

T.C.
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

CEZA MUHAKEMESİNDE MAĞDURUN HAKLARI

DOKTORA TEZİ

ESRA ALAN AKCAN

Anabilim Dalı: Hukuk

Program: Kamu Hukuku

Tez Danışmanı:

Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

MART 2013

T.C.
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

CEZA MUHAKEMESİNDE MAĞDURUN HAKLARI

DOKTORA TEZİ

ESRA ALAN AKCAN

Anabilim Dalı: Hukuk

Program: Kamu Hukuku

Tez Danışmanı:

Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

MART 2013

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	iv.
KISALTMALAR.....	vii -viii
GİRİŞ	ix-x

BİRİNCİ BÖLÜM

MAĞDUR KAVRAMI, ÇEŞİTLİ HUKUK DALLARINDA MAĞDUR TANIMI, YAKIN KAVRAMLARLA OLAN İLİŞKİSİ VE TARİHÇE

I- Genel Olarak Mağdur Kavramı.....	1
A- Tanım.....	2
B- Terim.....	4
C- Ceza Hukukunda Mağdur.....	4
D- Türk Borçlar Hukukunda Mağdur	9
E- Kriminoloji’de Mağdur.....	11
F- Viktimoloji’de Mağdur	12
G- İdare Hukukunda Mağdur.....	14
II- Mağdur Kavramının Yakın Kavramlarla Olan İlişkisi.....	16
A- Suçtan Zarar Gören.....	16
1- Türk Hukukunda-Doktrin ve Uygulamada- Suçtan Zarar Gören Kavramı.....	16
2- Alman Hukukunda- Doktrin ve Uygulamada- Suçtan Zarar Gören Kavramı.....	24
B- Katılan (Müdahil).....	32
1- Genel Olarak.....	32
2- Katılmanın Hukuki Niteliği.....	33
3- Katılmanın Lehinde ve Aleyhinde İleri Sürülen Görüşler.....	33
4- Kamu Davasına Katılmanın Koşulları.....	36
a- Sifat.....	36
b- Kişi Olma.....	36
c- Kamu Davasının Bulunması Gerekliliği.....	38
5- Kamu Davasına Katılmanın Usulü.....	39

6- Katılmanın Davaya Etkisi ve Katılanın Kanun	
Yollarına Başvurması.....	43
7- Katılmanın Hükümsüz Kalması.....	43
C- Şahsi Dava.....	44
1- Genel Olarak.....	44
2- Şahsi Davanın Hukuki Niteliği.....	44
3- Şahsi Davaya Konu Olan Suçlar.....	45
a- Türk Ceza Kanununda Düzenlenmiş Olan Suçlar.....	46
b- Özel Yasalarda Yer Alan Suçlar.....	46
4- Şahsi Davada Süjeler.....	46
5- Şahsi Davanın Açılması- Sona Ermesi.....	49
D- Şahsi Hak Davacısı.....	50
E- Müdahale Yoluyla Dava.....	51
F- Şikayetçi.....	52
1- Genel Olarak.....	52
2- Şikayete İlişkin Bazı Özellikler.....	53
3- Şikayet Hakkı Olanlar- Şikayetçi.....	55
4- Şikayetin Şekli- Süresi ve Şikayetin Yapılabileceği Makamlar....	59
5- Şikayet Hakkından Vazgeçme ve Şikayetin Geri Alınması.....	60
G- Malen Sorumlu.....	61
III- Tarihçe.....	62
A- Genel Olarak.....	62
B- İlkel Toplumlarda.....	62
C- Roma Hukukunda.....	63
D- İslam Hukukunda.....	64
E- Türk Hukukunda.....	65

İKİNCİ BÖLÜM

MAĞDURUN HAKLARI

I- Genel Olarak.....	66
II- Mukayeseli Hukukta Mağdur Hakları.....	69
A- Anglo- Sakson Hukuk Sisteminde.....	69

1- Amerika Birleşik Devletleri.....	69
2- İngiltere.....	70
B- Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde.....	70
1- Almanya.....	70
2- Fransa.....	72
3- Belçika.....	73
4- Japonya.....	73
5- Avusturya.....	73
III- 5271 Sayılı CMK' da Yer Alan Soruşturma Evresinde	
Mağdurun Hakları.....	75
A- Genel Olarak.....	75
B- Delillerin Toplanması İsteme.....	78
C- Soruşturmanın Gizlilik ve Amacını Bozmamak Koşuluyla Cumhuriyet Savcısından Belge Örneği İsteme.....	82
D- Vekil Yardımından Yararlanma Hakkı.....	84
1- Tüm Mağdurlar Bakımından.....	86
a- Ağır Olmayan Suçların Mağdurlarına Tanınan Haklar.....	86
b- Bazı Ağır Suçların Mağdurlarına Tanınan Haklar.....	87
ba- Cinsel Saldırı Suçlarında.....	87
bb- Alt Sınırı Beş Yıldan Fazla Hapis Cezasını Gerektiren Suçlarda.....	92
2- Çocuklar, Sağır Veya Dilsiz Ya da Meramını İfade Edemeyecek Derecede Malul Olan Kimseler Bakımından.....	93
a- Çocuklar.....	94
b- Sağır Veya Dilsizler.....	100
c- Meramını İfade Edemeyecek Derecede Malul Olan Kimseler.....	101
3- AİHS m. 6/3 Doğrultusunda, Silahların Eşitliğini Sağlayan Mağdurun Ücretsiz Avukat Hakkından Yararlanması.....	102
4- Mağdur Vekilinin Hakları (CMK m. 153/son).....	104
a- Mağdurun Vekili Aracılığı İle Soruşturma Belgelerini Ve Elkonulan Ve Muhafazaya Alınan Eşyayı İnceleme Hakkı.....	110

b- Cumhuriyet Savcısının, Kovuşturmaya Yer Olmadığı Yöntündeki Kararına Kanunda Yazı Usule Göre İtiraz Hakkını Kullanma	111
E. Tercümandan Yararlanma Hakkı.....	115
IV- 5271 Sayılı CMK' da Yer Alan Kovuşturma Evresinde	
Mağdurun Hakları.....	116
A- Genel Olarak.....	116
B- Duruşmadan Haberdar Edilme.....	117
C- Kamu Davasına Katılma.....	119
D-Tutanak ve Belgelerden (Vekili Aracılığı İle) Örnek İsteme.....	124
E-Tanıkların Davetini İsteme.....	124
F-Vekil Yardımından Yararlanma	126
G-Davaya Katılmış Olma Koşuluyla Davayı Sonuçlandıran Kararlara	
Karşı Kanun Yollarına Başvurma.....	127
1- Genel Olarak.....	127
2- Davaya Katılmayan Mağdurun Kanun Yollarına Başvurma Hakkı..	128
3- Davaya Katılan Mağdurun Kanun Yollarına Başvuru Hakkı.....	129
a- Başvurma Süresi ve Koşulları.....	129
aa- Başvurma Süresi.....	129
ab- Başvurmanın Biçimsel Koşulları.....	130
aba-Yazılılık.....	130
abb-Başvuru Mercii.....	130
b- Kanuni Başvuru Yolları.....	130
ba- Genel Olarak.....	130
bb- Olağan Kanun Yolları.....	131
bba- Kavram.....	131
bbb- Olağan Kanun Yolları Çeşitleri.....	131
bbba- İtiraz	131
bbbb- İstinaf	132
bbbc. Temyiz.....	134
cc- Olağanüstü Kanun Yolları.....	135
cca- Kavram.....	135
ccb- Olağanüstü Kanun Yolları Çeşitleri.....	135

ccba-Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtirazı.....	135
ccbb- Kanun Yararına Bozma (Yazılı Emir).....	136
ccbc- Yargılamanın Yenilenmesi.....	137
4- Kanun Yolu Başvurusundan Vazgeçilmesi.....	138
H- Onsekiz Yaşını Doldurmamış, Sağır Veya Dilsiz Ya da Meramını İfade Edemeyecek Derecede Malul Olan ve Bir Vekili Bulunmayan Mağdurun, İstemi Aranmaksızın Vekilden Yararlanma Hakkı.....	139

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MAĞDURUN KORUNMASI

I-Genel Olarak.....	140
II-Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Alanında Mağdurun Korunması	
Bakımından Etkili Olan İlkeler.....	141
A- Hukuk Devleti İlkesi.....	141
B- İnsan Haysiyetinin Dokunulmazlığı İlkesi.....	143
C- Oranlılık İlkesi.....	145
D- Silahların Eşitliği.....	145
E- Kamu Davasının Mecburiliği.....	146
III- Mağdurun Korunmasına ve Mağduriyetin Giderilmesine Yönelik	
Uluslararası Çalışmalar ve Belgeler.....	147
A.29 Kasım 1985 Tarihli Birleşmiş Milletler Deklarasyonu.....	147
B.Avrupa Konseyi Tarafından Yapılan Çalışmalar.....	149
1. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Suç Mağdurlarına Tazminat Ödenmesi Hakkında 1977 Tarihli ve 27 Sayılı Tavsiye Kararı.....	150
2. Şiddet Suçları Mağdurlarının Zararlarının Tazmin Edilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi.....	151
3. 28 Haziran 1985 Tarihli Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Hukuki Durumunun İyileştirilmesine İlişkin R (85) 11 Sayılı Tavsiye Kararı.....	152
4. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Mağdura Yardım Edilmesi ve Mağduriyetin Önlenmesi Hakkında R (87) 21 Sayılı Tavsiye Kararı.....	154
5. XIX. Avrupa Konseyi Kriminoloji Kongresi Sonuç ve Tavsiyeleri.....	155

6. Ceza Muhakemesinde Mağdurun Korunmasına İlişkin	
15 Mart 2001 Tarih ve 2001/220 / JI Sayılı Konsey Çerçeve Kararı...	156
C. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü	157
IV- Türk Hukukunda Mağdurun Korunmasına Yönelik Düzenlemeler.....	161
A- Genel Olarak.....	161
B-Arabuluculuk.....	162
C-Onarıcı Adalet.....	165
1- Genel Olarak.....	165
2- Onarıcı Adalet Fikrinin Ortaya Çıkışı ve Gelişimi.....	167
3- Onarıcı Adalet Uygulama Modelleri.....	168
D-Uzlaştırma.....	169
1- Genel Olarak.....	169
2- Uzlaştırmanın Koşulları.....	170
a- Suçun Uzlaştırma Kapsamında Bir Suç Olması.....	170
b- Uzlaştırma Teklifi ve Taraflara Bildirilmesi.....	176
c- Uzlaşmada Edimin Konusu.....	179
d- Uzlaştırımcı Görevlendirilmesi.....	180
e- Uzlaşmanın Hukuki Sonuçları.....	181
3- Uzlaştırma Ve Diğer Onarıcı Adalet Modellerinin Karşılaştırılması...	181
E- Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi.....	183
F-Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması.....	184
G- Cezanın Ertelenmesi.....	190
H- Diğer Düzenlemeler.....	193
1- Denetimli Serbestlik.....	193
2- Etkin Pişmanlık	195
3- Adli kontrol.....	196
4- Kısa Süreli Hapis Cezalarına Seçenek Yaptırımlar.....	199
5- Koşullu Salıverme.....	200
İ- Mağdurun Hukuk Mahkemelerinde Açabileceği Tazminat Davaları.....	201
SONUÇ.....	204
KAYNAKÇA.....	209

KISALTMALAR

ADR: Alternative Dispute Resolution= Alternatif Uyuşmazlık Çözümü

AY: Anayasa

AÜHFD: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

bkz.: Bakınız

BM: Birleşmiş Milletler

C.: Cilt

CD.: Ceza Dairesi

CeGTİK: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun

CGK: Ceza Genel Kurulu

CİK: Cezaların İnfazı Hakkında Kanun (647 sayılı Kanun)

CMK: Ceza Muhakemesi Kanunu

CMUK: Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu (1412 sayılı Kanun)

Çev.: Çeviren

ÇKK: Çocuk Koruma Kanunu

DSYMKKK: Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu

E.: Esas

f.: Fıkra

FSEK: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu

İHFM.: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası

İİK: İcra Ve İflas Kanunu

HPD: Hukuki Perspektifler Dergisi

K: Karar

m.: Madde

No.: Numara

p.: Pragraf

RG: Resmi Gazete

s.: Sayı

StPO: Alman Ceza Muhakemesi Kanunu

TBB: Türkiye Barolar Birliği

TCK: Türk Ceza Kanunu

UCM: Uluslararası Ceza Mahkemesi

UCMS: Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü

UZYÖN: Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin
Yönetmelik

vd: Ve devamı

vs.: Ve saire

Y.: Yargıtay

GİRİŞ

Ceza yargılamasında birincil öneme sahip olan sanık yanında, 1 Haziran 2005 yılında yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nu ile birlikte mağdurun da önemi artmaya başlamıştır. Şüpheli ve sanık hakları kadar mağdur haklarının da gözetildiği bir yapı oluşturulmaya çalışılmıştır. Son zamanlarda, özellikle ceza reformu başlığı altında yapılan yenileştirmeler ile suç mağduru ve suçtan zarar göreni korumaya yönelik eğilimler dikkati çekmektedir. Artık, mağdur ve suçtan zarar gören sadece gerçeğe ulaşmada bir araç, bir şahit değil; suç ile maddi ve manevi zarara uğramış biri olarak, ceza yargılamasının gidişatına etki edebilecek kişi olarak kabul edilmektedir.

Kendilerine karşı suç işlenen mağdurlar genellikle travmatik bir tecrübe yaşarlar ve bunun etkisiyle karşılarındaki kişilere yönelik öç alma duygusu içine girebilir ve ceza adaleti sistemine karşı tatminsiz bir tutum sergileyebilirler. Ancak, ceza muhakemesi süreci, mağduru, suça ve faile karşı korumaya çalışır ve failin yargılanması aşamasında mağdura tanıdığı haklarla onun aktif olarak sürece katılmasına katkı sağlarsa, mağdurun maruz kaldığı travmatik mağduriyet o ölçüde azalacaktır.

Suç mağdurlarına karşı ceza adalet sisteminde, mağdurların yararları yönünde böyle bir duyarlılığın ortaya çıkması kanun koyucuyu da etkilemiş; 5271 sayılı CMK ile Mağdur hakları düzenlenmiştir. Ülkemizde bugüne kadar mağdurlara karşı gösterilen özel dikkat sadece bazı adam öldürme, terör ve örgütlü suçlar bakımından söz konusu oluyordu. Bazı özel kanunlarda (örneğin 3.11.1980 tarihli 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanunda olduğu gibi) suç mağdurlarına veya ailelerine Devletin tazminat ödemesi öngörülmekte idi. Bunun dışında, sanık hakları meselesi, insan hakları savunucularını öylesine meşgul etmiştir ki, uzun süre sadece sanıkla ilgilenilmiş, başka sorunlar göz ardı edilmiştir. Bundan en büyük zararı da suç mağdurları görmüştür.

Mağdurla ilgili bu yöndeki algılar ve CMK’ daki bu yeni düzenlemeler mağdurla ilgili çalışma yapma hususunda bizi cesaretlendirmiştir. “Ceza Muhakemesinde Mağdur Hakları” konulu doktora tez çalışmamızı üç bölüm halinde planladık.

Birinci bölümde, mağdur kavramını ilgili kavramlar ve diğer hukuk dallarındaki mağdur tanımlarıyla mukayeseli olarak incelemeye çalıştık. Ayrıca, konunun tarihsel süreçte gelişimi yine bölümde ele aldığımız konulardan biri olmuştur. Bunun yanında, Yargıtay uygulamaları ve mukayeseli hukuktaki düzenlemelerden de istifade ederek çalışmamızın bu bölümünü tamamladık.

İkinci bölümde, çalışmamızın ana fikrini oluşturan, mağdur haklarını, soruşturma ve kovuşturma evrelerinde ayrı ayrı ele aldık. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile tanınan ve devrim niteliğinde olduğunu düşündüğümüz bu hakları geniş bir çerçevede alt başlıklar halinde açıkladık. Konunun ilgili yerlerinde sanık haklarıyla kıyaslama yaparak, artık mağdurun da sanık gibi ceza muhakemesi hukukunda korunan bir sūje olduğunu ortaya koymaya çalıştık. Yine bu bölümde de mağdur haklarına ilişkin mukayeseli hukuktaki ve uluslararası belgelerdeki durumu da incelemek suretiyle konuyu çok yönlü olarak değerlendirdik.

Son bölümde mağdurun korunması konusunu inceledik. Bu bağlamda öncelikle, ceza muhakemesi hukukuna hâkim olan ilkeler ışığında konuyu değerlendirdik. Daha sonra uluslararası belgelerde ve Türk Hukukunda mağdurun korunması ile ilgili düzenlemeleri tek tek tasnif ederek ayrıntılı şekilde değerlendirmeye çalıştık.

BİRİNCİ BÖLÜM

MAĞDUR KAVRAMI, ÇEŞİTLİ HUKUK DALLARINDA MAĞDUR TANIMI, YAKIN KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ VE TARİHÇE

I- GENEL OLARAK MAĞDUR KAVRAMI

İnsanlar toplum halinde yaşarlar ve bu yaşayışlarını koydukları bir takım kurallar çerçevesinde devam ettirirler. Kant, kendi zamanı için; “hukukçular hala hukukun tanımını aramakla uğraşıyorlar” derken, belli zaman içinde hukukun tanımlanmasıyla ilgili tartışmaların biteceğini umuyordu¹. Hukukun, toplumsal yaşamdan kaynaklanan bir zorunluluk olduğu, herkesin birbirinin haklarına saygılı olmasını sağlamaya yönelik mekanizmanın bulunmasının zorunluluğu ve her dileyenin istediğini yaptığı yerde, hiç kimsenin bir şey yapamayacağı ilkeleri² beraberinde hukuk düzenini zorunlu kılmıştır. Kişilerin birbirleriyle ve toplumla olan ilişkilerini düzenleyen bu kuralların bütünü hukuk düzenini oluşturur. İnsanlar, bu düzen içerisinde bir takım borçlar yüklenirler; alacaklı olurlar. Hukuk düzeninin ihlali ile ortaya çıkan duruma mağduriyet adı verilir. Hakları ellerinden alınan veya hürriyetleri kullandırılmayan kimseler en genel anlamıyla “*mağdur*”durlar. Burada devlete düşen görev, Anayasal sınırlar içinde bozulan hukuk düzenini, mağduriyeti gidermek suretiyle iade etmektir. Bu bağlamda, Ceza Muhakemesi Kanununun amacı da, yeterli ve hukuken geçerli kanıtlarla suçun maddi ögesini aydınlatmak, sosyal düzenin korunması ile bireyin hak ve özgürlüklerine saygı arasında bir denge

¹ Işıқтаç, Yasemin, Hukuk Yazıları, Ankara 2004, s. 51.

² Işıқтаç, s. 51.

kurulması suretiyle gerçeği ortaya çıkarmak ve dürüst yargılama ilkesine uyarak doğru ve adil yaptırımlara hükmedilmesini sağlamaktır³.

A- Tanım

Mağdur, haksızlığa uğramış, zarara uğramış kimse⁴, kıygın demektir. Türk hukuk terminolojisinde, her türlü zarara uğrayanı ifade etmek için kullanılmaktadır.

Mağdur kelimesi, Arapçadaki "gadr" mastarından gelmektedir. Gadr: (Arapça isim) Hainlik, vefasızlık; zulüm, merhametsizlik; haksızlık⁵ anlamlarına gelmektedir.

Emniyeti (güveni) su-i istimal (kötüye kullanma), vefasızlık, hıyanet; merhametsizlik, merhametsizce muamele, zulm, sitem, cevr, cefa; haksızlık, nahak yere ızrar⁶ şeklinde de tanımlanmaktadır.

Görüldüğü üzere, "mağdur" kelimesinin sülasi (üç harfli) kökü olan "gdr" kelimesi, zulüm, merhametsizlik, hıyanet gibi olumsuz anlamları haiz bir kelimedir. Bu kelimenin ism-i mefulü olan "mağdur" kelimesi;

Kamus-ı Türki'de⁷, "gadra ve haksızlığa uğramış, kendisine haksızlık yapılmış; zarar ve ziyana uğramış, muhtaç" şeklinde yer almaktadır.

İsimlerden edilgenlik yapmaya yarayan "mef'ul" kalıbını, Türkçe' de kullanılan Arapça kökenli pek çok kelimeye görmek mümkündür; maktul (katledilen), mazlum (zulme uğrayan), mektub (yazılan), mezkur (zikredilen), metruk (terkedilen), menkul (nakl edilen) ve nihayet mağdur (kendisine gadr edilen, haksızlık yapılan anlamında) gibi.

³ Sadak, Murat, "Mağdurun Kanun Yollarına Başvurma Hakkı", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Nisan 2010, Sayı:1, ISSN: 1309-6826, s. 214.

⁴ Açıkgözlü, Muhammet, Ceza Hukuku Açısından Teori ve Uygulamada Mağdur Kavramı, Ankara 2000, s. 13.

⁵ Devellioğlu, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat, Ankara 1993, s. 274.

⁶ Sami, Şemsettin, Kamus-ı Türki, s.962.

⁷ Kamus-ı Türki, s. 1379.

Türkçe'de kullanılan, "mağdur" kelimesiyle müştak (kökdeş) başka kelimeler de vardır; "gaddar" ve "mağduriyyet" gibi. "Mağduriyyet", Arapça'da isim yapma eki olan "iyyet" ekiyle yapılmış olup, "mağdur olma hali, muhtaçlık" anlamlarına gelmektedir⁸.

"Gaddar" ise, Arapça'da çokça yapılan bir fiili ifade etmeye ve sıfat yapmaya yarayan "fa'al" kalıbından yapılmış olup, "çok gadreden, zulmeden, hain, merhametsiz" anlamlarına gelmektedir⁹.

Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı¹⁰'nın 2.maddesinde kanunun kapsamı "suç mağduru olan veya onun ölümü hâlinde bakmakla yükümlü olduğu kişilerin uğradığı maddî zararların giderilmesi amacıyla yapılacak nakdî ödemelere ilişkin esas ve usuller" olarak belirlendikten sonra, mağdur kavramı şu şekilde tarif edilmiştir: "Kendisine karşı işlenen suç nedeni ile zarar gören veya bu suretle ekonomik kayba uğrayan kişi" olarak tanımlanmıştır.

Milano'da yapılan Suçların Önlenmesi ve Suçluların Islahı Üzerine Yedinci Birleşmiş Milletler Kongresi'nde, Genel Kurulun 29 Kasım 1985 tarihli 40/34 sayılı kararıyla kabul edilen bildiride ise mağdur şu şekilde tanımlanmaktadır: "Yürürlükte bulunan ceza kanunlarının eylem veya ihmal yoluyla ihlal edilmesi nedeniyle, bireysel veya toplu olarak, fiziksel veya ruhsal biçimde yaralanma da dâhil olmak üzere manevi acılar çeken, ekonomik kayba uğrayan veya temel hakları esaslı bir biçimde zayıflayan ve bu suretle zarar gören kimseye mağdur denir. Mağdur tanımının, 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 söylenmektedir¹¹.

⁸ Kamus-ı Türki, s. 1379.

⁹ Devellioğlu, s. 273.

¹⁰ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Gorus/Kanunlar/sucmagdur.pdf>.

¹¹ Bacanlı, Mehmet Rifat, Ceza Muhakemesinde Mağdurun Korunması (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2007, s. 6.

B- Terim

Aşağıda ceza hukukunda mağdur kavramını açıklarken belirteceğimiz gibi, mağdur kavramı, suçun maddi unsurunun etkilediği hakkın sahibi¹²; suçtan zarar gören olarak tanımlanmaktadır. Suçtan zarar gören anlamıyla kullanılan bu terim yetersizdir; suçtan zarar gören kavramı ile arasındaki farkı tam olarak ortaya koyamamaktadır. Ancak uygulamada ve öğretide yerleşmiş bulunduğu için mağdur kavramı kullanılmaktadır. Aralarındaki farkın ortaya koyulabilmesi şartıyla mağdur kavramının kullanılabilmesi kanısındayız. Bu konu aşağıda ele alınacaktır.

C- Ceza Hukukunda Mağdur Kavramı

Mağdur kavramı, CMK' da yer almasına rağmen tanımı yapılmamış, söz konusu kavramın tanımı öğretide ve içtihadta bırakılmıştır. Bugün tanımı üzerinde tam bir mutabakata varılamamasına rağmen, bu kavram en basit haliyle, suçtan zarar gören olarak tanımlanabilmektedir¹³. Ancak bu tanım, mağdur kavramının suçtan zarar gören kavramı ile arasındaki farkın ortaya konulabilmesi bakımından yetersiz olduğu gibi, bazı suçlar bakımından yanıltıcı olabilecektir. Şöyle ki, belirli bir suçtan, onun mağdurundan başka, diğer bir kimse de hukuken korunan bir hakkının ihlali dolayısıyla zarara uğramış olabilir ve bu zararının tazminini istemek hakkı da

¹² Açıkgoz, s. 14.

¹³ Yargıtay Ceza Genel Kurulunu'nun 16.12.2008 tarihli- 2008/5-146, 235 no'lu kararına göre; ".....Burada üzerinde durulması gereken önemli bir husus da maddedeki "suç mağduru" ibaresinden ne anlaşılması gerektiğidir. Dar anlamda suçtan zarar göreni, suçun maddi unsuruna muhatap olan ve bu nedenle suçla korunan hukuki yararı zedelenen, suçun zarar verdiği değer sahibini ifade eden mağdur, çoğu suç tipinde suçtan zarar görenle birleşmekte ise de, suçtan zarar gören ve mağdur kavramları farklı anlamları ifade etmektedir. Örneğin hırsızlık ve yaralama suçlarında, suçun mağduru ile zarar göreni aynı kişi olmasına karşın, öldürme suçlarında, suçun mağduru yaşamına son verilen kişi, zarar göreni ise bu öldürme eylemi nedeniyle, öldürülenin mirasçıları ve bu olay nedeniyle haklı çıkarları zedelenen üçüncü kişilerdir. Zimmet suçunun mağduru ise toplumu oluşturan tüm bireylerdir; zimmete geçirilen mal değerlerine sahip bulunanlar ise, bu suçun işlenmesi dolayısıyla suçtan zarar gören konumunda ve toplumu oluşturan bireyler olması nedeniyle de işlenen suçun mağdurudurlar.

Yasalarımızda, bazen "mağdur" (5271 sayılı CMK' nın 12 ve 237 m.; 5237 sayılı TCK' nın 86/2, 131 m.), bazen de "suçtan zarar gören kişi" (5271 sayılı CMK' nın 237 m., 5237 sayılı TCK' nın 73. m), denilen zarar gören ferde aktif veya pasif süje olarak haklar tanınır, ödevler verilirken, her hak ve ödevde yasa koyucunun farklı ölçü ile hareket etmesi mümkündür. Örneğin şikâyet hakkı tayin edilirken başka, kamu davasına katılma hakkı tayin edilirken başka ölçü tutulmuş olabilir. Dolayısıyla "suçtan zarar gören" terimi ihtiyaca göre yorumlanmalıdır. Örneğin, hakimlerin objektifliğini en iyi biçimde sağlayabilmek amacı, hakimlin davaya bakamayacağı halleri düzenleyen CMK' nın 22. maddesinde geçen "suçtan kendisi zarar görmüşse" terimini en geniş biçimde yorumlamayı gerektirir. Arslan, Çetin, "Türk Hukukunda Suç Mağdurunun Zararının Tazmini", Dünyada ve Türkiye'de Ceza Hukuku Reformları Kongresi (26 Mayıs-4 Haziran 2010), Cilt II, Editör: Prof. Dr. Adem Sözüer, Ocak 2013, s. 2339-2340.

doğabilir¹⁴. Mağdurun yanı sıra suçun işlenmesine tanık olanlar, mağdurun aile fertleri hatta tüm toplum suçun mağduru olarak kabul edilebilmektedir¹⁵. Örneğin, insan öldürme suçunda, suçun mağduru yaşama hakkına son verilen ölen kişi iken, suçtan zarar gören, ölüm olayı nedeniyle hakları zedelenen mağdurun çocukları, eşi, annesi- babası gibi yakınlarıdır. Görüldüğü gibi, öldürülenin veya bir kişinin aile mensubu da suç mağduru olabilmekte; onlar suçtan korunmada veya suçlulukla mücadelede zarar görmüş olabilmektedirler¹⁶. Kimin bir suçun somut ve gerçek mağduru olarak kabul edileceği, toplumsal ve bireysel olarak suçun oluşumu ve suçun önlenmesi usulünde önemlidir¹⁷.

Türk Ceza Kanununun (TCK m.12/3, 22/6, 43, 50/1-b, 51/2, 55/1, 76/2...) ve Ceza Muhakemesi Kanununun birçok maddesinde (CMK m. 12/ 4,5, 22, 52, 57...) yer alan mağdur kavramının tanımlanmasının doktrin ve içtihadı bırakılması bize göre uygun olmamıştır. Yukarıda mağdur kavramını tanımlarken değindiğimiz, *Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı*, ceza hukukundaki ve karşılaştırmalı hukuktaki gelişmelere uygun olarak mağdurun korunmasına yönelik önemli bir adım niteliğinde olmakla birlikte; tasarıda “mağdur” kavramına verilen farklı anlam, mağdur ile suçtan zarar gören kavramlarının Ceza Muhakemesi Kanununda da tanımlanması zorunluluğunu bize göre bir kez daha ortaya koymuştur. Ceza Muhakemesi Kanununda mağdur kavramının objektif bir ölçüte kavuşması, bu kavramın genel çerçevesinin çizilmesi bir zorunluluktur. Aksi takdirde hâkim, önüne gelen olayın niteliğine göre, mağduru belirlerken, takdire dayalı değerlendirme yapmak durumunda kalacaktır. Bu da farklı değerlendirmelerin ortaya çıkmasına sebep olacaktır ki bu durum objektif bir uygulamadan uzaklaşmaya neden olacaktır.

Ceza muhakemesi alanında mağdur tanımına sadece, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik’te yer verilmiştir. Söz konusu Yönetmeliğin 3. maddesinde yer alan tanım şöyledir: Mağdur, suçtan veya haksız eylemden zarar gören kişiyi ifade etmektedir. Burada verilen mağdur tanımı ile suçtan zarar görenin birbirinden

¹⁴Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2012, s.160 vd.

¹⁵ Sokullu-Akıncı, Füsün, Viktimoloji (MağdurBilim), Mayıs 2008, İstanbul, s. 4.

¹⁶ Demirbaş, Timur, Kriminoloji, Ankara 2010, s. 305.

¹⁷ Demirbaş, Kriminoloji, s 305.

ayrılması imkânsız gözükmektedir. Çünkü Yönetmelik'te verilen tanımdan anlaşılan, mağdur ve suçtan zarar görenin aynı kişi olduğudur. Fakat açıkça belirtmek gerekir ki, mağdur ile suçtan zarar gören kavramları aynı değildir.

Öte yandan, ceza muhakemesi hukukunda, suçu devlet re'sen kovuşturduğu için, uzun yıllar tek taraflı davranılmış ve yalnızca sanıkla ilgilenilmiştir¹⁸. Mağdurun bu sistem içinde yeri hep ikinci planda kalmıştır¹⁹. Başka bir deyişle, mağdur ceza hukukunda yeterince incelenmemiştir²⁰. Oysaki yapılması gereken, sanığın sahip olması gereken haklara dokunmadan mağdurun da korunmasıdır. Zira ceza muhakemesi hukuku, sadece failin insan haklarıyla değil, bilakis esaslı olarak ve tam bir ciddiyetle suç mağduru ile de ilgilidir²¹. Son yıllarda yapılan yasal çalışmalarla, sanık ve mağdur haklarının dengelenmesine çalışılmaktadır²². Çalışmamızın konusunu da oluşturan mağdur hakları sayesinde, ceza muhakemesinde daha etkin olması için mağdura imkân tanınmış olmaktadır. Mağdurun suçun işlendiğini yetkili mercilere bildirmesi yeterli olmakta; soruşturma ve kovuşturma yetkili merciler tarafından yürütülmektedir²³. Ceza davaları yürütülürken, yargıcın temas halinde bulunduğu kimselerden olan mağdurun, ceza davasının psikolojik havasında pay sahibi olduğu aşikârdır²⁴. Şikâyetçi olsun veya olmasın, mağdur, ceza muhakemesi hukukunda, önemli bir ispat vasıtasıdır ve bu nedenle mağdurun psikolojisini bilmek “*delillerin takdiri*” işinde önemli bir unsurdur²⁵.

¹⁸ Öztük/Erdem, Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, s.161.

¹⁹ Sokullu-Akıncı, Viktimoloji, s.2.

²⁰ Erem, Faruk, Adalet Psikolojisi, Suçlu Psikolojisi- Usul Psikolojisi-Mahpusun Psikolojisi, Gözden Geçirilerek Güncellenmiş 11. Bası, Ankara 2003, s. 345.

²¹ Demirbaş, s. 305.

²² Sadak, s. 213.

²³ Sokullu-Akıncı, Viktimoloji, s.2.

²⁴ Erem, Adalet Psikolojisi, s.9.

²⁵ Ceza muhakemesi hukukunda, delilerin hâkim tarafından değerlendirilmesinde, mağdur her ne kadar önemli bir ispat vasıtası ise de, özellikle mağdurun suçluya karşı duyduğu nefret, kin, hiddet, intikam arzusu nedeniyle, suçun mağduruna her zaman üstün bir tanık değeri tanımak doğru değildir. Yine suçtan dolayı duyulan heyecan, korku vs. onun tanıklık gücünü azaltır. Heyecanın doğurduğu psikolojik değişmelerden ileri gelen tüm kusurlar mağdurda da baş gösterir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erem, Adalet Psikolojisi, s. 347.

Ceza muhakemesinde, soruşturma ve kovuşturma evrelerinde yetkili olan kişiler²⁶, mağdur kişilere karşı dikkatli davranmalı, mağdur adına hareket etmesi gereken bu görevliler, onların tekrar acı çekmelerine yol açmamalıdır.

Mağdurun sadece gerçek kişiler olabileceği görüşünün yanı sıra, tüzel kişilerin de mağdur olabileceği²⁷ görüşü ceza hukukunda tartışılmıştır. Bazı görüşler, işlenen bütün suçlar bakımından devletin doğal olarak mağdur olduğu görüşünden hareketle²⁸, mağdurun doğrudan doğruya devlet olduğunu savunmuşlardır²⁹. Ayrıca, Türk Ceza Kanununun Üçüncü Kitap İkinci Bölümü'nde yer alan "Kamu Güvenine Karşı Suçlar (TCK m. 197 vd.)"; Dördüncü Kitap Birinci Bölümü'nde yer alan "Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar (TCK m. 247 vd.)" ; ve İkinci Bölümü'nde yer alan "Adliye Karşı Suçlar (TCK m. 267 vd.)" gibi kimi suçlarda devlet, doğrudan mağdur olarak kabul edilmektedir. Bu suçlar bakımından korunan hukuksal yarar, kamu güvenliği, kamu idaresinin düzenli, etkin, dürüst ve tarafsız biçimde işlemesinin sağlanmasıdır³⁰. Bu sağlanmadığı takdirde, en başta

²⁶ Ceza muhakemesi, soruşturma evresi, ara muhakeme evresi ve kovuşturma evresi olmak üzere üç evreden oluşmaktadır. Suç haberinin alınmasıyla, *soruşturma evresi* başlamış olur. Bu evrede suç haberinin ciddi olup olmadığı araştırılır. Soruşturma evresinde yetkililer, savcılık, adli kolluk ve sulh ceza hâkimidir. Savcılık soruşturmayı bizzat ve/veya adli kolluk marifetiyle yapar. Adli kolluk; Emniyet Teşkilatı, Jandarma Teşkilatı, Gümrük Müsteşarlığı, Sahil Güvenlik Komutanlığından oluşmaktadır. Soruşturma işlemleri, Cumhuriyet savcısının emir ve talimatları doğrultusunda öncelikle adli kolluğa yaptırılır (CMK md. 164/2). Suç haberi ciddi ise ve fiil ve fail belli ise savcı bir iddianame düzenleyecektir. Düzenlenen bu iddianamenin yetkili mahkemeye verilmesiyle *ara muhakeme evresi* başlar. İddianamenin kabulüyle ceza muhakemesinin sonuncu evresi olan kovuşturma evresi başlar. Ara muhakeme ve kovuşturma evresinde yetkililer, mahkeme, mahkeme başkanı, katılan sıfatıyla savcı, sanık ve varsa sanık müdafidir.

²⁷ Suçun doğası izin verdiği sürece tüzel kişilerin de suçun mağduru olabileceği yönünde, detaylı bilgi için bkz. Katoğlu, Tuğrul, "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", AÜHFD, 61 (2) 2012, s. 672 vd.

²⁸ Her suçun aslında toplumu huzursuz ettiği, cezalandırma yetkisinin devlette olduğu, asıl mağdurun devlet olduğu anlayışının temelde iki tarihsel faktöre dayandığı söylenmektedir: 1) Ortaçağın en büyük ceza hukuku kodifikasyonu (=yasalaştırma) olan 1532 Karolina... Bu yasa, suçun kovuşturulmasını, mağdurun kendi kişisel sorunu olmaktan çıkararak, kesin bir şekilde devlete ait bir ödev olarak kabul etmiştir. Böylece suç yalnızca devletin hukuki menfaatini ihlal eden bir olgu, ceza ve ceza muhakemesi hukuku da devlet ve suçlu arasında arabuluculuk görevi olarak görülmeye başlandı. Bu da mağdurun hukuki menfaatinin ihlal edilmiş olmasını ve fail ve mağdur arasında da arabuluculuğa ihtiyaç bulunduğu hususlarının tamamıyla unutulmasını sonuçlamıştır. 2) Yine, 19. yüzyılın sonlarına doğru fail eğilimli bu anlayışta, Lombroso, Ferri ve Garofalo ve bu yüzyılın yirmili ve otuzlu yıllarında Kurt Schneiders de suçun sebeplerini araştırırken, bu sebepleri hep fail vasıtasıyla ortaya koymuşlardır. Özbek, Veli Özer, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı (Açıklamalı- Gereççeli- İctihatlı), Ankara 2005, s. 894.

²⁹ Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II, 7. Bası, İstanbul 1981, No.1172, s. 520.

³⁰ Tezcan, Durmuş /Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8. Baskı, Ankara 2012, s. 791 vd.

devlet mağdur sayılmaktadır. Burada kamuya ait bir yarar söz konusu olduğu için, mağdurun rızası da bu suçlarda hukuka aykırılığı ortadan kaldırmamaktadır³¹.

Mağdurun sadece gerçek kişiler olabileceğini belirten görüşlerin de olduğunu belirtmiştik³². Bu görüşe sahip kimi yazarlara göre, devletin suçun mağduru olabilmesi, devleti, bir hak süjesi olarak kabul eden eski faşist anlayışa götüreceği için, devlet gibi diğer tüzel kişilerin mağdur olamayacağını, ancak suçtan zarar gören olabileceğini savunmuşlardır³³.

Bize göre de sadece gerçek kişiler suçun mağduru olabilir. Tüzel kişiler bakımından ise, suçtan zarar gören kavramının kullanılması daha uygundur. Suçtan zarar gören kavramı, mağdur kavramına göre daha geniş bir kavramdır ve mağdur kavramıyla aynı anlamda kullanılmakla birlikte, aynı şey değildir. Çalışmamızın ilgi yerlerinde bu ayrıma detaylı olarak yer verilecektir.

Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu uygulamalarında mağdur kavramı suçun konusunun ait olduğu kişi ya da kişiler olarak tanımlanmakta, 5237 sayılı Türk Ceza Yasasının hazırlanmasında esas alınan suç teorisinde suçun maddi unsurları arasında yer alan mağdurun ancak bir gerçek kişi olabileceği, tüzel kişilerin suçtan zarar görmeleri olanaklı ise de bunların mağdur olamayacakları ifade edilmektedir. Yine suçtan zarar gören ile mağdur kavramları da aynı şeyi ifade etmemektedir. Mağdur suçun işlenmesiyle her zaman zarar görmekte ise de suçtan zarar gören kişi her zaman suçun mağduru olmayabilir. Bazı suçlarda mağdur belirli bir kişi olmayıp; toplumu oluşturan herkesin (geniş anlamda mağdur) olabileceği kabul edilmektedir³⁴.

Burada üzerinde durulması gerektiğini düşündüğümüz bir diğer husus da, suçun konusu ile suçla korunmak istenen hukuki yararın sahibi olan mağdur³⁵ kavramlarının karşılaştırılmasıdır. Bu iki kavramın birbirine karıştırılmaması gerekmektedir. Zira mağdur, işlenen suç ile haksızlığa uğrayan, suçun konusunun ait olduğu kimsedir³⁶. Suçun konusu ise, hareketin yönelik olduğu ve suç tipinde

³¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 679.

³² Özgenç, İzzet/ Şahin, Cumhuriyet, Uygulamalı Ceza Hukuku, Ankara 2001, s. 114.

³³ Bacanlı, s. 6.

³⁴ Bkz. YCGK E.2009/9-259, 2010/47; Ayrıca YCGK E.2011/6-166, K.2011213

³⁵ Özbek, Veli Özer/ Kanbur, M.Nihat/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, Ankara 2011, s. 198.

³⁶ Bacanlı, s. 7.

belirtilen konudur. Buna göre, kasten öldürme suçunda mağdur, ölen kimsedir. Buna karşılık suçun maddi konusu, kişinin yaşamıdır. Aynı şekilde kasten yaralama suçunda, mağdur yaralanan kişidir. Suçun maddi konusu ise kişinin vücududur. Örnekleri çoğaltmak mümkündür.

D- Türk Borçlar Hukukunda Mağdur

Borçlar Kanununun 49. maddesinde, haksız fiil sorumluluğu düzenlenmiştir³⁷. Haksız fiiller, Borçlar Hukuku alanında, hukuka aykırı fiiller olarak adlandırılmaktadırlar³⁸. Hukuka aykırılık, taraflar arasında mevcut bir hukuki ilişkiden, özellikle sözleşmeden doğan bir borca aykırılık şeklinde olabileceği gibi, taraflar arasında önceden mevcut bir hukuki ilişkiyle (sözleşmeyle) bağlı olmaksızın, Kanunun herkese yüklediği görevlere aykırı hareket edilmesi halinde de söz konusu olabilmektedir³⁹. Haksız fiilden zarar gören, bu alanda mağdur kavramının karşılığı olarak kullanılmaktadır. Borçlar Hukukundaki mağdur kavramının ceza hukukundan ayrılan önemli noktası şudur: Haksız fiillerde, sorumluluk için mutlaka zarar şartının gerçekleşmesi gerekmektedir. Yani, bir fiilin, “zarar giderme” sorumluluğunu yükleyebilmesi için en önemli şart, hiç şüphesiz, bunun bir “zarar” doğurmasıdır⁴⁰. Başka bir ifade ile bir kimsenin hukuka aykırı davranışı ancak başkasında bir zarar meydana getirmişse, bu davranışından dolayı sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Bu durum tazminat yükümlülüğünün doğabilmesi için de aranmaktadır. Hukuka aykırı fiilden bir zarar meydana gelmemişse, tazminat ödenmesi istenemez. Fiilin hukuka aykırılığına rağmen herhangi bir zarar meydana gelmemişse, failin ceza sorumluluğu olsa bile, haksız fiil sorumluluğu olmamaktadır. Mağdur zarara uğramamışsa, haksız fiilden söz edilemez. Haksız fiilin söz konusu olmadığı durumda ise mağduriyetten söz edilemez. Ceza hukukundan ayrılan bir diğer nokta

³⁷ Türk Borçlar Kanunu Madde 49- Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

³⁸ Reisoğlu, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011, s. 49.

³⁹ Reisoğlu, s. 160.

⁴⁰ Aybay, Aydın, Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm, İstanbul 2000, s. 76.

ise, burada (Türk BK. md. 50), zarar görenin, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükümlülüğü bulunmaktadır⁴¹.

Buradaki “zarar”, ekonomik kayıp veya beden bütünlüğü açısından gözle görülür bir etkisi olmamakla birlikte, şeref (onur), özel hayatın gizliliği⁴² gibi manevi bütünlüğü (iç huzuru) bozan zarar olmalıdır⁴³. Zarar yoksa haksız fiil de olmaz. Dolayısıyla mağdur olmaz. Borçlar hukukunda amaç zararın giderilmesidir. Zarar manevi bile olsa, bu zararın giderilmesi para ile olmaktadır.

Zarar görenin (mağdurun) fiile önceden rıza göstermesi (Yeni BK md. 63), kural olarak failin davranışının hukuka aykırı sayılmasına engel olur⁴⁴. Mağdurun rızasının hukuka aykırılığı ortadan kaldırması için, kişinin hukuk normunun kendisine yönelik korumasından vazgeçmeye kural olarak yetkili olmasıyla açıklanmaktadır⁴⁵. Tabi burada mağdurun razı olma işleminin de geçerli olması gerekmektedir. Ehliyetsizlik, irade beyanındaki sakatlık, kişilik haklarına aykırılık gibi bir sebeple mağdurun razı olma işlemi hükümsüz ise, bu durumda mağdurun rızası failin davranışının hukuka aykırı sayılmasını önlemez⁴⁶.

Haksız fiilin aynı zamanda suç teşkil etmesi durumu, Yeni Borçlar Kanunu'nun 74. maddesinde şöyle düzenlenmiştir: “Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hakimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurunu değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da hukuk hâkimini bağlamaz⁴⁷.” Gerçekten Ceza Hukukunun suç ve kusur anlayışı ile Borçlar Hukukunun haksız fiil ve kusur anlayışı birbirinin aynı değildir. Zira cezai

⁴¹ Konuya ilişkin bilgi ve örnek Yargıtay Kararları için: Helvacı/ İlhan, Gerekçeli-Karşılaştırmalı-İçtihatlı-Notlu Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, İstanbul 2011, s. 142 vd.

⁴² Hatemi, Hüseyin/ Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011, s. 124.

⁴³ Geniş anlamda zarar, bir kişinin malvarlığında veya kişi varlığında (manevi varlığında) iradesi dışında meydana gelen eksilme olarak tanımlanabilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, Cilt II, Gözden Geçirilmiş 3.Bası, 1989, s. 37 vd.

⁴⁴ Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 9. Bası, İstanbul 2012, s. 22.

⁴⁵ Oğuzman/Öz, s. 22; Eren, Borçlar Hukuk, s. 150.

⁴⁶ Oğuzman/Öz, s. 22.

⁴⁷ Aynı durum Eski Borçlar Kanunu'nun 53. maddesinde de yer almaktaydı.

sorumluluk, örneğin, özgürlüğün kısıtlanması veya para cezasına ilişkin yaptırımları kapsarken, hukuki sorumluluk sadece bir zararı tazmin yükümünden ibarettir⁴⁸. Bununla birlikte, bir çok suçun aynı zamanda haksız fiil oluşturduğu ve cezai sorumluluğu davet etmekle kalmayıp, ayrıca hukuki sorumluluğa, yani tazminat davasına konu teşkil ettikleri görülür⁴⁹. Özellikle böyle hallerde, ceza mahkemesince verilen kararların, tazminat davasına ne şekilde etki edeceğine aşağıda değinilecektir.

E- Kriminolojide (Suç Biliminde) Mağdur

20. yüzyılda özellikle ABD’de, kriminoloji ceza hukukundan bağımsız bir bilim dalı olarak gelişim göstermeye başladı⁵⁰. Viktimoloji de buna paralel olarak, kriminolojinin bir dalı olarak ortaya çıkmıştır⁵¹. Bugün ise bağımsız bir bilim dalı olarak kendisine yer bulmuştur. Bir kimsenin neden suçlu olduğunu araştıran ilmin, bir kimsenin neden mağdur olduğunu da araştırması⁵² ihtiyacı baş göstermiştir. Mağdurların psikolojisini kavrayabilmek, hukuki ve sosyal boyutlarıyla mağduru inceleyip, mağdurluğun önlenmesini sağlayabilmek açısından viktimolojinin ayrı bir bilim dalı olarak ele alınması son derecede isabetli olmuştur.

Kriminolojide mağdur, sosyal normlardan sapma veya suç türü eylemler sonucu etkilenen kişi olarak tanımlanmaktadır⁵³. **Paasch**’a göre mağdur, hukuk düzenince korunan hakkı ihlal edilen tabi veya hukuki kişi; **Schneider**’e göre ise, bir suçla tehlikeye sokulan, zarar verilen veya tahrip edilen bir kişi, organizasyon, topluluk, devlet veya uluslararası düzen olarak tanımlanmaktadır⁵⁴. **Hans von Hentig**’in 1941 yılında “*Fail ve Mağdur Arasındaki İç İlişki Üzerine Gözlemler*” konulu kriminolojik makalesinde; “Suç mağduru pasif bir obje değildir, bilakis o suçun işlenmesi usulünde aktif bir süje olacaktır” demektedir⁵⁵. Yine **Hentig**, mağduru, “eza için ihtirasa hasret çekenler” olarak tanımlamış ve bununla taksi

⁴⁸ Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 711.

⁴⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 711.

⁵⁰ Kunz, Karl- Ludwig, Kriminologie, 5. Auflage, 2008, s. 43.

⁵¹ Alman hukukunda mağdur ile ilgili açıklamalar için bkz. Schwind, Hans- Dieter, Kriminologie Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen, 20. Auflage 2010, s. 83 vd.

⁵² Erem, Adalet Psikolojisi, s. 345.

⁵³ Yücel, Mustafa T., Türk Ceza Siyaseti ve Kriminoloji, Ankara 2007, s. 38.

⁵⁴ Demirbaş, Kriminoloji, s. 305.

⁵⁵ Demirbaş, Kriminoloji, s. 305.

soförlüğü, banka veznedarlığı ve polislik gibi şiddeti davet ihtimali fazla olan meslekleri yapma arzusu içinde olan kimi kişilerin, şuuraltında mağdur olma ihtiyacı veya kaderi yenebilme arzusunun olduğunu⁵⁶ ifade etmiştir. Meier de, ceza hukuku hükümlerine aykırı şekilde, vücut bütünlüğü ihlal edilen, psikolojik olarak zarara uğratılan veya maddi olarak bir zarar gören kişiyi mağdur olarak tanımlamaktadır⁵⁷.

1960'lı yılların başından itibaren kriminologlar ve hükümetler, toplumun çeşitli kesimlerinden örnekler belirleyerek bunlarla suç mağduru olup olmadıklarına ilişkin araştırmalar yapmışlar ve bu çalışmalarla mağdurların hangi suçların mağduru oldukları ve bunu resmi makamlara bildirip bildirmediğine ilişkin verilere ulaşmışlardır⁵⁸. Özellikle 1970'li yıllardan itibaren Kriminoloji araştırmalarının suçu mağduru üzerinde daha çok yoğunlaştığı görülmektedir⁵⁹. Mağdur üzerindeki ilginin bu kadar yoğun oluşu *Kaiser* tarafından yeni bir "moda" olarak yorumlanmaktadır⁶⁰.

Ceza Hukuku normlar bilgisi olduğu için⁶¹, kriminolojinin ve dolayısıyla viktimolojinin alanını belirler bu alanlarda yapılan çalışmalardan da etkilenir. Bu bağlamda elde edilen bu verilerin önemi büyüktür. Kriminoloji, failin görünüş şekilleri gibi, aynı ölçüde mağdurun görünüş şekilleriyle de ilgilenir⁶².

F- Viktimolojide (Mağdur Biliminde) Mağdur

Mağduru inceleyen bilim dalı olarak Viktimoloji, Latince' deki "victima" (mağdur) kelimesi ile Yunanca'daki "logos" kelimelerinden türemiştir. Victima iki anlama sahiptir⁶³:

⁵⁶ Erem, Adalet Psikolojisi, s. 346.

⁵⁷ Meier, Bernd- Dieter, Kriminologie, 4. Auflage, München, 2010, s. 198.

⁵⁸ Özellikle 1973 yılından itibaren Amerika Birleşik Devletleri'nde suç mağdurlarına ilişkin araştırmaları Amerikan Adalet Bakanlığı tarafından düzenli bir şekilde yapılmaya başlanmıştır ve Ulusal Suç Araştırmaları adını taşıyan bu çalışma kapsamında her yıl binlerce evde anket çalışmaları yürütülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sokullu-Akıncı, Kriminoloji, s. 83-84.

⁵⁹ Sokullu-Akıncı, Viktimoloji, s. 3.

⁶⁰ Kaiser, Gruyter, "Victim Related Reseach at the Max Planck Institute", Victims and Criminal Justice, Freiburg im Breisgau, Germany: Max Planck Institutute, 1991, s.4.

⁶¹ Dönmezer, Sulhi, Kriminoloji, İstanbul 1994, s. 19.

⁶² Demirbaş, Kriminoloji, s. 305.

⁶³ Sokullu-Akıncı, Viktimoloji, s. 3.

- a. Kurban, yani tanrıya dinsel bir törenle sunulan canlı yaratığa verilen addır.
- b. Kriminolojide ise mağdur veya suç kurbanı, başka bir kişinin eyleminden dolayı zarar görmüş, acı çekmiş ya da ölmüş olan kişi anlamına gelmektedir.

1998 tarihli Birleşmiş Milletler Suç ve Yetkinin Kötüye Kullanılması Mağdurlarının Temel Adalet İlkeleri Bildirgesi'nde mağdur kavramı şu şekilde tanımlanmaktadır: “*Mağdurlar üye ülkeler ceza kanunlarında suç olarak belirlenmiş ihmalî veya icrai eylemler sonucunda bireysel ya da toplu olarak bedensel, zihinsel ya da duygusal olarak zarar görmüş, ekonomik kayıplara uğramış ya da temel hakları zarar görmüş kişilerdir...mağdur terimi ayrıca doğrudan doğruya mağdur olan kişinin aile bireylerini veya mağdura yardım ederken ya da mağduriyete engel olmaya çalışırken zarara uğrayan kişileri de kapsar.*”

Suçun mağduru “acı” çeker; *Leibniz*'in dediği gibi bir “acı”yı ancak, “bol bir iyilik” giderebilir⁶⁴. Bu nedenle ceza kavramında çok yönlü bir anlayış değişikliğiyle, mağdurun bütün yönleriyle ele alınması “bol iyilik” anlamına gelecektir. Bu da büyük ölçüde, kriminolojiden ayrılarak bağımsız bir bilim dalı olan Viktimoloji alanındaki çalışmalarla mümkün hale gelecektir. Acaba Evans'ın dediği gibi, “mağdurlar genellikle cürümleri davet edip, gerçekleşmesine yardımcı mı olur⁶⁵?” Yada, başka bir anlatımla, Hans von Hentig'in dediği gibi, suçun işlenmesi usulünde aktif olarak rol mu oynar? Bize göre, genel olarak mağdur suçun işlenmesine ve meydana gelmesine birlikte etki eder⁶⁶. Yani, mağdur aktif veya pasif daima bir role sahiptir⁶⁷. Bu yüzden de ceza muhakemesi hukuku suç mağduruyla da ilgilenir. Bu ilginin bir sonucu olarak da bugün Viktimoloji ayrı bir bilim dalıdır ve mağduru psikolojik, sosyal ve hukuksal boyutları arasındaki ilişkiler kapsamında esaslı olarak incelemektedir.

Viktimolojide mağdur tipolojisine baktığımızda, mağdurların çeşitli şekillerde sınıflandırıldığını görmekteyiz. Özellikle konumuz itibariyle ele alacağımız suç

⁶⁴ Erem, Adalet Psikolojisi, s. 9-10.

⁶⁵ Erem, Adalet Psikolojisi, s.346.

⁶⁶ Bacanlı, s. 3-4.

⁶⁷ Bacanlı, s. 5.

mağdurları, cinsel suç mağduru, çocuk istismarı mağdurları, aile içi şiddet mağdurları, adam öldürme suçunda mağdurun yakınları olarak ayrı gruplara ayrılabilir. Bunun dışında doğal afet mağdurları, insan unsurlu felaket mağdurları⁶⁸, töre mağdurları gibi mağdur türleri⁶⁹ de söz konusudur. Bunların dışında mağdurun suça etkisine göre de tasnif yapılabilmektedir⁷⁰. Burada mağdurun etkisi çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir. Kimi zaman mağdur ile fail arasındaki ilişki, kimi zaman mağdurun zayıflığı mağdurun suçun işlenmesinde rol oynamasına sebep olmaktadır.

G- İdare Hukukunda Mağdur

İdare hukukunda mağdur kavramı geniş tutulmaktadır. “Hemşerilik” kavramı da mağdur olmak bakımından yeterli sayılmaktadır.

İdari yargıda, “idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalar” biçiminde tanımlanan ve idari dava türlerinin en yaygın olan “iptal davaları”nda, çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren hususlar dışındaki konularda dava açılabilmesi “kişisel hak ihlali” ne bağlı kılınmıştır⁷¹. Başka bir deyişle, bu gibi durumlarda idari işleminin iptalinin istenebilmesi için davacının menfaatinin ihlal edilmiş olması gerekmektedir. Menfaat ise, davacı ile iptali istenen idari işlem arasındaki ilgiyi ifade etmektedir.

İdare hukuku açısından iki çeşit yetenek (ehliyet) söz konusudur. Bunlardan birincisi, “davada taraf olma yeteneği”, ikincisi ise, “dava açabilme yeteneği”dir⁷². Davada taraf olma ehliyeti, medeni hukuktaki hak ehliyetini karşılık gelmektedir. Bu da medeni haklardan yararlanma yeteneği yerine kullanılmaktadır. Dava açabilme

⁶⁸ İnsan unsurlu felaketler denilince, teknolojik kazalar, trafik kazaları, terör ve savaşlar akla gelmektedir.

⁶⁹ Bahar, Halil İbrahim, Suç Mağdurları, Ankara 2006, s. 50 vd.

⁷⁰ Young, Marlene A., “Victimology and Victim Assistance: Reflections on the Path Towards the Twenty First Century”, Festschrift for Hans Joachim Schneider, Aachen 2000, s. 39 vd.

⁷¹ Tezcan, Durmuş, İdare Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İzmir 2001, s. 315.

⁷² Gözübüyük, A. Şeref/ Tan, Turgut, İdare Hukuku, Cilt 2 İdari Yargılama hukuku, Mevzuattaki Son Değişiklikler İşlenerek Güncelleştirilmiş 2. Bası, Ankara 2006, s. 886-887.

yeteneği ise, medeni hakları kullanabilme yeteneği olan fiil ehliyetinin karşılığı olarak kullanılmaktadır⁷³.

Yapılan bir idari işlem sonucu kişisel hakkı ihlal edilen ve dava açma hakkı bulunan kişiye ise “mağdur” denilmektedir. Kişiler, iptal davaları ile idari işlemlerin hukuk kurallarına uygunluğunun incelenmesini istemektedirler. İdari yargı organlarınca, idari işlemin hukuka aykırılığı saptanırsa, yapılan işlem ortadan kaldırılır ve böylece idarenin hukuk kurallarına uygun şekilde hareket etmesi sağlanarak hukuk düzeni korunur⁷⁴.

İptal davasına yol açan menfaatin ciddi ve makul ilişki olarak nitelendirilen menfaat ilişkisinden kaynaklanması gerekmektedir. Menfaat koşulunun gerçekleşmiş kabul edilebilmesi için, öğreti ve uygulamada  koşulun gerçekleşmiş olması aranmaktadır⁷⁵. Bunlar: Meşru, kişisel ve güncel olma koşuludur.

İdari yargıda mağdurun esasen davacı taraf anlamına geldiği söylenebilir. Mağdur kavramı genelde ceza hukukunda kullanılan bir kavramdır. Mağdurdan söz ediliyorsa fail de olmalıdır ki idarenin fail olması diye bir şey zaten düşünülemez. İdari işlem ve eylemden hak veya menfaati olumsuz etkilenenin mağdur kabul edildiği söylenebilir. Ancak idare hukukunda her mağduriyet dava açma hakkı vermez.

⁷³ Gözübüyük/Tan, İdare Hukuku, s. 887.

⁷⁴ Tezcan, İdare Hukuku, s. 315.

⁷⁵ Menfaatin meşru olması, hukuk tarafından korunmaya layık olması demektir. Menfaatin kişisel olması, ihlal edilen menfaatin davacıya ait olmasını ifade eder. Menfaatin güncel (aktüel) olması ise, her şeyden önce, iptal davasına konu edilmek istenen idari işlemin ihlal etmiş olduğu menfaatin, davanın açıldığı anda, mevcut ve davacıya ait olmasının gerekliliğini anlatır. Bu bakımdan; kişi, davanın açıldığı tarihte, ciddi ve makul ilişkisi sona ermiş bulunan hukuki durumun idari işlemlerle bozulduğunu ve dolayısıyla menfaatinin ihlal edildiğini ileri sürerek iptal davası aamayacağı gibi, henüz, menfaatini ihlal etmeyen idari işlemin de, ileride menfaatini ihlal edeceğinden veya bunun olası bulunduğundan söz ederek, iptalini isteyemez. Ayrıntılı bilgi ve rnek Danıştay Kararları için bkz. Candan, Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usl Kanunu, Mevzuat ve İçtihat Bakımından Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Ankara 2011, s. 111 vd.

II- MAĞDUR KAVRAMININ YAKIN KAVRAMLARLA OLAN İLİŞKİSİ

A- Suçtan Zarar Gören

1- Türk Hukukunda- Doktrin ve Uygulamada Suçtan Zarar Gören Kavramı

Ceza muhakemesi hukukunda önemli bir yer tutan suçtan zarar gören kavramı, bugün mağdur kavramı ile eş anlamlı olarak kullanılmaktadır⁷⁶ ve mağdur kavramı gibi, suçtan zarar gören kavramı da ne ceza hukukunda ne de ceza muhakemesi hukukunda tanımlanmamıştır. Ancak hangi durumlarda kimlerin suçtan zarar gören olarak tanımlanacağı, bu kişilerin hangi yetkilere sahip olacağının saptanması ve bu kavramın sınırlarının belirlenmesi açısından tanımının yapılması son derece önemlidir.

“Mağdur” ve “suçtan zarar gören” kavramlarının farklı kişileri ifade etmek üzere kullanıldığı durumların tespiti, özellikle ceza yargılamasında, şikayet hakkına sahip olan ve kamu davasına ilişkin suçların kovuşturulmasında, savcının yanında “müdahil” veya “katılan” sıfatıyla yer alma hakkına sahip olanların; bir diğer ifadeyle yargılamada süjelik kazananların belirlenmesi açısından önemlidir⁷⁷. Burada esas olarak ortaya konulmaya çalışılan fark, “suçtan zarar gören” kavramının “mağdur” kavramından farklı bir anlam ve nitelemeyi ifade edecek şekilde kullanımına ilişkindir⁷⁸. Bu bağlamda “suçtan zarar gören” kavramından ne anlaşılması gerektiğine ve bu sıfatı taşıyanların kimler olduğuna ilişkin olarak, aşağıda görüleceği üzere, doktrinde farklı yaklaşımlar ortaya konmuştur.

⁷⁶ Örneğin, Ceza Muhakemesi Kanunumuzun 170/3. maddesinde; “... Maktul, mağdur veya suçtan zarar görenin kimliği...” ifadesi kullanılmaktadır. Ayrıca, CMK m.2, m.127, m.131, m. 153, m. 170, m. 171, m. 172, m. 173, m. 181, m. 237, m. 238, m. 239, m. 251, m. 253 örnek verilebilir.

⁷⁷ Yerlikaya, Ünal, İslam Ceza Hukukunda Mağdur, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Isparta 2006, 28.

⁷⁸ Yerlikaya, s. 28.

Suçtan zarar gören kavramı, suçun ve suç teşkil eden olayın mağduru veya suç kurbanı ile yakın ilişkide olan bir kavram olduğu için, tıpkı mağdur gibi, en basit şekliyle, bir suçun işlenmesiyle hukuken korunan menfaatleri doğrudan veya dolaylı olarak ihlal edilen kimse olarak⁷⁹ tanımlanabilir. Doktrinde, kanunumuzda böyle bir tanımı aramanın gereksiz olduğunu savunan yazarlar mevcuttur. Örneğin, Yurtcan'a göre, ceza muhakemesi hukukunda değişik yer ve konularda karşımıza çıkan ve önemli bir yer tutan suçtan zarar gören kavramı, ceza muhakemesinin her aşamasında farklı anlamları ifade edebileceği için⁸⁰, kanunumuzda böyle bir tanımı aramak gereksizdir ve bu biçimdeki bir tanım, karşılaşılabilecek çok çeşitli hayat tecrübeleri için yeterli olmayacağı gibi, faydadan çok zarar da getirebilir⁸¹.

Suçtan zarar gören kavramı Türk Hukukunda öğreti ve uygulamada önemli yer tutmuştur. Alman hukukunda olduğu gibi, Türk Hukukunda da suçtan zarar gören kavramı ile ilgili, geçmişten günümüze birbirine zıt görüşlerin ileri sürüldüğü görülmektedir. Yazarların bu alandaki düşünceleri aşağıda aktarılmıştır⁸²:

Kantar, en başta şahsi dava açmaya hakkı olanları suçtan zarar gören olarak kabul etmektedir. Şahsi dava açmaya hakkı olanları ise, suç teşkil eden fiil ile uzvu, şerefi veya itibari ihlal edilmiş olan kişiler olarak belirtmektedir⁸³. Ayrıca, suçtan zarar gören kavramının dar yorumlanması gerektiğini savunmaktadır. Bunun da açıklanmasını şöyle yapmaktadır: Suçtan zarar gören kavramının dar yorumlanması ve kişiye doğrudan doğruya zarar vermesi durumunda, bu kişilerin suçtan zarar gören kavramına dâhil edilmesi gerekmektedir. Aksi durumda dolaylı zarar görmelerin de bu kavramı sokulacağını ve zarar görmek kavramına bir sınır çizilemeyeceğini eklemektedir⁸⁴.

⁷⁹ Bacanlı, s. 8.

⁸⁰ Örneğin, şikâyet 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. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bacanlı, s. 9 vd.

⁸¹ Yurtcan, Erdener, Şahsi Dava ve Uygulaması, Ankara 1989, s. 41.

⁸² Bacanlı, s. 18.

⁸³ Kantar, Baha, Ceza Muhakemeleri Usulü Umumi Hükümler, 1. Kitap, 4. Bası, Ankara Üniversitesi Yayınları, 1957, s. 431 vd.

⁸⁴ Kantar, s. 173.

Aydınöz de benzer bir tanımla, işlenen suç neticesinde şeref ve haysiyeti, uzvu, malları veya hakları ihlal edilen kişinin suçtan zarar gören olduğunu belirtmektedir⁸⁵.

Erem⁸⁶, suçtan zarar gören kavramına yasa koyucunun, tecavüz olunan kimse, alakadar kimse, suçun konusunu teşkil eden şeyin sahibi, şeklinde çeşitli isimler verdiğini; fakat en çok kullanılan terimin suçtan zarar gören olduğunu belirtmektedir. Yine yazara göre, zarar denince, bundan doğrudan doğruya zarar anlaşılmalıdır. Dolayısıyla zarar görenlerin şikâyet hakkına sahip olamayacaklarını, bu nedenle suç mağdurunun yakınlarının, nişanlısının, alacaklılarının suçtan zarar gören kavramına girmeyeceklerini eklemektedir⁸⁷.

Dönmezer- Erman, her suçun zorunlu mağdurunun devlet olduğunu, ancak belirli 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 belirtmektedirler⁸⁸. Yazarlar, 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, ancak durumun bazen değişeceğini, suçun konusu olan kişiyle ihlal edilen hak ve çıkar sahibi kişinin farklı olabileceğini; küçüğün rızaya dayalı olarak alıkonulmasında veya kaçırılmasında, suçun konusunun kaçırılan veya alıkonulan küçük olduğunu ve fakat buna karşılık mağdurun velayet hakları ihlal edilen ana baba olduğunu açıklamaktadırlar⁸⁹. Yine, mağdur ile suçtan zarar gören arasında da farklar olduğunu belirtmektedirler. Belli bir suçtan, onun mağdurundan başka, diğer bir kişi de hukuken korunan bir hakkına yönelik zarara uğramış olabilir ve bu zararın giderilmesini istemek hakkına sahiptir. Örneğin, adam öldürme suçunda, suçun mağduru ölen kişidir, çünkü yaşama hakkı sahibi odur. Fakat ölen kişinin akrabaları veya mirasçıları hukuk tarafından korunan bir haklarına yönelik zarara maruz kalırlar; bu nedenle bu kişiler mağdur değilse de suçtan zarar

⁸⁵ Aydınöz, Selçuk, Tatbikatta Şahsi Dava ve Konu Olan Suçlar, Ankara 1974, s. 21.

⁸⁶ Erem, Faruk, Türk Ceza Hukuku, Cilt 1, Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 1973, s. 202.

⁸⁷ Erem, Türk Ceza Hukuku, s. 202.

⁸⁸ Dönmezer/Erman, No. 1172, s. 520.

⁸⁹ Dönmezer/Erman, s. 521.

gören olarak kabul edilmelidirler. Yazarlara göre, mağdur ve suçtan zarar gören ayrımının temeli şudur: Suçun mağduru, suçtan doğan ceza ilişkisinin tarafı olduğu halde, suçtan zarar gören ancak hukuki ilişkinin tarafıdır ve iddiası yalnız hukuki niteliğe sahiptir⁹⁰.

Alicanoğlu, kamu davasına müdahaleden söz ederken suçtan zarar gören kavramına da değinmektedir⁹¹. Suçtan zarar görenin, bizzat kendisinin, kanuni mümessilinin, suçtan zarar görenin ölümü halinde mirasçılarının davaya katılabileceklerini belirtmektedir⁹². Yazar ayrıca, suça maruz kalan kişinin ölümü halinde veya mağduriyete uğraması durumunda, bu kişinin destek ve yardımından yoksun kalan kimselerin de dolayısıyla zarar görmüş olacaklarını ve bu kişilerin de davaya katılabileceklerini açıklamaktadır⁹³.

Onbaşıoğlu da Alicanoğlu gibi, kamu davasına müdahaleden söz ederken, suçtan zarar gören kavramına değinmektedir. Yazar, zararın kişiye doğrudan doğruya veya dolayısıyla verilebileceğini savunmaktadır. Doğrudan doğruya zararın anlaşılması kolaydır, fakat dolayısıyla zarardan dolayı kamu davasına katılma olanağını tanımak ya da tanımamak konusunda ayrılıklar çıkabileceğini; burada da hâkimin geniş takdir yetkisini kullanabileceğini belirtmektedir⁹⁴.

Tosun, şahsi dava açabilenler başlığı altında, suçtan zarar gören kavramına da yer vermektedir⁹⁵. Tosun'a göre, suçtan zarar görmek, suçun maddi unsurunun ilgilendirdiği, yöneldiği, etkilediği bir hakkın sahibi olmak demektir. Örneğin, müessir fiilde, yaralanan kişi, beden bütünlüğü ve sağlığı etkilendiği için suçtan zarar gören durumundadır; tehdit suçunda, psikolojik durumu etkilenen kişi suçtan zarar görendir; hakaret suçunda, bu hakaret ile halk içindeki itibarı zedelenen kişi suçtan zarar görendir⁹⁶. Buna karşılık, yazar, dolayısıyla zarar görmelerde durumun farklı olduğunu belirtmektedir. Bunun için verdiği örnek şöyledir: Bir evlat, babasına

⁹⁰ Dönmezer/Erman, s. 1174.

⁹¹ Alicanoğlu, Mahmut, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve Tatbikatı, 2. Baskı, İstanbul 1971, s. 731.

⁹² Alicanoğlu, s. 731.

⁹³ Alicanoğlu, s. 731.

⁹⁴ Yurtcan, Uygulaması, s. 50.

⁹⁵ Tosun, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Cilt 1, Genel Kısım, 2. Bası, İstanbul 1976, s. 145.

⁹⁶ Tosun, s. 145.

küfredildiği için üzüntü duymaktadır ancak bu durum ona şahsi dava açma vermeyeceği gibi, doğrudan doğruya bir zarar görmüş olmadığı için de suçtan zarar gören olarak kabul edilemeyecektir⁹⁷.

Suçtan zarar gören kavramı ile ilgili derin bir inceleme yapan **Onursal**, suçtan zarar gören kavramının bir yargılama hukuku kavramı olduğunu belirtmektedir⁹⁸. Yazara göre, suçtan zarar görenin kim olduğu saptanırken, suçun unsuru olan ve dış dünyadaki olayı teşkil eden maddi sonuç bakımından olan zararın değil, bu neticesinin belli bir kişi üzerinde doğurduğu etkinin göz önünde tutulması ve yargılamada yetki sahibi olarak suçtan zarar görenin saptanmasında bu etkiden hareket edilmesi gerekmektedir⁹⁹. Buradan hareketle de, suçun maddi unsuru ile korunan hukuksal yararlar yakın ve haklı görülecek bir ilgisi bulunan herkes suçtan zarar gören olarak kabul edilebilecektir.

Kunter de Dönmezer-Erman'a yaklaşan bir yorumla, her suçta toplumun yani teşkilatlanmış toplum olarak devletin zarar gördüğü ilkesinden hareket etmekte, fakat suçtan kişilerin de zarar gördüklerini belirtmektedir. Bu zararların derecesi suçta göre değişmektedir. Fakat her suçta az veya çok her ikisi de bulunmaktadır. Zarar gören kişinin yargılamada yer alan sülhlerden biri olduğunu kabul etmekte ancak bu durumun kovuşturma başlayınca geçtiğini belirtmektedir. Ayrıca suçtan zarar görenin, şahsi davada olduğu gibi, yargılamada iddia makamını da işgal edebileceğini belirtmektedir¹⁰⁰. Yazara göre, suçtan zarar gören kavramı ihtiyaca göre yorumlanmalıdır ve zarar gören taraf belirlenirken, farklı ölçülerin olması gerekmektedir. Örneğin, şikâyet hakkı tayin edilirken başka, kamu davasına katılma hakkı tayin edilirken başka ölçünün tutulmuş olması gerekmektedir¹⁰¹. Yine, hâkimin yargılamama mecburiyetinde, hâkimlerin objektifliğini en iyi sağlama amacı, en geniş yorumu gerektirirken; kamu davasına katılmanın sakıncalarını azaltmak için dar yoruma başvurulmalıdır¹⁰². Yazar, suçtan zarar gören ile suç kurbanı veya mağdurun (yani aleyhine suç işlenen kimse) her zaman aynı şahıs olmadığını

⁹⁷ Tosun, s. 145.

⁹⁸ Onursal, Mustafa Sami, Kamu Davasına Müdahale, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1968, s. 56.

⁹⁹ Onursal, s. 57.

¹⁰⁰ Kunter, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Kazancı Hukuk Yayınları: 51, 8. Bası, İstanbul 1986, No. 167, s. 298 vd.

¹⁰¹ Kunter, No.169, s. 300.

¹⁰² Kunter, No. 121, s. 300.

belirtmektedir. Bu durumu da klasik bir örnekle açıklamaktadır: Öldürülen kimse suçun mağdurudur; fakat suçtan zarar görenler, bu ölüm olayı ile zarar gören kişilerdir. Suç konusu şahıs, yani üzerinde suç işlenen şahıs ile zarar gören şahıs da her zaman aynı değildir. Örneğin, alıkoymada, alıkonan küçük, suç konusudur; fakat zarar gören anne ve babasıdır¹⁰³.

Öztürk- Erdem¹⁰⁴, birçok suçta mağdurun aynı zamanda suçtan zarar gören olmasına karşılık, suçun mağduru ile suçtan zarar görenin birbirine karıştırılmaması gerektiğini belirtmişlerdir. Suçtan zarar görenin tanımını ise şöyle yapmışlardır: Suçla korunan hukuksal yararın sahibi olmasa bile, suç nedeniyle maddi ya da manevi zarara uğrayan gerçek veya tüzel kişiler suçtan zarar görendir. Örneğin, dolandırıcılık suçunda hileli davranışlarla aldatılan kişi mağdur, buna karşılık malvarlığı itibarıyla zarara uğrayan kişi suçtan zarar görendir¹⁰⁵.

Demirbaş, ihlal edilen hak ve menfaatin sahibini suçtan zarar gören olarak tanımlamaktadır¹⁰⁶ ve suçun mağduru ile suçtan zarar göreni karıştırmamak gerektiğini eklemektedir. Gerçekten de, belirli bir suç nedeniyle onun mağduru dışında başka kişilerin de zarar görmeleri nedeniyle, bunlar da zararın tazminini isteme hakkına sahip olurlar. Örneğin, adam öldürme suçunun mağduru, yaşam hakkına son verilen ölen kişi olmakla birlikte, onun çocukları ve eşi gibi mirasçıları hukuken korunan bir zarara uğradıklarından, suçtan zarar gören kişilerdir¹⁰⁷.

Artuk-Gökçen-Yenidünya'ya göre, suçtan zarar gören kavramı ile mağdur aynı şey değildir¹⁰⁸. Suçtan zarar gören kavramı mağdura göre daha geniştir. Bir suçun işlenmesiyle hukuken korunan menfaatleri doğrudan doğruya veya dolaylı olarak ihlal edilen kimse suçtan zarar gören olarak tanımlanabilir¹⁰⁹. Bir suçun mağduru, kural olarak işlenen suç ona karşı bir haksızlık oluşturduğu için aynı zamanda suçtan zarar görendir. Örneğin, kasten yaralama suçunda, vücut bütünlüğü ihlal edilen kimse hem mağdur hem de suçtan zarar görendir. Buna karşılık, belirli

¹⁰³ Kunter, No.169, s. 300.

¹⁰⁴ Öztürk/Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, s. 160-161.

¹⁰⁵ Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, s. 161.

¹⁰⁶ Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2011, s. 517.

¹⁰⁷ Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 518.

¹⁰⁸ Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Ankara 2011, s. 313.

¹⁰⁹ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 313.

bir suçtan onun mağdurundan başka, diğer kimseler de hukuken korunan bir haklarının ihlali dolayısıyla zarar uğramış olabilirler. Yukarıda verdiğimiz örnek üzerinden yine bu durumu açıklayacak olursak; kasten öldürme suçunun mağdurun ölen kimsedir. Bununla beraber ölen kimsenin mirasçıları veya akrabaları mağdur değildirler ama hukuken suçtan zarar gördüklerinden dolayı, suçtan zarar gören olarak ceza davasına katılabilirler¹¹⁰ (CMK m. 237). Aynı şekilde bir özel hukuk tüzel kişinin parasına zilyet olan (A)'ya karşı cebir veya tehdit ya da hile kullanılarak, yağma (TCK m. 148) veya dolandırıcılık (TCK m. 157) suçu işlendiğinde; suçun mağduru, kendisine cebir veya tehdit kullanılan ya da hileye maruz bırakılan (A) iken, suçtan zarar gören ise, işlenen suçla mal varlığında azalma meydana gelen özel hukuk tüzel kişisidir¹¹¹.

Özgenç de mağdur ve suçtan zarar gören kavramlarının birbirlerine karıştırılmaması gerektiğini belirtmektedir¹¹². Kural olarak, mağdurun, aynı zamanda bir suçun işlenmesi dolayısıyla zarar gören kişi olduğunu hırsızlık suçu ile ilgili verdiği örnekte şu şekilde açıklamaktadır: Hırsızlık suçunun mağduru, aynı zamanda bu suçun işlenmesi dolayısıyla zarar gören kişidir¹¹³. Fakat bu her zaman böyle olmamaktadır. Başka bir ifadeyle, suçtan zarar gören kişi, her zaman bir suçun işlenmesi dolayısıyla mağdur edilen kişi değildir. Yazar bu durumu, Artuk/Gökçen/Yenidünya'nın verdiği örneğe benzer bir şekilde şöyle açıklamıştır: Bir kurumun parasına ve sair malvarlığına vaziyet eden bir görevliye cebir veya tehdit tatbiki suretiyle ya da hileye maruz bırakılmasıyla yağma ya da dolandırıcılık suçu işlenmiş olabilir. Bu durumda, suçun mağduru, kendisine cebir veya tehdit tatbik edilen ya da hileye maruz bırakılan görevlidir. Buna karşılık suçtan zarar gören, bu suretle malvarlığında azalma meydana gelen kurumdur¹¹⁴.

Şahin, bir suçun işlenmesi dolayısıyla zarar gören gerçek veya tüzel kişiyi suçtan zarar gören olarak tanımlamakta¹¹⁵ ve zarar gören kişinin her zaman bu suçun işlenmesi dolayısıyla mağdur edilen kişi olmadığını belirtmektedir. Suçtan zarar

¹¹⁰ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 313.

¹¹¹ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 314.

¹¹² Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 8. Bası, Ankara 2013, s. 210.

¹¹³ Özgenç, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 210-211.

¹¹⁴ Özgenç, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 211.

¹¹⁵ Şahin, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Ankara 2007, 125.

gören kavramı mağdura göre daha geniştir; yani, her mağdur aynı zamanda suçtan zarar görendir, fakat her suçtan zarar görenin mağdur olması gerekmemektedir¹¹⁶.

Hakeri, çoğu suçta mağdur ile suçtan zarar gören kişinin aynı kişi olduğunu belirtirken¹¹⁷; bazı suçlarda da suçtan zarar gören ile mağdur kavramının birbirinden ayrıldığını ifade etmektedir. Yazar, kasten öldürme ile verilen örnekle bu durumu açıklamış; mağdur maktul iken, suçtan zarar gören maktulün mirasçısıdır, demiştir. Böylece, bir suçun maddi konusuna sahip olmasa bile, dolaylı olarak suçtan mağdur olan kimselere suçtan zarar gören adını vermektedir¹¹⁸.

Koca- Üzülmaz, mağdurun ancak gerçek kişiler olduğunu belirtirken; insan dışında, aile, devlet, tüzel kişi, kişi toplulukları, devletler topluluğu gibi kurum ve organların “suçtan zarar gören” olabileceğini belirtmektedirler¹¹⁹. Bu yazarlar da, mağdur kavramı ile suçtan zarar gören kavramlarının birbirine karıştırılmaması gerektiği üzerinde durmaktadırlar. Mağdurun, aynı zamanda suçun işlenmesinden dolayı zarar gören kişi olmasıyla birlikte, suçtan zarar gören kişinin her zaman suçun işlenmesi dolayısıyla mağdur edilen kişi olmadığı üzerinde durmaktadırlar¹²⁰.

Zafer ise, doktrindeki birçok görüşün aksine, suçtan doğrudan doğruya etkilenen gerçek kişi veya tüzel kişilerin mağdur olacağını kabul etmiş; kendilerine özgü ihtiyaç ve menfaatleri olan aile, toplum ve devletler topluluğu gibi sosyal toplulukların da suçtan zarar gören değil, suçun mağduru olduğunu belirtmiştir¹²¹.

Bıçak¹²², aleyhine suç işlenen ve suçtan doğrudan doğruya zarar gören kişinin mağdur olduğunu; mağdur dışında kalan kişilerin de suçtan zarar görmeleri mümkün olduğundan, bu kişilerin de “suçtan zarar gören” olduğunu belirtmektedir.

Görüldüğü üzere, doktrinde birbirine çok yakın tanımlar yapılmış; mağdur kavramı ile arasındaki fark, temel bazı örneklerle açıklanmaya çalışılmış ve suçtan

¹¹⁶ Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, s. 125.

¹¹⁷ Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012, s. 120.

¹¹⁸ Hakeri, Genel Hükümler, s. 120.

¹¹⁹ Koca, Mahmut/ Üzülmaz, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara 2010, 152-153.

¹²⁰ Koca/Üzülmaz, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 153.

¹²¹ Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75) Ders Kitabı, Haziran 2010, 113-114.

¹²² Bıçak, Vahit, Suç Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2011, s. 163.

zarar gören kavramından ne anlaşılması gerektiği vurgulanmaya çalışılmıştır. Bize göre, suçtan zarar gören kavramı, mağdur kavramıyla örtüştüğü için, bu kavramlar yakın kavramlar olarak kabul edilseler de ayrılan noktaları da vardır. Şöyle ki, yukarıda verdiğimiz örnekte belirttiğimiz gibi, adam öldürme suçunda mağdur ölen kişidir. Suçtan zarar gören ise, ölüm olayının gerçekleşmesi sonucunda hakları veya hukuki çıkarları zedelenen kişilerdir. Buna karşılık, kasten yaralama suçunda, mağdur ile suçtan zarar gören kavramı çoğu kez aynı kişide birleşmektedir¹²³.

2- Alman Hukukunda- Doktrin ve Uygulamada- Suçtan Zarar Gören Kavramı

Alman Hukukunda, suçtan zarar gören kavramı hakkında doktrindeki görüşlerin büyük çoğunluğu, ceza muhakemesi kanununun değişik yerlerinde geçen suçtan zarar gören kavramının değişik anlam taşıdığını ileri sürerken¹²⁴, azınlıkta kalan görüş ise bu kavramın tek anlam taşıdığını ve bunun da gerek kovuşturma davasında ve gerekse artık hukuk sistemimizde yer almayan şahsi dava ve katılmada davacı olabilme ehliyeti saptanırken aynı olacağını ileri sürmektedirler¹²⁵.

Suçtan zarar gören kavramının ayrı bir kapsam ve çerçevesinin olacağını ileri sürenler, bu kavramın konuya ve olaya göre değişeceğinden hareketle bunu söylemektedirler. 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 edilmesindedir¹²⁶. Savcının kamu davası açmadığı durumlarda, bunu mümkün kılmak için suçtan zarar görene tanınan yetkinin çerçevesinin geniş tutularak, suçtan zarar gören kavramının içeriğinin saptanması amaca daha uygun düşmektedir¹²⁷.

¹²³ Yurtcan, Uygulaması, s. 41.

¹²⁴ Bu konuda bakınız Henkel, H, Strafverfahrensrecht, 2. Auflage, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1968, s.193 vd. Henkel'e göre; şahsi davanın söz konusu olduğu durumlarda, bu davada davacı konumunda olan suçtan zarar gören kavramı ve sınırı ile kovuşturma davasındaki suçtan zarar gören kavramı ve sınırı farklıdır. Şahsi davanın söz konusu olduğu durumlarda, suçtan zarar gören kavramını dar bir şekilde yorumlamakta; suç oluşturan fiilin doğrudan doğruya etkilediği kişiyi suçtan zarar gören olarak kabul etmektedir. Ancak kovuşturma davasında suçtan zarar görenin daha geniş bir yorumla tespit edilebileceğini belirtmektedir.

¹²⁵ Bacanlı, s. 11.

¹²⁶ Bacanlı, s. 11.

¹²⁷ Yurtcan, Uygulaması, s. 42.

Bu bilgiler ışığında, Alman Hukukunda suçtan zarar gören kavramı konusunda iki ayrı görüş olduğunu belirtebiliriz. Bu görüşlerden ilkinde göre, suç tipinin maddi unsuru ile korunan hukuki çıkarı zedelenen kişi suçtan zarar gören olarak tanımlanmaktadır. Diğer görüşe göre ise, iddia edilen fiil ile haklı çıkarları zedelenen kişiye suçtan zarar gören denmektedir.

Alman hukukunda, suç tipinin maddi unsuru ile korunan hukuki çıkarı zedelenen kişiyi suçtan zarar gören olarak kabul eden yazarların görüşleri şöyledir¹²⁸:

Schwarz¹²⁹ yalan yere yemin suçunda, yemin sonucunda mahkûm olan kişinin suçtan zarar gören kişi olduğunu belirtir. Aynı şekilde eşlerden birinin öldürülmesi durumunda geride kalan eşin ve çocuğun öldürülmesi suçunda ise, öldürülen çocuğun anne ve babasının suçtan zarar gören olduğunu belirtir. Örneklerde de görüldüğü üzere, Schwarz, hakları doğrudan doğruya ihlal edilen kimseleri suçtan zarar gören olarak kabul etmektedir.

Dürwanger de konut dokunulmazlığını ihlal suçu ile suçtan zarar gören kavramını şöyle açıklamaktadır: Konut dokunulmazlığını ihlal suçunda, konutuna rızası dışında girilerek, huzur ve güven içinde yaşama hakkı zedelenen mülkiyet hakkı sahibi malik veya kiracının suçtan zarar gören olacağını belirtmektedir¹³⁰. **Dürwanger** de **Schwarz** gibi, hakkı doğrudan ihlal edilen kimseyi suçtan zarar gören olarak kabul etmektedir.

Aynı şekilde **Belling**, **Löwe-Rosenberg**, **Klinknecht** gibi yazarlar da hakları doğrudan ihlal edilen kişileri suçtan zarar gören olarak kabul etmektedirler. **Belling** görüşünü, mala zarar verme suçuyla şöyle açıklamaktadır. Mala zarar verme suçunda, malın sahibi doğrudan doğruya zarar gören kişi; dolayısıyla suçtan zarar görendir; o mal üzerinde herhangi bir nisbi hakkı olan kişi suçtan zarar gören değildir¹³¹. **Löwe-Rosenberg**, suçtan zarar gören kavramının yalnız şikâyet hakkı sahibi olanları kapsamayacağını, fakat bir suçtan dolayısıyla zarar görenlerin bu kavrama dâhil edilemeyeceğini; çünkü bu takdirde suçtan zarar gören kavramına

¹²⁸ Yurtcan, Uygulaması, s. 42.

¹²⁹ Schwarz, O, Strafprozessordnung, 16. Auflage, München und Berlin, 1953, s. 172.

¹³⁰ Dürwanger, K, Handbuch des Privatrechts, 2. Auflage, Darmstadt, 1952, s. 174 vd.

¹³¹ Belling, E, Deutsches Reichsstrafprozessrecht, Berlin und Leipzig, 1928, s.91.

uygun bir sınır çizilemeyeceğini belirtmektedir¹³² ve bu görüşleriyle de suçtan zarar gören olabilmek için, somut olayda meydana gelen fiilin kişinin haklarını doğrudan doğruya ihlal etmesi koşulunu aradıklarını ortaya koymuşlardır. Bu görüşü savunan bir diğer yazar olan **Klinknecht** de isnad edilen fiille bir hukuki çıkarı doğrudan doğruya zedelenen kişiyi suçtan zarar gören olarak kabul etmektedir¹³³. **Klinknecht**'e göre, bu konuda yalnız ceza hukuku düzeni tarafından korunan ve kabul edilmiş olan yararlar göz önünde bulundurulur¹³⁴. Suçtan zarar gören kavramı, kovuşturma davasında geniş bir yoruma tabi tutulur, çünkü bu yol mecburilik ilkesinin korunmasını sağlar¹³⁵. Bu nedenle geniş bir yorumu mümkün kılmaktadır. Ancak bu yola başvuran kişinin, fiilden ötürü herhangi bir vatandaş gibi etkilenmiş olması da yeterli değildir. Örneğin, yalan yere tanıklık suçunda, bu suç sonucunda yargılamadaki durumu ağırlaşan kişiler suçtan zarar gören olarak kabul edilirler¹³⁶.

Alman hukukunda ortaya çıkan ikinci görüş olan, iddia edilen fiil ile haklı çıkarları zedelenen kişiyi suçtan zarar gören olarak kabul eden yazarlar ve düşünceleri ise şöyledir:

Kohlrausch¹³⁷ suçun en geniş anlamda, hukuk alanına herhangi bir biçimde yöneldiği kişiyi suçtan zarar gören olarak kabul etmekte ve yalan yere yeminde, bundan zarar gören her yargılama tarafının; adam öldürme suçunda, öldürülenin yakınlarının suçtan zarar gören olacaklarını belirtmektedir.

Schulz/Berke-Müller 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 olduğunu ve isnad edilen fiille, haklı çıkarları büyük ölçüde zarara uğratılan kişilerin suçtan zarar gören olarak kabul edilmelerinin uygun olacağını açıklamaktadırlar¹³⁸.

¹³² Löwe- Rosenberg, StPO und GVG, 2. Band 21. Auflage, Berlin, 1965, § 172. 7 b. (Aktaran: Bacanlı, s. 13.)

¹³³ Bacanlı, s. 13.

¹³⁴ Yurtcan, Uygulaması, s. 43.

¹³⁵ Bacanlı, s. 13.

¹³⁶ Klinknecht, T, Strafprozessordnung, 31 Auflage, München, 1974, § 172, s. 3 (Yurtcan, Uygulaması, s. 43.)

¹³⁷ Kohlrausch, E., StPO und GVG, 24. Auflage, Berlin und Leipzig, 1936, § 172 (Aktaran: Yurtcan, Uygulaması, s. 44).

¹³⁸ Schulz/Berke-Müller, Strafprozessordnung, 4. Auflage, Hamburg, 1971, § 172 B (Aktaran: Yurtcan, Uygulaması, s. 44).

Dalcke-Fuhrmann-Schaefer, suçun işlenmesiyle özel ve kamusal hakları zedelenen kişilerin suçtan zarar gören olarak kabul edileceğini; ayrıca suçun işlenmesi ile hakları dolaylı olarak ihlal edilenlerin de suçtan zarar gören kavramına gireceğini belirtiyorlar¹³⁹. Yazarlar düşüncelerini şu örneklerle güçlendirmektedirler: Öldürülenin dul eşi ve çocukları, taksirle öldürülen kişinin sağ kalan eşi, öldürülen çocuğun babası, çocuğunu düşüren karının kocası suçtan zarar görendir¹⁴⁰.

Rosenfeld'e göre suçun işlenmesi ile hukuki çıkarları önemli ölçüde ihlal edilen kişi suçtan zarar görendir¹⁴¹. Rosenfeld de suçtan zarar gören kavramının geniş yorumlanması gerektiğini savunan yazarlardandır. Yazara göre, bu kişinin şikâyet hakkı sahibi olanlarda olduğu gibi, dar anlamda suçtan zarar gören olması gerekmez. Bu nedenle ölenin yakınları suçtan zarar gören kavramına girer¹⁴².

Gerland kimin suçtan zarar gören olduğunun tartışmalı olduğunu, bazılarının bir suçtan ancak doğrudan doğruya zarar görenleri suçtan zarar gören olarak kabul ettiklerini fakat diğer grubun ise suçtan zarar gören kavramını çok geniş bir şekilde saptadıklarını söylemekte ve bunları dolayısıyla zarar görenleri de buraya soktuklarını açıklamakta ve bu ikinci görüşün kabul edilmesi gerektiğini eklemektedir¹⁴³.

Kern-Roxin'e¹⁴⁴ göre, kovuşturma davasındaki suçtan zarar gören kavramı ile şahsi davadaki suçtan zarar gören kavramı birbirleriyle uyum içindedir. Önceleri sadece suçla korunan hukuki çıkara sahip olan kişi suçtan zarar gören olarak kabul edilirdi ve bu nedenle de örneğin adam öldürme suçlarında kovuşturma davası kabul edilmezdi. Ancak daha sonraları ortaya çıkan baskın görüşe göre, cezalandırılması gereken hareketle haklı çıkarları zarara uğratılan kişinin ceza kovuşturması yapılmasını istemesi, ona tanınan karşılıklı bulunma düşüncesini haklı kıldığı

¹³⁹ Dalcke-Fuhrmann-Schaefer, Strafrecht und Strafverfahren, 37. Auflage, Berlin 1961, § 172 ,3, § 374, 1. (Aktaran, Yurtcan, Uygulaması, s. 44)

¹⁴⁰ Yurtcan, Uygulaması, s. 44.

¹⁴¹ Rosenfeld, E. H., Der Reichsstraßprozess, 4 und 5. Auflage, Berlin 1912, s. 207 (Aktaran, Yurtcan, Uygulaması, s. 44).

¹⁴² Yurtcan, Uygulaması, s. 44.

¹⁴³ Yurtcan, Uygulaması, s. 44-45.

¹⁴⁴ Kern-Roxin, Strafverfahrensrecht, 12. Auflage, München 1974, s. 315 (Aktaran: Yurtcan, Uygulaması, s. 45.)

durumlarda, o kişi suçtan zarar gören olarak kabul edilmektedir. Bunun sonucu olarak adam öldürme suçunda, kovuşturma davası açma hakkı, ölenin bakmakla yükümlü olduğu kişiler dışında, nafaka hakkı olmayan yakınlarına da tanınmaktadır¹⁴⁵.

Peters¹⁴⁶ de suçtan zarar gören kavramına yasanın çeşitli hükümlerinde rastlandığına, bu nedenle bu kavramın nasıl anlaşılacağıının her hükmün anlam ve amacından çıkarılması gerektiğine işaret etmektedir. Yazara göre, örneğin yasanın 21. maddesi yargılamada tarafsızlığı gerçekleştirmek amacına yönelik olduğu için, geniş bir yorumu gerekli kılmaktadır. Aynı şekilde yasanın 403. maddesi malvarlığına ilişkin normların gerçekleşmesine yönelik olduğu için, burada da suçtan zarar gören, malvarlığı hakları zedelenen bir kişi olmalıdır¹⁴⁷. Yazarın verdiği örneklere bakıldığında, hukuki alanı herhangi bir biçimde etkilenen kişi suçtan zarar gören olarak kabul edilmektedir. Başka bir ifadeyle, suç adı verilen fiilden dolayı da olsa hakkı ihlal edilen kimse suçtan zarar gören olarak kabul edilmektedir. Ancak uygulamadaki örnekler bunun aksine, çoğunlukla doğrudan doğruya bir ihlali aramakta ise de doğrudan doğruya zarar ve ihlal kavramlarının çok genişlediğini ve bunun sonucu olarak her iki görüşün de yakınlaştığını belirtmektedir¹⁴⁸.

Eb. Schmidt de Peters gibi, suçtan zarar gören kavramının yasanın çeşitli hükümlerinde, değişik çerçevede değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁴⁹. 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 kovuşturulması halinde, ceza adaletinin gerçekleşmemesi durumunda duyacağı infiali ortadan kaldırmak için kabul edilmiş bir yoldur. Bu şekilde ortaya çıkan ve hukuken de saygı duyulması gereken tatmin edilme isteğinin, yalnız somut olayda meydana gelen neticeden dolayı zarara uğrayanlara tanınması uygun olmaz. Örneğin, adam öldürme suçunda, suç tipi üzerinde gerçekleştiği için zarar gören yalnızca öldürülen kişidir dersek, hayatın

¹⁴⁵ Yurtcan, Uygulaması, s. 45.

¹⁴⁶ Peters, K., Strafprozess, 2 Auflage, Karlsruhe, 1966, s. 463 (Aktaran: Yurtcan, Uygulaması, s. 45).

¹⁴⁷ Yurtcan, s. 45.

¹⁴⁸ Peters, s. 463.

¹⁴⁹ Balcı, s. 15.

olağan akışına, gerçeklerine uygun hareket etmemiş oluruz. Çünkü, öldürülenin dul eşine, çocuklarına ve diğer aile yakınlarına da bir tatmin edilme olanağının tanınması gerekmektedir. Aynı şekilde yalan yere yemin suçunda, devletin her olayda gerçeği ortaya çıkarmak ve adaleti gerçekleştirmek görevi olduğu açıktır. Ancak yalan yere yeminden zarar gören yalnız devlet midir? Ebetteki hayır. Bu yeminden dolayı hukuk davasını kaybeden veya herhangi bir hürriyeti bağlayıcı ceza alan 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 yazara göre uygun değildir; reddedilmelidir¹⁵⁰.

Kühne'ye göre, Cumhuriyet Savcısının kama davası açmasından sonra, kanunda belirlenen kurallara göre¹⁵¹, kamu davasına katılmaya hakkı olanlar suçtan zarar gören olarak adlandırılırlar¹⁵². Suçtan zarar görenler, katılan sıfatıyla, devletin dava açmakla görevli organı olan savcılığın yanında yer alan ve savcı gibi objektif olmakla yükümlü kişilerdir¹⁵³.

Hochheuser¹⁵⁴ de Eb. Schmidt ile aynı görüşü savunmaktadır ve suçtan zarar gören kavramının mümkün olduğu kadar geniş yorumlanması gerektiğini belirtmektedir. Hochheuser'a göre, bir suç doğrudan doğruya belli bir kişiye yönelmiş olsa bile, bundan toplum da zarar görmektedir. Şöyle ki, o kişi toplum içinde hukuki bir statüye sahiptir ve ona karşı işlenen suç ile toplumunun da huzuru bozulmaktadır. Yazara göre, her suçta esas olarak kişinin zarar gördüğü kabul edilse de, kendi işlediği suçtan dolayı failin kendisi de dâhil olmak üzere, toplumun tamamının suçtan zarar gördüğünü söylemek mümkündür¹⁵⁵. Alman ceza yasası ve ceza yargılaması yasasının çeşitli maddelerinde suçtan zarar gören kavramı yer

¹⁵⁰ Yurtcan, Uygulaması, s. 45 vd.

¹⁵¹ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, § 395 ve § 396.

¹⁵² Kühne, Heiner Hans, Strafprozessrecht, 7. Völlig Neubearbeitete Und Erweiterte Auflage, Heidelberg 2006, s. 154 vd.

¹⁵³ Kühne, s. 154.

¹⁵⁴ Hochheuser ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku alanında suçtan zarar gören kavramı üzerinde ayrı bir inceleme yapmış bir yazardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hochheuser, E., Der Verletzte im Strafrecht, Diss. Köln, 1965, s. 46 vd.

¹⁵⁵ Hochheuser, s. 46.

alır¹⁵⁶, bu da toplum içinde belirli kişilerin suçtan zarar gören olarak ayrı bir yere sahip oldukları ve toplum içindeki bireylerden ayrıldıklarını gösterir¹⁵⁷.

Konuya ilişkin Alman mahkeme kararlarına baktığımızda, suçtan zarar gören kavramına ilişkin şu biçimde kararlar olduğu görülmektedir¹⁵⁸:

Alman mahkemeleri, yasanın çeşitli yerlerinde geçen suçtan zarar gören kavramının aynı ya da değişik anlama geldiği konusundaki tartışmaya ilişkin kararlarında, yasanın değişik yerlerindeki suçtan zarar gören kavramlarının farklı anlama geldiği doğrultusunda karar vermişlerdir¹⁵⁹.

Suçtan zarar gören kavramının yorumunda gerek RG ve gerek BGH, suçtan zarar görenin doğrudan doğruya zarar gören olacağını, doğrudan doğruya zarar görenin de, hareketin, hukuki çıkarını doğrudan doğruya ihlal ettiği kişi olduğunu belirtmişlerdir¹⁶⁰. BGH verdiği diğer bir ilginç kararında, suçtan zarar gören kavramının dolayısıyla zarar görenleri de kapsayacak biçimde genişletilmesinin sakıncalı olduğunu, bu kavrama bir çizgi ve çerçeve çizilmesini olanaksızlaştıracağını belirtmiştir¹⁶¹. Aynı yorumu OLG Frankfurt'un bir kararında yine görmekteyiz. Şahsi dava konusundaki suçtan zarar gören kavramı açısından dar yorumun uygun olacağı OLG Frankfurt'un bu kararına konu teşkil etmiştir¹⁶².

Çeşitli suç tiplerine göre, Alman mahkemelerinin konuya yaklaşımı ise şu şekildedir¹⁶³:

Adam öldürme suçlarında, ölenle yakın ilişkisi nedeniyle, ölüm olayından dolayı büyük üzüntü duyan ve ölümle hayatında büyük bir sarsıntı meydana gelen aile yakını olan kişiler de suçtan zarar gören olarak kabul edilmektedir. Bir küçüğün

¹⁵⁶ Hochheuser, s.10, 1 nolu dipnotta bu durumu şöyle ifade eder: Suçtan zarar gören kavramının aynı ya da değişik anlama geldiği konusundaki tartışmaya ilişkin Alman mahkemeleri, yasanın değişik yerlerindeki suçtan zarar gören kavramlarının farklı anlama geldiği doğrultusunda karar vermişlerdir.

¹⁵⁷ Balcı, s. 16.

¹⁵⁸ Yurtcan, Uygulaması, s. 47.

¹⁵⁹ RGSt. 69, 108. Aynı yönde OLG Frankfurt, NJW 1950, 882; Aynı yönde NJW 1954, s. 203.

¹⁶⁰ RGSt 69, 107.

¹⁶¹ Yurtcan, Uygulaması, s. 47.

¹⁶² OLG Frankfurt, NJW 1950, 882 (883).

¹⁶³ Bacanlı, s.17.

ölümünde, onun anne-babası suçtan zarar görendir. Aileden ayrılmış olsa bile bir evladın ölümünde, ölen çocuğun anne-babası, suçtan zarar görenlerdir. Yine bir kişinin ölümü halinde, aradaki hasımlık derecesine bakılmaksızın, ölen kişi ile hayat bağları bulunan ölenin yakınları, suçtan zarar görendir¹⁶⁴. Ölenin eşi, suçtan zarar görendir. Anne-babanın öldürülmesinde, onlarla birlikte oturmasalar bile, çocukları suçtan zarar görenlerdir.

Bütün bu örneklerde, ölüm olayının kasten ya da taksirle gerçekleştirilmiş olması arasında herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Ayrıca, ölümle sonuçlanan müessir fiillerde adam öldürme için varılan sonuçlar aynen uygulanmaktadır. Müessir fiillerde, fiilden doğrudan doğruya zarar gören suçtan zarar görendir.

Bir evli kadının, kocasının rızası olmaksızın kendisine sterilizasyon yaptırması halinde (StGB 224), koca suçtan zarar gören olarak kabul edilmektedir¹⁶⁵. Çocuk düşürme suçlarında, kocanın rızası hilafına çocuğun düşürülmesinde, koca suçtan zarar görendir. Fakat koca rıza göstermişse bu durumda suçtan zarar gören olamaz.

Irza geçme suçlarında, evli kadının ırzına geçilmesinde, kocası suçtan zarar görendir. Anne-babasıyla birlikte yaşayan kızın ırzına geçilmesinde, anne-babası suçtan zarar gören olarak kabul edilirler¹⁶⁶.

Alman mahkemelerinin, hakaret ve sövme suçlarında, suçtan zarar gören kavramının çerçevesini genişlettiklerini görmekteyiz. Yüksek mahkemenin ilginç bir kararında, çocuklara hakaret edilmesinde, anne-babayı da suçtan zarar gören olarak kabul etmiştir¹⁶⁷.

Mal aleyhine işlenen suçlarda ise, hareketin doğrudan doğruya yöneldiği kişi, suçtan zarar gören olarak kabul edilmektedir. Hırsızlık ve güveni kötüye kullanma suçlarında, malik ve malı elinde bulunduran kişi suçtan zarar gören olarak kabul

¹⁶⁴ Yurtcan, Uygulaması, s. 48.

¹⁶⁵ Bacanlı, s. 17.

¹⁶⁶ Bacanlı, s. 17.

¹⁶⁷ Yurtcan, Erdener, Şahsi Davası, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2363, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 533, İstanbul 1977, s. 48.

edilmektedir. Mala zarar verme suçunda ise, malikin yanı sıra kiracı gibi malın zilyedine de suçtan zarar gören niteliği tanınmaktadır¹⁶⁸.

B- Katılan (Müdahil)

1- Genel Olarak

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, suç nedeniyle zarar gören bireyin kamu davasına katılması ve ceza muhakemesinde bir süje olarak yer alması amacıyla kamu davasına katılma hakkı tanınmaktadır.

“*Kamu davasına katılan*” veya kısaca “*katılan*” da ceza muhakemesi ilişkisinin süjelerinden biridir¹⁶⁹. Katılan, devletin iddia makamının işgal edildiği hallerde ferdi iddia makamını işgal eder. Bu itibarla makam dolayısıyla süjedir. Ancak katılan aynı zamanda suçtan zarar gören fert tarafıdır. Bu bakımdan da şahıs itibarıyla süjedir¹⁷⁰.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda “*Kamu Davasına Katılma*” kurumu düzenlenmiştir. Kanun kavramları Türkçeleştirerek “*Müdahale Yoluyla Dava*” veya “*Hukuku Amme Davasına İltihak*” kavramları yerine “*Kamu Davasına Katılma*” ibaresini ve kamu davasına katılma hakkına sahip kişiyi ifade etmek üzere “*müdahil*” yerine “*katılan*” kavramını kullanmaktadır¹⁷¹. Biz de açıklamalarımızda “*katılan*” kavramını kullanacağız. Ancak tekrar belirtmekte fayda vardır; Öğretide CMK'nın kullandığı terminolojiye rağmen “*katılan*” ı ifade etmek üzere müdahil, “*katılma*” yı ifade etmek üzere müdahale terimleri de kullanılmaktadır¹⁷².

¹⁶⁸ Yurtcan, Şahsi Dava, s. 48.

¹⁶⁹ Kunter, s. No. 236-237-238, s. 403.

¹⁷⁰ Kunter, No. 239-240, s. 404.

¹⁷¹ Koç, Ziya, Ceza Muhakemesinde Katılan, İstanbul 2011, s. 1-2.

¹⁷² Koç, s. 2.

2- Katılmanın Hukuki Niteliği

Kamu davasına katılmanın hukuki niteliği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden birincisine göre, devletin yetkili organı savcılık tarafından açılan kamu davası, suçtan zarar gören bireyin açtığı davayı da içine aldığı için yargılama birliği anlayışı içinde, katılma, ayrı ve hatta tali bir dava olarak kabul edilmemelidir¹⁷³. Bu görüşe göre, kişinin kamu davasına katılmasının kabul edilmesinin nedeni, suçtan zarar görenin de itham görevini yerine getirme ihtiyacıdır¹⁷⁴. İkinci anlayışa göre, katılan Cumhuriyet Savcısının yardımcısıdır; Cumhuriyet Savcısına yardım için hazır bulunur. Çünkü katılma durumunda davacı başlı başına taraf değildir; davada taraf olan, Cumhuriyet Savcısının açmış olduğu davaya katılma suretiyle ona yardım eder¹⁷⁵. Üçüncü anlayış, katılma ile kamu davası arasında bağlantı kabul eden anlayıştır. Dördüncü anlayış ise, katılmayı tamamıyla özel hukuk usulüne ait kabul eder ve özel hukuktaki katılmayla ifade eder¹⁷⁶.

Bize göre, katılmayı bir dava olarak kabul etmeyen görüşlerin aksine, katılma bir davadır¹⁷⁷; katılan da davacı niteliğindedir. Katılma ceza muhakemesinde özel muhakeme usulleri arasında yer almaktadır.

3- Katılmanın Lehinde ve Aleyhinde İleri Sürülen Görüşler

Doktrinde katılma kurumunun gerekli olup olmadığı hususunda çeşitli görüşler ileri sürülmüş olmasına rağmen, Türk Hukukunda tüm suçlar bakımından kamu davasına katılma kurumu kabul edilmiş ve bu kurum suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanları da kapsayacak şekilde düzenlenmiştir¹⁷⁸. Ancak mukayeseli hukukta, örneğin Anglo- Sakson ülkelerinde ve özellikle Amerika'da kamu davasına katılma kabul edilmemektedir¹⁷⁹. Katılma, eski hukuk

¹⁷³ Ünlütepe, Canan, Kamu Davasına Katılma (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2008, s. 5; Koç, s. 8.

¹⁷⁴ Erem, Faruk, "Ceza Davasına Müdahalenin Lüzumsuzluğu", Adalet Dergisi, Sayı:11-12, Yıl: 53 (Kasım-Aralık 1962), s. 1203.

¹⁷⁵ Ünlütepe, s. 6.

¹⁷⁶ Erem, Faruk, Ceza Usul Hukuku, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 1978, s. 660.

¹⁷⁷ Kunter, Nurullah/ Yenisey, Feridun/ Nuhoğlu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Ondördüncü Bası, 2006, s. 444.

¹⁷⁸ Ünlütepe, s. 9.

¹⁷⁹ Akdemir, Süleyman, Ceza Hukukunda Mağdurun Korunması, İzmir 1988, s. 75.

sistemlerindeki şahsi intikam alma usulünün kalıntısı olarak kabul edildiğinden, suçtan zarar gören kişiler suç olayının tanığı sayılmaktadır. Ancak 1979 yılından bu yana suç mağdurlarının da kamu davasına katılması yönünde kuvvetli bir eğilim bulunmakla beraber; bu durumun mağdurun suç failine karşı taşıdığı intikam duygularını harekete geçireceği gerekçesiyle reddedilmektedir¹⁸⁰. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ise, mağdurun davaya katılması sadece belli suçlar açısından kabul edilmiştir. Alman CMK § 395'de, hangi suçlardan dolayı katılma talebinde bulunulabileceği¹⁸¹ ve kimlerin katılma sıfatını alabileceği belirtilmiştir¹⁸². Buna göre, ceza kanunundaki belli suçlar ile teşebbüs aşamasında kalmış bazı suçlardan dolayı zarar görmüş olanlar ve hukuka aykırı bir şekilde öldürülen kimsenin anne-babası, eşi, çocukları, kardeşleri ve özel kanunlar uyarınca belli memurlar davaya katılma imkânına sahiptirler¹⁸³.

Katılmanın lehinde olan görüşlere baktığımızda, daha çok, mağdurun kendisine karşı işlenen suç nedeniyle maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında özel ve çok önemli yararları olduğu noktasından hareket etmektedirler. Suçların kovuşturulmasının devlet tarafından gerçekleştirilmesi asıl olmakla birlikte, katılmanın ceza muhakemesine olumlu etkileri nedeniyle yararlı ve aynı zamanda gerekli bir kurum olduğunu ileri sürmektedirler¹⁸⁴. Bu şekilde mağdur veya suçtan zarar gören, kendisini ceza adaleti sistemine yakın hissedecek ve bu durum katılan sıfatın alan kişiyi tedavi edici bir etki gösterecektir. Yine, katılanın, bireysel iddia makamında yer alması nedeniyle savcılık makamını denetim altına alacağı ifade edilmektedir. Aksi durum, yani, suçtan zarar görenin iddia makamından uzak tutulması, bireyin yargılama makamı haricinde hareket edebilme isteğini ortaya çıkarıp, ilkel, kişisel öç alma duygusunun yeniden doğmasına neden olabilecek ve bizzat ihkakı hakka başvurulması tehdidiyle karşılaşılacaktır¹⁸⁵.

¹⁸⁰ Akdemir, 75.

¹⁸¹ Alman CMK'nın 395. paragrafında, insan öldürme suçlarında ölenin yakınları, insan öldürmeye teşebbüs suçları, taksirle yaralama, cinsel özgürlüğe karşı işlenen suçlar, çocukların cinsel istismarı, cinsel şantaj, fuhşa teşvik, pezevenklik, gençlerin cinsel suiistimali, hakaret, terk etme, müessir fiil, insan ticareti, insan kaçırma ve özgürlüğe karşı suçlarda kamu davasına katılan sıfatı ile katılma mümkün kılınmıştır.

¹⁸² İçel, Kayıhan/ Yenisey, Feridun, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları, 4. Bası, İstanbul 1994, s. 1335.

¹⁸³ İçel/Yenisey, s. 1335.

¹⁸⁴ Koç, s. 24.

¹⁸⁵ Ünlütepe, s. 12.

Katılmanın lehinde görüş bildirenlerin yanı sıra tam aksi düşüncede olan ve katılma kurumunun aleyhinde görüş bildirenler de mevcuttur¹⁸⁶. Bu düşüncede olan yazarlara göre, katılma kurumu ceza muhakemesinin uzamasına yol açmaktadır. En büyük tehlike ise katılanın Cumhuriyet savcısı gibi davranmamasından kaynaklanmaktadır¹⁸⁷. Savcılık, kamusal itham makamı olarak, sanığın toplanan delillerle cezalandırılmasının gerekli olduğu hallerde cezalandırılmasını; aksi halde delil durumuna göre beraatı gerekiyorsa sanığın beraatını talep etmelidir. Oysaki katılan, sanığın cezalandırılması amacıyla hareket etmektedir. Bu yüzden savcılık makamının sanığın beraatını talep ettiği durumlarda, katılanın cezalandırma isteği, ceza davasının ciddiyeti ile bağdaşmamaktadır¹⁸⁸. Ayrıca, katılanın ceza muhakemesinde savcıya yardımcı olduğu hususunun da aldatıcı olduğu belirtilmektedir¹⁸⁹. Savcılık makamının olaylara objektif bir biçimde yaklaşmakla yükümlü olduğu; katılanın ise objektif davranma yükümlülüğünün olmamasından dolayı, ileri sürecekleri sübjektif istekleri ceza muhakemesinin nesnellliğini etkileyebilecektir¹⁹⁰.

Bu açıklamalardan sonra diyebiliriz ki, katılma kurumunun hem faydalı hem de zararlı görülen yönleri mevcuttur. Bu noktada bizim kanaatimiz, katılma kurumunun ceza muhakemesinin yararına işlev gören bir kurum olduğu yönündedir. Kanun koyucunun da bu görüşte olduğu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda tüm suçlar bakımından¹⁹¹ bu kurumun kabul edilmesiyle açıklanabilmektedir. Her ne kadar ceza yargılamasında her suçun kamu adına takip edilmesi genel kural ise de somut olayda o suçun etkilerini doğrudan doğruya yaşayan mağdur veya suçtan zarar gören gibi kişilerin Cumhuriyet savcılarının yanında fakat onlardan bağımsız olarak, yargılama sürecinde yer almalarının ceza yargılaması açısından faydalı olacağı kanaatindeyiz.

¹⁸⁶ Örneğin, Tosun, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, 3. Bası, İstanbul 1981, s. 165; Yurtcan, Erdener, CMUK Şerhi, 3. Bası, İstanbul 2000, s. 1014.

¹⁸⁷ Ünlütepe, s. 11.

¹⁸⁸ Erem, Faruk, "Ceza Davasına Müdahalenin Lüzumsuzluğu", s. 1202.

¹⁸⁹ Koç, s. 22.

¹⁹⁰ Koç, s. 22.

¹⁹¹ Karşılaştırmalı hukukta katılan sıfatı ile kamu davasına katılma konusunda kimi ülkelerde bazı suçlar yönünden sınırlama olduğu görülmektedir. Bu ülkelerde, kanunen her suç yönünden kamu davasına katılma kabul edilmemekte, kanunda gösterilen belli suçlar yönünden kamu davasına katılma hakkı verilmektedir. Katılmanın belli başlı suçlar yönünden kabul edildiği ülkelere Almanya, Avusturya, Japonya ve Portekiz örnek gösterilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Koç, s. 123 vd.

4- Kamu Davasına Katılmanın Koşulları

a- Sıfat

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 237. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, 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. Yine Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Mağdur İle Şikâyetçinin Hakları" başlıklı 234. maddesinin, 5.fıkrasının (b) bendinde, kovuşturma evresinde mağdurun yanı sıra şikâyetçinin de kamu davasına katılma hakkı olduğu belirtilmektedir. Bu hükümlerden çıkan sonuca göre, kamu davasına katılabilmek için mağdur, suçtan zarar gören, malen sorumlu veya şikâyetçi sıfatlarından birine sahip olmak gerekmektedir. Açıklamalarımızda mağdur, suçtan zarar gören, malen sorumlu ve şikâyetçi kavramlarına yeterince yer verildiği için, bu bölümde ayrıca bu kavramlar üzerinde durulmayacaktır.

b- Kişi Olma

Davaya katılma talebinde bulunmak için, öncelikle suçtan zarar gören bir kişi olmak koşulunun gerçekleşmesi gerektiğini belirtmiştik. Suçtan zarar gören bu kişi, gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir.

Yargıtay 11. CD'nin 13.11. 2006, 9631/9057 sayılı kararı uyarınca; "Sanığın, müştereken maliki olduğu arazi sahiplerinden Abide E....'un muvafakati ve vekaleti olmadan izni varmış gibi sözleşme düzenlemek suretiyle doğrudan gelir desteği alması şeklinde oluşan eylemin, sübutu halinde kamu kurumunu dolandırmak suçunu oluşturacağı ve bu suçtan doğrudan doğruya Tarım ve Köy İşleri Bakanlığı'nın zarar görme olasılığına binaen bakanlık adına hazine vekilinin 1.10.2004 tarihli dilekçesiyle vaki müdahale isteminin kabulüne karar verilip, bu suç yönünden dosyadaki delillerin takdir ve tayini gerekirken, hazinenin suçtan doğrudan doğruya zarar görmediği gerekçesiyle katılma talebinin reddine karar verilerek yargılamaya devamla yazılı şekilde sanığın beraatine karar verilmesi Yasaya aykırıdır. Yine, Yargıtay 11. CD'nin 27.11.2006, 5126/9402 sayılı kararına göre; "Suç tarihinde yürürlükte bulunan 4389 Sayılı Bankalar Kanunu'na 12.05.2001 gün ve 4672 Sayılı Kanun'un 9. Maddesi ile eklenip, 30.01.2002 gün ve 4743 Sayılı Yasanın 5. maddesi

ile değiştirilen ‘‘Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’’ başlıklı 15. maddesinin 9. fıkrasının (a) bendi ve yeniden düzenleme getiren 1.11. 2005 gün ve 5411 Sayılı Yasanın 162. maddesi uyarınca; Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’nun suçtan zarar gören olarak kamu davasına katılacağı ve müdahil sıfatı kazanacağı hükme bağlandığından, tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir.

Suçtan zarar görenin gerçek kişi olduğu durumlarda, öncelikle bu kişinin katılma anında hayatta ve temsili mümkün olmalıdır¹⁹². Ancak katılan davaya katıldıktan sonra ölürse, mirasçıları katılanın haklarını takip etmek üzere davaya katılabilirler (CMK m. 243).

Ceza yargılamasında bir kişinin suçtan zarar gören olarak kamu davasına katılabilmesi için, bazı şartları haiz olması aranmıştır. Dava ehliyeti dediğimiz bu şartlar, medeni hukuktaki fiil ehliyetinin, usul hukukundaki yansımasıdır. Reşit olma dava ehliyetinin şartları arasında yer almasına rağmen, katılmaya engel teşkil etmemektedir¹⁹³. 18 yaşından küçük çocuklar da katılma talebinde bulunabilirler. Katılma talebi şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu için, yaşi küçük ocuk ayırtım gücüne sahip ise, kanuni temsilcilerinin rızasına ihtiyaç duyulmadan yazılı şikayette bulunma, katılma davası açma hakkına sahiptir. Ayırtım gücüne sahip olmayan kgn ise, katılma davasında kanuni temsilcisi tarafından temsil edilmesi gerekmektedir. CMK 239. maddesinde, davaya katılan kgn istemi aranmaksızın, kendisi için avukat görevlendirileceğini belirtmiştir.

Suçtan zarar gören tüzel kişiler de CMK m. 237 hükmü gereğince, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilmeye kadar şikâyetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilirler. Burada CMK m. 249/1 hükmüne de değinmek de fayda vardır. 249/1’de, 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 edilebileceği düzenlenmiştir. Ancak, sanığın aynı zamanda tüzel kişinin organ veya temsilcisi sıfatını taşıması halinde, bu fıkra hükmünün

¹⁹² Löwe, Ewald/ Rosenberg, Werner, Die Strafprozessordnung Und Das Gerichtverfassungsgesetz, Grosskommentar, 24. Neubearbeitete Auflageherausgegeben von Peter Riess, Fnfter Band, Berlin und New York, 1989, s. 143.

¹⁹³ Löwe-Rosenberg, s. 143.

uygulanmayacağı belirtilmiştir (CMK m. 249/3). Yukarıda gerçek kişilerin katılan olabilmesi için, katılma isteminin açıklandığı anda ve katılma kararı verilirken hayatta olmaları gerektiğini belirtmiştik. Aynı şart tüzel kişiler için de geçerlidir. Tüzel kişinin de katılma isteminin açıklandığı anda hukuken geçerli bir varlığının olması gerekmektedir. Görüldüğü üzere, kanun koyucu gerçek veya tüzel kişi ayrımı yapmadan, suçtan doğrudan doğruya zarar gören ve hukuken kişi kabul edilen herkese kamu davasına katılma hakkı vermektedir¹⁹⁴. Ancak burada ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi gereğince, Ceza Kanunu sisteminde tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımının uygulanmadığını da belirtmek de fayda vardır (TCK m. 20/2). Bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlendiği iddia edilen bir suçun soruşturması veya kovuşturması söz konusu olduğunda, haklarında güvenlik tedbiri niteliğinde yaptırım uygulanmaktadır (TCK m. 60). Bu nedenle de tüzel kişilerin suçun soruşturma veya kovuşturma aşamasında temsil edilmeleri gerekmektedir.

c- Kamu Davasının Bulunması Gerekliliği

Kamu davasına katılma kurumunun, kovuşturma aşamasında mümkün olmasının zorunlu bir sonucu olarak, açılmış bir kamu davasının bulunması gerekmektedir. Açılmış bir kamu davası¹⁹⁵ yoksa katılma da mümkün olmayacaktır. Başka bir ifadeyle, katılma hakkına sahip olan kişi kendi başına bir kamu davası açamayacaktır.

Yargıtay kararında belirtilmiş olduğu üzere, 5271 sayılı CMK' nın 237. maddesi uyarınca, gerçek veya tüzel kişinin davasına katılabilmesi için öncelikle ceza kovuşturması yapılabilecek bir suçun bulunması gereklidir¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Koç, s. 116-117.

¹⁹⁵ Hukuk sistemimizde, ceza davası olarak- artık sadece- kamu davası mevcuttur. 5271 sayılı CMK'da Mülga 1412 sayılı CMUK'tan farklı olarak, ceza yargılamasında şahsi dava kurumunu kaldırmıştır. Bu nedenle artık, açılan tüm ceza davaları kamu davası niteliğini taşımaktadır.

¹⁹⁶ Yargıtay'ın 6. CD. 28.11. 2005. E. 2005/12985, K.2005/10895 kararında belirtildiği üzere; Sanığa yükletilen abone sözleşmesi olmaksızın, sayaçtan geçirmek suretiyle elektrik akımı kullanmak eylemi; suç oluşturmayıp BEDAŞ Genel Müdürlüğü ile Fahriye arasında özel hukuk kapsamında anlaşmazlık niteliğinde bulunduğu; Cumhuriyet Savcılığına yakınma dilekçesi sunan, ancak eylemin niteliği nedeniyle davaya katılmaya yasal yetkisi olmayan anılan Kurumca bu konuda süresinde yapılmış bir başvuru da bulunmadığından, vekilinin temyiz dilekçesinin reddine karar verilmiştir.

Kamu davasının açılmış olma koşulunun gerçekleşmesi, Cumhuriyet savcısının, ihbar veya şikâyet üzerine, bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gereğini araştırmaya başlayarak (CMK m. 160); soruşturma evresi sonunda da toplanan delillerin, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturması üzerine iddianameyi düzenlemesi (CMK m. 170) ve bu iddianamenin kabul edilmiş olmasına bağlıdır¹⁹⁷ (CMK m. 175). Kanun koyucu katılma isteminin ancak kamu davası açıldıktan sonra olabileceğini kabul ettiğinden, soruşturma aşamasında katılan olarak müdahalede bulunmak mümkün değildir. Ayrıca, hukukumuzda sadece yetişkinlere yönelik açılan ceza davalarında kamu davasına katılma hakkı verilmemekte, suça sürüklenen çocuklar tarafından işlenen suçlarda da çocuk mahkemelerinde ya da bağlantı dolayısıyla birleştirilmesi halinde genel mahkemelerde kamu davasına katılma hakkı tanınmaktadır¹⁹⁸.

Hüküm halini almış bir mahkeme kararından sonra katılma talebinde bulunmak ve bu talep hakkında karar verilmesini beklemek mümkün değildir.

5- Kamu Davasına Katılmanın Usulü

Katılan sıfatı, kamu davasına katılma isteğinin kabulü ile başlamaktadır. Katılma isteği, CMK m. 237/2' de düzenlenmiştir ve katılma davasının açılması için bu isteğin yapılmış olması şarttır. Aksi halde, herhangi bir katılma isteği olmadan, mahkemenin kendiliğinden katılma kararı vermesi mümkün değildir. Bu kuralın tek istisnası, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun “Şahsi Dava” başlıklı, 9. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre, CMK’ nın yürürlüğe girdiği tarihte, halen yürütülmekte olan davalar kamu davasına dönüşmekte, şahsi davacılar da katılan sıfatını almaktadır. Görüldüğü üzere,

¹⁹⁷ Sadece iddianamenin mahkemeye verilmesiyle kamu davası açılmış olmayacaktır. Mahkemeye sunulan iddianamenin kabul edilmiş olmasıyla birlikte kamu davası açılmış ve kovuşturma evresi başlamış olacaktır. Zira, Yargıtay tarafından verilmiş bulunan kararda, iddianamenin kabulü kararının okunup açıklanmadan yargılamaya devam edilmesi bozma nedeni sayılmıştır (Y.2.CD. 18.04.2007. E. 2007/2085, K. 2007/5577). Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünlütepe, s. 44.

¹⁹⁸ Alman hukukunda daha önce gençlere karşı kamu davasına katılma Alman CMK paragraf 395’te mümkün değilken, sonradan yapılan kanunlaştırma çalışmaları ile Gençlik Mahkemesi Kanununun (Jugendgerichtsgesetz JGG) 80. paragraf ile kamu davasına katılma hakkı verilmiştir. Gençlik mahkemelerinde kamu davasına katılmak mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Koç, s. 125-126.

kanun koyucu bu tür davalarda bir katılma isteği ve katılma kararı olmadan otomatik olarak şahsi davacının katılan sıfatını alacağını düzenlemektedir.

Katılma isteğinde bulunma hakkı, katılma hakkında sahip mağdur, suçtan zarar gören ve malen sorumluların kendisine tanınmıştır. Ancak bu kişiler katılma isteklerini vekil aracılığıyla da bildirebilirler. Katılma talebi, mahkemeye verilmek suretiyle veya katılma istemini içeren sözlü başvurunun duruşma tutanağına geçirilmesi suretiyle yapılmaktadır (CMK m. 238/1). Bu durum 1412 sayılı CMUK'un 366. maddesinden farklılık arz etmektedir. CMUK düzenlenmesinde, katılmanın ancak merciine verilecek bir dilekçeyle veya tutanağa geçirilmek ve hâkim veya mahkeme tarafından tasdik edilmesi suretiyle zabıt kâtibine yapılan bir beyanla mümkün olabileceği düzenlenmişti. Kısacası, eski uygulamada katılma talebi mutlaka yazılı olmalıydı. Aksi durumu Yargıtay da kabul etmediğini 1992 tarihli Ceza Genel Kurulu Kararı ile belirtmekteydi. Kararda, CMUK m. 366'nın belirttiği şekiller dışında bir talebin kabul edilemeyeceği açıkça ifade edildikten sonra; incelenen dosyada müştekinin duruşmada sanıklardan şikâyetçi olduğunu ve katılma talebinde bulunduğunu sözlü olarak belirtmesinin yeterli olmayacağı vurgulanmıştır¹⁹⁹. 5271 sayılı CMK' da ise, katılma talebinin yazılı şekilde veya duruşma sırasında sözlü olarak yapılabileceği belirtilmektedir. CMK m. 238/2'de de, suçtan zarar görenin duruşma esnasındaki şikâyeti belirten ifadesi üzerine, kendisine davaya katılmak isteyip istemediğinin sorulması gerektiği ve katılmanın talep edilmesi halinde, katılma talebinin kabul edilmesi hakkında karar verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu madde hükmünden çıkan sonuca göre, takibi şikâyete bağlı suçlarda, şikâyetin ifade edilmesi, kamu davasına katılma talebi anlamına gelmemektedir. 238/2. madde hükmü tartışmaya yer bırakmayacak şekilde, şikâyetin varlığının tek başına katılma isteği anlamına gelmediğini; suçtan zarar gören kişinin şikâyetini bildiren bir ifadede bulunmasından sonra, mahkemenin kendisine katılma isteğinin olup olmadığını sorması gerektiğini düzenlemiştir. Uygulamada Yargıtay, katılma iradesini ortaya koyan böyle bir dilekçenin ardından, mahkemece suçtan

¹⁹⁹ YCGK 21.12.1992. E. 6-337, K. 357. Doktrinde Yargıtay'ın bu görüşü eleştirilmiştir. Eleştirilenlerin başında da Baha Kantar gelmektedir. Kantar, duruşmada yapılan böyle bir talebin duruşma zaptına geçirilmesiyle, bunun en azından zabıt kâtibine yapılan bir beyan kadar etki etmesi gerektiğini belirtmiştir. Zira, duruşma zaptı hakim ve zabıt katibi tarafından imzalanmaktadır ve bu imzalarla da kanunun aradığı şart gerçekleşmiş olmaktadır. Kantar, s. 455. Löwe-Rosenberg de, duruşma tutanağına geçirilmek üzere yapılan sözlü bildirim yeterli olacağını, mutlaka bir dilekçe ile yazılı talepte bulunma zorunluluğunun aranmaması gerektiğini vurgulamışlardır. Löwe-Rosenberg, Grosskommentar, 1989, s.150.

zarar görenin duruşmaya davet edilerek katılma isteğinin sorulmamasını bozma nedeni kabul etmektedir²⁰⁰. Ancak tersi durum mümkündür. Şöyle ki, kamu davası açıldıktan sonra yazılı şikâyetin bulunmadığı fark edilirse, altı aylık şikâyet süresi içinde yapılmış olması koşuluyla, katılma isteği, şikâyet olarak kabul edilmektedir²⁰¹.

Katılma beyanında, sanığın hangi suçlar ve hangi sanıklar yönünden katılma talebinde bulunduğu belli olmalıdır. Bir diğer önemli husus ise, kamu davasına katılmanın temel koşulu olan suçtan zarar görme, katılma talebini içeren dilekçede açıkça yazılmalıdır. Buna karşılık katılma talebinin varlığının kabulü için, talepte açık olarak “*katılma talep ediyorum*”²⁰² ifadesinin aranmasına gerek yoktur.

Katılma talebi ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında yapılabilmektedir. Kanun, mahkemeden bahsetmek suretiyle, istemin yapılacağı makamı belirlemektedir. Buna göre, katılma başvurusu, kural olarak, katılması istenen kamu davasının görüldüğü mahkemeye yapılacaktır²⁰³. Soruşturma aşamasında veya kanun yolu aşamasında dava katılma mümkün değildir. Mülga kanun CMUK’un aksine, 5271 sayılı CMK açıkça, kanun yolu muhakemesinde davaya katılma isteğinde bulunulamayacağını belirtmiştir. Bu durumun tek istisnasını da şöyle belirtmiştir: “...ilk derece mahkemesinde ileri sürülüp reddolunan veya karara bağlanmayan katılma istekleri, kanun yolu başvurusunda açıkça belirtilmişse incelenip karar bağlanır” (CMK m. 237/2).

Katılma isteğinden vazgeçme mümkündür. Ancak bu vazgeçme sanık lehine bir durum yaratacağı için, vazgeçme yolundaki irade beyanından dönülemez. Yargıtay, suçtan zarar görenin soruşturma aşamasında şikâyetten vazgeçtiğine dair

²⁰⁰ Y. 5.CD, 6.6.2007, 5309-4543; Yargıtay, mahkeme tarafından katılma isteğinin sorulmasını emredici hüküm olarak değerlendirmektedir. YCGK, 27.3.2007, 5-45-77.

²⁰¹ YCGK, 11.10.1993, 6/242-253.

²⁰² Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında belirtildiği üzere, şikâyetçi vekili tarafından, nedenleri duruşmada açıklanarak mahkemeye verilen ve soruşturmanın genişletilmesi isteğini içeren dilekçenin, davaya katılma dilekçesi olduğu gözetilerek bu konuda bir karar verilmesi gerekir. YCGK 24.10.1977, E. 2-378, K. 382 (Yargıtay Kararları Dergisi, Ocak 1979, s. 115-116).

²⁰³ Katılma başvurusunun kamu davasını görmekte olan mahkeme dışında başka bir mahkemeye de yapılması mümkündür. Karar verecek makam ile beyanın yapılacağı makamın aynı olması şart değildir. Katılma iradesini içeren dilekçenin asıl davaya bakan mahkeme yerine yanlışlıkla başka bir mahkemeye verilmesi halinde katılma talebinin ilgili olduğu mahkemenin tespit edilmesi halinde dilekçe yetkili mahkemeye gönderilir (Löwe- Rosenberg, Grosskommentar, 1989, s.149). Ayrıca, istinabe yoluyla başvurunun yapılması ya da naip hakime katılma talebinde bulunulması da mümkündür. Koç, s. 155.

beyanda bulunmasına rağmen, kamu davası açıldıktan sonra duruşmaya davet edilmesi, duruşmaya gelmesi ve sanıktan şikâyetçi olduğuna dair beyanda bulunması halinde katılma isteğinin sorulması gerektiği, bu imkânın verilmemesinden dolayı kararın bozulması gerektiğini belirtmiştir²⁰⁴. Yargıtay, katılma hakkından vazgeçmenin ancak kamu davası açıldıktan sonra mümkün olacağı kanaatindedir²⁰⁵. Bu kanaati oluşturan gerekçe ise, bir hakkın henüz doğmadan kullanılmasından vazgeçilemeyeceği hususudur²⁰⁶. Kamu davası açıldıktan sonra, şikâyetten vazgeçme katılma yoluyla kamu davasına katılmaya engel olduğu için, kamu davası açıldıktan sonra özgür iradesiyle şikâyetinden vazgeçtiği tespit edilen suçtan zarar görenin katılmasına karar verilmeyecektir²⁰⁷. Kovuşturma aşamasında suçtan zarar gören, mağdur veya kanuni temsilcisinin şikâyetinden vazgeçmiş olması halinde, sonradan vekilin yapacağı katılma talebi uyarınca bir katılma kararı verilmeyecektir²⁰⁸. Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2008 tarihli bir içtihadında²⁰⁹; cinsel suç mağduru on beş yaşından küçük mağdurun şikâyetinden vazgeçmiş olmasına rağmen, mağdurun avukatının katılma talebinde bulunması üzerine katılma talebinin reddine karar verilmesini bozma nedeni yapmıştır.

²⁰⁴ “5237 sayılı TCK ile takibi şikâyete bağlı hale gelen suç nedeniyle, suçtan zarar görenin yasanın yürürlüğe girmesinden itibaren süresi içinde şikâyetçi olduğunu bildirmesi halinde şikâyet yokluğundan bahisle kamu davasının düşürülemeyeceği gibi Yargıtay Ceza Genel Kurulunun istikrar kazanan kararlarında da açıklandığı üzere, soruşturma aşamasında şikâyetten vazgeçen müştekinin, kamu davası açıldıktan sonra kovuşturma aşamasında davaya katılmasına da engel bulunmamaktadır...soruşturma aşamasında şikâyetçi olmayan mağdurun babasının davaya katılmasına yasal bir engel bulunmamakta ve kovuşturma aşamasında, şikâyetçi olduğunu bildirmesi üzerine, CMK' nın 238/2. maddesi uyarınca davaya katılmak isteyip istemediği hususunun sorulmaması usuli bir eksiklik ise de, şikâyetçi verilen hükme karşı kanun yoluna başvurmadığından, bu nedenlere dayalı olarak bir bozmanın yapılması olanağı bulunmamaktadır.” YCGK, 11.07.2006, 9-191/ 183; 9. CD, 9.10. 2007, 766/7147; 9. CD, 5.7.2007, 9015/5987.; “Hazırlık soruşturmasında şikâyetçi olunmamasının yargılama sırasında davaya katılmaya engel teşkil etmeyeceği gözetilmeden şikâyetçinin bu husustaki isteğinin reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir...” 9. CD, 10.10. 2006, 3390/5128. Buna karşılık, YCGK. 13.06.2006 tarihli 155/158 no'lu kararında belirtildiği üzere; “ Özgür iradesiyle sanık hakkında şikâyetçi olmadığını kovuşturma aşamasında açıklayan reşit mağdurun davaya katılmasına yasal olanak bulunmamaktadır.” Yalvaç, Gürsel, Karşılaştırmalı-Gerekçeli İctihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2008, s. 550 vd.

²⁰⁵ Koç, s. 157.

²⁰⁶ Koç. S. 157.

²⁰⁷ Koç, s. 159.

²⁰⁸ “Kovuşturma aşamasında mağdur (K)'nin velisinin sanıktan şikâyetçi olmadığını bildirmesi nedeniyle mahkemece re'sen atanan vekilin davaya katılmasına ilişkin karar hukuki değerden yoksundur..”, Koç, s. 157.

²⁰⁹ YCGK 03.06.2008, 5-56/156. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 5237 sayılı TCK'nın 103 ve 109. maddelerinde on beş yaşından küçük mağdurların iradelerinin gözetilmemiş olduğunu; CMK' nın 266/2. maddesinin kıyasen uygulanması gerektiğini, CMK' nın 234. maddesi uyarınca mağdure için atanan zorunlu vekilinin iradesine üstünlük tanınarak davaya katılma yönündeki isteminin kabulüne karar verilmesi gerektiğini; on beş yaşından küçük mağdurenin iradesine geçerlilik tanınarak katılma isteminin reddedilemeyeceğine karar vermiştir.

6- Katılmanın Davaya Etkisi ve Katılanın Kanun Yoluna Başvurması

CMK m. 240/1'e göre; katılma, davayı durdurmaz. Katılan, katılma talebinin kabulü kararı ile birlikte mahkemeye dâhil olmaktadır. Kamu davası da aynı yerden görülmeye devam edilir. Katılanın davaya girmiş olması, daha önce yapılan muhakeme işlemlerini etkilemez. Katılan, davaya katıldığı andan itibaren yetki sahibi olacağı için, katılma kararı verilmeden önce verilmiş olan kararlar kendisine tebliğ edilmez (CMK m. 241/1). CMK m. 240/2'de yer alan hükme göre, tarihi belirlenmiş olan duruşma ve yargılama usulüne ilişkin diğer işlemler vaktin darlığından dolayı katılan kimse çağırılmayacak veya kendisine haber verilemeyecek olsa bile belirli günde yapılır. Bu durum yargılamanın sürekliliğini önlemez. Ancak keyfilik bu duruma dâhil değildir²¹⁰. Nitekim Yargıtay'ın da belirtmiş olduğu üzere, duruşmanın kararlaştırılan günden önce ve katılanın yokluğunda yapılıp, davanın sonuçlandırılması kanuna aykırıdır²¹¹.

Katılan, Cumhuriyet savcısına bağlı olmaksızın kanun yollarına başvurabilir (CMK m. 242/1). Karar, katılanın başvurusu üzerine bozulursa, Cumhuriyet savcısı işi yeniden takip eder (CMK m. 242/2).

7- Katılmanın Hükümsüz Kalması

Katılan, vazgeçerse veya ölürse katılma hükümsüz kalır. Mirasçılar, katılanın haklarını takip etmek üzere davaya katılabilirler (CMK m. 243). Nitekim *Yargıtay I. CD'nin 13.07.2006 tarih, 875/3180 sayılı kararına* göre; *Katılanın ölümü halinde, davaya istedikleri takdirde katılmalarını teminen, mirasçılarının tebligat yapılması gerekir. Karara konu olayda; "...Mağdur müdahil T.Ö.'ün ilk hüküm kesinleştikten sonra fakat temyize konu edilen uyarılama kararı verilmeden önce öldüğü dosya kapsamından anlaşıldığına ve bilindiğine göre; müdahilin yasal mirasçıları tespit edilerek, hükmün yasal mirasçılara tebliğ edilmesi, temyiz dilekçesi vermeleri halinde de dilekçelerin dosyaya eklenmesinin sağlanması için dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına tevdiine karar vermek gerekmiştir.."*

²¹⁰ Ünlütepe, s. 61.

²¹¹ Y. 4. CD. 10. 4. 2006, E.1559, K. 9173. Ünlütepe, s. 61.

C- Şahsi Dava

1- Genel Olarak

Şahsi dava ile ilgili açıklamalarımıza geçmeden önce, bugün için esas olanın, kovuşturma mecburiyeti ilkesi gereğince, devlet adına toplumsal iddia görevini yerine getiren özel makamlar aracılığıyla kamu davasının açılması olduğunu belirtmek isteriz. CMUK'un beşinci kitabının birinci faslı "şahsi dava" başlığı altında 344-364. maddeleri arasında şahsi davaya yer vermiştir; ancak 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunumuz şahsi davayı ortadan kaldırmıştır. Aşağıda şahsi davadan ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulacaktır.

2- Şahsi Davanın Hukuki Niteliği

Şahsi davanın genel yargılama ile kıyaslandığında, istisnai bir yargılama şekli olduğu görülmektedir. Kamu davası açılmayan durumlarda başvuru bir yol olması, bir başka deyişle, şahsi davanın ancak belli suçlar bakımından uygulanan bir muhakeme çeşidi olması, onun kamu davasına oranla istisnai bir dava çeşidi olduğunu göstermektedir. İstisnai bir yargılama şekli oluşu, bu dava çeşidini tali ceza davası yapmamakta; bilakis bu dava, asıl ceza davasının bir çeşidi olarak kabul edilmektedir.²¹²

Ceza davalarında, suçları kovuşturmak devletin görevi olduğu halde, şahsi davada, suçtan zarar gören kişi kendi hakkının takipçisi durumundadır. İddia faaliyeti bizzat suçtan zarar gören kişi tarafından yapıldığı ve yürütüldüğü içindir ki şahsi dava bu niteliği açısından bir ceza davasıdır. Bu ceza davasını kamu davası şeklinde açılan ceza davasından ayıran nokta, az önce belirttiğimiz gibi, şahsi davada iddia ve kovuşturma faaliyetinin bizzat fert tarafından yapılmasıdır.²¹³

²¹² Asıl ceza davası, bir kimseye suç isnad edildiğinde yargılama yapılması ve bu isnadın yerinde olup olmadığının araştırılması şeklindeki yargılama faaliyetidir. Bir malın müsadere edilmesi veya yasak hakların geri verilmesi gibi tali ceza davaları da nitelikleri itibarıyla bir ceza davasıdır ancak bu davalarda bir suç isnadı söz konusu değildir. Suç isnadı söz konusu olmadığı için de suçun oluşup oluşmadığına ilişkin araştırma da söz konusu olmamaktadır. Bu nedenle şahsi dava asli ceza davası olup; tali ceza davası değildir. Zira şahsi davada bir suç isnadı söz konusudur; iddia makamında da bizzat suçtan zarar gören kişi bulunmaktadır.

²¹³ Yurtcan, Uygulaması, s.1.

Şahsi dava kamu davasına oranla istisnai bir yoldur ancak fer'i bir yol değildir²¹⁴. Zira toplumsal iddia makamı olan savcıdan bağımsız olarak ve ona danışmaksızın açılabilmesi²¹⁵ bu özelliğinin göstergesidir. Şahsi dava kamu davasına oranla fer'i bir dava olsaydı, şahsi dava kamu davasının açılmadığı durumlarda, başka bir ifadeyle, savcı tarafından kamu davası açılmasının reddedildiği, dava açmaya gerek duyulmadığı durumlarda şahsi davanın açılmaması gerekirdi²¹⁶. Oysaki kamu dava açılmadığı durumlarda da suçtan zarar gören şahsi dava açabilmekte idi²¹⁷. Kovuşturmada kamu yararının bulunması şartıyla, şahsi dava yolundan ayrılarak kamu davası yoluyla savcılık tarafından suçların kovuşturulması mümkündür²¹⁸. Buradan çıkan sonuç şudur ki, bir suç tipi hakkında şahsi dava yolunun kabul edilmiş olması, aynı suç için kamu davası yolunun kesin olarak kapatıldığını göstermez²¹⁹.

3- Şahsi Davaya Konu Olan Suçlar

Şahsi davaya konu olan suçlara bakıldığında, bu suçların kişinin sosyal ve ekonomik yaşamını yakından ilgilendiren suçlar olduğu ve kural olarak kovuşturulmalarının şikayete bağlı olduğu görülmektedir²²⁰.

Şahsi dava yolu ile kovuşturulan suçlar CMUK'un 344. maddesinde sayılmıştır. Maddede sayılan suçlar incelendiğinde, bunların bir kısmının TCK'da düzenlendiği; diğer bir kısmının ise özel yasalarda yer alan suçlar olduğu görülmektedir. Şahsi dava yoluyla kovuşturulan suçlar sulh ceza ve asliye ceza mahkemelerinde görülen davalar idi; ağır yaptırımları olan, ağır ceza mahkemesinin

²¹⁴ Örneğin, Avusturya Hukukunda, şahsi dava fer'i bir dava olarak da açılabilir. Orada şahsi dava asıl ve fer'i yol olarak iki türde karşımıza çıkmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yurtcan, Şahsi Davaya, s. 48 vd.

²¹⁵ Yurtcan, Şahsi Davaya, s. 6.

²¹⁶ Yurtcan, Şahsi Davaya, s. 6.

²¹⁷ Bu durumu düzenleyen CMUK m.344; "...Cumhuriyet Savcısının iştirakini tahrike hacet olmaksızın zarar gören kimse şahsi dava açmak suretiyle suçu doğrudan doğruya takip edebilir." demekte idi.

²¹⁸ Yasada istisnai durumdan (şahsi dava) ayrılarak ana yola dönülmesi (kamu davası) şu şekilde düzenlenmiştir: CMUK'un "Ammenin Menfaati Noktasından Cumhuriyet Savcısının Davaya Hakkı" başlıklı 346. maddesine göre; "344 üncü maddede yazılı hallerde alakadarların müracaatı üzerine Cumhuriyet Savcısının kamu davasını açabilmesi ancak amme menfaatinin bulunmasına bağlıdır."

²¹⁹ Yurtcan, Şahsi Davaya, s. 8.

²²⁰ 344. maddede düzenlenmiş olup şikayete tabi olmayan suçlar da vardır. Bunlar; Türk Ticaret Kanunu m. 64/son'da yer alan haksız rekabete ilişkin suç ile İhtira Beratı Kanunu ve Markalar Kanunu'nda yer alan suçlardır.

görevine giren suçlar bakımından şahsi dava açılması ve yürütülmesi kabul edilmiş değildir.

a- Türk Ceza Kanununda Düzenlenmiş Olan Suçlar

CMUK'un 344. maddesinde sayılan ve TCK'da düzenlenmiş bulunan suçları şöyle sıralayabiliriz: Ceza Kanununun 191 inci maddesinin son fıkrasında yazılı tehdit suçu; Ceza Kanununun 193 üncü maddesinin birinci fıkrasında yazılı, eski deyiimiyle haneye taarruz, yani konut dokunulmazlığını ihlal suçu; Ceza Kanununun "Sırrın Masuniyeti Aleyhinde Cürümler" başlıklı Beşinci Faslıının 195 ve 197 inci maddelerinde yazılı gayrın sırrını ifşa, yani sırrın dokunulmazlığı aleyhine suçlar; Ceza Kanununun 456 ıncı maddesini son fıkrasında ve 459 uncu maddesinin bir numarasında yazılı müessir fiiller; Ceza Kanununun 480 ve 482 inci maddelerinde yazılı hakaret ve sövme suçu; Ceza Kanununun 516 ıncı maddesinin birinci fıkrasında ve 518 nci maddesinde yazılı nası ızrar (mala zarar verme) ve tahrip (başkasının arazisine hayvan sokmak) suçu.

b- Özel Yasalarda Yer Alan Suçlar

Şahsi dava yoluyla kovuşturulan suçların ikinci büyük bölümünü özel yasalarda düzenlenmiş bulunan suçlar oluşturmaktadır. 344. maddenin 7 ve 8. bentlerindeki düzenlemeye göre; Ticaret Kanunu'nun 64 ve 65 inci maddelerinde azılı gayri kanuni rekabet (haksız rekabet) suçları; Hususi nizamlar ve kanunlarda yazılı edebi ve sınai mülkiyetlere ve güzel sanatlar mülkiyetine müteallik suçlar²²¹, suçtan zarar gören kişiler tarafından, şahsi davaya konu olabilecek suçlardır.

4- Şahsi Davada Süjeler

Birçok süjenin, muhakeme faaliyetinin yürütülmesi aşamasında şahsi davada rol aldığı görülmektedir. Bunların başında da şahsi davacı adını alan süje gelmektedir. Kuşkusuz şahsi dava ilişkisini kuran ve şahsi davada iddia görevini

²²¹ Edebi, sınai mülkiyet ve güzel sanatlar mülkiyetine ilişkin suçlardan anlaşılması gereken; 551/73/A numaralı KHK ile mülga olan İhtira Beratı Kanunu, Markalar Kanunu ve Fikri ve Sanat Eserleri Kanununda yer alan suçlar idi.

yapan kişi olarak şahsi davacının özel bir yeri vardır²²². Şahsi davacı, şahsi davaya konu olan suçtan zarar gören kişidir²²³. Suç mağduru ve suç kurbanı kavramları, ceza hukuku kavramları olmasına karşın, suçtan zarar gören kavramı bir muhakeme hukuku kavramı ve muhakeme hukuku içinde de bir ceza muhakemesi hukuku kavramıdır²²⁴.

Yukarıda suçtan zarar gören kavramını detaylı olarak ele aldığımız için, bu bölümde, şahsi davada rol oynayan süjelerin başında gelen kişi olarak, ismen zikretmekle yetineceğiz.

Şahsi davada rol oynayan süjelerden ikincisi sanıktır. Bilindiği gibi sanık, suç adı verilen fiilleri bizzat işleyen, işlenen fiilin aktif süjesi olan ve bundan dolayı, hakkında kamu davasında olduğu gibi, ceza davası açılan kişidir. Ceza davası açıldıktan sonra fail “sanık” adını almakta ve o da artık muhakemede pasif süje durumuna gelmektedir. Şahsi davada, işlenen suçtan dolayı zarar gören konumunda olan kişi, şahsi davacı sıfatıyla, sanık aleyhine dava açmakta ve davacı konumuna gelmektedir.

Bizim sistemimizde ancak gerçek kişiler sanık olabilir²²⁵. Ancak sanıklık için, gerçek kişi olmanın şart olmadığını; gerçek veya tüzel kişi²²⁶ olunabileceğini

²²² Yurtcan, Şahsi Dava, s. 78.

²²³ CMUK m.344’ün “...zarar gören kimse şahsi dava açmak suretiyle suçu doğrudan doğruya takip edebilir.” İfadesiyle de şahsi davacının “suçtan zarar gören” olduğu açıklanmaktadır.

²²⁴ Yurtcan, Şahsi Dava, s. 105.

²²⁵ Ceza sorumluluğunun subjektifliği ilkesi gereğince, ancak gerçek kişiler sanık olabileceğini belirten görüşler için bkz., Yurtcan, Şahsi Dava, s. 144 vd. Ancak gerçek kişi sanıklar hakkında ceza yaptırımını uygulanabilir. Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamaz (TCK m. 20/2). Eğer tüzel kişilerin de karıştığı bir suç varsa, bu durumlarda bile suçu işleyen tüzel kişinin müdürü, temsilcisi veya çalışanı durumundaki bir gerçek kişidir ve bu kişiler aleyhine ceza yaptırımını uygulanır. Ancak tüzel kişiler hakkında suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır (TCK m. 20/2 son cümle).

²²⁶ TCK m. 20 ve 60’ın gerekçesinde, buradaki tüzel kişinin, sadece özel hukuk tüzel kişisi olabileceği açıklanmaktadır. 20. Maddenin gerekçesinde aynen şöyle demektedir: “*Tasarımın suçun faili başlıklı maddesi değiştirilmiş olup, madde metninde Anayasamıza uygun olarak ceza sorumluluğunun şahsiliği kuralı vurgulanmıştır. Özel hukuk tüzel kişilerinin suç faili sayılıp sayılmaması ile işlenen bir suçtan dolayı bunlar hakkında bir yaptırıma hükmedilmesi sorunu birbirinden ayırmak gerekir. Suç ve ceza politikası gereği olarak ancak gerçek kişiler suç faili olabilir ve sadece gerçek kişiler hakkında ceza yaptırımına hükmedilebilir. Anayasamızda da güvence altına alınan ceza sorumluluğunun şahsiliği kuralının bir gereğidir. Ancak, işlenen suç dolayısıyla özel hukuk tüzel kişileri hakkında güvenlik tedbiri niteliğinde yaptırımlara hükmedilebilecektir.*” Ayrıntılı bilgi için bkz. Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt I, Madde 1-44, Ankara 2010, s. 384 vd. Yine, 60. maddenin gerekçesine baktığımızda: “*Anayasamızda da güvence altına alınan ceza sorumluluğunun şahsiliği kuralının gereği olarak*

belirten görüşler de mevcuttur²²⁷. Nitekim CMK 170/6'da "iddianamenin sonuç kısmında, işlenen suç dolayısıyla ilgili kanunda öngörülen ceza ve güvenlik tedbirlerinden hangilerine hükmedilmesinin istendiği; suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, ilgili tüzel kişi hakkında uygulanabilecek olan güvenlik tedbiri açıkça belirtilir" denilmektedir. Yine CMK 249'da "(1) Bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturamada tüzel kişinin organ veya temsilcisi, katılan veya savunma makamı yanında yer alan sıfatıyla duruşmaya kabul edilir.

(2) Bu durumda, tüzel kişinin organ veya temsilcisi bu kanunun katılana veya sanığa sağladığı haklardan yararlanır.

(3) Birinci fıkra hükmü, sanığın aynı zamanda tüzel kişinin organ veya temsilcisi sıfatını taşıması halinde uygulanmaz" denilmektedir.

Doktrinde, özel hukuk tüzel kişilerinin de sanık olabileceğini savunan yazarlar, bu düzenlemelerin de görüşlerini desteklediğini savunmaktadırlar. Fakat Kanunun 20. madde gerekçesinde açıklandığı üzere, suç politikası gereği ancak gerçek kişilerin suç faili olabileceği, tüzel kişilerin ise hiçbir suçun faili olamayacakları kanaatindeyiz²²⁸. Bu hüküm cezaların şahsiliği ilkesinin bir sonucudur.

Şahsi davadaki sanık hakkında da kamu davasındaki sanığa uygulanan kurallar uygulanır.

sadece gerçek kişiler hakkında ceza yaptırımına hükmedilebilir. Ancak bu ilke, işlenen suç dolayısıyla özel hukuk tüzel kişileri hakkında güvenlik tedbiri niteliğinde yaptırımlara hükmedilmesine engel değildir." demektedir. Görüldüğü üzere, 60. madde uyarınca da, tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri ancak özel hukuk tüzel kişileri hakkında uygulanabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt II, Madde 45-85, Ankara 2010, s. 2034 vd.

²²⁷ Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncel Yargıtay Kararlarıyla Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2010, s. 206.

²²⁸ Burada şunu da belirtmek de fayda vardır. Tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun olup olmadığı konusunda farklı teoriler ileri sürülmüştür. Bunlardan karma teoriye göre, tüzel kişiler farazi olmasalar da yine de soyut varlıklardır. Bu nedenle, tabii anlamda suçlu olamayan tüzel kişiler, kanunun öngördüğü hallerde suç faili sayılabilirler. Başka bir ifadeyle, bazı durumlarda ceza sorumluluğuna konu teşkil edebilirler. Cürümlerde eylemin faili gerçek kişi sorumlu ise de, idari nitelikli suçlarda tüzel kişinin doğrudan cezalandırılması gerekir. O halde tüzel kişiyi ilgilendiren bir suç işlendiğinde, bunun niteliğine bakmak gerekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Artuk/ Gökcen/ Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 302.

Şahsi davada savcının durumuna çok kısa değinmek de fayda vardır. Savcı, şahsi davada asli süje konumunda olmamakla birlikte, suçtan zarar görenin yardımcısı, destekçisi durumundadır. Belirttiğimiz üzere, bu davayı suçtan zarar gören kişi tek başına açıp yürütmektedir. Bu nedenle savcı bu davada asli süje konumunda değildir. Şikâyete tabi suçlar bakımından, suçtan zarar görenin şikâyet hakkını kullanarak, suçun kovuşturulmasını savcıdan isteyip, savcıyı hareket geçirdiği durumlarda, savcı kamu davası açabilmek idi. Ancak yine bazı fiiller de şahsi davalık olmalarına karşın, kovuşturulması şikâyet bağlı değildir. Bu fiiller bakımından, savcının fiili her hangi bir biçimde öğrenmesi durumunda kamu davası açabiliyordu²²⁹.

5- Şahsi Davanın Açılması- Sona Ermesi

Suçtan zarar gören, fiili ve faili öğrendiği andan başlayarak altı ay içinde yazılı veya sözlü olarak yetkili makamlara başvurarak bu davanın açılmasını sağlayabilmekte idi. CMUK 349 gereği, suçtan zarar görenin, şahsi davada sadece para, devlete ait pay senetleri ve devlet tahvillerinden oluşan güvence verme zorunluluğu bulunmakta idi. Bunun nedeni ise, davasında haksız çıkarsa, devletin veya sanığın uğrayacağı zararın ödenmesinin sağlanması idi.

Şahsi davada kural olarak kamu davasındaki kuralların uygulanması söz konusudur.

Şahsi dava, beraat (CMUK m.253/2), mahkûmiyet (CMUK m.253/2), red (CMUK m. 253/3) ve düşme (CMUK m. 253/5) kararları gibi genel nedenlerle sona erebileceği gibi; şahsi davaya özgü kimi nedenlerle de sona erebilmekte idi. Bunlar da; duruşma açılmadan red (CMUK m. 352); açılmış şahsi davanın suçtan zarar gören tarafından geri alınması; savcının şahsi davaya katılarak bunu kamu davasına dönüştürmesi; duruşma esnasında davanın konusunu oluşturan fiilin şahsi dava yoluyla kovuşturulan fiillerden olmadığına anlaşılması üzerine muhakemenin durması (CMUK m. 359) gibi nedenlerdir.

²²⁹ Yurtcan, Şahsi Dava, s. 147-148.

Şahsi dava nedeniyle kanun yoluna başvurma imkânı da mevcut idi. CMUK m. 360/4'te; şahsi davacı, onun avukatı ya da dava vekilinin kanun yoluna başvurabileceğini belirtmiştir.

D- Şahsi Hak Davacısı

Şahsi davacı veya katılanın ceza muhakemesinden, esas olarak bir hukuk mahkemesinin yetkisinde olmakla birlikte, yargılanmakta olan uyuşmazlıkla ilgili olması sebebiyle, medeni hukuka ilişkin uyuşmazlığı da karara bağlamasını istemesine şahsi hak davası; böyle bir istemde bulunan şahsi davacı veya katılana da şahsi hak davacısı denirdi²³⁰. Yeni Ceza Muhakemesi Kanunumuz, şahsi dava gibi şahsi hak davasını da yürürlükten kaldırmıştır. Bu nedenle, burada konumuzla ilgili olması sebebiyle çok kısa bilgi vermekle yetineceğiz.

Hukukumuzda hem suç hem de haksız fiil oluşturan hukuka aykırı fiillerden, zarar görenlere uğramış oldukları zararlarını karşılamaları için iki olanak tanınmıştır²³¹. İlk olarak suçtan zarar gören kişi, sanık aleyhine açılan kamu davasına müdahale ederek veya sanığa karşı şahsi dava açarak, şahsi haklarını isteyebilir²³². Bunu yapmak istemezse, uğradığı zararının giderilmesini hukuk mahkemesinde tazminat davası açarak da talep edebilir²³³. Bizim bu başlık altında ele aldığımız konu, sanık aleyhine açılan kamu davasında şahsi hakkın talep edilmesi ile ilgilidir.

Şahsi dava ile birlikte ele alınan şahsi hak davası, CMUK m. 358'de düzenlenmiş idi. Şahsi hak davası kavramı, aslında ceza muhakemesi hukukunun dışında bir kavramdır. Zira şahsi hak davasının konusu, hukuki uyuşmazlıklardır ve en belirgin özelliği, bu davanın esasında bir hukuk davası olmasıdır. Bunun sonucu olarak da, dava sonunda uygulanacak olan yaptırımlar, hukuki, medeni

²³⁰ Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, Öztürk Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2006, s. 293.

²³¹ Kılıçoğlu, Ahmet, "Haksız Fiillerden Doğan Sorumlulukta Ceza Hukuku İle Medeni Hukuk İlişkisi", AÜHF.D., Yıl: 1972, C.29, S.3-4, s. 188.

²³² Erçin, Ferhat, Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesine Etkisi, İstanbul 2000, s. 24.

²³³ Hatemi, Hüseyin, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1998, s. 19, Kılıçoğlu, s. 188.

yaptırımlardır, ceza yaptırımları değildir²³⁴. Oysaki yukarıda açıkladığımız bir ceza davası türü olan şahsi davada ceza yaptırımları uygulanmakta idi.

Şahsi davada görülen şahsi hak davasında, esasında bir birleştirme söz konusudur. Şahsi davacı, şahsi hak davasını açarken, şahsi hakkının da karara bağlanmasını istemektedir²³⁵. İstek koşulunu CMUK m. 350. düzenlemekte idi. Buna göre; şahsi davacının davasını açarken, şahsi hak konusundaki isteğini açıklaması gerekmekte idi. Suçun niteliğine göre bu isteğin sulh veya asliye hâkimine yazılı biçimde yapılması zorunlu bir şart idi.

Ceza mahkemesinin şahsi hakka hükmetmesinin en başta gelen koşulu, sanığın mahkûm olması idi (CMUK m. 358). Başka bir ifadeyle, ceza mahkemesinin sanığın beraatine karar vermesi durumunda artık şahsi hak ile ilgili karar vermesi imkânsız hale gelmekte idi.

E- Müdahale Yoluyla Dava

Davacının muhakemedeki görevi iddiadır. Davacının bu görevi yapabilmek yetkisine de iddia yetkisi denir. Buna, kişiler bakımından iddia hakkı da denilmektedir²³⁶. İddia hakkı uyuşmazlık konusu haktan farklıdır.

Müdahale yoluyla dava, CMUK' ta yer an özel yargılama yollarından biridir²³⁷. Müdahale yoluyla dava, suçtan zarar görenin, savcının açtığı kamu davasına katılarak onunla birlikte iddia görevini yaptığı bir yargılama türüdür²³⁸. Müdahale yoluyla davada, suçtan zarar gören, savcının yanında iddia görevinin yerine getirilmesinde savcıya destek olmaktadır. Fakat belirtmek gerekir ki, bu

²³⁴ Yurtcan, Şahsi Dava, s. 276.

²³⁵ Ancak uygulamada davacı istekte bulunmadan mahkemenin şahsi hakka hükmetmesi ve bu kararın kesinleşmesi söz konusu olmuştur. Örneğin, Yargıtay 1. CD. 21.5.1959, 1235/1763 kararı bu şekilde verilmiş bir karardır ve bu karar hukuken geçerli bir karardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yurtcan, Şahsi Dava, s. 278.

²³⁶ Kunter, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989, No. 93, s. 186.

²³⁷ Yurtcan, Erdener, Cumhuriyet Savcısının Ve Ceza Yargıcının Başvuru Kitabı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2004, s. 390.

²³⁸ Yurtcan, Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının Başvuru Kitabı, s. 390.

yargılama türünde müdahil adını alan suçtan zarar gören, yargılama sırasında kendi çıkarını korumak amacını taşımaktadır²³⁹.

Suçtan fertlerin de zarar görmüş olması, kişinin de kovuşturma görevinde rol alabilmesini mümkün kılmaktadır. Her ne kadar kovuşturma, hukuken teşkilatlanmış toplum olan Devletin yetkili organları eli ile yürütülüyor olsa da, iddia makamında savcı ile birlikte suçtan zarar gören kişinin de yer almasını hukuk sistemimiz mümkün kılmıştır. “*Kamu davasına katılma*” olarak adlandırdığımız bu durum, CMUK uygulamasında, kanunun ifadesiyle, “*müdahale yolu ile amme davasına iltihak*” veya “*müdahale yoluyla dava*” olarak adlandırılmakta idi. Yani esasında burada da bahsedilen, yukarıda ele aldığımız kamu davasına katılmadır. Bu nedenle kamu davasına katılma başlığı altında yaptığımız açıklamalara istinaden, burada sadece bu durumu belirtmekle yetineceğiz.

F- Şikâyetçi

1- Genel Olarak

Suçlar kamu düzenini ihlal ettiklerinden kural olarak re 'sen soruşturmaya ve kovuşturmaya tabidirler. Başka bir ifadeyle, suçları soruşturma ve kovuşturma konusunda devletin tekel yetkisi olup, devletin yetkili organları kendiliğinden (ex officio) harekete geçer²⁴⁰. Kural olarak, ceza kanunundaki suçların büyük çoğunluğu kendiliğinden soruşturulan ve kovuşturulan suçlar niteliğinde olup, bu şekilde bir suçun işlendiği şüphesini haber alan yetkili organlar, bu konuda mağdur veya suçtan zarar gören kimsenin o suçla ilgili soruşturmaya başlanması yönündeki iradesini açıklamasını beklemeye gerek duymadan²⁴¹, kendiliğinden harekete geçerek o suçun soruşturmasına başlamaktadırlar²⁴². Bununla birlikte gerek TCK ve gerekse yan ceza kanunları tarafından soruşturulması ve kovuşturulması geçerli bir şikâyetin yapılması koşuluna bağlı tutulan bazı suçlar vardır²⁴³. Böyle bir suçun varlığı halinde, ceza soruşturmasının başlaması bir ceza muhakemesi şartına bağlanmış demektir ve bu

²³⁹ Yurtcan, Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının Başvuru Kitabı, s. 390.

²⁴⁰ Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, s. 148.

²⁴¹ Re 'sen kovuşturulan suçlar bakımından, mağdur veya suçtan zarar gören kişinin, o suçla ilgili soruşturma yapılmaması yönündeki iradesi de devletin yetkili organlarını bağlamamaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Öztürk, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması), Ankara 1991, s. 5.

²⁴² Yılmaz, Zekeriya, Ceza Hukukumuzda Şikâyet, Ankara 2010, s. 5.

²⁴³ Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 149.

şart gerçekleşmeden söz konusu suçun soruşturmasına başlanamamaktadır. Diğer bir deyişle, böyle bir suç dolayısıyla yapılacak soruşturma ve kovuşturma, mağdurun veya suçtan zarar görenin iradesine/ şikâyetine tabi kılınmıştır.

Bu açıklamalardan sonra, şikâyeti, genel bir ifadeyle, şöyle tanımlayabiliriz: Takibi şikâyete bağlı suçtan, zarar gören kişi veya kişilerin, altı aylık süresi içinde, yazılı olarak veya tutanağa geçirilecek bir beyan ile yetkili makamlardan bu suç hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasını istemelerine şikâyet denir.

Şikâyet TCK (m. 73) ve CMK (m.158) düzenlenmiş bir ceza muhakemesi kurumudur²⁴⁴. Bununla birlikte, şikâyet aynı zamanda Anayasal bir haktır²⁴⁵ (AY. M. 74/1; m.36/1).

2- Şikayete İlişkin Bazı Özellikler

Şikâyet, fiile ilişkindir. Nitekim TCK m. 73/1'de "soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suç hakkında" demektedir. Birinci fıkradaki "şikâyete bağlı suç" ibaresi ve 73/2'deki "fiil" ibaresi de bu kurumun fiile ilişkin olduğunu göstermekte ve şikâyetin, mağdur veya suçtan zarar görenin, suç teşkil eden bir fiille ilgili olarak failleri hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılması talebini içermesi gerektiğini belirtmektedir.

Şikâyet fiile ilişkin olduğu için, mağdur veya suçtan zarar görenin, fiilin hangi suçu oluşturduğuna ilişkin nitelendirme yapma zorunluluğu bulunmamaktadır²⁴⁶. Bu görev mahkemeye aittir. Yine aynı şekilde, şikâyet

²⁴⁴ Şikâyetin bir maddi ceza hukuku kurumu mu, yoksa bir ceza muhakemesi hukuku kurumu mu olduğu tartışmalıdır. Bu soruya verilecek yanıtın, birçok yönden önemi vardır. Bize göre de tipikliğin bir unsuru veya cezalandırılabilirlik koşulu değil, muhakeme engeli olan şikâyet, ceza muhakemesi hukuku kurumudur. Muhakeme kurumu olmasının sonucu olarak da, aleyhe kanunun geçmişe yürütmesi yasağı maddi ceza hukukunda geçerli olduğu için, şikâyet açısından uygulanmaz; şikâyetin yokluğu halinde beraat değil, düşme kararı verilir (CMK m. 223/8); şikâyetin yokluğu mahkeme tarafından re' sen araştırılır; şikâyetin yapılmamış veya geri alınmış olması nedeniyle verilen düşme kararlarının ne bis in idem etkisi yoktur. Öztürk/Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 149-150.

²⁴⁵ Şikâyet anayasal bir haktır; İhbar ve şikâyet Anayasada yer bulan dilekçe hakkının bir görünümüdür. Bu nedenle, her suçta şikâyet mümkündür. Fakat her suçun muhakemesi için şart koşulmamıştır. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, No.5.9, s. 76.

²⁴⁶ Fiilin hangi suçu oluşturduğunu belirleme görevi soruşturma ve kovuşturma makamlarının işi olduğundan, şikâyette bulunan olay hakkında bir nitelemede bulunma yükümlülüğü altında değildir. Şikâyetçi buna rağmen suç nitelendirmesi yapmışsa ve fiilin, şikâyette belirtilen suçtan başka bir suç

dilekçesinde failin gösterilmesine de lüzum yoktur. Zira şikâyet, belli bir olaydan dolayı ceza davası açılmasını istemek, işin mahkemeye götürülmesinde şahsi sakınca olmadığını belirtmek olduğuna göre, failin gösterilmesine lüzum yoktur²⁴⁷.

Şikâyetin yayılma etkisi söz konusudur²⁴⁸. Yukarıda belirttiğimiz üzere, şikâyet fiille ilgili olduğundan, iştirak halinde işlenmiş suçlar bakımından, mağdur veya suçtan zarar görenin, şikâyetini belirli suç ortaklarıyla sınırlı tutması mümkün değildir; yani, şeriklerden birini şikâyet edip, diğerleri hakkında şikâyette bulunmaması düşünülemez. Faillerden biri hakkında şikâyet yapılıncaya, hepsi hakkında da şikâyet yapılmış sayılır. Yine bunun bir sonucu olarak, mağdur veya suçtan zarar görenin birden fazla olması durumunda, bunlardan birinin şikâyet etmesi, dava şartının gerçekleşmesi için yeterlidir²⁴⁹.

Şikâyet hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan sayılır ve kural olarak miras yoluyla mirasçılara geçmez. Söz konusu suçun soruşturması ve kovuşturmasını ancak o suçun mağduru veya o suçtan zarar gören kişi isteyebilmektedir. Eğer şikâyeti, buna yetkili olmayan bir kişi yapmış ise, şikâyet geçersiz kabul edilmelidir. Şikâyet hakkının, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan sayılması ve bu nedenle de mirasçılara geçmemesi karşısında, şikâyet bakımından “suçtan zarar gören” kavramının, kural olarak, dar anlaşılması gerekir; ancak hukukumuzda istisnaen geniş anlamda suçtan zarar görenlere de şikâyet hakkının tanındığı olmuştur²⁵⁰. Örneğin, TCK m. 131/2’ye göre; “*mağdur, şikâyet etmeden önce ölürse veya suç ölmüş olan kişinin hatırasına karşı işlenmiş ise; ölenin ikinci dereceye kadar üstsoy ve altsoy, eş veya kardeşleri tarafından şikâyette bulunulabilir.*”

oluşturması halinde şikâyet geçersiz olmaz. Aslında şikâyete bağlı bir suç oluşturan fiille ilgili olarak, re’ sen takibi gereken bir suç nitelendirmesi yapılarak şikâyette bulunulması halinde, şikâyet geçerli sayılacaktır. Buna karşılık, aslında re’ sen takibi gereken bir suç oluşturan fiille ilgili olarak şikâyete bağlı bir suç nitelendirmesi yapılarak şikâyette bulunulması durumunda, vaki şikâyet, ihbar kabul edilerek, fiille ilgili soruşturmaya devam edilmelidir. Yılmaz, s. 12.; Demirbaş, s. 197.

²⁴⁷ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, No.5.9., s. 78.

²⁴⁸ Şikâyetin yayılma etkisine, sınırlandırılmazlık veya bölünmezlik kuralı diyenler de mevcuttur. Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 197. ; Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 8. Bası, Ankara 2013, s. 599.; Yılmaz, Zekeriya, Şikâyet, s. 13.

²⁴⁹ Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 197.

²⁵⁰ Öztürk/ Erdem, Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, s. 150.

Bir suçun şikâyete bağlı olduğu kanunda açıkça gösterilir; eğer suçun şikâyete bağlı bulunduğu açıkça belirtilmemişse, re' sen takip edilir²⁵¹.

3- Şikayete Hakkı Olanlar- Şikayetçi

TCK m. 73/1'de "yetkili kimse"; 73/2'de, "şikâyet hakkı olan kişi"; 73/4-7'de "suçtan zarar gören kişi" ve CMK m. 158/6'da "mağdur" ifadeleri kullanılmıştır. Şikâyet hakkı olanlar, mağdur ve suçtan zarar gören kişilerdir. Kısacası, suçtan doğrudan doğruya zarar gören kişinin şikâyet hakkı bulunmaktadır. Buradan hareketle şikâyetçiyi, suçtan zarar gördüğü için kanunun kendisine şikâyet hakkı tanıdığı kişi²⁵² olarak tanımlayabiliriz. Suçtan doğrudan doğruya zarar görmeyen kişinin şikâyet hakkı bulunmamaktadır²⁵³. Suç tanımının koruduğu hak ve yararın sahibi olan kişi birden fazla ise bunlardan her birinin ayrı ayrı veya birlikte şikâyet hakları vardır. Bu durumda mağdur veya suçtan zarar görenlerden birinin şikâyette bulunması, soruşturma ve kovuşturma yapılması için yeterlidir²⁵⁴. Örneğin, aynı konutu paylaşan kişilere karşı konut dokunulmazlığının ihlali suçu işlenmişse, bunlardan birinin şikâyeti ile soruşturmaya başlanabilir²⁵⁵.

Eğer şikâyeti, buna yetkili olmayan bir kişi yapmışsa, şikâyet geçersizdir ve şikâyet hakkı olan kişi tarafından sonradan onay verilmiş olması, geçersiz biçimde yapılmış olan şikâyete geçerlilik kazandırmaz²⁵⁶.

Suç tanımında, mağdur olan kişide insan olmanın dışında başka "özel nitelikler" de aranabilmektedir. Bu anlamda suçun mağduru; kamu görevlisi, çocuk²⁵⁷, kadın, yargı görevini yapan, faille belli bir akrabalık ilişkisi içinde bulunan kimse olabilir²⁵⁸.

²⁵¹ Yılmaz, Zekeriya, Şikayet, s. 14.

²⁵² Soyaslan, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2007, s. 332.

²⁵³ Gerçekler, Hasan, Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt I, Ankara 2011, s. 974.

²⁵⁴ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 598.

²⁵⁵ Ancak bir sözle birden fazla kişiye hakaret edildiği hallerde, soruşturma ve kovuşturma sadece şikâyet eden kişiye yapılan hakaretle sınırlı olarak yürütülür. Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s 598.

²⁵⁶ Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, s. 150.

²⁵⁷ Türk Ceza Kanununda mağduru çocuk olan bazı suçlar bakımından, çocukları korumaya yönelik özel düzenlemeler yapıldığını görmekteyiz. Örneğin, TCK'nın 66. maddesinde dava zaman aşımı düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında fiil için öngörülen cezanın ağırlığına göre farklı zaman aşımı süreleri öngörülmüştür. Maddenin dördüncü fıkrasında zaman aşımının hangi tarihten

itibaren işlemeye başlayacağı düzenlenmiş olup, buna göre zamanaşımı, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden, çocuklara karşı üstsoy ve bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlayacaktır. Bu suretle kanun koyucu, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlar bakımından farklı zamanaşımı süresi öngörmek suretiyle çocukların korunmasını amaç edinmiştir.

TCK'nın 77. maddesinde, çocuklara karşı cinsel istismar suçunun, siyasal, felsefi, irki veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi, insanlığa karşı suç olarak kabul edilmiş ve suçun genel kastla işlenmiş durumuna göre ağırlaştırılmış ceza öngörülmüştür.

TCK'nın 90. maddesinde çocuklar üzerinde deney yapılması ilke olarak yasaklanmış ve ancak maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen koşulların gerçekleşmesi durumunda çocuklar üzerinde deney yapılmasının suç olmayacağı öngörülmüştür. Buna göre, çocuklar üzerinde deney yapılabilmesi genel koşulların yanında, yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların çocuklar üzerinde de yapılmasını gerekli kıması, rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vasisinin yazılı muvafakatinin de alınması, deneyle ilgili izin verecek yetkili kurullarda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının bulunması gerekmektedir.

TCK'nın 103. maddesinde çocukların cinsel istismarı suç olarak kabul edilmiştir. Buna göre; “ (1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismar deyiminden;

a)Onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,

b)Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar,

Anlaşılır.

(2)Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3)Cinsel istismarın üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hışmı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında arttırılır.

(4)Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında arttırılır.

(5)Cinsel istismar için başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

(6) Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

(7)Suçun mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olması durumunda, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.

TCK'nın 104. maddesinde reşit olmayan çocukla cinsel ilişki belli koşullar altında suç olarak kabul edilmiştir. Buna göre, cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine cezalandırılır. Görüldüğü gibi, sosyal koşullar göz önünde bulundurulmak suretiyle, suç için şikâyet koşulu aranmıştır. Bununla birlikte, fail mağdurdan beş yaştan daha büyük ise, şikâyet koşulu aranmaz ve ceza iki kat arttırılır.

TCK'nın 194. maddesi gereğince, sağlık için tehlike oluşturabilecek maddeleri çocuklara veren veya tüketimine sunan kişi cezalandırılır. Bu maddeyle de, çocukların kötü alışkanlıklardan korunması ve çocukların suçtan uzak tutulması amaç edinmiştir.

TCK'nın 226. Maddesinde müstehcenlik suçu düzenlenmiş olup, maddede çocukları korumaya yönelik önemli hükümlere yer verilmiştir. Buna göre, “(1) a) Bir çocuğa müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünleri veren ya da bunların içeriğini gösteren, okuyan, okutan veya dinleten,

(b) Bunların içeriklerini çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerde ya da alenen gösteren, görülebilecek şekilde sergileyen, okuyan, okutan, söyleyen, söyleten,

(c)Bu ürünleri, içeriğine vakıf olunabilecek şekilde satışa veya kiraya arz eden,

(d)Bu ürünleri, bunların satışına mahsus alışveriş yerleri dışında, satışa arz eden, satan veya kiraya veren,

(e)Bu ürünleri, sair mal veya hizmet satışları yanında veya dolayısıyla bedelsiz olarak veren veya dağıtan,

(f)Bu ürünlerin reklamını yapan,

Kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır.

(2)Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri basın ve yayın yolu ile yayımlayan veya yayımlanmasına aracılık eden kişi altı aydan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(3) Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları kullanan kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu ürünleri ülkeye sokan, çoğaltan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, ihraç eden, bulunduran ya da başkalarının kullanımına sunan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(4)Şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üreten, ülkeye sokan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, başkalarının kullanımına sunan veya bulunduran kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(5)Üç ve dördüncü fıkralardaki ürünlerin içeriğini basın ve yayın yolu ile yayımlayan veya yayımlanmasına aracılık eden ya da çocukların görmesini, dinlemesini veya okumasını sağlayan kişi, altı yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(6)Bu suçlardan dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

(7)Bu madde hükümleri, bilimsel eserlerle; üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmaz.

TCK'nın 228. maddesinde "*Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama*" suçu düzenlenmiş olup, maddeyle çocukların kumar oynanması için yer ve imkân sağlanması suçun nitelikli hali olarak kabul edilmiştir.

TCK'nın 229. maddesinde çocukların dilencilikte araç olarak kullanılmasını önlemek amacıyla, çocukların dilencilikte araç olarak kullanılması suç olarak kabul edilmiştir. Bu suçun üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımları ya da eş tarafından işlenmesi halinde ve yine suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması halinde, verilecek ceza arttırılacaktır.

TCK'nın 233. maddesinde "*Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali*" suçu düzenlenmiştir. Buna göre;" (1) Aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi, şikâyet üzerine, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2)Hamile olduğunu bildiği eşini veya sürekli birlikte yaşadığı ve kendisinden gebe kalmış bulunduğunu bildiği evli olmayan bir kadını çaresiz durumda terk eden kimseye, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.

(3)Velayet hakları kaldırılmış olsa da itiyadi sarhoşluk, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılması ya da onur kırıcı tavır ve hareketlerin sonucu maddi ve manevi özen noksanlığı nedeniyle çocuklarının ahlak, güvenlik ve sağlığını ağır şekilde tehlikeye sokan ana veya baba, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

TCK'nın 234. maddesinde çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suç olarak düzenlenmiştir. Buna göre; "(1) Velayet yetkisi elinden alınmış olan ana veya babanın ya da üçüncü derece dâhil kan hısmının, onaltı yaşını bitirmemiş bir çocuğu veli, vasi veya bakım ve gözetimi altında bulunan kimsenin yanından cebir veya tehdit kullanmaksızın kaçırması veya alıkoyması halinde, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2)Fiil cebir veya tehdit kullanılarak işlenmiş ya da çocuk henüz oniki yaşını bitirmemiş ise ceza bir katı oranında arttırılır."

TCK'nın 278. maddesinde ise, işlenmekte olan veya henüz yeni işlenmiş bulunan suçun bildirilmemesi ayrı bir suç olarak kabul edilmiş ve bildirilmeyen suçun mağdurunun onbeş yaşını bitirmemiş bir çocuk olması hali suçun ağırlaştırılmış hali kabul edilmiştir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda da çocuklar hakkında yürütülecek soruşturma ve kovuşturma bakımından özel hükümler öngörülmüştür.

Tanıkların dinlenmesiyle ilgili 52. maddeye göre, tanıkların dinlenmesi sırasındaki görüntü veya sesler kayda alınabilir. Ancak, mağdur çocukların tanıklığında görüntü veya ses kaydı yapılamaz.

CMK'nın 90. maddesinde, yakalama ve yakalanan kişi hakkında yapılacak işlemler düzenlenmiş olup, takibi şikayete bağlı bulunan suçlar bakımından, yakalama işleminin

Suçtan zarar görenin tüzel kişi olması halinde, şikâyet hakkı tüzel kişinin yetkili organlarınca kullanılır²⁵⁹.

18 yaşını doldurmuş ve kendisinde fiil ehliyetini kısıtlayan her hangi bir sebep bulunmayan kişiler, şikâyet hakkını kendileri kullanabilmektedirler. 15 yaşını doldurmuş ancak 18 yaşından küçük ve ayırtım gücüne sahip kimseler de tek başlarına şikâyet hakkına sahiptirler. 15 yaşından küçük²⁶⁰ ancak ayırtım gücüne sahip olan kişilerin, hem kendileri hem de velilileri, birbirlerinden bağımsız olarak şikâyet hakkına sahiptirler²⁶¹.

gerçekleşebilmesi için, şikâyet koşul olmakla birlikte, maddenin üçüncü fıkrası gereğince, soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlı olmakla birlikte, çocuklara karşı işlenen suçüstü hallerinde kişinin yakalanması şikâyete bağlı değildir.

CMK' nın 100. maddesinin üçüncü fıkrasında, bir kısım suçlar belirtilmiş ve bu suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, tutuklama nedeninin var olduğu kabul edilmiştir ki, bu suçlardan birisi de çocukların cinsel istismarı (TCK m. 103) suçudur.

CMK' nın 203. maddesinde duruşmanın düzenine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Maddeye göre, mahkeme başkanı veya hakim, duruşmanın düzenini bozan kişinin, savunma hakkının kullanılmasını engellemek koşuluyla salondan çıkarılmasını emreder. Kişi dışarı çıkarılması sırasında direnç gösterir veya karışıklıklara neden olursa yakalanır ve hakim veya mahkeme tarafından, avukatlar hariç, verilecek bir kararla derhal dört güne kadar disiplin hapsine konulabilir. Ancak çocuklar hakkında disiplin kararı uygulanmaz.

Suç mağduru olan çocukların korunması amacıyla CMK' nın 236. maddesi gereğince, işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk veya mağdur, bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak bir defa dinlenebilir. Yine mağdur çocukların veya işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan diğer mağdurların tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulur.

Savunma hakkının bir gereği olarak CMK' nın 239. maddesinde, mağdur veya suçtan zarar gören, davaya katıldığında, mahkemeden istemesi halinde, baro tarafından bir avukat görevlendirilir. Bunların birlikte, mağdur veya suçtan zarar görenin çocuk olması halinde avukat görevlendirilmesi için istem aranmaz.

Yine tanıklıktan çekinmeyle ilgili olarak, çocuğun korunması amacıyla CMK' nın 45. maddesinde özel düzenlemeye yer verilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Balo, Yusuf Solmaz, Uluslararası İlkeler Işığında Çocuk Koruma Kanunu ve Uygulaması, Ankara 2005, s. 92 vd.

²⁵⁸ Yılmaz, Zekeriya, Şikâyet, s. 20.

²⁵⁹ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 599.

²⁶⁰ "Sanığa atılı suçun 5237 sayılı TCK' nun 89/5. maddesi kapsamında takibinin şikâyete bağlı olması nedeniyle suç tarihinde 15 yaşından küçük olup sanıktan şikâyetçi olmayan mağdurların vazgeçme tarihinde mümeyyiz olup olmadığı tıbben araştırılıp, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdir gerekirken eksik soruşturmaya yazılı şekilde hüküm tesisi....." 9. CD. 29.11.2007, 3724/8821. Aynı yönde, 4. CD. 14.11.2007-3270/9453; "Medeni Kanunun ilgili maddesinde, mümeyyiz küçüklerin şahsa bağlı haklarını kanuni mümessilin rızasına ihtiyaç duymadan kullanabileceklerinin açıklanmış bulunmasına göre, 1990 doğumlu olup, 02.02.2006 tarihli son oturumda şikâyetten vazgeçtiğini bildiren mümeyyiz mağdur S... G....'in şikâyetten vazgeçmesinin geçerli olduğu gözetilerek kamu davasının düşürülmesine karar verilmesinde zorunluluk bulunması..." 2. CD. 17.05.2007-1487/7094. . Yılmaz, Zekeriya, Şikâyet, s. 22.

²⁶¹ Gerçekler, s. 974.

Yukarıda mağdur ve suçtan zarar gören kavramları üzerinde durduğumuz için, burada mağdur veya suçtan zarar gören kişi ile ilgili, şikâyet ilişkin bazı özellikleri belirtmekle yetineceğiz.

4- Şikâyetin Şekli-Süresi ve Şikâyetin Yapılabileceği Makamlar

CMK m. 158/5’de belirtildiği üzere, şikâyet, yazılı bir dilekçeyle olabileceği gibi, bu yöndeki sözlü talebin tutanağa geçirilmesi suretiyle de yapılabilmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 28.5.1984 gün ve 413-184, 22.4.1985 gün ve 450-229 sayılı kararlarında da, mağdurun hazırlık soruşturması sırasında Cumhuriyet savcısı tarafından ifadesi alındığı sırada, sanıktan şikâyetçi olduğunu belirtip, bu beyanının ifade tutanağına geçirilmiş olması, şikâyet şartının gerçekleşmesi açısından yeterli kabul edilmiştir²⁶².

Şikâyet dilekçesinde veya düzenlenecek olan tutanakta, mağdur veya suçtan zarar gören kişinin, suç teşkil eden fiille ilgili olarak faileri hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılması talebi yer almalıdır. Ancak bu talebin belli bir şekli yoktur. Mağdur veya suçtan zarar görenin “şikâyetçiyim”, “davacıyım”, “cezalandırılmasını istiyorum”, “en şiddetli ceza ile cezalandırılınsın” gibi ifadelerle şikâyet iradelerini açıklamaları yeterlidir²⁶³.

Şikâyet, 6 aylık süresi içerisinde yapılmalıdır. Hak düşürücü olan bu süre, suçtan zarar gören kişinin, zamanaşımı süresini geçmemek koşuluyla, fail ve fiili öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlar (TCK m. 73/2).

Şikâyetin yapılabileceği makamlar, Cumhuriyet Başsavcılığı veya kolluk makamlarıdır. Valilik veya kaymakamlığa veya mahkemeye yapılan ihbar veya şikâyet, ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir. Yurt dışında işlenip ülkede takibi gereken suçlar hakkında Türkiye’nin elçilik ve konsolosluklarına da ihbar veya

²⁶² “Suçtan zarar gören kişi, yasada öngörülen makamlardan olan mahkemeye süresi içinde sözlü şikâyetle bulunmakla, üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmiş olup, tutanağın düzenlenmesi ve şekli konusunda şikâyetçinin başkaca bir yükümlülüğü de bulunmamaktadır..... Önceden şikâyeti bulunmayan mağdurun, şikâyet şartı gerçekleşmediği halde sövme suçundan açılan kamu davasının duruşması sırasında sözlü olarak ileri sürüp, duruşma tutanağına geçirilen şikâyeti geçerli bulunduğundan, kovuşturma şartı gerçekleşmiş olup, Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.” YCGK, 30.03.2004, 2-51/80. Yılmaz, s. 25.

²⁶³ Yılmaz, Zekeriya, Şikâyet, s. 25-26.

şikâyette bulunulabilir. Bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle, ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan ihbar veya şikâyet de Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir (CMK m. 158/1-4).

5- Şikâyet Hakkından Vazgeçme ve Şikâyetin Geri Alınması

Şikâyetten vazgeçme ve şikâyetin geri alınması mümkündür. Vazgeçme, süresi geçmemiş ve henüz yapılmamış bulunan bir şikâyetin artık yapılmayacağını mağdur veya suçtan zarar gören kimse veya bunların kanuni temsilcileri tarafından açıklanmasıdır²⁶⁴. Şikâyetten vazgeçme, ancak şikâyet hakkı doğduktan sonra mümkün olabilmektedir. Suç işlenmeden önce, ileride işlenecek suçun mağdurunun, şikâyet hakkını kullanmayacağını belirtmesi geçerli olmaz ve hukuki sonuç doğurmaz²⁶⁵. Şikâyetten vazgeçme yönündeki iradenin de CMK m. 158'de belirtilen şikâyetin yapılabileceği makamlara iletilmesi gerekmektedir.

Şikâyetin geri alınması ise, yapılmış şikâyetin, mağdur veya suçtan zarar gören veya bunların yasal temsilcileri tarafından, işleme konulmamasının, geçersiz sayılmasının istenmesidir. Geri alma bir dilekçe ile olabileceği gibi, duruşmada tutanağa geçirilmek kaydıyla sözle de olabilir. TCK m. 73/4'de, mahkûmiyet kararı kesinleşinceye kadar şikâyetin geri alınabileceği düzenlenmiştir.

Şikâyetten vazgeçme, tek taraflı bir irade beyanı iken; şikâyetin geri alınması iki taraflı bir işlemdir. Geri almanın geçerli olabilmesi için, bunun sanık tarafından kabul edilmesi gerekir (TCK m. 73/6²⁶⁶).

Şikâyetin yayılma etkisi, vazgeçme ve geri alma durumları için de geçerlidir. Suçtan bağımsız olarak mağdur veya suçtan zarar gören şikâyetçilerden birinin şikâyetten vazgeçmesi veya şikâyeti geri alması, diğerinin şikâyetini sonuçsuz hale getirmez²⁶⁷. Buna karşılık, iştirak halinde işlenmiş suçlarda, sanıklardan biri hakkındaki şikâyetten vazgeçme, diğerlerini de kapsar (TCK m. 73/5).

²⁶⁴ Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, s. 151.

²⁶⁵ Yılmaz, Zekeriya, Şikâyet, s. 38.

²⁶⁶ TCK m. 73/6 geri almayı, yerinde olmayarak vazgeçme olarak nitelendirmiştir.

²⁶⁷ Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, s. 152

G- Malen Sorumlu

Malen sorumlu kavramına, CMUK uygulamasında yer yerilmemekteydi; bu kavram 5271 sayılı CMK ile ceza hukuku literatürüne girmiştir (m.2/1-i, 237). CMK m.2'nin gerekçesinde, malen sorumlu, işlenmiş olan suçun hükme bağlanması ve bunun kesinleşmesinden sonra, maddi ve mali sorumluluk taşıyarak hükmün sonuçlarından etkilenecek veya bunlara katılacak kişi²⁶⁸ olarak tanımlanmıştır. CMK m.237 gereğince, malen sorumlu olanlar, bireysel savunma makamında yer almalarına rağmen, kamu davasına katılabilme hakkına sahip kabul edilmektedirler. Buna göre, malen sorumlu olanlar, sanığın yanında kamu davasına katılabilir ve savunmasında sanığa yardımcı olabilir²⁶⁹.

Belirtelim ki suçtan zarar görenler gibi malen sorumlu olanlar da şikâyetle bulunarak iddia makamının yanında davaya katılabilirler. Ancak kanımızca, menfaatleri sanıkla paralel olan, başka bir anlatımla, sanığın mahkûm olmasından olumsuz etkilenecek olan bir kişinin şikâyetçi olduğunu belirterek iddia makamı yanında davaya katılması, malen sorumlu kavramıyla olduğu kadar, mantık kurallarıyla da bağdaşmaz²⁷⁰. Zira malen sorumlu, esas itibarıyla suçtan zarar gören olmadığı gibi, tersine fiilin karşı yanında bulunmaktadır²⁷¹. Katılmanın amaçlarından birinin de davaya yön verebilme hakkının zarar gören ve mağdura tanınması olduğu kabul edilecek olursa, malen sorumluya da böyle bir imkân vermenin katılma kurumu ile ne derece uyacağı tartışmalıdır²⁷².

²⁶⁸ Şahin, Ceza Muhakemesi, s. 24.

²⁶⁹ Şahin, Ceza Muhakemesi, s. 24.

²⁷⁰ Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2010, s. 804-805.

²⁷¹ Özbek, Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, s. 905.

²⁷² Özbek, Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, s. 905.

III - TARİHÇE

A- Genel Olarak

Ceza hukuku açısından mağdur kavramının ortaya çıkışı ve dolayısıyla mağdurun varlığının kabul sürecinin ortaya konması, mağdur konusuyla ilgili önerilerin, sağlam fikri temellere dayandırılması bakımından önem taşımaktadır.

B- İkel Dönemlerde

Aile bağlarına ve kabile örgütlenmesine dayanan ilkel toplumlarda ceza adaletini sağlayan merkezi bir sistem bulunmadığı için, suça ilişkin uyuşmazlıkların çözümlenmesinde suç mağdurlarına önemli görevler düşmekteydi²⁷³. Tüm çabaları ve mücadeleleri güç sağlamak olan aileler²⁷⁴, bu dönemde, suç işleyen aile mensubu ile birlikte suçlu sayılmakta idi. Bu dönemin belirgin özelliklerinden biri, suç mağdurunun haklarını koruyacak hukuk düzeninin hatta merkezi bir devlet otoritesinin bile olmayışındır²⁷⁵. Bu dönemde devlet otoritesinden söz edilemediği için, cezalandırmak ve suç oluşturan fiilleri kovuşturmak fail, mağdur²⁷⁶ ve akrabaları arasında gerçekleşmekteydi. Bu da büyük toplumsal kargaşalara neden olmakta²⁷⁷; barış ortamının kurulmasına engel teşkil etmekteydi.

M.Ö. 2100 yılında, ilk yazılı Ceza Kanunu olan Hamurabi Kanunu, mağdur haklarını dikkate almakta ve zararın giderimini öngörmekteydi²⁷⁸. Yaralama suçunu işleyen failin, yaralananın bakım masraflarını üstlenmek zorunda bırakılması, öngörülen giderim mekanizmalarından biriydi. Yine Frank Kanunlarında, mağdura ilişkin, onun zararının giderimini öngören düzenlemelere rastlanmaktaydı. Örneğin, krala ait esir bir bakire ile yatan erkek 25 şilin giderim ödemek durumunda kalıyordu. Kadın esir değilse, bu miktar 50 şilin oluyordu. Asil birinin hizmetçisi ile

²⁷³ Sokullu-Akıncı, Viktimoloji, s. 10.

²⁷⁴ Hagan, John, Victims Before the Law, Toronto, 1989, s. 8.

²⁷⁵ Hagan, s. 8.

²⁷⁶ Özek, Çetin, "Suç Mağdurunun Korunması İle İlgili Bazı Sorunlar", İ.H.F. M., 1984, no. 50, s. 16.

²⁷⁷ Hagan, s. 8.

²⁷⁸ Hamurabi Kanununda, örneğin, eğer bir kimse bir öküz veya bir koyun veya bir domuz veya bir kayık çalarsa, bu bir tanrıya aitse 30 katını ödeyecektir; bir köylüye aitse 10 katını geri verecektir. Eğer hırsız bu ödemeyi yapma olanağına sahip değilse, öldürülecektir. Eğer devlet suçluyu yakalayamamışsa, site yöneticisi (bugünkü belediye başkanı) mağdurun akrabalarına gümüş verecektir. Sokullu-Akıncı, Viktimoloji, s. 13.

yatmanın tazminatı ise 12 şilin; halktan birinin hizmetçisi ile yatmak 6 şilindi²⁷⁹. Aynı şekilde Eski Hint'te, devlet aşamasında, çeşitli suçlar kabul edilmiş ve bu suçlara veriler cezalar ve mağduriyetin giderilmesi, kişilerin mensup buldukları Kast 'lara göre farklılık arz etmiştir²⁸⁰. Örneğin, Brahmanlar sınıfına mensup birinin öldürülmesi, suçların en ağırı kabul edilerek faile idam cezası uygulanırken; öldürülenin Brahmanlar sınıfına mensup olmaması halinde, öldüren kişinin mallarına el konularak, bunlar öldürülen kişinin ölümünden dolayı zarar gören kişilere veriliyordu²⁸¹. Asurlularda, bir kıza cinsel saldırıda bulunan, kızın bedelinin üç katını ödemek zorunda kalıyordu; konut dokunulmazlığının ihlali suçunda ise, fail, mülkün değerinin üç katını sahibine ödemek durumunda bırakılıyordu²⁸². Sümerlerde, mağdurun ve failin hür ya da köle olup olmamasına göre cezalar farklılık göstermekteydi²⁸³.

C- Roma Hukukunda

Roma hukukunda mağdura bakış açısı, mağdurun içinde bulunduğu ve yaşadığı grupların çeşitli dönemlerine göre değişiklik göstermekteydi. Roma'nın Civitas²⁸⁴ haline gelmesi ile bazı fiillerin Devlet aleyhine işlenen suç olduğu kabul edilmiş ve bu suçlardan dolayı mağdur olanlara ilişkin düzenlemeler XII Levha Kanununda yer almıştır. Örneğin, kişilere karşı işlenen suçların çoğu kamu aleyhine işlenmiş kabul edilmiş ve bu suçlar bakımından mağdurun bizzat şikâyeti aranmış; hatta suçlunun doğrudan mağdur tarafından kovuşturulması veya intikam yoluyla belirleyeceği fidye karşılığında cezalandırmadan vazgeçebileceği düzenlenmiştir²⁸⁵. Ceza ile mağduriyetlerin giderilmesi arasında bazı paralellikler kurulmaya çalışılmıştır. Buna göre, devlet aleyhine işlenen suçlar için ölüm; kişinin mağdur olduğu suçlarda zararın tazmini, birkaç misliyle ödenmesi, şahsi fidye veya diyet gibi karşılıklarla mağduriyet giderilmeye çalışılmıştır²⁸⁶.

²⁷⁹ Hagan, s. 9.

²⁸⁰ Akdemir, s. 35.

²⁸¹ Sokullu- Akıncı, Viktimoloji, s. 13.

²⁸² Sokullu- Akıncı, Viktimoloji, s. 14.

²⁸³ Akdemir, s. 35.

²⁸⁴ Civitas, bir şehrin sınırları içerisinde yaşayan insanların ortak ihtiyaçlarını karşılamak üzere teşkilatlanmış hür insanlardan meydana gelen topluluk demektir.

²⁸⁵ Akdemir, s. 50.

²⁸⁶ Akdemir, s. 52.

D- İslam Hukukunda

İslam hukukunda da benzer gelişmeler görülmüştür. Önceleri göze göz, diş diş denilen kısas sistemi uygulanmıştır²⁸⁷. Daha sonra ise, mağdurun kendisine tanınan af hakkını kullanması ile kısasın düşmesi ve mağdura diyet adı verilen bir tazminat ödenmesi sistemine geçilmiştir²⁸⁸. Zaman içinde de diyetin, failin aileden başlayarak divana, asabeye, çarşıya, mahalleye, beldeye ve vilayete doğru genişleyen akilesi tarafından ödenmesi usulü kabul edilmiştir²⁸⁹.

İslam ceza düşünce sisteminde, suç faili ile ilgili düzenlemelerin yanı sıra suçtan zarar görenlerle (mağdurlara) ilgili düzenlemelere de yeteri kadar önem verilmiştir²⁹⁰. İslam Ceza Hukukunda (İslam Fıkında) mağdura baktığımızda; yukarıda bahsettiğimiz, kısas ve mağdurun suç failini affetme hakkı göze çarpmakta idi. Günümüz hukuk sisteminde “Devlete veya otoritesine karşı işlenen suçlar” ya da “devletin doğrudan doğruya mağdur olduğu suçlar” adını verebileceğimiz suçlar, İslam Fıkında “Sırf Allah’ın Hakları²⁹¹” olarak isimlendirilir²⁹². Bu suçlar, doğrudan doğruya devleti mağdur ettiğinden, fiile maruz kalanların affetme yetkisi bulunmamaktadır. Ayrıca, topluluk içinde davranış kurallarına aykırı hareket edilmesinden doğan kefarete cezaları da söz konusu olmaktadır. Bu durumda, fiil²⁹³, devleti ya da kişileri hedef almadığından sadece topluluğun mağduriyetine sebep olmaktadır. Örneğin, hatalı öldürmelerde, oruç bozmalarda, hac yasaklarını ihlallerde kefarete cezası gündeme gelmekteydi.

İslam Ceza Hukukunda mağduriyetin giderilmesine yönelik olarak; öncelikle katli suç ve müessir fiillere ilişkin olmak üzere, kimi durumlarda asli cezaya bedel bir yaptırım, kimi durumlarda da asli bir yaptırım olarak öngörülen diyetin,

²⁸⁷ Akdemir, s. 56.

²⁸⁸ Akdemir, s. 55.

²⁸⁹ Akdemir, s. 57.

²⁹⁰ Atmaca, Talip, “Nazari ve Tatbiki Hukukta Şahıslara Karşı İşlenen Suçlarda Mağdur (Osmanlı Devri Uygulamaları- Adana Örneği)”, Dini Araştırmalar Dergisi, Cilt:8, Sayı: 23, Eylül-Aralık 2005 (s.245-261), s. 251.

²⁹¹ İslam Hukukunda “sırf Allah’ın hakları” kabul edilen suçlara örnek olarak, devleti tanımama, hükümeti tanımama, hırsızlık, yol kesme ve sarhoşluk verilebilir.

²⁹² Akdemir, s. 63.

²⁹³ Akdemir, s. 63.

mağduriyetin kısmen giderilmesi amacına yönelik bir düzenleme olduğu söylenebilir²⁹⁴.

E- Türk Hukukunda

765 sayılı TCK, Dönmezer'in belirttiği gibi, mağdura ilişkin düzenlemeleri ilke olarak kabul etmediğinden, ceza uygulaması mağdurların yararına sonuç vermemektedir²⁹⁵. Kanun, her ne kadar medeni hukuk ve ceza hukuku arasında kesin bir ayrımın bulunduğunu ve tazminatın ceza hukukuna yabancı olduğunu kabul eden klasik doktrinin etkisi altında kaleme alınmış olsa da, suçun bir mağduriyet doğurduğunu kabul etmiştir²⁹⁶. Ceza hukuku ile suç nedeniyle meydana gelen mağduriyet arasında bağlantı kurmaya çalışmış; suçtan doğan mağduriyetin giderilmesine yönelik çeşitli maddelerde düzenlemelere yer vermiştir²⁹⁷.

1412 sayılı CMUK şahsi hak davası ile suçun mağdurlarına ceza muhakemesi vasıtasıyla bizzat hakkını arama imkânı vermiştir. Konuya ilişkin açıklamalar, esasen yukarıda incelendiği için, burada bu konuya girmiyor, ilgili bölüme atıfla yetiniyoruz.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren, Yeni TCK ve CMK düzenlemeleri ise, çalışmamızın temel konusunu oluşturduğu için, ikinci ve üçüncü bölümde detaylı olarak üzerinde durulacaktır.

²⁹⁴ Yerlikaya, Ünal, İslam Ceza Hukukunda Mağdur, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta 2006, s. 126.

²⁹⁵ Dönmezer, Sulhi, Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı (Genel Sunuş), MÜHF Hukuk Araştırmaları, Ocak-Nisan 1987, C.II, S.1, s. 13.

²⁹⁶ Özbek, Veli Özer, Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, s.224.

²⁹⁷ Örneğin, 765 s. TCK m.37, 38, 39/2, 93, 110 ve 120 gibi.

İKİNCİ BÖLÜM

MAĞDURUN HAKLARI

I- GENEL OLARAK

Ceza muhakemesi hukukunun gelişim süreci incelendiğinde, önceleri sanığın cezalandırılması, ardından sanığın haklarının korunması²⁹⁸ ve son olarak insan haklarına dayalı olarak maddi gerçeğin araştırılması aşamasına geçildiği görülmektedir²⁹⁹. Tarihsel olarak suç mağdurları, ceza adalet sistemi içinde sonradan akla gelen kişiler olmuşlardır. İkinci Dünya Savaşı'nın yol açtığı çöküntüler, mağdur kavramının önemsenmesinde önemli ölçüde etkili olmuştur³⁰⁰. Özellikle İkinci Dünya Savaşı'nın etkileri, 1950'lerde bu konunun dikkate alınmasını sağlamış; vatandaşların sosyal hakları kapsamında mağdur hakları da önemsenmiştir³⁰¹. Savaş sonrası dönemdeki uygun ortam içinde mağdurlar baskı grupları oluşturarak organize oldular ve ceza adaleti sistemi içinde kendileri için bir statü talep etmeye başladılar. Bu süreç içinde Margaret Fry önemli bir rol oynadı ve büyük ölçüde katkıda bulunduğu Cezai Zararların Telafisi Planı (Criminal Injuries Compensation Scheme) ile savaş sonrası İngiltere'sinde bu konunun sözleşmeye dönük yönü kuvvet kazandı³⁰². Bu durumu 1960'larda ABD'de ortaya çıkan mağdur hareketleri takip etti. 1970'li yıllarda İngiliz ve ABD kanunlarında bazı sosyal politika değişiklikleri yapılarak, mağdur hakları konusunda bazı gönüllü kuruluşların ortaya çıkmasına olanak verildi³⁰³. Daha sonraları, mağdurların konumu hükümet politikalarında daha

²⁹⁸ Ceza muhakemesinde sanığın, devlet gibi muazzam bir güç karşısında, birey olarak bir takım güvencelere ihtiyacı olacağı açıktır. İşte, gerek ceza kanunları ve gerekse ceza muhakemesi kanunları, bu ihtiyaca cevap verebilecek hükümlerle doludur. Bu düşünce biçimi, ceza muhakemesinde birey olarak hep sanığı ele almış; hukuk devleti kavramı dahi hep sanık etrafında şekillenmiştir. Özbek, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlam, s. 894.

²⁹⁹ Gülşen, Recep, "Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Mağdurun Hakları", 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Editör: Prof. Dr. Bahri Öztürk, Ankara 2009, s. 683.

³⁰⁰ Akyazan, Ahmet Emrah, Mağdurun Kovuşturma Evresindeki Hakları Kapsamında Soru Yönelme Hakkı, Ankara 2009, s. 9.

³⁰¹ Akyazan, s. 9.

³⁰² Akyazan, s. 10.

³⁰³ Örneğin, "Mağdurlara Destek" kuruluşu 1974 yılında Bristol'da faaliyete geçti. Hükümet 1999 yılında bu kuruluşa, 400 mağdura destek sağlaması amacıyla, 12 milyon sterlin ödenek verdi. 1970'lerden itibaren, feminist hareket olgunlaştı ve eşit haklar kampanyalarında ve politikalarında

merkezi bir yer aldı ve ceza adaleti sisteminin tedrici olarak bu yönde değişimine gidilerek, insan hakları çerçevesinde düzenlemelerle mağdurların seslerini duyurmaları sağlandı³⁰⁴.

Mağdurun menfaatlerinin sanığinkinden daha az olmadığı sosyal bir gerçektir³⁰⁵. Adil bir yargılama için sanığın haklarının yanı sıra mağdurun da haklarının korunması gerekmektedir. Önceleri, suç ile maddi ve manevi zararlara uğramış mağdur, muhakemede bağımsız, kendisine ait bir yeri bulunmayan, muhakemenin gidişatına hiçbir etkisi olmayan, muhakeme için sadece gerçeğin bulunmasına bir obje, muhbir ve şahit olarak kabul ediliyordu³⁰⁶. Oysaki mağdur muhakemedeki şahit rolünden kurtulmalı, muhakemeye daha fazla etkide bulunabilecek yetkilerle donatılmalıdır³⁰⁷. Nitekim ceza hukukunda artık mağdurun tatmin edilmesi ve mağduriyetinin giderilmesi hususundaki menfaatlerinin göz önünde bulundurulması zorunluluğu sonucu, TCK ve CMK' da mağdura ilişkin önemli düzenlemelere yer vererek, iddia-savunma arasında silahların eşitliği ilkesini geçerli kılmıştır. Bu kanunlarda artık mağdurun menfaatlerinin dikkate alındığı, mağdur haklarına dayalı bir anlayışa doğru gidildiği gözlemlenmektedir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, mağdurun haklarını açık bir şekilde düzenlemiş ve koruma altına almıştır. Bu şekilde, mağdurun, mahkemede daha fazla söz sahibi olması sağlanmıştır. CMK' da, "*Mağdur ve Şikâyetçinin Hakları*" başlıklı 234. maddede bu haklar³⁰⁸, soruşturma ve kovuşturma evresi olmak üzere, iki evrede teker teker sayılmıştır. Bu hakların tümü, mağdurun yararına ve korunmasına yönelik olduğu için, kullanılması tamamen mağdurun isteğine bırakılmıştır. Madde başlığında geçen "şikâyetçi" kavramının, mağdur yanında suçtan zarar gören kişileri de içine alan daha geniş bir anlamı vardır. CMK m. 234'de geçen "şikâyetçi"

yerini aldı. Bu çalışmalar, 1975 yılında çıkarılan Eşit Ücret ve Cinsiyet Ayrımcılığı Yasaları (Equal Pay And Sex Discrimination Acts) ile neticelendi. Akyazan, s. 10.

³⁰⁴ Yeni yüzyılın ilk yılları, mağdurun konumunu daha da güçlendirdi. 2001 yılında İngiltere'de mağdurlara, mahkemede kendi ifadelerini okuma hakkı tanındı. 2002 yılında İngiltere'de İşçi Partisi Hükümeti, mağdurlar için, "*Mağdur Hakları Bildirgesi*" (Bill of Rights) planını ve mağdurlar için bir özel görevli tayin edilerek, mağdurlardan veya mağdur yakınlarından oluşturulacak bir " Tavsiye Grubu" kurulmasını gündeme getirdi. Akyazan, s. 11.

³⁰⁵ Özbek, Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, s.893.

³⁰⁶ Özbek, Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, s. 894.

³⁰⁷ Özbek, Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, s. 893.

³⁰⁸ Yılmaz, Zekeriya, Tüm Değişikliklerle Ceza Muhakemesi Kanununun Getirdiği Yenilikler ve Yargılama Sistemi, Ankara 2005, s. 73.

kavramının içerdiği kişileri teknik anlamda, yani, şikâyete tabi suçlarda şikâyet hakkına sahip olan kişiler olarak anlamamak gerekir³⁰⁹. Bir suçun işlenmesiyle haklı yararı zedelenen kişilerin de zikredilen maddede öngörülen haklara sahip olduğunun kabulü gerekir³¹⁰. Ancak bu kişilerin belirtilen haklardan yararlanabilmeleri için, suçtan zarar gördüklerinden bahisle, yetkili mercilere başvurmaları gerekmektedir³¹¹.

Mağdurların ceza adaleti sistemi içinde çok daha etkin olmalarını sağlamaya yönelik çalışmalar yapılmaya devam edilmektedir. Bu kapsamda mağdurların hakları, milletlerarası düzeyde ele alınmaktadır³¹². 1 Şubat 1988 tarihinde yürürlüğe giren “Avrupa Konseyi Sözleşmesi”, Türkiye tarafından da onaylanmıştır. Bu Sözleşme’ de ve Avrupa Konseyi’nin çeşitli Tavsiye Kararları’ nda, mağdurların ceza muhakemesinin yürüyüşünden haberdar edilmeleri, korunmaları ve zararlarının giderilmesi konularında devletlerin girişimlerde bulunmaları tavsiye edilmektedir³¹³.

Bizi CMK sistemimizde, mağdura ilişkin gerek CMK m. 234’de, gerekse kanunun muhtelif maddelerinde haklar öngörülmüştür³¹⁴. Ayrıca, mağdurun yeni CMK sistemi uyarınca, fail tarafından gerçekleştirilen fiil dolayısıyla oluşan zararının giderilmesini hukuk mahkemelerinden isteme hakkı da vardır³¹⁵.

³⁰⁹ Yılmaz, Zekeriya, Şikâyet, s. 365.

³¹⁰ Yılmaz, s. 366.

³¹¹ Koca, Mahmut/ Üzülmöz, İlhan, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Korunması ve Mağdura Tanınan Haklar”, Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD), Sayı:7, Temmuz 2006, s. 145.

³¹² Akyazan, s. 15.

³¹³ Geleneksel mağdur haklarının son derece sınırlı olması ve mağdurların artık bilinçlenmeleri ve ceza adaleti sistemi içinde daha etkin olmak istemeleri karşısında Avrupa Konseyi çeşitli girişimlerde bulunmuştur. 1974 yılında Viyana’da toplanan 9. Adalet Bakanları Konferansı’nda, mağdurların zararlarının tazmini için tavsiyelerde bulunmak üzere XXIX. Alt Komite’ yi oluşturmuş, Alt Komite ise 1978 yılında bu tavsiyeleri 13 madde halinde belirlemiştir. Daha sonra 1983 yılında, *Şiddet Mağdurlarının Zararlarının Tazmini Hakkında Avrupa Sözleşmesi* yapılmıştır. Bu sözleşme yalnızca şiddet suçları mağdurlarına ilişkin olup, o dönem için yenilik olmakla birlikte, günümüz açısından sınırlı ve yetersiz kalmaktadır. Ayrıca Avrupa Konseyi, Ceza ve Ceza usul Hukukunda mağdurun durumuna ilişkin olarak, 28 Haziran 1985’te bir tavsiye kararı (R (85) 11) daha almıştır. 16 maddeden oluşan bu karar, mağdurlara verilecek giderim dışında, ayrıca muhakeme ve infaz aşamalarında mağdurların durumlarını iyileştiren tavsiyeler içermektedir. Akyazan, s. 15.

³¹⁴ Kuşkusuz, mağdurun aşağıda belirtilecek olan haklarının yanı sıra tüm insan haklarından yararlanacağı açıktır. Örneğin, mağdurun yaşam, vücut dokunulmazlığı ve özel hayat ve şeref ve onurunun ve mülkiyetinin korunmasını ve ona saygı gösterilmesini isteme hakları vardır. Bu itibarla, mağdura işkence ve eziyet edilemez. Avrupa Konseyinin tavsiye kararları da bu yöndedir. Gülşen, s. 684.

³¹⁵ Koca/ Üzülmöz, Mağdurun Korunması, s. 141 vd.

II- MUKAYESELİ HUKUKTA MAĞDUR HAKLARI

A- Anglo- Sakson Hukuk Sisteminde

1-Amerika Birleşik Devletleri

ABD’de ceza hukukuna ilişkin bir reaksiyon biçimi olarak mağdur hakları gündeme gelmiştir ve mağdur hakları arasında geniş ölçüde kabul gören hak, mağduriyetin giderilmesine yönelik tazminat hakkı olmuştur. Suç mağdurlarının, failin cezai davranışların yol açtığı zararlarının giderilmesine yönelik ilk defa California’da “Mağdur ve Tanık Koruma Kanunu” (Victim and Witness Protection Act) çıkarılmıştır³¹⁶. Bugün ise ABD’nin tüm eyaletlerinde mağdurların zararlarını gideren kanunlara rastlamak mümkündür³¹⁷. Mağdurların zararlarının giderilmesi dışındaki mağdur haklarının gündeme gelip kabul edilmesi daha sonraları olmuştur. 1979 yılında Wisconsin Eyaletinde, ilk Mağdur Hakları Beyannamesi’ni kabul edilmiş ve bunu birçok başka eyalet izlemiştir; anayasa ile konuyu düzenleyen eyaletler de gündeme gelmiştir³¹⁸.

1982 tarihli “*Mağdur ve Tanık Koruma Kanunu*” ise, mağdur hakları konusunda ABD’de kabul edilen ön önemli Federal Kanundur³¹⁹. Aynı yıl, Başkanın suç mağdurları ile görevli komisyonu Amerikan Anayasasının Altıncı Ekine, suç mağdurlarını koruyucu şu hükmün ilave edilmesini önermiştir: “*Suç mağduru ceza yargılamasının her aşamasında hazır bulunma ve dinlenilme hakkına sahiptir*”³²⁰. Bunların dışında iki önemli gelişme daha yaşanmıştır. Bunlardan ilki, 1986 yılında, kısaca adı “NOVA” olan, “*Mağdurlara Yardım İçin Milli Organizasyon*” (National Organization For Victim Assistance)’un düzenlediği bir konferans sonucu, ceza adalet sisteminde mağdurların rolünü iyileştirmeye yönelik bir anayasa değişikliği önerisi sunmaları olmuştur³²¹. Buna göre, suç mağdurları, mahkemelerde dava

³¹⁶ Sgarzi, Judith M./ McDevitt, Jack, *Victimology: A Study Of Crime Victims And Their Roles*, by Pearson Education Inc. Published by Pearson Custom Publishing in association, with Prentice Hall, New Jersey/ United States, 2003, s. 335.

³¹⁷ Sgarzi/ McDevitt, s.335.

³¹⁸ Rhode Island, Anayasa’sında değişiklik yaparak, mağdurların ceza yargılaması sürecine katılmalarını sağlayarak, bu alanda bir ilke imza atmıştır. Sgarzi/ McDevitt, s.335.

³¹⁹ Bu Kanun, mağdurun hükme katılmasına imkan sağlamaktaydı. Sgarzi/ McDevitt, s.335-336.

³²⁰ Dursun, Hasan, “*Mağdur Haklarını Koruyucu Düzenlemeler Yapılmalıdır*”, *Türk İdare Dergisi*, Yıl:70, Sayı: 418, Mart 1998 (s. 133-138), s. 134.

³²¹ Sgarzi/ McDevitt, s.342.

sürecinden haberdar edilecek, duruşmalarda hazır bulunmaları ve dinlenmeleri sağlanacaktı. Bundan sonuç alınamayınca, bir yıl sonra, kısaca adı -Victims CAN- olan, Suç Mağdurları Koalisyonu (Victims' Constitutional Network) 1987 yılında diğer bir önemli gelişme olarak, aynı hakları, sanık hakları ile çatışmaması şartıyla, yeniden anayasa değişikliği önerisi olarak sunulmuştur. Ancak bundan da bir netice alınmamıştır³²² ve bu yıldan sonra da mağdur haklarına ilişkin anayasa değişiklik önerisi gündeme gelmemiştir. Özetle denilebilir ki, ABD'de kabul edilmiş, anayasada düzenlenmiş ve güvence altına alınmış mağdur haklarından söz edilememektedir. Bu durum ise, mağdur haklarına ilişkin hareketlenmelerin, politikacıların önceliklerine göre, değişikliklere çok fazla konu olmasına bağlanmaktadır³²³.

2-İngiltere'de

Mağdur hakları konusu İngiltere'de de gündemi meşgul etmiş olmasına rağmen, İngiliz ceza usulünde, mağdurun özel bir statüsü yoktur. Zarar gören taraf olarak mağdurun, kamu davasına katılma hakkı da kabul edilmemiştir³²⁴. Ancak son yıllarda mağdurun yargılamadaki konumunu güçlendirmek için kayda değer baskılar ortaya çıkınca, delillere ilişkin düzenlemelerde değişikliklere gidilmiş ve bazı suç tiplerinde mağdurların, olayları mahkemede anlatabilmeleri kolaylaştırılmıştır³²⁵.

B- Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde

1-Almanya

Alman hukukunda mağdurun (Verletzte) dava işlemlerine bir "taraf" statüsünde katılmasına izin verilmediği ve mağdur sadece bir tanık olarak düşünüldüğü için, mağdurun dava sürecine katılımı dört yolda olabilmektedir³²⁶:

³²² Sgarzi/ McDevitt, s.342.

³²³ Sgarzi/ McDevitt, s.343.

³²⁴ Akyazan, s. 22.

³²⁵ Özellikle 1999 tarihli "The Youth Justice And Criminal Evidence Act'in 2. kısmında bu duruma rastlanmaktadır. Bunun dışında, mahkemenin hüküm vermesi sırasında, hükümde bir ağırlık oluşturmasını sağlamak üzere, mağdur hakkındaki bilgilerin mahkemeye verilebilmesi olasılığı kamuoyunda tartışılmaktadır. Akyazan, s. 22.

³²⁶ Akyazan, s. 17.

(a) Bazı küçük suçlarda veya kişisel dokunulmazlığı (Antragsdelikte) doğrudan doğruya etkileyen suçlarda, mağdurun öncelikle şikayeti gereklidir. Dava ancak şikayetten sonra açılabilir.

(b) Kanunda sayılan sınırlı bazı suçlarda (hakaret, gizli haberleşme hakkının ihlali, bedene verilen zarar, tehdit ve malvarlığına verilen zarar suçları gibi) mağdur, faile karşı bir şikayette bulunarak, kanuni takibatı kamu savcısının yerine bizzat yapabilir.

(c) Bir mağdurun yaptığı şikayet başvurusu hakkında, kamu savcısı tarafından dava açılması reddedilirse, mağdur yazılı olarak üst mercie itirazda (Oberlandesgerichte) bulunarak, kamu savcısının harekete geçmesini sağlayabilir. Kamu savcısının şikayet karşısında dava açmayı reddetmesi durumunda, mağdurun, yazılı olarak bir üst mercie itirazda bulunması sonucunda, bu müracaatı reddedilebilir veya kamu savcısının takibatı sürdürmesine karar verilebilir.

(d) Bazı ciddi suçlarda kamu savcısının ceza davası işlemlerini başlatmaya karar vermesi durumunda, mağdur, kendisini “yardımcı (tali) şikayetçi” olarak (Nebenklage) isimlendirerek, dolaylı şekilde müdahil olabilir. “Nebenklage” prosedürü StPO’nun 395- 402 paragraflarında düzenlenmiş olup, 18 Aralık 1986 tarihindeki değişiklikle, bu maddeler önemli ölçüde genişletilmiştir. Tali şikayette bulunabilecek olanlar şunlardır: Edepsiz saldırı mağdurları, müessir fiil mağdurları, cinayet suçunda maktulün yakınları, öldürülen mağdurdan yararları bulunanlar, bazı suçlarda kamu ofisinin sahibi, beyaz yaka suçlarının mağdurları, büyük ihmal sonucu bedensel olarak yaralanma suçu mağdurları.

Yukarıda saydığımız tüm mağdurlar, mahkeme işlemlerinin bütün aşamalarına kabul edilirler; tazimat için talepte bulunabilirler ve bu taleplerinden her zaman vazgeçebilme hakkına sahiptirler³²⁷. Mağdurların taleplerinin kabul edilip sanığın mahkum edilmesi ihtimali dışında, mahkeme giderleri şikayetçiler tarafından ödenir. Tali şikayetçi davalarda hazır bulunur veya bir avukat tarafından temsil edilebilir, hatta tanık olarak dinlenmesinden sonra da bu hakları devam eder³²⁸.

³²⁷ Akyazan, s. 18.

³²⁸ Akyazan, s. 18.

Yargıca itirazlarda bulunabilir, tanıkları, bilirkişileri, hatta sanığı sorguya çekebilir, mahkemeye delil sunabilir ve verilecek kararı bir avukat aracılığıyla temyiz edebilir³²⁹.

Mağdura tazminat ödenmesi ile ilgili olarak ise, Alman ceza mahkemelerinde tazminat ödenme prosedürü pek az uygulanır. Zarar nedeniyle tazminat ödenmesi daha çok hukuk mahkemelerinin yetki alanına girmektedir³³⁰.

Kurumlar ve kolektif mağdurlar, şikayetlerini kanuni temsilcileri aracılığıyla, gerçek kişi mağdurların izledikleri prosedürleri izleyerek yapabilmektedirler³³¹.

2- Fransa

Fransız hukukunda, bir suçun mağduru, suç nedeniyle doğrudan veya kişisel olarak zarara uğramışsa, bireysel olarak ceza davasına katılma hakkına sahiptir³³² (CPP m.2). Suç nedeniyle zarara uğrayan mağdur, uğradığı zararın telafi edilmesi ile ilgili olarak, hukuk mahkemesinde veya ceza mahkemesinde, suç nedeniyle uğradığı maddi ve manevi zararın telafi edilmesini isteme hakkına sahiptir³³³.

³²⁹ Akyazan, s. 18.

³³⁰ Bununla birlikte, bir saldırı sonucu malvarlığına verilen zararlar, mağdur veya mağdurdan yarar sağlayacak kişilerin yazılı veya sözlü şikayetleri üzerine tazmin edilebilir. Mahkeme, talebi kabul edilemez bulursa veya ceza davasına konu olan olayla bağlantısız görürse reddedebilir ya da talebi kısmen veya tamamen kabul edebilir (tazminat miktarı, gerektiğinde bir hukuk yargıcı tarafından hesaplanır). Talebi reddedilen şikayetçinin, bu kararı temyiz etme imkanı yoktur, ancak hukuk mahkemesine başvurma hakkı saklıdır. Akyazan, s. 18.

³³¹ Akyazan, s. 18.

³³² Bunun için ya davayı başlatmış olan savcının yanında davaya katılır; ya da ayrı bir taraf olarak davaya katılır. Savcının yanında davaya katılmışsa, halen devam eden dava sürecine iştirak eder ve uğradığı zarar için tazminat talep eder. Ayrı bir taraf olarak davaya katılması durumunda, savcının bir harekette bulunmama kararını kabul etmeyebilir ve suçla ilgili olarak en yüksek sorgu yargıcına, ayrı taraf olarak şikayette bulunabilir veya polis mahkemesinde ya da ceza mahkemesinde saldırganı açıklayabilir. Ancak, ayrı bir taraf olarak davaya katılan mağdur, mahkeme giderlerini avans olarak ödemek zorundadır. Akyazan, s. 16.

³³³ Kural olarak, hukuk mahkemesi seçilmişse, bundan vazgeçilemez. Bununla beraber, savcı davayı ceza mahkemesine gönderirse (suç teşkil eden hareket bu durumda hukuki davaya dayanak olur), mağdur kendi davasını, eğer mahkeme henüz karar vermemişse, kamu davası ile birleştirebilir (CPP m.4 ve 5). Akyazan, s. 16.

3- Belçika

Belçika hukukunda, bir suçun mağduru olduğunu iddia eden herkes, bununla ilgili olarak şikâyette bulunup, zarara uğrayan taraf olarak mahkemede yer alabilir (özel taraf teşkil ederek ya ayrı bir dava açar ya da kamu savcısının davasına katılır). Mağdura verilen bu yetkinin amacı, kamu savcısının hareketsiz kalması halinde, mağdurun, kamu savcısının rolünü tamamlaması ve dava işlemlerinin tesisini kolaylaştırmasıdır³³⁴. 12 Mart 1998 tarihli Kanun, ceza davasının hazırlık aşamalarındaki işlemler sırasında suç mağdurlarının haklarını arttırmış; bu kapsamda suç mağdurlarına ve ailelerine iyi ve anlayışlı şekilde davranılması, özellikle yeterli bilgi verilmesi öngörülmüş ve eğer gerekiyorsa onların ilgili servislerle temas edebilmelerine imkânı sağlanmıştır³³⁵.

4- Japonya

2007 yılında değiştirilen Japonya Ceza Muhakemesi Kanunu ile suç mağdurunun ceza muhakemesine katılmasına imkan veren düzenleme 1 Aralık 2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir³³⁶.

5- Avusturya

Avusturya Ceza Usul Kanunu'nda, dört ana başlık altında 65 ve 73. maddeler arası mağdur hakları düzenlenmiştir. "Mağdur ve Hakları" başlıklı madde 65'de mağdurun kim olduğu tanımlandıktan sonra³³⁷, mağdura ilişkin düzenlenen haklar

³³⁴ Akyazan, s. 19.

³³⁵ Belçika Ceza Usulü Kanunu'nun yeni başlangıcında, madde 3bis, 1. paragraf. Ayrıca, yine Ceza Usul Kanunu'nun yeni başlangıcında, 5bis maddesinin 1. paragrafında; " Bir suç nedeniyle zarar gördüklerini beyan eden kişiler "mağdur kişi" statüsü kazanırlar. "Mağdur kişi" bir avukatın yardımını isteyebilir ve dosyaya konulan yararlı her belgeyi alabilir. "Mağdur kişi", olayın soruşturmaya alındığından ve dosyanın mahkemeye veya sorgu mahkemesine intikalinden önce, dosyadaki gelişmelerden haberdar edilir." denmektedir. Akyazan, s. 20.

³³⁶ Akyazan, s. 25.

³³⁷ Madde 65'de; Mağdur, katılan ve konu ile ilgili görülen diğer kavramların tanımı şu şekilde yapılmıştır:

1. *Mağdur*;

a. Kasten işlenen bir suçtan ötürü şiddet veya tehlikeli tehdide maruz kalan veya cinsel bütünlüğü bozulan,

b. Eş, kayıtlı partneri, hayat arkadaşı, birinci derece akrabası olanlar, suç nedeniyle ölmüş olan kişinin erkek veya kız kardeşi, veya suç tanık olan diğer yakınları,

sayılmıştır. Ardından da 66 ve 73. maddeler arasında mağdura tanınan bu hakların detayları anlatılmıştır. Avusturya Ceza Usul Kanununda sayılan mağdur haklarına örnek vermek gerekirse;

-Dava dosyasına ve kayıtlara ulaşma hakkı (m.68) (Akteneinsicht zu nehmen)

-Belirli bir kişiye karşı soruşturma açılması halinde Kriminal polisin mağdura sahip olduğu haklar (m.66 ve m. 67) hakkında bilgi vermesi (m.70/1) (vor ihrer Vernehmung vom Gegenstand des Verfahrens und über ihre wesentlichen Rechte informiert zu werden).

-Temsil hakkı (m.73) (sich vertreten zu lassen).

-Davanın aşamaları ile ilgili bilgilendirilme hakkı (vom Fortgang des Verfahrens verstündigt zu werden) (177 /5, 194, 197 / 3, 206, 208/ 3).

-Tercüman isteme hakkı (Übersetzungshilfe zu erhalten, ffr die § 56 sinngemäß gilt).

-Tanıklara soru yöneltme hakkı ve tanıkların ve sanığın çapraz sorgusuna katılma hakkı (m. 150 ve 165) (an einer kontradiktorischen Vernehmung von Zeugen und Beschuldigten).

-Duruşmada hazır bulunmak ve savunmaya, tanıklara ve uzmanlara soru yöneltme hakkı.

-Soruşturmanın devamını isteme hakkı (die Fortffhrung eines durch die Staatsanwaltschaft eingestellten Verfahrens zu verlangen).

c. Bir suçtan ötürü zarar görmüş olan veya hukuken korunan çıkarları zedelenmiş olan diğer kişilerin tümü,

2. *Katılan*; zararının giderilmesi veya acısının telafisini isteyen ve dava sürecine katılan kişi,

3. *Özel davacı*; savcı tarafından takip edilmesi öngörülmeleyen bir suç bağlamında dava açan veya dava açılması için dilekçe veren her kişi

4. *Tali davacı*; savcılık tarafından geri çekilen bir davanın devamını talep eden her katılıandır.

III- 5271 SAYILI CMK' DA YER ALAN SORUŞTURMA EVRESİNDE MAĞDURUN HAKLARI

A- Genel Olarak

İddia, savunma ve yargılamadan ibaret bir dizi faaliyetten oluşan ceza muhakemesinin gayesi, hukuk devleti ilkeleri çerçevesinde maddi gerçeği araştırmaktır³³⁸. Ceza Muhakemesi Kanunu, muhakemeyi başlıca iki evreye ayırmıştır³³⁹. Bunlardan ilki, soruşturma evresi, ikincisi ise kovuşturma evresidir³⁴⁰. CMK' da, "Tanımlar" başlıklı 2. maddenin 1. fıkrasının (e) bendinde, soruşturma evresi; "*Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evre*" olarak tanımlanmıştır. Bugüne kadar 1412 sayılı CMUK' daki adıyla, hazırlık soruşturması olarak ifade edilen bu muhakeme aşaması, 5271 sayılı CMK' nın kabulüyle, bundan böyle soruşturma aşaması olarak anılmaktadır. Ceza muhakemesinin bu aşamasının tüm taraflar için önemi büyüktür³⁴¹. Gerçekten de, ilk adımlar genellikle belirleyici olduklarından, burada mümkün olan tüm itina gösterilmelidir³⁴².

Suç şüphesinin öğrenilmesi üzerine, devletin kovuşturma organlarının harekete geçmesiyle başlayan ve bu şüphenin kamu davası açmaya yetecek kadar kuvvetli olup olmadığının araştırıldığı ceza muhakemesi safhası olan soruşturma evresinin varlık nedeni, "*kamu davasının açılmasına gerek olup olmadığı*" araştırılmasıdır³⁴³. Bu araştırmayı yapmaya yetkili kılınan kişiler, başka bir ifadeyle, soruşturma evresinde yetkili olanlar, savcı (CMK m. 160/1), kolluk (CMK m. 160/2; PVSK m. 15) ve bazı durumlarda sulh ceza hâkimi (CMK m. 163)' dir. Yeni Ceza

³³⁸ Demirbaş, Timur, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, Ankara 2013, s. 27.

³³⁹ Ancak belirtmelidir ki, ceza muhakemesi sadece soruşturma ve kovuşturma evreleri ile sınırlı değildir. Ceza muhakemesi denetim muhakemesi (kanun yolu) ve hatta infaz aşamalarını da içine alan daha geniş bir anlama sahiptir. Özbek, Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, s. 68.

³⁴⁰ Kovuşturma evresi, iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade eder.

³⁴¹ Demirbaş, Timur, "Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Müdafilik", Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 32, Ağustos 2005 (s. 2871-2883), s. 2872.

³⁴² Demirbaş, Timur, "Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Müdafilik", Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, İstanbul 2009 (s. 121-143), s. 122.

³⁴³ Demirbaş, Şüphelinin İfadesinin Alınması, s. 29.

Muhakemesi Kanunu, esasında, savcı merkezli³⁴⁴ bir sisteme kavuşturulmuştur. Bu evrenin asıl patronu Cumhuriyet savcısı olmuştur. Savcı, yargılamada iddia görevi yapan yetkili kişisi³⁴⁵ olarak, tarafsız, bağımsız, etkili, hatta hiç kuşkusuz ki kararın en temel yargısal ayrıcalığa sahip ögesidir³⁴⁶. Yeni CMK, savcı-adli kolluk ilişkilerini yeniden düzenleyerek, olması gereken şekle sokmuştur. Bundan böyle soruşturma evresinde tüm kararları savcı alacak; kolluk bu kararları icra edecektir. Savcının bilgisi olmadan, kolluk hiçbir işlem ve eylemde bulunmayacaktır. Esasında savcılık, kamu davasının başlamasından önceki devrelerden itibaren ve infazın sonuna adar bir takım muhakeme hukuku işlemlerinde bulunan bir muhakeme makamı olarak göz çarpmaktadır³⁴⁷. Bu organların görevi, kamu davasının açılmasına gerek olup olmadığının araştırılması olduğundan, öncelikle şüphelinin kim ya da kimler olduğu veya olabileceği yolunda araştırmalar yapılır; iddianame düzenlemeye yetecek deliller toplanır ve bunlar kovuşturma evresinde kullanılmak üzere muhafaza altına alınır; bunlar yapılırken, sadece şüphelinin aleyhine olan hususlar değil, lehine olanlar da toplanır (CMK m. 160/2)³⁴⁸.

Soruşturma evresinde yapılan işlemler yazılı olmak zorundadır. Bu nedenle yapılan tüm işlemler tutanağa geçirilir zira soruşturma sonuçlarının objektif bir şekilde saklanması ve kovuşturmada yani başka zamanda, başka yerde ve başka kimseler tarafından bunlardan faydalanılması, ancak bunların yazılı olması ile mümkündür³⁴⁹. Yazılı olmasından kasıt, işlemlerin doğrudan doğruya yazılı yapılması demek değildir. Sözle veya hareketle yapılan işlemlerin tutanakla tespiti de mümkündür³⁵⁰. Böyle bir durumda, tutanağın hüküm doğurabilmesi için, adli kolluk görevlisi, Cumhuriyet savcısı veya sulh ceza hâkimi ile hazır bulunan zabıt kâtabi tarafından imzalanması gerekmektedir (CMK. m. 169/1). Zabıt kâtabinin kanun ve nizamla uygun olarak atanmış bir devlet memuru olması gerekir. Ancak acele

³⁴⁴ Öztürk, Bahri, "Türkiye'de Savcılık -Savcılığın Ceza Adaleti Sistemi İçindeki Rolü, Örgütlenmesi-" Bir Adli Organ Olarak Savcılık, Ankara 2006 (s. 150-160), s. 153. Ayrıca, çeşitli Avrupa ülkelerinde savcılık konumu ve yetkileri ile ilgili karşılaştırma için Tezcan, Durmuş, "Fransa'da Savcılık", Bir Adli Organ Olarak Savcılık, Ankara 2006 (s. 33-43).

³⁴⁵ Yurtcan, Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının Başvuru Kitabı, s. 31.

³⁴⁶ Arıkan, Mustafa İberyay, Avrupa Birliği Yargı Düzeninde Savcılık Kurumu, Ankara 2009, s. 182.

³⁴⁷ Doğan, Y. Hakkı, Uygulamada ve Teoride Hazırlık Soruşturmasında Savunma (Savcılık, Polis Ve Jandarmaca Göz Altına Alınan Sanığın Hakları, Avukatıyla Görüşmesi), İstanbul 1994, s. 14.

³⁴⁸ Öztürk, Bahri/ Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Sırma, Özge/ Kırıt, Yasemin F. Saygılar/ Özyayın, Özdem/ Akcan, Esra Alan/ Erdem, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2012, s. 526-531.

³⁴⁹ Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, No.43.3, s. 714.

³⁵⁰ Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, No.43.3, s. 714.

hallerde, Cumhuriyet savcısı veya sulh ceza hâkimi, yemin vererek diğer bir kimseyi yazman olarak görevlendirebilir³⁵¹. Tutanağı imzalaması gerekenler, imza etmekten kaçınırlarsa, bunun nedenlerinin tutanağa yazılması şartıyla bu eksiklik giderilmiş olur³⁵² (CMK m. 169/6).

Soruşturma evresi gizlidir. Kanunun başka hüküm koyduğu haller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir³⁵³. Bununla delillerin karartılması tehlikesinin önüne geçilmek istenmiştir. Soruşturmanın gizliliği, aynı zamanda “lekelenmeme hakkı”nın da bir sonucudur³⁵⁴. Buna uyulmamasının yaptırımını da TCK m. 285’de, 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası olarak düzenlenmiştir. Buradaki amaç, hem soruşturmanın selameti hem de masumiyet karinesinin (lekelenmeme hakkının) korunmasıdır³⁵⁵.

Soruşturma işlemleri arasında, kovuşturmadakilerden farklı olarak, yer, zaman ve kişi bakımından bir bağ olmadığı için, bu işlemlerin farklı zamanlarda, ayrı kişilerce ve ayrı yerlerde yapılması mümkündür³⁵⁶.

Genel hatlarıyla açıklamaya çalıştığımız soruşturma evresinde, yapılan tüm işlemler bakımından, mağdurun haklarının gözetilmesi CMK ile zorunluluk haline gelmiştir. Her şeyden önce, suça maruz kalan mağdurun en doğal hakkı, kendisine karşı suç işleyen fail veya failerin adil bir şekilde yargılanmasını istemektir. Bu itibarla, takibi şikâyete bağlı bir suç söz konusu ise, şikâyet hakkını kullanarak ceza yargılamasının yapılmasını sağlayacaktır. Re’ sen kovuşturulması gereken bir suç söz konusu ise, bunun için de Cumhuriyet savcısının harekete geçmesini sağlamak mağdurun en doğal hakkıdır.

Aşağıda soruşturma evresinde mağdura tanınan haklar teker teker inceleme konusu yapılacaktır.

³⁵¹ Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer/ Yüksel, Erol Güngör, Açıklamalı- İçtihatlı Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller Çapraz Sorgu ve İspat, Ankara 2008, s. 480.

³⁵² Parlar/Hatipoğlu/ Yüksel, s. 481.

³⁵³ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, s. 632.

³⁵⁴ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, s. 631.

³⁵⁵ Yazıcıoğlu, Yılmaz, “5271 Sayılı Yeni CMK Uyarınca Soruşturma ve Soruşturma İşlemleri”, Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 32, Ağustos 2005 (s. 2915-2921), s. 2919.

³⁵⁶ Demirbaş, Şüphelinin İfadesinin Alınması, s. 33.

B- Delillerin Toplanması İsteme

Ceza muhakemesinde, esas olarak, fiilin fail tarafından işlendiği veya işlenmediği hususunda, hukuk düzenince kabul edilen vasıtalarla, yargılama makamının tam bir kanaate ulaşmasını temin ameliyesine *ispat*; ispat ameliyesinde, hukuk düzeninin kabul ettiği vasıtalara ise *delil* denmektedir³⁵⁷. Ceza muhakemesi hukukunda maddi gerçek araştırıldığından, her şey delildir; yani delil serbestliği ilkesi geçerlidir³⁵⁸. Ancak, delilin hukuk devleti esaslarının geçerli olduğu bir ceza muhakemesi sisteminde kullanılabilmesi için, hukuka uygun yollardan, daha teknik bir ifade ile delil yasakları ihlal edilmeksizin elde edilmiş olması gerekir³⁵⁹. Buna göre, ceza muhakemesinde ispat için kullanılmak istenilen bir vasıtanın, delil olarak nitelenebilmesi için iki temel niteliği bulunmalıdır³⁶⁰:

Bu vasıta;

-Olayı temsil etmelidir.

-Bu olayı, temsil eden vasıta; Akla, maddi gerçeğe ve hukuka uygun olmalıdır.

Ceza muhakemesinde karar verme yetkisini haiz olan yetkililerin karar verebilmelerini temin için delillerin hazır bulundurulmasına *delillerin toplanması* denir³⁶¹. Deliller, yeni CMK sistemine göre, sadece soruşturma evresinde toplanır. Başka bir ifadeyle, yeni sistemde artık mahkeme delil toplamayacaktır. Zira mahkeme, deliller toplanmadan, dosya tamamlanmadan hazırlanan iddianameyi CMK m. 174 gereğince iade etmek durumundadır.

Delil toplama işlemi sırasında, bazen temel hak ve hürriyetlere müdahale söz konusu olabilir³⁶². Burada oranlılık ilkesi daima göz önünde bulundurulmalıdır³⁶³.

³⁵⁷ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, s. 278- 279.

³⁵⁸ Demirbaş, Timur, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 71, İzmir 1996, s.

³⁵⁹ Demirbaş, Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, s. 247.

³⁶⁰ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, s. 279.

³⁶¹ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, s.314.

³⁶² Öztürk, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşurma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması), Ankara 1991, s. 82.

³⁶³ Öztürk, Hazırlık Soruşturması, s. 82.

CMK' nın 234/1. maddesi (a) bendinde, mağdurun delillerin toplanmasını isteme hakkı bulunduğu düzenlenmiştir. Buna göre, mağdur, failin fiili işlediğini gösteren delillerin, soruşturma makamları tarafından toplanmasını talep edebilecektir.

Ceza muhakemesinde geçerli olan delil serbestliği ilkesi gereğince, mağdur, yasak delil oluşturmayan, tüm delillerin toplanmasını isteme hakkına sahiptir. Bu bağlamda örneğin, tanık dinlenmesini isteme hakkı vardır. Gerçi kovuşturma evresinde CMK' nın 234/1, b/4 bendinde, sadece tanıkların davetini isteme şeklinde bir ifade kullanılmışsa da, bu husus, mağdurun mahkemeden diğer delillerin toplanmasını istemesine engel teşkil etmemektedir. Başka bir delil varsa, mağdur, bunun da toplanmasını isteyebilecektir³⁶⁴.

Soruşturma evresinde delillerin toplanmasını talep etme hakkı olan mağdur, toplanmasını istediği deliller varsa, bunları Cumhuriyet savcılığına veya adli kolluğa bildirmelidir³⁶⁵. Örneğin, bir tanığı varsa bunun dinlenmesini isteyebilir³⁶⁶ veya kasten yaralama veya cinsel saldırı suçunun kendisine karşı işlendiğini iddia ediyorsa, buna ilişkin delil elde edilmesi amacıyla, kendi bedeni üzerinde tıbbi muayene yapılmasını, kan, saç, tükürük, tırnak, cinsel salgı gibi örnekler alınmasını isteyebilir (CMK m. 76). 25.5.2005 tarihli CMK değişikliğinden önce, CMK' nın diğer kişilerin beden muayenesini düzenleyen 76. madde metnindeki tıbbi müdahalede "mağdur" kişinin rızasının aranmadığı³⁶⁷ görülmekte idi. Maddenin bu yönde değiştirilmesi ve mağdurlar açısından bu unsurun maddeye eklenmesi hususu doktrinde tartışılmıştı. Öyle sanıyoruz ki kanun koyucu da bu eleştirileri dikkate alıp, 5353 sayılı ve 25.5.2005 tarihli "Ceza Muhakemesi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile CMK' nın bu 76. maddesinde değişiklik yapılmış ve madde metni yeni baştan düzenlenmiştir. Konumuzla ilgili olarak maddeye bu yasayla 2. fıkra eklenmiş ve bu fıkrada mağdurun rızasının varlığı halinde, 1. fıkradaki işlemlerin yapılabilmesi için 1. fıkraya göre karar alınmasına gerek

³⁶⁴ Gülşen, s. 690.

³⁶⁵ Gülşen, s. 691.

³⁶⁶ Bunun için mağdur, tanığını Cumhuriyet savcısına getirerek dinlenmesini talep edebilir. Ancak eğer bu tanık, mağdurla birlikte gelmek istemiyorsa, savcı onu davet edebilir ve hatta zorla getirebilir. Gülşen, s. 691.

³⁶⁷ Ünver, Yener, "Deliller ve Değerlendirilmesi" Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 32, Ağustos 2005 (s. 2885-2913), s. 2891.

olmadığı düzenlenmiştir³⁶⁸. Yeni haliyle maddenin ihtiyaca cevap veren bir hal kazandığını belirtebiliriz. Uygulamada, örneğin, mağdurun sağlık durumuna ilişkin kesin adli raporun olmaması, iddianamenin iadesi nedeni olarak kabul edilebilmektedir³⁶⁹. Yine, Cumhuriyet savcısı veya hâkimden, şüpheli veya sanık üzerinde bu doğrultuda işlem yapılmasını istemek hakkına sahiptir³⁷⁰ (CMK m. 75).

Soruşturma evresinde, Cumhuriyet savcısı dışındaki bir kişi de, örneğin mağdur da, uzman mütalaası alabilir ve soruşturmayı yürüten savcıya sunabilir³⁷¹.

Mağdurun, koruma tedbirlerine başvurularak delil toplanmasını isteme hakkı da vardır. Her şeyden önce mağdur, CMK m. 90/1-a uyarınca, herkesin geçici olarak yakalama yapabildiği suçüstü hallerinde, faili bizzat yakalayabilir. Yine mağdur, CMK'nın 117 ve devamı maddeleri uyarınca, suça ilişkin olarak, makul şüphenin varlığı halinde, kişilerin veya delillerin elde edilmesi amacıyla, şüphelinin veya sanığın evinde, işyerinde ve diğer yerlerde ve hatta bilgisayarında arama yapılmasını; olay yeri incelemesi yapılmasını isteme hakkına sahiptir³⁷². CMK m. 127/5 gereğince, elkoyma işlemi, suçtan zarar gören mağdura gecikmeksizin bildirilir³⁷³. Bu bildirim özellikle tazminat talebi açısından önem taşımaktadır. Zira CMK m. 141/1-j bendi uyarınca, eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde elkonulan veya zamanında geri verilmeyen kişilerin tazminat hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Ayrıca, mağdurun kendisine ait olabilecek eşyaların akıbeti ile ilgili bilgi sahibi olması amaçlanmıştır. Bildirim gecikmeksizin yapılacaktır. Mağdurun bilinmemesi halinde bildirim mümkün değildir. Bildirim elkoymanın infazından sonra yapılacaktır. Eğer bildirim başarısız olacak ya da elkoyulan eşyanın değerinden fazlaya mal olacaksa bildirimden vazgeçilebilir³⁷⁴. CMK m. 131/2 gereğince de, 128. madde hükümlerine göre elkonulan eşya veya diğer malvarlığı değerleri, suçtan zarar gören mağdura ait olması ve bunlara delil

³⁶⁸ Ünver, "Deliller ve Değerlendirilmesi", s. 2891.

³⁶⁹ Aydın, Murat, "İddianamenin Unsurları ve İadesi", Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD), Sayı: 6, Mayıs 2006, s. 177.

³⁷⁰ Gülşen, s. 691.

³⁷¹ Centel, Nur/ Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2008, s. 258.

³⁷² Örneğin, bir cinsel saldırı suçunun soruşturulmasında, bu ilişkiye ait görüntülerin kaydedildiği şüpheliye/ sanığa ait bilgisayara elkonulabilir ve bu bilgisayarda arama yapılabilir. Gülşen, s. 691.

³⁷³ Bu bildirim, *Suç Eşyası Yönetmeliği*'nin 5/5. maddesi uyarınca, Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yapılacaktır.

³⁷⁴ Özbek, Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, s. 470.

olarak artık ihtiyaç bulunmaması halinde, sahibine iade edilir. Elbette ki bu hüküm ancak, şüpheli veya sanığa ait olduğu düşünülerek elkonulan malvarlığı değerlerinin, suçtan zarar gören mağdura ait olduğunun anlaşılması durumunda uygulama alanı bulacaktır. Aksi halde, yani, baştan beri suçtan zarar gören mağdura ait olduğu bilinen malvarlığı değerlerine, zaten elkonulmayacaktır. Son olarak, mağdurun, CMK'nın 153. maddesine uygun olmak koşuluyla, vekil aracılığıyla elkonulan ve muhafaza altına alınan eşyayı inceltme hakkı olduğunu da belirtmek isteriz.

Keşif yapılması sırasında mağdur hazır bulunabilir (CMK m. 84/1). Mağdur, şüpheli veya sanığın huzuru, tanıklardan birinin gerçeğe uygun tanıklık etmesine engel olabilecekse, o işte şüpheli veya sanığın bulunmamasına karar verilebilir (CMK m. 84/3). Mağdur, keşiften önce, keşfin geri bırakılmasına neden olmamak koşuluyla, işlerin yapılması gününden önce durumdan haberdar edilir.

Mağdur, madde metninde belirtilen katalog suçlarla sınırlı olmak koşuluyla³⁷⁵, fiile ilişkin delillerin ele geçirilmesine sağlamak için, CMK m. 135

³⁷⁵ Telekomünikasyon iletişiminin dinlenebileceği suçların TCK'da yer alan suçların 1/10 oranında olduğu sonucuna ulaşabiliriz. Bu oranın hayli yüksek olduğunu ve kanun koyucunun istisnai durumu çok genişlettiğini, kural durumuna getirdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bayraktar, Köksal, "Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi", Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, İstanbul 2009 (s. 85-107), s. 91. Şimdi bu suçlara bir göz atalım.

Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

- a) Türk Ceza Kanununda yer alan;
 1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (Madde 79, 80).
 2. Kasten öldürme (Madde 81, 82, 83).
 3. İşkence (Madde 94, 95).
 4. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, Madde 102),
 5. Çocukların cinsel istismarı (Madde 103).
 6. Uyuşturucu veya uyarıcı Madde imal ve ticareti (Madde 188).
 7. Parada sahtecilik (Madde 197).
 8. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, Madde 220).
 9. (Ek alt bend: 25/05/2005-5353 S.K./17.mad) *1* Fuhuş (Madde 227, fıkra 3).
 10. İhaleye fesat karıştırma (Madde 235).
 11. Rüşvet (Madde 252).
 12. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (Madde 282).
 13. Silahlı örgüt (Madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (Madde 315).
 14. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (Madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.
- b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (Madde 12) suçları.
- c) (Ek bend: 25/05/2005-5353 S.K./17.mad) Bankalar Kanununun 22 nci Maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu.
- d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.
- e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü Maddelerinde tanımlanan suçlar.

gereğince, telefonunun dinlenmesini de isteyebilme hakkına sahiptir. Her ne kadar telekomünikasyon yoluyla iletişimi denetlenebilecek olan kişiler kural olarak ancak şüpheli veya sanık ise de; bu kuralın bir istisnası, mobil telefonlarla sınırlı olarak kabul edilmiştir. CMK m. 135/4'de yerini tespit amacıyla mobil telefonun denetlenmeye alınması özel olarak düzenlenmiştir. Burada, mobil telefonun yerinin tespitinin amacı şüpheli veya sanığı yakalayabilmektedir. Dikkat edilmelidir ki, burada izlemeye alınan mobil telefonun şüpheli veya sanığa ait olması şart değildir. Örneğin mağdura ait mobil telefon izlemeye alınmak suretiyle³⁷⁶ şüpheli veya sanığın bulunduğu yere ulaşılacak istenmektedir³⁷⁷. Bu kapsamda elde edilen bilgi, belge ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizlilik ilkesine riayet edilmesi gerekmektedir; aksi takdirde bu husustaki hükümlere aykırı hareket edenler hakkında, görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile, Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılabilir³⁷⁸.

C- Soruşturmanın Gizlilik ve Amacını Bozmamak Koşuluyla Cumhuriyet Savcısından Belge Örneği İsteme

Somut bir olayı temsil eden, insan yapısı ispat araçlarına *belge*³⁷⁹ delili denilmektedir. Ceza muhakemesine konu olay hakkında delil olabilecek bir

³⁷⁶ Mağdurun kendisine ilişkin mahremiyet hakkından vazgeçebilip vazgeçemeyeceği veya ne ölçüde vazgeçebileceği ayrı bir tartışma konusu olmakla beraber, mağdurun iletişimin denetimine rıza göstermekle başkalarının da mahremiyet hakkı konusunda bir karar vermiş olacağı, oysa buna hakkı olmadığı savunulabilir. Bu imkanın kabul edilmesi halinde, kanuna karşı hile yoluna başvuruyla yasadaki sınırlayıcı hükümlerin bertaraf edilmesine açık kapı bırakılmış olacağı da iddia olunabilir. O nedenle, mağdurun rızası veya talebi üzerine ancak, mağdur olduğu katalog kapsamındaki suçlar bakımından denetimin mümkün olması gerektiği ve ayrıca denetim için yasadaki koşulların gerçekleşmesi gerektiği ileri sürülebilir. Kaymaz, Seydi, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Ankara 2009, s. 169.

³⁷⁷ Nitekim 135. maddenin dördüncü fıkrası bu nedenle 25.5.2005 tarihli ve 5353 sayılı Kanunla (m. 17) değiştirilmiş olup, değişiklik gerekçesinde şu ifadeler yer almaktadır: “Dördüncü fıkradaki “kullanmakta olduğu”, “kullanılan” ibareleri metinden çıkarılmış, böylece şüpheli veya sanığa ulaşılabilmesini sağlayabilecek olan diğer kişilerin mobil telefonunun yerinin tespiti imkanı getirilmiştir.” Şahin, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Ankara 2007, s. 271.

³⁷⁸ 10.11.2005 tarihli, Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar İle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik, m. 27’de bu durum düzenlenmiştir. Aras, Bahattin, “Türk Hukukunda İletişimin Denetlenmesi Tedbirinde Yargısal Denetim”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 30, Şubat 2009 (s.31- 43), s. 37.

³⁷⁹ Bunlara CMUK döneminde (m. 85,88) “vesika” da denilmekte idi. 765 sayılı TCK’da ise (m. 339, 340, 341) bunlar için “varaka” ibaresi kullanılmıştı. Türk Medeni Kanununda ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda ise (m. 287) “senet” tabiri kullanılmıştır. Balo, Yusuf Solmaz, Uluslararası İlke ve Uygulamalar Çerçevesinde Ceza Muhakemesinde Tanık Koruma (Anonim Tanık), Ankara 2009, s.41.

düşünceyi ihtiva eden her türlü yazıya *belge*³⁸⁰, bunlar marifetiyle yapılan açıklamalara ise *yazılı açıklamalar*³⁸¹ denir. Alman Ceza Hukukunda belge; “fikri bir muhtevası olup düzenleyicisi anlaşılabilen ve hukuki ilişkiler açısından delil olma özelliği taşıyan irade açıklamaları” olarak tanımlanmıştır³⁸².

Burada dikkat edilecek hususlar şunlardır³⁸³:

- a. Yazılı açıklamalar olayla ilgili olmalıdır.
- b. İçeriği, delil olabilecek bir bilgi olmalıdır³⁸⁴.
- c. CMK açısından yazı parçası ile belge arasında, kural olarak bir fark yoktur.
- d. Bunlar kolluk, savcı ve hakim tutanakları gibi resmi; mektup veya buna benzer yazılar gibi özel olabilir.
- e. Bunların kim veya kimler tarafından yazıldığıнын önemi yoktur. Anonim dahi olabilirler. Ceza muhakemesinde evrak kavramı, daha dar olarak düzenlenmiş ve yalnızca okuma yoluyla algılanabilen belgelerden söz edilmiştir (CMK m. 209 vd.).
- f. Belgeler duruşmada okunur. Sanığa veya mağdura ait kişilerin verilerin yer aldığı belgelerin, açıkça istemeleri halinde, kapalı oturumda okunmasına mahkemece karar verilebilir (CMK m. 209).

CMK. m. 234/1-a (2) bendi uyarınca, soruşturmanın gizlilik ve amacını bozmamak koşuluyla Cumhuriyet savcısından belge örneği isteme hakkına sahiptir. 1.6.2005 tarihli *Cumhuriyet Başsavcılıkları İle Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemelerinin Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin* 45/4 ve 5. maddesine göre de mağdur ve şikâyetçi, soruşturmanın gizlilik ve amacını bozmamak şartıyla vekili olmadan da Cumhuriyet savcısından dilekçeyle başvurarak belge örneği isteyebilir. Nitekim Almanya’da da suçtan zarar gören mağdur kişiye dosyayı inceleme hakkı verilmiştir (StPO § 406/c)³⁸⁵.

³⁸⁰ Yenisey, Feridun, İspat Hukuku ve Fair Trial İlkesi, Ceza Muhakemesinde “Fair Trial İlkesi”, İstanbul 1999, No. 181.

³⁸¹ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırt/Özaydın/Akcan/Erdem, s. 307.

³⁸² Gökçen, Ahmet, Belgede Sahtecilik Suçları (5237 s.lı TCK. m. 204- 212), Ankara 2010, s. 45.

³⁸³ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırt/Özaydın/Akcan/Erdem, s. 307.

³⁸⁴ Belge, hukuksal açıdan önem taşıyan olayların ispatına elverişli olmalıdır. Belgenin içeriğinde yer alan olay ve olgunun hukuksal alanda bir etkiye sahip olması gerekir. Erdem, Mustafa Ruhan, “ *Belgede Sahtecilik Suçları*”, Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, İstanbul 2008 (s. 447-474), s. 450.

³⁸⁵ Gülşen, s. 693.

CMK' nın 153. maddesinin 5. fıkrasında, bu maddenin içerdiği haklardan, suçtan zarar görenin vekilinin de yararlanacağı açıkça ifade edilmiştir. Buna göre, CMK' nın 153/1-4 fıkraları gereğince, mağdur vekili, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilmelidir. Ancak müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararıyla bu yetki kısıtlanabilir (CMK m. 153/2). Örneğin, bir belgenin verilmesinin faillerin eline geçmesi veya içeriğinin birileri tarafından öğrenilmesi ihtimali dolayısıyla verilmemesi durumlarında bu kısıtlama kararı verilebilir³⁸⁶. Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında bu kısıtlama kararı verilemez (CMK m. 153/3). Yine, mağdur vekili, iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir; bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız alabilir³⁸⁷ (CMK m. 153/4- son).

D- Vekil Yardımından Yararlanma Hakkı

Vekil; katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişiyi ceza muhakemesinde temsil eden avukata denir³⁸⁸. Özellikle suçtan zarar görenin ceza muhakemesinde etkinliğinin artmış olması, vekil kavramının da ceza muhakemesi içine taşınmasını gerektirmiş; yasa koyucu “vekil” tanımını da yapmak durumunda kalmıştır. Hemen belirtelim ki, yasa koyucu burada mağdur kavramını da “suçtan zarar gören” içinde ele almış, ayrıca “mağdur” kavramına yer vermemiştir ki bu bizce yerinde bir düzenleme olmamıştır. Zira mağdur ve suçtan zarar gören kavramlarının farklarının ortaya konması bakımından, bu ayırımın yasa metnine alınması yol gösterici nitelikte olabilirdi.

³⁸⁶ Ne var ki, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının, vekil avukatın soruşturma dosyasını ve delilleri incelemeye ilişkin talebini reddetmesi halinde, bu karara karşı bir yargısal yol olarak mahkemeye itiraz yolu da kabul edilmemiştir. Kanunda bu hususa açıkça yer verilmemiştir. Bu durum, Cumhuriyet savcısının kamu adına soruşturmanın yürütücü olmasının bir sonucu olarak yorumlanmaktadır. Gülşen, s. 693.

³⁸⁷ Mağdur vekilinin de yargı organlarından belge örneği alması vekâletname ibrazına bağlıdır. Nitekim Avukatlık Kanununun 2/3. maddesi ve 2005 tarihli Cumhuriyet Başsavcılıkları ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemelerinin Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin 45. maddesi, bu doğrultuda bir düzenleme içermektedir.

³⁸⁸ CMK' nın tanımlar başlıklı 2. maddesinde vekilin tanımı böyle yapılmaktadır. Müdafî ise, şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukatı ifade etmektedir.

Ceza muhakemesinde, bir insan hakkı olan savunma hakkının tam manasıyla kullanılabilmesi için avukat gibi teknik hukuk bilgisi ile donatılmış bir yardımcıya ihtiyaç vardır³⁸⁹. Bilindiği gibi, iddia, savunma ve yargılama niteliğindeki bir dizi faaliyetten oluşan ceza muhakemesinde, iddia makamında savcı, yargılama makamında da hâkim vardır ve her ikisi de belli bir hukuk öğreniminden geçmiş ve bilgilerini staj gibi belirli mesleki çalışmalarla pekiştirmiş uzman kişilerdir³⁹⁰. Bu uzman kişilerin yanında, teknik hukuk bilgisinden yoksun olan mağdur gibi kişilerin haklarının savunulmasında avukatın rolü çok büyüktür ve yükümlülüğü de ağırdır. Zira Hukuk Genel Kurulu'nun 11.04.2007 tarihli ve E. 2007/13-198, K. 2007/199 sayılı kararına göre, avukatın müvekkile karşı görevini en iyi şekilde ifa etmesi yükümlülüğü bulunmaktadır³⁹¹.

* Yeni CMK eski CMK ile elde edilen kazanımları korurken, devrim niteliğinde bir yenilik getirmiştir. Buna göre, “şüpheli veya sanık, müdafî seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, istemi halinde bir müdafî görevlendirilir. Şüpheli veya sanık onsekiz yaşını doldurmamış ya da sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malul olur ve bir müdafî de bulunmazsa, istemi aranmaksızın bir müdafî görevlendirilir. Mağdurlar bakımından da geçerli olacak bu düzenlemeyle, kişilerin yargılama aşamasında tekrar mağdur edilmelerinin büyük anlamda önüne geçilmiştir. Görüldüğü üzere yeni kanunda mağdur bakımından kendisine bir vekil atanmasını isteme hakkı kabul edilmiş, bu şekilde suçtan etkilenen kişilerin de ihlal edilen haklarını korumak bakımından rahatlıkla hukuki yardım almalarına imkân tanınmıştır³⁹². Her ne kadar iddia makamını zaten devlet adına savcı işgal etse de, suçtan zarar görenin onunla görüşüp ondan hukuki yardım alması ve haklarının korunmasını istemesi fiili olarak neredeyse imkânsızdır³⁹³. Bu itibarla kanunun suçtan zarar gören bakımından isteğe bağlı olarak vekil atanmasını öngörmesi gayet yerinde olmuştur. Bu sayede, vekil, duruşmada da iddia görevini yerine getirmek bakımından çekişmeli muhakemede etkin rol oynayacak ve

³⁸⁹ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, s. 235.

³⁹⁰ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, s. 235.

³⁹¹ Altıparmak, Cüneyd, “Avukatın Meslekten Doğan Hukuki Sorumluluğu”- Karar Tahlili-, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, (THD), Yıl: 4, Sayı: 30, Şubat 2009 (s.151-157), s. 151.

³⁹² Karakehya, Hakan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma, Ankara 2008, s. 73.

³⁹³ Karakehya, s. 73.

böylelikle hem suçtan zarar görenin haklarının korunmasına hem de maddi gerçeğin ortaya çıkmasına hizmet edecektir³⁹⁴.

1- Tüm Mağdurlar Bakımından

CMK öncelikle bütün mağdurlar bakımından soruşturma aşamasında vekil yardımından yararlanmayı kabul etmiştir. Ancak kimi mağdurları, işledikleri suçun ağırlığından dolayı, kimi mağdurları da daha fazla korunmaya muhtaç gördüğü için, bunlar bakımından zorunlu vekil tayinini gerekli kılmıştır.

a- Ağır Olmayan Suçların Mağdurlarına Tanınan Haklar

Bilindiği üzere, yaptırımı ceza olan, tipe (kanundaki suç tarifine, kalıbına) uygun, hukuka aykırı, kusurlu insan hareketine suç denilmektedir. Suç işlediği yargısal bir karar ile sabit olan kimseyi yine yargısal bir kararla kusurunun karşılığı olarak bazı yoksunluklara tabi kılarak ıslah etmek (özel önleme) ve genel önlemeyi temin etmek olan korkutucu yaptırımı ise ceza denir³⁹⁵. Cezanın görevi, faile kusurlu hareketinin karşılığını ödetmek, hukuk düzeninin devam etmesine katkıda bulunmak, toplumun hukuk bilincini kuvvetlendirmek ve başkalarının suç işlemesine engel olmaktır³⁹⁶. Verilecek olan cezanın türü, suçun ağırlığına göre belirlenmektedir. TCK' da suç karşılığı uygulanabilecek cezalar, hapis cezası ve adli para cezası olarak belirlenmiştir (TCK m. 45). Şu anki TCK uygulamasında, verilebilecek en ağır ceza, 2001 yılında ölümün cezasının kaldırılmasıyla ortaya çıkan boşluğu doldurmak üzere kabul edilen, ağırlaştırılmış ömür boyu hapis cezasıdır. Daha sonra ömür boyu hapis cezası ve sonra süreli hapis cezaları gelmektedir. Hapis cezalar veya başka bir ifadeyle, hürriyeti bağlayıcı cezalar, ağır ve orta ağırlıktaki suçlar için öngörülen yegâne ceza cinsi olduğu ve ödenmeyen para cezasından sonra uygulanan yedek ceza teşkil ettiği için cezalar sisteminin bel kemiğidir³⁹⁷. Belirttiğimiz üzere, bu cezaların tayininde suçun ağırlığı rol oynamaktadır. Bu duruma ifade etmek üzere de, ağır

³⁹⁴ Karakehya, s. 73.

³⁹⁵ Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku, s. 387.

³⁹⁶ Demirbaş, Timur, İnfaz Hukuku, Ankara 2008, s. 58.

³⁹⁷ Jescheck, Hans-Heinrich, Alman Ceza Hukukuna Giriş- Kusur ilkesi- Ulrich Sieber Ceza Hukukunun Sınırları (Tercüme Eden: Feridun Yenisey), İstanbul 2007, s. 63.

cezayı gerektiren suçlar bakımından, ağır suç veya tersi durumda, ağır cezayı gerektirmeyen suç, ifadeleri kullanılabilir.

Ağır cezayı gerektirmeyen suçların mağdurları, soruşturma evresinde vekil yardımından yararlanabilmektedirler. Bunlar bakımından kanun koyucu zorunlu vekilliği kabul etmemiş; istemleri halinde bu yardımdan yararlanabileceklerini düzenlemiştir.

b- Bazı Ağır Suçların Mağdurlarına Tanınan Haklar

Ağır suçların mağdurları bakımından kanun koyucu özel bir düzenleme yapma gereği duymuştur. Ancak bunu ağır suç olarak kabul edilebilecek tüm suçlar bakımından yapmamış, kendi içinde yine bir sınırlamaya gitmiştir. Aşağıda bunları ele alacağız.

ba- Cinsel Saldırı Suçlarında³⁹⁸

Cinsel dokunulmazlık, kişilerin vücudu üzerinde cinsel davranışlarda bulunulması suretiyle ihlal edilir³⁹⁹. Bu bölümde yer alan suçlarla korunan ortak hukuki değer, kişilerin cinsel dokunulmazlığıdır⁴⁰⁰. Bu bölümde yer alan suçlar, esasen kişiye karşı işlenmiş olan suçlar olması itibariyle, İkinci Kitabın “Kişiler Karşı Suçlar” başlıklı İkinci Kısım altında düzenlenmişlerdir.

TCK m. 102’de düzenlenen cinsel saldırı suçunun birinci fıkrasında, cinsel saldırı suçunun temel şekli tanımlanmıştır. 102. madde, bünyesinde hem 765 sayılı TCK’ nun tasaddi olarak tanımladığı eylemi, hem de ırza tecavüz olarak tanımladığı

³⁹⁸ *Cinsel saldırı suçları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın, Öykü Didem, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı:2, Sonbahar 2004, s. 152; Sevtük, Handan Yokuş, “5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, TBB Dergisi, s. 243; Centel, Nur, “Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması”, Prof. Dr. Kenan Tunç Omağ’a Armağan, İstanbul 1997, s.61; Malkoç, İsmail, Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları, Ankara 2009, s. 1-161. Hekimoğlu, Atilla, “Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar”, Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, İstanbul 2008, s.343 344.*

³⁹⁹ TCK m. 102’nin gerekçesinden alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gündel, Ahmet, 5237 Sayılı TCK’ da Cinsel Saldırı- Cinsel İstismar (Cinsel Taciz-Rızaen Irza Geçme- Hüriyeti Kısıtlama Alıkoyma-Fuhuş ve Müstehcen Yayın Suçları), Ankara 2009, s. 11 vd.

⁴⁰⁰ Üzülmüş, İlhan, “Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu”, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Editör: Prof. Dr. Bahri Öztürk, Ankara 2009 (s. 251-262), s. 252.

eylemi taşımaktadır⁴⁰¹. Bu suçun oluşabilmesi için, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi gerekir.

Suçun temel şekline ilişkin maddi unsuru, kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik ve fakat cinsel ilişkiye varmayan cinsel davranışlar oluşturmaktadır. Suçun oluşması için, gerçekleştirilen hareketlerin objektif olarak shevi nitelikte bulunmaları yeterlidir; failin shevi arzularının fiilen tatmin edilmiş olması gerekmez.

Söz konusu suç, farklı cinsten kişiye karşı işlenebileceği gibi, aynı cinsten kişiye karşı da işlenebilir.

Suçun temel şekline ilişkin olarak soruşturma ve kovuşturma yapılması, mağdurun şikâyetine bağlı tutulmuştur. Malkoç, bu suç bakımından, suçtan zarar gören ile mağdurun aynı gerçek kişiyi ifade ettiğini belirtmektedir. Yazara göre; her suç bakımından suçtan zarar görenin mağdur olarak değerlendirilemeyeceğini;⁴⁰² yeni sistemde mağdur ve suçtan zarar gören kavramlarının her zaman için aynı kişiyi ifade etmediğini belirtmekte; buna karşılık cinsel saldırı suçlarında suçtan zarar gören ile mağdurun aynı gerçek kişiyi ifade ettiğini açıklamaktadır⁴⁰³.

Maddenin ikinci fıkrasında, cinsel saldırının vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi, bu suçun nitelikli hali olarak tanımlanmıştır. Suçun bu nitelikli hali için, vücuda vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair bir cismin ithal edilmesi gerekir. Bu bakımdan vücuda penis ithal edilebileceği gibi, vajinal veya anal yoldan cop gibi sair bir cisim de ithal edilebilir. Bu bakımdan, söz konusu suçun temel şeklinin aksine, bu fıkra tanımlanan nitelikli halinin oluşabilmesi için, gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olması şart değildir.

Cinsel saldırı suçunun nitelikli halini oluşturan bu fiiller, eşe karşı da işlenebilir. Evlilik birliği, eşlere sadakat yükümlülüğünün yanı sıra, karşılıklı olarak

⁴⁰¹ Kızıroğlu, Serap Keskin, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kadına İlişkin Düzenlemeler ve Cinsel Suçlar", Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Cilt II, Ankara 2008 (s. 995-1004), s. 1001.

⁴⁰² Malkoç, s.13.

⁴⁰³ Malkoç, s.13.

birbirlerinin cinsel arzularını tatmin yükümlülüğü de yüklemektedir. Buna karşılık, evlilik birliği içinde bile, cinsel arzuların tatminine yönelik talepler açısından tıbbi ve hukuki sınırların olduğu muhakkaktır. Bu sınırların ihlali suretiyle eş üzerinde gerçekleştirilen ve cinsel saldırı suçunun nitelikli halini oluşturan davranışlar, ceza yaptırımını gerekli kılmaktadır. Ancak, bu durumda soruşturma ve kovuşturmanın yapılması, mağdur eşin şikâyetine bağlı kılınmıştır. Şunu da belirtelim ki, viktimoloji alanında yapılan araştırmalar, eşler arasında gerçekleşen cinsel saldırı suçlarındaki suç mağdurlarının diğer birçok suç tipinin mağdurları arasında en fazla acı çeken mağdur gruplarından birisini oluşturduğunu; buna rağmen pek çok etken nedeniyle bu suç mağdurlarının suçu ortaya çıkarmakta isteksiz davrandığını ve buna bağlı olarak da bu suç tipleri açısından da çok büyük miktarda siyah sayının söz konusu⁴⁰⁴ olduğunu göstermiştir.

Üçüncü fıkrada, bu suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsurları tanımlanmıştır. Buna göre, suçun, a) beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, b) kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, c) üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı, d) silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde, verilecek cezanın belirtilen oranda artırılması gerekmektedir. (d) bendinde, cinsel saldırının birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, bu suçun icra hareketlerinin müşterek fail olarak sorumluluğu gerektirecek şekilde gerçekleştirilmesini ifade etmektedir. Bu bakımdan, söz konusu suçun örneğin bir başkası tarafından azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştirak ederek işlenmesi halinde, sadece bu nedenle (d) bendi hükmüne istinaden cezada artırım yapılamayacaktır.

Cinsel saldırı suçunun özelliği, bu suçu oluşturan fiillerin mağdurun iradesi dışında gerçekleştirilmesidir. Mağdura karşı cebir veya tehdit ya da hile kullanılabileceği gibi, örneğin bilincinin yitirilmesine neden olmak veya örneğin uyku hali dolayısıyla bilincinin kapalı olmasından yararlanmak suretiyle de bu suçlar işlenebilirler. Maddenin dördüncü fıkrasına göre, bu suçun işlenmesi sırasında

⁴⁰⁴ Dülger, Murat Volkan, "Evlilik Birliği İçinde Gerçekleşen Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu, Bu Suçun Mağduru Üzerindeki Etkileri Ve Mağduru Korumaya Yönelik Önlemler", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 80, Sayı: 2006/1 (s. 543-575), s. 559.

mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda, ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezaya hükmetmek gerekecektir.

Beş ve altıncı fıkralarda cinsel saldırı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri düzenlenmiştir. Bu itibarla, cinsel saldırı suçunun işlenmesi suretiyle mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasına neden olunması, daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. Keza, cinsel saldırı sonucunda mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunacaktır. Ancak, bu durumlarda netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar dolayısıyla sorumluluk için aranan koşulların gerçekleşmesi gerekir.

Mağdurun maruz kaldığı cinsel saldırı nedeniyle beden sağlığının veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığının tespiti, uzmanlığı gerektiren bir durum olduğundan bilirkişi raporu alınması gereklidir⁴⁰⁵. Yüksek mahkemenin, mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığı konularında nereden rapor alınması konusundaki görüşüne gelince⁴⁰⁶;

Yüksek mahkemenin kabulüne göre, mağdur için alınan uzman hekim raporunda, mağdurun eylem nedeniyle beden veya ruh sağlığının bozulmadığı bildirilmiş ise ve hâkimin bu konuda dosyaya yansıyan bir tespiti bulunmamakta ise ve bu yönde herhangi bir iddia da bulunmamakta ise, bu durumda artık Adli Tıp Kurumundan rapor almaya gerek yoktur, mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmadığı kabul olunarak karar verilmelidir. Eğer alınan uzman hekim raporunda mağdurun eylem sonucu beden veya ruh sağlığının bozulduğu bildirilmiş ise veya bu yönde hâkimin bir tespiti bulunmakta ise veya aynı yönde bir iddia bulunmakta ise, Yüksek Mahkemenin en son kabulüne göre, mutlaka Adli Tıp Kurumundan, mağdurun eylem sonucu beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığı konusunda rapor aldırılması gerekir. Yüksek mahkeme, adli tıp uzmanından, tam teşekküllü devlet hastanesinden ve üniversite hastanesinden alınan raporların hiç birini kabul

⁴⁰⁵ Aydın, Murat, "Ceza Hukukunda Cinsel İstismara Bağlı Olarak Beden ve Ruh Sağlığının Bozulması Kavramı", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 40, Aralık 2009 (s. 71-83), s. 81.

⁴⁰⁶ Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt III (m.86-146), Ankara 2010, s. 3250.

etmemekte; mutlaka Adli Tıp Kurumundan da rapor alınması gerektiği yönünde bozular yapmaktadır.

Cinsel saldırılara yönelik yapılandırılmış özel merkezlerde farklı branşlardan uzmanlardan oluşan bir ekiple multidisipliner yaklaşımla standart muayene formlarının kullanılması hem sağlıklı değerlendirmeler yapılmasını hem de mağdurun defalarca muayene edilerek ruhsal ve bedensel travmaya maruz kalmasını engelleyecektir⁴⁰⁷. Sağlık Bakanlığının standart muayene formlarından biri olan “Cinsel Saldırı Muayene Formları” erkekler ve kadınlar için ayrı ayrı düzenlenmiştir⁴⁰⁸.

Cinsel saldırı, mağdurun rızası dışında kendisine karşı gerçekleştirilen bir eylem olduğu için, hukuken geçerli bir rızanın varlığı halinde (TCK m. 26/2) ortada bir saldırı bulunmayacağından eylem hukuka uygun hale gelecek; suç teşkil etmeyecektir⁴⁰⁹.

Mağdur, soruşturmanın her aşamasında avukat yardımından yararlanabilmelidir. Buna göre, mağdur kendisine bir avukatın atanmasını isteyebilmelidir. Kendisi avukat tutabilecek mali güce sahip değilse, avukatlık giderleri adli yardım çerçevesinde karşılanmalı ve sanık gibi mağdura da ücretsiz olarak avukat yardımından yararlanma olanağı sağlanmalıdır⁴¹⁰.

Cinsel suç mağdurunun vekili bulunmaması halinde, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme hakkı vardır. Buna göre, mağdur, vekil avukatı yoksa ve bunu isterse, soruşturma evresinde kolluk görevlileri ve Cumhuriyet savcılığı, barodan bu hususta talepte bulunur, kovuşturma evresinde ise bu talep, mahkeme aracılığıyla baroya iletilerek yerine getirilir⁴¹¹. Uygulamada, mağdurun vekil avukat isteyip istemediği sorularak bu husus tutanağa geçilmektedir. Mağdur, vekil avukat istediği takdirde, durum soruşturma ve kovuşturma makamlarınca

⁴⁰⁷ Cantürk, Nergis, “Cinsel Saldırı Mağdurlarının Muayene Prosedürü”, Türkiye Klinikleri Cerrahi Tıp Bilimleri Dergisi- Adli Tıp ve Acil Özel Sayısı, Cilt: 2, Sayı: 50, 2006 (s. 49-55), s.54.

⁴⁰⁸ Cantürk, s. 54.

⁴⁰⁹ Ünver, Yener, “Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar”, Türk Ceza Kanunu 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, İstanbul 2008 (s. 294-342), s. 300.

⁴¹⁰ Özbek, Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, s. 897; Turhan, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Isparta 2006, s. 97.

⁴¹¹ Gülşen, s. 687.

baroya iletilerek vekil avukatın görevlendirilmesi yoluna gidilmektedir⁴¹². Eğer mağdur, baro tarafından kendisine sağlanan vekil avukattan vazgeçerek kendisi bizzat bir vekil avukat seçerse, bu takdirde baro tarafından sağlanan vekil avukatın görevi kendiliğinden sona erecektir. Zira yasada açıkça mağdurun “vekili yoksa” baro tarafından vekil sağlanacağı belirtildiğine göre, bunun doğal sonucu olarak mağdurun vekili var olduğunda, baronun atadığı vekilin görevinin sona ermesi gerekecektir. Kaldı ki, şüpheli ve sanık müdafisine ilişkin olarak CMK’ nın 156/3. maddesinde aynı yönde bir hükme yer verilmiştir. Ceza muhakemesi hukukunda açısından, kural olarak kıyasın mümkün olması dolayısıyla ve silahların eşitliği ilkesinin bir gereği olarak aynı sonuca ulaşılabilir⁴¹³.

bb- Alt Sınırı Beş Yıldan Fazla Hapis Cezasını Gerektiren Suçlarda

Kanunda ayrıca gösterilmeyen durumlarda, süreli hapis cezasının alt sınırı 1 ay, üst sınırı ise 20 yıl olarak öngörülmüştür (TCK m. 49/1). Ancak kanun, suç karşılığı verilecek cezanın alt ve/veya üst sınırını ayrıca göstermiş olabilir. Böyle bir durumda, TCK m. 49’da öngörülen alt ve/veya üst sınır değil; ilgili suç açısından kanunun ayrıca göstermiş olduğu alt ve/veya üst sınır göz önünde bulundurulacaktır⁴¹⁴.

Demek ki, ağırlaştırılmış ömür boyu hapis, ömür boyu hapis ve alt sınırı beş yıldan fazla olan hapis cezalarına hükmedilmesi durumunda, CMK m. 234/a-3 bendi uygulama alanı bulacaktır ve istemleri halinde baro tarafından kendilerine vekil avukat görevlendirilmesi yapılacaktır. Eyleyelim ki, mağdurdan farklı olarak, şüpheli veya sanık hakkında alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından zorunlu müdafilik sistemi kabul edilmiştir (CMK m. 150/3). Oysaki alt sınırı beş yıl olan hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmesini gerektiren suçlar bakımından, bu suçların mağdurlarının vekili bulunmaması halinde, baro tarafından kendilerine avukat görevlendirilmesi ancak istemlerinin varlığı halinde mümkün olabilmektedir.

⁴¹² Gülşen, s. 687.

⁴¹³ Gülşen, s. 687.

⁴¹⁴ O halde, kanunda cezanın alt ve/veya üst sınırı ayrıca gösterilmiş değilse, bu takdirde hükmedilecek ceza TCK m. 49’da öngörülen alt ve/veya üst sınırlar arasında bir ceza olacaktır. Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, s. 396.

Yukarıda cinsel suç mağdurlarının istemi halinde baro tarafından görevlendirilen vekil ile ilgili yaptığımız açıklamalar, alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından da geçerlidir.

2- Çocuklar, Sağır Veya Dilsiz Ya da Meramını İfade Edemeyecek Derecede Malul Olan Kimseler Bakımından

Bir kişi ancak belirli bir yaş olgunluğuna sahip olduktan sonra ve tam bir hareket ile irade ve şuur serbestisi içinde iken işlediği suçlara karşı ceza görebilir veya mağdur durumunda iken genel kurallara tabi olabilir⁴¹⁵. Eğer bu konuda kanunda belirtilen şartlar oluşmuyorsa, mağdura zarar veren kişinin (suçlunun) alacağı cezanın da bu oranda arttırılması gerekmektedir⁴¹⁶. Bu bağlamda, kanun koyucu, bazı mağdurları korunmaya muhtaç gördüğü için, bunlar bakımından özel düzenlemeler öngörmüştür. Bunlardan biri ve belki de en önemlisi, istemleri aranmaksızın bir vekil görevlendirilmesi (CMK m. 234/2) düzenlemesidir. Buna göre, mağdur, on sekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malul olur ve bir vekili de bulunmazsa, istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilir. O halde sayılan niteliklere sahip bulunan kişiler bakımından, adeta *vekil görevlendirme zorunluluğu* bulunduğunu söyleyebiliriz⁴¹⁷. CMK m. 234/2’de düzenlenen bu hüküm ile CMK’ nın 150/2 maddesindeki şüpheli veya sanık hakkında müdafî görevlendirmesine paralel bir düzenleme yapıldığını görmekteyiz. Böylece, silahların eşitliği ilkesinin bir sonucu olarak, mağdura da vekil avukat görevlendirilmesi zorunlu hale getirilmiştir. Zorunlu vekilliğin söz konusu olduğu durumlarda, vekil avukatın mağdurun dinlenmesi esnasında bulunması mecburidir⁴¹⁸.

Aşağıda vekil görevlendirme zorunluluğu bulunan üç ayrı mağdur grubunu inceleyeceğiz.

⁴¹⁵ Özçetin, Adnan, “Mağdur Olarak Psikiyatrik Bozukluğu Olan Hastalar”, Türkiye Klinikleri Psikiyatri Dergisi- Adli Psikiyatri Özel Sayısı, Cilt: 4, Sayı: 2, Aralık 2003 (s. 96-100), s. 97.

⁴¹⁶ Özçetin, s. 97.

⁴¹⁷ Öte yandan burada sadece mağdurdan söz edildiğine dikkat çekilmelidir. Zira söz konusu nitelikler şikâyetçi olmayı engeller. Çünkü şikâyetçi olmak için şikâyetin anlamını ve sonuçlarını kavrayabilecek yeterliğe sahip olmak gerekir. Ancak 18 yaşını doldurmamış kişi temyiz yeteneğine sahipse şikâyetçi olabileceğinden vekil görevlendirme zorunluluğunun mağdur ile sınırlı tutulmasının yerinde olmadığı da savunulabilir. Özbek, Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, s. 899.

⁴¹⁸ Gülşen, s. 688.

a-Çocuklar

Mağdur çocuk kavramını ifade etmek açısından, Anayasamızda ve diğer yasalarda “korunmaya muhtaç çocuk” terimi tercih edilmiştir⁴¹⁹. Mevzuatımızda korunmaya muhtaç çocuk kavramı en geniş şekliyle “*Korunmaya Muhtaç Küçükler Hakkında Tedbir Uygulanması*” başlığı altında Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 14. maddesinde “*veli, vasi, bakmakla mükellef olan kimse veya Cumhuriyet Savcılığının talebi üzerine, beden, ruh ve ahlak gelişmeleri veya şahsi güvenlikleri tehlikede olan yahut ebeveynine karşı vahim bir itaatsizlikte bulunan küçükler*” olarak tanımlanmıştır⁴²⁰.

Ceza adaleti sistemi muamelelerinde, çocuğun en yüksek çıkarlarının korunması⁴²¹ öncelikli amaç olmalıdır. Bunu sağlamak üzere ceza yargılamasında sanığın yaşından dolayı getirilmiş istisna kuralları olduğu⁴²² gibi, mağdur bakımından da getirilmiş istisna kuralları bulunmaktadır⁴²³. Bunlardan belki de en önemlisi, CMK 234/2’de düzenlenen, zorunlu vekillik kurumudur. Bunun dışında gerek TCK ve gerekse CMK⁴²⁴ bakımından çocuklara yönelik düzenlemeler göze çarpmaktadır⁴²⁵.

⁴¹⁹ Yüksel, Saadet, “Çocuk Mağduriyetinin Avrupa Birliği Hukuku Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Hukuk ve Adalet- Eleştirel Hukuk Dergisi, Sayı:9, Yıl: 2007 Kış (s. 273-296), 273.

⁴²⁰ Yüksel, s. 273.

⁴²¹ Otacı, Cengiz, “Ceza Yargılamasında Mağdura Kayyum Atanması”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 6, Sayı: 53, Ocak 2011 (s. 67-76), s. 67.

⁴²² Gözütok, Zeki, Küçüklerin Yargılanması Ve Ceza Davalarında Yaş İstisnaları, Ankara 2001, s 19.

⁴²³ Bu alanda önemli bir uluslararası belge olan 25.05.2000 tarihli Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol, 4755 sayılı Kanunla onaylanmış, 14.5.2002 tarihli ve 24755 sayılı Resmi Gazete’ de yayımlanmıştır. Bu protokolün 8/3 maddesine göre taraf devletler, protokolde tanımlanan suçların mağduru çocuklara yönelik ceza adaleti sistemi muamelelerinde, çocuğun en yüksek çıkarlarının öncelikli olarak gözetilmesini garanti edeceklerdir. Otacı, s. 68.

⁴²⁴ Çocukluk mevzuatımızda oldukça etkili bir kavram olmuştur. Sadece TCK ve CMK’ da değil; Çocuk Koruma Kanunu ve Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun yönünden de öngörülen düzenlemeler dikkate çekmektedir. Bunlara örnek vermek gerekirse;

Cocuk Koruma Kanunu yönünden:

-Çocukların yargılanmasında, öncelikle Çocuk Koruma Kanunu uygulanır.

-Çocuk Ağır Ceza Mahkemeleri dışında, çocukların yargılanmasında Cumhuriyet savcısının duruşmaya katılamayacağı hükmü getirilmiştir (ÇKK m. 25, Geçici m. 1).

-Tüm kurum ve kuruluşlar, korunma ihtiyacı olan çocuktan haberleri olduğunda yetkili kuruluşa haber verme yükümlülüğü altındadır (ÇKK m. 6).

-Suça sürüklenen çocuk hakkındaki soruşturma Cumhuriyet savcısı tarafından bizzat yapılır (ÇKK m. 15).

-Cumhuriyet savcısınca yapılan soruşturma işlemleri ile ifade alma sırasında, çocuğun yapılan işlemlerden fazla etkilenmemesi için, çocuğun yanında sosyal çalışma görevlisi de hazır bulundurulur (ÇKK m. 15).

-Gözaltına alınan çocuklar, kolluğun çocuk biriminde tutulacak, eğer böyle bir birim yoksa mutlaka büyüklerden ayrı tutulmaları sağlanacaktır (ÇKK m. 16).

Türk Ceza Kanununda çocukların kendilerine karşı işlenen bir kısım suçlar bakımından da korunduğu görülmektedir⁴²⁶.

Suç mağdurları içinde çocuk ve gençlerin özel bir önemi vardır⁴²⁷. Mağdurun yaşı, bazı suçlarda, suç niteliğinin belirlenmesinde önem taşımaktadır⁴²⁸. Buna göre; Kasten adam öldürme suçunun maktulü çocuk olursa nitelikli insan öldürme suçunu oluşturur (TCK m. 82/1); İşkence suçunun çocuğa karşı işlenmesi hali nitelikli hal olarak öngörülmüştür (TCK 94/2a); Eziyet suçunun çocuğa karşı işlenmesi hali nitelikli hal olarak öngörülmüştür (TCK m. 96/2a); Cinsel dokunulmazlığa karşı

-Çocukların yetişkinlerle birlikte suç işlemeleri halinde, hazırlık soruşturmasında çocuklara ilişkin evrak tefrik edilerek (ayrılarak) ayrı dosya üzerinde soruşturma yapılacaktır (ÇKK m. 17).

-Çocukların nakli sırasında zincir, kelepçe ve benzeri aletler takılamayacaktır (ÇKK m. 18).

-Kamu davasının açılmasının ertelenme süresi çocuklar için 3 yıldır (ÇKK m. 19).

-Çocuklarda kamu davasının açıklanmasının ertelenmesinde ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında, denetim süresi 3 yıldır (ÇK m. 19, 23).

-Çocuklar hakkında adli kontrol tedbiri olarak CMK' nun 109. maddesinde belirtilen tedbirlere ek tedbirler öngörülmüştür (ÇKK m. 20).

-Onbeş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı tutuklama kararı verilemeyecektir (ÇKK m. 21).

-Cumhuriyet Başsavcılığında ve kollukta çocuklara özgü büro kurulacağı belirtilmiştir (ÇKK m. 29, 30,31).

-Çocuk mahkemelerinde, sosyal çalışma görevlileri bulunacak; bu mahkemeler de gerektiğinde çocuklar hakkında sosyal inceleme yaptırabileceklerdir (ÇKK m. 33, 34, 35).

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun yönünden

-Çocuk hükümlüler mümkün olduğunca çocuk ceza evinde kalacaklardır (CGİK m. 11).

-Çocuk eğitim kurumlarında çocukların eğitimleri sağlanacaktır (CGİK m. 15).

-Hükümlüler gruplandırılırken, çocuklar ayrı gruplara ayrılacaklardır (CGİK M. 24).

-Çocuk hükümlülerin çalıştırılması yalnızca meslek eğitimine yönelik olur. Öğretim kurumlarına veya örgün eğitime devam eden çocuk ile genç hükümlüler, öğretim yılı içinde atölye ve işyerlerinde çalıştırılmazlar (CGİK m. 29).

-Çocuk hükümlüler, kendi yaşam alanları veya eğitsel amaçlar dışında kurum içi hizmetlerde çalıştırılmazlar (CGİK m. 31).

-Çocuk hükümlüler hakkında uygulanacak disiplin tedbirleri ve disiplin cezaları ayrıca öngörülür (CGİK m. 45, 46).

-Çocuklar hakkında kelepçe ve bedensel hareketleri kısıtlayıcı, zorlayıcı araçlar kullanılmaz (CGİK m. 50/2).

-Anaları hükümlü olup da dışarıda korumasına bırakılacak kimsesi bulunmayan sıfır-altı yaş grubundaki çocuklar, analarının yanında kalabilirler (CGİK m. 65).

-Çocuk eğitimevlerinde hükümlüler, ücretli telefonlarla serbestçe görüşme yapabilirler (CGİK m. 66).

-Çocuklar hakkında hükmedilen; adli para cezası ile hapis cezasından çevrilen adli para cezasının ödenmemesi halinde, bu cezalar hapse çevrilemez (CGİK m. 106/4).

-Çocuğun yaşı doluncaya kadar, infaz kurumunda geçirdiği bir gün, iki gün olarak hesaplanır. Buradaki yaş sınırı 18 iken, 19.12. 2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 sayılı yasayla değiştirilerek 15'e inmiştir.

⁴²⁵ Çocuklara yönelik bu özel düzenlemelerin yanı sıra, çocuğa özgü kurumlar da kabul edilmiştir. Cumhuriyet başsavcılığı çocuk bürosu, çocuk kolluğu, çocuk mahkemeleri gibi. Sevük, Handan Yokuş, "Suça Sürüklenen Çocukların Muhakemesi", 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Editör: Prof. Dr. Bahri Öztürk, Ankara 2009 (627-647), s. 628-631.

⁴²⁶ Balo, Yusuf Solmaz, Çocuk Koruma Kanunu ve Uygulaması, s. 92.

⁴²⁷ Gerçek, Leyla Çakıcı, "Gençlik ve Mağduriyet Üzerine Bir Anket Çalışması", Adli Bilimler Dergisi, Cilt: 8, Sayı:4, Aralık 2009 (s. 11-22), s. 11.

⁴²⁸ Gözütök, s. 19.

suçların çocuklara karşı işlenmesi hali ayrı suç olarak düzenlenmiştir (TCK m.103); Reşit olmayan çocuklarla cinsel ilişki şikâyete bağlı bir suç olarak düzenlenmiştir (TCK m. 104); Kişi hürriyetinden yoksun kılma suçunun çocuğa karşı işlenmesi artırım nedeni olarak öngörülmüştür (TCK m. 109/3-f); Çocuklara alkollü içki ve tütün mamulleri gibi sağlık için tehlikeli madde temin etmek, vermek ve tüketime sunmak ayrı suç olarak düzenlenmiştir (TCK m. 194); Çocuğu fuhuşa teşvik etmek suç olarak düzenlenmiştir (TCK m. 227); Çocuğa müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünleri vermek, bunların içeriğini göstermek, okumak-okutmak ayrı suç olarak düzenleme altına alınmıştır (TCK m. 226); Çocuklara kumar oynaması için yer ve imkân sağlamak artırım nedeni kabul edilmiştir (TCK m. 228/2); Ana babanın çocuğu kaçırması veya alıkoyması icra ve iflas kanunundan farklı şekilde suç haline getirilmiştir (TCK m. 234); Mağduru çocuk olan suçu bildirmeme, artırım nedeni olarak öngörülmüştür (TCK m. 278/3).

Çocuğun çocuğa karşı işlediği suçlara da maalesef uygulamada rastlanmaktadır. Nedeni ne olursa olsun çocuğun çocuğa karşı işlediği suçlarda, özellikle şiddet vakalarında⁴²⁹, suçun hem mağduru hem de faili çocuk olması nedeniyle bunlara yönelik önlemlerin özellikle ve öncelikle ele alınması gerekmektedir.

TCK'nın çocuklara karşı işlenen suçlar bakımından öngördüğü düzenlemelerden biri de çocuklara karşı işlenen suçlarda, zamanaşımı süresinin başlangıcının farklı olduğunu düzenleyen 66/6. maddesidir.

Ceza Muhakemesi Kanunu yönünden de mağdur çocuklar bakımından önemli bazı düzenlemelerin olduğu görülmektedir. Buna göre; Mağdur çocukların tanıklığında görüntü veya ses kaydına alınmasında zorunluluk bulunmaktadır (CMK m. 52); Tanıklıktan çekinebileceklerden olup da çocuk olması nedeniyle tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmayanlar, kanuni temsilcilerinin rızalarıyla tanık olarak dinlenebileceklerdir (CMK m. 45); Yine çocuğun muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından çekinmesi konusunda kanuni

⁴²⁹ Acar, Kemalettin/ Buke, Akile/ Boz, Bora/ Kurtuluş, Ayşe, "Şiddetin Sorumlusu ve Mağduru Olan Çocuklar: Testiküler Travmalı Bir Olgu Sunumu", Adli Bilimler Dergisi, Haziran 2005, Cilt: 4, Sayı: 2 (s. 57-62), s. 61.

temsilcisi karar verir (CMK m. 76); Şikâyete bağlı suçlarda, şikâyet olmadan şüphelinin yakalanmaması kuralı çocuklara karşı işlenen suçlar hakkında uygulanmaz. CMK m. 90/3' e göre, soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlı olmakla birlikte, çocuklara, beden veya akıl hastalığı, malullük veya güçsüzlükleri nedeniyle kendilerini idareden aciz bulunanlara karşı işlenen suçüstü hallerinde kişinin yakalanması şikâyete bağlı değildir; Çocukların cinsel istismarı suçu, tutuklama için kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığının yeterli sayıldığı katalog suçlar arasında sayılmıştır (CMK m. 100/3a-6); Çocuk hakkında yapılacak duruşmalar kapalı olarak yapılır, hüküm de kapalı duruşmada açıklanır (CMK m. 185); Duruşmanın düzenini (inzibatını) bozması nedeniyle kişi, hakim veya başkan tarafından dışarı çıkarılırken, direnç gösteren veya karışıklığa neden olan çocuk hakkında disiplin hapsi uygulanmaz (CMK m. 203/3).

TCK' nın 6/1b maddesine göre, çocuk deyiminden; henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi anlaşılır. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin1. maddesine göre, “daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır.” Bu iki tanım arasındaki en önemli fark, Sözleşme ile daha önce reşit olma nazara alınırken, TCK bakımından bu durum dikkate alınmamış; çocuğun on sekiz yaşını doldurmadan reşit olmasına değer verilmemiştir⁴³⁰. Buna göre, TCK' nın 6. maddesindeki tanıma göre, çocukluk on sekiz yaşın doldurulmasına kadar devam etmektedir. Buradan hareketle, on sekiz yaşın içinde bulunan bir kimsenin çocuk sayılacağı tartışmasızdır⁴³¹.

Ceza hukuku sistemimiz gerek şüpheli veya sanık durumundaki suçta sürüklenen çocuklar ve gerekse mağdur çocuklar bakımından önemli düzenlemeler içermektedir. Öncelikle suçta sürüklenen şüpheli veya sanık durumundaki çocuklar bakımından, Türk Ceza Kanununun öngördüğü üç grup düzenlemeyi inceleyecek olursak; bunlar, 0-12, 12-15 ve 15-18 arası yaş grubudur. Bu yaş grubunda bulunan çocukların suç işlemeleri durumunda, yaş küçüklüğünün kusur yeteneğine etkisi

⁴³⁰Yaşar/Gökcan /Artuç, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt I (Madde 1-44), Ankara 2010, s. 91-92.

⁴³¹ 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nda da çocuk: “Daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişi” olarak ifade edilmiş ve TCK'daki tanıma uygun bir tanım yapılmıştır. Yani, Birleşmiş Milletler Sözleşmesindeki tanımın aksine, ÇKK da 18 yaşı doldurmadan ergen olmayı kabul etmemiştir.

bakımından ayrıık düzenlemeler öngörölmüştür⁴³². 12-15 yaş grubu çocukların işlediği suç nedeniyle algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunup bulunmadığı konusunda, başka bir ifadeyle, ceza sorumluluğunun tayini bakımından artık uzman hekim raporu değil; 5237 sayılı Kanunun 31/2. Maddesi ve 5395 sayılı Yasa uyarınca sosyal inceleme raporu alınması gerekmektedir. Yargıtay 1. CD' nin 28.2.2007, 958/912 numaralı kararına göre; "5237 sayılı Kanunun 31. Maddesi uyarınca; yaşı küçük sanığın içinde bulunduğu aile koşulları, sosyal ve ekonomik şartları ve psikolojik ve eğitim durumları hakkında uzman bilirkişilerce rapor

⁴³² Yukarıda belirttiğimiz gibi, suça sürüklenen çocuklar bakımından, TCK yaş küçüklüğünü üç grup olarak öngörmüştür.

1. Bunlardan 0-12 yaş grubunun yani çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kural, ceza sorumluluğu bakımından mutlaklır. TCK, çocuklar hakkında kusur yeteneğine sahip bulunup bulunmadıkları konusunda bir araştırma yapılmasını kesinlikle yasaklamıştır. Ancak çocuğun işlediği fiille, kusur yeteneğine sahip olan kişi iştirak ederse, "cezalandırmayı önleyen kişisel nedenler" göz önünde bulundurulmayacağı için (TCK m. 40/1 c.2), iştirak eden kişinin cezalandırılmasına bir engel yoktur. 12 yaşını bitirmemiş bir çocuk her hangi bir fiil işlediği takdirde, suçun türü ve işleniş tarzı ne olursa olsun ve sanık çocuğun ruhsal-zihinsel gelişmesi ne kadar mükemmel olursa olsun, o çocuğun kanun nazarında fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamadığı veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmediği çürütölmüşü olanaksız bir karine olarak kabul edilmiş ve dolayısıyla hakkında herhangi bir cezaya hükmedilemeyeceği öngörölmüştür. TCK 31'e göre, ceza sorumluluğu bulunmayan çocukların güvenlik tedbiri sorumluluğu vardır. TCK m. 56, çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin neler olduğunu göstermemiş, bu konuda ilgili kanun olan Çocuk Koruma Kanunu' na gönderme yapmıştır.
2. 12-15 yaş grubuna girenler yani küçükler bakımından, bunların işlediği fiilin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmesi yönünden bir ayırım yapılmaktadır. TCK m. 31/2'ye göre, eğer bu kişilerin işlediği fiilin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılama veya davranışlarını yönlendirme yeteneği yeterince gelişmemiş ise, ceza sorumlulukları yoktur; bunlar 0-12 yaş grubu çocuklar gibi işlem görürler. Değilse ceza sorumlulukları vardır; ancak cezaları indirilerek verilir. Failin işlediği suçun anlam ve sonuçlarını algılayıp algılamadığı veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişip gelişmediği, işlenen suçun niteliğine göre değişebilecektir. Örneğin kasten yaralama suçunun hukuksal anlam ve önemini algılayan ve davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip bir çocuğun kasten öldürme suçu bakımından da bu durumda olup olmadığının ayrıca araştırılması gerekir. Nitekim Yargıtay da aynı görüştedir(Y. 1 CD. 23.12. 1981, 5156/5067). Bu dönemde bulunan küçüklerin işledikleri suçlardan dolayı ceza sorumluluğunun bulunduğu sonucuna varılmış olsa bile, cezanın indirilmesi dışında, sorumlulukları bazı özellikler gösterir. Örneğin; bu dönemde bulunan küçüklerin cezaları, çocuk kapalı cezaevlerin veya çocuk eğitim evlerinde çektirilir; Kısa süreli hapis cezaları, zorunlu olarak seçenek tedbirlerden birisine çevrilir; Bu kişilerin mahkum edildikleri üç yıla kadar cezaları ertelenebilir; İşledikleri suçlardan dolayı tekerrür hükümleri uygulanmaz; Bunlar hakkında mahkumiyetin yasal bir sonucu olarak hak yoksunluğuna hükmedilemez; Çocuklar hakkında hükmedilen adli para cezası ile hapis cezasından çevrilen adli para cezasının ödenmemesi halinde, bu cezalar hapse çevrilemez; Gerek dava ve gerekse ceza zamanasını süreleri bu kişiler bakımından normal zamanasını süresinin yarısıdır.
3. 15-18 yaş grubuna girenlerin ise ceza sorumluluğu vardır; ancak, ceza indirilerek verilir (TCK m. 31/3). Bu dönemde bulunanların ceza sorumluluğu da işlediği suçun anlam ve sonuçlarını kavrama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip 12-15 yaş grubundakiler ile aynı özellikleri gösterir. Öztürk/Ertem, Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, s. 245-246.

*alınarak, ceza sorumluluğu hakkında değerlendirme yapılması gerektiğinin göz önüne alınmaması yasaya aykırıdır*⁴³³”.

Bunun dışında mağdur çocukların tanık olarak dinlenmesi durumunda psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişinin bulundurulması da yasal bir zorunluluktur. 5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu’nda da, kurulacak şube müdürlüklerinin görevleri arasında gerek soruşturma ve gerekse kovuşturma evresinde “ *Suçtan zarar gören kişilerin karşılaştıkları psiko-sosyal ve ekonomik sorunların çözümünde danışmanlık yapmak ve bu kişilere yardımcı olmak*” sayılarak, bu duruma vurgu yapılmıştır (m. 12, 13)⁴³⁴.

Öğretide ileri sürülen, zorunlu vekil tayinine, mağdurun vekil atanmasının anlam ve önemini kavrayabilecek yeterliliğe sahip olması veya yasal temsilcisinin istemesi halinde istisna getirilebileceği, zira vekilliğin müdafiliğın aksine, adil bir hükme varılması bakımından ceza muhakemesinde bir gereklilik oluşturmadığı⁴³⁵, görüşüne katılmadığımızı belirtmek isteriz. Zira mağdura zorunlu olarak vekil atanmasının nedeni, onun vekil atanmasının anlam ve önemini kavrayabilecek yeterliliğe sahip olup olmaması değil; onun haklarının da tıpkı şüpheli veya sanığın haklarında olduğu gibi ceza muhakemesinde tam olarak korunmaya değer görülmesindedir. Ceza muhakemesi sistemimizde müdafî ve vekillik açısından kural olarak zorunluluk kabul edilmemiş olmakla birlikte, belirli istisnai durumlarda bu zorunluluk kabul edilmiş olup, müdafî ve vekilin atanması şüpheli, sanık veya mağduru iradesine bırakılmamıştır⁴³⁶. Aksine bu kişiler istemeseler dahi müdafî veya vekilin tayini yasa gereğince yapılacaktır. Zira kanunda (CMK m. 234/2’de) “istemi aranmaksızın” ibaresi kullanılmıştır. Bu bağlamda adil bir hükme varılması için, müdafiliğın aksine vekilliğın gerekli olmadığı biçimindeki değerlendirmenin bugün için ceza muhakemesinde kabul edilen esasları yansıtmadığını söyleyebiliriz. Hükümün adil olması sadece şüpheli veya sanık açısından değil, mağdur ve toplum açısından da anlam ifade ettiğinden dolayı, mağdur hakları ve yararlarının da ceza

⁴³³ Yaşar/Gökcan /Artuç, Cilt I , s. 845.

⁴³⁴ Özbek, Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, s. 903.

⁴³⁵ Koca/Üzülmez, Mağdurun Korunması ve Mağdura Tanınan Haklar, s. 146.

⁴³⁶ Yıldız, Ali Kemal, Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur-Suçtan Zarar Gören- Şikâyetçi, Ankara 2008, s. 177.

muhakemesinde en az sanık kadar korunması gerekmektedir⁴³⁷. Bu gerekliliği takip açısından da mağdura belirli koşullarla zorunlu vekil tayini gerekli, doğru ve yerinde bir düzenlemedir.

02. 03. 2007 tarihli ve 26450 sayılı Resmî Gazete’ de yayımlanan, Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmeleri İle Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik’in 5. maddesinin 6. fıkrasında da konuya ilişkin şöyle bir düzenleme bulunmaktadır: “*Vekilin görevlendirilmesi, soruşturma evresinde ifadeyi alan merci veya sorguyu yapan hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından barodan talep edilecektir.*” Ancak belirtmek gerekir ki, mağdur soruşturma evresinde bir avukatın yardımına sadece ifade alma veya sorgu sırasında gereksinim duymaz. İfade veya sorgu yapılmamış olsa da soruşturma başlamış ve çeşitli işlemler yapılmakta ise, bu aşamada da mağdur bir avukatın hukuksal yardımına ihtiyaç duyabilir⁴³⁸.

b- Sağır Veya Dilsizler

Sağır ve dilsizlik, genellikle doğuştan sağır olmanın sonucu olarak kişinin içinde yaşadığı toplumun dilini de öğrenememesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. İditme yeteneğine doğuştan sahip olmayan ve küçük yaşta bu yeteneğini tamamen yitiren insanın algılama yeteneği yeterince gelişmez⁴³⁹. Dil, kişiler arasındaki iletişimin temelidir. Bu nedenle, dilin öğrenilememesi, kişinin algılama yeteneğinin gelişmesinde güçlüğe yol açmaktadır⁴⁴⁰. Başka bir ifadeyle, sağır ve dilsizler, normal insanlara göre hayata daha geç katılmaktadırlar. Bu nedenle de kanun koyucu, çocuklar gibi, sağır ve dilsizleri de ayrıca koruma ihtiyacı duymuş ve bunlara özgü koruyucu hükümler öngörmüştür.

Sağır ve dilsizlerin algılama ve irade yeteneklerinin daha geç geliştiği düşüncesinden hareketle, kusur yeteneklerine ilişkin hukuki durum küçüklere kıyasen düzenlenmiştir. TCK m. 33’e göre, 0-15 yaşındaki (15’i bitirmemiş) sağır-dilsizler 0-12 yaşındaki; 15-18 yaşındaki sağır-dilsizler ise 12-15 yaşındaki çocuklara

⁴³⁷ Yıldız, Ceza Muhakemesinde Mağdur, s. 177.

⁴³⁸ Yıldız, Ceza Muhakemesinde Mağdur, s. 177.

⁴³⁹ Yaşar/ Gökcan/ Artuç, Cilt I, s. 939.

⁴⁴⁰ Yaşar/ Gökcan/ Artuç, I. Cilt, s. 940.

ilişkin hükümlere tabidirler. Buna karşılık 18-21 yaşındaki sağır-dilsizler hakkında ise 15-18 yaşındaki çocuklara ilişkin hükümler uygulanır. TCK m. 33, 21 yaşından itibaren sağır ve dilsizliği kusur yeteneğine etkili bir durum olarak görmemiştir. 21 yaşını dolduran sağır ve dilsizlerin kusur yeteneklerinin ve dolayısıyla ceza sorumluluklarının tam olduğu kabul edilmiştir. Bu nedenle suç tarihinde 21 yaşını doldurmuş olan sağır ve dilsizin kanunda yazılı olan cezasına tam olarak hükmedilecektir⁴⁴¹.

CMK m. 234/2'ye baktığımızda, kanun koyucunun sağır ve dilsiz suç mağdurları bakımından, sağır ve dilsiz olma koşulunun dışında bir yaş aralığı aramadığını görmekteyiz. Buna göre, mağdur sağır ve dilsiz ise ve bir vekil de bulunmazsa, istemi aranmaksızın vekil görevlendirilir.

Çocuklarda zorunlu vekillığe ilişkin açıkladığımız tüm hususlar, sağır ve dilsiz mağdurlar bakımından da geçerlidir.

c- Meramını İfade Edemeyecek Derecede Malul Olan Kimseler

Yargılama makamı karşısında meramını anlatabilme, kişilere tanınmış bir haktır. Şüphelinin, sanığın veya mağdurun derdini anlatabilmesi, ne istediğini söyleyebilmesi, hiç veya gereği gibi dinlenilmeden mahkum edilmemesini sağlayabilmesi, öne sürülen iddiaları ve aleyhine olan delilleri çürütebilmesi ve bu sayede muhakemenin gidişine etki edebilmesi hep meramını ifade edebilmesiyle mümkün olabilecek konulardır.

Çağdaş ceza muhakemesi hukukunda mağdur, hiçbir hakkı olmayan muhakeme süjesi veya tanık değil, belli hakları ve yükümlülükleri bulunan ve muhakemenin gidişine etki edebilen bir kişidir. Bu nedenle, doğuştan gelen veya sonradan oluşan bazı nedenlerden dolayı meramını ifade edemeyecek durumda olursa, onun yerine muhakemede onu temsil edecek bir hukukçunun yardımı zorunludur. Kanun koyucu da bu eksikliğin farkında olarak, meramını ifade

⁴⁴¹ Sağır ve dilsiz olan kişinin bu özrünün kusur yeteneğini etkilemesi söz konusu olabilir. Bu takdirde durumun akıl hastalığı ile ilgili 32. madde kapsamında ele alınması gerekir. Başka bir ifadeyle, sağır ve dilsiz olması nedeniyle fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış bulunan kişi, 21 yaşını bitirse dahi, 32. madde uyarınca durumu incelenmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir. Yaşar/ Gökcan/ Artuç, s. 941.

edemeyecek derecede malul olan mağdurlar bakımından, vekilleri bulunmaması halinde, istemleri aranmaksızın bir vekil görevlendirilmesini mümkün kalmıştır.

Kişiler bakımından savunma her ne kadar bir hak olsa da, bu hakkı bireysel olarak kullanabilecekleri gibi kullanmayabilirler de⁴⁴². Savunma hakkını kullanma yönünde kimseye isteği dışında bir şey yaptırılamaz. Bu durum zorunlu müdafî veya vekillik durumlarında bile geçerlidir. Ancak CMK m. 234/2’de örneğini gördüğümüz gibi, onsekiz yaşını doldurmamış ya da sağır veya dilsiz veya meramını ifade edemeyecek derecede malul olan kişiler bakımından bu durumun geçerli olmaması gerekir. Zira bu gibi durumlarda, bireysel olarak kişiler kendilerini savunamayacak durumdadırlar. Gerekli gibi savunulabilmeleri için, zorunlu olarak görevlendirilen vekili kabul etmeleri gereklidir. Bu aynı zamanda silahların eşitliği ilkesinin de bir gereğidir.

Çocuklar ve sağır-dilsizler bakımından zorunlu vekil tayini ile ilgili yaptığımız açıklamalar, meramını ifade edemeyecek derecede malul olan mağdurlar bakımından da geçerlidir.

3- AİHS m. 6/3 Doğrultusunda, Silahların Eşitliğini Sağlayan Mağdurun Ücretsiz Avukat Hakkından Yararlanması

Adil yargılanma içinde yer alan usul güvencelerinin en önemlilerinden biri, silahların eşitliği ilkesidir⁴⁴³. AİHS’ de, “silahların eşitliği” sözcüklerinden oluşan bir tanım yer almamaktadır. Adil yargılanma koşullarını düzenleyen 6. maddenin 1. bendindeki “...hakkaniyete uygun..” yargılama kavramı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin yorumları sonucunda “silahların eşitliği” ilkesinin hukuksal temelini oluşturmuştur⁴⁴⁴.

AİHS m. 6 ile “*adil yargılanma hakkı*” nı düzenlemiştir. 6. maddenin 3. fıkrasında da beş bent halinde ceza muhakemesinde tanınan bir takım haklara yer

⁴⁴² Şahin, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005, s. 485.

⁴⁴³ Doğru, Osman/ Nalbant, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1. Cilt, Ankara 2012, s. 636.

⁴⁴⁴ Dinç, Güney, “*Adil Yargılanma Sürecinde Silahların Eşitliği*”, Kamu Hukuku, Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Alanlarında Kamunun Önderliği Ve Bireysel Özerklik Sempozyumu, Editörler: Prof. Dr. İlhan Uluslan- Prof. Dr. Bahri Öztürk, Ankara 2009 (s.431-446), s. 432.

verilmiştir⁴⁴⁵. AİHS m.6/3 doğrultusunda silahların eşitliğini sağlayacak imkân vermesi bağlamında, mağdurun da ücretsiz avukat hakkından yararlanması, son derece önemli bir düzenlemedir. Bunun dışında, kanıt ve karşı kanıtların sunulmuş ve tartışılması; iddia, karşı iddia ve mütalaada bulunabilme olanağı; duruşmaya katılma; tanık kabulü⁴⁴⁶ vb. durumlar, silahların eşitliğini hayata geçirmeye yarayacak diğer durumlara örnek verilebilir.

Türk Anayasası'nda da adil yargılanma hakkı ile ilgili bazı kurallar öteden beri yer almakla birlikte, 3.10. 2001 tarih ve 4709 sayılı Anayasa değişikliği ile Anayasa m. 36'ya eklenen hükümlerle bu kavram Anayasa'ya girmiştir⁴⁴⁷.

AİHS m.6 düzenlemesinden, zorunlu müdafilik kavramının sadece şüpheli/sanığa tanındığı sonucu çıkarılmamalıdır; silahların eşitliği ilkesi gereğince suç mağdurları bakımından öngörülen zorunlu vekillik de bu kapsamda ele alınmalıdır. Zira AİHM' nin içtihatlarıyla sürekli ortaya koyduğu üzere, çelişmeli muhakemenin⁴⁴⁸ yapılması ve bunun için de tarafların silahları arasında bir eşitlik olması adil yargılamanın en önemli gereklerindendir⁴⁴⁹. Taraflardan birisinin diğerine göre avantajlı durum geldiği bir muhakemede adil bir yargılamadan söz edilemeyecektir.

⁴⁴⁵ AİHS m. 6/3-a'da " Şüpheli/sanığın kendisine yönelik suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilme hakkı"; 6/3-b'de "Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak hakkı"; 6/3-c'de "Sanığın kendisini bizzat veya seçeceği bir müdafî yardımıyla savunması"; 6/3-d'de "İddia tanıklarına soru sorma hakkı"; 6/3-e'de "Tercümandan yararlanma hakkı".

⁴⁴⁶ Gözübüyük, A. Şeref/ Gölcüklü, A. Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 6. Bası, Ankara, 2005, s. 292-293.

⁴⁴⁷ Anayasa m. 38'de de bazıları adil yargılanma hakkı ile doğrudan bağlantılı birtakım güvencelere yer verilmiş bulunmaktadır. Bunlar; Yasallık ilkesi; Suçsuzluk karinesi; "Nemo tenetur se ipsum prodere/ accusare" (Hiç kimse kendini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.); Ceza sorumluluğunun şahsiliği; Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların, delil sayılmaması; Genel müsadere yasağı; İdarenin, kişi özgürlüğünün kısıtlanmasına yol açan bir yaptırım uygulayamaması; Vatandaşın suç nedeniyle başka bir ülkeye geri verilmesi yasağı. Öte yandan, Anayasanın yargı ile ilgili üçüncü bölümünde mahkemelerin bağımsızlığı, yargıçlık ve savcılık mesleği, duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması ve mahkemelerin kuruluşu ile ilgili hükümler de adil yargılanma hakkı ile ilgilidir. Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/ Sancakdar, Oğuz/ Önok, Rıfat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Ankara 2011, s. 215.

⁴⁴⁸ Çelişmeli muhakeme, dava sırasında mahkemenin kararını etkilemek amacıyla sunulan delil ve mütalaalar hakkında bilgi sahibi olma ve bunlar hakkında karşılıklı yorum yapma hakkının taraflara tanınmasıdır. Karakehya, s. 222.

⁴⁴⁹ Karakehya, s. 220.

AIHM, adil yargılanma hakkının zorunlu bir ögesi olan⁴⁵⁰ silahların eşitliğine ilişkin hakkı, 6. maddenin 1. fıkrasındaki genel ilkedен, yani hakkaniyete uygun yargılamadan çıkarsamıştır⁴⁵¹. Bununla birlikte 6. maddenin 3. fıkrasının (d) bendinde açıkça düzenlenen *iddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemeye* ilişkin hak, silahların eşitliği ilkesinin temel bir yansımasıdır.

4- Mağdur Vekilinin Hakları (CMK m. 153/son)

CMK m. 153/ son' da; "Bu maddenin içerdiği haklardan suçtan zarar görenin vekili de yararlanır." demek suretiyle, müdafiyeye tanınan haklardan, mağdur vekilinin de yararlanacağını hükme bağlamıştır. Bu bağlamda müdafinin haklarını şöyle açıklayabiliriz:

Müdafin kullanacağı yetkilerin başında dosyayı inceleme yetkisi gelir. Zira bu sayede şüpheli veya sanığın durumu hakkında bilgi sahibi olabilir. CMK m. 153 gereğince,⁴⁵² ceza muhakemesinin tüm evreleri bakımından, müdafinin dosya inceleme hakkı vardır. Şüpheli eğer ne ile suçlandığını bilirse, ancak bu takdirde kendisini etkin bir biçimde savunabilir. Bu ise soruşturma dosyasının içeri hakkında bilgi sahibi olmayı gerektirir⁴⁵³. Kendisine karşı ceza soruşturması başlatılmasına neden olan isnad hakkında olabildiğince erken bilgi sahibi olmak, şüpheliye, savunmayı da zamanında başlatmak ve savunma araçlarından yararlanmak olanağı sağlar⁴⁵⁴. Dosyayı inceleme hakkına esas itibariyle sadece müdafiyeye sahip olduğu için, bu haktan kişinin yararlanabilmesi için öncelikle müdafisinin bulunması gerekir.

⁴⁵⁰ Mahmutoğlu, Fatih Selami/ Dursun, Selman, Türk Hukuku'nda Müdafin Yasaklılık Halleri, Ankara 2004, s. 27.

⁴⁵¹ Karakehya, s. 221.

⁴⁵² İlk olarak, 18.11. 1992 gün ve 3842 sayılı Yasanın (RG 1.12.1992 No:21422) 19. maddesiyle CMUK' un 143. maddesi değiştirilerek hazırlık soruşturmasının gizliliği müdafiyeye açısından kaldırılmıştı. Müdafin davaya ve soruşturmaya ilişkin her türlü kâğıt ve belgeleri vekâletname göstermeksizin inceleme yetkisi bulunduğu belirtilmişti. Zafer, Hamide, Faile Yardım Suçu Ve Müdafin Bu Suçtan Sorumluluğu, İstanbul 2004, s. 352. AIHM'nin M. Göç/ Türkiye kararının uygulanması amacıyla 11 Ocak 2003 günlü ve 4778 sayılı yasanın 2. maddesiyle CMUK'da gerçekleştirilen değişime kadar, sanıklar ve avukatları, genellikle Yargıtay incelemesi tamamlandıktan sonra, dava dosyasının yerel mahkemeye gönderilmesinden sonra, Başsavcılık tebliğnamesinin içeriğini öğrenebilmekteydiler. Ancak bu aşamadan sonra savunma adına yapabilecekleri fazla bir şey kalmıyordu. Dinç, s. 437.

⁴⁵³ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, s. 239.

⁴⁵⁴ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, s. 239.

Şüpheli, şüphelinin eşi ya da kanuni temsilcisine, dosya içeriğine zarar verebilme ihtimaline karşılık, dosyayı inceleme hakkı verilmemiştir⁴⁵⁵. Öğretide eğer soruşturmanın amacı tehlikeye düşmeyecekse ve üçüncü kişilerin korunmaya değer bir yararı da söz konusu değilse, bu hakkın tanınması gerektiği ileri sürülmektedir. Bununla birlikte savunma için gerekli ise, dosya içeriği hakkında şüpheli veya sanığa bilgi verilebilir ve eğer dosya içeriğini bilmeden kendisini makul biçimde savunamayacağı sonucu ortaya çıkarsa, kendisine gerektiğinde zorunlu müdafî atanmalıdır. Müdafî dosyayı bizzat inceleyebilir. Bu nedenle dosyayı şüpheli veya sanığa veya üçüncü bir kişiye bırakamaz veya onun incelemesini sağlayamaz. Oysaki Almanya'da § 147/7'de yapılan değişiklikle müdafî olmayan şüpheli veya sanığa dosyadan örnek alma olanağı verilmiştir. Bu istem hakkında savcı veya mahkeme § 147/5 uyarınca serbest takdirine göre karar verir⁴⁵⁶.

Soruşturma dosyasını inceleme hakkı, delil ileri sürme ve soru sorma hakkı ile birlikte adil yargılanma hakkının olmazsa olmaz koşulu olan savunma hakkının bir parçasını teşkil etmektedir⁴⁵⁷. AİHM de, AİHS' de açık bir düzenleme olmamasına rağmen, dosya inceleme hakkını, silahların eşitliği, adil yargılanma ve AİHS m. 6/3-b' ye dayandırmaktadır. Mahkemeye göre, adil yargılamanın ilk ve önemli gereği taraflar arasında "silahların eşitliği"; yani mahkeme önünde sahip bulunulan hak ve yükümlülükler bakımından taraflar arasında (iddia-savunma) tam bir eşitliğin gözetilmesi ve bu dengenin yargılama boyunca korunması, başka bir deyişle, mücadelenin eşit silahlarla yapılmasıdır⁴⁵⁸. Nitekim AİHM' nin Fransa'ya karşı *Tuan Tran Pham Hoang* kararında, sanığın zorunlu müdafilikten yararlanma hakkı ile adil yargılanma hakkı arasındaki bağlantıyı vurgulayarak, zorunlu müdafiliği adil yargılanma hakkına dayandırmıştır⁴⁵⁹. Yine, *Schuler Zraggen/ İsviçre* davasında, silahların eşitliği ilkesini, davacının dava dosyasını inceleyebilmesi,

⁴⁵⁵ Ancak zarar verme ihtimaline karşılık, dosya inceleme hakkını müdafî ile sınırlayan bu görüş doktrinde eleştirilmiştir. Gerçekten günümüzde ortaya çıkan ve dosya içeriğine zarar vermeden kopyalamaya yarayan teknikler, şüpheli ya da sanığın zarar vereceği gerekçesiyle dosya inceleme hakkına sınırlama getirilmesi gerektiği düşüncesini dayanaksız bırakmıştır. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, s. 242.

⁴⁵⁶ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, s. 242.

⁴⁵⁷ Donay, Süheyl, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul 1982, s. 144.

⁴⁵⁸ Delcourt/Belçika, 17.1.1970, A 11, §28; Monnel ve Morris/ İngiltere, 2.3.1987, A 115, § 62 ve son). Mahkeme, yargılamada silah eşitliğinin sağlanıp sağlanmadığı denetiminde her davanın özel koşullarını inceleyerek sonuca varmaktadır. Gözübüyük/ Gölçüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, s. 291.

⁴⁵⁹ AİHM, 25.10. 1992, 66/1991/318/390 sayılı kararı.

dosyadan bazı belgelerin suretlerini alabilmesi ve mahkeme kararına dayanak teşkil eden bilirkişi raporlarının kendisine gösterilmesi açısından ele almıştır⁴⁶⁰. Sanığın müdafî aracılığıyla etkin biçimde kendisini savunma hakkı, adil yargılanma hakkının en vazgeçilmez uzantılarından birisidir. 5271 sayılı CMK da getirdiği düzenlemelerle⁴⁶¹, AIHS m. 6'da düzenlenen adil yargılanma hakkının kapsamını (özellikle m. 6/3-c) dikkate aldığını ortaya koymuştur.

CMK m. 153/2 gereğince, müdafî dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir. Bu kısıtlama kapsamına, soruşturma dosyasında bulunan tanıkların kimlikleri de dâhildir⁴⁶². Bu nedenle dosya inceleme hakkına sınırlama getiren kanunlardan birisi de 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu'dur. Ancak bu hükmün sağladığı koruma, sadece soruşturma evresi bakımından geçerlidir. Çünkü iddianamenin mahkeme tarafından kabulüyle birlikte (CMK m. 174), bu hükmün dosyayı inceleme hakkı bakımından getirdiği sınırlamalar ortadan kalkacaktır⁴⁶³. Burada dikkat etmek gerekir ki, yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında bu tür bir kısıtlama kararı verilemez. Görüldüğü üzere, önceki yasada da var olan belirli belgeler bakımından mutlak açıklık kuralı ve serbestçe inceleme olanağı CMK zamanında da sürmektedir. Ayrıca müdafî, iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren, dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir; bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir⁴⁶⁴. 5353 sayılı yasanın⁴⁶⁵ bu hükmünün

⁴⁶⁰ Gözübüyük/ Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, s. 292.

⁴⁶¹ Ceza yargılaması sistemimizde her ne kadar şüpheli ve sanığın dolayısı ile de müdafî delillerin toplanmasını isteyebileceği (CMK m. 177); çağrılması reddedilen tanığın veya uzman kişinin doğrudan mahkemeye getirilmesi (CMK m. 178); delillerin ortaya konulması (CMK m. 206); delillerin ortaya konulması isteminin, bunun veya ispat edilmek istenen olayın geç bildirilmiş olması nedeniyle reddedilememesi (CMK m. 207) gibi düzenlemeler ile savunma makamına delillerin toplanması ve ortaya konulması hakkı verildiği ileri sürülebilirse de, bu düzenlemelerin uygulamada silahların eşitliğini sağlamaya yeterli olmadığını savunan yazarlar da vardır. Kocaoğlu, S. Sinan, "Türk Ceza Muhakemesi Sisteminde Silahların Eşitliği ilkesini Gerçekleştirebilmek İçin Bir Reform Önerisi (Amerika Birleşik Devletleri Ceza Muhakemesi Sistemine Savunma ve Müdafî Perspektifinden Mukayeseli Bir Bakış)", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ocak- Şubat 2011, Yıl: 23, Sayı: 92 (s.238-286), s. 271.

⁴⁶² Balo, Tanık Koruma, s. 226.

⁴⁶³ Balo, Tanık Koruma, s. 226.

⁴⁶⁴ Belirtelim ki, Yakalama Gözaltına Alma ve İfade Alman Yönetmeliği m. 22'de yer alan ve kollukta bulunan soruşturma dosyası için yetkili Cumhuriyet savcısının yazılı emrinin gerekeceği

doktrinde hatalı olduğu ileri sürülmektedir⁴⁶⁶. Sebebi ise şöyle açıklanmaktadır: Bu yetkinin iddianamenin kabulünden önce kullanılması gerekir. Müdafî, iddianamenin kabulünden önce dosyayı ve delilleri incelediğinde, iddianamenin reddi konusunda daha sağlıklı bir tavır sergileyecektir. Bu hüküm yasaya konulurken güdülen amaç, CMK' nın yeni tavrının son soruşturmayı iddianamenin kabulünden sonra başlatmak düşüncesidir. Fakat savunma hakkının uygun biçimde kullanılmasını sağlamak için, bu zamanlamanın erkene alınması kaçınılmazdır⁴⁶⁷. Bu düşüncenin haklı tarafları olmakla birlikte, bize göre, yasanın yukarıda belirttiğimiz bazı hallerde dosyayı inceleme ve belgelerden örnek alma konusunda getirdiği sınırlamalar, soruşturma evresinin özelliğinden ileri gelmektedir. Zira soruşturma evresi gizlidir (CMK m. 157). Gizliliğin bütünüyle ortadan kalkması, delillerin yok olmasına ve belki de muhakemenin bütünüyle ortadan kalkmasına neden olacaktır. Özellikle örgütlü suçlarla mücadelenin söz konusu olduğu durumlarda kısıtlamanın sebebi daha anlaşılır hale gelmektedir.

Dosya inceleme hakkı, kural olarak, kolluk, Cumhuriyet savcılığı ya da mahkeme nezdindeki dosyayı içermektedir. Bunlar dışında kalan organlar nezdindeki dosyalar CMK m. 153'e göre değil, Avukatlık Kanunu m. 2/3'e göre incelenebilir⁴⁶⁸. Yine, dosya inceleme hakkı, her halde mahkemenin bilgisine sunulan dosyaya

yöntündeki hükmün yürürlüğü, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 15. 12. 2005 tarih ve Y. D. İtiraz No: 2005/762 sayılı kararı ile durdurulmuştur. Danıştay 10. Dairesinin 22. 5. 2008 tarihli kararıyla da söz konusu hüküm iptal edilmiştir. Danıştay' a göre, müdafî dosyanın tamamını inceleme talebinin bulunması durumunda Cumhuriyet savcısının soruşturmanın amacının tehlikeye düşüp düşmeyeceğine ilişkin bir değerlendirme yapmasına olanak sağlamak bakımından, talebin savcılık onayına bağlı olarak karşılanmasında yasanın amacına aykırılık yoktur. Ancak CMK' nın amir hükmü uyarınca, incelenmesi ve örnek alınması hiçbir şekilde engellenemeyecek olan belgelere yönelik taleplerde de Cumhuriyet savcısının yazılı emrinin aranması, yasada yer almayan yeni bir usul yaratmak suretiyle savunma hakkının kullanılmasını zorlaştıracaktır. Bu uygulamanın CMK' nın genel amacıyla bağdaşmayacağı açıktır. Bu durumda, davalı idarece, müdafî kollukta bulunan soruşturma dosyasının tamamına yönelik inceleme ve örnek alma talebi ile CMK' nın 153/3. maddesinde sayılan belgelere yönelik inceleme ve örnek alma talebi arasında fark gözetmek suretiyle düzenleme yapması gerekmektedir. Oysa bu ayırım yapılmaksızın, kolluktaki dosyalara yönelik tüm müdafî taleplerinin karşılanmasının Cumhuriyet savcısının yazılı emrine bağlanmasında hukuka ayarlık bulunmamaktadır. Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 265-266.

⁴⁶⁵ Değişik: 25.5.2005-5353/23 m)

⁴⁶⁶ Yurtcan, Erdener, CMK Avukatının ve Uzlaşma Avukatının Başvuru Kitabı, İstanbul 2007, s. 4.

⁴⁶⁷ Yurtcan, CMK Avukatının ve Uzlaşma Avukatının Başvuru Kitabı, s. 4.

⁴⁶⁸ Avukatlık Kanunu m. 2/3'e göre: "Yargı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıflar avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorundadır. Kanunlarındaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu kurumlar avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine sunmakla yükümlüdür. Bu belgelerden örnek alınması vekâletname ibrazına bağlıdır. Derdest davalarda müzekkereler duruşma günü beklenmeksizin mahkemeden alınabilir."

ilişkindir. Mahkemede mevcut olmayan ve sanığa karşı yapılan ceza muhakemesine dayanak oluşturmayan durumlarda dosyayı inceleme hakkından söz edilemeyecektir.

Belirttiğimiz üzere, CMK m. 153, yalnızca müdafinin dosyayı inceleme hakkını düzenlememekte; aynı zamanda son fıkrada, suçtan zarar gören vekilinin de bu maddede öngörülen haklardan yararlanacağını öngörmektedir. 01.06.2005 tarih ve 25832 sayılı Resmi Gazete’ de yayımlanan, *Cumhuriyet Başsavcılıkları İle Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik* m. 45/5 ise, CMK m. 153/son hükmünü, mağdur, şikâyetçi, suçtan zarar gören ve vekillerine de dosya inceleme hakkı tanımak suretiyle genişletmiştir.

CMK’ nın 151. maddesi ile zorunlu görevlendirilen müdafinin, yargılamada bulunmaması, zamansız çekilmesi ve görevini savsaması durumlarında hâkim veya mahkemenin sanığa derhal yeni bir avukat atanmasını sağlama yetkisi düzenlenmiştir⁴⁶⁹. Veli tarafından atanan avukatın, esaslı işlemlerin yapıldığı oturumda bulunmaması ve ceza muhakemesi kanunun kıyasen geçerli olması karşısında, barodan görevlendirilen avukat yönünden mahkeme veya hâkime verilen denetim görevinin, veli veya vasisi tarafından sanık için tutulan avukatı da kapsayacağı kabul edilmeli ve CMK’ nın 151. maddesi kapsamında değerlendirilmelidir⁴⁷⁰. Her ne kadar CMK m. 153/son da “*Bu maddenin içerdiği haklardan suçtan zarar görenin vekili de yararlanır.*” diyor ise de, zorunlu müdafinin haklarının düzenlendiği bu maddenin, şüpheli veya sanık için atanan müdafinin görevini layıkıyla yerine getirmesi hususunda mahkemeye yetki veren 151. maddeyle birlikte ele alındığı; bu nedenle de suçtan zarar gören için atanan zorunlu vekilliği de kapsamı gerektiği kanaatindeyiz.

151. madde gereğince eğer yeni müdafî atanmışsa ve müdafî savunmasını hazırlamak için yeterli zamanının olmadığını açıklarsa, oturum ertelenebilir (CMK m. 151/2).

Dosyayı inceleme yetkisi dışında, müdafinin işlemlerin bildirilmesini isteme yetkisi vardır. Bildirimin nasıl yapılacağını düzenleyen CMK m. 37’ye göre, CMK’

⁴⁶⁹ Arslan, Saadettin, Soruşturma Evresi, Ankara 2007, s. 127.

⁴⁷⁰ Arslan, Saadettin, s. 127.

daki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, Tebligat Kanunu'nun hükümlerinin ceza işlerinde de geçerli olacağı belirtilmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 26.4.1993-3-53/124 sayılı içtihadına göre, sanığın ve müdafin yokluğunda tefhim olunan kararın sadece vekile tebliğ edilmesi gerekir. Ayrıca sanığa tebligat yapılmasına gerek yoktur⁴⁷¹. Vekile tebligat yapılamaması halinde sanığa tebligat yapılabilir⁴⁷². Zira ceza yargılamasında müdafî savunma yanında yer alan bir yargılama süjesi olduğundan, sanığa bildirilmiş olsa bile, işlem ve kararların ayrıca müdafîye de bildirilmesi şarttır. Sanığa bildirme yeterli olmamakta; sanığa ve müdafîye ayrı ayrı bildirim yapılması gerekmektedir⁴⁷³. Sanığa ve müdafîye ayrı ayrı bildirimler yapıldığında, süre hesaplanması gereken durumlarda, sürenin başlangıcı en son bildirmeden başlamalıdır⁴⁷⁴.

Kanunda, müdafin hazır bulunmasının yasaklandığı işlemlerin dışında, bir yargılama süjesi olarak müdafin hazır bulunma yetkisine sahip olduğu da belirtilmektedir. Sanığın hazır bulunmamasının müdafin hazır bulunmasıyla ilgisi olmamakla birlikte; sanık hazır bulunmasa da müdafinin bütün oturumlarda hazır bulunması gerektiği CMK' nın 197. maddesinde ifade edilmektedir. Aynı şekilde, Kanunun 244. maddesinde, gaip olan sanık adına müdafin delil toplama işlemlerine katılabilmesi öngörülmüştür⁴⁷⁵.

Müdafin, yakalanan ve tutuklananla görüşme ve hukuki yardımda bulunma yetkisi vardır. CMK m. 149/son' da, müdafin soruşturmanın her aşamasında, kolluk tarafından yapılan soruşturma da dâhil olmak üzere, yakalanan kişi ya da sanıkla

⁴⁷¹ Ceza muhakemesinde müdafî veya vekil her zaman için sanığın veya mağdurun temsilcisi olmadığı için, kural olarak, muhakeme işlemlerinin sanıkla müdafîye veya vekille mağdura ayrı ayrı bildirilmesi gerekir. Sadece müdafî/ vekile bildirim yapılması, sanığa/mağdura bildirim yerine geçmemelidir. Bu anlamda Tebligat Kanunu hükümlerinin müdafî/vekil tebligat konusunda, ceza muhakemesi hukuku açısından ayrıca ve açıkça düzenlenmesi yerinde olacaktır. Demirağ, Fahrettin, "Ceza Yargılamasında Tebligat Sorunları", Askeri Yargıtay'ın 85. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, Ankara 1999 (s. 315- 389), s. 386. 5271 sayılı CMK m. 35/2'deki düzenlemeyle aslında bunun yolunu açmıştır. Zira koruma tedbirlerine ilişkin olanlar dışında, aleyhine kanun yoluna başvurulabilecek hâkim veya mahkeme kararlarının, hazır bulunamayan ilgisine tebliğ edileceği belirtilerek müdafîin yanı sıra sanığa da tebligat yapılması gerektiği ifade edilmiştir.

⁴⁷² Cihan, Erol/ Yenisey, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1996, s. 301.

⁴⁷³ Yurtcan, CMK Avukatının ve Uzlaşma Avukatının Başvuru Kitabı, s. 5.

⁴⁷⁴ Bildirim konusunda Yargıtay'ın şu kararları dikkate alınmalıdır: "Tebligat Kanununa göre, vekil ile izlenen işlerde bildirimler vekile yapılır. Vekil birden çok ise bunlardan birine tebligat yapılması yeterlidir. (Tebligat Kanunu m. 11/1). Yanlış olarak asıla yapılan bildirim geçersizdir." Y. CGK, 5. 3. 1979, E. 6-41, K. 106. Aynı yönde, Y. 4. CD, 3.7.1978, E. 3391, K. 3236. Yurtcan, CMK Avukatının ve Uzlaşma Avukatının Başvuru Kitabı, s. 5.

⁴⁷⁵ Yurtcan, CMK Avukatının ve Uzlaşma Avukatının Başvuru Kitabı, s. 5.

görüşme, ifade alma ve sorgu süresince yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkına sahip olduğu ve bu hakkın engellenip kısıtlanamayacağı belirtilmiştir.

Müdafi, özellikle duruşma devresinin delillerin tartışıldığı döneminde tanıklara ve bilirkişilere soru sorabilir. CMK m. 201 gereğince, bu soruları, mahkeme başkanında izin almadan, doğrudan doğruya sorabilir.

Müdafi, sanık hakkında verilen kararlara karşı kanun yoluna başvurmak yetkisine de sahiptir. Kanun yoluna başvurma konusuna, kovuşturma evresinde mağdurun hakları başlığı altında değineceğimiz için, burada sadece mağdurun vekilinin de bu hakka sahip olduğunu belirtmek yetiniyoruz.

a- Mağdurun Vekili Aracılığı İle Soruşturma Belgelerini Ve Elkonulan Ve Muhafazaya Alınan Eşyayı İnceletme Hakkı

Mağdurun, vekili aracılığı ile soruşturma belgelerini inceletme ve soruşturmanın gizlilik ve amacını bozmamak koşuluyla (CMK m. 153' deki koşullara uygun olarak) bu belgelerden örnek alma hakkı olduğunu belirtmiştik. Yine, dosyayı inceleme hakkına esas itibariyle sadece mağdur vekilinin sahip olduğunu, mağdurun veya kanuni temsilcisinin, dosya içeriğine zarar verebilme ihtimaline karşılık, bu hakka sahip olmadığını belirtmiştik. Burada sadece bunları hatırlatmakla yetiniyoruz.

Ceza muhakemesinde delil olan ya da ileride delil olarak kullanılabilecek eşyanın, eşyayı elinde bulunduran kişinin rızası olmaksızın adliyenin eli altına alınarak, eşyayı elinde bulunduran kişinin eşya üzerindeki tasarruf yetkisini ortadan kaldırmak olarak tanımlanabilecek elkoyma sonucu ele geçirilen eşyalar ile ilgili işlemler, suçtan zarar gören mağdura Cumhuriyet başsavcılığınca gecikmeksizin bildirilir⁴⁷⁶. Böylece mağdur da dilerse, vekili aracılığıyla elkonulan ve muhafazaya alınan eşyaları incelettirme imkânı bulur. Ancak bunun için Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından bir kısıtlama kararı verilmemiş olması gerekmektedir.

⁴⁷⁶ 01.06.2005 Tarihli ve 25832 Sayılı RG' de yayımlana Suç Eşyası Yönetmeliği, m. 5.

b- Cumhuriyet Savcısının, Kovuşturmaya Yer Olmadığı Yönündeki Kararına Kanunda Yazı Usule Göre İtiraz Hakkını Kullanma (Kovuşturma Davası Açma Hakkı)

Cumhuriyet savcısı, yaptığı soruşturma neticesinde kamu davasının açılmasını gerektirecek yeterli delil elde edemezse veya kovuşturma olanağının bulunmadığının ortaya çıkması hallerinde *kovuşturmaya yer olmadığı* (CMK m. 172) kararı verir⁴⁷⁷. Bu karar, suçtan zarar görene bildirilir ve kararda itiraz hakkı, süresi ve merci de gösterilir.

Kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delilin elde edilememiş olmasından anlaşılması gereken şudur: Cumhuriyet savcısı soruşturma evresi sonunda mevcut delillere göre yaptığı değerlendirme sonucunda, yapılacak bir duruşmada, sanığın beraat etmesi ihtimalinin mahkûm olması ihtimalinden daha kuvvetli olduğu sonucuna ulaşıyorsa yeterli şüphe oluşturacak delil yok demektir. O halde, Cumhuriyet savcısı eldeki delillere göre sanığın beraat etmesi ihtimalini daha kuvvetli görüyor ise, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verir.

Kovuşturma olanağının bulunmamasından anlaşılması gereken ise, şüphelinin ölümü, af, zamanaşımı gibi hallerin dışında⁴⁷⁸, dava şartlarının gerçekleşmemiş olması ve gerçekleşme olanağının da bulunmamasıdır. Bilindiği üzere muhakeme şartları, dava şartları ve yargılama şartları olarak iki gruba ayrılmaktadır. Bunlardan yargılama şartları, açılmış bir kamu davasında yargılamanın yapılabilmesi için aranan şartlar iken; dava şartları, davanın açılabilmesi için aranan şartlardır. Ceza muhakemesi hukukumuzda dava şartları; şikâyet, dava süresi, izin, talep, yargı

⁴⁷⁷ Ayrıca, 5271 sayılı CMK, Cumhuriyet savcısına basit davalarda kamu davasını açmada takdir yetkisi de tanımıştır. Cumhuriyet savcısı, maslahata uygunluk (takdir yetkisi) sebebiyle takipsizlik kararı verebilmektedir. Buna göre; a) Cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da b) şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısı takipsizlik kararı verebilir. TCK'da etkin pişmanlık gösteren failin cezalandırılmayacağını düzenlediği bazı suçlar vardır. Örneğin, organ ve doku ticareti (TCK m. 93); yalan tanıklık (TCK m. 274); sahte para veya kıymetli damga üretme, ülkeye sokma ve nakletme (TCK m. 201); suç işlemek amacıyla örgüt kurma (TCK m. 221) gibi. Cumhuriyet savcısı bu gibi hallerde kovuşturmaya yer olmadığına karar verebilir. Yine, fail ile mağdur arasındaki belli derecede akrabalık ilişkisinin bulunması da, hırsızlık, karşılıksız yararlanma, suç eşyasını satın alma gibi bazı suçlar bakımından cezayı ortadan kaldıran kişisel neden olarak kabul edilmiştir ve bu hallerde de Cumhuriyet savcısı, kovuşturmaya yer olmadığı karar verebilecektir. Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmaması hususunda takdir yetkisini kullandığı bu gibi durumlarda verdiği kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı itiraz mümkün değildir (CMK m. 173/5).

⁴⁷⁸ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, s. 536.

bulunmaması, açık dava bulunmaması, önödeme ve uzlaşmadır. O halde bu şartlardan biri gerçekleşmemiş ise ve gerçekleşme ihtimali de yok ise, cumhuriyet savcısı kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vermelidir. Zira şartın belli bir süre sonra gerçekleşme ihtimali var ise, Cumhuriyet savcısının, bu şartın gerçekleşmesini beklemek üzere durma kararı vermesi gerekir⁴⁷⁹.

Kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verildikten sonra, yeni delil ortaya çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmaz (CMK m. 172/2). Yeni delil, sonradan elde edilen, kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilirken dosyada bulunmayan; bulunup da hiçbir surette değerlendirilmemiş olan delillerdir⁴⁸⁰. Ancak, dosyada bulunan bir delilin, savcı tarafından görülmediği ve değerlendirilmediğini kabul etmek her zaman mümkün değildir⁴⁸¹.

Kovuşturmayaya yer olmadığı kararının kesin hüküm niteliğini aldığı belirten görüşün yanı sıra⁴⁸²; bu kararın adli-idari bir işlem olduğu, bu nedenle kesin hüküm teşkil etmeyeceğini belirten görüş de mevcuttur⁴⁸³. Bu görüşe göre, kovuşturmayaya yer olmadığı kararı kesin hüküm oluşturmadığı için, yeterli delil ortaya çıktığında veya dava şartı gerçekleştiğinde yeniden soruşturmaya başlanabilir. Esasında, CMK m. 172/2'deki "yeni deli meydana çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmaz" düzenlemesi, bu konuda yol gösterici bir hüküm olarak, bu kararın kesin hüküm teşkil etmediğini işaret etmektedir. Aynı fiilden dolayı kamu davası açılabilmesi için yeni delilin varlığı arandığına göre, soruşturma işlemlerine başlanması için de yeni delillerin varlığı yeterlidir.

Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmaması hususunda takdir yetkisini kullandığı hallerin aksine (CMK m. 173/5), öğretilde kovuşturma davası olarak da adlandırılan kovuşturmayaya kararına itiraz⁴⁸⁴ suretiyle, savcının verdiği

⁴⁷⁹ Kanun'da bu hususa yer verilmemiştir. Uygulamada, herhangi bir karar verilmeden şartın gerçekleşmesi beklenmektedir. Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s. 434.

⁴⁸⁰ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, s. 536.

⁴⁸¹ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, s. 536.

⁴⁸² Yenisey, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma Semineri, I. Oturum, Uzlaşma, CMK 1, İstanbul Barosu Cep Kitapları, Seminer Notları, 10-11 (Aktaran: Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s. 435).

⁴⁸³ Özbek, Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, s. 734.

⁴⁸⁴ CMUK' ta kullanılan terminolojinin, CMK' da da aynen kullanıldığını görmekteyiz. Gerçekten, CMK' da da "itiraz" teriminin kullanılması yerinde olmamıştır. Zira itiraz hâkim kararlarına karşı kabul edilmiş bir kanun yolu iken, burada Cumhuriyet savcısının verdiği bir karara karşı dava açılması

kovuşturamama kararının yargısal denetimi söz konusu olmaktadır⁴⁸⁵. Kovuşturamama davasındaki amaç, kamu davası açma mecburiyeti ilkesinin denetiminin sağlanmasıdır⁴⁸⁶. Esasen belirtmek gerekir ki, suçtan zarar gören, kovuşturma davası açmadan önce başsavcıya da idari denetim amacıyla müracaat ederek, kovuşturamama kararının kaldırılmasını talep edebilir⁴⁸⁷.

Kovuşturamama davasını ancak suçtan zarar gören kişi açabilir. Suçtan zarar görenin birden fazla olması halinde, bunlardan her biri diğerlerinden bağımsız olarak bu davayı açma hakkına sahiptir. Ancak, suçtan zarar görenlerden biri tarafından açılan kovuşturamama davasına, diğer suçtan zarar görenler katılma yoluyla katılabilirler. Kovuşturamama davasının açılması bakımından suçtan zarar gören kavramının geniş yorumlanması gerekmektedir. Zira buradaki amaç, suçtan zarar gören kişinin tatmininden ziyade, kamu davasını açma mecburiyeti ilkesinin kontrolü ve bu ilkenin gerçekleştirilmesinin sağlanmasıdır. Vesayet veya velayet altında bulunan suçtan zarar gören için, bu davayı suçtan zarar görenin vasi veya velisi açabilir.

Kovuşturma davası, suçtan zarar gören kimse veya kanuni temsilcisi tarafından verilen itiraz dilekçesi ile açılmaktadır. Bu itiraz dilekçesinde, kamu davasının açılmasını gerektirebilecek olaylar ve deliller belirtilmelidir (CMK m. 173/2). Örneğin, yeterli delilin bulunduğu ortaya konmalıdır veya eksik olan dava şartının gerçekleştiği dilekçede delilleri ile gösterilmelidir. Deliller gösterilmemişse, dava esasa girilmeksizin reddedilmeli ve eksikliklerin giderilmesi istenmelidir.

söz konusudur. Bu nedenle doktrinde kullanılan “kovuşturma davası” teriminin daha uygun olduğu kanaatindeyiz.

⁴⁸⁵ Ünver, Yener / Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Cilt, Ankara 2012, s. 30.

⁴⁸⁶ Özbek, Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, s. 737.

⁴⁸⁷ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi, s. 30. CMUK’ da kamu davasını açma mecburiyeti ilkesinin şartları gerçekleşmiş olmasına rağmen, savcının kamu davasını açmaması durumunda, bu dava açmama kararına karşı, biri idari, diğeri de yargısal olmak üzere iki çeşit denetim öngörülmüştü. Böylece keyfiliğin önüne geçilmek istenmişti. CMK, CMUK m. 148/3’te yer alan idari denetime yer vermemiştir. Bu anlamda CMK, Cumhuriyet savcısının kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı valinin ve Adalet Bakanının denetimini kabul etmemiştir. Ancak hiyerarşik yapıya sahip savcılık içinde üst savcının da kovuşturmaya yer olmadığı (takipsizlik) kararını denetleyebileceği açıktır. Her savcılığın başında, o savcılıkta çalışan savcılar tarafından yerine getirilmesi mecburi emirler verebilen bir üst savcı, yani bir bakıma hiyerarşik bir amir vardır. Savcılığın başı durumunda bulunan üst savcı, kendi teşkilatının görevine giren, bütün işlerde yetkilidir ve vermiş bulunduğu bütün emirler, o savcılıkta görev yapan bütün savcılar tarafından yerine getirilir. Özbek, Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, s. 737.

Kovuşturma davası, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın suçtan zarar görene tebliğ edildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde açılmalıdır. Kanun metninde öngörülen bu 15 günlük süre hak düşürücü süredir. Ancak suçtan zarar görenin kusuru olmaksızın bu süreye uyma imkânı olmamışsa, CMK m. 40 uyarınca, eski hale getirme talep edilebilme imkânı saklıdır⁴⁸⁸.

31.03.2011 gün ve 6217 sayılı Kanununun 22. maddesiyle CMK m. 73'ün 1. fıkrasına getirilen değişiklikten önce; "Kovuşturma davası, kovuşturmaya yer olmadığı kararını veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi başkanlığına açılır." denmekte idi. Ancak 6217 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, birinci fıkrada yer alan "*ağır ceza mahkemesi başkanına*" ibaresi "*ağır ceza mahkemesine*" şeklinde değiştirilmiştir. Aynı şekilde, üçüncü ve dördüncü fıkralarda yer alan "Başkan" ibareleri "Mahkeme" ve altıncı fıkrasında yer alan "ağır ceza mahkemesi başkanının" ibaresi "ağır ceza mahkemesinin" şeklinde değiştirilmiştir. Söz konusu düzenleme, işin şehirden şehire dolaşmasını gerektiriyorsa da, amaç kovuşturmaya yer olmadığı kararını veren savcının etki alanının dışına bir yargılama makamı bulmak olduğundan yerindedir⁴⁸⁹. Ağır ceza mahkemesi, kararını vermek için soruşturmanın genişletilmesine gerek duyabilir. Bu durumda bu hususu açıkça belirtmek suretiyle, o yer sulh ceza hâkimini görevlendirebilir (CMK m. 173/3). Ağır ceza mahkemesi, kamu davasının açılması için yeterli nedenler bulunmazsa, istemi gerekçeli olarak reddeder; itiraz eden giderlere mahkûm eder ve dosyayı Cumhuriyet savcısına gönderir. Cumhuriyet savcısı, kararı itiraz eden suçtan zarar görene ve şüpheliye bildirir (CMK m. 173/3).

Ağır ceza mahkemesi, istemi yerinde görürse, Cumhuriyet savcısı iddianame düzenleyerek mahkemeye verir (CMK m. 173/4).

Kovuşturma davası sonucunda verilen kararlara karşı özel bir kanun yolu öngörülmemiştir. Bu da verilmiş olan kararların kesin olduğu sonucunu ortaya

⁴⁸⁸ Bunun için suçtan zarar gören, engelin kalkmasından itibaren 7 gün içinde, sürenin geçmesinde kusuru olmadığına ilişkin olguları, varsa belgelerini de eklediği dilekçesini, süreye uyulduğunda usule ilişkin işlemleri yapacak olan mahkemeye vermelidir. Dilekçe verildiği anda usule ilişkin yapılamayan işlemler de yerine getirilir (CMK m. 40).

⁴⁸⁹ Özbek, Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, s. 739.

koymaktadır⁴⁹⁰. Gerçekten CMK m. 173/6' da yer alan” *İtirazın reddedilmesi halinde; Cumhuriyet savcısının, yeni delil varlığı nedeniyle kamu davasını açabilmesi, önceden verilen dilekçe hakkında karar vermiş olan ağır ceza mahkemesinin bu hususta karar vermesine bağlıdır.*” şeklindeki düzenleme de bunun bir ifadesini oluşturmaktadır. Aynı şekilde, CMK m. 173/4' teki “Başkan istemi yerinde bulursa, Cumhuriyet savcısı iddianame düzenleyerek mahkemeye verir.” şeklindeki düzenleme de aynı sonuca ulaşılmasını gerektirmektedir⁴⁹¹.

E- Tercümandan Yararlanma Hakkı

Ceza Muhakemesi Kanununun 202. maddesi uyarınca, mağdur, meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmiyorsa, soruşturma evresinde hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından tercüman atanır (CMK m. 202/son). Aynı şekilde, engelli olan mağdura da soruşturma evresinde, hakkındaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar tercüman vasıtasıyla anlatılır.

Bu düzenlemeler bakımından dikkat edilmesi gereken husus, madde de belirtildiği üzere, mağdurun tercüman hakkından yararlanabilmesi için, meramını anlatacak kadar Türkçe bilmemesi veya engeli olması yeterli görülmüştür. Bunun dışında mağdurun Türk veya yabancı olması bakımından kanun koyucu bir şart aramamıştır. Bu durumda mağdur yabancı uyruklu olabileceği gibi, Türkiye’de yaşan Türkçe bilmeyen ve anlamayan değişik etnik kökene sahip Türk vatandaşı da olabilir. Bu düzenlemeyle, tercümandan yararlanma hakkı, adil yargılanma ve silahların eşitliği ilkesinin bir gereği olarak mağdur açısından da öngörülmüştür⁴⁹².

Ceza Muhakemesi Kanununun “*Yargılama Giderleri*” başlıklı 324. maddesinin 5. fıkrasına göre; “*Türkçe bilmeyen ya da engelli olan şüpheli, sanık, mağdur veya tanık için görevlendirilen tercüman giderleri, yargılama gideri sayılmaz ve bu giderler Devlet Hazinesince karşılanır*”.

⁴⁹⁰ Özbek, Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, s. 739.

⁴⁹¹ CMUK’ ta yer alan mevcut düzenlemelerden de aynı sonuca ulaşılmakta ve fakat yine de bu kararlara karşı kanun yararına bozma (yazılı emir) (CMK m. 309) yoluna gidilebileceği kabul edilmekteydi. Aynı görüşün geçerliliğini koruduğu söylenebilir. Özbek, Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, s. 739.

⁴⁹² Gülşen, s. 688.

IV- 5271 SAYILI CMK'DA YER ALAN KOVUŞTURMA EVRESİNDE MAĞDURUN HAKLARI

A- Genel Olarak

İddianamenin kabulüyle başlayıp⁴⁹³ (CMK m. 175), iddia ve savunma ışığında yargılama neticesinde verilen bir hükümle (CMK m. 233) sona eren ve duruşma hazırlığı, duruşma ve son karar devrelerinden ibaret bulunan ceza muhakemesi safhasına kovuşturma evresi; bu evrede yapılan işlemlere de kovuşturma işlemleri denmektedir⁴⁹⁴. CMUK' un aksine, CMK sisteminde, mahkemece yapılan incelemede iddianamenin kanuna uygun düzenlendiği anlaşılırsa, iddianamenin kabulü kararı verilir ve iddianamenin kabulüyle birlikte kamu davası açılmış olur ve kovuşturma evresi başlar⁴⁹⁵.

Kovuşturma evresinin üç devresinin bulunduğunu belirttik. Bunlar, duruşma hazırlığı devresi; duruşma devresi ve nihayet son karar devresidir. Adından da anlaşılacağı üzere, duruşmayı hazırlık görevi olan, duruşma hazırlığı devresinde kural olarak mahkeme başkanı yetkilidir ve bu devrede muhakemeye ilişkin biçimsel işler (duruşma gününün belirlenmesi, duruşmada hazır bulunması gereken kişilerin çağırılması gibi) yapılmaktadır. Bu evrede istisna da olsa esasa ilişkin işlemler de yapılmaktadır. Duruşma hazırlığı devresinde saptanan günde, yetkili mahkemenin duruşma salonunda tanık ve bilirkişi yoklaması ile başlayıp hükme iştirak edecek hâkim veya hâkimlerin huzuru, zabıt kâtibinin yerini alması, savcı ve kural olarak sanığın ve müdafinin katılımıyla ara vermeksizin, halka açık ve sözlü olarak cereyan eden, delillerin ikame edilip tartışılması suretiyle maddi gerçeğe ulaşılmaya çalışılan ve son sözün sanığa verilmesiyle sona eren, kovuşturma safhasının en önemli devresine duruşma denilmektedir⁴⁹⁶. Ceza muhakemesinin belki de en önemli evresi

⁴⁹³ Cumhuriyet savcısının düzenleyerek mahkemeye sunduğu iddianamenin hüküm ve sonuç doğurması, "iddianamenin kabulü" olarak adlandırılan ve kurucu şart niteliği taşıyan bir kararın verilmesine veya kanunen verilmiş sayılmasına bağlıdır. Gültekin, Özkan, Öğreti ve Uygulamada İddianame ve İddianamenin İadesi, Ankara 2011, s. 295 vd.

⁴⁹⁴ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 549.

⁴⁹⁵ CMK' da açıkça ifade edilmemesine rağmen; İddianamenin yetkili mahkemeye verilmesiyle ara muhakeme evresi başlar; iddianamenin mahkemece kabul edilip kovuşturma evresinin açılmasıyla ara muhakeme evresi son bulur. Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda da kanunda açıkça yazmamasına rağmen, doktrinde bu evreye, neredeyse oybirliği ile ara muhakeme evresi denmektedir. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 539.

⁴⁹⁶ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 551.

budur. Zira daha öncesinde, soruşturma evresinde ve duruşma hazırlığında yapılan bütün işlerdeki amaç, duruşma evresini hazırlamaktan ibarettir. Delillerin dinlenmesinden ve nihayet son sözün sanığa verilmesinden sonra, mahkemenin, duruşmada ileri sürülüp tartışılmış delillerden edineceği kanaate göre (CMK m. 217/1), yalnız iddianamede beyan olunan suça ve bu suç şüphesi altında bulunan sanığa hasredilecek (CMK m. 225) bir hüküm kurmak (son kararı vermek) üzere müzakereye çekilmesi ile başlayan, mahkeme başkanı tarafından idare edilen bir hükmün (son kararın) tefhimi ile sona eren, son soruşturmanın son devresine ise son karar devresi denmektedir⁴⁹⁷.

Delillerin değerlendirip, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında son derece önemli olan kovuşturma evresinde, taraflara kendilerini ifade edebilmeleri anlamında imkânların tanınması şüphesiz ki çok önemlidir. Bu anlamda, 1992 tarihli değişiklikten beri sanık haklarında iyileştirilmeye gidilirken, mağdurun ihmal edildiğini görmekteydik. Ancak 5271 sayılı CMK, gerek şüpheli ve sanığa ve gerekse mağdura yönelik düzenlediği haklarla, iddia-savunma arasındaki silahların eşitliği ilkesini hayata geçirmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu ile mağdura tanınan tüm haklar, onun yararı ve korunması düşünülerek düzenlenmiştir. Bu hakların bir kısmını kullanmak tamamen mağdurun isteğine bırakılmışken; bir kısmı ise mahkeme tarafından zorunlu olarak gözetilmesi gereken haklar olarak düzenlenmiştir.

Bu bölümde, 5271 sayılı CMK ile getirilen ve mağdura kovuşturma evresine katılıp hakkını arama imkânı veren haklara değineceğiz.

B- Duruşmadan Haberdar Edilme

Mağdur, duruşmadan haberdar edilme hakkına sahiptir. Nitekim Yargıtay'ın da belirtmiş olduğu üzere, duruşmanın kararlaştırılan günden önce ve katılan sıfatını almış mağdurun yokluğunda yapılıp sonuçlandırılması Kanuna aykırıdır⁴⁹⁸. Mahkemenin bu durumu re' sen dikkate alması gerekmektedir. Bunun için mağdurun davaya katılması, katılan sıfatını alması da gerekli değildir. Ancak

⁴⁹⁷ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 559.

⁴⁹⁸ Y. 4. CD, 10.04.2006, E. 1559, K. 9173, Yılmaz, Ceza Muhakemesinde Mağdurun Hakları, s. 206.

katılma talebinde bulunmuş ve katılan sıfatını almış ise duruşmadan haberdar edilmesi durumunda muhakemeye yön verebilecek imkâna sahip olacaktır. Bu hak kapsamında duruşma gün ve saatinin mağdura bildirilmesi zorunludur⁴⁹⁹.

Zorunlu vekilliğin söz konusu olduğu durumlarda, vekilin de duruşmada hazır bulunması kanuni bir zorunluluktur (CMK m. 188/1).

Davaya katılıp katılan sıfatın alan mağdur, duruşmada, mahkeme başkanı veya hâkim aracılığı ile soru yöneltme hakkına sahiptir (CMK m. 201/1). Bu düzenlemede dikkati çeken husus, eski CMUK m. 232'den farklı olarak yeni düzenlemede, doğrudan soru yöneltebilecek sùjelerin kapsamının genişletilmiş ve katılımın da bu hakkın kapsamına alınmış olmasıdır. Her ne kadar katılana doğrudan soru sorma hakkı ancak mahkeme başkanı veya hâkim aracılığı ile mümkün kılınmış olsa da bu düzenleme son derece önem arz etmektedir. Bilindiği üzere, doğrudan soru yöneltme, duruşma evresinde söz konusu olmaktadır. Duruşma esnasında, Cumhuriyet savcısı, müdafî veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat da katılan sıfatını kazanmış olan mağdura, duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilirler (CMK m. 201/1).

Mağdur, meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmiyorsa; mahkeme tarafından atanan tercüman aracılığıyla, duruşmadaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar tercüme edilir (CMK m. 202/1). Aynı şekilde engelli olan mağdura, duruşmadaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar, anlayabilecekleri biçimde kendilerine anlatılır (CMK m. 202/2).

5271 sayılı CMK' nın getirdiği yeni düzenlemelerden biri de, kişisel veriler ve özel hayatın korunması bağlamında, mağdura ait kişisel verilerin yer aldığı belgelerin, açıkça istemeleri halinde, kapalı oturumda okunmasına mahkemece karar verilebilmesidir (CMK m. 209/son).

⁴⁹⁹ CMK m. 175/2 uyarınca; "Mahkeme, iddianamenin kabulünden sonra duruşma gününü belirler ve duruşmada hazır bulunması gereken kişileri çağırır".

Duruşma esnasında, kimi belgelerin okunmasına, davaya katılan mağdur veya vekili ile Cumhuriyet savcısı, sanık veya müdafî birlikte rıza gösterebilirler (CMK m. 211/son)

Suç ortağının, tanığın veya bilirkişinin dinlenmesinden ve herhangi bir belgenin okunmasından sonra, bunlara karşı bir diyecekleri olup olmadığı katılana veya vekiline sorulur (CMK m. 215). Yine, duruşmada ortaya konulan delillerle ilgili tartışmada söz ilk olarak katılana veya vekiline verilir (CMK m. 216).

C- Kamu Davasına Katılma

Mağdurun, kovuşturma evresinde sahip olduğu haklardan biri de kamu davasına katılmadır. Başka bir deyişle, kamu davasına katılarak muhakemeye yön verebilme imkânına sahip olmasıdır. Mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanların, CMK' nın kendisine tanıdığı hak ve yetkileri haiz olarak, savcının yanında yer almasına "davaya katılma"; talebin kabul edilmesi halinde, davaya katılma isteminde bulunan kişiye de (mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumluya) "katılan" denmektedir. *Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2002 tarihli bir kararına göre*⁵⁰⁰; Kamu davasında katılan sıfatını alabilmenin en önemli koşulu suçtan doğrudan doğruya zarar görmüş olmaktır. Dolaylı zararlar nedeniyle kamu davasına katılma olanaklı değildir. Bu nedenle suçtan doğrudan doğruya zarar görmeyen bir kimse, kamu davasına katılmayacağı gibi, yasa yollarına başvurma hak ve yetkisine de sahip olmayacaktır. Yine, *Yargıtay 11. CD'nin 05.02.2007 tarihli 4488/518 sayılı kararına göre; Sosyal Sigortalar Kurumu'na ait basılı evrak doldurularak, adı geçen kurumun mührü ile yetkililerin imzalarının taklidi suretiyle işlenen sahtecilik suçundan dolayı kurumun zarar gördüğü ve davaya katılmasına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde katılma kararının kaldırılmasına karar verilmesi, yasaya aykırıdır.*

Katılma talebinde bulunmaya hakkı olan kişilerin, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar şikâyetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılmaları mümkündür. Bu duruma

⁵⁰⁰ YCGK, E. 2002/6-92, K. 2002/223, T. 26.03.2002, Özbek, Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, s. 908.

işaret eden *Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun, 21. 03. 2006, 9-46/51* sayılı kararına göre; “ *1 Haziran 2005 tarihinden önce sonuçlandırılan yargılamada kamu davasına katılma konusunda 1412 sayılı CMUK'un 365 ve devam eden maddelerine uygun olarak işlem yapılması, bu süreçte düzenlemeye uygun olarak son soruşturma aşamasında katılan sıfatını almayan bir kimsenin, olağan yasa yollarından alan temyiz davasında kamu davasına katılmasına yasal olarak olanak bulunmamaktadır. 5271 sayılı CMK' nın yürürlüğe girmiş olması, daha önce yürürlükte olan yargılama yasasına uygun olarak sonuçlandırılan davalarda, yakınana yeni bir hak bahşetmeyecektir*⁵⁰¹. ” CMK' nın 237. maddesinin son fıkrasında da belirtildiği üzere, kanun yolu muhakemesinde davaya katılma isteğinde bulunulamaz.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 237 ile 243. maddeleri arasında kamu davasına katılma düzenlenmiştir. Konuya ilişkin ilk bölümde “Katılan” başlığı altında yaptığımız açıklamalara istinaden, burada sadece, katılan sıfatını alması durumunda mağdurun sahip olacağı hakları belirtmekle yetineceğiz. Bu kurumdan etkili bir şekilde yararlanması katılanın sahip olduğu haklara bağlıdır ve bu haklardan bazılarını, öneminden dolayı, aşağıda ayrı başlık altında teker teker ele alacağız.

Mağdur veya suçtan zarar gören, davaya katıldığında, mahkemeden kendisine bir avukat görevlendirilmesini istemek hakkına sahiptir. CMK m. 239 gereğince, mağdur veya suçtan zarar görenin çocuk, sağır ve dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede akıl hastası olması halinde, avukat görevlendirilmesi için istem aranmamaktadır. Bu hallerin varlığı halinde, avukat görevlendirme zorunluluğu olduğu görülmektedir.

Kanun koyucu, katılma talebinde bulunabilecekleri sayarken, malen sorumluya yer vermiş olmasına rağmen, zorunlu avukat görevlendirilmesinde, malen sorumludan söz etmemiştir. Başka bir ifadeyle, 239. maddenin başlığında, katılıandan söz edilmesine rağmen, metinde sadece mağdur ve suçtan zarar görenden söz edilmiştir. Buradan da, avukat talep etme hakkının malen sorumlu olanlara tanınmış bir hak olmadığı sonuca varabiliriz.

⁵⁰¹ Yılmaz, Zekeriya, Ceza Muhakemesinde Mağdur Hakları, s. 74.

5271 sayılı kanunun 237. maddesinde belirtildiği üzere, “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.” Mahkeme her somut olayda suçtan zarar gören sıfatına sahip olup olunmadığını takdir edecektir. Ancak, suçtan zarar gören olarak davaya katılınması bazı kanunlarda özel olarak düzenlenmiştir. Örneğin 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 115. maddesinin 2. fıkrasında; Başvuru üzerine kamu davası açılması hâlinde iddianamenin kabulü ile birlikte, bir örneği Kurula tebliğ edilir ve Kurul aynı zamanda katılan sıfatını kazanır. Yine aynı şekilde 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet Ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanununun 18. maddesine göre; “... Yukarıdaki fıkra göre yapılan ihbar veya takipsizlik kararı ve iddianame Cumhuriyet başsavcılığınca, Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü ile varsa diğer ilgili kamu kurum veya kuruluşlarına bildirilir. Hazine avukatının yazılı başvuruda bulunması halinde Maliye Bakanlığı, başvuru tarihinde müdahil sıfatını kazanır. Konuya ilişkin Yargıtay kararlarından da örnek vermek gerekirse; Yargıtay 5. Ceza Dairesi 2012/2126 Esas, 2012/5016 Karar ve 10.05.2012 tarihli kararında; Sanıklar A. Sarı ve M.Tozgül haklarında rüşvet vermek, sanık Mahmut Y. hakkında rüşvet almak suçlarından kamu davası açıldığı, 3628 sayılı Yasanın 14 ve 18. maddelerine göre hazinenin bu suçun zarar göreni olduğu, bu sıfatının gereği olarak CMK' nın 233 ve 234. maddeleri gereğince kovuşturma evresinde sahip olduğu davaya katılma ve öteki haklarını kullanabilmesi için Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü'nün duruşmadan haberdar edilmesi gerektiği halde, usulen dava ve duruşmalar bildirilmeden, davaya katılma ve Ceza Muhakemesi Kanununun mağdur ve katılanlar için öngördüğü haklardan yararlanma olanağı sağlanmadan yargılamaya devam edilerek yazılı biçimde hükümler kurulması kanuna aykırıdır.” şeklinde karar vermiştir.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi 2012/4695 Esas, 2012/4910 Karar ve 09.05.2012 tarihli kararında; “CMK' nın 260/1. maddesine göre kamu davasından haberdar edilmemiş ya da haberdar olmamış bulunup da katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş olan hazinenin kanun yollarına başvurma hakkının bulunduğu gözetilerek, hükümlerin 19/01/2011 havale tarihli dilekçe ile hazine vekili tarafından

teyiz edildiği nazara alınarak yapılan incelemede, iddianameler ve hükmün içeriğine göre sanık Ali Nazmi Başkan hakkında suç işlemek amacıyla örgüt kurmak ve yönetmek ve ihaleye fesat karıştırmak, diğer sanıklar hakkında ise ihaleye fesat karıştırmak suçlarından kamu davası açıldığı, 3628 sayılı Yasanın 14 ve 18. maddelerine göre hazinenin bu suçların mağduru ve suçtan zarar göreni olduğu, bu sıfatının gereği olarak CMK' nın 233 ve 234. maddeleri gereğince kovuşturma evresinde sahip olduğu davaya katılma ve öteki haklarını kullanabilmesi için Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü'nün duruşmadan haberdar edilmesi gerektiği halde, usulen dava ve duruşmalar bildirilmeden, davaya katılma ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun mağdur ve katılanlar için öngördüğü haklardan yararlanma olanağı sağlanmadan yargılamaya devam edilerek yazılı biçimde hüküm kurulması” nı kanuna aykırı bulmuştur.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi 2012/2922 Esas, 2012/3022 Karar ve 02.04.2012 tarihli kararına göre; “Sanık hakkında zimmet suçundan kamu davası açıldığı, 3628 sayılı Yasanın 14 ve 18. maddelerine göre hazinenin bu suçun mağduru ve suçtan zarar göreni olduğu, bu sıfatının gereği olarak CMK'nın 233 ve 234. maddeleri gereğince kovuşturma evresinde sahip olduğu davaya katılma ve öteki haklarını kullanabilmesi için Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü'nün duruşmadan haberdar edilmesi gerektiği halde, usulen dava ve duruşmalar bildirilmeden, davaya katılma ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun mağdur ve katılanlar için öngördüğü haklardan yararlanma olanağı sağlanmadan yargılamaya devam edilerek yazılı biçimde hüküm kurulması kanuna aykırıdır.⁵⁰²”

⁵⁰² Konuya ilişkin başka Yargıtay kararları da örnek verilebilir: Yargıtay 5. Ceza Dairesi 2012 /612 Esas, 2012/2760 Karar ve 27.03.2012 tarihli kararına göre; “3628 sayılı Yasanın 18. maddesi gereğince, hazinenin zimmet suçundan zarar gören sıfatının gereği olarak CMK' nın 234/1-b maddesi gereğince kovuşturma evresinde sahip olduğu davaya katılma ve diğer haklarını kullanabilmesi için Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü'nün duruşmadan haberdar edilerek yasal hakları hatırlatıldıktan sonra aynı Yasanın 238. maddesi uyarınca katılma konusundaki istemi sorulup talep halinde ilgili bakanlıkları temsilen hazinenin müdahil sıfatıyla davaya kabulünün gerektiğinin gözetilmemesi kanuna aykırıdır.”

Yargıtay 5. Ceza Dairesi 2010/9136 Esas, 2012/120 Karar ve 18.01.2012 tarihli kararına göre de; “3628 sayılı Yasanın 17 ve 18. maddelerine göre hazinenin sanıklara yüklenen suçların mağduru ve suçtan zarar göreni olduğu, bu sıfatının gereği olarak CMK' nın 234/1-b maddesi gereğince kovuşturma evresinde sahip olduğu davaya katılma ve öteki haklarını kullanabilmesi için Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü'nün duruşmadan haberdar edilmesi gerektiği halde, usulen dava ve duruşmalar bildirilmeden, davaya katılma ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun mağdur ve katılanlar için öngördüğü haklardan yararlanma olanağı sağlanmadan yargılamaya devam edilerek yazılı biçimde hükümler kurulması kanuna aykırıdır.”

Benzer şekilde 213 sayılı Vergi Usul Kanununun Bazı Kaçakçılık Suçlarının Cezalandırılmasında Usul başlıklı 367. Maddesine göre de; “Yaptıkları inceleme sırasında 359 uncu maddede yazılı suçların işlendiğini tespit eden Vergi Müfettişleri ve Vergi Müfettiş Yardımcıları** ile stajyer gelirler kontrolörleri tarafından ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaasıyla doğrudan doğruya ve vergi incelemesine yetkili olan diğer memurlar tarafından ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaasıyla vergi dairesi başkanlığı veya defterdarlık tarafından keyfiyetin Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesi mecburidir. 359 uncu maddede yazılı suçların işlendiğine sair suretlerle ittila hasıl eden Cumhuriyet başsavcılığı hemen ilgili vergi dairesini haberdar ederek inceleme yapılmasını talep eder...”

Görüldüğü üzere, 213. sayılı Vergi Usul Kanununun 367. maddesinde Defterdarlık Veya Vergi Dairesi Başkanlığından mütalaa alınması dava şartı olarak düzenlenmiştir. Kanımızca her ne kadar kanunda bu kurumlar için 6362 sayılı kanundaki gibi özel bir hükümlerle katılan sıfatına haiz olacakları belirtilmemişse de, bu kurumların da açılacak kamu davasında katılan sıfatına sahip olmaları gerektiği kanaatindeyiz.

Bu başlık altındaki açıklamalarımıza son vermeden önce, katılanın hakları bakımından, CMUK ile CMK bakımından çok kısa bir kıyaslama yapma ihtiyacı duymaktayız. CMUK’ ta katılanın hakları şahsi dava hükümlerine atıf yapılarak düzenlenmiş idi. Konuyu düzenleyen CMUK m. 354’ e göre; *Kamu davasında Cumhuriyet savcısı nasıl dinlenirse şahsi davada dahi davacı celbolunarak öylece dinlenir. Kamu davasında Cumhuriyet savcısına tebliğ edilmek lazımgelen her karar, şahsi davada da davacıya tebliğ olunur. Şu kadar ki celplameler zabıt kâtibî tarafından tebliğ edilir. Davacıya duruşma için tebliğ edilen celplama ile duruşma günü arasında en az bir hafta müddet bulunmalıdır. Davacı, avukatı veya davavekili hâkimin müsaadesiyle mahkeme kâtibinin huzurunda dosyadan malumat alabilirler.*” CMK’ da ayrıca böyle bir hükme yer verilmemesinin nedeni mağdur ve şikâyetçi haklarını düzenleyen CMK m. 234 hükmüdür. Bu durumda her iki yasa

karşılaştırıldığında, CMK bakımından katılanın daha fazla yetkiye sahip olduğu görülmektedir⁵⁰³.

D- Tutanak ve Belgelerden (Vekili Aracılığı İle) Örnek İsteme

Kamu davasına katılan mağdurun, tutanak ve belgelerden örnek isteme hakkı bulunmaktadır. CMK m. 234/1 (b) -3 bendinde yer alan “*vekili aracılığı ile*” ibaresi, Anayasa Mahkemesi’nin 21. 07. 2012 gün 28360 sayılı R.G’ de yayımlanan, 17. 05. 2012 ve 2011/37- 2012/69 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Artık katılan, vekili olmadan da tutanak ve belgelerden örnek alabilecektir.

Mağdurun hem soruşturma evresinde, hem de kovuşturma evresinde, belgelerden örnek isteme hakkına sahip olduğunu belirttik. Soruşturma evresinde, soruşturmanın gizlilik ve amacını bozmamak koşuluyla bu haktan yararlanabileceken; kovuşturma evresinde, zaten gizlilik söz konusu olmadığı için, böyle bir koşul aranmamıştır.

E- Tanıkların Davetini İsteme

Beyan delilleri arasında kabul edilen tanık beyanı, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında vazgeçilmezdir. Tanık beyanı, muhakemenin en önemli delil kaynaklarından. Bu önemine rağmen, gerek CMK’ da ve gerekse diğer usul kanunlarında tanık kavramının tanımına yer verilmemiştir. Ancak doktrinde kabul gören tanıma göre; muhakeme konusu olay hakkında beş duyusu vasıtasıyla edindiği bilgileri hâkime anlatan kişiye tanık denmektedir⁵⁰⁴. Kanun koyucu, tanık olarak dinlenecek kişiler bakımından kişisel ya da fiziksel herhangi bir özellik arama yoluna gitmemiştir. Ceza muhakemesinde her şeyin delil olabilmesi kuralı gereğince, herkes tanık olabilir⁵⁰⁵. Çocuk, yetişkin, engelli, eğitilmiş, eğitimsiz, sanığın yakını,

⁵⁰³ Özbek, Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, s. 912.

⁵⁰⁴ Şahin, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğruyalığı İlkesi), Ankara 2001, s. 107. Bunun dışında da tanıma ilişkin birçok tanım yapılmıştır. Örneğin, “*Uyuşmazlığın taraflarından olmayan, fakat uyuşmazlık konusu maddi sorunla ilgili, duyu organlarından en az biri aracılığıyla bilgi edindiği, adli bir faaliyet yürüten resmi makamlarca varsayılan üçüncü kişi*” şeklinde tanımlanmıştır. Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesinde Tanıklık, Ankara 1996, s. 28. Kantar ise şöyle tanım yapmıştır: “*Hariçte geçen olaylarla ilgili olarak bildiklerini hâkime açıklamaya mecbur olan üçüncü kişiye tanık denir.*” Kantar, s. 70.

⁵⁰⁵ Balo, Tanık Koruma, s. 47.

eşi, dostu vs. bir ayırım yapılmamıştır. Olay hakkında bilgi sahibi olmak koşulu yeterli sayılmıştır.

Mağdur, CMK kapsamında tanıkların davetini isteyebileceği gibi, kendisi de tanık durumunda olabilir. Zira suç mağduru aynı zamanda olayın tanığı durumundadırlar⁵⁰⁶ ve tanık olarak dinlenecekleri zaman, uyuşmazlığın tarafı olduklarından, yeminsiz dinlenebilirler⁵⁰⁷. 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu, suç mağdurlarının beyanlarının tanık beyanı olarak kabul edilip edilmeyeceği yönündeki tartışmaya girmeden, bu kişiler hakkında da tanık koruma tedbirlerine başvurulabileceğini hüküm altına almıştır⁵⁰⁸. Ancak şunu da belirtelim ki, mağdur, davaya katıldıktan ve katılan sıfatını aldıktan sonra, artık katıldığı dava bakımından taraf olacağından, tanık olarak dinlenmemesi⁵⁰⁹ gerekmektedir. CMK m. 234/2 gereğince, kendisine zorunlu olarak vekil görevlendirildiği veya görevlendirilmesi gerektiği durumlarda, vekil olmaksızın mağdurun tanık sıfatıyla dinlenmesi hukuka aykırı kabul edilmiştir⁵¹⁰.

Az önce belirttiğimiz gibi, mağdur, tanıkların davetini isteme hakkına da sahiptir. Bu hak esasında, soruşturma evresinde mağdura tanınan, delillerin toplanmasını isteme hakkının da bir sonucudur. Bu kapsamda mağdur, bir tanığı varsa, bu kişinin dinlenmesini talep edebilecektir. Ancak eğer bu tanık mağdurla birlikte duruşmaya gelerek tanıklık yapmak istemiyorsa, mahkeme tarafından davet edilebilir ve hatta gerektiğinde zorla getirilebilir⁵¹¹. Bunun dışında, CMK m. 178 gereğince, mahkeme başkanı veya hâkim, katılanın getirdiği tanık veya uzman kişinin çağrılması hakkındaki dilekçeyi reddettiğinde, katılan o kişileri mahkemeye getirebilir ve bu takdirde de mahkeme tarafından dinlenmeleri gerekir.

⁵⁰⁶ AİHM Delta/Fransa kararında, mağdur ifadesinin tanık ifadesi olarak kabul edilmesi gerektiğini kararlaştırmıştır. Balo, Tanık Koruma, s. 61.

Balo, Tanık Koruma, s. 60.

⁵⁰⁸ Turhan, Faruk, Ceza Muhakemesinde Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması-Türk, Alman ve Avusturya Hukuklarında Karşılaştırmalı Olarak, Ankara 2009, s. 190.

⁵⁰⁹ Fezyioğlu, Tanıklık, s. 41.

⁵¹⁰ Koca/Üzülmez, Mağdurun Korunması, s. 147.

⁵¹¹ CMK m. 43 gereğince, tanıklar çağrı kâğıdı ile çağrılır ve çağrı kadında gelmemenin sonuçları bildirilir. Yine CMK m. 44'e göre de, usulüne uygun olarak çağrılıp da mazeretini bildirmeksizin gelmeyen tanıklar zorla getirilir ve gelmemenin sebep olduğu giderler bu kişiye ödetilir. Bu hükümlerin mağdurun dinletilmesini istediği tanıklar bakımından uygulanacağı kanaatindeyiz.

Mağdurun dinlenmesi gereken durumlarda, çağrıya uymayan mağdurun durumunun ne olacağı CMK m. 233/2’de düzenlenmiştir. Buna göre, yapılacak çağrı bakımından tanıklara ilişkin hükümler uygulanacaktır. CMK m. 44, çağrıya uymayan tanıklar hakkında ne yapılacağını düzenlemektedir. Bu hükme paralel olarak, ifadesine başvurulmak üzere çağrı gönderilen müştekinin gelmemesi üzerine, zorla getirilmesi yetkisi 6.12. 2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 sayılı Yasanın 20. maddesiyle değişik 5271 sayılı CMK’ nın 146. maddesinin 4. ve 5. fıkralarıyla ve eklenen 7. fıkrasıyla Cumhuriyet savcısına da tanınmıştır. Bu durumda, çağrıya resmen gelmeyen tanık, bilirkişi, mağdur ve şikâyetçi ile ilgili olarak da zorla getirme kararı verilebilir (CMK m. 146/7). Çağrıya rağmen gelmeyen mağdur, eğer tanık olarak dinlenmeyecekse, çağrıya uymayan tanıklara ilişkin CMK m. 44 bu durumda söz konusu olmayacaktır. Buna göre, mağdur zorla getirilmeyecek ve gelmemesinin sebep olduğu giderler de kendisine ödettilerilmeyecektir. Bu kişilerin çağrıya uymamaları halinde haklarında CMK’ nın “*Mağdur ve şikâyetçinin davete uymamaları*” başlıklı 235. maddesi uygulanacaktır. CMK m. 235 hükmüne göre, mağdur veya vekilinin dilekçede veya tutanağa geçirilmiş olan beyanlarında belirttikleri adrese tebligat yapılacaktır. Bu adrese çıkartılan çağrıya rağmen gelmeyen kişiye yeniden tebligatta bulunulmayacaktır. Belirtilmiş olan adresin yanlışlığı, eksikliği veya adres değişikliğinin bildirilmemesi nedeniyle tebligat yapılamıyorsa, adresin araştırılması gerekmemektedir. Fakat bu kimselerin beyanlarının alınmasının zorunlu görüldüğü hallerde adresin araştırılmayacağına yönelik olan hüküm uygulanmayacaktır. CMK’ nın gerekçesinde de belirtildiği üzere, bu kişilerin mutlaka dinlenilmesi gereken hallerde, ceza yargılamasında maddi gerçeğin araştırılması esas olduğu ve şekli gerçeğe yetinilmediği için, mağdur aranıp bulunacaktır⁵¹².

F-Vekil Yardımından Yararlanma

Mağdura tanınan haklardan biri ve bize göre en önemlisi vekil yardımından yararlanma hakkıdır. Zira haklarını bilmeyen, hukuki bilgisi olmayan veya zayıf olan mağdurun, kendisinin korunması için öngörülen haklardan yararlanması düşünülemez. Hukuki yardım alacağı bir avukatının olması CMK’ nın öngördüğü

⁵¹² Ancak mağdur için mevcut olan bu zorunluluk, mağdur vekili için söz konusu olmayacaktır. Ünlütepe, s. 65.

düzenleme sayesinde mümkün hale gelecektir. Bu nedenle bu hak uygulama açısından son derece önem arz etmektedir.

Mağdur kendi istediği bir avukatı vekil tayin edip onun hukuki yardımından yararlanabileceği gibi; soruşturma evresinde olduğu gibi, kovuşturma evresinde de, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini de isteyebilir. Aynı şekilde, mağdur onsekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malul olur ve bir vekil de bulunmazsa, istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilir. Görüldüğü gibi son durumda, istemi bile aranmaksızın mağdur zorunlu vekil yardımından yararlandırılmaktadır. Bu konulara, soruşturma evresinde mağdurun haklarını anlatırken değindiğimiz için burada sadece aynı hakkın kovuşturma evresi bakımından da geçerli olduğunu belirtmekle yetiniyoruz.

G- Davaya Katılmış Olma Koşuluyla Davayı Sonuçlandıran Kararlara Karşı Kanun Yollarına Başvurma

1- Genel Olarak

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 sağlamaktır⁵¹³. Daha öz bir ifadeyle ceza yargılamasının amacı gerçeğe ulaşmaktır⁵¹⁴. Bu çerçevede mahkeme kararlarında rastlanması olası hukuka aykırılık ve yanlışlıkların ortadan kaldırılması, yargılamanın taraflarında ve dolaylı olarak toplumda güven duygusunun yerleşmesi, anılan hükümlere karşı kanun yollarının açık bulunmasıyla olanaklıdır⁵¹⁵. Bu aynı zamanda adil yargılanma ilkesinin en önemli öge ve gerekliliklerinden birini oluşturmaktadır⁵¹⁶.

⁵¹³ Bacanlı, s. 193.

⁵¹⁴ Ceza Muhakemesi Kanunu Genel Gereğesi.

⁵¹⁵ Sadak, Murat, *Mağdurun Kanun Yollarına Başvuru Hakkı*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Nisan 2010, Sayı: 1 (s. 213-237), s. 214.

⁵¹⁶ Bacanlı, s. 194.

Mağdurun kanun yollarına başvuru hakkı, sanık- mağdur arasında gerek hak ve gerekse de hak arayışı anlamında denge kurulmasına hizmet eden çok önemli bir nitelik ortaya koymuş bulunmaktadır⁵¹⁷. Bu şekilde suç mağduru olan kişilerin katılan sıfatıyla ceza yargılamasına dâhil olarak iddia görevini kamu ile birlikte üstlenmeleri, suçların cezasız kalmadığı yönünde vicdani tatmin sağlanması ve bu itibarla bireylerde oluşan öç alma duygusunun engellenmesi sonucuna ulaşmak⁵¹⁸ bakımından da önemlidir.

CMK m. 234/1, 6 fıkrasına göre, mağdur davayı sonuçlarından kararlara karşı kanun yoluna başvurma hakkına sahiptir. Ancak kanun yoluna başvuru hakkı, mağdurun davaya katılmış olma koşuluna bağlanmıştır. Esasında katılan sıfatını kazanan mağdurun, zaten CMK m. 242 gereğince, Cumhuriyet savcısına bağlı olmaksızın kanun yollarına başvuru hakkı vardır. Acaba kovuşturma evresinde mağdurun davaya katılmadan kanun yoluna başvuru hakkının olmadığını söyleyebilir miyiz? Başka bir ifadeyle, bu durumu, katılan sıfatını haiz olmayan hiç kimsenin kanun yoluna başvuramayacağı şeklinde mi anlamak gerekecektir⁵¹⁹. Bu sonunun cevabını aşağıda iki ayrı başlık altında ele alacağız.

2-Davaya Katılmayan Mağdurun Kanun Yollarına Başvurma Hakkı

Kanun yollarına kimlerin başvurabileceğini düzenleyen CMK m. 260/1 hükmü dikkate alındığında, kanun yoluna başvurmak için davaya katılmış olmak şart değildir. Zira söz konusu hükme göre, katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunmak da kanun yolu başvurusunda bulunmak için yeterlidir.

Görüldüğü üzere, CMK m. 234/1-b, 6 ve CMK m. 242 ile CMK m. 260/1 hükümleri arasında bir uyumsuzluk bulunmaktadır; zira CMK m. 234/1-b, 6 ile CMK m. 242'ye göre, kanun yoluna başvurabilme için katılan sıfatının alınması gerekmekte; daha başka bir ifadeyle, kovuşturma evresinde bir harekette bulunmayı gerekli kılmaktadır. CMK m. 260/1 ise, katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanların da kanun yoluna başvuru hakkı olduğu belirtilmiştir. CMK m.

⁵¹⁷ Sadak, s. 215.

⁵¹⁸ Soyaslan, s. 450.

⁵¹⁹ Ünlütepe, s. 75.

260/1 bağlamında, “katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunan” deyiminden ne anlaşılması gerektiğinin de açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. CMK’ nin 260 maddesini açıklayan gerekçenin 290. maddesinde “katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar” ın, gerekçenin 249. maddesi (Kamu davasına katılabilecekleri düzenleyen, CMK m. 237/1) kapsamında bulunup, *duruşmadan haberdar edilmemiş suçtan zarar görmüş kişiler* olduğuna yer vermektedir. Buna göre, duruşmadan haberdar edilmemiş olması nedeniyle davaya katılma hakkını kullanamamış kişilerin de kanun yoluna başvuru hakları vardır.

3-Davaya Katılan Mağdurun Kanun Yollarına Başvuru Hakkı

CMK m. 234/1-b, 6 gereğince, mağdur, davaya katılmış olma koşuluyla davayı sonuçlandıran kararlara karşı kanun yollarına başvurulabilir. Bunun için mağdurun davaya katılma hakkını kaybetmemiş olmamış gerekir. Başka bir ifadeyle, davaya katılma hakkının devam etmesi için, şikâyetinden vazgeçmemiş veya şikâyetini geri almamış olması gerekmektedir. Zira CMK m. 243 gereği, katılan vazgeçerse katılma hükümsüz kalır. Katılmanın hükümsüz kaldığı bir durumda da, kanun yoluna başvuru hakkından söz edilemeyecektir.

a- Başvurma Süresi ve Koşulları

aa- Başvurma Süresi

Kanun yollarına başvuru süresi, kural olarak, yedi gündür. Bu sürenin başlangıcı, katılan hazır ise hükmün tefhiminden; değil ise tebliğ edildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Nitekim Yargıtay 2. CD’nin 12. 09. 2001 tarihli, E.2001/30054, K.2001/15301 numaralı kararında bu husus belirtilmektedir. Buna göre; “*Yokluğunda verilen kararın müdahil...’e tebliğ edildiğine dair dosyada herhangi bir belgeye rastlanmadığından varsa eklenmesi, aksi takdirde kararın müdahile, usulüne uygun olarak tebliğ edilerek tebellüğ belgesinin verildiği takdirde temyiz dilekçesinin de dosyaya konulduktan sonra iade edilmesi için mahalline gönderilmek üzere dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine....*”⁵²⁰.

⁵²⁰ Sadak, s. 222.

Kanun yolu için öngörülen bu süreler hak düşürücü olduğu için, süre geçtikten sonra kanun yoluna başvurulamaz. Katılmadan önce verilmiş olan kararlar, mağdura tebliğ edilmez. Bu kararlara karşı kanun yoluna başvuru konusunda Cumhuriyet savcısına tanınan sürenin geçmesiyle, katılan da başvuru hakkını kaybeder⁵²¹.

ab- Başvurmanın Biçimsel Koşulları

aba- Yazılılık

Kanun yoluna başvuruların yazılı olması gerekmektedir. İtiraz kanun yolunu düzenleyen CMK m. 268/1; istinaf kanun yolunu düzenleyen CMK m. 273/1 veya temyiz kanun yolunu düzenleyen CMK m. 291/1 gibi maddelerde yazıldığı üzere, sözlü beyanların mahkeme kâtibince tutanağa geçirilmesi yoluyla da başvuruda bulunmak mümkündür.

abb. Başvuru Mercii

Kural olarak kanun yoluna başvuru, kararı vermiş olan mahkemeye yapılır. Örneğin, ağır ceza mahkemesi karar vermişse, kanun yoluna başvuru da bu kararı veren ağır ceza mahkemesine yapılır. Ancak görevli ve yetkili olmayan bir mahkemeye başvuru halinde, başvuranın hakkı ortadan kalkmaz. Bilakis bu merci, kendisine yapılan başvuruyu derhal görevli ve yetkili olan mercie gönderir (CMK m. 264).

b- Kanuni Başvuru Yolları

ba. Genel Olarak

Yargılama makamları, her konuya, devletle bireyi hukuk karşısında eşit kılan “hukukun üstünlüğü” ilkesi temelinde yaklaşarak karar vermektedirler⁵²². Ancak yargılama makamlarını oluşturan yargıç ya da yargıçların verdikleri kararlarda

⁵²¹ Sadak, s. 223.

⁵²² Çınar, Ali Rıza, Ceza Yargılamasında Temyiz Yolu-5271 ve 1412 Sayılı Ceza Yargılaması Yasaları İle Karşılaştırmalı Hukukta (Alman Hukukunda) Temyiz Yolu, Mayıs 2006, s. 11.

bilmeyerek ya da istemeyerek bir haksızlık, bir aykırılık; başka bir deyişle, yapılan yanlışlık söz konusu olabilir⁵²³. Bu nedenle, kararların gözden geçirilmesi, hukuka aykırılıkların tespit edilip giderilmesi gerekir. Bu da kanun yoluna başvurmakla mümkün hale gelmektedir. Kanun yolu yargılamasında, yerel mahkemenin verdiği kararın hukuka aykırı olup olmadığı denetlenir ve buna göre bir karar verilir. Bu sayede de mahkeme kararını hukuka aykırı bulan taraflar, verilen kararın üst bir merci tarafından da incelenmesi sağlattıkları için adalet duyguları tatmin olacaktır.

Kanun yolları olağan ve olağanüstü olmak üzere ikiye ayrılır. Olağan kanun yolları, mahkemelerin kesin hüküm niteliğinde olmayan kararlarına karşı gidilebilen bir yol iken; olağanüstü kanun yolu, mahkemelerin kesin hüküm niteliğinde olan kararlarına karşı gidilebilen bir yoldur. Katılan sıfatına haiz mağdur ise söz konusu yollara başvurma hakkına sahiptir.

bb- Olağan Kanun Yolları

bba- Kavram

Olağan kanun yolları, kesin olmayan kararlara karşı gidilebilen bir yoldur. Başka bir anlatımla olağan denetim muhakemesi yolları, kararın hukuksal kesinliğini ortadan kaldırır⁵²⁴. Olağan kanun yolları içerisinde temyiz, verilen kararın yalnızca hukuksal denetimi ile sınırlı iken; itiraz ve istinafta hem hukuksal, hem de maddi denetim yapılmaktadır⁵²⁵.

bbb- Olağan Kanun Yolları Çeşitleri

bbba- İtiraz

İtiraz, bir hâkim veya yasada gösterilen hallerde mahkeme kararının, bu karardan zarar gören ilgili kişinin başvurusu üzerine, kural olarak başka bir mercide yeniden incelenmesine olanak tanıyan bir kanun yoludur (CMK m.267). Başka bir ifadeyle, itiraz, kararın üst yetkili hâkim⁵²⁶ tarafından yeniden gözden geçirilmesinin

⁵²³ Çınar, Temyiz, s. 11.

⁵²⁴ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 600.

⁵²⁵ Özen, Mustafa, Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz Kanun Yolu, Ankara 2011, s. 33.

⁵²⁶ Örneğin, Sulh ceza hâkiminin kararlarına yapılan itirazların incelenmesi yargı çevresinde buldukları asliye ceza mahkemesi hâkimine aittir. Sulh ceza işleri, asliye ceza hâkimi tarafından

ve hukuka uygunluğunun denetim yoludur⁵²⁷. Mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna başvurulabilmesi için, o mahkeme kararına karşı itiraz yoluna gidilebileceğinin kanunda açıkça gösterilmesi olması şarttır.

İtiraz kanun yoluna başvuru süresi, CMK m. 35 uyarınca, ilgililerin kararı öğrendiği günden itibaren yedi gündür. İtiraz, kararı veren mercie verilecek bir dilekçe veya tutanağa geçirilmek koşulu ile zabıt kâtibine beyanda bulunmak suretiyle yapılır. Kararına itiraz edilen hâkim veya mahkeme, itirazı yerinde görürse kararını düzeltir, yerinde görmezse en çok üç gün içinde itirazı incelemeye yetkili olan üst mercie gönderir (CMK m. 268). Bir karara itiraz etmek, onun yerine getirilmesini engellemez (CMK m. 269/1). Ancak gerek kararına itiraz edilen makam ve gerekse itirazı inceleyen makam, kararın yerine getirilmesini durdurabilir. İtirazı inceleyecek merci, yazı ile cevap verebilmesi için itirazı, Cumhuriyet savcısı ve karşı tarafa bildirebilir.

Kanunda yazılı olan haller saklı kalmak üzere, itiraz hakkında duruşma yapılmaksızın karar verilir. Ancak, gerek görüldüğünde Cumhuriyet savcısı ve sonra müdafî veya vekil dinlenir. İtiraz merciin, itiraz üzerine verdiği kararları kesindir; ancak ilk defa merci tarafından verilen tutuklama kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir (CMK m. 271).

bbbb- İstinaf⁵²⁸

İstinafın tanımı CMK' da yapılmamıştır. İstinaf; bir işe yeniden başlamak anlamına gelmektedir⁵²⁹. Bu tanımı muhakeme hukukuna uygularsak; muhakeme hukukunda istinaf, uyuşmazlığın maddi ve hukuki yönlerinin tekrar incelenmesini gerektiren bir kanun yoludur⁵³⁰. İstinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin verdiği

görülyorsa itirazı inceleme yetkisi ağır ceza işlerini gören mahkeme başkanına aittir. Asliye ceza mahkemesi hâkimi tarafından verilen kararlara yapılan itirazların incelenmesi, yargı çevresinde buldukları ağır ceza mahkemesine ve bu mahkeme ile başkanı tarafından verilen kararlar hakkında itirazların incelenmesi, o yerde ağır ceza mahkemesinin birden çok dairesinin bulunması halinde, numara olarak kendisini izleyen daireye; son numaralı daire için birinci daireye; o yerde ağır ceza mahkemesinin tek dairesi varsa, en yakın ağır ceza mahkemesine aittir.

⁵²⁷ Sadak, s. 227.

⁵²⁸ Detaylı bilgi için bkz. Türkiye Cumhuriyeti'nde İstinaf Mahkemelerinin Kuruluşunun Desteklenmesi Projesi- Ceza Muhakemesinde İstinaf Kitabı, Mart 2007, Ankara.

⁵²⁹ Şahin, Gazi Şerhi, s. 838.

⁵³⁰ Çınar, Ali Rıza, Türk ve Alman Ceza Yargılama Hukukunda İstinaf, Ankara 2010, s. 55.

kararları, maddi olguların belirlenmesi, delillerin değerlendirilmesi ve uygulanan hukuk kurallarının isabetli olup olmadığı yönlerinden inceleme yapmak durumundadır. Ceza Muhakemesi Kanununun 272 ile 285. maddeleri arasında istinaf kanun yolu düzenlenmiştir.

İstinaf, mahkeme kararlarına karşı başvuru olan bir kanun yoludur. Buna karşılık itiraz, hem hâkimlik makamı kararlarına ve hem de mahkeme makamı kararlarına karşı gidilebilen bir yoldur. İstinaf mahkemelerinin yürürlüğe girmesiyle birlikte, yargılama usulü üçlü bir sistem haline gelecek ve hem ilk derece mahkemelerin hem de Yargıtay'ın çalışma usulünde önemli değişiklikler olacaktır.

İstinaf istemi de itiraz gibi, yedi günlük bir süreye tabi tutulmuştur. Bu süre, hükmün açıklanmasından itibaren başlar. İstinaf dilekçesi, hükmü veren mahkemeye bir dilekçe verilmesi veya zabıt kâtibine bir beyanda bulunulması suretiyle yapılır; beyan tutanağa geçirilir ve tutanak hâkime onaylatılır. Hüküm, istinaf yoluna başvurma hakkı olanların yokluğunda açıklanmışsa, süre tebliğ tarihinden başlar (CMK m. 273/1-2).

Katılanın, katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş olanların yaptıkları istinaf başvurusunda, başvuru nedenlerinin gösterilmemesi inceleme yapılmasına engel değildir (CMK m. 273/4).

Süresi içinde yapılan istinaf başvurusu, hükmün kesinleşmesini engeller (CMK m. 275/1). İstinaf başvurusunun reddi halinde, başvuruyu yapanlar Bölge Adliye Mahkemesine itiraz edebilirler. İtiraz istemi başvuruyu yapan mahkemeye yapılır. Bu takdirde dosya Bölge Adliye Mahkemesine gönderilir.

İstinaf konusu ile ilgili açıklamalarımıza son vermeden önce belirtmek gerekir ki, istinaf kanun yolu henüz uygulamaya geçmemiştir. Yargıtay'ın işi yükünü azaltması ve Yargıtay'a gidecek dosyalar bakımından bir filtre görevi yapması dolayısıyla istinaf kanun yolu çok önemlidir ve bir an önce hayata geçirilmeli ve işletilmelidir.

bbbc-Temyiz

1412 sayılı CMUK' a göre; mahkeme tarafından verilen son kararlar ve hükümden önce verilmiş, hükme esas olan ara kararlara karşı temyiz kanun yoluna başvurulabilir. Temyizin amacı, hukuk birliğinin güvence altına alınması ve somut olayda adaletin gerçekleştirilmesi ve gerçek hukuki bir korumanın sağlanmasıdır. 5271 sayılı CMK' da ise, bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin bozma dışında kalan hükümlerine karşı temyiz yoluna gidilebileceği hüküm altına alınmıştır. Temyiz kanun yolunda, ilk derece mahkemesinin son kararları sadece hukuka uygunluk açısından incelenir (CMK m. 288/1) ve mahkemelerin hukuka uygun karar verip vermedikleri denetlenir. Temyiz merci, ilk derece mahkemesinin maddi olguları doğru belirleyip belirlemediği, delilleri değerlendirmede yanılığa düşüp düşmediği yönünden bir inceleme yapmaz. Oysaki istinaf mahkemesi olayı hem sabit olup olmama ve hem de hukuki açıdan incelemektedir.

Temyiz istemi, hükmün açıklanmasından itibaren yedi gün içinde, hükmü veren mahkemeye bir dilekçe verilmesi veya zabıt katibine bir beyanda bulunulması suretiyle yapılır; beyan tutanağa geçirilir ve tutanak hâkime onaylatılır. Hüküm, temyiz yoluna başvurma hakkı olanların yokluğunda açıklanmışsa, süre tebliğ tarihinden başlar (CMK m. 291).

Süresi içinde yapılan temyiz başvurusu, hükmün kesinleşmesini engeller (CMK m. 293/1). Yine istinaftaki durumun aksine, hükmün heden dolayı bozulmasının istendiği temyiz başvurusunda gösterilmek zorundadır (CMK m. 294).

Katılana, temyiz incelemesinin duruşmalı yapılmasını isteme yetkisi verilmiştir. Yargıtay sağın temyiz başvurusundaki istemi üzerine veya kendiliğinden de duruşmalı yapabilir. Böyle bir durumda, hükmü temyiz etmiş olması koşuluyla, katılanı da duruşmaya çağırır.

Bölge adliye mahkemesinin temyiz olunan hükmünün Yargıtay'ca hukuka uygun bulunması halinde temyiz isteminin esastan reddine karar verilir veya hükümde, hükmü etkileyecek derece hukuka aykırılık tespit ederse bozma kararı verir. Yargıtay tarafından verilen bozma kararı üzerine davaya yeniden bölge adliye

veya ilk derece mahkemesi bakar. Ancak bu mahkemelerin verilen bozma kararına karşı direnme hakları da vardır.

cc- Olağanüstü Kanun Yolları

cca. Kavram

Mahkemelerce verilen kararlarda yanlışlıklar olabilmektedir. Bu yanlışlıkların bir kısmı hüküm kesinleşmeden anlaşılmakta; bir kısmı ise ancak hüküm kesinleştikten ve hatta infaz aşamasına geçildikten sonra anlaşılabilir. Mahkemelerin veya hâkimlerin verdikleri kararların denetlenmesi adil yargılanma hakkının bir gereği ve muhakeme hukukunun temel bir ilkesidir⁵³¹. Mahkemelere verilmiş ve kesinleşmiş kararın olduğu durumlarda; kesinleşmiş kararlardaki hukuka aykırılıkların düzeltilmesi için öngörülen kanun yollarına olağanüstü kanun yolları denilmektedir.

Mağdurun/katılanın olağan kanun yollarına başvurusunda olduğu gibi, olağanüstü kanun yollarına başvurusunda da yasal bir kısıtlama söz konusu değildir.

ccb. Olağanüstü Kanun Yolları Çeşitleri

ccba. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtirazı

Olağanüstü itiraz da denilen bu kanun yolunda, Yargıtay ceza dairelerince verilen kararlara karşı, sadece Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, istem üzerine veya kendiliğinden, harekete geçerek Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na itirazda bulunmaktadır. Bu itiraz hakkı, adından da anlaşılacağı üzere, yalnızca Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına tanınmıştır. Yargıtay Cumhuriyet başsavcısı, ilamın kendisine verildiği tarihten itibaren otuz gün içinde Ceza Genel Kuruluna itiraz etmek durumundadır. Ancak sanığın lehine itirazda süre aranmamaktadır. İtiraz gerçekleştiğinde dosya kararına itiraz edilen ilgili daireye gönderilir. Daire de mümkün olan en kısa sürede itirazı inceler ve yerinde görürse kararını düzeltir; görmezse dosyayı Yargıtay Ceza Genel Kuruluna gönderir (CMK m. 308). Ceza

⁵³¹ EVİK, Vesile Sonay, "Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı", Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, (Editör: Kayıhan İÇEL- Yener ÜNVER), Ankara 2004, s. 307.

Genel Kurulu, incelemesini yalnızca, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazında gösterdiği nedenlerle sınırlı olarak yapabilir⁵³².

Olağanüstü itirazda, itirazın konusu temyiz incelemesi sonucu Yargıtay ilgili dairesince verilen karardır ve kararda hukuki hata bulunması sebebiyle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından itiraz yapılır. Bu nedenle, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının, Yargıtay incelemesinden geçmeksizin kesinleşen kararlara karşı itiraz yetkisi bulunmadığı gibi, bölge adliye mahkemesi tarafından istinaf başvurusu üzerine verilecek kararlara karşı da olağanüstü itiraz yoluna gidemeyecektir⁵³³.

1412 sayılı CMUK döneminde, olağanüstü itiraz istisnai bir yol olduğu için, bu yola sanık aleyhine gidilemeyeceği kabul edilerek, sadece sanık lehinde kullanılması önerilmekteydi. 5271 sayılı CMK, sanığın lehine yapılacak itirazda süre aranmayacağını öngörerek, bize göre, sanığın aleyhine de itirazın mümkün olabileceğini hükme bağlamıştır.

ccbb. Kanun Yararına Bozma (Yazılı Emir- Olağanüstü Temyiz)⁵³⁴

Olağanüstü temyiz veya yazılı emir de denilen, kanun yararına bozma kurumu⁵³⁵, öğretideki görüşlere ve Yargıtay'ın kararlarına göre, kanunların yurdun her tarafında aynı şekilde uygulanmasını sağlamak için kabul edilmiş bulunan olağanüstü bir kanun yoludur⁵³⁶. CMK m. 309/1'e göre; *Hâkim veya mahkeme tarafından verilen ve istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar veya hükümde hukuka aykırılık bulunduğunu öğrenen Adalet Bakanlığı, o karar veya hükmün Yargıtayca bozulması istemini, yasal nedenlerini belirterek Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı olarak bildirir*". Bu yola gidilmesini

⁵³² Talas, Serdar, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Başsavcılığın İtirazı", İÜHFİM, C.LXX, S.1, 2012 (s. 153-176), s. 173 vd.

⁵³³ Talas, s. 167.

⁵³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kuyucu, A. Aydın, Ceza Yargılaması Hukukunda Olağanüstü Bir Kanun Yolu Olarak Kanun Yararına Bozma ve Türk Ceza Hukukuna İlişkin Güncel Yargıtay Kararları, Ankara 2009.

⁵³⁵ Kanun yararına bozma, evvelce Mülga Ceza Muhakemesi Usulü Kanununun 343' üncü maddesi ile düzenlenmiştir ve Yargıtay denetiminden geçmeden kesinleşen karar ve hükümler açısından, "yazılı emirle bozma" adı altında biliniyordu. Bu yol, önce 1926- 834 numaralı kanunla kabul edilmiş, oradan 1928-1221 numaralı kanuna ve oradan da 1936 yılında CMUK 322' nci maddeye geçmiştir. Yenisey, Feridun, "Kanun Yararına Bozma (Olağanüstü Temyiz)", Uğur Alacakaptan'a Armağan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 207, Cilt:1, İstanbul 2008, (s. 729-738), s. 729.

⁵³⁶ Yılmaz, Ejder, Olağanüstü Temyiz, Ankara 2003, s. 203.

Adalet Bakanının, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na yazılı olarak bildirmesi gerektiğinden dolayı, bu kanun yoluna uygulamada yazılı emir denilmektedir. Hükümlünün cezasının kaldırılmasını veya daha hafif bir cezanın verilmesini gerektiren bir durumun varlığı halinde, kanun yararına olarak re' sen Cumhuriyet Başsavcısı tarafından da bu kanun yolu kullanılabilir. Ancak böyle bir durumda Adalet Bakanlığı tarafından kullanılmış bir yetki varsa, artık Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı harekete geçemeyecektir (CMK m. 310).

Katılan ya da suçtan zarar görmüş bulunan mağdur, kanun yararına bozma için Adalet Bakanlığı'na talepte bulunmak hakkına sahiptir.

ccbc. Yargılamanın Yenilenmesi

Yargılamanın yenilenmesi, kesinleşmiş hükümlere karşı kabul edilmiş olağanüstü bir kanun yoludur. Esas mahkemesi tarafından verilen bir hükmün kesinleşip kesin hüküm (yargı) halini almasından sonra, bu hükümde maddi sorun bakımından hataların bulunduğu anlaşıldığında, olağan denetim muhakemesine başvurabilenler (CMK m. 260) ile birlikte, hükümlü ölmüşse hükümlünün eşi, üstsoyu, altsoyu ve kardeşleri, bunların bulunmaması halinde ise Adalet Bakanı tarafından, hatalı olduğu iddia edilen hükmü veren mahkemeye, sebepleri ve delilleri gösterilerek yargılamanın yeniden yapılması isteminde bulunulmasına, yargılamanın yenilenmesi davası; bu davanın kabule değer bulunması ile hükmü veren mahkemede yapılan yargılamaya da yargılamanın yenilenmesi muhakemesi denmektedir⁵³⁷.

Görüldüğü üzere, yargılamanın yenilenmesi, istek üzerine olur; mahkeme kendiliğinden yargılamanın yenilenmesine karar veremez⁵³⁸. Katılan veya suçtan zarar görmüş mağdur için yargılamanın yenilenmesindeki başvuru nedenleri kanun koyucu tarafından düzenlenmemiş olmasına rağmen, hükümlü yararına yargılamanın yenilenmesi nedenleri (CMK m. 311) ile sanık veya hükümlünün aleyhine yargılamanın yenilenmesi nedenleri (CMK m314)'de belirtilmiştir.

⁵³⁷ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 675.

⁵³⁸ Sadak, s. 233.

Yargılamanın yenilenmesi istemi hükmün infazını ertelemey. Ancak mahkeme, infazın geri bırakılmasına veya durdurulmasına karar verebilir (CMK m. 312). Ayrıca, kesinleşmiş hükümde söz konusu olan hatanın giderilebilmesini sağlayacak başka bir yol varsa, yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemez (CMK m. 315).

4- Kanun Yolu Başvurusundan Vazgeçilmesi

Kanun yoluna başvurma hakkından vazgeçilebilir veya kanun yolu başvurusu geri alınabilir. CMK kanun yollarına başvurabilecek kişilerin bu yetkilerini kullandıktan sonra bu yoldan vazgeçmeleri durumunda bu vazgeçmeyi ne kadar zamanda kullanabileceklerine ilişkin özel bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, kanun yoluna başvurulduktan sonra bundan vazgeçilmesi, merci tarafından karar verilinceye kadar geçerlidir.

Cumhuriyet savcısı daha önce de belirttiğimiz üzere, hem sanığın lehine hem de aleyhine kanun yollarına başvurabilir. Cumhuriyet savcısının sanık aleyhine yaptığı kanun yolu başvurusuna ilişkin olarak madde metninde herhangi bir düzenleme getirilmemiştir⁵³⁹. Ancak, Cumhuriyet savcısı tarafından sanık lehine yapılan başvurudan onun rızası olmaksızın vazgeçilemeyeceği kanun metninde açıkça düzenlenmiştir (CMK m. 266).

Mağdur vekilinin kanun yoluna başvurma hakkından vazgeçebilmesi, vekâletnamesinde bu yönde özel yetkinin bulunmasına bağlıdır. Başvurulan kanun yolundan vazgeçildiğinde katılan ile vekilinin iradesi çelişirse, vekilin iradesi geçerli sayılacaktır. Zira zorunlu vekilliğin söz konusu olduğu kimi durumlarda, korunmaya daha fazla muhtaç olan kişilerin haklarını kullanabilmeleri, haklarına zarar gelmemesi ve adil bir yargılama yapılabilmesi bakımından böyle bir zorunluluk öngörülmesi gerekmektedir.

⁵³⁹ Özbek, Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, s. 1062.

H- Onsekiz Yaşını Doldurmamış, Sağır Veya Dilsiz Ya da Meramını İfade Edemeyecek Derecede Malul Olan ve Bir Vekili Bulunmayan Mağdurun, İstemi Aranmaksızın Vekilden Yararlanma Hakkı

Mağdur bakımından, suçtan mağdur olmasına rağmen, bundan sonrası için, hukuki yardım alarak, kendisine sahip çıkan bir devletin varlığını hissetmenin⁵⁴⁰ en önemli araçlarından birinin “vekil yardımı” olduğu açıktır.

Kanun koyucu onsekiz yaşından küçük olması, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malul olan ve bir vekili de bulunmayan mağdur bakımından zorunlu vekilliği kabul etmiştir. Bu hak mağdura hem soruşturma evresinde hem de kovuşturma evresinde tanınmış bir haktır. Konuya ilişkin her iki başlık altında da gerekli açıklamalar yapılmış olup, burada hakkın varlığını tekrardan zikretmekle yetiniyoruz.

⁵⁴⁰ Atay, Ali, “*Ceza Muhakemeleri Kanununda Mağdur Hakları*”, Suç Mağdurları (Editör: Doç. Dr. Halil İbrahim Bahar), Ankara 2006 (s. 275-290), s. 290.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MAĞDURUN KORUNMASI

I- GENEL OLARAK

Bir toplumda istikrar ve devamlılık için en önemli koşullardan biri kuşkusuz suçun önlenmesidir⁵⁴¹. Ancak gittikçe kalabalıklaşan ve karmaşıklaşan dünyada, ekonomik alandan güvenlik alanına, sosyal alandan adalet alanına kadar insan hayatına dair her alanda, özünde barındırdığı mücadele karakteriyle, ilişkiler artırmakta ve bazen de bu ilişkiler sonucu birey suç olgusu ile karşı karşıya gelmektedir. Suç ve ceza, insanların birbirleri ile ilişki kurmaya başladıkları ilk zamanlardan beri varlıkları kabul edilen olgulardır⁵⁴². İnsan ilişkilerinin gelişmesi, küçük grupların, kabilelerin, klanların, şehirlerin ve devletlerin ortaya çıkması, bu iki olgu arasındaki ilişki üzerinde de çeşitli değişiklikler meydana getirirse de hiçbir zaman tamamen yok olmamıştır⁵⁴³.

Suç olgusunun gerçekliği karşısında mağdurun korunması, bugün için modern ceza hukukunda üzerinde önemle durulan bir konudur. Devletler, gerek uluslararası kurumlar aracılığıyla, gerekse ulusal alanda yaptıkları çalışmalarla mağduriyetleri engelleme çabası içine girmişlerdir.

Mağdurun korunması iki aşamada ele alınabilmektedir. Bunlardan birincisi suç öncesi koruma, diğeri ise suç sonrası korumadır.

⁵⁴¹ Sokullu-Akıncı, Viktimoloji, s. 169.

⁵⁴² Yılmaz, Ömer, "Onarıcı Adalet Sistemi: Birey-Toplum-Devlet İlişkilerinde Yeni Bir Mücadele Alanı", Suç Mağdurları, Editör: Doç. Dr. Halil İbrahim Bahar, Ankara 2006 (s. 291-314), s. 292.

⁵⁴³ Yılmaz, Ömer, s. 292.

Bunlardan suç öncesi koruma, esasen önleyici kolluk faaliyeti ya da kişilerin suçun önlenmesine katkısı biçiminde ortaya çıkmaktadır⁵⁴⁴. Kolluk faaliyeti kapsamında, suç öncesi tehlikeli hal, çocuk ya da genç suçluluğu, cinsel suç faillerinin izlenmesi gibi çeşitli açılardan mağduriyetin önlenmesi, suçun önlenmesi sorunu ele alınmaktadır⁵⁴⁵. Bunun dışında, kolluğun halkla ilişkileri, kolluk politikaları muhtemel suçların ve mağdurların önüne geçilmesi bakımından önem taşımaktadır⁵⁴⁶.

Suç sonrası koruma ise, bir suç işlendikten sonra, suç mağdurunun korunması bakımından ceza hukuku, ceza muhakemesi hukuku, idare hukuku, medeni hukuk gibi disiplinlerin sunduğu olanaklar ile toplumsal ve tıbbi kurumların da devreye girmesi ile gerçekleşebilecek bir durumdur⁵⁴⁷.

Özellikle ceza ve ceza muhakemesi alanındaki düzenlemeler son derece önemlidir. Mağdurun korunmasına etkileri dolayısıyla ceza ve ceza muhakemesi hukukuna egemen olan kimi temel ilkeleri de konunun sınırları içerisinde aşağıdaki bölümde ele alacağız.

II. CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ ALANINDA MAĞDURUN KORUNMASI BAKIMINDAN ETKİLİ OLAN İLKELER

A- Hukuk Devleti İlkesi

Tüm hak ve özgürlükler ile ilkelerin temelini oluşturan hukuk devleti ilkesini; *amacı hukukun üstünlüğünü sağlamak olan*⁵⁴⁸, *yasama, yürütme ve yargı erkelerine ilişkin tüm faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı kalan, vatandaşlarına da bu anlamda hukuki güvenlik sağlama devlet* şeklinde tanımlayabiliriz. Başka bir ifadeyle, hukuk devleti, insan haklarını gerçekleştirecek, adaleti sağlayacak ve hukuki

⁵⁴⁴ Sokullu-Akıncı, Viktimoloji, s. 173 vd.

⁵⁴⁵ Katoğlu, Tuğrul, "Mağdurun Korunması ve Mağdur Hakları", 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi (Editör: Prof. Dr. Bahri Öztürk), Ankara 2009 (s. 697-702), s. 697.

⁵⁴⁶ Katoğlu, s. 697.

⁵⁴⁷ Katoğlu, s. 698.

⁵⁴⁸ Esen, Bülent Nuri, Anayasa Hukuku Genel Esaslar, Ankara 1970, s. 580.

güvenliği temin edecek olan devlettir⁵⁴⁹. Bu tanımlardan hareketle de hukukun üstünlüğünün iki ana fikre dayandığını⁵⁵⁰ söyleyebiliriz. Bunlardan birincisi, devletteki tekml iktidarlar hukuktan gelmektedir ve hukuka uygun olarak kullanılır. İkincisi ise, hukuk insan kişiliğine saygıya dayanır.

Bir hukuk devletinde, insan haklarına sadece mevzuatta yer verilmemeli, bunları uygulamada hayata geçirmek gerekmektedir. Bir devlet, insan haklarını uygulamada gerçekleştirdiği oranda hukuk devletidir⁵⁵¹. Aynı şekilde toplumda adaletin sağlanması; herkesin fırsat eşitliğinin bulunması, herkesin kanun önünde eşit sayılması, herkese kişiliğini geliştirme olanağının verilmesi ve buna engel olabilecek maddi ve manevi engellerin ortadan kaldırılması durumunda bir devletin hukuk devleti olduğundan söz edilebilir.

Hukukun üstünlüğü kavramı her şeyden önce bazı değerlerin varlığını gerektirir⁵⁵². Bu anlamda da güvenlik içinde özgürlük ve insan kişiliği, hukuk devletinin esasını oluşturmaktadır. Hukuk devleti insan haklarına saygılı devlettir. O halde, hukukun üstünlüğü anlayışında temel değer insan kişiliğinin haysiyetidir⁵⁵³.

Suç mağduru kişi de bir insandır ve bu anlamda en temel hakkı, bu suç nedeniyle uğramış olduğu mağduriyetin giderilmesidir⁵⁵⁴. Bu sadece devlete yüklenmiş sosyal bir ödev değil, aynı zamanda hakkaniyet ve adaletin de bir gereğidir. Mağdurun maddi ve manevi zararları karşılanmadan, adaletin sağlanmış sayılmasına olanak yoktur; mağdur korunmamış ise, adalet eksik kalmış sayılır⁵⁵⁵. İşte, ancak bir hukuk devletinde mağdurun haklarının korunduğundan söz edilebilir. Mağdura sağlanacak fırsat eşitliği, yasalarla getirilecek olan mağduriyetini giderebilme olanakları ve varsa bunun önündeki engellerin kaldırılması ancak adil bir hukuk devletinde mümkün olabilir. Hukuk devleti, sadece samığın ve mahkûmun anayasal haklarının göz önünde bulundurmuyacak; ceza kanunlarıyla getireceği düzenlemeler ile mağdurun da hukuki güvenliği sağlayacaktır. Kaldı ki, mağdurun haklı çıkarlarının korunması ile sağlanabilecek olan hukuki barış, hukuk devletinin

⁵⁴⁹ Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan/Sırma, Özge/Sayılar, Yasemin F. /Alan, Esra, Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010, s. 69 vd.

⁵⁵⁰ Esen, s. 312.

⁵⁵¹ Öztürk/Erdem/Sırma/Sayılar/Alan, s. 70.

⁵⁵² Esen, s. 314.

⁵⁵³ Esen, s. 314.

⁵⁵⁴ Özbek, Mağduriyetin Giderilmesi, s. 93.

⁵⁵⁵ Erem, Faruk, Mağdurun Korunması, Adalet Dergisi, S.4, Nisan 1966 (s. 277-179), s.277.

en önemli unsurlarından biridir⁵⁵⁶. Ancak, 1982 Anayasasına bakıldığında, sanığı doğrudan ilgilendiren pek çok hüküm bulunmasına rağmen, mağduru konu alan hiçbir açık düzenlemenin bulunmadığı görülür⁵⁵⁷. Yine Anayasanın pek çok temel hakkı garantisi altına alırken, konusu bu haklar olan suçların doğurduğu zararlara karşı ilgisiz kalması da bir çelişkidir⁵⁵⁸ ancak elbette, hukuk devleti anlayışı içinde (AY m. 2), suçtan doğan mağduriyetin giderilmesine duyarsız kalınmayacağı düşüncesindeyiz.

B- İnsan Haysiyetinin Dokunulmazlığı İlkesi

En son 11 Temmuz 2012 tarihinde değiştirilen 23.05.1949 tarihli Alman Anayasası (Temel Kanun-Grundgesetz), Nazi rejimi gibi insanlık dışı uygulamaları olan bir iktidardan kurtulan bir halkın benimsediği Anayasa olarak, ilk bölümünde temel hak ve özgürlere yer vermiş ve ilk maddesine de İNSAN HAYSIYETİ DOKUNULMAZDIR, BUNU DİKKATE ALMAK VE KORUMAK DEVLETİN TÜM ERKLERİNİN YÜKÜMLÜLÜĞÜDÜR kuralını yerleştirmiştir⁵⁵⁹.

Haysiyet veya başka bir ifadeyle onur, bir insanı obje olmaktan kurtaran, onun kendi geleceğini ve kendi yaşam çevresini şekillendirme gücü veren iç dünyasıdır; insanın özüdür⁵⁶⁰. Doktrinde yazarlar, insan haysiyeti konusunda büyük ölçüde şu tanım üzerinde mutabakata varmışlardır: “*İnsan haysiyeti, bilinçli olma, kendi kaderini tayin etme ve kendi çevresini şekillendirme yeteneği veren ve kişiliksizliği ortadan kaldıran ruhtur, manevi güçtür*”⁵⁶¹. İnsan haysiyetinin korunması ilkesi, ancak bir hukuk devletinde mümkün olabilir. Bu nedenle hukuk devleti ilkesi, insan haysiyeti kavramının zırhını oluşturmaktadır. Genç-yaşlı, hristiyan- müslüman, sanık-mağdur ayrımı gözetilmeksizin herkes insan olması münasebetiyle insan haysiyetine sahiptir ve herkesin insan haysiyetinin korunmalıdır.

⁵⁵⁶ Özbek, Mağduriyetin Giderilmesi, s. 94.

⁵⁵⁷ Örneğin, 25 Aralık 1993 tarihli Rusya Federasyonu Anayasasının 52. maddesinde açıkça mağdurun korunması düzenlenmiştir. Yine 53. Maddede de, devletin organlarınca kişilere zarar verilmesi halinde tazminat hakkının olduğu yazılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Öztürk, Bahri, “Yeni Anayasanın Temel Kriterleri ve Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna İlişkin Yeni Anayasada Yer Alması Zorunlu Asgari Normlar”, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 5, Sayı: 40, Mart 2013, s.44.

⁵⁵⁸ Özbek, Mağduriyetin Giderilmesi, s. 94-95.

⁵⁵⁹ Öztürk, Anayasanın Temel Kriterleri, s. 45.

⁵⁶⁰ “İnsan haysiyeti”, “şeref” kavramı ile karıştırılmamalıdır. Bu hata Çin Anayasasında yapılmıştır. Öztürk, Anayasanın Temel Kriterleri, s. 45.

⁵⁶¹ Öztürk, Anayasanın Temel Kriterleri, s. 45.

1982 Anayasası, Alman Anayasasında olduğu gibi, insan haysiyetini açıkça bir temel hak olarak düzenlemiş değildir ancak başlangıç bölümünün 6. paragrafında; “Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde **onurlu bir hayat sürdürme** ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu” belirtilmiştir. Bunun dışında da, devletin temel amaç ve görevlerini sayan AY m. 5’de “.....kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak” devletin görevli arasında sayılmıştır. Öte yandan, kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza ve muameleye de tabi tutulamayacağı (AY m. 17/3) belirtilmiştir. Bunun dışında örneğin, 5237 sayılı TCK’da “İşkence” başlıklı 94. maddede “Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan....davranışları gerçekleştiren...” ; “Hakaret” suçunu düzenleyen 125. maddede “Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden....” insan onuruna karşı fiiller suç olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle ilk bakışta ahlaki bir değer gibi görünen insan haysiyetinin, hukuki bir değere de sahip olduğu görülmektedir⁵⁶².

Bir suçtan mağdur olmuş kişinin mağduriyetinin giderilmesi, mutlak olmasa bile, nisbi anlamda, durumun suçtan önceki hale getirilmesi ve böylece onun maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartların hazırlanması, varsa bunun önündeki engellerin kaldırılması ve gerekli yasal düzenlemelerin çıkarılarak insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir muameleye maruz bırakılmaması, insan haysiyeti ilkesinin bir gereğidir⁵⁶³. Bu bağlamda, mağduru obje haline getiren, onu dikkate almayan, ona bir kimlik vermeyen, diğer bir ifadeyle, muhakemede bir süje haline getirmeyen, beklentilerine cevap vermeyen bir düzende insan haysiyetinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Mağduriyetin giderilmesi ile ilgili müesseselerin akılcı bir şekilde ceza yasaları içine alınması, bir yandan mağduriyetin giderilmesi suretiyle mağduru eski haysiyetli yaşamına döndürecek, diğer yandan faili de insan

⁵⁶² Şahin, Cumhur, Samiğin Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara 1994, s. 71.

⁵⁶³ Özbek, Mağduriyetin Giderilmesi, s. 97.

haysiyetine daha uygun yaptırıma tabi tutabilme olanakları vererek, bir an önce topluma kazandırılabilmesini sağlayacaktır⁵⁶⁴.

C- Oranlık İlkesi

Bir hukuk devletinin, anayasanın deyimiyle bir sosyal hukuk devletinin, aşırılığa kaçmaması, yani eylem ve işlemlerinde oranlı davranması gerekir ki bu noktada oranlılık ilkesi, aşırılık yasağı ile çelişir⁵⁶⁵. Hukuk alanında kişilere tanınan eşitlik, ceza hukuku alanında bazı hallerde oranlı olmayı gerektirir. Çünkü öyle bazı ceza hukuku işlemleri vardır ki, bunlar, bu işlemin yapılması ile sağlanması beklenen yarar ve verilmesi imkân dâhilinde bulunan zarar arasında bir oranın bulunmasını, aksi halde işlemden vazgeçilmesini gerektirir⁵⁶⁶. Ceza vermeye yetkili tek otorite olan devlet veya başka bir ifadeyle, onun ceza yargılamasındaki temsilcisi olan hâkim, bir özgürlüğü bağlayıcı ceza verilmesi ile amaçlanan yarar ve verilmesi imkân dâhilinde olan zarar arasında oransızlık saptarsa, artık bu cezayı vermekten kaçınılmalı, başka ceza ve tedbirlere başvurulmalıdır⁵⁶⁷. Mağduriyetin giderilmesi, bu anlamda, hâkimin ve hatta savcının, özgürlüğü bağlayıcı ceza değil, mağduriyetin giderilmesini de talep edebilmelerini sağlayan bir çözüm olmalıdır.

D- Silahların Eşitliği

Çalışmamızın çeşitli yerlerinde değindiğimiz silahların eşitliği ilkesine göre, sanığın hakları ve savcının yetkileri arasında bir dengenin kurulması gerektiği gibi; mağdur hakları ve sanık hakları arasında da bir dengenin kurulması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunda sanığa tanınan haklar ile mağdura tanınan haklar arasında bir denge olmalıdır⁵⁶⁸. Mağdurun, bir hukuk devletinde, kendisine tanınan hakları gerçekten kullanabilmesi; sanığın hukuksal olarak geçerli savunma stratejilerinden çıkan güçlüklerin, mağdur için mümkün olduğunca ortadan kaldırılması ve mağdura gerekli etki ve kontrol

⁵⁶⁴ Özbek, Mağduriyetin Giderilmesi, s. 97.

⁵⁶⁵ Özbek, Veli Özer/ Kanbur, M. Nihat/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2011, s. 49.

⁵⁶⁶ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi, s. 49.

⁵⁶⁷ Özbek, Mağduriyetin Giderilmesi, s. 98.

⁵⁶⁸ Ancak bu bir eşitlik şeklinde anlaşılmalıdır. Bu denge, mağdurun ceza hukuku içinde korunmasının gerekleri ile sınırlı olmalıdır. Özbek, Mağduriyetin Giderilmesi, s. 108.

imkânlarının sağlanması⁵⁶⁹ bu ilkenin bir gereğidir. Aynı şekilde mağdurun zararının giderilmesi çerçevesinde, sınırlı da olsa, mağdur ve fail arasında silahların eşitliğinin sağlanması düşüncesi, mağdurun haklarının sanığa sağlanan usul garantileri aleyhine genişlemesi demektir⁵⁷⁰.

E- Kamu Davasının Mecburiliği

Ceza muhakemesi hukukumuzda kural olarak “*kamu davasının mecburiliği*” ilkesi kabul edilmiştir. CMK’ nın 170. maddesinin 2. fıkrası bu durumu, “*soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler.*” hükmüyle ortaya koymuştur. Buna göre kamu davasının mecburiliği ilkesini, savcının herhangi bir olayda suçun işlendiği konusunda yeterli suç şüphesi elde ettiğinde ceza davasını açmak zorunda olması, şeklinde tanımlayabiliriz. Bu ilkenin kabul edilmesindeki temel amaç, suç şüphesi altında olan kimsenin durumuna bakılmaksızın her suçun mutlaka kovuşturulmasını ve koşullarının oluşması durumunda da cezalandırılmasını sağlamaktır. Bu ilke toplumdaki kişilere eşit davranılmasının ve keyfilikten uzak bir ceza adaleti uygulanmasının da garantisini oluşturur⁵⁷¹.

CMK, kamu davasının mecburiliği ilkesini kabul etmiş olmakla birlikte, toplanan deliller suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturmasına rağmen, iki halde Cumhuriyet savcısına kamu davası açmak konusunda takdir yetkisi tanımıştır. Denilebilir ki, kamu davasının mecburiliği ilkesi, CMK m.171 ile bir ölçüde esnetilmiştir. Zira ilgili maddeye göre, “*cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık⁵⁷² hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilir.*” demek oluyor ki, bu gibi durumlarda Cumhuriyet savcısı kamu davasını açmaya mecbur olmayıp, takdir yetkisini kullanacaktır. Maslahata uygunluk ilkesi olarak da adlandırılan bu durumda, Cumhuriyet savcısının kamu davasının

⁵⁶⁹ Özbek, Mağduriyetin Giderilmesi, s. 108.

⁵⁷⁰ Özbek, Mağduriyetin Giderilmesi, s. 109.

⁵⁷¹ Yıldız, s. 138.

⁵⁷² Cumhuriyet savcısının kovuşturmaya yer olmadığına karar vermek konusunda takdir yetkisini kullanabilmesi için, etkin pişmanlık düzenlemesinin “cezayı kaldıran şahsi sebep” olarak düzenlenmiş olması gerekmektedir. Aksi durumda, yani, cezada indirim gerektiren etkin pişmanlık düzenlemesinin varlığı durumunda savcının kovuşturmaya yer olmadığı konusunda karar vermek için bir takdir yetkisi tanınmamıştır. Yıldız, s. 139.

açılmaması hususundaki takdir yetkisinin denetlenme imkânı da 5271 sayılı Kanunda ortadan kaldırılmıştır. Başka bir ifadeyle, bu gibi durumlarda CMK 173. maddede öngörülen Cumhuriyet savcısının kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz, maddenin 5.fikrasıyla maslahata uygunluk halleri bakımından ortadan kaldırılmıştır.

III- Mağdurun Korunmasına ve Mağduriyetin Giderilmesine Yönelik Uluslararası Çalışmalar ve Belgeler

Mağdura ilişkin ilginin artması ve mağdurun gerek zararının giderilmesi gerekse ceza muhakemesindeki haklarının ele alınarak iyileştirilmesi çalışmaları sadece ulusal hukuklarla sınırlı kalmamış; uluslararası hukukta da mağdurla ilgili pek çok çalışma yapılmış ve yapılmaktadır⁵⁷³. Bu çalışmalar, sözleşme, tavsiye kararı, yönerge şeklinde karşımıza somut bir takım belgeler olarak çıkmaktadır ve konuları mağdurun zararının giderilmesi, ceza muhakemesindeki hukuksal statüsü ve mağdurun hakları şeklinde değişebilmektedir. Gerek Avrupa Birliği düzeyinde, gerekse Birleşmiş Milletler düzeyinde bu tür çalışmalara ve bu çalışmalar sonucu çıkarılmış belgelere rastlanıldığı gibi, uluslararası çeşitli derneklerin de mağdurla ilgili yaptıkları kongreler sonucu ortaya çıkmış belgelerine de rastlanmaktadır. Bütün bu çalışmaların burada ayrıntılı olarak ele alınması, çalışmamızın kapsamını aşacağından, biz, konuyu, Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi nezdinde yapılan çalışmalar olmak üzere iki grupta inceleyeceğiz. Son olarak da Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünün konuya ilişkin düzenlemesini ele alacağız.

A- 29 Kasım 1985 Tarihli Birleşmiş Milletler Deklarasyonu

Birleşmiş Milletler de suç mağdurunun durumunun nasıl iyileştirilebileceği konusu ile ilgilenmiş ve 26 Ağustos- 6 Eylül 1985 tarihleri arasında gerçekleştirilen ve “*Suçların Önlenmesi ve Suçluların Tedavisi*” (United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders) konulu Birleşmiş Milletler 6. Kongresinde “*Suç ve Nüfuzun Kötüye Kullanılması Sonucu Mağdur Olanların Haklarının Temel Prensiplerine İlişkin Deklarasyon*” un (Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power) kabulü tavsiye

⁵⁷³ Yıldız, s. 86.

edilmiştir ve bu Deklarasyon Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 29 Kasım 1985 tarihinde (A/RES40/34) kabul edilmiştir⁵⁷⁴

. Deklarasyon'un 1 ve 2. maddesinde mağdur⁵⁷⁵ tanımı da yapılmıştır. Buna göre; *“Tek ya da toplu olarak, üye devletlerde, nüfuzun kötüye kullanılmasını cezalandıran kanunlar da dâhil olmak üzere, yürürlükte olan ceza hukukuna aykırılık oluşturan icrai ya da ihmali nitelikteki eylemler sonucunda, özellikle bedensel ve psikolojik zararlar olmak üzere duygusal acı çeken veya maddi zarara uğrayan ya da temel hakları ciddi biçimde ihlal edilen kimseyi tanımlar”*. Yine 2. maddesinde *“Bir kimse, failin kimliğinin saptanmış, yakalanmış, hakkında ceza kovuşturması yapılmış veya mahkûm edilmiş olup olmamasına, yine faille mağdur arasında bir akrabalık ilişkisi bulunup bulunmamasına bağlı olmaksızın bu Deklarasyon anlamında mağdur olarak kabul edilir. Duruma göre, “mağdur” kavramı, mağdurun asli nitelikteki aile bireylerini veya bakmakla yükümlü olduğu kimseleri ve yine saldırıya uğrayan mağdura yardım ederken veya bir mağduriyeti engellemek isterken kendisi zarar gören kimseyi de kapsar”*. Ayrıca 3. maddesinde de, *“Deklarasyon hükümlerinin ırk, renk, cinsiyet, yaş, dil, din, vatandaşlık, politik ve diğer düşünceler, kültürel bakış açısı veya gelenekler, mal varlığı, doğum veya medeni hal, etnik veya sosyal kökeni ya da engellilik ayırımı yapılmaksızın herkes hakkında geçerli olduğu”* belirtilmiştir.

Mağdurların “Magna Carta’sı”⁵⁷⁶ da denilen deklarasyon, mağdurun dört temel hakkına da dikkat çekmiştir⁵⁷⁷:

⁵⁷⁴ Bu deklarasyonun içeriği esas olarak 1979 yılında Münster’ de Dünya Viktimoloji Topluluğu (World Society of Victimologie) faaliyetleriyle şekillenmiştir. Dünya Viktimoloji Teşkilatı’nın, Birleşmiş Milletler tarafından mağdurun haklarına ilişkin bir deklarasyon kabulüne ilişkin gayretleri, daha 29 Ağustos- 3 Ekim 1982 tarihlerinde Japonya’ nın Tokyo ve Kyoto şehirlerinde gerçekleşen 4. Uluslararası Viktimoloji Sempozyumu ile başlamış. Daha sonra 1984 ve 1985 yıllarında Dubrovnik şehrinde gerçekleşen “Mağdur Haklarına İlişkin Uluslararası Çalıştay” ı (International Workshops on Victim Rights) ve yine 1985 yılında Zagreb’te gerçekleştirilen “5. Uluslararası Viktimoloji Kongresi” ile devam etmiştir. Yıldız, s. 86.

⁵⁷⁵ Deklarasyonun 18. maddesinde de nüfuzun kötüye kullanılması sonucunda mağdur olanlara ilişkin bir tanım yapılmıştır. Buna göre; *“Gücüm kötüye kullanılması açısından mağdur, tek tek ya da toplu olarak, ulusal ceza hukukuna bir aykırılık oluşturmaya da uluslararası nitelikte kabul görmüş insan hakkı normlarına aykırılık oluşturan icrai veya ihmali eylemler sonucunda özellikle bedensel ve psikolojik zararlar olmak üzere duygusal acı çeken veya maddi zarara uğrayan ya da temel hakları ciddi biçimde ihlal edilen kimseyi tanımlar.”*

⁵⁷⁶ Marek, Andrej, Die Rechtsstellung des Verbrechensopfers im polnischen und deutschen Strafrechtssystem aus rechtsvergleichender Sicht, in: Beiträge zur Rechtswissenschaft- Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag- (Hrsg. : Wilfried Küper und Jürgen Welp), Heidelberg 1993 (s. 855-868), s. 857.

⁵⁷⁷ Özbek, Mağduriyetin Giderilmesi, s. 118.

- Ceza muhakemesinde adil işlem hakkı,
- Meydana gelen zararlı durumun eski hale iadesi hakkı,
- Meydana gelen zararın tazmini hakkı⁵⁷⁸,
- Yardım ve uygun tedavi hakkı.

Birleşmiş Milletler Deklarasyonu, bu dört temel hakkı vurguladıktan sonra, nüfuzun kötüye kullanılmasına karşı üye devletlere, diğer geleneksel yaptırımların kullanılması yanında, eski halin iadesi olanağını araştırma yükümlülüğü vermektedir (Art. 9). Ayrıca, mağdurun özellikle arabuluculuk suretiyle uzlaşma muhakemesine aktif olarak katılabilmesi ve mağdura zarar verebilecek gereksiz yayınlardan kaçınılması da tavsiye edilmiştir⁵⁷⁹. 14 ve 17. maddeler arasında da, mağdurun devlet tarafından oluşturulan kamusal ya da özel nitelikteki kuruluşlara ait fonlardan finansal olarak yardım alabilmesi ve her türlü tıbbi, psikolojik veya sosyal yardım hizmeti veren kuruluşlardan da danışmanlık hizmeti alabilmesinin gerekliliği düzenlenmiştir.

B- Avrupa Konseyi Tarafından Yapılan Çalışmalar

Avrupa Konseyi'nin *Suçluluk Sorunları Avrupa Komisyonu*, 1981 yılının Mart ayında Strazburg' ta, "*Suç Mağduru, Suç Politikası ve Sosyal Politika Uzmanlarından Oluşan Özel Komisyon*" adı altında bir komisyon oluşturdu ve bu uzmanlardan oluşan komitenin görevinin de, suç mağdurunun korunmasının geliştirilmesine ilişkin tavsiyeler hazırlamak olduğunu belirledi⁵⁸⁰. Bakanlar Konseyi'nin, Avrupa Konseyi tarafından alınan, *Suçluluk Sorunları Avrupa Komisyonu*'nun kararını onaylamasının ardından bu komisyon 1982 yılında çalışmalarına başlamıştır. Adı geçen Komisyon'un gerçekleştirdiği çalışmalar sonucunda "*Şiddet Suçları Mağdurlarının Zararlarının Tazmin Edilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi*", "*Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Hukuksal Statüsünün İyileştirilmesi İçin Tavsiyeler*" ve "*Mağdura Yardım Edilmesi ve Mağduriyetinin Önlenmesine İlişkin Tavsiye Kararı*" gibi önemli belgeler meydana getirilmiştir ve bu belgeler, Avrupa Topluluğu'nda gerçekleştirilecek somut

⁵⁷⁸Buradaki tazminden maksat, mağduriyetin fail tarafından giderilmesidir. Özbek, Mağduriyetin Giderilmesi, s. 118.

⁵⁷⁹ Yıldız, s. 88.

⁵⁸⁰ Yıldız, s. 88.

faaliyetlere, mağdurun yararına olduğu sürece imkân tanımıştır⁵⁸¹. Bunlar dışında da Avrupa Konseyi tarafından, mağdurun yararı için yapılan çalışmalar sonucunda, çıkarılan belgeler bulunmaktadır. Aşağıda kronolojik bir sırayla bu çalışmalar sonucu hazırlanan belgeler ele alınacaktır.

1- Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Suç Mağdurlarına Tazminat Ödenmesi Hakkında 1977 Tarihli ve 27 Sayılı Tavsiye Kararı

Bu Tavsiye kararı, mağdur ile ilgili Avrupa Konseyi nezdinde yapılan ilk çalışmadır⁵⁸². Tavsiye Kararı, bir suç sonucu bedensel olarak ciddi biçimde yaralanan kimsenin kendisine veya ölümü halinde kendisinin bakmakla yükümlü olduğu kimselere devlet tarafından tazminat ödenmesine ilişkindir⁵⁸³. Ancak, mağdura devlet tarafından tazminat ödenmesi, mağdurun herhangi bir şekilde tazminat alamaması halinde geçerli olacaktır. Buna göre, kasten gerçekleştirilen ve bedensel yaralanmaya neden olan şiddet suçlarında fail hakkında kamu adına soruşturma ve kovuşturma söz konusu olmasa dahi, mağdur için en azından tazminat ödenmelidir⁵⁸⁴. Bu anlayış daha sonra, *Şiddet Suçları Mağdurlarının Zararlarının Tazmin Edilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi*' ni doğurmuştur.

⁵⁸¹ Marek, s. 857.

⁵⁸² Bu arada Avrupa Topluluğu hukuku içinde de mağdurun zararının giderilmesi konusu tartışılmış, hatta davalara da konu olmuştur. Bu davalardan biri de Ian Williams Cowan davasıdır. İngiliz vatandaşı olan Cowan, turistik bir gezi için gitmiş olduğu Paris' te yağma suçuna maruz kalmış ve ağır yaralanmıştır. Tedavisi günlerce sürmüş, bu arada fail tespit edilememiştir. Cowan da bunun üzerine Hazineye karşı tazminat davası açmıştır. Ancak yasa, bir yabancının bu şekilde tazminat hakkının olabildiğini, Fransa ve vatandaşı olduğu ülke olan İngiltere arasında akdedilmiş bir sözleşmede karşılıklılık ilkesinin benimsenmiş olması şartıyla mümkün olabileceğini belirtmiştir. Ancak Fransa ve İngiltere arasında böyle bir antlaşma yoktur. Bunun üzerine Fransız mahkemesi "ayrım yasağı" na aykırılık iddiası ile Divan önüne davayı getirmiştir. Ancak Divan, ayrım yasağının herkes için öngörülmesi bir hak olmadığını, bu nedenle ayrım yasağı kapsamında değerlendirilecek bir durumun söz konusu olmadığını belirterek talebi reddetmiştir. Ayrıca, 1960'lı yıllardan beri Avrupa Konseyi'ne üye değişik devletler mağdura suçtan doğan zararlarını gidermek amacını taşıyan bir tazminat ödenmesi ve bunun güç olması halinde zararın kamu fonlarından karşılanması doğrultusunda çeşitli çalışmalar yapmışlardır. Özbek, Mağduriyetin Giderilmesi, s. 110-111.

⁵⁸³ Yıldız, s. 89.

⁵⁸⁴ Özbek, Mağduriyetin Giderilmesi, s. 111.

2- Şiddet Suçları Mağdurlarının Zararlarının Tazmin Edilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi

Girişinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin *Suç Mağdurlarına Tazminat Ödenmesi Hakkında (77) 27 Sayılı Tavsiye Kararı*⁵⁸⁵ göz önünde bulundurularak hazırlandığı belirtilen sözleşmenin, kasıtlı olarak işlenen şiddet suçlarına maruz kalmış olan ve bu nedenle bedenen yaralanan veya ruh sağlığı bozulan kişiler ile söz konusu suçlar sonucu ölen kişilerin ailelerinin durumlarıyla ilgilenmek suretiyle adalet ve sosyal dayanışmayı sağlamak ve suçtan dolayı mağdur duruma düşen kişilerin özellikle şiddet suçu işleyen kişinin kimliğinin saptanamadığı veya bu kişinin mali olanaklardan yoksun olduğu durumlarda, zararın suçun işlendiği ülke tarafından tazmin edilmesine olanak sağlayacak asgari hükümlerin saptanması amacıyla hazırlandığı da belirtilmiştir⁵⁸⁶.

Avrupa Konseyi, 24 Kasım 1983 yılında adı geçen sözleşmeyi kabul etmiştir ve Türkiye de 24 Nisan 1985 yılında sözleşmeye imza koymuştur ancak TBMM tarafından kabul edilmediği için⁵⁸⁷ henüz bir iç hukuk metni haline gelmemiştir. Zira Anayasa m. 90'a göre, usulüne göre yürürlüğü konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunun için söz konusu sözleşmenin TBMM tarafından bir kanunla kabulü gerekir. Bu henüz gerçekleşmediği için, iç hukuk metni haline gelmemiştir.

Sözleşmenin amacı⁵⁸⁸, konseye üye ülkeler arasında daha sıkı işbirliği sağlamak, hakkaniyet ve sosyal dayanışma nedenleriyle kasten işlenen şiddet suçu mağdurlarının kişilik durumları ile vücut ya da sağlıkları (ruhsal- bedensel) veyahut da böyle suçların akabinde ölen mağdurların bakmakla yükümlü oldukları kişilerin durumuyla ilgilenmek, 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, olarak belirlenmiştir.

⁵⁸⁵ Tavsiye kararı, Avrupa Topluluğu Anlaşması'nın 249/5. maddesi uyarınca, Konsey veya Komisyon tarafından çıkarılan ve esas olarak hukuk normu niteliğinde olmamakla birlikte, üye devletlerin sadakat yükümlülüğü gereğince göz önünde bulundurmaları gereken yönetsel işlemlerdir. Erdem, Mustafa Ruhan, Avrupa Birliği Hukuku'nun Üye Devletlerin Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna Etkileri, Ankara 2004, s. 38.

⁵⁸⁶ Yıldız, s. 89.

⁵⁸⁷ Demirbaş, Kriminoloji, s 315.

⁵⁸⁸ Bu sözleşmenin tam metni için bkz. Yılmaz, Ceza Muhakemesinde Mağdur Hakları, s. 24 vd.

Sözleşmenin uygulanması da belirli koşul ve sınırlamalara tabi tutulmuştur. Öncelikle konu bakımından, sadece şiddet suçları mağdurlarını kapsayacak şekilde kaleme alınmıştır. Kişi bakımından ise, sözleşmeye taraf olan devlet vatandaşlarından ya da Avrupa Konseyi'ne üye herhangi bir devletin vatandaşlarının suçun işlendiği devletin ülkesinde daimi olarak yerleşmiş olan vatandaşlarından olma koşulunun yanı sıra, doğrudan suçtan kaynaklanan ve vücuduna ya da sağlığına dönük olarak ciddi zarara maruz kalanlarla bu tür suçlar sonucu ölen kişinin bakmakla yükümlü olduğu kişilerle sınırlandırılmıştır. Yine, 1977 Tarihli ve 27 Sayılı Tavsiye Kararı'nda olduğu gibi, bu iki gruba giren kişilerin mağduriyetlerinin giderilmesi, zararın başka kaynaklardan tazmin edilememesi koşuluna bağlı kılınmıştır ancak bu tazminatın verilmesi, failin bu suç dolayısıyla kovuşturulmasına ya da cezalandırılmasına bağlı kılınmamıştır. Başka bir ifadeyle fail kovuşturulmasa veya cezalandırılmasa da ilgili kişilerin zararlarının tazmin edileceği belirtilmiştir.

Tazminat, kazanç kaybı, bakım ve hastane masrafları, cenaze masrafları ve suç sonucu ölen kişilerin bakmakla yükümlü oldukları kişilerin bakım masraflarını karşılayacak şekilde, suçun işlendiği ülkenin devleti tarafından ödenir.

3- 28 Haziran 1985 Tarihli Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Hukuki Durumunun İyileştirilmesine İlişkin R (85) 11 Sayılı Tavsiye Kararı

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 11 Sayılı Tavsiye Kararı'nın girişinde, ceza adalet sisteminin hedeflerinin esas olarak devletle suçlu arasındaki ilişkiye odaklı olduğu; bu durumun ise, zaman zaman mağdurun sorunlarını artırma eğiliminde olduğu; buna karşılık mağdurun ihtiyaçlarının karşılanması ve yararının korunmasının ceza adalet sisteminin temel bir fonksiyonu olması gerektiği; mağdurun ceza adalet sistemine güveninin artırılmasının ve özellikle tanık olma olasılığı karşısında işbirliğine teşvik edilmesinin önemli olduğu; bu hedefleri gerçekleştirmek içinse ceza adalet sisteminin mağdurun uğradığı fiziksel, psikolojik, maddi ve sosyal zarara daha fazla dikkat harcamasının ve mağdurun bu alandaki ihtiyaçlarının karşılanabilmesi için hangi adımların arzu edilir olduğunun düşünülmesinin gerektiği; bu hedefleri gerçekleştirmek için atılacak adımların ceza ve ceza muhakemesine ait sosyal normların ve suçlunun rehabilitasyonu gibi diğer

hedeflerle çelişmek zorunda olmadığı, aksine, hedeflerin gerçekleştirilmesinde ve mağdurla suçlu arasında gerçekleşecek uzlaşmaya yardımcı olabileceği; bu nedenle de mağdurun ihtiyaçlarının ceza adaleti sisteminin bütün aşamalarında daha fazla dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır⁵⁸⁹.

28 Haziran 1985 tarihli bu Tavsiye Kararı, üye devletlere bazı kurallarda birleşmeyi önermektedir. 1 ve 16. maddeler arasında düzenlenen bu tavsiye niteliğindeki kararları özetle belirtecek olursak:

Polis memurları, kendilerine başvuran mağdurlarla ilgilenirken, anlayışlı, yapıcı ve güven verici bir şekilde davranmalı; mağduru, maddi, tıbbi ve psikolojik yardım alabileceği resmi ve özel kuruluşlar konusunda ve suçlu veya devletten tazminat alabilme olanakları konusunda bilgilendirmeli; mağduru, polis tarafından yapılan soruşturmanın sonuçlarından haberdar etmeli⁵⁹⁰; polisin fiille ilgili mağdurun uğradığı zarar ve kayıplar konusundaki bilgileri mümkün olduğunca açık ve tam olmalıdır.

Savcılık, fail hakkında dava açıp açmayacağına ilişkin kararını verirken, failin mağdurun zararını giderip gidermediğini göz önünde bulundurmalı; mağdur, kendisi aksini belirtmedikçe, kovuşturmanın sonucu konusunda haberdar edilmeli, kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin karara karşı kanun yoluna başvurabilmeli ve özel muhakeme başlatma hakkına sahip olmalıdır.

Mağdur, muhakemenin tüm evrelerinde saygı ve özen gösterilerek sorgulanmalı; hakları ve onuru zedelenmemelidir. Şayet mağdur bir çocuk/ zihinsel veya bedensel engelli bir kimse ise, mümkün olduğunca veli veya vasisi ya da onlara bakmakla yükümlü olan kimlerin huzurunda sorgulanmalıdır. Böylece mağdurun ceza muhakemesi aşamasında ikinci bir kere daha mağdur edilmesi önlenmeye çalışılmıştır.

Muhakeme bakımından, kovuşturma evresinde mağdur, duruşma tarihi ve yeri, zararının giderilmesi veya tazmini, hukuksal yardım alma olanakları ve

⁵⁸⁹ Yıldız, s. 90.

⁵⁹⁰ Demirbaş, Kriminoloji, s. 316.

duruşmanın sonucunu nasıl öğreneceği konusunda bilgilendirilmelidir. Ceza mahkemesinin, suçlunun mağdura tazminat ödemesi konusunda karar verebilmesi mümkün hale gelmelidir ve eğer varsa bunu engelleyen sınırlamalar ortadan kaldırılmalıdır. Tazminat, bağımsız, cezaya seçenek veya cezaya ek bir yaptırım biçimde kanunlarda yer almalıdır. Yaptırımın biçimi ve miktarı belirlenirken, mağdurun tazminat ihtiyacı ve suçlu tarafından ödenen tazminat veya suçlunun bu yönde gösterdiği samimi gayret göz önünde bulundurulmalıdır. Ayrıca, erteleme, şartla salıverme gibi kurumlarda mağduriyetin giderilmesi bir koşul olarak dikkate alınabilmelidir. Suçların soruşturulması ve kovuşturulmasında mağdurun özel hayatı ve onurunu olumsuz yönde etkilenmemesine ayrıca dikkat edilmeli, önem gösterilmelidir. Gerekliyorsa gizli duruşma yapılmalı veya kişisel bilgilerin yayınlanmasına sınırlama getirilmeli ve özellikle organize suç söz konusu ise, suçlunun tehdit ve misillemesine karşı mağdur ve ailesine etkin bir koruma sağlanmalıdır.

Yaptırımın yerine getirilmesi bakımından, tazminat bir ceza niteliğini taşıyor ise, para cezalarının tahsiline ilişkin usule göre gerçekleştirilmeli; diğer mali yaptırımlar arasında önceliğe sahip olmalıdır.

Üye devletlere yönelik bu tavsiye niteliğindeki kararların yanı sıra, arabuluculuk ve uzlaştırma konularına ilişkin düzenlemeler yapmaları da önerilmiştir.

4- Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Mağdura Yardım Edilmesi ve Mağduriyetin Önlenmesi Hakkında R (87) 21 Sayılı Tavsiye Kararı

17 Eylül 1987 tarihli ve 21 sayılı tavsiye kararı, Avrupa Konseyi'ne üye devletlere aşağıdaki önlemleri almalarını tavsiye etmiştir⁵⁹¹:

Mağdurla ilgili yapılan koruma araştırmalarının desteklemesi.

Mağdurun korunması ve ihtiyaçları ile ilgili toplumda bilinç uyandırmak için çalışmalar yürütmek.

⁵⁹¹ Assistance to victims and prevention of victimisation, Strasbourg, 1988, s. 5 vd.

Mağdurlara yardıma yönelik kamusal ve özel hizmetlerin belirlenmesi.

Özellikle savunmasız durumda olan mağdur ve ailelerini faile karşı korumak; tıbbi, psikolojik, sosyal ve maddi yardım sağlamak; mağdurları daha fazla mağdur etmemek için gerekli önlemlerin alınması hususunda bilinç uyandırmak; mağdur hakları konusunda bilgilendirmek; mağduriyetin giderilmesi hususlarında kolaylıklar sağlamak; gerektiği durumlarda eğitim, özel hizmetler, idari ve teknik yardım sağlamak ve genel tıbbi ve sosyal hizmetleri artırmak; personeli eğitmek.

Mağdur hakkında üçüncü kişilere bilgi verilmesini, mağdurun rızasına bağlamak; mağdurun çıkarlarını geliştiren ulusal düzeyde kurulacak örgütleri desteklemek.

Mağdurun daha fazla zarar görmeni önleyici tedbirler almak ve korku ve güvensizliği engellemek; Sigortaları mağdurların ihtiyaçlarına göre daha etkin hale getirmenin yollarını araştırmak ve son olarak da arabuluculuğu sağlamaya yönelik çalışmalar yapmak.

5- XIX. Avrupa Konseyi Kriminoloji Kongresi Sonuç ve Tavsiyeleri

26- 29 Kasım 1990 yılında Strasbour'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 hususlar da vardır⁵⁹². Buna göre, ceza adaleti sistemine iş akışını sınırlamak üzere hukuki ve yapısal tedbirler kadar, ihtilafları halledici cezai olmayan vasıta ve tedbirlere de başvurulmalıdır⁵⁹³. Örneğin, mağdurun muvafakati ile kolluğa takibati sona erdirmek için takdir yetkisinin verilmesi daha sıkça başvurulabilen bir yol olmalıdır⁵⁹⁴. Yine bu anlamda uzlaşma kurumu daha sık gündeme gelmelidir.

⁵⁹² Özbek, Mağduriyetin Giderilmesi, s. 117; Yılmaz, Ceza Muhakemesinde Mağdur Hakları, s. 32.

⁵⁹³ Özbek, Mağduriyetin Giderilmesi, s. 117; Yılmaz, Ceza Muhakemesinde Mağdur Hakları, s. 32.

⁵⁹⁴ Özbek, Mağduriyetin Giderilmesi, s. 117.

**6- Ceza Muhakemesinde Mağdurun Korunmasına İlişkin 15 Mart 2001
Tarih ve 2001/220 / JI Sayılı Konsey Çerçeve Kararı**

Bu çerçeve kararında mağdurun tanımı yapılmıştır. Buna göre mağdur; “*Üye ülkelerin ceza kanunlarının ihlalini oluşturan icrai veya ihmali nitelikteki hareketlerin doğrudan sonucu olarak ortaya çıkan, özellikle bedensel veya zihinsel bütünlüğü ihlal edilen, ruhsal çöküntüye uğrayan veya ekonomik kayba uğrayan gerçek bir kişidir.*”(m. 1-a). Tanım yapıldıktan sonra, ceza muhakemesinde mağdurun kişiliğine saygı gösterilmesi, mağdurun ceza muhakemesine gerçek ve uygun bir rolle katılması konusunda gerekli önlemlerin alınması ve özellikle tehlike altında bulunan mağdurlara bu durumlarına uygun davranılması tavsiye edilmiştir⁵⁹⁵.

Mağdur hakları kapsamında, mağdurların ceza muhakemesinde dinlenebilmeleri ve delil sunabilmelerinin gerçek anlamda hayata geçirilmesi ve resmi makamların, mağdurları sadece ceza muhakemesinin gerektirdiği kapsamda sorgulamaları için gerekli önlemlerin alınması gerektiği m. 3’de belirtilmiştir. Bununla birlikte mağdurların bilgilendirilmesi hakkı da çerçeve kararda düzenlenmiştir. Her üye devlet, mağdurların, ceza muhakemesi makamlarıyla, ilk temaslarından itibaren uygun gördükleri araç ve mümkün olduğunca genel kullanıma sahip bir dille, çıkarlarının korunmasına yönelik bilgileri edinebilmelidirler⁵⁹⁶. Mağdurun ceza muhakemesi kapsamında tazminat hakkına sahip olduğu da belirtilmiştir.

Üye devletler, tanık veya taraf olarak muhakemeye katılan mağdurun muhakemenin önemli evrelerini anlamasını ve muhakemeye katılmasını engelleyecek iletişim zorluklarını ortadan kaldırmak üzere gerekli önlemleri almak durumundadır⁵⁹⁷ (m. 5).

⁵⁹⁵ Yıldız, s. 92.

⁵⁹⁶ Bu bilgiler en azından, mağdurun yardım almak için başvurabileceği servis ve organizasyonları; alabileceği yardımın türü, ihbarda bulunabileceği yer ve ihbarın yapılış biçimi; mağdurun avukat yardımından yararlanma hakkı varsa bu konuda ve bunun dışında da alabileceği diğer türden danışmanlık hizmetlerinin kendisine öğretilmesini isteme hakkını içermelidir (m. 4). Yıldız, s. 92.

⁵⁹⁷ Yıldız, s. 93.

Çerçeve kararı, mağdurların korunmasına ilişkin olarak da hüküm içermekte (m.8) ve mağdur ve gerektiği durumlarda ailesi veya aynı statüdeki kişiler için uygun korumanın sağlanacağı belirtilmektedir.

Yine bu çerçeve kanununda da, üye devletlerce uygun görülen suçlar bakımından, uzlaştırma kurumunun ceza muhakemesinde etkin hale getirilmesi hususu vurgulanmıştır (m. 10).

C- Uluslararası Ceza Mahkemesi⁵⁹⁸ Statüsü

Birçok uluslararası toplum üyesi devletin 17.07.1998 tarihinde Roma Statüsü' nü imzalaması ile temeli atılan⁵⁹⁹ ve 1 Temmuz 2002 tarihinde yürürlüğe giren Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü⁶⁰⁰, soykırım⁶⁰¹, insanlığa karşı suç, savaş suçu ve saldırı suçu⁶⁰² kapsamına almış ancak yalnızca bu suç tipleriyle ilgilenmemiş; aynı zamanda ceza ve ceza muhakemesine ilişkin genel prensiplerle mahkemenin yapısını da düzenlemiştir⁶⁰³.

Statü'de mağdura ilişkin düzenlemeler de yapılmıştır. Öncelikle belirtmek isteriz ki, Statü'de mağdur tanımına ayrıca bir maddede yer verilmemekle birlikte, "Muhakeme ve İspat Kuralları" na ilişkin 85. maddede mağdur tanımı yapılmıştır. Buna göre; "...(a) mağdur, mahkemenin yargı yetkisi içerisinde bulunan suçlardan birisini oluşturan bir eylem sonucunda zarar gören gerçek kimseyi ifade eder. (b) Sahibi olduğu din, eğitim, sanat, bilim veya yardım amacına vakfedilmiş malları, tarihi eserleri, hastaneleri ve insani amaçlara hizmet eden diğer yerleri veya eşyaları doğrudan zarar gören kurum veya kuruluşlar da mağdur kavramına girerler." Görüldüğü üzere, Statü'ye göre, devletler ceza hukukunda öngörülen suçlardan zarar gören gerçek kişiler ile doğrudan zarar görmüş olan örgüt ve

⁵⁹⁸ Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) Ve İstanbul Barosu'nun Suç Duyusu, İstanbul Barosu Yayınları, 2005.

⁵⁹⁹ Şen, Ersan, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Ankara 2009, 32.

⁶⁰⁰ Önok, Rıfat Murat, Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı, Ankara 2003, s. 1.

⁶⁰¹ Ulusoy, Orçun, Uluslararası Ceza Mahkemesi, İzmir, Haziran 2008, s. 16 vd.

⁶⁰² Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat, Uluslararası Ceza Hukuku, Ankara 2009, s. 511 vd.

⁶⁰³ Yıldız, s. 96.

kurumlar mağdur olabilirler ve Statü’de öngörülen mağdur haklarından yararlanabilirler⁶⁰⁴.

Genel anlamda bakıldığında, mağdura oldukça önem verdiği gözlemlenen UCMS, çeşitli hükümlerinde, mağdurun haklarını korumaya, zararının tazminine ilişkin hükümlere yer vermiştir⁶⁰⁵. Örnek olarak bunlardan bir kaçını aşağıda el alacağız:

UCM’ nin yarı yetkisine giren suçlardan birisinin mağduru olan kişi ya da kişiler, mahkemenin savcısına başvurmak suretiyle soruşturmayı başlatmak konusunda savcıyı harekete geçirebilirler⁶⁰⁶. Statü, mağdurun tanık olarak dinlenmesi durumunda da bir takım düzenlemeler öngörmüştür⁶⁰⁷. Statü’ nün 54/1 (b) maddesi uyarınca⁶⁰⁸; “Savcı mahkemenin kapsamına giren suçların etkin biçimde soruşturulmaları ve kovuşturulmalarını sağlamak amacıyla her türlü uygun tedbiri alır ve bunu yaparken mağdur ve tanıkların yaş, 7. maddede 3. paragrafta belirtilen şekilde cinsiyet ve sağlık durumu dâhil olmak üzere menfaat ve şahsi durumlarına saygılı davranır, özellikle cinsel şiddet, cinsiyete dayalı şiddet ve çocuklara karşı şiddet sözkonusu olan durumlarda suç vasfını da gözönünde bulundurulur.” 57/3-c maddesinde de “Gerekli hallerde, mağdurların ve tanıkların korunmasını ve mahremiyetlerinin korunmasını, delillerin saklanması, yakalanarak getirilmiş şahısların güvenliğini ve ulusal güvenlik bilgilerinin korunmasını sağlamak.” düzenlemesine yer vererek Ön Yargılama Dairesi’ne görev yüklemiştir.

Mağduru korumaya yönelik bir başka düzenleme de m. 65/4’ de yer almaktadır. Buna göre; “Dava Dairesi adaletin yüksek menfaatleri, özellikle de mağdurların menfaatleri bakımından olayın daha açık ve tam bir şekilde ortaya konulmasına ihtiyaç bulunduğu kanaatine varırsa, savcıdan, tanıkların ifadeleri

⁶⁰⁴ Zafer, Hamide/Güller, Nimet, “Lahey Daimi Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Yapısı, Yetki Alanı ve Muhakeme Usulü”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 207, Cilt: 1, İstanbul 2008 (s. 739-758), s. 757.

⁶⁰⁵ Yıldız, s. 96.

⁶⁰⁶ Zira UCM’ de davaya açma ve yürütme yetki ve görevi kural olarak Mahkemenin savcısına aittir. Eser, Albin (Çev. Feridun Yenisey), Uluslararası Ceza Adalet Sisteminde İddia Makamının Oynadığı Temel Rol, Uluslararası Ceza Divanı (Yayına Hazırlayan Feridun Yenisey), İstanbul 2007, s. 287 vd.

⁶⁰⁷ Hofstetter, Elias, Das Verfahrensrecht internationaler Strafgerichte zwischen Common Law und Civil Law, Bern 2005, s. 125.

⁶⁰⁸ Sözleşmenin tam metni için bkz. Şen, s. 136-203.

dahil olmak üzere yeni deliller sunulmasını isteyebilir veya yargılamanın bu Statüde öngörülen usuller dairesinde devam etmesi konusunda talimat verebilir...” Statü’nün “Mağdurların ve Tanıkların Korunması ve Yargılamaya Katılmaları” başlığını taşıyan 68. maddesi de mağdurun korunmasıyla ilgili ayrıntılara yer vermiştir. Bu düzenlemeye göre; “(1) Mahkeme, mağdur ve tanıkların güvenliğinin, fiziksel ve ruhsal sağlıklarının, saygınlık ve özel hayatlarının korunması için uygun önlemleri alır. Bunu yaparken Mahkeme, yaş, 2. madde 3. paragrafında belirtildiği üzere cinsiyet, sağlık, özellikle ve fakat bunlarla sınırlı olmamak kaydıyla cinsellik veya cinsiyete dayalı şiddet veya çocuklara yönelik şiddet gibi, suçun mahiyetinden kaynaklanan tüm ilgili etkenleri dikkate alır. Savcı, özellikle bu suçların soruşturma ve kovuşturma safhalarında gerekli önlemleri alır. Bu önlemler sanığın haklarına, adil ve tarafsız yargılama gereklerine zarar vermemeli ve bunlarla çelişir nitelikte olmamalıdır. (2) 67. maddede belirtilen aleni duruşma ilkesine bir istisna olarak Mahkeme, tanıkları, mağdurları veya sanığı korumak amacıyla yargılama aşamalarının herhangi bir kısmını gizli (kapalı) oturumda yapabilir veya delillerin elektronik ya da başka özel araçlarla sunulmasına izin verebilir. Bu önlemler, özellikle bir cinsel şiddet mağduru sözkonusu olduğunda veya bir tanık ya da mağdurun çocuk olması halinde, Mahkeme tarafından aksi emredilmedikçe, özellikle mağdur veya sanığın görüşleri başta olmak üzere bütün şartlar değerlendirildikten sonra alınır. (3) Mağdurların şahsi çıkarlarının etkilendiği hallerde Mahkeme, mağdur görüşlerinin ve kaygılarının Mahkeme tarafından belirlenen uygun bir zamanda ve sanığın hakları ile adil ve tarafsız yargılama gereklerini haleldar etmeyecek ve engellemeyecek şekilde sunulmasına izin verebilir. Mahkeme uygun gördüğü takdirde, “Usul ve Delil Kuralları” uyarınca bu gibi görüş ve kaygılar, mağdurların kanuni temsilcileri tarafından da sunulabilir. (4) Mağdurlar ve Tanıklar Birimi⁶⁰⁹, 43. maddenin 6. paragrafında belirtildiği üzere, koruyucu önlemler, güvenlik düzenlemeleri, danışmanlık ve yardım konularında Savcıya ve Mahkemeye yerinde tavsiyelerde bulunabilir.”

⁶⁰⁹ UCM m. 43/6 uyarınca; “Yazı İşleri Bürosu Başkanı, Büro içerisinde Mağdur ve Tanıklar Birimi kuracaktır. Bu birim, Savcılık makamına danışmak suretiyle tanıklar, mahkeme huzurunda ifade veren mağdur veya tanıkların ifadeleriyle risk altına giren kişiler için koruyucu önlemler, güvenlik önlemleri, bilgilendirme ve diğer uygun yardımları sağlar. Birimde, cinsel şiddetten kaynaklanan travma da dahil olmak üzere travma konusunda uzman personel de bulunur.”

Statü'nün 75. maddesinde de mağdurlara tazminat ödenmesi konusu ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Maddenin konumuzla ilgili fıkralarını ele alacak olursak; “(1) Mahkeme mağdurların zararlarının tazminat, iade veya tedavi dâhil olmak üzere, karşılanması konusunda ilkeleri belirler. Bu kapsamda Mahkeme, hem talep üzerine ve hem de istisnai durumlarda re’ sen harekete geçerek, zararın, kaybın veya yaralanmanın kapsam ve muhtevasını belirler ve hangi prensipler dâhilinde hareket ettiğini açıklar. (2) Mahkeme mağdurlara yönelik iade, tazminat ve tedavi içeren uygun zarar giderimi konusunda sanığa doğrudan talimat verebilir. Uygun hallerde Mahkeme, 79. maddede öngörülen Emanet Fonu kanalı ile zararın telafi edilmesi talimatı verebilir. (3) Mahkeme, bu madde uyarınca bir talimat vermeden önce dikkate almak üzere; sanıkları, mağdurları, diğer ilgili şahısları veya devletleri veya bunlar adına temsilcilerini görüşlerini aktarmak üzere davet edebilir...(6) Bu maddenin hiçbir hükmü, ulusal ya da uluslararası hukuk tarafından güvence altına alınan mağdur haklarına haleldar getirecek şekilde yorumlanamaz.”

Son olarak bu bölümde, ülkemizin de maalesef çok yaşadığı, terör suçu mağdurları ile ilgili kısa bir paragraf açmak istiyoruz. Terör saldırıları sonucu birçok kişi maddi ve manevi zarara uğramakta, ülke ekonomisi de ciddi kayıplara uğramaktadır. Terör saldırıları sonucu mağdur olan kişilerin bu zararlarının tazmininde başvuru yolu tazminat hakkıdır⁶¹⁰. Gerçekten de uluslararası insan hakları belgeleri, suçun mağduru olan kimsenin, bu suçu işleyen kişiden ya da ulusal makamdan tazminat almasını düzenlemiştir⁶¹¹. Aynı şekilde, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü m. 75’de de bu duruma ilişkin düzenleme yer almaktadır. Buna göre, mahkeme talep üzerine veya istisnai durumda re’ sen, mağdurun zararını tespit ettirerek bunun doğrudan sanık tarafından veya 79. maddeye göre kurulacak olan Fon’dan (Victims Trust Fund) ödettirilmesine karar verecektir.

⁶¹⁰ Karaaslan, Reşit, “Genel Hatları İle Uluslararası Ceza Yargısı Ve Terör Mağdurlarının Başvurabileceği Hukuki Yollar”, Hukuk ve Adalet-Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl:4, Sayı: 10, İlkbahar 2007 (s. 77-122), s. 120.

⁶¹¹ Bu belgelere örnek olarak; İnsan Hakları Beyannamesi m.8; Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m. 2/3; 1984 tarihli BM İşkence Sözleşmesi m. 14/1 verilebilir. Karaaslan, s. 120. Karaaslan, s. 120.

IV. Türk Hukukunda Mağdurun Korunmasına Yönelik Düzenlemeler

A- Genel Olarak

20. yüzyılın son yarısından itibaren, hukuk sistemlerinde, mağdurun korunması konusunun önemsendiğini ve bu konuya ilişkin düzenlemelerin arttığını belirtmiştik. Buradan hareketle, ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunun asıl amaçlarından birinin de mağdurun tatmini, korunması ve zararlarının giderilmesi olduğunu benimseyen Türk hukukunda da konuya ilişkin çalışmalar hız kazanmıştır. Çağdaş gelişmelere paralel bir şekilde, çeşitli kanunlarda ve de özellikle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda mağdur haklarına ve mağdurun korunması konusuna önem verilmiş ve konuya ilişkin yeniliklere kanun metninde yer verilmiştir. Mağduru korumaya yönelik yeni kurumlara ilişkin düzenlemelerin uygulamaya geçirilmesinde, doğal olarak bazı aksaklıklar ortaya çıkmış⁶¹² olsa da, bu kurumlar adli yargıda mağdura verilen önemin göstergesi olmuştur.

Kişiler arasındaki uyuşmazlıkların tamamının çözümünün devletten beklenmesi, günümüz koşullarında güçleşmiştir. Kişilerin haklarına kavuşmalarını hızlandırmak adına yargı dışı çözüm yöntemleri geliştirilmiştir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri diye adlandırabileceğimiz bu yollarla, yargının yükü hafifletilmeye çalışılmış ve daha önemlisi kişilerin adalete ulaşması hızlanmıştır.

Başka bir ifadeyle, günümüz dünyasında hızla gelişen ekonomik ve sosyal hayat, beraberinde yeni bir takım suçların ortaya çıkmasına neden olmuş ve zaten yoğun olan adliyelerin iş yükünü daha da yoğun hale getirmiştir. Bu durumda da uyuşmazlıkların mahkeme dışı çözüm yöntemleriyle giderilmesini zorunlu hale getirmiştir. Bu anlamda ceza uyuşmazlıklarının da klasik yargılama dışına çıkartılması ve mahkeme dışındaki bir takım yöntemlerle çözümlenmesi için düzenlemeler yapılmaktadır. Tam da burada karşımıza “diversiyon” veya “ADR (Alternative Dispute Resolution=Alternatif Uyuşmazlık Çözümü⁶¹³)” terimi

⁶¹² Kafes, Veli, “Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi” AÜHFD,60 (1), 2011: 83- 156, s. 84.

⁶¹³ ADR’ nin mahkemelerin yükünün hafifletilmesinde etkin rol üstleneceği öngörülmektedir. Nitekim Amerikan hukukunda bunun gözlemlendiği söylenebilir. Amerikan hukuk sisteminde uyuşmazlıkların mahkeme dışı alternatif çözüm yöntemleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Macuncu, Muhsin, “Amerikan Hukuk Sistemlerinde Anlaşmazlıkların Alternatif Çözümleri” Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2010 Özel Sayı:1, Uzlaşma (s. 75-85), s. 85.

çıkılmaktadır. Diversiyon, ceza uyuşmazlığının klasik yargılama dışına çıkartılması ve mahkeme dışındaki birtakım yöntemlerle çözümlenmesini ifade etmektedir⁶¹⁴. Bu anlamda da karşımıza diversiyon yöntemi olarak, önödeme, arabuluculuk, uzlaşma, davanın ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi yöntemler çıkmaktadır⁶¹⁵. Tüm bu yöntemler, mağdurun korunması kapsamında ele alınacak tedbirler olarak değerlendirilebilir. Türkiye’de ceza uyuşmazlıklarının yıldan yıla büyük artış göstermesi, cezaevlerinde yer kalmaması ve toplumun ceza adaletinden memnun olmaması gibi hususlar gözetildiğinde, ADR ’nin veya başka bir ifadeyle, seçenek yaptırımlar konusunun⁶¹⁶ esasında mağduru koruduğu kadar, toplumu/devlet için de önemli olduğu söylenebilir.

Hukukumuzda, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda (TCK), 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda (CMK) ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda (CGTİHK) mağdurun korunmasına ilişkin düzenlemelere rastlanmaktadır. Bunun dışında mağdurun, hukuk mahkemelerinde zararının giderilmesini isteme hakkı bağlamında tazminat davası açma hakkı da saklıdır. Bu anlamda Medeni Kanun, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu gibi kanun hükümleri içerisinde de mağduru ilgilendiren hükümlerin bulunduğunu belirtebiliriz.

Bu bölümde, CMK kapsamında mağdurun korunmasına yönelik getirilenler başta olmak üzere, yeni kurumlardan önemli addettiklerimize değineceğiz.

B- Arabuluculuk

İşlenmiş suçların failleri ile mağdurları arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuğun kullanılması, 21. yüzyılın başına kadar hukukumuzda üzerinde yeterli ölçüde çalışılmış bir konu değildi⁶¹⁷. Mağdurla ilgili endişeler ile

⁶¹⁴ Ancak ülkemizde ceza hukuku alanında pek de kullanılmayan *diversiyon* terimi; daha çok özel hukuktaki mahkeme dışı uyuşmazlık yöntemlerini ifade etmek için kullanılmaktadır. Ancak Avusturyalı ceza hukukçuları literatürde *diversiyon* terimini kullanmaktadırlar. Gökcan, Hasan Tahsin, “Avusturya Ceza Hukukunda Mahkeme Dışı Uyuşmazlık (Diversiyon) Yöntemleri”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2010 Özel Sayı:1, Uzlaşma (s.37-74), s. 37.

⁶¹⁵ Gökcan, s. 39.

⁶¹⁶ Gökcan, s. 74.

⁶¹⁷ Özbek, Mustafa Serdar, “Çağdaş Ceza Adaleti Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları ve Arabuluculuk Uygulaması”, Kazancı Hukuk Dergisi, 2010/1 (s. 116-183), s. 117.

faillerin tekrar topluma uyumlu bir birey haline getirilmesini (rehabilitation) amaçlayan görüşlerin, suçtan doğan zararın tazmin ve telafisi düşüncesiyle bir araya getirilmesi sonucunda, ceza adaleti alanında arabuluculuk sistemi geliştirilmiştir⁶¹⁸. Anglo- Amerikan hukukunda ortaya çıkan alternatif uyuşmazlık çözüm hareketinin (Alternative Dispute Resolution, ADR), bir parçası olarak gelişen mağdur-fail arabuluculuğu, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde de hızla yayılmaktadır⁶¹⁹. Örneğin Almanya'da son yıllarda, fail ve mağdur arasında arabuluculuk giderek, ceza adaletinde önem kazanmaktadır⁶²⁰. Alman Ceza Usul Kanunu'nun 153 (a) maddesi uyarınca, usulün her aşamasında savcılık ve mahkemenin daima fail-mağdur arasında bir arabuluculuk olanağı araştırması ve bu arabuluculuğun gelişmesi koşullarını meydana getirmeye çalışması gerekmektedir⁶²¹.

Amerika Birleşik Devletlerinde, fail- mağdur arabuluculuğu programlarının büyük bir kısmı, mahkemelerle yakın bir ilişki içinde faaliyet gösteren özel kuruluşlarca desteklenmekteyken, sayısı giderek artan diğer bazı programlar doğrudan denetimli serbestlik büroları tarafından yürütülmektedir. Örneğin, Dallas, Houston gibi yerlerdeki programlar yerel uyuşmazlık çözüm merkezlerince desteklenmektedir⁶²². Mağdur- fail arabuluculuğunun gelişimi, Avrupa Konseyi ve Komisyonu tarafından da desteklenmektedir⁶²³. Bu kapsamda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 15 Eylül 1999'da R(99) 19 sayılı "Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk" konulu tavsiye kararını kabul etmiştir⁶²⁴. Bu tavsiye kararında, arabuluculuğun, ceza konularında kullanılmasının geleneksel cezai takibatları tamamlayıcı ya da bunlara alternatif olan, esnek, kapsamlı, sorun çözmeye yönelik, katılımcı bir seçenek olduğu vurgulanmaktadır⁶²⁵. Ayrıca Avrupa Birliği

⁶¹⁸ Özbek, Mustafa Serdar, *Alternatif Çözüm Arayışları*, s. 125.

⁶¹⁹ Özbek, Mustafa Serdar, "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 'Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk' Konulu Tavsiye Kararı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 7, Sayı:1, 2005 (s. 127-166), s. 127.

⁶²⁰ Dölling, Dieter, "İşlenen Suç Nedeniyle, Suç Failleri ve Mağdurları Arasında Arabuluculuk" (mediation), (Çev. Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer), *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, 2010 Özel Sayı:1, Uzlaşma (s.18-21), s. 18.

⁶²¹ Dölling, s. 19.

⁶²² Umbreit, Mark S., "Mediating Criminal Conflict Handbook of Alternative Dispute Resolution, Austin 1990 (s. 227- 238), s. 228.

⁶²³ Özbek, Mustafa Serdar, "Suça Sürüklenen Çocuklara Yönelik Onarıcı Adalet Programları Ve Çocuk Arabuluculuğu", Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul 2008 (s. 449-466), s. 455-456.

⁶²⁴ Özbek, Mustafa Serdar, *Suçta Sürüklenen Çocuklara Yönelik*, s. 456; Özbek, Mustafa Serdar, *Tavsiye Kararı*, s. 130 vd.

⁶²⁵ Jahic, Galma/ Yeşiladalı, Burcu, *Onarıcı Adalet, Mağdur- Fail Arabuluculuğu Ve Ceza Davalarında Uzlaşma Eğitim Materyalleri*, İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2008, s. 37.

Antlaşması'nın VI. Başlığı uyarınca kabul edilen "Mağdurların Cezai Takibatlardaki Durumu Hakkındaki Konsey Çerçeve Kararı" da 22.3.2001 tarihinde Avrupa Toplulukları Resmi Gazete' sinde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir⁶²⁶. Bu çerçeve karar ile mağdurların ikinci kez mağdur olmasına neden olabilecek kısmi veya tutarsız çözümler üretmekten kaçınarak, mağdurların ihtiyaçları göz önünde bulundurulmaya çalışılmıştır (m.5). Bunun dışında, suç mağdurlarına yardım önlemleri ve özellikle de tazminat arabuluculuğuna ilişkin hükümlere (m. 7) yer verilmiştir.

Mağdur-fail arabuluculuk programlarıyla, mağdurlar ile failer arasındaki kişisel ilişkileri kesen bir ceza hukuku sistemi terk edilmekte; bunun yerine, suçun sadece devlete karşı değil, temelde insana karşı olduğunu kabul eden eski ilkelere dayanılmaktadır⁶²⁷. Ayrıca burada mağdurun daha aktif olarak katıldığı bir süreç söz konusu olmakla birlikte, mağdurla failin menfaatlerini birlikte koruyan bir yöntem izlenmektedir⁶²⁸.

Mağdur-fail arabuluculuğu anlayışı, ceza adaleti sistemindeki üç çağdaş akımın sonucudur⁶²⁹. Bunlar, ceza adaleti sisteminde mağdurlar ve mağdurların işlevi hakkında artan bir ilgi; failerin cezalandırılma yolları ve failere yönelik davranış şeklerinden duyulan tatminsizlik; uyuşmazlık çözümü ve yönetiminde, bilinen yöntemlere yeni alternatiflerin bulunmasıdır.

Hukukumuzda mağdur-fail arabuluculuğunun ceza ve ceza muhakemesi hukukundaki uygulama örneğini, uzlaştırma kurumu ile görmekteyiz. Ancak bunun dışında, 22 Haziran 2012 tarih ve 28331 sayılı RG' de yayımlanan 7.6.2012 tarihli ve 6325 Sayılı "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu"⁶³⁰ ile, bu alanda arabuluculuk yasal düzenlemeye tabi kılınmıştır. Bunun dışında, 6100 sayılı Hukuk

⁶²⁶ Jahic/ Yeşilada, s. 41.

⁶²⁷ Programların çoğunun, ağır suçları ve cinsel suçları arabuluculuktan muaf tutmalarına karşılık, bazı programlar arabuluculuğa konu olabilecek suçlar hakkında bir sınırlama yapmamakta ve daha ağır suçları içeren davaları bile arabuluculuk kurumu içerisinde mütalaa etmektedirler. Robinson, Gwen, Victim-Offender Mediation, Limitations and Potential, Oxford 1996, s. 23.

⁶²⁸ Umbreit, Mark S., "Victim Offender Mediation in Juvenile or Criminal Courts (ADR Handbook for Judges, American Bar Association 2004 (s. 225-236), s. 229.

⁶²⁹ Özbek, Mustafa Serdar, Çağdaş Ceza Adaleti Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları (Kazancı), s. 127.

⁶³⁰ Yürürlük başlıklı m. 37 uyarınca, bu Kanun (28 ile 32. Maddeler ve geçici maddeleri hariç) yayımı tarihinden bir yıl sonra yürürlüğe girecektir.

Usulü Muhakemeleri Kanununda da arabuluculuğa ilişkin hükümler bulunmaktadır. Örneğin, ön inceleme aşamasında hâkim tarafları sulhe ya da arabuluculuğa teşvik edebilmektedir (HUMK m. 137, 140).

C- Onarıcı Adalet

1- Genel Olarak

Ceza adaleti sistemi büyük ölçüde, suçun devlete karşı işlenmiş olduğu düşüncesine dayandığı için, devlet adına iddia görevini yapan savcılar, suçlu hakkında soruşturma yapar ve gerek görürlerse, ceza (kamu) davasında faille ceza verilmesini talep ederler⁶³¹. Ancak bu anlayış, mağdurun kendisine karşı işlenen suçla ve faille arasında bulunan ilişkiyi gözden kaçırmaz ve bazen de muhakeme sürecinde mağduru ihmal eder. İşte bu açığı kapatan bir anlayış olan onarıcı adalet anlayışı, mağdur, fail ve toplum⁶³² arasındaki ilişkiye dayanır ve öncelikli olarak suçlunun cezalandırılmasını değil, mağdurun zararın tazmin ve telafisini amaçlar⁶³³.

⁶³¹ Özbek, Mustafa Serdar, Alternatif Çözüm Arayışları, s. 141.

⁶³² Onarıcı adalette toplumun rolünün anlaşılabilmesi için, toplumdan ne kastedildiğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Toplum, bölge veya yakınlık temelli bir grup insan olabileceği gibi, bir bütün olarak herkesi de ifade edebilir. Bunlardan her birinin uyumsuzluk ve haksızlıktan gördükleri zarar farklı şekillerde ve derecelerde olmaktadır. Bu nedenle bunlardan her birinin değişik şekillerde onarma sürecine katılmaları mümkündür. Bunların, olay bağlamında ortaya çıkan gerekliliğe göre oynayacakları rol değişebilir. Örneğin, mağdur veya failin yakın çevresi onarıcı süreçte onlara destek verebilir. Bu yakınlık, ailesel veya başka türlü bir yakınlık olabilir. Bölgesel temelli topluluk ise, sadece belli bir yerde bulunmaktan dolayı bir haksızlıktan etkilenen topluluğu ifade eder. Esasen yapılan bu ayırım keyfi bir ayırımdır ve bu toplulukların birbirinden kesin olarak ayrılması da mümkün değildir. Örneğin, bir bölgede hırsızlık yapılması durumunda, bölgesel topluluk aynı zamanda mağdurun yakın çevresi de olacaktır. Ancak, bölge veya yakınlık temelli toplumlar, genellikle hırsızlıktan bütün topluma göre doğrudan ve daha fazla etkilenirler. Çetintürk, Ekrem, Onarıcı Adalet – Ceza Adalet Sistemindeki Uzlaştırma Kurumunun Temelini Teşkil Eden Adalet Anlayışı-, Ankara 2008, s. 13-14.

⁶³³ Cezalandırma ve caydırmayı esas alan günümüz ceza adaleti sistemine bir alternatif olarak ortaya konan onarıcı adalet anlayışının temel ilkeleri şu şekildedir:

-Suçlar ilk olarak mağdurlara, ikinci olarak devlete karşı yönelmiş fiillerdir.

-Mağdurla fail arasındaki ilişkinin düzeltilmesinde mağdurun zararlarının tazmini ve telafisi önemli bir etkidir.

-Mağdurun zararlarının giderilmesi, genellikle mağdura bir miktar paranın ödenmesi veya belli bir toplum hizmetinde bulunulması biçiminde olmak üzere, mağdurun zararının tazmin edilmesi yoluyla sağlanır.

-Mağdur ve fail arasında uzlaşmanın yeniden tesis edilmesi, onarıcı adalet anlayışının önemli bir amacı olarak görülse de, yegane amacı değildir. Bazı görüşlere göre, mağdurlara, failleri affetmeleri ve onlarla uzlaşmaları için baskı yapılmamalı, mağdurlar bu konuda hazır olana kadar beklenilmelidir. Bu görüş Amerika Birleşik Devletleri'nde mağdur-fail yeniden uzlaştırma programlarının adının, mağdur-fail arabuluculuk programları olarak değiştirilmesinin temel nedenidir.

-Mağdur ve fail arasında iletişim kurulması ve müzakere yapılması, çoğunlukla mümkün olan ve aradaki bozulmuş ilişkilerin düzeltilmesi için arzu edilen bir unsurdur.

-Failler, işlemiş oldukları suçun sorumluluğunu almalı ve faillere bu durumu düzeltme imkânı verilmelidir. Özbek, Mustafa Serdar, Alternatif Çözüm Arayışları, s. 141.

Onarıcı adalet (restorative justice), özellikle Kanada, Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, Yeni Zelanda ve Avustralya'da oldukça yaygın olarak kullanılan Anglo- Sakson menşeli bir kavramdır⁶³⁴. Onarıcı adalet kavramının gerçekleştirilmesine yönelik olarak belirlenmiş herhangi bir teknik, yöntem veya program bulunmadığından, genel bir tanım yapmak bir hayli zordur⁶³⁵. Onarıcı adalet kavramının gelişiminin temelinde asıl olarak mağdur ve mağdurun haklarının korunması fikri olmakla birlikte, onarıcı adaletin bunun çok daha ötesinde bir gelişim gösterdiğini⁶³⁶ belirtebiliriz. Onarıcı adalet, suçtan zarar gören kişilerin doğrudan katılımıyla ve suç nedeniyle ortaya çıkan mağduriyetin giderilmesi amacıyla, suç olgusuna karşı, merkezine mağduru oturtan ve uyuşmazlığı çözmeyi amaçlayan bir yaklaşımı⁶³⁷ gerektirmektedir. Net bir tanımının yapılamamasına karşılık, uluslararası kabul görmüş bir kavram olan onarıcı adalet, mağdur ve fail arasında olumlu ilişkiler kurmaya çalışmakta ve cezalandırmanın son çare olması gerektiği⁶³⁸ düşüncesine dayanmaktadır. Buradan hareketle onarıcı adaletin amacını şöyle ifade edebiliriz: İhlal edilen kuraldan ziyade, haksızlık nedeniyle ortaya çıkan zarara odaklanılması; mağdura yardım ve destek sunulması; ceza adalet sistemi içerisinde mağdurun öneminin artırılması; mağdurun maddi, duygusal ve sosyal tüm ihtiyaçlarının onun tanımladığı şekilde dikkate alınması suretiyle suç nedeniyle ortaya çıkan maddi ve manevi zararlarının giderilmesi; adaletin gerçekleştirilmesi sürecine mağdur ve failin birlikte dâhil edilmesi ve her ikisine de eşit ilgi gösterilmesi; faile ceza vermek yerine, failin eyleminin sorumluluğunu üstlenmesi ve verdiği zararları gidermesi için imkân sağlanması; failin yaptığı haksızlık nedeniyle haklarına tecavüz edilen kişilere ve topluma karşı doğrudan sorumlu tutulması, bu sürece mağdurun ve toplumun katılması ve böylece mağdur ve failin ihtiyaçlarının daha iyi karşılanması; failin davranışlarına sosyal koşulların da katkıda bulunduğu ve bu nedenle toplumun da bu konuda sorumluluğu bulunduğu kabul edilmesi; failin ıslah edilerek topluma yeniden kazandırılması ve toplumsal hayatta verimli olması için imkanlar sunulması şeklinde özetlenebilir⁶³⁹.

⁶³⁴ Çetintürk, Ekrem, Onarıcı Adalet, s. 13.

⁶³⁵ Wright, Martin, The Paradigm of Restorative Justice, VOMA Connections, Research and Practice, Summer 2002, s. 1.

⁶³⁶ Çetintürk, s. 13.

⁶³⁷ Marshall, Tony F., Restorative Justice An Overview, Research Development and Statistics Directorate, Home Office, London 1999, s. 5.

⁶³⁸ Marshall, s. 7.

⁶³⁹ Çetintürk, Onarıcı Adalet, s. 15- 16.

2- Onarıcı Adalet Fikrinin Ortaya Çıkışı ve Gelişimi

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, onarıcı adalet anlayışı, mağdur, fail ve toplum arasındaki ilişkileri dikkate alarak, bazı eski toplumsal uyumsuzluk çözüm mekanizmalarının yeniden keşfedilmesi ve günümüze uyarlanması⁶⁴⁰ başka bir şey değildir. Fikri temeli çok eskilere dayanmakla birlikte ilk kez 1970 yılında ortaya çıkmıştır. Ceza adaletine ilişkin tarihsel değerlendirmelerin çoğunda bu konudan bahsedilmese de onarıcı adalet anlayışının izlerine Afrika, Latin Amerika, Asya, Kanada ve Yeni Zelenda'da yaşamış pek çok kültürün tarihinde rastlanmaktadır⁶⁴¹.

Onarıcı adalet fikrini 1985 yılında yazdığı "*Cezalandırıcı Adalet, Onarıcı Adalet (Retributive Justice, Restorative Justice)*" adlı kitapla kapsamlı olarak ilk inceleyen kişi Howard Zehr olmuştur ve bu kitapla Zehr, cezalandırıcı adaletin (geleneksel ceza adalet sisteminin) ilkelerine karşı çıkararak, onarıcı adaleti mevcut sisteme bir alternatif olarak sunmuştur⁶⁴². Zehr' in bu düşüncesi o dönemde çok tartışılmıştır. Daha sonraları toplum temelli adalet fikri savunulmaya başlanmıştır. Bu anlamda onarıcı adaletin toplumsal boyutuna verilen önem gittikçe artarken, başka fikirler daha ileri sürülmüştür⁶⁴³.

Günümüze yaklaştıkça, onarıcı adalet anlayışının Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği ve Birleşmiş Milletler⁶⁴⁴ nezdinde de ele alındığını ve üzerinde çalışmalar yapıldığını görmekteyiz⁶⁴⁵. Bu çalışmalar neticesinde ilk olarak, Avrupa Konseyi'

⁶⁴⁰ Marshall, s. 7.

⁶⁴¹ Çetintürk, Onarıcı Adalet, s. 24.

⁶⁴² Zehr' in bu çalışmaları Amerika'da Mark Umberit ve İngiltere' de geleneksel ceza adaleti sistemi ile onarıcı adalet usullerinin nasıl birleştirileceği sorunu üzerinde çalışmalar yapan Martin Wright ve John Harding üzerinde oldukça büyük etki yapmıştır. Ancak bu yazarlar onarıcı adalet ile uzlaştırmayı aynı çerçevede kabul etmişler ve suça karşı etkili bir tepki olarak tarafların karşılıklı görüşmelerinin önemini vurgulamaya devam etmişlerdir. Çetintürk, Onarıcı Adalet, s. 30.

⁶⁴³ Marshall, s. 29 vd.

⁶⁴⁴ Birleşmiş Milletler yaptığı çalışmalar sonucunda, Avrupa uygulamasında uzlaştırmadan daha geniş anlamda onarıcı adalet kelimesine yer vermiştir. Bu onarıcı adalet usulleri, tarafsız bir üçüncü kişinin yardımında bir suçtan etkilenen mağdur, fail ve/veya diğer kişilerin katıldıkları her hangi bir usul olarak tanımlanmıştır. Çetintürk, Onarıcı Adalet, s. 103.

⁶⁴⁵ Onarıcı adalet konusu ile ilgilenen kurumlar sadece bunlarla sınırlı değildir. "*Uzlaştırma ve Onarıcı Adalet İçin Avrupa Forumu (European Forum Victim-Offender Mediation And Restorative Justice)*"; "*Mağdur- Fail Uzlaştırmaları Birliği (Victim-Offender Mediation Association)*"; "*Amerika Barolar Birliği (American Bar Association)*"; "*Çocuklar İçin Onarıcı Adalet Konusunda Uluslararası Araştırma Ağı (International Network for Research on Restorative Justice For Juvenles)*" gibi kurumlar da onarıcı adalet anlayışına ilişkin düzenlemeler içermektedirler. Çetintürk, Onarıcı Adalet, s. 116 vd.

nin, Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen 1999 tarihli *Ceza Hukukunda Uzlaştırmaya İlişkin Tavsiye*' kararını görmekteyiz. İkinci olarak, Avrupa Birliği Konseyi tarafından 2001 yılında kabul edilen ve uzlaştırmaya ilişkin hükümler de içeren *Ceza Muhakemesinde Mağdurun Korunmasına İlişkin Çerçeve Karar* gelmektedir. Üçüncü olarak ise, Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından 2002 yılında kabul edilen *Ceza Adaletinde Onarıcı Adalet Programlarının Kullanımına İlişkin Temel İlkeler Hakkında Karar* karşımıza çıkmaktadır. Bu bahsettiğimiz üç belge, ceza ve ceza muhakemesi hukukunda onarıcı adalet ve uzlaştırma uygulamaları bakımından, ülkeler için yasal bir dayanak görevi görmektedir⁶⁴⁶.

3- Onarıcı Adalet Uygulama Modelleri

Onarıcı adalet uygulamaları, şartlara ve duruma bağlı olarak değişiklik göstermektedir. Bu nedenle bütün durumlara uygun bir onarıcı adalet modelinin bulunduğunu söylemek imkânsızdır⁶⁴⁷. Biz burada iki önemli model üzerinde duracağız. Bunlardan ilki, *uzlaştırmadır*. İkincisi ise, *aile/toplum grup konferansıdır*.

Onarıcı adalet modellerinden ilki, *uzlaştırmadır*. Uzlaştırma konusuna ilişkin aşağıda ayrıca başlık açıldığı için, burada ismini zikretmekle yetiniyoruz. İkinci model olarak, Yeni Zelenda'da ortaya çıkmış ve kurumsal bir yapı kazanmış olan⁶⁴⁸, *aile/toplum grup konferansı (family/ community group conferencing)* gösterilebilir. Bunlardan aile grup konferansı, fail, failin ailesi ve aile tarafından davet edilen kişiler, mağdur veya temsilcisi, mağdurun yakınları, polis temsilcisi ve koordinatör katılımıyla gerçekleştiği için, suçun neden olduğu sorunları çözmek amacıyla toplumda suçtan en çok etkilenen kişilerin katıldıkları bir onarıcı adalet modeli olarak kabul edilmektedir⁶⁴⁹.

⁶⁴⁶ Çetintürk, Onarıcı Adalet, s. 102.

⁶⁴⁷ Çetintürk, Onarıcı Adalet, s. 70.

⁶⁴⁸ Yeni Zelenda'da 1989 yılında yürürlüğe giren Çocuk, Genç ve Aileleri Hakkında Kanunla (The Children, Young Persons and Their Families Act) ile onarıcı adalet kurumsal bir yapı kazanmıştır. Çetintürk, Onarıcı Adalet, s. 76.

⁶⁴⁹ Çetintürk, Onarıcı Adalet, s. 78.

D- Uzlaştırma

1- Genel Olarak

1970'lerde ilk defa Kanada ve Amerika Birleşik Devletleri'nde ortaya çıkan ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden olan⁶⁵⁰ uzlaştırma, çok kısa bir süre içerisinde dünyanın pek çok ülkesinde uygulanma alanı bulmuştur. Uzlaşma kurumu, Avrupa Konseyi R (99) – 19 Tavsiye Kararı ile cezai konularda mahkemenin artan iş yüküne karşı geleneksel yargılama usullerine alternatif bir çözüm yolu olarak sunulmuştur⁶⁵¹. Ülke uygulamaları arasında farklar olmakla birlikte, temel felsefesini onarıcı adalet fikrinden almıştır. Mağdurun suçtan doğan zararının giderilmesini amaçlayan adli kontrol ve denetimli serbestlik kurumları ile özellikle mal aleyhine işlenen suçlardaki etkin pişmanlık kurumları gibi uzlaştırma da zararın giderilmesi fikrine dayanmaktadır⁶⁵². Uygulanması zor olsa da, mahkemelerin iş yükünü azaltmak ve mağdurun ve toplumun zararının giderilmesi açısından faydalı bir müessesedir⁶⁵³. Savcı, hâkim ve avukat gibi muhakeme süljelerinin kişisel yararı bakımından da son derece önemli bir kurumdur. Nitekim yargılamanın bu üç ayağı da yargılamanın doğuracağı muhtemel bir zaman kaybından kurtulacakları gibi, sorunu daha kısa ve kazançlı bir yoldan çözüme kavuşturabileceklerdir⁶⁵⁴. Buna göre uzlaştırma, bir çözüm empoze etmek yetkisine sahip olmayan tarafsız üçüncü bir kişinin uyuşmazlığın çözümüne yardımcı olduğu bir süreç⁶⁵⁵ olarak tanımlanabilir.

Uluslararası gelişmelerden Türk hukuku da etkilenmiş ve cezai uyuşmazlıklarda uzlaşma, Türk hukukuna girmiştir⁶⁵⁶. Başka bir ifadeyle, uzlaştırma,

⁶⁵⁰ Chalmers, Carolyn, "Uyuşmazlıkların Mahkeme Dışı Çözüm Yolları Dersi", (Çev.: Arş. Gör. Hande Ulutürk), Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2010/1, Uzlaşma Özel Sayı (s.22-36), s. 29.

⁶⁵¹ Tavsiye kararında, temel hak ve özgürlükleri koruma sözleşmesi doğrultusunda uygulamalar yapılması önerilmekte, mağdurun zararının giderilmesinin yasal hakkı olduğu ve failin de yeniden sosyalleşerek toplumla bütünleşmesi amacına hizmet etmesi amaçlandığı belirtilmektedir. Nuhoglu, Ayşe, "Uzlaşma Bakımından Şikâyete Bağlı Suçlar", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2010/1, Uzlaşma Özel Sayı (s.86-92), s. 86.

⁶⁵² Yenisey, Feridun, "Ceza Muhakemesi Hukukunda 'Uzlaştırma' Hakkında Temel Bilgiler", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2010/1, Uzlaşma Özel Sayı (s. 7-17), s. 9.

⁶⁵³ Yenisey, Uzlaştırma Hakkında Temel Bilgiler, s. 9.

⁶⁵⁴ Mermut, Serdar, "Türk Ceza Hukukunda Uzlaşma", Av. Dr. Şükrü Alpaslan'a Armağan, Mayıs 2007 (s. 510-529), s. 511.

⁶⁵⁵ Çetintürk, Ekrem, Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma, Şubat 2009, s. 34.

⁶⁵⁶ Nuhoglu, Uzlaşma Bakımından Şikâyete Bağlı Suçlar, s. 86.

5237 sayılı TCK ve 5271 sayılı CMK ile ilk kez hukuk sistemimize girmiştir⁶⁵⁷. Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda, mağdurların haklarının korunması ve suç faillerinin topluma kazandırılması amacıyla ortaya çıkan mağdur-fail uzlaştırması, Yeni Türk Ceza Adaleti sistemimiz içerisinde yer alan yeni kurumlardan⁶⁵⁸ biridir. Her suçtan zarar görenin devlet olduğu görüşünden hareketle, dava açmanın kamu görevi olduğu ve bu sebeple de şahsi dava müessesesinin kaldırılması ile birlikte artan iş yükünün hafifletilmesi amacıyla uzlaşma kurumunun getirildiği⁶⁵⁹ ifade edilmiştir. “Uzlaşma” ile mağdurun zararının tümünün veya büyük bir kısmının karşılanması koşuluyla kamu davasının açılmaması veya açılmış ise davanın düşürülmesi amaç edinilmiştir.

26.07.2007 tarihli ve 26594 sayılı Resmi Gazete’ de yayımlanarak yürürlüğe giren” *Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik*” de bu kurumun nasıl uygulanacağına ilişkin usul ve esasları belirten hükümler içermektedir. Ancak doktrinde adı geçen yönetmeliğin, uzlaşma kurumuna ilişkin bir yenilik ve uygulamada yaşanan sorunlara bir çözüm getirmediği ileri sürülmüştür⁶⁶⁰.

Biz “uzlaştırma” başlığı altında, Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nda düzenlenen uzlaşma kurumunu inceleyeceğiz. Buna ilişkin koşulları ve uygulama örneklerini belirteceğiz.

2- Uzlaştırmanın Koşulları

a- Suçun Uzlaştırma Kapsamında Bir Suç Olması

Türk Ceza Kanununun genel hükümleri içeren birinci kitabında (TCK m. 1-75) düzenlenen uzlaştırma kurumu⁶⁶¹, TCK’ da yer alan kimi suçlar ile Türk Ceza

⁶⁵⁷ Çulha, Rifat, “Uzlaşma”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2010/1, Uzlaşma Özel Sayı (s.184-203), s. 187.

⁶⁵⁸ Özbek, Mustafa Serdar, “Ceza Muhakemesi Kanununda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Mağdur Fail Uzlaştırmasının Usul ve Esasları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2007/4 (s. 123-205), s. 127.

⁶⁵⁹ Mermut, s. 511.

⁶⁶⁰ Feyzioğlu, Metin, “Uzlaştırma Teklifi ve Taraflara Bildirilmesi”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 207, Cilt: 1, İstanbul 2008, (s.331-337), s. 331.

⁶⁶¹ Özbek, Mustafa Serdar, “Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2005/3 (s. 289-321), s. 299.

Kanunu dışındaki kanunlarda yer alan takibi şikâyete bağlı suçlarda başvurulması mümkün⁶⁶² kılınmış bir yoldur.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren yeni ceza hukuku sisteminde, uzlaşma kurumu önce Türk Ceza Kanunu (m.73/8) ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (m. 253) düzenlenmişken, 5560 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle sadece Ceza Muhakemesi Kanununda düzenlenmiş, TCK' nun 73/8. fıkrasındaki düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır⁶⁶³. 5560 sayılı Kanundan önceki düzenlemede sadece soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabi suçlar uzlaştırma kapsamında iken, değişiklikten sonra, CMK' nun 253. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde katalog halinde sayılar suçlar da uzlaştırma kapsamına alınmıştır.

Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suçlar bakımından uzlaşma:

Türk Ceza Kanununda ve özel kanunlarda düzenlenen soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suçlar kural olarak uzlaşma kapsamına alınmıştır. Kural olarak dememizin nedeni, bu durumun istisnalarının olmasından ileri gelmektedir. Gerçekten yağma ve nitelikli yağma suçları hariç, mala karşı işlenen suçlardan olup da (hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık ve karşılıksız yararlanma suçları gibi) TCK 167/2'de sayılan kişiler

⁶⁶² Özbek, Mustafa Serdar, Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma, s. 299.

⁶⁶³ 5560 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle uzlaşma kurumu Türk Ceza Kanunu'ndan tamamen çıkartılmış, sadece Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmiştir. Ancak uzlaşma kurumu karma bir niteliğe sahiptir. Örneğin, uzlaşma gerçekleştiğinde Devletin ceza vermek hakkı ortadan kalktığından, bu yönü itibariyle maddi ceza hukukunu ilgilendirir. Uygulanma koşulları ve usulü itibariyle de ceza muhakemesi hukukunun konusunu oluşturur. Bu nedenle hem maddi ceza hukuku hem de ceza muhakemesi hukuku niteliklerine sahip olduğu söylenebilir. Nuhoğlu, *Uzlaşma Bakımından Şikâyete Bağlı Suçlar*, s. 86. Yargıtay da aynı görüştedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, uzlaşmanın maddi hukuk ve usul hukukuna ilişkin yönleri bulunduğu, başka bir deyişle uzlaşmanın karma nitelikli bir kurum olduğu görüşüyle YCGK, 6. 11. 2007- 6-212/229 tarihinde verdiği kararında şöyle demiştir "Uzlaşma' nun biçimi itibariyle bir ceza yargılaması müessesesi olduğu açık ise de sonuçları itibariyle maddi maddi ceza hukukunu da ilgilendirdiği tartışmasızdır. Uzlaşma kurumu, uygulama yöntemi düzenlemesi ve anılan yasadaki yer alması nedeniyle usul hukuku kurumu olması dolayısıyla derhal yürürlük ilkesi tabii ise de, fail ile Devlet arasındaki ceza ilişkisini sona erdirmesi bakımından maddi hukuka da ilişkin bulunması nedeniyle...." denmiştir. Yine YCGK' nun 30. 10. 2007 tarih, 4-200/219 tarihli kararında da kesinleşmiş hükümlere de uygulanması gerektiği kabul edilmiştir. Uzlaşma girişiminde bulunulmaması, CMK m. 174/1-c gereğince iddianamenin iadesi nedenidir. Yargıtay da 5. CD. ' nin 28. 01. 2008 tarih ve 2007/12290- 2008/464 tarihli kararında da, uzlaşmanın bir kovuşturma şartı olduğunu kabul etmiştir. Buna göre; "Uzlaşmanın da bir kovuşturma şartı olduğu dikkate alınarak öncelikle CMK' nun 253 ve 254.maddeleri uyarınca uzlaştırma girişiminde bulunulması, sonuçsuz kalması durumunda yargılamaya devam edilmesi yerine, uzlaştırma yoluna gidilmeden hüküm kurulması, kanuna aykırıdır."

tarafından yine aynı fıkradaki kişilerin zararına işlenmesi halinde bu suçlar, 5560 sayılı kanunla uzlaşma kapsamının dışına çıkarılmıştır. Aksi anlamıyla ifade edecek olursak, TCK m. 167/2. fıkrası kapsamına girip, 168. maddesi dışında kalan suçlar uzlaşmaya konu olabilecektir. Zira CMK m.253/3 gereğince, *soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlarda uzlaşma yoluna gidilemez*. Buna göre, örneğin, güveni kötüye kullanma (TCK m. 155/1) ile hırsızlık suçunun faili ile mağdur arasında belirli derece akrabalık ilişkisinin olması halinde (TCK m. 167/2) soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlıdır. Ancak bu suçlarda etkin pişmanlık hükümlerine yer verildiğinden uzlaşmaya konu olamayacaktır. Oysa bu suçlarda etkin pişmanlık cezasızlık sebebi olmayıp cezada indirim sebebidir⁶⁶⁴. Bu halde TCK' nun 168. maddesi (etkin pişmanlık) kapsamına giren mala karşı suçlar uzlaşmaya konu olamayacaktır. Oysaki uzlaşma kurumu asıl olarak mala karşı işlenen suçlarla ilgili uygulanabilecek bir kurumdur. Zira bu suçlarda mağdurun zararının tamamıyla giderilmesi imkânı vardır. Bu düzenlemenin en büyük sakıncası, aslında uzlaştırma kapsamında olması gereken ve dünyada uzlaştırmanın en çok uygulandığı suçlar bizde uzlaşma dışında kalmaktadır.

Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı bir suçun, re' sen kovuşturulan bir suçla birlikte işlenmesi halinde uzlaşmaya tabi olup olmayacağı kanunda ve yönetmelikte düzenlenmiştir. CMK m. 253/3'e göre, *uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte işlenmiş olması halinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz*. Yine, Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in 7. maddesinin 4. fıkrasına göre; *uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçu işlemek amacıyla ya da bu suçla birlikte işlenmiş olması hâlinde, uzlaştırma yoluna gidilemez*. Benzer hükmü içeren her iki düzenleme de göstermektedir ki, bu gibi durumlarda uzlaştırma yoluna gidilemez. Nitekim bu doğrultuda, TCK' nun 142. maddesine 5560 sayılı Kanunla 4. fıkra eklenerek, *"hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığını ihlal veya mala zarar*

⁶⁶⁴ Ancak bize göre, CMK m. 253/3'de ifade edilen "etkin pişmanlık", cezasızlık sebebi olarak kabul edilen etkin pişmanlık olarak anlaşılmalıdır. Bu halde uzlaşma kapsamı dışına çıkarılması anlaşılabilirken, cezada indirim sebebi olan etkin pişmanlık hallerini uzlaşma dışında tutmak çok da yerinde bir düzenleme olmamıştır.

verme suçunun işlenmesi halinde, bu suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için şikâyet aranmaz” hükmü getirilmiştir⁶⁶⁵.

Uzlaşma kapsamında olan şikâyete bağlı suçlar şunlardır:

-TCK m. 106/1, malvarlığı itibariyle büyük bir zarara uğratılacağından veya sair kötülük yapacağından bahisle tehdit,

-TCK m. 117/1, cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla, iş ve çalışma hürriyetini ihlal,

-TCK m. 123, bir kimseye ısrarla telefon edilmesi, gürültü yapılması ya da aynı maksatla hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulması suretiyle huzur ve sükûnunu bozma,

-TCK m. 125⁶⁶⁶ hakaret,

-TCK m. 130, kişinin hatırasına hakaret,

-TCK m. 132, haberleşmenin gizliliğini ihlal,

-TCK m. 133, kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması,

-TCK m. 134, özel hayatın gizliliğini ihlal,

-TCK m. 156, bedelsiz senedi kullanma,

-TCK m. 160, kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf,

-TCK m. 209/1, açığa imzanın kötüye kullanılması,

-TCK m. 233/1, aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali,

-TCK m. 342/2, yabancı devlet temsilcilerine hakaret,

Şikâyete bağlı suçlarda uzlaşmanın mümkün olabilmesi için, suçtan zarar görenin şikâyet hakkını kullanmış olması gerekir⁶⁶⁷. Aksi halde, yani, suçtan zarar

⁶⁶⁵ Nuhoglu, “Uzlaşma Bakımından Şikâyete Bağlı Suçlar”, s. 88.

⁶⁶⁶ TCK m. 125’in 3. fıkrasının (a) bendinde yazılı “kamu görevlisine karşı görevinden dolayı” suçun işlenmesi ile 5. fıkrasında yazılı “kurul halinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı” işlenen hakaret suçu uzlaşma kapsamında değildir.

⁶⁶⁷ Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’ in 22. maddesinin 2. fıkrasına göre; takibi şikâyete bağlı suçlarda, mağdur veya suçtan zarar görenin şüpheli ile anlaşarak şikâyetinden vazgeçmesi halinde uzlaşma belgesi düzenlenmesine de ihtiyaç bulunmamaktadır.” Burada uzlaşma kurumunun, şikâyetten vazgeçmeyle çok kısa kıyaslamasını yapmak istiyoruz. Uzlaşma kurumunun uygulanması, şikâyetten vazgeçmeyle kıyaslandığında daha zor ve masraflıdır. Şikâyetten vazgeçmede, fail, mağdura herhangi bir ödemede bulunmak zorunda olmadığı gibi, bir ödemede bulunacaksa bile büyük bir olasılıkla bu ödeme uzlaşmadakinden daha az olacaktır. Çünkü uzlaşmada suçtan zarar görenin maddi ve manevi zararı yanında uzlaşmanın sonuçsuz kalması ve yargılama sonunda mahkûmiyet kararı verilmesi halinde yargılama işlemlerinden sayılan uzlaşma giderleri de şüpheli/sanık tarafından ödenmek zorundadır; buna karşılık şikâyetten vazgeçmede failin bu tür ödemeleri yapması kanuni bir zorunluluk değildir. Yine, uzlaşma görüşmelerinin CMK’ nun 253. maddesinde öngörülen bir usule göre yürütülmesi gerekmektedir.

görenin şikâyetçi olmadığı durumlarda⁶⁶⁸, soruşturma evresinde kovuşturmayaya yer olmadığı; kovuşturma evresinde düşme kararı verileceğinden, bu hallerde uzlaşmanın gerçekleşmeyeceği açıktır⁶⁶⁹.

Re' sen kovuşturulan suçlar bakımından uzlaşma:

Şikâyete balı bu suçlar dışında TCK' da belirtilen diğer bazı suçların da uzlaşmaya konu olabileceği CMK' nun 253. maddenin 1/b bendinde hükme bağlanmıştır. Buna göre aşağıda belirtilen suçlar da uzlaşma kapsamında kabul edilecektir:

- Kasten yaralama (3. fıkra hariç madde 86; m.88),
- Taksirle yaralama (m.89),
- Konut dokunulmazlığının ihlali (m. 116),
- Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (m. 234),
- Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (4. fıkra hariç madde 239).

Yargıtay 2. CD' nin 25.1.2007 tarih ve E. 2006/6919, K. 2007/899 nolu kararında da belirtildiği üzere, re' sen kovuşturulan bir suçun, uzlaşma kapsamına alınması onun şikâyete bağlı bir suç haline getirildiği anlamına gelmez⁶⁷⁰.

Türk Ceza Kanunundaki ve diğer kanunlardaki cinsel özgürlüğe karşı suçlar, şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın uzlaşma dışında tutulmuştur⁶⁷¹ (CMK m. 253/3).

Yargıtay da çeşitli kararlarında şikâyetten vazgeçmenin uzlaştırma anlamına gelmeyeceği hususunu vurgulamıştır. Örneğin, **Yargıtay 2. CD' nin 12.3.2007, 1771/3681 sayılı kararına göre**; "*Kendisine uzlaştırma işleminden hiç bahsedilmeyen müşteki T. D. 'nin şikâyetçi olmadığını, zarar ve ziyanının bulunmadığını bildirmesi üzerine sanığın uzlaşmayı kabul ettiği ve tarafların uzlaştığı gerekçesiyle salt sanığın uzlaşmayı kabul ettiğine ilişkin beyanı yeterli görülerek, eksik ve usulüne uygun olmayan işleme dayalı olarak yazılı şekilde hüküm kurulması...bozmayı gerektirmiştir.*"

⁶⁶⁸ Yıldız, Ali Kemal, "*Uzlaşma-Şikâyet İlişkisi*", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2010/1, Uzlaşma Özel Sayı (s. 93-115), s. 113.

⁶⁶⁹ Nuhoğlu, "*Uzlaşma Bakımından Şikâyete Bağlı Suçlar*", s. 88.

⁶⁷⁰ Nuhoğlu, "*Uzlaşma Bakımından Şikâyete Bağlı Suçlar*", s. 89.

⁶⁷¹ Yargıtay'ın pek çok kararında, suç tarihi itibarıyla uzlaşma kapsamında olup da 5560 sayılı yasanın uygulanma zamanında uzlaşma kapsamından çıkarılan suçlar açısından lehe yasa ve kazanılmış hak kapsamında uzlaşmanın uygulanmasına dair vermiş olduğu kararlar vardır. Örneğin, Yargıtay 5. CD. 17. 04. 2008 gün ve 2008/4207 E., 2008/3575 K. numaralı kararı uyarınca; "*Yasada cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda uzlaşma yoluna gidilemeyeceği belirtilmiş ise de, suç tarihindeki lehe yasa ve müstesap hak hükümleri gözetilerek 5271 sayılı CMK' nun 253- 254. maddeleri gereğince uzlaştırma işlemi yapılması ve sonucuna göre hüküm kurulması gerekir.*" Demek oluyor ki, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar bakımından 5560 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği 06.12.2006

5560 sayılı Kanunla, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 24. maddesinde yapılan değişiklikle, CMK' nun uzlaştırmaya ilişkin hükümlerinin suça sürüklenen çocuklar bakımından da uygulanacağı düzenlenmiştir⁶⁷². UZYÖN' nin 5. maddesinin 7. fıkrasında da CMK' nun ve UZYÖN' nin uzlaşmaya ilişkin hükümlerinin, uzlaşmaya tabi bir suça maruz kalan suç mağduru çocuklar ile suça sürüklenen çocuklar bakımından da uygulanacağı açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre; *Suçta sürüklenen çocuklarla ilgili olarak uzlaşma, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan veya kasten işlenen ve alt sınırı iki yılı aşmayan hapis (suç tarihinde onbeş yaşını doldurmayan çocuklar bakımından ise, öngörülen hapis cezasının alt sınırı üç yıl) veya adli para cezasını gerektiren ya da taksirle işlenen suçlarda uygulanacağı*, hükme bağlanmıştır. Bu durumda, çocuklar bakımından uzlaştırmaya gidilebilecek suçların kapsamının daraltıldığını görmekteyiz. Ancak bize göre, çocukların daha fazla korunmaya muhtaç olması nedeniyle, bu değişiklik isabetli olmamıştır. Çocuklarla yetişkinler arasında, çocuklar lehine fark olması gerektiği kanaatindeyiz.

Burada ele alacağımız son bir konu da, 5560 sayılı Kanundan önce çok tartışma konusu olmuş ve uzlaştırmının kapsamının belirlenmesi bakımından büyük önem arz eden, özel ceza kanunları ile ceza içeren kanunlardaki soruşturması ve kovuşturması şikâyete tabi suçlar bakımından da uzlaştırmının uygulanıp uygulanmayacağıdır. 5560 sayılı Kanunla değiştirilen CMK m. 253/2. fıkrası bu sorunun cevabını içermektedir. Buna göre; *“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.”* Bu duruma işaret eden, UZYÖN' nin 7. maddesinin 2. fıkrasında da aynı düzenleme yer almaktadır. Bu hükümle sorunun çözüldüğünü görmekteyiz. Demek ki, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar hakkında da uzlaşma uygulanabilecektir⁶⁷³. Buna göre, çek

tarihine kadar işlenenler bakımından uzlaşma uygulanabilecektir. Ancak bu tarihten sonra işlenen suçlar bakımından uzlaşma hükümleri uygulanamayacaktır. <http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/home.jsp>.

⁶⁷² Suça sürüklenen çocuklarda uzlaşma kurumu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Çocuk Adalet Sisteminde Uzlaşma, Atölye Çalışması, İstanbul Barosu Yayınları, 2006.

⁶⁷³ 5560 sayılı Kanundan önceki uygulama bakımından, 5237 sayılı TCK' nun 5. maddesinde yer alan; *“Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır.”* şeklindeki hüküm ve uzlaştırmının TCK' nun genel hükümlerinden birisi olan 73. maddesinin 8. f.' daki düzenlenmesi karşısında, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki

suçları, vergi suçları, İİK' daki suçlar, FSEK' deki suçlar, Patent Kanunu'ndaki ve Markalar Kanunu'ndaki bazı suçlar, şikâyete bağlı oldukları oranda, uzlaşma kapsamında olmalıdır⁶⁷⁴. Fakat şikâyete bağlı olmayan diğer suçlarda kanunda uzlaşma yolunu kabul eden açık hüküm bulunması halinde uzlaşma mümkün olabileceği için, örneğin, Bankalar Kanunu'ndaki suçlar, yurtdışında işlenen suçlar gibi, şikâyet dışında kalan suçlar bakımından, kanunda açıklık olmadığı için ve de şikâyet öngörülmediği için, uzlaşma yolunun kapatılmış⁶⁷⁵ olduğunu ifade edebiliriz.

b- Uzlaştırma Teklifi ve Taraflara Bildirilmesi

CMK m. 253/4 gereğince, uzlaşma yolunun işletilebilmesi için, öncelikle uzlaştırma teklifinin yapılması gerekmektedir. Cumhuriyet savcısı hazır olan tarafa Yönetmeliğin ekindeki uzlaşma formunun mahiyetini açıklamak ve imzalatmak suretiyle uzlaşma teklifinde bulunur⁶⁷⁶. Uzlaşma teklifi, bizzat Cumhuriyet savcısı tarafından şüpheli ile mağdura (veya suçtan zarar görene) yöneltilebileceği gibi; Cumhuriyet savcısının talimatı üzerine, adli kolluk da uzlaşma teklifinde bulunabilir⁶⁷⁷. CMK m. 253/5 gereğince de, *“Uzlaşma teklifinde⁶⁷⁸ bulunulması halinde, kişiye uzlaşmanın mahiyeti ve uzlaşmayı kabul veya reddetmesinin hukuki sonuçları anlatılır.”* Uzlaşmanın mahiyetinden kasıt, uzlaşmanın ne anlama geldiğidir. Taraflar kendilerine uzlaştırma teklif edildiğinde, bununla neyin amaçlandığını anlamalıdır⁶⁷⁹. Mağdura veya suçtan zarar görene uzlaşma teklif edildiğinde, bu teklifi kabul veya red etmemesinin hukuki sonuçları ile birlikte kabul etmesi halinde uzlaşılmasının veya uzlaşılmamasının sonuçları da açıklanmalıdır. Yönetmeliğin 8/3. maddesi uyarınca⁶⁸⁰, uzlaşmanın Yönetmelik ekindeki ek/a-b

soruşturması ve kovuşturması şikâyete tabi suçlar bakımından da uzlaştırmanın uygulanacağı konusunda bir şüphe bulunmamaktadır.

⁶⁷⁴ Yenisey, Uzlaştırma Eğitimi, Rehber Kitapçık, s. 12.

⁶⁷⁵ Yenisey, Uzlaştırma Eğitimi, Rehber Kitapçık, s. 13.

⁶⁷⁶ Değişiklikten önce uzlaştırma işlemleri bakımından yalnızca yüz yüzelik sistemi benimsenmişti. İpek, Ali İhsan/Parlak, Engin, Mevzuatta Yapılan En Son Değişiklikler İle Ceza Muhakemesinde Uzlaşma, Ankara 2011, s. 97.

⁶⁷⁷ Yenisey, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma- Uzlaştırma Eğitimi, Rehber Kitapçık, İstanbul 2007, s. 7.

⁶⁷⁸ Kanunda *“uzlaşma teklifi”* denilmektedir ancak Feyzioğlu, bunun yanlış olduğunu belirtmektedir. Çünkü teklifi yapan, uzlaşma yolunun tarafı değildir. Dolayısıyla uzlaşmak istememekte, tarafları uzlaştırmayı denemektedir. Feyzioğlu, *“Uzlaşma Teklifi ve Taraflara Bildirilmesi”*, s. 332.

⁶⁷⁹ Feyzioğlu, *“Uzlaşma Teklifi ve Taraflara Bildirilmesi”*, s. 332.

⁶⁸⁰ Yönetmelik m.8/3'e göre; *“Cumhuriyet savcısı veya adli kolluk görevlilerince yapılacak uzlaşma teklifi, bu Yönetmeliğin ekinde yer alan Ek 1/a veya Ek 1/b sayılı uzlaşmanın mahiyeti ile uzlaşmayı kabul veya reddetmenin hukukî sonuçlarının bulunduğu Uzlaşma Teklif Formlarının hazır bulunan*

sayılı formların imzalatılmak ve bunun sonuçları anlatılmak suretiyle yapılması gerekir. Bu nedenle *Yargıtay 5. CD.'nin 13. 1. 2007 tarih ve 8989-8647 kararı* isabetli değildir. Söz konusu karara göre, katılan vekilinin “uzlaşmak istemiyoruz, şikayetimiz devam ediyor, sanığın cezalandırılmasını istiyoruz” şeklindeki beyanları nedeniyle uzlaşmanın gerçekleşmemiş sayılacağına kabul edilmesinin gerekeceğine karar vermiştir⁶⁸¹. Ancak Yargıtay farklı bir kararında⁶⁸² “zarar ziyanım yoktur”, “uzlaşmayı kabul ediyorum”, şeklinde beyanda bulunan mağdurun uzlaşma konusundaki beyanına itibar edilemeyeceğine karar vermiştir. Kararda, “kendisine uzlaşma işleminden bahsedilmeyen müştekinin şikayetçi olmadığını, zarar ve ziyanının bulunmadığını bildirmesi üzerine sanığın uzlaşmayı kabul ettiği ve tarafların uzlaştığı gerekçesiyle eksik ve usulüne uygun olmayan işleme dayalı olarak karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir”, denilmiştir ve bize göre de doğru bir karar vermiştir.

Kanun, şüpheli veya suçtan zarar görenin reşit olmaması halinde, uzlaştırma teklifinin kanuni temsilciye yapılabileceğini hükme bağlamaktadır (CMK m. 253/4)⁶⁸³. Uzlaşma teklifi için taraflar yetkili merciin huzuruna davet edilir⁶⁸⁴ ve uzlaşma teklifi sözlü olarak bildirir. Sözlü bildirim tutanağa geçirilmesi ve ilgili kişiler tarafından imzalanması gerekmektedir. CMK 253/4 gereğince, Cumhuriyet savcısının uzlaştırma teklifini tebligat yoluyla da yapması mümkündür. Bu yetki sadece Cumhuriyet savcısına verildiğinden, adli kolluk memurunun tebligat yoluyla bildirimde bulunması mümkün değildir⁶⁸⁵.

Uzlaşma, cezai uyuşmazlığın süratle çözülmesi için öngörülen bir yol olduğu için, taraflara tebligat yapılmasında zorlanılıyor ise, uzlaştırmadan beklenen fayda

ilgiliye imzalatılarak verilmesi ve formda yer alan bilgilerin açıklanması suretiyle yapılır. Cumhuriyet savcısı veya adli kolluk görevlisi tarafından, bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirildiğine ve uzlaşma teklifinde bulunulduğuna ilişkin formun imzalı örneği soruşturma evrakı içine konulur.”

⁶⁸¹ İpek/Parlak, s. 98.

⁶⁸² Y. 2. CD., 12. 03. 2007 tarih, 1771/2681 sayılı karar. İpek/Parlak, s. 99.

⁶⁸³ Ancak kanunda şüpheli veya suçtan zarar görenin küçük olmadığı halde velayet ya da vesayet altında bulunduğu durumlara ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak kıyasen bu hallerde de kanuni temsilciye teklifin yöneltilebileceği kuralının uygulanabilmesi gerekmektedir. Feyzioğlu, “Uzlaştırma Teklifi ve Taraflara Bildirilmesi”, s. 332.

⁶⁸⁴ Y. 4. CD' nin 31. 01. 2007 tarih ve 2006/9889 E., 2007/970 K., sayılı kararına göre; uzlaşma teklifinin bir soruşturma işlemi olmaması, uzlaşma kurumunun tarafların iradeleriyle gerçekleştirilebilecekleri bir yasal barış olması nedenleriyle, kanun koyucu uzlaşma hükümlerinin teklifi ya da uygulanabilmesi amacıyla kişilerin zorla getirilmelerine izin vermemektedir. Dolayısıyla uzlaşma teklifinin huzurda hazır olmayan tarafa davetiye yoluyla yapılması gerekir.

⁶⁸⁵ Feyzioğlu, “Uzlaştırma Teklifi ve Taraflara Bildirilmesi”, s. 333.

sağlanamaz. Bu çerçevede, CMK m. 253/6 şu düzenlemeyi getirmiştir: ” *Resmi 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 kanuni temsilcisine ulaşılamaması halinde, uzlaştırma yoluna gidilmeksizin soruşturma sonuçlandırılır.*”

Uzlaştırma teklifi, taraflarca açıkça veya zımnen reddolunabilir. Kanuna göre zımnen red iki durumda gerçekleşebilir. Bunlardan ilki, CMK m. 253/4 gereğince, şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenin, kendilerine uzlaşma teklifinde bulunulduktan itibaren üç gün içinde kararını bildirmediği takdirde teklifin reddedilmiş sayılacağı durumudur. Diğeri ise, CMK m. 253/13 gereğince, şüpheli, mağdur, suçtan zarar görenin kendisi veya kanuni temsilcisi ya da vekilinin müzakerelere katılmaktan imtina etmesi halinde uzlaşmayı kabul etmemiş sayıldığı durumudur. Teklifin taraflarca veya kanuni temsilcilerince kabul edildiği durumda ise uzlaşma yoluna girilmiş demektir. Ancak burada CMK m. 253/7 unutulmamalıdır. Bu hükme göre; “ *Birden fazla kişinin mağduriyetlerine veya zarar görmesine sebebiyet veren bir suçtan dolayı uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, mağdur veya suçtan zarar görenlerin hepsinin uzlaşmayı kabul etmesi gerekir*⁶⁸⁶. ”

Suçun kovuşturma aşamasında uzlaşmaya tabi olmasının anlaşılması halinde, uzlaşma teklifi CMK m. 253/’de gösterilen usul ve esaslara göre mahkeme tarafından yapılır⁶⁸⁷.

Kanun, uzlaştırmanın sonuçsuz kalması halinde tekrar uzlaştırma yoluna gidilemez, diyerek, uzlaşmanın bir kere uygulanabilmesi ilkesini benimsemiştir⁶⁸⁸.

⁶⁸⁶ CMK m. 255 uyarınca; “*Aralarında iştirak ilişkisi olsun veya olmasın birden çok kişi tarafından işlenen suçlarda, ancak uzlaşan kişi uzlaşmadan yararlanır*”. Bir suçta birden çok şüphelinin bulunması halinde, uzlaşma müzakereleri sonunda yalnızca uzlaşan kişi uzlaşmadan yararlanacağına göre, şüphelilerden bir kısmının uzlaşma teklifini kabul etmemesi nedeniyle uzlaşma müzakerelerine katılmamaları, kabul eden şüphelilerin müzakereye katılmasına, dolayısıyla onlar hakkında uzlaşma yolunun işletilmesine engel olmayacaktır. Buna karşın, 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. Feyzioğlu, “*Uzlaştırma Teklifi ve Taraflara Bildirilmesi*”, s. 336.

⁶⁸⁷ Öztürk, Yavuz, “*Uygulayıcı Bakışı İle Uzlaşma*”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2010/1, Uzlaşma Özel Sayı (s.204-282), s. 213.

⁶⁸⁸ Yurtcan, Erdener, CMK Avukatının Ve Uzlaşma Avukatının Başvuru Kitabı, İstanbul 2007, s. 79.

c- Uzlaşmada Edimin Konusu

Uzlaşma, işlenen bir suçtan zarar gören mağdurun veya hakkı ihlal edilen gerçek veya tüzel kişinin, failden zararının giderilmesini istemesi ve iki tarafın özgür iradeleriyle üzerinde anlaştıkları giderim biçiminin ifa edilmesiyle, uyuşmazlığın sona erdirildiği bir kurum olduğu için, edimin konusunu fiil ile verilen zararın oluşturduğunu⁶⁸⁹ belirtebiliriz. Fiilin işlenmesi sonucunda verilen zararın maddi veya manevi zarar olmasına göre edimin konusu değişebileceği gibi, tarafların anlaşacakları herhangi bir ifa yöntemi de edim olarak kararlaştırılabilir⁶⁹⁰. Zira kanunda edimin türü hakkında bir sınırlama yapılmamıştır. CMK m. 253/19' da sadece edimin ifasından söz edilmektedir. CMK m. 253/17 ise, uzlaşmanın tarafların özgür iradesine dayanması gerektiği ve edimin hukuka uygun bulunması gerektiği vurgulanmıştır. Yönetmeliği baktığımızda da, m.20/1- son fıkrada, failin, mağdur veya suçtan zarar görenden özür dilemesinin de edimin konusu olarak düzenlendiğini görmekteyiz. Tüm bu maddeler birlikte değerlendirildiğinde denilebilir ki, uzlaşmada failin, fiilin sorumluluğunu üstlendiğini gösteren maddi veya manevi herhangi bir edimin kararlaştırılması mümkündür. Bu anlamda, maddi veya manevi zararın bedel ödeme yoluyla tazmini, kararlaştırılan yapma, yapmama, ödeme veya hizmet görme şeklindeki edimin def'aten ödenmesi, taksitle ödeme, irat şeklinde tazmin, maddi zararın eski hale getirme yoluyla tazmini, maddi veya manevi zararın üçüncü kişilere bağış yoluyla tazmini, maddi veya manevi zararın hizmet yapma şeklinde tazmini, maddi ve manevi zararın topluma faydalı bir birey olmasını sağlayacak bir programa katılması gibi yükümlülükler şeklinde tazmini vs. mümkündür⁶⁹¹. Burada belirtmek isteriz ki, itiraf pazarlığı bir onarıcı adalet uygulaması olmadığı gibi, uzlaşma çeşitleri arasında da yer almamaktadır⁶⁹². Kimi yazarlarca uzlaşma çeşitleri arasında sayılsa da, mağdurun sürece katılımı söz konusu olmadığı için bu fikrin kabulü de mümkün gözükmemektedir. Ayrıca, itiraf pazarlığı yöntemi zararın onarılması amacıyla yönelik olarak da yapılmamakta ve tarafsız bir üçüncü kişinin arabuluculuğu da söz konusu olmamaktadır⁶⁹³.

⁶⁸⁹ Kaymaz, Seydi/ Gökcan, Hasan Tahsin, "Uzlaşmada Edimin Konusu", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2010/1, Uzlaşma Özel Sayı (s. 391-410), s. 400.

⁶⁹⁰ Kaymaz/Gökcan, s. 400.

⁶⁹¹ Kaymaz/Gökcan, s. 401 vd.

⁶⁹² Soygüt Arslan, Mualla Buket, Türk Ceza ve Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma Kurumu, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Ocak 2008, s. 15.

⁶⁹³ Soygüt Arslan, s. 15.

Bu bakımdan, manevi de olsa herhangi bir *edimin kararlaştırılmaması* veya *ifa edilmemesi* durumunda, uzlaşma nedeniyle kovuşturamama veya düşme kararı verilemez. Uzlaşmada edimin bulunması, daha önce bahsettiğimiz gibi, uzlaşma ile şikâyetten vazgeçme arasındaki temel farkı da ortaya koymaktadır. Yargıtay'ın konuyla ilgili uygulaması da bu yönde olmuştur. *Yargıtay 3. CD.'nin 15. 04. 2009 tarihli, Esas No: 2008/3763, Karar No: 2009/7151 sayılı kararı uyarınca; "CMK'ın 253. maddesinde öngörülen usul çerçevesinde, uzlaşma işlemi yapılmadan, tarafların uzlaşma konusundaki beyanları alınmadan mağdurların ve sanığın arkadaş olduklarından bahisle, mağdurların sanıktan şikâyetçi olmaması, sanığın da soruşturma evresinde eyleminden pişman olduğunu söylemesinden dolayı uzlaşmanın fiilen gerçekleştiği kabul edilerek yazılı şekilde hüküm tesisi, bozmayı gerektirmiştir"*⁶⁹⁴.

d- Uzlaştırmacı Görevlendirilmesi

Şüpheli/sanık ile mağdur veya suçtan zarar görenin uzlaşma teklifini kabul etmesi halinde, Cumhuriyet savcısı, uzlaştırmayı kendisi gerçekleştirebileceği gibi, bir avukatın uzlaştırmacı olarak görevlendirilmesini bağlı bulunduğu barodan isteyebilir ya da Yönetmelikte nitelikleri belirlenen hukuk öğrenimi görmüş bir kimseyi görevlendirebilir⁶⁹⁵ (CMK m. 253/9, Yönetmelik m. 13/1). Uzlaştırmacıların sayısı konusunda kanunda veya yönetmelikte bir sınırlama söz konusu değildir. Yönetmeliğin 13. maddesinin 3. fıkrasında; "Uzlaştırmacıların sayısı, uyuşmazlığın niteliği göz önünde bulundurularak Cumhuriyet savcısınca tespit edilir." denmiştir. CMK m. 22, 23 ve 24'de belirtilen hâkimin davaya bakamayacağı haller ile reddi sebepleri, uzlaştırmacı görevlendirilmesi ile ilgili olarak da göz önünde bulundurulur.

Görevlendirilen uzlaştırmacıya, soruşturma dosyasında yer alan ve Cumhuriyet savcısınca uygun görülen belgelerin birer örneği verilir. Uzlaştırmacı

⁶⁹⁴ Yargıtay 3. CD de benzer bir karar vermiştir. Y. 3. CD' nin 13. 05. 2009 tarih, 2007/13820-2009/8917 tarihli kararına göre; " *CMK'ın gerek soruşturma aşamasını düzenleyen 253/19 maddesinde, gerekse kovuşturma aşamasını düzenleyen 254/2 maddesinde, suçtan zarar görenin zararının giderilmesi koşul olarak aranmış olup, salt şikâyetten vazgeçmenin fiili uzlaşma olarak kabulünün mümkün bulunmadığı dikkate alınarak şikâyetten vazgeçen mağdurdan vazgeçme nedeni açıklattırılıp uzlaşma koşulları oluşup oluşmadığı tartışılıp sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayini gerekirken yazılı şekilde hüküm (davanın düşürülmesi) tesisi, bozmayı gerektirmiştir."* Kaymaz/Gökcan, s. 401.

⁶⁹⁵ Sezer, Ahmet, Öğreti ve Uygulamada Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma, Ankara 2010, s. 117.

soruşturmanın gizliliği ilkesine uygun davranmakla yükümlüdür. Bu husus Cumhuriyet savcısınca kendisine hatırlatılır. Uzlaştırmacı dosya içindeki belgelerin birer örneği kendisine verildikten itibaren otuz gün içinde uzlaştırma işlemlerini sonuçlandırmak durumundadır. Yetiştirememesi halinde, Cumhuriyet savcısı bu süreyi en fazla yirmi gün daha uzatabilir. Uzlaştırma müzakereleri sonucunda uzlaştırmacı bir rapor hazırlayarak kendisine verilen belge örnekleriyle birlikte Cumhuriyet savcısına verir. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde, anlaşmanın ne şekilde yapıldığı ayrıntılı olarak rapora yazılır ve taraflarca imzalanır. Uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar, herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamaz. Uzlaştırmacıya Cumhuriyet savcısı tarafından çalışma ve masraflarıyla orantılı bir ücret ödenir ve bu ücretle birlikte uzlaştırma giderleri, yargılama giderlerinden sayıldığı için, uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde bu miktar Devlet Hazinesi tarafından karşılanır.

e- Uzlaşmanın Hukuki Sonuçları

Uzlaşma sonucunda şüpheli/samğın edimini yerine getirmesi halinde, soruşturma evresinde kovuşturmaya yer olmadığı, kovuşturma evresinde davanın düşmesi kararı verilir⁶⁹⁶. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arzetmesi halinde; sanık hakkında, 231. maddedeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir ve geri bırakma süresince zamanaşımı işlemez (CMK m. 254/2).

Uzlaşma sonucunda verilecek kararlara karşı, kanun yollarına başvuru hakkı söz konusudur.

3- Uzlaştırma Ve Diğer Onarıcı Adalet Modellerinin Karşılaştırılması

Onarıcı adalet uygulamalarının merkezinde mağdur ve failin bulunduğunu belirtmiştik. Onarıcı adalet uygulamalarına yönelik olan bazı programlar, suç nedeniyle ortaya çıkan zararın giderilmesi için mağdurun ihtiyaçlarına yoğunlaşmışken; diğer programlar, failin eyleminin haksız sonuçlarını anlamasına

⁶⁹⁶ Özen, Atilla, “*Ceza Yargılamasında Uzlaşma*” Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2010/1, Uzlaşma Özel Sayı (s. 311-326), s. 323.

yardımcı olarak, failin sorumluluk duygusunun geliştirilmesine veya failin eyleminin sonuçlarını telafi etmesine odaklanmaktadır⁶⁹⁷. Ancak onarıcı adalet uygulamalarında ideal olanı, hem sorumluluğun üstlenilmesi hem de telafi yollarının aranması amacıyla mağdur ve failin bir araya getirilmesi olduğu için, uzlaşmanın bu çerçevede onarıcı adalet uygulamalarının temel modelini⁶⁹⁸ oluşturduğunu belirtebiliriz.

Uzlaştırmanın diğer onarıcı adalet uygulamalarıyla birçok ortak noktası bulunmaktadır. Bu ortak noktaların en başında gelen, onarıcı adalet uygulamalarının odak noktalarının failin nasıl cezalandırılacağı değil, mağdur ve failin ihtiyaçları ve sorumluluklarının belirlenip bunların tatmin edilmesidir. Bu da ceza adaleti sistemine gönüllülük, işbirliği ve anlaşma temelinde bir alternatif olarak sunulmaktadır⁶⁹⁹. İkinci ortak özellikleri, tarafların sorunu kendi aralarında diyalogla çözebilecekleri bir ortamın sağlanmasıdır ve üçüncü olarak bu uygulamaların orijinal halleri farklı özelliklere sahip olsa da, her bir uygulamanın tarafların ihtiyaçlarına ve özel durumlarına uyum sağlayabilmesidir⁷⁰⁰.

Kanada'da yapılmış bir araştırmada, uzlaştırmanın mağdur ve fail memnuniyeti bakımından diğer onarıcı adalet modellerinden daha etkili olduğu ortaya çıkarılmıştır⁷⁰¹. Mağdurun faille bir araya gelmesi ve bu şekilde ona duygularını açıklayabilmesi, onu belirsiz bir tehdit yerine insan olarak görmesi, özürlerini kabul etmesi ve onu yaptıklarından dolayı affetmesi, mağdurun suçun etkilerinden kurtulması bakımından yardımcı olacağından dolayı, uzlaştırma bize göre de daha etkili bir yoldur.

⁶⁹⁷ Çetintürk, Onarıcı Adalet, s. 94.

⁶⁹⁸ Çetintürk, Onarıcı Adalet, s. 94.

⁶⁹⁹ Çetintürk, Onarıcı Adalet, s. 95.

⁷⁰⁰ Çetintürk, Onarıcı Adalet, s. 95.

⁷⁰¹ Ancak Anglo- Sakson ülkelerinde gerçekleştirilen kırkbir onarıcı adalet programını kapsayan yirmibeş araştırmanın değerlendirilmesi sonucunda diğer onarıcı adalet uygulamalarının uzlaştırmaya göre daha olumsuz sonuçlar verdiği belirtilmiştir. Demek oluyor ki, onarıcı adalet modelleri ile uzlaştırma kurumunun değerlendirilmesi ülke uygulamalarına göre değişiklik gösterebilmektedir. Çetintürk, Onarıcı Adalet, s. 101.

E- Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi

Erteleme, en genel anlamda, suç işlemiş fail hakkında, kamu davasının açılmasını, duruşmasının yapılmasını, suçluluğun tespiti veya mahkûmiyet hükmünün verilmesini veya böyle bir hüküm verilmişse, yerine getirilmesinin belirli bir süre içinde göstereceği iyi hale bağlı olarak ertelenmesi veya mahkûmiyetin esasen meydana gelmemiş sayılması neticesini meydana getirmektedir⁷⁰².

Bu başlık altında ele alacağımız kamu davasının açılmasının ertelenmesi ise, fail hakkında, kişiliği ve işlediği suç dikkate alınarak, belirlenecek bir süre içinde iyi halli olması kaydıyla, kamu davasının açılmasından vazgeçileceğinin faile bildirilmesi ve bu şekilde ceza takibatının ertelenmesidir⁷⁰³. Maslahata uygunluk prensibine yer veren kanunların geçerli olduğu ülkelerde, savcılık makamı, soruşturma evresi sonunda fail hakkında yeterli delil bulunması halinde dahi, kamu davasını açmaya mecbur değildir. Savcılığın bu şekilde kamu davasının açılmasını ertelenmesi, mahkemelerin iş yükünü azaltarak, hâkimlerin önemli davalara daha fazla vakit ayırabilmesini sağlamanın yanı sıra, cezaevlerindeki aşırı kalabalıklaşmanın da önüne geçebilecek bir seçenek olarak karşımıza çıkmaktadır⁷⁰⁴.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu, hukukumuzda ilk defa 03. 07. 2005 tarihli 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK)⁷⁰⁵ ile çocuklar bakımından uygulanmak üzere kabul edilmiştir.

CMK m. 171 uyarınca, 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, şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkûm olmamış bulunması, yapılan soruşturmanın, kamu davası açılmasının ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatini vermesi, kamu davası açılmasının ertelenmesinin şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması ve *suçun işlenmesiyle*

⁷⁰² Önder, Ayhan, Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler, İstanbul 1963, s. 6.

⁷⁰³ Töngür, Ali Rıza, Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme, Ankara 2009, s. 29.

⁷⁰⁴ İnce, Hüseyin, Türk Ceza Hukukunda Kısa Süreli Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Yaptırımlar, Ankara 2007, s. 265.

⁷⁰⁵ Resmi Gazete: 15.07.2005, S:25876.

mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşullarının bulunması durumunda kamu davasının açılmasını beş yıl süreyle erteleyebilecektir. Kamu davasını açılmasının ertelenmesi için, bu koşulların birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir ve erteleme karar verildiği durumda da erteleme süresince zamanaşımı işlemeyecektir.

Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde, kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilir. Erteleme süresi içinde kasıtlı suç işlenmesi halinde kamu davası açılacaktır.

Ayrıca, uzlaşma durumunda, CMK m. 171/3'de sayılan koşullar aranmaksızın, kamu davasının açılmasının ertelenmesi olanağının bulunduğunu, yukarıda uzlaşma başlığı altında yaptığımız açıklamalarda belirtmiştik.

F- Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması

Avrupa Konseyi ve Birleşmiş Milletlerin, hapis dışı ceza ve tedbirlerin yaygınlaştırılmasına ilişkin tavsiye kararlarına ve bu kararlar arasından özellikle Tokyo ve Pekin kurallarına uygun nitelikte alternatif bir kamusal yaptırım türü olarak nitelendirilebilecek olan hükümün açıklanmasının geri bırakılması, günümüzde, neredeyse bütün modern ceza mevzuatlarında yerini almış olan bir kurumdur⁷⁰⁶. Ülkemiz ceza hukuku mevzuatına henüz 2005 yılında, 5395 sayılı ÇKK ile girmiş olan bu kurum, suçun önlenmesi, suçlunun ıslahı ve *mağdurun zararlarının telafisi (onarıcı adalet)* amacına yönelik bir kurumdur.

CMK. m. 231/5 uyarınca; “*Samığa yüklenen suçtan*⁷⁰⁷ *dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para*

⁷⁰⁶ Töngür, s. 207.

⁷⁰⁷ 23. 01. 2008 tarihli 5728 sayılı Yasa ile Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin 14. fıkrasında yapılan değişiklik ile kural olarak, hükümün açıklanmasının geri bırakılması yoluna tüm suçlar bakımından gidilebilecektir. Ancak bu kurumun uygulanamayacağı hususunda, kanunda açık bir düzenlemenin olduğu hallerde, uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Belirtilen şekilde istisnai, yani hükümün açıklanmasının geri bırakılması yoluna gidilemeyecek suçlara örnek vermek gerekirse; AY. 'nın 174. maddesinde koruma altına alınan inkılap kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak, hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemez (CMK m. 231/14). Keza, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarla ilgili olarak da hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemez. Ancak bu sınırlama hükmü, fiili işlediği sırada on beş yaşını tamamlamamış çocuklar hakkında uygulanmayacaktır. Yine, TCK' nun 191/2 maddesi uyarınca,

cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade eder.”

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için (231/6);

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması⁷⁰⁸,

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

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

Görüldüğü üzere, 06. 12. 2006 tarih ve 5560 sayılı Kanun'un 23. maddesi ile Ceza Muhakemesi Kanununun 231. maddesine eklenen, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için kanunda aranan koşullardan biri de **suçtan doğan zararın giderilmesidir**. Yine 231. maddeye 5560 sayılı Kanun ile eklenen 9. fıkraya göre, bu koşulun derhal yerine getirilememesi durumunda; sanığın mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilebileceği belirtilmiştir.

uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulduran kişi hakkında yürütülen yargılama sonunda hüküm kurulmadan doğrudan, tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine; kullanmamakla birlikte kullanmak için uyuşturucu madde satın alan, kabul eden veya bulduran kişi hakkında yürütülen yargılama sonunda da aynı şekilde, hiç hüküm kurmadan doğrudan denetimli serbestlik tedbirine karar verildiği durumlarda, ortada bir hüküm bulunmadığı için, hükmün açıklanmasının geri bırakılması yoluna gidilemeyecektir (Sevük, Handan Yokuş, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar, Ankara 2007, s. 181.) Bunların dışında Yargıtay 10. CD., karşılıksız çek keşide etme suçu bakımından da hükmün açıklanmasının geri bırakılması yoluna gidilemeyeceğini 02. 07. 2007 gün ve 2007/5010- 8222 sayılı ilamı ile belirtmiştir. <http://www.adalet.org/>. Görüldüğü üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanamayacağı hususunda, 3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun' da herhangi bir hüküm mevcut olmadığı ve kural olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanması gerekirken, Yargıtay bu kurumun işletilemeyeceği yönünde görüş beyan etmiştir.

⁷⁰⁸ Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilebilmesi için aranan bu koşul, TCK' nın hem hapis cezasının ertelenmesine (TCK m. 51), hem de seçenek yaptırımlara çevrilmesine (TCK m. 50) ilişkin koşullara nazaran çok daha ağırdır ve bu da söz konusu kurumun uygulama alanını oldukça daraltmaktadır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulama koşullarını belirleyen *Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 03. 02. 2009 tarih ve 2008/11-250 Esas- 2009/13 Karar sayılı kararında*, suçtan doğan zararın giderilmesi koşulu açısından yapılan değerlendirmeye göre⁷⁰⁹:

“Zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle giderilmesinden anlaşılması gereken hususlar nelerdir, manevi zararlar bu kapsama dâhil midir, zarar konusunda mahkemece herhangi bir araştırma yapılmasına gerek bulunmakta mı, bulunmakta ise bu araştırmanın kapsamı nasıl belirlenmelidir?”

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının objektif koşullarından birisi de suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tamamen giderilmesidir. Burada, uğranılan zararlardan kast edilen, maddi zararlar olup, manevi zararlar bu kapsamda değerlendirilmemelidir.

Maddi zararın bizzat sanık tarafından yerine getirilmesi gerekmeyip, sanık adına onun bilgisi ve rızası tahtında üçüncü kişiler tarafından da tazmin, aynen iade veya eski hale getirme suretiyle giderilmesi de olanaklıdır. Ancak, herhangi bir zararın doğmadığı veya zarar doğurmaya elverişli bulunmayan suçlar yönünden bu koşul aranmayacaktır. Örneğin, 6136 sayılı Yasanın 13. maddesine aykırılık halinde, herhangi bir zarar bulunmadığından zararın giderimi koşulu aranmaz.

Zararın belirlenmesinde hakim, ceza muhakemesinde şahsi hak davasına yer verilmediği gerçeğini de göz önünde bulundurmak koşuluyla, kanat verici basit bir araştırma yapmalı, hukuk hakimi gibi gerçek zararı tam anlamıyla saptamaya çalışmamalıdır. Zira 5271 sayılı Yasanın 231. maddesindeki düzenleme, kişinin ileride hukuk mahkemesinde şahsi hak davası açmasına ve giderilmediğini düşündüğü gerçek zararının saptanarak kalan kısmına da hükmedilmesini isteme yönünden bir engel oluşturmamaktadır.”

⁷⁰⁹ Kafes, s.137.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun verdiği bu kararlar, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında, sanığın tazminle yükümlü olduğu zararın, sadece suçtan doğan maddi zarar ile sınırlı olduğunu görmekteyiz⁷¹⁰.

Ancak Yargıtay 2. CD.'nin 24. 09. 2008 tarih ve 2008/22590- 2008/14586 sayılı kararına göre, *sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiğinde, 1 Haziran 2005 tarihi öncesi istenmiş ise, manevi tazminat istemlerinin saklı tutulmasına karar verilebilir.*

(...) Sulh Ceza Mahkemesinin itiraza konu 25. 12. 2007 gün ve 2007/269-577 sayılı kararında, *hakaret suçundan CMK' nun 231. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ve müdahilin manevi tazminat talepleri ile ilgili olarak özel hukuka ilişkin haklarının saklı tutulmasına karar verildiği anlaşılmaktadır. Sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması yönünde karar verildiği için, özel hukuka ilişkin hakların saklı tutulmasında, usul ve yasaya aykırılık olmadığından, yerinde görülmeyen kanun yararına bozma isteminin REDDİNE, karar verilmiştir.*

Yine, Yargıtay 4. CD' nin 13. 03. 2008 tarih ve 2007/31 sayılı kararına göre⁷¹¹, *tazmini gereken bir zarar bulunmamakta ise, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanması için gerekli olan bu şartın gerçekleştiği kabul olunur. Karara konu olayda; suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi gerektiği gözetilerek, dosya içeriğine göre sabıkasız olan sanığın duruşmada gözlenen kişilik özellikleri ile yargılama aşamasındaki olumlu tutum ve davranışları nedeniyle ileride yeniden suç işlemeyebileceği kanaatine varılması, ayrıca CMK' nun 231/6-c maddesinde öngörülen tazmini gereken bir zararın*

⁷¹⁰ Bu görüş doktrinde de genel kabul görmüştür. Bu görüş doğrultusunda mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının koşulları değerlendirilirken, mağdurun manevi zararı göz önünde bulundurulmayacaktır. Mahkeme, maddi zararı belirlerken, elindeki bilgilere bakarak tahmini ve götürü bir değerlendirme yapacaktır. Bunun doğal sonucu olarak, mağdur veya suçtan zarar gören, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı bağlamında uğradığı maddi zararlar sanık tarafından tazmin edilmiş olsa bile, hukuk mahkemesine başvurarak, suçun işlenmesi suretiyle uğradığı maddi zararların tamamen tazmin edilmediğini iddia ederek, uğradığı maddi zararların karşılanmayan kısmının ve ayrıca uğradığı manevi zararın tazmini amacıyla, özel hukuk hükümlerine göre dava açabilir. Özgenç, İzzet, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması", 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi (Editör: Prof. Dr. Bahri Öztürk), Ankara 2009 (s. 49-65), s. 53.

⁷¹¹ Artuç, Mustafa, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Ankara 2009, s. 182.

bulunmaması gözetilerek CMK' nun 231/6. maddesinde 3 bent halinde sayılan koşulların gerçekleşmesi nedeniyle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir.

Ancak bize göre, CMK m. 231/6-c'de öngörülen “suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi gerekir.” dendiği için, suçtan doğan maddi ve manevi zararların fail tarafından karşılanması gerekir. Zira mağdurun tam anlamıyla haklarının korunduğunu, zararının giderildiğini hissetmesi gerekir. Uzlaşma başlığı altında yaptığımız açıklamaları hatırlayacak olursak, uzlaşmada temel amacının mağdur ile fail arasında “barış” sağlamak olduğunu, suçtan doğan zarar kavramının maddi ve manevi zararların yanı sıra parayla ölçülemeyen manevi değerler yönünden mağdurun tatmin edilmesine hizmet eden özür dilemeyi de kapsadığını belirtmiştik. Buna göre, uzlaşma kapsamında olan suçlar yönünden hükmün açıklanmasının geri bırakılması için suçtan doğan, maddi ve manevi tüm zararların karşılanması gerektiği halde; uzlaşma kapsamında olmayan bir suç bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılması yoluna başvurulduğunda, mağdur yönünden daha ağır bir mağduriyete yol açılma ihtimali ortaya çıkacaktır. Durumun vahametini gözler önüne sermek açısından bir örnek verecek olursak, uygulamada, taksirle bir insanın ölümüne eden olma (TCK m. 85/1) suçundan verilen kararda, diğer koşulları varsa “zararın belirlenebilir olmadığı” gerekçesiyle, ısrarla suçtan zarar görenin şikâyetini de sürdürmesine rağmen herhangi bir tazmine gerek olmaksızın hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmektedir⁷¹².

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmeden önce, sanığın kendisine yüklenen suçu işlediğinin sabit görülmesi ve işlediği suç dolayısıyla hakkında cezaya hükmolunması gerekir⁷¹³. Ancak mahkeme sanık hakkında mahkûmiyet kararını kurduktan sonra vereceği kararla, bu mahkûmiyet kararının açıklanmasını geri bırakacaktır. Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde

⁷¹² Kafes, s. 141.

⁷¹³ Özgenç, Hükmün Açıklanmasını Geri Bırakılması, s. 49.

seçenek yaptırımlara çevrilemez⁷¹⁴. Aksi takdirde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu ile güdülen amacın gerçekleştirilmesi imkânı ortadan kalkacaktır⁷¹⁵.

231. maddeye 22. 07. 2010 yılında, 6008 sayılı Kanunun 7. maddesiyle getirilen hüküm uyarınca; “*Sanığın kabul etmemesi halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez.*”

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tabi tutulur (CMK m. 231, f.8). Denetim süresi içinde dava zaman aşımı durur. Bu süre içinde, bir yıldan fazla olmamak üzere, mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri uygulanabilir. Görüldüğü üzere, sanık hakkında beş yıl boyunca değil, sadece bir yıl denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaktadır. Ayrıca, kanunda “karar verilebilir” dendiğine göre, mahkeme gerek görmediği takdirde, sanık hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanması yoluna gitmeyebilir. Denetimli serbestlik tedbiri olarak;

⁷¹⁴ Ancak TCK’ nun 50. maddesinin 3. fıkrasında, kısa süreli hapis cezasının adli para cezası veya diğer seçenek tedbirlerden birine çevrilmesi açısından mahkemenin takdir yetkisinin olmadığı haller belirlenmiştir. Bu hallerde, mahkeme kısa süreli hapis cezasını adli para cezasına veya diğer seçenek tedbirlerden birine çevirmek zorunluluğu içerisindedir. Arslan, Çetin/ Azizağaoğlu, Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004, s. 194. Burada akla şu soru gelmektedir: TCK’ nun 50/3. maddesinde bazı kimseler ve bazı cezalar için seçenek yaptırıma çevirme zorunluluğu getirildiğine göre, bu kimseler ve cezalar ile ilgili hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verileceği zaman, yine hapis cezasının seçenek yaptırıma çevrilmesi zorunlu mudur? Bize göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması durumunda seçenek yaptırımların uygulanmayacağına ilişkin düzenleme, CMK’ nun 231/7. maddesi ile 06. 12. 2006 tarih ve 5560 sayılı Yasa ile, yani 5237 sayılı TCK’ dan sonraki bir yasa ile yapılmıştır. Hem bu düzenlemenin sonraki yasa olması, hem de TCK’ nun 50. maddesine göre daha özel bir düzenleme olması nedeniyle, öncelikle CMK’ nun 231/7. maddesi uygulanmalı ve burada seçenek yaptırıma çevirmenin zorunlu olmadığı kabul edilmelidir. Ancak Yargıtay’ın aksi görüşte kararları vardır. *Yargıtay 8. CD.’ nin 15. 9. 2008 tarih ve 2008/12565- 2008/9573 sayılı kararına göre; “Daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş bulunan sanık hakkında tayin olunan 25 gün kısa süreli hapis cezasının 5237 sayılı TCK. nun 50/3. maddesi uyarınca anılan maddenin 1. fıkrası bentlerindeki seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesinin zorunlu olduğu gözetilmeden, yazalı şekilde karar verilmiş bulunulmasında isabet görülmediğinden bahisle..”* Artuç, s. 212. Çocuklar bakımından da bu kuralın uygulanmayacağına ilişkin YCGK kararları mevcuttur. Örneğin, *YCGK’ nun 03. 06. 2008 tarih ve 2008/2-149-2008/163 sayılı kararı uyarınca; “5271 sayılı TCK’ nun 231. maddesinin 7. fıkrasında yer verilen “Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez” şeklindeki koşul, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’ nun 23. maddesinin ilk şeklinde mevcut olmayıp, Yerel Mahkemece hükmolunan kısa süreli hapis cezasının 5237 sayılı Kanun’ un 50/1-d bendindeki tedbirlere çevrilmiş olması bu açıdan hükmün açıklanmasının ertelenmesine engel oluşturmayacaktır.”*

⁷¹⁵ Özgenç, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, s. 54.

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

- 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,

- Belli bir yere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine karar verilebilir.

Denetim süresinin iyi halli olarak geçirilmesi (kasten yeni bir suç işlenmemesi) ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranılması halinde, sanık hakkında açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir. Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmesi veya denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine aykırı davranılması halinde mahkeme hükmü açıklar. Hükmün açıklanmasına kararına karşı itiraz kanun yoluna başvuru hakkı tanınmıştır.

G-Cezanın Ertelenmesi

Niteliği itibariyle cezanın bireyselleştirilmesini sağlayan ve cezalar sistemini tamamlayan hukuki bir kurum olan hapis cezasının ertelenmesi⁷¹⁶ kurumu Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, işlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreli⁷¹⁷ hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası, daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan daha fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması ve suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması koşullarının varlığı halinde ertelenebilir.

⁷¹⁶ Yenidünya, Ahmet Caner, "5237 Sayılı TCK' da Hapis Cezasının Ertelenmesi", Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD), Sayı: 07, Temmuz 2006, s. 63.

⁷¹⁷ TCK m. 51/1 gereğince, fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş olan kişiler açısından bu sürenin üst sınırı üç yıldır.

Mahkeme tarafından, erteleme kararı verilirken ek bir koşul öngörülebilir. Mahkemenin takdir yetkisiyle uygulanabilen TCK m. 51/2' e göre; *“cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesi şartına bağlı tutulabilir. Bu durumda, şart gerçekleşinceye kadar cezanın infaz kurumunda çektirilmesine devam edilir. Bu koşulun yerine getirilmesi halinde, hâkim kararıyla hükümlü infaz kurumundan derhal saltverilir.”*

Görüldüğü gibi, kamu davasının açılmasının ertelenmesi (CMK m. 171/3-d) ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması (CMK m. 231/6-c) kararlarının verilmesinde, *zararın tamamen giderilmesi* kanunda zorunlu bir koşul olarak düzenlenmişken, cezanın ertelenmesi kurumunda, zararın tamamen giderilmesi zorunlu olmayıp, mahkemenin takdirine bağlı bir koşul olarak düzenlenmiştir. Ancak bize göre, mağdurun veya kamunun zararının ortaya çıktığı hallerde, zararların karşılanmadan ertelemeye gidilmesi, mağdur haklarının gözardı edilmesi anlamına geleceği için, bu hallerde zararın giderimi koşulunun uygulanması yerinde olacaktır. Zira cezanın ertelenmesi durumunda, hükümlü bakımından getirilen ek yükümlülük olan mağdurun zararlarının karşılanmasının yanında kamu zararlarının da karşılanması, onarıcı adalet anlayışının bir sonucudur.

Kanun metninde bahsedilen “zarar” kavramının, maddi ve manevi zararlarının tümünü mü, yoksa yalnızca maddi zararları mı kapsadığı konusuna gelince; işlenen suçtan dolayı mağdurun veya kamunun uğradığı maddi zararların tümünün giderimi suretiyle olacağı tartışmasıdır. Ancak biz, uzlaşma kurumunda kanunun öngördüğü koşulu buraya da kıyasen uygulamak kaydıyla, maddi ve manevi zararlarının karşılanması gerektiği kanaatindeyiz. İşlene suçtan dolayı mağdurun veya kamunun zararının ortaya çıktığı hallerde, bu zararın bütün yönleriyle tam olarak karşılanmadan erteleme yoluna gidilmesi hakkaniyet ve nesafete uygun düşmeyeceği gibi, suçlunun ıslahına da hizmet etmeyecektir.

Hâkim, cezanın ertelenmesini, mağdurun veya kamunun zararının giderilmesi koşuluna bağladığı hallerde, hüküm, öngörülen koşul yerine getirilinceye kadar,

cezanın infazına devam edilir⁷¹⁸. Koşul gerçekleştiğinde, hakim tarafından hükümlünün infaz kurumundan derhal salıverilmesine karar verilir. Başka bir ifadeyle, zararın gideriminin gerçekleşmesi halinde infaza son verme hakim kararıyla olur. Cezası ertelenen hükümlü hakkında, bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere, bir denetim süresi belirlenir. Denetim süresince hükümlüye bazı yükümlülükler öngörebilir veya hükümlünün kişiliği ve sosyal durumu göz önünde bulundurularak, denetim süresinin herhangi bir yükümlülük belirlenmeden veya uzman kişi görevlendirilmeden geçirilmesine de karar verebilir. Yargıtay 2. CD. 'nin 24.09. 2008 gün ve 2008/22583 E.- 2008/14575 K. sayılı kararına konu olan olayda bu durum şöyle vurgulanmıştır;

“Elektrik hırsızlığı suçundan sanık E. Ç. 'nin, 5237 sayılı TCK' nun 142/1-f, maddesi gereğine 2 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına, anılan Kanun' un 51/2. maddesi gereğince kaçak elektrik kullanmadan dolayı kuruma verdiği zararın giderilmesi koşulu ile cezanın ertelenmesine, kurumca belirlenen kaçak elektrik kullanma bedelinin kararın kesinleşmesi tarihine kadar hesaplanacak gecikme faizi ile birlikte kararın kesinleşmesinden itibaren beş ay içinde sanık tarafından ödenmesi halinde cezanın infaz edilmiş sayılmasına....

5237 sayılı Kanun' un 51/2 maddesinde yer alan “Cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilir. Bu durumda, koşul gerçekleşinceye kadar cezanın infaz kurumunda çektirilmesine devam edilir. Koşulun yerine getirilmesi halinde, hakim kararıyla hükümlü infaz kurumundan derhal salıverilir.

⁷¹⁸Bu durumu düzenleyen ve 06. 04. 2006 gün ve 26131 Sayılı Resmi Gazete' de yayımlanarak yürürlüğe giren “**Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi İle Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük**” ün “Ertelenen Hapis Cezasının İnfazı” başlıklı 53. maddesinin 2. fıkrasına göre; “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, cezanın infazına devam edilir. Koşulun yerine getirilmesi hâlinde, hâkim kararıyla hükümlü kurumdan derhâl salıverilir”.

Anılan Kanun' un 51/3. maddesindeki "cezası ertelenen hükümlü hakkında, bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere, bir denetim süresi belirlenir. Bu sürenin alt sınırı, mahkum olunan ceza süresinden az olamaz." şeklindeki düzenleme ile aynı Kanun' un 51/6. maddesinde yer alan "Mahkeme, hükümlünün kişiliğini ve sosyal durumunu göz önünde bulundurarak, denetim süresinin herhangi bir yükümlülük belirlemeden veya uzman kişi görevlendirmeden geçirilmesine de karar verebilir."

Hükümlünün denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülükler, hakim uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi halinde; ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine karar verilir (TCK m.51/7). Ancak, denetim süresi yükümlülükler uygun ve iyi halli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılır.

H- Diğer Düzenlemeler

1- Denetimli Serbestlik

Denetimli serbestlik (probation⁷¹⁹) hükümlülerin suç işlemesine neden olan davranışlarının düzeltilerek, tekrar suç işlemelerinin önlenmesi, ceza infaz kurumundan salıverilen hükümlülerin takip edilmesi, madde bağımlılarının rehabilitasyonu, *mağdurların uğradıkların zararın giderilmesi* ve bu yolla toplumun korunması⁷²⁰ olarak tanımlanabilir. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, denetimli serbestlik, ceza adalet ve infaz sistemi içinde çok farklı alanlarda verilen hizmetler bütünüdür⁷²¹. Başka bir tanımla, denetimli serbestlik sistemi, doğrudan doğruya hapis dışı alternatif yaptırıma mahkum edilen kişilerle, şartla salıverilen, cezası tamamen veya kısmen tecil edilen ya da şartlı cezaya mahkum edilen kişilerin, düzenli olarak belirli bir merkezdeki elemanların denetimi, gözetimi veya tedavisine tabi olarak belirlenen yaptırımlara tabi olmasıdır⁷²².

⁷¹⁹ "Probation" terimi Latince kökenli olup; ispat etmek, kanıtlamak anlamına gelen "probare" kelimesinden gelmektedir. Akova, Erdal/Kabaağaç, Sina, Latince Sözlük, İstanbul 1995, s. 475.

⁷²⁰ Kamer, Vehbi Kadri, "Denetimli Serbestlik", 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi (Editör: Prof. Dr. Bahri Öztürk), Ankara 2009 (s. 702-710), s. 702.

⁷²¹ Kamer, s. 702.

⁷²² Nursal, Necati/ Ataç, Selcan, Denetimli Serbestlik ve Yardım Sistemi (Probation), Ankara 2006, s. 33.

Ulusal ceza hukuku sistemimize baktığımızda, 13. 07. 1965 tarihinde yürürlüğe giren, 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun (CİK)' un 4. maddesi hükmünün, günümüz modern denetimli serbestlik sisteminin başlangıcını oluşturduğu görmekteyiz⁷²³. Daha sonra 07. 11. 1979 tarihli ve 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun içinde yer alan tedbirler karşımıza çıkmaktadır⁷²⁴. Ancak gerçek anlamda 1 Haziran 2005 tarihinden sonra, ceza adalet sisteminde reform niteliği taşıyan değişikliklerden biri olarak, denetimli serbestlik sistemi kurulmuştur. 3.7.2005 tarih ve 5402 sayılı *Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri İle Koruma Kurulları Kanunu* ile bu sistem yasal bir zemine oturtulmuştur. Bu sistem; ceza yargılaması, infaz hukuku ve çocuk ceza hukukunun en önemli bölümünü oluşturmakta ve suç şüphesinin öğrenilmesinden infazın tamamlanmasına kadar, infaz hizmetleri, madde bağımlılarının rehabilitasyonu, rapor hazırlama, kamu yararına çalışma cezalarının yerine getirilmesi, rehberlik, koruma ve yardım gibi altı ayrı alanda hizmet vermektedir⁷²⁵.

Denetimli serbestlik sisteminin temel özelliklerinden biri de onarıcı adalet düşüncesinin bir yansıması olması ve bu bağlamda *suçlu ile mağdur arasında arabuluculuk yapılarak, mağdurun zararın giderilmesini* koşul olarak⁷²⁶ önermesidir. Ayrıca, Kanun'da (DSYMKKK m. 13, 14), suçtan zarar gören kişilere maruz kaldıkları suç nedeniyle psiko- sosyal hizmet desteği sunmak ve suç nedeniyle kimsesiz kalmaları veya destekten yoksun kalmaları veya ciddi maddi zarara uğramaları halinde, psiko-sosyal ve ekonomik sorunların çözümünde bu kişilere danışmanlık yapmak ve yardımcı olmak, denetimli serbestlik ve yardım hizmetlerini yürütmek üzere kurulan müdürlüklere bir görev olarak yüklenmektedir.

⁷²³ Anılan düzenlemeye göre, ağır hapis haricinde kalan kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezalar ile süresi ne olursa olsun taksirli suçlar sebebiyle hükmolunan özgürlüğü bağlayıcı cezalar, failin kişiliği, sair halleri ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre, *verilen zararın aynen iade ve tazmin edilmesine*; altı ayı geçmeyecek biçimde bir eğitim veya ıslah kurumuna devam etmeye; bir yılı geçmeyecek biçimde, belirli bir yere gitmekten, bazı faaliyetleri yapmaktan men edilmeye veya bazı meslek ve sanatı icra etmekten men edilmeye; her çeşit ehliyet ve ruhsat belgelerinin, bir aydan bir yıla kadar belirlenecek süreyle geçici olarak geri alınmasına, çevrilebilmekteydi.

⁷²⁴ Anılan Kanununun 10. maddesi, küçüklere uygulanacak tedbirlerden söz etmektedir. Bu tedbirler, bakım, gözetim, meslek edindirme, eğitim ve koruma gibi hapis cezasına alternatif tedbirlerdir.

⁷²⁵ Kamer, s. 704.

⁷²⁶ Demirbaş, Timur, İnfaz Hukuku, Ankara 2008, s. 521.

Burada çok kısa, denetimli serbestlik sistemimizi tamamlayan ve bir ilk olması nedeniyle, Dünyaya örnek olan, koruma kurullarının, mağdurlarla ilgili çalışmaları hakkında şu bilgiyi vermek istiyoruz⁷²⁷; Cumhuriyet başsavcılıklarına bağlı olarak kurulan koruma kurullarında, denetimli serbestlik hizmetleri kapsamında, mağdurlara yardım edilmektedir. Ülkemizin en büyük sivil toplum kuruluşlarından biri olan bu kurullarca, bugüne kadar bir çok mağdura yardım edilmiş, bunlardan bir kısmı işe yerleştirilmiştir.

2- Etkin Pişmanlık

Suçun işlenmesinden sonra, failin pişmanlık duyarak suçla meydana gelen haksızlığı gidermesi, bazı suç tipleri yönünden⁷²⁸, etkin pişmanlık dolayısıyla ceza indirim sebebi olarak öngörülmüştür⁷²⁹.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 168. maddesinde, hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflas ve taksirli iflas 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 etme suretiyle tamamen gidermesi halinde***, verilecek cezanın belirli oranlarda indirileceği öngörülmüştür. 6352 sayılı Kanun'un 84. maddesiye TCK m. 168'e eklenen 5. fıkraya göre; "***Karşılıksız yararlanma suçunda, fail, azmettiren veya yardım edenin pişmanlık göstererek mağdurun, kamunun veya özel hukuk tüzel kişisinin uğradığı zararı, soruşturma tamamlanmadan önce tamamen tazmin etmesi halinde kamu davası açılmaz; zararın hüküm verilmeye kadar tamamen tazmin edilmesi halinde ise verilecek***

⁷²⁷ Kamer, s. 708.

⁷²⁸ Sadece bazı suç tipleri bakımından bu kurumun öngörülmüş olması eşitlik ilkesine aykırılık addedilip, Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunulmuştur. Karara konu olayda; 5237 sayılı TCK'nun 168. maddesindeki etkin pişmanlık hükümlerinin TCK'nun 245/1 fıkrasındaki banka kredi kartı çalıp alışveriş yapan ve bu şekilde hırsızlık yapıp menfaat temin eden olaydaki sanık hakkında uygulanmaması Anayasa'nın 10. maddesindeki kamun önünde eşitlik ilkesine aykırılık olarak ileri sürülmüş; Anayasa Mahkemesi'nin 30. 05. 2006 gün ve 2006/80- 2006/67 sayılı kararıyla "29. 9. 2004 günlü 5237 sayılı "Türk Ceza Kanunu'nun, 29. 6. 2005 günlü, 5377 sayılı Yasa'nın 20. maddesiyle değiştirilen 168. maddesinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu maddeye ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE karar verilmiştir. Kafes, s. 129.

⁷²⁹ Kafes, s. 129.

ceza belirli oranda indirilir.” Bunun dışında, zimmet suçu bakımından, TCK ‘nun 248. maddesinde⁷³⁰ de etki pişmanlık düzenlenmiştir.

Ayrıca, Kanun 168. maddede, kısmen geri verme veya tazmin halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesini, açıkça mağdurun rızasına bağlamıştır (TCK m. 168/4). Sanığın meydana gelen zararını gidermeyi istemesine rağmen, mağdurun bunu kabul etmemesi halinde, sanık lehine yorum yapılarak koşulun gerçekleştiğinin kabulü gerektiğini belirten görüşler olmasına rağmen, 168. maddenin 4. fıkrasının açıklığı karşısında, bu görüşün kabul edilmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü 168/4’de zararın kısmi giderimi söz konusudur. Mağdurun bundan tatmin olup olmaması tümüyle onun kabulüne bağlı tutulmuştur. Öte yandan, zararın bizzat sanık tarafından tazmini gerektiğine ilişkin kanunda açık bir düzenleme bulunmadığı için, sanık yerine bir yakını ya da başkaca bir kişinin zararını gidermesi halinde de koşulun gerçekleştiğinin kabulü gerekir⁷³¹.

3- Adli kontrol

Adli kontrol tedbiri Ceza Muhakemesi Kanununun 109-115. maddeleri arasında düzenlenmiştir. 02. 07. 2012 yılında 6352 sayılı Yasanın 98. maddesiyle değişik⁷³² 109. maddenin birinci fıkrasına göre; “*Bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada, 100 üncü maddede belirtilen tutuklama sebeplerinin⁷³³ varlığı*

⁷³⁰ TCK m.248/1’e göre; “*Soruşturma başlamadan önce, zimmete geçirilen malın aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi halinde...*” cezada indirim yapılacağı belirtilmiştir. (2) *Kovuşturma başlamadan önce, gönüllü olarak, zimmete geçirilen malın aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi halinde...*” cezada indirim yapılacağı belirtilmiştir.

⁷³¹ Kafes, s. 130.

⁷³² 02. 07. 2012-6352/98. madde ile yapılan değişiklikten önce madde metni şöyle idi: “*100 üncü maddede belirtilen tutuklama sebeplerinin varlığı halinde, üst sınırı üç yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada, şüphelinin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına karar verilebilir.*”

⁷³³ “*Tutuklama Nedenleri*” başlıklı 100. maddeye göre tutuklama nedenleri şöyle sayılmıştır: -(1) Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez.

(2) Aşağıdaki hallerde bir tutuklama nedeni var sayılabilir:

a) Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa.
b) Şüpheli veya sanığın davranışları;

1. Delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme,

2. Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma, hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa.

(3) Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, tutuklama nedeni var sayılabilir:

halinde, şüphelinin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına karar verilebilir.” Bunun dışında, kanunda tutuklama yasağı öngörülen hallerde de (CMK m.100/4), adli kontrol tedbiri uygulanabilir.

Adli kontrol, şüphelinin Ceza Muhakemesi Kanunu’ nun 109. maddesinde gösterilen bir veya birden fazla yükümlülüğe tabi tutulmasını içerir⁷³⁴. Bu

-
- a) 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;
1. Soykırım ve insanlığa karşı suçlar (Madde 76, 77, 78),
 2. Kasten öldürme (Madde 81, 82, 83),
 3. (Ek bent: 06/12/2006 - 5560 S.K.17.md) Silahla işlenmiş kasten yaralama (madde 86, fıkra 3, bent e) ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama (madde 87),
 4. İşkence (Madde 94, 95)
 5. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, Madde 102),
 6. Çocukların cinsel istismarı (Madde 103),
 7. (Ek bent: 06/12/2006 - 5560 S.K.17.md) Hırsızlık (madde 141, 142) ve yağma (madde 148, 149),
 8. Uyuşturucu veya uyarıcı Madde imal ve ticareti (Madde 188),
 9. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, Madde 220),
 10. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (Madde 302, 303, 304, 307, 308),
 11. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (Madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315),
- b) 10.7.1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (Madde 12) suçları.
- c) 18.6.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanununun 22 nci Maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu.
- d) 10.7.2003 tarihli ve 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.
- e) 21.7.1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü Maddelerinde tanımlanan suçlar.
- f) 31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanununun 110 uncu Maddesinin dört ve beşinci fıkralarında tanımlanan kasten orman yakma suçları.
- ⁷³⁴ “Adli kontrol” başlıklı madde 109. Maddenin 3. fıkrasında öngörülen adli kontrol tedbirleri şunlardır:
- (3) Adli kontrol, şüphelinin aşağıda gösterilen bir veya birden fazla yükümlülüğe tabi tutulmasını içerir:
- a) Yurt dışına çıkamamak.
 - b) Hâkim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurmak.
 - c) Hâkimin belirttiği merci veya kişilerin çağrularına ve gerektiğinde meslekî uğraşlarına ilişkin veya eğitime devam konularındaki kontrol tedbirlerine uymak.
 - d) Her türlü taşıtları veya bunlardan bazılarını kullanamamak ve gerektiğinde kaleme, makbuz karşılığında sürücü belgesini teslim etmek.
 - e) Özellikle uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dahil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olmak ve bunları kabul etmek.
 - f) Şüphelinin parasal durumu göz önünde bulundurularak, miktarı ve bir defada veya birden çok taksitlerle ödeme süreleri, Cumhuriyet savcısının isteği üzerine hâkimce belirlenecek bir güvence miktarını yatırmak.
 - g) Silâh bulunduramamak veya taşıyamamak, gerektiğinde sahip olunan silâhları makbuz karşılığında adli emanete teslim etmek.
 - h) Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim tarafından miktarı ve ödeme süresi belirlenecek parayı suç mağdurunun haklarını güvence altına almak üzere aynı veya kişisel güvenceye bağlamak.
 - i) Aile yükümlülüklerini yerine getireceğine ve adli kararlar gereğince ödemeye mahkûm edildiği nafakayı düzenli olarak ödeyeceğine dair güvence vermek.
 - j) (Ek: 2/7/2012-6352/98 md.) Konutunu terk etmemek.
 - k) (Ek: 2/7/2012-6352/98 md.) Belirli bir yerleşim bölgesini terk etmemek.

kapsamındaki yükümlülüklerden biri de, *Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim tarafından miktarı ve ödeme süresi belirlenecek parayı suç mağdurunun haklarını güvence altına almak üzere aynı veya kişisel güvenceye bağlamaktır* (CMK m. 109/f.3, b. (h)). Ayrıca, CMK' nun 114. maddesinin ilk fıkrası uyarınca, *hâkim, mahkeme ya da savcı, şüpheli ya da sanığın rızasıyla, güvencenin mağdurun haklarını karşılayan veya nafaka borcuna ilişkin bulunan kısımlarının, istedikleri takdirde, mağdura veya nafaka alacaklılarına verilmesini emredebilir*. 114. maddenin ikinci fıkrasında, *soruşturma ve kovuşturmanın konusunu oluşturan olaylar nedeniyle, mağdur ya da nafaka alacaklısı lehinde bir yargı kararının verilmesi durumunda şüpheli ya da sanığın rızası olmaksızın ödemenin yapılabileceği kabul edilmiştir*.

Şüpheli veya sanığın bütün usul işlemlerinde, hükmün infazında veya altına alınabileceği diğer yükümlülükleri yerine getirmek üzere hazır bulunması durumunda, güvencenin suç mağduruna verilmemiş olan ikinci kısmı, kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararları verildiğinde de şüpheli veya sanığa geri verilebilir. Aksi halde, geçerli mazereti dışında, güvence Devlet Hazinesine geri yazılır (CMK m. 115/2).

Şüpheliyi veya sanığı güvence göstermeye zorunlu kılan kararda, güvencenin karşıladığı kısımları ayrı ayrı gösterilmek üzere, güvence şüphelinin ileride yapılacak olan usul işlemleri sırasında hazır bulunmasını veya infazın sağlanmasını güvence altına aldığı gibi, katılanın yaptığı masraflar, suçun neden olduğu zararların giderilmesi, nafaka borçlarının ödenmesi, kamusal giderlerin karşılanması ve para cezalarının ödenmesini de garanti altına almaktadır (CMK m. 113). Görüldüğü üzere, 113. madde, suçun neden olduğu zararların giderilmesi ve eski hale getirmeyi amaçladığından, suçtan doğan hem maddi hem de manevi zararların karşılanmasının gerektiği kanaatindeyiz.

1) (Ek: 2/7/2012-6352/98 md.) Belirlenen yer veya bölgelere gitmemek.

(4) Yürürlükten kaldırılmıştır.

(5) Hâkim veya Cumhuriyet savcısı (d) bendinde belirtilen yükümlülüğün uygulamasında şüphelinin meslekî uğraşlarında araç kullanmasına sürekli veya geçici olarak izin verebilir.

(6) Adli kontrol altında geçen süre, şahsî hürriyeti sınırlama sebebi sayılarak cezadan mahsup edilemez. Bu hüküm, maddenin üçüncü fıkrasının (e) bendinde belirtilen hallerde uygulanmaz.

(7) (Ek: 6/12/2006 – 5560/19 md.) Kanunlarda öngörülen tutukluluk sürelerinin dolması nedeniyle salıverilenler hakkında (...) (2) adli kontrole ilişkin hükümler uygulanabilir.

Çocuklar hakkında uygulanan adli kontrol, “yükümlülükleri”, türleri açısından daha geniş bir yelpaze sunmakta ise de, uygulama koşulları bakımından fark yoktur⁷³⁵. Suça sürüklenen çocuklardaki adli kontrol uygulaması, tutuklamanın önünde gelir ve yetişkinlerden farklı olarak, çocuklarda önce adli kontrol uygulanmasının denenmesi gerekir veya adli kontrolden sonuç alınamayacağının anlaşılmış olmasından sonra tutuklama kararı verilebilir (ÇKK m. 20/1).

Uygulamada sık başvuru alan adli kontrol tedbiri sayesinde, hâkim, şüpheli veya sanık hakkında ya bütünüyle hürriyetten yoksunluğuna ya da tam serbest bırakmaya mecbur kılan tutukluluk hakkında karar verme yerine, bu iki durum arasında yer alan adli kontrole karar verebilmektedir⁷³⁶.

4- Kısa Süreli Hapis Cezalarına Seçenek Yaptırımlar⁷³⁷

⁷³⁵ Kafes, s. 133.

⁷³⁶ Kafes, s. 133.

⁷³⁷ Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımların neler olduğu TCK m. 50’ de sayılmıştır. Buna göre:

“Kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre;

a) Adli para cezasına,

b) Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine,

c) En az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmeye,

d) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya,

e) Sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya,

f) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya,

Çevrilebilir.

(2) Suç tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezasına hükmedilmişse; bu ceza artık adli para cezasına çevrilmez.

(3) Daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla, mahkûm olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilir.

(4) Taksirli suçlardan dolayı hükümlenen hapis cezası uzun süreli de olsa; bu ceza, diğer koşulların varlığı halinde, birinci fıkranın (a) bendine göre adli para cezasına çevrilebilir. Ancak, bu hüküm, bilinçli taksir halinde uygulanmaz.

(5) Uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tebdirdir.

(6) Hüküm kesinleştikten sonra Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde seçenek tedbirin gereklerinin yerine getirilmesine başlanmaması veya başlanıp da devam edilmemesi halinde, hükmü veren mahkeme kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir ve bu karar derhal infaz edilir. Bu durumda, beşinci fıkra hükmü uygulanmaz.

TCK m. 50/f.1, (b) bendinde, suçluya, kısa süreli hapis cezası yerine, *mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamıyla giderilmesi* olanağı tanınmıştır⁷³⁸. Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzüğün 51. maddesine göre, **zararın aynen iade edilmesi**, hükümlünün işlediği suç nedeniyle haksız olarak ele geçirdiği şeyi aynen ya da satın almak suretiyle suçtan zarar görene iade etmesidir. Tüzüğe göre, **suçtan önceki hale getirme**, suç nedeniyle verilen zararın, hükümlü tarafından ya da başkası aracılığıyla çalışmak, çalıştırmak, tamir etmek veya buna benzer faaliyetlerle giderilmesini sağlamak; **zararın tazmin edilmesi**, suç nedeniyle verilen zararın bedelinin suçtan zarar görene ödenerek tazmin edilmesini ifade eder⁷³⁹.

Suçluya böyle bir imkân verilmesinin nedenlerinden birinin mağdurun korunması ve zararının giderilmesi olmakla birlikte, kısa süreli hapis cezalarının bünyelerinde barındırdıkları sakıncalar da göz ardı edilmemelidir. Gerçekten, hükümlünün cezaevinde bulunacağı sürenin, ona uygun bir ıslah programının uygulanmasına fırsat tanımayacak kadar kısa olduğu, tretmana (iyileşmeye) elverişli olmadığı, cezaevi yaşantısının olumsuz etkilerinin olduğu, hükümlülerin düzelmek bir yana, yeni ve daha nitelikli suçlar öğrenerek ve daha tehlikeli kişiler olarak topluma döndükleri, bu nedenlerle, kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezalarda hükümlünün cezaevine konulmasından mümkün olduğu kadar kaçınmak gerektiği ileri sürülmüştür⁷⁴⁰ ki biz de aynı düşüncelere katıldığımızı belirtmeliyiz.

5- Koşullu Salıverme

Cezaların infazı rejimi bağlamında, herhangi bir hapis cezasına mahkûm olan kimsenin cezasının kanunda öngörülen kısmını ceza infaz kurumlarında geçirmesi ve iyi halli olması durumunda, yine kanunda öngörülen koşullarla salıverilmesine koşullu salıverilme denir. Koşullu salıverilen hükümlünün tabi tutulacağı denetim

(7) Hükmedilen seçenek tedbirin hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi durumunda, hükmü veren mahkemece tedbir değiştirilir”.

⁷³⁸ 5237 sayılı TCK’ nun yürürlüğünden önce 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun 4. maddesinde, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların “aynen iade ve tazimine” çevrilebileceği belirtilmekteydi. Yeni kanunda ise, zararın kapsamının genişletilerek, “suç nedeniyle uğranılan zararın suçtan önceki hale getirme de dâhil olmak üzere, tamamen giderilmesi” amaçlanmıştır.

⁷³⁹ Kafes, s. 135.

⁷⁴⁰ Kafes, s. 134.

süresi, infaz kurumunda geçirilmesi gereken sürenin yarısı kadardır. CeGTİK m.107/2’de yer alan, koşullu salıverilmenin hükümlünün *“kendisine yüklenen yükümlülüklerle, hâkimin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi halinde koşullu salıverilme kararı geri alınır.”* hükmünden, koşullu salıverilmenin bazı yükümlülüklerin yerine getirilmesi şartına bağlanabileceği sonucu çıkmaktadır⁷⁴¹. Her ne kadar Kanunda koşullu salıvermenin, suçtan doğan zararın giderilmesi koşuluna bağlı tutulabileceği açıkça öngörülmüş olmasa da, burada özellikle mağdurun şahsi haklarının tazmininin, yükümlülüklerin başında gelmesi gerekmektedir. Mağdurun suç ile uğradığı zararların tazmini, suç işlenmesiyle bozulan toplumsal barışın sağlanması açısından ceza hukukunun ilkel dönemlerinden beri her zaman önem taşımıştır⁷⁴².

CeGTİK 107/12. maddesine göre, koşullu salıverilen hükümlünün, denetim süresinde hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülüklerle, hâkimin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi halinde koşullu salıverilme kararı geri alınır. Yine 207. maddenin 10. fıkrasına göre, hâkim, koşullu salıverilen hükümlünün kişiliğini ve topluma uyumdaki başarısını göz önünde bulundurarak; denetim süresinin, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmadan veya herhangi bir yükümlülük belirlemeden geçirilmesine karar verebileceği gibi, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasını veya belirlenen yükümlülükleri denetim süresi içinde kaldırabilecektir.

İ- Mağdurun Hukuk Mahkemelerinde Açabileceği Tazminat Davaları

Suçla bozulan barış ve sükûnun, mümkün olduğu kadar devamlı şekilde sağlanması amacıyla çeşitli sistemler geliştirilmiştir. Suçtan doğan zararın giderilmesi konusu, toplumun korunmasında devletin bir yükümlülüğü olduğu için, mağdurların bilgisizlik, cesaretsizlik ve benzeri nedenlerle talep etmemeleri durumunda dahi hâkimin re’ sen ya da savcının talebi üzerine tazminata hükmetmesi gerektiği gibi fikirler ileri sürülmüştür.

⁷⁴¹ Demirbaş, İnfaz Hukuku, s. 455.

⁷⁴² Demirbaş, İnfaz Hukuku, s. 455.

1 Haziran 2005 tarihinden önce yürürlükte bulunan ceza mevzuatımıza göre, suçtan zarar gören şahsın kamu davasına müdahale yoluyla katılarak şahsi hak talebinde bulunabilmesi mümkün kılınmıştı. Kanun koyucu, suçtan zarar görenlerin ayrıca hukuk mahkemelerine başvurmadan, tazminat isteklerini ceza davasına bakan mahkemeden de isteyebileceğini kabul etmiş bulunmakta idi. Bilindiği üzere, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren yeni ceza mevzuatıyla, konusu medeni hukuka ilişkin uyuşmazlıklar olan şahsi hak davasının (yani, işlenen bir suç dolayısıyla uğranılan maddi ve manevi zararların giderilmesi için açılan maddi ve manevi tazminat davaları), ceza mahkemelerinde görülebilmesi sisteminden vazgeçilmiş ve bu davaların, hukuk mahkemelerinde görülmesi sistemi benimsenmiştir.

Tazminat, zarar ve ziyan borcunun meydana getiren muamelenin veya fiilin bütün zararlı sonuçlarını karşılamak üzere verilen bedeldir⁷⁴³. Suç nedeniyle, maddi ve manevi olmak üzere iki tür zarar meydana gelebilir. Bu bağlamda, mağdur veya suçtan zarar gören, zararın giderilmesi amacıyla gerektiğinde bu zararları tazmin etmek amacıyla hukuk mahkemelerinde maddi ve manevi tazminat davaları açabilir. Tazminat davası, ceza yargılamasındaki şahsi hak davasından şu yönüyle ayrılmaktadır. Şahsi davada mağdur veya suçtan zarar gören, suçu işleyen kişinin cezalandırılmasını ve uğradığı zararlarının giderilmesini talep edebildiği halde, hukuk davalarında sadece maddi tazminat başlığı altında uğranılan zarar, yoksun kalınan kar veya destekten yoksun kalma kalemlerini isteyebilir. Ayrıca, söz konusu suç nedeniyle uğradığı elem ve ıstırapın giderilmesi amacıyla manevi tazminat talebinde de bulunabilir.

Tazminat sorumluluğu, sözleşmeden, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden ya da kanundan kaynaklanabilir. Konumuz bağlamında, suç nedeniyle meydana gelen zararın tazmini yukarıda sayılanlardan haksız fiil başlığı altında irdelenebilir. Suç nedeniyle uğranılan zararın miktarının tespiti, suça konu fiilin oluşu, meydana gelen zararın ağırlığı dikkate alınmak suretiyle belirlenir. Bu belirleme yapılırken sorumluluk hukukunun genel ilkeleri olan, hukuka aykırılık, haksız fiil, uygun illiyet

⁷⁴³ Yılmaz, Zekeriya, Ceza Muhakemesinde Mağdur Hakları, s. 387.

bağı ve zarar meydana gelme koşullarının gerçekleşmesinin de aranacağı kuşkusuzdur.

Mağdur, maddi tazminat davası kapsamında aşağıdaki dava türlerini açabilir:

- Zarar ve ziyan
- Mahrum kalınan kar
- Ölüm halinde destekten yoksun kalma ve
- Manevi tazminat davaları açabilir.

Yukarıda belirtilen davaları mağdur açabileceği gibi, bir kısmını yasal mirasçılar ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler de açabilecektir.

SONUÇ

Türk Ceza Kanununun ve Ceza Muhakemesi Kanununun birçok maddesinde yer alan mağdur kavramının tanımlanmasının doktrin ve içtihadı bırakılması bize göre uygun olmamıştır. Mağdur kavramını tanımlarken değindiğimiz, *Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı*, ceza hukukundaki ve karşılaştırmalı hukuktaki gelişmelere uygun olarak mağdurun korunmasına yönelik önemli bir adım niteliğinde olmakla birlikte; tasarıda “mağdur” kavramına verilen farklı anlam, mağdur ile suçtan zarar gören kavramlarının uygulamada duraksamalara yer vermeyecek şekilde Ceza Muhakemesi Kanununda da tanımlanması zorunluluğunu bir kez daha ortaya koymuştur. Ceza Muhakemesi Kanununda mağdur kavramının objektif bir ölçüte kavuşması, bu kavramın genel çerçevesinin çizilmesi bir zorunluluk halini almıştır. Bu yapılmadığı takdirde, hâkim önüne gelen olayın niteliğine göre, mağduru belirlerken, takdire dayalı değerlendirme yapmak durumunda kalacaktır ki bu da farklı sonuçların ortaya çıkmasına ve objektif bir uygulamadan uzaklaşmaya neden olacaktır. Tüm bu gerekçelerle, Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı’nın eksiklikleri giderilmek suretiyle bir an önce yasalaştırılması da bu alanda önemli bir eksikliği gidecektir.

Mağdurun kim olduğunu belirlerken, doktrinde sıkça tartışılan konulardan biri olan tüzel kişilerin mağdur olup olmayacağı hususunda, sadece gerçek kişilerin suçun mağduru olabileceği kanaatinde olduğumuzu belirtmek isteriz. Tüzel kişiler bakımından ise, suçtan zarar gören kavramının kullanılması daha uygundur. Suçtan zarar gören kavramı, mağdur kavramına göre daha geniş bir kavramdır ve mağdur kavramıyla aynı anlamda kullanılmakla birlikte, aynı şey değildir. Suçtan zarar gören kavramı, mağdur kavramıyla örtüştüğü için, bu kavramlar yakın kavramlar olarak kabul edilseler de ayrılan noktaları da vardır. Doktrinde sıkça verilen kasten öldürme suçu ile ilgili örnekte belirttiğimiz gibi, adam öldürme suçunda mağdur ölen kişidir. Suçtan zarar gören ise, ölüm olayının gerçekleşmesi sonucunda hakları veya hukuki çıkarları zedelenen kişilerdir.

Çalışmamızda, mağdur kavramını belirlemeye çalışırken üzerinde durduğumuz ve yeniden vurgu yapmak istediğimiz konulardan biri de suçun konusu ile suçla korunmak istenen hukuki yararın sahibi olan mağdur kavramlarının aynı şeyi ifade etmediğine dair görüşümüzdür. Bu iki kavramın birbirine karıştırılmaması gerekmektedir. Mağdur, işlenen suç ile haksızlığa uğrayan, suçun konusunun ait olduğu kimsedir. Suçun konusu ise, hareketin yönelik olduğu ve suç tipinde belirtilen konudur.

Mağdurla ilgili özellikle son yüzyılda yapılan çalışmalar kapsamında çeşitli bilimsel araştırmalar ve incelemeler yapılmış ve buna ilişkin kimi örnekler de çalışmamızın ilgili yerlerinde değerlendirilmiştir. Bu bağlamda mağdurun suçun işlenmesine ve meydana gelmesine etkisi bakımından çeşitli fikirlerin ileri sürüldüğünü belirttik. Kimi bilim adamlarının görüşlerinin aksine, biz, mağdurların genellikle cürümleri davet edip, gerçekleşmesine yardımcı olduğunu düşünmemekteyiz. Bize göre, mağdur aktif veya pasif daima bir role sahip olmakla birlikte, genel olarak suçun işlenmesine ve meydana gelmesine birlikte etki ettiği kanaatindeyiz. Burada mağdurun kimi zaman fail ile arasındaki ilişki, kimi zaman mağdurun zayıflığı suçun işlenmesinde etkili olmaktadır. Ancak bu olgunun suçun işlenmesinde failin kastının veya suçluluğunun azaltılmasında herhangi bir katkı sağlamayacağını ifade etmek isteriz.

Mağdurun, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanların ilk derece mahkemesinde kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar kamu davasına katılma imkânlarının olduğunu belirtmiştik. Doktrinde katılma kurumunun gerekli olup olmadığı hususunda, çalışmamızın ilgili yerlerinde belirttiğimiz, çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu konuda bizim kanaatimizin, katılmayı bir dava olarak kabul etmeyen görüşlerin aksine, katılmanın bir dava olduğu ve korunması gereken bir kurum olduğu yönündedir. Çünkü bu şekilde mağdur veya suçtan zarar gören, yargılamanın bir unsuru haline gelecek ve yargıma sırasında birçok usul hükmünün işletilmesinde etkin rol alabilecek ve böylelikle kendisini ceza adaleti sisteminin içinde hissedecek ve bu durum katılan sıfatını alan kişiyi tedavi edici bir etki gösterecektir. Katılan bu davada davacı niteliğindedir. Katılma ceza muhakemesinde özel muhakeme usulleri arasında yer almaktadır. Ancak bizim bu kuruma ilişkin getirdiğimiz eleştiri, kamu davasına

katılma hakkı tanınanlar bakımından olmuştur. Mağdur veya suçtan zarar görenler gibi malen sorumlu olanlar da katılma talebinde bulunarak, iddia makamının yanında davaya katılabilmektedirler. Ancak, bize göre, menfaatleri sanıkla paralel olan, başka bir anlatımla, sanığın mahkûm olmasından olumsuz etkilenecek olan bir kişinin iddia makamı yanında davaya katılması, malen sorumlu kavramıyla olduğu kadar, mantık kurallarıyla da bağdaşmamaktadır. Zira malen sorumlu, esas itibariyle suçtan zarar gören olmadığı gibi, tersine fiilin karşı yanında bulunan kişidir. Katılmanın amaçlarından birinin de davaya yön verebilme hakkının zarar gören ve mağdura tanınması olduğu kabul edilecek olursa, malen sorumluya da böyle bir imkân vermenin katılma kurumu ile uyuşmadığı kanaatini taşımaktayız. Ancak mevcut düzenlemeye bu haliyle getirdiğimiz eleştirimizin, malen sorumlunun haklarına hanel getirecek şekilde anlaşılması ve uygulanmaması gerektiğini ifade etmek isteriz. Aksi takdirde, mağduru korumak adı altında, yeni mağduriyetlere sebebiyet verilebilecektir.

Her ne kadar mağdura katılma imkânı tanınmışsa da, maruz kaldığı suç nedeniyle maddi ve manevi açıdan zarar gören suç mağdurunun zararlarının giderilmesi açısından Türk hukukunun yeknesak olmadığı, mevcut hukuksal yolların tek başına etkili olmadığı görülmekteydi. 5271 sayılı CMK ile mağdurun özellikle manevi zararlarının tazmininde rol oynayan şahsi hak davası 5271 sayılı CMK'ya alınmamıştır. Kaldırılan şahsi hak davası yerine getirilen birçok yeni kurum sayesinde mağdurun zararının tazmininin sonuç alınabilir bir hale geldiği söylenebilmektedir. Bu kurumların etkinleştirilmesi ve uygulamalarının yaygınlaştırılması ile mağdurun zararının giderilmesi yolunda daha ileri adımların atılacağı kanaatini taşımaktayız ve bunun böyle olacağı yönünde bir inanç taşıdığımızı da belirtmek isteriz.

Çalışmamızın ikinci bölümünde detaylı olarak ele aldığımız mağdur haklarının soruşturma ve kovuşturma evresinde olmak üzere, kanunda ayrı ayrı düzenlendiğini belirtmiştik. Öncelikle bu hakların devrim niteliğinde olduğu gerçeğini bir kez daha ortaya koymak gerekmektedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile tanınan bu haklarla, mağdur da artık ceza muhakemesinde bir süje olarak hak ve yetkilerle donatılmıştır. Bu haklarla ilgili tartışılan veya tamamlanması

gereken hususlar olsa da, silahların eşitliği ilkesinin hayata geçirilmesi ve adil bir yargılama bakımından kanun koyucu bize göre üzerine düşen görevi yerine getirmiş, sorunun bundan sonraki aşamada çözümü uygulayıcıların insafına kalmıştır.

Soruşturma evresinde mağdura tanınan haklardan biri olan “*soruşturmanın gizlilik ve amacını bozmamak koşuluyla Cumhuriyet savcısından belge örneği isteme*”, hakkı, sınırlama getirildiği gerekçesiyle doktrinde eleştirilmiştir. Bize göre, yasanın yukarıda belirttiğimiz bazı hallerde dosyayı inceleme ve belgelerden örnek alma konusunda getirdiği sınırlamalar, soruşturma evresinin özelliğinden ileri gelmektedir. Gizliliğin bütünüyle ortadan kalkması, delillerin yok olmasına ve belki de muhakemenin bütünüyle ortadan kalkmasına neden olacaktır. Özellikle örgütlü suçlarla mücadelenin söz konusu olduğu durumlarda kısıtlamanın sebebi daha anlaşılır hale gelmektedir. Tüm bu gerekçelerle sınırlama getirilmesi kural olarak doğru kabul edilmekle birlikte, bunun kapsamının hak ve özgürlüklerin içeriğini kısıtlar bir şekilde, başka bir ifadeyle, silahların eşitliğini zedeleyecek şekilde algılanması ve uygulanmasının uygulayıcılara atfedilecek bir kusur olacağı kanaatindeyiz. Bu nedenle uygulayıcı ve doktrinin zaman zaman uygulamadaki ve doktrindeki gelişmeleri birlikte değerlendirmeleri amacıyla çeşitli çalışmaların yapılmasının ve karşılıklı görüş alışverişi ve tecrübe paylaşımının yararlı olacağı kanaatindeyiz.

Üçüncü bölümde mağdurun korunmasına yönelik Türk hukukundaki düzenlemeleri ele alırken, uzlaşmanın mağdurun veya suçtan zarar görenin mağduriyetini en etkin bir şekilde giderebileceği, onarıcı adalet kavramının en çok hayat bulacağı kurumlardan biri olduğunu ileri sürmüştük. Uzlaşma kapsamının kamu düzenini etkilemeyecek boyutta genişletilmesinin en ideal çözüm yolu olacağı kanaatindeyiz. Bu bağlamda, CMK m. 253/3’de ifade edilen “*etkin pişmanlık*”, düzenlemesinin, cezasızlık sebebi olarak kabul edilen etkin pişmanlık olarak anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz. Aksi halde, cezada indirim sebebi olan etkin pişmanlık hallerini uzlaşma dışında tutmanın çok da yerinde bir düzenleme olmadığı kanaatindeyiz. Bunun yanında çocuklar bakımında da uzlaşmanın kapsamının belirlenmesi konusunda, 5560 sayılı Kanunla, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nun 24. maddesinde yapılan değişiklikle, CMK’ nun uzlaştırmaya ilişkin hükümlerinin suça sürüklenen çocuklar bakımından da uygulanacağı düzenlenmiştir. Buna göre; Suça sürüklenen çocuklarla ilgili olarak uzlaşma, soruşturulması ve

kovuşturulması şikâyete bağlı olan veya kasten işlenen ve alt sınırı iki yılı aşmayan hapis veya adli para cezasını gerektiren ya da taksirle işlenen suçlarda uygulanacağı, hükme bağlanmıştır. Kanunun bu haliyle çocuklar bakımından uzlaştırmaya gidilebilecek suçların kapsamı daraltılmıştır. Çocukların daha fazla korunmaya muhtaç olması nedeniyle, bu düzenlemenin çocuklar lehine fark yaratacak şekilde yapılması daha yerinde olacaktır. Düzenleme bu haliyle uluslararası düzenlemeler ve Anayasa'nın ilgili hükümleri kapsamında değerlendirildiğinde çağdaş bir yaklaşım sergilememektedir. Çünkü çocuklarla yetişkinler arasında, çocuklar lehine fark yaratmamaktadır.

Sonuç olarak, mağdur hakları konusunda yasal düzenlemeler bağlamında özellikle 5271 sayılı CMK ile getirilen yeniliklerin evrensel nitelikler taşıdığını çok rahatlıkla ifade edebiliriz. Mukayeseli hukuk çerçevesinde konuyu ele aldığımızda da suç konusu mağduriyetin giderilmesi bağlamında, gerek idari gerekse yargısal anlamda yapılan yeniliklerin birçok ulusal ve uluslararası akademik platformda takdirle karşılandığı görülmektedir. Buna karşın, uygulamada bir takım sorunlarla karşılaşmakta ise de bunların aşılacak mağdur haklarının da tam olarak hayata geçirileceğine dair inancımızın tam olduğunu belirtmek isteriz.

KAYNAKÇA

Acar, Kemalettin/ Bke, Akile/ Boz, Bora/ KurtuluŖ, AyŖe, “*Ŗiddetin Sorumlusu ve Mağduru Olan Çocuklar: Testiküler Travmalı Bir Olgu Sunumu*”, Adli Bilimler Dergisi, Haziran 2005, Cilt: 4, Sayı: 2, s. 57- 62.

Açıkgzli, Muhammet, Ceza Hukuku Açıısından Teori ve Uygulamada Mağdur Kavramı, Ankara 2000.

Akdemir, Süleyman, Ceza Hukukunda Mağdurun Korunması, İzmir 1988.

Akova, Erdal/Kabağaç, Sina, Latince Sözlük, İstanbul 1995.

Akyazan, Ahmet Emrah, Mağdurun KovuŖturma Evresindeki Hakları Kapsamında Soru Yöneltme Hakkı, Ankara 2009.

Alicanoğlu, Mahmut, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve Tatbikatı, 2. Baskı, İstanbul 1971.

Altıparmak, Cüneyd, “*Avukatın Meslekten Doğan Hukuki Sorumluluğu*”- Karar Tahlili-, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, (THD), Yıl: 4, Sayı: 30, Ŗubat 2009, s. 151 - 157.

Arıkan, Mustafa İberyay, Avrupa Birliği Yargı Düzeninde Savcılık Kurumu, Ankara 2009.

Arslan, Çetin, “*Türk Hukukunda Suç Mağdurunun Zararının Tazmini*”, Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi (26 Mayıs-4 Haziran 2010), Cilt II, Editör: Prof. Dr. Âdem Sözüer, Ocak 2013, s. 2339-2356

Arslan, Çetin / Azizağaoğlu, Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Ŗerhi, Ankara 2004.

Arslan, Saadettin, Soruşturma Evresi, Ankara 2007.

Artuç, Mustafa, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Ankara 2009.

Artuk, Mehmet Emin / Gökcen, Ahmet / Yendnya, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Ankara 2011.

Atay, Ali, “*Ceza Muhakemeleri Kanununda Mağdur Hakları*”, Suç Mağdurları (Editör: Doç. Dr. Halil İbrahim Bahar), Ankara 2006, s. 275- 290.

Atmaca, Talip, “*Nazari ve Tatbiki Hukukta şahıslara Karşı İşlenen Suçlarda Mağdur (Osmanlı Devri Uygulamaları- Adana rneği)*”, Dini Araştırmalar Dergisi, Cilt:8, Sayı: 23, Eylül-Aralık 2005, s. 245- 262.

Aybay, Aydın, Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm, İstanbul 2000.

Aydın, Murat, “*İddianamenin Unsurları ve İadesi*”, Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD), Sayı: 6, Mayıs 2006, s. 162-177.

Aydın, Murat, “*Ceza Hukukunda Cinsel İstismara Bağlı Olarak Beden ve Ruh Sağlığının Bozulması Kavramı*,” Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 40, Aralık 2009, s.71-83.

Aydın, yk Didem, “*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı:2, Sonbahar 2004, s. 152-162.

Aydınöz, Selçuk, Tatbikatta şahsi Dava ve Konu Olan Suçlar, Ankara 1974.

Bacanlı, Mehmet Rifat, Ceza Muhakemesinde Mağdurun Korunması (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2007.

Bahar, Halil İbrahim, Suç Mağdurları, Ankara 2006.

Balo, Yusuf Solmaz, Uluslararası İlkeler Işığında Çocuk Koruma Kanunu ve Uygulaması, Ankara 2005.

Balo, Yusuf Solmaz, Uluslararası İlke ve Uygulamalar Çerçevesinde Ceza Muhakemesinde Tanık Koruma (Anonim Tanık), Ankara 2009.

Bayraktar, Köksal, “*Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*”, Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, İstanbul 2009, s. 85-107.

Belling, E, Deutsches Reichsstrafprozessrecht, Berlin und Leipzig 1928.

Bıçak, Vahit, Suç Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2011.

Candan, Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Mevzuat ve İçtihat Bakımından Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Ankara 2011.

Cantürk, Nergis, “*Cinsel Saldırı Mağdurlarının Muayene Prosedürü*”, Türkiye Klinikleri Cerrahi Tıp Bilimleri Dergisi- Adli Tıp ve Acil Özel Sayısı, Cilt: 2, Sayı: 50, 2006, s. 49-55.

Centel, Nur / Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2010.

Centel, Nur, “*Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması*”, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan, İstanbul Üniversitesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Yayınları, 1997, s. 59-71

Chalmers, Carolyn, “*Uyuşmazlıkların Mahkeme Dışı Çözüm Yolları Dersi*”, (Çev.: Arş. Gör. Hande Ulutürk), Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2010/1, Uzlaşma Özel Sayı, s. 22-36.

Cihan, Erol / Yenisey, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1996.

Çetintürk, Ekrem, Onarıcı Adalet - Ceza Adalet Sistemindeki Uzlaştırma Kurumunun Temelini Teşkil Eden Adalet Anlayışı - Ankara 2008.

Çetintürk, Ekrem, Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma, Ankara 2009.

Çınar, Ali Rıza, Türk ve Alman Ceza Yargılama Hukukunda İstinaf, Ankara 2010.

Çınar, Ali Rıza, Ceza Yargılamasında Temyiz Yolu-5271 ve 1412 Sayılı Ceza Yargılaması Yasaları İle Karşılaştırmalı Hukukta (Alman Hukukunda) Temyiz Yolu, Mayıs 2006.

Çulha, Rifat, “Uzlaşma”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2010/1, Uzlaşma Özel Sayı, s. 184-203.

Dalcke Albert/ Fuhrmann Ernst/ Schaefer Karl, Strafrecht und Strafverfahren, 37. Auflage, Berlin 1961 (Aktaran: Erdener Yurtcan).

Demirağ, Fahrettin, “Ceza Yargılamasında Tebligat Sorunları”, Askeri Yargıtay’ın 85. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, Ankara 1999, s.315-389.

Demirbaş, Timur, Samığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 71, İzmir 1996.

Demirbaş, Timur, Kriminoloji, Ankara 2010.

Demirbaş, Timur, İnfaz Hukuku, Ankara 2008.

Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2011.

Demirbaş, Timur, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, Ankara 2013.

Demirbaş, Timur, “*Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Müdafilik*”, Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 32, Ağustos 2005, s.2871-2883.

Demirbaş, Timur, “*Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Müdafilik*”, Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, İstanbul 2009, s. 121-143.

Devellioğlu, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat, Ankara 1993.

Dinç, Güney, “*Adil Yargılanma Sürecinde Silahların Eşitliği*”, Kamu Hukuku, Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Alanlarında Kamunun Önderliği Ve Bireysel Özerklik Sempozyumu, Editörler: Prof. Dr. İlhan Uluslan- Prof. Dr. Bahri Öztürk, Ankara 2009, s. 431-446.

Doğan, Y. Hakkı, Uygulamada ve Teoride Hazırlık Soruşturmasında Savunma (Savcılık, Polis Ve Jandarmaca Göz Altına Alınan Sanığın Hakları, Avukatıyla Görüşmesi), İstanbul 1994.

Doğru, Osman / Nalbant, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1. Cilt, Ankara 2012.

Donay, Süheyl, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul 1982.

Dölling, Dieter, “*İşlenen Suç Nedeniyle, Suç Failleri ve Mağdurları Arasında Arabuluculuk*” (mediation), (Çev. Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer), Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2010 Özel Sayı:1, Uzlaşma, s. 18-21.

Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II, 7. Bası, İstanbul 1981, No.1172.

Dönmezer, Sulhi, Kriminoloji, İstanbul 1994.

Dönmezer, Sulhi, Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı (Genel Sunuş), MÜHF Hukuk Araştırmaları, Ocak-Nisan 1987, C.II, S.1, s.13.

Dursun, Hasan, “*Mağdur Haklarını Koruyucu Düzenlemeler Yapılmalıdır*”, Türk İdare Dergisi, Yıl:70, Sayı: 418, Mart 1998, s. 133-138.

Dülger, Murat Volkan, “*Evlilik Birliği İçinde Gerçekleşen Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu, Bu Suçun Mağduru Üzerindeki Etkileri Ve Mağduru Korumaya Yönelik Önlemler*”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 80, Sayı: 2006/1, s. 543-575.

Dürwanger, K, Handbuch des Privatklagerechts, 2. Auflage, Darmstadt, 1952.

Erçin, Ferhat, Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesine Etkisi, İstanbul 2000.

Erdem, Mustafa Ruhan, Avrupa Birliği Hukuku'nun Üye Devletlerin Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna Etkileri, Ankara 2004.

Erdem, Mustafa Ruhan, “*Belgede Sahtecilik Suçları*”, Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, İstanbul 2008, s. 447-474.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, Cilt II, Gözden Geçirilmiş 3.Bası, 1989.

Erem, Faruk, Türk Ceza Hukuku, Cilt 1, Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 1973.

Erem, Faruk, Ceza Usul Hukuku, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 1978.

Erem, Faruk, “*Ceza Davasına Müdahalenin Lüzumsuzluğu*”, Adalet Dergisi, Sayı:11-12, Yıl: 53 (Kasım-Aralık), 1962, s. 1202-1205.

Erem, Faruk, *Mağdurun Korunması*, Adalet Dergisi, S.4, Nisan 1966, s. 277-279.

Erem, Faruk, Adalet Psikolojisi, Suçlu Psikolojisi- Usul Psikolojisi-Mahpusun Psikolojisi, Gözden Geçirilerek Güncellenmiş 11. Baskı, Ankara 2003.

Esen, Bülent Nuri, Anayasa Hukuku Genel Esaslar, Ankara 1970.

Eser, Albin (Çev. Feridun Yenisey), Uluslararası Ceza Adalet Sisteminde İddia Makamının Oynadığı Temel Rol, Uluslararası Ceza Divanı (Yayına Hazırlayan Feridun Yenisey), İstanbul 2007.

Evik, Vesile Sonay “*Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı*”, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, (Editör: Kayıhan İçel - Yener Ünver), Ankara 2004.

Feyzioğlu, Metin, “*Uzlaştırma Teklifi ve Taraflara Bildirilmesi*”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 207, Cilt: 1, İstanbul 2008, s. 331-337.

Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesinde Tanıklık, Ankara 1996.

Gerçek, Leyla Çakıcı, “*Gençlik ve Mağduriyet Üzerine Bir Anket Çalışması*”, Adli Bilimler Dergisi, Cilt: 8, Sayı:4, Aralık 2009, s. 11-22.

Gerçeker, Hasan, Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt I, Ankara 2011.

Gökcan, Hasan Tahsin, “*Avusturya Ceza Hukukunda Mahkeme Dışı Uyuşmazlık (Diversiyon) Yöntemleri*”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2010 Özel Sayı:1, Uzlaşma, s. 37-74.

Gökcen, Ahmet, Belgede Sahtecilik Suçları (5237 s.lı TCK. m. 204- 212), Ankara 2010.

Gözübüyük, A. Şeref/ Tan, Turgut, İdare Hukuku, Cilt 2 İdari Yargılama hukuku, Mevzuattaki Son Değişiklikler İşlenerek Güncellenmiştir 2. Bası, Ankara 2006.

Gözübüyük, A. Şeref/ Gölcüklü, A. Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 6. Bası, Ankara, 2005.

Gözütok, Zeki, Küçüklerin Yargılanması Ve Ceza Davalarında Yaş İstisnaları, Ankara 2001.

Gültekin, Özkan, Öğreti ve Uygulamada İddianame ve İddianamenin İadesi, Ankara 2011.

Gülşen, Recep, “*Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Mağdurun Hakları*”, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Editör: Prof. Dr. Bahri Öztürk, Ankara 2009, s. 683-696.

Gündel, Ahmet, 5237 Sayılı TCK’ da Cinsel Saldırı- Cinsel İstismar (Cinsel Taciz- Rızaen Irza Geçme- Hürriyeti Kısıtlama Alıkoyma-Fuhuş ve Müstehcen Yayın Suçları), Ankara 2009.

Hagan, John, Victims Before the Law, Toronto, 1989.

Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012.

Hatemi, Hüseyin, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1998.

Hatemi, Hüseyin / Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011.

Helvacı / İlhan, Gerekçeli-Karşılaştırmalı – İctihatlı - Notlu Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, İstanbul 2011.

Henkel, H, Strafverfahrensrecht, 2. Auflage, Stuttgart – Berlin – Köln - Mainz, 1968.
Hekimoğlu, Atilla, “Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar”, Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, İstanbul 2008.

Hochheuser, Ernst Der Verletzte im Strafrecht, Diss. Köln, 1965.

Hofstetter, Elias, Das Verfahrensrecht internationaler Strafgerichte zwischen Common Law und Civil Law, Bern 2005.

Işıқтаç, Yasemin, Hukuk Yazıları, Ankara 2004.

İçel, Kayıhan / Yenisey, Feridun, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları, 4. Bası, İstanbul 1994.

İnce, Hüseyin, Türk Ceza Hukukunda Kısa Süreli Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Yaptırımlar, Ankara 2007.

İpek, Ali İhsan / Parlak, Engin, Mevzuatta Yapılan En Son Değişiklikler İle Ceza Muhakemesinde Uzlaşma, Ankara 2011.

Jahic, Galma / Yeşiladaı, Burcu, Onarıcı Adalet, Mağdur- Fail Arabuluculuğu Ve Ceza Davalarında Uzlaşma Eğitim Materyalleri, İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2008.

Jescheck, Hans-Heinrich, Alman Ceza Hukukuna Giriş- Kusur ilkesi- Ulrich Sieber Ceza Hukukunun Sınırları (Tercüme Eden: Feridun Yenisey), İstanbul 2007.

Kafes, Veli, "Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi" AÜHFD,60 (1), 2011, s. 83- 156.

Kaiser, Gruyter, "Victim Related Reseach at the Max Planck Institute", Victims and Criminal Justice, Freiburg im Breisgau, Germany: Max Planck Instutute, 1991.

Kantar, Baha, Ceza Muhakemeleri Usulü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No: 112, Ankara 1957.

Kamer, Vehbi Kadri, "Denetimli Serbestlik", 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi (Editör: Prof. Dr. Bahri Öztürk), Ankara 2009, s. 702-710.

Karaaslan, Reşit, “*Genel Hatları İle Uluslararası Ceza Yargısı Ve Terör Mağdurlarının Başvurabileceği Hukuki Yollar*”, Hukuk ve Adalet-Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl:4, Sayı: 10, İlkbahar 2007, s. 77 -122.

Karakehya, Hakan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma, Ankara 2008.

Katoğlu, Tuğrul, “*Mağdurun Korunması ve Mağdur Hakları*”, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi (Editör: Prof. Dr. Bahri Öztürk), Ankara 2009, s. 697-702.

Katoğlu, Tuğrul, “*Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları*”, AÜHFD, 61 (2) 2012, s. 657- 693.

Kaymaz, Seydi / Gökcan, Hasan Tahsin, “*Uzlaşmada Edimin Konusu*”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2010/1, Uzlaşma Özel Sayı, s. 391-410.

Kern Edward / Roxin Claus, Strafverfahrensrecht, 12. Auflage, München 1974, s. 315 (Aktaran: Erdener Yurtcan).

Kılıçoğlu, Ahmet, “*Haksız Fiillerden Doğan Sorumlulukta Ceza Hukuku İle Medeni Hukuk İlişkisi*”, AÜHFD., Yıl: 1972, C.29, S.3-4, s. 185-225.

Kızıroğlu, Serap Keskin, “*Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kadına İlişkin Düzenlemeler ve Cinsel Suçlar*”, Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Cilt II, Ankara 2008, s. 995-1004.

Kleinkrech Theodor , T, Strafprozessordnung, 31 Auflage, München, 1974 (Aktaran: Erdener Yurtcan).

Koca, Mahmut / Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara 2010.

Koca, Mahmut / Üzülmez, İlhan, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Korunması ve Mağdura Tanınan Haklar*”, Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD), Sayı:7, Temmuz 2006, s. 140-150.

Kocaoğlu, S. Sinan, “*Türk Ceza Muhakemesi Sisteminde Silahların Eşitliği ilkesini Gerçekleştirebilmek İçin Bir Reform Önerisi (Amerika Birleşik Devletleri Ceza Muhakemesi Sisteminde Savunma ve Müdafî Perspektifinden Mukayeseli Bir Bakış)*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ocak- Şubat 2011, Yıl: 23, Sayı: 92, s.238-286.

Koç, Ziya, Ceza Muhakemesinde Katılan, İstanbul 2011.

Kohlrausch, Ernst., StPO und GVG, 24. Auflage, Berlin und Leipzig 1936 (Aktaran: Erdener Yurtcan).

Kunter, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Kazancı Hukuk Yayınları: 51, 8. Bası, İstanbul 1986.

Kunter, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989.

Kunter, Nurullah / Yenisey, Feridun / Nuhoğlu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Ondördüncü Bası, 2006.

Kunz, Karl - Ludwig, Kriminologie, 5. Auflage, 2008.

Kuyucu, A. Aydın, Ceza Yargılaması Hukukunda Olağanüstü Bir Kanun Yolu Olarak Kanun Yararına Bozma ve Türk Ceza Hukukuna İlişkin Güncel Yargıtay Kararları, Ankara 2009.

Kühne, Heiner Hans, Strafprozessrecht, 7. Völlig Neubearbeitete Und Erweiterte Auflage, Heidelberg 2006.

Löwe, Ewald / Rosenberg, Werner, Die Strafprozessordnung Und Das Gerichtverfassungsgesetz, Grosskommentar, 24. Neubearbeitete Auflageherausgegeben von Peter Riess, Fünfter Band, Berlin und New York, 1989.

Löwe - Rosenberg, StPO und GVG, 2. Band 21. Auflage, Berlin, 1965 (Aktaran: Mehmet Rifat Bacanlı)

Macuncu, Muhsin, “*Amerikan Hukuk Sistemlerinde Anlaşmazlıkların Alternatif Çözümleri*” Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2010 Özel Sayı:1, Uzlaşma, s. 75-85.

Mahmutoğlu, Fatih Selami / Dursun, Selman, Türk Hukuku’nda Müdafin Yasaklılık Halleri, Ankara 2004.

Malkoç, İsmail, Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları, Ankara 2009.

Marshall, Tony F., Restorative Justice An Overview, Research Development and Statistics Directorate, Home Office, London 1999.

Marek, Andrej, *Die Rechtsstellung des Verbrechensopfers im polnischen und deutschen Strafrechtssystem aus rechtsvergleichender Sicht*, in: Beiträge zur Rechtswissenschaft- Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag- (Hrsg. : Wilfried Küper und Jürgen Welp), Heidelberg 1993, s. 855-868.

Meier, Bernd - Dieter, Kriminologie, 4. Auflage, München, 2010.

Mermut, Serdar, “*Türk Ceza Hukukunda Uzlaşma*”, Av. Dr. Şükrü Alpaslan’a Armağan, İstanbul Barosu ve Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, Genel Yayın Sıra No: 55-2007/09, Mayıs 2007, s. 510-529.

Nuhoğlu, Ayşe, “*Uzlaşma Bakımından Şikâyete Bağlı Suçlar*”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2010/1, Uzlaşma Özel Sayı, s. 86-92.

Nursal, Necati / Ataç, Selcen, Denetimli Serbestlik ve Yardım Sistemi (Probation), Ankara 2006.

Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 9. Bası, İstanbul 2012.
Onursal, Mustafa Sami, Kamu Davasına Müdahale, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1968.

Otacı, Cengiz, “*Ceza Yargılamasında Mağdura Kayyım Atanması*”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 6, Sayı: 53, Ocak 2011, s. 67-76.

Önok, Rıfat Murat, Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı, Ankara 2003.

Özbek, Mustafa Serdar, “*Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin ‘Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk’ Konulu Tavsiye Kararı*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı:1, 2005, s. 123-205.

Özbek, Mustafa Serdar, “*Ceza Muhakemesi Kanununda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Mağdur Fail Uzlaştırmasının Usul ve Esasları*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2007/4, s. 123-205

Özbek, Mustafa Serdar, “*Çağdaş Ceza Adaleti Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları ve Arabuluculuk Uygulaması*”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi, Uzlaşma Özel Sayı, 2010/1, s. 116-183.

Özbek, Mustafa Serdar, “*Suçta Sürüklenen Çocuklara Yönelik Onarıcı Adalet Programları Ve Çocuk Arabuluculuğu*”, Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan, İstanbul 2008, s. 449-466.

Özbek, Mustafa Serdar, “*Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2005/3, s. 289-321.

Özbek, Veli Özer / Kanbur, M.Nihat / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, Ankara 2011.

Özbek, Veli Özer / Kanbur, M. Nihat / Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2011.

Özbek, Veli Özer, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı (Açıklamalı – Gerekçeli - İçtihatlı), Ankara 2005.

Özçetin, Adnan, “*Mağdur Olarak Psikiyatrik Bozukluğu Olan Hastalar*”, Türkiye Klinikleri Psikiyatri Dergisi- Adli Psikiyatri Özel Sayısı, Cilt: 4, Sayı: 2, Aralık 2003, s. 96-100.

Özek, Çetin, “*Suç Mağdurunun Korunması İle İlgili Bazı Sorunlar*”, İ.H.F. M, No. 50, 1984.

Özen, Atilla, “*Ceza Yargılamasında Uzlaşma*” Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2010/1, Uzlaşma Özel Sayı, s. 311-326.

Özen, Mustafa, Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz Kanun Yolu, Ankara 2011.

Özgenç, İzzet, “*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*”, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi (Editör: Prof. Dr. Bahri Öztürk), Ankara 2009, s. 49-65.

Özgenç, İzzet/ Şahin, Cumhuriyet, Uygulamalı Ceza Hukuku, Ankara 2001.

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 8. Bası, Ankara 2013.

Öztürk, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması), Ankara 1991.

Öztürk, Bahri, “*Türkiye’de Savcılık - Savcılığın Ceza Adaleti Sistemi İçindeki Rolü, Örgütlenmesi-*” Bir Adli Organ Olarak Savcılık, Ankara 2006, s. 150160.

Öztürk, Bahri, “Yeni Anayasanın Temel Kriterleri ve Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna İlişkin Yeni Anayasada Yer Alması Zorunlu Asgari Normlar”, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 5, Sayı: 40, Mart 2013, s. 5-51

Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2012.

Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan, Öztürk Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2006.

Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan/Sırma, Özge/Sayılar, Yasemin/Alan, Esra, Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010.

Öztürk, Bahri / Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Sırma, Özge / Kırıt, Yasemin F. Saygılar / Özaydın, Özdem / Akcan, Esra Alan / Erdem, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2012.

Öztürk, Yavuz, “Uygulayıcı Bakışı İle Uzlaşma”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2010/1, Uzlaşma Özel Sayı, s. 204-282.

Parlar, Ali / Hatipoğlu, Muzaffer / Yüksel, Erol Güngör, Açıklamalı - İçtihatlı Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller Çapraz Sorgu ve İspat, Ankara 2008.

Peters, K., Strafprozess, 2 Auflage, Karlsruhe, 1966 (Aktaran: Erdener Yurtcan).

Reisoğlu, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011.

Rosenfeld, E. H., Der Reichsstrafprozess, 4 und 5. Auflage, Berlin 1912 (Aktaran: Erdener Yurtcan).

Sadak, Murat, “Mağdurun Kanun Yollarına Başvurma Hakkı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Nisan 2010, Sayı:1, ISSN: 1309-6826, s. 213-237.

Sami, Şemsettin, Kamus-ı Türki

Schulz Schroth/ Berke – Müler Poul, Strafprozessordnung, 4. Auflage, Hamburg, 1971 (Aktaran: Erdener Yurtcan).

Schwarz, O, Strafprozessordnung, 16. Auflage, München und Berlin 1953.

Schwind, Hans- Dieter, Kriminologie Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen, 20. Auflage 2010.

Sgarzi, Judith M./ McDevitt, Jack, Victimology: A Study Of Crime Victims And Their Roles, by Pearson Education Inc. Published by Pearson Custom Publishing in association, with Prentice Hall, New Jersey/ United States 2003.

Sevük, Handan Yokuş, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar, Ankara 2007.

Sevük, Handan Yokuş, "5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, TBB Dergisi, S.57, Mart/ Nisan 2005, s. 243-282.

Sevük, Handan Yokuş, "Suça Sürüklenen Çocukların Muhakemesi", 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Editör: Prof. Dr. Bahri ztrk, Ankara 2009, s. 627-647.

Sezer, Ahmet, ğreti ve Uygulamada Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma, Ankara 2010.

Sokullu-Akıncı, Füsun, Kriminoloji, 5. Bası, İstanbul 2007.

Sokullu-Akıncı, Füsun, Viktimoloji (MağdurBilim), Mayıs İstanbul 2008.

Soyaslan, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2007.

Soygüt Arslan, Mualla Buket, Türk Ceza ve Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma Kurumu, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Ocak 2008.

Şen, Ersan, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Ankara 2009.

Şahin, Cumhuriyet, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara 1994.

Şahin, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005.

Şahin, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Ankara 2007.

Talas, Serdar, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Başsavcılığın İtirazı”, İÜHFİM, C.LXX, S.1, 2012, s. 153-176.

Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.

Tezcan, Durmuş, “Fransa’da Savcılık”, Bir Adli Organ Olarak Savcılık, Ankara 2006, s.33-43.

Tezcan, Durmuş, İdare Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İzmir 2001.

Tezcan, Durmuş /Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8. Baskı, Ankara 2012.

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/ Sancakdar, Oğuz/ Önok, Rıfat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Ankara 2011.

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat, Uluslararası Ceza Hukuku, Ankara 2009.

Tosun, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Cilt 1, Genel Kısım, 2. Bası, İstanbul 1976.

Tosun, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, 3. Bası, İstanbul 1981.

Töngür, Ali Rıza, Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme, Ankara 2009.

Turhan, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Isparta 2006.

Turhan, Faruk, Ceza Muhakemesinde Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması-Türk, Alman ve Avusturya Hukuklarında Karşılaştırmalı Olarak, Ankara 2009.

Ulusoy, Orçun, Uluslararası Ceza Mahkemesi, İzmir, Haziran 2008.

Umbreit, Mark S., “*Mediating Criminal Conflict Handbook of Alternative Dispute Resolution*”, Austin 1990, s. 227-238.

Umbreit, Mark S., Victim Offender Mediation in Juvenile or Criminal Courts (ADR Handbook for Judges, American Bar Association 2004, s. 225-236.

Ünlütepe, Canan, Kamu Davasına Katılma (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2008.

Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncel Yargıtay Kararlarıyla Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2010.

Ünver, Yener / Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Cilt, Ankara 2012.

Ünver, Yener, “*Deliller ve Değerlendirilmesi*” Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 32, Ağustos 2005, s. 2885-2913.

Ünver, Yener, “*Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar*”, Türk Ceza Kanunu 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, İstanbul 2008, s. 249-342.

Üzülmez, İlhan, “*Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu*”, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Editör: Prof. Dr. Bahri Öztürk, Ankara 2009, s. 251-262

Wright, Martin, The Paradigm of Restorative Justice, VOMA Connections, Research and Practice, Summer 2002.

Yalvaç, Gürsel, Karşılaştırmalı- Gerekçeli İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2008.

Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt I, Madde 1-44, Ankara 2010.

Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt II, Madde 45-85, Ankara 2010.

Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt III (m.86-146), Ankara 2010.

Yazıcıoğlu, Yılmaz, “5271 Sayılı Yeni CMK Uyarınca Soruşturma ve Soruşturma İşlemleri”, Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 32, Ağustos 2005, s. 2915-2921.

Yenisey, Feridun, “Ceza Muhakemesi Hukukunda ‘Uzlaştırma’ Hakkında Temel Bilgiler”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2010/1, Uzlaşma Özel Sayı, s. 7-17.

Yenidünya, Ahmet Caner, “5237 Sayılı TCK’ da Hapis Cezasının Ertelenmesi”, Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD), Sayı: 07, Temmuz 2006, s. 62-69

Yenisey, Feridun, “Kanun Yararına Bozma (Olağanüstü Temyiz)”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 207, Cilt:1, İstanbul 2008, s. 729-738

Yenisey, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma- Uzlaştırmacı Eğitimi, Rehber Kitapçık, İstanbul 2007.

Yenisey, Feridun, İspat Hukuku ve Fair Trial İlkesi, Ceza Muhakemesinde “Fair Trial İlkesi”, İstanbul 1999.

Yenisey, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma Semineri, I. Oturum, Uzlaşma, CMK 1, İstanbul Barosu Cep Kitapları, Seminer Notları, 10-11.

Yerlikaya, Ünal, İslam Ceza Hukukunda Mağdur, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Isparta 2006.

Yıldız, Ali Kemal, Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur-Suçtan Zarar Gören-Şikâyetçi, Ankara 2008.

Yıldız, Ali Kemal, “Uzlaşma-Şikâyet İlişkisi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2010/1, Uzlaşma Özel Sayı, s. 93-115.

Yılmaz, Zekeriya, Tüm Değişikliklerle Ceza Muhakemesi Kanununun Getirdiği Yenilikler ve Yargılama Sistemi, Ankara 2005.

Yılmaz, Zekeriya, Ceza Hukukumuzda Şikâyet, Ankara 2010.

Yılmaz, Ejder, Olağanüstü Temyiz, Ankara 2003.

Yılmaz, Ömer, “Onarıcı Adalet Sistemi: Birey-Toplum-Devlet İlişkilerinde Yeni Bir Mücadele Alanı”, Suç Mağdurları, Editör: Doç. Dr. Halil İbrahim Bahar, Ankara 2006, s. 291-314.

Young, Marlene A., “Victimology and Victim Assistance: Reflections on the Path Towards the Twenty First Century”, Festschrift for Hans Joachim Schneider, Aachen 2000.

Yurtcan, Erdener, Şahsi Dava, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2363, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 533, İstanbul 1977.

Yurtcan, Erdener, Şahsi Dava ve Uygulaması, Ankara 1989.

Yurtcan, Erdener, CMUK Şerhi, 3. Bası, İstanbul 2000.

Yurtcan, Erdener, Cumhuriyet Savcısının Ve Ceza Yargıcının Başvuru Kitabı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2004.

Yurtcan, Erdener, CMK Avukatının Ve Uzlaşma Avukatının Başvuru Kitabı, İstanbul 2007.

Yücel, Mustafa T., Türk Ceza Siyaseti ve Kriminoloji, Ankara 2007.

Yüksel, Saadet, “Çocuk Mağduriyetinin Avrupa Birliği Hukuku Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Hukuk ve Adalet- Eleştirel Hukuk Dergisi, Sayı:9, Yıl: 2007-Kış, s. 273-296

Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75) Ders Kitabı, Haziran 2010.

Zafer, Hamide, Faile Yardım Suçu Ve Müdafin Bu Suçtan Sorumluluğu, İstanbul 2004.

Zafer, Hamide/Güller, Nimet, “Lahey Daimi Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yapısı, Yetki Alanı ve Muhakeme Usulü”, Uğur Alacakaptan'a Armağan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 207, Cilt: 1, İstanbul 2008, s. 739-758

İNTERNET ERİŞİMİ

<http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Gorus/Kanunlar/sucmagdur.pdf>

<http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/home.jsp>

<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/>

<http://www.tdkterim.gov.tr/>

<http://www.resmigazete.gov.tr/default.aspx>