceği hususuna temas etmektedir. Bu durumda; CMK'nin 163/1. maddesinde yer alan sulh ceza hâkiminin re'sen harekete geçebileceği soruşturma işlemlerine ilişkin istisnaların, bu tespit ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Yani; CMK'nin 163/1. maddesindeki haller dışında sulh ceza hâkimi talep bulunmaksızın re'sen harekete geçemeyecektir⁴⁵.

Kovuşturma evresinde başka bir suçun işlendiği yönünde delil ortaya çıkarsa bu deliller kovuşturması devam eden iddianameye konu edilmeyen bir eylemin yargılanması maksadıyla kullanılamaz⁴⁶. Ortaya çıkan yeni suçun kovuşturmaya konu edilebilmesi için yeni bir iddianame tanzim edilmesi şarttır⁴⁷. Benzer şekilde duruşmada sanık ya da sanıklar dışında başka bir kişinin suç işlediği ortaya çıkmış ise yargılama makamının bu durumu Cumhuriyet başsavcılığına bildirmesi ya da duruşmayı takip eden Cumhuriyet savcısının kendiliğinden

⁴¹ CMUK md. 205'in 1936 değişikliği öncesine kadar, nezdinde müddeiumumi bulunmayan sulh mahkemelerinin, birçok halde dava açılmaksızın kendiliklerinden ceza işlerine el koyduklarına ilişkin bkz. Tahir Taner, Ceza Muhakemesi Usulü (3. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1955) 242

⁴² “iddia/ itham esası” (Anklagegrundsatz) Alman STPO <<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stpo/gesamt.pdf>> Erişim Tarihi 20 Haziran 2020 (Yenisey, Oktar ve Oktar (n 1) 267

⁴³ Ünver ve Hakeri (n 6) 78

⁴⁴ Ünver ve Hakeri (n 6) 78

⁴⁵ Centel ve Zafer (n 6) 170

⁴⁶ Centel ve Zafer (n 6) 553

⁴⁷ Ünver ve Hakeri (n 6) 77-79; Turhan (n 26) 19

harekete geçerek iddianame düzenlemesi gerekecektir. Gerekli şartlar oluşursa önceki dava ile yeni davanın birleştirilebilmesi mümkündür⁴⁸.

Alman hukukunda ise konu ile ilgili yasal düzenlemeye StPO'nun 266. maddesinde yer verilmiştir. CMUK'un 259. maddesindeki paralel bir düzenleme içeren StPO'nun 266. maddesi sanığın muvafakati ile ek iddianamenin sözlü olarak ileri sürülebileceğini öngörmüştür. Bu maddeye göre sözlü iddia yazılı iddianamedeki şekil şartlarını sağlamak zorundadır. Ayrıca bu durumda sanığa savunma yapabilmesi için yeterli süre de verilebilmektedir. Alman Ceza yargılamasındaki bu düzenleme davasız yargılama olmaz ilkesine değil, bir şekil şartı olan iddianamenin yazılı olarak sunulması esasına istisna teşkil etmektedir⁴⁹.

IV. KAMU DAVASINDA MECBURİLİK İLKESİ (KOVUŞTURMA MECBURİYETİ İLKESİ)

Dava açma ve yürütme görevinin sadece devlete ait olduğunu ifade eden⁵⁰ bu ilke çeşitli adlarla anılmaktadır. Bunlardan en çok kabul görenleri ve kullanılanları; ceza davasının mecburiliği⁵¹, kamu davası açılmasında kanunilik⁵², kovuşturma mecburiyeti ilkesi⁵³ ve kamu davası açma konusunda mecburiyet⁵⁴ ilkesidir⁵⁵.

Kovuşturma mecburiyeti ilkesi; suç teşkil eden fiiller konusunda yetkili makamların derhâl soruşturmaya başlaması, soruşturma sonucunda ceza ve emniyet tedbiri takibini gerektirecek hususlarda fiilin ve failin belli olması, yeterli suç şüphesinin bulunması ve dava engelinin bulunmaması durumunda iddianame düzenlemesini⁵⁶ (CMK'nin 170/1. maddesi),

⁴⁸ Ünver ve Hakeri (n 6) 163 vd.

⁴⁹ Yenisey, Oktar ve Oktar (n 1) 382, 383; Yar. 3 CD, E. 2009/25492, K. 2011/5543, 21.04.2011; Yar. 3 CD, E. 2009/27, K. 2009/13450, 29.06.2009

⁵⁰ Yenisey ve Nuhoglu (n 10) 83; Keyman (n 19) 101; Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku (12. Baskı, Seçkin Yayınları 2008) 282

⁵¹ Toroslu ve Feyzioglu (n 28) 36; Özen (n 5) 131 (aynı zamanda kovuşturma mecburiyeti ilkesi olarak adlandırmıştır); Yenisey ve Nuhoglu (n 10) 83; Ünver ve Hakeri (n 6) 73; Yurtcan (n 8) 116

⁵² Centel ve Zafer, “*ceza davasının mecburiliği*” ifadesini de kullanmaktadır. (Centel ve Zafer (n 6) 554.)

⁵³ Gökçen vd. (n 24) 131; Öztürk vd. (n 24) 154 (Yazarlar aynı zamanda “kovuşturma mecburiyeti ilkesi” tabirini de kullanmışlardır.)

⁵⁴ Öztürk (n 20) 49; Öztürk vd. (n 24) 154 (Yazarlar aynı zamanda “kamu davasını açma mecburiyeti ilkesi” tabirini de kullanmışlardır.)

⁵⁵ Sidney Lezak ve Maureen Leonard, ‘The Prosecutor’s Discretion: Out of the Closet- Not Out of Control’ (1984) 63, Oregon Law Review, 253

⁵⁶ Yenisey ve Nuhoglu, ilkeyi araştırma mecburiyeti ilkesi olarak adlandırmaktadır, Yenisey ve Nuhoglu (n 10) 83; Gökçen vd. (n 24) 131; Amerika’da ceza davası açılabilmesinin üç koşulu bulunması gerekir. Bir suçun işlenmiş olduğunun tespiti, suçun failinin kim olduğu, yeterli delilin varlığı. Bkz. Robert Bohm ve Keith Haley, Introduction to Criminal Justice (Glencoe/McGraw-Hill Education 2020) 270, 271

kamu davası açılırsa muhakeme sonuçlanıncaya kadar kamu davasını yürütmesini ve takip etmesini de ifade etmektedir⁵⁷.

İlke, modern eğilimlere aykırı olduğu, usul ekonomisine uygun olmadığı ve masraflı olduğu, gereken yumuşaklığa ve esnekliğe sahip olmadığı gerekçeleriyle de eleştirilmiştir⁵⁸.

A. ARAŞTIRMA MECBURİYETİ İLKESİ (SORUŞTURMAYA BAŞLAMA MECBURİYETİ İLKESİ)

Araştırma mecburiyeti ilkesi, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin birinci alt ilkesidir. Suç işlendiği haberi üzerine suç takibine yetkili makamların derhâl soruşturmaya başlaması alt ilkesine araştırma mecburiyeti ilkesi denir⁵⁹.

Suç haberi, ihbar veya şikâyet şeklinde alınabileceği gibi soruşturma makamlarınca olaya doğrudan muttali olma şeklinde de olabilir⁶⁰. Suç haberi alındığı zaman başlangıç şüphesinin⁶¹ varlığı durumunda Cumhuriyet savcısı araştırma mecburiyeti ilkesi gereğince soruşturma evresine başlar ve şüphelinin aleyhine ve lehine olan delilleri toplar. CMK'nin 160. maddesinin gerekçesinde de⁶² “*savcının hedefi kamu davası açmaya yer olup olmadığına karar vermektir*”⁶³ denilerek, savcının bir şekilde muttali olunan suç şüphesi hakkında soruşturma yapmasının mecburi olduğu ifade edilmektedir.

⁵⁷ Ünver ve Hakeri (n 6) 73, 74; Özen (n 5) 696; Centel ve Zafer (n 6) 555; Veli Özer Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku (1. Baskı, Seçkin Yayınları 2006) 82; Öztürk vd. (n 24)154 vd.; Turhan (n 26) 28; Hüsamettin Uğur, Ceza Muhakemesinde Kovuşturma Mecburiyeti İlkesinden Maslahata Uygunluk İlkesine (2007) 73, Barolar Birliği Dergisi 256, 257; Öztürk (n 20) 5; Toroslu ve Feyzioğlu (n 28) 36; Doğan Gedik, Bir Uygulamacının Ceza Hukuku Makaleleri (Adalet Yayınevi 2010) 84. vd.; Ali Rıza Töngür, Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2008) 162 vd.; Alman Hukukunda ise Alman CMK'nin § 152'nin açık ifadesi dolayısıyla kanunilik terimi (Legalitätsgrundsatz) kullanılmaktadır. (Serkan Meraklı, Cumhuriyet Savcısının Kamu Davasını Açmada Takdir Yetkisi (Seçkin Yayınları 2014) 48.

⁵⁸ Keyman (n 19) 102

⁵⁹ Öztürk vd. (n 24)154; Veli Özer Özbek ve Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku (13. Baskı, Seçkin Yayınları 2020) 204; Öztürk (n 20) 49; Ünver ve Hakeri (n 6) 74; Yenisey ve Nuhoğlu, ilkeyi kamu davasının mecburiliği ilkesinin bir alt ilkesi olarak değil ana bir ilke olarak kabul etmektedir. Yenisey ve Nuhoğlu (n 10) 83; Centel ve Zafer (n 6) 123; Özen (n 5) 131

⁶⁰ Centel ve Zafer (n 6) 103 vd.

⁶¹ Şüphenin derecelendirilmesinde en alt kademeye sahip olan basit şüphe, “başlangıç şüphesi” kavramı ile zikredilmektedir. Bu kademe altında şüpheden söz edilemez. Basit şüphe ile soruşturmanın başlatılması, başlatılmış bir soruşturmada basit şüphenin bulunmaması halinde ise kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi gerekmektedir. Ceza Muhakemesi Hukukunda şüphe kavramı ve şüphe dereceleri için bkz. Özkan Gültekin, Öğreti ve Uygulamada İddianame ve İddianamenin İadesi (Seçkin Yayıncılık 2011) 117; Ahmet Gökçen, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit El Koyma ve Postada El Koyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi) (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları 1994) 66; Murat Balcı, ‘Yeterli Şüphe Sebebi’ (2012) 72 Terazi Hukuk Dergisi, 10-15; Yenisey ‘1987’ (n 31) 45; Yenisey ve Nuhoğlu (n 10) 319; Centel ve Zafer (n 6) 98-102

⁶² Madde gerekçesinde bu husus, “...*Cumhuriyet savcısının temel görevi, suç işlendiği izlenimini veren bir hâli görüp öğrendiğinde gerçeği araştırarak işe girişmek olduğundan...*” şeklinde ifadesini bulmuştur.

⁶³ Ünver ve Hakeri (n 6) 74; Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku (9. Baskı, Seçkin Yayınları 2006) 303; Öztürk vd. (n 24) 184

B. KAMU DAVASI AÇMA MECBURİYETİ İLKESİ

Kovuşturma mecburiyeti ilkesinin ikinci alt ilkesidir⁶⁴. Suç işlendiği konusundan bir şekilde haberdar olan soruşturma makamının, gerek ve yeter şartların varlığını araştırmayı müteakip ceza davası açmayı gerektirecek hallerin varlığı halinde ceza davasını açmak, bir kere ceza davası açılınca da bu ceza davasını sürdürmek üzere gerekli işlemleri yapmak zorunluluğunu ifade etmektedir⁶⁵.

Suç şüphelisine suç isnat etmeye yeterli oranda delil bulunması halinde iddia makamı iddianame düzenlemek zorundadır⁶⁶. Araştırma mecburiyeti ilkesi gereğine yapılan araştırma esnasında, “yeterli şüphe”⁶⁷ varsa, dava engeli yoksa ve olayda kamu davasını açmada takdir yetkisinin kullanılması tercih edilmemişse, kamu davası açma mecburiyeti ilkesi gereğince (CMK’nin 170. maddesi) kamu davasını açmak üzere iddianame tanzim etmek ve açılmış olan kamu davası sonuçlanıncaya kadar iddia görevini yürütmek iddia makamının görevidir⁶⁸. Başka bir deyişle yeterli delil mevcut ise Cumhuriyet savcısı dava açmak zorundadır. Ancak bu zorunluluğun da istisnaları bulunmaktadır. Soruşturma veya kovuşturma engellerinin

HSK’nin (HSYK’nın) 18.10.2011 tarih ve 10 nolu genelgesi: Cumhuriyet savcısının en temel görevlerinden biri, 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 başlamak, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri eşit bir çaba göstererek toplamak ve muhafaza altına almaktır. Genelgeler, (2020, 20 Haziran), <<http://www.cigm.adalet.gov.tr/genelgelerimiz/genelgemetinleri/2nolu.pdf>> Adresinden alındı. Erişim Tarihi 25 Eylül 2020

⁶⁴ Öztürk vd. (n 24) 154; Özen (n 5) 131 (iddianame düzenleme mecburiyeti ilkesi olarak adlandırmıştır); Murat Aydın, ‘İddianamenin Unsurları ve İadesi’ (2006) 10(1,2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 367, 369
Kamu davasının açılması için gereken yasal koşulların bulunması ve kamu davasının açılmasına engel hallerin bulunmaması halinde, iddia makamının dava açmak mecburiyetinde olduğu, bu mecburiyetin yasadan kaynaklanması sebebiyle anılan ilkeye “kanunilik ilkesi” de denilebileceği belirtilmiştir. Töngür (n 57) 162; Keyman (n 19) 94

⁶⁵ Ünver ve Hakeri (n 6) 74; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 59) 205; Keyman (n 19) 100 vd.; Gökçen vd. (n 24) 131; Centel ve Zafer (n 6) 554, 555

⁶⁶ Suheyil Donay, Ceza Yargılama Hukuku (2. Baskı, Beta Yayınları 2012) 134

⁶⁷ “CMK”nın 170/2. maddesinde, “iddianame düzenlemek için, yeterli şüphenin varlığı”nın yeterli olduğu ifade edilmektedir. Yeterli şüphe, bunu haklı gösterecek delil, emare ve olguların bulunmasını gerekli kılar. Ünver, Hakeri’ye göre (Ünver ve Hakeri (n 6) 512) “soyut tahminler, hipotezler, olasılıklar ve varsayımlar somut olgu ve delillerle desteklenmiyorsa şüphenin varlığından söz edilemez.” Yeterli şüpheden söz edebilmek için, yargılama dosyasındaki delillerle şüpheli/sanığın mahkûm olma ihtimalinin, beraat etme ihtimalinden daha yüksek olması gerekmektedir. (Centel ve Zafer (n 6) 103; Öztürk vd. (n 24) 155) Yeterli şüphenin %51 oranında mahkûmiyeti sonuçlandıracak şüphe anlamına geldiğini söyleyenler de bulunmaktadır. (Yenisey ve Nuhoğlu (n 10) 319.)

“Alman hukukunda yeterli şüphenin varlığından söz edebilmek için, yüzde doksan oranında mahkûmiyet olasılığının bulunması ve bu oranı doğrulayacak hukuka uygun şüphe sebebinin elde edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.” (Feridun Yenisey, ‘Adalet Ve Kolluk İlişkilerinin Ceza Muhakemesi Kanunu Açısından Değerlendirilmesi’ Burcu Ertem (ed) Avrupa’da ve Türkiye’de Kolluk-Adalet Sempozyumu (Türkiye Aadalet Akademisi Yayınları 2006) 28

⁶⁸ Öztürk vd. (n 24) 154, 228

bulunması, dava açmada takdir yetkisinin kullanılması, iddianame düzenlemenin (kamu davasının açılmasının) ertelenmesi istisna teşkil eden hallerdir⁶⁹.

İddia makamı yeterli delil olmadığına inanıyorsa kovuşturmayaya yer olmadığına karar verecektir. Bu kararın itiraza tabi olması, suç işleyen bir kimsenin kayırılması veya görevin savsaklanmasının disiplin ve ceza yaptırımına bağlanması hususları kovuşturma mecburiyeti ilkesinin güvenceleri olarak sayılabilecektir.

Bu sayılan koşullar oluştuğunda Cumhuriyet savcısı dava açmaktan imtina edemez. CMK'nin 170. maddesi gereği eldeki deliller yeterli şüphe oluşturuyorsa Cumhuriyet savcısı bir iddianame düzenleyecektir. Şüphenin kuvvet dereceleri farklıdır. Failin suç işlemiş olma olasılığı ile mevcut olgulara göre bir değerlendirme yapmak gerekirse 0 ile 100 arasında bir skalada %50'den fazla bir değer bulunursa yeterli şüphe vardır, değerlendirme sonucu %50'nin altındaysa yeterli şüphe yoktur şeklinde bir görüş bulunmaktadır⁷⁰.

Araştırma mecburiyeti, kamu davası açma mecburiyetinin ön şartıdır. Dolayısıyla ve tabii olarak kamu davası açılmasının zorunlu olduğu bir sistemde söz konusu kamu davasının açılmasının gerekli olup olmadığının araştırılması da zorunlu olmalıdır⁷¹.

Bugün yürürlükte bulunan StPO'nun 152/2. maddesi soruşturmaya başlamak için makul bir şüphenin var olmasını esas almıştır. Alman ceza muhakemesinde kural bu olmakla birlikte bu kurala istisna da getirilmiştir (StPO m. 153 vd.)⁷². Bu düzenlemeye göre suçun ve sonuçlarının önemsiz olması, cezalandırmada kamu yararı bulunmaması gibi sebeplerle görevli mahkemenin onayıyla dava açılmayabileceği gibi açılmış bir dava bulunması halinde de tarafların onayıyla dava sonuçlandırılabilir⁷³.

C. KAMU DAVASINI YÜRÜTME MECBURİYETİ İLKESİ

Kovuşturma mecburiyeti ilkesinin üçüncü alt ilkesidir. Açılmış bulunan bir kamu davasının kesin hüküm ile sonuçlanıncaya kadar geri çekilememesini ifade etmektedir⁷⁴. Kamu davası bir defa açıldığında (hukukumuz açısından iddianamenin kabul edilmesi veya kabul edilmiş sayılmasıyla) yargılama kesin hükümle sonuçlanıncaya kadar, iddia makamı ceza

⁶⁹ Centel ve Zafer (n 6) 555

⁷⁰ Alman doktrininde mahkûmiyet olasılığının %51'i geçerek %90'a varacak derecede olası görülmesi gerektiği belirtilmektedir.

⁷¹ Ertem (n 18) 49

⁷² Yenisey, Oktar ve Oktar (n 1) 268

⁷³ Öztürk (n 20) 19

⁷⁴ Öztürk vd. (n 24)154; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 59) 206; Öztürk (n 20) 182; Özen (n 5) 131

davasını yürütmek zorundadır⁷⁵. Cumhuriyet savcısı ceza davasını yürütmeye mecburdur ve kamu davası geri alınamaz⁷⁶.

Anlatılanlar yanında; muhakeme sonunda verilebilecek kararları sayan CMK'nin 223. maddesi, bu maddenin bulunduğu kısım, bölüm adları ile madde başlığı da dikkate alındığında, duruşmanın ancak bu maddede bulunan kararlardan biri ile sonuçlandırılabilceğini düzenlemiştir. Bu halde de açılan davanın geri alınamayacağı açıkça ortadadır. Dolayısıyla ceza muhakemesi sistemimizde bir defa kamu davası açıldıysa yargılamanın patronu artık mahkeme olmaktadır. Dava açılmış ise savcılık makamı artık bir karar vermek durumunda olmayıp sadece talepte bulunabilecektir. Eğer davanın geri çekilmesi gibi bir uygulama olsaydı; bu konuda karar verebilmek yetkisi sadece mahkemeye ait olacağından, bu müessesenin adı, örneğin yargılamanın iadesi gibi bir isimle anılabilecekti ki bahse konu 223. maddede böyle bir karar türü bulunmamaktadır. CMK'nin 223. maddesinde “davanın reddi” kararı bulunmakta ise de bu karar bahsedilen davanın geri çekilmesi müessesesi ile birlikte anılabilecek bir karar türü değildir.

Benzer şekilde 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda yer alan belli bir tarihe kadar asliye ceza mahkemelerindeki duruşmalara Cumhuriyet savcısının katılmaması istisnası kamu davasını yürütme ilkesi ile çelişki teşkil etmeyecektir. Nitekim ceza davalarını yürütme görevi mahkemelere aittir. İstisna maddesinin gerekçesinin ülkemizde yargının içinde bulunduğu ağır iş yükü sebebiyle oluşan yığılmaları engellemek ve yargıyı hızlandırmak olduğu izahtan varestedir.

StPO'nun 156. maddesinde “*ana davanın açılmasından sonra geri alınamayacağı*”⁷⁷ hükmüne açıkça yer verilmiştir.

D. HUKUKUMUZDA YENİ BİR KURUM: SORUŞTURMAYA YER OLMADIĞI KARARI

15 Ağustos 2017 tarih ve 694 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile ceza muhakemesi sistemimize giren soruşturmaya yer olmadığı kararı, 01.02.2018 tarih ve 7078 sayılı Kanun ile CMK'nin 158/6. Maddesine eklenen bir fıkra ile yasa hükmü halini almıştır⁷⁸.

⁷⁵ Ünver ve Hakeri (n 6) 74; Özen (n 5) 131; Öztürk vd. (n 24) 154

⁷⁶ Toroslu ve Feyzioğlu (n 28) 38; Aynı doğrultuda görüş için, bkz. Harun Çokal ve Mustafa Taşkın, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, C. 2 (2. Baskı, Seçkin Yayınevi 2007) 381

⁷⁷ Öztürk (n 20) 182; Yenisey, Oktar ve Oktar (n 1) 287

⁷⁸ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 59) 194; Yenisey ve Nuhoğlu (n 10) 581

CMK'nin 2. maddesine göre “*soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan*” kişi şüpheli sıfatını almaktadır. Bir kişiye şüpheli sıfatının verilmesi, özellikle asılsız ihbar veya art niyetli hareketler nedeniyle kişilerin “lekelenmeme hakkını” ihlal edebilmektedir. Düzenlemenin gerekçesi dikkate alındığında soruşturmaya yer olmadığı kararının, lekelenmeme hakkının korunması yanında usul ekonomisinin sağlanmasına da katkı sağladığını söylemek mümkündür⁷⁹.

Lekelenmeme hakkının genişletilerek teyit edilmesi bakımından, soruşturmaya yer olmadığı kurumu yardımıyla, doktrinde “eşik teorisi” olarak tanımlanan ve CMK'nin 160. maddesinde yer alan “suç izlendiği izlenimi veren hal” kriterinin yarattığı hukuk devleti duvarının, bir adım daha öteye taşınması sağlanmıştır⁸⁰.

Cumhuriyet savcısı; bir şekilde haberdar olduğu ihbar veya şikâyet konusu eylemin, bir araştırma yapmaya gerek olmaksızın suç oluşturmadığını düşünüyorsa veya ihbar veya şikâyetin soyut ve genel nitelikte olduğu kanaatine varırsa soruşturmaya yer olmadığı kararı verebilecektir.

Soruşturmaya yer olmadığı kararına itirazın düzenlenmiş olması, itiraz mekanizmasına kovuşturmayaya yer olmadığı kararı gibi değer atfedilmesi araştırma mecburiyeti ilkesinden vazgeçilmediğinin bir göstergesidir. Diğer taraftan CMK'nin 173. maddesi, kovuşturmayaya yer olmadığı karara karşı itiraz hakkı olanları suçtan zarar görenler olarak sınırlandırmış iken CMK'nin 158/6. maddesi, verilen soruşturmaya yer olmadığı kararlarının ihbar eden ve şikâyetçiye tebliğ edileceğini, ihbar edenin de soruşturmaya yer olmadığı karara karşı itiraz hakkı olduğunu (zımnen de olsa) belirtmiştir.

CMK'nin 158/6. maddesi ile getirilen düzenlemeden önce ihbar ve şikâyet konusu fiilin açıkça suç oluşturmadığı anlaşılmasına rağmen ya da soyut ve genel nitelikteki ihbar ve şikâyetler nedeniyle CMK'nin 160. maddesi hükmü gereği kişiler şüpheli sıfatına alınarak ceza soruşturması ile karşı karşıya kalmakta ve bu yönü ile ceza muhakemesi sistemimizde bir boşluk olduğu görülmektedir⁸¹.

Soruşturmaya yer olmadığı durumunun gerçekleştiği hallerde iki ihtimal bulunmaktadır. Birinci ihtimalde ihbar veya şikâyetle bulunulan eylemin, ilave bir soruşturmaya gerek duyulmaksızın, suç oluşturmadığı açıkça anlaşılmaktadır. İkinci ihtimalde ise ihbar veya

⁷⁹ Gökçen vd. (n 24) 555, 556

⁸⁰ Yenisey ve Nuhoglu (n 10) 581, 582

⁸¹ Gökçen vd. (n 24) 556, 557

şikâyet soyuttur ya da genel niteliktedir. Kim, ne zaman, nerede, ne yapmış ya da ne zaman, nerede, ne olmuş gibi soruların cevaplarının tespiti kolayca mümkün değildir ya da imkânsızdır⁸².

Soruşturmaya yer olmadığı kararının doğal bir sonucu olarak da (belirli kişiye atfedilen bir eylem bulunması halinde) belirtilen türden ihbar ve şikâyetler nedeniyle hakkında ihbar ve şikâyette bulunulan kişi de şüpheli sıfatını almayacaktır.

CMK'nin 158/6. maddesinde düzenlenen soruşturmaya yer olmadığı kurumu;

1. Fiilin işlenip işlenmediğinin araştırılmaması nedeniyle maddi meseleden vazgeçilerek “ilk bakışta eylemin suç oluşturup oluşturmadığı” şeklindeki hukuki meseleyle ilgilenilmesi,

2. Kovuşturmaya yer olmadığı kararının kaldırılmasına yönelik bir usulün bulunması yanında, bir ifadeyle “kesin hal alan” soruşturmaya yer olmadığı kararının nasıl kaldırılabileceği yönünde düzenleme bulunmaması,

3. Soruşturmaya yer olmadığı kararına yapılan itiraz üzerine sulh ceza hâkimi tarafından Cumhuriyet savcısına bir araştırma yaptırılıp yaptırılamayacağı,

4. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları çerçevesinde etkin soruşturma konusunda yetersiz kalabileceği,

5. Muhtemel ve müstakbel zararları konusunda yeterince istişare edilmeden alelacele düzenlendiği gerekçeleriyle eleştirilmektedir⁸³.

V. TAKDİRİLİK (MASLAHATA UYGUNLUK) İLKESİ

Maslahat, sözlük anlamı itibariyle; “iş, önemli iş, emir, buyruk, mesele, husus, madde, keyfiyet, barış, dirlik, düzenlik” anlamına gelmektedir⁸⁴. Hukuktaki teknik olarak karşılığı ise kamu yararadır⁸⁵.

Hukuki bir kavram olarak maslahat, zarar vermek anlamına gelen mazarratın karşıtıdır. Kamu hukuku açısından maslahata uygunluk ilkesi esasen idarî eylem ve işlemler bakımından geçerli olup idareye, eylem ve işlemlerini gerçekleştirmede kendi tespit edeceği kamu yararına

⁸² Yurtcan (n 8) 480

⁸³ Yenisey ve Nuhoglu (n 10) 582

⁸⁴ Develioğlu, s. 73; (2002, 16 Ekim) <http://tdkterim.gov.tr/bts>; Öztürk (n 20) 195

⁸⁵ Öztürk (n 20)195

uygunluk düşüncesine göre takdir hakkı tanınmasıdır⁸⁶. Ceza muhakemesinde ise maslahata uygunluk Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılması için gerekli lüzumun varlığını araştırarak sonucunda duruma göre takdir yetkisini kullanması hali olarak anlaşılacaktır. Bu da mecburi olmanın karşıt anlamı olarak ihtiyarlığı işaret etmektedir⁸⁷.

Soruşturma yapmak üzere kendiliğinden işe el koymak, sonrasında gerektiğinde kamu davasını tahrik etmek üzere iddianame düzenlemekle görevli bulunan organın, gerekli görmemesi veya açacağı davanın kamu menfaatine aykırı olması nedeniyle kamu davasını açmaktan imtina etmesine maslahata uygunluk ilkesi (ihtiyarilik/opportunité⁸⁸ /maksada uygunluk/ yerindelik⁸⁹) ilkesi⁹⁰ denilmektedir⁹¹. Hukukumuzda ilke için, maslahata (maksada) uygunluk⁹², takdirilik⁹³ ve uygunluk terimleri kullanılmaktadır⁹⁴.

Kovuşturma mecburiyeti ilkesine istisna oluşturacak şekilde savcıya takdir yetkisi tanınması çoğunlukla “ceza hâkimi basit işlerle uğraşmaz ‘de minimus non curat praetor’” ya da “kanun önemsiz hususlar ile meşgul olmaz ‘de minimus non curat lex’” ilkesinden kaynaklandığı da vurgulanmıştır⁹⁵.

Eski Mısır, Roma ve İslam Hukuklarında, günümüzde doktrinde anlaşıldığı manada, bir kovuşturma mecburiyeti ilkesi ya da maslahata uygunluk ilkesi bulunmamaktaydı⁹⁶.

Roma ceza muhakemesi hukukunun halk muhakemesi döneminde şekle bağlı olmayan bir aile içi muhakeme söz konusuydu ve davacı yoktu⁹⁷.

⁸⁶ Joseph Raz, ‘Legal Principles and the Limits of Law’ (1972) 83(5) Yale Law Journal, <<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6114&context=ylj>> Erişim Tarihi 4 Nisan 2020

⁸⁷ Özen (n 5) 696; Kovuşturma mecburiyetinin zıddı takdirilik değil, ihtiyarilik olarak ifade edilebilir.

⁸⁸ Ünver ve Hakeri (n 6) 75

⁸⁹ Yurtcan (n 8) 116

⁹⁰ Ahmet Caner Yenidünya, ‘5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Kamu Davasının Açılması, İddianamenin Unsurları ve İadesi’ (2004) (60) E-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, 7

⁹¹ Keyman (n 19) 96

⁹² Öztürk (n 20)195; Öztürk vd. (n 24) 155; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 59) 70, 509; Ünver ve Hakeri (n 6)75; Centel ve Zafer (n 6) 597

⁹³ Öztekin Tosun, ‘Ceza Davasının Açılmasında Sistemler’ (1969) 34(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Ayrı Baskı 42, 45; Keyman (n 19)96; Toroslu ve Feyzioğlu (n 28) 36; Mustafa Tören Yücel, ‘Kamu Davası Açılmasında Japon Modeli’ (1992) 4 Yargıtay Dergisi 476, 476

⁹⁴ “Alman Hukuku’nda ise bu ilke İtalyanca *opportunitá* kelimesinden türetilen *opportunitát* terimi ile ifade edilmektedir. *Opportunitát* terimi [*opportun= maslahata (maksada) uygun*] *maslahata uygunluk* anlamını taşımaktadır.” Meraklı (n 57) 55; Toroslu ve Feyzioğlu (n 28) 36; Aydın (n 64) 371; Toroslu ve Feyzioğlu (n 28) 37

⁹⁵ Ünver ve Hakeri (n 6)76; Durmuş Tezcan, Topluluğun Mali Çıkarlarının Cezai Korunması ve Avrupa Savcılığı Hakkında Yeşil Kitap (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 2003) 64

⁹⁶ Coşkun Üçok ve Ahmet Mumcu ve Gülnihal Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi (11. Baskı, Turhan Kitabevi 2006) 98; Öztürk (n 20) 15

⁹⁷ Öztürk (n 20) 15

İslam hukukunda, her ne kadar maslahata uygunluk ilkesini andıran bazı hukukî kurumlar (kefaret,af vb.) bulunsa da bugünkü manada bir maslahata uygunluk veya kovuşturma mecburiyeti ilkelerinden herhangi birinin bulunduğu söylenemez⁹⁸.

Bir suç işlendiği haberi alınması üzerine işin esasını soruşturmakla görevli ve yetkili makamların derhâl soruşturmaya başlamak, soruşturma sonunda ceza ve/veya güvenlik tedbiri gerektiren hallerin varlığı halinde gerekli takibatı başlatmak, eylem ve failin belli olması halinde ve yeterli şüpheye ulaşılmaması halinde de kamu davası açmak konusunda tercih ve takdir yetkisinin bulunması hali maslahata uygunluk ilkesi olarak adlandırılmaktadır⁹⁹.

Kamu davasını açmada mecburiyet değil de kamu menfaatlerini ön planda tutan bu sisteme göre kamu davası açılabilmesi için yasa da yer alan şartların var olması yeterli değildir. Ayrıca açılacak her kamu davası açısından “maslahata uygunluk” olarak anılan “lüzum” şartının gerçekleşip gerçekleşmediği de araştırılmalıdır. Yani her olay açısından kamu faydası düşüncesi ile “lüzum” takdir edilmelidir. Tam da bu noktada ifade edilmelidir ki ilkeye öğretide “takdirilik ilkesi”¹⁰⁰ de denilmektedir.

İddia görevi ifa eden makamlara belirli bir düzlemde takdir yetkisi tanınması, kanunlar tarafından düzenlenmesi öngörülememiş neticeleri önlemek bakımından da önem arz etmektedir. Genel ve soyut olmaları nedeniyle ceza kanunlarının her zaman her durumu düzenlemiş olmalarını beklemek doğru olmayacaktır. Çoğu zaman da cezanın bireyselleştirilmesi kapsamında suçun işleniş şartlarının içerdiği bazı özel durumlar ceza kanunlarında hakkaniyete uygun şekilde çözümlenmeyebilir. İşte bu aşamada, takdir hakkı, kanunun emrine sıkı sıkıya bağlı kalmak zorunluluğunu ortadan kaldırarak kanunun öngörmesinin beklenemeyeceği neticeleri bertaraf etmek sonucunu doğurmaya elverişlidir¹⁰¹.

Hukukumuzda; kamu davasının mecburiliği ilkesi genel kuraldır. Maslahata uygunluk ilkesi; Cumhuriyet savcısının, yeterli şüphe elde etse bile iddianame düzenlememeyi kamunun ve şüphelinin daha lehine görmesi halinde, kamu davasını tahrik maksadıyla iddianame düzenlememek şeklindeki takdir yetkisi şeklinde kendisini göstermektedir¹⁰². Hukukumuzda bu takdir yetkisi istisna olarak düzenlenmiş ve CMK’de sınırlı bir şekilde kabul edilmiştir¹⁰³.

⁹⁸ Öztürk (n 20) 15

⁹⁹ Öztürk vd. (n 24)156; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 59) 70, 509, 206; Gökçen vd. (n 24) 120; Keyman (n 19) 96; Centel ve Zafer (n 6) 556; Yurtcan (n 8) 116

¹⁰⁰ Yenisey ve Nuhoglu (n 10) 688

¹⁰¹ Keyman (n 19) 96

¹⁰² Öztürk (n 20) 14; Keyman (n 19) 95

¹⁰³ Yurtcan (n 8) 117; Öztürk vd. (n 24) 155; Keyman (n 19) 94; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 59) 70, 71, 509; Öztürk (n 20) 14, 195; Töngür (n 57) 165

Savcıya takdir hakkının tanınması halinde bu durumun kanunlarda mutlaka yer almasının zorunlu olduğu, savcının bu yetkiyi mutlaka kanundan alması gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁴.

Mecburilik ilkesinden farklı olarak maslahata uygunluk ilkesinde, iddianame düzenlenebilmesi için yeterli şüphe bulunsa dahi duruma göre ya kamu davasının açılmasının ertelenmesine ya da kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilebilecektir. Buradaki temel husus, kanun koyucunun bazı suçların takibatından; etkinlik, emek ve zamandan tasarruf veya masraflı muhakemeden kaçınma düşünceleriyle sarf-ı nazar etmesine dayanmaktadır. Mahkemelerin iş yükündeki yoğunluk dikkate alındığında, daha önemli ve toplum düzenini daha vahim derecede sarsan suçlar açısından ve sınırlı kapasitenin korunması bakımından faydacı yaklaşım göstermek yerinde olacaktır¹⁰⁵.

Maslahata uygunluk ilkesinde kamu davasının açılması için mecburilik ilkesi açısından gerekli olan ve kanunda aranan şartların gerçekleşmesi yanında, kamu davasının açılması bakımından üstün kamu yararının bulunup bulunmadığının da değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu ilke açısından kamu yararının bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi yetkisi tabii olarak soruşturma yapmaya ve bu soruşturmadan sonuç çıkararak kamu davası açmak sürecini tahrik etmek üzere iddianame düzenlemeye yetkili olan makamlardadır¹⁰⁶. Elbette bu yetkinin denetimi de mevcut olmakla birlikte denetim mekanizmasının varlığı kamu yararının bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi yetkisinin varlığını ve yetkinin sahibini değiştirmemektedir. Soruşturma makamına verilen bu değerlendirme yetkisi kendisini soruşturma makamının takdir yetkisi olarak göstermektedir. İşte bu takdir yetkisi, savcının bazı nedenlerle kamu davası açmaktan kaçınabilmesini mümkün kılacaktır. Zaten mecburilik ilkesinin adı da dikkate alındığında bir zorunluluk söz konusu olduğu açık olduğundan kamu davası açılmasında bağlı yetkinin mevcudiyeti söz konusudur. Aynı mantıktan hareketle maslahata uygunluk ilkesinin ismiyle müsemma olarak bu ilkenin uygulandığı hallerde de takdir yetkisinin mevcudiyetinden söz etmek yanlış olmayacaktır.

Dava açmakla görevli soruşturma makamı, yargılama ve cezalandırma sonucunda

¹⁰⁴ Yurtcan (n 8) 117

¹⁰⁵ Bkz. Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümet Tasarısının 174. Maddesi (CMKnun 171. maddesi) gerekçesi

¹⁰⁶ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 59) 512; Madde metninde kullanılan ifade dikkat çekicidir. Çünkü örneğin benzer bir düzenlemeye yer veren Alman CMK § 153a'da (Yenisey, Oktar ve Oktar (n 1) 269-272.) takibatın yapılmasındaki kamu yararını ortadan kaldırmaya elverişli ise bu hükmün ortadan kalkması ile kamu davası açılmasının ertelenmesinde kamu yararı bulunması hususlarının aynı düşüncüyü ifade ettikleri söylenmelidir. Soyaslan (n 12) s. 389; Öztürk vd. (n 24) 616; Ünver ve Hakeri (n 6) 518; Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku (11. Baskı, Seçkin Yayınları, C. I., 2020) 125; Centel ve Zafer (n 6) 601

meydana gelecek kamu yararının, şüphelinin cezasız kalması nedeniyle oluşacak zarardan (kamu vicdanının ya da mağdur/suçtan zarar görenin tatmini vb. çerçevesinde) daha az bir zarara neden olabileceğine kanaat getirirse kamu davası açmak üzere iddianame düzenlemeyebilecektir¹⁰⁷. Her somut olayda ceza davası açıp açmama, kamu yararı düşüncelerine göre takdir edilecektir¹⁰⁸.

Savcının takdir hakkı kullanarak verdiği kovuşturmayaya yer olmadığı kararı itiraza tabi bulunmadığından Cumhuriyet savcısı tarafından gerçekten takdir hakkının kullanılması için oluşması gereken şartların meydana gelip gelmediği hassasiyetle araştırılmalıdır. Kamu davasını tahrik etmek üzere iddianame düzenlenmesini gerektiren seviyede yeterli delil yoksa ya da iddianame düzenleyebilmek için gereken diğer şartlar bulunmuyor ise iddianame düzenlenebilmesi zaten mümkün değildir. Bu durumda savcının delilleri değerlendirmek ve delilleri takdir yetkisi bulunduğu kuşkusuzdur¹⁰⁹.

Cumhuriyet savcısının takdir yetkisi kamu davası açmak için gereken tüm şartların var olması sonrasındaki aşamada kullanılabilir¹¹⁰.

Maslahata uygunluk ilkesi çerçevesinde Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınması, bu yetkinin mutlaka ve her zaman kullanılacağı anlamına gelmemektedir. Takdir yetkisinin kullanılabilmesi için kanunda belirtilen yükümlülüklerle uygun hareket edilmesi gerekmektedir¹¹¹. Ayrıca bu yetkinin hukuka ve hakkaniyet ilkelerine uygun olarak kullanıldığıнын denetiminin de mümkün olması gerekmektedir. Denetim mekanizması ile takdir yetkisinin hudutlarının yasa da tereddütsüz olarak belirtilmesi de bir zorunluluktur. Bahsedilen zorunluluk maslahata uygunluk ilkesinin amacını da ortaya koymaktadır. Maslahata uygunluk ilkesinin amacı, suçla mücadeleyi uygun bir şekilde yürütmektir. Bu maksadı aşan türden keyfilikler maslahata uygunluk ilkesinin yapısıyla bağdaşmayacaktır¹¹². Ancak ileride de

¹⁰⁷ Keyman (n 19) 96 vd.; Öztürk (n 20) 198. Yurtcan (n 8) 55

¹⁰⁸ Ünver ve Hakeri (n 6) 518

¹⁰⁹ Ertem (n 18) 63

¹¹⁰ Öztürk (n 20)200; Ünver ve Hakeri (n 6)76, 518. Nitekim doktrinde, iki tür kovuşturmayaya yer olmadığı kararı bulunduğu, bunlardan birinin takdir yetkisi sebebiyle verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararı (CMK m. 171), diğerinin ise kamu davası açılabilmesi için yeterli delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması (CMK m. 172/1) sebebiyle verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararı olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Öztürk vd. (n 24) 614; Bu görüşe paralel ve ilave olarak; CMK'nin, 170. maddesinde "soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler" 172. maddesinde ise "soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil" ifadelerinin yerinde olmadığı belirtilmiştir. Bkz. Centel ve Zafer (n 6) 597; Aynı görüş için bkz. Soyaslan (n 12) s. 383; Şahin ve Göktürk (n 104) 120

¹¹¹ Friedrich Christian Schröder, Legalitäts-und Opportunitätsprinzip heute (1974) Festschrift für Karl Peters 411, 416; Aktaran, Meraklı (n 57) 60

¹¹² Meraklı (n 57) 60

değınileceği üzere, CMK'nin 171/1. maddesinde bulunan takdir yetkisine dayalı kovuşturmayaya yer olmadığı kararının, aynı Kanunun 173/5. maddesi uyarınca itiraza tabi olmaması, burada belirttiğimiz özelliklere aykırı bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Ceza uyuşmazlığını esastan çözen mahkeme/hâkim kararlarına karşı kanun yolu denetiminin mümkün olmasına rağmen Cumhuriyet savcısının ceza uyuşmazlığını çözen böyle bir kararının denetim dışı bırakılması maslahata uygunluk ilkesinin varlık nedeniyle örtüşür bir uygulama değildir.

VI. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA DURUM

Almanya (StPO 151,152/2¹¹³, 153), Avusturya (Ceza Muhakemesi Usul Kanunu m. 1-17. maddeler; özellikle 1 ve 4. maddeler¹¹⁴), İtalya (İtalyan Ceza Muhakemesi Usul Kanunu m. 50, 112, 326, 358, 405¹¹⁵), İsviçre (Ceza Muhakemesi Usul Kanunu m. 7¹¹⁶) ve Danimarka'da kamu davasının açılmasında mecburiyet ilkesi geçerlidir¹¹⁷.

Amerika Birleşik Devletleri¹¹⁸, Fransa, İngiltere, Hollanda ve Japonya'da sınırsız bir şekilde maslahata uygunluk ilkesi uygulanmaktadır¹¹⁹.

Maslahata uygunluk ilkesinin tipik örneği Anglo-Sakson hukukunun geçerli olduğu ülkelerin ceza muhakemesi kanunlarında yer almaktadır. Bunun yanında gerek Kara Avrupası hukuk sisteminin geçerli olduğu gerekse Uzak Dođu ülkelerinde maslahata uygunluk ilkesinin geçerli olduğu görülmektedir. Belirtilen sistemlerde maslahata uygunluk ilkesi temel kural olmakla birlikte, uygulamada ülkeden ülkeye değişiklikler olduğu gibi ceza takibatı sisteminin değişik kurumlar aracılığıyla yürütüldüğu de gözlenmektedir. "Anglo-Sakson hukukunun geçerli olduğu ülkelerde maslahata uygunluk ilkesi, Kıta Avrupası hukuku ile Japon ve Güney Kore hukuklarındakinden farklı bir tarzda şekillendirilmiştir"¹²⁰.

Kıta Avrupası hukuk sisteminde ve Japonya'da kamu davası açılması hususunda kamu yararı bulunup bulunmadığını takdir hak ve yetkisi savcıya bırakılmışken Anglo-Sakson hukuk

¹¹³ <<https://dejure.org/gesetze/StPO/152.html>> Erişim Tarihi 05 Ocak 2020; (Yenisey, Oktar ve Oktar (n 1) 267, 268.)

¹¹⁴ <<https://www.jusline.at/gesetz/stpo/paragraf/1>> Erişim Tarihi 05 Ocak 2020

¹¹⁵ <<https://lexscripta.it/codici/codice-procedura-penale/articolo-50>> Erişim Tarihi 05 Ocak 2020

¹¹⁶ <https://www.admin.ch/ch/f/rs/c312_0.html> Erişim Tarihi 05 Ocak 2020

¹¹⁷ Cumhur Şahin, 'Polis Tarafından Yapılan Sanık Sorgusunun Mukayeseli Hukukta Düzenlenişi' (1994) 4(1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Yapılan Değişiklikler Sempozyumu Özel Sayısı 61, 62

¹¹⁸ Amerika'da savcının ilk değerlendirmesi sonucunda suç vasfı ve şüphelinin sabıka geçmişi dikkate alınarak savcı soruşturmaya geçemeyebilmektedir. Angela J. Davis, *Arbitrary Justice, The Power of the American Prosecutor* (Oxford University Press 2007) 24; Maximo Langer, *Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure* (2005-2006) 33 *American Journal of Criminal Law* 223, 229

¹¹⁹ Uğur (n 57) 261

¹²⁰ Meraklı (n 57) 98

sisteminin kabul edildiği Amerika, İngiltere, Kanada ve Avustralya’da kamu davası açmak hususunda kamu yararının bulunup bulunmadığını takdir ve tespit yetkisi çeşitli makamlara¹²¹ tanındığı gibi bu süreçte iddianame pazarlığı kurumuna da yer verilmektedir¹²².

Güney Kore, Japonya, Danimarka, Fransa, İsveç, Norveç, Hollanda’da suç işlendiği konusunda yeterli şüphe oluşmuş olsa bile, herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın, kamu davası açıp açmamak konusunda savcının mutlak takdir yetkisi bulunmaktadır¹²³.

Amerika’da savcının takdir yetkisinin denetimi, sadece savcılarının siyasi sorumluluğuna dayanır. Avrupa’da, savcının takdir yetkisini sınırlamanın ve kontrol etmenin iki yolu bulunmaktadır. Bunlar, şahsi dava ve mahkeme denetimidir. Her ikisi de özellikle savcının kovuşturma sürecini başlatmak konusundaki takdir hakkı nedeniyle oluşan gücünü sınırlamaktadır. Şahsi dava, tarihsel olarak savcılığın oluşumunda önce var olan ve savcılık sisteminin var olmasını sağlayan bir role sahip olmuştur. Çoğu yasal sistemde, bir devlet görevlisi tarafından yapılan soruşturma, şahsi davanın aşamalı olarak yerini almıştır. Ancak gerçekten suçtan zarar gören/mağdurun (veya herhangi bir vatandaşın) cezai takibat başlatmak hakkı, savcının eylemsizliğini kontrol etmek fonksiyonu nedeniyle birçok modern hukuk sisteminde varlığını devam ettirmektedir¹²⁴.

İngiltere’de şahsi dava halen kovuşturma sisteminin teorik temelini oluşturmaktadır. Ancak uygulamada, toplamda sadece küçük bir kısım vatandaş tarafından dava konusu yapılmaktadır. Çünkü genellikle vatandaş, başarılı kovuşturma başlatmak için gereken maddi güç ve hukuk bilgisinden yoksundur. Kraliyet Savcılık Servisi’nin, kamu davasının açılması ve yürütülmesi inisiyatifini vatandaşın alarak süreci sonlandırabilmesi, şahsi dava yolundaki vatandaşın cesaretini kırmaktadır. Vatandaşın bu tedbir aleyhine yasal bir yolu da yoktur¹²⁵.

¹²¹ Bahsedilen bu yetki İngiltere’de polise de aittir. Polis, bir suç işlendiği bilgisini aldıktan sonra soruşturmaya başlayıp fiili mahkeme önüne götürüp götürmemek hususunda tam bir takdir yetkisine sahiptir (Bkz. Öztürk (n 20) 29)

Polisin geniş sayılabilecek bu yetkisi yanında az sayıda ve fakat ağır suçlarda kamu davası açmakla Director of Public Prosecutions görevlidir. (Bkz. Meraklı (n 57) 98.)

¹²² “Kamu davası açma mecburiyeti diğer Kıta Avrupası ülkelerinde de kabul edilmekle birlikte Anglo-Amerikan Hukuku’nda sistem tamamen farklıdır. Bu anlamda çalışmamızın konusunu oluşturan iddianame pazarlığı savcının başlıca yetkilerinden biridir. İddianame pazarlığı kapsamında savcı ile sanık iddianamenin içeriğinde anlaşmaktadırlar. Buna karşılık sanık da suçunu ikrar etmek ya da savcıyla işbirliği yapmak gibi bir edim taahhüt etmektedir” (Bkz. Pınar Bacaksız, ‘İddianame Pazarlığı (Plea Bargaining)’ (2008) 3(7) Ceza Hukuku Dergisi 151, 151, 153.)

¹²³ Öztürk (n 20) 22; Yücel (n 93) 476; Meraklı (n 57) 99

¹²⁴ Joan E. Jacoby, American Prosecutor’s Discretionary Power, Prosecutor (1997) 31(6) 25-27, (2002, 16 Ekim) <https://cdn.ymaws.com/mcaa-mn.org/resource/resmgr/Files/About_Us/Amer_Prosecutor_Historical_Cont.pdf> Erişim tarihi 25 Eylül 2020

¹²⁵ Uğur (n 57) 262

Almanya’da bazı suçlar “özel kovuşturmaya tabi suçlar” olarak adlandırılmaktadır ve mağdur tarafından savcının herhangi bir müdahalesi dava konusu yapılabilmektedir. Bu suçlar iftira, gizliliğin ihlali ve Almanya’da basit saldırı ve izinsiz giriş suçlarıdır¹²⁶. Almanya’da Cumhuriyet savcısı her zaman yargılamayı devralabilir ve sanığın suçluluğunu önemsiz gördüğü takdirde dava açmaktan imtina edebilir¹²⁷.

Savcının harekete geçmeme kararı da yargı denetimine tabi olmalıdır. Örneğin Almanya’da savcı delil bulunmaması nedeniyle kovuşturma başlatmaya gerek görmez ise mağdurun itiraz mercii mahkemesi nezdinde itiraz etme hakkı bulunmaktadır. Mahkeme, mağdurun başvuru evrakı ve savcının soruşturma dosyasını dikkate alarak kovuşturma için yeterli nedenin bulunduğunu tespit ederse, savcıya dava açmasını emreder. Şikâyetçi/mağdur daha sonra savcının yanında davaya katılabilir¹²⁸.

Savcılık kararları üzerindeki mahkeme denetiminin ve bu yola suçtan zarar gören/mağdurlar tarafından ulaşılabilirliğin temininin, savcılık kararlarındaki keyfiliğin ve hataların denetiminde daha etkili bir yol olacağı söylenebilir. Bunun yanında savcının takdir hakkı kullanma yetkisinin bulunduğu durumların açık şekilde ve yasa düzenlemesine bırakılmasının uygun olacağı görüşü de bulunmaktadır¹²⁹.

Amerika Birleşik Devletleri’ndeki durum incelendiğinde; maslahata uygunluk ilkesinin uzun bir gelenek sonucu, bu görevi ifa eden savcılarının da katkısıyla oluşan kültür neticesinde savcılarının bağımsızlıklarını sağlamlaştırdığı, savcılar tarafından takdir alanının sınırlarının bireysel olarak çizilebilmesini sağladığı, böylelikle de meslek kültürü içinde edinilen tecrübelerin ve sorumluluk bilincinin sorunun üstesinden gelmek açısından değerlendirilebildiği söylenmektedir¹³⁰.

Gerek Kıta Avrupa’sı hukuk sistemini gerekse Anglo-Sakson hukuk sistemini benimseyen ülkelerin ortak sorununun, mahkemelerin ağır iş yükü ve ceza muhakemesinin makul sürede sonuçlanmamasından kaynaklanan sorunlar olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu nedenlerle, hangi hukuk sistemi benimsenmiş olursa olsun iş yükünü azaltmak ve muhakemeyi makul sürelerde sonuçlandırmak üzere çeşitli çalışmalar yapılmaktadır. Kovuşturma mecburiyeti ilkesinin yumuşatılması en dikkat çeken çalışmalardan biridir. Kovuşturma mecburiyeti ilkesinin benimsendiği hukuk sistemlerinde ülkeler,

¹²⁶ Bkz. StPO, m. 374 (Yenisey, Oktar ve Oktar (n 1) 457.)

¹²⁷ Bkz. StPO, m. 377/2 ve 383/2 (Yenisey, Oktar ve Oktar (n 1) 460, 464.)

¹²⁸ Bkz. StPO m. 171–175 ve 395/1 (Yenisey, Oktar ve Oktar (n 1) 319, 322, 474.)

¹²⁹ Bkz. Jacoby (n 124) 38

¹³⁰ Meraklı (n 57) 99

soruşturma görevi ifa eden birimlerine kanunlarla çeşitli takdir yetkileri tanıyarak mahkemenin iş yükünü azaltmak çabasına girmişlerdir¹³¹.

İstisnasız olarak kovuşturma mecburiyeti ilkesini uygulayan ülkeler gün geçtikçe azalmaktadır. Örneğin, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin istisnasız uygulanması ile tanınan Arjantin hukukunda 1990'ların sonlarından başlayarak sınırlı da olsa savcılığa takdir yetkisi tanıyan düzenlemelere yer verilmeye başlandığı görülmektedir. Böylelikle artık akılcı olmayan mutlak ceza teorisinin terk edilmiş olmasının etkisiyle, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin istisnasız bir şekilde uygulandığını söylemek mümkün olmayacaktır. Kural olarak kovuşturma mecburiyeti ilkesini benimseyen fakat savcıya belirli bir oranda takdir yetkisi tanıyan düzenlemelere de yer veren ceza muhakemesi kanunları arasında Almanya önemli bir yer işgal etmektedir. Kovuşturma mecburiyetinin yanı sıra istisnaî olarak savcıya takdir yetkisi tanıyan düzenlemelere muhakeme kanunlarında yer verilmesinde Alman hukukunun etkisi çok önemlidir¹³². Almanya'dan etkilenen ikinci örnek olarak ise bazı İsviçre Kantonlarında kamu yararı zorunlu kılmadıkça, soruşturma yapmanın mecburî olmadığı kabul edilmektedir¹³³.

Çağdaş eğilim, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin maslahata uygunluk sistemine yakınlaşması yönündedir¹³⁴. İşte bu yaklaşımların etkisiyle hukukumuzda da “şimdilik” kısıtlı da olsa takdir yetkisi bulunmaktadır.

Kıta Avrupası hukuk sisteminin hâkim olduğu bir kısım ülkelerde kanunlar, savcıya, belirli yükümlülükleri yerine getirmesi şartıyla şüpheliye kamu davası açılmayabileceği önerisi sunma yetkisi vermiştir¹³⁵. Şüphelinin bu yükümlülükleri kabul etmesi ve bu yükümlülüklere uyması halinde hakkında kamu davası açılmayacaktır. Belirtilen yasa hükümlerinin amacı, şüphelinin yükümlülükleri kabul etmesiyle ve bu yükümlülükleri yerine getirmesiyle cezalandırma zorunluluğunun ortadan kaldırmasıdır. Çünkü cezalandırma amaçları (caydırıcılık ve veya topluma kazandırma) zaten yükümlülüğün ifası ile yerine getirilmiştir.

¹³¹ Cumhuriyet Şahin, Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğruyalığı İlkesi) (Yetkin Yayınları 2001) 87

¹³² Ayrıntılı bilgi için bkz. Meraklı (n 57) 100, 101

¹³³ Uluslararası Savcılar Birliği, 'Savcılar İçin İnsan Hakları El Kitabı' Egbert Myjer ve Barry Hancock ve Nicholas Cowdery (eds), Alink Marnix (derleyen) (Ankara Barosu Yayınları 2008) 282; Uğur (n 57) 259.

¹³⁴ Tezcan (n 95) 37; Uluslararası Savcılar Birliği, Savcılar İçin İnsan Hakları El Kitabı 2008, 283

¹³⁵ Bkz. Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu m. 41-1, 41-3 <https://www.legislationline.org/download/id/8539/file/France_CPC_am022020_fr.pdf> Erişim Tarihi 25 Eylül 2020; Avusturya Ceza Muhakemesi Kanunu m. 90a, 90m <<https://www.jusline.at/gesetz/stpo/paragraf/1>> Erişim Tarihi 25 Eylül 2020; StPO'nun m. 153a. (Yenisey, Oktar ve Oktar (n 1) 269-272.)

Fransa’da, şüphelinin ehliyetine dört ay veya daha kısa bir süre el konması veya şüpheliden, suç işlemede kullanılan kamu mallarının eski haline iadesi istenebilir¹³⁶.

Fransa’da mahkeme başkanı, şüpheli ve savcılık arasındaki anlaşma hâkim onayına tabidir¹³⁷. Almanya’da, oldukça ciddi nitelikteki durumlarda yargı onayı söz konusudur. Avusturya’da yasal olarak izin verilen koşullarda savcı mahkeme onayına gerek olmaksızın dava açmamak yetkisini kullanabilmektedir. Avusturya’da sulh ceza yargıcıları tarafından soruşturma yapılması mümkün ise de bu durum kural olmaktan ziyade istisnadır ve bu nedenle soruşturma yapma görevi kural olarak savcındır¹³⁸.

VII. TÜRK HUKUKUNDA KABUL EDİLEN SİSTEM

CMK’de kovuşturma mecburiyeti ilkesi benimsenmiştir¹³⁹. CMK’nin 170. maddesi CMUK’un 163. maddesinin karşılığıdır. CMK’nin 170. maddesi yeterli şüphe bulunması halinde Cumhuriyet savcısının kamu davası açılması için iddianame düzenlemesini zorunlu kılmıştır¹⁴⁰.

CMK, yürürlüğe girdiği ilk halinde, “*Cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsi cezasızlık sebeplerinin varlığı halinde Cumhuriyet savcısının kamu davasını açmayabilme yetkisini vermiştir.*” CMK’nin 171. maddesi ile sistemimizde ilk defa savcıya dava açmada takdir hakkı tanınmıştır. Bu madde, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin önemli bir istisnasıdır¹⁴¹.

CMK’nin 171/1. maddesi kapsamında savcıya bir takdir yetkisi tanınmıştır. Takdir yetkisi nedeniyle anılan maddede sayılan şartlar gerçekleşse bile kovuşturmayaya yer olmadığı kararını vermek zorunlu değildir. Bu madde çerçevesinde, Cumhuriyet savcısının kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vermek konusunda tereddüt etmesi durumunda takdir yetkisini dava açmak yönünde kullanması gerektiği vurgulanmaktadır¹⁴².

CMK’nin 171/1. maddesindeki ilk bu düzenleme, eşitsizliğe ve keyfilığe yol açabileceği, suistimallere kaynaklık teşkil edebileceği gerekçesi ile eleştirilmiş ve sakıncalı

¹³⁶ Bkz. Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu m. 41-2 <https://www.legislationline.org/download/id/8539/file/France_CPC_am022020_fr.pdf> Erişim Tarihi 25 Eylül 2020

¹³⁷ Bkz. Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu m. 41-2, 6 <https://www.legislationline.org/download/id/8539/file/France_CPC_am022020_fr.pdf> Erişim Tarihi 25 Eylül 2020

¹³⁸ Jacoby (n 124) 30

¹³⁹ Toroslu ve Feyzioğlu (n 28) 37

¹⁴⁰ Yurtcan (n 8) 117

¹⁴¹ Toroslu ve Feyzioğlu (n 28) 37; Öztürk vd. (n 24) 155, 156; Yurtcan (n 8) 117

¹⁴² Şahin (n 131) 525; Öztürk vd. (n 24) 156

olduğu dile getirilmiş, kamu yararı koşulunun aranmaması nedeniyle maslahata uygunluk ilkesinden yanlış biçimde sapıldığı söylenmiş, Cumhuriyet savcılarının bu yetkiyi çok dikkatli kullanmadıkları takdirde ciddi eşitsizliğe neden olacağı belirtilmiştir¹⁴³.

6/12/2006 tarihli 5560 sayılı Kanun ve 24/10/2019 tarihli 7188 sayılı Kanun ile CMK'nin 171. maddesinde bazı değişiklikler yapılmış ve anılan madde bugünkü halini almıştır.

CMK'nin; kovuşturma mecburiyeti ilkesini temel kural olarak benimsemiş olmakla birlikte bu ilkenin istisnası olarak Cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanınması Kıta Avrupası hukukunun son dönemdeki eğilimine doğru kaydığı görülmektedir¹⁴⁴. Ancak bu durum istisna olup, asıl olan kovuşturma mecburiyeti ilkesidir¹⁴⁵.

CMK'nin 171/1. maddesinde bulunan takdir yetkisine dayalı kovuşturmaya yer olmadığı kararı, aynı Kanununun 173/5. maddesi uyarınca itiraza tabi değildir. CMK'nin 171/1. maddesinde bulunan takdir yetkisine dayalı kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı itiraz yolunun kapatılmış olmasının sebebinin mehz Kanun (StPO) olduğu, StPO'nun 153b maddesinde benzer düzenlemeye yer veren hüküm bakımından Almanya'da bu karara karşı itiraz yolunun kapatılmış olduğu ileri sürülebilir. Eğer düşünce bu şekildeyse StPO'nun 153b maddesi gereğince, bu madde hükmüne dayanarak kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiği hallerde, işlenen fiil bakımından yetkili ve görevli mahkemenin onayının alınması hususu gözden kaçırılmış demektir.¹⁴⁶

CMK'nin 171/1. maddesinde bulunan takdir yetkisine dayalı kovuşturmaya yer olmadığı kararlarına karşı itiraz yolu kapalıdır. Hukuk devleti ilkesinin temel özelliklerinden biri de denetime tabi olmayan hiçbir yetkinin bulunmamasıdır. Doğal olarak Cumhuriyet savcısının ceza muhakemesi sürecini sonlandıran bu kararının da denetime tabi olması gerekmektedir. CMK'de Cumhuriyet savcısının CMK'nin 171/1. maddesine dayanarak verdiği kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı bir kanun yolu belirlenmemiş olması (daha doğrusu itiraz kanun yolunun engellenmesi) nedeniyle doktrinde bu karara karşı Cumhuriyet

¹⁴³ Ünver ve Hakeri, (n 4) 34, 35; Uğur (n 57) 273, 274

¹⁴⁴ Meraklı (n 57) 45; “*Tıpkı 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usul Kanunundaki kanun yolu yargılamasına yönelik düzenlemelerde görüldüğü gibi CMK’de de kamu davasının açılması bakımından kovuşturma mecburiyeti ilkesi geçerli olsa da yapılan yargılama sonucunda hüküm verildikten sonraki kanun yolu aşamasında maslahata uygunluk ilkesinin geçerli olduğu söylenmelidir. Gerçekten Cumhuriyet Savcısı verilen hüküm ile ilgili olarak kanun yoluna başvurmak konusunda serbesttir*” (Öztürk (n 20) 212)

¹⁴⁵ Doktrinde bazı yazarlar, bu maddenin getirilmesi ile birlikte kamu davasının açılması yönünden yumuşaklaştırılmış mecburilik sisteminin benimsendiğini ileri sürmüşlerdir. Bkz. Süheyl Donay, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi (1. Baskı, Beta Yayınevi 2009) 286

¹⁴⁶ “*Bu nedenle Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini kullanarak CMK m. 171/ 1 uyarınca kovuşturmaya yer olmadığına karar verdiği hallerde bu karara karşı herhangi bir denetim mekanizması bulunmamaktadır.*” Serkan Meraklı, Ceza Muhakemesinde Kovuşturma Davası’ (2012) 7(18) Ceza Hukuku Dergisi, 183

başsavcısına başvurulabileceği öne sürülmektedir¹⁴⁷. Fakat Cumhuriyet başsavcısının Cumhuriyet savcısına adlî konudaki faaliyeti bakımından emir verme yetkisinin kural olarak bulunmadığının kabul edilmesi gerekir. Dolayısıyla adlî faaliyetini yerine getirmede özerk olan Cumhuriyet savcısının özellikle takdir yetkisini kullandığı konularda başka bir makamdan emir alması mümkün değildir. Bu düzenleme aracılığıyla Türk hukukunda ilk kez Cumhuriyet savcısına yargısal denetime tabi olmayan bir kovuşturamama kararı verme yetkisi tanınmıştır. Bu yetkinin denetimsizliği soruşturma evresinin tek hukukçusu olan savcıya güvenilmesi gerektiği¹⁴⁸ görüşüyle izah edilemeyecektir¹⁴⁹.

Bu eksikliğin giderilmesi bakımından yasal bir düzenlemeyle, ya tıpkı Almanya örneğinde olduğu gibi bu türden kararların sulh ceza hâkiminin onayına tabi tutulması ya da bu türden kararlara karşı itiraz imkânının tanınması elzemdir.

Kanundaki düzenleme konusunda yapılabilecek eleştirilerden bir diğeri ise kanun metninde “*üst sınırı üç yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlar...*” açısından bir düzenleme öngörülmekle birlikte netice cezanın sadece adli para cezası olması halinde bu kuralın uygulanamaz olmasıdır. Düzenlemenin, “*üst sınırı üç yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlar ile yalnız adli para cezasını gerektiren suçlar...*” şeklinde yapılmasının daha doğru olacağı değerlendirilmektedir.

SONUÇ

Kovuşturma mecburiyeti ilkesi ile maslahata uygunluk ilkesi, bu ilkelere birini tercih eden ülkelerin hukuk kültürü ve hukuk geçmişine dayanan bir tercih olmak özelliği göstermektedir. Her iki ilkenin birbirine üstünlüğü bulunmadığı gibi ilkelere birinin diğerine üstünlüğünü tartışmak da makul değildir. Yani her iki ilke arasında iyi-kötü mukayesesi yapmak doğru olmayacaktır. İki sistemden hangisinin kabul edileceği ceza siyasetinin ve dolayısıyla kanun koyucunun tercih ve takdirine bırakılmıştır. Bu kabule nazaran günümüz koşulları itibarıyla mecburilik sisteminin ülkemiz açısından daha yerinde olduğu doktrinimizdeki hâkim görüştür. Buna rağmen koşulların, maslahata uygunluk sisteminin bazı uygulamalarına yönelime zorladığı da ortadadır. Nitekim ülkemiz açısından CMK döneminde kovuşturma mecburiyeti ilkesi kural iken Cumhuriyet savcısına tanınan takdir yetkisinin kısa zamanda ve hızlı bir şekilde CMK’de yer bulduğu gözlenmektedir.

¹⁴⁷ Bkz. Öztürk vd. (n 24) 236; Ünver ve Hakeri (n 6) 527

¹⁴⁸ Bkz. Öztürk vd. (n 24) 617

¹⁴⁹ Bkz. Meraklı (144) 190

Ülkemiz açısından son zamanlarda Cumhuriyet savcısına tanınan takdir yetkilerinde bir artış bulunduğu gözlenmektedir. Bu artışın özellikle yargı üzerindeki yükün azaltılması çabası olduğu bilinen bir gerçektir. Yargı üzerindeki ağır yükün azaltılması çabası takdire değer olmakla birlikte bu nedenle yapılacak yasal düzenlemelerin de özenle yapılması büyük önem taşımaktadır. Özellikle yargı üzerindeki ağır yükün hafifletilmesi maksadının, hak ve özgürlüklere temas eden düzenlemelere tercih edilmemesi gerekmektedir.

Ülkemizde CMK ile birlikte getirilen Cumhuriyet savcısına tanınan takdir yetkisi evrimi dikkate alındığında yeniliklerin yargı üzerindeki yükü hafifletip hafifletmediği özellikle 7188 sayılı Kanunla yapılan değişiklik üzerinden beş yılın geçmesiyle daha net şekilde anlaşılabilir.

CMK’de bulunan ve Cumhuriyet savcısına verilen takdir yetkisine yönelik düzenlemelerdeki en önemli eksikliğin Cumhuriyet savcısının takdir yetkisine dayanarak vermiş olduğu kovuşturmayaya yer olmadığı kararına karşı kanun yolunun bulunmaması, kamu davasının açılmasını ertelenmesi kararlarında ise şüphelinin rızasının aranmamasıdır. Bu eksikliklerin kanun koyucu tarafından giderilmesinin önemli olduğu düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- Akgündüz A, İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Kamu Hukuku 1. Cilt (1. Baskı, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları İstanbul 2011)
- Atar F, İslam Adliye Teşkilatı (Ortaya Çıkışı ve İşleyişi) (1. Baskı, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları 1999)
- Avcı M, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, (1. Baskı, Mimoza Yayınevi 2010)
- Aydın M, ‘İddianamenin Unsurları ve İadesi’ (2006) 10(1,2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 367-416
- Balcı M, ‘Yeterli Şüphe Sebebi’ (2012) (72) Terazi Hukuk Dergisi, 10-15
- Bacaksız P, ‘İddianame Pazarlığı, (Plea Bargaining)’ (2008) 3(7) Ceza Hukuku Dergisi, 151-170
- Bohm M ve Haley K N, Introduction to Criminal Justice (Glencoe/McGraw-Hill Education, 2020)
- Centel N ve Zafer H, Ceza Muhakemesi Hukuku. (19. Baskı, Beta Yayınları 2020)
- Çolak H ve Taşkın M, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, C. 2 (2. Baskı, Seçkin Yayınevi 2007)

- Davis A J, *Arbitrary Justice, The Power of the American Prosecutor* (Oxford University Press 2007)
- Donay S, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi* (1. Baskı, Beta Yayınevi 2009)
- Donay S, *Ceza Yargılama Hukuku* (2. Baskı, Beta Yayınları 2012)
- Erem F, *Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku* (6. Baskı, Işın Yayıncılık 1986)
- Ertem B, 'Kamu Davasının Açılması ve İddianamenin İadesi' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2007)
- Gedik D, *Bir Uygulamacının Ceza Hukuku Makaleleri* (Adalet Yayınevi 2010)
- Gökçen A, Balcı M, Alşahin M E ve Çakır K, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (4. Baskı, Adalet Yayınları İstanbul 2020)
- Gökçen A, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit El Koyma ve Postada El Koyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi)* (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları 1994)
- Gökçe T, *Karşılaştırmalı Hukukta Savcılık* (2002) (13) *Adalet Dergisi*, 70-84
- Gültekin Ö, *Öğreti ve Uygulamada İddianame ve İddianamenin İadesi* (Seçkin Yayıncılık 2011)
- Jacoby J. E, *American Prosecutor's Discretionary Power*, *Prosecutor* (1997) 31 (6) 25-27, 38-39 (2002, 16 Ekim) https://cdn.ymaws.com/mcaamn.org/resource/resmgr/Files/About_Us/AmerProsecutorHistoricalCont.pdf
- Karakehya H, 'Ceza Muhakemesinin Amacı' (2007) 65(2) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 121-142
- Kantar B, *Ceza Muhakemeleri Usulü, İkinci Kitap, Muhakeme Usulü* (4. Baskı, I. Kitap, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1957)
- Keyman S, *Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık* (Sevinç Matbaası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları)
- Kunter N, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (7. Baskı, Kazancı Matbaacılık Sanayii 1981)
- Langer M, *Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure* (2005-2006) (33) *American Journal of Criminal Law*
- Lezak S ve Leonard M, *The Prosecutor's Discretion: Out of the Closet- Not Out of Control* (1984) (63) *Oregon Law Review*
- Meraklı S, *Cumhuriyet Savcısının Kamu Davasını Açmada Takdir Yetkisi* (Seçkin Yayınları 2014)

- Mercer P P, 'Citizen's Right to Sue in the Public Interest: The Roman Actio Popularis Revisited' (1983) 21(1) University of Western Ontario Law Review
- Özbek V Ö, Ceza Muhakemesi Hukuku, (1. Baskı, Seçkin Yayınları 2006)
- Özbek V Ö ve Doğan K ve Bacaksız P, Ceza Muhakemesi Hukuku (13. Baskı, Seçkin Yayınları, 2020)
- Özen M, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri (5. Baskı, Adalet Yayınları 2020)
- Öztürk B, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması) (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi No:17 1991)
- Öztürk B ve Erdem M R, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku (9. Baskı, Seçkin Yayınları 2006)
- Öztürk B ve Erdem M R, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku (12. Baskı, Seçkin Yayınları 2008)
- Öztürk B, Tezcan D, Erdem M R, Gezer Ö S, Saygılar Kırıt Y F, Alan Akcan E, Özaydın Ö, Tütüncü E E, Altınok VILLEMIN D ve Tok M C, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku (14. Baskı, Seçkin Yayınları 2020)
- Raz J, 'Legal Principles and the Limits of Law' (1972) 85(5) Yale Law Journal <<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6114&context=ylj>> Erişim Tarihi 4 Nisan 2020
- Soyaslan D, Ceza Muhakemesi Hukuku (8. Baskı, Yetkin Yayınları 2020)
- Şahin C, Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğrualığı İlkesi) (Yetkin Yayınları 2001)
- Şahin C, 'Polis Tarafından Yapılan Sanık Sorgusunun Mukayeseli Hukukta Düzenlenişi' (1994) 4(1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Yapılan Değişiklikler Sempozyumu Özel Sayısı
- Taner T, Ceza Muhakemeleri Usulü (3. Baskı 1955)
- Tezcan D, 'Bir Adli Organ Olarak Savcılık' (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 110, TBB İHAUM Dizisi 6, 2006)
- Tezcan D, Topluluğun Mali Çıkarlarının Cezai Korunması ve Avrupa Savcılığı Hakkında Yeşil Kitap (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 2003)
- Toroslu N ve Feyzioğlu M, Ceza Muhakemesi Hukuku (20. Baskı, Savaş Yayınevi 2020)
- Tosun Ö, Ceza Davasının Açılmasında Sistemler (1969) 34(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
- Töngür A R, 'Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme' (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2008)

- Turhan F, Ceza Muhakemesi Hukuku (Asil Yayınevi 2006)
- Uğur H, 'Ceza Muhakemesinde Kovuşturma Mecburiyeti İlkesinden Maslahata Uygunluk İlkesine' (2007) (73) Barolar Birliği Dergisi, 256- 288
- Umur Z, Roma Hukuku Ders Notları (1. Baskı, Beta Yayınları, 1999)
- Üçok C ve Mumcu A ve Bozkurt G, Türk Hukuk Tarihi (11. Baskı, Turhan Kitabevi, 2006)
- Ünver Y ve Hakeri H, Ceza Muhakemesi Hukuku. (17.Baskı, Adalet Yayınları 2020)
- Yenidünya A C, '5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Kamu Davasının Açılması, İddianamenin Unsurları ve İadesi' (2004) (60) E-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi
- Yenisey F ve Nuhoğlu A. Ceza Muhakemesi Hukuku (8. Baskı, Seçkin Yayınları 2020)
- Yenisey F, Hazırlık Soruşturması ve Polis (1. Baskı, Beta Basım Yayım 1987)
- Yenisey F ve Oktar S ve Oktar A, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, StrafprozeBordnung (StPO-RiStBV) (3. Baskı, Beta Yayınları, 2020)
- Yurtcan E, Ceza Yargılaması Hukuku. (16. Baskı, Seçkin Yayınları 2019)
- Yücel M T, 'Kamu Davası Açılmasında Japon Modeli' (1992) 4 Yargıtay Dergisi, 476-485
- Zoroğlu Emed Ç ve Kolcuoğlu U ve Köymen E ve Kuranel P ve Özbek S ve Üçer K, 'Amerika Birleşik Devletlerinde Federal Yargılama Sistemi ve Bu Sistem İçinde Cezai Yargının Yeri ve İşleyişi' Alparslan Ş ve Hergüner Ü ve Kızıler Kaledelen H ve Ökten I (eds) <https://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/federal_yargi.pdf> Erişim Tarihi 15 Ekim 2020