

**T.C
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
CEZA VE CEZA USUL HUKUKU BİLİM DALI**

CEZA MUHAKEMESİNDE MAĞDURUN KORUNMASI

MASTER TEZİ

HAZIRLAYAN

Mehmet Rifat BACANLI

TEZ DANIŞMANI

Prof. Dr. Cumhur ŞAHİN

ANKARA – 2007

Gazi Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne

Mehmet Rifat Bacanlı'ya ait CEZA MUHALEMESİNDE MAĞDURUN
KORUNMASI adlı çalışma ,jürimiz tarafından,Kamu Hukuku Ana Bilim
dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.

(İmza)
Başkan.....
Prof.Dr. Cumhur ŞAHİN(Danışman)

(İmza)
Üye.....
Prof.Dr. İzzet ÖZGENÇ

(İmza)
Üye.....
Yrd.Doç.Dr. Berrin AKBULUT

ÖNSÖZ

Devletin suçu ve failini cezalandırma yetkisine tek başına sahip olması açısından, suç sebebi ile devletle bireyler arasında doğan ilişkide mağdur en başından beri dışlanmıştır.

Mağdurun ceza yargılaması içindeki yeri ise bugüne kadar en az tartışılan alanlardan biri olmuştur. Çalışma konumuzun seçilmesinde bu konunun akademik anlamda üzerinde çok söz söylenmemiş bir alan olması etkili olmuştur.

Tez çalışmamız sırasında yasalaşan ve mağdur lehine birçok yeni düzenleme içeren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu da mağdur hakları açısından sevindirici olmuştur. Yine 6/12/2006 tarih ve 5560 Nolu Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile (R.G.Yayın Tarihi 19/12/2006) 5271 sayılı CMK da değişiklik yapılmış ve mağduru kollayan birçok değişiklik yapılmıştır.

Mağdurun da yargılama sırasında haklarına en az sanık kadar hatta sanıktan da fazla dikkat edilmesi gereğine ve bu konuda en büyük görevin uygulayıcılara düştüğü bilinci ile hazırlanan tez çalışmamızın bir nebze de olsa katkı sağlamasını umuyorum.Özellikle bu konuyu seçmemde beni yönlendiren değerli hocalarım aynı zamanda tez danışmanım olan Prof.Dr. Cumhur ŞAHİN ve Prof.Dr. İzzet ÖZGENÇ'e tezimin hazırlanması boyunca her safhada yaptıkları yardım ve gösterdikleri sabır için içten teşekkürlerimi ifade etmek isterim.

Ankara 2007

Mehmet Rifat BACANLI

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
İÇİNDEKİLER	ii
KISALTMALAR CETVELİ	v
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM KAVRAM,TARİHÇE,ULUSLARARASI ALANDA YAPILAN ÇALIŞMALAR,KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

1.1. KAVRAM	2
1.1.1. Genel Olarak.....	2
1.1.1.1. Medeni Hukukta Mağdur Kavramı	3
1.1.1.2. Viktimoloji'de Mağdur Kavramı.....	3
1.1.1.3. Ceza Hukukunda Mağdur Kavramı	4
1.1.1.4. Suçtan Zarar Gören ve Mağdur Kavramı	8
1.2. MAĞDUR TİPOLOJİSİ VE MAĞDURUN ROLÜ	27
1.2.1. Genel Olarak.....	27
1.2.1.1. Aile İçi Şiddet Mağdurları	28
1.2.1.2. Çocuk İstismarı Mağdurları	30
1.2.1.3. Cinsel Suç Mağdurları	30
1.2.1.4. Diğer Mağdur Türleri	32
1.2.1.4.1. Yaşlı İstismarı Mağdurları	32
1.2.1.4.2. İşsiz Mağdurlar	32
1.2.1.4.3. Adam Öldürme Suçu Mağdurlarının Yakınları	32
1.2.2. Mağdurun Rolü	33
1.3. TARİHÇE	34
1.3.1. İlkel Dönemlerde Mağdurun Korunması	34
1.3.1.1. Devletin Olmadığı Dönemde	34
1.3.1.2. Eski Hukuk Düzenlerinde	35
1.3.1.2.1. Eski Mezopotamya :Sümerler, Babil (Hammurabi Kanunları), Asurlar, Hititler, İbraniler	35
1.3.1.2.2. Uzak Doğu :Çin-Hint-Moğol	37
1.3.1.3. Batı	37
1.3.1.3.1. Yunan.....	37
1.3.1.3.2. Roma	38
1.3.1.3.3. Eski Alman Hukuku.....	40
1.3.2. Türklerde.....	41
1.3.2.1. İslamiyetten Önce	41
1.3.2.2. İslamiyetten Sonra.....	44
1.3.2.2.1. İslam Ceza Hukuku.....	44
1.3.2.2.1.1. Selçuklu.....	46
1.3.2.2.1.2. Osmanlı.....	47
1.3.2.2.1.2.1. Tanzimata Kadar.....	47
1.3.2.2.1.2.2. Tanzimat Sonrası	50
1.3.2.2.2. Cumhuriyet Dönemi	51

1.4. ULUSLARARASI ALANDA YAPILAN ÇALIŞMALAR	52
1.4.1. Uluslararası Belgelerde Mağdur Kavramı	52
1.4.1.1. Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü	52
1.4.1.2. Birleşmiş Milletler Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur Olanlara Adalet Sağlanmasına Dair Temel Prensipler Deklarasyonu	61
1.4.1.3. Savcıların Rolüne Dair Yönerge	65
1.4.1.4. Avrupa Konseyi Sözleşmesi	66
1.4.1.5. Avrupa Konseyinin Mağduriyetin Önlenmesi Konusunda R(87) 21 Sayılı Tavsiye Kararı	69
1.4.1.6. Avrupa Konseyi'nin Ceza ve Usul Hukukunda Mağdurun Durumuna ilişkin Olarak Tavsiyesi	70
1.4.1.7. XIX.Avrupa Konseyi Kriminoloji Konferansı	72
1.4.2. Karşılaştırmalı Hukuk	73
1.4.2.1. ANGLO-SAKSON HUKUK SİSTEMİ	73
1.4.2.1.1. İngiltere	74
1.4.2.1.2. Amerika Birleşik Devletleri	74
1.4.2.2. KITA AVRUPASI	75
1.4.2.2.1. Avusturya	75
1.4.2.2.2. Hollanda	76
1.4.2.2.3. Almanya	76
1.4.2.2.4. İsviçre	76
1.4.2.2.5. İskandinav Ülkeleri	76
1.4.2.2.6. Fransa	77
1.4.2.2.7. İtalya	77
1.5. CEZA HUKUKUNDA MAĞDURUN KORUNMASI İLE İLGİLİ TEORİLER	77
1.5.1. Genel Olarak	78
1.5.2. Mağdurun Korunması Açısından	80
1.5.2.1. İkame Görüşü	82
1.5.2.2. Bütünleşme Görüşü	82
1.5.2.2.1. Mağduriyetin Giderilmesi Cezadır	83
1.5.2.2.2. Mağduriyetin Giderilmesi Üçüncü Şerittir	83
1.5.2.3. Geleneksel Görüş	86
1.6. MAĞDURİYETİN GİDERİLMESİ YÖNTEMLERİ	88
1.6.1. Şikayet	89
1.6.2. Katılma	89
1.6.3. Uzlaşma	90
1.6.4. Önödeme	90
1.6.5. Erteleme veya Şartlı Salıvermenin Giderim Koşuluna Bağlanması	91
1.6.6. Özür Dileme	91
1.6.7. Kamuya Yararlı Çalışma	92
1.6.8. Para Cezasının Tazmine Çevrilmesi, Müsadere Edilen Malın Satış Bedeli	92
1.6.9. Tazminat	92
1.6.10. Sigorta	93

1.6.11. Mağdur Yardım Organizasyonları	93
1.6.12.Şahsi Dava	94
1.6.13. Şahsi Hak Davası	94

İKİNCİ BÖLÜM TÜRK CEZA HUKUKUNDA MAĞDURUN KORUNMASI

2.1. CEZA MUHAKEMESİ KANUNUNDA MAĞDURUN KORUNMASI ..	96
2.1.1. GENEL OLARAK	96
2.1.2. Mağdur ile Şikayetçinin Daveti ve Davete Uymaması	98
2.1.3. Mağdurun Dinlenmesi	100
2.1.4. Mağdur ile Şikâyetçinin Hakları.....	105
2.1.4.1. Mağdur ve Şikayetçinin Soruşturma Evresindeki Hakları .	107
2.1.4.2. Mağdurun Kovuşturma Evresindeki Hakları	113
2.1.4.3. Mağdurun Haklarının Öğretilmesi.....	115
2.1.5. Kamu Davasına Katılma(Müdahale)	117
2.1.6. Tanık- Mağdurun Korunması ve Güvenliğinin Sağlanması	130
2.1.7. Uzlaşma.....	142
2.1.8. Erteleme (Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması)	171
2.1.9. Kanun Yollarına Başvurma Hakkı ve Mağdurun Korunması ...	193
2.1.10. Ceza Muhakemesi Kanununda Çapraz Sorgu ve Mağdurun korunması	197
2.1.11. Ceza Muhakemesi Kanununda İhbar ve Şikayet Kurumu ile Mağdurun Korunması	203
2.1.12. Ceza Muhakemesi Kanununda Mağdurun Korunması ile İlgili Diğer Hükümler.....	206
2.2. CEZA İNFAZ KANUNUNDA MAĞDURUN KORUNMASI	214
2.3. TÜRK CEZA KANUNU VE MAĞDURUN KORUNMASI	216
2.4. ÇOCUK KORUMA KANUNU VE MAĞDURUN KORUNMASI	226
2.5. ULUSLARARASI HUKUK İLE BUGÜNKÜ UYGULAMANIN KARŞILAŞTIRILMASI	231
SONUÇ	248
KAYNAKÇA	253
ÖZET	262
ABSTRACT.....	263

KISALTMALAR CETVELİ

AD	: Adalet Dergisi
a.g.e.	: Adı Geçen Eser
a.g.m.	: Adı Geçen Makale
a.g.t.	: Adı Geçen Tebliğ
AY.	: Anayasa
AyMK.	: Anayasa Mahkemesi Kararı
bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C. Savcısı	: Cumhuriyet Savcısı
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
CİK	: Cezaların İnfazı Hakkında Kanun
CGTİHK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu
c.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
ÇKK.	: Çocuk Koruma Kanunu
ed.	: Editör
Haz.	: Hazırlayan
İHFM.	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
MEB	: Milli Eğitim Bakanlığı
No.	: Numara
p.	: Page
pr.	: Paragraf
RG.	: Resmi Gazete
s.	: Sayı

S.	: Sayfa
StPO	: Alman Ceza Muhakemesi Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
UCM	: Uluslararası Ceza Mahkemesi
Vd.	: ve devamı
Vs.	: ve saire
zik.	: Zikreden

GİRİŞ

Tez konumuz bugüne kadar sanığın gölgesinde yaşayan mağduru biraz olsun gün ışığına çıkarmak amacı ile seçilmiştir. Muhakeme aşamasında sanığı koruyucu birçok kural getirilmiş olmasına rağmen mağdur hep ihmal edilmiştir.

Bu çalışma iki bölüm olarak tasarlanmış olup ilk bölümde mağdur kavramı, bu kavramın gelişimi ve tarihçesi uluslararası alanda yapılan çalışmalar, karşılaştırmalı hukuk açısından incelemesi ile insan hakları ve mağdur ilişkisi tartışılacaktır.

Yine bu bölümde mağdurun korunması ile ilgili teoriler ve koruma yöntemleri üzerinde durulacaktır. Ancak tez konumuz yargılama kuralları açısından mağdurun incelenmesi amacını güttüğü için teorik tartışmalar üzerinde fazla durulmamıştır.

Tezimizin son bölümü ise Türk ceza hukuku açısından başta CMK olmak üzere mağdurla ilgili yargılama kurallarını irdelemek bu kuralların diğer kanunlar ve uluslararası metinlerle karşılaştırmasının yapılıp açıklanmasının sağlanması şeklinde düşünülmüştür.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAM,TARİHÇE,ULUSLARARASI ALANDA YAPILAN ÇALIŞMALAR,KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

1.1. KAVRAM

1.1.1. Genel Olarak

Mağdur kavramı günlük dilde haksızlığa uğrayan, zarara uğrayan anlamlarında kullanılmaktadır. Bu kavram hukuk terimi olarak Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda da kullanılmaktadır. Örnek olarak Medeni Kanunun 24. maddesinde "hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse", Borçlar Kanunu m.42 ve 44'te "mutazarrır olan kimse" şeklinde kullanılmaktadır. Kelimenin kökeni Arapça "gudre" ve "gadr"dır. En geniş anlamı ile mağdur "hakları elinden alınan ve hürriyetleri kullandırılmayan kimsedir."¹

¹ Süleyman Akdemir :Ceza Hukukunda Mağdurun Korunması(İzmir,1988),8

1.1.1.1. Medeni Hukukta Mağdur Kavramı

Borçlar Kanununda borcun kaynakları sözleşme, kanun (kusursuz sorumluluk halleri) ve haksız fiillerdir. Böylece haksız olarak zarara uğrayan, hakkı ihlal edilen, haksız fiile uğrayan herkes mağdur kabul edilmektedir.

1.1.1.2. Viktimoloji'de Mağdur Kavramı

Ceza hukukunda yeni gelişmeler özellikle Kriminolojinin içinde ortaya çıkan Viktimolojinin ayrı bir bilim olarak ortaya çıkması ile mağduru da dikkate alan suç politikaları ortaya çıkmıştır.

Viktimoloji sözcüğü Latince “victima” ve Yunanca “logos” sözcüklerinden oluşmaktadır. Viktimolojinin amacı, mağduru psikolojik, sosyal ve hukuksal boyutlar arasındaki ilişkiler kapsamında incelemek ve sonuçta mağdur olmaktan uzaklaşmasının (deviktimizasyon) sağlanması için gerekli şartları ortaya koymaktır. Viktimoloji, suç mağduru ile ilgilenmekte, mağdur tipolojisi, bunun suç nedenleri ile olan bağlantısı, suç korkusu, suçu önleme, suçun mağdurlar üzerindeki etkileri, mağdurun suçtaki rolü ve sorumluluğu, korumaya, desteğe ve giderime ilişkin olarak mağdurun gereksinimleri üzerinde durulmaktadır.

Hans von Hentig² 1941'de “Fail ve Mağdur Arasındaki İç İlişki Üzerine Gözlemler” konulu ilk kriminolojik makalesinde; “Suç mağduru pasif ve obje değildir, bilakis o suçun işlenmesi usulünde aktif bir suje olacaktır” demektedir. Mağdur suçun işlenmesine ve meydana gelmesine birlikte etki

² Hentig, Von, Hans: The Criminal and His Victim. New Haven: Yale U. Press.

eder; ceza muhakemesi hukuku, sadece failin insan haklarıyla değil, bilakis esaslı olarak ve tam ciddiyetle suç mağduru ile de ilgilidir .³ “demiştir.

Paasch’a göre, mağdur, hukuk düzenince korunan, hakkı ihlal edilen tabi veya hukuki kişidir; Schneider’e göre mağdur, bir suçla tehlikeye sokulan, zarar verilen veya tahrip edilen bir kişi, organizasyon, topluluk, devlet veya uluslararası düzen olabilir. Öldürülenin veya kişinin aile mensubu da suç mağduru olabilir; onlar suçtan korunmada veya, suçlulukla mücadelede polisin yardımcı kişisi olarak zarar görmüş olabilirler. Kimin bir suçun somut ve gerçek mağduru olarak kabul edileceği, toplumsal ve bireysel olarak suçun oluşumu ve suçun önlenmesi usulünde önemlidir.⁴ Kaiser, bir özel mağdur kavramının ortaya çıkarılmasını bilimsel olarak az verimli kabul eder; örneğin ekonomik ve işletme suçluluğun, aynı şekilde mağaza hırsızlığının buharlaşan mağdur özelliği vasıtasıyla belirtilmiş olacağı ve bu yüzden bir tanımının zor verilebileceğini belirtir. Schneider, herhangi bir şekilde tanımlanmış mağdur kavramı olmaksızın, viktimolojinin çalışma iktidarına sahip olamayacağı itirazında bulunur. Mağdur araştırmasının uygulaması ve gelişimi, aynı şekilde yeni sonuçları, bağlantısının genişliği ve yoğunluğu, tüm kriminoloji bilimi, suç politikası ve ceza hukuku bakımından çoğu kez kesindir. ⁵

1.1.1.3. Ceza Hukukunda Mağdur Kavramı

Klasik ceza hukukçuları, devletin suçu ve failini cezalandırma yetkisine tek başına sahip olması açısından, suç sebebi ile devletle bireyler arasında doğan ilişkide mağduru dışlamışlar ve bu ilişkinin sadece devletle

³ Timur Demirbaş:Kriminoloji, 299 vd.

⁴ Timur Demirbaş:Kriminoloji, 299 vd.

⁵ Timur Demirbaş:Kriminoloji, 299 vd.

suçlu arasında doğduğunu kabul etmişlerdir. Bu görüşe göre devlet suçun doğal mağduru kabul edilmiş ve suçlu devlet ilişkisi bu esasa dayanarak açıklanmaya çalışılmıştır. Yeni gelişmelerin etkisi ile Ceza Kanununda ceza ve güvenlik tedbirleri olarak anılan iki şeritli yaptırım sistemi⁶, yani iki izli sistemin⁷ yanında mağdurun korunması üçüncü bir iz olarak görülmeye ve kabul edilmeye başlanmıştır.

Bugün üzerinde anlaşmaya varılan bir mağdur tanımı yoktur. Kriminolojide mağdur veya suç kurbanı başka bir kişinin eyleminden dolayı zarar görmüş acı çekmiş veya ölmüş kişidir.⁸ Kriminoloji, failin görünüş şekilleri gibi, aynı ölçüde mağdurun görünüş şekilleri ile de ilgilenir. Eğer saldırının konusu bir insansa, fail mağdur ilişkisi özellikle göze çarpar. Mağdur, aktif veya pasif daima bir role sahiptir. Mağdur hakkında doktrinde "suçun konusunun ait olduğu kişidir⁹. "veya "Her suçun tabii ve zorunlu mağdurunun devlet olduğu söylenir.¹⁰ " şeklinde ifadeler ile net tanımından ziyade, daha çok mağdurun kim olduğu ortaya konulmaya çalışılmaktadır.

Milanoda toplanan Suçluların Önlenmesi ve Suçluların Islahı üzerine Yedinci Birleşmiş Milletler Kongresi tarafından kabul edilmesi tavsiye edilen ve Genel Kurulunun 29 Kasım 1985 tarihli 40/34 sayılı kararıyla kabul edilen bildiride mağdur "yürürlükte bulunan ceza kanunlarının eylem veya ihmal yoluyla ihlal edilmesi nedeniyle, bireysel veya toplu bir olarak, fiziksel veya ruhsal biçimde yaralanma da dahil olmak üzere manevi acılar çeken, ekonomik kayba uğrayan veya temel hakları esaslı bir biçimde zayıflayan ve bu suretle zarar gören kimse diye tanımlanmıştır. Mağdur teriminin ayrıca mümkünse mağdurun ailesini veya doğrudan bakmakla yükümlü olduğu

⁶ Bahri Öztürk :Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku(Ankara,1994),317

⁷ İzzet Özgenç:Yeni TCK Tanıtımı ve Eğitimcilerin Eğitimi Semineri Çözüm Notları(Ankara,2004),42 (Bu görüşü ilk ortaya atan Frehsee olmuş ancak bu görüş Roxin tarafından geliştirip savunulmuştur.)

⁸ Füsün Sokullu-Akıncı :Viktimoloji(İstanbul,1999),22

⁹ İzzet Özgenç/ Cumhur Şahin:Uygulamalı Ceza Hukuku(Ankara,2001),112

¹⁰ Bahri Öztürk :Ceza Hukuku, 259

kişileri ve zor durumunda mağdura yardımcı olmaktan veya mağduriyeti önlemekten ötürü zarar gören kişileri de kapsayacak şekilde kabul edilmesi gerektiği de bu bildiride söylenmektedir.

Mağdurun kim olduğu konusu ise son derece tartışmalıdır. Bazı görüşler mağdurun doğrudan doğruya devlet olduğunu iddia eder ¹¹. İşlenen tüm suçlar bakımından devletin doğal olarak mağdur olduğu, toplum düzenini bozan suçun her zaman genel menfaati ihlal ettiği belirtilmiştir. Ayrıca kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar, adliye karşı suçlar ile devletin güvenliğine karşı suçlarda olduğu gibi bazı suçlarda devletin, doğrudan mağdur sıfatına sahip olduğunu söyleyen görüşlerde vardır. ¹²

Mağdurun ancak gerçek kişiler olabileceği tüzel kişilerin mağdur olmayacağını ancak suçtan zarar görebilen olabileceğini, geniş anlamda mağdurun “toplumu oluşturan ve barış esasına dayalı bir toplumda yaşama hakkına sahip olan herkes” olduğunu öne süren görüşler de ¹³ bulunmaktadır. Yine bu görüşe göre devletin suçun mağduru olabilmesi devleti bir hak sujesi olarak kabul eden eski faşist ve nazist anlayışın bir yansımasıdır. ¹⁴

Kanaatimize göre, sadece gerçek kişiler suçun mağduru olabilir. ¹⁵ Tüzel kişiler, bir suçtan ancak zarar gören konumundadır. Bu itibarla suçtan zarar gören ile mağdurun aynı şey olmadığını da belirtmek gerekir. Suçtan zarar gören kavramı aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere mağdura göre daha geniş bir kavramdır.

¹¹ Sulhi Dönmezer/Sahir Erman:Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku 2(İstanbul, 1994); Doğan Soyaslan:Ceza Hukuku Özel Hükümler(Ankara,1997)

¹² Dönmezer/Erman II,no 1175, Artuk-Gökçen-Yenidünya:5237 sayılı , 474, Soyaslan Özel Hükümler, 25

¹³ İzzet Özgenç/ Cumhuri Şahin:Uygulamalı, 114; Özgenç Gazi Şerhi, 220

¹⁴ İzzet Özgenç/ Cumhuri Şahin:Uygulamalı, 114

¹⁵ Aksi görüş için bkz. Dönmezer/Erman II,no 1176,Erem/Danışman/Artuk/ s.242,Soyaslan s209

Kanımızca bir suçun dar anlamda mağduru, ancak gerçek kişiler olabilir. Bununla beraber bütün suçlarda toplumu oluşturan ve barış esasına dayalı bir hukuk toplumunda yaşama hakkına sahip olan herkes mağdur konumundadır. Böylece geniş anlamda mağdurun, devlet değil ama toplumu oluşturan tüm bireyler olduğunu belirtmeliyiz.

Yeri gelmişken suçun konusu kavramının da burada açıklanması gerektiğini düşünüyoruz. Doktrinde suçun konusu kavramına karşılık suçun maddi konusu, hukuki değer kavramına karşılık olarak suçun hukuki konusu lafzı kullanılmaktadır. Eşya veya şahsın fiziki, maddi yapısı, bünyesi ¹⁶; hareketin yöneldiği kişi ya da şey¹⁷ suçun konusunu oluşturmaktadır. Konusuz bir suç düşünülemez. Bu anlamda fail tarafından gerçekleştirilen hareket ya bir eşyaya ya da bir şahsın fiziki, maddi yapısına veya bünyesine yönelir. Kimi hallerde suç tipinde, maddi konuyu bir nesnenin oluşturduğu açıkça ifade edilir. Örneğin, hırsızlık suçunda “taşınır bir mal” (TCK.m.141/1), zimmet suçunda, zimmete geçirilen “mal” (TCK.m.247/1), konut dokunulmazlığını ihlal suçunda girilen “konut veya eklentisi” (TCK.m.116), ulaşım araçlarının kaçırılmasında “ulaşım aracı” (TCK.m.223) suçun konusudur.

Bazen, suçun konusu ile mağdur içiçe olabilir. Ancak mağdur ile suçun maddi konusunu birbirine karıştırmamak gerekir. Mağdur, işlenen suç ile haksızlığa uğrayan, suçun konusunun ait olduğu kimsedir. Örneğin, kasten öldürme suçunda mağdur, ölen kimsedir. Suçun maddi konusu ise, kişinin yaşamıdır (TCK.m.81). Kasten yaralama suçunda, mağdur yaralanan kişidir. Suçun maddi konusu ise, bu kişinin vücududur (TCK.m.86). Hakaret suçunda, mağdur hakaret edilen kişi, maddi konu bu kimsenin şerefidir (TCK.m.125).¹⁸

¹⁶ İzzet Özgenç/ Cumhur Şahin:Uygulamalı, 112

¹⁷ Artuk-Gökçen-Yenidünya:5237 sayılı Yeni TCKya, 469

¹⁸ Özgenç ,Gazi Şerhi, 216

Suçun konusu ile hukuki değer arasındaki farka da işaret etmek gerekir. Suçun konusu, yukarıda da belirttiğimiz gibi hareketin yönelik olduğu ve suç tipinde belirtilen konudur. Hukuki konu ise, suç tipinin oluşturulmasındaki esas temel, korunmak istenen yarardır. Kasten öldürme suçunda hukuki konu ya da korunan hukuksal yarar, bireylerin yaşam hakkıdır. Maddi konu ise, eylemin yöneldiği kimsenin yaşamıdır. Kasten yaralama suçunda korunan hukuksal değer, kişilerin vücut dokunulmazlığı, suçun maddi konusu ise, kişinin vücududur.¹⁹

1.1.1.4. Suçtan Zarar Gören ve Mağdur Kavramı

Bugün ceza hukukunda mağdur kavramı ile birlikte kullanılan bir diğer kavram “suçtan zarar gören” kavramıdır. Bu kavram çeşitli kanunlarda yer almıştır. Örnek olarak 5271 sayılı CMK 170/3 maddesi “Görevli ve yetkili mahkemeye hitaben düzenlenen iddianamede; Maktul, mağdur veya suçtan zarar görenin kimliği” yer alır demektedir.

Suçtan zarar gören kavramını tanımlayan herhangi bir kanun maddesi bulunmamaktadır. Zaten bu kavramın bir kanun maddesi ile tanımlanması yetersiz kalmasına da yol açabilir. En basit şekilde bir suçun işlenmesiyle hukuken korunan menfaatleri doğrudan veya dolaylı ihlal edilen kimse suçtan zarar gören olarak tanımlanabilir.

Suçtan zarar gören kavramı suçun ve suç teşkil eden olayın mağduru veya suç kurbanı ile yakın ilişkide olan bir kavramdır. Ancak iki kavram birbirinin aynısı değildir. En bilinen örnek olarak adam öldürme fiilinde

¹⁹ Artuk-Gökçen-Yenidünya:5237 sayılı Yeni TCKya, 470

mağdur ölen kişi olduğu halde, suçtan zarar gören bu ölüm olayı nedeni ile hakları ve hukuki çıkarları zedelenen kişi veya kişilerdir.(Eş,çocuk,vs.)

Bu kavramla ceza muhakemesi hukuku içinde suçtan zarar gören kişilere hak ve yetkiler tanınmaktadır. Bir muhakeme hukuku kavramıdır. Herhangi bir tanımı kanunen yapılmamış ve suç teşkil eden olayın pasif sujeleri ile yakın bağlantılıdır. Bu sebepten kavram üzerinde ayrıntılı şekilde açıklama yapmayı uygun görüyoruz. Çünkü değişik yer ve konularda karşımıza çıkan suçtan zarar gören kavramı, ceza muhakemesi hukukunda önemli bir yer tutar. Hangi durumlarda, kimlerin suçtan zarar gördüğünü ve dolayısıyla bazı yetkilere sahip olacaklarını saptamak ve bu kavramın sınırlarını belirlemek için bu konu üzerinde ayrıntılı durmak gerekir.

Bu konuda ilk belirtilecek husus şudur. Tüm mevzuat içinde, ister ceza ister ceza muhakeme yasalarında olsun, suçtan zarar gören kavramını tanımlayan maddelere rastlanmaz. Bunun sebebi bu kavramın her aşamada ve her durumda farklı anlaşılabilecek olmasıdır. Şöyle ki şikayet hakkını kullanacak kişileri saptamak için kabul edilecek suçtan zarar gören kavramının kapsamı ile, kamu davasına katılma bakımından suçtan zarar görene yapılacak tanım ve sınır farklı olabilecektir. Bu nedenlerle yasalarda bir suçtan zarar görme tanımı aramak gereksizdir. Zaten bu biçimdeki bir tanım karşılamak çok çeşitli hayat tecrübeleri için yeterli olamaz ve faydadan çok zarar getirebilir.²⁰

Suçtan zarar gören kavramı açısından belirtilmesi gereken diğer bir nokta ise suçtan zarar gören kavramının suçun ve suç teşkil eden olayın aktif ve pasif sùjeleri içinde, pasif sùje ile ilgili bir kavram oluşudur.

Suçtan zarar gören kavramı, suçun pasif sùjesine verilen mağdur veya suç kurbanı gibi tanımlamalardan farklı ancak yakın kavramlardır. Bu

²⁰ Erdener Yurtcan:Şahsi Dava ve Uygulaması(Ankara,1989),41

iki kavram bazen örtüştüğü halde, bazen de farklı olabilir. Örneğin bir adam öldürme suçundan mağdur veya suç kurbanı, öldürülen kişidir. Ancak bu adam öldürme suçundan zarar görenler, bir kişinin ölmesinden dolayı hakları ve bazı hukuki çıkarları zedelenenlerdir. Fakat bir müessir fiil suçunda mağdur ile suçtan zarar gören kavramı çoğu kez aynı kişide birleşir.²¹

Bu kavram için söylenebilecek başka bir husus ise bu kavramın bir muhakeme hukuku kavramı olmasıdır. Bu kavram ceza muhakemesi kanununda yer almaktadır.(CMK Madde 2, CMK Madde 127, CMK Madde 131, CMK Madde 153, CMK Madde 170, CMK Madde 171, CMK Madde 172, CMK Madde 173, CMK Madde 181, CMK Madde 237, CMK Madde 238, CMK Madde 239, CMK Madde 251, CMK Madde 253). Bu kavram kendini muhakeme faaliyeti içinde bu kişilere bazı ödev ve yetkilerin verilmesinde kendini gösterir.²² Suçtan zarar görenler bu niteliği kazandıkları anda bir muhakeme süjesi olarak durumuna girerler ve muhakemede çok daha etkili bir rol oynarlar. Yeni CMK ile suçtan zarar gören katılan sıfatı olmasa dahi kendisine tanınan haklardan dolayı artık muhakeme sujesidir.

Artık hukukumuzda yer almayan şahsi davada, süje olabilmek için zorunlu bir öge olan suçtan zarar gören kavramı içinde suçtan zarar görenin kim olabileceği ve bu kavramın, kapsamını saptamak Alman ve Türk hukuklarında, gerek doktrin ve gerek uygulamada bu kavrama verilen anlam ve tanınan sınırların ayrı ayrı belirlenmesi konuya açıklık getirebilecektir.

Alman Hukukunda suçtan zarar gören kavramı hakkında doktrindeki görüşlerin büyük çoğunluğu, ceza muhakemesi yasasının bir çok değişik yerinde geçen suçtan zarar gören kavramının değişik anlam taşıdığını ileri sürerken, azınlıkta kalan görüş ise bu kavramın bir ve tek anlam ve

²¹ Erdener Yurtcan:Şahsi Dava, 41

²² Onursal,S: Kamu Davasına Müdahale(İstanbul,1968),56

kapsamının olacağını ve bunun da gerek kovuşturma davasında, gerek artık hukuk sistemimizde yer almayan şahsi dava ve katılmada davacılık sjeliği saptanırken aynı olacağını ileri sürmektedirler.

Alman Hukukunda suçtan zarar gören kavramının ayrı bir kapsam ve çerçevesi olacağını ileri sürenler, yasanın suçtan zarar gören kavramını düzenlerken, ona konuya göre bir anlam ve sınır koyduğunu, bunun konuya ve olaya göre değişeceğini açıklarlar. Bu görüşe göre yasada kovuşturma davası nedeniyle suçtan zarar görene bir rol tanınmış olması, kamu davasının mecburiliğinin denetlenmesi ve bu yolla ceza adaletinin daha iyi gerçekleşmesinin amaç olarak kabul edilmesindendir. Bu nedenle savcının kamu davası amadığı durumlarda, bunu olanaklı kılmak için suçtan zarar görene tanınan yetkinin çerçevesinin geniş tutularak, suçtan zarar gören kavramının içeriğinin saptanması amaca daha uygun düşer.²³

Kanaatimce 1412 sayılı CMUK zamanında hukukumuzda yer bulan şahsi davada da suçtan zarar gören tanımına dar bir çerçeve çizilmelidir. Şahsi dava genel yargılamaya oranla özel ve istisnai bir yoldur. Bu açıdan suçları kovuşturmak bugün için devletin görevidir. Bu konudaki istisnai yolun yani şahsi davanın ve şahsi dava içinde kişinin rolü en aza indirilmelidir. Bunun için şahsi davada sjelik saptanırken, dar bir yorumla, dar bir suçtan zarar gören kavramının belirlenmesi daha uygun düşer.

Alman hukukunda suçtan zarar gören kavramı konusunda iki ayrı ve birbirine zıt görüş ileri sürülmektedir. Bu görüşlerin biri suç tipinin maddi unsuru ile korunan hukuki çıkarı zedelenen kişiye suçtan zarar gören olarak kabul eden görüştür. Diğer görüş ise iddia edilen fiil ile haklı çıkarları zedelenen kişiye suçtan zarar gören olarak kabul eden görüştür.

²³ Erdener Yurtcan:Şahsi Dava, 42

Suç tipinin maddi unsuru ile korunan hukuki çıkarı zedelenen kişiyi suçtan zarar gören olarak kabul eden görüşü savunan yazarlar ve düşünceleri şöyledir:

Schwarz'a göre suçtan zarar gören hakları doğrudan doğruya ihlal edilen kimsedir. Örnek olarak şunları vermektedir. Yalan yere yemin suçunun işlenmesinde, bu yemin sonucunda mahkum olan kişi suçtan zarar görendir. Kadının çocuğunu düşürmesinde, kocası, karı kocadan birinin öldürülmesinde, sağ kalan dul eş, bir küçüğün öldürülmesinde ise, öldürülen küçüğün velisi suçtan zarar görendir.²⁴ **Beling** ceza kanunundaki tipe uygun fiil ile hakkı ihlal edilen kişinin suçtan zarar gören olduğunu açıklamakta ve nasıl ızzar suçununu örnek vermektedir. Nasıl ızzarda malın maliki suçtan zarar gören olabilir, yoksa o mal üzerinde bir nisbi hakka sahip olan kişi suçtan zarar gören olamaz. **Von Kries** bir fiile şerefi sarsılan, kredisi bozulan veya vücut tamlığı tehlikeye ve zarara uğratılan kişiyi suçtan zarar gören olarak kabul etmektedir. **Henkel** çeşitli suçtan zarar gören kavramları ve sınırlamaları üzerinde durmaktadır. Örneğin yazarın şahsi davadaki suçtan zarar gören kavramı ve sınırı ile kovuşturma davasındaki suçtan zarar gören kavramı ve sınırı farklıdır. Şahsi davada suçtan zarar gören, şahsi dava yoluyla kovuşturulan suçtaki tipiklik unsurlarına göre tayin edilecektir. Bu konuda dar bir suçtan zarar gören kavramı esas alınmalıdır ve tipe uygun fiilin doğrudan doğruya dokunduğu kişi suçtan zarar gören olarak kabul edilmelidir. Yazar düşüncesine uygun olarak konut dokunulmazlığını bozma suçunda, konutta oturma hakkına sahip olan kişinin suçtan zarar gören olabileceğini ve bunların da kiraya verilen yerlerde kiracılar olabileceğini, fakat kiralayanlar olamayacağını belirtmektedir. **Dürwanger** de şahsi dava açmaya hakkı olanlarla şikayet hakkı olanların aynı kişiler olduklarını, bunların başında suçtan zarar gören geldiğini belirtiyor. Yazar suçtan zarar gören konusunda genel bir tanım vermek yerine, örneklerle düşüncesini açıklıyor ve konut dokunulmazlığını

²⁴ Erdener Yurtcan:Şahsi Dava, 43

bozmada, hukuka aykırı bir fiille hakkı zedelenen kişinin suçtan zarar gören olacağını ve bunların da malik, kiracı veya hasılat kiracısı olabileceğini açıklıyor.²⁵ **Klinknecht** de isnad edilen fiille bir hukuki çıkarı doğrudan doğruya zedelenen kişiyi suçtan zarar gören olarak kabul etmektedir. Yazara göre bu konuda yalnız ceza hukuku düzeni tarafından korunan ve kabul edilmiş olan yararlar göz önünde bulundurulur. Suçtan zarar gören kavramı kovuşturma davasında geniş bir yoruma tabi tutulur, çünkü bu yol mecburilik ilkesinin korunmasını sağlar. Bu nedenle geniş bir yoruma yer vardır, ancak bu yola başvuran kişinin, fiilden ötürü herhangi bir vatandaş gibi etkilenmiş olması da yeterli değildir. Yazar daha sonra bazı örnekler vermektedir: Yalan yere yemin veya yalan yere tanıklıkta, bu fiil sonucu yargılamadaki durumu ağırlaşan kişiler suçtan zarar görendirler. Eşin öldürülmesinde, sağ kalan diğer eş, çocuğun öldürülmesinde de veli suçtan zarar görendirler. **Löwe – Rosenberg** suçtan zarar gören kavramının yalnız şikayet hakkı sahibi olanları kapsamayacağını, fakat bir suçtan dolayısıyla zarar görenlerin bu kavrama dahil edilemeyeceğini, çünkü bu takdirde suçtan zarar gören kavramına uygun bir sınır çizilemeyeceğini belirtmektedir.²⁶

İddia edilen fiil ile haklı çıkarları zedelenen kişiyi suçtan zarar gören olarak kabul eden görüşü savunan yazarlar ve düşünceleri şöyledir: ²⁷

Kohlrausch suçun en geniş anlamda, hukuk alanına herhangi bir biçimde yöneldiği kişiyi suçtan zarar gören olarak kabul etmektedir. Yalan yere yeminde, bundan zarar gören her muhakeme tarafının, adam öldürme suçunda, öldürülenin yakınlarının suçtan zarar gören olacaklarını belirtmektedir. **Schulz / Berke – Müler** de genellikle suçun neticesi ile hakları doğrudan doğruya ihlal edilen kişinin suçtan zarar gören olarak kabul edildiğini, fakat bu kavrama daha geniş bir anlam verilmesinin gerekli

²⁵ Erdener Yurtcan:Şahsi Dava, 43

²⁶ Erdener Yurtcan:Şahsi Dava, 43

²⁷ Erdener Yurtcan:Şahsi Dava, 44

olduğunu ve isnad edilen fiille, haklı çıkarları önemli ölçüde zarara uğratılan kişilerin suçtan zarar gören olarak kabul edilmelerinin uygun olacağını söylemektedir. **Dalcke – Fuhrmann – Schaefer** de bir suçun işlenmesi ile özel ve kamusal hakları zedelenen kişilerin suçtan zarar gören olacaklarını ve ayrıca suçun işlenmesi ile hakları dolaylı olarak ihlal edilenlerin de suçtan zarar gören kavramının içine gireceğini belirtiyorlar. **Rosenfeld'e** göre suçun işlenmesi ile hukuki çıkarları önemli ölçüde ihlal edilen kişi suçtan zarar görendir. Bu kişinin şikayet hakkı sahibi olanlarda olduğu gibi, dar anlamda suçtan zarar gören olmaları gerekmez. Bu nedenle ölenin yakınları suçtan zarar gören kavramına girer. **Gerland** kimin suçtan zarar gören olduğunun tartışmalı olduğunu, bazılarının bir suçtan ancak doğrudan doğruya zarar görenleri suçtan zarar gören saydıklarını, fakat diğer grubun ise suçtan zarar gören kavramını çok geniş bir biçimde saptadıklarını söylemekte ve bunların dolayısıyla zarar görenleri de buraya soktuklarını açıklamakta ve bu ikinci görüşün kabul edilmesi gerektiğini eklemektedir. Yazara göre katılmada suçtan zarar görenlerin ancak bazıları sayılmış ve bunlara yetki verilmiş oysa kovuşturma davasında geniş bir çerçeve çizilmiştir. Ancak dolaylı zarar görme ile vasıtalı zarar görme birbirine karıştırılmamalıdır. Örneğin bir kavgadan ürken bir at tarafından yaralanan bir kişi, bu kavgadan dolayısıyla da olsa bir zarar görmüş sayılamaz. **Kern – Roxin'e** göre kovuşturma davasındaki suçtan zarar gören kavramı ile şahsi davadaki suçtan zarar gören kavramı uyum gösterir. Önceleri yalnız suçla korunan hukuki çıkara sahip olan kişi suçtan zarar gören olarak kabul edilirdi ve bu nedenle de adam öldürme olaylarında kovuşturma davası kabul edilmezdi. Ancak bugünkü baskın görüşe göre, cezalandırılması gereken hareketle haklı çıkarları zarara uğratılan kişinin ceza kovuşturması yapılmasını istemesi, ona tanınan karşılıklı bulunma düşüncesini haklı kıldığı durumlarda, o kişi suçtan zarar gören olarak kabul edilmektedir. Bunun sonucu olarak adam öldürme suçunda, kovuşturma davası açma hakkı, nafaka hakkı olmayan yakınlarla da tanınmaktadır. Müessir fiillerde ise sağlığı zarara uğratılan kişi buna hak kazanır. **Peters** de suçtan zarar

gören kavramının yasanın çeşitli hükümlerinde yer aldığını, bu kavramın nasıl anlaşılacağıının her hükmün anlam ve amacından çıkarılması gerektiğini belirtiyor. Yazara göre örneğin yasanın 21. maddesi yargılamada tarafsızlığı gerçekleştirmek amacına yöneliktir, bu nedenle geniş bir yorumu gerekli kılar. Yine 403. madde malvarlığına ilişkin normların gerçekleşmesine yöneliktir, bu bakımdan burada suçtan zarar gören malvarlığı hakları zedelenen bir kişi olmalıdır.²⁸ Kovuşturma davasındaki norm ise, kişinin haklı çıkarlarına hizmet eder niteliktedir. Bu nedenle burada da geniş bir yorum yapmak uygun olur. Bu bakımdan hukuki alanı herhangi bir biçimde etkilenen kişi suçtan zarar görendir, ceza kovuşturması isteyen kişinin bu isteği, karşılıklıta bulunmak düşüncesini haklı kılacak nitelikte ise, bu olanak kendisine tanınmalıdır. Bunun sonucu olarak fiilden dolayı bir ihlal de yeterli olacaktır. Yazar daha sonraki açıklamasında bu alanda uygulamada, mahkeme kararlarında bir uyum olmadığını, fakat çoğunlukta doğrudan doğruya bir ihlalin kararlarda arandığını belirttikten sonra, doğrudan doğruya zarar ve ihlal kavramlarının çok genişletildiğini ve bunun sonucu olarak her iki görüşün de yakınlaştığını belirtmektedir. **Eb. Schmidt** bu ikinci görüşü en açık ve etkin biçimde savunan yazar olarak dikkati çekmektedir.²⁹ Yazara göre suçtan zarar gören kavramı yasadaki çeşitli durumlarda, değişik çerçeve içinde değerlendirilmek gerekir. Kovuşturma davası olanağının ferde tanınmak istenmesindeki amaç, ceza davasının mecburiliği ilkesinin gerçekleşmesini garanti altına almaktır. Bu nedenle yaşam sırasında edinilen tecrübelerden yararlanarak, bir suç karşısındaki tatmin edilme gereksinmesini duyan kişiye, bu suçun koşuşturulması halinde, ceza adaletinin gerçekleşmemesi durumunda duyacağı infiali ortadan kaldırmak için kabul edilmiş bir yoldur. Bu biçimde ortaya çıkan ve hukuken de saygı duyulması gereken tatmin edilme isteğinin, yalnız “maddi neticeden dolayı” zarara uğrayanlara tanınması uygun olmaz. Adam öldürme suçlarında, suç tipi şahsında gerçekleştiği için zarar gören yalnız öldürülen kişidir. Ancak hayata yabancılaşmaksızın

²⁸ Erdener Yurtcan:Şahsi Dava, 45

²⁹ Erdener Yurtcan:Şahsi Dava, 45

*düşünüldüğünde, öldürülenin dul eşine, çocuklarına ve diğer aile yakınlarına da bir tatmin edilme olanağı tanınmalıdır. Yalan yere yemin suçunda devletin gerçeği ortaya çıkarmak ve adaleti gerçekleştirmek çıkarı esastır, ama yalan yere yeminden zarar gören yalnız devlet değildir, ayrıca bu yeminden dolayı bir hukuk davasını kaybeden veya bir hürriyeti bağlayıcı cezaya çarptırılan kişi de suçtan zarar görendir. Bu nedenle çok açık olmayan ve yalnız yasada yazılı tipe uygun fiilin şahsında gerçekleşen kişinin suçtan zarar gören olduğunu savunan görüş reddedilmelidir. Kovuşturma davasında suçtan zarar gören, iddia edilen ve cezalandırılması gereken fiille haklı bir çıkarı haksızlığa uğratılan ve bu kişinin ceza kovuşturması yapılması konusundaki isteği, ondaki haklı tatmin edilme gereksinmesi ile kabul edilebilirse, bu kişi suçtan zarar görendir. Eb.Schmidt'e göre bu açıklama ile matematik kesinlik için de olmayan ve kesin sınırları belli bir "tanım" verilmemiştir. Ancak bu açıklama ile somut olayda değerlendirme yapabilmesi için yargıca yol gösterici nitelikte bir ilke getirilmek istenmektedir. Ancak bu ilke dar görüş yanlılarının benimsediği görüşten daha yararlıdır. **Hochheuser** de ikinci görüşü savunun ve ceza hukuku ve ceza muhakemesi .hukuku alanında suçtan zarar gören kavramı üzerinde ayrı bir inceleme yapmış bir yazardır. Bu nedenle düşüncesi üzerinde ayrıntılı biçimde durmakta yarar vardır. Yazara göre, bir suç doğrudan doğruya kişiye yönelmiş olsa bile, bundan toplum da birlikte zarar görmüştür, çünkü o kişi toplum içinde hukuki bir statüye sahiptir. Bu nedenle her suçta ilke olarak kişinin zarar gördüğünü kabul etmek gerekir. Hatta failin de kendi işlediği suçtan zarar gördüğünü söylemek olanaklıdır. Alman ceza yasası ve ceza yargılaması yasanının çeşitli maddelerinde suçtan zarar gören kavramı yer alır, bu da toplum içinde belirli kişilerin suçtan zarar gören olarak ayrı bir yere sahip oldukları ve toplum içindeki bireylerden ayırdıklarını gösterir.³⁰*

³⁰ Erdener Yurtcan:Şahsi Dava, 46

Alman yüksek mahkemelerinin şu biçimde kararları vardır.: Adam öldürme suçlarında, ölenle yakın ilişkisi nedeniyle, ölenin ölümünden büyük üzüntü duyan ve ölümle hayatında bir sarsıntı meydana gelen aile yakını olan kişiler, suçtan zarar görenlerdir. Bir küçüğün ölümünde, onun ana babası suçtan zarar görenlerdir. Aileden ayrılmış olsa bile bir evladın ölümünde, ölen çocuğun ana babası, suçtan zarar görenlerdir. Yine bir adam ölmesi halinde, hısımlık derecesine bakılmaksızın, ölenle sıkı hayat bağları bulunan ölenin yakınları, suçtan zarar görenlerdir.³¹ Ölenin eşi, suçtan zarar görendir. Ana babanın öldürülmesinde, onlarla birlikte oturmasalar bile, ölenin çocukları suçtan zarar görenlerdir. Bütün bu durumlarda ölümün kasten veya taksirle olması arasında fark yoktur. Ölümle sonuçlanan müessir fiillerde adam öldürme için varılan sonuçlar geçerlidir. Müessir fiillerde, fiilden doğrudan doğruya zarar gören suçtan zarar görendir. Ancak değişik olaylar olabilir: Bir evli kadının kocasının rızası olmaksızın kendisine sterilizasyon yaptırması halinde (StGB 224), koca suçtan zarar gören olur. Çocuk düşürme suçlarında, kocanın rızası hilafına çocuğun düşürülmesinde, koca suçtan zarar gören olur. Fakat koca rıza göstermişse suçtan zarar gören olmaz. Irza geçme suçlarında, kadının ırzına geçilmesinde, kocası suçtan zarar görendir. Ana babasıyla birlikte oturan kızın ırzına geçilmesinde, ana baba suçtan zarar gören olurlar. Hakaret ve sövme suçlarında, kararlarda suçtan zarar gören kavramının çerçevesinin genişletildiği dikkati çekiyor. Yüksek mahkeme ilginç bir kararında, çocuklara hakaret edilmesinde, ana babayı da suçtan zarar gören olarak kabul etmiştir.³² Mal aleyhine işlenen suçlarda, ilke olarak hareketin doğrudan doğruya yöneldiği kimse, suçtan zarar gören olarak kabul ediliyor. Hırsızlık ve güveni kötüye kullanma suçlarında, malik ve malı elinde bulunduran suçtan zarar görenlerdir. Nası ızrarda ise malikin yanında zilyede de, örneğin kiracı gibi, suçtan zarar gören niteliği tanınmaktadır.³³

³¹ Erdener Yurtcan:Şahsi Dava, 47

³² Erdener Yurtcan:Şahsi Dava, 48

³³ Erdener Yurtcan:Şahsi Dava, 48

Türk Hukukunda suçtan zarar gören kavramı öğreti ve uygulamada önemli bir yer tutmuştur. Yazarlar bu alandaki görüşlerini açıklarken, mahkeme kararlarında özellikle bu kavramın sınırları ve kapsamı üzerinde durulmuştur. Alman hukukunda olduğu gibi, bu alanda değişik ve birbirine zıt görüşlerin ileri sürülmüştür. Yazarların bu alandaki düşüncelerinin ayrı ayrı aşağıda aktarılmıştır.

Kantar, suçtan zarar görenlerin şahsi dava açmaya hakkı olduğunu söylemiştir. Suç teşkil eden fiil ile uzvu, şerefi veya itibarı ihlal edilmiş olan kişiyi suçtan zarar gören olarak niteler. Yazar suçtan zarar gören kavramının dar veya geniş yorumlanması konusunda yazarlar arasında tartışma bulunduğunu, bir uyum sağlanamadığını, fakat bu kavramı geniş olarak anlamak isteyenlerin çoğunlukta olduklarını belirtmektedir. Bundan başka yazar bu kavramın dar yorumlanması ve kişiye doğrudan doğruya zarar vermesi durumunda, bu kişilerin suçtan zarar gören kavramına sokulması gerektiğini, aksi durumda, vasıtalı zarar görmelerin de bu kavrama sokulacağını ve “zarar görmek” kavramına bir sınır çizilemeyeceğini belirtmektedir.³⁴ **Taner** suçtan zarar gören kavramını kamu davasına müdahalede ele almakta ve bir suçtan dolayı kendisini zarar gören durumunda gören kişinin müdahale edebilmesini olanaklı görmektedir.

Erem ise suçtan zarar gören kavramına yasakoyucunun çeşitli isimler verdiğini, ona suçtan zarar gören kimse, tecavüz olunan kimse, alakadar kimse ve suçun konusunu teşkil eden şeyin sahibi dediğini, fakat en çok kullanılan terimin suçtan zarar gören olduğunu, bu terimin lafzen yorumlanmaması gerektiğini ve suçun pasif süjesi olarak tanımlanmasının uygun olacağını belirtmektedir. Yazara göre suçtan yalnız bir “tehlike”nin doğmuş olması da olanaklıdır, suç teşebbüs derecesinde kaldığında veya tehlike suçu olduğunda zararın esasen meydana gelmemiş olması da

³⁴ Erdener Yurtcan:Şahsi Dava, 49

olanaklıdır. Erem zarar denince, bundan doğrudan doğruya zararın anlaşılması gerektiğini açıkça ifade etmektedir ve dolayısıyla zarar görenlerin şikayet hakkına sahip olamayacaklarını, bu nedenle suç mağdurunun yakınlarının, nişanlısının, alacaklılarının suçtan zarar gören kavramına girmeyeceklerini eklemektedir.³⁵ **Aydınöz** işlenen suç neticesinde şeref ve haysiyeti, uzvu, malları veya hakları ihlal edilen kişinin suçtan zarar gören olduğunu belirtiyor. **Dönmezer – Erman** her suçun zorunlu mağdurunun devlet olduğunu, fakat belli suçlarda kişilere de zarar verilebileceğini, suçun mağduru veya suçtan zarar gören denince, belli bir suçtan zarar gören veya tehlikeyle karşılaşan hak ve çıkar sahibinin anlaşılması gerektiğini belirtiyorlar. Yazarlara göre mağdur ile suçtan zarar gören arasında da farklar vardır. Belli bir suçtan, onun mağdurundan başka, diğer bir kişi de hukuken korunan bir zararla karşılaşmış olabilir ve bu zararın giderilmesini istemek hakkına sahip olabilir. Örneğin adam öldürme suçunda, suçun mağduru ölen kişidir, çünkü yaşama hakkı sahibi odur, fakat ölen kişinin akraba veya mirasçıları hukuk tarafından korunan bir zarara maruz kalırlar, bu kişiler mağdur değildirler, ama suçtan zarar görenlerdir. Mağdur ile suçtan zarar görenin ayrılmasının önemi yazarlara göre şuradadır: Suçun mağduru, suçtan doğan ceza ilişkisinin tarafı olduğu halde, suçtan zarar gören ancak hukuki ilişkinin tarafıdır ve iddiası yalnız hukuki niteliğe sahiptir.³⁶ **Alicanoğlu**, kamu davasına müdahaleden söz ederken suçtan zarar gören kavramına değiniyor ve suçtan zarar görenin bizzat kendisinin, kanuni müessilinin, suçtan zarar görenin ölümü halinde, mirasçılarının davaya katılabileceklerini belirtiyor. Yazar, suça maruz kalan kişinin ölümü veya mağduriyete uğraması durumunda, bu kişinin destek ve yardımından yoksun kalan kimselerin de dolayısıyla zarar görmüş olacaklarını ve bu kişilerin de davaya katılabileceklerini açıklamaktadır.³⁷ **Onbaşıoğlu** da kamu davasına müdahale dolayısıyla suçtan zarar gören kavramını ele alıyor ve yasada, suçtan zarar görenin kamu davasına

³⁵ Erdener Yurtcan:Şahsi Dava, 49

³⁶ Erdener Yurtcan:Şahsi Dava, 49

³⁷ Erdener Yurtcan:Şahsi Dava, 50

*katılabileceğinin açıklandığını, ilk bakışta bu normun pek geniş bir çıkarlar zümresine kamu davasına müdahale etmek olanağını sağlamış gözüküğünü, suçun bütün toplumu zarara uğrattığını, esasen suçu haksız fiilden ayıranın da bu nokta olduğunu belirtiyor. Yazar daha sonra, görülmekte olan bir davaya bir kent halkının katılmasının olanaklı olup olmadığı sorusuna cevap aramakta ve buna olumsuz bir cevap vermektedir ve normu bu biçimde anlamaya olanak olmadığını söylemektedir. Yazara göre, kimsesiz bir çocuğun gözü önünde öldürüldüğünü ileri sürerek bu çocukla hiçbir ilgisi bulunmayan bir kişinin, incinen adalet duygusundan, insan hayatının haysiyetinden, fenaliğe karşı insancıl tepkilerden söz ederek davaya katılma isteğinin kabul edilmeyeceğini, çünkü bu durumun kamu yararı ile ilgili olduğunu, kamu yararını korumak görevinin de savcıya düşeceğini belirtmek gerekir. Zarar kişiye doğrudan doğruya veya dolayısıyla verilmiş olabilir. Doğrudan doğruya zararın anlaşılması kolaydır, fakat dolayısıyla zarardan dolayı kamu davasına katılma olanağını tanımak ya da tanımamak konusunda geniş içtihat aykırılıkları çıkabilir ve bu da yargıcın geniş takdir yetkisini gerekli kılar. Onbaşıoğlu daha sonra uzak veya yakın hısımlara karşı işlenen suçlarda, bir kişinin o davaya müdahil olarak katılabilmesinin ne ölçüde kabul edilebileceği sorusuna cevap aramakta, büyükbaba trafik kazasında ölünce, torununun kamu davasına katılabilip katılamayacağını, veya babanın torundan önce bu hakka sahip olup olmayacağını sormaktadır. Yasanın katılma yoluna gidebilen kişilerin kimler olduğunu bir liste halinde saymaması, yargıcın katılmanın kabulü veya reddi konusunda karar verirken, genel hukuk ilkeleri çerçevesinde, geniş takdir yetkisine sahip olacağı biçiminde anlaşılmalıdır. Yazara göre kamu davasına katılabilecekler bir liste halinde sayılamaz ve suçtan doğrudan doğruya zarar görenle davaya katılmışlar veya katılabilecek durumda bulunmuş olurlarsa, dolayısıyla zarar görenlerin böyle bir hakkı olamaz. Ancak bu kişiler dolayısıyla gördükleri zararları hukuk mahkemesinden isteyebilirler.³⁸ **Tosun** şahsi dava açabilenler başlığı*

³⁸ Erdener Yurtcan:Şahsi Dava, 50

altında suçtan zarar gören kavramına yer vermekte ve görüşünü açıklamaktadır. Yazara göre suçtan zarar görmek, suçun maddi unsurunun ilgilendirdiği, yöneldiği, etkilediği bir hakkın sahibi olmaktır. Müessir fiilde, yaralanan kişi, beden tümlüğü ve sağlığı etkilendiği için bu suçta zarar gören durumundadır; tehditte psikolojik dengesi etkilendiği, hakarette halk içinde itibarı zedelendiği için bir kişi suçtan zarar gören durumundadır. Buna karşılık dolayısıyla zarar görmelerde durumun farklı olduğunu yazar belirtiyor ve kişinin dolayısıyla zarar görmede şahsi dava açamayacağını ekliyor. Bunun için verilen örnek şudur: Babasına küfredildiği için üzülen oğul, doğrudan doğruya zarar görmüş değildir ve bu nedenle davacı olamaz.³⁹ **Onursal** suçun maddi unsuru ile çıkarı korunan kişiyi, bu çıkar o suç tipini teşkil eden fiille ihlal edildiği zaman, suçtan zarar gören olarak kabul eden görüş, adam ölmesi durumunda, yakınlarının ve mal aleyhine işlenen suçlarda fiilen zilyet bulunmayan malikin durumunu açıklayamamaktadır. Bu biçimde ortaya çıkan dar görüş yanlıları, doğrudan doğruya ve dolayısıyla zarar ayırımı yaparak, yalnız suç tipinin maddi unsuru ile doğrudan doğruya korunan çıkarın sahibini suçtan zarar gören olarak kabul etmektedirler. Geniş görüş yanlıları ise, suçun haklı çıkarlarını ihlal ettiği herkesin suçtan zarar gören olduğunu ileri sürerler. Ancak suçtan kimin zarar gördüğünü saptarken, bir sınırlama yapmak gereksinmesi ile, doğrudan doğruya, dolayısıyla ve vasıtalı biçimde zarar görenleri ayırmaktadırlar. Bu noktaya kadar Onursal, Alman hukukunda ileri sürülen görüşlerin bir özetini vermektedir. Daha sonraki açıklamalarında yazar, suçtan zarar gören kavramının bir yargılama hukuku kavramı olduğunu, suç hukukunda bu kavrama rastlanamayacağını belirtmektedir. Yazara göre ceza yargılaması hukukunda suçtan zarar görene bazı yetkiler tanınır ve duruma göre bunun çevresi dar veya geniş olabilir. Suçtan zarar gören belirlenir ve saptanırken, suçun unsuru olan ve dış dünyadaki olayı teşkil eden maddi sonuç bakımında olan zararın değil, bu neticenin belli bir kişi üzerinde doğurduğu elim ve acı etkisini göz önünde tutulması, yargılamada

³⁹ Erdener Yurtcan:Şahsi Dava, 50

yetki sahibi olarak suçtan zarar görenin saptanmasında bu ilkedен hareket edilmesi gerekir. Bu etki, şahsın suçun maddi unsuru ile korunan çıkarı gösterdiği ilgede ifadesini bulur. Buna göre, suçun maddi unsuru ile korunan çıkarı ile yakın ve haklı görülecek bir ilgili bulunan herkes suçtan zarar görendir. Bu ilgi yalnız maddi çıkarı dayanmamalı, o kişide sanığın cezalandırılması yoluyla karşılanacak bir tatmin edilme isteğini de uyandırmalıdır. Adam öldürme suçlarında, ölenin alacaklısının veya onun hayatını sigorta eden şirketin, ölenin belli suç tipi ile korunan hayat hakkı için duyduğu ilgi sırf maddi bir ilgidir. Bu ilgi suçların çeşitlerine göre dar veya geniş olarak anlaşılmalıdır. Örneğin kişilere karşı işlenen suçlarda daha geniş, mal aleyhine işlenen suçlarda daha dar olarak alınmalıdır. Bu kriter doğrudan doğruya, dolayısıyla ve vasıtalı zarar ayırımını gerekli ve zorunlu kılmamaktadır, çünkü suçun maddi unsuru ile korunan çıkarı ile yakın ve haklı bir ilgisi bulunan her kişi suçtan doğrudan doğruya zarar görmüştür.⁴⁰ **Kunter** her suçta toplumun zarar gördüğü ilkesinden hareket etmekte, fakat suçtan fertlerin de az veya çok zarar gördüklerini belirtmektedir. Zarar gören kişinin yargılamada kişi olarak süje durumunda bulunduğunu, kişinin bu duruma kovuşturma başlayınca geçtiğini, ayrıca suçtan zarar görenin yargılamada iddia makamını da işgal edebileceğini, şahsi davada durumun bu merkezde olduğunu eklemektedir. Yazar daha sonra muhakeme hukukunda suçtan zarar gören kavramını ele almakta ve bunun sınırlarını belirlemektedir. Suçtan zarar gören kişiye muhakemesinde haklar tanınır ve ödevler yüklenirken, her hak ve ödevde yasa koyucunun farklı bir ölçü ile hareket etmesi ve değişik sınırlar koyması olanaklıdır. Örneğin şikayet hakkı düzenlenirken başka, kamu davasına katılma düzenlenirken başka bir ölçü kullanılmış olabilir. Bu nedenle Kunter'e göre, kamu davasına katılmada dar bir ölçü tutulması uygun olur. Bundan başka suçtan zarar gören terimi tehlikeyi de kapsayacak biçimde geniş anlaşılmalıdır, böylece kovuşturması şikayete bağlı suçlarda da, suçun teşebbüs derecesinde kalması durumunda şikayet üzerine kovuşturma

⁴⁰ Erdener Yurtcan:Şahsi Dava , 51

*yapılabilecektir. Suçtan zarar gören kavramı suç kurbanı veya mağdur adı verilen kişi her zaman aynı değildir. Öldürülen kişi suçun kurbanıdır veya mağdurdur, fakat bu suçta suçtan zarar gören de her zaman aynı değildir. Örneğin alıkoymada alıkonan küçük, suçun konusudur, fakat suçtan zarar görenler velidir, çünkü onun rızasına aykırı olarak suçun işlendiği kabul olunur. Bir kişinin suçtan zarar gören niteliğini kazanabilmesi için, onun suçtan doğrudan doğruya zarar görmesi gerekir. Bu nedenle kural olarak mirasçılar suçtan zarar görenin yerine geçemez, çünkü onlar suçtan doğrudan doğruya zarar görmüş değildirler. Yazar doğrudan doğruya zarar görmeye hırsızlıktan örnek vermektedir. Hırsızlık suçundan doğrudan doğruya zarar gören, çalınan malın zilyedidir, bu nedenle zilyede suçtan zarar gören niteliği tanınır ve muhakemede haklar sağlanır.*⁴¹

Uygulamada suçtan zarar gören kavramı konusunda gerek Yargıtay Ceza Genel Kurulunun ve gerekse dairelerinin değişik kararları bulunmaktadır.

Suçtan zarar gören kavramına Yargıtay'ın 1945 yılında verdiği bir İctihadi Birleştirme Kararında değinilmiştir. Bu kararda kamu davasına müdahale nedeniyle suçtan zarar gören kavramı ele alınmıştır. Kararda “ammenin emniyet ve selametini ve huzur ve rahatını bozan suçlardan ferdin hayatına, hürriyetine, ırzına, şahsi haklarına ve mallarına dokunanlarda olacağından, bu suretle bir suçta acı duyan ve doğrudan doğruya zarar görenlerin amme namına yapılacak ceza kovuşturması ile ilgilenmelerini ve adalet ve hak icabının yerine getirilmesini istemelerini tabii ve zaruri görmek kadar bunların suçu ve suçluyu meydana çıkarmak hususunda önemli yardım ve bilgilerinden faydalanmak da doğru ve yerinde bir düşünüş olur...” denmektedir (İBK. 16.5.1945, E. 27, K. 10).⁴²

⁴¹ Erdener Yurtcan:Şahsi Dava, 52

⁴² Erdener Yurtcan:Şahsi Dava, 52

Bir başka olayda sanıklar rüşvet almak ve vermek, haksız döviz tahsisi ve evrakta sahtekarlık suçlarını işlemişler ve Yargıtay CGK. görülmekte olan davada, sanıkların yalnız rüşvet alma ve verme suçundan yargılandıklarını Maliye Bakanlığının bu suçlarda suçtan zarar gören olamayacağını, bu nedenle esas mahkemesinin Maliye Bakanlığını suçtan zarar gören olarak kabul eden kararını bozmuştur. Yüksek mahkeme aynı kararında, haksız döviz tahsisi ve evrakta sahtekarlık suçlarından ayrıca kovuşturma yapılacağını ve adı geçen bakanlığın o davalara müdahil olarak katılabileceğini de belirtmiştir (CGK. 22.12.1958, e. 5/114, K. 114).⁴³

Yargıtay CGK bir başka olayda, trafik müdürlüğünde kendi adına kayıtlı olan kamyonunu şoförün izinsiz olarak kaçak kereste taşımakta kullanılmış olduğunu ileri süren kişinin suçtan zarar gören niteliğini tanımıştır. Çünkü yüksek mahkemeye göre, sanık şoför hakkında kamu davası açılmıştır ve yargılama sonunda kamyon müzadere edilebilecektir ve bu durumda kamyonun sahibi zarar görecektir. Bu nedenle suçtan zarar gören niteliğini kazanabilmelidir (CGK. 15.1.1962, E. 3/6, K.6).

CGK bir reşit kişinin kaçırılarak ırzına geçilmesi olayında, bu suçlara ait yasa metinlerinde geçen “mağdur” sözcüğünün, doğrudan doğruya suça hedef olup, şeref ve haysiyeti kırılan kişi kadar, o kişiye yakınlıkları nedeniyle, bu suçun işlenmesiyle aile şeref ve haysiyetleri kırılmış olan kişileri de kapsamına aldığı kabul edilmelidir, denmekte ve reşit çocuğun suçtan zarar gören olarak davaya katılması yanında onun ana ve babasının da davaya katılarak tazminat istemelerini yasaya uygun görmüştür. Yine aynı kararda, suçtan zarar gören kavramının sınırları çizilirken, kardeşler veya amcalar, teyzeler, halaları da içine alan biçimde bu kavramın genişletilip genişletilemeyeceği konusunda şu düşünce benimsenmiştir: “Burada göz önünde tutulacak ölçü, şüphesiz, suçun kendisine karşı işlendiği kimse ile, manevi tazminat isteyen kimsenin yakınlığıdır. Ana veya

⁴³ Erdener Yurtcan:Şahsi Dava, 53

baba varken, diğer akrabaların böyle bir hakkı söz konusu edilemez. Buna karşılık, ana ve baba yoksa ve suçun kendisine karşı işlendiği kimseyi, bir kardeş veya bir teyze, öz çocuğu gibi yetiştirip büyütmüşse, suçun işlenmesiyle o kardeşin veya o teyzenin aile şeref ve haysiyetinin çiğnenmiş bulunduğu ve bu yüzden ceza davasına katılabileceği ve suçludan manevi tazminat isteyebileceği kabul edilebilir. Bu açıklamalar gösteriyor ki, manevi tazminat isteyebilecek yakınların kimler olacağını, olayın özelliklerine göre yargıç karara bağlayacaktır. Yoksa, kendisine karşı iffete ilişkin bir suç işlenen kimse ile medeni hukuk bakımından aynı aileden sayılan bütün yakınların, sadece aynı aileden bulunmaları sebebiyle aile şerif ve haysiyetinin çiğnendiği ve bundan ötürü manevi tazminat isteyebilecekleri düşünülemez". (CGK.30.11.1964.E 453/D-5.K.482)⁴⁴

Suçtan zarar görüldükleri iddiasıyla davaya müdahilliklerine karar verilen kooperatif denetçileri Ahmet Yıldırım ve Metin Evcimen'in kooperatife üye olup olmadıkları sorulup tesbit edilmeden, kooperatif ana sözleşmesi de gözetilerek kooperatifi temsil etmeleri konusunda genel kurul veya yönetim kurulunca bir karar alınıp alınmadığı araştırılmadan eksik soruşturma ile yazılı şekilde müdahilliklerine karar verilmesi (Yar. 5. C.D. 13.12.2005 gün; 2004/6031 Es.; 2005/22914 K.),⁴⁵

Yargıtay konuya ilişkin bir başka kararında, mühür bozma suçundan belediyenin suçtan zarar gören olamayacağını ve bu nedenle kamu davasına katılamayacağını belirtmiştir (4 CD, 12.2.1970, E.602. K.1348).

Görevli orman koruma memuruna görevde direnmekten sanıkların yargılanmalarında, Yargıtay, olayda ormana zarar vermekten açılmış dava bulunmadığı gerekçesiyle, orman idaresinin suçtan zarar gören olamayacağına karar vermiştir (4 CD, 23.6.1964 E. 1449/K.2935).

⁴⁴ Erdener Yurtcan:Şahsi Dava, 53

⁴⁵ Artuç/Gedikli:Yeni İçtihatlarla TCK, 550

Konusu tedbirsizlik ve dikkatsizlikle idaresindeki otomobilin devrilmesine ve içindekilerin ölümüne sebep olma olan bir olay da, yüksek mahkeme otomobili sigorta etmiş şirketin suçtan zarar gören olamayacağına karar vermiştir (4 CD, 5.6.1964, E. 2467, K. 2533).

Sanık tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu bir kişinin ölümüne sebep olmuş ve bu olayda ayrıca Karayolları Genel Müdürlüğünün aracı da hasar görmüştür. Yargıtay, esas mahkemesinin Karayolları Genel Müdürlüğünü suçtan zarar gören olarak kabul eden kararını, ceza yargılamasında suçtan zarar gören niteliğini kazanabilmek için, maddi zararın yeterli olmadığı, fakat mağdurun ölümünden dolayı bir zarara uğramak gerekeceği gerekçesiyle bozmuştur (1 CD, 23.12.1959, E.3191, K. 3720).

Yargıtay bir başka kararında şöyle demektedir: Suçun mağduru reşit olduğunda, suçtan zarar gören odur ve davaya katılmak hakkı onundur. Bu nedenle mağdurun babası doğrudan doğruya bir zarar görmediğinden, suçtan zarar gören niteliğine sahip olamaz (1 CD, 27.10.1959, E. 946, K. 2124).

Yargıtay bir adam öldürme olayında, suçtan zarar görenlerin yalnız ölenin mirasçıları olmayacaklarını, fakat bu ölümden zarar gören diğer kişilerin de suçtan zarar gören niteliğine sahip olabileceklerine karar vermiştir (1 CD, 24.1.1952, E. 190, K. 124).

Yine benzer bir kararda, ölen kişinin anasının, sırf ölenin anası olması nedeniyle, suçtan zarar gören olacağını, suçtan zarar gören kavramının yalnız ölenin mirasçılarını kapsayacak biçimde daraltılamayacağını ileri sürerek, suçtan zarar gören kavramının geniş yorumlanması gerektiği sonucuna varmıştır (1 CD, 8.6.1949, E. 1509, K. 1136).

Suçtan doğrudan doğruya zarar görme dar; dolayısı ile zarar görme ise geniş anlamda suçtan zarar görmeyi ifade eder. Ancak dikkate alınması gereken konu suçtan zarar gören kişinin her zaman suçun mağduru olmadığıdır. Suçun mağduru daha çok suçtan doğan ceza ilişkisinin tarafı olduğu halde; suçtan zarar gören genelde hukuk ilişkisinin tarafı olmak zorundadır.⁴⁶

Yine belirtmek gerekir ki suçun konusu ile suçun mağduru da birbirinden farklı kavramlardır. Dönmezer Erman suçun mağduru ile suçun konusunu birbirine karıştırmamak gerektiğini, suç teşkil eden hareketin yöneldiği hak veya çıkar ile bu hak veya çıkarın sahibinin aynı kimse olması durumunda, suçun konusu ile mağdurunun birleşeceğini, müessir fiil suçlarında durumun bu merkezde olduğunu, fakat durumun bazen değişeceğini, suçun konusu olan kişiyle ihlal edilen hak ve çıkar sahibi kişinin farklı olabileceğini, küçüğün rızaen alıkonulmasında veya kaçırılmasında, suçun konusunun kaçırılan veya alıkonulan küçük olduğunu, fakat mağdurun velayet hakları ihlal edilen ana baba olduğunu açıklıyorlar. Ancak tez çalışmamızın konusu mağdur kavramından ziyade ceza muhakemesinde mağdurun korunması olduğu için bu konuda daha geniş açıklama yapılmamıştır.

1.2. MAĞDUR TİPOLOJİSİ VE MAĞDURUN ROLÜ

1.2.1. Genel Olarak

⁴⁶ Çetin Özek: Suç Mağdurlarının Korunması İle İlgili Bazı Sorunlar (İHFM 1-4, 1984), 21

Mağdurlar cinsel suç mağduru, aile içi şiddet mağdurları, çocuk istismarı mağdurları, işsiz mağdurlar, adam öldürme suçu mağdurlarının yakınları, kaza mağduru, suç mağduru, gerçek mağdur, potansiyel mağdur, bilinen mağdur, bilinmeyen mağdur, sahte mağdur(suç mağduru olmadığı halde başka bir kişiyi suçlayan mağdur tipi) tamamlanmış suç mağduru, teşebbüs halinde kalmış suç mağduru⁴⁷ şeklinde çeşitli şekillerde sınıflandırılmaktadırlar.

Burada özellikle ele almak istediğimiz üç tür mağdur grubu vardır. Bunlar aile içi şiddet mağdurları, çocuk istismarı mağdurları ve cinsel suç mağdurlarıdır. Bu gruplara karşı işlenen suçlar hem sayı olarak fazla olması hem de nitelik olarak toplumsal dokuyu yakından ilgilendirmesi sebebi ile kanaatimizce özel önem arz etmektedirler.

1.2.1.1. Aile İçi Şiddet Mağdurları

Aile içi şiddet mağdurlarının sorunları genelde çok ve sürekli. Bu tür suçların gizli kalma olasılığı çok fazladır. Örneğin eşinin saldırısına uğrayan kişilerin çoğu bunu ailevi bir sorun sayar ve polise gitmez. Polis de aile içi şiddetin polisi ilgilendirmediği düşüncesi ile bu tür olayları örtbas etmektedir. Mağdurların da aile içi şiddet olaylarını bildirmeme eğiliminde oldukları görülmektedir. Özellikle çocuklar ve mali açıdan eşlerine bağımlı kadınların şiddete rıza göstermektedir. Bütün bu nedenlerle bir ülkede aile içi şiddetin boyutlarını tam olarak bilmek mümkün değildir.

⁴⁷ Fusun Sokullu-Akıncı:Viktimoloji, 53 vd.

Ülkemizde baskı gruplarının ve bilinçlenmenin etkisiyle 17.1.1998 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanan Ailenin Korunmasına Dair Kanun ile artık devlet de aile içi şiddete müdahale etmektedir. Bu itibarla Anayasanın 41. maddesi “ Devlet ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar” demektedir. ⁴⁸ABD, Avustralya, Yeni Zelanda, İngiltere, İrlanda ve Norveç gibi ülkelerde uygulanan, şiddete uğrama ihtimali bulunan kadınların mahkemelere başvurarak koruma emri alabilmelerini sağlayacak hükümler Türk Hukuk sistemine dahil edilmektedir. Adı geçen yasaya göre eş, çocuklar ya da aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden birinin aile içi şiddete maruz kalması halinde, mağdurun veya Cumhuriyet Başsavcılığının bildirmesi halinde, Sulh Hukuk Hakimi, Türk Medeni Kanununda öngörülen tedbirlerden ayrı olarak durumun gerektirdiği şekilde tedbirlere ya da uygun göreceği benzeri başka tedbirlere re’sen hükmedebilir.

Bu önlemlere en çok altı ay için hükmolunur. Koruma kararına aykırı davranan kusurlu eşe hem tutuklanacağı, hem de hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum olacağı ihtar edilir (madde 1). Cumhuriyet Savcılığı koruma kararının uygulanmasını kolluk aracılığı ile izler. Koruma kararına aykırı davranışta bulunan eş hakkında Sulh Ceza Mahkemesinde kamu davası açılır ve yargılama, Meşhut Suçların Muhakemesi Usulleri Kanunu hükümlerine göre yapılır. Koruma kararına aykırılık oluşturan eylemler üç aydan altı aya kadar hapis cezasını gerektirmektedir. Bu eylemler ayrıca başka bir suç oluşturmaktaysa yasa gerçek içtima kuralları uygulanacağını ve hem o suçun cezasına hem de koruma kararına aykırılığın cezasına hükmolunulacağını belirtmektedir. ⁴⁹

⁴⁸ www.istanbulbarosu.org.tr/merkezler/khum/4320.doc

⁴⁹ <http://www.istanbulbarosu.org.tr/merkezler/khum/4320.doc>

1.2.1.2. Çocuk İstismarı Mağdurları

Suçtan en fazla mağdur olan grup özellikle küçük çocuklardır. Bunun en başta gelen nedeni çocukların anne ve babalarına olan bağımlılıklarıdır. Çocukları mağdur edenler yabancı değil daha çok kendi anne babaları ya da diğer yakınlarıdır. Çocuk istismarı çeşitli şekillerde olabilir. Bedensel, cinsel, duygusal, suistimal veya beslenmede, tıbbi bakımdan ya da genel olarak ihmale uğrama şeklinde olabilir. Cinsel istismar ebeveyn ya da kardeşler tarafından gerçekleştirilir. Bu tür taciz olayları büyük oranda gizli kalır, çünkü çocuk korkar ve insanların kendisine inanmayacaklarını düşünür. Cinsel istismara uğramış olan çocuklarda uzun dönem psikolojik etkiler görülür, intihar, kendilerini yaralama, ve yakma gibi kendilerine zarar verici eylemler yaparlar.

Şiddet suçu mağduru olan çocukların, suç nedeni ile uğradıkları maddî ve manevî zararların hakkaniyete uygun olarak sosyal dayanışma içerisinde giderilmesi ve gerekli yardımın yapılmasına ilişkin hususlar ile çocuklara yapılacak yardımın usul ve esaslarına dair hükümler içeren kanun taslağı üzerinde çalışmalar devam etmektedir.⁵⁰

1.2.1.3. Cinsel Suç Mağdurları

Cinsel suç mağdurları, genelde siyah sayı olarak kalmaktadır. Yani adam öldürme, yağma ve müessir fiil gibi şiddet içeren diğer suçlara kıyasla, ırza geçme suçları daha yüksek oranda gizli kalmaktadır. Bunun

⁵⁰ www.kgm.adalet.com.tr/uzerinde çalışılanlar

nedenleri arasında mağdurların travmanın etkilerinden bir an önce kurtulabilmek için şikayette bulunmamaları, suça ilişkin kültürel ön yargılar, mağdurun yaşadığı utanma duygusu, polis ve savcının mağdura anlayış göstermemesi sayılabilir.

Bazı ülkelerde cinsel saldırı ya da cinsel istismara uğradığını iddia eden bireylerin başvurabileceği, tıbbi, hukuki ve sosyal sorunların çözümlenmeye çalışıldığı, belirli bir protokolün uygulandığı Cinsel Saldırı Merkezleri (Rape Crisis Center) kurulmuştur. Bu merkezler, mağdurların muayene ve incelemeleri ile ilgili birimlerin ayrı ayrı çalışması yerine, tek bir merkezde toplanarak işlemlerin sürekliliğini sağlayacak biçimde planlanmıştır. Bu merkezler multidisipliner yani bilimsel ve teknik anlamda birden fazla öğretinin bir arada olduğu yöntemler uygulamakta gerçekleşen olaylarda mağdurun zararlarını sosyal, hukuki ve tıbbi açıdan ele alıp yardımcı omaya çalışmakta ve gönüllüler aracılığı ile tam gün danışmanlık hizmeti vermektedir.⁵¹ Ülkemizde bu yapıda kurumlar bulunmamaktadır.

Suç sayılan cinsel amaçlı davranışa uğradığını ileri süren bireyler olayın travmasına ek olarak ilk başvurudan itibaren defalarca ruhsal ve bedensel travmaya uğramaktadırlar. Ülkemizde ilk aşamada adli makamlara (savcılık, karakol) başvurmak zorunda kalan mağdurların ifadeleri bu konuda özel eğitimi olmayan güvenlik birimlerince alınmaktadır. Daha sonra tıbbi değerlendirme için güvenlik kuvveti eşliğinde muayeneye gönderilmektedir. Mağdurların bu şekilde ne amaçla muayene geldiği belli bir biçimde, başka amaçlarla adli muayeneye gelmiş kişiler arasında sırası

⁵¹ Oskay/Dikencik :Tecavüz ve Hemşirelik Bakımı Sağlık ve Toplum Dergisi, Sayı 1 (2005)

bekletilerek, kimliğinin hatta öyküsünün bilinmesine yol açılmakta, kişilik hakları göz ardı edilmektedir.⁵²

1.2.1.4. Diğer Mağdur Türleri

1.2.1.4.1. Yaşlı İstismarı Mağdurları

Yaşlıların fiziksel yeterliliği azaldığından saldırıya uğradıklarında kaçma yada karşı saldırıya geçme olanakları sınırlıdır. Öte yandan yaşlıların aile içi istismarı da her zaman mümkündür. Bu tür mağdurlar için sığınma ve huzurevleri oluşturulmalıdır.⁵³

1.2.1.4.2. İşsiz Mağdurlar

İşsizlerin, belirli bir işyerine gitmemeleri, zamanlarının önemli bir bölümünü genel yerlerde geçirmeleri ve toplu ulaşım araçları ile seyahat etmeleri onları suç mağduru olmaya daha yatkın hale getirir. Yine işsizler zamanlarını diğer işsizlerle geçirdikleri için birbirlerine karşı suç işleme olasılıkları fazladır.⁵⁴

1.2.1.4.3. Adam Öldürme Suçu Mağdurlarının Yakınları

Adam öldürme suçunda mağdur artık yaşamamaktadır ve geride kalan yakınlarının kayıplarının ise karşılanması mümkün değildir. Özellikle geride kalan kişi mali bakımdan mağdura bağımlı ise daha büyük sıkıntı

⁵² Özdemir/ Çekin/ Gülmen/ Salaçin :Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi Adli Tıp AD (Aralık 1998)

⁵³ Aşık,H: Viktimoloji ,www.caginpolicisi.com.tr

⁵⁴ Aşık,H: Viktimoloji

içine düşecektir. Adam öldürme olayından yıllar sonra dahi mağdurun yakınlarının günlük yaşamlarını sürdürmekte güçlük çektikleri, kendilerine de benzer saldırıların olabileceğinden korktukları görülmektedir.

1.2.2. Mağdurun Rolü

Klasik ceza hukukçuları ve pozitivistler mağdurun suça katkısı üzerinde hiç durmamışlar ve suçu failin çeşitli etkiler altında işlediği esası üzerinden açıklama yapmışlardır. Viktimoloji ile mağdur da suç olayında dinamik bir unsur olarak ortaya çıkmıştır. Viktimoloji'nin en önemli iddiası, mağdurun kendisine karşı işlenen suça önemli katkısı olduğu yolundadır.

Viktimolojide, çalışmalar mağdurların belirli bir özelliklerinin, belirli bir düzen içindeki davranışlarının, kişiliklerine ilişkin bazı öğelerin, suça ve suçluya karşı tutumlarının suçun işlenmesine önemli katkıları olduğunu göstermektedir. Bu riski etkileyen faktörler kişisel, sosyal ve duruma ilişkin faktörler olarak nitelendirilebilir. Viktimoloji bazı suç ve kazaları önceden haber verebilmekte, suça neden olabilecek durumları tahmin edebilmektedir. Örneğin; ülkemizde, bayram tatillerinde karayollarında mağdur olma olasılığının arttığını bilmekteyiz. Bu nedenle de trafik konusunda yoğun ve ayrıntılı önlemler alınmaktadır, bu da mağdur riskini azaltmaktadır.

Birçok olayda fail ile mağdur arasında bir bağlantı bulunmaktadır. İşlenen suçlarda mağdurun rolünü cinsiyet, yaş, meslek ve sosyal sınıf, medeni durum, yerleşim durumu, ikamet edilen yer, fiziki durum (sakatlık vs.) gibi çeşitli faktörler belirlemektedir. Bazen mağdur yapmış olduğu hareket ile suçun işlenmesini tahrik eder veya kolaylaştırır. (evin kapısının açık bırakılması gibi) Bazen de pasif bir tavır takınarak suçun işlenmesini

kolaylaştırır.⁵⁵ Bu hususlar karşımıza mağdur riski kavramını getirmektedir. Mağdur riski bir suçun mağduru olma ihtimali bulunmasıdır.

1.3. TARİHÇE

Bu bölümde mağdurun korunmasının tarihi gelişimi kısaca ele alınmış ancak Ceza Muhakemesi Hukuku açısından önemli görülen kısımlar üzerinde ayrıntılı olarak durulmuştur.

1.3.1. İlkel Dönemlerde Mağdurun Korunması

1.3.1.1. Devletin Olmadığı Dönemde

Bu dönemlerde doğan ilk sosyal grup ailedir. Ailelerden oluşan ve klan adı verilen daha büyük sosyal gruplarla birlikte öcalma ve uzlaşma başlıkları altında toplanabilecek cezalandırma kurumları doğmuştur. Bu kurumların mağduru korumak için oluştuğunu söyleyen görüşler⁵⁶ bulunmaktadır. Bizce ilkel ceza hukukunun ilk yansımaları olan bu kurumların mağduru korumaktan ziyade, dinsel temele dayalı olduğunu belirten görüşler daha dikkate değerdir.⁵⁷ Bu cezalar kurban kesme ve kovulmadan başlayıp ölüme kadar gidebilen cezalardır. Ayrıca bu dönemde sadece mağdurun değil, klanında öcalma hakkı olması ve bu hakkın sadece faile değil onun ailesi ve klanına karşıda kullanılması nedeniyle bu kurum barışı tesis edememiş ve uzlaşma kurumunun ortaya çıkmasını sağlamıştı. Uzlaşma kurumunun kendi içinde kısas, uyuşma, kovulma, hicret, sürgün,

⁵⁵ Muhammet, Açıkgözoğlu: Ceza Hukuku Açısından Teori ve Uygulamada Mağdur Kavramı (Ankara, 2000), 38

⁵⁶ Süleyman Akdemir : Ceza Hukukunda, 28

⁵⁷ Sulhi Dönmezer: Cezai Mesuliyetin Esası (İstanbul 1949), 9

kefarete ve failin mağdurun ailesine teslim edilmesi gibi yaptırımları barındırdığı söylenebilir.⁵⁸

1.3.1.2. Eski Hukuk Düzenlerinde

Bu hukuk düzenlerinde genel olarak sert ve öcalmayı öngören yaptırımlar bulunmakta idi. Burada tez çalışmamızın konusu bakımından suçlar ve yaptırımlardan ziyade, bu cezalar verilirken uygulanan ilkel usul hükümleri örneklenmeye çalışılacaktır. Bu hukuk düzenlerinde cezalandırma yetkisi devlete geçmiş ve ilk mahkeme teşkilatları yani yargılama sistemlerinin ilk örnekleri oluşmaya başlamıştır. Bu mahkemelere bazen krallar, bazen rahipler, bazen de köyün veya klanın en yaşlı kişisi başkanlık etmekte idi.

1.3.1.2.1. Eski Mezopotamya :Sümerler, Babil (Hammurabi Kanunları), Asurlar, Hititler, İbraniler

Sümerlerde kişilerin cezalandırılma biçimleri failin veya mağdurun hür veya köle olmasına göre değişiklik gösteriyordu. Dünya üzerindeki ilk kapsamlı yazılı kanun sayılabilecek Hammurabi kanunları⁵⁹ ise pek çok kanundan oluşmaktadır. Mağduriyetin giderilmesi için tazminat öngören hükümler bulunmaktadır. Hükümdarın affetme yetkisinin bulunması ve itham ve yalan yere şahitlikle ilgili usul hükümleri bulunmaktadır. Buna göre bir kişiyi itham eden ve Su Tecrübesinin⁶⁰ uygulanmasını isteyen kişi muvaffak olamazsa ölümle cezalandırılır ve serveti itham ettiği kişiye kalır.⁶¹ Ayrıca

⁵⁸ Süleyman Akdemir :Ceza Hukukunda, 29vd.

⁵⁹ Avram Galanti :Hammurabi Kanunu(İstanbul,1925),13

⁶⁰ Suçlanan kişi nehre atılıyor,sağ kalırsa suçsuzluğu kanıtlanıyor, ölürse serveti itham edene kalıyordu.

⁶¹ Süleyman Akdemir :Ceza Hukukunda, 38 vd.

yine usul hukukuna ilişkin hakimın kendi verdiği zararları tazminini öngören dikkat çekici hükümler mevcuttur.⁶²

Asurlularda adli teşkilatın başında kral veya kral namına bu görevi yerine getiren hakimler bulunurdu. Yine aile şeflerinin de kendi aileleri üzerinde kanunla konulmuş sınırlar içinde ceza verme hakları vardı. Usul hükümleri açısından zina suçunda ispat edilmek kaydı ile mağdurun kanunu bizzat uygulama hakkı vardı.⁶³ Tanıklık ve yalan yere yemin konusu özel önem arzederdi. İspatın yapılmadığı hallerde Babilde de uygulanan Su Tecrübesi yoluna başvurulurdu.⁶⁴

Bu kanunda cezalar tayin edilirken mağdurun sosyal durumu, hür olup olmaması ve bazen de mesleği dikkate alınıyordu. Fail ile mağdur arasında müessir fiillerde uzlaşma hükümlerinin getirilmesi usul hukuku açısından kanaatimizce önemlidir. Mağdurun korunması açısından uzlaşmada tesbit edilecek meblağın alt ve üst sınırı da kanunla tayin edilmiştir.⁶⁵ Hititlerde de Asurlar gibi zina suçunda ispat edilmek kaydı ile mağdurun kanunu bizzat uygulama hakkı vardı.

Hititlerde yargı teşkilatının başında kral vardı. Davalar için hazırlık soruşturması yapıldığı, delillerin toplandığı, tanıkların yeminli ifadelerinin alındığı ancak bu aşamalardan sonra davanın mahkemeye açıldığı bilinmektedir.⁶⁶

İbrani hukukunun temel kaynağı Tevrat'tır. Temel ceza kısaştır. Ceza usul hukuku açısından maktûlün yakınları iki şahit ile hakimın önünde

⁶² Madde 5: Kesin kararlarda değişiklik yapan veya verdiği vesikayı kasten iptal eden hakim hem doğan zararın oniki mislini ödüyor hem de hakimlik yetkisini bir daha kullanamıyordu. Galanti, Hammurabi Kanunu, İstanbul, 1925

⁶³ Avram Galanti: Asur Kanunu (İstanbul, 1933), 4

⁶⁴ Recai Galip Okandan: Umumi Hukuk Tarihi Dersleri (İstanbul, 1951), 166-167

⁶⁵ Recai Galip Okandan: Umumi Hukuk, 205

⁶⁶ Recai Galip Okandan: Umumi Hukuk, 205

suçlunun fiili işlediğini ispat ederlerse onu takip ve öldürme hakkına sahiptiler.⁶⁷ Yine Tevratta hakimlere hürmet edilmesi, davaların adaletle görülmesi, yabancı ve yetimlerin haklarının korunması, tek şahit ile ceza verilmesi kesinlikle yasaklanmıştır.⁶⁸

1.3.1.2.2. Uzak Doğu :Çin-Hint-Moğol

Eski Çin’de köylere Nong denmekte ve bu köylerde yaşayan en yaşlı erkek köyün başkanı olmakta idi. Davalar çok geniş yetkilere sahip aile mahkemelerinde görülmekte idi. İşlenen fiilin niteliğine göre mağdurun yakınlarının takip ve öcalma yetkisi vardı.⁶⁹ Kast sistemi bulunan Hindistanda cezalar mağdur veya failin içinde bulunduğu kasta göre farklılık gösteriyordu. Moğollarda ise kamu cezaları, tazminat ile bu iki cezanın karışımı bir sistem vardı. Kusursuz adam öldürmelerde tazminat zorunluluğu vardı.⁷⁰

1.3.1.3. Batı

1.3.1.3.1. Yunan

Toplum siyasi olarak site devletleri şeklinde teşkilatlanmıştı. Özellikle Atina sitesinde ceza davalarında yargı olaya kendiliğinden el koymazdı. Dava açılması için suçtan zarar görenin ya da yakınlarının yargı organlarına başvurusu ile dava açılabilirdi. Bu dava için getirilmiş usul kuralları mevcuttu.⁷¹

⁶⁷Süleyman Akdemir :Ceza Hukukunda,41

⁶⁸Süleyman Akdemir :Ceza Hukukunda,41

⁶⁹ Recai Galip Okandan:Umumi Hukuk,30-31

⁷⁰Veli Özer Özbek:Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi (Ankara,1995), 63

⁷¹Atinada davacı tarafından yapılan müracaatın yazılı ve iki şahit huzurunda yapılması gerekirdi. Dava kabul edildiği takdirde davacı mahkeme masraflarını peşin olarak öder ve kendisine bir tahkikat günü tayin olunurdu. Davalıya davacının iddiası ve davalının savunması alınır ve bir defa söz verilirdi. Aynı gün karar verilmesi gerekirdi. Davacının dava

1.3.1.3.2. Roma

Roma Hukukunda işlenen suçlar sosyal düzeni bozup bozmamasına göre topluma karşı işlenen suçlar ve özel hukuk suçları olarak ikiye ayrılmaktadır. Topluma karşı işlenen fiiller bakımından herkesin cezai kovuşturma isteme hakkı kabul ediliyor ve failin cezalandırılması öncelikle ilgililer tarafından yapılıyordu. Kişilere ve mala karşı işlenen fiiller bakımından kişilerin yukarıda bahsedilen haklarını alabilmeleri için hukuk mahkemesine başvurusu ve özel hukuk kurallarına göre muhakeme edilmesi gerekmektedir.⁷² Bu ikinci tür fiiller bakımından, aileler arasındaki intikam duygusunun tatmini için kısas geçerliydi. Ne var ki, kısasın uygulanabilmesi “uzlaşma bedeli” yoluyla mağdurun memnun edilmesi bakımından, mutlak bir uzlaşmayı gerekli kılmaktaydı. Bir uzlaşma sağlanamazsa, kısas uygulanabiliyordu. Böylece, mağdurun suçlu ile olan ihtilafını halletmesine imkan verilmek isteniyordu. Mağdurun kısas uygulaması, aşırıya kaçma korkusunu da beraberinde getirdiğinden, kısasa maruz kalma tehlikesi, mağdurun diyete önem vermesini sağlıyordu.⁷³

Roma ceza yargılaması hukuku ele alındığında bunu üç devir olarak incelemek uygun olur. Bunlar, halk yargılaması devri, jürili mahkemeler devri (quastion) yargılama ve imparatorluk devridir.⁷⁴

aa. Halk yargılaması devri: Bu devirde yargılama tahkik sistemine benzer biçimde yürür. Davacı yoktur, iddiayı mahkeme yapar. Tek taraflı bir yargılama vardır. Zamanla bu biçimde verilen kararlarla mahkum olan kişilerin bu kararlara karşı koymaları kabul edilmiştir. Karar daha sonra mahkeme haline gelecek olan halk meclislerine gelir. Mahkemelerde sanığa

sırasında vazgeçmesi mümkündü. Ancak böyle bir durumda 1.000 drahmilik bir para cezasına çarptırılırdı.

⁷² Recai Galip Okandan :Roma Amme Hukuku(İstanbul,1944),s.460

⁷³Veli Özer Özbek:Ceza Hukukunda,68

⁷⁴ Erdener Yurtcan:Şahsi Dava,11

karşı davacı olan özel memurların ortaya çıkması ile itham sistemine dayanan iki taraflı bir yargılama oluşmuştur. Uyuşmazlık hakkında mahkeme karar verir, fakat davacı resmi bir memurdur. Dava açmak onun görevidir. Bu nedenle kamusal iddianın başlangıcı denmektedir. Yargılama halk meclisi önünde sözlü ve açık yürür.⁷⁵

bb. Jürili Mahkemeler (Quaestio yargılama devri): İkinci aşama olan jürili mahkemelere geçiş çok yavaş olmuştur. Bu mahkemenin başkanı Quaesitor adını alır, bir memurdur ve jüri listesinden seçilen yardımcıları vardır. Bu yargılama biçiminde halk yargılamasında olduğu gibi, itham sistemi geçerlidir. Fakat bu aşamada davayı memurlar açamaz. Dava açmak hakkı vatandaşa tanınan bir hak olmuştur. Yargılama gerçek anlamda şahsi davaya dayanan bir yargılamadır ve halk davası olarak biçimlenmiştir. Ancak dava açan kişi açtığı davanın sorumluluğunu yüklenmektedir. Ayrıca davacının, ileri sürdüğü suçlamayı geri alarak, açtığı davayı sona erdirmesi de kabul edilmiştir. Davayı açan suçtan zarar gören ise, bu hakkı mutlaklıdır. Fakat davacı suçtan zarar gören değilse suçlamayı düşürmekle suç işlemiş olur.⁷⁶

cc. İmparatorluk devri: Jüri üyeleri önemlerini yitirmişler ve sonuçta başkan tek başına karar verir olmuştur. Bu devirde ceza yargılaması bürokratlaşmıştır yani hakim imparatorun memurudur. Yargılama yine bir davacının dava açmasını gerektirir, fakat bu davacı her zaman bir şahıs değildir. Ayrıca bazı memurlar da bazı belgelere dayanarak dava açabilirler.⁷⁷ Bu aşamada Roma'da kamu adına iddianın ilk görünümü denebilir. Bu devrin bir başka özelliği de suçlar bakımındandır. Bu suçlar için imparatorluk devrinde kamusal cezalar öngörülmüştür. Bu suçlar hakkında

⁷⁵ Erdener Yurtcan:Şahsi Dava, 11

⁷⁶ Erdener Yurtcan:Şahsi Dava,12

⁷⁷ Erdener Yurtcan:Şahsi Dava, 12

olağan ceza yargılaması yürür, fakat dava açmak yetkisi yalnız suçtan zarar görene tanınmıştır.⁷⁸

1.3.1.3.3. Eski Alman Hukuku:Cermen Hukuku, Frank Hukuku, Ortaçağ Hukuku

Cermen yargılama sistemi itham sistemine dayanmaktadır ve suçtan zarar gören kişi veya onun soyundan gelenlerin açacakları bir dava ile başlamaktadır.⁷⁹ Bu devirde, dava sanığın cezalandırılması, tazminat veya malların geri verilmesi isteklerini kapsayan gerçek anlamında bir şahsi davadır. Yargılama halk meclisi önünde olur. Topluluk içinden seçilmiş kişiler hakim niteliğini kazanırlar ve yargılama yaparlar.⁸⁰ Yargılama yapan kişiler iki grupta toplanır, bunlar hakimler ve hüküm verenlerdir. Hakimler yargılamayı idare ederler, fakat karar veremezler. Uyuşmazlık hakkında karar verenler hükümcüler(Urteiler) adını verilen kişilerdir.⁸¹

Cermenler devrinde suçları kovuşturmak yetkisi ve hakkı suçtan zarar gören ve onun soyuna ait iken, artık bu yetkinin devlete geçmeye başlaması ile tahkik sistemine yönelinmiştir. Ortaçağda itham sisteminden tahkik sistemine doğru bir geçiş olmuştur. Bu geçişte kilisenin etkisi fazladır. Suçlar resen kovuşturulmaktadır. Başlangıçta hakim yanında bulunan davacı ortadan kalkmış ve bu iki görev de hakim elinde birleşmiştir. Tez konumuz açısından 1532 Karolina yasasına da değinmek gerekir. Bu yasa yargılama usulüne çok geniş bir şekilde yer vermiştir. Karolina kamusal iddiayı ön planda tutmuş, fakat bireysel iddiaya da yer vermiştir. Davacı olurken kefil getirme, teminat yatırma ve bunlar gerçekleşinceye kadar ferdin hapsedilmesi gibi bazı yükümlülükler söz konusudur. Karolinada itham ve tahkik sistemleri bir aradadır. Yargılama iddia ile başlar. Bu iddiayı suçtan

⁷⁸ Erdener Yurtcan:Şahsi Dava, 13

⁷⁹ Erdener Yurtcan:Şahsi Dava, 13

⁸⁰ Erdener Yurtcan:Şahsi Dava, 13

⁸¹ Erdener Yurtcan:Şahsi Dava, 13

zarar gören veya hükümdarın resmi memuru yapar. Hakim veya mahkemenin resen davaya başlayabilmesi için suç hakkında oldukça inandırıcı belirtilere dayanan şüphe gereklidir.⁸² Ancak Karolinanın asıl önemi bu yasanın suçun koğuşturulmasını, mağdurun kişisel sorunu olmaktan çıkararak mutlak bir şekilde devlete ait bir sorumluluk haline getirmesidir. Bu şekilde suçun sadece devletin çıkarlarını zedeleyen bir olgu, ceza ve ceza muhakemesinin ise devlet ile suçlu arasında bir mekanizma olarak görülmesi sonucu mağdur ikinci plana atılmaya başlanmıştır.⁸³

1.3.2. Türklerde

1.3.2.1. İslamiyetten Önce

İslamiyetten önce Türklerde adalet duygusunun ileri seviyede olduğunu eski Türk destanlarında ve kitabelerinde yapılan araştırmalardan anlaşılmaktadır. Kül Tigin kitabesinde, Göktürk kitabesinde adaletle ilgili metinler yer almaktadır. Türk topluluklarında düzen törelere uymakla kurulmuş olup bu törelerde haksızlığa başkaldırı, mazluma yardım söz konusudur. Türk Hakanları tarih boyunca kurdukları devletlerde farklı milletler çoğunlukta olmasına rağmen hükümlan olmaları iyi yönetim ve adaletle hükmetmeleri sayesinde olmuştur. Devlet idaresini sınıflara bırakmamış, en iyi yönetici devşirme yöntemi dahi kullanılarak seçilmiş böylece eşitlik ve adalet sağlanmıştır. Karahanlılar devrinde yaşamış olan Yusuf Has Hacib; Kutadgu Bilig adlı meşhur eserinde, kanunun hükümdarlıktan üstün olduğunu "Beylik ve ululuk çok iyi bir şeydir, fakat

⁸²Yurtcan:Şahsi Dava, 16

⁸³ Özbek:CMK İzmir Şerhi,Ankara(2005),s.894

daha iyi olan kanundur; ama asıl mühim olan da kanunu eşit tatbik etmek olmalıdır, Ama en önemli iyi yönetmektir" diyerek belirtmiştir.⁸⁴ İslamiyet'in Türkler arasında yayılmaya başladığı dönemlerde yazılmış olan Kutadgu Bilig'de de tahtın ana direğinin doğruluk ve adalet olduğu vurgulanarak hükümdarın, insanları adaletin önünde beğ veya kul olarak ayırmaması gerektiği temel bir prensip olarak ifade edilmektedir." İster oğul, ister hısımlar, ister yolcu, ister hancı olsun herkes kanun karşısında eşittir, hüküm verirken fark gözetilmeyecektir. Devletin temeli doğruluk ve adalettir. Beyler doğru olursa, dünya huzura kavuşur. Hakimiyetin esası adalettir".⁸⁵ Yine Kutadgu Bilig de "İyi yasalar düzenleyen yönetici kendi adını ve devletini kökleştirmiş sayılır, kötü yasa koyan yönetici daha hayattayken ölmüş demektir. Kötü kanunlarla devlet yönetilmez. Kötü teamül yerleştirme. Kim yönetimdeyken kötü teamül koyarsa kendisinden sonrakilere kötü bir ad bırakmış olur. Bir ülkenin huzurunu iki şey sağlar. Bunlardan biri güvenlik, ikincisi yasaların uygulanması. Kötüye katılma, kötü düzen kurma, kötülük yapma hoş görme. Ey hükümdar! Şu üç işe seçkin kimseleri ata. Kadı, vekil, vezir. Bu üç işe bakan kimse doğru olursa halk huzura kavuşur, ülke düzene girer, halk zenginleşir. Ey hükümdar! Kötüler kötülüklerini terk etmedikçe elinde bulundurduğun kılıç ve kamçıyı bırakma. Her zaman doğrulukla hükmet. Yönetim ancak adaletli kararla ayakta durur. Ey hükümdar! Gücün yettiği kadarıyla yasayı uygula, halkın hakkını vermeye çalış." denmektedir.⁸⁶

İslamiyet'ten önce Hunlarda, Göktürklerde ve diğer Türk devletlerinde görülen ve insanı merkez alarak ona birtakım hak ve özgürlükler tanıyan kurallar vardı. Hunlarda, binlerce yıldır uygulandığı söylenen kanunnamenin anlaşıldığına göre; suç işleyenleri cezalandırmak devletin yetkisindeydi. Hakan adalet teşkilatının başkanı sıfatıyla devlet içerisinde

⁸⁴ H Aydın: Polis Meslek Hukuku,(Ankara1996),89

⁸⁵ H Aydın: Polis,90

⁸⁶ Yusuf Has Hacıpaşa:Kutadgu Bilig.Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları (Ankara,2005) ,59, 209, 210, 220

adalet ve huzurun sağlanmasından sorumluydu. Mahkemelerde davalar yargıçlar tarafından görüşüldükten sonra, uygulamaya konmadan önce Hakanın onayına sunulurdu. İdam cezası gibi ağır suçların infazı için, Hakanın başkanlığında yılda iki kez divan kurulurdu. Türklerde önemli bir ceza kuralı da yeni ele geçirilmiş olan memleketlerin halkına ve özellikle misafirlere hapisten başka bir ceza usulünün uygulanmamasıdır. Misafir adam dahi öldürse, Türkler onu idam etmezler, sadece hapsederlerdi.

Şahsın hukuku açısından halkın, Göktürklerde, hür olanlar ve köleler olarak temelde iki sınıfa ayrıldığı söylenebilir. Hür ahali içinde hukukî imtiyaz veya hukukî sınırlamalar yoktur. Köleler, savaşlarda mağlup olan kavimlere mensup, savaş neticesinde esir edilmiş kimselerle bunların çocuklarıdır.⁸⁷ Özellikle Uygur Türkleri dönemine ait belgelerde, İslâm ve Roma hukukunda olduğu gibi Türklerde de köleliğin bulunduğu anlaşıyor. Ancak, kölelerin durumları ve statüleri ile ilgili kesin kuralların yer aldığı ve bu gruptaki halkın belli akidlerle haklarının korunduğu da açıktır. Kölelerin evlenme ve mahkemeye müracaat etme hakları vardı.⁸⁸ Uygur Devleti'nde hükümdar Alp İlteber'in annesi, onun adına halkın yakınmalarını dinler ve davalarına bakardı, o kanun ve töreyi bozmak isteyenleri cezalandırırdı.⁸⁹

Türklerde emniyetin, adaletin sağlanması ve bozulduğunda bunun yeniden sağlanmasına 8.yy.da rastlanmaktadır. Bu duruma bu yüzyılda Oğuz Türklerinde, Timur Tüzüğünde ve Uluğ Kanununda rastlanmaktadır⁹⁰. Delil sistemi tarih içinde kullanılmıştır. M.Ö. 2500 yıllarında Orta Asya'da (Türklerde) kil içerisindeki parmak izlerinin delil olarak kullanıldığı, Çin ve

⁸⁷ Halil Cin/Ahmet Akgündüz, Türk Hukuk Tarihi Giriş ve Kamu Hukuku, cilt I, (İstanbul,1995),72

⁸⁸ Halil Cin/Ahmet Akgündüz, Türk Hukuk Tarihi, 79-80

⁸⁹ Halil Cin/Ahmet Akgündüz, Türk Hukuk Tarihi, 117-131

⁹⁰ H Aydın: Polis, 90

Japonya'da M.S.700'lü yıllarda bununla ilgili kanun çıkartıldığı, M.Ö. Uygur ve Oğuz Türklerinde ticari senetlerin tasdik edilmelerinde parmak izi kullanıldığı, Osmanlı döneminde bunun yaygın şekilde kullanıldığı tarihi kayıtlarda bulunmaktadır⁹¹

1.3.2.2. İslamiyetten Sonra

1.3.2.2.1. İslam Ceza Hukuku

İslam dini aynı zamanda bir hukuk sistemi de getirdiği için Türkler İslamiyeti ile birlikte bu sistemi de kabul etmişlerdir. Bu sebepten burada Ukubat yani İslam Ceza Hukukunu da incelemeyi uygun buldum. İslâm Ceza Hukukunda cezalar başlıca dört türe ayrılır. Hadler, Cinayetler (kisas ve diyet), Kefaretler, Tazir cezaları.

Had cezaları (Hudud): Bunların çoğu Kur'ân-ı Kerim'de gösterilmiştir. Zinâ, kazf(zina iftirası), sirkat(hırsızlık), yol kesicilik. Bunlar âyetle bildirilmiştir ve had cezaları denir. Çünkü Kur'an'la tayin edilmiştir. Bu suçlar kamuyu ilgilendiren ve hakku'llaha taallûk eden yani Allaha karşı işlenen suçlardır. Onun için kamu hukukuna dahildirler. Bununla beraber kazf ve sirkat suçlarında ceza için şikayet şarttır. Bu suçların ispatı sırasında ve verilen ceza infaz edilirken şikâyetçinin hazır bulunması lâzım gelir.⁹² Hadler şüphe ile düşer. Hudud denilen cezalar Allah'ın hakkıdır. (Hukuku'llah). Hırsızlıkta ihbardan önce çalınan şeyi iade etmek, cezadan kurtarır. Yol kesicilikte yakalanmadan önce nedâmet ve tövbe, haddi düşürür. Kesin

⁹¹ A.H Aydın: Polis, 91

⁹² Abdulaziz BAYINDIR, Örneklerle Osmanlıda Ceza Yargılaması,(İstanbul,2002)

hadlerde sulh ve af yoluna gitmek yoktur. Ancak bir hafifletme eğilimi vardır. Fiilin, câiz bir fiile benzerliği, failin niyeti, cebir ve ikrah bulunması cezayı düşürür. Zaman aşımı kısadır, genelde bir ay kabul edilmiştir. Hukuk-ı ibâdda(özel hukuk ,insanların hakları) şahitlik farz olduğu, şahitliğin saklanması Kur'an'da yasaklandığı halde, hukuku'llâh nev'inden olan had cezalarını gerektiren hallerde, fail bunları alışkanlık itiyad etmemişse saklamak daha iyidir. Zinada şahitlik sıkı şartlara bağlanmıştır,örneğin dört şahitten birinin köle olduğu anlaşılırsa dava düşer. Davanın düşmesi ise şahitler için kötü olur. Çünkü kazf talebinde bulunmağa yol açar. Zina davası açan, davasını geri alırsa, şahitler hakkında yine dava açılabilir. Şahitlerden birini ölmesi halinde diğerlerinin şahitliği geçerli olmaz.⁹³

Cinayetler (Kisas ve Diyet) : Kisas: Bir kimseyi kasten öldüren kimsenin öldürülmesidir. Kisas özel bir haktır. Bunun için af ve sulh kabul edilir. Diyeti gerektiren katilde bir erkek, iki kadının şahitliği kabul edilirse de kısasta, hududda olduğu gibi, kadınların şahitliği kabul edilmemiştir. Kisas cezası infaz edilirken veli-i kısıs'ın hazır bulunması lazımdır. Kısıs vârislerin hakkıdır. Bunu veli-i kısıs ya kendi yapar, yahut başkasına yaptırır. Vârisler, kısıs yerine diyet almak hakkına sahiptir.

Diyet : Diyet para cezasıdır. Bunda kefâlet geçerlidir. Üç yılda üç taksit olarak ödenir. Miktarı adam için 100 devedir. Diyet para olarak 1.000 dinar altın veya 10.000 dirhem gümüşdür. Diyet hakkında Tevrat'ta da hükümler vardır.⁹⁴ Bir de gurre denilen diyet vardır ki, bu ana karnındaki çocuğun ölü olarak düşmesine sebep olandan alınan diyettir. Bu, çocukların sayısına göre alınır. Bir çocuğun diyeti 500 dirhem gümüşdür.

Kasâme: Katil belli olmadığı takdirde, ölünün bulunduğu toprak sâhipleri, kasâmeye tabi tutulurlar. Veli-i kısıs, bunlardan elli kişi seçer. Bu

⁹³Ömer Nasuhi Bilmen:İstılahatı Fikhiyye Kamusu ,c.3,(İstanbul ,1967)187

⁹⁴Ömer Nasuhi Bilmen: İstılahatı Fikhiyye, 49

kişiler maktûlû öldürmediklerine ve öldüreni de bilmediklerine yemin ederlerse o zaman onlardan diyet alınır. İçlerinden biri yemin etmezse, veli-i kısısın isteğiyle, ikrar veya yemin edinceye kadar hapsedilir veya diyet isterse, bütün diyeti onun ödemesine hükmolunur.⁹⁵

Kefaretler: Topluluk içinde davranış kurallarına aykırı davranılmasından doğan cezalardır. Bu cezaların devleti veya kişileri hedef almadığı sadece topluluğun mağduriyetine yol açtığı kabul edilir. Hatalı öldürmeler, oruç bozma, hac yasaklarını ihlal durumlarında kefarete cezaları uygulanmaktadır.⁹⁶

Tazir Cezaları: Tazir cezalarının belirli bir miktarı yoktur. Bunlar ulû'l-emrin takdirine bırakılmış cezalardır. Hükümdâr veya hâkim gerekli gördüğü şekilde tatbik eder. Tazîri gerektiren suçlar belirli değildir. Kadına lâf atmak, saldırmak, dövmek, sövmek, kalpazanlık, tartıda hile, halkı rahatsız etmek vs. gibi had ve kısıs suçlarının dışında kalan fiillerdir.⁹⁷

1.3.2.2.1.1. Selçuklu

Büyük Selçuklu İmparatorluğunda adil olmayan hükümdar tutulmuyor ve halkın güvenini kaybediyordu. Anadolu Selçuklu Devleti'nde hükümdarın adalet yolundan ayrılmaması için hatırlatma törenleri düzenlenerek sultanın sırtına değnek vuruyordu⁹⁸ İslam hukukunda muhakemede kanuni delil sistemi uygulanıyor ve delilleri davacı topluyordu. Hakim ise, bu delillerle bağlıydı. Şer'i mahkemelerde avukatlık yapan ve vekalet akdi ile tayin edilen kimseler vardı. Bunlar 11. ve 12. Yüzyılda kendi aralarında barolar halinde teşkilatlanmışlardı⁹⁹

⁹⁵ Ömer Nasuhi Bilmen:İstılahatı Fikhiyye,156

⁹⁶ Ömer Nasuhi Bilmen:İstılahatı Fikhiyye,187

⁹⁷ Süleyman Akdemir :Ceza Hukukunda, 63

⁹⁸ Aydın Taneri:Türk Devlet Geleneği,(İstanbul,1997),347

⁹⁹ Feridun Yenisey:Hazırlık Soruşturması ve Polis, (İstanbul,1993),32

Selçuklu veziri Nizamül-mülk Siyasetnamesinde, “Padişahlar haftada iki gün halkın şikayetlerini dinleyeler ve haklının hakkını haksızdan alalar, adaleti yerine getireler” denmektedir. Ayrıca görevlilerin önemli işi olmadıkça dışarı yollanmaması, gönderildiklerinde de ellerine verilen fermanla yapacakları işin açıkça belirtilmesini önererek kayırma, rüşvet iddialarına karşı önlem alınmasını tavsiye etmektedir¹⁰⁰

1.3.2.2.1.2. Osmanlı

1.3.2.2.1.2.1. Tanzimata kadar

Diğer Türk-İslam devletlerinde olduğu gibi Osmanlı döneminde de tebayı birbirine bağlayan en önemli faktör İslamiyetti. İslâm hukuku, vatan ve millet kavramları yerine, insanları, mensup oldukları dinlere göre birbirinden ayırt ediyordu. Vatandaş demek olan reaya, müslüma ve gayr-i müslim olarak ikiye ayrılıyordu. Osmanlı devletinde millet tabiri ümmet manasında kullanılmıştır. Diğer Müslüman Türk devletlerinde olduğu gibi Osmanlı'nın da halkı dinlerine göre böyle iki farklı gruba ayırması, kişilerin hak ve hürriyetleri açısından bir fark meydana getirmemişti.¹⁰¹ Özellikle ceza hukuku açısından bakıldığında Osmanlı imparatorluğu'nda askeri sınıf dışında tüm reaya aynı konumdadır. Dine veya herhangi başka bir kuruma dayanan ayrıcalık söz konusu değildir.

Dolayısıyla Osmanlı yargı hukukunun kaynakları, Hanefi Mezhebi'ne ait fıkıh kitaplarının kaza, davâ, şehâdet, ikrâr, beyyinât, yemin, sulh ve

¹⁰⁰ Aydın Taneri:Türk,340

¹⁰¹ Halil Cin/Ahmet Akgündüz, Türk Hukuk,332

vekâlet bölümlerinde geçen hükümlerle, bazı bölümlerin sonunda yer alan özel hükümlerdir. Bunların önemli bir kısmı Mecelle'de¹⁰² yer almıştır. Hanefi mezhebi dışında bir mezhebe bağlı vatandaşlar arasında meydana gelen ve kendi mezheplerine göre hükme bağlanması uygun görülen davalarda, taraflar o mezhebin alimlerinden birini hakem tayin ederlerdi. O, kendi mezhebine göre hükmünü verir ve daha sonra hakim bu hükmü tasdik ederek yürürlüğe koyardı.

Osmanlı Şer'iyye Mahkemelerinde hukuk ve ceza ayrımı yoktu. Mahkemeler hem her türlü yargılama ile hem de noterlik işleriyle uğraşırlardı. Mahkemenin davaya bakabilmesi için, davacının dava açmış olması şarttı. Ancak davayı dilekçeyle açma şartı yoktu. Davacının hakime bizzat müracaatı ile dava açılmış olurdu. Şahsi davayı gerektiren konularda mağdur veya vekili, mahkemeye başvurup dava açardı. Kamu aleyhine işlenen suçlardan haberi olan her vatandaş mahkemeye başvurup şahitlik yapmaya ve davayı takip etmeye yetkili idi.

Hakimin işe el koyması için, eğer suç özel hukukun (hukuk-ı ibad) ihlali sahasına giriyorsa, şahsi dava açılması gerekirdi. Şahsi davayı gerektiren durumlarda, zaman aşımı söz konusu olmazdı.

Sövme, hakaret, öldürme ve yaralama suçları özel hukuka girerdi. Kamu hukukunun (Allah hakları) ihlali sayılan hırsızlık ve kazf (zina iftirası) suçlarına bakılması da şahsi dava açılmasına bağlıydı. Topluma karşı işlenmiş suçlarda dava kendiliğinden var kabul edilir ve hakimin işe el koyması için bir davanın açılmış olması şartı aranmazdı¹⁰³ Her vatandaş bu

¹⁰² Kısaca "Mecelle" diye tanınan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, Ahmet Cevdet Paşa başkanlığında bir ilmî heyet tarafından hazırlanmış, 1869-1876 tarihleri arasında bölüm bölüm yürürlüğe konmuş, 1926'da Türk Medeni Kanununun çıkarılmasıyla yürürlükten kaldırılmıştır. İslam hukukunun aynî haklar, borçlar hukuku ve hukuk muhakemeleri usulü bölümlerine ait 16 kitaptan oluşur. (Daha geniş bilgi için bkz. Osman ÖZTÜRK, Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle, İst. 1973, s. 2 - 82.)

¹⁰³ Abdulaziz BAYINDIR: İslam Muhakeme Hukuku, Osmanlı Devri Uygulaması, (İstanbul, 1986), 112, 114

konularda mahkemeyi haberdar edip davaya bakılmasını sağlamakla görevliydi Yani böyle bir suçun işlendiğini gören hakim, tek başına olaya el koyabileceği gibi her vatandaş da mahkemeye başvurarak hakimi durumdan haberdar edebilirdi. Mahkemeye getirdiği şahitleri dinletebilir, olayı görmüşse şahit olarak ifadesini verirdi. Haklarında ihbarda bulunan kişi veya kişiler de mahkemeye getirilerek yargılama yapılır, suç ispatlanabilirse, gereken ceza verilirdi.

Duruşma sırasında hakim, önce davacıya davasını anlattırır (Mecelle 1816) ve ifadesini kağıt üzerine kaydedirdi. Davayı düzeltme hususunda ona yardımcı olmazdı. Ancak, dava açma usulünü bilmeyen kimseye gerekli usulü öğretmesi için ehil bir kişiyi görevlendirebilirdi.

Akraba arasında meydana gelen veya tarafların anlaşmaya istekli oldukları sezilen davalarda, hakim karar vermekte acele etmezdi. Bir veya iki kere taraflara, sulh olmalarını ve birbirleriyle anlaşmalarını tavsiye ederdi. Çünkü, vereceği hüküm yerli yerinde de olsa davacı ile davalı arasında düşmanlığın doğmasına sebep olabilirdi. Bu sakıncanın ortadan kalkması için tarafların anlaşmalarını sağlamak daha iyi olurdu (Mecelle 1826). Bugün bu usule benzer bir kurum CMK ile getirilmiş olup ileride ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Taraflar sulh olmayı kabul ederlerse hakim, sulh hükümlerine uygun olarak iki tarafı uzlaştırır ve sulh olduklarına dair birer belge verirdi. Davanın gereksiz yere sürüncemede kalmasına sebep olacağından hakim, ikiden fazla sulh teklifinde bulunamazdı. Taraflar sulha yanaşmazlarsa yargılamayı sonuçlandırır (Mecelle 1826).

Kamu hukuku sahasına giren suçlarda, devlet başkanının dokunulmazlığı vardı. Ancak şahsi dava gerektiren kısas ve tazminat gibi davalarda, devlet başkanı dokunulmaz değildi. Bunlar dışında kimsenin dokunulmazlığı yoktu. Yargılamada tam bir eşitlik ve tarafsızlık esas alınmış ve ceza yargılamasının bütün safhalarının halka açık olması prensip haline

getirilmiştir. Yargılama sırasında, gerçeğin araştırılmasına dikkat gösterilmekle beraber, yargılamanın bir an önce sonuçlandırılması, sistemin bir özelliğidir. Yargılama, sade ve basit usullerle yapılır.

1.3.2.2.1.2.2. Tanzimat sonrası

Osmanlı 19. yy. ortalarında Tanzimat ve Islahat Fermanları gibi batılı hukuksal düzenlemelere başlamıştır. Kapitülasyonların verdiği imtiyazla İstanbul'da yabancı mahkemeler kurulmuş olup 1840 yılında Ticaret Mahkemeleri kurulmuştur. 1839 yılında Gülhane Hattı Hümayunu ile Padişah Abdülmecit, can ve mal emniyetini güvence altına almaya yönelik bir takım imtiyazlar tanıyarak yeni ceza kanununu çıkarmıştır. Tanzimattan sonra 1840 yılında Kanun-u Ceza, 1851 yılında Kanun-u Cedid yürürlüğe girmiştir.

Suç sayılmayan ve şeriata aykırı olduğu kesin olmayan hususlarda devlet başkanına boyun eğmek ve emrini yerine getirmek vacip olduğundan Tanzimattan sonra bir çok kanun çıkarılarak yürürlüğe konmuştur. Mecelle ile 1256/1840, 1267/1851 tarihli ceza kanunları sultanın emri ile yürürlüğe konduğu gibi milli bünyeye fazla uymayan ve Avrupa'dan alınmış kanunlar da hep aynı yolla yürürlüğe konmuştur.

1810 yılında Fransız Ceza Kanununa dayanan, Ceza Kanunname-i Hümayunu 1858 yılında yürürlüğe girip 1926 yılına kadar yürürlükte kalmıştır¹⁰⁴Bu kanunun hükümlerinin bir kısmı hiç alınmadığı gibi bir kısmı da değiştirilerek alınmıştır. Farklı tarihlerde ekler yapılan bu kanun, 1911 ve 1915'te esaslı değişikliklere uğramıştır. Usul-i Muhakemât-ı Cezaiye Kanunu ise (1296/1879).1808 tarihli Fransız Ceza Muhakemesi Kanununun tercümesi ve kısmen değiştirilmesi suretiyle meydana getirilmiştir. Savcılık

¹⁰⁴Feridun Yenisey:Hazırlık Soruşturması ve Polis (İstanbul,1993),32

kurumu bu kanunla ÷lkemize girmiştir.¹⁰⁵ Mahkemelerimizin sistemi Fransa'dan alınırken oradaki jüri sistemi bize alınmamıştır. 1913'te hafif suçlarda daha basit ve daha seri bir muhakeme usulü öngören Sulh Hakimleri Kanunu ile getirilmiştir.

1.3.2.2.2. Cumhuriyet Dönemi

Milli Hükümet Cumhuriyetin ilanından önce 1879 kanununu değiştiren bazı kanunları yürürlüğe koymuştur.1924'teki kanunla yargılama birliği sağlayan "Mehakim-i şer'i yenin ilgasına ve Mehakim-i Teşkilatına Dair Ahkam-ı Muadil Kanun konulmuştur. 1926 da 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 825 sayılı Ceza kanunun Mevki Meriyete Vaz'ına Dair Kanun kabul edilmiştir. 1929'da Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu kabul edilmiştir. 1929 tarihli Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 1877 tarihli Alman Ceza Muhakemesi Yasasından alınmıştır.

Aslında önceden 1913 tarihli İtalyan Ceza Muhakemesi Yasası Türkçeye çevrilerek alınmak istenmiş, fakat çeviri sırasında bu yasanın birçok maddesinin belirsiz ve karışık olduğu ortaya çıkmıştır. Çeviri komisyonunun buna ek olarak sözkonusu yasanın İtalya'da eleştirildiğini, hatta bu yüzden orada yeni tasarılar hazırlandığını belirtmesi üzerine, vazgeçilmiştir. Bunun üzerine basit ve seri yargılamaya daha elverişli olduğu, kamu çıkarları ile kişisel çıkarları güvence altına aldığı kabul edilen 1877 tarihli Alman Ceza Muhakemesi Yasası'nın 1926 da değişiklik gören metni Türkçeye çevrilerek bazı değişikliklerle 1929 Yılında yürürlüğe konulmuştur.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Nurullah Kunter:Ceza Muhakemesi Hukuku(İstanbul,1981),307

¹⁰⁶ Centel-Zafer, s18 vd.

Cumhuriyet döneminde ceza hukuku siyasi hayata paralel olarak gelişmiş ve, bunda tek parti döneminin büyük etkisi olmuştur. 1950'den sonra "Geniş Anlamli Ceza Hukuku" alanında değişiklikler olmuştur. 1992 yılında 3842 sayılı kanunla Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda yapılan değişiklikle sanık hakları, delillerin hukukiliği, delilden sanığa gidilmesi kavramlarının uygulanması üzerinde durulmuştur¹⁰⁷ Günümüzde Avrupa Birliği sürecinde uyum yasaları çerçevesinde yeni düzenlemeler hız kazanmıştır.

Bu düzenlemeler ile birlikte 2004 yılında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun hazırlanmış ve uygulamaya 1 Haziran 2005 tarihinde konulmuştur. Mağdurun korunması açısından yeni getirilen düzenlemelerin daha rahat anlaşılabilmesi için 765 sayılı Türk Ceza Kanununun tez konumuzu ilgilendiren kısımlarını ilerde incelenecek ve açıklanacaktır.

1.4. ULUSLARARASI ALANDA YAPILAN ÇALIŞMALAR

1.4.1. Uluslararası Belgelerde Mağdur Kavramı

1.4.1.1. Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü

BM Suç ve Yetki İstismarı Mağdurlarına Adalet Temin Edilmesi Hakkındaki Temel Prensipler Deklarasyonu Prensip 4'e göre "Mağdurlara

¹⁰⁷ Feridun Yenisey:Hazırlık, 32

şefkatle ve insanlık onuruna saygıyla muamele edilmelidir. Mağdurlar uğradıkları zararlar için ulusal mevzuatta öngörülen adalet mekanizmalarına ulaşma ve bir giderim elde etme hakkına sahiptirler." ¹⁰⁸

Ülkemiz bu anlaşmayı henüz imzalamamıştır. Avrupa Konseyinde bu anlaşmayı imzalamayan tek ülke Türkiye'dir. İmza atmayan öteki ülkeler ABD, Rusya, Çin, Hindistan ve Pakistandır. ABD, Çin ve Rusya bu mahkemeye açıkça karşı çıkmaktadır. Türkiye, bugüne kadar altına imza atmaktan kaçındığı Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yetkisini tanıyan sözleşmeyi onaylama hazırlığındadır. Sözleşme yargılama aşamasında mağdurun korunması için getirdiği önlemler bakımından ilginçtir. Elbetteki bu önlemler uluslararası ceza yargılaması yapması düşünülen bir mahkeme için getirilmiş önlemlerdir. Uluslararası mahkemelerin çoğu kez adaleti yerine getirmekten ziyade siyasal amaçlı veya siyasallaştırılması mümkün kararlar verdikleri açıktır. Bu mahkemeler için öngörülen usullerin iç hukuka ilişkin düzenlemeler yapan ceza usul kanunlarından farklı olması kaçınılmazdır. Yine de içerdiği bazı hükümlerin iç hukukta düzenlemeler yapılırken dikkate alınmasının mağdurun korunması açısından faydalı olacağı kanaatindeyim.

Bugün mağdurları ve onların haklarını daha iyi bir şekilde göz önünde bulunduracak bir ceza hukuku sistemi sağlamaya yönelik, yeniden güç kazanan uluslararası bir ilgi vardır. Davaya mağdurun katılımı, mağdurların ve tanıkların korunması, giderim hakkını ilke olarak kutsal kabul eden Uluslararası Ceza Mahkemesi bunu Roma Tüzüğü'ne de (Tüzük) yansıtmıştır.

¹⁰⁸ Uluslararası Af Örgütü - Uluslararası Ceza Mahkemesi Bilgi Notu 6 BM Suç ve Yetki İstismarı Mağdurlarına Adalet Temin Edilmesi Hakkındaki Temel Prensipler Deklarasyonu www.amnesty-turkiye.org

Tüzük, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (UCM) her zaman sanığın haklarına ve adil ve tarafsız bir yargılanma hakkına zarar vermeyecek ya da ters düşmeyecek önlemleri mağdur için almasını şart koşar. Burada bu üç ilkenin tüzük içindeki yeri ve önemi anlatılmaya çalışılacaktır.

Davaya Katılım :Roma Tüzüğü'nün merkezinde yatanın mağdurlar için adaleti temin etmek olduğu belirtilmektedir. Tüzük adaletin ve mağdurların çıkarlarının birbirini tamamlayıcısı olduğunu kabul eder. Mağdurların en önemli çıkarının suçun etkili bir şekilde soruşturulması ve adaletin gerçekleşmesi olacağını söyler. UCM mağdurlara korunması gereken pasif nesneler ya da iddia makamı için bir vasıta olarak muamele etmeyeceği Tüzükte belirtilir. Tüzük, mağdurların ceza davasına yapabilecekleri katkıları ve o davanın mağdurlar için önemini kabul eder. O nedenle, madde 68(3)'e dayanarak, UCM nin davanın ilgili aşamalarında mağdurların kaygı ve görüşlerini sunmasına izin vermelidir.¹⁰⁹ Bir soruşturmanın veya kovuşturmanın başlatılmasında mağdurların rolü madde 15'te belirtilmiştir. Madde 15, mağdurlar dahil olmak üzere, herhangi bir kaynaktan gelen bilgiler temelinde soruşturma başlatması için savcıya yetki verir. Mağdurların, bir soruşturmaya izin verilip verilmeyeceğine karar verilirken görüş açıklama hakları vardır. Mağdurların yargılamanın ve yargılama sonrası muhakemenin herhangi bir aşamasına katılma hakları madde 68/3' te belirtilmiştir. Madde 68/3, sanığın haklarına ve adil ve tarafsız bir yargılamaya zarar vermeyecek ve onlarla tutarsızlık teşkil etmeyecek bir biçimde davanın herhangi uygun bir aşamasında, değerlendirilmesi için, mağdurların mevcut görüşlerini ve kaygılarını iletmelerine UCM'nin izin vermesini öngörür.¹¹⁰ Davanın uygun aşamaları, istinaf, ceza indirimiyle ilgili celseler, yeniden incelemeler ve serbest

¹⁰⁹Roma Statue of International Criminal Court(Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü),www.preventgenocide.org/law/icc

¹¹⁰ Roma Statue, bölüm 68

bırakma ile ilgili celseler dahil olmak üzere muhakeme, hüküm, giderim verilmesi ve yargılama sonrası muhakeme olarak Tüzükte açıklanmıştır.¹¹¹

Mağdurların ve Tanıkların Korunması

Tüzük, mağdurların ve tanıkların ve ailelerinin güvenliğini, fiziksel ve psikolojik rahatlığını, onurunu ve mahremiyetini sağlayacak önlemlerin UCM'nin güvenilirliğini ve meşruiyetini desteklemekte temel olduğunu kabul etmektedir.¹¹² Madde 43(6) UCM Kalemünde bir mağdur ve tanık biriminin kurulmasını öngörür. Bu, UCM önünde hazır bulunan mağdurlara ve tanıklara ve bu türden tanıklıklardan dolayı risk altında olan aile üyeleri gibi diğerlerine koruyucu önlemleri, güvenlik tedbirlerini, danışma ve diğer uygun yardımları temin edecektir.¹¹³

Madde 68(4) bu türden önlemler hakkında savcıya ve UCM'nin diğer kısımlarına görüş bildirme için birimi yetkilendirir. Birim cinsel şiddet mağdurlarını ve çocuk mağdurları da içerecek şekilde travma geçirmiş bireylerle ilgilenebilecek eğitimli kişileri ve deneyimli profesyonelleri içerecektir.¹¹⁴

Madde 54(1)(b), Savcının bir soruşturmanın veya cezai takibat sırasında yaş ve sağlığı da dahil olmak üzere mağdurların ve tanıkların kişisel koşullarına ve çıkarlarına saygı göstermesini ve özellikle cinsel şiddet, veya çocuklara karşı şiddet içeren durumlarda suçun niteliğini gözönünde bulundurmasını gerektirir. Madde 68(1) Savcının özellikle suçun soruşturulması ve kovuşturma sırasında mağdurların ve tanıkların

¹¹¹ Roma Statue, bölüm 68

¹¹² Roma Statue, bölüm 43

¹¹³ Roma Statue, bölüm 43

¹¹⁴ Roma Statue, bölüm 64

güvenliğini, fiziksel ve psikolojik rahatlığını, onurunu ve mahremiyetini koruyacak uygun önlemleri almasını gerektiğini belirtir. Madde 68(5) ayrıca Savcıya, eğer mağdurun veya ailesinin güvenliğini büyük ölçüde tehlikeye sokacaksa, özet bir bilgi sunmak suretiyle, yargılamaya kadar delilleri ve bilgileri saklayabilmesini öngörür. Uluslararası Ceza Mahkemesinin organları olan ön-dava dairesinin ve dava dairesinin mağdurlara yönelik olarak Madde 57(3) 'e göre gerektiğinde Ön-Dava Dairesinin mağdurların ve tanıkların mahremiyetini ve korunmasını sağlama gereğini belirtir. Madde 68(1) koruyucu önlemleri alması için Dava Dairesini yetkili kılar. Madde 68(2) UCM'nin yargılamanın herhangi bir bölümünü kamuya kapalı yapmak ya da delillerin elektronik ya da diğer özel araçlar yoluyla sunulmasına izin vermek suretiyle mağdurların ve tanıkların kimliğini basından ve kamudan koruyabilmesini de imkan tanır.

Uluslararası ceza hukuku alanında mağdurların uğradıkları zararların giderilmesi ilkesi, modern uluslararası hukuk anlayışında yerini almıştır. Hem Yugoslavya ve Ruanda Savaş Suçları Mahkemeleri hem de Uluslararası Ceza Mahkemesi bakımından da geçerli olan bu uygulamanın, iade/eski hale getirme (restitution) ve tazminat (compensation) olarak iki ayrı başlık altında aşağıda incelenmesi yerinde olacaktır.

Yugoslavya ve Ruanda Savaş Suçları Mahkemeleri Statülerinde, Duruşma Mahkemelerinin, çalınmış olan malların veya çalınmış olan malların satışından elde edilen gelirlerin asıl sahiplerine iade edilmesine karar vermeleri konusunda yetkili oldukları hükme bağlanmıştır. Bu durum, Mahkemenin yargı yetkisine giren suçlardan birisi olan hukuka aykırı olarak mal, mülk veya eşyaya el konulması suçunun en uygun cezalarından birisi olarak kabul edilmesinin doğal sonucudur. Bu şekilde bir yaptırımın uygulanması, cezai olmaktan daha çok hukuki bir nitelik gösterir. Bununla birlikte uluslar arası cezai yargılama yetkisine sahip olan bir organın, hukuka aykırı olarak bireylere ait mal, mülk veya eşyaya el konulması suçunun bir

elementi olarak, sorumluların söz konusu eşyaları iade etmesine karar verme gücünün olduğunu kabul etmek gerekir. Yugoslavya Savaş Suçları Mahkemesi dikkate alındığında, özellikle etnik temizlik kampanyasının bir parçası olarak tehditle masum sivil halkın özel mülklerine el konulmasının ne kadar yaygın bir şekilde işlendiğini gösteren raporlar ışığında, sorumluların, bu eşyaları iade etmek zorunda bırakılmalarının önemi daha iyi anlaşılabilir. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, sivil halkın zorla ülkelerinden çıkarılmaları, ikamet ettikleri yerlerden kovulmaları ve özel mülklerine el konulmaları konusundaki endişelerini dile getirmiş ve bu şekilde bir mal veya mülk elde etmenin, onlara sahip olmanın olanak dahilinde olmadığını belirtmiştir. Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği Raporu'nda da, "mal, mülk veya eşya ve hukuka aykırı fiil sonucu elde edilen gelirler müsadere edilmeli (zorla geri alınmalı) ve gerçek hak sahiplerine iade edilmelidir" önerisinde bulunulmuştur.¹¹⁵

Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, "Mağdurların Zararlarının Tazmini" başlıklı 75. maddesinde Mahkemenin, hukuka aykırı olarak elde edilen malların veya bunların satışından elde edilen gelirin gerçek hak sahiplerine iadesi konusunda gerekli ilkeleri hazırlamakta yetkili olduğunu hükme bağlamıştır. Bu anlamda henüz ilkeler tesis edilmiş olmamakla beraber, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin önünde bu ilkelerin hazırlanmasını kolaylaştıracak yukarıda detaylarıyla anlatılan Yugoslavya Savaş Suçları mahkemesi düzenlemeleri ve uygulamaları mevcuttur. Mahkemenin malların iadesi konusunda yetkili ulusal otoritelere bu işin bırakılmasının Mahkeme açısından ve uluslararası toplum açısından daha yararlı olacağı düşünülebilir.¹¹⁶

Uluslararası insan hakları hukukunda, insan hakları ihlal edilen veya bir suçun mağduru olan kimsenin, bu suçu işleyen kişiden veya diğer yetkili

¹¹⁵Yusuf Aksar: Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Ceza Usul Hukuku (Ankara,2003),s 157

¹¹⁶Yusuf Aksar: Uluslararası Ceza Mahkemesi, 159

ulusal otoritelerden uğramış olduğu zararlara karşılık tazminat alma ilkesi, insan hakları hukukunu düzenleyen metinlerde açıkça yerini almıştır. Bunlara örnek olarak, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi madde 8, uluslar arası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi madde 2(3) (a), İşkencenin Önlenmesine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi madde 14 (1) düzenlemeleri gösterilebilir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, mağdurların tazminat alma hakları değişik şekillerde karşımıza çıkabilir : Bunlardan birincisi, tazminatın doğrudan doğruya bu suçu işleyen kişi, hükümlü, tarafından ödenmesidir. Bu sistemin başarılı olması, ulusal hukuk düzenlemelerince bu hakkın tanınmış olması ve hükümlünün maddi durumuna bağlıdır. İkincisi, insan hakları ihlal edilen mağdurun uğradığı zararını sorumlu devletten veya devlet otoritelerinden alınmaya çalışmasıdır ki, bunun da başarılı olması ulusal hukuk düzeyinde buna ilişkin düzenlemelerin ve söz konusu kararın ulusal mahkemelerce verilip uygulanabilirliğine bağlıdır. Üçüncü ve son sistem ise, bir uluslar arası silahlı çatışma sonucunda, uluslararası düzeyde oluşturulan bir kurumdan bu tazminatın alınmaya çalışılmasıdır.¹¹⁷

Uluslararası düzeyde faaliyet gösteren cezai yargılama yetkisi olan organlar bakımından mağdurların tazminat haklarına yönelik düzenleme ve uygulamalara bakıldığında, Yugoslavya ve Ruanda Savaş Suçluları Mahkemelerinin Statülerinde mağdurların tazminat haklarına ilişkin bir düzenlemenin olmadığı görülür. Bunun değişik nedenlerinin olduğu açıktır : Öncelikle, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi bu Mahkemeleri kurarken ilk amaç olarak savaş suçları, insanlığa karşı işlenen suçları ve soykırım suçlarını işleyen kişilerin yargı önüne çıkartılmalarını hedeflemiştir. Mağdurların tazminat haklarına yönelik herhangi bir niyetin Mahkemelerin kuruluşu aşamasında olmadığı açıktır. İkinci neden olarak ise, Yugoslavya ve Ruanda Mahkemelerinin, bir davanın hazırlanması, delillerin toplanması

¹¹⁷ Yusuf Aksar: Uluslararası Ceza Mahkemesi, 160

ve duruşmaların yapılması, daha önemlisi kurumun faaliyetlerine devam edebilmesi için maddi olarak çok güçlü olması gerektiği, fakat, Mahkemelerin maddi olanaklarının sınırlı olması nedenleriyle, mağdurların tazminat hakları konusunda ek bir kaynağın aktarılamaması söylenilebilir.

Yugoslavya ve Ruanda Savaş Suçluları Mahkemelerinin mağdurların tazminat hakları konusunda karar vermek yetkisi olmamasına rağmen, verecekleri veya verdikleri kararların, ulusal mahkemelerden veya diğer uygun organlardan tazminat talep edilebilmesi bakımından bir dayanak teşkil edeceği açıktır. Yugoslavya Savaş Suçluları Mahkemesi Usul ve Delil Kurallarından Kural 106, Yugoslavya Mahkemesi'nin vermiş olduğu hükme dayalı olarak, ulusal hukuk ve ulusal mahkemeler düzeyinde mağdurların tazminat almalarını kolaylaştırıcı nitelikli bir usul düzenlemesi getirmektedir. Buna göre, Mahkeme Yazı İşleri, hükümlünün belirtilen mağdur veya mağdurlara karşı vücut bütünlüğünü ihlal eden bir suç işlediğini içeren Mahkeme kararını, ilgili devlet veya devletlerin yetkili organlarına gönderecektir. Mahkemenin verdiği hüküm çerçevesinde, mağdur veya mağdur adına hareket eden kimse (mağdurun mirasçıları olabilir), ilgili ulusal hukuk düzenlemelerine uygun olarak, uğranılan zararın tazmini konusunda, ulusal bir mahkemede veya diğer yetkili bir organ nezdinde tazminat talebinde bulunabilir. Yugoslavya Mahkemesi'nin hükümlünün işlemiş olduğu suç ve suç sonucunda mağdurun fiziksel bütünlüğünün ihlal edildiğine dair vermiş olduğu karar, ulusal mahkemeleri bağlayıcı niteliktedir. Hiç şüphesiz, Yugoslavya Mahkemesi'nin bu yönde vereceği kararın ulusal mahkemeleri bağlayıcı nitelikte olması, mağdurların daha süratli bir şekilde hakları olan tazminatlarını almalarını sağlayıcı bir düzenlemedir.¹¹⁸

Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünün 75. maddesinde, uluslararası insan hakları metinlerine uygun olarak mağdurların tazminat haklarına ilişkin düzenlemeye açıkça yer verilmiştir. Söz konusu maddeye

¹¹⁸ Yusuf Aksar: Uluslararası Ceza Mahkemesi, 161

göre, Mahkeme gerek talep üzerine gerekse istisnai durumlarda kendiliğinden, kendi tespit edeceği ilkeler çerçevesinde, mağdurun zararının kapsamı, vücut bütünlüğünün ihlalinin derecesi (tamamen / ölüm veya kısmen / yaralanma şeklinde ihlal olabilir) konularında karar vermeye yetkilidir. Mahkeme zararın kapsamını tespit etmekte, mağdurların veya hukuki temsilcilerinin talebi veya hükümlünün talebi üzerine veya Mahkemenin kendiliğinden, kendisine yardımcı olması için bilirkişi tayin edebilir.

Bilirkişi raporu doğrultusunda Mahkeme, zararın ne kadar olduğunu ve ne tür bir tazminat yöntemine gidileceğini daha rahat belirleme olanağına sahip olur. Bilirkişi raporlarının incelenmesi için, Mahkeme uygun görürse, mağdurları veya hukuki temsilcilerini, hükümlüyü, diğer ilgili kişileri ve ilgili devlet temsilcilerini, Mahkemeye davet edebilir. Mahkeme, mağdur lehine bir tazminata hükmetmeden önce, hükümlüyü, mağduru, diğer ilgili kişileri ve ilgili devleti dinleyecek ve sonra karar verecektir.

Mahkeme, tazminatın doğrudan doğruya hükümlü tarafından ödenmemesine veya Mahkeme bünyesinde Statünün 79. maddesi çerçevesinde oluşturulan Fon'dan (Trust Fund) karşılanmasına karar verebilir. Bu noktada, Mahkeme bünyesinde oluşturulan bir Fon'dan mağdurların uğradıkları zararlarını karşılama olanaklarının olmasının, uluslararası hukuk açısından mağdurların tazminat haklarının ne derece önemli ve bu anlamda uluslararası toplumun ne kadar duyarlı olduğunu göstermesi bakımından kayda değer bir gelişme olduğu ifade edilmelidir. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin mağdurlara yönelik olarak vereceği tazminat kararlarına, Mahkemenin yargı yetkisini kabul eden devletler uymak zorundadır.

1.4.1.2. Birleşmiş Milletler Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur Olanlara Adalet Sağlanmasına Dair Temel Prensipler Deklarasyonu

26 Ağustos ile 6 Eylül 1985 tarihleri arasında Milanoda toplanan Suçluların Önlenmesi ve Suçluların Islahı üzerine Yedinci Birleşmiş Milletler Kongresi tarafından kabul edilmesi tavsiye edilmiş , ve Genel Kurulunun 29 Kasım 1985 tarihli 40/34 sayılı kararıyla kabul edilmiştir¹¹⁹Buna “mağdurların Manga Carta’sı” da denir. Adı geçen deklarasyon mağdurun dört temel hakkında dikkat çeker.¹²⁰

a)Ceza muhakemesinde adil işlem hakkı, b)Meydana gelen zararlı durumun eski hale iadesi hakkı, c)Meydana gelen zararın tazmini hakkı, d)Yardım ve uygun tedavi hakkı.

BM tarafından bir mağdur tanımı yapılmış ve bu mağdur tanımının geniş anlaşılması gerektiği söylenmiştir. Zaten BM bu deklarasyonun ikinci fıkrasında mağdur kavramının mağdurun ailesi veya üçüncü kişileri de kapsadığını belirtmiştir. Bu deklarasyonda ayrımcılık yapılmaması gereğine işaret edilmiş ve mağdurlara sağlanacak olanaklardan da bahsedilmiştir

Suçtan Mağdur Olanlar : Üye Devletlerin yetki istismarını suç olarak yasaklayan kanunları gibi yürürlükte bulunan ceza kanunlarının eylem veya ihmal yoluyla ihlal edilmesi nedeniyle, bireysel veya toplu olarak, fiziksel veya ruhsal biçimde yaralanma da dahil olmak üzere manevi acılar çeken, ekonomik kayba uğrayan veya temel hakları esaslı bir biçimde zayıflayan ve bu suretle zarar gören kimseye “mağdur” denir. Suçun failleri tespit

¹¹⁹ www.amnesty-turkiye.org

¹²⁰ Özbek:CMK İzmir Şerhi, 1015

edilmemiş, yakalanmamış, kovuşturulmamış veya mahkum edilmemiş de olsa ve fail ile mağdur arasındaki ailevi ilişki ne olursa olsun, bir kimse bu bildiri bakımından mağdur kabul edilebilir. “Mağdur” terimi ayrıca mümkünse mağdurun ailesini veya doğrudan bakmakla yükümlü olduğu kişileri ve zor durumunda mağdura yardımcı olmaktan veya mağduriyeti önlemekten ötürü zarar gören kişileri de kapsar.

Bu bildirideki hükümler, ırk, renk, cinsiyet, yaş, dil, din, milliyet, siyasal veya başka bir fikir, kültürel inanç veya uygulama, mülkiyet, doğum veya ailevi statü, etnik veya toplumsal köken, ve özürlü olmak gibi her hangi bir sebebe dayanan bir ayrımcılık yapılmaksızın uygulanır.¹²¹

Adalete Ulaşma ve Adil Muamele Görme : Mağdurlara şefkatle ve insanlık onurlarına saygıyla muamele edilir. Mağdurlar uğradıkları zararlar için ulusal mevzuatta öngörülen adalet mekanizmalarına ulaşma ve bir giderim elde etme hakkına sahiptirler. Mağdurların resmi veya gayri resmi yoldan bir giderim elde edebilmeleri için, gerektiği takdirde süratli, adil, ucuz ve ulaşılabilir nitelikte yargısal veya idari mekanizmalar kurulur ve güçlendirilir. Mağdurlar bu mekanizmalar vasıtasıyla giderim isteme hakkına sahip oldukları konusunda bilgilendirilir.

Yargısal ve idari mekanizmaların mağdurların ihtiyaçlarına karşılık verebilmesi için mağdurlara şu olanaklar sağlanır : a) Özellikle ağır suçlar söz konusu olduğunda ve mağdurların talep etmeleri halinde mağdurlara, yargılamadaki rolleri ve kapsamı, yargılamanın zamanlaması ve ilerlemesi ile, davalarının durumu hakkında bilgi verilir; b) Sanığın haklarına zarar vermeden ve ulusal ceza adaleti sistemine uygun biçimde, mağdurun kişisel haklarını ilgilendirdiği durumlarda davanın gerekli aşamalarında kendisinin görüş ve düşüncelerini sunmasına izin verilir ve bunlar dikkate alınır; c)

¹²¹ www.amnesty-turkiye.org

Hukuki süreç boyunca mağdurlara uygun bir hukuki yardım sağlanır; d) Mağdurlara verilebilecek rahatsızlıkları asgariye indirmek, mahremiyetlerini korumak, gerektiği zaman kendilerinin, ailelerinin ve lehlerine olan tanıkların güvenliklerini sağlamak ve onları baskı ve misillemeye karşı korumak için tedbir alınır; e) Davalarının sonuçlandırılmasında ve tazminat öngören emir veya kararların uygulanmasında gereksiz geciktirmeden kaçınılır. Mağdurlara haklarının verilmesi ve bir giderim sağlanmasını kolaylaştırması halinde arabuluculuk, hakemlik ve geleneksel adalet veya yerel uygulamalar da dahil, uyuşmazlığı çözmek için gayri resmi mekanizmalar da kullanılır.¹²²

Giderim :Suçu işleyenler veya bunların hareketlerinden sorumlu olanlar, gerektiği takdirde mağdurlara, ailelerine veya bakmakla yükümlü oldukları kimselere adil bir giderim verirler. Bu giderim mülkün geri verilmesini, zararın veya kaybın karşılanmasını, mağduriyetten doğan giderlerin geri ödenmesini, gerekli hizmetlerin sağlanmasını ve ihlal edilen hakların onarılmasını da kapsar. Hükümetler, ceza davalarında cezai yaptırımlara ek olarak bir yaptırım olarak kullanılabilmesi için mevzuatlarını ve uygulamalarını gözden geçirirler. Çevreye önemli zarar verilmiş olması halinde, giderime karar verildiği takdirde, mümkün olduğu kadar çevrenin onarılması, altyapının yeniden inşa edilmesi, binaların yerine yenilerinin yapılması ve bu zarar bir grup insanın yurtlarından edilmesi sonucunu doğurmuşsa bu kimselerin yurt edinmek için yaptıkları harcamalar bu giderime dahil edilir. Ulusal ceza yasalarının resmi veya yarı resmi sıfatlarıyla hareket eden kamu görevlileri tarafından ihlal edilmesi halinde, mağdurlar, verilen zarardan sorumlu olan kişilerin memuru oldukları devletten bir giderim alırlar. Mağduriyete sebep olan eylem veya ihmalden

¹²² www.amnesty-turkiye.org

sorumlu Hükümetin varlığını sürdürmemesi halinde, bu Hükümeti izleyen Devlet veya Hükümet tarafından mağdurlara giderim sağlanır.¹²³

Tazminat : Tazminatın failden veya diğer kaynaklardan tam olarak alınamaması halinde Devlet, aşağıdaki kişilere tazminat ödenmesi için çaba sarf eder: a)Ciddi bir suç nedeniyle önemli derecede bedenen yaralanan veya fiziksel veya ruhsal sağlığı zarara uğrayan mağdurlara; b) Bu tür bir mağduriyet nedeniyle fiziksel veya ruhsal olarak iş göremez hale gelen veya ölen kimsenin ailesine, özellikle bakmakla yükümlü olduğu kimselere. Mağdurlara tazminat ödenmesi için ulusal fonların kurulması, güçlendirilmesi ve yaygınlaştırılması teşvik edilir. Bu amaçla, mağdurun vatandaşı olduğu Devletin mağdurun zararlarını karşılayabilecek durumda olmadığı haller de dahil olmak üzere, uygun olduğu takdirde, başka tür fonlar kurulabilir.¹²⁴

Yardım: Mağdurlar resmi, gönüllü, sivil toplum kuruluşları ve yerel yönetimler vasıtasıyla, gerekli her türlü maddi, tıbbi, psikolojik yardım edinirler. Sağlık, sosyal hizmet ve diğer ilgili yardımlardan nasıl yararlanacakları konusunda mağdurlara bilgi verilir ve bu yardımlara hemen ulaşmaları sağlanır. Polis, adliye, sağlık kuruluşu, sosyal hizmet servisi mensuplarını ve diğer ilgili görevlileri mağdurların ihtiyaçları konusunda daha duyarlı hale getiren eğitim verilir. Mağdurlara gerekli hizmet ve yardım sağlanırken, uğranılan zararın niteliği gereği veya üçüncü maddede belirtilen faktörler nedeniyle özel ihtiyaçları bulunan mağdurların durumuna özel bir dikkat gösterilir.¹²⁵

¹²³ www.amnesty-turkiye.org

¹²⁴ www.amnesty-turkiye.org

¹²⁵ www.amnesty-turkiye.org

1.4.1.3. Savcıların Rolüne Dair Yönerge

Bu yönerge 27 Ağustos - 7 Eylül 1990 tarihleri arasında Havana'da toplanan Suçların Önlenmesi ve Suçluların Islahı üzerine Sekizinci Birleşmiş Milletler Konferansı tarafından kabul edilmiştir¹²⁶

Bu prensipleri vurgulayan görüşler ile gerçek durum arasında hala bir açıklık bulunmaktadır. Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur olanlara Adalet Sağlanmasına dair Temel Prensipler Bildirisi, suç mağdurlarının uluslararası ve ulusal düzeyde adalete ulaşmalarını ve adil muamele görmelerini, zararlarının giderilmesini, tazminat ve yardım için alınması gereken tedbirleri tavsiye etmektedir.

Bu yönergede Madde 2(b) "Savcılara, görev yaptıkları makamın gerektirdiği idealler ve ahlaki ödevler ile, anayasa ve yasalarda sanıkların ve mağdurların haklarını korumak için getirilen hükümler, ve ulusal ve uluslararası hukuk tarafından tanınmış insan hakları ve temel özgürlükler konusunda gerekli eğitim ve öğretim verilir." diyerek mağdur haklarının korunması için alınması gereken eğitime dikkat çekmektedir.

Madde 13(b) " Kamu yararını korurlar, objektif bir biçimde hareket ederler, zanlının ve mağdurun durumunu gereği gibi dikkate alırlar, ve zanlının yararına veya zararına olup olmadığına bakmaksızın, ilgili her türlü duruma dikkat ederler." Mağdurun haklarını da dikkate alacak şekilde bir muhakeme yürütülmesinin gereğine işaret etmektedir.

¹²⁶ www.ihm.8m.com/i4saroy.htm

“Madde 13(d) Mağdurların kişisel menfaatlerini etkileyen hususlarda onların görüş ve düşüncelerini dikkate alır ve mağdurları Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur olanlara Adalet Sağlanmasına dair Temel Prensipler Bildirisi'ne göre sahip oldukları haklardan haberdar eder.” Mağdurun bilgi edinme hakkını korumaktadır.¹²⁷

1.4.1.4. Avrupa Konseyi Sözleşmesi

Avrupa Konseyi çerçevesindeki ilk çalışma, ¹²⁸1977 tarihli Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Suç Mağdurlarına Tazminat Ödenmesi Hakkındaki 27 sayılı Tavsiye Kararı'dır. Buna göre, “Suçtan zarar görenin herhangi bir şekilde tazminat alamaması halinde, Devlet; a) Bir suç sonucu bedenen ciddi olarak yaralanan kişiye, b) Böyle bir suç dolayısıyla ölen şahsın bakmakla yükümlü olduğu kimselere, tazminat ödenmesine katkıda bulunmalıdır. Bedensel yaralanmaya yol açan suçlarla ilgili olarak kasten işlenen şiddet suçları dolayısıyla, sanık hakkında kamu adına takibat yapılmasa dahi, mağdur en azından tazminat kapsamına alınmalıdır.” İşte, temel ilkelere yer veren bu tavsiye kararına dayanarak yapılan çalışmalar, “Şiddet Suçları Mağdurlarının Zararlarının Tazmin Edilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi”ni doğurmuştur.

Şiddet suçu mağdurlarının zararlarının devlet tarafından giderimi için Avrupa Konseyi Sözleşmesi 24 Kasım 1983 tarihinde imzaya açılmış ve 1 Şubat 1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme Danimarka, Lüksemburg, Hollanda ve İsveç tarafından kabul edilip onaylanmıştır. Almanya, İngiltere, Fransa, Norveç, Yunanistan ve Türkiye tarafından da imzalanmıştır.¹²⁹ Bu sözleşmenin sonucu beden bütünlüğüne ve sağlığına karşı işlenen suçlarda failin bulunmasına rağmen ekonomik gücünün

¹²⁷ www.ihm.8m.com/i4saroy.htm

¹²⁸ Özbek:CMK İzmir Şerhi,1011

¹²⁹ www.taa.gov.tr/dersnotlari/GocmenKacakligiveInsanTicareti.doc

yetersiz olması nedeni ile mağdurun zararlarının giderilmemesi durumunda bu zararların devlet tarafından karşılanmasıdır.

Bu sözleşmeye göre devletin bu giderimi sağlaması için suçun kendi ülkesinde işlenmesi ve mağdurun sözleşmeye taraf ülke vatandaşları olması, ya da bu ülkelerde sürekli oturan kimselerden olması gerekmektedir. Bu sözleşmenin kapsamı içerisinde ilaç ve hastane masraflarından kaza kayıplarına, nafaka ve geçim kayıplarına, hatta yakınlarının kayıplarına da yer verilmiştir. Ancak devlet ödediği tazminat konusunda mağdurun halefi durumundadır.

Devletin kişilerin toplumsal ve kişisel güvenliğini sağlamaya yönelik anayasal görevlerinin bir sonucu ve gereği olarak kabul edilen, zararların devletçe karşılanması ileride açıklanacağı İngiltere, Almanya, Fransa, Hollanda, Avusturya, Belçika, Fındandiya, Lüksemburg, İrlanda, Norveç ve İsveç'te uygulanmaktadır. Ancak zararların giderimi, kapsamındaki suçlar, zararları giderilecek kişiler değişmektedir. Ayrıca giderilecek zararın kapsamı ve koşulları konusunda bu ülkeler arasında farklılıklar söz konusudur. Yürürlükteki hukukumuzda göre devletin suç mağdurunun ya da onun ölümü durumunda yakınlarının uğradığı zararlar nedeniyle bir sorumluluğu yoktur.¹³⁰

Sözleşmenin Amacı

Sözleşmenin amacı şu şekilde ifade edilmiştir : “Konseye üye ülkeler arasında daha sıkı işbirliği sağlamak, hakkaniyet ve sosyal dayanışma nedenleriyle kasten işlenen şiddet suçu mağdurlarının kişilik durumları ile ve vücut ya da sağlıkları (ruhsal-bedensel) veyahutta böyle suçların akabinde ölen mağdurların bakmakla yükümlü oldukları kişilerin durumuyla ilgilenmek,

¹³⁰ Muhammet Açıkgözoğlu: Ceza Hukuku, 27

bu tür suçların işlendiği ülke üzerindeki devlet tarafından bir zarar tazmin rejimi kurmak, özellikle failin meçhul olduğu veya ödeme gücünün bulunmadığı hallerde, bu alanda asgari normlar kurmak”.

Sözleşmenin Uygulama Koşul ve Sınırları

Sözleşmenin uygulanması, belli koşul ve sınırlar ile mümkündür. Bunları, şu başlıklar altında inceleyebiliriz:

-Konu Bakımından : Sözleşme, bütün suçları kapsamamaz; ancak şiddet suçlarından mağdur olan kişilerin zararlarının giderilmesi bakımından uygulama alanı bulabilir.

-Kişi Bakımından : Bunlar, doğrudan suçtan kaynaklanan vücuduna ya da sağlığına dönük olarak ciddi zarara maruz kalanlar ya da bu tür suçlar sonucu ölen kişinin bakmakla yükümlü olduğu kişilerdir (m.2/1 a, b). İlgili devlet, bu iki gruba giren kişilerin zararlarının tazminini, zararın başka kaynaklardan tazmin edilememesi koşuluna bağlamıştır (m.2/1). Ancak, söz konusu tazminatın verilmesi, failin koğuşturulması ya da cezalandırılmasına bağlı değildir (m.2/2). Diğer bir deyimle, fail koğuşturulmasa veya cezalandırılmasa da ilgili kişilerin zararları tazmin edilecektir. Öte yandan, söz konusu bu kişilerin sözleşmeye taraf olan devlet vatandaşlarından ya da suçun işlendiği ülkede daimi olarak ikamet eden Avrupa Konseyi'ne üye bir devletin vatandaşı olması gerekir (m.3 a, b).

Tazmin ile Sorumlu Olanlar Bakımından :Tazminat, suçun işlendiği ülkenin devleti tarafından verilir (m.3). Öte yandan, mükerrer tazminatın önlenmesi amacıyla, devlet veya yetkili makam suçludan, sosyal güvenlik kuruluşundan, bir sigortadan veya başka herhangi bir kaynaktan ödenmiş olan kısmı tazmin edilen kişiden isteyebilir (m.9) ya da tazminat ödenen kişinin haklarına halef olabilir (m.10).

Tazminat Bakımından:Tazminat, maruz kalınan zarar bakımındanşu unsurları içerir (m.4) : Gelir kaybı, Tıbbi masraflar, Hastane masrafları, Cenaze masrafları, Bakılmakla yükümlü olunanların nafaka kaybı.

Öte yandan, tazminat rejimi gerektiğinde tazminatın tamamı veya belli unsurları için tazminat verilmeyecek bir alt veya üst sınır belirleyebilir (m.5). Yine, davaların açılması için bir süre belirleyebilir (m.6). Sözleşme, tazminatın miktarını davacının mali durumuna bağlamış olup, mali durumu dikkate alınarak azaltılabilir, artırılabilirini öngörmüştür (m.7) Gerçekten, tazminat: a) mağdurun veya davacının (burada ölüm halinde mağdurun bakmakla yükümlü olduğu kişiler kastedilmiştir) suç öncesi, suç esnasında veya suçtan sonraki davranışı nedeniyle veyahutta sebep olunan zararlar (ölüm veya yaralama) bağlantılı olarak, b) mağdur veya davacı organize suçluluk içindeyse veya kendisini şiddet suçlarına hasretmiş, teşkilatın bir üyesi ise, c) tamamen veya kısmen kamu düzenine aykırı düşecek ya da adalet duygusunu rencide edecekse indirilebilir veya tamamen kaldırılabilir (m.8).¹³¹

1.4.1.5. Avrupa Konseyinin Mağduriyetin Önlenmesi Konusunda R(87) 21 Sayılı Tavsiye Kararı 132

Avrupa Konseyinin bu kararına göre mağdurlar konusunda çok önemli sayılabilecek aşağıdaki durumlar karar altına alınmıştır.

Bu karara göre mağdurların ihtiyaçlarının tespiti ve mağduriyetin giderilmesi çalışmalarının yürütülmesinin sağlanması. Mağdur ihtiyaçları konusunda kamuoyunun bilincinin artırılması. Mağdurların ve ailelerinin acil ihtiyaçlarının karşılanması için yardım almalarının sağlanması. Mağdurlara tıbbi, psikolojik, sosyal ve maddi yardımların sağlanması. Mağdurlara

¹³¹ Özbek:CMK İzmir Şerhi, 1012

¹³² Açıkgozoğlu Muhammet,Ceza Hukuku Açısından Teori ve Uygulamada Mağdur Kavramı,Ankara,2000,s28

yardım hizmetlerinin geliştirilmesi. Mağdurlara gönüllü yardım edecek kişi ve kuruluşların cesaretlendirilmesi. Mağdurların elde edebileceği yardım hizmetlerinden kamuoyunun bilgilendirilmesi. Mağdurlara yardım hizmetlerinin düzenlenmesinin isteklendirilmesi. Kamuoyu ve mağdurlara mağduriyetin önlenmesi için bilgi ve tavsiye verilmesi. Özellikle korunması zor grupların mağduriyetlerinin önlenmesi konusunda özel çaba, program ve politikaların oluşturulması. Uzlaşma ve aracılık denemelerinin cesaretlendirilmesi. Önleyici programların ve yardımların değerlendirilmesinin sağlanması tavsiye edilmektedir

1.4.1.6. Avrupa Konseyi'nin Ceza ve Usul Hukukunda Mağdurun Durumuna ilişkin Olarak Tavsiyesi

A.1. Polis memurları mağdurlara anlayışlı, yapıcı ve güven verici bir şekilde davranmak üzere eğitilmelidirler.

A.2. Polis mağdura yardım, fiili ve hukuki tavsiye, suçludan ya da devletten alabileceği tazminat konusunda aydınlatmalıdır.

A.3. Mağdur polis soruşturmasının sonuçları hakkında bilgi alabilmelidir.

A.4. Kovuşturma makamlarına verilen her türlü resmi bilgi ve raporda, polis mağdurun maruz kaldığı zarar ve kayıpları mümkün olduğu kadar açık ve tam olarak belirtmelidir.

B.5. Failin kovuşturulmasına ilişkin takdir hakkı, mağdura verilecek tazminat sorunu ve buna ilişkin olarak suçlunun göstereceği ciddi çaba dikkate alınmadan kullanılmamalıdır.

B.6. Mağdura kendisi bunu istemediğini belirtmemişse kovuşturmaya ilişkin nihai karar hakkında bilgi verilmelidir.

B.7. Mağdur kovuşturamama kararını yetkili bir merci tarafından gözden geçirilmesini isteme hakkına ve özel hukuk davası açma hakkına sahip olmalıdır.

C.8. Yargılamanın her aşamasında mağdur kişisel durumu, hakları ve onuru tam olarak dikkate alınarak sorgulanmalıdır. Mümkün olduğunca ve uygun ise çocuklar, akıl hastaları ve özürlüler veli veya vasi ya da kendilerine yardımcı olan kişilerin bulunduğu bir ortamda sorgulanmalıdırlar.

D.9. Mağdur aşağıdaki hususlar hakkında bilgilendirilmelidir:a)zarar görmesine neden olan suçun duruşmasının tarihi ve yeri,b)ceza adalet sistemi içinde elde edilmesi mümkün tazminat ya da eski hale iade, hukuki yardımcı tavsiye şansının olup olmadığı,C) davanın sonucu hakkında nasıl bilgi edinebileceği.

D.10. Ceza mahkemesinin suçlunun faile tazminat ödemeğe mahkum etmesi mümkün olmalıdır. Buna uygun olarak mevcut sistemde yer alan sınırlamalar, kısıtlamalar veya teknik engeller ilga edilmelidir.

D.11. Yasalar tazminatı ya bir ceza veya ceza yerine geçen bir seçenek ya da cezanın yanında hükmolunacak şekilde düzenlemelidir.

D.12. Cezanın biçimi ve miktarı belirlenirken dikkate alınmak üzere:a)mağdurun tazminata olan ihtiyacı, b)- suçlunun vermiş olduğu tazminat veya tazminat vermeye yönelik samimi girişimleri göz önüne alınarak, mağdurun maruz kaldığı zarar ve kayıplara ilişkin bütün bilgiler mahkemeye bildirilmelidir.

D.13. Mahkemenin ertelemeyi veya probasyonu ya da diğer önlemleri mali koşullara bağlama gibi seçenekleri bulunmaktaysa bu koşullar arasında failin mağdura ödeyeceği tazminata büyük önem verilmelidir.

E.14. Tazminat bir ceza yaptırımı ise, para cezalarının tabi olduğu usule uygun olarak tahsil edilmelidir ve suçluya uygulanan diğer parasal yaptırımlara göre öncelik taşınmalıdır. Diğer hallerde bu paranın tahsilinde mağdura mümkün olduğunca yardımcı olunmalıdır.

F.15. Suçların kovuşturulması ve yargılanmasında bilgilendirme ve halkla ilişkiler açısından, mağdurun özel yaşamını ve onurunu olumsuz yönde etkileyecek her türlü yayından korunması hususunda özel dikkat gösterilmelidir. Eğer suçun türü ya da mağdurun statüsü, kişisel durumu veya güvenliği gerektiriyorsa duruşma yargıcın odasında gizli olarak yapılmalı veya kişisel bilgilerin yayınlanması gerektiği ölçüde sınırlanmalıdır.

G.16. Gerektiğinde ve özellikle organize suçlar söz konusu olduğunda, mağdur ve ailesi suçlunun gözdağı vermesi ve misillemesinden etkin bir biçimde korunmalıdır.¹³³

Bu uluslararası belgeler ile iç pozitif hukukumuzun değerlendirilmesi muhakeme hukukumuz açısından ileriki bölümlerde ayrıntılı olarak tekrar değerlendirilecektir.

1.4.1.7. XIX.Avrupa Konseyi Kriminoloji Konferansı

26-29 Kasım 1990 tarihleri arasında Strasbourg'da düzenlenen "Yeni Sosyal Stratejiler ve Ceza Adalet Sistemi" konulu XIX. Avrupa Konseyi Kriminoloji Kongresi'nde benimsenen sonuç ve tavsiyeler arasında, suçtan doğan mağduriyetin giderilmesine ilişkin hususların da bulunduğu görülür.

¹³³ Fusun Sokullu-Akıncı:Viktimoloji, 229 vd.

Buna göre “ceza adaleti sistemine iş akışını sınırlamak üzere hukuki ve yapısal tedbirler kadar, ihtilafları halledici cezai olmayan vasıta ve tedbirlere de başvurulmalıdır”. Bu bağlamda sisteme iş akışını “durdurabilme fırsatları (örneğin mağdurun muvafakati ile kolluğa takibatı sona erdirmek için takdir yetkisinin) verilmesi daha sıkça, daha kolaylıkla başvurulabilen türden olmalıdır. Ceza hukuku uygulamasına yönelik alternatifler, insani değer ve normları yansıtmalı”dır.

Tecrübeler çoğu davada mağdura yapılan yardım ve ceza niteliği taşımayan “uzlaşma”nın, mağdurun ihtiyaçlarını daha iyi tatmin ettiğini göstermiştir. Bu hallerde, ceza hukukunun müdahalesi gereksiz görülür. Mağdurun zararını gidermesi içinele yapabileceği, ne tür seçeneklerin bulunduğu duyurulmalı, öncelikle mağdurun manevi gereksinimleri giderilmelidir. Suç vasıtasıyla doğan ihtilafları çözümleyecek ceza niteliğinde bulunmayan olanaklar yaratılmalıdır.

Bu olanaklar, gayriresmi usuller biçiminde olacağından ve bunlar da belli riskleri beraberinde getireceğinden mağdur ve sanık veya mahkumun haklarını koruyucu şekilde formüle edilmeli, saydam olmalı, zorlama ve baskı en alt düzeye çekilmelidir. Avrupa Konseyi’ne üye devletlerin pek çoğunda, kırk yıllık süre içinde, ceza hukuku gerilemiştir. İşte bu anlamda ceza hukukundan boşalan alanın, ceza adaleti dışında bir takım tedbir ve müesseselerle, ancak dengeli bir şekilde doldurulması yaklaşımı benimsenmiştir.

1.4.2. Karşılaştırmalı Hukuk

1.4.2.1. ANGLO-SAKSON HUKUK SİSTEMİ

1.4.2.1.1. İngiltere

İngiltere, kişilere karşı işlenen suçların mağdurlarına devlet tarafından tazminat verilmesi programını, Yeni Zellanda'dan hemen sonra, 1964'te kabul etmiştir. Ödemelerden İngiltere'deki yabancılar da yararlanmaktadır. Mağdur ile suçlunun aynı evde yaşamaları ve aynı aileye mensup olmaları halinde ödeme yapılmamaktadır. Suçlunun tutuklanması veya kovuşturulmaması hallerinde de ödeme yapılmaktadır.¹³⁴ İngiliz Hukukunda mağduriyetin giderilmesi "compensation order" denilen bir modelle yapılmaktadır. Bu model uygulamada yalnızca basit davalarda kullanılmaktadır. İngiliz hukukunda şahsi hak davası bulunmamaktadır.¹³⁵

1.4.2.1.2. Amerika Birleşik Devletleri

ABD'nin bazı eyaletlerinde mağdurun korunması meselesi önceleri fon sistemi içinde zararın giderilmesi şeklinde kabul edilmekte idi.¹³⁶ Anglo-Sakson ceza sisteminde, mağdur sadece şahit olarak yer alabilmekte, uğradığı zararı ancak hukuk mahkemelerinde dava edebilmektedir. Mağdurun ceza sistemi içine alınması düşüncesi, Amerika'da ilkel dönemlerinin kalıntısı sayılarak kabul edilmemektedir. 1979 yılında ilk defa mağdurların ceza sistemi içindeki haklarından bahseden bir kanun kabul edilmiştir. İlerleyen zamanlarda Amerikada mağdurun haklarının korunması açısından yaptırım biçimi olarak nitelendirilebilecek Restitution ve Diversion uygulamaları olmuştur.

Restitution (geri verme-iade-diyet) , bir suç mağdurunun zararının fail tarafından tazmin edilmesi esasına dayanır. Tazminat yanında, bir hizmetin ifası ya da kamuya yararlı bir çalışma da söz konusu olabilir. Mağdurun zararının doğrudan tazmini, en önemli Restitution biçimini oluşturur.

¹³⁴ Süleyman Akdemir :Ceza Hukukunda, 90

¹³⁵ Veli Özer Özbek:Ceza Hukukunda, 136

¹³⁶ Süleyman Akdemir :Ceza Hukukunda, 96

Restitution, önleme etkisi, fail ve mağdur arasında barışma ve ceza adaletinin kısa yoldan sağlaması ile de tercih edilmektedir.¹³⁷ Restitution, hem hazırlık soruşturmasında, hem son soruşturmada, hem de infaz safhasında düzenlenebilir. Önce fail mağdur uzlaşmasının muhakemenin hangi aşamasında olacağına karar verilir. Daha sonra bir uzman, fail ve mağdurla konuşarak bir buluşmaya hazır olup olmadıklarını araştırır. Hazır olduğu düşünülüyorsa, bu buluşma uzmanın arabulucuğu ve idaresi altında gerçekleşir. Buluşma, mağduriyetin giderilmesi ediminin her iki tarafça kabul edildiği anlaşma ile sonuçlanır. Bu anlaşma, genellikle yazılı bir sözleşme biçiminde yapılır. Failin mağduriyetin giderilmesi için harcadığı çabalar, mahkemece yaptırımın tesbitinde ya da değiştirilmesinde dikkate alınır.¹³⁸

1970 lerin başında, bu alternatif suç politikalarının gelişmesi ile “Diversion” kavramı ile adlandırılan yöntem ortaya çıkmıştır. Diversion, saptırma, başka yere, yöne sevk etmek demektir. Yani Diversion(=saptırma) suçun koğuşturulmasında, polis veya savcının takdir hakkını kullanarak, eylemi ceza sisteminin dışına çıkarması anlamına gelir.

1.4.2.2. KITA AVRUPASI

1.4.2.2.1. Avusturya

Avusturya’da, 1972 yılında yürürlüğe giren Suç Mağduru Yasası adlı bir kanunla kişilere karşı işlenen suçlardan mağdur olanların zararları tazmin edilmeye başlamıştır. Kanun sadece Avusturya vatandaşlarına ödeme

¹³⁷ Veli Özer Özbek: Ceza Hukukunda, 120

¹³⁸ Veli Özer Özbek: Ceza Hukukunda, 130

yapılmasını öngörmektedir.¹³⁹ Avusturya Kanunlarına göre cezaların ertelenmesi kurumu mağduriyetin giderilmesine yöneliktir.¹⁴⁰

1.4.2.2.2.Hollanda

Hollanda'da 1970 yılında suç mağdurlarının zararlarını gidermek için İngiltere örneği alınarak bir fon kurulması öne sürülmüş ve bu amaçla bir kanun teklifi hazırlanmıştır. Suçun, Hollanda'da işlenmesi koşulu ile yabancılar da bu Kanunun getirdiği imkanlardan yararlanır. Mağdurun suça iştiraki olması veya suç failini tahrik etmesi hallerinde ödeme yapılmaz.¹⁴¹

1.4.2.2.3.Almanya

Almanya'da 1976 yılında kabul edilen bir kanunla, şiddet suçundan mağdur olanların zararlarının tazmin edilmesi kabul edilmiştir. Kanunun getirmiş olduğu imkanlardan yabancıların yararlanması karşılık şartına bağlanmıştır. Almanyada mağdura duyulan ilgi son derece artmıştır.Ceza Hukukumuz açısından Alman hukuku özel bir yer tuttuğundan ,tez konuları Alman hukuku ile karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

1.4.2.2.4.İsviçre

İsviçre Ceza Hukukunda mağduriyetin giderilmesi için çeşitli hükümler mevcuttur.Bu hükümlerin başlıcaları mağduriyetin giderilmesinin şartlı salıvermenin koşullarından biri olması; mahkumiyet kararının tecilinin , mahkeme veya uzlaşma ile saptanmış olan mağduriyetin ortadan kaldırılması şartına bağlanmış olması; mağduriyetin giderilmesinin ,failin rehabilitasyonu için bir şart olarak kabulüdür.¹⁴²

1.4.2.2.5.İskandinav Ülkeleri

İsveç'te suç fiillerine karşı isteğe bağlı sigorta müessesesi uygulanmaktadır. İsveç halkının mağduriyet sigortasına oldukça fazla ilgi

¹³⁹ Süleyman Akdemir,Ceza Hukukunda, 91

¹⁴⁰ Veli Özer Özbek:Ceza Hukukunda, 141

¹⁴¹ Süleyman Akdemir,Ceza Hukukunda, 92

¹⁴² Veli Özer Özbek:Ceza Hukukunda, 145 vd.

duyduğu görülmektedir. ¹⁴³Norveç'te, 1976 yılında bir Krallık Kararnamesi ile mağdurlara Devlet tarafından tazminat verilmesi kabul edilmiştir. Buna göre, kişilere karşı işlenen kasıtlı adam öldürmeler ve müessir fiiller ile polise yardım veya bir suçun işlenmesini önlemek maksadıyla yapılan hareketler sonucu meydana gelen zararlar devletçe ödenmektedir. ¹⁴⁴Danimarka'da 1976 yılında yürürlüğe giren bir kanuna göre, suç mağdurlarının zararlarının devlet tarafından ödenmesi kabul edilmiştir. ¹⁴⁵

1.4.2.2.6.Fransa

Ceza yargılaması açısından mağdurun zararının giderilmesi veya takınacağı tutum verilecek cezanın tayininde önemli yer tutmaktadır.Yine Fransız hukukunda hakime verilecek ceza için hüküm kurmayı belli bir süre erteleme yetkisi vermiştir.Bu süre içinde fail mağduriyeti giderirse mahkeme verilecek cezanın kaldırılmasına,teciline veya kamuya yararlı işte çalışmanın ertelenmesine karar verebilir.Fransız Hukukunda hükmün infazı sırasında mağdura mahkumun ücreti üzerinden tazminat ödenebilmektedir.¹⁴⁶

1.4.2.2.7.İtalya

İtalya'da mağduriyetlerin devlet tarafından giderilmesi ile ilgili bir kanun bulunmaktadır.¹⁴⁷

1.5. CEZA HUKUKUNDA MAĞDURUN KORUNMASI İLE İLGİLİ TEORİLER

¹⁴³ Süleyman Akdemir,Ceza Hukukunda, 93

¹⁴⁴ Süleyman Akdemir,Ceza Hukukunda, 93

¹⁴⁵ Süleyman Akdemir,Ceza Hukukunda, 94

¹⁴⁶ Veli Özer Özbek:Ceza Hukukunda, 160

¹⁴⁷ Süleyman Akdemir,Ceza Hukukunda, 94

1.5.1. Genel Olarak

Devletin, egemenliğinden kaynaklanan bir cezalandırma görevi vardır. Adalet hizmetlerinin görülmesi devletin temel görevleri arasındadır. Zira toplumdaki düzen ancak bu şekilde sağlanabilir. Bunu gerçekleştirmek devletin görevi ve hakkıdır. Adli mercileri teşkilatlandırarak işlemeye hazır tutmak ve somut bir olay meydana geldiğinde onu kovuşturmak bu görev çerçevesindedir. Devletin ceza hukuku alanında tasarruflarda bulunması kamu hukuku konuları ile düzenlenmiştir. Kamu hukuku denilince ceza hukukunun diğer hukuk dalları içinde organik bir bütün olarak çalışması anlaşılmaktadır. Ceza hukuku ile ferdin menfaatleriyle devletin menfaatleri arasında bir dengenin kurulması ve bu dengenin sağlanması ceza hukuku ile ceza muhakemesi hukukunun temel görevini teşkil eder.

Ceza hukuku kavramı, içinde bu hukukun görevi, niteliği, temel kavramları, tarihsel gelişimi, kaynakları, yorumu, kişi yönünden ve ülke açısından uygulanması, ülkesellik, kişisellik ve güvenlik sistemleri, devletler arasında geri verme gibi hususlar incelenmektedir. Bunun yanı sıra suç genel teorisi kapsamında suçun, tipe uygun eylem, hukuka aykırılık ve kusurluluk unsurları, suçu etkileyen nedenler, teşebbüs, suçların içtimai, iştirak, tekerrür, cezalar ve türleri, güvenlik önlemleri, şartla salıverme, erteleme, ceza ve infaz ilişkisinin sona ermesi gibi kavramlar ele alınmaktadır. Ceza usul hukukunda ise madde, yer, kişi ve zaman bakımından uygulama alanı belirlenmektedir. Bunun yanı sıra ceza usul hukukunun temel ilkeleri, yargıç, savcı, sanık, müdafî, şahsi davacı ve müdahil gibi yargılama sùjeleri, ceza yargılamasının konusu, koşula bağlanması, deliller, tutuklama, yakalama, el koyma, arama gibi yargılama önlemleri, ceza yargılamasının çeşitli aşamaları, yasa yolları, kesin hüküm ve ortadan kaldırılması çareleri ve özel yargılama yolları ele alınmaktadır. İki dal arasında ilk ilişki zaman bakımındandır. Ceza hukukunda sanık açısından

lehe kanun uygulanırken usul kanunları derhal yürürlüğe girer.Yine ceza hukukunda kıyas yasağı vardır ve bu yasak TCK madde 2 ile kanun içine de alınmıştır. Ancak ceza usul hukukunda sınırlıda olsa kıyas imkanı bulunmaktadır. Eski kanun zamanında dinleme hükümleri yok iken dinleme postada el koymaya ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması ile yapılmakta idi.

Cezalandırmanın amacının ne olduğu uzun zamandan beri tartışılmakta ve bu konuda çeşitli teoriler bulunmaktadır. Bu teorilerin başlıcaları mutlak, önleyici ve karma teorilerdir.

Bu teorilerinden “mutlak teori”ye göre cezalandırmanın amacı herkesin işlemiş olduğu fiillerin sonucuna katlanıp,uygulanacak yaptırım ile acı çekmesini sağlamaktır. Bu şekilde adalet tesis edilmiş olacaktır. Bu teori tarihten gelen öç alma ve kısas esasından hareket etmektedir. Bu teoride ceza araç değil amaçtır. Mühim olan failin cezalandırılması olduğu için mağdurun korunması ve tatmini ön plana alınmamıştır. Ceza tamamen toplumsal etkisinden bağımsız düşünüldüğü için mutlak teori denir.¹⁴⁸

“Önleyici teori” ise cezanın suçlu ve toplum üzerinde bir önleme etkisi bulunduğunu bu sebepten cezanın amaçtan ziyade araç olduğunu ortaya koyar. Cezanın, suç işleyen kişinin toplum için zararsız hale getirilmesi amacına özel önleme amacı,toplumun içindeki diğer bireylerin suç işlemesini engelleme amacına genel önleme amacı denir.¹⁴⁹

Karma teori ise bu iki teorinin birden cezanın amaçları içinde olduğunu söylemektedir.Yani cezanın hem ödetme, hem de özel ve genel önleme amacı vardır.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Sulhi Dönmezer/Sahir Erman:Genel hükümler, 561

¹⁴⁹ Sulhi Dönmezer/Sahir Erman:Genel hükümler, 562

¹⁵⁰ Veli Özer Özbek:Ceza Hukukunda, 174

1.5.2. Mağdurun Korunması Açısından

Cezanın amaçlarını kısaca açıkladıktan sonra mağduriyetin giderilmesinin ve mağdurun korunmasının ceza hukuku içindeki yerinden de bahsetmek gerekir. Devlete ait olan adaletin gerçekleştirilmesi görevi halka karşı bir ödevdir. Ancak devletin adalet mekanizmasını harekete geçirmesini istemek konusunda her vatandaşın genel bir talep hakkı yoktur. Demokratik bir devlette devletin adaleti dağıtma görevi halktan kaynaklanıp devlet, adaleti halkın verdiği yetki ile halka karşı zorunlu olarak yerine getirir. Mahkemenin hükmü millet adına verilir. Halktan hakimlerin yargılamaya katılmaları bu açıdan demokrasi yönünden çok önem taşımaktadır. Ancak halkın yargılamaya katılması mahkemenin bağımsızlığını tehlikeye düşürecek şekilde algılanmamalıdır. Vatandaşın bu konuda bir hak sahibi olması için özel bir hukuki düzenlemeye ihtiyaç vardır.

Mağdur ceza hukukunda yeniden keşfedilmiştir. Suç politikası açısından mağdurun geri plana atılması, mağdurun ceza hukukunun kendisinden beklenen adaleti sağlayacağı hususundaki beklentilerinin boşa çıkması ceza hukukunun güvenilirliğinin zayıflamasına neden olmuştur. Suç politikası, ceza hukukunun nasıl düzenlenip toplumu koruma görevini en iyi şekilde nasıl yerine getireceği ile ilgilenir. Suç politikası, suçların sebeplerini araştırır, uygulanan yaptırımların etkinliğini tespit eder. Kanun koyucunun kişilerin özgürlüklerini gerekli olandan daha fazla sınırlandırılmaması için ceza hukukunu hangi sınırlara kadar genişletebileceğini amacıyla belirler. Ceza muhakemesinin icra edilebilmesi bakımından, maddi ceza hukukunun bu şekilde düzenlenip düzenlenmediğini araştırır. Sadece faili dikkate alan suç politikasına tepki olarak bugün tartışmalar mağduriyetin giderilmesine yöneltmiştir. Suç politikalarının bir sonucu olarak, özel önlemeye ilişkin bazı beklentiler gerçekleşmemiştir. Ceza hukukunun genel önleme etkisinin bulunduğu dair güvenilirlik kaybolmuştur. Mutlak cezalandırma düşüncesi

reddedilmekte ve ceza hukukunun kamu hukukuna ait bir hukuk dalı olduğu yönündeki anlayışa yönelik eleştiriler gelmektedir. Bu hususlar özel önlemeyi amaçlayan mağduriyetin giderilmesini ceza hukukunun merkezine itmektedir. Ceza hukuku, mağdurun tatmin edilişi ve mağduriyetinin giderilmesi hususunu artık göz önünde bulundurmaktadır.¹⁵¹ Bu husus faili esas alan bir ceza hukuku ortaya koyan resosyalizasyon, yani faili yeniden topluma kazandırma düşüncesinin tek taraflı yaklaşımına da bir tepkidir. Ceza hukukunun, cezanın önleme amacını esas alan ve mağduru görmeyen politikası da mağdurun ikinci plana atılmasında etkili olmuştur. Bu politikada amaç, faili iyileştirmek, gelecekteki faili korkutmak ve toplumdaki genel norm bilincini kuvvetlendirmektir. Mağdurun bu suretle ihmal edilmesi tepki olarak mağdurun korunması hareketine yol açmıştır. Mağdurun ceza muhakemesine daha fazla katılmasını ve mağduriyetin giderilmesinin kapsamının genişletilmesini gerekmiştir. Viktimolojinin doğuşu ve gelişimi, suç politikasını da etkilemiş, bu etki kendini ülke mevzuatlarında da göstermiştir.

Ceza muhakemesinin ve bunun sonunda verilecek olan cezanın kaynağında mağdurun bulunduğu unutulmuştur. Bunun sebebi, her suçun aslında toplumu huzursuz ettiği, cezalandırma yetkisinin devlette olduğu, asıl mağdurun devlet olduğu ve bu nedenle ceza hukukunun bir kamu hukuku dalı olarak sadece cezalandırma prensibiyle hareket edebileceği telakkisidir. Oysa artık bu düşünce, bugün geçerliğini yitirmiştir olan devleti bir hak sujesi olarak gören faşist ve nazist yaklaşım ürünü kabul edilmektedir.¹⁵² Hem ceza hukukunda, hem de ceza usul hukukunda mağdurun her zaman suç ile uğradığı mağduriyetin giderilmesine ihtiyacı vardır. Sanığın mahkumiyeti mağduru tatmin etmekten uzaktır. Modern ceza muhakemesinin amaçları arasında mağduriyetin giderilmesi ve uzlaşma ile işbirliği ve yüzleşme yeralır. Yine ceza muhakemesi mağduriyetin giderilmesini, ihtilafı ortadan kaldırmayı ve barışmayı ve yine hukuki eşitliği

¹⁵¹ Özbek:CMK İzmir Şerhi, 1006

¹⁵² Özgenç:Gazi Şerhi, 227

sağlayacak bir resosyalizasyonu ve pozitif genel önlemeyi sağlamayı da amaçlar. Bu amaçlar geleneksel anlamdaki biçimsel ceza muhakemesinin de sınırını oluşturur.¹⁵³ Sanık ve kısmen de mağdur ve onunla birlikte toplum önemli oranda ceza muhakemesine dahil edilmiş olmaktadır.

Mağduriyetin giderilmesi konusunda doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır.

1.5.2.1. İkame Görüşü

Mağduriyetin giderilmesinin ceza hukuku içinde tek yaptırım olması gerektiğini ileri süren görüşe “ikame” görüşü denir. Bu görüşe göre mağduriyetin giderilmesi ceza hukuku yaptırımlarını tamamlayan değil onun yerine geçen bir model olmalıdır. Suça ilişkin yaptırımlar ceza hukukunda değil medeni hukukun içinde aranmalı böylece devlet el koyduğu cezalandırma yetkisini tekrar bireye iade etmelidir. Bu teori suçu sadece fail ile mağdur arasında meydana gelen bir uyumsuzluk olarak görmekte ve işlenen her suçun aynı zamanda toplumun menfaatlerini de ihlal ettiğini gözardı etmektedir.

1.5.2.2. Bütünleşme Görüşü

Bu görüş ceza muhakemesinin, ceza hukukuna ait bir yaptırım olan mağduriyetin giderilmesi ile sona erdiğini söylemektedir. Mağduriyetin giderilmesi için bir ceza muhakemesi yapılmasını mutlak surette gerekli görmektedir. Bu yargılamadan sonra yine bir ceza hukuku yaptırımı uygulanmalı ve mağdurun korunması bu yaptırım ile sağlanmalıdır. Bu

¹⁵³ Özbek:Ceza muhakemesinde önleyici amaçlara ulaşmak için bugün artık zorlayıcı yollardan ziyade iradi, işbirlikçi ve sosyal yanı ağır basan yollar kullanılmaktadır. Özellikle çok ağır olmayan ve orta ağırlıktaki suçlarda gerçeğin araştırılması ve cezalandırma, meşruluk ve kusur ilkelerinin yerini önemli oranda diversiyon, karşılıklı anlayış ve insancılık almıştır.”s 1002

yaptırımın çeşidi konusunda iki temel ayrım bulunmaktadır. Bir kısım bu giderimin bir ceza hukuku yaptırımı olduğunu söylerken, diğer görüş bu yaptırımın ceza veya emniyet tedbiri olmadığını bunlardan farklı bir yaptırım türü üçüncü bir iz bir şerit olduğunu kabul etmektedir. Fakat temel olarak bu yaptırımın ceza hukuku sistemi ile bütünleştirilmesini kabul etmektedir.

1.5.2.2.1. Mağduriyetin Giderilmesi Cezadır

Bu kabul Anglo Sakson hukuk sisteminin bir parçası sayılabilir. Ceza yargılaması sonucu mağduriyetin giderilmesinin bir ceza veya cezanın bir kısmı yada bağımsız bir yaptırım olması gerektiğini söyler. Bu yaptırım hürriyeti bağlayıcı ceza ve para cezalarının yanında ancak bundan bağımsız olarak veya bu cezalar yerine hükmedilecek bir ceza ile mağduriyetin giderilmesini öngörür.¹⁵⁴ Bu görüşe mağduriyetin giderilmesi için verilecek tazminatın ceza kanunu içinde yer almasının tazminata ceza niteliği kazandırmayacağı, ceza olmanın temel niteliğinin devlete ait bir zorlamaya dayanması gerektiği ancak tazminatın iradi yönünün ağır bastığı gerekçesi ile karşı çıkmaktadır.

1.5.2.2.2. Mağduriyetin Giderilmesi Üçüncü Şerittir

¹⁵⁴Fusun Sokullu-Akıncı:Viktimoloji, 208 vd.” Geleneksel önlemlerin yetersizliği de artık bilinmektedir. Ceza yargılamasında hukuki ilişkinin devlet-fail arasında kurulmuş olması, mağdurun bu sistem içinde talep hakkının bulunmadığını ifade etmez. Devlet ceza verme yetkisini tekeline aldığına göre, bir suç nedeniyle de giderime hükmetmeyi üstlenmelidir. Mağdur bu alandaki devlet destek ve güvencesini yitirmiştir. Bugün zararın giderilmesi usulü, zararın belirlenmesi, hükme bağlanması devlet tarafından yapılmakla birlikte, bunların koşuşturulması ve takibi tamamıyla kişiye bırakılmıştır. Devlet suçtan zarar gören mağdurun zararının giderimiyle ilgili kamusal bir fonksiyon kabullenmemiştir. Özellikle suç failinin bulunamadığı, cezalandırılmadağı hatta maddi durumunun bozuk olduğu hallerde mağdur bir kez daha mağdur olabilmektedir. İşte bu ve buna benzer durumlarda mağdurun zararlarını gidermek üzere bazı dolaylı yöntemler uygulanmaktadır. Örneğin cezanın ertelenmesi ya da şartla salıverilmenin suçtan zarar görenin zararlarının giderimi koşullarına bağlanması, hırsızlık suçlarında aynen iadeye hükmedilmesi, para cezasının tümünün ya da bir bölümünün mağdurun zararını giderecek oranda haczedilmesi, giderimi ödememesi halinde para cezası veya hapisle zorlama gibi yöntemler, karşılaştırmalı hukukta uygulanmaktadır. “

Bu görüş mağduriyetin giderilmesinin iradi olduğu gerekçesi ile ceza olmadığı ve cezanın bağımsız amaçları içinde bulunmadığını söyler. Yine bu hususun emniyet tedbiri olarakta kabul edilemeyeceği çünkü emniyet tedbirinin özel önleme amacına yönelik olduğunu da kabul eder.

“Mağduriyetin giderilmesini “üçüncü şerit” olarak bağımsız bir yaptırım biçiminde ceza hukuku içine entegre etmeye çalışan görüşün, Mağduriyetin Giderilmesi Alternatif Yasa Tasarısı’nda somutlaştığını görmekteyiz. Tasarının her ne kadar bir tasarı adını taşısa da, aslında bağımsız bir görüşün somut bir ifadesidir. Tasarı, Almanya’da veya bir başka ülkede yürürlüğe girmesi öngörülen resmi bir tasarı değildir. Alternatif Tasarı Baumann, Brauneck, Burgstaller, Eser, Huber, Jung, Klug, Luther, Maihofer, Meier, Reisse, Riklin, Rössner, Rolinski, Roxin, Schöch, Schüller-Springorum ve Weigend’den oluşan Alman, Avusturyalı ve İsviçreli bir profesörler grubu tarafından hazırlanmıştır.

Tasarı 25 paragraftan oluşur. Bunun yanında ceza teorisini konu alan kriminolojik bir girişle birlikte yedi farklı ülkenin konuyla ilgili yürürlükteki kurallarından oluşan kapsamlı bir değerlendirmeyi de içerir (Bkz. BAUMANN j. Vd. (Hrsg.), Alternative Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM), Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer (Arbeitskreis AE), München 1992, s. 1 vd.). Tasarı, ceza hukukunu ortadan kaldırmayı değil, mağduriyetin giderilmesi ile cezadan mümkün olduğu kadar kaçınmayı, bunu sağlamak için de mağduriyetin giderilmesini mevcut yaptırım sistemi yani maddi ceza hukuku ile ceza muhakemesi hukuku içine sokmayı, entegre etmeyi amaçlamaktadır. Böyle bir tasarının ele alınmasının nedeni olarak:a) Mağdurun ihmal edilmiş olması, b) Ceza muhakemesi hukukunun mağduriyetin giderilmesi, fail ve mağdur arasında suç ile oluşan çatışmanın ortadan kaldırılmasında yetersiz kalıyor olması, c)Uluslararası hukuktaki mağduriyetin giderilmesinin cezanın

yerine geçen ya da cezayı tamamlayan bir kurum olarak kabul edilmesi yönündeki eğilim,d) Mağduriyetin giderilmesi vasıtasıyla ceza hukuku yaptırımlarında çeşitliliğin sağlanabileceği düşüncesi gösterilmiştir. (SCHÖCH H., Vorläufige Ergebnisse der Diskussionen zu einem Alternative-Entwurf-Wiedergutmachung (AE-WGM) im Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer, in:Eser/Kaiser/Madlener (Hrsg.), Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht, Internationales strafrechtlich-kriminologisches Kolloquium in Freiburg i.Br., 2.unveraenderte Aufl., Freiburg i. Br. 1992, s.77).

Tasarı, mağduriyetin giderilmesini “failin iradi olarak üstleneceği bir yükümü yerine getirmek suretiyle fiilin sonuçlarının denkleştirilmesi” şeklinde tanımlarken (& 1 I c.1 AE-WGM), mağduriyetin giderilmesi edimlerini de şu şekilde sıralar : a) Tazminat ödenmesi, b) Üçüncü kişiler, özellikle mağdurun mağduriyetinin giderilmesine ilişkin talebi kendisine geçmiş bulunan sigortaların tazmini,c) Kamuya yararlı müesseselere yapılan para ödemeleri gibi edimler,d) Mağdura verilecek hediyeler ya da özür dileme veyahutta barışma konuşması gibi diğer maddi olmayan edimler, e) Çalışma edimleri, özellikle kamu yararına yapılacak çalışmalar¹⁵⁵

Üçüncü şerit niteliğini kabul edenler mağduriyetin giderilmesinin genel önleme amacına hizmet ettiğini,böylece fail ile mağdur arasında tekrar hukuki barışın kurulacağını ,failin bu şekilde işlediği fiilin haksızlığını kabul etmiş sayılacağını söyler. Yine ikincilik ilkesi gereği ceza yerine mağduriyetin giderilmesi yaptırımının uygulanması daha uygundur. Bu şekilde mağdur tekrar ceza hukuku sistemi içine girmektedir.

¹⁵⁵ (& 2 I AE-WGM) (Ayrıntı için bkz. BAUMANN vd. (Hrsg.), 42 vd.). Tasarı 1992’de Hannover’de toplanan 52. Alman Hukukçular Gününde de tartışmaya açılmış, ancak 25’e karşı 42 oyla reddedilmiştir.Daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. Veli Özer Özbek:Ceza Hukukunda 194)

Bu sebeplerle mağduriyetin giderilmesinin üçüncü şerit olduğunu söyleyenlere çeşitli eleştiriler getirilmektedir. Ceza yargılaması sonucunda medeni hukuka ait tazminat kurumunun cezai anlamda bir hukuki sonuç olmadığı, ceza yargılaması sonucu maddi gerçeğe ulaşma amacının bulunmadığı, üçüncü şeritin usul ekonomisi sağlamayacağı bu eleştirilerin başlıcalarıdır.¹⁵⁶

1.5.2.3. Geleneksel Görüş

Bu görüş, mağdurun korunması ve mağduriyetin giderilmesinin ceza yerine geçemeyeceğini ,ceza hukuku içinde bağımsız bir yere sahip olamayacağını söylemektedir. Ancak mağdurun korunmasının daha etkin bir şekilde ceza hukuku içinde yer alması gereğini de kabul etmektedir. Failin mağduriyeti gidermeye karar vermesi ona ceza hukuku anlamında faydalar sağlamalıdır. Bu görüşte mağduriyetin giderilmesi ve mağdurun korunmasının aynı zamanda fail ve mağdur arasındaki çatışmayı kaldırdığı, cezalandırmaktansa mağdurun zararlarının giderilmesinin mağdurun daha lehine olduğu gerekçeleri ile eleştirilmektedir.

Mağdur ile ilgili olarak temel insan hakları kısaca aşağıda özetlenmeye çalışılmıştır:

Hukuk Devleti İlkesi: 1982 Anayasasında mağduru doğrudan temel alan açık bir düzenleme yoktur. Ancak hukuk devleti ilkesi içinde bulunan hukuki güvenliği temin etme olgusu mağduru korunmasını da içerecek şekilde geniş anlaşılmalıdır. Bu durumun aksini kabul etmek hukuk devleti ilkesi ile zaten bağdaşmaz. Hukuk devleti mağdurun kişilik hakkını da göz

¹⁵⁶ Veli Özer Özbek:Ceza Hukukunda, 194

önünde tutan ,kanun önünde eşitlik ,gayri insani işlem yapılmaması gibi ilkelere bağlı bir yargılama yürütülmesini de içermektedir.¹⁵⁷

İnsan Haysiyetinin Dokunulmazlığı İlkesi: Bu ilke hukuk devletinin temel ilkelerinden biridir. İnsan haysiyeti sadece ahlaki bir değer değildir.Aynı zamanda hukuki bir değeri de vardır.¹⁵⁸ Bir ceza yargılamasında mağdurun maddi ve manevi varlığını engelleyen, hakkını arayan mağdurun bu yargılama esnasında sanıktan fazla incinip zarar görmesini engelleyecek (cinsel suç mağdurları vs.) yasal düzenlemelerin getirilmesi bu ilkenin gereğidir.

Sosyal Devlet İlkesi: Sosyal devlet kavramı kişilerin sosyal durumlarını iyileştirmeyi, kişileri insanca bir yaşam düzeyine kavuşturmayı kendine görev edinen devleti anlatmaktadır.¹⁵⁹ Mağdur çoğu zaman failden daha korunmasız ve savunmasızdır. Yargılama esnasında ücretsiz avukat yardımının yararlanabilme ve bunun gibi diğer yasal düzenlemeler ile mağdurun haklarını kullanabilmesinde ve öğrenmesinde yardımcı olmalıdır.

Kovuşturma Mecburiyeti İlkesi: Savcının kamu davasını açması ve yargılama sonuçlanıncaya kadar yürütmesi mecburiyetinde olduğunu söyleyen ilkedir.¹⁶⁰ Bu ilke zaten zayıf ve güçsüz durumda olan mağdurun korunmasını failin cezalandırılması açısından önemlidir. Savcı bu ilke gereğince davayı hem kamu adına yürütmekte hem de mağdurun korunmasını sağlamaktadır.

Silahların Eşitliği İlkesi: Sanık hakları ile savcının yetkileri arasında bir denge kurulması anlamına gelen bu ilke aynı zamanda mağdur ile sanık hakları arasında da bir denge kurulmasını da gerektirmektedir.Ancak bu

¹⁵⁷ Cumhur Şahin:Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması(Ankara,1994),69

¹⁵⁸ Cumhur Şahin:Sanığın Kolluk, 71

¹⁵⁹ Şeref Gözübüyük/Turgut Tan:İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar,(Ankara,2001),45

¹⁶⁰ Bahri Öztürk: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku,(Ankara,2006),184

denge mağdur hakları bahanesi ile sanığın haklarının ihlali anlamına da gelmemelidir.¹⁶¹

Diğer İlkeler: Yine her mağdur yasal yol ve yöntemlerle yargı mercileri önünde hak arayabilmeli bir avukat vasıtası ile kendi haklarını daha hazırlık soruşturması aşamasında bilebilmelidir. Sanığın yargılaması halka açık yapılmalı mağdurda bu duruşmaları izleyebilmeli,gerekirse duruşmaları izlerken güvenliği devlet tarafından sağlanmalıdır. Mağdur yabancı ise bir tercümandan yararlandırılmalıdır. Mağdurun şikayetçi olduğu fiil hakkında yargılama makul bir sürede bitirilmeli kişi bir kez de yargılamanın uzunluğu ile tekrar mağdur edilmemelidir. Mağdurunda duruşmada sanık ve tanıklara maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından soru sorma hakkı olmalı yani çapraz sorgu sistemi tam anlamı ile işletilmelidir. Denetim muhakemesine başvurma hakkı mağdurlar için rahat anlaşılır ve kolay uygulanır hale getirilmelidir. Kamu davasının bütün aşamalarında mağdur haklarının saptanması ve güvence altında tutulması, görevliler ve adlî merciler için temel bir görev olarak kabul edilmiştir. Mağdurun hakları hem saptanacak ve hem de güvence altında tutulacaktır. İlgililer ve görevliler, iş ister kolluk ister savcılık veya yargı mercileri düzeyinde olsun, bu hususta gerekli dikkati ve özeni göstermekle yükümlüdürler. Bu itibarla, mağdur haklarının belirlenmesi sonucunda bunların kayba uğramamaları için dikkat sarf edilecektir.

1.6. MAĞDURİYETİN GİDERİLMESİ YÖNTEMLERİ

Bugün çeşitli hukuk sistemlerinde mağdurun korunması ve mağduriyetin giderilmesi için çeşitli kurumlar oluşturulmuştur. Bu kurumlar

¹⁶¹ Veli Özer Özbek:Ceza Hukukunda 109

ceza hukukunda doğrudan veya dolaylı olarak mağdura yardım etmekte , mağdurun korunmasını sağlamaktadır. Bazı kurumlar hukuk düzenimiz içinde eskiden beri mevcut idi. Bir kısım kurumlar ise mevcut yasa değişiklikleri ile pozitif hukuk sistemimiz içinde yer bulmuştur. Bu kurumlar tez konumuzun gerektirdiği ölçüde aşağıda incelenmiştir.

1.6.1. Şikayet

Şikayet mağduriyetin giderilmesi yöntemlerinden biridir. Takibi şikayete bağlı bir fiilden zarar gören kişinin süresi içinde yetkili makamlardan bu fiil hakkında kovuşturma yapılmasını istemesine şikayet denir. Şikayet Ceza Muhakemesi açısından dava şartı sayılmaktadır.¹⁶² Şikayet hakkını kullanabilmesi için ortada takibi şikayete bağlı bir fiil olmalıdır. Şikayetin suçtan zarar gören tarafından yapılması gerekir. Şikayet altı aylık süre içinde yapılmalıdır (TCK. 73-1). Bu süre şikayet hakkı olan kişinin, fiil ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden başlar. Suçtan zarar gören kişinin şikayetinden vazgeçmesi davayı düşürür. Ancak hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme cezanın infazına engel olmaz. Suçtan zarar gören kişi şikayetinden vazgeçtiği sırada şahsi haklarından da vazgeçtiğini açıklamış ise artık hukuk mahkemesinde dava açamaz.

1.6.2. Katılma

Katılan ve katılma usulüne ilişkin olarak tezin ileri kısımlarında ilgili kanun maddelerine dayanarak ayrıntılı açıklama yapılacaktır

¹⁶² Bahri Öztürk:Uygulamalı Ceza, 28

1.6.3. Uzlaşma

Günümüzün adalet sistemi, ceza adaleti yerine getirilirken, mağdurun tatmin edilmesini de ön plâna çıkarmıştır. Suça karşı sadece ceza yaptırımını yeterli değildir; zararın giderilmesi ve onarım en başta gelen amaç sayılmalıdır. Bu amaçla suç mağdurlarına veya ailelerine devletin tazminat ödemesini bile öngören düzenlemeler getirilmiştir. Uzlaşma da bu yaklaşım sonucu ortaya çıkan yollardan biridir. Uzlaşmanın hedefi suçun işlenmesinden sonra fail ve mağdur arasında meydana gelen çekişmeyi, hâkim veya Cumhuriyet savcısının ya da onların atayacakları bir uzlaştırmacının girişimleriyle çözmek hem adaleti sağlamak ve hem de mağduru tatmin etmektir. Böylece zarar giderilince fail ile mağdur arasında barış sağlanabilecektir. Bu yöntem 5271 sayılı CMK ile sistemimize girmiş bulunmaktadır. Bu konuda 6/12/2006 tarih ve 5560 Nolu Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile(R.G.Yayın Tarihi 19/12/2006) 5271 sayılı CMK uzlaşma hükümleri ile ilgili yeni yasal düzenlemeler yapılmıştır. Bu konuda ayrıntılı açıklama ileride yapılacaktır.

1.6.4. Önödeme

TCK md. 75'e göre" Uzlaşma kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere, yalnız adlî para cezasını gerektiren veya kanun maddesinde öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı üç ayı aşmayan suçların faili ; soruşturma giderleri ile birlikte, Cumhuriyet savcılığınca yapılacak tebliğ üzerine on gün içinde ödediği takdirde hakkında kamu davası açılmaz.

Yine bu madde gereğince kamu davasının açılmaması veya ortadan kaldırılması, kişisel hakkın istenmesine, malın geri alınmasına ve müsadereye ilişkin hükümleri etkilemez. Bu düzenleme içinde yapılacak önödemenin yanında mağduriyetin giderilmesi şartı da konularak kamu davasının açılmaması kararı verilebilir. Yine bu düzenleme önödeme yerine

geçmek üzere mağduriyetin giderilmesi şartı getirilerek kamu davasının açılması bu şarta bağlanabilir. Böylece önödeme kurumu da mağduriyetin giderilmesi amacına dönük kullanılmış olacaktır.

1.6.5. Erteleme veya Şartlı Salıvermenin Giderim Koşuluna Bağlanması

Erteleme kavramında ilk akla gelen, cezaların ertelenmesidir. Burada erteleme kavramından kastımız sadece verilen cezanın değil aynı zamanda kamu davasının açılmasının, duruşmanın ve hükmün ertelenmesidir. Bunlar karşılaştırmalı hukukta uygulama alanı bulan erteleme benzeri müesseselerdir. ÇKK ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesi ilk defa hukukumuzda girmiştir. (m.23) Daha sonra 6/12/2006 tarih ve 5560 Nolu Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun(R.G.Yayın Tarihi 19/12/2006) ile 5271 sayılı CMK da değişiklik yapılmış ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu kanunun 171. maddesinde yapılan değişiklik ile CMK içine alınmıştır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması ise kanunun 231. maddesine fıkra eklenmesi sureti ile ÇKK dan sonra CMK sistemi içine alınmıştır. İşte hem erteleme benzeri müesseseler, hem de cezanın ertelenmesi mağduriyetin giderilmesi koşuluna bağlanarak bir arada kullanılabilir. Bu yenilik ve değişiklikler ileride ayrı bir bölüm altında incelenecektir.

1.6.6. Özür Dileme

Savcılık veya yargılama aşamasında mağdur tarafından kabul edilmek şartı ile failin özür dilemesi de bir mağduriyetin giderilmesi yolu olarak kullanılabilir. Burada özür failin işlediği suçun sorumluluğunu kabul

edip üstlenmesi yolu ile ,mağduru moral değer kazandıracaktır. Bu yöntem hukukumuzda “tarziye”¹⁶³ adı ile daha önce kullanılan bir yöntemdir.

1.6.7. Kamuya Yararlı Çalışma

Failin kamuya yararlı bir işte çalıştırılması da mağduriyetin giderilmesi yöntemlerinden biridir. Bu çalışma (belediye hizmetleri,diğer sosyal hizmetler vs. gibi) özellikle maddi gücü yüksek failler için belli bir meblağ tazminatı ödemekten daha çok ıslah edici olabilir. Yine mağdurun manevi tatmini açısından da daha elverişli bir yol olabilir. Ancak bu çalışmanın mağdurun işyeri veya evinde çalışma şeklinde olmasının uygun olmayacağı,aralarında husumet bulunan taraflar için yeni çatışmalar yaratabileceği kanaatindeyim.

1.6.8. Para Cezasının Tazmine Çevrilmesi,Müsadere Edilen Malın Satış Bedeli

Para cezası veya müsadere edilen malın satış bedeli doğrudan mağdura suçtan doğan zararların giderilmesi için verilebilir.Buna ilişkin uygulamalar İsviçre CK içinde mevcut bulunmaktadır.¹⁶⁴

1.6.9. Tazminat

Medeni kanunumuzda tazminat haksız fiilin sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Herkes kendi kusuru sonucu oluşan zararı öder. Bu zarar maddi veya manevi zarar olabilir. Ödenen tazminat ceza hukuku içinde yer

¹⁶³Veli Özer Özbek:Ceza Hukukunda, 307

¹⁶⁴Veli Özer Özbek:Ceza Hukukunda, 311

alsa da daha çok medeni hukuk karakteri taşır. Bu tazminatı ödeyecek olan failin maddi gücünün olmaması durumunda bu tazminatın devlet tarafından ödenmesi veya bu zararın sigorta tarafından karşılanması durumu üzerinde doktrinde geniş tartışmalar ve karşılaştırmalı hukukta farklı uygulamalar bulunmakta olup tez konumuz ceza muhakemesinde mağdurun korunması olduğu için bu konu üzerinde ayrıntılı durmuyoruz.

1.6.10. Sigorta

Mağdurun zararının özel sigortalar veya devlet tarafından karşılanması yönünde eğilimler vardır. Yine mağdurun zararının sosyal güvenlik kurumları aracılığı ile giderilmesinin de sosyal devlet olgusunun bir sonucu olduğu belirtilmektedir.

1.6.11. Mağdur Yardım Organizasyonları

Mağdur özellikle yaşı küçük mağdurlar, aile içi şiddet mağdurları ve cinsel suç mağdurları sadece aynı olarak değil tıbbi, psikolojik ve sosyal desteğe de muhtaç olabilir. Bu destek devlete ait veya bağımsız sosyal hizmet kurumlarınca verilebilir. Bu kurumlar kolluk ve savcılık mahkeme teşkilatı ile işbirliği içinde çalışabilirler.

Bu merkezler çeşitli saldırılarla ilgili sorunlar çözülene dek mağdurların fiziksel, duygusal, sosyal gereksinimlerine uygun, güvenli yanıtlar verebilmek, güvenlik birimlerine ve adli kuruluşlara saldırı ile ilgili bilgi konusunda yardımcı olmak, suç sayılan cinsel amaçlı davranışlara yaklaşım konusunda hekim, polis, adli makamlar gibi meslek gruplarını

bilinçlendirmek,seminer, konferans ve tartışma ortamları düzenleyerek okul çağındaki gençleri ve diğer toplum tabakalarını eğitmek, için ilgili bilimsel ve teknik araştırmaları yapabilir.

1.6.12.Şahsi Dava

1412 sayılı kanun içinde yer alan şahsi dava mağdurun haklarını koruması için uygulanan ceza yargılama hukuku araçlarından biridir. Şahsi davanın görev niteliği taşıdığı söylenmektedir.¹⁶⁵

1412 sayılı CMUK madde 344'de gösterilen durumlarda, suçtan zarar gören kişi tarafından açılan davaya şahsi dava denir.¹⁶⁶ Bu dava ancak takibi şikayete bağlı olan suçlarda 1412 sayılı CMUK'ta sınırlı şekilde sayılan durumlar için açılabilir. Şahsi davayı ancak suçtan zarar gören kişi açabilir. Özel bir yargılama usulünün olduğu hallerde şahsi dava açabilmek mümkün değildir. Şahsi dava bir dilekçe ile açılır.Şahsi dava için 1412 sayılı CMUK'un kamu davasına ilişkin hükümleri uygulanır. Ancak şahsi davacı kamu davasını açmaya ve yürütmeye mecbur değildir. Şahsi davacının dosya inceleme yetkisi sınırlıdır. Şahsi davacı davasını açarken teminat vermeye mecburdur. Şahsi davada tutuklama gibi ağır koruma tedbirleri uygulanmaz. Şahsi dava açıldığında mahkeme ilk önce davanın kabule şayan olup olmadığını inceler. Şahsi dava açıldığında şahsi davacı duruşmaya gelmezse dava düşer. Şahsi davacı savcının müracaat edebileceği denetim muhakemesi yollarına müracaat edebilir.(CMUK 344 vd.)

1.6.13. Şahsi Hak Davası

¹⁶⁵ Erdener Yurtcan:Şahsi Dava, 80

¹⁶⁶ Bahri Öztürk:Uygulamalı Ceza, 218

Şahsi hak davası, ceza yargılaması hukuku dışında bir kavram sayılabilir. Ancak suç sanılan bir fiil nedeni ile açıldığı ve bu fiilden ötürü şahsi hakların hüküm altına alınması istendiğinden ceza yargılamasına da yakın bir kavramdır. Suç fiili aynı zamanda bir hukuki uyuşmazlıkta doğurmuştur. 1412 sayılı CMUK'a göre bu davanın koşulları istek, sanığın mahkum olmasının zorunlu olması ve şahsi hak konusundaki kararın şahsi dava konusundaki kararı geciktirmemesidir.¹⁶⁷ Şahsi hak davası da mağdurun korunması ve mağduriyetin giderilmesi için uygulanan usullerden biridir.

¹⁶⁷ Erdener Yurtcan: Şahsi Dava, 142

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK CEZA HUKUKUNDA MAĞDURUN KORUNMASI

2.1. CEZA MUHAKEMESİ KANUNUNDA MAĞDURUN KORUNMASI

2.1.1. GENEL OLARAK

CMUK Beşinci Kitap, “Suçtan Mağdur Olan Kimselerin Davaya İştiraki” başlığını taşımaktadır. Birinci fasılda şahsi dava, ikinci fasılda da müdahale yoluyla dava başlığı altında kamu davasına katılma düzenlemiştir. CMUK’un Beşinci Kitabı’na denk gelen CMK Dördüncü Kitap, “Mağdur, Şikayetçi, Malen Sorumlu, Katılan” başlığını taşımakta ve Birinci Kısımda “Suçun Mağduru ile Şikayetçinin Hakları”, İkinci Kısımda ise “Kamu Davasına Katılma” düzenlenmektedir.

Görüleceği üzere , 5271 sayılı CMK şahsi davayı kaldırmış, bunun yerine suç mağduru ve şikayetçinin hakları kısmını getirmiştir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunumuz, suçtan zarar görenle ilgili olarak üç ana değişiklik içermektedir. Bu değişiklikler şahsi davanın kaldırılması, şahsi hak davasının kaldırılması, suç mağdurunun haklarının iyileştirilmesidir.

Şahsi davanın kaldırılması, CMK gerekçesinde “şikayetçi ve mağdura tanınan haklarla bunların hukuki durumlarının şahsi davacıya göre daha iyi bir düzeye getirildiği” belirtilerek açıklanmaktadır. Şahsi hak davasının kaldırılma gerekçesi ise CMK 237. maddesinde “özel hukuka giren bir konu olduğu” belirtilerek açıklanmaktadır. Şahsi hak davasının kaldırılması eleştirilebilir. Şahsi hak talebinin ceza mahkemelerinde ileri sürülebilmesinin nedeni, suçtan zarar göreni bir de hukuk mahkemelerine başvurarak hak arama zahmetinden ve masrafından kurtarmaktır. Bu yüzden suçtan zarar göreni koruma amacına yöneliktir. CMK, bir taraftan ceza muhakemesinde suç mağdurunu koruyucu, onun hukuki durumunu iyileştirici düzenlemeler getirirken, diğer taraftan da onun uğradığı zararların ceza mahkemesinden talep hakkını kaldırmasının esasen kendi içinde bir çelişki oluşturduğu düşünülebilir.¹⁶⁸ Ancak medeni hukuk alanına giren bir uyuşmazlığın, bu konuda uzman olmayan ceza mahkemelerinden çözümünü istemek ülkemizde zaten iş yükü ağır olan ceza mahkemelerinin iş yükünü daha da arttırmaktadır. Takibi şikayete bağlı suçlarda kanun, uzlaşma(mediation) kurumunu kabul ettiği için şahsi hak talebinin kaldırılmasının suç mağduru açısından doğurabileceği olumsuzluklar bu yolla da giderilmiştir.

Birinci kısım altında düzenlenen hükümler bütün suç mağdurları için geçerlidir. Suç mağdurunun kamu davasına katılması ve katılan olarak sahip olduğu haklar, bu kısımda yer alan hakları tamamlayıcı niteliktedir. Kanun koyucu bütün suç mağdurlarına tanıdığı bu yetkilerle suç mağdurunun da ceza muhakemesinin bir süjesi olduğunu açıkça göstermiş olmaktadır. Kanunda suç mağduruna sadece ceza muhakemesine katılma imkanı getirilmektedir. Mağdura tanınan bu yetkiler onun menfaatine ve korunmasına yönelik olduğu için, kullanıp kullanmaması onun iradesine bağlıdır.

¹⁶⁸ Ayrıntılı tartışmalar için bkz. Erdener Yurtcan:Şahsi Dava, 142 vd.

CMK'ya göre (m.249) bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada tüzel kişinin organ veya temsilcisi, katılan veya savunma makamı yanında yer alan sıfatıyla duruşmaya kabul edilir. Burada “yanında yer alan kavramı” sahip olduğu haklar yönünden katılan veya savunma makamı gibi olup muhakeme hukukunda yeni bir kavramdır.¹⁶⁹ Bu durumda, tüzel kişinin organ veya temsilcisi bu Kanunun katılana veya sanığa sağladığı haklardan yararlanır. Tüzel kişinin organı veya temsilcisi medeni hukuk kurallarına göre belirlenir. Bu organ veya temsilci CMK'nun katılana verdiği haklardan yararlanır.¹⁷⁰ Tüzel kişiler bir suçun işlenmesi dolayısıyla zarar görmüş olabilir, ancak mağdur olamaz. Tüm suçlar için mağdur ancak gerçek kişi olabilir.¹⁷¹

2.1.2. Mağdur ile Şikâyetçinin Daveti ve Davete Uymaması

5271 sayılı CMK madde 233 ile 1412 sayılı CMUK'ta bulunmayan bir hüküm getirmiştir. Bu hüküm ile “ Mağdur ile şikâyetçi, Cumhuriyet savcısı veya mahkeme başkanı veya hâkim tarafından çağrı kâğıdı ile çağırılıp dinlenir. Bu hususta yapılacak çağrı bakımından tanıklara ilişkin hükümler uygulanır.” denmiştir. Böylece yargılamada sürati sağlamak amacıyla ve karşılaştırmalı ceza muhakemesi hukukundaki düzenlemeler de örnek alınarak, telefon, telgraf, faks ve elektronik posta gibi araçlardan da yararlanılması uygun görülmüş ve çağrının (davetin) bu araçlarla da yapılabilmesi kabul edilmiştir.

Mağdur ile şikâyetçinin davete uymamaları durumunda ise CMK madde 235 ile “Mağdur, şikâyetçi veya vekilinin, dilekçelerinde veya tutanağa geçirilmiş olan beyanlarında belirttikleri adresleri tebligata esas

¹⁶⁹ Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, Gazi Şerhi, Ankara, 2005 s.760

¹⁷⁰ Erdener Yurtcan: Ceza Yargılaması Hukuku, (Ankara, 2005), 195

¹⁷¹ İzzet Özgenç/ Cumhur Şahin: Uygulamalı, 113

alınır. Bu adrese çıkartılan çağrıya rağmen gelmeyen kimseye yeniden tebligatta bulunulmaz. Belirtilen adresin yanlışlığı, eksikliği veya adres değişikliğinin bildirilmemesi nedeniyle tebligat yapılamaması hâllerinde adresin araştırılması gerekmez. Bu kimselerin beyanının alınması zorunlu görüldüğü hâllerde üçüncü fıkra uygulanmaz.” denmiştir.

Bu hüküm mağdur ve şikâyetçinin kendi menfaatlerini yeterince düşünebilecekleri varsayarak , kendilerine ulaşılmasını mümkün kılma görevini yine kendilerine yüklemektedir. Bu açıdan adres değişikliğini savcılık ve mahkemeye bildirmeleri gerekir. Çağrıya rağmen gelmeyen gelmeyen mağdur veya şikâyetçi hakkında CMK madde 44 uygulanamaz. Ancak bu kişilerin tanık olarak dinlenmesi gerekiyorsa bu takdirde bunlar hakkında tanıklığa ilişkin bütün hükümler (yemin hariç) uygulanacaktır.¹⁷²

06/12/2006 tarih ve 5560 Nolu Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile(R.G.Yayın Tarihi 19/12/2006) 5271 sayılı CMK da değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklik ile CMK’ nun 146 ncı maddesi değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

Bu fıkra “Çağrıya rağmen gelmeyen tanık, bilirkişi, mağdur ve şikâyetçi ile ilgili olarak da zorla getirme kararı verilebilir.” şeklinde düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde bu husus “Maddeye eklenen yedinci fıkra ile; tanık, bilirkişi, mağdur ve şikâyetçinin öncelikle çağrı kâğıdı ile çağrılacağı, buna rağmen gelmeyen bu kişiler hakkında zorla getirme kararı verilebileceği hükmünü içermektedir.” şeklinde açıklanmıştır. Böylece artık mağdur ve şikâyetçiler beyanlarının alınması zorunlu olan durumlar ile mahkemenin gerek gördüğü diğer durumlarda çağrılara uymak

¹⁷² Cumhuriyet Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 728

zorundadırlar.Böylece çağrıya rağmen gelmeyen gelmeyen mağdur veya şikayetçi hakkında CMK madde 44 uygulanmaz kuralından da ayrılmıştır.

2.1.3. Mağdurun Dinlenmesi

Mağdur ile şikâyetçinin dinlenmesi 5271 sayılı CMK madde 236 ile düzenlenmiştir. Bu hüküm ile “ Mağdurun tanık olarak dinlenmesi halinde, yemin hariç, tanıklığa ilişkin hükümler uygulanacağı,işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk veya mağdurun, bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak bir defa dinlenebileceği,maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunluluk arz eden hallerin saklı olduğu “söylenmiştir. Yine hükmün son fıkrası ile “ Mağdur çocukların veya işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan diğer mağdurun tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulacağı ve bunlar hakkında bilirkişilere ilişkin hükümler uygulanacağı da belirtilmiştir.” Bu hükmün ilk fıkrası hariç olmak üzere CMK’daki mağdurun korunması eğilimini yansıttığı söylenmektedir.¹⁷³ Adalet Komisyonu da raporunda bu hususa değinmiştir.¹⁷⁴

Suç mağdurunun tanık olarak dinlenmesi konusunda tasarıda suçun mağdur ve şikayetçisinin yeminsiz dinleneceği, ancak gerektiğinde savcı veya mahkeme başkanı ile hakimın bu kimselere yemin verdirebileceği, yemin altında dinlendiğinde beyanının tanık beyanı hükümlerine tabi olacağı belirtiliyordu. Kanun ise, tasarının bu hükmünden ayrılmıştır. Buna göre, mağdur ve şikayetçi tanık sıfatıyla dinlenebilecekler, ancak yemin verdirilmeyecektir.

¹⁷³ Özbek:CMK İzmir Şerhi, 902

¹⁷⁴ Cumhuriyet Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 733

Mağdurların korunması konusunda ise suç mağdurlarının özellikle de çocukların ceza muhakemesi sırasında korunması, tanık olarak dinlenmesi sırasında tekrar mağdur olmamaları için gerekli tedbirlere yer verilmiştir. Kanunda işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk veya mağdur, bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak bir defa dinlenebilir denmiştir. Maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunluluk arz eden haller saklı olacağı açıkça belirtilmiştir. Mağdur çocuk muhakemede kural olarak bir kere dinlenebilecek ,yanında bir uzman olacak ve bu dinleme kayda alınacaktır. Bu durumda gerekirse bu kayıt mahkeme tarafından tekrar dinlenecek ve çocuk mağdur psikolojik olarak tekrar yıpratılmayacaktır. Yine küçüğün mağdurluğu sözkonusu olduğunda işlenen suçtan psikolojisinin bozulup bozulmadığını belirlemek gerekmez. Aksi yorum çocuk mağdurun her halükarda ifadesinin kayda alınması kabul eder. Ancak tek dinleme kuralının uygulanması için işlenen suçun çocuğun psikolojisini bozma şartını arar ki kanun koyucunun amacı bu değildir.¹⁷⁵

Bu açıdan CMK madde 52/3 uyarınca tanıklık sırasında görüntü ve ses kaydı alınması, uzman kişilerin bulundurulması kabul edilmiştir. Bu amaçla kanunla mağdur çocukların veya işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan diğer mağdurun tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulacağı ve bunlar hakkında bilirkişilere ilişkin hükümler uygulanacağı hükme bağlanmıştır. 5402 s. Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri İle Koruma Kurulları Kanunu kurulacak şube müdürlüklerinin görevleri arasında gerek soruşturma ve gerekse kovuşturma evresinde suçtan zarar gören kişilerin karşılaçakları psiko sosyal ve ekonomik sorunların çözümünde danışmanlık yapmak ve bu kişilere yardımcı olmayı da saymaktadır.¹⁷⁶

¹⁷⁵ Cumhuri Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, .733

¹⁷⁶ Özbek:CMK İzmir Şerhi, 903

CMK yürürlük kanununda dinleme sırasında ses ve görüntülerin kayda alınması için alt yapının hemen kurulamayacağı belirtilmiştir. Fakat bu alt yapı eksikliğinin bir an önce tamamlanıp uygulamaya konması mağduru korunması açısından son derece önemlidir.

Suç mağduru olan çocukların korunması bu tür düzenlemelerin çıkış noktasıdır. Yetişkinler için dahi geçerli olabilecek bir çok olumsuzluk, çocuklar için fazlasıyla geçerlidir.¹⁷⁷ Bu zorlukların bir kısmı şöyle sayılabilir:” *Halkın, özellikle de medyanın izlediği aleni bir duruşmada ifade verme zorunluluğu; özellikle küçük mağdurlar üzerinde korku yaratması kuvvetle muhtemel olan sanıkla şahsen karşılaşılacak olunması; sorunu tam kavrayamamak ve ceza muhakemesi hakkında bilgi sahibi olmamaktan kaynaklanan korku; sınırlı bir biçimde de olsa, tanığa yabancı bir çok kişinin bulunduğu mahkeme salonunun genellikle ürkütücü olabilen atmosferinin olumsuz etkisi; daha çok savunma makamı tarafından yöneltilebilecek olan saldırgan, hırpalayıcı veya şaşırtıcı sorular ve açıklamalar; her defasında olayı yeniden yaşatan sıkıcı ve yorucu açıklamaların muhakeme boyunca tanık tarafından bir çok kez tekrarlanmak zorunda oluşu; olayın en ince ayrıntısına kadar sorulması, özel hayatın en gizli yönlerinin dahi incelenmesi, normalde utanılacak bir takım hususların orada tartışılması, bazı şeyleri söylemezse ifadesinin inandırıcılığı zayıflayacağı düşüncesiyle kendini konuşmak zorunda hissetmesi.”*

Genel kural ifadesine başvurulacak kişilerin gerek soruşturma evresinde kolluk, savcı ve sulh hakimi ve gerekse kovuşturma evresinde hakim veya mahkeme tarafından bir çok kez dinlenebilmesidir. Yaşı küçük mağdur tanığın, karşılaştığı olayı belli aralıklarla ve defalarca anlatması gerekmektedir. Her defasında olayı yeniden yaşatmakta ve mağdur

¹⁷⁷ Cumhuriyet Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 734

açısından önemli bir acı kaynağı ve stres faktörü olarak kabul edilmektedir.¹⁷⁸

CMK madde 236/2'ye göre, işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk veya mağdur bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak ancak bir defa dinlenebilir. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunluluk arzeden haller bu düzenlemede tek dinleme kuralından ayırık tutulmuştur. CMK madde 52/3 mağdur çocukların tanıklıkları sırasındaki görüntü veya seslerinin kayda alınması zorunlu tutmaktadır.¹⁷⁹

Mağdur çocukların veya işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan diğer mağdurların korunması açısından bu kişiler tanık sıfatıyla dinlenirken, yanlarında bir uzmanın bulunması gerekmektedir. Mağdur-tanığın yanında bilirkişi statüsünde bulundurulacak olan bu kişinin psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanlarından birinde uzman olması gerekmektedir (CMK m. 236/3).

Tanık-mağdurun güvenliğini sağlamak için gerekirse adresi gizli tutulabilir ve hatta duruşmada veya bir sorguda hazır bulunmaktan muaf tutulabilir. Bu durum özellikle organize suçlarda daha zorunlu bir şekilde karşımıza çıkmaktadır. 5271 sayılı CMK madde 209-2 ile bu imkan kısmen tanınmıştır. Bu hüküm “ Sanığa veya mağdura ait kişisel verilerin yer aldığı belgelerin, açıkça istemeleri halinde, kapalı oturumda okunmasına mahkemece karar verilebilir” demektedir. Tanık-mağdurun korunması ileri kısımlarda ayrı bir bölüm olarak değerlendirilecektir.

CMK madde 185'te küçük sanıkların duruşmasının mutlaka gizli yapılacağı söylenmektedir. Mağduru ilgilendiren hususların halka açık bir

¹⁷⁸ Cumhuriyet Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 735

¹⁷⁹ Cumhuriyet Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 735

duruşmada göz önüne getirilmesi ,mağdurun korunması gereken yararlarını, ve özel hayatının gizliliğini ihlal edecekse, bu husus düşünülmelidir.¹⁸⁰Gerek soruşturma ve gerekse kovuşturma safhasında mağdurun özel hayatına ve haysiyetine saygı duyulmalıdır. Bu anlamda, bu hakkı zedeleyecek yayınlar yapılması engellenebileceği gibi, gerekirse duruşmalar gizli de yapılabilmelidir. CMK 182(2) maddesinde hakimın genel ahlak ve kamu güvenliği nedeniyle kapalı duruşma yapabileceğini düzenlemektedir. Ancak CMK da küçük sanıkların duruşmasının mutlaka gizli yapılacağı madde 185 ile belirtilmesine rağmen,küçükün mağdur olması halinde böyle bir düzenleme olmaması eksiklik sayılabilir. Mağdurun korunması ve etki altında kalmadan ifade verebilmesi için küçük mağdurun duruşması gizli yapılabilmelidir.¹⁸¹

CMK madde 200, tanığın gerçeği mahkemede sanıkla karşılaşmaktan, onun bulunduğu bir ortamda ifade vermekten ve sorularına muhatap olmaktan çekinme endişesi ile söylemeyeceğini düşündüğü durumlarda, tanığın dinlenmesi süresinde sanığın mahkeme salonundan çıkarılmasını kabul etmektedir Bu madde CMK 84/3 ile keşif yönünden de uygulanabilir. Tanıktan bu yolla doğru bir ifade elde etmek ve böylece olayın maddi gerçeğe uygun bir biçimde ortaya çıkarılması amaçlanmaktadır. Sanığın varlığının tanığı etkilememesi ve maddi gerçeğin tam olarak ortaya konulması temel hedeftir.¹⁸²

Çocuk tanıklara incitici sorular sorulmasını önlemek için, sorular başkana “yazılı” olarak ulaştırılabilir. Bu uygulamanın tarafların kötü niyetli olarak tanığı yıldırmaya ve onu kararsızlığa sevketmeye yönelik çabalarını önlemek bakımından faydalı olacağı ancak sözlülük ve doğrudan doğrualık

¹⁸⁰ Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 735

¹⁸¹ Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 736

¹⁸² Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 737

ilkelerini sınırlandırması yanında, işlemleri yavaşlatmak ve karmaşık hale getirmek gibi sakıncaları da bulunduğu dile getirilmiştir.¹⁸³

Yine mağdurun özel durumu nedeni ile korunması gerekiyor ise dinlenmesinden tamamen vazgeçilebileceği söylenmektedir. Ancak bu yol da mahkemenin gerçeği araştırmasını engelleyip fiilin cezasız kalmasına yol açabilir.¹⁸⁴

2.1.4. Mağdur ile Şikâyetçinin Hakları

5271 sayılı CMK madde 234 ile mağdur ve şikâyetçinin hak ve yetkileri düzenlenmektedir. Bilindiği gibi ceza muhakemesinde en fazla eleştirilen hususlardan birisi, suç mağdurunun haklarının ihmal edilmiş olmasıdır. Bu eleştirinin gerçeklik payı büyüktür. Gerçekten sanık hakları en temel insan hakkı kabul edilerek güvence altına alınırken, mağdurun haklarına yeterli önem verilmemiştir.

Ceza hukukunun cezanın önleme amacını esas alan yaklaşımı mağdurun ikinci plana atılmasına sebep olmuştur. Cezanın önleme amacına ağırlık veren ceza hukuku mağduru görememiştir. Amaç, hep faili iyileştirmek, gelecekteki faili korkutmak ve toplumdaki genel norm bilincini kuvvetlendirmek olmuştur. Böyle bir ceza hukuku, soruna ahlaki açıdan değil, deneysel olarak yaklaşmıştır.¹⁸⁵ Sonuç olarak mağdur “güçsüzleştirilen”, unutulmuş figür”, “kıyıda kalmış figür olarak” bazı yazarlarca adlandırılmıştır.¹⁸⁶ Önleme amacı faili esas aldığı ,failin suç işlemesine engel olmak ve topluma kanun bilincini kazandırmak olduğu için mağduriyeti ceza hukuku için bir sebep olarak görmemiştir. Mağdurun bu

¹⁸³ Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 737

¹⁸⁴ Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 738

¹⁸⁵ Özbek:CMK İzmir Şerhi,.998

¹⁸⁶ Özbek:CMK İzmir Şerhi, 894

şekilde gözardı edilmesi tepki görmüş ve günümüzde mağdurun korunmasına doğru bir harekete yol açmıştır. Bu koruma hem mağdurun ceza muhakemesine daha fazla katılması yolu ile hem de mağduriyetin giderilmesi kapsamının genişletilmesi ile somutlaşmaya başlamıştır.¹⁸⁷

Ceza muhakemesinde mağdurun tazmin yetkisi, kontrol hakkı, saldırı hakkı, bilgi alma hakkı, savunma hakkı, ve mağduriyetinin giderilmesi hakkının bulunması gerektiği söylenmektedir.¹⁸⁸

CMUK'ta özellikle hazırlık soruşturması aşamasında, soruşturma dosyasını inceletme, müdafiden yararlanma gibi sanığa tanınan önemli bazı haklar suç mağduruna tanınmamıştı. Ancak hemen belirtelim ki, 5271 sayılı CMK ile ceza muhakemesinde mağdur ihmal edilmiş değildir. Hatta yeni getirilen düzenlemeler ile silahların eşitliği ilkesinin de büyük oranda sağlandığı belirtilebilir. Bu düzenlemenin devrim niteliği taşıdığını söyleyen yazarlar vardır.¹⁸⁹ Örneğin, mağdurun katılan olarak ceza davasına katılarak belli hak ve yetkileri kullanma hakkı vardır.

Kanun suç mağduru ve şikayetçinin haklarını ceza muhakemesinin iki evresinde farklı şekilde düzenlemiştir. Kanun burada suç mağduru ile şikayetçiyi farklı iki muhakeme süjesi olarak kabul etmiştir. Esasen şikayetçi aynı zamanda suçtan zarar gören ve mağdurdur. Ancak bazı hallerde, şikayetçi ile suç mağdurunun farklı kişiler olabileceği konusu yukarıda açıklanmıştı.

¹⁸⁷ Özbek:CMK İzmir Şerhi, 893

¹⁸⁸ Özbek:CMK İzmir Şerhi, 1002

¹⁸⁹ Bahri Öztürk:Uygulamalı Ceza, 290

2.1.4.1. Mağdur ve Şikayetçinin Soruşturma Evresindeki Hakları

Suç mağduru ve şikayetçinin hakları sanık haklarına paralel olarak oluşturulmuştur. Suç mağdurunun hakları sadece CMK madde 234 ile sınırlı değildir. Kanunun çeşitli maddelerinde mağdura tanınan bazı haklar söz konusudur.

Delillerin toplanmasını isteme hakkı:

Sanık için md. 5271 sayılı CMK 147/1-f’de “Şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınır.” şeklinde kabul edilen delillerin toplanmasını isteme hakkı, mağdur ve şikayetçi için de kabul edilmiştir. Bu hak sayesinde mağdur muhakemeye yön verebilecektir.¹⁹⁰

Suçtan zarar gören kişilerin, mağduriyetlerinin giderilmesi amacı ile hem soruşturma hem de kovuşturma aşamasında lehine olan hususların ile somut delillerin toplanmasını isteme hakkı vardır. Bu hakkın dayanağının delillerin karartılmasına yönelik aciliyet bulunması halinde mağdurun endişelerini de gidereceği söylenmiştir. Burada önemli bir hususta mağdurun neyin ne kadar delil değeri taşıdığını bilerek delil toplama isteminde bulunması gerektiğidir.¹⁹¹

Belge isteme hakkı:

Mağdur ve şikayetçi, soruşturma ile ilgili olarak Cumhuriyet Savcısından belge örneği isteyebilir. 153. maddeye göre sanık müdafii aracılığı ile soruşturma evresinde dosyadan istediği belgelerin bir örneğini

¹⁹⁰ Özbek:CMK İzmir Şerhi, 898

¹⁹¹ Bahar, H. İbrahim: Suç Mağdurları (Ankara 2006) s. 278

harçsız alabilecekken, mağdur ve şikayetçi ise doğrudan savcıdan isteyebilecektir. Talep edilen belge için harç ödenmesi gerekli değildir. Çünkü 153. maddenin 5. Fıkrasına göre, bu maddenin içerdiği haklardan suçtan zarar görenin vekili de yararlanabilecektir.

Soruşturma dosyasını inceleyebilme

5271 sayılı CMK madde 234 ün 4. Fıkrası uyarınca mağdur ve şikayetçi, 153. madde uyarınca sanık müdafii için kabul edilen koşullar çerçevesinde soruşturma dosyasını ve delilleri inceleyebilir. Savcının bu talebi reddetmesi halinde bu karara karşı mahkemeye itiraz yolu öngörülmemiştir.

Mağdur veya onun adına avukatı, dava dosyasını inceleyebilmektedir. Bu yetki sınırsız değildir. Sanığın korunmaya değer menfaatlerinin bulunması, soruşturmanın amacının tehlikeye düşmesi veya soruşturmanın gecikmesi ihtimalinin varlığı halinde bu yetki kullanılamaz. Bu husus 5271 sayılı CMK madde 153 te “Müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir. “ şeklinde ifade edilmiştir.

Mağdura veya avukatına böyle bir hak verilmiş olması, ilk bakışta sanık ile mağdur arasındaki dengeyi mağdur lehine bozuyor gibi görünebilirse de bu hakkın kullanımının belli koşullara, ayrıca hakim denetimine tabi tutulması bu sakıncaları önlemiştir.¹⁹²

¹⁹² 1987 tarihli kanunla getirilen değişiklik Alman CMUK 406'ya şu düzenlemeyi getirir: “(1) Mahkemenin elinde bulunan veya kamu davası açıldığı takdirde mahkemeye verilecek olan dosyaları, zarar gören adına bir avukat inceleyebilir ve zarar gören haklı menfaati bulunduğunu ortaya koyarsa, avukat resmen muhafaza altında tutulmakta bulunan delilleri de inceleyebilir. 395'inci maddeye giren hallerde (davaya müdahale) haklı

Mağdurun ve şikayetçinin dosyayı inceleme hakkının sanığın dosyayı inceleme hakkından geniş düşünölemeyeceğini belirten yazarlar bulunmaktadır.¹⁹³Bu hüküm mağduru ceza muhakemesinde sadece tanık olarak kabul eden düşöncenin artık yer almadığını gösteren bir sonuçtur. Sosyal devlet suçtan zarar görene haklarını kullanmada yardımcı olmalı ve bu yöndeki tüm engelleri kaldırmalıdır.Mağdura bilgi ve belge örneği vermek ona verilen değerin ifadesinden ziyade mağdurun soruşturmaya katkıda bulunması için de iyi bir araçtır.¹⁹⁴

Avukat yardımından yararlanma hakkı:

Mağdur, soruşturmaının her aşamasında avukat yardımından yararlanabilmelidir. Buna göre, mağdur hem hazırlık soruşturmasında, hem de son soruşturmada kendisine bir avukatın atanmasını isteyebilmelidir. Kendisi avukat tutabilecek mali güce sahip değölse, avukatlık giderleri adli yardım çerçevesinde karşılanmalıdır. 5271 sayılı CMK bu alanda yaptığı düzenlemelerle başarılıdır. Bu düzenlemeler 1987 tarihli kanun ile yasalaşan Alman CMUK 406 f ve 406 g ile paralel sayılabilir.¹⁹⁵Sanık gibi mağdura da ücretsiz olarak avukat yardımından yararlanma olanağı

menfaatin ortaya konmasına gerek yoktur. (2) Sanığın veya diğer kişilerin korunmaya değör üstün menfaatleri ağır bastığı takdirde, dosya inceleme izni verilemez. Ayrıca soruşturmaının amacını tehlikeye düşöreceğı izlenimi doğuyorsa veya dosyanın incelenmesi muhakemeyi önemli bir şekilde geciktirebilecek ise, dosya inceleme izni verilmez. (3) Talep üzerine, önemli sebepler engel olmuyorsa dosyanın incelenmek üzere avukat tarafından işyerine veya evine götürölmesine izin verilir, deliller verilemez. (4) Dosyayı inceleme izni konusunda ; hazırlık soruşturması sırasında ve muhakemenin kesin hüküm ile sona ermesinden sonra savcılık, ve diğer hallerde esas hakkında hüküm verecek olan mahkemenin başkanı karar verir. Savcı dosyayı inceleme izni vermezse, 161-a maddesinin 3'üncü fıkrasının 2 ila 4'üncü cümleleri uyarınca, bu konuda hakim tarafından bir karar verilmesi talep edilebilir; başkanın vereceğı karara karşı kanun yolu tanınmamıştır. (5) Birinci fıkrada gösterilmiş bulunan şartlar altında, suçtan zarar görene dosyadan bilgi ve suret verilebilir; 2'nci fıkra ve 4'üncü fıkranın 1'inci cümlesi kıyas yoluyla uygulanır." (İÇEL/YENİSEY, 1338).

¹⁹³ Özbek:CMK İzmir Şerhi, 899

¹⁹⁴ Bahar,H.İbrahim:Suç Mağdurları, 278

¹⁹⁵ İÇEL/YENİSEY 1338, 1339

getirilmiş olması, mağdurun kendisine tanınmış olan haklarından da azami şekilde yararlanabilmesini sağlamış olacaktır. Mevcut kanundan önce de yaşı küçük mağdurun avukat yardımından yararlandırılmaması konusu Anayasa Mahkemesinin önüne getirilmiştir. Yüksek Mahkeme bu durumun Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir(Esas No:2002/70 Karar No:2004/56)¹⁹⁶

Şüpheli için 150. maddenin birinci fıkrasında tanınan müdafiden yararlanma hakkı, mağdur ve şikayetçi için de tanınmıştır. Ancak md. 234/2 uyarınca mağdur 18 yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını anlatamayacak durumdaysa ve vekili de yoksa isteğine bakılmadan bir vekil

¹⁹⁶ .Kararın gerekçesi “Yasa önünde eşitlik ilkesi” hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun 138. maddesinin ikinci tümcesinde, yakalanan kişi veya sanığın onsekiz yaşını bitirmemiş yahut sağır ve dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malul olması ve bir müdafinin de bulunmaması halinde istemi aranmaksızın kendisine müdafî tayin edilmesi öngörülmüştür. Bunun nedeni, onsekiz yaşını bitirmemiş, yahut sağır ve dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malul olanların daha fazla korunmaya muhtaç olmalarıdır. Sanık, bir ceza tehdidi altında bulunan ve bu nedenle aktüel bir savunma gereksinimi içinde bulunan kişidir. Masumiyet karinesi, savunma hakkını sanık ve gerçeğe ulaşma amacı yönünden zorunlu bir gereksinim durumuna getirmektedir. Bu nedenle sanığın hakları ulusal ve uluslararası belgelerde ön plana çıkarılmıştır. İtiraz konusu kuralla yakalanan kişi veya sanık için öngörülen koruma, onların bu sıfatlarının ötesinde 18 yaştan küçük, sağır ve dilsiz, kendini savunamayacak derecede malul olma gibi sanığın iradesini eksilten, zayıflatan özelliklerden kaynaklanan özel bir korumadır. Bu nedenle itiraz konusu kuralın anayasal denetiminde de anılan özelliklerin gözetileceği açıktır. Çünkü, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun 138. maddesinin ikinci tümcesinde öngörülen talep aranmaksızın avukat tayini, Anayasa’nın 36. maddesi bağlamında savunma hakkı kadar orada belirlenen grupların özel olarak koruma gereksinimi de esas alınarak düzenlenmiştir. Bu yönüyle kural kendi içinde savunma ve adil yargılanma haklarını güçlendirmektedir. Çağdaş ceza hukuku alanındaki gelişmeler sanık haklarının yanında mağdur haklarının da korunması gerektiği yolundadır. Bu nedenle, yasakoyucunun belirtilen konuda düzenlemeler yapmasına engel bulunmamaktadır. Nitekim son ceza usul yasası tasarısında mağdur haklarını koruyucu düzenlemelere yer verilmiştir. Açıklanan nedenlerle, Anayasa’nın 2. ve 36. maddeleri karşısında sanık ve mağdur aynı konumda kabul edilemeyeceklerinden itiraz konusu kural “...18 yaşını bitirmemiş...”ler yönünden Anayasa’ya aykırı değildir. İstem in reddi gerekir. “şeklinde dir.

görevlendirilecektir. Bu düzenleme md. 150/2'de sanıklar için tanınan müdafii tayini ile paraleldir. Baro tarafından müdafii tayinine ilişkin kurallar, vekil olarak bir avukatın tayin edilmesinde de uygulanacaktır. Bu nedenle tayin edilen avukatın ücreti devlet tarafından karşılanacaktır. Ceza muhakemesinde silahların eşitliği ilkesi ilkesinin bir yansımasıdır.¹⁹⁷ Ancak CMK 150-3 te bulunan "Alt sınırı en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada ikinci fıkra hükmü uygulanır. " hükmünün de mağdur ve şikayetçi için de tanınması mağdurun haklarının korunması açısından yerinde olacağı kanaatindeyim.

-153.maddeye uygun olmak koşulu ile vekili aracılığı ile soruşturma belgelerini ve el konulan ve muhafaza altına alınan eşyayı inceletme hakkı

Mağdurun müdafii gibi teknik ve hukuk bilgisi olan bir kişinin yardımını alma hakkı vardır. El konulan ve muhafaza altına alınan eşya kavramından CMK madde 128 (Soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair kuvvetli şüphe sebebi bulunan hallerde, şüpheli veya sanığa ait; a) Taşınmazlara,b) Kara, deniz veya hava ulaşım araçlarına, c) Banka veya diğer malî kurumlardaki her türlü hesaba,d) Gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki her türlü hak ve alacaklara, e) Kıymetli evraka, f) Ortağı bulunduğu şirketteki ortaklık paylarına, g) Kiralık kasa mevcutlarına, h) Diğer malvarlığı değerleri), CMK madde 129 (posta hizmeti veren her türlü resmî veya özel kuruluştaki bulunan gönderiler)CMK madde 130(Avukat bürolarında yapılan arama veya postada el koyma) , CMK madde 134 (Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma daki eşyalar) kapsamı anlaşılmalıdır. Soruşturma belgeleri ise yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanaklar,bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar,tanıklara ait ifade tutanakları

¹⁹⁷ Erdener Yurtcan:Ceza Yargılaması, 193

keşif ve beden muayenesi işlemleri ile iletişimin tespiti dinlenmesi ve kayda alınmasını içeren tutanaklardır.¹⁹⁸

- Savcının kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı itiraz hakkı:

CMUK madde 165 vd. yer alan bu hak,5271 sayılı CMK madde 173 vd. maddelerde düzenlenmiştir. Mağdur veya şikayetçi Cumhuriyet savcısının, kovuşturmaya yer olmadığı yönündeki kararına kanunda yazılı usule göre itiraz hakkını kullanabilmektedir. Suçtan zarar gören, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde, bu kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi başkanına itiraz edebilir. İtiraz dilekçesinde, kamu davasının açılmasını gerektirebilecek olaylar ve deliller belirtilir. Başkan, kamu davasının açılması için yeterli nedenler bulunmazsa, istemi gerekçeli olarak reddeder; istemde bulunan suçtan zarar göreni giderlere mahkûm eder ve dosyayı Cumhuriyet savcısına gönderir. Cumhuriyet savcısı, kararı itiraz edene ve şüpheliye bildirir.Madde üzerinde 5353 sayılı kanun ile 25.5.2005 tarihinde değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklik ile CMK Madde 173/3” Başkan, kararını vermek için soruşturmanın genişletilmesine gerek görür ise bu hususu açıkça belirtmek suretiyle, o yer sulh ceza hâkimini görevlendirebilir; kamu davasının açılması için yeterli nedenler bulunmazsa, istemi gerekçeli olarak reddeder; itiraz edeni giderlere mahkûm eder ve dosyayı Cumhuriyet savcısına gönderir. Cumhuriyet savcısı, kararı itiraz edene ve şüpheliye bildirir.” şeklinde düzenlenmiştir. Üçüncü fıkranın değişiklik gerekçesi “başkan kararını vermek için soruşturmanın genişletilmesine gerek görür ise bu hususu açıkça belirtmek sureti ile o yer sulh ceza hakimini görevlendirecektir” denilerek açıklanmıştır.¹⁹⁹

Yine bu değişiklik ile CMK Madde 173/4” Başkan istemi yerinde bulursa, Cumhuriyet savcısı iddianame düzenleyerek mahkemeye verir.” şeklinde

¹⁹⁸ Bahar,H.İbrahim:Suç Mağdurları, 278

¹⁹⁹ Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 530

düzenlenmiştir. Maddenin önceki hali “Başkanın, kamu davasının açılmasına karar vermesi halinde; Cumhuriyet savcısı kamu davasını açar.” Şeklinde idi. Dördüncü fıkranın değişiklik gerekçesi “başkan istemi yerinde bulursa, Cumhuriyet savcısı iddianame düzenleyerek mahkemeye verecektir. Bu değişiklikle kanunun kamu davasının açılmasına ilişkin olarak benimsediği sistem ile uyum sağlanması amaçlanmıştır” denilerek açıklanmıştır.²⁰⁰

Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmaması hususunda takdir yetkisini kullandığı hâllerde bu madde hükmü uygulanmaz. İtirazın reddedilmesi halinde; Cumhuriyet savcısının, yeni delil varlığı nedeniyle kamu davasını açabilmesi, önceden verilen dilekçe hakkında karar vermiş olan ağır ceza mahkemesi başkanının bu hususta karar vermesine bağlıdır.

2.1.4.2. Mağdurun Kovuşturma Evresindeki Hakları

Ceza Muhakemesi Kanunumuz 237 vd. maddelerinde aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere kamu davasına katılmayı ve katılanın hak ve yetkilerini düzenlemiştir. Ancak mağdur kamu davasına katılmasa da 234/1-b deki hak ve yetkilerini kullanabilecektir. Bu düzenlemeler ile şikayetçi ve mağdur soruşturma aşamasında daha aktif hale getirilmiştir.²⁰¹ Bu açıdan kamu davasına katılmış olan suç mağduru ve katılmamış olan suç mağduru ayrımı yapılabilir. Kanunun bu düzenlemesi ile kamu davasına katılmamış olan suç mağdurunun durumu daha da iyileştirilmiştir.

Mağdur veya şikayetçi duruşmadan haberdar edilme hakkına sahiptir. Bu şekilde kamu davasına katılarak muhakemeye yön verebilir. Tanıkların

²⁰⁰ Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 530

²⁰¹ Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 730

davetini isteyebilir,davaya katılmış olmak koşulu ile davayı sonuçlandıran kararlara karşı kanun yollarına başvurabilir.

Mağdur veya şikayetçi dava dosyasını inceleyebilir ve vekili aracılığı ile örnek isteyebilir. Burada soruşturma aşamasında bizzat örnek alabilen mağdur veya şikayetçinin kovuşturma aşamasında bu hakka sahip olmaması eleştirilmektedir. Bazı yazarlar bu hakkın bizzat vekil aracılığı ile kullanılacağını mutlak olduğunu söylerken²⁰²,mağdurun korunması amacına uygun ve bizim de katıldığımız şekilde bu maddenin bizzat veya vekil aracılığı şeklinde anlaşılması gerektiğini söyleyen yazarlar da vardır.²⁰³

Mağdur veya şikayetçi vekili yoksa, kovuşturma aşamasında da baro tarafından kendisine avukat atanmasını isteyebilir. Mağdur, onsekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malûl olur ve bir vekili de bulunmazsa, istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilir. Burada vekil görevlendirme zorunluluğunda mağdur ve şikayetçi arasında bir ayırım yapıldığı ve, zorunlu avukatlığın mağdur açısından olduğu dikkatten kaçmamalıdır.²⁰⁴ 6/12/2006 tarih ve 5560 Nolu Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile(R.G.Yayın Tarihi 19/12/2006) 5271 sayılı CMK da değişiklik yapılmış CMK madde 150 değiştirilmiştir.Bu hüküm “Alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada ikinci fıkra hükmü uygulanır.” şeklini almıştır. Bu hükmün mağdur ve şikayetçi yönünden de uygulanması gerektiği kanaatindeyim. Alt sınırı 5 yıl ve üzeri olan suçlar gerçekten ceza müeyyidesi çok ağır olan ve toplum menfaatini yakından ilgilendiren suçlar olup sanık için getirilen zorunlu müdafii sisteminden bu noktada mağdur için farklılık oluşturulması silahların eşitliği ilkesine de aykırı olmuştur.

²⁰² Özbek:CMK İzmir Şerhi, 900

²⁰³ Cumhuriyet Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 730

²⁰⁴ Cumhuriyet Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 730

2.1.4.3. Mağdurun Haklarının Öğretilmesi

Sanık haklarında olduğu gibi, mağdur ve şikayetçiye de hakları anlatılacak ve bu husus tutanağa yazılacaktır. Mağdurun aydınlanma hakkı olduğu kabul edilmelidir. 5271 sayılı CMK son derece olumlu düzenlemeler getirmiş olmakla beraber soruşturma başında bilgilendirilme hakkı yeterince açık düzenlenmemiştir.

Suçun işlenmesinden hemen sonra mağdura, onunla ilk defa temasa geçecek görevli tarafından, ceza ve ceza muhakemesi hukukuna ait olan hakları öğretilmelidir. Bu haklar arasında mesela mağduriyetinin giderilmesi için hangi yasal olanaklarının bulunduğu ve bunları kullanmak için hangi yollara başvurabileceği, muhakemenin gidişatı hakkında kendisine bilgi verilmesi ve dava dosyasını inceleme hakkının bulunduğu ve bir avukat yardımından yararlanabileceği sayılabilir.²⁰⁵

Mağdur ve şikayetçiye de hakları anlatılacak ve bu husus tutanağa yazılacaktır ancak mevcut CMK düzenlemesi ile aydınlatma yükümlülüğü sadece C.savcısı ve mahkeme veya hakim için getirilmiş gibi gözükmektedir. Bu yükümlülüğün kolluk içinde geçerli olması gerekir. Avrupa Konseyi'nin Ceza ve Usul Hukukunda Mağdurun Durumuna ilişkin olarak Tavsiyesi R(85) "Tavsiye A.2. Polis mağdura yardım, fiili ve hukuki tavsiye, suçludan ya da devletten alabileceği tazminat konusunda aydınlatmalıdır.

Sanık için getirilen hususların karşı yanı oluşturan mağdur bakımından da kabulü dengeyi sağlayacaktır. Mağdur muhakemenin gidişatı hakkında

²⁰⁵ Sokullu-Akıncı, Viktimoloji, 99vd.

da bilgi edinebilmelidir. CMUK zamanında suç mağdurunun gerek hazırlık soruşturması, gerekse son soruşturmanın akışı hakkında hiç ya da yeteri kadar bilgilendirilmediği bir gerçektir. Hele mağdur davaya müdahil olarak katılmamışsa, kamu davasının sonucunun bildirilmesi (madde 371 CMUK) ve takipsizlik kararları (madde 164) dışında, bu konuda hemen hiçbir şansı da bulunmamaktadır. Mağdura kamu davasının açıldığı hakkında yeterli bilgi verilmemektedir. CMK 176(1) uyarınca iddianame, çağrı kâğıdı ile birlikte sanığa tebliğ olunmaktadır. Kanaatimce iddianamenin mağdur veya şikayetçide tebliği mağdurun korunması amacının gerçekleşmesi için daha uygun düşecektir.

Halbuki polis soruşturmayı bir veya birkaç şüpheliyi gözaltına aldıktan sonra soruşturmayı daha ileri götürmek için gerekli olan delilleri elde edemediği için sona erdirebilir. Bu durum mağdurda bir hayal kırıklığı yaratmakta, onu ceza muhakemesine küstürmekte, güvensizliğe yol açmaktadır. Gerçekten suç mağduru, suçu kolluğa bildirmekle sonucu hakkında belli bir beklentiye girer. Bu beklenti, aynı zamanda o suçun doğrudan muhatabı olduğu için soruşturmaya etki ve katkıda bulunabilme şeklinde de olabilir.²⁰⁶

Bu nedenle, mağdur, talep etmesi halinde, kendisini ilgilendirdiği oranda, hazırlık soruşturması da dahil olmak üzere, muhakemenin gidişatı hakkında bilgilendirilmelidir. Böylece mağdur, ceza muhakemesi dışına itilmekten, kendisinin neden olmadığı bir davayı duruşma salonunda takip etme zahmetinden kurtulmuş olacaktır. Bunun da ötesinde, sanıktan gelebilecek tehdit edici davranışlardan da korunmuş olur. Şayet mağdurun avukatı varsa, bilgilendirme, avukatı vasıtasıyla gerçekleştirilebilmelidir.²⁰⁷

²⁰⁶ Özbek:CMK İzmir Şerhi, 896

²⁰⁷ Özbek:CMK İzmir Şerhi, 897

Yine öğretide tanık mağdurun korunması özel hayatına ve haysiyetine saygı duyulması hakkından da bahsedilmektedir. Yaptığı şikayet veya ihbar ile can ve mal güvenliği tehlikeye giren tanık mağdurun güvenliği sağlanmalıdır. Özellikle örgütlü suçlarda bu gereklidir. Yine tanık mağdurun özellikle cinsel suçlar sözkonusu olduğunda özel hayatına ve haysiyetine saygı gösterecek şekilde yayın yasağı getirilebilir. Gizli duruşma yapılabilir.²⁰⁸

2.1.5. Kamu Davasına Katılma(Müdahale)

Suçtan kişilerin de zarar görmesi ,kişilerinde muhakeme aşamasında rol almasını olanaklı kılmıştır. İddia makamında savcı ile birlikte kişilerinde yer almasına katılma (müdahale) denmektedir. Katılma mevcut CMK düzenlemesi de göz önüne alındığında “mağdur , suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar tarafından ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında yani açılmış olan kamu davasında hüküm verilinceye kadar şikâyetçi olduklarını bildirip,şikayetçinin sahip olduğu haklara sahip olarak kamu davasında yer almaktır.” şeklinde tanımlanabilir.

Katılma karşılaştırmalı hukukta pek kabul görmemektedir. Muhakemenin devletin işi olduğu gerekçesi ile karşılaştırmalı hukukta suçtan zarar görene ve sadece şahsi hakları ile sınırlı olarak katılma hakkı tanınmıştır. Alman Hukuku katılmayı sadece belli suçlar açısından kabul etmiştir. 1986 tarihli Mağdurun Korunması Hakkında Kanun ile katılana müstakil delil sunma hakkı getirilerek katılanın durumu güçlendirilmiştir.²⁰⁹

Alman hukukunda 1986 tarihli Mağdurun Korunması Hakkında Kanun ile yapılan değişiklikler üç noktada toplanabilir a)Mağdurun ve muhakemeye

²⁰⁸ Özbek:CMK İzmir Şerhi, 898

²⁰⁹ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak(İstanbul,2006),s 202

katılan diğer kişilerin kişiliklerinin korunması genişletilmiştir.b)Mağdurun muhakemeye katılması konusunda yeni düzenlemeler getirilmiş ve iyileştirmeler yapılmıştır c)Mağdurun zararının fail tarafından telafi edilmesi olanakları genişletilmiştir.

Bu değişiklikler kimlik konusunda tanığın korunması,yapılan işlemlerin kendisine bildirilmesi, suçtan zarar görene kamu davasına müdahil sıfatı ile katılma yetkisine sahip olduğunun öğretilmesi,müdafiden yararlanma, müdahil sıfatı ile katılma yetkisi veren hallerin artması ve suç mağduruna tazminat ödenmesine ilişkin şartlarda kolaylıktır.

Katılmanın ayrı bir dava olup olmadığı, ayrı bir dava ise asli veya tali bir dava olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır.²¹⁰ Katılmada kamu davasının kuralları uygulanır, Yurtcana göre katılma bir davadır.Yapılan yargılama kamu davası ile birleşik bir yargılamadır. Savcının açtığı kamu davası ile müdahilin açtığı şahsi dava birleşmiştir. Yazar bu davanın savcının desteğinde yürüyen bir ceza davası olduğunu söylemektedir.²¹¹Yine Yurtcan CMK nun 239 maddesinin müdahile özel bir statü verdiğini söylemektedir. Katılmanın özel bir yargılama yolu olduğu da söylenebilir. Müdahalenin kişilere,suçtan zarar görenlere ,bu suçu işleyenlerin yargılamasına katılma yetkisi verilerek ,onların bizzat ihkakı hakka başvurmalarını önlemek amacı olduğu söylenmektedir.²¹² Suçtan zarar görenin de katılacağı bir yargılama hem maddi gerçeğin ortaya çıkmasına yardımcı olur hem de suçtan zarar gören veya mağdurun bu yargılamaya katılması mağduru daha fazla tatmin edebilir.

CMUK'a göre şahsi davacı veya müdahil, esas olarak hukuk mahkemesinin yetkisinde olan ancak yargılanmakta olan ceza davası ile

²¹⁰ Ayrıntılı tartışmalar için bkz. Erdener Yurtcan:Şahsi Dava

²¹¹ Yurtcan,Erdener Ceza Yargılaması Hukuku(İstanbul 2005.),s581

²¹² S.Onursal: Kamu Davasına Müdahale, 24

bağlantısı nedeniyle, ceza mahkemesinden uğradığı zararların hükme altına alınmasını isteyebiliyordu. Bu açıdan hem şahsi davacı (madde 350/2) hem de müdahil (madde 365/2) şahsi hak talebinde bulunabiliyordu. Şahsi hak isteğinin kabûlü sanığın mahkum olmasına bağlı idi. CMK bu hakkı kaldırmıştır. Alman Hukukunda mağdurun faille barıştırılması için yeni ilerlemeler olmuş 1986 yılında yapılan değişiklik ile mağdurun suçtan gördüğü zararın ceza davası ile birlikte tazmin ettirilmesi teşvik edilmiştir.(StPO &403) Mağdura bazı yeni yetkiler tanınmıştır. Bunlar yukarıda da belirtildiği üzere hazırlık soruşturmasında bilgi alma hakkı .(StPO &406/d1) suçtan zarar görene dosyayı inceleme hakkı (StPO &406c),suçtan zarar görene avukatın hukuki yardımda bulunması ve kesintisiz olarak duruşmada hazır bulunması hakkı getirilmiştir.(StPO &406f)²¹³

CMUK md. 367’de müdahilin, şahsi davacının savcının sahip olduğu haklara sahip olduğu belirtilmiştir. Şahsi davacı da savcıya benzetildiğinden (CMUK madde 354) kanunda aksi belirtilmedikçe, müdahil de savcının haklarına sahip olarak kabul ediliyordu. CMK’da buna benzer bir kurala yer verilmemiştir. Çünkü katılan aynı zamanda suçtan zarar gören ve mağdur olduğu için ve mağdurun hakları da 234. maddede sayıldığı için burada bu hakların tekrar sayılmasına gerek kalmamıştır. Katılan, suçtan zarar gören mağdur olduğu için, katılan yukarıda sayılan mağdurun hak ve yetkilerine sahiptir.

CMK da kamu davasına katılma madde 237 de düzenlenmiştir.CMK madde 237/1” Mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar şikâyetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilirler. “ demektedir.

²¹³ Kunter/Yenisay/Nuhoğlu: Muhakeme, 200

CMK mağdur ve suçtan zarar gören ayrımı yapmıştır. Mağdur, esasen suçtan zarar görendir. Ancak kanun koyucu bu iki kavramın farklı kişileri ifade edebileceğini düşünerek her ikisini de ayrı ayrı kullanma ihtiyacı hissetmiştir. İkisi her zaman aynı kişi olmayabilir. Katılanın ceza mahkemesinden şahsi hak talebinde bulunma hakkı kaldırılmıştır. Suçtan zarar gören ve mağdur kavramlarının anlaşılabilmesi için bu kavram yukarıda daha önce ayrıntılı şekilde açıklanmaya çalışılmıştır.²¹⁴ Malen sorumlu ise yargılama konusu işin hükme bağlanması ve bunun kesinleşmesinden sonra, maddî ve malî sorumluluk taşıyarak hükmün sonuçlarından etkilenecek veya bunlara katlanacak kişiyi ifade etmektedir.

Katılma için kişinin suçtan zarar görmesi,sağ olması,dava ehliyetine sahip olması gerekir.Kişi ergin değilse onun adına yasal temsilcisi hareket edebilir.Katılma hakkı burada CMUK ‘ dan farklı olarak sadece suçtan zarar görene değil açık şekilde mağdura da verilmiştir. Yine CMK malen sorumluyu da katılma istemi içinde bulunabilecekler arasında açıkça belirtmiştir. Madde gerekçesinde “Maddeye göre, yalnızca gerçek kişiler değil, tüzel kişiler de kamu davasına katılabileceklerdir.” denmektedir. Gerçekten 1412 sayılı Kanundan farklı olarak, suçtan zarar gören tüzel kişilerin ve malen sorumlu olanların da kamu davasına katılabilecekleri açıkça vurgulanmaktadır. Tüzel kişi, organ veya temsilcisi aracılığıyla temsil edilecektir.(CMK m. 249) Suçtan zarar gören yanında, Tasarıda yer almayan “mağdur” kavramı da 237. maddenin birinci fıkrasına eklenmiştir.²¹⁵Konu ile ilgili bazı Yargıtay Kararlarına aşağıda değinilmiştir.

“Kamu davasına katılmanın en önemli koşulu, suçtan doğrudan doğruya zarar görmüş olmaktır. Dolaylı zararlar nedeniyle kamu davasına katılma olanaklı değildir. Somut olayda, mağdur, oğluna taahhütlü mektup

²¹⁴ Bkz. s.11vd.

²¹⁵ Cumhuriyet Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 739

içinde gönderdiği bankamatik kartının yerine ulaşmadığını ve bu kart kullanılarak hesabından para çekildiğini belirterek şikayette bulunmuştur. İşlendiği ileri sürülen suçtan doğrudan doğruya zarar görenler, şikayetçi ile kartın sahibi bankadır. Posta işletmesi müdahale talebinde bulunmuştur. Ancak tazminat ödenmesi, itibar zedelenmesi ve güven kaybı gibi dolaylı zararlara dayanarak kamu davasına katılma mümkün değildir. Açıklanan nedenlerle, posta işletmesinin kamu davasına katılması olanaksızdır” (YCGK, E. 2003/5-41, K. 2003/54, T. 25.3.2003, www.kazanci.com.tr).

“1- “Zorla ırza geçme” gibi aile düzenine karşı işlenen suçlarda, mağdure reşit olsa dahi- akıl hastası olması halinde de vasi belirtilmesine gerek olmaksızın- koşulsuz olarak ana-baba davaya katılabilir.

2- Aynı durumda kardeşlerin davaya katılmaları a) ana babanın sağ olmamaları; b) mağdurun katılma isteminde bulunan kardeş tarafından bakılıp gözetilmesi koşullarına bağlıdır” (YCGK, E. 2001/5-39, K. 2001/55, T. 3.4.2001, www.kazanci.com.tr).

“Yağma suçu cebir şiddet veya tehdit kullanarak yapılan hırsızlıktır. Malın elde edilmesine veya tesliminin sağlanmasına yönelik cebir-şiddet veya tehdit kullanılmalıdır. Kendiliğinden hak alma suçu ise kişinin yetkili makamlara başvurarak hakkını alması yerine iddia ettiği hakkı kendiliğinden ve zor kullanarak elde etmesi gerekir: Suç eşya veya kişiler üzerinde zor kullanılarak işlenir. Hak sahibi olunduğu düşüncesiyle hareket edilmesi yeterlidir.

Somut olayda; yağma suçunun yasal unsurları gerçekleşmemiştir. Sanık A.nın, borçlu katılan tarafından da kabul edilen alacağa karşılık belli bir yoğunluğa erişmeyen bağırma ve sert hareketlerle senet imzalattırış olması eylemi, zorla kendiliğinden hak alma suçunu oluşturur. Katılanın bir kısım sanıklar hakkında şikayetinden vazgeçmesi nedeniyle davanın

düşürülmesine ilişkin yerel mahkeme kararı doğrudur” (YCGK, E. 2000/6-120, K. 2000/137, T. 20.6.2000, www.kazanci.com.tr).

CMK madde 237/2” Kanun yolu muhakemesinde davaya katılma isteğinde bulunulamaz. Ancak, ilk derece mahkemesinde ileri sürülüp reddolunan veya karara bağlanmayan katılma istekleri, kanun yolu başvurusunda açıkça belirtilmişse incelenip karara bağlanır.” demektedir. Madde gerekçesinde bu durum “İlk olarak katılma ilk derece mahkemelerinde ve kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar mümkün olabilecektir. Bölge adliye mahkemesi ve Yargıtay aşamalarında yapılacak katılma istekleri kabul edilmeyecektir. Ancak, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmüş olup da karara bağlanmayan veya reddolunan katılma istekleri, ... yoluna başvurulduğunda açıkça belirtilmiş olması koşuluyla incelenip... mahkemesince karara bağlanacaktır. Bu düzenlemeyle, katılmanın ne zamana kadar ve hangi aşamalarda istenebileceği sorusuna yasal düzeyde açık cevap verilmektedir.” şeklinde açıklanmıştır.

“Bölge adliye mahkemesinde” katılma isteğinde bulunulamayacağı yönündeki Tasarı hükmü, 5271 sayılı Kanunda, “kanun yolu muhakemesinde” bu istekte bulunulamayacağı şeklinde düzeltilmiş, böylece gerekçedeki açıklamalarla da uyum sağlanmıştır. Şahsi hak davası 5271 sayılı Kanunda öngörülmediğinden, katılanların şahsi haklarını da isteyebileceklerine dair Tasarı hükmü maddeye alınmamıştır.²¹⁶

“Kamu davasında katılma, kamu davasının açılması ile hüküm kurulması arasında geçen süreç içerisinde olanaklıdır. Hüküm kurulup mahkemenin işten el çekmesinden sonra vukubulan katılma talebine dayalı

²¹⁶ Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 739

temyiz isteğinin reddine karar verilmelidir” (YCGK, E. 2001/6-111, K. 2001/116, T. 29.5.2001, www.kazanci.com.tr).

CMK madde 238 katılma usulünü düzenlemektedir. Maddenin ilk fıkrası “Katılma, kamu davasının açılmasından sonra mahkemeye dilekçe verilmesi veya katılma istemini içeren sözlü başvurunun duruşma tutanağına geçirilmesi suretiyle olur.” demektedir. CMK madde 238 gerekçesinde “Madde, katılma yöntemini belirtmektedir; katılma bir dilekçe vermek veya duruşmada sözlü katılma başvurusunun tutanağa geçirilmesi suretiyle yapılacaktır. Sanığa hakları hatırlatıldığına göre, burada mağdura da hakları söylenecek, duruşma sırasında suçtan zarar görene katılma hakkı hatırlatılacaktır. Katılma istemi üzerine karar, Cumhuriyet savcısı, sanık ve varsa avukatının bu hususta dinlenmelerinden sonra verilecek ve tabii olarak istemin Kanuna uygun bulunup bulunmadığını içerecektir.

Burada CMK’nun önceki kanundan farklı bir yol izlediği söylenmektedir. CMUK sadece savcının dinlenmesini yeterli bulmakta idi. Oysa CMK dinlenmesi gereken kişileri genişletmiş ve katılma taleplerinin daha iyi değerlendirilmesini sağlamıştır.²¹⁷

Katılmaya ilişkin bu kararlara itiraz olanağı yoktur. Ancak esas hükümle birlikte istinaf veya temyiz yollarına gidilebilecektir. Sulh ceza mahkemelerinde görülen davalarda Cumhuriyet savcısının görüşü alınmayacaktır. “ denilerek madde açıklanmıştır. Katılma, kovuşturma evresine geçildikten sonra, duruşma hazırlığı veya duruşma aşamasında mümkündür. Duruşmadan haberdar edilme ve kamu davasına katılma hakkı bulunan (CMK m. 234/1-b) kişiye bu hakları hatırlatılacaktır (CMK m. 234/3).

²¹⁷ Özbek:CMK İzmir Şerhi, 909

Duruşma sırasında şikayeti belirten ifade üzerine de, ilgiliye, kamu davasına katılmak isteyip istemediği sorulacaktır (CMK m. 238/2).²¹⁸

Katılma için mahkemeye bir dilekçe verilmeli veya katılma istemini içeren sözlü başvurunun tutanağa duruşma tutanağına geçirilmesi gerekmektedir. Ancak CMK'nun soruşturma evresinde haklar düzenlediği, uzlaşma gibi mağdur zararını gidermeye yönelik yeni hükümler kabul ettiği için, soruşturma evresinde katılma isteminde bulunulabileceği düşünen yazarlar bulunmaktadır. Bu talep konusunda savcı ile sanık veya müdafinin görüşü üzerine olumlu veya olumsuz bir karar verilir. Bu dilekçede suçtan zarar görüldüğü belirtilmeli ve sanığın cezalandırılması istenmelidir.²¹⁹

Yargıtay bir kararında hükmü temyize ilişkin dilekçeyi, katılma dilekçesi olarak kabul etmemiş (CGK., 17.02.1992, 8/11-341, Osman YAŞAR Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, Haziran 2005, Ankara, Cem Ofset)s. 1096 Fakat başka bir kararında soruşturmanın genişletilmesi için verilen tanık listesini müdahale niteliğinde kabul etmiştir (CGK., 26.09.1988, 6/277-12, Osman YAŞAR Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, Haziran 2005, Ankara, Cem Ofset) s. 1096

Katılma için bir hakim veya mahkeme kararının bulunması şarttır. Suçtan zarar görene madde 234 uyarınca kamu davasına katılma hakkı kendisine anlatılacak,kamu davasına katılmak isteyip istemediği sorulacaktır.

Katılma talebi yapılması için açılmış bir kamu davası bulunması şarttır.Katılma talebi , ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar yapılabilir. Yine kanun yolu yargılamasında davaya katılma isteğinde bulunulamaz. Şikayetinden

²¹⁸ Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 742

²¹⁹ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu: Muhakeme, 443, 205

vazgeçen kişinin davaya katılıp katılamayacağı hususu tartışmalıdır.Bu konuda Yargıtay kararlarına değinmekle yetiniyoruz.

Yargıtay bir kararında dava açıldıktan sonra yakınmanın geri alınması durumunda katılma kararı verilemeyeceğini, daha önce verilen bir karar var ise bu kararında hükümsüz olacağını söylemiştir (CGK. 18.04.1994, 4/85-110, Osman YAŞAR Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, Haziran 2005, Ankara, Cem Ofset)s. 1094

Yargıtay diğer bir kararında yakınının duruşmadaki sözlerinin vazgeçme niteliğinde olduğundan bahisle davaya katılma kararı verilemeyeceğini söylemiştir. Ancak yine Yargıtay (CGK. 14.01.1985, 304/15, Osman YAŞAR Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, Haziran 2005, Ankara, Cem Ofset)S.1103

Ancak Yargıtay hazırlıkta yapılan vazgeçmenin davaya katılmaya engel olmayacağını da söylemiştir (CGK., 10.05.1965, 57207-95, Osman YAŞAR Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, Haziran 2005, Ankara, Cem Ofset) s. 1104

“Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasındaki uyuşmazlık, davaya katılma kararı verilen hallerde, ayrıca katılan vekilinin duruşmaya kabulüne ilişkin karar verilmesinin dahi gerekip gerekmediğinin belirlenmesi noktasında toplanmaktadır. Yakınan sanık Hasan vekili Av. Nebi’in, yasal koşulları taşıdığı kabul edilerek duruşmaya kabulüne ilişkin ara kararı verildiği de nazara alındığında, yasaya uygun olarak vekil olarak atanan avukatın, ayrıca katılan vekili olarak da davaya kabulüne ilişkin bir karar verilmemiş olmasında yasaya bir aykırılık söz konusu değildir” (YCGK, 3. 2004/1-73, K. 2004/94, T. 13.4.2004, www.kazanci. com.tr).

“CYUY’un 206 ve devam eden maddelerinde, mahkemenin şikayetçiye duruşma gününü tebliğ etmesini zorunlu kılan bir düzenleme de bulunmamaktadır. Mahkeme, şayet gerekli görürse şikayetçiye duruşmaya davet edebileceği gibi bu ihtiyacın ortadan kalktığını görürse davete ilişkin kararından da vazgeçebilir. Ayrıca; davanın açıldığı tarih ile hükme bağlandığı tarihler arasındaki süreye göre davadan haberdar olma olanağına da sahip bulunduğu anlaşılan şikayetçinin, davaya katılma hakkının sınırlandığından söz edilemez” (YCGK, E. 2003/7-42, K. 2003/33, T.11.3.2003, www.kazanci. com.tr).

“Yargıtay’ın süreklilik gösteren kararlarına göre kamu davasının açılmasından sonra mahkemeye verilen dilekçelerle sanığın cezalandırılmasının istenmesi davaya katılma isteği niteliğindedir. Bu nedenle yoklukta karar verilmesi halinde kararın dilekçe sahibine tebliği gerekir. Somut olayda, maktulün oğlunun ilk duruşmaya gelip şikayet dilekçesi vererek sanığın cezalandırılmasını istediği duruşma tutanaklarından anlaşılmaktadır. Bu istemin davaya katılma olarak kabulü ile yoklukta verilen kararın katılana tebliğ edilmesi gerekir” (YCGK, E. 2002/1-129, K. 2002/261, T. 28.5.2002, www.kazanci. com.tr).

CMK madde 239 katılanın haklarını düzenlemektedir.²²⁰ Yurtcanın CMK nun 239 maddesinin müdahile özel bir statü verdiğini söylediğini yukarıda belirtmiştik. Konu ile ilgili bu husus CMK madde gerekçesinde “Tasarının dayandığı temel ilkelerden birisinin de mağdurun korunması olduğuna ilgili madde gerekçelerinde değinilmiştir. Bu madde, söz konusu ilkenin hayata geçirilmesini ifade eden önemli bir hüküm getirmekte;

²²⁰ **Katılanın hakları**

MADDE 239. - (1) Mağdur veya suçtan zarar gören, davaya katıldığında, mahkemeden istemesi halinde baro tarafından bir avukat görevlendirilir.

(2) Mağdur veya suçtan zarar görenin çocuk, sağır ve dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede akıl hastası olması halinde avukat görevlendirilmesi için istem aranmaz.

mağdura tanınan haklar çerçevesinde, maddî ve hukukî durumu elverişli olmayan katılanlara, istemleri hâlinde baro tarafından avukat seçimini öngörmektedir. Eğer katılan onsekiz yaşını henüz doldurmamış ya da sağır veya dilsiz veya kendisini savunmayacak derecede malûl ve avukatı da yoksa, avukat atanması için istem aranmaz, bu husus re'sen yerine getirilir. Türk hukukunda insan hakları alanında önemli bir anlayış değişikliğini ortaya koyan bu modern hüküm, suç ile mağdur duruma düşürülen kimselerin bir de yargılamada mağdur olmalarının önüne geçecek bir tedbir oluşturması bakımından önem taşımaktadır.” şeklinde açıklanmaktadır.

Bu madde hakkında Şahin şöyle açıklama yapmaktadır.”Tasarıda, sadece, maddi ve hukuki durumu itibarıyla yararlarını yeteri kadar koruyacak durumda olmayan katılana bu hak tanınmakta idi. Bu sınırlayıcı hüküm kanuna alınmamıştır. Böylece katılanın, maddi ve hukuki durumu itibarıyla yararlarını yeteri kadar koruyacak durumda olup olmadığı aranmayacak, avukat görevlendirilmesi için katılanın talebi yeterli görülecektir. Bu düzenleme biçiminin mağdurun korunması bakımından şüphesiz daha etkili olacağı belirtilmiştir.²³⁹ maddenin ikinci fıkrasında, avukat görevlendirilmesinde zorunlu haller belirtilmektedir. Buradaki avukat görevlendirme zorunluluğu, davaya katılma talebi kabul edildikten sonra söz konusu olmaktadır. Gerek 234/2 gerekse 239/2 hükümleri birlikte Kanunda yer alınca, şöyle bir durum ortaya çıkmaktadır: 239/2 hükmü sadece kamu davasına katılma halinde mağdur ve suçtan zarar görene ilişkin özel bir düzenleme olurken, soruşturma evresinde ve duruşma hazırlığı aşamasında mağdura zorunlu avukat görevlendirilmesi, ancak 234/2. madde çerçevesinde gerçekleşebilecektir. Ancak bu durumda da, yine, 234/2. madde uyarınca avukat görevlendirilmesinin usulü konusu açıkta kalmaktadır. Bu hususta 156. madde yol gösterici olabilir.”²²¹ Özbek ise bu konuda”CMUK’da katılanın hakları şahsi dava hükümlerine atıf yapılarak düzenlenmiş idi. Ancak CMK şahsi dava usulünü kaldırdığı için katılanın

²²¹ Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 744

haklarını ayrı bir hükümde düzenlemiştir. CMK da ayrıca böyle bir maddeye yer verilmesinin sebebi mağdur ve şikayetçinin haklarını düzenleyen CMK madde 234 hükmüdür. Bu durumda her iki yasa karşılaştırıldığında CMK bakımından katılanın daha fazla yetkiye sahip olduğu görülmektedir.” demektedir.²²²

CMK madde 240 katılma yapılan yargılamayı durdurmaz demektedir. Bu yürütülmekte olan kamu davasının önceliğinin bir gereğidir. Kamu davasına katılma hakkının koşulları; suçtan zarar gören olmak, istek ve sürenin geçmemiş olmasıdır. Katılma istemi konusunda karar verecek olan mahkemenin incelemesi de bunlarla sınırlı olacaktır.

Katılma kararı verildiğinde yargılama hangi aşamada ise o aşamadan devam eder. Hatta tarihi belirlenmiş olan duruşma ve yargılama usulüne ilişkin diğer işlemler vaktin darlığından dolayı katılan kimse çağrılmayacak veya kendisine haber verilemeyecek olsa bile belirli gününde yapılır.

Bu husular madde 240 gerekçesinde “Katılma Tasarıda, mağduru korumanın bir aracı olarak tesis edilmiş ve buna dayalı hükümler getirilmiş olmakla birlikte bu hususta istemde bulunmuş olan kimsenin hakkını kullanmaya devam etmeye zorlanamayacağı açıktır. Bu nedenle katılma davayı durdurmayacağı gibi, gecikmesine de neden olmayacaktır. Katılanın gelmemesi veya gecikmede sakınca bulunan durumlarda çağırılmaması yüzünden ceza muhakemesi işlemlerinin geciktirilmesi kabul edilmeyeceğinden ikinci fıkra bu gibi hallerde işlemlerin belirli gününde yapılacağını açıklamıştır. Davanın asıl takipçisi Cumhuriyet savcısı olduğundan hüküm böylece düzenlenmiştir. “ şeklinde açıklanmıştır.

²²² Özbek:CMK İzmir Şerhi, 912

CMK madde 241 katılmadan önce alınıp da savcıya bildirilmiş kararlar katılana bildirilmeyecektir hükmünü taşır. Katılan katılmadan önceki işlemler hakkında söz sahibi değildir. Bu husus CMK madde gerekçesinde “Katılma Tasarıda, mağduru korumanın da bir aracı olarak tesis edilmiş ve buna dayalı hükümler getirilmiş olmakla birlikte bu hususta istemde bulunmuş olan kimsenin hakkını kullanmaya devam etmeye zorlanamayacağı açıktır. Bu nedenle katılma davayı durdurmayacağı gibi, gecikmesine de neden olmayacaktır. Katılanın gelmemesi veya gecikmede sakınca bulunan durumlarda çağırılmaması yüzünden ceza muhakemesi işlemlerinin geciktirilmesi kabul edilmeyeceğinden ikinci fıkra bu gibi hâllerde işlemlerin belirli gününde yapılacağını açıklamıştır. Davanın asıl takipçisi Cumhuriyet savcısı olduğundan hüküm böylece düzenlenmiştir.” şeklinde açıklanmıştır.

Kanaatimce katılma talebinin kabulü ile yapılan yargılamada katılma talebinden önce yapılan işlemlerin esaslı noktaları hakkında mahkemenin katılana duruşmada sözlü bilgi vermesi mağdurun önceki işlemlerden haberdar olması ve bilgi edinme hakkı yönünden faydalıdır. Ayrıca bu husus 234/1-b-2 hükmü uyarınca mağdur ve şikayetçinin duruşmadan haberdar edilme haklarını düzenleyen maddenin ruhuna da uygun düşecektir.

Eski düzenlemede davayı takip etmeyen müdahile hüküm tebliğ edilirken yeni düzenlemede bu tebligatın yapılacağına dair bir hüküm konmamıştır. Müdahil bu sebepten davasını takip etmek zorundadır

CMK madde 242 katılan, Cumhuriyet savcısına bağlı olmaksızın kanun yollarına başvurabilir demektedir. Karar, katılanın başvurusu üzerine bozulursa, Cumhuriyet savcısı işi yeniden takip eder. Bu durum madde 242 gerekçesinde “Katılan, bir muhakeme hukuku süjesi olarak, Cumhuriyet savcısından bağımsız biçimde denetim muhakemesi yoluna gidebilir.

Katılanın başvurusu olumlu sonuçlanırsa yani karar katılanın başvurusu üzerine bozulursa, Cumhuriyet savcısı işi yeniden takip edecektir. Bu durum kovuşturma zorunluluğu ilkesinin doğal bir sonucudur. “ denilerek açıklanmıştır.

CMK madde 243 katılan, vazgeçerse veya ölürse katılma hükümsüz kalır. Bu niteliği itibarıyla katılma hakkı, kişiye sıkı surette bağlı haklardandır. Katılan bu talebini geri alabilir. Talebin geri alınması ile katılma hükümsüz hale gelir. Maddede ayrıca, mirasçılarının, katılanın haklarını takip etmek üzere davaya katılabilecekleri hükme bağlanmıştır.²²³

Katılanın ölmesi katılmayı hükümsüz kılacak bir durumdur. Ancak mirasçılar davaya devam edebilirler. Mirasçılarının davayı takip edip edemeyecekleri konusunda CMUK'ta bir hüküm yoktu. Maddede bu husus açıklığa kavuşturulmuştur. Yargıtay bir kararında yargılama sırasında ölen müdahilin mirasçılarının tebligat yapılması gerektiğini söylemişlerdir (CGK., 03.02.1992, 4/5-11, Osman YAŞAR Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, Haziran 2005, Ankara, Cem Ofset)s.1071Yargıtay bir başka kararında ise mağdurun ölümünden sonra oğlunun davaya müdahil sıfatıyla katılamayacağını söylemektedir (CGK., 03.02.1992, 4/5-11,Osman YAŞAR Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, Haziran 2005, Ankara, Cem Ofset)s. 1071

2.1.6. Tanık- Mağdurun Korunması ve Güvenliğinin Sağlanması

Mağdurun korunması ve güvenliğinin sağlanması da yapılacak yargılama içinde önemli sorunlardan birini oluşturmaktadır. Mağdura ilişkin

²²³ Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 748

kişisel bilgilerin sanıklar ve yakınlarının eline geçmemesi önemlidir. Mağdurun tehdit edilmesi, bu sebeple maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engellemekte, özellikle organize suç ve suçlulukla mücadelede mağdurun ve toplumun psikolojisini önemli ölçüde etkilemektedir. Yine suçun türü ve mağdurun toplum içindeki yeri, mağdurun özel hayatını ve yaşamını olumsuz etkileyecek nitelikte ise bu konuda görsel ve yazılı basında yapılacak yayınlardan da mağdur korunmalıdır.

CMK da bu konu ile ilgili çeşitli düzenlemeler getirilmiştir. CMK madde 209-2 'de "sanığa veya mağdura ait kişisel verilerin yer aldığı belgelerin, açıkça istemeleri halinde, kapalı oturumda okunmasına mahkemece karar verilebilir." denmiştir. Bu şekilde mağdurun korunması amaçlanmıştır. Yine CMK madde 100'de tutuklama nedenleri içinde " Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma" bir tutuklama nedeni olarak sayılmıştır.

Özellikle organize suçlulukla mücadelede mağdurların güvenliklerinin sağlanması için özel koruma tedbirleri getirilebilir. Bu tedbirler estetik ameliyattan ,mağdurun nüfus kayıtlarının değiştirilmesine kadar çok geniş kapsamlı olarak düşünülebilir.²²⁴ Bu tedbirlerden bir kısmı mülga 4422 sayılı kanunda ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununda yer bulmuştur.²²⁵

²²⁴ Ünver, Naci: Uygulamada Çıkar Amaçlı, s.18

²²⁵ 4422 sayılı Kanun Tanığın ve görevlilerin korunması **MADDE 7.** – Tanığın kimliğinin veya meskeninin veya ikametgâhının veya işyerinin bilinmesi, kendisi veya başkaları için ciddi bir tehlike ihtimalini ortaya çıkarırsa; a) Tanık için her türlü tebligatın yapılacağı ayrı bir adres tespit edilebilir ve tanığın kimliği soruşturmanın her aşamasında gizli tutulabilir. b) Tanığın verdiği bilgilerden hareketle diğer delillerin tespitinin mümkün olması halinde, kimliği soruşturmanın hiç bir aşamasında açıklanmaz. Tanığın dinlenmek suretiyle kimliğinin açıklanması gerektiğinde, tanık hakkında 12.4.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 20 nci maddesindeki hükümlerin uygulanmasına karar verilebilir. Yukarıdaki fıkralarda yer alan hükümler, muhbirler ve bu Kanunun kapsamına giren suçlara ait istihbaratta veya soruşturulmasında görev alan kolluk amir ve memurları hakkında da uygulanır, kimlik bilgileri ile görevine ve özel hayatına ilişkin bilgiler hiçbir şekilde açıklanamaz. Kimlik, görev ve özel hayata ilişkin bilgileri açıklayanlara veya açıklanmasına yardımcı olanlara bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası verilir.

Tanıkların, yaş küçüklüğü, hastalık, yargılama konusu eylemden kişisel olarak aşırı etkilenmek gibi ayrıca bir mağduriyeti söz konusu olabilir. Bu durumda ki kişilerin ceza muhakemesi alanında korunmaları ihtiyacı, son yıllarda tartışılmaya başlanmış ve kısmen yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur.²²⁶ Suçun mağduru durumundaki çocukların korunması düşüncesi özellikle bu tür düzenlemelerin çıkış noktasıdır. Yetişkinler için dahi geçerli olabilecek olan bir çok olumsuzluk, çocuklar için fazlasıyla geçerlidir.²²⁷ Suç mağdurlarının özellikle de çocukların ceza muhakemesi sırasında korunması, tanık olarak dinlenmesi sırasında tekrar mağdur olmamaları için gerekli tedbirler tezimizde yukarıda mağdurun dinlenmesi kısmında açıklanmış idi.

Suç mağdurunun aynı zamanda tanık olduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Tanık-mağdurun özellikle suçu yetkili mercilere ihbar etmesiyle birlikte can ve mal güvenliği de tehlikeye girebilecektir. O halde, tanık mağdurun can ve mal güvenliği de sağlanmalıdır. Bu anlamda, tanık sadece bir delil aracı olarak kabul edilip hakları olmayan basit bir muhakeme sujesi durumuna indirgenemez.

Tanığın sunduğu veya sunacağı beyan nedeniyle uyuşmazlığın taraflarının tehdit ve saldırılarına hedef olması sıklıkla rastlanan olaylardır. Bunlara karşı tanığı korumak görevi, soruşturma aşamasında Cumhuriyet Savcısına, kovuşturma aşamasında ise duruşmayı idareden sorumlu olan (CMK 203) mahkeme başkanına ait olmalıdır. Mahkeme başkanı, tanığı duruşmada tarafların küçük düşürücü, hırpalayıcı sorularına karşı korumakla yükümlüdür. Bundan başka CMK, tanığın doğru söylemek zorunluluğu ile kendini veya yakınlarını korumak için yalan söylemek seçeneği arasında bir

²²⁶ Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 734

²²⁷ Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 734

seçime zorlanarak ruhen hırpalanmasını önlemek amacıyla, “çekinme hakkı”nı düzenlemiştir. (CMK 45-51)

CMK 58/1 tanığa, tanıklığından önce adı, soyadı, yaşı, işi ve yerleşim yeri, işyeri veya geçici oturduğu yerin adresi varsa telefonu sorulur. Bu durumda tanık olarak dinlenecek şahsın güvenliği tehlikeye düşecektir. Bu yüzden tanık olarak dinlenecek kişilerin kimliklerinin ortaya çıkması kendileri veya yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturacaksa; kimliklerinin saklı tutulması için gerekli önlemler alınır. Kimliği saklı tutulan tanık, tanıklık ettiği olayları hangi sebep ve vesile ile öğrenmiş olduğunu açıklamakla yükümlüdür. Kimliğinin saklı tutulması için, tanığa ait kişisel bilgiler, Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından muhafaza edilir.

StPO 68’in 2. fıkrasına göre ise “İkamet adresinin bildirilmesi tanığı veya bir başka şahsı tehlikeye düşürmesinden korkuluyorsa, tanığa ikamet adresi yerine iş veya resmi kendisine davetiyenin ulaştırılabileceğı başka bir adresi vermesine izin verilebilir. Birinci cümledeki hallerde başkan tanığın adresini söylememesine duruşmada izin verebilir.” Aynı paragrafın 3. fıkrası ise “Tanığın kimliğini veya adresini veya ikametgahını açıklaması neticesinde tanığın veya bir başka şahsın hayatı, vücut veya hürriyetinin tehlikeye düşmesinden korkuluyorsa tanığa şahsi halleri hakkında açıklama yapmaması için izin verilir veya sadece eski kimliği ile ilgili bilgi vermesine müsaade olunur. Bununla birlikte, tanık tanıklık ettiği olayları hangi sıfatla öğrenmiş olduğunu açıklamak mecburiyetindedir. Tanığın kimliğini tespit etmeye yarayan belgeler savcılıkta saklanır. Tehlike ortadan kalktıktan sonra bunlar dosyaya konur.”²²⁸

StPO’ya göre tanığın, ikamet adresini bildirmesi kendisi veya bir başkası açısından tehlikeli olacaksa, iş veya resmi adresini veya

²²⁸ Metin Feyzioğlu: Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık (Ankara, 1996), s.269

davetiyenin ulaştırılabileceği başka bir adresi vermesine izin verilebilir. Tanığın içinde bulunduğu tehlike daha büyükse, yani kimliğini, adresini veya ikametgahını açıklaması onun veya bir başka şahsın hayatını, vücut bütünlüğünü veya hürriyetini tehlikeye düşürebilecekse, şahsi halleri hakkında açıklama yapmaması için tanığa izin verilecektir. Kimlik değişikliği yaptırmış tanıklara, sadece eski kimlikleri ile ilgili bilgi sunma izni verilmesi de mümkündür. Ancak tanık her halükarda, tanıklık ettiği olayları hangi sıfatla öğrenmiş olduğunu açıklamakla yükümlüdür. Tanığın kimliğini tesbit etmeye yarayan belgeler, tehlike geçtikten sonra dosyaya konmak üzere savcılıkta saklanacaktır.

StPO sözü geçen hüküm ile tanığın, kimliğinin gizlenmesi yoluyla korunmasını amaçlamaktadır. Ancak tanığın fert olarak bilinmesi, özellikle organize suçlarda onu çoğu zaman tehlikeye sokmaya yeterlidir. Öyleyse onun fert olarak bilinmesini engelleyecek veya tanıklık yaptıktan sonra tanınmamasını sağlayacak tedbir ve düzenlemelere ihtiyaç vardır.²²⁹

TMK'nun 20. maddesi, tanıkların korunmasını, tanıklıktan sonra fert olarak tanınmamasını, yerinin ve kimliğinin tespit edilmemesini sağlayacak çeşitli düzenlemelere yer vermiştir. Hemen belirtmek gerekirse “koruma tedbiri” ibaresi, teknik anlamda kullanılmamıştır. Maddeye göre, TMK kapsamına giren “suçların aydınlatılmasında yardımcı olan tanık ve ihbarcılar hakkında gerekli koruma tedbirleri Devlet tarafından alınır.” “Bu koruma tedbirleri; talep halinde estetik cerrahi yoluyla fizyolojik görünümün değiştirilmesi dahil, nüfus kaydı, ehliyet, evlenme cüzdanı, diploma ve benzeri belgelerin değiştirilmesi, askerlik işleminin düzenlenmesi, menkul ve gayrimenkul mal varlıklarıyla ilgili hakları, sosyal güvenlik ve diğer hakların korunması gibi hususlarda düzenleme yapılır. Korumaya alınmış emekli personelden, meskende korunmaları mutlak surette zorunlu bulunanlar; görev yaptıkları Bakanlık veya Kamu Kurum ve Kuruluşlarına ait

²²⁹ Metin Feyzioğlu: Tanıklık, 269

konutlardan Maliye ve Gümrük Bakanlığınca rayiç kiralalar dikkate alınarak tesbit olunacak kira bedeli ile kiralama esaslarına göre yararlandırılır.” “Bu tedbirlerin uygulanmasında, İçişleri Bakanlığı ile ilgili diğer kurum ve kuruluşlar gerekli her türlü gizlilik kurallarına uymak zorundadırlar.” görüldüğü üzere TMK md. 20, tanıkların korunmasını sağlayacak çok önemli düzenlemelere yer vermiştir. Ancak Öztürk’ün belirttiği gibi, bu ve benzeri düzenlemelere diğer organize suçlarla mücadele edilebilmesi için de ihtiyaç vardır. Aksi takdirde organize suçların muhakemesinde, tanık bulunması imkansız denilecek kadar zor olacaktır. Tanıksız bir ceza muhakemesi olayların büyük çoğunluğunda mümkün olamayacağına göre, bu durumun organize çoğunluğunda mümkün olamayacağına göre, bu durumun organize suçlarla mücadeleyi başarısızlığa mahkum kılacağı tartışma dışıdır. Burada CMK sınırlı bir düzenleme ile tanık korumasını örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar ile sınırlamıştır. CMK 58 maddesinin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkra hükümleri, ancak bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak uygulanabilir.

10.07.2003 tarihli ve 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu madde 16 konuyla ilgilidir. ²³⁰Buna göre, “Kaçakçılık olaylarını ihbar edenlerin kimlikleri izinleri olmadıkça veya ihbarın niteliği haklarında suç oluturmamakça açıklanamaz.” ²³¹Adalet Bakanlığı 5.5.1949 tarih ve 35/11 sayılı bir tamiminde ise “Kaçakçılık olaylarına ait davalarda, aleyhlerine suç

²³⁰ **MADDE 16.** - Mülkî amirler, gümrük ve gümrük muhafaza amir ve memurları, Emniyet, Jandarma ve Sahil Güvenlik Komutanlığına bağlı personel bu Kanunun suç saydığı fiilleri önleme, izleme ve soruşturmakla yükümlüdür ve kaçakçılık olayını öğrendikleri veya haber aldıkları veya rastladıkları andan itibaren bu Kanunun kendilerine yüklediği görevleri hemen yerine getirmeye mecburdur. Kaçakçılığı önleme, izleme ve soruşturmakla görevli olanlar operasyon gerektiren kaçakçılık olaylarından haberdar olduklarında kanunî görevlerini yapmaya başlar ve aynı zamanda mahallin en büyük mülkî amirine bilgi verirler. Kaçakçılığı önleme, izleme ve soruşturmakla görevli olanların bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili bilgi ve belge talepleri, kamu veya özel, gerçek veya tüzel kişilerce, savunma hakkına ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla eksiksiz karşılanmak zorundadır. Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda yer alan hükümler uygulanır. Kaçakçılık olaylarını ihbar edenlerin kimlikleri, izinleri olmadıkça veya ihbarın niteliği haklarında suç oluşturmamakça açıklanamaz.

²³¹ www.verginet.net

isnat olunan şahısların eylemleri başka delillerle sabit görülen veyahut sübut bulmayan ihbarlarda suiniyetle hareket ettikleri malum bulunmayan hallerde suçu ihbar edenlerin soruşturmalarda bahis mevzuu edilmemesi ve mümkün olduğu kadar hüviyetlerinin açığa konmaması”nı istemiştir.

Hukumumuzda benzer bir hüküm de TMK md. 14’de yer almaktadır. Buna göre, “Bu kanun kapsamına giren suçları ve suçluları ihbar edenlerin hüviyetleri, rızaları olmadıkça veya ihbarın mahiyeti haklarında suç teşkil etmedikçe açıklanamaz.”

CMK 58(3) “Hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi, tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından tehlike oluşturacaksa; hâkim, hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan da tanığı dinleyebilir. Tanığın dinlenmesi sırasında ses ve görüntülü aktarma yapılır. Soru sorma hakkı saklıdır.” hükmü taşır.

Ancak böyle bir yöntemin başarı sağlaması için çoğu zaman tanıkların kimliklerinin ve yüzlerinin gizlenmesi, hatta seslerinin değiştirilmesi de gerekecektir. Bu durumdaki bir tanığa hakim tarafından ve taraflarca sorular sorularak beyanının doğruluğunun denetleneceği düşünülebilirse de, kim olduğu bilinmediği sürece, beyanın doğruluğu hakkında yapılacak değerlendirmenin ulaşabileceği başarı sınırlı olacaktır. Tanığın içerisinde bulunduğu psikolojik durumun, fiziksel tepkilerinin vs. televizyon aracılığı ile izlenmesi çok zor, yüzünü gizlemesi, sesinin elektronik olarak değiştirilmesi halinde ise imkansızdır.

Bu uygulama doktrinde tartışmalıdır. Tanık dinleme yerine bant kaydının dinlenmesi(CMK 52/3,236/2) doğrudan doğruyalık ilkesinin ihlali olarak

kabul edilmektedir.²³² Tehdit altındaki tanıkların duruşmada, kapalı devre televizyon sistemi aracılığı ile dinlenmesi şeklinde bir yöntem tartışılabilir. Öztürk'e göre kapalı devre yayın sistemi ile yetişkin tanığın dinlenmesi vasıtasızlık ilkesine aykırıdır. Küçük tanıkların bu yolla dinlenmesinin ise doğrudan doğruyalık ilkesine uygun olduğu genel olarak düşünülmektedir.²³³ Bu sonuca, 210/1. maddenin, özellikle insan haysiyetinin dokunulmazlığı, özel hayatın korunması gibi anayasal esaslarla birlikte ve bu esaslara uygun bir biçimde yorumlanmasıyla varılabileceği belirtilmektedir.²³⁴ Küçük psikolojik olarak , özellikle cinsel suçlar ve şiddet içeren suçlara ilişkin yargılamalarda yetişkinlere göre çok fazla etkilenebilir. Muhakemede sorulacak bu tür sorular, yapılacak açıklamalar küçükte olumsuz ve derin izler bırakabilir.Bu korumaya ilişkin Anayasa m. 58 hükmü ceza muhakemesi alanında da küçük tanıkların yeminsiz dinlenmesi hükmü(CMK. m. 50) ile ifadesini bulmuştur.

Genel kabul gören ve İngiliz Modeli olarak adlandırılan uygulamada tanık, güvenilir bir kişiyle birlikte ayrı bir odada bulunmakta, duruşma salonunda yer alan hakim bir ekran aracılığıyla tanığı görmekte ve mikrofon yardımıyla onu duymaktadır. Tanığın açıklamaları ve cevapları ses ve görüntü olarak anında duruşma salonuna aktarılmaktadır. İngiliz Modeli'nin üstün tarafı; duruşma salonunda bulunan hakimin duruşmanın sevk ve idaresiyle ilgili görevlerini yerine getirebilmesine imkan vermesi (CMK m. 192), hükme katılacakların hazır bulunması ile ve ara vermeksizin duruşmanın cereyanını engellememesi (CMK m. 188, 190) ve mahkemenin duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillerden edineceği kanaate göre delilleri takdir etmesini (CMK m. 217/1) sağlamasıdır.²³⁵ Tanığın duruşmada hazır bulunamayacağının anlaşıldığı durumlarda istinabe yoluyla dinlenmesi (CMK m. 180/5) halinde de bu uygulamaya

²³² Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 198

²³³ Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 198

²³⁴ Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 198

²³⁵ Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 199

başvurulabilecektir. Çünkü bu tür dinlemelerde de sanık ve müdafii, isterlerse dinleme esnasında hazır bulunma hakları mevcuttur (CMK m. 181/1). İfade alan hakim tanık için tahsis edilmiş odada bulunabildiği modele de Mainz Modeli denir.²³⁶ Tanık koruması amacıyla, duruşma bakımından öngörülmüş bu uygulamanın kimi ülkelerde soruşturma aşamasında da kabul edilmektedir.²³⁷

CMK'da yer almamakla birlikte, tanığın korunması bakımından, başka öneriler de vardır. Tesadüfi tanıklık söz konusu olduğunda, tehlikede olan tanığın korunması bakımından kimlik değişikliği ve benzeri tanık koruma tedbirlerine gerek olmaksızın, ilgilinin tanıklık yükümlülüğünden kurtarılması veya yalan beyanda bulunmasına izin verilmesi yeterli olabilmektedir.²³⁸

Mevcut koruma tedbirleri yetersizse tehlike altındaki tanığı korumanın tek yolu, duruşmada dinlenmesinden vazgeçilmesidir. Tanığın hayat ve beden bütünlüğünün devlet tarafından korunması, ifade yükümlülüğü karşısında önceliği bulunan anayasal bir yükümlülüktür. Hayata veya bedene yönelik tehlikenin inandırıcı ise ve başka bir şekilde önlenme mümkün değilse tanık ifade vermeye davet edilmemelidir. Hayat veya beden bütünlüğünün tehlikede olması bir tanıklıktan çekinme nedeni kabul edilmek suretiyle de tanığın korunması sağlanabilir. yaşama hakkı, temel insan haklarının en başında gelenidir.²³⁹

²³⁶ Cumhuriyet Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 199

²³⁷ ŞAHİN "Tanık açısından ciddi bir tehlike bulunduğu durumlarda, hakim tarafından ifadesinin alınması sırasında şüpheli, hatta gerekiyorsa müdafii ve/veya savcı tanık ile aynı mekanda bulunmamakta, ancak bir ekran aracılığıyla dinleme işlemini takip edebilmektedirler. Dinleme esnasında tanığa hakim aracılığıyla sorular sorulabilmektedir. Böylece şüpheli, mevcudiyetiyle tanığı rahatsız etmeden soru sorma-sordurma hakkını (İHAS m. 6/3-d) kullanabilmektedir. İfade alma işleminin şüpheli tarafından doğrudan izlendiğinin bilinmesi tanığın ifade vermesini engelleyecek veya tanık açısından bir tehlike arzedecek ise, şüphelinin izleme imkanı da engellenebilmektedir."

²³⁸ Cumhuriyet Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 201

²³⁹ Cumhuriyet Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 202

Tanıklık görevinin yapılmasından sonra, kişinin kimliğinin saklı tutulması veya güvenliğinin sağlanması hususunda alınacak önlemler, ilgili kanunda düzenlenir.(CMK 58/4)

Bu hüküm uyarınca Adalet Bakanlığı tarafından bir Tanık Koruma Kanunu tasarısı hazırlanmıştır.²⁴⁰ Tanık Koruma Kanunu Tasarısı, Bakanlar

²⁴⁰ GENEL GEREKÇE :Suç ve suçlulukla mücadelenin etkin yöntemlerinden birisi de yargılamanın her hangi bir aşamasında mutlak maddi hakikatin gerçekleştirilmesine yardımcı bir suje olarak tanıkların ve dolayısıyla bunların yakınlarının korunmasıdır. Klasik ceza yargılamasında olduğu gibi günümüz çağdaş ceza muhakemesi hukukunda da, tanıklık ve dolayısıyla tanık beyanı ceza adalet sisteminde vazgeçilmez bir delil olma özelliğini halen korumaktadır. Bu nedenle hangi hukuk sistemi benimsenirse benimsensin, ceza adalet sistemi tanıksız olarak işleyemez. Tanık, suçun işlenmesinden ve dolayısıyla soruşturma evresinden başlayarak kovuşturma evresinin sonuna kadar, başka bir anlatımla yargılamanın kesin hükümle sona ermesine kadar, her aşamada çok büyük öneme sahiptir. Yargılamanın başarıyla ve hakkaniyete uygun bir şekilde sonuçlandırılarak, cezaî uyuşmazlığın çözülmesi, çoğu zaman tanıklarla kurulacak ilişkinin şekline bağlıdır. Suçsuzluk karinesi, silahların eşitliği, susma hakkı, kendisini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamama ilkeleri, başka delillerle ispat imkanı bulunmayan durumlarda tanıklarla işbirliğini zorunlu kılmaktadır.Tanıkların, yargılamanın her aşamasında doğruyu söylemeleri için doğası gereği olup, aksine beyanda bulunmaları ise genellikle ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmiştir. Mahkemece delillerin değerlendirilmesi bakımından, tanıkların sayısının değil, verdikleri bilgilerin ve yaptıkları açıklamaların niteliğinin bir değeri vardır. Tanıklık, tanık açısından karşılıksız olarak yerine getirilmesi gereken bir kamu görevi olduğu gibi, verdiği bilgilerden dolayı bir zarara uğramasına karşı gerekli tedbirleri almak da devletin sorumluluğundadır ve devlet, tanık olarak dinlendikten sonra, sırf bu tanıklığı nedeniyle hayat veya beden bütünlüğü ile mal varlığı tehlikeye düşebilecek kişiyi suçlularla baş başa bırakmamalıdır. Terör örgütleri ile suç işlemek amacıyla kurulmuş diğer örgütlerin sahip oldukları güç ve kullandıkları yöntemler karşısında klasik ceza muhakemesi önlemleri yetersiz kaldığından, bu tür örgütlere karşı farklı yöntemlerin kullanılması zorunlu olmuştur. Bu türlü suç örgütlerinin adalet önüne çıkarılamaması karşısında, devletler, bu alanda gerekli iç yasal düzenlemelerin yanında uluslararası alanda yakın işbirliğine gitmektedirler.Tanık koruma tedbirleri, Ülkemizin imzaladığı uluslararası sözleşmelerde de yer almıştır. Bu cümleden olarak, 30/1/2003 tarihli ve 4800 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan “Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”, 14/1/2004 tarihli ve 5065 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan “Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi” ile Birleşmiş Milletler tarafından, Eski Yugoslavya ve Ruanda da işlenen suçlar için kurulan Uluslararası Ceza Mahkemelerinin kuruluş statülerinde, tanık koruma hükümlerine yer verilmiştir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de tanıkların korunması konusunda 20 Nisan 2005 tarihli ve R(2005) 9 sayılı tavsiye kararını almıştır. Yine konuyla ilgili olarak Avrupa Birliği Konseyinin 23/11/1995 ve 20/12/1996 tarihli iki kararı bulunmaktadır. Yukarıda belirtilen uluslararası sözleşmeler ve bildirgeler bağlamında Avrupa ülkeleri mevzuatlarında da konuya ilişkin yasal düzenlemelere yer verilmiştir. Bu maksatla, Almanya ve Fransa gibi ülkeler konuyu ceza muhakemesi kanunlarında düzenlerken, İspanya ve Portekiz gibi ülkeler ayrı tanık koruma kanunları yürürlüğe sokmuşlardır.Öte yandan, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 58 inci maddesinin dördüncü fıkrasında da tanıklık görevinin yapılmasından sonra, kişinin kimliğinin saklı tutulması veya güvenliğinin sağlanması hususunda alınacak önlemlerin kanunda düzenleneceği hükme bağlanmıştır.Tasarı, haklarında tanık koruma tedbirleri alınması gereken kişiler, bu tedbir

Kurulunda imzası tamamlanarak 2007 Yılı Ocak ayı başında TBMM'ye sevk edilmiştir. Bu tasarıda tanık ceza muhakemesinde tanık olarak dinlenen kişiyi, tanık sıfatıyla dinlenen suç mağdurlarını ve bu kanunda belirtilen yakınlarını ifade etmektedir. Ceza muhakemesinde tanık olarak dinlenenler deyimi ile 04/12/2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 236 ncı maddesine göre tanık olarak dinlenen suç mağdurları ile yukarıdaki bent hükümlerine göre dinlenenlerin nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile eşi, kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu, üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları ve evlatlık bağı bulunanlar ile yakın ilişki içerisinde olduğu kişiler kastedilmektedir.

Tanık koruma tedbiri alınması gereken suçlar 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda ve ceza hükmü içeren özel kanunlarda yer alan ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve üst haddi on yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar ile kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla kurulan bir örgütün veya terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardır.Yine bu tasarıda tanıkların korunması için getirilen çeşitli önlemler belirtilmiştir.²⁴¹Bu önlemler:

a) Kimlik ve adres bilgilerinin kayda alınarak gizli tutulması ve kendisine yapılacak tebligatlara ilişkin ayrı bir adres tespit edilmesi,b) Duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi ya da ses veya görüntüsünün değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi,c) Tutuklu veya hükümlü olanların durumlarına uygun ceza infaz kurumu ve tutukevlerine yerleştirilmesi,d) Fizikî koruma sağlanması,e) Silâh ruhsatı verilmesi,f) Kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerin değiştirilmesi ve düzenlenmesi:1. Adlî sicil, askerlik, vergi, nüfus, sosyal güvenlik ve benzeri bilgi ve kayıtlarının

kararlarının hangi suçlarda alınacağı, tedbir çeşitleri, tedbir kararlarının hangi makam veya mercilerce alınacağı, bunların süresi, değiştirilmesi veya kaldırılması, tanık koruma kararlarının uygulanması, uluslararası işbirliği ve bu konuya ilişkin diğer usul hükümlerinin yasal bir düzenlemeye kavuşturulması amacıyla hazırlanmıştır.

²⁴¹ www.kgm.adalet.gov.tr

değiştirilmesi ve düzenlenmesi,2. Nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, pasaport, evlilik cüzdanı, diploma ve her türlü ruhsat gibi resmî belgelerin değiştirilmesi ve düzenlenmesi,3. Taşınır ve taşınmaz mal varlığıyla ilgili haklarını kullanmasına yönelik işlemlerin yapılması.g) Geçici olarak geçimini sağlama amacıyla maddî yardımda bulunma,h) İşe yerleştirilmesi veya çalışan kişinin iş yerinin ya da alanının değiştirilmesi veya öğrenim görenin devam etmekte olduğu her türlü eğitim ve öğretim kurumunun değiştirilmesi,i) Yurt içinde başka bir yerleşim biriminde yaşamasının sağlanması,j) Uluslararası anlaşmalara ve karşılıklılık ilkesine uygun şekilde, geçici olarak başka bir ülkede yerleştirilmesinin sağlanması,k) Fizyolojik görünümün değiştirilmesi:1. Estetik cerrahi yoluyla fizyolojik görünümün değiştirilmesi ve buna uygun kimlik bilgilerinin yeniden düzenlenmesi,2. Estetik cerrahi gerektirmeksizin fizyolojik görünümün değiştirilmesi ve buna uygun kimlik bilgilerinin yeniden düzenlenmesidir Bu tedbirlerden biri veya bir kaç aynı anda uygulanabilir. Bununla birlikte aynı sonuç daha hafif bir tedbir ile elde edilebiliyor ise, bu durum da göz önünde tutulur.

Haklarında koruma tedbiri kararı alınan tanıkların dinlenmelerinde uygulanacak usuller tasarıda aşağıdaki şekilde belirtilmiştir:

Tanık Koruma Kanunu hükümlerine göre, haklarında tedbir kararı alınan tanıkların duruşmada dinlenmesi sırasında 5271 sayılı Kanunun 58 inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları uygulanır. 5271 sayılı Kanunun 58 inci maddesinin üçüncü fıkrasının uygulanmasına mahkemece karar verilmesi hâlinde, dinleme sırasında tanığın görüntü veya sesi değiştirilerek tanınması engellenebilir. Tanığın, duruşma salonunda fiziksel görünümünü engelleyecek tarzda mahkemece tayin ve tespit edilecek bir usule göre, dinlenmesine de karar verilebilir. Birinci ve ikinci fıkra hükmüne göre, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlar bulunmadan tanığın dinlenmesi hâlinde, tanık tarafından verilen beyanlar, hâkim tarafından 5271

sayılı Kanunun 58 inci maddesinde belirtilen sınırlamalara uymak koşuluyla, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlara açıklanır. Tanığın üçüncü fıkra hükmüne göre dinlenmesi hâlinde, 5271 sayılı Kanunun 201 inci maddesinin uygulanmasında, tanığa sorulacak soruların bu Kanun kapsamında tanık hakkında uygulanan tedbirlerle orantılı ve amaca uygun olması gerekir. Bu amaçla, hâkim, sorulan soruların tanığa sorulmamasına karar verebilir veya tanığı dinlerken dolaylı dahi olsa tanığın kimliğini ortaya çıkaracak soruların sorulmasına izin vermez. Bu madde hükümlerinin naip olunan hâkim veya istinabe suretiyle uygulanmasına görevli ve yetkili mahkemece karar verilebilir. Bu madde hükmüne göre alınan tanık ifadeleri, 5271 sayılı Kanun hükümlerine göre duruşma sırasında hazır bulunanlar huzurunda verilmiş ifade hükmündedir. Tanık Koruma Kanunu 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerine göre, hakkında tedbir uygulanan tanığın beyanı tek başına hükme esas teşkil etmez. Haklarında tedbir kararı alınan tanıkların, keşifte dinlenmeleri sırasında da bu madde hükümleri uygulanır. Bu madde hükümleri, savunma hakkını kısıtlayacak şekilde uygulanamaz.²⁴²

2.1.7. Uzlaşma

Uzlaşma, temelde fail ile mağdurun anlaşması nedeniyle, ceza yargılaması faaliyetinin yapılmaması ya da başlamış olan yargılamanın bu nedenle sona erdirilmesi anlamını taşır. Ceza muhakemesinde sujeler arasındaki işbirliğinin bir çeşididir. Uzlaşma anlaşma, uyuşma, pazarlık, pazarlıklı adalet, sulh gibi kavramlarla da ifade edilmektedir. Uzlaşmada amaç, bir yargılama kararına ulaşılmamasını sağlamak değil, tarafların, işbirliği halinde belirli bir sonucu elde etmeyi denemeleridir.²⁴³ Uzlaşmanın

²⁴² www.kgm.adalet.gov.tr

²⁴³ Cumhuriyet Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 776

yeni ortaya konmuş bir dava şartı olduğu söylenmektedir.²⁴⁴ Yeni bir kurum olan uzlaşma aslında bir suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi yöntemidir. Yani suç olarak kabul edilen fiilin meydana getirdiği mağduriyet ceza hukuku içinde fail tarafında ortadan kaldırılmaktadır.²⁴⁵ Mağduriyetin giderilmesi, mağdur ve failin uzlaşması sonucu veya kamu davasının açılacağı tehdidini içeren zorlama sonucu olabilir.²⁴⁶ Uzlaşmada bir amaç da koşulları varsa önemsiz suçlarda muhakemeden kaçınıp böylece dava ekonomisini sağlamaktır.

Uzlaşma dışındaki bir kısım yollarla da tazminatın sağlanması olanağı vardır. Ancak uzlaşma kurumunda zararın giderilmesi onarım yanında ayrıca bir moral unsurun da sağlanmasını olanaklı kılmaktadır. Uzlaşma böylece özel önleme işlevine yardım ettiği gibi genel olarak kamunun yararlarının korunmasını da sağlamaktadır. Uzlaşma ile fail toplumla yeniden bütünleşme olanağını elde etmiş olmaktadır. Failin ceza sorumluluğu saptanıp zararın giderilmesi için gereken de yapılmış bulunacağından adalet yerine getirilmiş olacaktır. Böylece fiille ihlâl edilmiş olan hukuk kurallarının geçerliliği vurgulanacak ve dolayısıyla kamusal barışın yeniden kurulmasına hizmet edilecektir. Ayrıca devlet, yaptırım uygulamak yönünden katlanacağı bir çok masraftan da kurtulmuş olacaktır. Bu çeşit uygulamalara “onarıcı adalet” denilmektedir.²⁴⁷

Ceza muhakemesinde amacın değişmeye başlamasının ve medeni muhakeme ile yakınlaşmanın sonucu olarak uzlaşma ortaya çıkmıştır. Muhakemenin kamusal niteliği hafiflemiş ,mağdurun gözardı edilmesinin getirdiği tepki ile mağdurun ceza muhakemesine daha fazla katılması yolunu sağlayan, hem mağduriyetin giderilmesi kapsamının genişleten hem de mağdurun zararını daha çabuk ve tatminkar bir yol ile çözme amacı

²⁴⁴ Bahri Öztürk:Uygulamalı, 90

²⁴⁵ Özbek:CMK İzmir Şerhi, 993

²⁴⁶ Özbek:CMK İzmir Şerhi, 993

²⁴⁷ www.adalet.gov.tr CMK Madde Gerekçe

güden uzlaşma kurumu hukukumuzda somutlaşmaya başlamıştır. Bu somutlaşmanın en önemli göstergelerinden biri de; uzlaşmadır. Uzlaşma ve benzeri kurumlar kamusal otoritenin giderek azalmasına, şeffaflaşmasına paralel olarak, kamusal vasfı ağır basan ceza muhakemesinde de, mağdurun daha fazla ön plana çıkması, tarafların iradelerinin daha fazla belirleyici olması ve karşılıklı iletişime dayalı bir muhakeme anlayışı sonucu ortaya çıkmıştır. Mağdurun ceza muhakemesinde oynadığı etkili rol, mağduru koruyan ve zararını tatmin edici ve daha çabuk gideren bir ceza adaleti sağlamaktadır.²⁴⁸

Mağduriyetin iki ayrı usulde giderilebildiğine bunlardan birinin fail ile mağdurun uzlaşması denilebilecek muhakeme dışı usul, diğerinin ise klasik ceza muhakemesi olduğuna yukarıda değinilmişti. Uzlaşma, ardı ardına gelen birbiri ile bağlantılı iki aşamadan oluşur. İlk aşama suçun işlenmesiyle fail ve mağdur arasında meydana gelen ihtilafı ortadan kaldırmaktır. İkinci aşama ise mağduriyeti gidermektir. Suçun fail ve mağduru, soruşturmanın sona erdikten fakat kovuşturmanın başlamadan önce, ve en kısa zamanda bir araya gelirler. Fail ve mağdur tarafsız aracının huzurunda kendi istekleri ile , suçun sebep ve sonuçlarını müzakere eder ve uzlaşırlar. Fail ve mağdur bir araya gelmek istemezse, uzlaşma görüşmelerini aracılar yürütür. Uzlaşma sağlanması durumunda taraflar mahkemeye veya savcılığa mağduriyetin giderilmesi hususunda bir öneri sunarlar. Uzlaşmada en sık karşılaşılabilecek sonuç, zararın maddi olarak telafi edilmesidir. Ancak, uzlaşma edimleri bununla sınırlı değildir. Özür dileme, zarar gören veya kamuya yararlı bir müessese için çalışma, sembolik telafi çerçevesinde hediye verme gibi edimler de söz konusu olabilir. Uzlaşması bu yönü ile, Restitution'dan farklıdır. Restitution, ceza muhakemesi çerçevesinde hükmedilen maddi nitelikli bir tazminattır. Restitution öncelikle faili içine alan

²⁴⁸Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 777

cezai bir fonksiyon vardır. Ancak uzlaşmada ihtilafı ortadan kaldırma, bu yönde bir kural veya çözüm bulmak ön plandadır.²⁴⁹

Mağdur ile failin yüz yüze konuşması, olabilecek daha sonraki uyuşmazlıkları en aza indirip fiilin sonuçlarının ortadan kaldırılmasını kolaylaştırabilir. Geleneksel ceza muhakemesinden farklı olarak, mağdura verilmiş olan, pasif rolü ortadan kaldırarak, mağdura aktif bir rol verir. Mağdurun mağduriyetin giderilmesi sürecini uzatan medeni muhakemeye başvurmasını engeller. Uzlaşma ile mağdurun duygusal ve maddi ihtiyaçlarına en fazla özen gösterilirken, diğer taraftan ceza hukukunun özgürlüğü bağlayıcı nitelik taşıyan yaptırımlarının kaldırılması da sağlanmış olacaktır. Fail ise kendi kendisiyle hesaplaşacaktır. Klasik bir muhakemede fail esas olarak muhakemeye ilgilenir ve amacı az ceza almaktır. Uzlaşmada, öncelikle suçla oluşan ihtilafın giderilmesi söz konusudur. Uzlaşmada fail ve mağdurun en az bir kez tarafsız bir aracının huzurunda bir araya gelip konuşması gerekir. Aracılık belli bir organizasyon çerçevesinde gerçekleştirilmeli, aracılık yapacak kurumlar oluşturulmalıdır. Fail ve mağdur, uzlaşma olanağı hakkında, mümkün olduğunca erken, bilgilendirilmelidirler. Yeni değişiklikler ile uzlaşmayı sağlamak için kolluktan yararlanılmaktadır. Uzlaşma tarafların serbest iradesi ile olmalıdır. Uzlaşma, diğer yaptırımlardan önce gelmekte ve devreye girdiği anda muhakemeyi ve zamanaşımını durdurmaktadır. Uzlaşma ceza muhakemesini ve medeni muhakemeyi mümkün olduğunca devre dışı bırakmayı amaçlar. Suçla çıkan uyuşmazlık mahkeme önüne değil, uyuşmazlığın kaynağı olan fail ve mağdur ile onların kabul edecekleri uzlaştıracının önüne gelmekte ve bu kişiler tarafından çözümlenmeye çalışılır. Uzlaşma çerçevesinde mağduriyet giderilmekte ihtilaf ortadan kaldırılıp barışma sağlanmaktadır. Uzlaşma, fail ve mağdurun psikolojik kabulünden ziyade onların aktif katılımını gerektirir. Uzlaşma failin bir edimini zorunlu kılar. Bu edimin somut bir edim olması

²⁴⁹ Özbek:CMK İzmir Şerhi, 994

şart olmayıp sosyal bir hizmet de olabilir. Uzlaşma bu yönleri ile mağduriyetin giderilmesini muhakeme dışında sağlar.²⁵⁰

Uzlaşma ilkel hukuk döneminden itibaren 19. yy.'a kadar değişik şekillerde uygulanmıştır. Hukuk sisteminde sadece duruşma yapmak suretiyle maddi gerçeğe ulaşmak yerine, suç işlenmekle bozulan hukuki barışın uzlaşarak yeniden tesisinin de ceza muhakemesinin amacı olabileceği anlayışı yaygınlaşmaya başlamış olup bu değişiklikte, Anglo-Amerikan hukuk sisteminin Kıta Avrupası hukuk sistemi üzerindeki etkileri gözardı edilemez.²⁵¹ İslam hukukundaki diyet kavramı uzlaşma kurumunun bir sonucu olup bu yönü ile Türk hukukuna da yabancı değildir. Uyuşmazlığın saptırılması (Diversion) yani mahkeme önünde değil, fail ve mağdur ile onların kabul edecekleri uzlaştırıcının önünde veya başka çözüm yolları ile uyuşmazlığın çözülmesi Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin "ceza adaletinin basitleştirilmesi" konusundaki R(87)18 sayılı tavsiye kararı ile 15/09/1999 tarihli R(99)19 numaralı tavsiye kararında belirtilen basit suçlarda adli makamların ceza teklifi yapması ve uyuşmazlığın mahkeme dışında uzlaşma yolu ile yapılması görüşüne uygundur.²⁵²

İşleniş biçimi itibariyle aydınlatılması zor olanlarda suçlarda uzlaşma isteği olabilir. Anglo-Amerikan ceza muhakemesi sisteminin geçerli olduğu ülkelerde, uzlaşma, genellikle ekonomik suçlar, çevre suçları, vergi suçları ve diğer mala karşı suçlar, uyuşturucu suçları ile trafik suçlarında gündeme gelmektedir. Suçluların hızlı ve sürekli olarak yer değiştirebilme imkanlarının artması, ekonomik yaşamının karmaşıklığı, suçluların kendi yandaşları arasında rahatlıkla saklanabilmeleri gibi hususlar suçluluğun ispatını daha da zorlaştırmakta ve ispat hususundaki bu güçlükler adeta ceza muhakemesinde uzlaşmayı öne çıkarmaktadır.²⁵³

²⁵⁰ Özbek:CMK İzmir Şerhi, 995

²⁵¹ Cumhur Şahin:Ceza Muhakemesi Kanunu, 777

²⁵² Kunter/Yenisay/Nuhoğlu:Muhakeme Hukuku, 1110

²⁵³ Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 778

Adliyenin ağır iş yükü uzlaşmaya yönelişin önemli nedenlerinden biridir. Yeni suçluluk şekilleri de ortaya çıkmıştır. Bu durum soruşturma ve kovuşturma makamlarının gücünün üstünde bir iş yüküyle karşı karşıya kalmaları sonucunu doğurmuştur.²⁵⁴ Adliyenin iş yükü daha fazla artmakta, dava süreleri uzamaktadır. Hem ceza, hem de hukuk davalarının sayısı gittikçe artmakta davalar gecikmektedir. Mağdur gecikmeler dolayısıyla ümitsizliğe düşmekte, yargıya olan güvenini yok olmaktadır.²⁵⁵ Adli personel ve teknik donanım artışı iş yüküne paralel olarak sağlanamadığı için, ceza hukuku gereği gibi uygulanamamaktadır. Bu sebepten hukuka olan güveni sarsılmakta, ve hukuki barış tehlikeye girmektedir.²⁵⁶

Uzlaşmada savcı veya hakimin uzlaştırmacı olarak görev yapması da bir seçenek olarak düşünülebilirse de mevcut savcı ve hakim sayısı ile bunların üzerindeki iş yükü dikkate alındığında, bir yönüyle adliyenin iş yükünü de hafifletmeyi amaçlayan uzlaşma kurumu, beklenenin aksine bir sonuç doğurabilir.²⁵⁷

Uzlaşmanın ceza hukuku içine alınması yönündeki eğilimin bir diğer nedeni de, medeni muhakemeyi ve ceza muhakemesini kısaltmasının, bunlardan tasarruf sağlanmasının umulmasıdır. Ceza muhakemesi içinde mağdurun suçtan doğan zararının tazminini isteyebilmesi, failin ödeme gücü ve imkanı yoksa pratik bir anlama sahip değildir. Bu da çoğu halde, zarar göreni ikinci bir mağduriyete maruz bırakmaktadır. Muhakeme masraflarının yüksekliği medeni muhakemeye başvurmayı itici kılan bir başka sebeptir. Mağduriyetin giderilmesi, mağdurun ayrıca bir de medeni yargıya başvurmasına gerek bırakmayacak, bunun yanında ceza muhakemesini kısaltarak biran önce zararlarının giderilmesini sağlayacaktır.²⁵⁸

²⁵⁴ Cumhuriyet Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 778

²⁵⁵ Özbek:CMK İzmir Şerhi, 1004

²⁵⁶ Cumhuriyet Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 778

²⁵⁷ Cumhuriyet Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 780

²⁵⁸ Özbek:CMK İzmir Şerhi, 1003

Uzlaşma kısa ve orta süreli özgürlüğü bağlayıcı cezalara alternatif oluşturmaktadır. Bu cezalar özel önleme işlevini yerine getiremezler. Kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezalarda, genel önleme amacı da bulunmamaktadır. Çünkü kısıltı, korkutuculuğunu ortadan kaldırmaktadır. Fail, cezaevinin olumsuz etkisi ile mükerrir suçluluk yoluna girmektedir. Kısa da olsa cezaevine girmiş olan kişi, toplum tarafından dışlanır, toplumsal yaşantıya uyumu zorlaşır. Uzlaşma kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezalar yerine uygulanabilecek bir tedbir olmakla, tüm bu sakıncalardan uzaktır.²⁵⁹

Anglo-Amerikan hukuk sisteminde bir uygulama olan uzlaşmaya son zamanlarda, kovuşturma mecburiyeti ilkesinin geçerli olduğu bazı Kıta Avrupası ülkeleri mevzuatında da açıkça yer verilmektedir. Savcının gerek hukuken gerek fiilen takdir yetkisine sahip bulunduğu ülkelerde kovuşturmadan önceki aşamada uzlaşma imkanı istisnadan çok kural halindedir. Dava açıp açmama hususunda savcının takdir yetkisinin bulunmadığı durumlarda insiyatif daha çok savunma makamına geçmektedir. Uzlaşma kurumu bakımından aşağıda çeşitli ülkelerdeki kanuni düzenlemelere yer verilmiştir.²⁶⁰

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ VE KANADA: Kıta Avrupasındakinden farklı bir ceza muhakemesi amacı anlayışı vardır. Bu sebepten Amerikan hukukçuları, şüpheli veya sanığın sorumluluğunu kabul edip suçunu ikrar ederek muhakeme hukukuna ilişkin haklarından vazgeçmesi halinde tam bir ceza muhakemesi yapılmasını anlamsız bulmaktadırlar. Bu ülkede muhakemenin amacı, maddi gerçeğe ulaşmak değil, uyuşmazlığın çözülmesidir. Ceza muhakemesi ile medeni muhakeme çok yakınlaşmıştır.²⁶¹

²⁵⁹ Özbek:CMK İzmir Şerhi, 1006

²⁶⁰ Cumhuriyet Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 783

²⁶¹ Cumhuriyet Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 783

Günümüzde A.B.D.'de duruşmalı yargılama istisnadır. Olup uyuşmazlıkların uzlaşma yoluyla sonuçlandırılma oranı çok yüksektir. Bu orana ulaşma sebebi şüphelinin muhtemelen mahkumiyetle sonuçlanacak bir karardan daha elverişli bir durumu daha kısa sürede garanti etmesi ve isnadı genişletmek veya daraltmak suretiyle şüpheli üzerinde bir baskı kurabilme imkanına sahip savcının geniş takdir yetkisi olmasıdır. Ayrıca, A.B.D.'de üzerinde uzlaşılan ceza da sonuçta bir cezadır. Bu ceza, hukuki barışın yeniden sağlanması için en elverişlisidir.²⁶² Kıta Avrupası sisteminden farklı olarak, ABD'de, isnat ceza muhakemesinin ilk aşamasında ortaya konur. Bir yandan isnadın oldukça erken bir aşamada ortaya konması, diğer yandan da bu isnadın farklı aşamalarda kontrolü ve muhakemenin çeşitli safhalarında değiştirilebilir olması, iddia ve savunma tarafları arasında uzlaşmayı teşvik edici ideal bir ortam oluşturmaktadır.

²⁶³Uzlaşmanın kapsamı ve formaliteleri çok çeşitlidir. "Charge bargaining" uygulamasında savcı isnat edeceği suçu kesin olarak belirler, şüpheli de ikrarda bulunup bulunmayacağına karar verir. Burada cezanın türü ve miktarı belirsizdir. "Sentence bargaining" uygulamasında ise sadece isnat değil, ceza da uzlaşmanın konusu olmaktadır. ²⁶⁴Bu uygulama ancak ceza belirlemesi sırasında hakimin de uzlaşmaya katılmasıyla ya da hakimin ceza tayini yetkisinden vazgeçerek tarafların ortak öneri halinde getirdikleri cezayı kabul etmesiyle gerçekleşebilir. Uzlaşma hukukçular arasında gerçekleşmektedir. Bizzat şüpheli ile uzlaşma yoluna gidilmez. Uzlaşmadan, ancak şüphelinin bir müdafinin olduğu durumlarda söz edilebilir. Savcının müdafi yerine şüpheli ile uzlaşması geçersizdir. Uzlaşmanın asıl konusu çoğunlukla suç değil de ceza türü ve miktarı olduğundan, bu konuda asıl yetkili olan hakimin de aktif veya pasif olarak uzlaşmada yerini alması kaçınılmazdır. Ancak hakimin bu pazarlıkta görünmeyen üçüncü kişi olarak

²⁶² Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 784

²⁶³ Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 785

²⁶⁴ Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 786

mı yoksa doğrudan doğruya görüşmelerde yer alarak mı fonksiyon ifa etmesi gerektiği hususu tartışmalıdır.²⁶⁵

Kanada sistemi ABD'ndeki uzlaşma sisteminin az ayrıntılı şeklidir. Hakim uzlaşmada yer almamaktadır. İkrarın cezayı azaltması açıkça düzenlenmemiştir bu yüzden şüpheli, ikrarın doğracağı riski de üstlenmiştir. Uzlaşmada şüphelinin edimi sadece ikrar değildir. Muhbirlik veya tanıklık gibi, soruşturma makamlarıyla işbirliği de yapmalıdır.²⁶⁶

İNGİLTERE: İngiltere'de, Crown Court ile normal, Magistrates Court ile basitleştirilmiş bir yargılama yapılmaktadır. Ağır suçlarda Magistrates Court gerekiyorsa uyuşmazlığı Crown Court'a gönderir. Basit işlerde tamamen Magistrates Court yetkilidir. Magistrates Court'da bir fiil için en fazla altı ay hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilebilir ve birden fazla suçun varlığı halinde de bir yıllık hürriyeti bağlayıcı ceza sınırı aşılamaz. İngiltere'de uyuşmazlıkların önemli bir kısmı uzlaşma yoluyla sonuçlandırılmaktadır. ABD ve Kanadadan farklı olarak, İngiltere'de iddia tarafı ceza konusunda bir görüş bildirmemektedir.

İngiltere'de "Charge bargaining" uygulamasında ilk olarak polisle şüpheli arasında bir görüşme yapılmaktadır. Polis, suçu kabulü karşılığında; ifadeye son verme, ithamın bir kısmından vazgeçme, tutuklama hususunda olumlu yaklaşım gibi değişik imkanlar sunabilir. Böylece polis suçları aydınlatma oranını sayısal olarak yükseltmekte, şüpheli ise çok hafif bir yaptırım ile karşı karşıya kalmaktadır. Dava açıldıktan sonra isnadın sınırlandırılması yani isnat değişikliği için hakimın muvafakati gerekmektedir. Şüpheli veya sanığı olabildiğince yargılamayı kısaltmak ve mağdur ve tanıkları duruşma yükünden kurtarmak için erken bir aşamada muhakeme haklarından vazgeçmeye zorlamak için, gecikmiş ikrarlar indirim sebebi yapılmamaktadır. İkrar halinde bir indirim vardır ama somut ceza tam

²⁶⁵ Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 788

²⁶⁶ Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 789

bilinmemektedir. Bu durum ilk, müdafii, “sentence bargaining” uygulaması çerçevesinde hakim ile özel bir görüşmeye yöneltir.Üst derece mahkemeler böyle bir durumu onaylamamakta ancak açıkça da yasaklamamaktadır.²⁶⁷ Doktrinde uzlaşmadan yana olan görüş,ikrara ceza ilişkisini, ceza muhakemesinin akılcı, etkili ve bütün taraflar açısından avantajlı bir biçimde sonuçlandırılması yolu olarak görmektedir. Uygulamanın aksine şüphelinin ikrarda bulunması halinde alacağı ceza ile ikrar etmemesi halinde alacağı cezanın şüpheli veya sanığa hakim tarafından açıkça söylenmesi gerektiği belirtilmektedir. Uzlaşmanın tehlikelerinden dolayı karşı görüşte olanlar ise bu uygulamanın suçsuz insanlar üzerinde bir baskı oluşturduğunu, uzlaşma halinde adalete aykırı bir biçimde ceza indirimini olduğunu ve duruşmada ısrar eden sujeye fazladan ceza verilmiş olacağını söylemektedir.²⁶⁸

AVUSTURALYA: Avustralya’da isnat genelde polis tarafından yapılmaktadır. Soruşturmayı yürütecek ve gerektiğinde sona erdirecek ayrı bir makam (Director of Public Prosecutions) bulunmaktadır. Kamusal veya bireysel iddia makamı savunma makamı ile anlaşıp bazı isnatlardan vazgeçebilir. Çoğu eyalette bunun için mahkemenin muvafakati gerekmektedir. Hakimin uzlaşmaya katılması (sentence bargaining) kabul edilmez. Yüksek Mahkeme kararlarında, tarafsız olması gereken bir hakimin, ikrar halinde verilecek muhtemel ceza hakkında konuşmasını ve bu çerçevede müdafiiye bir taahhütte bulunmasını yasaklamaktadır.²⁶⁹

İSPANYA: İkrar eden sanık, şüphelinin müdafii varsa, savcı da rıza gösteriyorsa ve zarar karşılanırsa basit bir yargılamaya tabi tutulabilir.İspanya da soruşturma ve kovuşturma mecburiyeti ilkesi vardır.Uzlaşma bu ülkede maslahata uygunluk ilkesinin bir uygulaması olarak görülür.Kısaltılmış muhakeme vardır. 6 yıla kadar olan suçlarda en ağır ceza üzerinde uzlaşma sağlanırsa hakim duruşma yapmaksızın hüküm

²⁶⁷ Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 792

²⁶⁸ Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 793

²⁶⁹ Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 793

verir. ²⁷⁰Sadece cezayı kabul ile uyuşmazlığın sona erdirilmesine sınırlı uzlaşma denmektedir. Cezayı kabul suçluluğu kabul anlamına gelmez. Ancak hakim suçun cezasının iddianamade öne sürülenden daha ağır olduğunu veya sanığın delilleri bir şekilde kararttığını düşünüyorsa uzlaşma talebine rağmen duruşma yapmaya karar verebilir.²⁷¹ Ceza sınırı 6-12 yıl arası ise hakim duruşma yapıp yapmayacağını kendi takdir eder. Duruşma yapılmaması usul ekonomisine uygundur. Savcının iş yükü azalır. Şüpheli açık yargılamanın sakıncalarından ve iddianamade belirtilenden fazla ceza almaktan kurtulur. Mağdurun zararı hızlı biçimde karşılanabilir ve mağdur tatmin edilir.²⁷² Birden fazla şüpheli varsa hepsi uzlaşmayı kabul etmelidir. Uzlaşma mağdurun özel hukuka ilişkin taleplerini de eğer duruşmadan önce hukuk mahkemesinde dava açmamışsa ortadan kaldırır. Bir de tam uzlaşma denilen bir usul vardır. Şüpheli fiili işlediğini sorgu hakiminde müdafii huzurunda ikrar etmelidir. Sorgu hakimi dosyayı ceza hakimine gönderir, taraflar duruşmaya çağrılır ve derhal hüküm verilir. Savcı ve sorgu hakimi bu uzlaşmayı uygun bulmalıdır. Tam uzlaşmada mağdurun zararının telafi edilmiş olması ve samimi pişmanlık aranır. Taraflar kanunyollarından vazgeçtiklerini açıklarlar. Bu yolla cezada önemli indirim erteleme ve hatta beraat kararına bile hükmedilebilir. Mutlak uzlaşmada hem cezai hem hukuki kararlar verilebilir.²⁷³

İTALYA :İtalya'da yargılamayı kısaltmak ve hızlandırmak için hem ceza kararnamesi hem de uzlaşma yöntemleri bulunmaktadır. 3 yıla kadar suçlarda şüpheli ile savcı anlaşarak isnadı belirleyebilir. Şüphelinin ceza önerisinde bulunması ikrar olarak kabul edilir.Tarafların uzlaşması hakimi bağlar. Ancak ceza üzerinde uzlaşılsa bile hakim beraat kararı verebilir. Hakim talebi kabul etmezse yargılama yapmak zorunda kalır.²⁷⁴

²⁷⁰ Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 794

²⁷¹ Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 796

²⁷² Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 796

²⁷³ Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 797

²⁷⁴ Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 800

FRANSA : Fransa'da maslahata uygunluk kısmen kabul edilmiştir. Şüphelinin belli yükümlülükleri yerine getirerek soruşturmayı sona erdirebilir. Bu yükümlülükler; kamuya yararlı bir işte çalışma, mağdurun zararının tazmini ya da belirli bir meblağın ödenmesi şeklinde olabilir. Fransa'da uzlaşmadan ziyade bir çeşit ceza kararnamesi ile basit suçlarda kolay ve etkili sonuca ulaşılmaktadır.²⁷⁵

HOLLANDA : Savcı 6 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren bütün suçlarda, kovuşturma başlayıncaya kadar şüpheliye ön ödeme yolu ile uzlaşma imkanı sunabilir ve eğer şüpheli, kanunda yer alan para cezasının üst sınırına göre belirlenen bir miktarı öder veya suçtan elde ettiği el konulmuş kazançtan vazgeçer ya da mağdurun zararını tazmin ederse soruşturma sona erdirilebilir. Şüpheli savcının önerisini kabul etmek zorunda değildir. Önerinin kabul edilmemesi de savcayı dava açmaya mutlaka zorlamamakta, savcı isterse kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilmektedir. Keza şüphelinin kabul etmemesi nedeniyle savcının dava açması halinde de, savcı tarafından daha önce önerilmiş olan miktar kovuşturmada mahkemeyi bağlamamaktadır. Mağdur, savcının ön ödeme önerisinin şüpheli tarafından kabulü suretiyle kovuşturmaya yer olmadığına dair karara itiraz ederek soruşturmanın devamını talep edebilir. İtiraz mercii bu talebi kabul ederse, uzlaşma geçmişe yönelik olarak ortadan kalkar. Hollanda Ceza Kanunu'na göre, 16 yaşından büyük şüpheli, polisin belirlediği meblağı öderse soruşturma sona erdirilir. Bu ön ödeme modelinin duruşmaya gerek kalmadan adil ve düzenli olarak uyuşmazlığı sonlandırdığı düşünülür. Kovuşturmaya geçilmesi ile uzlaşma imkanı kalmaz.²⁷⁶

AVUSTURYA:Hakimin taraflarla önceden görüşmeksizin karar verebildiği hallerde uzlaşma sınırlı bir uygulama alanı bulmaktadır. Örneğin Avusturya CMK m. 460 uyarınca, delil durumu karar için yeterli ise ya da

²⁷⁵ Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 801

²⁷⁶ Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 802

sanık ikrarda bulunursa, hakim para cezasına veya müsadereye hükmedebilir.²⁷⁷

DANİMARKA: Danimarka'da, önemsiz veya usul noktasından fazla sorunlu olmayan hadiselerde gündeme gelen, sözlü, büyük ölçüde basit ve kısa bir yargılama yolu vardır. Sanık tam ikrarda bulunur ve basit muhakeme konusunda rıza gösterirse, dava halktan hakimlerin iştiraki olmaksızın, meslekten hakim huzurunda görülür. İddia makamını savcı değil bir polis memuru temsil eder. Delil ikamesi de sınırlıdır.²⁷⁸

JAPONYA: Doğrudan hakim ceza kararnamesi verebilir. Savcı herhangi bir ceza talep etmediğinden, tıpkı şüpheli gibi, kararnameye itiraz ederek normal yargılama isteyebilir. Savcının ceza kararnamesi talep edebilmesi için önce şüpheliyi seçenekler konusunda aydınlatması ve bunun üzerine sanığın açıkça yazılı muvafakatini alması gerekmektedir.⁽²⁷⁹⁾

Ceza muhakemesi hukukunda uzlaşma kurumunun hukuki niteliği tarihi gelişimi, uluslararası hukuktaki bir kısım uygulamalar yukarıda açıklanmıştır. Uzlaşmanın Anglo Sakson kökeni ile Kıta Avrupası sistemi içine girmesi bir takım güçlükleri de ortaya çıkarmıştır. 5271 sayılı CMK Madde 253 ve 254 ile uzlaşma kurumu hukuk sistemimize dahil olmuştur. Uygulayıcıların hiç tanımadıkları ve soğuk baktığı bu kurum yasanın yürürlüğe girmesinden sonra yeterli işlevselliğe kavuşturulamamıştır. Nihayet 06/12/2006 tarih ve 5560 Nolu Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile(R.G.Yayın Tarihi 19/12/2006) 5271 sayılı CMK da değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklik ile CMK nun 253 ve 254'ncü maddesi tamamen değiştirilmiş ve maddeler yeni bir hale dönüştürülmüştür. Aynı değişiklik ile TCK Madde 73 başlığından uzlaşma çıkartılmıştır. Bu maddeleri kanundaki sırasına uygun olarak açıklamaya çalışacağız.

²⁷⁷ Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 802

²⁷⁸ Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 803

²⁷⁹ Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 803

1) Aşağıdaki suçlarda, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişinin uzlaştırılması girişiminde bulunulur: a) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar. b) Şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, Türk Ceza Kanununda yer alan; 1. Kasten yaralama (üçüncü fıkra hariç, madde 86; madde 88), 2. Taksirle yaralama (madde 89), 3. Konut dokunulmazlığının ihlali (madde 116), 4. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (madde 234), 5. Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (dördüncü fıkra hariç, madde 239), suçları.

(2) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olanlar hariç olmak üzere; diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, kanunda açık hüküm bulunması gerekir.

(3) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemez.

(4) Soruşturma konusu suçun uzlaşmaya tâbi olması halinde, Cumhuriyet savcısı veya talimatı üzerine adlî kolluk görevlisi, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunur. Şüphelinin, mağdurun veya suçtan zarar görenin reşit olmaması halinde, uzlaşma teklifi kanunî temsilcilerine yapılır. Cumhuriyet savcısı uzlaşma teklifini açıklamalı tebligat veya istinabe yoluyla da yapabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar gören, kendisine uzlaşma teklifinde bulunulduktan itibaren üç gün içinde kararını bildirmediği takdirde, teklifi reddetmiş sayılır.

(5) Uzlaşma teklifinde bulunulması halinde, kişiye uzlaşmanın mahiyeti ve uzlaşmayı kabul veya reddetmesinin hukukî sonuçları anlatılır.

(6) Resmî mercilere beyan edilmiş olup da soruşturma dosyasında yer alan adreste bulunmama veya yurt dışında olma ya da başka bir nedenle mağdura, suçtan zarar görene, şüpheliye veya bunların kanunî temsilcisine ulaşılamaması halinde, uzlaştırma yoluna gidilmeksizin soruşturma sonuçlandırılır.

(7) Birden fazla kişinin mağduriyetine veya zarar görmesine sebebiyet veren bir suçtan dolayı uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, mağdur veya suçtan zarar görenlerin hepsinin uzlaşmayı kabul etmesi gerekir.

(8) Uzlaşma teklifinde bulunulması veya teklifin kabul edilmesi, soruşturma konusu suça ilişkin delillerin toplanmasına ve koruma tedbirlerinin uygulanmasına engel değildir.

(9) Şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görenin uzlaşma teklifini kabul etmesi halinde, Cumhuriyet savcısı uzlaştırmayı kendisi gerçekleştirebileceği gibi, uzlaştırmacı olarak avukat görevlendirilmesini barodan isteyebilir veya hukuk öğrenimi görmüş kişiler arasından uzlaştırmacı görevlendirebilir.

(10) Bu Kanunda belirlenen hâkimin davaya bakamayacağı haller ile reddi sebepleri, uzlaştırmacı görevlendirilmesi ile ilgili olarak göz önünde bulundurulur.

(11) Görevlendirilen uzlaştırmacıya soruşturma dosyasında yer alan ve Cumhuriyet savcısınca uygun görülen belgelerin birer örneği verilir. Cumhuriyet savcısı uzlaştırmacıya, soruşturmanın gizliliği ilkesine uygun davranmakla yükümlü olduğunu hatırlatır.

(12) Uzlaştırmacı, dosya içindeki belgelerin birer örneği kendisine verildikten itibaren en geç otuz gün içinde uzlaştırma işlemlerini

sonuçlandırır. Cumhuriyet savcısı bu süreyi en çok yirmi gün daha uzatabilir.

(13) Uzlaştırma müzakereleri gizli olarak yürütülür. Uzlaştırma müzakerelerine şüpheli, mağdur, suçtan zarar gören, kanunî temsilci, müdafî ve vekil katılabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenin kendisi veya kanunî temsilcisi ya da vekilinin müzakerelere katılmaktan imtina etmesi halinde, uzlaşmayı kabul etmemiş sayılır.

(14) Uzlaştırmacı, müzakereler sırasında izlenmesi gereken yöntemle ilgili olarak Cumhuriyet savcısıyla görüşebilir; Cumhuriyet savcısı, uzlaştırmacıya talimat verebilir.

(15) Uzlaşma müzakereleri sonunda uzlaştırmacı, bir rapor hazırlayarak kendisine verilen belge örnekleriyle birlikte Cumhuriyet savcısına verir. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde, tarafların imzalarını da içeren raporda, ne suretle uzlaşıldığı ayrıntılı olarak açıklanır.

(16) Uzlaşma teklifinin reddedilmesine rağmen, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören uzlaştıklarını gösteren belge ile en geç iddianamenin düzenlendiği tarihe kadar Cumhuriyet savcısına başvurarak uzlaştıklarını beyan edebilirler.

(17) Cumhuriyet savcısı, uzlaşmanın, tarafların özgür iradelerine dayandığını ve edimin hukuka uygun olduğunu belirlerse raporu veya belgeyi mühür ve imza altına alarak soruşturma dosyasında muhafaza eder.

(18) Uzlaştırmamanın sonuçsuz kalması halinde tekrar uzlaştırma yoluna gidilemez.

(19) Uzlaşma sonucunda şüphelinin edimini def'aten yerine getirmesi halinde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arzemesi halinde, 171 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, şüpheli

hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararından sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, 171 inci maddenin dördüncü fıkrasındaki şart aranmaksızın, kamu davası açılır. Uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılamaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır. Şüphelinin, edimini yerine getirmemesi halinde uzlaşma raporu veya belgesi, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesinde yazılı ilam mahiyetini haiz belgelerden sayılır.

(20) Uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar, herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamaz.

(21) Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenden birine ilk uzlaşma teklifinde bulunduğu tarihten itibaren, uzlaştırma girişiminin sonuçsuz kaldığı ve en geç, uzlaştırmacının raporunu düzenleyerek Cumhuriyet savcısına verdiği tarihe kadar dava zamanaşımı ile kovuşturma koşulu olan dava süresi işlemez.

(22) Uzlaştırmacıya Cumhuriyet savcısı tarafından çalışma ve masraflarıyla orantılı bir ücret takdir edilerek ödenir. Uzlaştırmacı ücreti ve diğer uzlaştırma giderleri, yargılama giderlerinden sayılır. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde bu giderler Devlet Hazinesi tarafından karşılanır.

(23) Uzlaşma sonucunda verilecek kararlarla ilgili olarak bu Kanunda öngörülen kanun yollarına başvurulabilir.

(24) Uzlaştırmanın uygulanmasına ilişkin hususlar, yönetmelikle düzenlenir.

Mahkeme tarafından uzlaştırma

Madde 254 – (Değişik: 6/12/2006-5560/25 md.)

(1) Kamu davası açıldıktan sonra kovuşturma konusu suçun uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması halinde, uzlaştırma işlemleri 253 üncü maddede belirtilen esas ve usûle göre, mahkeme tarafından yapılır.

(2) Uzlaşma gerçekleştiği takdirde, mahkeme, uzlaşma sonucunda sanığın edimini def'aten yerine getirmesi halinde, davanın düşmesine karar verir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arzetmesi halinde; sanık hakkında, 231 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir. Geri bırakma süresince zamanaşımı işlemez. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, mahkeme tarafından, 231 inci maddenin onbirinci fıkrasındaki şartlar aranmaksızın, hüküm açıklanır.

A)Uzlaşmaya Tabi Suçlar

Uzlaşma türleri genel hükümlere göre uzlaşma (CMK 253 ve devamı), çocuk hukukunda uzlaşma (5395 sayılı ÇKK 24/1) ve vergi hukukunda uzlaşma olarak sayılabilir.²⁸⁰ Adli kontrol ve etkin pişmanlığın uzlaşmaya benzer kurumlar olduğu belirtilmiştir.²⁸¹ CMK MADDE 253- (1) aşağıdaki suçlarda, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişinin uzlaştırılması girişiminde bulunulur.” demiştir.Bu hüküm ile kanun uzlaşma kapsamını sınırlandırmıştır.

CMK 253/(1) a) ile soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçları uzlaşma girişiminde bulunulacak suçlar kapsamında saymıştır. Maddenin burada sadece TCK'da bulunan soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçları uzlaşma girişiminde bulunulacak suçlar kapsamında saymadığını diğer kanunlardaki soruşturulması ve

²⁸⁰ Kunter/Yenisay/Nuhoğlu,Muhakeme Hukuku, 1111

²⁸¹ Kunter/Yenisay/Nuhoğlu,Muhakeme Hukuku, 1112

kovuşturulması şikâyeteye bağlı suçları da uzlaşma kapsamına aldığını düşünüyorum. Bu kanunlara örnek olarak vergi suçları ,marka ve patent suçları, FSEK suçları ve İİK suçları verilebilir. Bu kapsamdaki bir fiilden ötürü uzlaşma uygulanması için önce şikâyet gerçekleşmeli ve bunun üzerine hazırlık soruşturması başlatılmalıdır.

CMK MADDE 253- (1) b) ile şikâyeteye bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, Türk Ceza Kanununda yer alan;1. Kasten yaralama (üçüncü fıkra hariç, madde 86; madde 88), 2. Taksirle yaralama (madde 89), Konut dokunulmazlığının ihlali (madde 116), 4. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (madde 234), 5. Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (dördüncü fıkra hariç, madde 239),suçları da uzlaşma kapsamına istisnaen alınmıştır.Bu suçlar şikâyeteye bağlı olsa da olmasa da uzlaşma girişiminde bulunulacaktır.

CMK MADDE 253- (2) ile soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı olanlar hariç olmak üzere; diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, kanunda açık hüküm bulunması gerektiği belirtilmiştir. CMK MADDE 253- (3) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı olsa bile, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemez.Bu şekilde kanun haklı olarak etkin pişmanlık hükümleri ile uzlaşmanın birarada olamayacağını söylemiştir.Yine kanun toplumda infial doğurması mümkün olan cinsel suçları da uzlaşma kapsamı dışında bırakmıştır. CMK MADDE 253- (1) kanun gerekçesinde lafzen açıklanmıştır.²⁸²

²⁸²www.tbmm.gov.tr:” Birinci ve ikinci fıkralarda uzlaşmaya tabi suçların kapsamı gösterilmektedir. Buna göre,a) Türk Ceza Kanununda veya diğer kanunlarda yer alan soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı suçlar,b) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, Türk Ceza Kanununda yer alan suçlardan listede sayılanlar uzlaşmaya tabidir. Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunlarda yer alan ve re'sen takip edilebilen suçlarda uzlaşma hükümlerinin uygulanabilmesi için, ilgili kanunlarda bu konuda bir düzenlemenin bulunması gerekmektedir.Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye

B)Uzlaşma Usul ve Esasları

CMK MADDE 253- (4) ile uzlaşma usul ve esasları düzenlenmiştir. Soruşturma konusu suçun uzlaşmaya tâbi olması halinde, Cumhuriyet savcısı veya talimatı üzerine adlî kolluk görevlisi, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunur. Önceki düzenlemede Cumhuriyet savcısının adlî kolluk görevlisine böyle bir talimat vermesi düzenlenmemiştir.

Uzlaşma teklifinde bulunulacak kişiler şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görendir. Mağdur ve suçtan zarar gören kavramları tezimizin ilk kısımlarında ayrıntılı açıklanmıştı. Şüphelinin, mağdurun veya suçtan zarar görenin reşit olmaması halinde, uzlaşma teklifi kanunî temsilcilerine yapılır.Uzlaşma teklifinin tebliğinin ise Cumhuriyet savcısı tarafından açıklamalı tebligat veya istinabe yoluyla da yapılabileceği düzenlenmiştir.²⁸³

Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar gören, kendisine uzlaşma teklifinde bulunulduktan itibaren üç gün içinde kararını bildirmedeği takdirde, teklifi reddetmiş sayılır. Kanaatimce verilen bu süre karar vermek için yeterince uzundur.Anayasal konularda dahi verilen süreler(cooling of period) bir veya iki gün arasında değişmektedir²⁸⁴. Bu üç günlük süre içinde uzlaşma

bağlı olsa bile etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda uzlaşma hükümleri uygulanamayacaktır.

²⁸³ www.tbmm.gov.tr:” MADDE GEREKÇE”Dördüncü ve devamı fıkralar soruşturma evresinde uzlaşmanın usulünü ve esaslarını düzenlemektedir. Dördüncü fıkraya göre, soruşturma konusu suçun uzlaşmaya tabi olması halinde, Cumhuriyet savcısı veya talimatı üzerine adlî kolluk görevlisi, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunur. Şüphelinin, mağdurun veya suçtan zarar görenin reşit olmaması halinde, uzlaşma teklifi kanuni temsilcisine yapılır: Bu kişilerin ayırt etme gücüne sahip olup olmadıkları Cumhuriyet savcısı tarafından araştırıldıktan sonra, uzlaşma teklifinin muhatabı belirlenecektir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar gören, kendisine uzlaşma teklifinde bulunulduktan itibaren üç gün içinde kararını bildirmedeği takdirde, teklifi reddetmiş sayılacaktır.”

²⁸⁴ www.anayasa.gen.tr”Anayasanın 99’uncu maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen bu iki tam günlük süre ve üçüncü fıkrasında öngörülen bir tam günlük süreler, literatürde

yönünde bir kararını ilgili merciine bildirmeyen veya yani süreyi susarak geçiren kişi teklifi reddetmiş sayılacaktır. Bu süre muhakemenin sürüncemede kalmaması ve işleyişin devamı yönünden de yeterince kısa bir süredir. Ancak CMK MADDE 253- ile (16) Uzlaşma teklifinin reddedilmesine rağmen, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören uzlaştıklarını gösteren belge ile en geç iddianamenin düzenlendiği tarihe kadar Cumhuriyet savcısına başvurarak uzlaştıklarını beyan edebilirler. hükmü getirilmiştir. Bu durumda iddianamenin düzenlendiği tarihe kadar uzlaştırıcının varlığı da olmadan tarafların kendi aralarında uzlaşma ihtimali devam etmektedir.

Uzlaşma teklifi şüphelinin, mağdurun veya suçtan zarar görenin reşit olmaması halinde, kanunî temsilcilerine yapılır CMK MADDE 253- (5) gereği uzlaşma teklifinde bulunulması halinde, bu kişilere uzlaşmanın mahiyeti ve uzlaşmayı kabul veya reddetmesinin hukukî sonuçları anlatılır. Suçun işlenmesinden hemen sonra mağdura, onunla ilk defa temasa geçecek görevli tarafından, ceza ve ceza muhakemesi hukukuna ait olan hakları öğretilmesi gerektiğine yukarıda değinilmişti. Bu haklar arasında kişinin mağduriyetinin giderilmesi için bir yol olan uzlaşma hakkında hangi yasal olanaklarının bulunduğu ve bunları kullanmak için hangi yollara başvurabileceği de teklifin kabulünden değil, suçun işlenmesinden hemen sonra mutlaka kollukça belirtilmelidir.²⁸⁵

“serinleme süresi “ denir. Bu sürelerin amacı, güven oylamalarında duygusal faktörlerin etkisini azaltmak, milletvekillerinin daha serinkanlı düşünebilmelerine imkân sağlamaktır”

²⁸⁵www.tbmm.gov.tr:” MADDE GEREKÇE “Beşinci fıkra düzenlemesinde, uzlaşma teklifinde bulunulan kişiye, uzlaşmanın mahiyeti ve uzlaşmayı kabul veya reddetmesinin hukuki sonuçlarının anlatılması öngörülmektedir. Bu noktada şüpheliye yapılacak açıklamalar ile mağdur veya suçtan zarar görene yapılacak açıklamalar farklı olacaktır. Uzlaşmanın mahiyeti ile uzlaşmayı kabul veya reddetmenin hukuki sonuçları bu maddenin çeşitli fıkralarında düzenlenmektedir. Örneğin şüpheliye yönelik açıklamada; uzlaşmış olmasının suçu kabul anlamına gelmediği, uzlaştırma müzakereleri sırasında yapacağı açıklamaların ve bu açıklamalara ilişkin tutanakların, mevcut soruşturmada ve disiplinle ilgili olanlar da dahil olmak üzere, hiçbir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamayacağı, mağdur veya suçtan zarar görenin uzlaşmayı kabul etmesine rağmen kendisinin kabul etmemesi halinde; şartları gerçekleşmiş olsa bile, hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilemeyeceği ve yeterli delil varsa kamu davası açılacağı söylenebilecektir. »

Muhakemenin sürüncemede kalmaması ve işleyişin devamı yönünden CMK MADDE 253- (6) ile “resmî mercilere beyan edilmiş olup da soruşturma dosyasında yer alan adreste bulunmama veya yurt dışında olma ya da başka bir nedenle mağdura, suçtan zarar görene, şüpheliye veya bunların kanunî temsilcisine ulaşılammaması halinde, uzlaştırma yoluna gidilmeksizin soruşturma sonuçlandırılır” hükmü getirilmiştir.²⁸⁶

06/12/2006 tarih ve 5560 Nolu Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile(R.G.Yayın Tarihi 19/12/2006) 5271 sayılı CMK da yapılan değişiklik ile failin suçu kabullenmesi ve failin zararı tümünü veya bunun büyük bir kısmını ödemeyi ya da gidermeyi kabul etmesi şartları kaldırılmış ve uzlaşma teklifi için bu şartlar aranmamıştır.Savcı veya adli kolluk artık failin sorumluluğunu kabul edip etmediğini ya da zararı karşılayıp karşılamayacağını faile sormayacaktır.

CMK MADDE 253- (7) ile “Birden fazla kişinin mağduriyetine veya zarar görmesine sebebiyet veren bir suçtan dolayı uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, mağdur veya suçtan zarar görenlerin hepsinin uzlaşmayı kabul etmesi gerekir. ” denmiştir.Bu hüküm ile aralarında iştirak ilişkisi olsun veya olmasın birden çok kişi tarafından işlenen suçlarda, ya da birden fazla mağduru olan suçlarda uzlaşmanın bölünemeyeceği ortaya konmuştur. Sadece bir sanık veya bir mağdur için uzlaşma kabul edilemez.Yine bir sanık için veya bir mağdur için muhakeme faaliyetinin devamı uzlaşmanın

²⁸⁶ www.tbmm.gov.tr:” MADDE GEREKÇE” Altıncı fıkraya göre; gerekli araştırmalara rağmen, herhangi bir nedenle mağdur veya suçtan zarar görene, bu kişiler veya şüpheli temyiz kudretine sahip değillerse kanuni temsilcisine ulaşılammakta ise, uzlaşma yoluna gidilmeksizin soruşturma sonuçlandırılır. Örneğin adres belirlenemiyorsa, soruşturma dosyasındaki adresler de bulunamıyorsa veya sayılan kişiler yurt dışında ise, bu şekilde hareket edilecektir. »

adliyenin ağır iş yükünü azaltmaya yönelik amacına da yardım etmeyecektir.²⁸⁷

Uzlaşma, genelde diğer yaptırımlardan önce gelmekte ve devreye girdiği anda muhakemeyi ve zamanaşımını durdurmaktadır. Uzlaşma ceza muhakemesini ve medeni muhakemeyi mümkün olduğunca devre dışı bırakmayı amaçlar. Ancak CMK MADDE 253- (8) ile " Uzlaşma teklifinde bulunulması veya teklifin kabul edilmesi, soruşturma konusu suça ilişkin delillerin toplanmasına ve koruma tedbirlerinin uygulanmasına engel değildir. " hükmü getirilmiş ve bu hüküm ile uzlaşmanın sonucu bilinmediğinden soruşturmanın sürüncemede kalmaması ve işleyişin devamı sağlanmak istemiştir.²⁸⁸

CMK MADDE 253- (9) ile önceki düzenlemede sadece avukatlara uzlaştırmacı sıfatı verilebilirken yeni düzenleme ile "Şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görenin uzlaşma teklifini kabul etmesi halinde, Cumhuriyet savcısı uzlaştırmayı kendisi gerçekleştirebileceği gibi, uzlaştırmacı olarak avukat görevlendirilmesini barodan isteyebilir veya hukuk öğrenimi görmüş kişiler arasından uzlaştırmacı görevlendirebilir. " demektedir. CMK MADDE 253- (10) ise "Bu kanunda belirlenen hâkimin davaya bakamayacağı haller ile reddi sebepleri, uzlaştırmacı görevlendirilmesi ile ilgili olarak göz önünde

²⁸⁷ www.tbmm.gov.tr:" MADDE GEREKÇE" Yedinci fıkraya göre; birden fazla kişinin mağduriyetine veya zarar görmesine sebebiyet veren bir suçtan dolayı uzlaşma yoluna gidilebilmesi için, mağdur veya suçtan zarar görenlerin hepsinin uzlaşmayı kabul etmesi gerekir. Bu itibarla bu sujelerden birinin uzlaşmayı kabul etmemesi uzlaşmayı sonuçsuz kılacaktır.

²⁸⁸ www.tbmm.gov.tr:" MADDE GEREKÇE" Uzlaşma teklifinde bulunulması veya teklifinin kabul edilmesi, soruşturma konusu suça ilişkin delillerin toplanmasına ve koruma tedbirlerinin uygulanmasına engel olmayacağı hususu sekizinci fıkra düzenlenmektedir. Teklif sırasında uzlaşmanın sonucu henüz bilinemediğinden, delillerin toplanmasına devam edilmesi gerekmektedir. Özellikle ondokuzuncu fıkra uyarınca; yerine getirilmesi ileri tarihe bırakılan, takside bağlanan veya süreklilik arzeden bir edim söz konusu olduğu için kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilmesi üzerine, daha sonra uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, şüpheli hakkında kamu davası açmak için, toplanan delillerin suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturmaması aranacaktır. »

bulundurulur.”demektedir.²⁸⁹ Tarafsızlık uzlaşmanın en önemli niteliklerinden biridir. Uzlaştırıcı bağımsız ve tarafsız bir adalet makamıdır. Muhakeme hukuku açısından iddia veya müdafaa görevi olmadığı ancak uzlaştırmacının yargılama benzeri bir görev yaptığı söylenmektedir. Yargılamadan farkının ise uzlaştırmacının karar vermemesi ,ancak tarafların karar vermesine yardımcı olmasıdır.²⁹⁰

Uzlaşma süresi CMK MADDE 253- (12) ‘ de düzenlenmiştir.Burada eski düzenlemenin 30 günlük uzlaşma süresi 30 günlük ek süre ve 10 günlük rapor süresinden uzaklaştırılmıştır. Uzlaştırmacı, dosya içindeki belgelerin birer örneği kendisine verildikten itibaren en geç otuz gün içinde uzlaştırma işlemlerini sonuçlandırır. Cumhuriyet savcısı bu süreyi en çok yirmi gün daha uzatabilir.Gerekçede bu sürenin duruma göre bir veya birkaç kez uzatılabileceği söylenmişse de bu sürenin ancak bir kez uzatılacağı kanaatindeyim.²⁹¹ Burada uzlaştırmacının raporunu sunması için herhangi bir süre belirlenmemiştir.

C) Gizlilik ve Uzlaşmanın Yürüyüşü

Gizlilik: Tarafsızlık gibi gizlilik de uzlaşmada esastır.CMK MADDE 253- (11)’ Görevlendirilen uzlaştırmacıya soruşturma dosyasında yer alan

²⁸⁹ www.tbmm.gov.tr:” MADDE GEREKÇE” Dokuzuncu fıkra, teklifin ilgililerce kabulü halinde uzlaşmanın kimin tarafından gerçekleştirilebileceğini öngörmektedir. Cumhuriyet savcısı uzlaşmayı kendisi gerçekleştirebileceği gibi, uzlaştırmacı olarak avukat görevlendirilmesini barodan isteyebilir veya hukuk öğrenimi görmüş kişiler arasından uzlaştırmacı görevlendirebilir. «

Onuncu fıkra, Ceza Muhakemesi Kanununun hâkimin davaya bakamayacağı haller ile reddi sebeplerinin, uzlaştırmacı görevlendirilmesi ile ilgili olarak da göz önünde bulundurulacağı hükmünü içermektedir. Bu konuda özel bir red veya çekinme süreci öngörülmemiş olup, uzlaşmanın taraflarının veya uzlaştırmacının bu husustaki endişelerinin dikkate alınması gerekmektedir. »

²⁹⁰ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu:Muhakeme Hukuku,s1111

²⁹¹ www.tbmm.gov.tr:” MADDE GEREKÇE” Onikinci fıkarda, soruşturmayı sürüncemede bırakmayacak makul bir uzlaşma süresi öngörülmektedir. Uzlaştırmacı, dosya içindeki belgelerin birer örneği kendisine verildikten itibaren en geç otuz gün içinde uzlaşmayı sonuçlandıracaktır. Cumhuriyet savcısı bu süreyi yirmi gün geçmemek kaydıyla uzlaşma müzakerelerinin durumuna göre bir veya birkaç kez uzatabilir.

ve Cumhuriyet savcısınca uygun görülen belgelerin birer örneği verilir. Cumhuriyet savcısı uzlaştırmacıya, soruşturmanın gizliliği ilkesine uygun davranmakla yükümlü olduğunu hatırlatır. ‘diyerek bu hususu vurgulamaktadır. CMK MADDE 253- (13) “Uzlaştırma müzakereleri gizli olarak yürütülür” diyerek bu hususu tekrar hatırlatmaktadır. Yine CMK MADDE 253- (20) gereği uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar, delil olarak kullanılamaz. Bu üçlü hatırlatma yeni düzenlemenin en önemli ilkesinin gizlilik olduğunu ortaya koymaktadır.²⁹² Uzlaştırma müzakerelerine şüpheli, mağdur, suçtan zarar gören, kanunî temsilci, müdafî ve vekil katılabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenin kendisi veya kanunî temsilcisi ya da vekilinin müzakerelere katılmaktan imtina etmesi halinde, uzlaşmayı kabul etmemiş sayılır. Uzlaşmanın yürüyüşü hakkında aşağıdaki adımlar izlenebilir.

Uzlaştırmada hazırlık aşamasında uzlaşma toplantısının günü belirlenir. Uzlaşmada tarafların avukatları olup olmadığı belirlenir. Barodan gerekirse taraflar için ayrıca avukat istenebileceği kanaatindeyim. Tarafların kendileri mi ya da kanuni temsilcilerinin mi gelmesi gerektiği belirlenir. Zararın tesbiti için, tarafların araştırma ve tesbitlerini bildirmeleri istenebilir. Uzlaşma toplantısı “tanışma” ile başlar. Uzlaştırmacı kendisini tanıtır ve uzlaşmanın hukuki niteliği ve doğuracağı sonuçları açıklar. Daha sonra taraflar kendilerini tanıtır. Gizli kalacak bilgi ve belgelerin belirlenmesi yapılır. Uzlaştırmanın başarısız olması halinde, CMK MADDE 253- (20) gereği uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan failin bazı olayları veya suçu ikrar etmiş olması yönünde açıklamalar, daha sonra açılacak davada veya her-

²⁹² www.tbmm.gov.tr:” MADDE GEREKÇE” Onbirinci fıkra göre, Cumhuriyet savcısı, görevlendirilen uzlaştırmacının talebi halinde soruşturma dosyasında yer alan ve Cumhuriyet savcısınca uygun görülen belgelerin birer örneğini verir. Cumhuriyet savcısı uzlaştırmacıya, kendisine soruşturmanın gizliliği ilkesine uygun davranmakla yükümlü olduğunu hatırlatır. Onüçüncü fıkra göre, soruşturmanın gizliliğinin gereği olarak, uzlaşma müzakereleri gizli olarak yürütülür. Uzlaşma müzakerelerine şüpheli, mağdur, suçtan zarar gören, kanuni temsilci, müdafî ve vekil katılabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenin kendisi veya kanuni temsilcisi ya da vekilinin müzakerelere katılmaktan imtina etmesi halinde, uzlaşmayı kabul etmemiş sayılır. Müdafîin müzakerelere katılmamasının uzlaşmaya olumsuz bir etkisi kabul edilmemiştir.

hangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da başka herhangi bir davada delil olarak kullanılamaz.²⁹³ Tarafların kendi iddialarına göre olayı anlatması aşamasına geçilir. Bir taraf konuşurken, sözü kesilmeden dinlenir, itiraz edilmez. Uzlaştırmacı avukat ve taraflar birbirlerine soru sorarak bilgi toplarlar. Uzlaştırmacı avukat, tarafların üzerinde anlaşılmadıkları noktaları belirler ve bunların sayısını azaltır.²⁹⁴ Bu aşamada uzlaştırmacı avukat taraflarla ayrı ayrı toplanabilir. Karmaşık olaylarda uyuşmazlık noktaları sıralanabilir, mağdurun zararının giderilmesi için failin yaptığı teklif ve mağdurun kabul ettiği miktarın netleştirilmesi yapılır. Müzakere (negotiation) aşamasında tarafların kendilerine koydukları sınırlardan, orta noktanın bulunması çalışması yapılır. En son uzlaşma aşamasına gelinir uzlaşmaya varılırsa (agreement) sözleşme biçiminde bir metin hazırlanır. Uzlaşma olmazsa, önceki aşamalara dönülebilir.²⁹⁵ CMK MADDE 253- (14) gereği uzlaştırmacı, müzakereler sırasında izlenmesi gereken yöntemle ilgili olarak Cumhuriyet savcısıyla görüşebilir; Cumhuriyet savcısı, uzlaştırmacıya talimat verebilir.²⁹⁶

CMK MADDE 253- (15) gereği raporun düzenlenmesi evresinde (closure)²⁹⁷ yani uzlaştırmacının sonunda, uzlaştırmacı bir rapor hazırlar ve kendisine verilen belge örnekleriyle birlikte Cumhuriyet savcısına verir. Uzlaşma gerçekleşmişse tarafların imzalarını da içeren raporda, yaptığı

²⁹³ www.tbmm.gov.tr: "MADDE GEREKÇE" Yirminci fıkra düzenlemesine göre, uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar, herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamaz. Müzakereler sırasında yapılan açıklamalar veya beyanlar, lehe veya aleyhe olacak şekilde, mevcut soruşturma ve kovuşturmada delil olarak kullanılamayacağı gibi, başka bir ceza veya disiplin muhakemesinde, hukuk davasında, idarî bir davada veya başka herhangi bir uyuşmazlıkta da delil olarak kullanılamayacaktır. Bu hüküm, özellikle, uzlaşma hususunda çekingen davranan şüpheliler bakımından önemli bir güvence oluşturmaktadır.

²⁹⁴ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu: Muhakeme, 1114

²⁹⁵ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu: Muhakeme, 1115

²⁹⁶ www.tbmm.gov.tr: "MADDE GEREKÇE" Ondördüncü fıkra müzakere süreci ile ilgili hükümler içermektedir. Uzlaşma sağlanabilmesi için birden fazla müzakere yapılabilmesi mümkündür. Uzlaştırmacı, müzakereler sırasında izlenmesi gereken yöntemle veya uzlaşmanın seyriyle ilgili olarak Cumhuriyet savcısıyla görüşebilir. Cumhuriyet savcısı da, uzlaştırmacıya talimatlar verebilir.

²⁹⁷ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu: Muhakeme, 1115

çalışmaları ve vardığı sonucu özetler. Ne suretle uzlaşıldığını ayrıntılı olarak açıklar. ²⁹⁸CMK MADDE 253- (17) gereği Cumhuriyet savcısı, uzlaşmanın, tarafların özgür iradelerine dayandığını ve edimin hukuka uygun olduğunu belirlerse raporu veya belgeyi mühür ve imza altına alarak soruşturma dosyasında muhafaza eder.

D)Diğer Hükümler

CMK MADDE 253- (18) Uzlaştırmının sonuçsuz kalması halinde tekrar uzlaştırma yoluna gidilemez. demektedir. Bu hüküm de muhakemenin sürüncemede kalmaması ve işleyişin devamı sağlamaya yöneliktir.

CMK MADDE 253- (19) Uzlaşma sonucunda şüphelinin edimini def'aten yerine getirmesi halinde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. demektedir. Bu hüküm ile uzlaşmanın sonucunda verilecek kararın kovuşturmaya yer olmadığı kararı olduğu açıkça belirlenmiştir.

Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arzetmesi halinde, 171 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararından sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, 171 inci maddenin dördüncü fıkrasındaki şart aranmaksızın, kamu davası açılır. ²⁹⁹Uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılamaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sa-

²⁹⁸www.tbmm.gov.tr:” MADDE GEREKÇE” Uzlaşma müzakereleri olumlu veya olumsuz olarak sonuçlandığında uzlaştırmacı, onbeşinci fıkra uyarınca bir rapor hazırlayacaktır. Raporun uzlaşma sürecini doğru ve eksiksiz yansıtmaması gerekmektedir.

²⁹⁹www.tbmm.gov.tr:” MADDE GEREKÇE” Bu durumda 171 inci maddedeki şartların aranmayışının ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verip vermemek hususunda Cumhuriyet savcısının bir takdir yetkisinin bulunmamasının nedeni; ileri bir tarihe bırakılmış veya takside bağlanmış olan ya da süreklilik arzeden edimin yerine getirileceği taahhüdünün izlenmesi gereğidir.

yılır. Şüphelinin, edimini yerine getirmemesi halinde uzlaşma raporu veya belgesi, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesinde yazılı ilam mahiyetini haiz belgelerden sayılır. denilerek kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumuna uzlaşma içinde bir istisna getirilmiştir.

CMK MADDE 253- (21) Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenden birine ilk uzlaşma teklifinde bulunulduğu tarihten itibaren, uzlaştırmacı girişiminin sonuçsuz kaldığı ve en geç, uzlaştırmacının raporunu düzenleyerek Cumhuriyet savcısına verdiği tarihe kadar dava zamanaşımı ile kovuşturma koşulu olan dava süresi işlemez. denmiştir. Bu hükümde uzlaşmanın zamanaşımını durduran sebeplerden biri olduğunu belirtmiş ve uzlaşma kurumunun kötüniyetli olarak davayı uzatma amacı ile kullanılmasına engel olmaya çalışmıştır.³⁰⁰CMK MADDE 253- (22) Uzlaştırmacıya Cumhuriyet savcısı tarafından çalışma ve masraflarıyla orantılı bir ücret takdir edilerek ödenir. Uzlaştırmacı ücreti ve diğer uzlaştırmacı giderleri, yargılama giderlerinden sayılır. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde bu giderler Devlet Hazinesi tarafından karşılanır. demektedir.CMK MADDE 253- (23) Uzlaşma sonucunda verilecek kararlarla ilgili olarak bu Kanunda öngörülen kanun yollarına başvurulabilir. denilerek uzlaşma kararının İspanya gibi örneklerin aksine bağlayıcılığı olmadığını göstermiştir.CMK MADDE 253- (24) Uzlaştırmacının uygulanmasına ilişkin hususlar, yönetmelikle düzenlenir.”demektedir. Gerekçede bu yönetmeliğin Adalet Bakanlığınca çıkarılacağı söylenmiştir.

E)Kamu Davası Açıldıktan Sonra Uzlaşma

Yargının iş yükünün azaltılması araçlarından biri olan uzlaşma, asıl olarak soruşturma evresinin bir kurumu olarak düzenlenmiştir.Kamu davası

³⁰⁰ www.tbmm.gov.tr:” Her ne kadar uzlaştırmacı sürecinde oldukça kısa süreler öngörülmekte ise de, özellikle bazı dava sürelerinin de kısalığı karşısında, bu düzenleme önem arz etmektedir.

açıldıktan sonra kovuşturma konusu suçun uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması halinde, CMK MADDE 254- (1) ,uzlaştırma işlemleri 253 üncü maddede belirtilen esas ve usûle göre, mahkeme tarafından yapılır demektir. Mahkeme tarafından uzlaştırma işlemlerinin yapılabilmesi, fiilin uzlaşma kapsamında olduğunun kovuşturma evresinde duruşma aşamasında anlaşılması halinde mümkündür. İddianamenin mahkemeye sunulması üzerine incelenmesi aşamasında suçun uzlaşma kapsamında olduğunun görülmesi halinde ise, uzlaşma usulü uygulanmadığı için iddianame iade edilecektir. Ancak duruşmada delillerin ortaya konup tartışılması üzerine suçun niteliği değişebilir. İddianamenin kabulü ile duruşma açılması arasındaki aşamada esasa ilişkin bir değerlendirme yapılmadığından, bu arada suç vasfında bir değişiklik olamaz. Suçun uzlaşma kapsamında olduğunun ilk defa duruşmada anlaşılması halinde, uzlaşma imkânının bu aşamada da tanınması amaçlanmıştır. Uzlaştırma usulü 253 üncü maddede düzenlendiğinden, mahkeme tarafında da aynı usule uyularak uzlaştırma işlemleri gerçekleştirilecektir. Buna göre, mahkeme, ilgililere uzlaşmaları teklifinde bulunacak, uzlaşmanın mahiyetini, kabul veya reddetmenin hukuki sonuçlarını anlatacaktır. Bu aşamada uzlaşmayı kabul veya reddetmenin hukuki sonuçları, soruşturma evresindekine göre farklı olacaktır. Etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen bir suç söz konusu olduğunda, mahkeme tarafından uzlaştırma yoluna gidilemeyecektir. Ancak şartları varsa hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir. İkinci fıkrada, uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde, edimin yerine getiriliş şekline göre verilebilecek kararlar öngörülmektedir. Sanığın edimini defaten yerine getirmesi halinde, davanın düşmesine karar verilecektir. Buna karşılık edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde; sanık hakkında, 231 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi gerekmektedir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, mahkeme tarafından, 231 inci maddenin onuncu fıkrasındaki şartlar aranmaksızın, hüküm açıklanır.Hükmün

açıklanmasının geri bırakılması kurumuna uzlaşma içinde bu madde ile bir istisna getirilmiştir.

2.1.8. Erteleme (Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması)

Erteleme, en genel anlamda suç işlemiş fail hakkında; kamu davasının açılmasını, duruşmanın yapılmasını, suçluluğun tespitini veya mahkûmiyet hükmünün verilmesini veya böyle bir hüküm verilmişse, yerine getirilmesinin belirli bir süre içinde göstereceği iyi hâle bağlı olarak ertelenmesi veya mahkûmiyetin esasen meydana gelmemiş sayılması neticesini meydana getirmektedir.³⁰¹Kamu davasının açılmasının ertelenmesi, failin kişiliği ve işlediği suçun önemi göz önünde bulundurulmak suretiyle hakkında kamu davasının açılmasından bazı şartlarla ve belirli bir süre iyi hal sahibi olması halinde vazgeçilebilmesidir şeklinde de tanımlanabilir. Erteleme ve benzer kurumlar hukukidir. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi bakımından söz konusu olan koşul veya koşullardan biri mağduriyetin giderilmesi olabilir. Yani erteleme, mağduriyeti giderme koşuluna bağlanabilir.

İşlediği suç dolayısıyla kişinin cezalandırılması kural olmakla birlikte bazı koşulların gerçekleşmesi durumunda, kişi hakkında ceza davasının açılmasından, açılmış olan davada duruşma yapılmasından, dava sonucunda ceza verilmesinden ya da mahkum olunan cezanın infazından vazgeçilmesi ceza siyasetinin gereği olarak kabul edilmektedir. Gerçekten de failin, kişilik yapısı, yaşadığı çevre, psikik ve ahlaki eğilimleri ve kendisini

³⁰¹ Önder, A: "Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler (Tecil)", İstanbul 1963.s.6

suç işlemeye yönelten saikler itibariyle, suç işlemeyi itiyat haline getirmemiş tesadüfi suçlu özelliği taşıması mümkündür. Bu kişilerin cezaevi ortamına girmeden toplum düzenine uygun davranmaları sağlanabilir. Ancak, bu kişilerin deneme süresine tabi tutulmaları gerekmektedir. Zira tamamen serbest bırakılmaları, tekrar suç işlemelerine neden olabilir. Bu nedenle, bu denetimin kişinin tekrar topluma kazandırılmasını sağlamaya yönelik ve bunu sağlayabilecek nitelikte olması gerekir³⁰²

Böylece kişinin belli bir süre içinde ki buna deneme süresi denmektedir, iyi hal göstermesi, yeni bir suç işlememesi halinde; hakkında ceza davası açılmamakta, açılmış olan davada duruşma yapılmamakta veya dava sonucunda mahkumiyet kararı verilmemekte ya da mahkum edildiği ceza infaz edilmemektedir. Deneme süresi içinde failin belirlenmiş olan koşullara uymaması durumunda, yeni bir suç işlemesi durumunda; açılmamış olan ceza davası açılmakta, açılmış olan davaya devam edilmekte ve sonucunda mahkumiyet kararı verilmekte veya verilmiş olan mahkumiyet kararı infaz edilmektedir³⁰³ Deneme süresi içinde belirlenmiş olan koşullara uyması, bu süre içinde yeni bir suç işlemeyerek iyi hal göstermesi, kişinin hukuk düzenini ihlal etmeyeceğinin, dürüst bir hayat sürmeye alışmış olduğunun karinesi olarak kabul edilmektedir³⁰⁴. İşte kamu davasının açılmasının ertelenmesi; suç işlemiş bulunan fail hakkında, kişiliği ve işlenen suçun önemi nazara alınmak suretiyle hakkındaki kamu davasının açılmasından bazı şartlarla ve belirli bir süre iyi hal sahibi olması halinde vazgeçilmesini ifade etmektedir³⁰⁵. Kamu davasının açılmasında maslahata uygunluk ilkesinin kabul edildiği sistemlerde savcı iyi halli olması durumunda faile belli bir süre için kamu davası açmayacağını bildirir. Failin

³⁰² İçel/ Sokullu- Akıncı/ Özgenç/ Sözüer/Mahmutoğlu./ Ünver, 382; Önder, 5-7. Ayrıca bkz. Dönmezer/Erman, 2 vd.

³⁰³ İçel/ Sokullu- Akıncı/ Özgenç/ Sözüer/Mahmutoğlu./ Ünver, 382; Önder, .5-7. Ayrıca bkz. Dönmezer/Erman, .2 vd.

³⁰⁴ Önder, Tecil, 7

³⁰⁵ Önder, Tecil, 95

bu süreyi iyi hallilikle geçirmesi ve yeni bir suç işlememesi durumunda hakkındaki kamu davasının açılmasından tamamen vazgeçilir³⁰⁶

Erteleme cezalar sistemini tamamlayan kendine özgü bir kurum olup, aynı zamanda bir tür cezanın bireyselleştirme aracıdır. Zira, cezanın suçluya uydurulması, yani bireyselleştirme, kamu davasının açılmasının geri bırakılmasını da gerektirebilir. Öte yandan, hürriyeti bağlayıcı cezaların uygulamada doğurduğu sakıncaları da gidermektedir. Kısa süreli hapis cezalarının bazı seçenek yaptırımlara çevrilmesi hangi gerekçe ile kabul ediliyorsa, bazı süreye kadar cezaların ertelenmesi de bundandır. Bu suretle işlenen suçlar cezasız kalmayacağı gibi, hakkında az bir cezaya hükmedilmiş kişi cezaevinin beklenen kötülüklerinden de uzak tutulmuş olacaktır. Kişinin aynı zamanda işini sürdürebilmesi de mümkün olacaktır.³⁰⁷

Gerçekten de, belirlenen süre içerisinde iyi hal gösteren ve sorumluluklarını yerine getiren fail hakkında kamu davasının açılmaması, buna riayet etmeyen fail hakkında kamu davasının açılacağına bildirilmesi iyi bir ceza siyasetinin gerçekleşmesine hizmet eder.

Erteleme bugünkü hâli ile ceza hukukundaki yeni ve modern düşüncelerin ortaya çıkardığı bir kurumdur. Cezanın ertelenmesi, dayanağını, önleme ve adalet düşüncesinde bulur. Ertelemeye özel önleme, yani faili yeniden topluma kazandırma düşüncesi ön plândadır. Bu anlayışın bir sonucu olarak, erteleme değişik biçimde de olsa, 1830 yılında ABD’de ve 19. yüzyılın ikinci yarısında da Avrupa’da ortaya çıkmıştır. Bu alanda ortaya çıkan gelişmeler esas itibarıyla ikili bir yön izlemiştir. Bunlar, bir taraftan Anglo Sakson hukukunda geçerli olan “probasyon”, diğer taraftan Fransa-Belçika hukukunda ortaya çıkan “sursis” modelidir³⁰⁸ Her iki model arasındaki temel

³⁰⁶İçel/ Sokullu- Akıncı/ Özgenç/ Sözüer/Mahmutoğlu/ Ünver, 383; İçel, 335; Dönmezer/Erman, 10vd.

³⁰⁷Özbek:CMK İzmir Şerhi, 509

³⁰⁸Erdem,M.R.:Ceza Hukukunda Cezaların Ertelenmesine İlişkin Düzenlemelere Anayasal bakış (Erteleme),Anayasa Yargısı ,Ankara 2001, s.18

farklılıklardan ilki, özellikle deneme amacıyla hükümlü açısından getirilen yükümlülüklerin ihlâl edilmesi ve özellikle de suç işlenmesi bakımından kendisini göstermektedir. Sursis modelinde ertelenen cezanın yeniden infaz edilmesi gündeme geldiği halde, probasyonda hâkime yeni yaptırımlar belirleme konusunda geniş bir hareket alanı tanınmaktadır. Bundan başka Anglo-Sakson sisteminde deneme süresi içinde hükümlü kendi başına bırakılmamakta, gözetim ve denetim altında bulundurulmaktadır. Diğer sistem, yukarıda da açıklandığı üzere başlangıçta gözetimsiz uygulanmıştır.³⁰⁹

Cezanın ertelenmesi, belirli koşulların varlığı durumunda hükmedilmiş olan cezanın infazının belirli bir süre geri bırakılması olanağını hâkime vermektedir. Görüldüğü gibi, erteleme yetkisi yasa koyucuya veya yönetsel organlara değil, aksine kusur ve cezanın ağırlığı konusunda karar verme durumunda olan hâkime aittir. Türk hukukunda ertelemenin hukuki niteliği konusunda değişik görüşler ileri sürülmüştür. *Dönmezer-Erman*'a göre erteleme, bir taraftan cezanın infazının geri bırakılmasını gerektiren bir neden, diğer taraftan koşullu bir adlî af niteliğinde olan ve cezalar sistemini tamamlayan ve başlı başına varlığı olan bir kurumdur. *Önder*'e göre erteleme, cezalar sistemini tamamlayan, cezanın bireyselleştirilmesini amaçlayan, deneme süresi olaysız geçirildiği takdirde devletin ceza vermek ve bu cezayı infaz etmek hakkından vazgeçtiğini gösteren bir kurumdur. *Çınar*'a göre erteleme, bir yönden koşullu bir af, bir yönden koşullu hükümlülük, diğer yönden cezanın infazını geri bıraktıran yasal bir kurumdur. Bu nedenle erteleme, cezalar sistemini tamamlayan kendine özgü (suigeneris) bir kurum olarak kabul edilmektedir.³¹⁰

Ertelme kurumunun amacı üç esasta toplanabilir. Bunlar, ertelemenin iyi bir ceza siyaseti aracı olması, cezanın bireyselleştirilmesi

³⁰⁹ Erdem, M.R.: Ertelme, 18

³¹⁰ Erdem, M.R.: Ertelme, 20, Önder, Tecil, 74, Dönmezer/Erman, CIII, 13

aracı olması ve kısa süreli hapis cezalarının sakıncalarını bertaraf eden ve dolayısıyla mükerrir suçluluğa engel olan bir kurum olmasıdır.³¹¹

Cezanın ertelenmesi, her şeyden önce iyi bir suç politikası aracıdır. Ödetme ve genel önlemeye yönelik ihtiyaçlar, yasa koyucu tarafından ağır nitelikteki suçlar açısından erteleme yolunun kapatılması suretiyle, zaten göz önünde bulundurulmuştur. Kaldı ki, sosyal devlet ilkesinin bir sonucu olarak, bugün artık ödetici ceza anlayışından hükümlüyü topluma yeniden kazandırma anlayışına dönülmüş bulunmaktadır. Ertelemede yeniden topluma kazandırma düşüncesinin ağırlık taşır.Özgürlüğü bağlayıcı cezaların genel önleme etkisi cezaevinde geçirilen günlerin sayısından çok, cezanın hükümlü üzerinde göstereceği etkiye bağlıdır. Bu bakımdan Yargıtayın da belirttiği üzere, ertelemede amaç; cezanın çektirilmesini hâkimin keyfi takdirine bırakmak değil, objektif ölçülere göre ceza süresi ve kişisel durumları elverişli olan sanıklar hakkında belirlenen cezanın çektirilmesinde kamu yararı görülmemesidir. (YCGK T: 12.11.1979, E: 8/441, K: 485 sayılı Karar)³¹²

Cezanın ertelenmesi, cezaların bireyselleştirilmesi için uygun bir araçtır. Yani, erteleme kurumu cezaların bireyselleştirilmesini, failin şahsına uydurulmasını da temin eder. Ceza hukukundaki yeni düşüncelere göre, suçlu hakkında verilmesi gerekli cezanın, güvenlik ve ıslâh tedbirlerinin uygulanabilmesinde failin kişiliğinin ve işlenmiş olan fiilin tamamen tetkik ve tespit edilmiş olması gerekir.³¹³

Erteleme, kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaların sakıncalarını ortadan kaldırmaya yarar. Alman CK § 56 1, kısa süreli hapis cezalarının olumsuz etkisini ortadan kaldırmak için, bu cezaların ertelenmesi

³¹¹ Özgenç,İ.:Bir Ceza İnfaz Rejimi Olarak Erteleme (İnfaz Rejimi),Anayasa Yargısı ,Ankara 2001,s.18

³¹² Erdem,M.R.:Erteleme, 20

³¹³ Özgenç,İ.:İnfaz Rejimi, 104

bakımından özel bir düzenlemeye yer vermiştir. Buna göre kısa süreli hapis cezalarının ertelenmesinde, cezanın yalnızca özel önleme amacı göz önünde bulundurulur. Buna karşılık en az altı aydan fazla özgürlüğü bağlayıcı cezanın söz konusu olması hâlinde, ancak genel önleme düşüncesi cezanın ertelenmesinde bir rol oynayabilmektedir.³¹⁴

Ferdileştirme niteliği bulunan ve ceza politikası özelliğini taşıyan erteleme kurumu, hemen hemen tüm ülke kanunları tarafından kabul edilmiş bulunmaktadır. Ancak, kurumun oluşumunda hâkim olan fikirler ve kurumun temel gayesi, tüm kanun koyucular tarafından kabul edilmekle beraber, uygulamadaki sistemler oldukça çeşitlilik göstermektedir.

A. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi

Suç işlemiş bulunan fail hakkında, kişiliği ve gerçekleştirilen suçun nitelik ve önemi dikkate alınarak hakkındaki kamu davasının açılmasından, bazı koşullarda ve belirli bir müddet iyi hâlli olması hâlinde vazgeçilebilmesi bu kurumun mahiyetini teşkil etmektedir. Bu sistemde, suç şüphesi altında bulunan kişi, hürriyeti sınırlandırılmadan önce, savcılık tarafından belirli bir süre gözlemlenir. Savcı, iyi hâlli olması koşuluyla faile belli bir süre için kamu davasını açmayacağını bildirir. Fail tarafından bu sürenin iyi hâlli bir şekilde geçirilmesi ve yeni bir suç işlenmemesi durumunda, fail hakkında kamu davası açılmasından kesin olarak vazgeçilir.³¹⁵ Kamu davasının açılmasının ertelenmesi sistemi ikiye ayrılır. Bir şekle göre, savcının bu konudaki yetkisi mutlaktır. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun diğer bir şekline göre ise, savcının yetkisi mutlak olmamakta, ancak bir merciin onayıyla davanın açılması ertelenebilmektedir.³¹⁶

³¹⁴ Erdem, M.R.: Erteleme, 21

³¹⁵ Özgenç, İ.: Gazi Şerhi, 609

³¹⁶ Önder, Tecil, 15: "Çocuk mahkemesi hakiminin (Hollanda) veya diğer bir merciin (Kraliyet Savcısı-Norveç) onayıyla". Bu sistem 5395 sayılı ÇKK 'da 19/2'de " Kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin kararın uygulanması, çocuk hâkiminin onamasına bağlıdır. Bu husustaki karar beş gün içinde verilir." hükmü ile yer almıştır.

B. Duruşmanın ertelenmesi

Ertelemenin özel biçimini oluşturan “duruşmanın ertelenmesi”, açılmış olan kamu davasının, sanık olan kişide bulunan belli özellikler nedeniyle, mahkeme tarafından saptanan deneme süresinin sonuna kadar geri bırakılmasıdır. Dava belli bir süre bekletilmektedir. Kurumun temel özelliği duruşmanın ertelenmesinde olmayıp, mahkeme tarafından belli bir deneme süresinin tespit edilmesi ve bu süre içinde failin iyi hâl sahibi olması ve bazı koşullara da uyulması hususudur. Sürenin iyi hâlli olarak geçirilmesi ve koşullara da uyulması hâlinde açılan davanın duruşması yapılmaz ve ceza takibatı tamamen bertaraf edilmiş olur.³¹⁷

C. Mahkumiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılması (hükmün ertelenmesi)

Hükmün ertelenmesi kurumu, kişi hakkında duruşma yapıldıktan sonra verilecek hükmün, belirli bir süre içinde failin iyi hâl göstermesi koşuluyla ertelenmesidir. İki şekilde uygulaması mümkün olan bu kurumda, ya failin suçluluğu tespit edilir ve verilecek hüküm ertelenir veya suçluluğa kadar gitmeden dahi hükmün tespiti ertelenir. Erteleme süresi hâkim tarafından tespit edilerek ve bu süre içinde kişinin riayete mecbur olduğu hususlar düzenlenerek gözetim altına da konulabilir. Verilen sürenin iyi hâl ile geçirilmesi, bir suç işlenmemesi veya getirilen yükümlülöklere uyulması durumunda hükmün verilmesinden tamamen feragat olunmakta, aksi hâlde suçun cezası tespit olunup infazına geçilmektedir. Anglo-Sakson kökenli hükmün ertelenmesi kurumuna, Kara Avrupa’sı ölkelerinden örneğin İsviçre, Almanya ve Avusturya mevzuatlarında rastlanmaktadır.³¹⁸

D. Cezanın infazının ertelenmesi

Cezanın infazın ertelenmesi kurumunun yukarıda incelenen sistemlerden temel farklılığı, hâkimin suç işlemiş fail hakkında mahkûmiyet hükmü vermesi, fakat hükümde tespit edilmiş bulunan cezanın infazının

³¹⁷ Özgenç, İ: Gazi. Şerhi, 609

³¹⁸ Özgenç, İ: Gazi. Şerhi, 609; Önder, Tecil, 109; Dönmezer/Erman, CIII, 8

ertelenmesidir. Kabul edilen sisteme göre ya mahkum olunan ceza infaz edilmiş sayılacak ya da mahkûmiyet gerçekleşmemiş kabul edilecektir.³¹⁹ Bu sistem ve TCK uygulaması hakkında tezin ileri kısımlarında ayrıntılı bilgi verilecektir.

Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesinin Koşulları:

Bir yenilik olarak “kamu davasının açılmasının ertelenmesi” kurumu, CMUK 1999 Tasarısının 164.maddesinde düzenlemişti. Ancak bu düzenlemeye 5271 sayılı kanunda yer verilmemiş idi. ÇKK ile kamu davasının açılmasının ertelenmesi müessesesi ilk defa hukukumuza girmişti. (m. 19)Daha sonra 6/12/2006 tarih ve 5560 Nolu çeşitli kanunlarda değişiklik yapılmasına ilişkin kanun ile (R.G.Yayın Tarihi 19/12/2006) 5271 sayılı CMK da değişiklik yapılmış ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu kanunun 171. maddesinde düzenlenmiştir.Bu değişikliğe göre madde yeni bir şekil almıştır.

“MADDE 171- (1) Cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilir.

(2) 253 üncü maddenin ondokuzuncu fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere, Cumhuriyet savcısı, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı olup, üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen, kamu davasının açılmasının beş yıl süreyle ertelenmesine karar verebilir. Suçtan zarar gören, bu karara 173 üncü madde hükümlerine göre itiraz edebilir.

³¹⁹ Özgenç,İ:Gazi.Şerhi, 609

(3) Kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebilmesi için, uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı kalmak üzere;

a) Şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkûm olmamış bulunması,b) Yapılan soruşturmanın, kamu davası açılmasının ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatini vermesi,c) Kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması,d) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekir.

(4) Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde, kovuşturmaya yer olmadığına karar verilir. Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmesi halinde kamu davası açılır. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez.

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

Bu sisteme “ sanığa mükellefiyetler yüklenerek dava açılmasının ertelenmesi de” denmektedir.³²⁰ Kıta Avrupası hukuk sistemini benimsemiş olan ülkelerde, mahkemelerin ağır iş yükü altında bulunmasından ve ceza muhakemesinin makul sürede sonuçlanmamasından kaynaklanan sorunların bulunduğu görülmektedir. Bu nedenle çeşitli ülkelerde muhakemeyi çabuklaştırmak amacına yönelik çabalar içine girilmiş bulunmaktadır. Bu çabalardan biri de kamu davasının mecburiliğinin yumuşatılmasıdır. Kamu davasının mecburiliği ilkesine yer veren ülkelerde savcı ancak kanunda gösterilen istisnai hallerde takdir yetkisine sahipken,

³²⁰ Kunter/Yenisay/Nuhoğlu:Muhakeme, 1110

Hollanda ve Fransa gibi maslahata uygunluk ilkesinin geçerli olduğu hallerde savcı kamu davası açmayarak mahkemenin iş yükünü azaltabilmektedir.³²¹

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi, Ceza Muhakemesi Kanununun (StPO) yanı sıra Alman Genç Mahkemeleri Kanunun (JGG) 45. paragrafında hüküm altına alınmıştır. § 45/1'e göre, Ceza Muhakemesi Kanunun 153.paragrafındaki şartların (yargılama konusunun cünha, kusurun hafif ve kovuşturmanın yapılmasında kamu yararının bulunmaması) gerçekleşmesiyle savcının, hakim onayına gerek olmadan kovuşturmayı durdurabileceğini belirtmektedir. § 45/2'e göre ise, eğitsel bir tedbirin infaz edilmiş olması veya infazına başlanmış bulunması veya savcının ne 3.fıkraya göre hakim katılımını ne de kamu davası açılmasını zorunlu kabul etmemesi halinde kovuşturmayı geri bırakabilir demektir. § 45/3'te ise, hakim katılımıyla savcının kovuşturmaya son vermesi hüküm altına alınmıştır. Kovuşturmaya son verilmesi içinde; sanığın suçunu itiraf etmesi ve savcının hakim tarafından verilecek bir tedbiri gerekli, fakat dava açılmasını gereksiz bulması gerekir³²².

CMK 171/2 CMK 253 üncü maddenin ondokuzuncu fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere, Cumhuriyet savcısı, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olup, üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen, kamu davasının açılmasının beş yıl süreyle ertelenmesine karar verebilir. Suçtan zarar gören, bu karara 173 üncü madde hükümlerine göre itiraz edebilir. denmektedir.

³²¹ Cumhur,Şahin: İspat Hukuku (Delillerin Doğrudan Doğruları İlkesi),(Ankara, 2001),s 54, 87

³²² Veli Özer Özbek:Ceza Hukukunda, 136; Artuk/Yenidünya, 60.

A.Uzlaşmanın Hükümlerinin Saklı Tutulması: CMK 253/19 Uzlaşma sonucunda şüphelinin edimini def'aten yerine getirmesi halinde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arzemesi halinde, 171 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararından sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, 171 inci maddenin dördüncü fıkrasındaki şart aranmaksızın, kamu davası açılır. Uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılamaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır. Şüphelinin, edimini yerine getirmemesi halinde uzlaşma raporu veya belgesi, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesinde yazılı ilam mahiyetini haiz belgelerden sayılır. demektedir. Bu madde ile uzlaşma sözkonusu olduğu takdirde CMK madde 171'den ayırık olarak ve CMK madde 171'deki şartlar aranmadan kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verileceği düzenlenmiştir.

B. Cezaya İlişkin Koşul:CMK 171/2 davanın açılmasının ertelenebilmesi için, Cumhuriyet savcısının soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olup, üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı hapis cezasını gerektirmesini aramaktadır. Bu da göstermektedir ki CMK sistem olarak kamu davasının açılmasının ertelenmesini hem suçun niteliğine göre(soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı fiiller) hem de kanunda öngörülen cezanın türü ve süresine göre (üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlar) belirlemiştir. Her iki şart bir arada bulunmalıdır.

C. Failin Geçmişine İlişkin Koşul: CMK Madde 171/3-a Kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebilmesi için, uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı kalmak üzere şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkûm olmamış bulunmasını,erteleme için bir koşul olarak düzenlemiştir.

D. Liyakat Koşulu: CMK Madde 171/3-b Yapılan soruşturma, kamu davası açılmasının ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatini vermelidir.

E. Kamu Yararı Koşulu : Kanuna göre, kamu davasının açılmasının ertelenebilmesi için, ertelemenin, şüpheli ve toplum açısından kamu davasının açılmasından daha yararlı olması gerekmektedir (CMK Madde 171/3-c)

F. Zararın Giderilmesi Koşulu: Kamu davasının açılmasının ertelenebilmesi için diğer bir koşul da; suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesidir.

Ceza muhakemesinin ve bunun sonunda verilecek olan cezanın kaynağında mağdurun bulunduğu unutulmuştur. Mağdurun ceza muhakemesine daha fazla katılmasını ve mağduriyetin giderilmesinin kapsamının genişletilmesini gerekmiştir. Hem ceza hukukunda, hem de ceza usul hukukunda mağdurun her zaman suç ile uğradığı mağduriyetin giderilmesine ihtiyacı vardır. Ceza hukuku, mağdurun tatmin edilişi ve mağduriyetinin giderilmesi hususunu artık bu ve benzer hükümleri ile göz önünde bulundurmaktadır Saniğin mahkumiyeti mağduru tatmin etmekten uzaktır. Bu tür hükümlerin ceza muhakemesi yasasında bulunması mağduriyetin giderilmesini, ihtilafı ortadan kaldırmayı ve barışmayı ve yine hukuki eşitliği sağlayacak bir resosyalizasyonu ve pozitif genel önlemeyi sağlamayı da amaçlar.

CMK 171/3 maddesindeki koşulların tamamının birlikte gerçekleşmesi gerekir. Kişi erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde, kovuşturmaya yer olmadığına karar verilir. Kamu davasının ertelenmesi kurumu, dava açma sistemlerinde, maslahata uygunluk ilkesinin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu koşul da bunu doğrulamaktadır.

Bu koşul itibariyle savcı, fiilin önem ve türü, şüphelinin şahsi ve sosyal durumu, usul ekonomisi ve/veya şüphelinin ceza adalet sistemine girmesiyle cezadan beklenen gayenin gerçekleşmiş olması gibi faktörleri gözeterek, artık ceza verilmesinin gereksiz olduğuna kanaat getirmesi durumunda davanın açılmasının ertelenmesi yoluna gidilmelidir. Düzenleme ile kurum, mecburilik ilkesinin istisnası maslahata uygunluk ilkesinin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kurum, ceza adalet sistemine giren işi dengelemek veya soruşturma evresinde filtreyi etkinleştirmek gibi bir işlevi de bulunmaktadır.

Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmesi halinde kamu davası açılır. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez. (CMK Madde 171/4)Yine kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin kararlar, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir. (CMK Madde 171/5)

Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi ve Koşulları:

Hükmün ertelenmesi, esasen bir Anglo-Amerikan hukuk sistemi ürünüdür; bu hukuk sisteminde çıkmış ve oradan Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil olmuştur. Kurum, yargılanması tamamlanmış olan sanığın belli bir süre denetim altında tutulması esasına dayanır. Hükmün ertelenmesi, sanık hakkında duruşma yapıldıktan sonra verilecek hükmün, belli bir süreyle ve hükümlünün bu süre içinde iyi hal göstermesi şartına bağlanarak ertelenmesidir. Hükmün ertelenmesinin iki şekli mevcuttur. Birincisi, failin suçluluğunun tespit edilmesi, hükmün verilmeyerek verilecek hükmün ertelenmesi, ikincisi ise, failin suçluluğun tespit edilmemesi, bu

tespitin, yani suçluluğun tespitinin ertelenmesidir. Bu hallerde hakim, bir tecil süresi ve sanığın bu süre içinde uymak zorunda olduğu hususları belirler. Bu süre, iyi hal ile geçirilirse veya öngörülen koşullara uyarsa hükmün tespitinden tamamıyla vazgeçilmekte, aksi halde hüküm tespit edilerek infazına geçilmektedir. İşte her iki halde de öngörülen koşullardan biri mağduriyetin giderilmesi olabilir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının müessesesi ilk defa, CMK'da düzenlenmesi düşünülmüştür. Ancak komisyonda bu müessese tasarıdan çıkarılmıştır. ÇKK ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesi ilk defa hukukumuzda girmiştir. (m. 23) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması ÇKK ile belli şartlara tabi tutulmuştu.³²³ Daha sonra 6/12/2006 tarih ve 5560 Nolu çeşitli kanunlarda değişiklik yapılmasına ilişkin kanun ile (R.G.Yayın Tarihi 19/12/2006) 5271 sayılı CMK da değişiklik yapılmış ve kanunun 231 maddesinin başlığı “Hükmün açıklanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması” şeklinde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

5271 sayılı Kanunun 231/5 inci maddesinin “ Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, bir yıl veya daha az süreli hapis veya adlî para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

(6) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

³²³ Artuç/Gedikli:Yeni İçtihatlarla TCK, 617

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi, gerekir.

(7) Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.

(8) Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,

b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimialtında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine,

karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur.

(9) Altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir.

(10) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülöklere uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.

(11) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlölöklere aykırı davranması halinde,

mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.

(12) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.

(13) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

(14) Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyetle bağlı suçlarla ilgili olarak uygulanabilir.”

A.Uzlaşma Hükümlerinin Saklı Tutulması : CMK Madde 231/5 uzlaşmaya ilişkin hükümleri saklı tutmuştur. CMK Madde 254/2 gereği uzlaşma gerçekleştiği takdirde, mahkeme, uzlaşma sonucunda sanığın edimini def’aten yerine getirmesi halinde, davanın düşmesine karar verir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arzetmesi halinde; sanık hakkında, 231 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir. Geri bırakma süresince zamanaşımı işlemez. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, mahkeme tarafından, 231 inci maddenin onbirinci fıkrasındaki şartlar aranmaksızın, hüküm açıklanır.” denmektedir.Bu madde ile uzlaşma sözkonusu olduğu takdirde CMK madde 231 ’den ayrık olarak ve CMK madde 231’deki şartlar aranmadan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verileceği düzenlenmiştir. Ancak geri bırakma kararı sadece uzlaşma sonucunda belirlenen edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arzetmesi hallerine

ilişkindir. Yine uzlaşma gerekleri sanık tarafından yerine getirilmezse mahkeme tarafından, 231 inci maddenin onbirinci fıkrasındaki şartlar aranmaksızın, hüküm açıklanır.

B. Cezaya İlişkin Koşul : CMK 231/5 hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını yargılama sonunda hükmolunan cezanın, bir yıl veya daha az süreli hapis veya adlî para cezası olması şartına bağlı tutmuştur. Bu da göstermektedir ki CMK sistem olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kanunda öngörülen cezanın türü ve süresine göre (üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlar veya adli para cezası olarak belirlemiştir. Kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebilmesinde olduğu gibi ayrıca suçun soruşturulması veya kovuşturulmasının şikayete bağlı bir suç olması şartını aramamıştır. Ancak CMK Madde 231/14 ile “maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlarla ilgili olarak uygulanabilir.” diyerek soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı tüm suçları hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamına almıştır.

C. Failin Geçmişine İlişkin Koşul: CMK Madde 231/6-a hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için, uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı kalmak üzere sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkûm olmamış bulunması için bir koşul olarak düzenlemiştir.

D. Liyakat Koşulu: CMK Madde 231/6-b Hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılmasını şart koşturmuştur.

E. Zararın Giderilmesi Koşulu: CMK Madde 231/6-c Hükmün açıklanmasının geri bırakılması için diğer bir koşul da; suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesidir. Mağdurun ceza muhakemesine daha fazla katılmasını ve mağduriyetin giderilmesinin

kapsamının genişletilmesini gerekmiştir. Hem ceza hukukunda, hem de ceza usul hukukunda mağdurun her zaman suç ile uğradığı mağduriyetin giderilmesine ihtiyacı vardır. Ceza hukuku, mağdurun tatmin edilişi ve mağduriyetinin giderilmesi hususunu artık bu ve benzer hükümleri ile göz önünde bulundurmaktadır. Sanığın mahkumiyeti mağduru tatmin etmekten uzaktır. Bu tür hükümlerin ceza muhakemesi yasasında bulunması mağduriyetin giderilmesini, ihtilafı ortadan kaldırmayı ve barışmayı ve yine hukuki eşitliği sağlayacak bir resosyalizasyonu ve pozitif genel önlemeyi sağlamayı da amaçlar.

CMK Madde 231/6 maddesindeki koşulların tamamının birlikte gerçekleşmesi gerekir. Ancak CMK Madde 231/6-c maddesindeki koşul CMK Madde 231/9 gereği aylık taksitler haline de getirilebilir. Ceza Muhakemesi Kanuna göre, kamu davasının açılmasının ertelenebilmesi için aranan kamu yararı koşulu, hükmün açıklanmasının geri bırakılması için aranmamaktadır. Kanaatimce geri bırakmanın, sanık ve toplum açısından hükmün açıklanmasından daha yararlı olması koşulu da aranmalıdır.

CMK Madde 231/7 haklı olarak açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez demektedir. Aksi durum söz konusu olsa verilecek cezanın erteleneceğini veya paraya çevrileceğini bilen bir sanığın denetim süresi boyunca iyi halli olarak bu süreyi geçirme veya ıslah olma ihtimali son derece azalır ve bu kurumdan beklenen fayda hasıl olmazdı.

CMK Madde 231/8 ” Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi

olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine, b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına, c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine,karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur.” demektedir.

Bu maddede beş yıllık bir denetim süresi öngörülmüş olup bu denetim süresi hakkında hakime bir takdir yetkisi verilmemiştir. Ancak hakime bu denetim süresi içinde bir yılı geçmemek üzere madde 231/8-a-b-c deki denetimli serbestlik tedbirlerinden birini uygulama konusunda takdir hakkı verilmiştir. Yine bu fıkra da denetim süresi içinde zamanaşımının işlemeyeceğide belirtilmiştir.

Çalışma konumuz açısından Anglo-Sakson hukukunda ortaya çıkan ve kıta Avrupası hukukunu da etkileyen “probation” (denetimli serbestlik) kurumuna da göz atmakta fayda görüyoruz. Probation ; özel şekilde seçilmiş suçlular hakkında kamu davası açılmasının veya duruşma yapılmasının ya da ceza hükmedilmesinin şartlı olarak geri bırakılmasını ve serbest bırakılan suçlu hakkında onun kişiliğini hedef tutan bir kontrol, yöneltme ve idare sisteminin uygulanmasını belirleyen bir önlem³²⁴ olarak tanımlanmaktadır. Probasyonun temel özelliği, deneme yardımı ile bağlantılı olarak kusurun tespit edilmesinden sonra hükmedilen cezanın ertelenmesidir. Bu anlamda kurum, başlangıçta gönüllü kuruluşların inisiyatifi ile ABD’de uygulanmaya başlanmıştır. Aynı dönem içerisinde İngiltere’de de uzun süreden beri uygulamaya geçmiş olan bu kurumun 1887 ve 1897 tarihli kanunlarla yasal çerçevesi oluşturulmuştur. Kıta Avrupa’sı hukukunda ise İngiltere’dekinden biraz daha farklı biçimde ilk kez Belçika ve Fransa koşullu mahkumiyete yer

³²⁴ Dönmezer/Erman, Nazari ve tatbiki, 5 vd; Önder,Ceza Hukuku, 21 vd; İçel/ Sokullu-Akinci/ Özgenç/ Sözüer/Mahmutoğlu./ Ünver, 105

vermiştir. “Sursis” adı verilen bu kuruma ilk yer veren ülkeler, Belçika (1888) ve Fransa (1891) olmuştur.³²⁵ Bu kurumun uygulama şekline göre, savcı ve bazen kolluk bazen suç işleyen kişiyi belirli bir süre denetimli serbestliğe tabi tutar ve bu süre içinde suç işleyenin kötü hali görülmez ve yeniden bir suç işlediği de tespit edilmezse artık kamu davası açılmaz. Fakat bu kurumun uygulanmasına karar verilmesi, işlenen fiilden dolayı failin suçluluğunun ve kusurluluğunun tespit edilmesine bağlıdır. Kurum, hakkında uygulanacağı suçluların uygun bir tarzda seçilmiş olmalarını zorunlu kılar.

Denetimli serbestlik sisteminde esas, dava, duruşma veya cezaya hükmedilmesinin şartlı olarak geri bırakılmasıdır. Cezanın şartlı geri bırakıldığı dönem içinde suçlu hakkında özel bir kontrol memuru aracılığı ile gözetim görevi yerine getirilir ve adeta bir tedavi yapılır³²⁶ Anlaşıldığı üzere probation da erteleme modelinin değişik bir modeli olarak karşımıza çıkmaktadır. Probation da, tarihi gelişim olarak kıta Avrupasındaki erteleme modelinden farklı olarak, özel şekilde seçilmiş suçlular hakkında uygulanmakta ve ilgili deneme süresinde kendi başına bırakılmamakta, gözetim ve denetim altında bulundurulmaktadır. Yine, ertelenen cezanın infazında hakim, yeni yaptırımlar belirleme konusunda geniş bir hareket alanı bulunmaktadır.

CMK Madde 231/9 sanığın altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen koşulu yani suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşulunu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir demek ve bu itibarla sanığa kolaylık sağlamaktadır.

³²⁵ Erdem, M.R.: Erteleme, 19

³²⁶ Dönmezer/Erman, Nazari ve tatbiki, 5 vd.

CMK Madde 231/ 10” Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülöklere uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.” demektedir.Taksirle işlenen suçlar bilinçli taksirle işlense dahi hükmün ortadan kaldırılmasına engel değildir. Yine hüküm ortadan kaldırıldıktan sonra verilecek karar düşme kararıdır.

CMK Madde 231/11” Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlölöklere aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlölökleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.”demektedir. Burada mahkemeye tanınan takdir hakkı korunmuştur. Hüküm açıklansa dahi infazın yarı oranına kadar yapılmaması veya erteleme yada diğer seçenek yaptırımlara hükmedebilme hakkı korunmuştur.

CMK Madde 231/12 Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir. Ancak bunun için ayrıntılı bir düzenleme yapmamıştır. İtirazın CMK Madde 267-271 de öngörölen genel şartlar ile yapılması gerektiği kanaatindeyim.Ayrıca hükümün açıklanmasının geri bırakılmaması kararı verilmesi halinde sanığın itiraz değil temyiz hakkı olmalıdır.

CMK Madde 231/13 Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturma ile bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için

kullanılabilir. CMK Madde 231/14 Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı suçlarla ilgili olarak uygulanabilir.”hükmünü taşımaktadır. Bu madde soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı tüm suçları hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamına almıştır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, hüküm kurulduktan sonra verilecektir. Hükmün kurulmadan, sanığın ne kadar cezaya mahkum edileceği belli değildir. Mahkeme hükmü açıkladıktan, taraflara tefhim ve tebliğ ettikten sonra artık hükmün açıklanmasını geri bırakamaz. Geri bırakma kararı, cezanın sanığın kişiliğine uydurulmasını sağlayan bir yargısal kişileştirme kurumudur. Bu kararı verirken mahkeme, gerekçe gösterecektir. Ayrıca bu konuda talep varsa bu talebi karşılamalı, neden geri bırakma kararını vermediğini burada göstermelidir. Sanık veya müdafii “lehe hükümlerin uygulanmasını” istemişse, mahkeme sanıkla ilgili hükmün açıklanmasının geri bırakılması konusunda da olumlu veya olumsuz bir karar vermelidir. Yine 5271 sayılı Kanunun 325 inci maddesinin ikinci fıkrası değiştirilmiştir. CMK Madde 325/2 “Hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve cezanın ertelenmesi hallerinde de birinci fıkra hükmü uygulanır.” demektedir. Böylece hükmün açıklanmasının geri bırakılması durumunda bütün yargılama giderleri sanığa yüklenmektedir.

Gerek kamu davasının açılmasının ertelenmesi gerekse hükmün açıklanmasının ertelenmesinin suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna sıkı sıkıya bağlanmasının çok yerinde olduğunu düşünüyorum. Maddi gerçeğe mutlaka ve ancak duruşma yapmak suretiyle ulaşmaya çalışmak yerine, suç işlenmekle bozulan hukuki barışın uzlaşarak yeniden tesisinin ceza muhakemesinin amacı olabilir. Bu anlayışın hukuk sistemimizde de yaygınlaşmaya başladığı bu hükümler ile daha belirgin olarak ortaya konmuştur. Bu yaklaşım değişikliğinde, Anglo-

Amerikan hukuk sisteminin Kıta Avrupası hukuk sistemi üzerindeki etkileri açıktır. Kamusal otoritenin giderek azalması, kamusalılık vasfı ağır basan ceza muhakemesinde de, mağdurun daha fazla ön plana çıkması, tarafların iradelerinin daha fazla belirleyici olması sonucunu doğurmuştur.³²⁷ Fail ve mağdurun bir araya geldiği bu yöntem ise, ihtilafın ceza muhakemesi çerçevesinde ortadan kaldırılarak mağduriyetin giderilmesine yardımcı olmaktadır. Burada, ceza muhakemesi uygulanmakta ; ancak ondan farklı olarak hem fail, hem de mağdurun muhakeme içindeki etkinliği artmaktadır. Bunun sonucu olarak, fail, mağduriyeti gidermekle muhakemenin durmasına veya infazın ertelenmesine veya cezanın ortadan kalkmasına veyahutta cezanın indirilmesine hak kazanmaktadır. Mağdurun ise zararı en kısa ve çabuk bir şekilde ortadan kalkmaktadır. Mağduriyetin giderilmesi içinde yer alan bu edimler ceza muhakemesi çerçevesinde gerçekleşmekte ve mağduriyetin giderilmesi amacına hizmet etmektedir. Edimin türü, ağırlığı ve ne şekilde uygulanacağına ceza hakimi veya mağduriyetin giderilmesi kamu davasının açılmasını durduracaksa, savcı bu konuda karar verebilmektedir.³²⁸

2.1.9. Kanun Yollarına Başvurma Hakkı ve Mağdurun Korunması

Ceza Muhakemesi Kanununun amacı; yeterli ve hukuken geçerli kanıtlarla suçun maddi ögesini aydınlatmak, sosyal düzenin korunması ile bireyin hak ve özgürlüklerine saygı arasında bir denge kurulması suretiyle, gerçeği ortaya çıkarmak ve yasa yollarının açık bulunduğu dürüst yargılama ilkesine uyarak doğru ve adil yaptırımlara hükmedilmesini sağlamaktır.

Mahkeme ve hakim kararlarında hukuka aykırılık ve yanlışlık varsa giderilmesi, taraflarda ve toplumda güven duygusunun yerleşmesi, anılan

³²⁷ Cumhuriyet Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 777

³²⁸ Özbek:CMK İzmir Şerhi, 996

kararlara karşı kanun yollarının açık bulunmasıyla olanaklıdır. Bu aynı zamanda adil yargılama ilkesinin en önemli öğelerinden birini oluşturmaktadır.

Yasa yollarına başvurma hakkı ; Cumhuriyet savcısı, şüpheli veya sanık, şüpheli veya sanığın yasal temsilcisi ve eşi, davaya katılan, katılma istemi karara bağlanmamış veya reddedilmiş olan, katılan sıfatını alabilecek biçimde suçtan zarar görmüş olup da duruşmadan haberdar edilmemiş bulunan ve bunların kanuni temsilcileri için yasa yolları açıktır. Cumhuriyet savcısınca şüpheli veya sanık aleyhine yasa yoluna gidilen karar, bunu inceleyen mahkeme veya hakim tarafından istekle bağlı olmaksızın onların yararına bozulabilir, değiştirilebilir. Bu durum katılanın başvurusunda da geçerlidir.

Katılanın başvurusunun, sanık hükmü temyiz etmemiş olsa bile sanık lehine de bozma sebebi olabilmesi mağdur veya suçtan zarar görenin aleyhinedir. Sanık temyiz etmeyerek verilen hükmü kabullenmiştir. Ancak mağdur veya suçtan zarar gören hükmü tatmin edici bulmayarak temyiz etmiştir. Buna rağmen katılanın temyiz başvurusu sanık lehine sonuç verirse bu mağdurun adalet duygusunu zedeleyecektir. “Katılan, katılma istemi karara bağlanmamış veya reddedilmiş olan veya suçtan zarar gördüğü halde duruşmadan haberdar edilmeyenin yasal temsilcisi de ayrıca ve kendiliklerinden yasa yollarına başvurabilirler.

Olağan Yasa Yolları

İtiraz (Madde 267-271):Yasa, olağan (adi) veya acele itiraz ayırımına yer vermemiştir. Tüm hakim kararlarıyla Yasanın gösterdiği hallerde mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna başvurulabilir.

İstinaf (Madde 272- 285):Yasa, ilk derece mahkemelerinden verilen hükümlere karşı ilke olarak ve yalnızca istinaf yolunu açık tutmuştur. Adli yargı ilk derece mahkemelerinden verilen hükümlerin doğrudan temyizi

olanaklı değildir. Sanık veya katılanın istinaf yolu ile ilgili dilekçe veya tutanağa geçirilen sözlü bildirimlerinde başvuru nedenlerini göstermemiş olmaları inceleme yapılmasına engel değildir.

Temyiz (Madde 286-307):Yasanın 272. maddesinin 3. fıkrasında kesin olduğu belirtilen hükümlerle ilgili olarak istinaf yoluna başvurulamayacağından; bölge adliye mahkemesinin hukuka kesin aykırılık nedeniyle verdiği bozma kararına karşı 284. madde gereğince direnme kararı verilemeyeceğinden; bu kararlara ve 286. maddenin 2. fıkrasında sayılan hallerde, ilk derece mahkemesinin hükümleri bölge adliye mahkemesinin kararıyla kesinlik kazanacağından; anılan kararlara karşı temyiz yoluna gidilemez. Temyiz istemi, hükmün yüze karşı açıklanmasından veya yoklukta verilmişse tebliğden itibaren yedi gün içinde bölge adliye mahkemesi ceza dairesine dilekçe verilmesi veya zabıt katibine sözlü bildirimde bulunulması şeklinde olur.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca düzenlenen tebliğname, hükmü temyiz etmeleri veya aleyhlerine sonuç doğurabilecek görüş içermesi halinde sanık veya müdafii ile katılan veya vekiline Yargıtay görevli ceza dairesince, ilgililerin dava dosyasından belirlenen son adreslerine tebliğ olunur. İlgili taraf tebliğden itibaren bir hafta içinde yazılı olarak yanıt verebilir.Yargıtay'da temyiz incelemesi kural olarak dosya üzerinden yapılır. Duruşma istemek yetkisi yalnızca sanığa ve müdafiine tanınmıştır. Yargıtay'ca kendiliğinden veya sanık veya müdafiinin süresindeki istemiyle duruşma yapılmasına karar verildiğinde, hükmü temyiz etmiş olması koşuluyla katılan da duruşmaya çağrılır.

Olağanüstü Yasa Yolları

Yargıtay C.Başsavcısının itiraz yetkisi (Madde 308) : İstinaf kanun yolunun kabulüyle davanın gerek olay (maddi), gerekse hukuksal yönden bölge adliye mahkemesince gerektiğinde duruşma yenilenerek tartışılıp ilk derece mahkemesinin kararında varsa hatalar düzeltileceğinden ; bölge

adliye mahkemeleri ile Yargıtay kararlarına karşı karar düzeltme kurumuna yasada yer verilmemiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, ceza dairelerinin kararlarına karşı; kendiliğinden veya ilgililerin başvurusu üzerine, hükümlü aleyhine ilamın kendisine verilmesinden itibaren otuz gün içinde gerek maddi ve gerekse usul hukukuna ilişkin nedenlerle Ceza Genel Kuruluna itiraz edebilir. İtiraz nedenlerinin açık ve gerekçesiyle birlikte yazılı olarak bildirilmesi gerekir. Sanık yararına itirazda süre yoktur.

Yasa yararına bozma (Madde 309, 310) : Olağanüstü temyiz de denilen yasa yararına bozma yoluna, istinaf incelemesinden geçmeksizin kesinleşen ilk derece mahkemesi veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşmiş bulunan bölge adliye mahkemesi kararlarındaki maddi veya usul hukukuna ilişkin aykırılıkların giderilmesi için başvurulabilir. Adalet Bakanı, istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşen karar veya hükmün Yargıtay'ca bozulması istemini, yasal nedenlerini açıklayarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı olarak bildirir. Böylece yasanın eşit uygulanması ve (sanık aleyhine olmamak koşuluyla) hukuka aykırılıkların, toplum ve birey açısından hukuk (yasa) yararına giderilmesi amaçlanmıştır. Yargılamanın yenilenmesi (Madde 311-323) : Yargılamanın yenilenmesi, kesinleşmiş hükümlere karşı kabul edilmiş olağanüstü bir yasa yoludur. Bu yolla hükümlerdeki maddi soruna ilişkin fiili hataların giderilebilmesine olanak sağlanmıştır. Hükümlü yararına yargılamanın yenilenmesi nedenleri 311. maddenin 1. fıkrasında altı bent halinde gösterilmiştir : Hükümlü veya sanık aleyhine yargılamanın yenilenmesi nedenleri 314. maddenin 1. fıkrasında üç bent halinde gösterilmiştir. Bunlar:

a) Duruşmada sanığın veya hükümlünün lehine ileri sürülen ve hükme etkili olan bir belgenin sahteliğinin anlaşılması.

b) Hükme katılmış olan hâkimlerden biri, aleyhine ceza kovuşturmasını veya bir ceza ile mahkûmiyetini gerektirecek nitelikte olarak görevlerini yapmada sanık veya hükümlü lehine kusur etmesi.

c) Sanık beraat ettikten sonra suçla ilgili olarak hâkim önünde güvenilebilir nitelikte ikrarda bulunmasıdır.

2.1.10. Ceza Muhakemesi Kanununda Çapraz Sorgu ve Mağdurun korunması

Çapraz sorgu, uygulandığı ülkelerin hukuk sistemlerinde farklı şekilde tanımlanmakta ve uygulanmaktadır. Örnek vermek gerekirse Kara Avrupası hukukunda çapraz sorgu; "tanık dinleme işleminin doğrudan doğruya savcı ve müdafî tarafından yapılması" olarak tanımlanmaktadır. Anglo-Sakson hukukunda ise çapraz sorgu; "iddia ve savunma makamının kendi getirdikleri tanıkları önce kendilerinin sorguya çekmesi (direct-examination), daha sonra taraflardan birinin karşı tarafın tanıklarını sorgulaması (cross-examination), son aşama olarak da eksiklerin tamamlanması amacıyla tarafların kendi tanıklarını yeniden sorgulaması (re-examination) olarak tarif edilmektedir. Bu tanımlarda yer alan tanık kavramı, sadece tanığı değil, bilirkişi ve hatta sanığı da kapsamaktadır.³²⁹

5271 sayılı CMK ile getirilen sistem Comman Law sistemine yakın gibi görülsede bu sistemden farklıdır. Comman Law sisteminde ceza davası taraf muhakemesi gibi yürür. Hakim tam tarafsızdır ve sorgu yapamaz. Tanıklara soru sormaz. Taraflar arasındaki soru sormadan kaynaklanan itirazları çözümler. Ancak CMK 201/2 mahkeme üyelerine de soru sorma hakkı vermiştir.³³⁰ CMK MADDE 201 "Cumhuriyet savcısı, müdafî veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat; sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağırılmış diğer kişilere, duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilirler. Sanık ve katılan da mahkeme başkanı veya hâkim aracılığı ile soru yöneltebilir. Yöneltilen soruya itiraz edildiğinde sorunun yöneltilmesinin gerekip gerekmediğine, mahkeme başkanı karar verir. Gerekliğinde ilgililer yeniden soru sorabilir. demektedir. Bu madde ile

³²⁹ Kunter/Yenisay/Nuhoğlu:Muhakeme, 646

³³⁰ Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 580vd

önceden de hukukumuzda var olan çapraz sorgu sistemi daha da açık şekilde ortaya konmuştur.

Çapraz sorgu kurumuna mağdur açısından iki farklı şekilde yaklaşılabilir.Çapraz sorgu aşamasında sanığın bu şekilde sorgulanması olayın aydınlatılması ve mağdurun mağduriyetinin giderilmesi açısından önemli bir yer tutar. Ancak olayın mağdur açısından önemli ikinci bir noktası daha vardır. Mağdur da çapraz sorgu yöntemine tabi tutulacaktır. Özellikle cinsel amaçlı suçlar ile yaşı küçük çocuklarının sorgulanmaları sırasında mağdur savunma makamı tarafından hırpalanabilir. Bu durumlar için itiraz prosedüründen başka kanunda mağduru koruyucu hiçbir yöntem bulunmamaktadır. Cinsel saikli suçların mahkemesinde tanık sıfatı ile dinlenen mağdura yöneltilen soruların sınırlandırılması gerektiği kanaatindeyim. Böylece mağdurların haysiyetlerine dokunulmayacak ve mağdurun rızasına ilişkin oluşacak önyargı önlenebilecektir. Ayrıca cinsel saikli suçların mağduru olan çocukların çapraz sorguya dayanabilmelerinde zorluklarla karşılaşılacağı muhakkaktır.Bu hususlar nedeniyle hakime çapraz sorguyu sona erdirme konusunda ek bazı yetkiler getirilmelidir. Yine mağdurun onur ve haysiyetine yönelecek ,mağduru küçük düşürüp psikolojik baskı altına almaya yönelik sorularında sorulmasına izin verilmemelidir.

Çapraz sorgulamada sorular özel bir amaca hizmet etmelidir. Sorulacak sorular özenle seçilmelidir ki; sorular, çapraz sorguyu seçmekten beklenen sonuçları doğurabilmelidir.³³¹Tanıklara mahkemeyi kandıracak, yanlış yönlendirecek, cevapları bulunamayacak veya tahmin edilemeyecek sorular sorulmamalıdır. Sorular küçük adımlar halinde, kontrollü ve dikkatli bir şekilde sorulmalı; ortak bir duyarlılığın, taktiğin ve dilin doğal kullanımı olmalıdır. Mantıksız veya hukuka aykırı sorulara, çapraz sorguda yer yoktur.

³³¹ Potter; J. : Çapraz Sorgulama Teknikleri, (Hukuk Kurultayı 2000), C. 2, Ankara Barosu Yayını, Ankara, 2000, s. 393

Çapraz sorguda sorulan sorular somut olayın aydınlatılmasına yönelik olmalıdır. Bu nedenle çapraz sorgulada yalnızca davadaki ihtilâflı konularla ilgili hususlarda soru sorulabilir. Ancak bu kurala istisna olarak sorgulayıcı, tanığın güvenilirliğini test etmek ve olası bir tanığın varlığını ortaya çıkarmak amacıyla ihtilâflı konularla ilgili olmayan hususlarda soru sorabilir. Güvenilirlik, eğer tanığın gözlem fırsatı ve yeteneği, anımsadıklarının doğruluğu ile, anımsadıklarını izah edebilme yeteneği oldukça bu hususlar sözü edilen istisna içinde değerlendirilemez. Yok eğer güvenilirlik tanığın mazisi, arkadaş ve ortaklık bağları, karakteri, tarafsızlığı ve tutarlılığı ise işte bu durumlardadır ki çapraz sorgu, normal sınırları dışına taşabilmekte, yani ihtilâflı hususlar dışında soru sorulabilmektedir.³³²

Anglo-Amerikan hukuk sisteminden alınmış olan çapraz sorgu, Alman ceza usulü'nde varlığını sadece kavram olarak sürdürmekte ve pratikte pek bir rol oynamamaktadır. Bu düzen; İngiliz ve Amerikan ceza hukuku'nda yargılamanın temelini oluşturmaktayken, Alman Ceza hukuku'na yerleşmiş değildir ve uygulamada nadiren başvurulmuş bir araçtır. Buna sebep olarak mahkeme başkanının yargılamadaki üstünlüğü ile çapraz sorgu sisteminin bağdaşmaması gösterilmektedir.

Çapraz sorgu, tüm tanık sorgularının savcı ve müdafî tarafından yapılmasını gerektirir. Bundan dolayı bu sistemin, mahkeme başkanını yargılama süreci dışında bıraktığı ve bu sebeple Alman ceza usul sistemine uygun olmadığı ileri sürülmektedir. Oysa çapraz sorgu yöntemiyle, taraflar her an yargılamaya katılmakta ve yargıç da buna dahil olmaktadır. Soruşturmanın seyrini tarafların kontrol etmekte oluşu, yargıca pasif bir rol biçildiği ve yargıcın yargılama süreci dışında bırakıldığı anlamını taşımaz.

³³² Veziroğlu, Ç. : Çapraz Sorgu, (Hukuk Kurultayı 2000), C. 2, Ankara Barosu Yayını, Ankara, 2000, s. 383; Veziroğlu, Ç. : Çapraz Sorgu, (Türkiye Cumhuriyeti - Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Karşılaştırmalı Hukuk Sempozyumu 2000), Kıbrıs Türk Kalkınma Platformu Derneği Yayını, Ankara, 2001, s. 111

Teorik olarak, tanığa yöneltilen her soruda ihtilaf çıkabilir, her soru itiraza uğrayabilir. Her küçük ihtilafli noktada, her itiraza uğrayan soruda hâkim, itiraza uğramasa bile resen, ara kararlar vererek, yargılamaya katılmak suretiyle adım adım taraflarla birlikte kesin hükümle somutlaşan gerçeğe ulaşmaktadır. Varılan sonuç salt yargıcın değil ama yargıçla birlikte yargılamaya katılanların tümünün bir dizi yargılarının birleşmesidir.³³³

Alman Ceza Hukukunda Çapraz Sorgu : Çapraz sorgu kavramı, genel itibariyle Alman hukuku'nda duruşma esnasında tanık sorgulamalarının savcı ve müdafî tarafından yapılması olarak anlaşılır. Çapraz sorgulama, Alman Ceza Usul Kanunu'nun 239. maddesinde düzenlenmiş olup ; uygulanabilirliği savcı ve müdafîinin aralarında anlaşarak talepte bulunmalarıyla sınırlandırılmıştır. Savcı tarafından gösterilen tanık ve bilirkişilerin önce savcı, müdafî tarafından gösterilen tanık ve bilirkişilerin önce müdafî tarafından dinlenmeleri ve daha sonra her iki tarafın karşılıklı olarak birbirlerinin tanıklarını sorgulamasıyla çapraz sorgu tamamlanır. Bundan sonra hâkim, aydınlanmasını istediği hususlar hakkında tanıklara soru sorma hakkına sahiptir. 241. madde bu hakkın hâkim tarafından geri alınmasını düzenlemektedir ki; çapraz sorgu hakkının kötüye kullanılması ve konuya ilişkin olmayan soruların sorulması buna sebep olabilir.³³⁴

Çapraz sorgu yalnızca savcı ve müdafîinin gösterdiği tanık ve bilirkişileri kapsar. Ancak bir müdafîinin bulunması halinde çapraz sorgu mümkün olabilir. Anglo-Amerikan sisteminin aksine sanığın çapraz sorgu talep ve yürütme hakkı yoktur. Hâkim sadece tarafların mutabık kalarak yaptıkları taleple çapraz sorguya izin verebilir. Talep, tanıkların sorgulanmasından önce yapılmalıdır. Savcı ve müdafî, hâkim tarafından başlanmış olan sorunun kendilerine bırakılmasını talep edemeyecekleri gibi, hâkim de 241. maddedeki haller dışında kendi takdirine göre çapraz sorguyu sonlandırmak

³³³ Veziroğlu, Ç.: Çapraz Sorgu, 114

³³⁴ Barlas ,Yasemin:Ceza Yargılamasında Çapraz Sorgu ,17

ve sorguya kendisi devam etmek hakkına sahip değildir. 241. maddede yeralan çapraz sorgunun kötüye kullanılması halleri Eb.Schmidt tarafından şu şekilde tespit edilmiştir: Bu sorgu yöntemi maddi gerçeğe ulaşma tehlikesi yaratıyorsa, sorgulanan kişinin kişilik hakları zarar görüyor ya da ciddi anlamda zarar görme tehlikesi varsa veya duruşmanın otoritenin sarsılması söz konusu ise çapraz sorgu hakkı kötüye kullanılıyor demektir. Hâkimin sorulmasını engelleyebileceği, sorulması uygun olmayan ve konuya ilişkin olmayan sorular içinse şu örnekler verilebilir: telkinli sorular, tanığın beyanlarından kaynaklanmayan gereksiz yineleme soruları, delillerde yer alan önceki sabıkalarla ilgili suçlatici sorular, tanığın kendi bilgisine dayanarak cevap veremeyeceği tüm sorular, tanığın özel hayatına, şeref ve haysiyetine ilişkin sorular.³³⁵

Çapraz sorgunun mahiyeti sebebiyle, delillerin kabulüne karar verildiği andan çapraz sorgunun bitimine kadar hâkimin davayı yürütme yetkisinin, çapraz sorgunun suiistimali hallerine müdahale ve uygunsuz veya olayla ilgisi olmayan soruları reddetme ile sınırlandırılmış olması; sorgu hakkının taraflara verilmesi ile birlikte mahkemenin, davayı sadece dışarıdan izleyen, taraf tutmayan ve tarafların sorgulamayla vardıkları sonucu kabullenip ona göre karar vermekle yükümlü olduğu anlamına gelmemektedir. Çapraz sorgunun bitimiyle birlikte mahkemenin maddi gerçeği araştırma zorunluluğu tekrar gündeme gelir ki; bunu temin etmek için hâkim, çapraz sorgulama soncunda gerekli gördüğü soruları tanık ve bilirkişilere sormakla yükümlüdür.

20.12.1974 tarihli ek kanun ile 241. maddeye 16 yaş altındaki tanıkların çapraz sorgusu ile ilgili olarak 241/a maddesi eklenmiştir. 16 yaşından küçüklerin sorgulanmasının tekelleştirilmesini öngören bu maddeyle çocuk ve genç yaştaki tanıklar tarafların agresif sorularına maruz kalmaktan korunmuşlardır. Gençlik psikolojisi araştırmaları göstermiştir ki; gençler ve

³³⁵ Barlas ,Yasemin:Ceza Yargılamasında Çapraz Sorgu, 17

çocuklar farklı kişilere gönderilerek söylediklerinin birden fazla kişi tarafından dinlenmesi ve her biri tarafından zıt anlamlar çıkarılması halinde çok önemli bir tedirginlik hali yaşamaktadırlar.³³⁶

Yukarıda da belirttiğimiz gibi çapraz sorgu; Alman hukuku'nda bu haliyle pratik bir anlam taşımamakta ve uygulamada çok istisnai durumlarda başvurulmaktadır. Bu durum, ceza hukukunda maddi gerçeği araştırma yükümlülüğünün mahkemeye tahsis edilmiş olması ve maddi gerçeğin karara esas alınması, çapraz sorgunun yabancı kaynaklı bir sorgu sistemi olması ve Alman ceza usul sisteminin formlarına alışmış taraflarca benimsenmemesiyle açıklanabilir.

Hans Dahs, Claus Roxin gibi bazı yazarlar çapraz sorgunun Alman Ceza Hukuku'nda nadiren uygulandığını belirtmekte, ancak yine de davayı aydınlatmanın en iyi yolu olan çapraz sorgunun uygulanabilmesi için ceza usul hukukunda bir reformun gerekliliğini savunmaktadırlar. Hermann; bu reform çalışmalarının başlıca yönünün, yeni bir dava organizasyonu anlayışıyla, hâkimin yargılamadaki otoriter ve baskın rolünün iddia ve savunma makamı lehine sınırlandırılması gerektiği hususu olduğunu; bunun da, sistemin Anglo-Amerikan modeline yaklaşması anlamına geldiğini belirtmektedir. Reform konusunda bir çok sentez ortaya atılmış olsa da, Roxin tarafından iki amaç olarak toplanmıştır: İlk olarak sorgulama ve delil toplama hakkının önemli bir kısmı iddia ve savunmaya devredilmelidir. İkinci olarak ise son soruşturmanın açılması kararının şu andaki formu kaldırılmalı, ancak hâkimin dava hakkındaki bilgisi korunmalı ve hatta hâkim kavramı genişletilmelidir.³³⁷

³³⁶ Barlas ,Yasemin:Ceza Yargılamasında Çapraz Sorgu, 17

³³⁷ Barlas ,Yasemin:Ceza Yargılamasında Çapraz Sorgu, 17

2.1.11. Ceza Muhakemesi Kanununda İhbar ve Şikâyet Kurumu ile Mağdurun Korunması

CMK MADDE 158'e göre suça ilişkin ihbar veya şikâyet, Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabilir. Yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikâyetle bağlı olduğunun anlaşılması halinde; mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde, yargılamaya devam olunur. Yeni TCK'da düzenlenen şikâyetle bağlı suçlar şu maddelerde yer almaktadır : 11/2, 12/2, 86/2, 88/1, 89 (ancak, bilinçli taksir ile durumu hariç), 102/1, 102/2, 104/1, 105, 106/1, 2. C, 116/1, 117/1, 123/1, 125, 127, 128, 129, 130, 132, 133, 134, 144/1, 146, 151, 155/1, 156, 159, 160, 167/2, 209/1, 233/1, 234/3, 239/1, 2, 341, 342.

İhbarlar Cumhuriyet savcılığına, kolluk makam ve memurlarına ve sulh ceza hâkimlerine, vali ve kaymakamlara, yurt dışında işlenip Türkiye'de takibi gereken suçlar hakkında Türkiye'nin elçilik veya konsolosluklarına yapılabilecektir. İhbarlar sözlü veya yazılı olabilirler. Sözlü yapıldığında hemen tutanağa bağlanacaktır. İhbarı alan ve yukarıda belirtilen bu merciler ihbarı hemen, yerine göre yasal veya adlî mercilere vereceklerdir.

Suç soruşturması ve kovuşturması şikâyetle bağlı ise şikâyet, Cumhuriyet savcılığına, mahkemeye veya yukarıda gösterilen idarî mercilere yapılabilecektir. Şikâyet yazı ile yapılabileceği gibi sözlü olarak da ifade edilebilir. Bu ikinci hâlde şikâyet, başvuru mercisi tarafından bir tutanağa bağlanacaktır.

Suçtan zarar görenin ihbarına şikâyet denilir. Soruşturma ve kovuşturulması şikâyetle bağlı suçlarda da şikâyet, yazılı ya da sözlü olabilir. Doğrudan kovuşturulan suçlar ile şikâyetle bağlı suçlar arasında bir ayırım yapılmamıştır. Sözlü yakınmaların tutanağa geçirilmesi gerekir. Aksi halde,

yakınma yönteminde yapılmamış olur. Şikâyet, bizzat mağdurun başvurusuyla olabileceği gibi, anlatımını almak için çağrıldığında şikâyetçi olduğunu söylemesi ve tutanağa geçirilmesi suretiyle de olabilir. Şikâyete bağlı suçlarda şikâyetle bulunurken, yakınıcıyım, şikâyetçiyim, davacıyım, cezalandırılmasını isterim gibi sözlere yer verilmesi, şikâyetle bulunup bulunulmadığı konusundaki duraksamaları gidermek açısından faydalı olacaktır. Ancak ihbarcı veya şikâyetçi sıfatıyla anlatımı tutanağa geçirilen kişinin, bu sözlere yer vermemiş olsa da, ihbar veya şikâyetinin yönleme uygun olduğunu kabul etmek gerekir. Bir suçu ihbar eden kişinin, ihbarının şikâyet hükmünde olduğu kabul edilmiştir.

Soruşturması ve kovuşturması şikâyete bağlı suçlarda önceden usulüne uygun bir şikâyet bulunmasa da hak düşümü süresi içinde olmak koşuluyla mahkemeye yazı ile veya duruşma tutanağına geçirilecek beyanla yapılacak şikâyetin, şikâyet yokluğunu ortadan kaldıracak kabul edilmiştir. Böylece, hak düşümü süresinde olması şartıyla, mahkemeye verilecek davaya katılma dilekçesi veya duruşma tutanağına geçirilecek beyanla şikâyet yokluğu ortadan kaldırılmış olunur. Şikâyete bağlı suçta, şikâyeti geri alma, kamu davasını düşürür. Şikâyetin geri alınmasından sonra, bundan dönme olanaksızdır. Yeter ki yakınmayı geri alma, özgür irade ürünü olsun.

Maddenin son fıkrası, soruşturması ve kovuşturması şikâyete bağlı suçlarda ihbarın şikâyet hükmünde olduğunu beyan ile bu husustaki Yargıtay içtihadını kanun hükmü hâline getirmiştir.³³⁸

Mümeyyiz küçükler şikâyet hakkına sahip olup olmaması konusu tartışmalıdır. Bu konuda Medeni Yasanın 16. maddesi ve 15.04.1942 gün ve 14/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına göre, mümeyyiz küçüklerin kanuni mümessillerinin rızası olsun veya olmasın doğrudan doğruya şahıslarına

³³⁸ CMK MADDE GEREKÇESİ

karşı işlenmiş suçlardan dolayı şikayet hakkına sahip bulunduğu ve 15 yaşını bitirmeyen küçüklerin şikayetlerinin geçerli sayılmasının ancak mümeyyiz olduklarının raporla saptanmasına bağlı olduğu dikkate alınarak, şikayetçinin nüfus kaydı getirilerek suç tarihinde kesin suç tarihinde kesin yaşının belirlenmesinden sonra 15 yaşını bitirmediğinin anlaşılması halinde mümeyyiz olup olmadığının uzman doktor raporuyla tesbit ettirilmesi, mümeyyiz olmadığı saptandığı takdirde şikayeti geçerli sayılamayacağından düşme kararı verilmesi ve mümeyyiz olduğunun saptanması veya 15 yaşını bitirdiği anlaşıldığı takdirde şikayetin geçerli sayılacağı gözetilip yargılamaya devam edilerek oluşan sonuca göre karar verilmesi gerekir. Ancak, 15 yaşından küçük olan ve doktor raporu ile mümeyyiz olmadığı belirlenen mağdurun kanuni mümessili olan anne veya babasının ona velayeten hazırlık soruşturması sırasında şikayetçi olması veya TCK. nun 73/1. maddesinde öngörülen 6 aylık süre içinde yargılama sırasında tutanağa geçirilen şikayet beyanlarının olması halinde (CMK m. 158/5) şikayet koşulunun gerçekleştiği de gözetilmelidir.

TCK'nun 31. maddesi uyarınca, fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğunun olmadığı gözetildiğinde, kendisine karşı işlenmiş suçun mağduru olup oniki yaşını doldurmamış çocukların adına şikayetin bunların kanuni temsilcileri tarafından kullanılması sonucuna ulaşılabileceği kanaatindeyim. Yani, oniki yaşından küçükler kendilerine karşı işlenen bir şikayete tabi suçun işlenmesi durumunda doğrudan şikayetçi olma veya şikayetten vazgeçme iradesini ortaya koyamayacaklar, şikayetçi olma ve bundan vazgeçme hakkını küçüğün yasal temsilcileri kullanacaklardır. Mağdur akıl hastası ise, bu durumda kendisine Medeni Yasanın 426. maddesi uyarınca bir vasi atanacak ve vasisi Sulh hukuk mahkemesinden Medeni Yasanın 462. maddesi uyarınca husumete izin alarak mağdur adına şikayette bulunacaktır. Bu hüküm, akıl hastası olanlar için geçerli olup yasalarda yer alan (TCK. 32/2) diğer kişiler için geçerli olmayacaktır.

2.1.12. Ceza Muhakemesi Kanununda Mağdurun Korunması ile İlgili Diğer Hükümler

Hakimin reddi kurumu

CMK MADDE 22 ile hâkimin davaya bakamayacağı hâller sayılmıştır. Hâkimin sonradan kalksa bile şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlilik, vesayet veya kayımlık ilişkisi bulunmuşsa, şüpheli, sanık veya mağdurun kan veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyundan biri ise, şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlât edinme bağlantısı varsa, şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında üçüncü derece dahil kan hısımlığı varsa, görevini yapamayacağı hükme bağlanmıştır.

Bu madde, Anayasamızda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde belirtilen yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını güvence altına almanın, adil yargılama kurallarının gereği olarak kanunda yer almıştır. Bu çerçevede hâkimin gördüğü dava ile kişisel ilişkisinin bulunması, taraf tutma açısından mutlak bir karine olarak kabul edilmiş ve bu nedenle hâkimin davaya bakamayacağı hâller sayılmıştır. Maddede, hâkimin davaya bakmaktan yasaklı olduğu hâller ve tarafsızlığı konusunda kuşku yaratacak diğer nedenlerle reddinin istenebilmesi kabul edilmiş, böylece taraflar yönünden güvence sağlanması amaçlanmıştır.

Bu hâller, ceza davasının özelliklerinden kaynaklanmakta ve bu nedenle 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinden kısmen farklılık göstermektedir. Maddede beş bent hâlinde sayılan hâllerde hâkimin davadan kendiliğinden çekilmesi gerekmektedir; kamu düzeninden sayılan bu hâller yargılamanın her aşamasında geçerlidir ve sonuç doğuracaktır. Cumhuriyet savcısı; şüpheli, sanık veya bunların müdafii ile birlikte katılan veya vekili, hâkimin reddi isteminde bulunabilirler. Bu hüküm yargılama sırasında hakimin kuşku yaratacak nedenlerle reddinin istenebilmesi sureti ile mağduru koruduğu son derece açıktır.

Bilirkişilik kurumu, keşif ve mağdurun korunması

CMK MADDE 67 ile katılana yargılama konusu olay ile ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında, uzmanından bilimsel görüş alabilirler. Sadece bu nedenle ayrıca süre istenemez. Bu hak taraflara bilirkişi beyanlarının denetlenmesi amacı ile yargılamada uzman yardımından yararlanma hakkı tanımıştır. Uzman yardımından yararlanmak isteyen taraf bu uzmanı duruşmada getirip dinletebileceği gibi hazırlattığı raporu da mahkemeye sunabilecektir. Bu şekilde katılan yargılama konusu olay ile ilgili olarak sadece mahkeme tarafından belirlenen bilirkişiden değil kendi seçtiği ve güvendiği bilirkişi aracılığı ile de olayın aydınlatılmasına katkıda bulunacaktır. Mağdurda bulunan adalet duygusunun tatmini için aklına gelebilecek hususlarla ilgili konularda da fikir edinebilecektir. Yine hakimin reddi için geçerli sebepler bilirkişi hakkında da geçerlidir.(CMK MADDE 69)

Madde muhakemenin amacına erişmek ve olay ve durumun oluş nedenlerini anlayabilmek üzere yerinde inceleme yapmak hususunu düzenlemektedir. Bu amaçla yapılacak incelemeye muhakeme hukukunda keşif denilmektedir. CMK MADDE 84 ile keşfin yapılması sırasında şüpheli, sanık, mağdur ve bunların müdafii ve vekili hazır bulunabilecekleri

düzenlenmiştir. Davanın sonucuna etkili bir durum saptamasının, tarafların hazır bulunabileceği yargılama aşamasında yapılması açısından da yararlı olup “adil yargılama” ilkesi ile doğrudan ilişkilidir.

Mağdur, şüpheli veya sanığın huzuru, tanıklardan birinin gerçeğe uygun tanıklık etmesine engel olabilecekse, o işte şüpheli veya sanığın bulunmamasına karar verilebileceğine yer verilmiştir. Şüpheli veya sanığın hazır bulunmaları, tanığın gerçeğe uygun beyanını engelleyebilecekse, örneğin tanık, sanığın etkisi altında kalıyorsa, tanığın dinlenmesinde sanığın hazır bulunmamasına karar verilebilir.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması

CMK MADDE 75 düzenlemesi ile bir suçla ilişkin delil elde etmek için, mağdurun istemiyle şüpheli veya sanığın bedeninin tıbbî muayenesine ya da vücudundan kan veya cinsel salgı gibi örnekler alınmasına, Cumhuriyet savcısı veya re'sen hâkim veya mahkeme tarafından karar verilebileceği düzenlenmiştir. Ancak mağdurun bedeni üzerinde tıbbî muayene yapılabilmesine veya kan, saç, tükürük, tırnak, cinsel salgı gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek koşuluyla, Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme tarafından karar verilebilir. Bu hususta sanığa bir talep hakkı tanınmamıştır.

Adlî kontrol ve mağdurun korunması

CMK MADDE 109 ve devamında düzenlenen bu kurum kişiyi özgürlüğünden yoksun kılmamakla birlikte gözlemeyi ve denetlemeyi olanaklı kılan tedbirlere izin vermektedir. Bu şekilde kişinin kaçması riski azaltılırken, hürriyetten tümü ile yoksun kılmanın zararları da ortadan kaldırılmış olmaktadır. Bu madde de yapılan düzenleme ile Cumhuriyet

savcısının istemi üzerine hâkim tarafından miktarı ve ödeme süresi belirlenecek parayı suç mağdurunun haklarını güvence altına almak üzere aynî veya kişisel güvenceye bağlamakta bir adli kontrol yöntemi olarak getirilmiştir.(CMK 109-3/h) Bu tedbirin suçtan doğan zararları güvence altına alacağı ve bu tedbirin suçtan doğan mağduriyeti giderme bakımında gayet yerinde olduğu söylenmiştir. Ancak ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde yapılması ve hükmün infazı için gecikmeden başvurulması gereken bir tedbir olmadığı için koruma tedbiri olarak nitelendirilemez.³³⁹ Adli kontrol sistemi birden fazla adli kontrol yöntemine aynı anda başvurulabileceğini belirtmiştir. Bu sebepten özellikle cinsel suç mağdurları, çocuk istismarı mağdurları ve aile içi şiddet mağdurları söz konusu olduğunda bu tedbirin her halükarda uygulanması gerektiğini düşünüyorum.

Güvence,önceden ödetme ve mağdurun korunması

CMK MADDE 113 ile düzenlenen güvence, şüpheli veya sanığın hazır bulunması gerekli bütün usul işlemlerinde, hükmün infazında veya yükümlülük altında bulunduğu veya sonradan yükümlülük altına alınabileceği diğer ödevleri yerine getirmek üzere hazır bulunmasının teminatıdır.

Eski düzenlemede güvenceye konu olan şey yerine getirilmediğinde güvence bedelinin tamamı hazineye gelir kaydedilmekte idi.Ancak yeni düzenleme ile güvenceden sırası ile katılanın yaptığı masraflar, suçun neden olduğu zararların giderilmesi ve eski hâle getirme; şüpheli veya sanık nafaka borçlarını ödememeleri nedeniyle kovuşturuluyorsa nafaka borçları, kamusal giderler ve para cezaları tahsil edilmektedir. Burada ilk sırada katılanın yaptığı masraflar, suçun neden olduğu zararların giderilmesi

³³⁹ Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 319

ve eski hâle getirme; suçtan doğan mağduriyeti giderme bakımından çok olumludur.

CMK MADDE 114 ile düzenlenen önceden hakim veya mahkeme yada Cumhuriyet savcısı henüz hüküm verilmeden güvencenin mağdurun haklarını güvence altına alan veya nafaka borcuna ilişkin olan kısmının, mağdura veya nafaka alacaklısına verilmesini emredebilecektir. Ancak bu emrin verilmesi iki koşulun gerçekleşmesine bağlı tutulmuştur; a) Mağdur veya nafaka alacaklısı bunu istemeli, b) Şüpheli veya sanık bu hususta rızalarını ifade etmiş olmalıdırlar.

Ancak soruşturma veya kovuşturmanın konusu ile ilgili olaylar nedeniyle, bir yargı mercii mağdur veya nafaka alacaklısı lehine bir karar vermiş ise yukarıdaki birinci koşulun gerçekleşmesine gerek olmayacaktır.

Bir başka deyişle de, eğer soruşturma ve kovuşturmanın konusu olan olaylarla ilgili olarak mağdur veya nafaka alacaklısının lehine bir yargı kararı verilmiş ise şüpheli veya sanığın rızası olmasa da bu ödemenin yapılması emredilebilir. Eğer alınan miktar mağdurun haklarını karşılamıyorsa mağdurun fazlaya ilişkin haklarının saklı tutularak bu bedeli de almasının sağlanması gereklidir.³⁴⁰

Bu düzenleme CMUK gerekçesinde “Madde, mağdurun korunması ile ilgili bulunan ve karşılaştırmalı hukukta artık vatandaşlık hakkını kazanmış olan bu yaklaşım ve cereyana uyarak, niteliği itibarıyla hukukî ve mağdurun kişisel haklarını güvence altına alan bir hükmü Türk hukukuna getirmiş bulunmaktadır: Hâkim veya mahkeme ya da Cumhuriyet savcısı henüz hüküm verilmeden güvencenin mağdurun haklarını güvence altına alan veya nafaka borcuna ilişkin olan kısmının, mağdura veya nafaka

³⁴⁰ İsmail Malkoç: Ceza Muhakemesi Kanunu (Ankara, 2005),s.303

alacaklısına verilmesini emredebilecektir. Ancak bu emrin verilmesi iki koşulunun gerçekleştirilmesine bağlı tutulmuştur; mağdur veya nafaka alacaklısı bunu istemeli, şüpheli veya sanık bu hususta rızalarını ifade etmiş olmalıdırlar. Ancak soruşturma veya kovuşturmanın konusu ile ilgili olaylar nedeniyle, bir yargı mercii mağdur veya nafaka alacaklısı lehine bir karar vermiş ise yukarıdaki birinci koşulun gerçekleşmesine gerek olmayacaktır.” şeklinde açıklanmıştır.

Elkoyma tedbiri ve mağdurun korunması

CMK da elkoyma tedbirinin uygulanma şekil ve şartları belirtilmiştir.CMK 127(5) e göre elkoyma işlemi, suçtan zarar gören mağdura gecikmeksizin bildirilir. Mağdur bu şekilde bilgilendirilir. Yine elkonulan eşya veya diğer malvarlığı değerleri, suçtan zarar gören mağdura ait olması ve bunlara delil olarak artık ihtiyaç bulunmaması halinde, sahibine iade edilir.(CMK 131-2)

Mağdurun korunması ile çağırılması reddedilen tanığın ve uzman kişinin doğrudan mahkemeye getirilmesi

CMK MADDE 178 mahkeme başkanı veya hâkim, sanığın veya katılanın gösterdiği tanık veya uzman kişinin çağırılması hakkındaki dilekçeyi reddettiğinde, sanık veya katılan o kişileri mahkemeye getirebilir. Bu kişiler duruşmada dinlenir. Bu tanıkların dinlenmesinin mahkemenin takdirinde olmadığı kanaatindeyim. Ancak aksi görüşte bulunan yazarlar da mevcuttur.³⁴¹

³⁴¹“Ancak,sanık veye katılan tarafından gösterilen tanık veya uzman kişilerin dinlenmesi şeklindeki deliller;a. Yasaya aykırı olarak elde edilmişse, b.İspat edilmek istenen olayın karara etkisi yoksa , c.İstem sadece davayı uzatmak maksadı ile yapılmışsa bu kişiler duruşmada dinlenmezler.Bu husus tutanağa geçirilir.(İsmail Malkoç/Mert Yüksektepe: Ceza Muhakemesi Kanunu,(ANKARA, 2005),524)

Tanık ve bilirkişinin doğrudan doğruya dinlenmesi ve mağdurun korunması

CMK MADDE 180 -3 davayı görmekte olan mahkemenin, zorunluluk olmadıkça, büyükşehir belediye sınırları içerisinde bulunan şikâyetçi, katılan, sanık, müdafî veya vekil, tanık ve bilirkişilerin istinabe yoluyla dinlenmesine karar veremeyeceğini belirtmektedir. Gerçektende mahkemenin suçun mağduru olan kişiyi bizzat görmesinde ve dinlemesinde fayda vardır. Mahkeme bu şekilde aynı zamanda bir delil olan mağdur ifadesi ile doğrudan doğruya temas edecek ve dava konusu olay hakkında daha kesin bir kanaat sahibi olacaktır.

Tercüman bulundurma hakkı ve mağdurun korunması

Hukuk devleti olmanın bir gereğide duruşmada kullanılan dili anlamayan veya konuşamayan ya da engelli olan sanık veya mağdurun tercüman hakkına sahip olmasıdır. Bu husus CMK 202 ile düzenlenmiştir. CMK 324 ile de Türkçe bilmeyen ya da engelli olan şüpheli, sanık, mağdur veya tanık için görevlendirilen tercümanın giderleri, yargılama gideri sayılmaz ve bu giderler Devlet Hazinesince karşılanacağı hükme bağlanmıştır. Bu istisna AİHS 6/3-e maddesi ve Yargıtayın kararları değerlendirilerek konmuştur.³⁴²

Delillerin ortaya konulması tartışılması ve mağdurun korunması

³⁴² Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesi Kanunu, 319

CMK MADDE 206 düzenlemesi ile sanığın sorguya çekilmesinden sonra delillerin ortaya konulmasına başlanır. Cumhuriyet savcısı ile sanık veya müdafii birlikte rıza gösterirlerse, tanığın dinlenmesinden veya başka herhangi bir delilin ortaya konulmasından vazgeçilebilir. Katılan ise yalnız yalnız kişisel haklarını ispat için gösterdiği delilden vazgeçebilir.

CMK MADDE 209 (2) ile sanığa veya mağdura ait kişisel verilerin yer aldığı belgelerin, açıkça istemeleri halinde, kapalı oturumda okunmasına mahkemece karar verilebilir. Mağdurun içinde bulunduğu özel durumları(hastalık vs.) belirten belgelerin veya onur ve haysiyetini etkileyecek nitelikteki belgeler bu şekilde açığa çıkmayacak ve mağdurun korunması sağlanacaktır.

Dinleme ve okumadan sonra katılana diyeceğin sorulması da CMK MADDE 215(1) gereğidir. Suç ortağının, tanığın veya bilirkişinin dinlenmesinden ve herhangi bir belgenin okunmasından sonra bunlara karşı bir diyecekleri olup olmadığı katılana veya vekiline, Cumhuriyet savcısına, sanığa ve müdafiiine sorulur. Delillerin tartışılması sırasında söz hakkı, sırasıyla katılana veya vekiline, Cumhuriyet savcısına, sanığa ve müdafiiine veya kanunî temsilcisine verilir. Cumhuriyet savcısı, katılan veya vekili, sanığın, müdafiiinin veya kanunî temsilcisinin açıklamalarına; sanık ve müdafii ya da kanunî temsilcisi de Cumhuriyet savcısının ve katılanın veya vekilinin açıklamalarına cevap verebilir.

Müşadere ve Mağdur

Ceza davası açıldığında, duruşmada, ceza davası ile birlikte müşadareye de hükmedilmesi gerekir. Ancak CMK Madde 256(1) müşadere kararı verilmesi gereken hâllerde, kamu davası açılmamışsa yani düşme ya da önödeme sonucu takipsizlik kararı verilmişse veya kamu davası açılmış

olup da esasla beraber müsadere için bir karar verilmemişse; karar verilmesi için, Cumhuriyet savcısı veya katılan, davayı görmeye yetkili mahkemeye başvurabilir. Bu başvuru sonucu müsadere davası duruşmalı olarak görülür.³⁴³ Bu maddeye göre verilecek hükümlere karşı Cumhuriyet savcısı ve katılan için istinaf yolu açıktır.

2.2. CEZA İNFAZ KANUNUNDA MAĞDURUN KORUNMASI

İnfazın ertelenmesi kurumu mağdurun korunması için kullanılabilir. İnfazın ertelenmesinde diğer ertelemeye benzer müesseselerden farklı olarak hüküm verilir, yani mahkumiyet tespit edilir; fakat cezanın infazı ertelenir. İnfazın ertelenmesi, failin yeniden topluma kazandırılmasında önemli bir araç olarak görülür.

Cezanın tecilinin mağduriyetin giderilmesi bakımından iki işlevinin bulunduğu söylenebilir: Birincisi, mağduriyetin giderilmesi tecile yeterlilikte aranan bir koşuldur. Bu halde, fail suçu işledikten sonra bu fiilden doğmuş olan mağduriyetin giderilmiş olması yeterlilik şartının tespiti bakımından zorunlu görülür. O halde, burada mağduriyetin giderilmesi suçun işlenmesinden sonra ve fakat hükmün verilmesinden önce söz konusudur. Böylece fail, tecile layık olduğunu ispatlamış olur. İkincisi ise, tecil kararı verildikten sonra, tecilde deneme süresi içinde mağduriyetin giderilmesi koşulunun yerine getirilmesidir.

Müessese, Almanya'da sadece kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezalar için uygulanıyor iken, kapsamı genişletilmiş ve daha uzun süreli

³⁴³ Osman Yaşar:Uygulamalı ve Yorumlu Ceza, 1131

özgürlüğü bağlayıcı cezalar için de uygulanabilir kılınmıştır. Cezanın ertelenmesi bir af olmayıp, suçlunun yeniden sosyalleşmesini sağlamayı amaçlar. Bu itibarla hükümlü, deneme süresi içinde gözetim altında bulundurulmalıdır.

Şartla salıvermede mağduriyetin giderilmesi için kullanılabilecek kurumlardan biridir. Şartla salıverme aslında cezasının bir kısmını çeken mahkumun geri kalan cezasının ertelenmesinden başka bir şey değildir. İşte şartla salıvermenin diğer koşulları yanında, mağduriyetin giderilmesi koşuluna da bağlanarak uygulanması mümkün olmalıdır. Böylece mağduriyetin giderilmesi hem kısa ve orta süreli özgürlüğü bağlayıcı cezalar, hem de uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı cezalar bakımından mümkün kılınabilir. Bu suretle, mağduriyetin giderilmesi şartla salıverme ile birlikte kullanıldığında uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaya da bir alternatif olarak kabul edilebilir.

Bu tür hükümlere Cezaların İnfazı Hakkında kanunda da rastlamaktayız. CİK MADDE 104 te cezaları ertelenen, salıverilen veya haklarında sosyal araştırma raporlarının düzenlenmesi ve mağdurun korunması gibi görevleri yerine getirmek üzere denetimli serbestlik ve yardım merkezleri kurulacağı hükme bağlanmıştır.

Yine CİK MADDE 110 fıkra 3 te “Yetmişbeş yaşını bitirmiş olup da üç yıl ve daha az süreli hapis cezasına mahkûm olanların, bu cezalarının ceza infaz kurumlarında çektirilmesi sağlık durumları itibarıyla elverişli olmadığı, tam teşekküllü Devlet veya üniversite hastanelerince verilecek raporla tespit edilenler hakkında cezanın konutlarında çektirilmesine hükmü veren mahkemece veya hükümlü başka bir yerde bulunuyorsa o yerde bulunan aynı derecedeki mahkemece karar verilebilir. Ancak, mahkûmiyete konu suç nedeniyle herhangi bir zarar doğmuşsa, bu zararın aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi şartı da

ayrıca aranır. Bunlar hakkında beşinci fıkra hükümleri uygulanmaz.” denilerek bu infaz usulünün uygulanması mağduriyetin giderilmesi şartına bağlanmıştır.

06/04/2006 tarihli ve 26131 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük’ün “Ertelenen hapis cezasının infazı” kenar başlıklı 53’üncü maddesinin ikinci fıkrasında; cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulmuşsa, koşul gerçekleşinceye kadar durumlarına uygun kurumlarda, hükümlünün cezasının infazına devam edileceği, koşulun yerine getirilmesi hâlinde ise hâkim kararıyla kurumdan derhâl salıverileceği hükme bağlanmıştır.

2.3. TÜRK CEZA KANUNU VE MAĞDURUN KORUNMASI

765 sayılı TCK yerine kabul edilen 5237 sayılı TCK ile suç mağdurlarının korunması yönünde önceki düzenlemelerden farklı yaklaşımlar getirilmiştir. Bu kanun ile ilgili Adalet Komisyonu raporunda izlenen ceza siyaseti açısından ceza ve güvenlik tedbirlerinin asıl amacının suç mağdurunun mağduriyetini gidermek olmadığı açıkça belirtilmiştir. Bu hüküm şöyle açıklanmıştır.

Ceza ve güvenlik tedbirlerinin asıl amacı, suç mağdurunun mağduriyetini gidermek değildir. Ancak, izlenen ceza siyasetiyle, suç mağdurunun uğradığı zararların karşılanması mümkün kılınabilmektedir. Bu bakımdan, mağdurun korunması amacıyla, örneğin kısa süreli hapis cezası açısından mağdurun uğradığı zararların karşılanması seçenek yaptırımına

yer verildiği gibi, hapis cezasının ertelenebilmesi, mağdurun uğradığı zararların karşılanması koşuluna bağlanabilmektedir.

Aynı şekilde, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı suçlarda, şikâyetten vazgeçmeden ayrı olarak, uzlaşma müessesesi kabul edilmiştir. Şikâyetten vazgeçme, soyut bir şekilde gerçekleşmektedir. Şikâyetten vazgeçmenin kabulü için, mağdurun uğradığı zararın herhangi bir şekilde karşılanması şart olarak aranmamaktadır. Hâlbuki uzlaşma hâlinde, fail, suçtan zarar gören gerçek kişinin veya özel hukuk tüzel kişinin maruz kaldığı zararın tümünü veya büyük bir kısmını ödemeyi veya gidermeyi üstlenmektedir. Failin üstlenmiş bulunduğu zararın karşılanması yönündeki edimi eksiksiz bir şekilde yerine getirmesi hâlinde, Cumhuriyet savcısı tarafından kamu davası açılmayacak ya da açılmış olan kamu davasıyla ilgili olarak mahkeme tarafından düşme kararı verilecektir. Böylece uzlaşma, suç mağdurunun uğradığı zararların karşılanmasını mümkün kılınabilmek açısından etkin bir yol olarak öngörülmüştür.

Çeşitli suçlarla bağlantılı olarak kabul edilen etkin pişmanlık hükümleriyle de, suçun işlenmesiyle ortaya çıkan mağduriyetlerin etkilerinin veya ekonomik zararların mümkün olduğunca azaltılması amaçlanmıştır.

Örneğin, uyuşturucu veya uyarıcı madde suçlarında, izlenen suç siyasetinin gereği olarak, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanma fiili suç olarak tanımlanmamıştır. Çünkü, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmakla kişiler aslında kendi sağlıklarını kaybetmektedirler. Bu nedenle, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişiler, tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulacaklardır. Ancak, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi satın almak veya başka surette elde etmek, suç olma özelliğini muhafaza etmektedir. Uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi kullanan kişinin, bunu kimlerden ve ne suretle elde ettiği yönünde bilgi vermesi ya da

hakkında uygulanan tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranması durumunda, bu nedenle cezalandırılmayacaktır.

Fuhşa sürüklenen kişinin tedavi veya terapiye tabi tutulması da, suç mağdurunun korunması amacına yönelik bir güvenlik tedbiri olarak düşünülmüştür. Komisyon çalışmalarında, Hükûmet Tasarısında yer almamakla birlikte, çocukların korunması amacına yönelik başka suç tanımları da kabul edilmiştir. Örneğin kişinin cinsel dokunulmazlığına karşı suçlar bağlamında, çocukların cinsel istismarı, ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Aynı şekilde çocuklara sağlık için tehlike oluşturabilecek maddelerin verilmesi, suç olarak tanımlanmıştır. İçerik bakımından müstehcen nitelikte olan ürünlerden çocukların etkin bir şekilde korunmasına yönelik düzenlemeler yapılmıştır. (Adalet Komisyonu Raporu)

Ayrıca, toplumsal geleceğimiz açısından son derece tehlikeli bir mahiyet taşıması itibarıyla, çocukların fuhşa sürüklenmesi fiilleri, etkili ceza yaptırımına altına alınmıştır.

TCK da mağdur ve mağdurun korunması ile ilgili çeşitli düzenlemeler getirilmiştir. Bir suçun dar anlamda mağduru, ancak gerçek kişiler olabilir. Bununla beraber bütün suçlarda toplumu oluşturan ve barış esasına dayalı bir hukuk toplumunda yaşama hakkına sahip olan herkes mağdur konumundadır. Böylece geniş anlamda mağdurun, devlet değil ama toplumu oluşturan tüm bireyler olduğunu belirtmeliyiz. Mağduru belirli bir kimse olmayan suçlarda da yine toplumu oluşturan herkesin mağdur edildiğini kabul etmek gerekir. Örneğin, genel tehlike yaratan suçlar (TCK.m.170 vd.), çevreye karşı suçlar (TCK.m.181 vd.), kamunun sağlığına karşı suçlar (TCK.m.185 vd.), kamu güvenine karşı suçlar (TCK.m.197 vd.), devletin güvenliğine karşı suçlar (TCK.m.302 vd.) bu niteliktedir. Kimi suçlarda toplumu oluşturan herkes mağdur olduğu gibi, belirli bir kimse de suçtan

haksızlığa uğramış olabilir. Örneğin, iftira suçunda hem kendisine iftirada bulunulan kimse hem de toplumu oluşturan herkes mağdurdur. Yine halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunda (TCK.m.216) mağdur hem toplumu oluşturan herkes, hem de tahrik sonucu kin ve düşmanlığa muhatap olma tehlikesi içinde bulunan halk kesimidir. Böylece mağdur, tek bir kişi olabileceği gibi, çok sayıda kimseler de olabilir.³⁴⁴ Mağdur, mutlaka bir insan olmak zorunda değildir; insan grupları (azınlıklar, milletler, tüm olarak halk) mağdur olabilirler.

Suç tanımında, mağdur olan kişi de insan olmanın dışında başka özel nitelikler de aranmış olabilir. Bu ihtimalde failin ilgili hüküm uyarınca cezalandırılabilmesi, mağdurun bu niteliklere sahip olmasına bağlıdır. Örneğin, mağdurun kamu görevlisi (TCK.m.265/1, 86/3 c) çocuk (TCK.m.103), kadın (TCK.m.99/1), yargı görevini yapan (TCK.m.265/2), faille belli bir akrabalık ilişkisi içinde bulunan kimse (TCK.m.82/1 d, 102/3) olması gibi. Kanuni tipte suçun temel şekline nazaran mağdurun belirli özelliklere sahip olması, cezanın artırılmasına veya azaltılmasını gerektiren nitelikli unsur olabilir. Örneğin, eziyet suçunun çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı işlenmesi halinde faile suçun temel şekline nazaran daha ağır ceza verilmektedir. Yine kasten öldürmenin de, görevi dolayısıyla kamu görevlisine (TCK.m.82/1 g), çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye (TCK.m.82/1 e) yahut gebe olduğu bilinen kadına (TCK.m.82/1 f) karşı işlenmesi durumunda ceza artırılır. Kanun koyucu bazı suçlarda fail ile mağdur arasındaki bazı ilişkilerin varlığını cezayı etkileyen nitelikli unsur olarak öngörmüştür. Örneğin, kasten yaralamada fail ile mağdur arasındaki akrabalık ilişkisi (üstsoy, altsoy, eş veya kardeş olmaları, m.86/3 a) cezanın artırılmasını gerektirir. Cinsel saldırı suçunun üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisinde bulunan bir kişiye karşı işlenmesi halinde ceza artırılır (TCK.m.102/3 c).

³⁴⁴ Artuk-Gökçen-Yenidünya:5237 sayılı, 474

Yine cinsel taciz suçunda da eylem, mağdur ile fail arasındaki hiyerarşi, hizmet veya eğitim ve öğretim ilişkisinden ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlendiği takdirde, ceza artırılır (TCK.m.105/2).³⁴⁵

Konusuz bir suç düşünülemez. Bu anlamda fail tarafından gerçekleştirilen hareket ya bir eşyaya ya da bir şahsın fiziki, maddi yapısına veya bünyesine yönelir Suçun maddi konusunun tespiti; ağırlaştırıcı ve hafifletici sebeplerin tatbiki sırasında cezanın bir ferdileştirme vasıtası olarak da önem arz eder. TCK.nun 61. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendi uyarınca, hakim somut olayda temel cezayı belirlerken suçun konusunun önem ve değerini de göz önünde bulundurur.

Suçun işlenmesi, konuya ya zarar verir ya da tehlikeye doğurur. Bu itibarla suç tipinde belirtilen hareketin yönelik olduğu konunun, hareketten etkileniş derecesine ve şekline göre suçlar; tehlike suçları ve zarar suçları olarak ikiye ayrılır. Hırsızlık suçunda (TCK.m.141. vd.) başkasının malı alındığından, adam öldürmede (TCK.m.81 vd.) bir kişi öldürüldüğünden, mala zarar vermede (TCK.m.151) mal tahrip edildiğinden, konu üzerinde bir zarar gerçekleşmiştir ve bu halde “zarar suçundan” bahsedilir.³⁴⁶

TCK’da mağdurun korunması ile ilgili çeşitli düzenlemeler ve hükümler getirilmiştir. Bu hükümlerden kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırımlar başlığını taşıyan TCK 50. maddesinde “Kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre” “mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine,” çevrilebilmektedir.

³⁴⁵ Artuk-Gökçen-Yenidünya:5237 sayılı, 477

³⁴⁶ Artuk-Gökçen-Yenidünya:5237 sayılı, 471

Bilindiği üzere kısa süreli hapis cezası bir yıl veya daha az süreli hapis cezalarıdır. Bu seçenek yaptırımın suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iadesine, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine çevrilme imkanı vardır. Bu hükmün TCK sistemine girmesi ile fail, mağduriyeti gidermekle seçenek bir yaptırıma uğramış olmaktadır. Mağdurun ise zararı en kısa ve çabuk bir şekilde ortadan kalkmaktadır. Mağduriyetin giderilmesi içinde yer alan bu edim ceza siyaseti çerçevesinde gerçekleşmekte ve mağduriyetin giderilmesi ve toplumsal barışın tesisi amacına hizmet etmektedir

TCK MADDE 51 /1 ise işlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır. Ancak, erteleme kararının verilebilmesi için kişinin; a) Daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması, b) Suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması,gerekir.” Aynı maddenin ikinci fıkrası ise “TCK Madde 51/2 “Cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilir. Bu durumda, koşul gerçekleşinceye kadar cezanın infaz kurumunda çektirilmesine devam edilir. Koşulun yerine getirilmesi hâlinde, hâkim kararıyla hükümlü infaz kurumundan derhâl salıverilir. ” demektedir.

Ertelemenin bu şekilde bir koşula bağlanması hâkimin takdirine bağlıdır. Özgenç, 51’inci maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesindeki ifadeden, işlenen suç dolayısıyla bir zararın oluşması hâlinde erteleme

kararı verme konusunda, hâkimin takdir yetkisinin olduğu şeklinde bir anlam doğsa da, kısmen tazmin hâlinde, cezanın ertelenmesine imkân tanımayan bir sistemde, zararın hiç karşılanmaması hâlinde cezanın ertelenmesine imkân tanındığını ileri sürmenin bir çelişki olduğunu ve bu nedenle, yeni TCK'nın sisteminde, işlenen suç dolayısıyla bir zararın oluşması hâlinde, bu zararın tazmin edilmediği taktirde, cezanın ertelenmesine karar verilemeyeceği düşüncesindedir.³⁴⁷

Burada tazmini bahse konu olan zararları, maddî ve manevî tüm zararlar şeklinde geniş anlamda yorumlamak gerekir. Hapis cezası, işlenen suçtan dolayı gerçek veya tüzel kişi mağdurun veya kamunun uğradığı zararların tümünün tazmin suretiyle giderilmesi koşuluyla ertelenebilir. Bu nedenle uğranılan zararın kısmen tazmini durumunda, bu koşul gerçekleşmiş kabul edilemez ve hapis cezasının ertelenmesine de karar verilemez³⁴⁸. Ayrıca somut olayda, aynen iade veya suçtan önceki hâle getirme mümkün ise, öncelikle bu durumun dikkate alınması, aksi hâlde son çare olarak tazmine yer verilmesi uygun olacaktır. Yeni TCK ile getirilen bu düzenleme ile, 765 sayılı eski TCK'dan farklı olarak ertelemenin koşula bağlanmasında hükümlünün rızası aranmamaktadır. Aynı şekilde, hapis cezasının zararın giderilmesi şartına bağlı olarak ertelenmesine karar verilebilmesi için, suçtan zarar gören gerçek veya tüzel kişilerin talepte bulunmasına gerek bulunmamaktadır. Ertelemenin koşula bağlanmasının anlamı ve esas amacı, mağdurun ya da kamunun uğradığı zararın giderilmesini sağlamak olduğuna göre, erteleme bu sonucu elde etmek bakımından bir araç olarak kullanılmaktadır. Zira, koşulun gerçekleşmesine kadar cezanın infaz kurumunda çektirilmesine devam edilmesinin anlamı budur. Bu anlamda, cezanın ertelenmesinin mağduriyetin giderilmesi bakımından iki işlevinin bulunduğu söylenebilir. İlki, mağduriyetin giderilmesi ertelemeye liyakatte aranan bir koşuldur. Bu durumda, failin suçu işledikten sonra bu fiilden doğmuş olan mağduriyetin giderilmiş olması liyakat şartının

³⁴⁷ Özgenç,İ:Ceza, 663

³⁴⁸ Özgenç,İ:Ceza, 663

tespiti bakımından zorunlu görülmektedir. Böylece, mağduriyetin giderilmesi suçun işlenmesinden sonra ve hükmün verilmesinden önce söz konusu olacağından, fail ertelemeye layık olduğunu kanıtlamış sayılacaktır. İkinci olarak, erteleme kararı verildikten sonra ertelemenin denetime tâbi tutulduğunda denetim süresi içinde mağduriyetin giderilmesi koşulunun gerçekleştirilmesidir. Bu nedenle, yeni TCK md.51/2 düzenlemesinin, her iki işlevi de karşılayacak şekilde hükme bağlandığı söylenebilir.

TCK MADDE 73 takibi şikayete bağlı suçlarla ilgili düzenlemeler getirmektedir. Bu düzenlemelere yukarıda şikayet bahsi içinde değinilmiştir. TCK MADDE 74 te kamu davasının düşmesinin, malların geri alınması ve uğranılan zararın tazmini için açılan şahsî hak davasını etkilemeyeceği, cezanın düşmesinin de şahsî haklar, tazminat ve yargılama giderlerine ilişkin hükümleri etkilemeyeceği belirtilmiştir. Taksirle yaralamayı düzenleyen TCK MADDE 89'da bilinçli taksir hâli hariç olmak üzere, bu maddenin kapsamına giren suçların soruşturulması ve kovuşturulmasını şikâyete bağlamıştır. Cinsel saldırıyı düzenleyen TCK MADDE 102 cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine cezalandırmaktadır. Bu fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi durumunda şikayet şartı aranmamaktadır. Ancak yukarıda belirtilen fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır. Yine bu fiilin sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hâli veya suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ceza ağırlaştırılarak verilmektedir.

Malvarlığına karşı işlenen suçlarda haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi hâlinde; ilgili akraba hakkında şikâyet üzerine verilecek ceza, yarısı oranında indirilmektedir.

Bu hükümlerden TCK madde 277 , mağdurların leh veya aleyhinde, yargı görevi yapanlara emir veren veya baskı yapan veya nüfuz icra eden veya her ne suretle olursa olsun adı geçenleri hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kimseye ceza verileceğini hükme bağlamıştır.

Yine TCK içinde etkin pişmanlık hükümleri içinde mağduru koruyan ve mağduriyetin giderilmesi halinde cezayı azaltan hükümlerde vardır. Bunlar:

MADDE 110. - (1) Yukarıdaki maddede tanımlanan suçu işleyen kişi, bu suç nedeniyle soruşturmaya başlanmadan önce mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın, onu kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakacak olursa cezanın üçte ikisine kadarı indirilir.

MADDE 168. - (1) Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık ve karşılıksız yararlanma suçları tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle gidermesi hâlinde; cezası üçte birden üçte ikiye kadar indirilir. Yağma suçunda ise, cezada altıda birden üçte bire kadar indirim yapılır. (2) Kısmen geri verme veya tazmin hâlinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, mağdurun rızası aranır.

MADDE 248. - (1) Soruşturma başlamadan önce, zimmete geçirilen malın aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi hâlinde, verilecek cezanın üçte ikisi indirilir.(2) Kovuşturma başlamadan önce, gönüllü olarak, zimmete geçirilen malın aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi hâlinde, verilecek cezanın yarısı indirilir. Etkin pişmanlığın hükümden önce gerçekleşmesi hâlinde, verilecek cezanın üçte biri indirilir.

MADDE 269. - (1) İftira edenin, mağdur hakkında adlî veya idarî soruşturma başlamadan önce, iftirasından dönmesi hâlinde, hakkında iftira suçundan dolayı verilecek cezanın beşte dördü indirilir. (2) Mağdur hakkında kovuşturma başlamadan önce iftiradan dönme hâlinde, iftira suçundan dolayı verilecek cezanın dörtte üçü indirilir. (3) Etkin pişmanlığın; a) Mağdur hakkında hükümden önce gerçekleşmesi hâlinde, verilecek cezanın üçte ikisi, b) Mağdurun mahkûmiyetinden sonra gerçekleşmesi hâlinde, verilecek cezanın yarısı, c) Hükmolunan cezanın infazına başlanması hâlinde, verilecek cezanın üçte biri indirilebilir.

Reşit olmayanla cinsel ilişki bahsinde ise cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişinin, şikâyet üzerine cezalandırılacağı ancak fail mağdurdan beş yaştan daha büyük ise, şikâyet koşulu aranmaksızın, cezasının iki kat artırılacağı belirtilmiştir. Yine TCK. 102/2 Cinsel saldırı fiilinin eşe karşı işlenmesi halinde TCK. 105/1 (Cinsel Taciz) fiili takibi şikâyete bağlı suçlardandır. Takibi şikâyete bağlı diğer suçlardan diğer bir kısım ise Tehdit (TCK 106), Konut dokunulmazlığının ihlâli (TCK 116), İş ve çalışma hürriyetinin ihlâli (TCK 117), Kişilerin huzur ve sükununu bozma (TCK123), TCK. 125. maddenin 3-a bendi hariç olmak üzere hakaret suçları, TCK. 144-1 hırsızlık ve kullanma hırsızlığı (TCK 146), Mala zarar verme (TCK 151), Güveni kötüye kullanma (TCK 155), Bedelsiz senedi kullanma (TCK 156), TCK. 159/1 dolandırıcılık, Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf (TCK160), TCK. 209 Açığa imzanın kötüye kullanılması, Ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (TCK 239), Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlâli (TCK 233), TCK. 341 ve 342 yabancı devlet bayrağına ve temsilcilerine karşı işlenen suçlar olarak belirtilebilir.

2.4. ÇOCUK KORUMA KANUNU VE MAĞDURUN KORUNMASI

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiş ve reform olarak kabul edilen değişiklikler ve yenilikler getirmiştir. Bu kanunlar ve çocuklarla ilgili olarak tarafı bulunduğumuz uluslararası sözleşme ve bildirgeler karşısında, 2253 sayılı Kanunun yeniden gözden geçirilmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Yapılan çalışmalar sonucu hazırlanan tasarı, TBMM tarafından “temel yasa” kapsamına alınarak 03.07.2005 tarihinde kabul edilen 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu olarak 15.07.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu kanun ile 2253 Sayılı Kanun yürürlükten kalkmıştır. Gerekçede kanunun amacı; özel korunma ihtiyacı olan veya suça sürüklenen çocukların korunmasını, haklarının ve esenliklerinin güvence altına alınmasını, toplumun adalet ve güvenlik ihtiyacının karşılanmasını hedefleyen çocuk adalet sisteminin esas ve usullerini düzenlemek olarak belirlenmiştir. Bir yenilik olarak “kamu davasının açılmasının ertelenmesi” kurumu, ÇKK 19. maddesiyle hukukumuza girmiştir. Daha sonra 6/12/2006 tarih ve 5560 Nolu çeşitli kanunlarda değişiklik yapılmasına ilişkin kanun ile (R.G.Yayın Tarihi 19/12/2006) 5395 sayılı ÇKK’da değişiklik yapılmış ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu yeniden 19. maddede düzenlenmiştir.

“Madde 19 - (1) Çocuğa yüklenen suçtan dolayı Ceza Muhakemesi Kanunundaki koşulların varlığı halinde, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilebilir. Ancak, bu kişiler açısından erteleme süresi üç yıldır.” demektedir.

Uluslararası belgelerde, suça sürüklenen çocukların yetişkinler gibi yargılanmaları ve cezalandırılmalarının, onları suç ve benzeri risklerden

koruyamadığı gibi, daha fazla riske açık hâle getirdiği gerçeğinden hareketle, çocuklara özgü kanun, usul ve makamların oluşturulması gerektiği bildirilmektedir. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi ile, çocuklara özgü kanun, usul ve makamlar oluşturma gerekliliği tüm taraf devletler için bir yükümlülük hâline gelmiştir.

Çocuk Koruma Kanununda Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Koşulları:

A. Ön koşul: 12 yaşını doldurmamış çocukların cezai ehliyeti bulunmadığından haklarında kamu davası açılmayacağı için söz konusu erteleme 12-18 yaş arasındaki çocuklar için geçerli olduğu söylenmelidir

B. Cezaya İlişkin Koşul:CMK 171/2 atfı ile ÇKK da davanın açılmasının ertelenebilmesi için, Cumhuriyet savcısının soruşturulması ve kovuşturulması şikâyetine bağlı olup, üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı hapis cezasını gerektirmesini aramaktadır. ÇKK da sistem olarak kamu davasının açılmasının ertelenmesini hem suçun niteliğine göre (soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı fiiller) hem de kanunda öngörülen cezanın türü ve süresine göre (üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlar) belirlemiştir. Her iki şart bir arada bulunmalıdır. Erteleme süresi CMK'nun aksine beş değil üç yıldır.

C. Failin Geçmişine İlişkin Koşul: CMK Madde 171/3-a CMK 171/2 atfı ile ÇKK'da kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebilmesi için, uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı kalmak üzere şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkûm olmamış bulunmasını,erteleme için bir koşul olarak düzenlemiştir.

D. Liyakat Koşulu: CMK Madde 171/3-b CMK 171/2 atfı ile ÇKK yapılan soruşturma, kamu davası açılmasının ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatini vermelidir.

E. Kamu Yararı Koşulu: Kanuna göre, kamu davasının açılmasının ertelenebilmesi için, ertelemenin, şüpheli ve toplum açısından kamu davasının açılmasından daha yararlı olması gerekmektedir. (CMK Madde 171/3-c atfı ile ÇKK)

F. Zararın Giderilmesi Koşulu: Kamu davasının açılmasının ertelenebilmesi için diğer bir koşul da; suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesidir.

Kamu davasının ertelenmesi kurumu, dava açma sistemlerinde, maslahata uygunluk ilkesinin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu koşul da bunu doğrulamaktadır. Bu koşul itibariyle savcı, fiilin önem ve türü, şüphelinin şahsi ve sosyal durumu, usul ekonomisi ve/veya şüphelinin ceza adalet sistemine girmesiyle cezadan beklenen gayenin gerçekleşmiş olması gibi faktörleri gözeterek, artık ceza verilmesinin gereksiz olduğuna kanaat getirmesi durumunda davanın açılmasının ertelenmesi yoluna gidilmelidir. Düzenleme ile kurum, mecburilik ilkesinin istisnası maslahata uygunluk ilkesinin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Ülkemiz gerçekleri de dikkate alındığında, kamu davasının açılmasında mecburilik sisteminin uygulanmasına devam edilmelidir. Ancak, sistem katı bir şekilde değil de, istisnalara da yer vermek suretiyle uygulanmalıdır. Bu kurum, ceza adalet sistemine giren işi dengelemekte veya soruşturma evresinde filtreyi etkinleştirmektedir.

ÇKK'da denetimli serbestlik müessesesi getirilmiştir. Mahkeme çocuk hakkındaki hükmün açıklanmasını geri bırakırsa, 3 yıl süreyle çocuğu denetimli serbestliğe tabi tutacaktır. Sürede, mahkemenin takdiri söz konusu değildir. Yasa süreyi 3 yıl olarak belirlemiştir. Mahkeme çocuğu bu süre içinde; bir eğitim kurumuna devam etmesine, belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılmasına,

takdir edeceği başka yükümlülüğü yerine getirmesine karar verir. Denetim süresi boyunca zamanaşımı süresi durur, işlemez.

ÇKK ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesi ilk defa hukukumuzda girmiştir. (m. 23) 5395 sayılı ÇKK'da değişiklik yapılmış ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu yeniden 23. maddede düzenlenmiştir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesi ilk defa, CMK'da düzenlenmesi düşünülmüştür. Ancak komisyonda bu müessese tasarıdan çıkarılmıştır. Tüm Avrupada olduğu gibi, Türkiye'de de bu müessesenin ilk uygulaması çocuklar hakkındaki kanunda olmuştur. Hükmün açıklanmasının ertelenmesi ÇKK ile CMK'ya atıf yapılarak düzenlenmiştir. Bu sebepten bizde tezimiz ilgili kısmına atıf yapmak ile yetiniyoruz. Ancak ayırık olarak denetim süresinin ÇKK'da 3 yıl olduğunu yeniden belirtmek isteriz. 6/12/2006 tarih ve 5560 Nolu çeşitli kanunlarda değişiklik yapılmasına ilişkin kanun ile (R.G.Yayın Tarihi 19/12/2006) 5395 sayılı ÇKK'da değişiklik yapılmış uzlaşma kurumunda CMK ya yapılan atıf ile düzenlenmiştir. Öztürk çocuklar hakkında uzlaşma hükümlerinin uygulanmasını eleştirmektedir. Ancak bu görüşe katılmadığımı belirtmek isterim.

Konu ile ilgili Yargıtay Kararları aşağıda belirtilmiştir.³⁴⁹

.....Davanın esasını çözen veya bunda değişiklik yapan sonuç kararlar duruşma dışında verilmiş olsalar bile temyiz edilebileceği ve bu nedenle hükümlünün istemi temyiz niteliğinde olduğu kabul edilerek yapılan incelemede;

³⁴⁹ Artuç/Gedikli:Yeni, 620

5252 sayılı Yasanın 9/1. maddesi 1 Haziran 2005 tarihinden önce hükümlerle ilgili olarak TCK.nun lehe olan hükümlerinin derhal uygulanabileceği hallerde duruşma yapılmaksızın da karar verilebileceğini öngörmüşse de; sonradan yürürlüğe giren kanunla suçun unsurlarında, sair cezalandırılabilme şartlarında, suçun karşılığında öngörülen ceza yaptırımlarında ve bir cezaya mahkum olmaya bağlı kanuni neticelerindeki değişikliklerin ve bunların uygulama olanaklarının değerlendirilebilmesi, olaya tatbik imkanı bulunan yasaların leh ve aleyhteki hükümleri ayrı ayrı ele alınarak sonuçları karşılaştırılıp, lehe olan yasanın belirlenebilmesi ve gerektiğinde kesinleşen önceki hükümde değişiklik yapılabilmesi bakımından duruşma açılıp tüm bu hususların neden ve gerekçeleri de gösterilerek hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden ve sanığın suç tarihindeki yaşı ve kişi hürriyetinden yoksun bırakma suçu için öngörülen ceza miktarı nazara alındığında 15.7.2005 günlü Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunun 23. maddesinin sanık hakkında uygulanıp uygulanmayacağıнын takdir ve değerlendirilmesinin mahkemesince yapılması lüzumu..... (Yar. 5. CD. 26.09.2005 gün; 2005/15751 E.; 2005/20655 K.)

.....Sanığın suç tarihindeki yaşı ve sarkıntılık suçu için öngörülen ceza miktarı nazara alındığında 15.07.2005 günlü Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunun 23. maddesinin sanık hakkında uygulanıp uygulanmayacağıнын takdir ve değerlendirilmesinin mahkemesince yapılması lüzumu(Yar. 5. CD. 24.10.2005 gün; 2004/913 E.; 2005/21643 K.)

2.5. ULUSLARARASI HUKUK İLE BUGÜNKÜ UYGULAMANIN KARŞILAŞTIRILMASI

Tezin bu bölümünde mevcut karşılaştırma yapılırken Avrupa Konseyi'nin Ceza ve Usul Hukukunda Mağdurun Durumuna ilişkin Olarak Tavsiyesi R(85)11- 28 Haziran 1985 sayılı belge esas alınarak inceleme yapılacak yeri geldikçe uluslararası diğer belgelere de değinilecektir. Mevcut 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile yapılan değişikliklere de yeri geldikçe değinilecektir.

Avrupa Konseyi'nin Ceza ve Usul Hukukunda Mağdurun Durumuna ilişkin olarak Tavsiyesi R(85) "Tavsiye A.1. Polis memurları mağdurlara anlayışlı, yapıcı ve güven verici bir şekilde davranmak üzere eğitilmelidirler."; Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur olanlara Adalet Sağlanmasına dair Temel Prensipler Bildirisi Prensip 4. "Mağdurlara şefkatle ve insanlık onurlarına saygıyla muamele edilir." Roma Tüzüğü Madde 68(3) "UCM mağdurlara korunması gereken pasif nesneler ya da iddia makamı için bir vasıta olarak muamele etmez. Tüzük, mağdurların ceza davasına yapabilecekleri katkıları ve o davanın mağdurlar için önemini kabul eder." Hükümlerini taşır.

Genelde ülkemizde polis okullarında eğitim suçluları esas alınarak yürütülmektedir. Bu eğitimin mutlaka mağduru da içerecek şekilde yapılması lazım gelir. Genelde mağdurun ilk karşılaştığı kişi polistir. Polis ise mağduru yalnızca bilgi kaynağı olarak görmekte, bazen mağduru incitici davranışlarda da bulunabilmektedir. Özellikle kadınlar ve çocuklar gibi özellik taşıyan ve hassas mağdurlarla, bu konuda eğitim görmüş uzmanlaşmış polislerin ilgilenmesi gerekir. Polisin eğitimi sırasında polis adaylarına suç mağdurlarının hakları ve çıkarlarına ilişkin herhangi bir ders

okutulmamakta, polise müracaat eden mağdurlara nasıl davranılması gerektiği konusunda bir eğitim verilmemektedir.³⁵⁰

Halbuki Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun 1/2. maddesi, Polis, “... yardım isteyenlere, yardıma muhtaç olan çocuk, alil ve acizlere muavenet eder...” demektedir. Yine Polis Vazife Salahiyetleri Tüzüğü’nün 2. maddesinde “Polis, aşağıda yazılı olan ve buna benzeyen hallerde halka yardım eder denmiştir. Aslında suç mağdurlarının da bu kapsam içinde düşünülmesi gerekir. Madde içinde “suç mağduru” sözcüğü’nün açıkça geçirilmesi önemlidir.

Bu eğitim ve bilgilendirme neticesi polis mağduru sadece bilgi kaynağı olarak görmeyecek yaptığı çeşitli uygulamalarla mağdurun tekrar mağdur etmeyecektir. Polis eğitiminin temelindeki şüphencilik özelliği nedeniyle, polis suç oluşturan eylem ile ilgili herkesi zanlı sınıfına sokmaktadır. Bazen mağduru da zanlılardan biri gibi kabul etmekte ve zaman baskı ve aldatmacaya tabi tutabilmektedir.³⁵¹

Ayrıca, suç ihbarında bulunan mağdurlar polis merkezlerinde her zaman ayrı bir odaya alınmalı ve fail ve mağdurun mümkün olduğu kadar karşılaşmamaları sağlanmalıdır. Teşhis yapılacağı zaman eğer mağdur için tehlike arzetmeyen ve saldırgan olmayan bir fail söz konusu ise, mağdurun rızası ile yüzleştirme yapılmalı aksi halde mağdur gizlice veya tek taraflı ayna olan bir pencereden faili teşhis etmelidir.

Mevcut CMK da sanık için ifade ve sorguyu düzenleyen ayrı bir bölüm vardır. Ancak silahların eşitliği ilkesi gereği buna benzer bir bölümün mağdurlar içinde gerekli olduğu kanaatindeyim. Özellikle aile içi şiddet

³⁵⁰ Fusun Sokullu-Akıncı, 183 vd.

³⁵¹ Fusun Sokullu-Akıncı, 184 vd.

mağdurları, çocuk istismarı mağdurları ve cinsel suç mağdurları için yabancı ülkelerde pek çok destekleyici ve yardım edici merkezlerin (bkz s.7) oluşturulmasının faydalı olacağı kanaatindeyim. Bu hususa Avrupa Konseyinin Mağduriyetin Önlenmesi Konusunda R(87) 21 Sayılı Tavsiye Kararında açıkça değinilmiştir.

Avrupa Konseyi'nin Ceza ve Usul Hukukunda Mağdurun Durumuna ilişkin olarak Tavsiyesi R(85) "Tavsiye A.2. Polis mağdura yardım, fiili ve hukuki tavsiye, suçludan ya da devletten alabileceği tazminat konusunda aydınlatmalıdır. "Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur olanlara Adalet Sağlanmasına dair Temel Prensipler Bildirisi Prensip 5." Mağdurların resmi veya gayri resmi yoldan bir giderim elde edebilmeleri için, gerektiği takdirde süratli, adil, ucuz ve ulaşılabilir nitelikte yargısal veya idari mekanizmalar kurulur ve güçlendirilir. Mağdurlar bu mekanizmalar vasıtasıyla giderim isteme hakkına sahip oldukları konusunda bilgilendirilir."

CMUK'ta "polisin bu konularda mağdura bilgi vermesini zorunlu kılan herhangi bir hukuki düzenleme bulunmamaktadır." Sanık için modern gereksinimlere uygun hükümler olmakla beraber, terazinin ibresinin ortaya gelebilmesi için suç mağduru için de bazı düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Bu durumun sonucu olarak mağdur ile şikayetçinin hakları başlıklı bir bölüm 5271 sayılı CMK'ya konulmuş ve silahların eşitliği sağlanmıştır. Kanunun çeşitli maddelerinde mağdura tanınan bazı haklar,delillerin toplanmasını isteme hakkı, belge isteme hakkı, soruşturma dosyasını inceleyebilme hakkı, avukat yardımından yararlanma hakkı, savcının kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı itiraz hakkı olarak sayılabilir. Bu konu tezimizin önceki kısımlarında ayrıntılı olarak işlenmiş olup bu sebepten bu kısımda önceki açıklamalarımızı hatırlatmakla yetiniyoruz. Mağdur yardım ve bilgi eksikliği nedeniyle sanık karşısında hiç de iyi durumda değildir. Avukatın yardımından yararlanma olanağı tanınması mağdurların bilgilendirilmesi açısından çok faydalı olmuştur.

Avrupa Konseyi'nin Ceza ve Usul Hukukunda Mağdurun Durumuna ilişkin olarak Tavsiyesi R(85) "Tavsiye A.3. "Mağdur polis soruşturmasının sonuçları hakkında bilgi alabilmelidir. "Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur olanlara Adalet Sağlanmasına dair Temel Prensipler Bildirisi Prensip 6 -a." Özellikle ağır suçlar söz konusu olduğunda ve mağdurların talep etmeleri halinde mağdurlara, yargılamadaki rolleri ve kapsamı, yargılamanın zamanlaması ve ilerlemesi ile, davalarının durumu hakkında bilgi verilir." Polis, soruşturma sonuçları hakkında bilgi vermez, bu mahkemenin ya da savcılığın işi olarak görülmektedir. Eğer polis soruşturması sonucunda sanık hakkında yeterli delil bulunabilmişse ve savcı iddianameyle kamu davası açmışsa, mahkeme mağduru da dinleyeceğinden, mağdur mahkeme tarafından haberdar edilecektir. Eğer yeterli delil bulunamazsa, savcı takipsizlik kararı verdiğini mağdura bildirecektir. Mağdurun bundan önceki tüm başvuruları savcılığa yönlendirilecektir.

Avrupa Konseyi'nin Ceza ve Usul Hukukunda Mağdurun Durumuna ilişkin olarak Tavsiyesi R(85) "Tavsiye A.4. Kovuşturma makamlarına verilen her türlü resmi bilgi ve raporda, polis mağdurun maruz kaldığı zarar ve kayıpları mümkün olduğu kadar açık ve tam olarak belirtmelidir. "Polis tutanak ile mağdurun gördüğü zararları belirtilir. Ancak bunun amacı suçun önemini ve yol açtığı sonuçları belirtmektir. Savcının mağdurun giderim isteğine hiçbir katkısı yoktur. Duruşmada mağdurun gördüğü zarar dikkate alınır ve mağdurun cezasının ağırlaşmasına neden olabilir.

CMK'nun getirmiş olduğu en önemli yeniliklerden birisi de adli kolluk ve görevinin tanımlanması olmuştur. Madde 164'e göre adli kolluk; adli polisin görev ve yetkilerinin düzenlendiği, "Emniyet Teşkilatı Kanunu,

Jandarma Teşkilat ve Yetkileri Kanunu, Gümrük Müsteşarlığı Teşkilat Kanunu ile Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu'nda belirtilen soruşturma işlemlerini yapan güvenlik görevlileri” olarak tanımlanmaktadır. Soruşturma işlemleri, Cumhuriyet savcısının emir ve talimatları doğrultusunda öncelikle adli kolluğa yaptırılacak. Adli kolluk görevlileri, Cumhuriyet savcısının adli görevlerine ilişkin emirlerini yerine getirecektir. Adli kolluk, adli görevler haricindeki hizmetlerde üstlerinin emrinde olacak ve Cumhuriyet başsavcıları, her yılın sonunda o yerdeki adli kolluğun sorumluları hakkında değerlendirme raporları düzenleyerek mülki idare amirlerine gönderecektir.(m.166)

Adli kolluk görevlilerinin nitelikleri ve bunların hizmet öncesi ve hizmet içi eğitimi, diğer hizmet birimleri ile ilişkileri, değerlendirme raporlarının düzenlenmesi, uzmanlık dallarına göre hangi bölümlerde çalıştırılacakları ve diğer hususlar, kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 6 ay içinde Adalet ve İçişleri bakanlıklarınca ortaklaşa çıkarılacak yönetmelikte belirlenecektir.(m.167) Cumhuriyet savcısı, doğrudan doğruya veya emrindeki adli kolluk görevlileri aracılığıyla her türlü araştırmayı yapabilecek ve bunu yaparken de bütün kamu görevlilerinden her türlü bilgiyi isteyebilecektir. Adli kolluk görevlilerine emirleri yazılı, acele hallerde sözlü olarak verecek ve adli kolluk görevlileri de el koydukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan önlemleri emrinde çalıştıkları Cumhuriyet savcısına derhal bildirmek ve bu Cumhuriyet savcısının adliyeye ilişkin bütün emirlerini gecikmeksizin yerine getirmekle yükümlü olacaktır.(m.161) İşte tüm bu düzenlemeler sadece faili değil aynı zamanda mağduru göz önünde tutan, koruyan ona ilgi ve şefkatle yaklaşan, mağdurun gereksinimlerinin farkında olan bir kolluk teşkilatı da öngörmektedir.

Avrupa Konseyi'nin Ceza ve Usul Hukukunda Mağdurun Durumuna ilişkin olarak Tavsiyesi R(85) "Tavsiye B.5.Failin kovuşturulmasına ilişkin takdir hakkı, mağdura verilecek tazminat sorunu ve buna ilişkin olarak suçlunun göstereceği ciddi çaba dikkate alınmadan kullanılmamalıdır." ; "Tavsiye B.6. Mağdura kendisi bunu istemediğini belirtmemişse kovuşturmaya ilişkin nihai karar hakkında bilgi verilmelidir."; "Tavsiye B.7. Mağdur kovuşturamama kararını yetkili bir merci tarafından gözden geçirilmesini isteme hakkına ve özel hukuk davası açma hakkına sahip olmalıdır."

Hukukumuzda kovuşturmaya başlanması iddianamenin kabulü ile başlar kamu davasının açılmasına bağlıdır (CMUK. 147). Kamu davasını açma görevi ise Cumhuriyet Savcısındır. Savcının kamu davasını açmakta takdir yetkisi vardır.(CMK 171)

Ceza kovuşturmasını gerektirecek hususlarda yeterli delillerin varlığı halinde Cumhuriyet Savcısı iddianame hazırlar. Kanunun uzlaşmaya izin verdiği hallerde Cumhuriyet Savcısı mağdura giderim ödenip ödenmediğini uzlaşma sonrasında dikkate alacaktır. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararından sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, 171 inci maddenin dördüncü fıkrasındaki şart aranmaksızın, kamu davası açılır. (CMK 253)

Kamu davasının açılıp açılmadığı hakkında mağdur bilgilendirilir, zira kamu davası açılmışsa mağdurun ceza yargılamasının ileriki aşamalarında mahkemede dinlenmesi gerekmektedir. Kamu davası açılmamışsa Cumhuriyet Savcısı bunu da mağdura bildirecektir. Bildirimde mağdurun nereye ve ne sürede itiraz edeceği belirtilir, zira mağdurun buna itiraz hakkı bulunmaktadır (CMK 172,173).

Yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi CMK'nun 173. maddesine göre “Suçtan zarar gören, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde, bu kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi başkanına itiraz edebilir. İtiraz dilekçesinde, kamu davasının açılmasını gerektirebilecek olaylar ve deliller belirtilir. Başkan, kamu davasının açılması için yeterli nedenler bulunmazsa, istemi gerekçeli olarak reddeder; istemde bulunan suçtan zarar göreni giderlere mahkûm eder ve dosyayı Cumhuriyet savcısına gönderir. Cumhuriyet savcısı, kararı itiraz edene ve şüpheliye bildirir. “

Mağdur ayrıca yargıcın, şüphelinin tutukluluğunun kaldırılmasına itiraz edebilmelidir. CMK'da bu hususa yer verilmemiştir. Bu mağdur hakları açısından kanaatimce dengesizlik yaratmaktadır.

Avrupa Konseyi'nin Ceza ve Usul Hukukunda Mağdurun Durumuna ilişkin olarak Tavsiyesi R(85) “Tavsiye C.8. Yargılamanın her aşamasında mağdur kişisel durumu, hakları ve onuru tam olarak dikkate alınarak sorgulanmalıdır. Mümkün olduğunca ve uygun ise çocuklar, akıl hastaları ve özürlüler veli veya vasi ya da kendilerine yardımcı olan kişilerin bulunduğu bir ortamda sorgulanmalıdırlar.” “Roma Tüzüğü Madde 54(1) (b) Savcının bir soruşturmanın ya da cezai takibat sırasında yaş, toplumsal cinsiyet ve sağlığı da dahil olmak üzere mağdurların ve tanıkların kişisel koşullarına ve çıkarlarına saygı göstermesini ve özellikle cinsel şiddet, toplumsal cinsiyet şiddet ya da çocuklara karşı şiddet içeren durumlarda suçun niteliğini göz önünde bulundurmasını gerektirir.”; “Madde 68(1) Savcının özellikle suçun soruşturulması ve kovuşturma sırasında mağdurların ve tanıkların güvenliğini, fiziksel ve psikolojik rahatlığını, onurunu ve mahremiyetini koruyacak uygun önlemleri almasını gerektiğini belirtir.; Madde 68(4) önlemler hakkında Savcıya ve UCM'nin diğer kısımlarına görüş bildirme için

Birimi yetkilendirir. Birim cinsel şiddet mağdurlarını ve çocuk mağdurları da içerecek şekilde travma geçirmiş bireylerle ilgilenebilecek eğitimli kişileri ve deneyimli profesyonelleri içerecektir.”

Avrupa Konseyince “sorgu” teriminin mağdur için de kullanılması ilginçtir. CMK’da “mağdur ile şikâyetçi, Cumhuriyet savcısı veya mahkeme başkanı veya hâkim tarafından çağrı kâğıdı ile çağırılıp dinlenir.” denmiştir(CMK 233). Mağdur için dinleme teriminin kullanılması doğrudur. Ancak mağdurun dinlenmesi açısından sanık hakkındaki düzenlemelere benzer düzenlemelerin bulunmadığını yukarıda belirtmiş idik. Kolluk, savcı ve yargıç mağduru dinlerken nasıl davranması gerektiği konusunda hiçbir eğitim almamaktadır.³⁵²

CMK’da çapraz sorgu kurumuna (Madde 201) mağdur açısından iki farklı şekilde yaklaşılabileceğine değinmiştir. Mağdur da çapraz sorgu yöntemine tabi tutulacaktır. Özellikle sanık avukatı, müvekkilinin cezasının indirilmesi için, örneğin mağdurun tahrik ettiğini, ya da kusurlu olduğunu kanıtlamak için mağduru baskı altına almaya çalışabilir. Cinsel amaçlı suçlar ile yaşı küçük çocuklarının sorgulanmaları sırasında mağdur savunma makamı tarafından hırpalanabilir. Bu durumlar için itiraz prosedüründen başka kanunda koruyucu hiçbir yöntem bulunmamaktadır. İtirazdan sonra sorunun gerekli olup olmadığına mahkeme başkanının karar verecek olması mağdurun korunması açısından bir güvence oluşturmaktadır.

5271 sayılı CMK ile bu konuda mağdur çeşitli güvencelere kavuşmuştur. İşlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk veya

³⁵²Fusun Sokullu-Akinci, 212” Suç nedeniyle travma geçirmiş olan mağdura ne şekilde muamele edileceği, onun ikincil mağduriyetler yaşamasını önlemeye yönelik özen gösterilmesi psikologların uzmanlık alanına girmektedir. Ancak polis, savcı ve hakim de bu açıdan eğitilmelerinin ne denli gerekli olduğu da açıktır. Uygulamada, mağduru dinleyen kişinin tutumu onun takdirine kalmıştırDuruşma aşamasında ise yüze karşılık, vasıtasızlık ve sözlülük ilkeleri gereğince mağdur yargıç tarafından dinlenecektir.

mağdur, bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak bir defa dinlenebileceği belirtilmiş ancak maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunluluk arz eden haller saklı tutulmuştur.(CMK 236/2) Mağdur çocukların veya işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan diğer mağdurun tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulacağı belirtilmiştir.(CMK Madde 236-3).

Avrupa Konseyi'nin Ceza ve Usul Hukukunda Mağdurun Durumuna ilişkin olarak Tavsiyesi R(85) "Tavsiye D.9. Mağdur aşağıdaki hususlar hakkında bilgilendirilmelidir: Zarar görmesine neden olan suçun duruşmasının tarihi ve yeri, ceza adalet sistemi içinde elde edilmesi mümkün tazminat ya da eski hale iade, hukuki yardımcı tavsiye şansının olup olmadığı,davanın sonucu hakkında nasıl bilgi edinebileceği."; Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur olanlara Adalet Sağlanmasına dair Temel Prensipler Bildirisi Prensip 6 -a. "Özellikle ağır suçlar söz konusu olduğunda ve mağdurların talep etmeleri halinde mağdurlara, yargılamadaki rolleri ve kapsamı, yargılamanın zamanlaması ve ilerlemesi ile, davalarının durumu hakkında bilgi verilir."

Duruşmada mağdur bir veya gerekiyorsa daha fazla kez dinlenir. Kendisine yapılan tebligatta ilk duruşmanın yeri ve tarihi bildirilir. Sonraki duruşmalarda dinlenmesine gerek yoksa bunların yeri ve tarihi kendisine bildirilmemektedir. Mağdur duruşmaları izlemek istiyorsa bunun için kendisinin gayret etmesi gerekmektedir. CMK'na göre dilekçede veya tutanağa geçirilmiş olan beyanda belirtilen adrese yapılan tebligata rağmen gelmeyen mağdur veya şikâyetçiye bir kez daha tebligat yapılmaz. Bu husus CMK gerekçesinde "Aksi tutum, yargılamanın gereksiz yere uzamasına yol açardı. Ancak, bu kişilerin mutlaka dinlenmesi gerekiyorsa, ceza yargılamasında maddî gerçek araştırıldığı, şeklî gerçeğe yetinilmediği

için, mağdur bir şekilde aranıp bulunacaktır. Bu husus maddenin son fıkrasında açıklanmış bulunmaktadır.” denilerek ortaya konmuştur.

Avrupa Konseyi’nin Ceza ve Usul Hukukunda Mağdurun Durumuna ilişkin olarak Tavsiyesi R(85) “Tavsiye D. 10. Ceza mahkemesinin suçlunun faile tazminat ödemeğe mahkum etmesi mümkün olmalıdır. Buna uygun olarak mevcut sistemde yer alan sınırlamalar, kısıtlamalar veya teknik engeller ilga edilmelidir.”; Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur olanlara Adalet Sağlanmasına dair Temel Prensipler Bildirisi Prensip 7 “Mağdurlara haklarının verilmesi ve bir giderim sağlanmasını kolaylaştırması halinde arabuluculuk, hakemlik ve geleneksel adalet veya yerel uygulamalar da dahil, uyuşmazlığı çözmek için gayri resmi mekanizmalar da kullanılır”; Prensip 8. “Suçu işleyenler veya bunların hareketlerinden sorumlu olanlar, gerektiği takdirde mağdurlara, ailelerine veya bakmakla yükümlü oldukları kimselere adil bir giderim verirler. Bu giderim mülkün geri verilmesini, zararın veya kaybın karşılanmasını, mağduriyetten doğan giderlerin geri ödenmesini, gerekli hizmetlerin sağlanmasını ve ihlal edilen hakların onarılmasını da kapsar.”; Prensip 9. “Hükümetler, ceza davalarında cezai yaptırımlara ek olarak bir yaptırım olarak kullanılabilmesi için mevzuatlarını ve uygulamalarını gözden geçirirler.”

Hukukumuzda mağdur giderim istemini hukuk mahkemesine yapabilir. CMUK’a göre şahsi davacı veya müdahil, esas olarak hukuk mahkemesinin yetkisinde olan ancak yargılanmakta olan ceza davası ile bağlantısı nedeniyle, ceza mahkemesinden uğradığı zararların hükme altına alınmasını isteyebiliyordu. Bu açıdan hem şahsi davacı (CMUK md. 350/2) hem de müdahil (CMUK md. 365/2) şahsi hak talebinde bulunabiliyordu. CMK bu hakkı kaldırmıştır. CMUK zamanında dahi şahsi hak talebinin yeterince etkin kullanılmadığı ceza mahkemelerinin yüklerinin çok fazla olduğunu düşünen ceza yargıcının genelde CMUK’nun 358/2. maddesini

uygulamayı seçmesi ve giderim konusunu kendi uğraşı konusu dışında görmekte idi.

Ceza yargılamasının duruşma aşamasında geçerli olan yüze karşılık, vasıtasızlık, sözlülük ilkelere gereğince ceza yargıcının tüm delilleri birinci elden inceleyeceği düşünülürse, giderime ilişkin deliller de yargıç tarafından öğrenilecektir. Eski uygulamada hukuk mahkemelerinin hükmettiği maddi ve manevi tazminatın daha yüksek olması da, giderim için hukuk mahkemelerinin tercih edilmesine yol açmaktaydı.

Avrupa Konseyi'nin Ceza ve Usul Hukukunda Mağdurun Durumuna ilişkin olarak Tavsiyesi R(85) "Tavsiye D.11. Yasalar tazminatı ya bir ceza veya ceza yerine geçen bir seçenek ya da cezanın yanında hükmolunacak şekilde düzenlenmelidir."

Özel hukuk alanındaki giderim ya da iade davalarının açılmasının özel hukuk ilişkisi olarak görülmekte, devlet burada kamusal bir fonksiyon kabullenmemektedir.

Hukukumuzda giderim bir ceza yaptırımı değildir. Haksız fiil nedeniyle giderime, hukuk mahkemelerince hükmedilir. Halbuki, karşılaştırmalı hukukta aynen iade veya giderime bir ceza yaptırımı olarak hükmolunmaktadır. Örneğin, İngiltere'de mahkemeler hırsızlık suçları açısından malın iadesine ceza olarak hükmetmektedirler. İsveçre'de para cezasının tamamen ya da kısmen mağdura ödenmesi. İtalya'da suçlunun cezaevinde veya dışarıdaki kazancının mağdurun zararını giderecek oranda haczedilmesi, hatta failin malları üzerinde ipotek tesisi, Avusturya'da tazminatın ödenmemesi durumunda para cezası ve hapisle tazyik yöntemleri uygulanmaktadır.³⁵³

³⁵³ Fusun Sokullu-Akinci, 207 vd.

Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar başlığını taşıyan TCK 50. maddesinde “Kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre” “mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine” çevrilebilmektedir.

Avrupa Konseyi’nin Ceza ve Usul Hukukunda Mağdurun Durumuna ilişkin olarak Tavsiyesi R(85) “Tavsiye D.13. Mahkemenin ertelemeyi veya probasyonu ya da diğer önlemleri mali koşullara bağlama gibi seçenekleri bulunmaktaysa bu koşullar arasında failin mağdura ödeyeceği tazminata büyük önem verilmelidir.” Hukukumuzda giderime ceza hukuku alanında fazlaca bir önem verilmemektedir. Belki yargılama sırasında bir giderimin ödenmiş olması ya da malın iadesi bazen takdiri hafifletici neden bazen de etkin pişmanlık hükmü olarak etki yapabilmektedir.

Öte yandan cezanın ertelenmesi, hükümlünün mağdurun zararlarının gidermesi şartına bağlanabilir CİK Madde 110 fıkra 3’te “Yetmişbeş yaşını bitirmiş olup da üç yıl ve daha az süreli hapis cezasına mahkûm olanların, bu cezalarının ceza infaz kurumlarında çektirilmesi sağlık durumları itibarıyla elverişli olmadığı, tam teşekküllü Devlet veya üniversite hastanelerince verilecek raporla tespit edilenler hakkında cezanın konutlarında çektirilmesine hükmü veren mahkemece veya hükümlü başka bir yerde bulunuyorsa o yerde bulunan aynı derecedeki mahkemece karar verilebilir. Ancak, mahkûmiyete konu suç nedeniyle herhangi bir zarar doğmuşsa, bu zararın aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi şartı da ayrıca aranır. Bunlar hakkında beşinci fıkra hükümleri uygulanmaz.” denilerek bu infaz usulünün uygulanması mağduriyetin giderilmesi şartına bağlanmıştır. Aynı şekilde şartla salıverme de hükümlünün gücü oranında şahsi hakları tazmin etmesi

koşuluna bağlanabilir Bu hükümlerin, D.13'de yapılmış olan öneriyi karşıladığı görülmektedir.

Probation; özel şekilde seçilmiş suçlular hakkında kamu davası açılmasının veya duruşma yapılmasının ya da ceza hükmedilmesinin şartlı olarak geri bırakılmasını ve serbest bırakılan suçlu hakkında onun kişiliğini hedef tutan bir kontrol, yöneltme ve idare sisteminin uygulanmasını belirleyen bir önlem³⁵⁴ olarak tanımlanmaktadır. Hukukumuzda denetimli serbestlik müessesesi yeni düzenlemeler ile birlikte yer almaktadır. Denetimli serbestlik sisteminde esas, dava, duruşma veya cezaya hükmedilmesinin şartlı olarak geri bırakılmasıdır. Cezanın şartlı geri bırakıldığı dönem içinde suçlu hakkında özel bir kontrol memuru aracılığı ile gözetim görevi yerine getirilir ve adeta bir tedavi yapılır.³⁵⁵ Anlaşıldığı üzere probation da erteleme'nin değişik bir modeli olarak biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır. Probationda, tarihi gelişim olarak Kıta Avrupasındaki erteleme modelinden farklı olarak, özel şekilde seçilmiş suçlular hakkında uygulanmakta ve ilgili deneme süresinde kendi başına bırakılmamakta, gözetim ve denetim altında bulundurulmaktadır. Yine, ertelenen cezanın infazında hakim'in, yeni yaptırımlar belirleme konusunda geniş bir hareket alanı bulunmaktadır. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması hukukumuzda bu kurumun önde gelen esasları olmuştur.

Avrupa Konseyi'nin Ceza ve Usul Hukukunda Mağdurun Durumuna ilişkin olarak Tavsiyesi R(85) "Tavsiye F.15. Suçların kovuşturulması ve yargılanmasında bilgilendirme ve halkla ilişkiler açısından, mağdurun özel yaşamını ve onurunu olumsuz yönde etkileyecek her türlü yayından korunması hususunda özel dikkat gösterilmelidir. Eğer suçun türü ya da mağdurun statüsü, kişisel durumu veya güvenliği gerektiriyorsa duruşma

³⁵⁴ Dönmezer/Erman, Nazari ve tatbiki, .5 vd; Önder, Ceza Hukuku , 21 vd; İçel/ Sokullu-Akıncı/ Özgenç/ Sözüer/Mahmutoğlu./ Ünver, 105

³⁵⁵ Dönmezer/Erman, Nazari ve tatbiki, 5 vd.

yargıcın odasında gizli olarak yapılmalı veya kişisel bilgilerin yayınlanması gerektiği ölçüde sınırlanmalıdır.

Ülkemizde kural olarak duruşmalar aleni olarak yapılmaktadır. Anayasanın 141. maddesine göre, “Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır.” Ancak aynı madde, “Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir.” demektedir. Nitekim, CMK.un 182 vd. maddelerindeki hallerde yargıç genel ahlakı ve kamu güvenliğini korumak için gizli duruşma yapabilir. 18 yaşından küçük çocukların duruşması gizli yapılır. Ancak bu hükümlerin çok sık uygulanmadığını ifade etmeliyiz. 18 yaşından küçük mağdur çocukların da duruşması gizli yapılmalıdır. Mağdurlar bu olanaktan tam haberdar değildir ve aleni duruşmada ifade vermekten korkmaktadırlar.

Suç mağduru genelde ilk duruşmada dinlenir. Gerekirse sonraki oturumlara da çağrılır. Yargıç mağduru koruma babında ve ayrıca fail varken mağdur rahat konuşamıyorsa, faili duruşma salonunun dışına çıkarabilir. (CMK 200) Duruşma alenidir. Ancak CMK 183 “180 inci maddenin beşinci fıkrası ile 196 ncı maddenin dördüncü fıkrası hükmü saklı kalmak üzere, adliye binası içerisinde ve duruşma başladıktan sonra duruşma salonunda her türlü sesli veya görüntülü kayıt veya nakil olanağı sağlayan aletler kullanılamaz. Bu hüküm, adliye binası içerisinde ve dışındaki diğer adlî işlemlerin icrasında da uygulanır.” hükmü getirdiğinden fotoğraf makinesi ve televizyon kamerası vs. ile görüntü ve kayıt alınamaz.

Avrupa Konseyi’nin Ceza ve Usul Hukukunda Mağdurun Durumuna ilişkin olarak Tavsiyesi R(85) “Tavsiye G.16. Gerektiğinde ve özellikle organize suçlar söz konusu olduğunda, mağdur ve ailesi suçlunun gözdağı vermesi ve misillemesinden etkin bir biçimde korunmalıdır.”; Roma Tüzüğü

Madde 43(6) UCM kalemünde bir Mağdur ve Tanık Biriminin kurulmasını öngörür. Bu, UCM önünde hazır bulunan mağdurlara ve tanıklara ve bu türden tanıklıklardan dolayı risk altında olan aile üyeleri gibi diğerlerine koruyucu önlemleri, güvenlik tedbirlerini, danışma ve diğer uygun yardımları temin edecektir.”; “Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur Olanlara Adalet Sağlanmasına Dair Temel Prensipler Bildirisi Prensip 6-d Mağdurlara verilebilecek rahatsızlıkları asgariye indirmek, mahremiyetlerini korumak, gerektiği zaman kendilerinin, ailelerinin ve lehlerine olan tanıkların güvenliklerini sağlamak ve onları baskı ve misillemeye karşı korumak için tedbir alınır “

Hukukumuzda bu tür hükümlerin eksikliği hissedilmektedir. Yalnızca CMK'un 200. maddesi, duruşma sırasında, sanığın salonda bulunması nedeniyle bir tanığın gerçeği söylemeyeceğinden korkuluyorsa, mahkemenin dinleme sırasında, o sanığın mahkeme salonundan çıkarılmasını emredebileceğini belirtmektedir. Travmanın stresi altındaki mağdurun çoğu kez böyle bir baskıyı hissedebilir. Mağdurun kendisini rahatça ifade edebilmesini sağlayan böyle bir düzenlemenin son derece yararlı olduğu açıktır.

Öte yandan organize suçların mağdurları ve onların yakınlarını koruyucu nitelikteki hükümler sistemimizde yer almamaktadır. Terörle Mücadele Kanunun 20. maddesi bir takım koruma tedbirleri içerdiği halde bu koruma, terör ve anarşi ile mücadele görevi yapan resmi görevlileri, hakim ve savcılar, suçun aydınlatılmasına yardımcı olan tanık ve ihbarcılarını kapsamakta, bu suçların tüm mağdurlarını korumamaktadır. Mağdurlar ancak ihbar etmişlerse bu kapsamda mütalaa edilirler. Mağdur ve yakınlarının da ne tür tehlike altında oldukları düşünülürse bu koruma şemsiyesi altında yer almamalarının ne denli sakıncalı olduğu açıktır. Madde 20/1, “...suçun aydınlatılmasında yardımcı olan tanık ve ihbarcılar...”

demekle belki yalnızca suçun aydınlatılmasına yardımcı olan mağdurları korumayı amaçlamış olabilir. Kanımızca bu koşul aranmaksızın tüm mağdurlar himaye edilmiş olsalar, bu koruma kalkanı altında suçların aydınlatılmasında daha çok yardımcı olacakları muhakkaktır.

Bu koruma tedbirleri şunlardır: Talep halinde estetik cerrahi yoluyla dış görünümün değiştirilmesi, nüfus kaydı, ehliyet, evlenme cüzdanı, diploma ve benzeri belgelerin değiştirilmesi, buna bağlı olarak taşınır ve taşınmaz malları ile ilgili hakları, sosyal güvenlik ve diğer hakların korunması için gerekli düzenlemelerin yapılması.

Bu hüküm belirli mağdurları sınırlı koşulların gerçekleşmesi durumunda kapsamlı bir şekilde korumakta, belirli görevlilerin de bir suçun mağduru olmalarını önlemeğe çalışmaktadır. Benzer bir hükmün organize suç mağdurlarını ve olası mağdurlarını kapsar bir şekilde düzenlemesi çağdaş bir hüküm olacaktır. Pozitif hukukta düzenlenmemiş olmamakla beraber tehdit altındaki mağdur veya olası mağdurların yalnızca bir kısmına polis koruması ve silah taşıma ruhsatı verilmekle birlikte bu konuda tutarlı bir uygulama bulunmamaktadır. Tanık Koruma Kanunu Tasarısı buna bir çözüm olabilir. Öte yandan Terörle Mücadele Kanununun 21. maddesi görevlerini yapmalarından dolayı terör eylemlerinde yaralananlara ve ölenlerin yakınlarına nakdi tazminat verilmesini ve aylık bağlanmasını düzenlemekte, bu kişilerin bir süre devlet konutlarında oturmalarını sağlamakta, ya da bir süre kiralарını ödemektedir. Madde ayrıca bu kişilerin Devlet Demiryollarında, Denizyolları Şehir Hatlarında, Belediyeye ait toplu taşıt araçlarında ücretsiz seyahat edeceklerini, eksilen vücut organlarının en son teknikle yapılıp onarılacağını, yurt içinde tedavileri mümkün değilse yurt dışında tedavi edileceklerini, aciz ve kimsesizlerin ücretsiz olarak özel rehabilitasyon, bakım merkezlerinde ve huzurevlerinde kalabileceklerini düzenlemektedir. Yine aynı madde uyarınca terörle mücadele nedeniyle köyleri boşaltılan veya ölenlerin çocuklarına üniversite öğrenimleri süresince

burs verilir. Terörle Mücadele Kanununun 22. maddesi ise, terör eylemlerinden dolayı yaralananların, can ve mal kaybına uğrayan tüm mağdurların Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonundan öncelikle yararlanmalarını, ilk ve orta öğretim çağındaki şehit çocuklarının öğrenim masraflarının aynı fondan karşılanacağını düzenlemektedir.

SONUÇ

Sadece ceza hukukunda değil ceza muhakemesinde yıllardır ihmal edilen mağdur son yıllarda getirilen yeni yaklaşımlar ile önem kazanmıştır. Mağdur hakkında en geniş tanım Milano'da toplanan Suçluların Önlenmesi ve Suçluların Islahı üzerine Yedinci Birleşmiş Milletler Kongresi tarafından kabul edilmesi tavsiye edilen ve Genel Kurulunun 29 Kasım 1985 tarihli 40/34 sayılı kararıyla kabul edilen bildiride yapılan tanımdır.

Bu bildiride mağdur “Yürürlükte bulunan ceza kanunlarının eylem veya ihmal yoluyla ihlal edilmesi nedeniyle, bireysel veya toplu bir olarak, fiziksel veya ruhsal biçimde yaralanma da dahil olmak üzere manevi acılar çeken, ekonomik kayba uğrayan veya temel hakları esaslı bir biçimde zayıflayan ve bu suretle zarar gören kimse” diye tanımlanmıştır. Mağdur teriminin ayrıca mümkünse mağdurun ailesini veya doğrudan bakmakla yükümlü olduğu kişileri ve zor durumunda mağdura yardımcı olmaktan veya mağduriyeti önlemekten ötürü zarar gören kişileri de kapsayacak şekilde kabul edilmesi gerektiği de bu bildiride söylenmektedir.

Tezimizde suçtan zarar gören, suçun konusu, mağdur kavramlarını geniş olarak incelenmiştir. Doktrinde suçtan zarar gören kavramını tanımlayan herhangi bir kanun maddesi bulunmamaktadır. Bu kavramın bir

kanun maddesi ile tanımlanması yetersiz kalmasına da yol açabilir. Bir suçun işlenmesiyle hukuken korunan menfaatleri doğrudan veya dolaylı ihlal edilen kimse suçtan zarar gören olarak tanımlanabilir. Yine bu kavramların birbirlerinden farklı ve benzer yönleri de açıklanmıştır.

Mağdurun korunmasının tarihi çok eskiye dayanmaktadır. Adalet duygusu İslamiyetten önce de Türklerde hassas olarak bulunmakta idi. Bu duygu İslamiyetin kabulü ile daha da yerleşmiş ve Osmanlı ve Cumhuriyet ile gittikçe sistematik hale gelmiştir. En son getirilen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve bu kanunda 6/12/2006 tarih ve 5560 Nolu Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun (R.G.Yayın Tarihi 19/12/2006) ile de mağdurun korunması ülkemizde en modern seviyesine ulaşmıştır.

Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Tüzüğü, Birleşmiş Milletler Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur Olanlara Adalet Sağlanmasına Dair Temel Prensipler Deklarasyonu, Avrupa Konseyinin Mağduriyetin Önlenmesi Konusunda R(87) 21 Sayılı Tavsiye Kararı, Avrupa Konseyi'nin Ceza ve Usul Hukukunda Mağdurun Durumuna ilişkin Olarak Tavsiyesi R(85) gibi uluslararası belgeler mağdurun korunmasının önemine işaret eden ve bu konuda usul kurallarının çerçevesini belirlemeye yönelik çalışmalardır. Bu çalışmalarda mağdurun korunması için üye devletler tarafından alınması gereken asgari önlemler belirtilmiştir. Yine karşılaştırmalı hukuk içinde mağdura tanınan haklar Anglo Sakson hukuk sistemi ve Kıta Avrupası hukuk sistemi göz önüne alınarak incelenmiştir.

Mağdur muhakemedeki şahit rolünden kurtulmalı ve muhakemeye daha çok etki edebilmelidir. Ceza muhakemesinin ve bu muhakemenin

kaynağında mağdur bulunmaktadır. Hukuka aykırı fiiller toplum düzenini bozsa da bundan asıl etkilenen mağdurdur. Geleneksel yaptırım sistemi artık yetersiz kalmaktadır. Mağdurun adaletin sağlanacağına ilişkin beklentisinin zayıflaması ceza hukukunu mağdura yöneltmiştir. Mağduru dikkate almayan yöntemler sağlıklı sonuçlar vermemektedir. Uzlaşmanın öne çıkmasındaki temel sebeplerden biride ceza hukukunun mağdurun tatmin edilmesi ve mağduriyetini gidermek konusundaki yeni gelişmelerdir

Mağduriyetin giderilmesi yöntemleri; şikayet, katılma, uzlaşma, önödeme, erteleme veya şartlı salıvermenin giderim koşuluna bağlanması, özür dileme, kamuya yararlı çalışma, para cezasının tazmine çevrilmesi, müsadere edilen malın satış bedeli, tazminat, sigorta, mağdur yardım organizasyonları, şahsi dava ve şahsi hak davası olarak sayılabilir. Bu yöntemlerden bir kısmı (şahsi dava) iç hukukumuzda eskiden yeralan ancak şu an uygulanmayan yöntemlerdir. Bazı yöntemler ise (uzlaşma, kamu davasının açılmasının ertelenmesi vs.) hukukumuzda yeni girmiştir. Mesela erteleme kavramında ilk akla gelen, cezaların ertelenmesidir. Burada erteleme kavramından kasıt sadece verilen cezanın değil aynı zamanda kamu davasının açılmasının, duruşmanın ve hükmün ertelenmesidir. Bir yenilik olarak “kamu davasının açılmasının ertelenmesi” kurumu, ilk olarak ÇKK 19. maddesiyle hukukumuzda girmiştir. Mağdurların korunması konusunda ise suç mağdurlarının özellikle de çocukların ceza muhakemesi sırasında korunması, tanık olarak dinlenmesi sırasında tekrar mağdur olmamaları için gerekli tedbirlere CMK’da yer verilmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu suç mağduru ve şikayetçinin haklarını ceza muhakemesinin soruşturma ve kovuşturma evresinde farklı şekilde düzenlemiştir.

Mağdur ile şikâyetçinin soruşturma evresinde hakları delillerin toplanmasını isteme, soruşturmanın gizlilik ve amacını bozmamak koşuluyla Cumhuriyet savcısından belge örneği isteme, vekili yoksa, baro tarafından kendisine bir avukat görevlendirilmesini isteme, 153 üncü maddeye uygun olmak koşuluyla vekili aracılığı ile soruşturma belgelerini ve elkonulan ve muhafazaya alınan eşyayı inceletme, Cumhuriyet savcısının, kovuşturmaya yer olmadığı yönündeki kararına kanunda yazılı usule göre itiraz hakkını kullanmadır.

Kovuşturma evresinde ise duruşmadan haberdar edilme, kamu davasına katılma, tutanak ve belgelerden vekili aracılığı ile örnek isteme, tanıkların davetini isteme, vekili yoksa, baro tarafından kendisine avukat atanmasını isteme, davaya katılmış olma koşuluyla davayı sonuçlandıran kararlara karşı kanun yollarına başvurma, mağdur, onsekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malûl olur ve bir vekili de bulunmazsa, istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilmesidir. Bu haklar, suçun mağdurları ile şikâyetçiye anlatılıp açıklanır ve bu husus tutanağa yazılır. Yine kanun yollarına başvurma hakkı ile Ceza Muhakemesi Kanunundaki diğer düzenlemelerde doğrudan veya dolaylı olarak mağduru korumaya yöneliktir.

Ceza muhakemesinde amacın değişmeye başlamasının ve medeni muhakeme ile yakınlaşmanın sonucu olarak uzlaşma ortaya çıkmıştır. Muhakemenin kamusal niteliği hafiflemiş, mağdurun gözardı edilmesinin getirdiği tepki ile mağdurun ceza muhakemesine daha fazla katılması yolunu sağlayan, hem de mağduriyetin giderilmesi kapsamının genişleten

mağdurun zararını daha çabuk ve tatminkar bir yol ile çözme amacı güden uzlaşma kurumu hukukumuzda somutlaşmaya başlamıştır.

Uzlaşma, temelde fail ile mağdurun anlaşması nedeniyle, ceza yargılaması faaliyetinin yapılmaması ya da başlamış olan yargılamanın bu nedenle sona erdirilmesi anlamını taşır. Uzlaşma ile fail işlediği suçun sorumluluğunu kabul edip üstlenerek, suçun sonuçlarını da gidererek toplumla yeniden bütünleşme olanağını elde etmiş olmaktadır. Bu çeşit uygulamalara “onarıcı adalet” denilmektedir. Görüldüğü üzere yapılan değişiklik ve getirilen yenilikler ile uluslararası uygulama ile hukuk sistemimiz arasındaki fark kapatılmış mağdur evrensel normlara uygun bir koruma altına alınmıştır.

Mağduriyetin giderilmesini sağlayan bu yeniliklere 6/12/2006 tarih ve 5560 Nolu Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile getirilen kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumları da eklenmelidir. Yine uygulama da aksaklık yaşayan uzlaşma kurumu da bu değişiklik ile daha işlevsel bir hal almıştır. Diğer kanunlarda mağduru koruyan hükümlerde bulunmaktadır. Ertelme ve bunun gibi kurumlar ceza hukuku içindeki örneklerdir. Yine uluslararası uygulama ile ülkemiz uygulaması mağdurun korunması açısından son derece yakınlaşmıştır.

KAYNAKÇA

ABACI,Nurcan

2001 *Bursa Şehrinde Osmanlı Hukukunun Uygulanması(17.yüzyıl),
Kültür Bakanlığı Yayınları, (Ankara)*

AÇIKGÖZOĞLU,Muhammet

2000 *Ceza Hukuku Açısından Teori ve Uygulamada Mağdur
Kavramı, (Ankara)*

AKGÜNDÜZ , Ahmet ve ÖZTÜRK,S.

*700. Yılında Bilinmeyen Osmanlı, Osmanlı Araştırmaları Vakfı
(İstanbul)*

AKDEMİR,Süleyman

1988 *Ceza Hukukunda Mağdurun Korunması(İzmir)*

AKSAR ,Yusuf

2003 *Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Ceza Usul
Hukuku(Ankara)*

Ali Haydar ve Hoca Emin Efendizade

1910 *Dürrü'l-hükkâm şerhü Mecelleti'l-Ahkam, İstanbul, IV/694.
(İstanbul)*

Anayasa Yargısı

2001 *Anayasa Mahkemesinin 39.Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle
Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler (25-26 Nisan 2001) (Ankara)*

ARTUK, Mehmet Emin ve Yenidünya, A.

1999 *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Erteleme Müessesesi, Sahir Erman'a Armağan* (İstanbul)

ARTUK, Mehmet Emin ve Yenidünya, A.

2006 *5237 sayılı Yeni TCK.'ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler 1* (Ankara)

AYDIN, A.H,

1996 *Polis Meslek Hukuku* (Ankara)

BAHAR, Halil İbrahim

2006 *Suç Mağdurları* (Ankara)

BAŞÖZ, Lütfü ve ÇAKMAKÇI, R.

2002 *Yeni Türk Medeni Kanunu*, (İstanbul)

BAYINDIR Abdulaziz,

1986 *İslam Muhakeme Hukuku, Osmanlı Devri Uygulaması*, (İstanbul)

BAYINDIR Abdulaziz,

2002 *Örneklerle Osmanlıda Ceza Yargılaması* (İstanbul)

BİLMEN,Ömer Nasuhi ,

1967 *İstılahatı Fikhiyye Kamusu* (İstanbul)

CİN , Halil ve AKGÜNDÜZ ,A.

1995 *Türk Hukuk Tarihi (Giriş ve Kamu Hukuku), Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları* (İstanbul)

CİN , Halil ve AKGÜNDÜZ ,A

1996 *Türk Hukuk Tarihi (Özel Hukuk), cilt II, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları*(İstanbul).

ÇEKİN Necmi

1998 *Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi* (İstanbul)

DEMİRBAŞ,Timur

2001 *Kriminoloji* (Ankara)

DÖNMEZER,Sulhi

1949 *Cezai Mesuliyetin Esası*,(İstanbul)

DÖNMEZER, Sulhi ve ERMAN, S.

1994 *,Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, (İstanbul)

DÖNMEZER, Sulhi ve ERMAN, S. , ERDEM, M.R.

Ceza Hukukunda Cezaların Ertelenmesine İlişkin Düzenlemelere Anayasal Bakış,(Anayasa Mahkemesinin 39.Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiri) Anayasa Yargısı, (Ankara)

FEYZİOĞLU, Metin

1996 *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık*, (Ankara)

GALANTİ, Avram

1925 *Hammurabi Kanunu* (İstanbul)

GÖZÜBÜYÜK, Şeref

1998 *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması* (Ankara)

HENTİG, VON HANS

1948 *The Criminal and His Victim. New Haven: Yale U. Press.*

İÇEL Kayıhan ve YENİSEY, F.

1994 *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları* (İstanbul)

İÇEL, Kayıhan

1977 *Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Olan Müesseselerdeki Gelişmeler ve Türk Ceza Siteminin Bu Yönde Değerlendirilmesi, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Açısından TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği*, (İstanbul)

İÇEL, Kayıhan ve Özgenç İzzet ve başk

2000 *Yaptırım Teorisi* (İstanbul)

Kıbrıs Türk Kalkınma Platformu Derneği:

2001 *Türkiye Cumhuriyeti - Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Karşılaştırmalı Hukuk Sempozyumu* (Ankara)

KILIÇOĞLU, Ahmet

1992 *Türk Borçlar Kanunu*, (Ankara)

KUNTER,Nurullah

1989 *Ceza Muhakemesi Hukuku*(İstanbul)

KUNTER,Nurullah

1981 *Ceza Muhakemesi Hukuku*(İstanbul)

MALKOÇ,İsmail

2005 *Ceza Muhakemesi Kanunu*(Ankara)

OKANDAN, Recai Galip

1951 *Umumi Hukuk Tarihi Dersleri*(İstanbul)

ONURSAL,S.

1968 *Kamu Davasına Müdahale*(İstanbul)

ÖNDER, Ayhan

1963 *Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler*”,(İstanbul)

ÖNDER, Ayhan

1989 *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul)

OSKAY,Ümran /DİKENCİK,Birsen

2005 *Tecavüz ve Hemşirelik Bakımı Sağlık ve Toplum Dergisi Sayı 1*

ÖZBEK,Veli Özer

1995 *Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi*
(Ankara)

ÖZBEK,Veli Özer

2005 *CMK İzmir Şerhi Ceza Muhakemesi Hukukunun Anlamı*
(Ankara)

ÖZEK,Çetin

1984 *Suç Mağdurlarının Korunması İle İlgili Bazı Sorunlar*, (İstanbul)

ÖZGENÇ, İzzet ve C. ŞAHİN

2001 *Uygulamalı Ceza Hukuku*,(Ankara)

ÖZGENÇ İzzet

2005 *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler*,(Ankara)

ÖZTÜRK, Bahri ve M.R. ERDEM ve V.Ö. ÖZBEK

1998 *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara)

ÖZTÜRK, Bahri

1995 *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*,Ankara)

ÖZTÜRK, Bahri

1994 *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*,(Ankara)

ÖZTÜRK,Osman

1973 *Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle*, (İstanbul)

POLİS DERGİSİ, 152. Yıl özel sayı, s.3

POTTER ,J.

2000 *Çapraz Sorgulama Teknikleri*, (Hukuk Kurultayı 2000), C. 2,
Ankara Barosu Yayını(Ankara)

SERTKAYA, Osman

1997 *“Eski Uygur Türkleri’nden Hukuk Belgeleri Örnekleri”,
Türklerde İnsanî Değerler ve İnsan Hakları (Başlangıcından Osmanlı
Dönemine Kadar), Türk Kültürüne Hizmet Vakfı, (İstanbul)*

SOKULLU, AKINCI, Fusun

1999 *Viktimoloji, (İstanbul)*

SOYASLAN, Doğan

1997 *Ceza Hukuku Özel Hükümler (Ankara)*

ŞAHİN, Cumhur

2005 *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi (Ankara)*

ŞAHİN, Cumhur

2001 *İspat Hukuku (Delillerin Doğrudan Doğrualığı İlkesi) (Ankara)*

ŞAHİN, Cumhur

1994 *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, (Ankara)*

TAHİROĞLU, Bülent

1975 *Roma Hukukunda Furtum (İstanbul)*

TANERİ, Aydın

1997, *Türk Devlet Geleneği, M.E.B. Yayınları (İstanbul)*

www.adalet.gov.tr, 2005 *CMUK Madde Gerekçe*

www.adalet.org.tr 2004 *YENİ TCK Tanıtımı ve Eğitimcilerin Eğitimi Semineri
Çözüm Notları, (Ankara)*

www.amnesty-turkiye.org *BM Suç ve Yetki İstismarı Mağdurlarına Adalet Temin Edilmesi Hakkındaki Temel Prensipler Deklarasyonu*

www.cagipolisi.com.tr/27/54-55-56-57.htm, AŞIK,H. *Viktimoloji*

www.ceza-bb.adalet.gov.tr *Adalet Bakanlığı Ceza Kanunu Tanıtım Sempozyumu Notları 20.04.2005*

www.ceza-bb.adalet.gov.tr *Adalet Komisyonu Raporu 30.05.2005*

www.preventgenocide.org/lawu

www.ihm.8m.com/i4saroy.htm

www.istanbulbarosu.org.tr/merkezler

www.taa.gov.tr/dersnotlari/GocmenKacakciligiveInsanTicareti.doc

ÜNVER,Naci M.

2001 Uygulamada Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ve Cürüm İşlemek İçin Teşekkül Oluşturmak(Ankara)

YAŞAR,Osman

2005 Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu(Ankara)

YENİSEY,Feridun

1995 Arama Elkoyma Yakalama ve İfade Alma, A.Ü. İnsan Hakları Merkezi Yayınları (Ankara)

YENİSEY,Feridun

1993 Hazırlık Soruşturması ve Polis(İstanbul)

YURTCAN,Erdener

1989 Şahsi Dava ve Uygulaması (Ankara)

YURTCAN,Erdener

2005 Ceza Yargılaması Hukuku, (Ankara)

ÖZET

Mağdur konusu ceza usul hukuku alanındaki gelişmelerde dikkate alınarak tezimizde detaylı olarak açıklanmıştır. Tez iki ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde mağdur ve tarihi gelişim konusu açıklanmaya çalışılmıştır. Bu bölümde uluslararası çalışmalara da değinilmiştir. Yine bu bölümde teoriler ve koruma yöntemleri açıklanmıştır. Son bölümde Türk ceza sisteminde CMK ve diğer kanunlardaki mağdurla ilgili maddeler üzerinde çalışılmıştır.

Bu tezde amaç mağdur üzerine dikkat çekmektir. Klasik ceza teorisi mağduru gözardı etmiştir. Genelde ceza teorisi bu konuyu son zamanlarda fark etmiştir. Bu alandaki gelişmeler artmalıdır. Umudumuz budur.

ABSTRACT

Aggrieved person, in accordance to developing The Penal Procedure Code, are studied in detail in this thesis. This thesis has got two main part. In first part we try to explain the meaning of aggrieved person and historical development. We touch on the international studies in this part. In this part we explain the theories about aggrieved person and methods of protection. In last part we study on the systematic of Turkish penal system about aggrieved person and conditions in new codes.

In this thesis our aim is attracting attention on aggrieved person, the classical crime theory ignores aggrieved person. In general crime theory realize this subject recent times. Development in this are must increase. This is our hope.