

CEZA MUHALEMESİ SÜJELERİNİN İRADELERİNİN CEZA MUHALEMESİNİN YÜRÜYÜŞÜNE ETKİSİ SORUNU (*Consensual Criminal Procedures and Their Influence on Criminal Prosecutions*)

Feridun YENİSEY*

ÖZET

Türk Ceza Muhakemesi Hukuku kamu davasının mecburiliği prensibini kabul etmiş ve yeterli şüphe varsa, C. savcısı kamu davasını açmak zorunda bırakmıştır. Takdirilik sistemine ve tarafların iradelerinin muhakemenin gidişatını etkilemesine ise, istisnai olarak yer verilmiştir. Ancak, son yıllarda hukukta meydana gelen gelişmeler neticesinde, uzlaşma (*mediation*) kurumu kabul edilerek, sanığın kendisi hakkında yapılmakta bulunun soruşturmayı ve dava pazarlığı (*plea bargaining*) yöntemi ile de kovuşturmayı, özgür iradesi ile sonlandırmasının yolu açılmış olduğu için, bu konu mukayeseli hukuktaki gelişmeler nazara alarak incelenecek ve sistematik bir düzenleme yapılması önerilecektir.

Anahtar kelimeler: Uzlaşma, Dava pazarlığı, Soruşturma, Kamu davasının mecburiliği, Takdirilik sistemi.

Abstract

Turkish Criminal Procedure Law is based on mandatory prosecution. The suspect as a party has only a limited influence on the commencement of an investigation or prosecution against himself. In this paper we will focus on simplified procedures where the defendant may play a leading role on the outcome of investigation or on the prosecution with his free will. Recent developments in mediation and plea-bargaining procedures in United States and in Germany may be a good model for legislator in Turkey.

Keywords: Mediation, Plea bargaining, Investigation, Mandatory prosecution, Discretionary prosecution.

Akademik hayatımda verdiğim bazı önemli kararlara, sağ duyulu önerileri ile yön vermiş olan ve bilimsel eserlerinde her zaman objektif görüşlere yer veren değerli bilim insanı Prof. Dr. *Nur Centel* için hazırlanan bu Armağanda, *muhakeme süjelerinin iradeleri ile kamu davasının yürüyüşünü ve sonlandırılmasını etkilemesi konusunu*, mukayeseli hukuktaki gelişmeleri nazara alarak inceleyecek ve sistematik bir düzenleme yapılmasını önereceğiz.

* Prof. Dr., Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

1. Giriş

Ceza Muhakemesi Hukuku kamu hukukunun bir dalıdır. Ceza muhakemesi de kamusaldır. Bu nedenle, işlenmiş olan bir suçun muhakemesinin yapılıp yapılmaması konusunda mağdur veya failin yönlendirici irade açıklamaları, prensip olarak hukuki sonuçlar doğurmaz. Bununla birlikte, klasik ceza muhakemesi bazı hallerde tarafların iradelerine değer veregelmiştir. Ayrıca, son yıllarda hukukta meydana gelen gelişmeler neticesinde, sanığın kendisi hakkında yapılmakta bulunun kamusal soruşturma ve kovuşturmayı özgür iradesi ile sonlandırmasının yolu, uzlaşma (*mediation*) ve dava pazarlığı (*plea bargaining*) yöntemlerinin Amerika'dan Avrupa'ya gelmesi ile açılmıştır.

Diğer taraftan, işlenen suçların artması ile, *kamu davasının mecburiliği prensibine* dayanan klâsik muhakeme usulü uygulanamaz hale gelmiş ve muhakemenin morfolojik prensibi¹ uyarınca, bir kısmı tarafların rızasına dayanan *alternatif yöntemler* ve *basit muhakeme usulleri* de doğmuştur. Mesela, suçüstü halinde basit muhakeme usullerinin kabul edilmesi, mecburilik prensibinin istisnalarına² yer verilmesi ve *sulh hakiminin ceza kararname* ile, kabul iradesine bağlı olarak, duruşma yapmadan ceza verme yönünde kendisini göstermiştir. Böylece, ceza verme yetkisi, şüphelinin kabul etmesi yanında diğer bazı şartlarla, savcılara ve idarî makamlara bırakılmıştır.

Türk Ceza Muhakemesi Kanunu ise, geniş ölçüde *kamu davasının mecburiliği* prensibini kabul etmiştir. Suç işlendiği konusunda yeterli şüphe³ bulunan hallerde, Cumhuriyet Savcısının “kamu davasını açmak için iddianame düzenlemesini” mecbur tutan bu ilkenin (CMK 170) iki anlamı vardır: *araştırma yapma mecburiyeti* ve *araştırmanın sonunda yeterli şüphe ortaya çıktığında, dava açma mecburiyeti*.⁴

¹ Kunter/Yenisey/NUHOĞLU, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18 inci Bası, İstanbul 2010, sh. 648.

² Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2012, sh. 450.

³ *Yeterli şüphenin* aynı Kanununun iki ayrı maddesinde farklı ölçütlere bağlanması eleştirilmiştir; gerçekten, CMK 170/2 de, iddianame düzenlenmesi için, *suçun işlendiği hususunda yeterli delil* aranırken, CMK 172/1 de, kovuşturmayla yer olmadığı kararı vermek için, *kamu davasının açılması için yeterli delil*den söz edilmiş olması, çelişkidir (Centel/Zafer, sh. 449). Her ikisinin de, *suçun işlendiği konusunda yeterli şüphe oluşturulan delil* kriterine bağlanması önerisine katılıyoruz.

⁴ “Mecburilik” veya “kanunilik” prensibinin soruşturma evresinde oynadığı rol, bir nevi “eşitlik” sağlanmasıdır: bu sistemde, kanunun suç olarak düzenlediği bir fiili yaptığı konusunda “yeterli şüphe” bulunan herkes hakkında, failin kişisel özelliklerine bakılmaksızın, kamu davası açılır. Takdirlilik sisteminde ise, “kanuna bağlılık” ortadan kalkmakta ve bir ölçüde kovuşturmada keyfilik gibi istenmeyen bir sonucun doğması ortaya çıkmaktadır (Willms, JZ 1957, 465.) Bununla birlikte, mecburilik prensibinin istisnaları kanunla düzenlendiği için, keyfilik önlenmiştir, diyenler de vardır (F.-C. Schroeder, FS Peters, 1974, 411). Gerçekten, kanunu uygulayanlar için, belli bir “boş alan” bilerek bırakılmışsa, asıl “takdirlilik” budur; yoksa mecburiliğin istisnası kanunla gösterilmişse, kanunla düzenlenen bir istisna sözkonusudur ve kanun uygulayıcıya “takdir” alanı bırakılmamıştır (Erb, Legalitaet, 1999, S.26, 182). Görüldüğü gibi, gerçek takdirlilik sisteminde, kanunkoyucunun ilgili süjeye “kendi inisiyatif ile” hareket etme yetkisi tanıdığı gibi bir durum ortaya çıkmaktadır.

Kovuşturmanın kanunla sıkı bir şekilde bağlı olması, yürütmenin keyfilğini önlemek açısından, *yararlı* ise de, modern suç siyaseti ilkeleri açısından *zararlı* olabilir. Cezalandırmadan belli bir *fayda* da beklendiğinden, bu faydayı sağlamak için, iyileştirici adalet (*restorative justice*) ve genel önleme fikri doğrultusunda, ileriye dönük zararları önlemek üzere, istisnalar da kabul etmek gereklidir.⁵

1) *Şikayet*. Kamu davasının mecburiliği prensibini esnek hale getirmek için kullanılan ilk araç, *şikayet* kurumu olmuştur. Somut bir olayda kovuşturma yapmamak, kamu açısından daha yararlı olacaksa, yani kovuşturma yapılması, kamuya işlenen suçtan daha büyük ve “ikinci bir zarar” daha verebilecek ise, o olayda kamu davası açmamak, “toplumun daha çok yararına” olur. Bu, yol şikayet, izin, talep gibi kurumların kabul edilmesi ile sağlanmıştır.

Ancak, şikayet hakkını kullanmamak veya şikayetten vazgeçme yolu ile kamu davasının açılmaması, mağdurun zararının giderilmesi bakımından herhangi bir garanti içermez. Bu nedenle, şikayete bağlı suçlarda uzlaşma yolunun işletilmesi, mağdur bakımından daha yararlıdır.

2) *Basit muhakeme usulleri*. Şüphelinin suçüstü yakalanması, isbat bakımından büyük kolaylıklar sağladığı için, ceza muhakemesinin bazı evrelerinin atlanmasına olanak veren⁶ bu usul, bizde 3005 numaralı “Meşhut Suçların Muhakemesi Hakkında Kanun” ile düzenlenmişti. Ancak, Ceza Muhakemesi Kanunu “suçüstü” tanımını yapmasına (CMK 2) rağmen, bu kanunu yürürlükten kaldırdı. Oysa, Alman Ceza Muhakemesi Kanununda, “hızlandırılmış muhakeme” (*Beschleunigtes Verfahren*) adı altında StPO 417 ila 420 maddelerde düzenlenmiş olan ve genellikle sanığın *suçu ikrar* ettiği hallerde uygulanan bir muhakeme usulü vardır.⁷ Bu usulün Türk Hukukuna kazandırılması gereklidir.

3) *Ceza kararnameleeri*. Kamu davasının mecburiliği ilkesinin sonucu olan, her türlü basit ve ağır suçta kamu davası açmak sonucundan kurtulmak için bulunan

⁵ *Roxin AT*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, München 2006, § 3, Rn 28, 37

⁶ Suçüstü halinde bazı evrelerin atlanması Fransa ve İngiltere’de uygulanmaktadır. 1930 tarihli İtalyan Kanunu da “*Giudizio direttissimo*” adı altında düzenleme yapmıştır (*Kunter/Yenisey/Nuboğlu*, sh. 1198).

⁷ Almanya’da asliye mahkemesinin görev alanına giren bir suç, maddi olayı basit olur ve delilleri de, mesela sanığın suçunu *ikrar* etmiş olması gibi, kuvvetli durumda bulunursa, savcıya işi hemen duruşmaya götürme konusunda yetki verilmiştir (StPO 417). İddianamenin sözlü olarak açıklanması mümkündür (StPO 418/3), ifade alma yerine tutanak okunmasıyla yetinilebilir ve hakim delil ikamesinin kapsamını belirler (StPO 420). Bu şekilde bir seneye kadar hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmesi mümkündür (StPO 419/1) (*Hinrich Rüping*, Das Strafverfahren 3. Auflage, München 1997). En çok işlenen suçlar olan, hırsızlık, mala zarar verme gibi basit suçların kısa sürede hükme bağlanmasının, halkın adalete olan güvenini artıracığı ve mahkemelere ağır suçlarla uğraşmak için, yeterli zamanı kazandıracığı düşünülmüş ve ekspres muhakeme usulünün (StPO 417 - 420), ülkede asayişin sağlanması ve ağır suçlarla mücadele için gerekli bir araç olduğu kabul edilmiştir (*Schlüchter/Füllber/Putzke*: Herausforderung: Beschleunigtes Verfahren §§ 417 StPO’, Frankfurt/Main 1999, 5).

diğer bir çare, *ceza kararnamesi* olmuştur. Ceza kararnamesi *rızaya dayanan muhakeme usulüdür*, zira şüpheli tarafından kabul edildiği takdirde uygulanabilir.

Mukayeseli Hukukta geniş ölçüde kullanılan ceza kararnamelerinin, *sulh hakiminin ceza kararnamesi* tipi, CMK ile maalesef kaldırmış, TCK ise, Cumhuriyet savcısı tarafından verilen⁸ ceza kararnamesi olan, “önödeme” muhafaza etmiş ve “uzlaşmayı” yaratmıştır. Basit suçların sayıca olağanüstü derecede artması karşısında, bu suçlar için usulün basitleştirilmesi, bütün dünyada kaçınılmaz olmuştur.

Kanaatimizce, ceza kararnamesi ile ceza tayini genişletilmelidir. Bu nedenle, CMK'nın Sulh Hakiminin Ceza Kararnamesini kaldırmasını onaylamıyor ve yeniden canlandırılması gerektiğini düşünüyoruz.

4) *Önödeme*. Şüphelinin kabul iradesine dayanan diğer bir kurum, önödemedir. Yanlız adli para cezasını gerektiren veya kanun maddesinde öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı üç ayı geçmeyen suçların faili, yapılan tebliğ üzerine cezayı öderse, hakkında kamu davası açılmaz (TCK 75/1). Önödeme, sanık hakkındaki isnadın çok kuvvetlendiği durumlarda (TCK 75/1) uygulanmalıdır.⁹ Hakim dışındaki makamlar tarafından, önödeme ile verilen yaptırım, hürriyeti kayıtlamayan bir ceza (para cezası, müsadere) olur, paraya çevrilemez ve onu kabul etmeyen bakımından hüküm doğurmayıp, karşigelme üzerine yapılacak duruşma sonunda ceza tayin edilirse, önödeme, *muhakemesiz ceza olmaz* prensibine, Sözleşmeye (İHAS 6) ve Anayasaya (Any. 19/2) aykırı olmaz. Önödeme kabule bağlı olduğu için, aslında şüpheli veya sanık ile iddia makamı veya yargılama makamı arasında gerçekleştirilen bir uzlaşma şeklidir.

Kanunlarımızda önödeme gibi değişik adlar altında düzenlenmiş olan “idarenin ceza tayini”, hukuki yükümlülük öngörmemektedir. Kanaatimizce, önödemede savcıya mükellefiyetler yükleme yetkisi de verilmelidir. Bu şekilde mağdurun suç ile zedelenen haklarına bir an önce kavuşması sağlanabilir.

5) *Uzlaşma*. Kamu yararının ceza muhakemesini gerektirmemesi şartı ile, bazı suçları işlediği iddia edilenlere, ceza yerine, ceza niteliğinde olmayan müeyyideler uygulanmasına, İngilizcede “*diversion*”¹⁰ (ceza yargılaması yolundan çıkarma) de-

⁸ Ceza kararnamelerini verenler bakımından tasnif edersek, mülga Sulh hakiminin ceza kararnamesi, savcının ceza kararnamesi (önödeme; TCK 75) ve kabahatlerde uygulanan idarenin ceza kararnameleri (idari yaptırım kararı; KK 22) olarak üçe ayrıldığı görülür. Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Avrupa Sözleşmesinin III numaralı ekinde de, Türk idarî makamlarının verdikleri cezaları ihtiva eden bütün kararların “ceza kararnamesi” tâbirine girdiği belirtilmiştir. Önödeme, belli bir miktar parayı ödeyenler hakkında kamu dâvasının açılmaması, açılmışsa düşürülmesi söz konusu olduğu ve önödeme kabule bağlı olduğu için, *ceza kararnamesi* niteliğinde bir işlemdir.

⁹ Centel/Zafer, “yeterli şüphe ortaya koyan delile ulaşılmasından” söz etmektedirler (sh. 454).

¹⁰ *Alternatif uyuşmazlık çözümü* kavramının da kullanıldığı vardır (Özbek 2009). Uzlaşma konusunda makalelerden oluşan Bahçeşehir/Kazancı Dergisinin 2010 Uzlaşma Özel Sayısına da bakınız.

nilen, *uzlaşma* kavramı¹¹ gündeme gelmiştir. Hukukumuzda birçok *uzlaşma* şekli yer almaktadır; önödeme, idari ceza kararnameleeri, şikayetten vazgeçme de geniş anlamda bir uzlaşmadır.¹² Uzlaşma, önödemeyi de içine alan bir üst kavramdır.¹³

Uzlaşma, şüpheli ile mağdur arasında, tarafsız bir uzlaştırmacının yaptığı, barıştırma, bir edim üzerinde anlaştırma ve zararı giderme yöntemi olarak düzenlenmiştir (CMK 253, 254). Savcı uzlaşmaya bağlı suçlarda, ceza muhakemesi şartı olarak düzenlenmiş olan bu yolu denemeye mecburdur.¹⁴ Uzlaşmanın yapılabilmesi için, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görenin de uzlaşmayı kabul etmesi gerekir (CMK “2006-5560” 253/9). Şikayete bağlı suçlardaki uzlaşmaya, “zararının giderilmesi koşulu ile, şikayetten vaz geçme” de denebilir. Failin suçu ve zararı gidermeyi, özgür iradesi ile kabul etmesi, mağdurun da uzlaşmayı kabul etmesi gerekir.

Kanaatimizce, *uzlaşma* maddi ceza hukuku açısından, *davayı düşüren sebeplerden* sayılmalı ve şikayetten vaz geçmenin doğurduğu sonuçları doğurduğu kabul edilmelidir.¹⁵ Ayrıca, uzlaşmanın şikayete bağlı suçlar ile, yasada sayılan belli suçlarda uygulanması yeterli değildir. Kanaatimizce uzlaşmanın uygulanma alanı, mala karşı işlenen suçların çoğunu kapsayacak şekilde genişletilmeli, fakat Alman Hukukuna benzer bir düzenleme yapılmalıdır.

Alman Hukuku, basit veya ağır ayırımı yapmaksızın bütün suçlarda “şüpheli ile mağdur arasında uzlaşma” uygulamalarının yolunu açmıştır (*Täter-Opfer-Ausgleich*) (TOA). Alman Hukuku *uzlaşmayı*; şüphelinin suçtan doğan sorumluluğunu kabul etmesi ve zararı gidermesi (suçunu ikrar etmesi) karşılığında (StGB 46a)¹⁶, maddi gerçeği tam olarak araştırmaktan vaz geçerek, indirimli ceza uygulanması biçiminde yapılandırmıştır. Mahkemeler böylece, büyük bir külfeti gerektiren maddi gerçeği etraflı olarak araştırma mükellefiyetinden, kurtarılmış, fakat “maddi gerçeğin araştırılması ilkesi” de korunmuştur. Savcılık ve mahkeme, muhakemenin her aşama-

¹¹ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin “ceza adaletinin basitleştirilmesi” konusundaki R(87)18 numaralı Tavsiye Kararında ve 15 Eylül 1999 tarihli R(99)19 numaralı Tavsiye Kararında, basit suçlarda adli makamların ceza teklifi yapması ve uyumsuzluğun mahkeme dışında *uzlaşma* (*mediation*) yolu ile halledilmesi kabul edilmiştir.

¹² *Centell/Zafer*, sh. 464.

¹³ *Centell/Zafer*, sh. 455.

¹⁴ Uzlaşma ve önödemenin gerçekleşmemiş olması, *olumsuz muhakeme şartı/engeli* olarak tanımlanmaktadır (*Centell/Zafer*, sh. 449).

¹⁵ Uzlaşma, Devletin ceza verme hakkını ortadan kaldıran sebeplerdendir. 2006-5560 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmadan önce, uzlaşmaya “şikayet şartının gerçekleşmemesine” bağlanan sonuçların bağlanacağı kabul edilmiş idi (TCK 73/8). Ancak, bu fıkra 2006-5560 ile yürürlükten kaldırılarak, uzlaşma kurumu sadece CMK 253 vd maddelerde düzenlense de, uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde, C. savcısının iddianame düzenlemesinin yolu kapandığı için (CMK 253/19), kamu davasının mecburiliğini kabul eden bir sistem içinde, uzlaşmanın, “Devletin ceza verme hakkını ortadan kaldıran bir sebep” olduğu kabul edilmelidir. Uzlaşmanın maddi ceza hukuku yönünün TCK da düzenlemesi yerinde idi.

¹⁶ *Satzger-Schmitt-Widmaier*, StGB Kommentar, Köln 2009 (SSW-StGB), Eschelbach § 46a Rn. 27.

sında, mağdur ile suçtan zarar gören arasında şüpheli ile uzlaşma yolunu denemek zorundadır (StPO 155a, cü. 1). Ancak, mağdur uzlaşmayı açıkça red ederse, bu yöntem uygulanamaz (StPO 155a, cü. 2).

Kanaatimizce, Alman Hukukundaki fail - mağdur uzlaşması gerçekleşince, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi veya indirimli ceza verilmesi için kamu davası açma yönünde savcıya takdir yetkisi verdiği için, bizdeki kamu davasını hiç açmama yöntemine göre daha elverişlidir. Hele uzlaşmanın genişletilmesi yönündeki görüşler hayata geçecek olursa, bazı önemli sayılabilecek suçlarda hiç dava açmama gibi bir sonuç doğabilecektir.

7) *Kamu davasının açılmasının ertelenmesi*. Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK 171) iki yönlü takdir yetkisi öngörmektedir: CMK 171/1 ile kusurun azlığına bağlı bir “takdirlilik sistemi”, CMK “2006-5560” 171/2 ile ise, “kamu davasının açılmasının ertelenmesi” sistemi kabul edilmiştir.

“Kamu davasının açılmasının¹⁷ ertelenmesi” (CMK 171/2) kurumunun uygulanabilmesi, bazı koşullara bağlıdır. *İlk koşul*, suçun soruşturulmasının ve kovuşturulmasının şikayete bağlı olması ve kanunda öngörülen hapis cezasının üst sınırının bir yıl veya daha az süreli olmasıdır (CMK 171/2). Buna bağlı *ikinci koşul*, uzlaşma yolu ile ilgilidir: uzlaşmaya tabi olan suçlarda, önce uzlaşma yolu denenecektir. Eğer uzlaşma gerçekleşir, taraflar bir edim üzerinde anlaşılırlar, edim defaten ödenirse, dava açılmayacak, fakat uzlaşma konusu edimin ifa edilmesi ileri bir tarihe bırakılır, takside bağlanır veya süreklilik arzederse, CMK 171/2 deki koşullara bağlı olmaksızın, “kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı” verilecektir (CMK 253/19). Erteleme süresi içinde edim yerine getirilmediği takdirde, “kasıtlı suç işleme koşulu” aranmadan, kamu davası açılacaktır. *Üçüncü koşul*, CMK 171/3 de belirtilen hususların gerçekleşmesidir: şüphelinin daha önceden kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkum edilmiş olmaması, suçtan doğan zararı gidermiş olması, tekrar suç işlemeyeceği konusunda kanaat uyandırması ve dava açmamanın “kamu yararına” olması gereklidir.

Bütün koşullar birlikte gerçekleştiği takdirde, Cumhuriyet savcısı kamu davasının açılmasını, 5 yıl süre ile (çocuklarda 3 yıl) erteleyebilir. Savcının “takdir yetkisini” kullanarak verdiği bu karara karşı (CMK 171/1 uyarınca verdiği kararın aksine), suçtan zarar gören CMK 173 hükümleri uyarınca “itiraz” yoluna gidebilir (CMK 171/2). Kanunda bir de, uzlaşma nedeniyle *koşulsuz erteleme* öngörülmüştür.¹⁸

Kamu davasının açılmasının ertelenmesinin şikayete bağlı suçlarda uygulanması ve zararın giderilmesi yönleri ile *uzlaşmaya*, uygulanma koşulları açısından ise,

¹⁷ Centel/Zafer (sh. 451) burada aslında *iddianamenin düzenlenmesinin ertelenmesine* dikkat çekmektedirler.

¹⁸ Centel/Zafer, sh. 453.

hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına benzediği görülmektedir. Kanaatimizce, birbirine benzeyen bu kurumların birleştirilerek düzenlemesi yerinde olacaktır.

Alman Hukukunda da, takdirilik prensibi¹⁹ uygulanmakta, failin kusurunun hafif veya olaydaki haksızlık içeriğinin azlığı durumunda, savcı kamu davası açmayabilmekte²⁰ (StPO 153a); şüpheliye bazı yükümlülükler yükleyerek, suçu kovuşturmamakta, yani bizdeki *kamu davasının açılmasının ertelenmesine* (CMK 171/2) benzer bir uygulama yapmaktadır. Bu yöntem mahkeme tarafından da uygulanabilmekte ve bu gibi hallerde bizdeki “hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına” benzer bir durum ortaya çıkmaktadır. Benzerlik bulunmakla birlikte, önemli bir fark vardır: bu karar kovuşturma evresinin başında verilmekte ve soruşturmayı veya kovuşturmayı sonlandırmaktadır. Bu büyük bir avantajdır: bizdeki sistemde ise, soruşturma veya kovuşturma beş yıl askıda kalmaktadır.

8) *Mecburilik prensibinin istisnalarının genişletilmesi.* Türk Hukukunda mecburilik ilisinin az sayıda istisnası bulunmasına karşın, Alman Hukukunda bunların oldukça geniş olduğunu görmekteyiz.

Failin aldığı veya alacağı başka bir ceza yanında, yeni suçtan alacağı ceza önem kazanmıyorsa, Alman savcısı dava açmayabilir (StPO 154, 154a; bu istisna CMUK döneminde bizde de vardı, fakat yeni CMK tarafından benimsenmedi).

Mesela, *ceza vermeme* de (StPO 154, BtMG 31, StGB 83a), uygulamada takdirilik sonucunu doğurur.

Yurt dışında işlenen, fakat Almanya’da kovuşturulabilen suçlar açısından da, Alman savcısına takdir yetkisi verilmiştir (StPO 153c). Benzer şekilde, sınır dışı edilecek veya başka bir ülkeye geri verilecek olan şüpheliler açısından da, Almanya’da dava açmama konusunda, savcıya takdir yetkisi verilmiştir (StPO 154b).

Bunlara ek olarak, “kullanmak için uyuşturucu madde bulduran kişiler” hakkında da, Alman savcısının kamu davası açmada takdir yetkisi vardır (BtMG 31a). Doping yapan sporcunun da, kendi kulübü veya WADC ve NADC tarafından doping nedeni ile “disiplin cezasına” çarptırıldıktan sonra, ikinci defa, adli

¹⁹ Weigend, ZStW 109, 1997, 103.

²⁰ StPO 153a maddenin ihdas edilmesi sırasında önemli tartışmalar yapılmış ve orta ağırlıktaki suçlarda ‘yeni bir yaptırım türü’ yaratıldığı ileri sürülmüştü. Bu yeni yaptırımın uygulanmasında kamu yararı bulunduğu ve kişiyi sabıkalı durumuna sokmadığı vurgulanmıştır. Karşı görüşte olanlar ise, çok sayıda ve kitlesel olarak işlenen suçlarda kamu davasının açılmasının ertelenmesi yolunun, toplumun bazı kesimlerindeki hukuka aykırılık bilincini tahrip edebileceğini ileri sürmüşlerdir. Bununla birlikte özellikle marketlerden yapılan çok sayıdaki hırsızlık suçları açısından, bu düzenlemenin bir çözüm getirdiği, hem kamu davasının mecburilik prensibinin korunduğu fakat gereken hallerde bir esneklik sağlandığı vurgulanmıştır. Böylece *tarafaların suçtan doğan sorumluluğu kabul ettikleri* yeni bir muhakemeyi sonlandırma usulü (*Beendigungsverfahren mit Selbstunterwerfung*) yaratılmıştır (KK 1982, 503). Bu usul, klasik usulden çok farklı olduğu için, diğer alanlara genişletilmesi önerilmemektedir.

anlamda cezalandırılmaması için, takdirilik sisteminin uygulanması söz konusu olabilir.²¹

Kanaatimizce, Alman Hukukunda mevcut bulunan bu kurumların, Türk Hukukuna kazandırılması yerinde olacaktır.

9) *Kabahatlerde takdirilik sisteminin uygulanması imkanı.* Kabahatler Kanunu, kabahatlerin genel hükümlerini, usulünü ve kabahat sayılan fiilleri göstererek, önemli bir yenilikler yaratmıştır. Ancak, bu kanun muhakeme kurallarını detaylı olarak düzenlenmediği için, halen önemli sorunlar yaşanmaktadır. İdarenin cezalandırdığı suçlar, Almanya'da olduğu gibi bizde de sistemli olarak ele alınmalıdır. Alman Düzene Aykırılıklar Kanununun 47 inci maddesi idari kabahatlerin yargılanmasında kural olarak genel Ceza Muhakemesi Kanununun uygulanacağını kabul etmişse de, 47 inci maddesi, Almanya'da 150 yıldan beri uygulanan "tahkik sistemini" (hakimin maddi gerçeği kendiliğinden araştırması ilkesini) terk etmiş ve idari makamlara sınırsız bir takdir yetkisi tanımıştır. Türk Hukuku ise, kabahatlerin kovuşturulmasında herhangi bir istisna öngörmemiştir.

Bizce, takdirilik sistemi kabahatler alanında da yer almalıdır.

10) *Etkin pişmanlıkta kamu davasının açılmasının ertelenmesi.* Cezayı kaldıran²² şahsi sebep olan etkin pişmanlık hükümlerinin" (TCK 93, 184/5, 192, 201, 221, 248, 254, 274, 293) uygulanabileceği durumlarda; veya "şahsi cezasızlık sebebi" varsa (TCK 22/6, 167/1, 273/1, 281, 283/3, 284/4)²³, Cumhuriyet Savcısı iddianame düzenleyip düzenlememe konusunda takdir yetkisi kazanır.²⁴ Bu etkin pişmanlık halinin, *ceza verilmemesini gerektiren bir pişmanlık hali* olması gerektiğine dikkat edilmelidir.²⁵

²¹ İki davanın "konuları" farklı olduğu için, prensip olarak, disiplin cezası alan bir kişinin ceza sorumlusu olması mümkündür. Fakat, doping cezasının ağır bir disiplin cezası olması nedeni ile, çifte cezalandırmanın önüne geçilebilmesi için, *Lüer* (Dopingstrafen im Sport und der Grundsatz "Ne bis in idem", Nomos, Baden-Baden 2006, sh.198), kusurun veya haksızlık içeriğinin azlığı nedeniyle takdirilik sistemi uygulanarak sporcu hakkında dava açılmamasını veya "ne bis in idem'i" kabul eden ceza muhakemesi sisteminin doğurduğu engelden kaynaklanan "kamu düzeni" (ordre public) düşüncesi ile, ikinci ceza davasının açılmaması gerektiğini savunmaktadır.

²² Etkin pişmanlığın kabul edildiği her durumda bu hükmün uygulanması mümkün değildir; indirim sebebi olan etkin pişmanlık hallerinde (mesela TCK 93/2, 110, 168, 192/3, 221/4-son cümle, 248, 269, 274/2, 3, 293) iddianame düzenlenmesi mecburidir (*Öztürk/Erdem* 2007, 192).

²³ *Öztürk/Erdem* (2007, 192), bu sayılan suçlar dışında, TCK 22/6 da yer alan şahsi cezasızlık sebebinin, TCK ve diğer kanunlarda yer alan bütün taksirli suçlar bakımından uygulanacağını belirterek, şahsi cezasızlık hali sayılan hallerin bir hayli çoğaldığına dikkat çekmektedir.

²⁴ *Öztürk ve Erdem* (2007, 192), savcıya takdir yetkisi tanıdığını, bu iki halden birinin varlığı halinde dahi savcı "isterse" kamu davası açabileceğini, tereddüt halinde takdirini dava açılması yönünde kullanması gerektiğini vurgulamakta ise de, savcının takdir yetkisini kullanırken hangi ölçütleri nazara alacağını, bunlar kanunda gösterilmiş olmadığı için, belirtmemektedirler.

²⁵ *Aksi takdirde Cumhuriyet savcısı mahkemenin yerine geçerek cezayı takdir etmek durumunda kalmış olur* (Centel/Zafer, sh. 450). Cezada indirim yapma veya ceza vermeme konusunun seçimlik olduğu hususlarda da (TCK 145, 147) savcının takdirilik sistemini uygulayacağı kabul edilmelidir (Centel/Zafer, sh. 451).

Savcının bu hüküm (CMK 171/1) uyarınca kullanacağı takdir yetkisinin ölçütleri, kanunda gösterilmemiştir. Eğer savcı takdir yetkisini iddianame düzenlememek yönünde kullanır ve “kovuşturmaya yer olmadığı kararı” verirse, buna karşı kanun yolu da yoktur (CMK 173/5).

Alman Hukukunda da etkin pişmanlığa dayanan takdirilik uygulaması vardır. Bu uygulama Devletin suçu kovuşturmadaki kamu yararının azalması fikrine dayanmaktadır.²⁶ Devletin güvenliğini tehlikeye düşürebilecek olan hallerde, mesela bir vatana ihanet davasında gizli bilgiler tartışılacaksa (StPO 153d), veya devlet güvenliğini ilgilendiren belli suçlarda, fail suçu işledikten sonra, devletin güvenliğine, birlik ve bütünlüğüne veya Anayasal sistemine yönelik tehlikelerin berteraf edilmesine yönelik bir katkısı nedeniyle²⁷ etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanıyorsa (StPO 153e) savcı kamu davası açmayabilir.

Örgüt suçlarında etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanan suç ortaklarından birine, hiç ceza vermemek karşılığında, örgütü mahkum ettirecek bilgilerin “satın alınması” şeklinde savcıya dava açmama konusunda takdir yetkisi tanınması ise, Almanya’da çok tartışılmıştır.²⁸ Böyle bir uygulamanın “eşitlik ilkesine” aykırı olduğu; ağır ve önemli bir suç işleyen kişinin cezalandırılmamasının, suçların artmasına neden olacağı belirtilmiş ve uyuşturucu madde suçları açısından 1981 yılından beri uygulanan, fakat sadece mahkemenin ceza vermeme veya cezada indirim sebebi olarak uygulayabildiği bu düzenlemenin, genelleştirilmemesi istenmiştir. Terör suçlarında “kovuşturma yapmama” biçimindeki bu etkin pişmanlık hükmü, daha sonra, bizde (TCK 221) olduğu gibi, StGB 129/6 atfı ile 129a madde ile, daimi bir hüküm olarak düzenlenmiştir.²⁹

İşlediği bir suç nedeniyle şantaja maruz kalan kişinin, kendisine şantaj yaparı bildirmesi durumunda, daha önce işlediği suç nedeni ile (StPO 154c), dava açılmadığı gibi ayrıca “tespit davalarını” önlemek üzere (StPO 154d), disiplin cezası vermek üzere işlemler başlamışsa, hakaret suçundan dolayı (StPO 154e), Alman savcısı dava açmayabilmektedir.

²⁶ *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 26. Auflage, München 2009, § 14, Rn. 16.

²⁷ Bu formülün, 2013 yılında terörün sona erdirilmesi girişimleri açısından gündeme gelmesi beklebilirse de, “ceza hukukunun siyasi mücadelelerin aleti haline getirilmesi” yönünden eleştirilebilir (*Roxin/Schünemann*, § 14, Rn. 16).

²⁸ *Roxin/Schünemann*, § 14, Rn. 19.

²⁹ TCK 221/1 deki *örgüt kurma suçundaki etkin pişmanlığın*, kurucu veya yönetici açısından cezasızlık sebebi olabilmesi için, soruşturma başlamadan ve örgütün amacı doğrultusunda suç işlenmeden önce örgütü dağıtma vs koşulları öngörülmüş iken, Alman Hukukunun bu şartlara yer vermeksizin, örgütün dağıtılması veya amaç doğrultusundaki fiillerin işlenmesini önlemek için gönüllü olarak ciddi bir gayret göstermek yeterli sayılmış, suçlar işlendikten sonra dahi örgütün dağılmasını sağlar veya örgüt onun katkısı olmaksızın dağılırsa, bu olguyu cezasızlık nedeni yapmıştır (StGB 129/6).

11) *Hükmün açıklanmasının geri bırakılması*. Hapis cezasının olumsuz etkilerinden kaçınmak ve ilk defa suç işleyen failleri infaz sistemi içine dahil etmeden topluma kazandırmak fikrine, *Dönmezer* Tasarısında yer verilmiş, fakat ilk başta kabul görmediği için, “hükmün açıklanmasının geri bırakılması” kurumu 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren CMK’ya dahil edilmemiş, Çocuk Koruma Kanununun 23 üncü maddesine, farklı bir içerikle yerleştirilmişti. Daha sonra yapılan değişikliklerle bu kurum, Ceza Muhakemesi Kanununa alındı (CMK “2006-5560” 231/5), fakat ÇKK daki ayırık düzenleme de kaldırıldı.³⁰ Böylece, “hükmün verilmesinin geri bırakılması” (TCK 191), hükmün açıklanmasının geri bırakılması” (CMK 231) ve “cezanın infazının ertelenmesi” gibi kurumlar, şikayet (TCK 73), uzlaşma (CMK 253) ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi (CMK 171/2) ile birlikte uygulanır hale geldi.

Türk Ceza Kanununun 191 inci maddesinde düzenlenen *kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alma, kabul etme veya bulundurma suçunda*, “hükmün verilmesinin geri bırakılması” adı altında özel bir düzenleme yer almaktadır. Mahkeme bu suçlardan dolayı “*hüküm vermeden önce*”, “kullanıcı” hakkında “*tedavi ve denetimli serbestlik kararı*” verebilir (TCK 191/2). “Kullanmak için satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi” hakkında ise, sadece denetimli serbestlik kararı verebilir. Tedavi ve denetimli serbestlik yükümüne tabi tutulan kişiye rehberlik edecek bir “uzman” görevlendirilir. Uzman, kişiye öğütte bulunur ve yol gösterir, üçer aylık sürelerle kişinin gelişmesi hakkında hakime rapor verir (TCK 191/3). Tedavi ve denetimli serbestlik yükümlerine uygun davranan kişi hakkında “davanın düşmesi kararı” verilir. Aksi takdirde davaya devam olunarak, hüküm verilir (TCK 191/5).

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, 2006 yılında 5560 numaralı Kanunla yapılan değişiklikle CMK’ya dahil edildiği sırada, “diğer koşulların (CMK 231/6) yanında, suçun *şikayete bağlı* olmasını ve hükmolunan sonuç cezanın *bir yıl* veya daha az hapis cezası veya adli para cezası olmasını gerektirmekte idi. 2008 yılında 5728 numaralı Kanun ile *şikayet şartı kaldırıldı, cezanın sınırı iki yıla çıkarıldı*.³¹ Fakat, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun bizce hatalı bulduğumuz kararı³² ile temyiz yolu kapatılınca, mahkum olan sanığa temyiz yolunu açmak amacı ile, sanığın kabul etmemesi halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemeyeceği kuralı kabul edildi³³ (CMK “2010-6008” 231/6): sanık hükmü temyiz

³⁰ Kanundaki ismini tercih etmeyip, “*hükmün açıklanmasının ertelenmesi*” denmesi (Öztürk 2009, 535, Ünver/Hakeri 2010, 673), kamu davasının açılmasının ertelenmesi ile paralellik arz ettiği için, kulağa hoş gelmektedir.

³¹ Aslında, yeni ceza adalet sisteminin kabul ettiği ilkelerden geri dönüşlerden biri olan bu düzenleme ile, hapis cezasının ertelenmesindeki (TCK 51) katı kuralın yumuşatılması amaçlanmaktadır. “Ertelenen hapis cezasını infaz edilmiş” sayan TCK 51 deki düzenlemenin etrafı, “hükmün açıklanmasının geri bırakılması” yöntemi ile orta ağırlıktaki suçlar açısından, dolanılmıştır.

³² CGK 3.2.2009, K. 2009-13; *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu* 2010, sh. 1535.

³³ Değişikliği yapan bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olanların, bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren onbeş gün

etmek istiyorsa, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını kabul etmez. Bu durumda mahkeme doğrudan hükmün tefhimi aşamasına geçeceği için, hükme karşı (istinaf veya) temyiz yolu açılmaktadır.

HAGB de iki ayrı yargısal karar vardır: mahkemenin CMK 223 uyarınca verdiği mahkumiyet hükmü ve CMK 231/5 uyarınca verdiği hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı.³⁴

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu ile, “yükümlülüklere uygun davranan kişi hakkında cezaya hükmedilmemesinin, toplum barışının sağlanması bakımından, cezaya mahkumiyetten daha etkili olabileceği”, düşünülmüş³⁵ ve rızaya bağlı bir hüküm verme sistemi benimsenmiştir: sanık HAGB’yi kabul ettiği takdirde, ceza muhakemesini iradesi ile yönlendirebilme yetkisi ile donatılmıştır.

Böylece, Türk Ceza Muhakemesi Hukuku sistemi içinde, şüpheli veya sanığın iradesi ile muhakemenin yürüyüşünü etkileyebildiği ve bazı durumlarda çakışan; önödeme (TCK 75), kamu davasının açılmasının ertelenmesi (CMK 171/2), (*fail - mağdur uzlaşması* (CMK 253) ve *mahkeme - sanık uzlaşması* (CMK 231/5) biçiminde) uzlaşma kurumları bulunduğu görülmektedir.

12) *Sanığın mahkeme ile uzlaşması (plea bargaining)*. Sanığın kabulüne bağlı muhakeme usullerinin giderek yaygınlaştığı görülmektedir. Önödeme, uzlaşma, kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması bu muhakeme usulleri arasındadır. Başka koşulların yanında şüpheli veya sanığın kabulü ile, dava açılmaması veya muhakemenin ileri aşamalarına geçilmemesi, Amerikan Hukukunda “plea bargaining” olarak tanımlanmaktadır. Sanık böylece muhakemede bir “söz sahibi” olmakta ve “muhakemeyi yönlendirebilmektedir”. Müdafî ise, aktif ve bağımsız hale gelmektedir.

Ancak, tarihten bu yana mevcut bulunan uyumsuzlukların mahkeme dışında alternatif yöntemlerle çözülmesi fikri, Dünya Devletleri arasında giderek daha fazla taraftar bulmuş ve artık dönüşü olmayacak şekilde yerleşmiştir.

Sanığın kabulüne veya tarafların anlaşıp uzlaşmalarına bağlı sistemlerin Anayasaya (*Constitution*) ve ek maddelerine uygunluğu, jüri önünde yargılanma hakkı (6. ek madde) ve diğer haklar açısından Amerikada da tartışılmıştır.

inde mahkemeye başvurmaları halinde, mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı geri alınacağı ve Ceza Muhakemesi Kanununun 231 inci maddesinin yedinci fıkrasındaki kayıtlı bağlı olmaksızın, başvuruda bulunan sanık hakkında yeniden hüküm kurulacağı konusunda da geçici madde ile bir düzenleme yapıldı.

³⁴ *Centell/Zafer* (sh. 702), hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının geri bırakma süresince durma kararı niteliğinde olduğu görüşünde olup, bu görüşlerini 4616 sayılı Kanuna ilişkin olarak verilen CGK 27.2.2001-4-25/33 karara dayandırmakta ve daha sonra CMK 231 ile ilgili olarak verilen CGK 3.2.2009-4?13/12 sayılı kararı haklı olarak eleştirmektedirler.

³⁵ *Ünver/Hakeri* (2010, 673), bunun bir tür erteleme olduğu, fakat ertelemeye nazaran daha lehe sonuçlar doğurduğu görüşündedirler.

Amerikan Ceza Muhakemesi Hukuku her eyalette farklılık göstermekle birlikte, ilke olarak şüphelinin yakalanması (*arrest*) ile başlar. Savcı (*prosecutor*) birkaç saat sonra geçici bir iddiada (*initial charging*) bulunur; bu iddia, hem yakalamanın yasal olup olmadığını, hem de iddianamenin kabule şayan olup olmadığı yönlerinden, hakim tarafından denetlenir. Asıl iddianame (*indictment*) savcı tarafından ve istisnai hallerde büyük jüri (*grand jury*) daha sonra düzenlenir. İddianamenin kabulü usulü de vardır ve ortaya konan delillerin mahkumiyet olasılığı taşıyıp taşımadığı (*probable cause*), hakim tarafından (*preliminary hearing*) denetlenir. Bu aşamada sanığa hakkındaki iddiaları kabul ederek, suçlu ikrar etme (*guilty plea*) fırsatı verilir. Eğer sanık suçunu ikrar etmezse (*plea of not guilty*), mahkumiyet olasılığı ortaya koyan iddianame kabul edilir. Sanık başlangıçta suçunu kabul etmemiş olsa bile, duruşmada da ikrar edebilir. Amerika'da sanıkların yüzde doksanının suçlu kabul ederek, duruşmaya çıkmadıkları belirlenmiştir.³⁶

Sanık iddianamenin kabulü aşamasında suçunu kabul etmediği durumlarda, her dava için ayrı bir jüri belirlenir ve fiilin işlenip işlenmediği, sanığın kusurlu olup olmadığı konusunu, halk arasından seçilen 6 ila 12 kişiden oluşan jüri değerlendirir. Jüri, makul bütün şüphelerin ortadan kalkması durumunda (*proof beyond reasonable doubt*), mahkumiyet kararı verir. Genellikle, duruşma başladıktan sonra da sanık suçlu kabul edebilir ve bu aşamada jürinin karar vermesine gerek kalmadan duruşma sonlanır.

Böylece sanığın “suçlu” olduğu tespit edildikten sonra, cezanın belirlenmesi aşaması gelir. Cezanın belirlenmesi tamamen ayrı bir usul olup, meslekten bir hakim tarafından gerçekleştirilir. Ancak, cezanın belirlenmesinden önce, denetimli serbestlik müdürlüğüne bağlı bir sosyal çalışma görevlisi (*pobation officer*), mahkeme tarafından görevlendirilerek, sanığın tehlike durumunu araştırır ve topluma yeniden kazandırılması için neler yapılması gerektiği konusunda bir SİR hazırlar. Türk Ceza Muhakemesi Kanununda da yer alan (CMK 209/1), fakat uygulanmayan bu rapor, hakime cezayı belirlerken kullanacağı kriterler konusunda bilgi verir.

Görüldüğü üzere, Amerikan ceza muhakemesi hukukunda; “uzlaşma” (*mediation*) değil, sanığın ikrarına dayanan bir “iddia pazarlığı” (*plea bargaining*) usulü vardır. Gerek dava açılırken ve gerekse duruşmada suçlamayı kabul eden veya iddialara karşı çıkmayan (*plea of non contendere*) sanık, topluma yeniden kazandırmanın ilk adımını atarak, muhakemenin sonucunu etkileyebilmekte ve *garantili bir mahkumiyet kararı* elde edebilmektedir.³⁷ Ancak, hükmedilmesi gerek cezanın ölüm cezası olduğu hallerde, sanığın suçlu ikrar ederek bir nevi intihar ettiği düşünülerek, bu gibi hallerde *plea bargaining* uygulanmayacağı ileri sürülmüşse de, haklardan

³⁶ Fisher, *Plea Bargaining's Triumph*, 2003. sh. 12.

³⁷ Brodowski, *Die verfassungsrechtliche Legitimation des US-amerikanischen "plea bargaining" - Lehren für Verfahrensabsprachen nach § 257c StPO?*, ZStW 2012; 124(3), sh. 738.

serbest irade ile vazgeçmenin mümkün olduğu düşüncesi ile, bu görüş kabul görmemiştir.³⁸

13) *Alman Hukukunda sanığın mahkeme ile uzlaşması (Verständigung)*. Alman Hukukuna da yansımış olan “uzlaşma” kurumu, yukarıda belirttiğimiz gibi, Alman Ceza Muhakemesi Kanununda önce kamu davasının mecburiliği prensibini yumuşatan bir ilke³⁹ (StPO 153a vd) ve fail - mağdur uzlaşması (StPO 155a, 155b) olarak kabul edilmiş, daha sonra da, 29 Temmuz 2009 tarihinde “duruşmada mahkeme ile uzlaşma” (*Absprachen*, “deal”) olarak (StPO 257c) girmiştir.

Şüpheli veya sanığın kabulüne bağlı olarak ceza muhakemesini sonlandırmak, maddi gerçeğin tam olarak araştırılmasını önlediği, ceza hukukunun genel ilkeleri olan, Devletin Mecliste ceza kanunu yaparak suç haline getirdiği fiilleri “cezalandırma görevinin” yerine getirilmediği ve kamu davasının mecburiliği ilkesinin ihlal edildiği gerekçeleri ile, *anlaşmalı usullerin*, Alman Temel Kanununa aykırı olduğu görüşleri dahi ileri sürülmüştür.⁴⁰

Ancak, Alman Anayasa Mahkemesi 13 Mart 2013 tarihli kararı⁴¹ ile, StPO 257c madde ve buna bağlı olarak StPO 160b⁴², 202a, 212, 257b, 273, 243 üncü maddelerde yapılan değişikliklerle, sistem içine yerleştirilen “muhakeme süjeleri ile mahkemenin, sanığa hüküm ile verilecek ceza konusunda uzlaşmaları” (*Verständigung*)⁴³ kurumunun, Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.⁴⁴

³⁸ U.S. Supreme Court, North Carolina v. Alford, 400 U.S. 25, 33 (1970).

³⁹ *Weigend*, Absprachen in ausländischen Strafverfahren, 1990.

⁴⁰ *Wesslau*, ZStW 116 (2004), S. 172, 186.

⁴¹ BVerfGE 2 BvR 2628/10 vom 19.3.2013

⁴² SPO 160b uyarınca, savcı soruşturma evresinde muhakeme süjeleri ile mahkemenin durumu hakkında görüşme yapabilir. Eğer şüpheli işlediği iddia edilen bazı suçlar hakkında duruşmada suçu ikrar etme sözü verirse, savcı aynı şüphelinin diğer bazı fiilleri hakkında kamu davasının konusunu StPO 154a/1 uyarınca sınırlandırma veya StPO 154/1 uyarınca diğer bazı fiilleri hakkında kamu davası açmaktan sarfınazar etme hususlarını görüşebilir (*Lutz Meyer - Gossner*, StPO 160b, Rn. 6, 54. Aufl. 2011, sh. 773). Bunun dışında, StPO 153a uyarınca düşme kararı verilmesi veya ceza kararnamesi düzenlenmesi konusunda da şüpheli - savcı uzlaşması yapılabilir

⁴³ “Mahkeme ile uzlaşma”, Almanya’da önceleri yasal alt yapısı olmaksızın, *Absprachen* adı altında fiilen uygulanmış, bu uygulama sırasında Anayasa Mahkemesinin 27 Ocak 1987 tarihli kararı (2 BvR 1133/86, NJW 1987, S. 2662), Federal Yargıtayın 19 Ocak 1993, 28 Ağustos 1997 ve 3 Mart 2005 tarihli kararları ile uygulanma koşulları belirlendikten sonra, 29 Temmuz 2009 tarihli Ceza Muhakemesinde Uzlaşma Kanunu ile düzenlenen StPO 257c madde ile, *Verständigung* adı altında Alman mevzuatına girmiştir.

⁴⁴ Üç ayrı davanın birleştirilmesi sureti ile verilen bu karardaki olaylardan birinde; Berlin Eyalet Mahkemesi 15 Mart 2011 tarihli kararı ile, iki ayrı olayda silahlı nitelikli yağma ve mala zarar verme suçlarından toplam ceza olarak iki yıl hapis cezasına hükmetmiş ve cezayı tecil etmiştir. Mahkumiyet hükmü verilmeden önce sanıklar mahkeme ile uzlaşma yoluna gitmişlerdir. Duruşmanın başında başkan sanıklara üç seçenekleri bulunduğunu bildirmiş, bunlardan birincisinin beraat kararı, ikincisinin bütün deliller ortaya konup tartışıldıktan sonra alt sınırdan üç yıl hapis cezası verilmesi ve suçun silahlı polis memurları tarafından işlendiği için, bu cezanın ağırlaştırılması; üçüncü seçeneğin ise, mahkeme ile uzlaşma suçu ikrar ettikleri takdirde, toplam ceza verileceği bu cezanın tecil

13 Mart 2013 tarihli karar, *kusur ilkesinin* ve bununla bağlantılı olan *mahkemenin maddi gerçeği araştırma yükümünün ve suçsuzluk karinesinin*, adil ve hukuk Devleti ilkeleri uygulanarak yapılan bir muhakemenin vazgeçilemez temel prensipleri oluşunu vurgulamakta; ancak, bu ilkelere sadık kalınarak, muhakeme süjelerinin ve mahkemenin, maddi gerçeği araştırma, fiilin hukuki tavsifi ve cezanın belirlenmesi konularında hakkaniyete uygun bir şekilde tasarruf edebileceklerini de kabul etmektedir. Mahkeme ile muhakeme süjeleri arasında, sanığın suçunu ikrar etmesi karşılığında, hükmedilecek cezanın alt ve üst sınırları ile, “muhakemenin yürüyüşü” konusunda yapılan uzlaşmanın, yukarıda belirtilen temel ilkelerin ihlal edilmesi riskini taşıdığı vurgulanmakla birlikte, Kanun koyucunun “sanığın mahkeme ile uzlaşması” kurumunun yasal çerçevesini düzenlemesinin Anayasa tarafından yasaklanmadığı belirtilmektedir. StPO 257c madde ile yapılan düzenlemenin sanığın Anayasal haklarını yeterli bir şekilde güvence altına almış olduğu gerekçesi ile Anayasa’ya aykırı bulunmayan *mahkeme ile uzlaşma (Verständigung)* kurumunun, duruşma dışı uzlaşmalar yapılarak veya uzlaşma görüşmelerinin Yargıtay denetimini sağlayacak şekilde, ayrıntılı olarak tutanağa bağlanmaması sureti ile, hakimler tarafından yasada öngörüldüğü şekilde uygulanmadığını tespit etmiştir. Bu nedenle, Federal Yargıtay’ın 8 Ekim 2010 tarihli kararı bozulmuş ve bozma doğrultusunda karar verilmesi için, Federal Yargıtay’a gönderilmiştir.

14) *Avrupa Birliği Hukukunda uygulanan takdirilik sistemi.* Avrupa Birliğinin yeknesak bir “ceza hukuku” mevcut bulunmamakla birlikte, belli alanlarda giderek birbirine “yakınlaşmış” yasal düzenlemeler vardır. Avrupa Devletlerinin çoğunda (Fransa, İngiltere, Hollanda) takdirilik sistemi uygulanmakta, Almanya’da ise, koşturma mecburiyeti ilkesi hala geçerli bulunmaktadır.

Takdirilik sisteminin kabul edilmesi, cezalandırma politikasını esnek bir şekilde yönlendirme imkanını sağladığı için, yeni tip suçlulukla mücadele açısından daha faydalı görülmektedir. Teorik temeller oluşturmak üzere hazırlanan “*Corpus Juris*”, 2001 yılında yayınlanan “Yeşil Kitap” ve 2004 yılında hazırlanan AB Anayasası Taslağının III-415 IV maddesinde ilk defa, Avrupa Ceza Kanunu ve III-274 I maddesinde Avrupa Savcısı fikri ortaya atılmıştır.⁴⁵

eilebileceğini bildirmiştir. 85 dakika ara verildikten sonra, sanıklara StPO 257c/4 uyarınca hakları bildirilmiş ve sanıklar ikrar etmişlerdir. Bunun üzerine mahkeme tanık dinlemekten vazgeçmiş, savcının esas hakkındaki mütalaası ve savunmanın görüşü alındıktan sonra son söz sanıklara verilmiş ve mahkeme hüküm vermek üzere salonu terk etmiştir. Mahkeme tekrar salona geldiğinde, polislerin silahlarının yanlarında olup olmadığı ve dolu olup olmadığı sorulmuş, olumlu cevap alınması üzerine, mahkeme hükmünü açıklamıştır. Sanıklar temyiz sebebi olarak, ikrarın özgür iradeyle dayanmadığını ileri sürmüşlerdir. Yargıtay aşamasından sonra Alman Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuruda, mahkemenin aşağı ve yukarı hadleri arasındaki ceza makasının çok geniş olması nedeniyle, adil yargılanma hakkının ve ikrarın içeriğinin doğruluğu mahkeme tarafından araştırılmadığı için, maddi gerçeğin ortaya çıkama ilkesinin ihlal edildiği ileri sürülmüştür.

⁴⁵ *Delmas-Marty, Corpus Juris*, 1998.

Bütün bu gelişmeler, iç hukuklarda uygulanan “kamu davasının mecburiliği prensibini” de etkilemektedir. Avrupa Birliğine üye Devletlerde olduğu gibi, Avrupa Konseyi çerçevesinde de, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin verdiği kararlar ile, ortak noktalarda buluşan bir ceza muhakemesi sistemi oluşmaktadır. Üye Devletler arasında ceza yargılarının karşılıklı olarak tanınması bakımından, mecburilik sistemi, yani araştırma ve kovuşturma mecburiyetinin kabul edilmesi, “*ne bis in idem*” ilkesini zorlamaktadır. Zira *Schengen* Sözleşmesinin 54 üncü maddesi, *Schengen* alanı içinde “*ne bis in idem*” ilkesini tam olarak benimsemiştir. Avrupa Birliği Adalet Divanı, bir üye Devlette kovuşturmanın yapılmadığı durumda, diğer üye Devlette artık kovuşturma yapılamayacağına hükmetmiştir.⁴⁶

Kovuşturma mecburiyeti ilkesinin katı olarak uygulanması, sınır aşan suçların araştırılması açısından da, Avrupa Birliği içinde bazı sorunlar doğurmaktadır: aynı suç farklı Devletler tarafından aynı anda araştırmakta ve sonra da kovuşturulmaktadır. Bunun önlenmesi bakımından, “kovuşturmanın aktarılması” iyi bir yöntem olduğu için, bu konuda Avrupa Konseyi bir sözleşme hazırlanmıştı. Avrupa Birliğine dahil Devletler arasında takdirilik sistemi uygulanarak, araştırma ve kovuşturmayı daha iyi yapabilecek olan Devlet lehine kendi ülkesinde dava açmamak, yerinde bir yaklaşımdır. Fakat, Avrupa Birliği dışı Devletler açısından, eski sistemin, yani kovuşturma mecburiyeti prensibinin korunması gerektiği ileri sürülmektedir.⁴⁷

Almanya’da mahkeme iddianame üzerine sorsoruşturmanın açılması kararı verinceye kadar savcı kamu dâvasını geri alabilmektedir (StPO 156).

15) *Yargıtay’ın alternatif çözüm yolları önerisi.* Adalet Bakanlığı tarafından 28 Şubat - 2 Mart 2013 tarihleri arasında Antakya’da düzenlenen *Ceza Usul Hukukunda Alternatif Çözüm Yolları* konulu üst düzeyli Çalıştayda, Yargıtay tarafından hazırlanan *Ceza Muhakemesinde Alternatif Çözüm Yollarına İlişkin Öneriler* tartışılmıştır. Yargıtay, önödeme, kamu yararına hizmet görme, kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve uzlaşma kurumlarının farklı kanunlarda ve birbirleri ile yarışan biçimde düzenlenmiş olmasından kaynaklanan sakıncaları ortadan kaldırmak üzere, *Ceza Muhakemesi Kanununa, seçenek uyumsuzluk çözüm yöntemlerinin uygulanmasını* sistematik olarak ele alan maddeler eklenmesini önermektedir. Öneriler arasında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin değişikliklere yer verilmemiştir.

Sunulan tebliğin ismi *alternatif çözüm yolları* olmasına rağmen, hazırlanan tas-lakta *seçenek uyumsuzluk çözüm yöntemlerinin uygulanması* başlığı altında, CMK ya 169/A madde eklenmesi önerilmekte ve bu madde ile, seçenek uyumsuzluk çözüm yöntemlerinin hepsi için geçerli olacak genel ilkeler sıralanmakta, CMK 169/G madde ile ise, müşterek hükümlere yer verilmektedir. Seçenek uyumsuzluk yöntemlerinin uygulanmasına ilişkin çalışmaların hakim ve savcılarının meslekte ilerlemeleri

⁴⁶ EuGH StV 2003, 201, 202 Rn.33: nakleden; *Dieters*: Legalitätsprinzip und Normgeltung, Tübingen 2006, sh. 22.

⁴⁷ *Dieters* 2006, 22.

sırasında nazara alınması için, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununda değişiklik yapılması yanında (taslak m. 32, 33), Yargıtay'ın temyize ilişkin duyduğu iş yükünü azaltma ihtiyaçlarını dile getiren değişiklik önerileri de vardır (taslak m. 30 ve ek maddeler).

Önerinin ana fikri, seçenek uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ana ilkeler etrafında birleştirilmesidir: *şikayete bağlı suçlar, yalnız adli para cezasını gerektiren veya adli para cezasının seçimlik olduğu ya da adli para cezası ile birlikte yasadaki hapis cezasının yukarı sınırı iki yılı aşmayan suçlarda, yeterli şüphe varsa, savcının takdirine bağlı olarak; kamu yararına hizmet görme (taslak 169/B), kamu davasının açılmasının ertelenmesi (taslak 169/C), önödeme (taslak 169/D) veya uzlaşma (taslak m. 23) yöntemlerinden biri uygulanıp soruşturmaya son verilecektir (taslak 169/A - 1).*

Seçenek çözüm yönteminin uygulanabilmesi için, kamu yararı bulunması, zararın giderilmesi veya telafi için katkıda bulunma ve kasıtlı suçtan kesinleşmiş altı aydan fazla mahkumiyet bulunmaması koşulları öngörülmüş (taslak 169/A - 2) ve bu yöntemin uygulanamayacağı haller de ayrıca gösterilmiştir (taslak 169/A - 3).

Seçenek yöntemlerden biri uygulanarak, kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilecek ve aynı fiilden dolayı iddianame düzenlenemeyecektir; ancak şüpheli yükümlülüğünü yerine getirinceye kadar, bu kararın geçici olarak vazgeçme olarak ele alındığı ve yerine getirmedeği takdirde soruşturmaya devam edileceği hükmüne bağlanmıştır (taslak 169/E - 2).

Üzerinde düşünülmesi ve çalışılarak basitleştirilmesi gereken bu ayrıntılı öneri, uygulamacıların duydukları ihtiyaçları dile getirmesi açısından yararlı bir çalışma olmuştur. Ancak, kamu davasının mecburiliği ilkesini benimsemiş olan Türk Ceza Muhakemesi Hukuku sistemi içine bu kadar ayrıntılı ve savcının takdir yetkisini genişleten hükümler yerleştirilmesi, sistemin çalışmasını daha da zorlaştırabilir.

16) *Olması gereken Türk sistemine ilişkin düşüncelerimiz.* Halen soruşturma evresinde çok sayıda alternatif muhakeme usulü vardır. Önödeme, uzlaşma, kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumları, Yargıtay tarafından önerildiği gibi, genel kurallara bağlanmalı, fakat bizce teke indirilmelidir.

Bu doğrultuda olmak üzere, önödeme ya kaldırılmalı veya hakim tasdikine bağlı olarak yükümlülük getirmeye elverişli bir hale getirilmelidir. Gerek önödede, gerekse diğer seçenek muhakeme usullerinde, şüpheliler hakkında bir nevi denetimli serbestlik uygulanabilmelidir. Ancak, alternatif usullerin yaygınlaşması ile, denetimli serbestlik kurumlarının iş yükü artacak ve altından kalmayacakları bir duruma geleceklerdir. İyi yapılamayan denetim, suç işlenmesine neden olursa, bundan Devletin sorumluluğu da doğabilir.

Suçüstü hallerine mahsus özel bir hızlandırılmış muhakeme usulünün Türk Hukukuna kazandırılması gereklidir.

Uzlaşmanın şikayete bağlı suçlar ile bağlantısı kaldırılmalıdır. Şikayet hakkını kullanmamak yolu ile uzlaşmayı atlamak, mağdur bakımından sakıncalıdır. *Uzlaşma*, maddi ceza hukuku açısından, *davayı düşüren sebeplerden* sayılmalı ve şikayetten vaz geçmenin doğurduğu sonuçları doğurmalıdır. Uzlaşmanın uygulanma alanı, mala karşı işlenen suçların çoğunu kapsayacak şekilde genişletilmeli, fakat Alman Hukukuna benzer bir düzenleme yapılarak, uzlaşmaya rağmen savcıya kamu davası açma yetkisi de tanınmalıdır. Uzlaşmaya tabi suçların kapsamının genişletilmesi, bunu gerekli kılar. İnsan hakkı ihlallerinde uygulanan dostane çözüm de bir uzlaşmadır. Yazılı başvuru yolu da uzlaşma kapsamına alınmalıdır.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması benzer kurumlardır. Bunların Alman Hukukunda olduğu gibi, birleştirilerek ve soruşturma veya soruşturmayı bitirecek şekilde düzenlemesi yerinde olur (StPO 153a, 257c). Almanya’da bu kararlar soruşturma evresinin sonunda veya kovuşturma evresinin başında veya duruşma sırasında verilmekte ve soruşturmayı veya kovuşturmayı sonlandırmaktadır. Bu büyük bir avantajdır: bizdeki sistemde ise, soruşturma veya kovuşturma beş yıl askıda kalmaktadır.

Sulh Hakiminin Ceza Kararnamesi tekrar sisteme dahil edilmelidir. Takdirilik sistemi kabahatler alanında da yer almalıdır.

Suçlardaki mecburi kovuşturma prensibinin istisnaları genişletilmelidir. Alman Hukukunda olduğu gibi, ağır suçlarda etkin pişmanlığa dayanan takdirilik uygulaması ihdas edilmelidir. Devletin güvenliğini tehlikeye düşürebilecek olan hallerde dahi, fail suçu işledikten sonra, Anayasal sisteme yönelik tehlikelerin berteraf edilmesine yönelik katkılarda bulunursa (StPO 153e), savcı kamu davası açmayabilmelidir. Takdirilik sisteminin genişletilmesine paralel olarak, kamu yararının üstün bastığı durumlarda, C. savcısına kamu davasını geri alma yetkisi de tanınmalıdır.

Amerikan ceza muhakemesi hukukunda kabul edilen “iddia pazarlığı” (*plea bargaining*) ve Alman Hukukundaki sanığın duruşmada mahkeme ile uzlaşması (*Verständigung*) kurumlarının (StPO 257c) Türk Ceza Muhakemesi Kanununa dahil edilmesi, yerinde olacaktır.

Böylece açılan davalarda azalma olacak, daha az sayıda açılan davalar ise, duruşmadaki uzlaşma yolu ile kovuşturma evresinde hızla, fakat maddi gerçeği araştırma yükümü ihlal edilmeden sonuçlandırılacaktır. Bu sistemde sanığın yönlendirici iradesinin önem kazanması söz konusudur.

Tarafların iradelerinin muhakemeye etkisini, maddi gerçeği araştırma yükümü ile orantılı bir şekilde genişletileten ve sanığın suç kabul etmesine bağlı olarak duruşmaların kısılmasını sağlayan kurumların kabul edilmesi ile birlikte, seçenek usuller içeren diğer kurumlar da ele alınarak, sistem bütünü ile gözden geçirilmeli ve uyumlu çalışabilen kurallar yaratılmalıdır.

