

T.C.
KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

CEZA HUKUKUNDA ŞİKAYET

Yüksek Lisans Tezi

Hazırlayan

Sibel Can

Danışman

Doç. Dr. Mustafa Özen

Haziran-2016

Kırıkkale

ÖNSÖZ

Öncelikle tez konumu seçerken fikirlerimi göz önünde bulundurup, gerek konunun belirlenmesi gerek çalışmanın planlanması ve yürütülmesinde engin bilgi ve desteğini esirgemeyen sayın hocam Doç. Dr. Mustafa Özen'e, çalışmanın her aşamasında yanımda olan, yönlendirme ve bilgilendirmeleriyle çalışmanın bilimsel bir temele kavuşmasını sağlayan Dr. Uğur Ersoy'a ve değerli kürsü arkadaşlarıma sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

Sibel Can

Kırıkkale-2016



ÖZ

Can, Sibel, "Ceza Hukukunda Şikayet", Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2016.

Bu çalışma, ceza ve ceza muhakemesi hukukunda şikayet kurumunun yerinin, öneminin, niteliklerinin ve usulünün belirlenmesi amacıyla yapılmıştır. Bu nedenle ceza hukuku alanında yazılmış olan gerek kitap gerekse süreli yayınlar ve tezlere ulaşmak amacıyla kütüphane araştırması yapılmış, Yargıtay kararlarına erişim için web siteleri ve Türk Ceza Kanunu şerhleri kullanılmıştır.

Çalışmada öncelikle şikayet kurumunun hukuki niteliğinin tartışılmış; kurumun ceza yargılaması açısından gerekli olup olmadığı, mevcudiyetinin amaca hizmet edip etmediği konularında fikir birliği bulunmadığı ve takibi şikayete bağlı bir suçun icrası halinde hak sahibinin şikayeti bulunmaksızın bu suça ilişkin soruşturma ve kovuşturma yapılamayacağı ortaya konulmuştur.

Yapılan çalışma sonucunda şikayet kurumun ceza muhakemesi şartlarıyla arasındaki ilişki belirlenmiş, şikayet hakkına sahip olan kişi veya kişilerin kim olduklarına, şikayet süresine ve usulüne dair bazı hususlar ile şikayetten vazgeçme ve sonuçları gibi pek çok noktaya ilişkin tespitler yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Şikayet, Takibi Şikayete Bağlı Suç, Muhakeme Şartı, Soruşturma ve Kovuşturma.

ABSTRACT

Can, Sibel, "Complaint in Criminal Law", LLM Dissertation, Kırıkkale, 2016.

This study carried out in order to determine the location of the institution of the complaint in criminal and criminal procedure law, the importance of, its characters, and procedure. Therefore, was made library research in order to achieve books, periodical and thesis, which written field of criminal law, was used website and the Turkish Penal Code Commentary for reach the Supreme Court decision.

Firstly, in study was indicated that the legal nature of institution of the complaint is controversial; have been put forward whether it is necessary for criminal proceedings, the absence of consensus about whether the purpose of the presence serve to its aim and can not be done investigation and prosecution without the complaint of the rights owner if a crime that tracking is related to complaint, is committed.

As a result of the study, was determined the relationship between institution of complaint and terms of Criminal Procedure, has been proved on many points as to who are the person or persons have the right to complain, some considerations about the procedure and duration of complaints and give up complaining and results of its.

Key Words: Complaint, The Crime That Tracking is Related to Complaint, Judgement Conditions Investigation and Prosecution.

KISALTMALAR DİZİNİ

Any	: Anayasa
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
bkz	: Bakınız
bs	: Bası
C	: Cilt
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
DÜ	: Dokuz Eylül Üniversitesi
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.T	: Erişim Tarihi
ETCK	: Eski Türk Ceza Kanunu
İİK	: İcra İflas Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
m	: Madde
PVSK	: Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu
S	: Sayı
s	: Sayfa
StGB	: Strafgesetzbuch
StPO	: Strafprozeßordnung
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği

TDK : Türk Dil Kurumu
TMK : Türk Medeni Kanunu
TCK : Türk Ceza Kanunu
vd. : ve devamı
Y : Yıl



İÇİNDEKİLER

Sayfa

TEZ ONAY SAYFASI	
KİŞİSEL KABUL SAYFASI	
ÖZET	II
ABSTRACT	III
KISALTMALAR CETVELİ	IV
İÇİNDEKİLER	VI
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL HATLARIYLA ŞİKAYET KURUMU

I. KAVRAM	2
II. TAKİBİ ŞİKAYETE BAĞLI SUÇ KAVRAMI	3
III. KAVRAMSAL GELİŞİM VE SUÇLARIN TAKİBİNİN ŞİKAYETE BAĞLANMASININ NEDENLERİ	4
A- MASLAHATA UYGUNLUK İLKESİNDEN KAMU DAVASININ MECBURİLİĞİ İLKESİNE GEÇİŞ	4
B- ŞİKAYETİN VARLIK GAYESİ.....	8
IV. ŞİKAYET KURUMUNUN LEHİNE VE ALEYHİNE İLİŞKİN OLAN GÖRÜŞLER.....	10
A- ALEYHİNDE OLAN GÖRÜŞLER	10
B- LEHİNE OLAN GÖRÜŞLER	11
C- ARA DEĞERLENDİRME	12

V. ŞİKAYET KURUMUNUN MEVZUATIMIZDAKİ YERİ.....	12
A-1982 ANAYASASI'NDA YER ALAN DÜZENLEMELER	12
B-ŞİKAYETİN YER ALDIĞI DİĞER KAYNAKLAR	14
C-ŞİKAYETİN TASNİFİ	15
VI. ŞİKAYETİN HUKUKİ NİTELİĞİ	16
A-ŞİKAYETİ CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU KURUMU OLARAK KABUL EDEN GÖRÜŞ.....	16
1. Terim Sorunu	17
2. Genel Olarak Muhakeme Şartları.....	18
3. Muhakeme Şartlarının Türleri	19
4. Muhakeme Şartlarının Sonuçları.....	20
B-ŞİKAYETİ MADDİ CEZA HUKUKU KURUMU OLARAK KABUL EDEN GÖRÜŞ	22
1. Genel Olarak Objektif Cezalandırılabilme Şartları	23
2. Objektif Cezalandırılabilme Şartı Sayılmasının Sonucu.....	25
C-MUHAKEME ŞARTLARI İLE OBJEKTİF CEZALANDIRILABİLME ŞARTLARININ FARKLARI	26
D-ŞİKAYETİN AİT OLDUĞU KURUM HAKKINDA DEĞERLENDİRME	28

İKİNCİ BÖLÜM

ŞİKAYET HAKKI, HAKKIN KULLANIMI, ŞİKAYETTEN FERAGAT VE ŞİKAYETTEN VAZGEÇME KURUMLARI

I. ŞİKAYET HAKKI VE ŞİKAYETİN NİTELİKLERİ	32
A- ŞİKAYET HAKKI SAHİBİ	34
1. Mağdur ve Suçtan Zarar Gören Kavramları.....	35
2. Şikayet Hakkını Kullanma Ehliyeti	38
a. Gerçek Kişiler Bakımından.....	38
b. Tüzel Kişiler Bakımından	42
B-ŞİKAYET SÜRESİ.....	43
1. Şikayet Süresinin Hukuki Mahiyeti	43
2. Şikayet Süresinin Doğum Anı.....	44
a. Fiilin Bilinmesi veya Öğrenilmesi	46
b. Failin Bilinmesi veya Öğrenilmesi	48
C- ŞİKAYETİN NİTELİKLERİ.....	49
1. Şikayetin Fiile İlişkin Oluşu	49
2. Şikayete İlişkin Fiilin Nitelendirilişinin Önemli Olmayışı	50
3. Şikayetin Bölünmezliği Kuralı.....	51
4. Suçun Şikayete Bağlı Olduğunun Kanunda Açıkça Gösterilmesi Gerekliliği	53
D- ŞİKAYET HAKKININ KULLANILMA USULÜ	54
1. Şikayetin Şekli	54
2. Şikayetin Yapılacağı Makam	56

II. ŞİKAYET HAKKINDAN FERAGAT VE ŞİKAYETTEN VAZGEÇME	58
A-TERMİNOLOJİ SORUNU	58
1. Şikayet Hakkından Feragat	59
2. Şikayetten Vazgeçme	60
B-ŞİKAYETTEN VAZGEÇMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE KURUMUN ELEŞTİRİSİ.....	61
C- FERAGAT VE ŞİKAYETTEN VAZGEÇME EHLİYETİ	63
1. Gerçek Kişiler Bakımından.....	63
2. Tüzel Kişiler Bakımından	68
D-ŞİKAYETTEN FERAGAT VE VAZGEÇMENİN ŞEKLİ	68
E- ŞİKAYETTEN FERAGAT VE VAZGEÇMENİN ZAMANI.....	71
F- ŞİKAYETTEN FERAGAT VE VAZGEÇMENİN KABULÜ	74
G-BÖLÜNMEZLİK İLKESİ.....	79
H-ŞİKAYETTEN FERAGAT VE VAZGEÇMENİN ŞARTA BAĞLANMASI	80
J- ŞİKAYETTEN FERAGAT VE VAZGEÇMENİN SONUÇLARI	82
1. Hakkın Sona Ermesi.....	82
2. Kamu Davasının Sona Ermesi	83
3. Müsadere ve Adli Para Cezasına Etkisi	85
4. Şahsi Haklara Etkisi	86
5. Katılan Sıfatına Etkisi	86

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ŞİKAYET VE DİĞER BAZI CEZA HUKUKU KURUMLARI ARASINDAKİ İLİŞKİ

I. RIZA VE ŞİKAYET	88
A- RIZA KAVRAMI	88
B- RIZANIN HUKUKİ NİTELİĞİ	89
C- RIZA VE ŞİKAYETİN BİRLİKTE BULUNMASI	90
1. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu Açısından Şikayet	91
2. Çocuğun Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu Açısından Şikayet	95
II. UZLAŞMA VE ŞİKAYET	96
A- GENEL HATLARIYLA UZLAŞMA KURUMU	96
B- UZLAŞMAYA TABİ SUÇLAR VE UZLAŞMANIN UYGULANMASI ..	97
C- UZLAŞMA VE ŞİKAYETİN GERİ ALINMASI	99
III. İHBAR VE ŞİKAYET	101
III. ŞİKAYETİN BENZER MUHAKEME ŞARTLARIYLA İLİŞKİSİ	104
A- ŞİKAYET VE TALEP	104
B- ŞİKAYET VE İZİN	105
C- ŞİKAYET VE MÜRACAAT	107
SONUÇ	
KAYNAKÇA	

GİRİŞ

Suç teşkil eden fiiller sosyal düzeni bozan ve bireylerin haklarını ihlal eden fiiller olması sebebiyle, hukuk düzeniyle koruma altına alınmış değerlere karşı bir zarar veya tehlikenin söz konusu olduğu durumlarda kural olarak yargılama makamı kendiliğinden harekete geçer. Çünkü devletin asli görevlerden biri de yargı organı aracılığıyla toplumsal ve bireysel menfaatleri korumak, düzeni bozucu nitelikteki fiilleri cezalandırıp, toplumsal adaleti temin etmektir. Ancak kimi durumlarda çeşitli gerekçelerle yargılama makamının doğrudan doğruya harekete geçme kuralına istisna getirilmiş ve soruşturma ve kovuşturma fonksiyonunun icrası bazı şartlara bağlanmıştır. Bu şartlardan belki de en önemlisi şikayet kurumudur.

Şikayet hakkı Anayasada güvence altına alınmış haklardan olup, bir kamu hukuku yetkisidir. Dolayısıyla bir suçun işlendiği iddiasıyla şikayette bulunan kişi, hakkını kullandığı için hukuka uygun bir zeminde hareket etmektedir.

Şikayet kurumunun niteliği hususunda pek çok tartışma yapılmıştır. Şikayetin bir soruşturma ve kovuşturma koşulu olması ve bulunmaması halinde muhakemenin gerçekleşmesine engel olması sebebiyle biz, şikayetin bir muhakeme şartı olduğu fikrine katılmış bulunmaktayız. Bu sebeple çalışmamızda şikayet ile ilgili diğer sorunların çözümünde, şikayet kurumunu bir muhakeme şartı olarak değerlendirerek sonuca varmaya çalıştık.

Şikayet kurumu hakkında diğer tartışmalı olan önemli hususlardan bazıları; şikayet hakkının kime ait olduğu, hakkın kullanılacağı süre, hakkın kullanılma usulü, bu haktan feragat etme veya yapılmış olan şikayetten vazgeçmedir. Bu noktalarda ileri sürülen görüşleri ve ayrıca bunlarla bağlantılı diğer konular ile kendi görüşlerimizi çalışmanın ilerleyen bölümlerinde izah etmeye çalıştık.

Çalışmamızın ilk bölümünde şikayet kurumunu genel hatlarıyla inceleyip, onun bir muhakeme şartı mı yoksa maddi ceza hukuku kurumu mu olduğunun tespitine ilişkin bilgilere yer verdik. İkinci bölümde şikayet hakkının niteliğine, şikayete tabi suçların özelliklerine, bu hakkın sahibine, hakkın kullanılma usulüne değinip, üçüncü bölümde şikayet kurumuyla diğer bazı ceza hukuku kurumlarını karşılaştırmalı olarak incelemeye çalıştık.

I.BÖLÜM

GENEL HATLARIYLA ŞİKAYET KURUMU

I. KAVRAM

Şikayet kavramıyla ilgili öğretide pek çok görüş bulunmakla birlikte üzerinde ittifaka varılan bir tanım bulunmamaktadır. Özgenç'e göre; şikayet, mağdur veya suçtan zarar görenin yetkili mercie başvurarak, suç teşkil eden fiil dolayısıyla soruşturma¹ ve kovuşturma² yapılması yönündeki iradesini açıklamasıdır³. Centel/Zafer'e göre; şikayet, suçtan zarar görenin ceza soruşturması yapılmasında sakınca görmediğini ve failin cezalandırılmasını istediğini belirtmesidir⁴. Yenisey/Nuhoğlu'na göre; belli suçlardan zarar görenlerin, ceza soruşturması ve kovuşturması yapılmasının sağlanması için kanunla konulmuş olan bir engeli kaldırma işlemine şikayet denir⁵. Hakeri'ye göre; şikayet, suçtan zarar gören kimsenin kovuşturulması şikayete bağlı suçlarda ilgili makamlara suçun kovuşturulması iradesini bildirmesidir⁶. Demirbaş'a göre; şikayet, suç kurbanının iradesinin kovuşturma için beklenmesidir⁷. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe'ye göre; soruşturması ve kovuşturması şikayete bağlı bir fiilden zarar gören kişinin, yetkili makamlardan bu fiil hakkında kovuşturma yapılmasını istemesine şikayet denir⁸. Artuk/Gökçen/Yenidünya'ya göre; bir muhakeme şartı olan şikayet, suçtan zarar görenin soruşturma ve kovuşturma yapılmasını istemesidir⁹.

Bahsi geçen tanımlar göz önüne alındığında ortaya çıkan sonuca göre, yazarlar çoğunlukla "*şikayetin bir soruşturma veya kovuşturma şartı veya soruşturma ve kovuşturma şartı olup olmaması*" ve "*şikayet hakkının tanındığı*"

¹ Ceza Muhakemesi Kanunu madde 2'ye göre; "*Soruşturma: Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi ifade eder*".

² CMK m.2'ye göre; "*Kovuşturma: İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade eder*".

³ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. bs., Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s.562.

⁴ Nur Centel, Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s.590.

⁵ Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları İstanbul, 2014, s.391.

⁶ Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s.119.

⁷ Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. bs., Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s.236.

⁸ Veli Özer Özbek v.d., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. bs., Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 133.

⁹ M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 569.

kişilerin kimler olduğu" hususlarını temel almışlardır. Türk Ceza Kanunu madde 73'te geçen "*soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlar*" ile CMK m. 234 ve m. 237'te geçen "*mağdur, suçtan zarar gören, şikayetçi*" terimlerinden yola çıkarak, şikayeti, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suç veya suçların icra edilmesi dolayısıyla suçtan zarar görenin kanunda belirtilen süre içerisinde ve yine kanunda belirtilen usule uygun olarak yetkili makamlara ilgili suçun soruşturulması ve kovuşturulması için talepte bulunması şeklinde tanımlayabiliriz.

II. TAKİBİ ŞİKAYETE BAĞLI SUÇ KAVRAMI

Takibi şikayete bağlı suç kavramına geçmeden önce suç ve haksızlık kavramlarını açıklamak yerinde olacaktır. Günümüzde hakim olan öğretiye göre haksızlık, duyularla yönlendirilmiş istemli davranışla ortaya çıkan ve kişiye mal edilebilen, hukuka aykırı suç tipinin gerçekleştiriliş şeklidir¹⁰. Diğer bir tanıma göre haksızlık, ister genel irade ister özel irade tarafından ortaya konulmuş olsun, vazedilmiş hukukun inkarı anlamına gelen bir olgudur. Bu anlamda ceza hukuku haksızlığı, medeni hukuk haksızlığından farklıdır. Hukuk ile çelişki içinde bulunmayı ifade eden haksızlığın ilk biçimi olan medeni hukuk haksızlığı, sadece görece genel iradenin ihlalini yani yalın bir haksızlığı (=unbefangenes Unrecht) ifade eder¹¹.

Ceza hukuku haksızlığında fail, haksızlığı istemektedir. Medeni hukuk haksızlığında fail, genel hukuka saygı göstermekte ancak kişilerin özel iradelerini ihlal etmektedir. Ceza hukuku haksızlığında ise fail, hem özel hem de genel iradeyi ihlal etmekte ve kendi iradesini onun yerine kaim kılmak istemektedir¹².

Suç teşkil eden fiiller her şeyden önce emir ve yasaklardan oluşan davranış normlarının öngördüğü yükümlülöklere aykırılık teşkil eden ve bu sebeple haksızlık oluşturan insan davranışlarıdır. Dolayısıyla suç, haksızlık teşkil eden bir fiil olmakla birlikte, her haksızlık suç değildir¹³. Ceza hukuku haksızlığı olan suç, kişinin özgür iradesine yönelmiş "*zor kuvvetidir*". Fail tarafından irad edilen bu zor kuvveti,

¹⁰ Arđnt Sınn, "Haksızlık ve Kusur Arasındaki Ayrımın Anlamı Üzerine" in *Alman Ceza Hukuku Açısından TCK'nın Kusur İlkesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 81.

¹¹ Mehmet Cemil Ozansü, *Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 25.

¹² Ozansü, s. 27.

¹³ Mahmut Koca, İlhan Üzölmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8.bs., Ankara, 2015, s. 76.

kişinin nesneler üzerine aktarmış olduğu iradesi olabileceği gibi, kişinin kendi cinsine karşı da vuku bulabilir. Dolayısıyla suç teşkil eden fiilin işlenmesiyle ortaya çıkan bu zor kuvveti, hukukun temelini reddeden bir haksızlık biçimidir¹⁴.

Sosyal düzeni bozan ve bireylerin haklarını ihlal eden haksızlık niteliğindeki fiiller topluma zarar vermeleri sebebiyle yaptırım altına alınmaktadır¹⁵. Bu noktada ceza hukuku, esasında haksızlık teşkil eden bu fiillerden hangilerinin suç olarak tanımlanması gerektiğini ve bu davranışların hangi koşullar altında işlenmesi halinde suç teşkil edeceğini belirlemektedir. Bu belirlemede ise izlenen suç ve ceza siyaseti etkileyici olmaktadır¹⁶.

Bir fiilin hangi koşullar altında suç sayılacağı kanuni olarak tespit edildikten sonra yine kanunda belirlenmiş olan cezanın tatbik edilebilmesi için kanun koyucu bazı ek şartlar arayabilir. İşte şikayet de bu ek koşullardan birisidir. Somut olarak kanunda unsurları belirlenmiş suç icra edilmiş olmasına rağmen kanun koyucu bu suç hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasını daha sonra üzerinde ayrıntılı şekilde duracağımız gerekçelerle şikayet şartına bağlayabilmektedir. Bu noktada karşımıza çıkan "*şikayete bağlı suç*" kavramı, şikayet iradesi ortaya konulmadıkça soruşturması ve kovuşturması yapılamayacak ve dolayısıyla fail hakkında herhangi bir cezaya hükmedilemeyecek bir kurumu belirtmektedir.

III. KAVRAMSAL GELİŞİM VE SUÇLARIN TAKİBİNİN ŞİKAYETE BAĞLANMASININ NEDENLERİ

A. MASLAHATA UYGUNLUK İLKESİNDEN KAMU DAVASININ MECBURİLİĞİ İLKESİNE GEÇİŞ

Suç teşkil eden fiiller sadece bireysel olarak kişilere zarar veren değil, aynı zamanda toplumsal barışı ve huzuru tehdit eden veya bozan fiillerdir. Kişilere zarar veren fiili icra eden şahsın cezalandırılması tarihsel süreç içerisinde değişikliğe uğramış ve bireysel ölçüm yönteminden cezalandırmanın devletin tekeline geçtiği

¹⁴ Uğur Ersoy, *Ceza Hukukunda Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 27.

¹⁵ Süreyya Kısık, *Bir Kovuşturma Şartı Olarak Şikayet*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1992, s. 1.

¹⁶ Özgenç, s. 33.

döneme gelinmiştir¹⁷. Ceza müeyyidesinin kurumsallaştırılması, kanun önünde eşitlik ilkesi gereğince suçların üstün ve tarafsız bir kamu otoritesi tarafından bastırılmasını zorunlu kılmıştır¹⁸. Devletler cezalandırma yetkisini ellerine almasıyla, kamusal açıdan sorun oluşturan bu fiillerin nasıl soruşturulup kovuşturulacağına ilişkin farklı sistemler benimsemişlerdir¹⁹. Bu sistemler ülkelere göre değişiklik göstermekle beraber aynı ülkenin farklı dönemlerde uyguladığı yasalarda dahi farklı kabuller ortaya çıkmıştır. Nitekim bizim hukuk sistemimizde de 1412 Sayılı mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile 5271 Sayılı CMK'nın konuya bakış açıları da farklıdır.

Ceza muhakemesi hukukunda kovuşturma mecburiyeti ilkesinin karşısı maslahata uygunluk ilkesidir. Hukuki olarak bakıldığında maslahat, kamu yararı anlamına gelmektedir. Dava açmada mecburiyeti değil, kamu yararını kabul eden bu sistemde her dava için maslahata uygunluk olarak tabir edilen "lüzum" şartı aranmaktadır²⁰. Mecburilik ilkesinin aksine maslahata uygunluk ilkesi kabul edildiği takdirde, yetkili makamlar gerekli soruşturmayı yaptıktan sonra ayrıca dava açmada kamu yararı bulunup bulunmadığını araştıracaktır²¹.

1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda sınırlı da olsa maslahata uygunluk ilkesi yer almaktaydı. CMUK m. 344'te sınırlı sayıda belirtilen suçlarda suçtan zarar görene şahsi dava açma hakkı tanınmaktaydı²². Şahsi dava, suçtan zarar

¹⁷ Devrim Güngör, *5237 ve 5271 Sayılı Kanunlar Işığında Şikayet Kurumu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s.18.

¹⁸ Zeki Hafizoğulları, Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2014, s.527.

¹⁹ Mustafa Özen, "Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi", *Ankara Barosu Dergisi*, S:3, Y:2009, s. 18.

²⁰ Hüsamettin Uğur, "Ceza Muhakemesinde Kovuşturma Mecburiyeti İlkesinden Maslahata Uygunluk İlkesine", *TBB Dergisi*, S:73, Y:2007, s. 258.

²¹ Erdoğan Demirtaş, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Muhakeme Şartı Olarak Şikayet*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2008, s. 6.

²² CMUK m.344'e göre; "Aşağıda yazılı hallerde önce Cumhuriyet Müddeiumumisinin iştirakini tahrike hacet olmaksızın zarar gören kimse şahsi dava açmak suretiyle suçu doğrudan doğruya takip edebilir:

1 - Ceza Kanununun 191 inci maddesinin son fıkrasında yazılı tehdit.

2 - Ceza Kanununun 193 üncü maddesinin birinci fıkrasında yazılı haneye taarruz.

3 - Ceza Kanununun 195 ve 197 nci maddelerinde yazılı gayrin sırrını ifşa.

4 - Ceza Kanununun 456 ncı maddesinin son fıkrasında ve 459 uncu maddesinin bir numarasında yazılı müessir fiiller.

5 - (Değişik bent: 11/05/1988 - 3445/16. md.) Ceza Kanununun 480 ve 482 nci maddelerinde yazılı hakaret ve sövme.

6 - Ceza Kanununun 516 ncı maddesinin birinci fıkrasında ve 518 inci maddesinde yazılı izar ve tahrip.

7 - Ticaret Kanununun 64 ve 65 inci maddelerinde yazılı gayri kanuni rekabet.

görenin doğrudan doğruya mahkemeye müracaatıyla açtığı ceza davasıdır. İstisnai olarak bu davada iddia makamını savcılık değil, kişiler oluşturmaktaydı. CMUK m. 344'te sayılan suçlardan dolayı da kamu davası açılabilmekteydi. Dolayısıyla önce kamu davası açılmışsa artık şahsi dava açılamamaktaydı. Cumhuriyet savcısı da daha sonra açılmış bir şahsi davaya katılabilmekteydi. Böylece dava kamu davası mahiyetini almaktaydı²³. Şahsi davacı savcının tüm yetkilerine sahipti²⁴.

5271 Sayılı CMK şahsi davayı kaldırmış ve bütün suçların takibini Cumhuriyet savcısının yetkisine bırakmıştır. 5320 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulanma Şekli Hakkında Kanun m. 9'a göre; "*Özel kanunlarda öngörülen şahsî davalar kamu davasına dönüşür. Hâlen şahsî dava usulüne göre yürütülen davalar da kamu davası olarak sürdürülür. Şahsî davacılar, katılan sıfatını alırlar. Bu davalar hakkında, 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Ceza Muhakemesi Kanununun uzlaşmaya ilişkin hükümleri uygulanır*". Bu düzenlemelerle maslahata uygunluk ilkesinin artık uygulanma alanı kalmamıştır. Bugün yürürlükte olan kanunda kabul edilen sistem "*kamu davasının mecburiliği*" sistemidir.

Kamu davasının mecburiliği, Ceza Muhakemesi Hukuku'nun en temel prensiplerinden birisidir²⁵. CMK m. 160/1'e göre; "*Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar*". Bu madde kamu davasının mecburiliği ilkesinin ilk adımı olan "*soruşturma mecburiyeti*" kısmını oluşturur. Bu zorunluluk neticesinde yetkili makamın kamu davası açmaya yer olup olmadığına karar vermek için, şüphenin ciddi olup olmadığını tespit etmesi, fiili ve faili belirlemesi, suça yönelik delil teşkil edecek olay ve emareleri bulması, dava şartlarının varlığını incelemesi lazım gelir²⁶. Araştırma mecburiyeti ilkesi hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Nitekim

8 - *Hususi nizamlar ve kanunlarda yazılı edebi ve sınai mülkiyetlere ve güzel sanatlar mülkiyetine mütaallik suçlar*".

²³ Tamer Önder, "Şahsi Dava", *Ankara Barosu Dergisi*, S:4, Y:1988, s.571-572.

²⁴ Nurullah Kunter, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemeleri Hukuku*, 7. bs., Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 1989, s. 237.

²⁵ Suçları soruşturma ve kovuşturma konusunda devletin tekel yetkisi olup, yalnızca devlete ve topluma karşı işlenen suçlarda değil, kural olarak kişilere karşı işlenen suçlarda da devletin yetkili organları kendiliğinden harekete geçer. bkz. Bahri Öztürk, *Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, 2013, s. 32.

²⁶ Demirtaş, s. 5.

soruşturmanın sadece yetkili makamların takdirine bırakılması, suçların örtbas edilmesinin önünü açabilecek ve bireylere sağlanan güvence kalkmış olacaktır²⁷.

Soruşturma mecburiyetinden sonra ikinci aşama olan *"kamu davasını açma mecburiyeti ilkesi"* gelir²⁸. CMK m. 170'e göre; *"Kamu davasını açma görevi, Cumhuriyet savcısı tarafından yerine getirilir. Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler"*. Maddeden anlaşılacağı üzere, soruşturma mecburiyeti üzerine yapılan araştırma sonucu, fiilin fail tarafından işlenmiş olabileceği yönünde yeterli şüphe oluşmuşsa, yetkili Cumhuriyet savcısı dava açmak mecburiyetindedir.

Son olarak kamu davasının mecburiliği ilkesinin üçüncü aşamasını *"kamu davasını yürütme mecburiyeti ilkesi"* oluşturur. Bu ilke yetkili makamlar tarafından açılan kamu davasının, yargılama sonuçlanıncaya kadar savcılıkça yürütülmesini ifade eder²⁹.

5217 Sayılı CMK'nın kabul ettiği *"kamu davasının mecburiliği"* ilkesi mutlak şekilde uygulanmamaktadır. Zira CMK m. 171 ile bu kurala istisna getirilmiş, Cumhuriyet savcısına kamu davası açmada takdir yetkisi tanınmıştır. Buna göre; *"cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilir"* ve *"Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmaması hususunda takdir yetkisini kullandığı hâllerde bu kararına itiraz edilemez"* (CMK m. 173/5). CMK m. 171 ile getirilen diğer bir istisna ise, *"Cumhuriyet savcısı, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olup, üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen, kamu davasının açılmasının beş yıl süreyle ertelenmesine karar verebilir"* hükmüdür. Buna göre Cumhuriyet savcısı ilgili maddede bulunan diğer şartların da varlığı halinde soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar açısından yeterli şüphe bulunsa bile takdir hakkını kullanabilecektir.

²⁷ Özbek v.d., (Muhakeme), s. 226.

²⁸ Uğur, s. 257.

²⁹ Bahri Öztürk, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti(Hazırlık Soruşturması)**, DÜ Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, Ankara, 1991, s. 49.

B. ŞİKAYETİN VARLIK GAYESİ

Suçlar kamu düzenini ihlal ettiklerinden re'sen (ex officio) soruşturmaya ve kovuşturmaya tabidirler³⁰. Diğer bir ifadeyle, bir suç dolayısıyla soruşturma ve kovuşturma, kural olarak, mağdurun veya suçtan zarar görenin iradesine bakılmaksızın, kamu adına re'sen yapılır³¹. Ancak bazı suçlar dolayısıyla soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için kanun, yetkili kişilerin şikayette bulunması zorunluluğunu getirmiştir. Bu zorunluluğun sebeplerini şu şekilde açıklayabiliriz;

- Daha önce de belirttiğimiz gibi Ceza Muhakemesi Kanunu geniş ölçüde *"kamu davasının mecburiliği"* ilkesini kabul etmiştir. Klasik ceza muhakemesi anlayışı, muhakemenin kamusal olması sebebiyle, işlenmiş olan bir suçun muhakemesinin yapılıp yapılmaması konusunda mağdur veya failin irade açıklamasının kural olarak sonuç doğurmayacağını kabul etmekteydi. Ancak işlenen suçların artması ile kamu davasının mecburiliği prensibine dayanan klasik muhakeme usulü uygulanamaz hale gelmiş ve zamanla tarafların iradelerine değer vermeye başlamıştır. Bu prensibi esnek hale getirmek için kullanılan ilk araç, *"şikayet"* kurumu olmuştur. Somut bir olayda kovuşturma yapmak, kamuya karşı işlenen suçtan daha büyük bir zarar verecek ise, o olayda kamu davası açmamak toplumun daha yararına olur. Bu durumda muhakeme yapılmasını zorlaştıracak, şikayet gibi şartlar aranma yoluna gidilmiştir³².
- Şikayetin gayesi başlangıçta, sanığın cezalandırılmasının isteyip istemediğini suçtan zarar görene sormak iken, daha sonra cezalandırmanın devletin görevi olduğu düşüncesiyle bu amacın yerini *"suçtan zarar göreni korumak"* almıştır³³. Nitekim cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar gibi kişiyi sıkı şekilde ilgilendiren suçlarda davanın re'sen açılması, olayın daha fazla kimse tarafından duyulmasına ve mağdurun çevresine karşı onurunun daha fazla zedelenmesine neden olabilir³⁴. Böyle suçlarda elbette ki işlenen suç, diğer

³⁰ Zekeriya Yılmaz, *Ceza Hukukumuzda Şikayet*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 5; Bahri Öztürk v.d., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. bs., Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 46.

³¹ Özgenç, s. 562.

³² Feridun Yenisey, "Ceza Muhakemesi Süjelerinin İradelerinin Ceza Muhakemesinin Yürüyüşüne Etkisi Sorunu", in *Prof.Dr. Nur Centel'e Armağan*, s. 454-455.

³³ Kısık, s. 20; Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, "Yazılı Başvuru Şartının Hukuki Niteliği", *Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi*, S: 101-102, Y:2013, s. 98.

³⁴ Mustafa Albayrak, "Şikayete Tabi Suçların Özellikleri ve Bu Suçlara Bağlanan Hukuki Sonuçlar", *TBB Dergisi*, S: 77, Y: 2008, s. 281.

suçlar gibi toplum düzenini bozacak mahiyette ve cezalandırılması önem arz etmektedir. Ancak kamunun suçu takipteki menfaati ile suçtan zarar görenin suçun takip edilmesi hususundaki menfaati çatıştığında, suçtan zarar görene rağmen fiilin takip edilmesi kabul edilemez. Suçtan zarar görenin ek zarara uğramamasındaki toplumsal fayda, suçlunun cezalandırılmasındaki toplumsal faydadan üstündür³⁵.

- Suçların soruşturulması ve kovuşturulmasının şikayete bağlanmasına gösterilen gerekçelerden bir diğeri de suçların kamu düzenini ihlalde gösterdikleri derece farklılıklarıdır. Neticede her suç kamu düzenini eşit şekilde ihlal etmemektedir. Haksızlık içeriği kamu adına re'sen soruşturma ve kovuşturma yapılmasını gerektirmeyecek kadar az olan fiillerin, kamu yararı bulunmaması nedeniyle suçtan zarar görenin şikayetine bağlı olmasının yerinde olacağı kabul edilmiştir³⁶. Örneğin, TCK m. 11/2 gereği yabancı ülkede işlenen suçun aşağı sınırı bir yıldan az hapis cezasını gerektiriyorsa kovuşturma yapılması şikayete bağlı tutulmuştur³⁷.
- Bir suçun faili ile mağduru arasındaki yakınlık da şikayet kurumunun kabul edilmesinin gerekçeleri arasında sayılmıştır. Bu yolla kanun koyucu bazı suçların soruşturulması ve kovuşturulmasını şikayete bağlayarak, uyuşmazlığın aile içerisinde çözülmesine imkan sağlamıştır³⁸.
- Alimena nazariyesine göre, bazı suç sayılan fiillerin yasak olmayan fiillere benzerlik göstermesi, bu suçların takibinin şikayete bağlanmasını gerektirmiştir. Örneğin, bir kapıyı söküp çıkarmak bazen suç, bazen malikin isteğiyle yapılan bir onarımdır. Bu gibi sık sık tekrarlanan fiiller hakkında soruşturma ve kovuşturmanın re'sen yapılmasının kabul edilmesi, hayatın olağan akışını içinden çıkılamayacak derecede zorlaştırır³⁹.

³⁵ Öztekin Tosun, "Evveliden Zinaya Muvafakat Ettiğini Beyan Eden Eş, Sonradan Şikayet Ederek Tatbikat Yaptırabilir mi?", *Ankara Barosu Dergisi*, S: 1, Y: 1955, s. 616; Sedat Bakıcı, *5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 1558; Bugün her suçtan toplumun zarar gördüğü kabul edilmektedir. Ancak bireyin suçtan gördüğü zarar muhakeme yüzünden artırılmamalıdır. Şikayet şartı ancak bu suretle haklı olarak izah olunabilir. bkz., Yenisey/Nuhoğlu, s. 394.

³⁶ Koca/Üzülmüş, s.357.

³⁷ Kayıhan İçel v.d., *Suç Teorisi*, Sebat Mümessillik Yayıncılık, İstanbul, 1999, s. 37.

³⁸ Yılmaz, (Şikayet), s.7.

³⁹ Faruk Erem, Ahmet Danışman, Emin Artuk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. bs., Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s. 194.

IV. ŞİKAYET KURUMUNUN LEHİNE VE ALEYHİNE İLİŞKİN OLAN GÖRÜŞLER

A. ALEYHİNDE OLAN GÖRÜŞLER

Ceza muhakemesi sisteminde kural re'sen soruşturma ve kovuşturma olmakla birlikte kanun koyucu çeşitli gerekçelerle soruşturma ve kovuşturma için şikayet şartını aramıştır. Böyle bir şartın aranması birey iradesini ön plana çıkarmıştır. Oysa toplumsal barışı ve huzuru tehdit eden veya bozan fiiller, kamu yararı düşüncesiyle kanun koyucu tarafından bir ceza normu ile suç haline getirilip, yaptırıma bağlanmıştır. Çünkü her suç teşkil eden fiil, öncelikle doğrudan doğruya ihlal ettiği hakkın sahibine daha sonra tüm topluma zarar verir⁴⁰. Dolayısıyla suç teşkil eden bir fiil icra edildiğinde devletin üzerine düşeni yapması, bazı suçlarda ferdi iradeye af yetkisi tanımaması gerekir⁴¹. Şikayet kurumuyla birlikte devletin cezalandırmak, affetmek hak ve yetkileri bir nevi ihlal edilmektedir. Zira devlet, bu hakkı tüm toplum adına kullanır ve suçtan doğrudan zarar gören kişinin bu hakkı kullanmaması, toplumdaki diğer bireylerin cezalandırma hakkını ortadan kaldırmamalıdır⁴².

Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlarda muhakeme şikayete yetkili kişinin inisiyatifinde bulunduğundan, bu yetki hem fail hem suçtan zarar gören açısından kötüye kullanılabilir. Örneğin; suçtan zarar görenin korktuğu, tehdit veya şantaj yoluyla şikayet etmemesi için ikna edildiği durumlarda fail cezasız kalabilmektedir. Aynı şekilde suçtan zarar gören, bu hakkını kullanmamak karşılığında faile gayri ahlaki tekliflerde bulunup hukuk dışı pazarlığa zorlayabilmektedir⁴³.

Bilindiği gibi ceza muhakemesi hukuku kamu hukukunun bir dalı olup, ceza muhakemesi de kamusaldır. Şikayet kurumuyla cezalandırma yetkisinin bireylere bırakılması yukarıda zikrettiğimiz nedenlerle suçların cezasız kalmasına⁴⁴ yol

⁴⁰ Özen, s.18.

⁴¹ Kısık, s. 100; Benzer yönde bir fikre göre, mağdura şikayet hakkı tanınması, cezalandırma, ceza davası başlatma ve suçluyu affetme yetkilerine sahip olan devlete zarar vermektedir. Şikayet hakkını kullanma yetkisine sahip kişinin bu hakkı kullanmaması nedeniyle aynı suçu işeyen kişilerden bazıları cezasız kalmaktadır. Dolayısıyla şikayet tamamen kaldırılmalıdır. bkz. Güngör, s. 25'ten naklen, Giulio Battaglini, Sul Fondamento Guiridico della Querela Privata, Vallardi Editore, Milano, 1911, s. 4.

⁴² Erem/Danışman/Artuk, s. 194-195.

⁴³ Demirtaş, s. 21.

⁴⁴ Cezalandırmayla amaçlanan asıl değerler, bireysel hakların ve toplum düzeninin korunmasıdır. Modern toplumlarda cezalandırma sosyal düzeni sağlayıcı en önemli hukuksal araçtır.

açabilmektedir. Dolayısıyla cezadaki kesinlik esasının zaafa uğradığı bu hallerde ceza muhakemesi hukukunun özel hukuktan farkı kalmamaktadır⁴⁵.

B. LEHİNE OLAN GÖRÜŞLER

Şikayet kurumunun varlık gayesinde değinilen görüşler aslında şikayetin lehine olan görüşlerdir. Bunların başında suçtan zarar göreni korumak gelir. Zira her suç topluma zarar vermekle birlikte öncelikle suçun icrasıyla hakkı doğrudan ihlal edilen kişiye zarar verir ve bu suç ile ilgili soruşturma ve kovuşturma yapılması suçtan zarar görene ikinci bir zarar daha verebilir. Muhakemenin yapılmasıyla suçtan zarar görene verilebilecek ek zarar, suçlunun cezalandırılmasındaki toplumsal yarardan üstün olabileceği için şikayet kurumunun varlığı gereklidir⁴⁶.

İşlenen suçların sayısındaki artış yargının iş yükünü fazlasıyla artırmakta, bunun sonucu olarak kamu açısından son derece ehemmiyet arz eden davalar geç sonuçlanmakta veya özensiz kararlar çıkmaktadır. Daha önce de değindiğimiz gibi, yargılama makamının önüne gelen her fiil aynı derecede kamu düzenini ihlal etmez. Bu fiillerden haksızlık içeriği az olanların ve kovuşturulmasında etkin bir kamu yararı bulunmayanların, suçtan zarar görenin şikayeti olmadıkça takibinin yapılmaması daha yerinde bir uygulama olacaktır⁴⁷.

Bazı suçlar sık sık tekrarlanan meşru fiillere benzerler. Dolayısıyla meşru fiillere benzemekle aslında suç oluşturan fillerin diğerlerinden ayrılması şikayet kurumun kabulüyle mümkündür. Örneğin; eşler arasındaki cinsel ilişki bazen meşru bir fiil bazen suçtur. Aynı şekilde, kişiye bir sıfat isnat etmek bazen nasihat, bazen hakaret suçunu oluşturur. Bu şekilde çok sık tekrar edilen filler hakkında re'sen

Bu cezalandırmayla beraber, benzer suçların işlenmesi engellenmiş olacak ve suçu işleyen kişinin ıslahı sağlanıp tekrar topluma kazandırılmış olacaktır. Her kötülüğün mutlaka bir karşılığı bulunmalıdır anlayışından harekete çıkan kefaretti görüşe göre ise, cezalandırma, adalet idealine hizmet edecektir. bkz. Sururi Aktaş, "Cezalandırmanın Amacı Üzerine", *EÜHFD*, C. XIII, S. 1-2, Y. 2009, s. 24-25.

⁴⁵Sulhi Dönmezer, SahirErman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt III*, 12. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 1994, s. 297-298.

⁴⁶Kısık, s. 101.

⁴⁷Erem/Danışman/Artuk, s. 194.

soruşturma ve kovuşturma yapılması, kişiler açısından içinden çıkılamayacak bir durum oluşturur⁴⁸.

C. ARA DEĞERLENDİRME

Devletlerin suç teşkil eden fiilleri cezalandırılmasındaki amaç üzerine pek çok görüş ortaya konmuş ve bu husus her dönemde tartışılan bir konu olmuştur. Ancak, suçlar kamu düzenini korumak amacıyla ihdas edilen kuralların ihlali niteliğinde fiiller olması sebebiyle asıl amacın toplum düzenini korumak olduğu fikri büyük oranda kabul görmüştür. Ayrıca hak ve özgürlüklere sahip olan bireylerin sahip olduğu bu hakların korunması ve bireysel hakların ihlali halinde oluşan mağduriyetin devlet tarafından giderilmesi de cezalandırmayla amaçlanan diğer bir önemli husustur. Böylece cezalandırma tekeli elinde bulundurarak kişisel öç alma olgusunun hem topluma hem bireylere vereceği zararın önüne geçen devlet, adalet idesini gerçekleştirerek, bireylerde güven duygusu oluşturacak, toplum menfaatine hizmet edecektir. Bu açıdan bakıldığında kanunlarda suç olarak tanımlanmış bir fiilin icrası halinde devletin doğrudan harekete geçerek gerekli soruşturma ve kovuşturma işlemlerini yapması gerekmektedir. Ancak zaman içerisinde değişen ceza adalet sistemi içerisinde suçtan zarar görene de yer verilmesi anlayışı kabul görmüştür. Kanaatimizce bu yerinde bir uygulamadır. Zira, her suç kamu düzenini eşit derecede ihlal etmez ve bazı suçlar toplumsal düzenden ziyade bireyi ilgilendirir. Bireylerin özel yaşamlarıyla yakından ilgili olan ve kamu açısından çok da ehemmiyet arz etmeyen bir suçun, soruşturulması ve kovuşturulmasının bireyin şikayetine tabi tutulması, devletin cezalandırma yetkisinin suçtan zarar görene verildiği anlamına gelmez. Nitekim her şartta ve koşulda uyuşmazlığın devlet tarafından çözülmesi gerektiği anlayışı yerinde değildir. Hangi suçların takibinin şikayete bağlı olduğu kanunda açıkça belirtildiği ve bu konuda kıyasa yer verilmediği sürece keyfi uygulamalarla suçların cezasız kalmasının önüne geçilebilecek ve yargının iş yükünün azalmasıyla daha özenli muhakeme yapılabilecektir.

⁴⁸ Koca/Üzülmüş, s. 357; Demirtaş, s. 20-21.

V. ŞİKAYET KURUMUNUN MEVZUATIMIZDAKİ YERİ

A. 1982 ANAYASASI'NDA YER ALAN DÜZENLEMELER

1982 Anayasası'nın "*Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı*" başlıklı 74. maddesine göre; "*Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye 'de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir*". Bu madde ile düzenlenmiş olan dilekçe hakkı, bireylerin devlet yönetimine katılmalarını sağlamaları nedeniyle katılma hakları da denen siyasi haklardandır⁴⁹. Bu hak ile bireyler taleplerini resmi makamlara iletme olanağı elde ettikleri için kamusal ve sübjektif bir haktır⁵⁰.

Vatandaş ve belirli şartlarda yabancılar, idarenin herhangi bir tasarrufuna karşı dilekçe hakkını kullanıp, bu konudaki dilek ve şikayetlerini ilgili kuruma veya meclise bildirebilir⁵¹. Ancak burada dilekçe hakkıyla verilen şikayet hakkı, ceza hukuku anlamında şikayet kurumundan çok daha geniş kapsamlı olup, farklı konular da içermektedir⁵². Ancak inceleme konumuz olan şikayet, yargı mercilerinin görev alanına giren fiillerin icra edilmesi sonucunda bu fiillerin takibi için gerekli olan kurumdur.

Anayasa'nın "*hak arama hürriyeti*" başlıklı 36. maddesine göre; "*Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz*". İddia ve savunma hakkının temelini oluşturan bu madde, özellikle İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi dahil pek çok uluslararası metinde yer bulmuş olup, şikayet hakkının da dayanaklarından birisidir.

Bir hukuk devletinde yaşama hakkına sahip olan herkes, toplum barışını bozucu nitelik taşıması sebebiyle suç oluşturan fiillerin işlenmesinin önlenmesini ve

⁴⁹ Yılmaz,(Şikayet), s. 9.

⁵⁰ İzzet Özgenç, Cumhur Şahin, "İddia ve Savunma Hakkı", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 5, S: 1-2, Y:2001, s. 85.

⁵¹ Demirtaş, s. 4.

⁵² Yetkili makamlara başvuru, iç hukuk bakımından üç kola ayrılır. İdari başvuru, kişinin idari makamlara dilek, şikayet ve itirazlarını bildirmesidir. Siyasi başvuru yasama meclisine yapılan müracaatları ifade eder. Yargısal başvurular ise, idari, anayasal ve adli başvurulardır. Anayasa m. 36 ile temel çerçevesi belirlenen yargısal başvuru hakkı, kişilerin hak arama özgürlüğünün güvencesini teşkil eder. bkz. Yılmaz,(Şikayet), s. 10-11.

işlenen suçların cezalandırılmasını devletten isteme hakkına sahiptir. Diğer bir ifadeyle, suç teşkil eden bir fiilin icra edildiğini öğrenen bireyin bu fiil ile ilgili yetkili makamlara ihbar veya şikayette bulunma hakkı vardır⁵³. Yargıtay'ın bu hakkı kullanan kişinin yapmış olduğu şikayeti hakkın kullanılması kapsamında değerlendirdiği pek çok kararı bulunmaktadır⁵⁴. Konu üzerinde daha sonra ayrıntılı durulacağından burada kısaca değinmeyi uygun bulduk.

B. ŞİKAYETİN YER ALDIĞI DİĞER KAYNAKLAR

Anayasa m. 74 ile verilen dilekçe hakkıyla ilgili olarak daha geniş bir düzenleme 3071 Sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanunla yapılmıştır.

⁵³ Özgenç/Şahin, s. 85.

⁵⁴ "...Hak arama özgürlüğü ile kişilik hakları karşı karşıya geldiği durumlarda; hukuk düzeninin bu iki değeri aynı zamanda koruma altına alması düşünülemez. Daha az üstün olan yararın, daha çok üstün tutulması gereken yarar karşısında o olayda ve o an için korumasız kalmasının uygunluğu kabul edilecektir. Hak arama özgürlüğü diğer özgürlüklerde olduğu gibi sınırsız olmayıp, kişi salt başkasını zarara sokmak için bu hakkı kullanamaz. Bu hakkın hukuken korunabilmesi ve yerinde kullanıldığının kabul edilebilmesi için şikayet edilenin cezalandırılması veya sorumlu tutulmasını gerektirecek yeterli kanıtların mevcut olması da zorunlu değildir. Şikayeti haklı gösterecek bazı emare ve olguların zayıf ve dolaylı da olsa varlığı yeterlidir. Bunlara dayanarak başkalarının da aynı olay karşısında davalı gibi davranabileceği hallerde şikayet hakkının kullanılmasının uygun olduğu kabul edilmelidir. Aksi halde şikayetin hak arama özgürlüğü sınırları aşılarak kullanıldığı, kişilik değerlerine saldırı oluşturduğu sonucuna varılmalıdır. Somut olayda; dava dosyasındaki bilgi ve belgeler ile özellikle ceza davasında verilen beraat kararı gerekçesine göre, davalı aleyhindeki bir ilam nedeniyle davacı tarafından uygulanan infaz işlemi sırasında, infaz edilen ilamda yazılı olan miktardan daha fazla duvarın yıkılmış olduğu anlaşılmaktadır. Davacının fazla yıkımı teknik bilirkişilerin görüşü doğrultusunda ve çevre güvenliği endişesi ile yaptığı kabul edilerek görevi kötüye kullanma kastı bulunmadığı gerekçesiyle beraat kararı verilmiştir. Böylece davacının görevli olduğu infaz işlemi sırasında fazla duvar yıkımı yapıldığı ceza mahkemesince de kabul edilip kesinleşmiş bir olgudur. Bu durumun suçun unsurları yönünden mahkumiyet için yeterli görülmemiş olması şikayetin haksız olduğu anlamına gelmez....Yukarıda anlatıldığı üzere şikayet somut bir takım olaylara dayanmaktadır. Ortada şikayeti gerektirecek derecede yeterli emareler bulunmaktadır. Bu delil ve emarelerin mahkumiyet için yeterli sayılmaması davalının şikayetinin haksız olduğu sonucunu doğurmaz. Bu nedenlerle davalının şikayet hakkını yasal sınırlar içinde kalarak kullandığı anlaşıldığından dava tümünden reddedilmelidir. Yerel mahkemece bu yönler üzerinde durulmadan yazılı şekilde davalının tazminatla sorumlu tutulmuş olması bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 10.03.2010 tarih ve 2010/4-127 Esas ve 2010/135 Karar sayılı kararı, <http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=57130>, E.T: 03.10.2015; Aksi yönde verilen başka bir karar göre, "Davalı şikayetinde pazarda alışveriş yaptığı sırada yanından geçen davacının gömlek cebinden parasını aldığını sandığını, davacının cebinden parasını aldığını görmediğini, ancak fark ettiğini, şüphe üzerine şikayetçi olduğunu belirtmiştir. Yukarıdaki ilkeler gözetildiğinde davacının hiçbir delil ve emareye dayanmadan sırf tahmin üzerine davacı hakkında suçlamada bulunduğu, şikayet hakkını hukuka uygun olarak kullanmadığı sonucuna varılmalıdır. Bu durumda manevi tazminat isteminin tümünden reddedilmiş olması doğru değildir. Yerel mahkemece, şikayet hakkının kötüye kullanıldığı ve böylece kişilik haklarına saldırıda bulunulduğu benimsenerek, davalının manevi tazminatla sorumlu tutulması gerekirken, istemin tümünden reddedilmiş olması usul ve yasaya uygun değildir." Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 21.09.2005 tarih ve 2005/4-468 Esas ve 2005/514 Karar sayılı kararı, Yılmaz, (Şikayet), s. 138.

Kanunun kapsamı 2. maddesinde *"Bu Kanun, Türk vatandaşları ve Türkiye'de ikamet eden yabancılar tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisi ile idarî makamlara yapılan dilek ve şikâyetler hakkındaki başvuruları kapsar"* şeklinde belirlenmiştir. Yine aynı kanunun 6. maddesinde hangi dilekçelerin incelenmeyeceği belirtilmiştir. Buna göre; *"Türkiye Büyük Millet Meclisine veya yetkili makamlara verilen veya gönderilen dilekçelerden, yargı mercilerinin görevine giren konularla ilgili olanlar incelenemezler"*. Ancak kanunun bu hükmünden bir suça ilişkin ihbar ve şikayeti içeren dilekçelerin incelenmeyeceği veya ilgisine iade edileceği sonucu çıkarılmamalıdır. Zira CMK m. 158/2'de yer alan *"Valilik veya kaymakamlığa ya da mahkemeye yapılan ihbar veya şikâyet, ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir"* hükmüyle, idari mercie verilen ihbar veya şikayet içerikli dilekçelerin ilgili adli makama gönderilmesi zorunlu kılınmıştır⁵⁵.

Ceza hukuku bakımından şikayet kurumu hem Türk Ceza Kanunu'nda hem de Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer almıştır. TCK m. 73'te *"soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlar"* başlığı altında düzenlenmiştir⁵⁶. CMK m. 158'de ihbar ve şikayetin usulüne ilişkin düzenlemelere yer verilmiş, CMK m. 234'de ise şikayetçinin hakları sayılmıştır. Ayrıca bazı kanunlarda belirli konularda şikayet hakkından bahsedilmiştir. İcra İflas Kanunu, Askeri Ceza Kanunu buna örnek olarak sayılabilir⁵⁷. Ancak ne kamu hukuku ne de özel hukuk alanına giren bu tip şikayet usulleri konumuza dahil değildir, çalışma alanımızı sadece ceza hukuku açısından şikayet kurumu oluşturmaktadır.

C. ŞİKAYETİN TASNİFİ

Suçlar kural olarak re'sen soruşturulup kovuşturulduğu için şikayet, ancak kanun tarafından açıkça bir suçun takibinin şikayete bağlı olarak düzenlenmesi durumunda söz konusu olur⁵⁸. Kanun şikayeti bazı hallerde fiile bağlı olarak, bazı

⁵⁵ Hüsamettin Uğur, "Suç İhbarı ve İhbarcılarının Korunması", *TBB Dergisi*, S: 108, Y: 2013, s. 387.

⁵⁶ Şikayet hakkındaki genel düzenlemenin TCK'da yer alması özellikle şikayetin hukuki niteliğinin belirlenmesinde sorun oluşturmakta ve doktrinde konuyla ilgili fikir birliği bulunmamaktadır. Benzer düzenleme Alman Ceza Kanunu'nda da bulunmaktadır. Şikayete ilişkin genel düzenleme StGB § 77'de yer almaktadır. bkz. Feridun Yenisey, Gottfried Plagemann, *Alman Ceza Kanunu-Strafgesetzbuch (StGB)*, 2. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2015, s. 133.

⁵⁷ Fahrettin Kıyak, "Ceza Hukukunda Şikayet Usulü ve Tatbikatı", *Ankara Barosu Dergisi*, S: 6, Y: 1958, s. 310.

⁵⁸ Demirbaş, s. 207; Güngör, s. 36.

hallerde ise failin niteliğine göre düzenlemiştir. Bu anlamda şikayete bağlı suçları, mutlak ve nispi olarak ikiye ayırmak mümkündür. Bazı suçlar mutlak olarak şikayet şartı gerçekleşmeksizin takip edilemeyen suçlardır ki bunlara mutlak şikayete bağlı suçlar denir. Örneğin, taksirle yaralama (TCK m. 89), reşit olmayanla cinsel ilişki (TCK m. 104), cinsel taciz (TCK m. 105). Nispi şikayete bağlı suçlar ise, *"esasta re'sen soruşturulup kovuşturulan suçlar olmakla birlikte, bazı şartların bulunması halinde şikayete tabi olan suçlar"* şeklinde tanımlanmıştır⁵⁹. Örneğin, hırsızlık suçunun belli derecede akrabalar tarafından işlenmesi halinde takibi şikayete bağlanmıştır (TCK m. 167). Aynı şekilde nitelikli cinsel saldırı suçu esasen re'sen takip edilmekle birlikte, eşler arasında bu suçun işlenmesi halinde, fiilin soruşturulması ve kovuşturulması şikayete tabi tutulmuştur (TCK. m.102/2).

VI. ŞİKAYETİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Şikayet kurumuna hem TCK hem CMK'da yer verilmiş olması ve kurumun ceza yargılaması üzerindeki fonksiyonu sebebiyle, şikayetin maddi hukuka mı yoksa usul hukukuna mı ait olduğu konusunda öğretilerde bazı tartışmalar mevcuttur. Şikayetin hukuki niteliğini açıklamaya yönelik farklı görüşler ileri sürülmüştür⁶⁰.

A. ŞİKAYETİ CEZA MUHALEMESİ HUKUKU KURUMU OLARAK KABUL EDEN GÖRÜŞ

Günümüzde öğretilerde ağırlıklı olarak kabul edilen görüş, şikayetin bir ceza muhakemesi kurumu olduğu yönündedir⁶¹. Şikayet, bir suçun tüm unsurlarıyla gerçekleşmesine rağmen, failin cezalandırılması için kanun koyucu tarafından getirilmiş zorunlu bir şarttır. Yani suç, şikayetten bağımsız olarak tamamlanmıştır ancak bu suç dolayısıyla soruşturma ve kovuşturma yapılması için şikayet şartının gerçekleşmesi gerekmektedir⁶².

⁵⁹Sulhi Dönmezer, Sahir Erman *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt I*, 13. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 1997, s. 326; Demirbaş, s. 207.

⁶⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 569; Koca/Üzülmez, s. 358.

⁶¹ Yenisey/Nuhoğlu, s. 391; Centel/Zafer, s. 590; Ünver/Hakeri, s. 131; Koca/Üzülmez, s. 358; Özbek v.d., (Muhakeme), s. 127; Öztürk v.d., s. 47; Demirbaş, s. 204.

⁶² Erem/Danışman/Artuk, s. 195.

1. Terim Sorunu

Şikayetin ceza muhakemesi kurumu olduğunu savunan yazarlar, bu kurumu farklı başlıklar altında incelemişlerdir. Özgenç ve Koca/Üzülmez, "soruşturma ve kovuşturma şartları"⁶³; Demirbaş, "koğuşturma şartları"⁶⁴; Centel/Zafer, "muhakeme şartları"⁶⁵; Yenisey/Nuhoğlu, "ceza muhakemesi şart ve engelleri"⁶⁶; Hakeri, "kovuşturma şartları"⁶⁷; Ünver/Hakeri, "muhakeme engelleri"⁶⁸; Toroslu/Feyzioğlu, "ceza muhakemesi şartları"⁶⁹; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, "dava şartları"⁷⁰; Dönmezer/Erman, "kovuşturma (takip) şartları"; Kunter, "ceza muhakemesi şartı"⁷¹ olarak ifade etmiştir. Kanaatimizce, bu şartları sadece kovuşturma şartı veya takip şartı olarak adlandırmak yeterli değildir. Çünkü muhakeme, 5271 Sayılı CMK'ya göre soruşturma ve kovuşturma aşamalarından oluşur ve bu şartlardan bazıları sadece kovuşturma evresini değil, muhakemenin tamamını kapsar. Aynı şekilde sadece dava şartı veya dava engeli terimlerini kullanmak da yeterli değildir. Çünkü bu şartlar kendi içerisinde özelliklerine göre sınıflandırılmış ve olumsuz muhakeme şartları, "engel" olarak adlandırılmıştır⁷². Dolayısıyla böyle bir nitelendirme sadece olumsuz muhakeme şartlarını ifade eder. Dava şartı⁷³ ise, davanın açılmasına engel olan şartlar iken muhakeme şartları, gerçekleşmedikleri dava esnasında anlaşılrsa da davaya devam edilmesini engelleyen şartlardır⁷⁴. Sonuç itibarıyla biz çalışmamızda bu şartları bir bütün olarak "muhakeme şartları" şeklinde adlandırmayı uygun bulduk.

⁶³ Özgenç, s. 561.

⁶⁴ Koca/Üzülmez, s. 356.

⁶⁵ Demirbaş, s. 204.

⁶⁶ Centel/Zafer, s. 583.

⁶⁷ Yenisey/Nuhoğlu, s. 381.

⁶⁸ Hakeri, s. 119.

⁶⁹ Ünver/Hakeri, s. 127.

⁷⁰ Nevzat Toroslu, Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. bs., Savaş Yayınevi, Ankara, 2013, s. 44.

⁷¹ Özbek v.d., (Muhakeme) s. 132; Benzer yönde kullanım için bkz. Öztürk v.d., s. 46.

⁷² Nurullah Kunter, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. bs., Yayıncılık Matbaası, İstanbul, 1989, s. 67.

⁷³ Yenisey/Nuhoğlu, s. 391.

⁷⁴ Şikayeti dava şartı olarak nitelendiren Erem'e göre, dava şartları, bulunmadıkları takdirde kamu davasının açılması veya yürütülmesi mümkün olmayan unsurlardır. bkz. Faruk Erem, **Ceza Usulü Hukuku**, 12. bs., Ajans-Türk Matbaacılık Sanayii, Ankara, 1968, s. 178.

⁷⁵ Sinan Bayındır, "Sermaye Piyasası Kanunu'nun 49. Maddesinde Yer Alan Yazılı Başvuru Şartı'nın Hukuki Mahiyetine ve Sonuçlarına İlişkin Bir Değerlendirme", **TBB Dergisi**, S: 93, Y: 2011, s. 218.

2. Genel Olarak Muhakeme Şartları

Ceza muhakemesi kural olarak re'sen yapılır. Suç işlendiğinden herhangi bir şekilden haberdar olan yetkili makamlar, soruşturmanın mecburiliği ilkesi gereğince derhal harekete geçip, suç iddiasının ciddiliğini araştırır⁷⁶. Kanun bir suçun tüm unsurlarıyla gerçekleşmesine rağmen, çeşitli gerekçelerle failin cezalandırılmasını bazı usulü şartlara tabi tutabilir⁷⁷. İşte bu şekilde kamu davasının açılabilmesini veya açılmış olan dava hakkında yargılama yapılabilmesini sağlayan koşulların tümüne ceza muhakemesi şartları denir⁷⁸.

5271 sayılı CMK'da "muhakeme şartı" ibaresine yer verilmemiştir. Sadece "Duruşmanın sona ermesi ve hüküm" başlıklı CMK m. 223'de; "Türk Ceza Kanunu'nda öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartlarının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hallerinde, davanın düşmesine karar verilir. Ancak soruşturma ve kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa; gerçekleşmesini beklemek üzere durma karar verilir" ifadesi bulunmaktadır. Ancak TCK'da yer alan soruşturma ve kovuşturma şartlarının neler olduğu sayılmamış olup, terim konusunda birlik olmadığı gibi muhakeme şartlarının neler olduğu konusunda da öğretide yeknesaklık bulunmamaktadır⁷⁹.

Ceza muhakemesi şartı, şart gerçekleşmediğinde fiilin suç teşkil etmesine ve karşılığında ceza bulunmasına değil, sadece muhakeme yapılmasına engel olur⁸⁰. Bu şartların gerçekleşip gerçekleşmediği davanın her aşamasında re'sen araştırılır. Muhakeme şartlarının yokluğu, şartın özelliğine göre, soruşturmanın başlamasını, dava açılmasını veya davanın ilerlemesini engelleyebilir⁸¹.

Öğretide bir görüşe göre, muhakeme şartları ceza muhakemesinin işleyişine etki eden şartlardır. Bu şartların güvenlik tedbiri muhakemesine etkisi yoktur⁸². Güvenlik tedbirleri, fiil ve failden kaynaklanması muhtemel tehlikeliliği önlemek,

⁷⁶Cumhur Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, 3. bs., Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 51; Centel/Zafer, s. 583.

⁷⁷Demirbaş, s. 204.

⁷⁸Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 650.

⁷⁹Bayındır, s. 218.

⁸⁰Demirtaş, s. 16.

⁸¹Centel/Zafer, s. 583; Kunter/Yenisey/Nuhoglu, s. 650.

⁸²Centel/Zafer, s. 583.

faili eğitmek, tedavi altına almak ve korumak amacıyla yapılan müdahalelerdir⁸³. Güvenlik tedbirine hükmedebilmek için suçun işlenmesi zorunlu olmakla birlikte, failin bu suçtan dolayı cezaya mahkum edilmesi zorunlu değildir. Ancak bunun için kamu davasının açılmış olması gerekmektedir. İddianamede bulunması gereken unsurları gösteren CMK m. 170/6'ya göre, *"İddianamenin sonuç kısmında, işlenen suç dolayısıyla ilgili kanunda öngörülen ceza ve güvenlik tedbirlerinden hangilerine hükmedilmesinin istendiği....belirtilir"*. Bu fıkra hükmüne göre iddianamenin kabulü yani kamu davasının açılabilmesi için ilgili iddianamede istenen ceza ve güvenlik tedbirlerinin gösterilmesi gerekir. Muhakeme şartı aranan bir suç söz konusu ise şart gerçekleşmeden Cumhuriyet savcısı iddianame düzenleyip, ceza veya güvenlik tedbirine hükmedilmesini isteyemez. Zira muhakeme şartları fiile ilişkindir; yaptırım türleri olan ceza veya güvenlik tedbirine bağlı değildir.

3. Muhakeme Şartlarının Türleri

Muhakeme şartları, icra ettikleri fonksiyona göre çeşitli şekillerde sınıflandırılmaya çalışılmıştır. Bizim de benimsediğimiz sistemde dava ve yargılama şartları olmak üzere ikili bir ayrıma gidilmiştir. Buna göre; dava şartları, şikayet (TCK m.73), dava süresi (5187 sayılı Basın Kanunu m.26), izin (Any m.129, Avukatlık Kanunu m.58), karar (Any m.83), talep (TCK m.12, m.13), açık dava ya da yargı bulunması (CMK m.223), uzlaşmanın bulunmaması (CMK m.253), ön ödemenin yerine getirilmemesi (TCK m.75), yeni delil bulunması (CMK m.311), cezai ehliyetin varlığı, diploması- NATO dokunulmazlığı, fiilin kabahat değil suç oluşturması (Kabahatler Kanunu m.15), seçimlik ceza öngörülmemiş bulunması (TCK m.14) iken; yargılama şartları⁸⁴, sanığın hazır bulunması (CMK m.193), sanığın akıl hastası olmaması, bekletici meselenin çözümü (CMK m.218), yasama dokunulmazlığının bulunmaması (Any m.83), uzlaşma bulunmaması (CMK m.254)

⁸³Veli Özer Özbek v.d., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. bs., Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 650.

⁸⁴ Yargılama şartları, açılmış olan bir kamu davasında yargılamanın yapılmasını sağlayan şartlara denir. bkz. Özbek v.d., (Muhakeme), s. 143; Yine bir diğer görüşe göre, suç haberi ciddi, fiil ve fail belli olmasına rağmen, dava açılabilmesi için bulunması gereken koşullara dava şartları denirken; dava şartları gerçekleşmiş, ceza davası açılmış ancak kovuşturma evresinde mahkemenin yargılama yapabilmesi için gerekli olan şartlara yargılama şartları denir. bkz. Öztürk v.d., s. 59.

şikayetten vazgeçilmemesi (CMK m.158), madde bakımından yetkinin varlığı (CMK m.4 vd) olarak ifade edilmiştir⁸⁵.

Öğretide *Yenisey/Nuhoğlu*'na göre, muhakeme şartları gerçekleşmeleri bakımından muhakeme için şart, gerçekleşmemeleri bakımından engeldir. Yani muhakeme şartlarının olumlu tesirleri muhakemeye imkan verirken, olumsuz tesirleri, muhakemeye engel olmaktadır⁸⁶. Dolayısıyla muhakeme şart ve engelleri şeklinde bir sınıflandırma yapmışlardır.

Öğretide *Centel/Zafer*'e göre ise, muhakeme şartları çeşitli açılardan sınıflandırmışlardır. Bunlardan bazıları şöyledir; "*kişi-olay*" sınıflandırmasında örneğin, akıl hastalığı kişiye, suçun zamanaşımına uğraması olaya ilişkindir; "*genel-özel*" sınıflandırmasında genel muhakeme şartları tüm suç tipleri için geçerliken, özel muhakeme şartları sadece belirli suçlar için geçerlidir⁸⁷.

4. Muhakeme Şartlarının Sonuçları

Ceza muhakemesi şartlarına bağlı olmayan yargılamalarda, suçun unsurları tamamlanınca muhakemenin yapılması gerekmektedir. Şarta bağlı muhakemelerde ise ayrıca şartın da gerçekleşmesi aranır⁸⁸.

CMK m. 172'ye göre; "*Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hâllerinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verir*". Hükümde yer alan "*kovuşturma olanağının bulunmaması*" ifadesiyle kastedilen, muhakeme şartlarının gerçekleşmemesidir⁸⁹. Yani, soruşturma evresinde muhakeme şartlarının gerçekleşmemesi durumunda savcılık dava açamayacak ve kovuşturmaya yer olmadığı kararı verecektir.

Ceza muhakemesi şartlarının gerçekleşmediği kovuşturma esnasında anlaşılırsa CMK m. 223/8 hükmüne göre hareket edilecektir. Buna göre; "*Türk Ceza Kanununda öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma*

⁸⁵Özbek v.d., (Muhakeme), s. 132,143.

⁸⁶Yenisey/Nuhoğlu, s.391.

⁸⁷Centel/Zafer, s.585.

⁸⁸Kunter, s.75; Erem, (Usul), s. 178;Şahin, s. 52.

⁸⁹Özbek v.d., (Muhakeme), s. 142.

şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hallerinde, davanın düşmesine karar verilir. Ancak, soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa; gerçekleşmesini beklemek üzere, durma kararı verilir. Bu karara itiraz edilebilir". Ancak aynı maddenin 9. bendinde; *"Derhâl beraat kararı verilebilecek hâllerde durma, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemez"* hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla kovuşturma evresinde muhakeme şartlarının gerçekleşmediği anlaşılrsa bile derhal beraat kararı verilebilecek hallerde, muhakeme şartının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini beklemek üzere durma kararı veya gerçekleşmemesi durumunda düşme kararı verilemez⁹⁰.

Şikayet kurumu açısından CMK m. 158/6'da özel bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre; *"Yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikâyetle bağlı olduğunun anlaşılması halinde; mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde, yargılamaya devam olunur"*. Maddede fiilin re'sen soruşturulan ve kovuşturulan bir suç olarak nitelendirilmesi ve daha sonra kovuşturma evresinde şikayete bağlı olduğunun anlaşılması halinde mağdurun açıkça şikayetten vazgeçmemesi⁹¹ şartıyla yargılamaya devam edileceği hükme bağlanmıştır.

Öğretide bir fikre göre, her ne kadar yargılamanın her aşamasında re'sen araştırılması gerekse de özellikle iddianamenin iadesi kurumu bu noktada önemli bir işlev görebilir. Çünkü mahkemenin kovuşturmaya başlamadan önce bu şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti yargılamanın uzamasına engel oluşturur.

⁹⁰ Aksi yönde olan bir görüşe göre, şikayetin ceza muhakemesi hukuku kurumunun kabul edilmesinin sonuçlarından biri, şikayetin yokluğu durumunda beraat değil, düşme kararı verilir. bkz. Öztürk v.d., s. 47. Bizce şikayet her ne kadar ceza muhakemesi kurumu olsa da CMK m. 233/9'un göz önünde bulundurulması gerekir.

⁹¹ Şikayetten vazgeçme, şikayet hakkı kullanıldıktan sonra şikayetin geri alınmasıdır. bkz. Centel/Zafer, s. 590; Yenisey/Nuhoğlu, s. 399; Kanaatimizce madde metninde geçen "şikayetten vazgeçmeme" tabiri yerinde bir kullanım değildir. Çünkü şikayetten vazgeçilmesi için öncelikli şikayet hakkının doğması ve bu hakkın yetkili kişi tarafından kullanılmış olması gerekir. Madde metninde ise, suçun şikayete bağlı olduğunun kovuşturma evresinde anlaşılması durumunda nasıl hareket edilmesi gerektiği açıklanmaya çalışılmıştır. Bu durumda fiil re'sen takip edilen bir suç olarak nitelendirilip, şikayet olmaksızın kovuşturma evresine geçilmiştir. Bu aşamaya kadar herhangi bir şikayet bulunmamaktadır. Yargılamanın devam edebilmesi için şikayet hakkı sahibinin açıkça şikayet iradesini ortaya koyması gerekir. Dolayısıyla henüz yapılmayan bir şikayetten vazgeçilmesi söz konusu değildir.

Dolayısıyla iddianamenin iadesini düzenleyen CMK m. 174'te sadece "ön ödeme" ve "uzlaşma" ya yer verilmesi büyük bir eksikliktir⁹².

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer nokta, şikayetin muhakeme şartı olarak kabul edilmesi durumunda henüz şikayet gerçekleşmeden koruma tedbirlerine başvurulup başvurulamayacağıdır. Şikayet şartının gerçekleşmemesinin soruşturma faaliyetlerine engel olduğu göz önünde bulundurulduğunda kural olarak muhakemenin yapılmasına katkıda bulunan koruma tedbirlerinin de uygulanmaması gerekir⁹³. Ancak bu durum kanunda sistemli bir şekilde düzenlenmemiştir. Örneğin CMK m. 90/3'e göre, *"Soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlı olmakla birlikte, çocuklara, beden veya akıl hastalığı, malûllük veya güçsüzlükleri nedeniyle kendilerini idareden aciz bulunanlara karşı işlenen suçüstü hallerinde kişinin yakalanması şikâyete bağlı değildir"*. Maddeden anlaşılabileceği üzere istisnai olarak şikayet olmaksızın kişinin yakalanmasına izin vermiştir. Ancak şikayet şartı gerçekleşmeden Cumhuriyet savcısı, şüphelinin tutuklanması için sulh ceza hakimine başvuramaz⁹⁴.

B. ŞİKAYETİ MADDİ CEZA HUKUKU KURUMU OLARAK KABUL EDEN GÖRÜŞ

Şikayet kurumunu düzenleyen genel hükümler, Türk Ceza Kanunu'nun birinci kitabının *"yaptırımlar"* başlıklı üçüncü kısmının *"dava ve cezanın düşürülmesi"* başlıklı dördüncü bölümünde düzenlenmiştir. Şikayetin düzenlendiği yeri göz önünde bulunduran kimi yazarlar onun maddi ceza hukuku kurumu olduğu fikrini ileri sürmüşlerdir⁹⁵. Buna göre şikayet, kovuşturmayı sağladığı için muhakeme hukuku ile yakından ilgilidir fakat cezalandırmayı sağlaması bakımından maddi ceza hukukunun kapsamına da girer. Nitekim bu koşullar somut olarak failin

⁹² Özbek v.d., s. 131.

⁹³ Güngör, s. 33.

⁹⁴ Yenisey/Nuhoğlu, s. 391; Aksi görüşte olan Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m.130'a göre; *"Şikâyet gerçekleşmeden önce, sadece şikâyet üzerine soruşturulabilen ve kovuşturulabilen bir suçun işlendiği şüphesi ile bir tutuklama kararı verilmişse, bu takdirde şikâyet yetkisi bulunan şahsa veya bunlar birden fazla ise içlerinden en az birine tutuklama kararı verildiği derhal bildirilir ve hâkim tarafından tespit edilecek ve bir haftayı geçmeyecek olan bir süre içinde şikâyetle bulunulmadığı takdirde tutuklama kararının geri alınacağı açıklanır. Süre içinde şikâyet yapılmadığı takdirde, tutuklama kararı geri alınır. Suç teşkil eden fiil sadece izin veya talep üzerine soruşturulabiliyor veya kovuşturulabiliyorsa, bu hüküm uygulanır."* bkz. Feridun Yenisey, Salih Oktar, *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu-Strafprozessordnung (StPO)*, 2. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2015, s. 203.

⁹⁵ İçel v.d., (Suç), s. 35.

cezalandırılmasını önledikleri için maddi ceza hukuku içerisinde yer alan suç teorisi içerisinde incelenmesi gerekir. Ayrıca bu koşulların ceza kanununda düzenlenmiş olması da konunun maddi ceza hukuku ile bağlantısını vurgulamaktadır⁹⁶.

Bir diğer görüşe göre, şikayet hakkının mahiyeti hukuki işlevine göre incelenmelidir. Şikayet hakkının gerçek mahiyetini, bu hakkın hukuki anlamında aramak gerekmektedir. Kanun, bireye şikayet etmemek şekliyle kamu davasına engel olmak yetkisi tanımıştır. Kanunun bireye tanıdığı bu yetki, bütün unsurları oluşmuş bir suça, ceza kanununun uygulanmasına engel olmaktadır. Ceza kanununun uygulanmasına engel olan diğer kurumlar gibi şikayet kurumu da maddi ceza hukukuna ilişkin iken hakkın kullanılması şekli usul hukukuna ilişkindir⁹⁷.

Muhakeme şartları, objektif nitelikte olmaları sebebiyle cezalandırılabilme koşullarıyla benzerlik göstermektedir. Dolayısıyla şikayet de suç teorisi içerisinde ancak cezalandırılabilme şartları altında incelenebilir. Kaldı ki şikayetin hukuki niteliğinin belirlenmesi hususunda en sıkı tartışma onun bir muhakeme şartı mı yoksa objektif cezalandırılabilme koşulu mu olduğu noktasında yaşanmaktadır. Şikayet kurumuyla olan bağlantısını daha net ortaya koyabilmek açısından objektif cezalandırılabilme şartlarının genel hatlarıyla incelenmesi faydalı olacaktır.

1.Genel Olarak Objektif Cezalandırılabilme Şartları

Bir fiilin cezalandırılabilmesi için fiilin tipe uygunluğunun ve hukuka aykırılığının tespiti ve failin kusurlu olduğunun belirlenmesi gerekir. Bu koşullara bazı durumlarda cezalandırılabilme şartları da eklenmektedir⁹⁸. Cezalandırılabilme şartları, fiilden önce gelmeyip suçun bütün unsurlarıyla tamam olmasından sonra söz konusu olan ve o suçtan dolayı failin cezalandırılmasını sağlayan şartlardır⁹⁹. Bir diğer tanıma göre objektif cezalandırılabilme şartları, suçun unsurları dışında bulunan, failin kast ve taksirini kapsamayan, kanun koyucunun failin

⁹⁶ Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. bs., Beta Yayınları, Ankara, 2014, s. 219-220.

⁹⁷ Erem/Danişman/Artuk, s. 198.

⁹⁸ Zeynel T.Kangal, "Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları", *İÜHFM*, C: LXVIII, S: 1-2, Y: 2010, s. 151.

⁹⁹ Dönmezer/Erman, (Cilt I), s. 316.

cezalandırılması için çeşitli gerekçelerle gerçekleşmesini aradığı maddi ceza hukukuna ait şartlardır¹⁰⁰.

Objektif cezalandırılabilme şartları, icra edilen fiilin haksızlık içeriği üzerinde etkisi olmayan olgulardır¹⁰¹. Örneğin, TCK m. 257'ye göre görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle veya görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olması ya da kişilere haksız bir menfaat sağlaması gerekmektedir. Bu suç dolayısıyla kamu görevlisinin cezalandırılabilmesi için objektif cezalandırılabilme şartı olan *"kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma"* veya *"kişilere haksız bir menfaat sağlama"* unsurlarının gerçekleşmesi gerekmektedir. Yine TCK m.161'de *"Malvarlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarruflarda bulunan kişi, bu hileli tasarruflardan önce veya sonra iflasa karar verilmiş olması halinde.."* şeklinde düzenlenen hileli iflas suçunun oluşabilmesi için *"iflasa karar verilmiş olması"* şartı objektif cezalandırılabilme şartını oluşturmaktadır.

Objektif cezalandırılabilme şartları, cezalandırılabilirliğin maddi unsurlarına ait olmalarına rağmen kastın kapsamına girmezler. Dolayısıyla bu şartların suçun işlenmesi sırasında veya daha sonra gerçekleştiğinde, fail bu şartların gerçekleştiğini bilmiyor olsa bile yine de cezalandırılır. Aynı şekilde failin kastı bu şartların gerçekleşmesine de yönelik olduğu durumda, objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmezse fail cezalandırılmaz¹⁰².

Bir unsurun objektif cezalandırılabilme şartı olarak kanun metninde düzenlenmesi bakımından genel bir kriter bulunmamaktadır. Dolayısıyla kanun metninde yer alan bir unsurun, objektif cezalandırılabilme koşulu mu yoksa tipikliğe dahil bir unsur mu olduğunun tespiti zordur¹⁰³. Dönmezer/Erman'a göre;

"Cezalandırılabilme şartlarının bulunması halinde de bir suç¹⁰⁴ yani cezalandırılması mümkün bir fiil vardır sadece kanun koyucu suç siyasetine dayanan

¹⁰⁰ Ersoy, s. 8.

¹⁰¹ Özgenç, s. 608.

¹⁰² Koca/Üzülmez, s. 352.

¹⁰³ Kangal, (Cezalandırılabilirlik), s. 152.

¹⁰⁴ Aksi görüşte olan Özgenç'e göre, işlenen fiil haksızlık oluşturma özelliğini oluşturmakla birlikte, bu şartlar gerçekleşmediği sürece, fiil suç oluşturmamakta ve dolayısıyla, kişiye ceza verme imkanı bulunmamaktadır. bkz. Özgenç, s. 608.

*bir takım düşüncelerle, failin cezalandırılması için bir takım şartların gerçekleşmesini ayrıca aramaktadır. Yani kanun koyucu bu gibi fiilleri cezalandırmakta tereddütlü davranmakta ve ancak cezalandırılabilme şartlarının gerçekleşmesi halinde faile ceza verilmektedir. Dolayısıyla, cezalandırılabilme şartları, suç teorisi içerisinde unsurlardan ayrı bir yer tutar*¹⁰⁵.

Alman doktrininde kabul edilen bir görüşe göre, objektif cezalandırılabilme koşulu gerçekleşmeden önce, tipe uygun ve hukuka aykırı olan fiil, fail de kusurlu ise, *"cezalandırılmaya layık"*tır. Ancak objektif cezalandırılabilme koşulu gerçekleşmediği sürece *"cezalandırma gereksinimi"* eksiktir¹⁰⁶. Benzer görüş ileri süren Ersoy'a göre, cezaya layık bir fiili icra eden failin cezalandırılmasının önünde hiçbir engel bulunmamasına rağmen, kanun koyucu kusurlu her fiili cezalandırma yoluna gitmek zorunda değildir. Bu nedenle kanun koyucu bazı suç tiplerinde çeşitli gerekçelerle objektif cezalandırma şartlarını kabul etmiştir. Dolayısıyla failin, somut olarak gerçekleştirmiş olduğu haksızlık sebebiyle cezalandırılmasını haklı bulmayan kanun koyucu, cezaya layık bir fiilin, cezaya muhtaç hale gelebilmesi yani cezalandırılabilmesi için objektif cezalandırılabilme şartının da gerçekleşmesini aramıştır¹⁰⁷.

2. Objektif Cezalandırılabilme Şartı Sayılmasının Sonucu

Cezalandırılabilme şartlarını ihtiva eden fiiller icra edildiğinde, şart gerçekleşmedikçe faile ceza verilemez. Dolayısıyla bu şartları ihtiva eden suçlara teşebbüs mümkün değildir¹⁰⁸. Ancak Türk ve Alman öğretisinde yer alan hakim görüşe göre, objektif cezalandırılabilme şartının arandığı suçlarda, suça teşebbüs mümkündür. Fakat suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde, objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmediği sürece fail hakkında cezaya hükmolunmayacaktır¹⁰⁹. Bu konuda çeşitli ayrımlar yaparak sonuca giden Artuk/Alşahin'e göre ise, objektif cezalandırılabilme şartı içeren suç tüm unsurlarıyla gerçekleşmiş ancak objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmemişse, fail suça

¹⁰⁵ Dönmezer/Erman, (Cilt I), s. 317-318.

¹⁰⁶ Kangal, (Cezalandırılabilirlik), s. 153.

¹⁰⁷ Ersoy, s. 31.

¹⁰⁸ Dönmezer/Erman, (Cilt I), s. 321.

¹⁰⁹ Özgenç, s.612; Koca/Üzülmüş, s. 353; Ersoy, s. 192.

teşebbüsten cezalandırılmaz. Ancak icra hareketleri kısımlara bölünebilen bir suç tipinde, objektif cezalandırılabilme koşulu gerçekleşmiş buna karşın henüz icra hareketleri tamamlanmamışsa, fail teşebbüsten dolayı cezalandırılabilir¹¹⁰.

Objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmediği bir durumda nasıl karar verileceği CMK m. 223'te açıkça yer almamaktadır. CMK'da herhangi bir düzenlemenin bulunmayışı konuyla ilgili farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Ancak doktrinde yer alan hakim görüşe göre, cezalandırılabilirliğin objektif koşulları gerçekleşmeden tamamlanmış bir suça ceza verilememektedir. Cezalandırılabilirliğin objektif koşulları, suçun yapısında kişisel cezasızlık nedenleri ve cezayı kaldıran nedenler ile aynı kategoriye yerleştirilmiştir. CMK m. 223/4'te kişisel cezasızlık nedeninin varlığı ve cezayı kaldıran kişisel nedenlerden etkin pişmanlığın bulunması durumunda ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceğini hükme bağlanmıştır. Ceza muhakemesi hukukunda kıyasa başvurunun serbest olması sebebiyle aralarındaki bu benzerlik dolayısıyla cezalandırılabilirliğin objektif şartlarının bulunmaması durumunda da ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir¹¹¹.

Objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmediğinin soruşturma aşamasında anlaşılması halinde de ne yapılacağına ilişkin kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide bir görüşe göre, soruşturma aşamasında şartın gerçekleşmediğinin fark edilmesi halinde dahi eğer yeterli şüphe varsa, Cumhuriyet savcısı iddianame düzenleyerek kamu davasının açılmasını sağlamalıdır. Zira objektif cezalandırılabilme şartı soruşturma veya kovuşturma engeli olmayıp, sadece failin cezalandırılmasına veya cezalandırılmamasına neden olan bir şarttır¹¹².

C. MUHAKEME ŞARTLARI İLE OBJEKTİF CEZALANDIRILABİLME ŞARTLARININ FARKLARI

Muhakeme şartlarının objektif nitelikte olmaları bunları objektif cezalandırılabilme şartlarına yaklaştırsa da aralarında önemli farklılıklar

¹¹⁰ Mehmet Emin Artuk, Mehmet Emin Alşahin, "Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı", in Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, s. 22.

¹¹¹ Kangal, (Cezalandırılabilirlik), s. 156; Ersoy, s. 219.

¹¹² Artuk/Alşahin, s. 28, 29.

bulunmaktadır¹¹³. Muhakeme şartları suçun işlenmesinden sonra söz konusu olan ve şartın sağlanmasıyla var olan suç hakkında muhakeme yapılmasını sağlayan kurumlardır. Cezalandırılabilme şartları ise, suçun işlenmesinden sonra ortaya çıkan ve işlenen suçun cezalandırılabilmesinin suçu oluşturan bir fiil dışında kalan bir olaya bağlanmasıdır¹¹⁴.

Objektif cezalandırılabilme koşullarında, suç teşkil eden fiilin icrasıyla, hukuken korunan düzenin ihlalinin özel bir şarta bağlanması söz konusudur. Bu koşullar, failin, mağdurun, veya herhangi bir kişinin iradesi dışında gerçekleşen koşullardır. Ancak muhakeme koşulları, suçtan zarar görenin veya yetkili merciinin iradesine bağlıdır ve bu hakkı kullanma yetkisine sahip kişi/ler veya kurum/lar ancak suçun icrasından sonra kullanabilirler¹¹⁵.

Öğretide Dönmezer/Erman'a göre, kanunda yer alan bir şart, bizzat fail tarafından yaratılıyor veya buna sebebiyet veriliyorsa ve kanun kusuru olsun veya olmasın bu şartın gerçekleşmesi halinde failin cezalandırılmasını kabul ediyor ise, bu şart cezalandırılabilme şartıdır; ancak şartı failin dışında kalan bir kişi veya organ gerçekleştiriyor ve bu şartın gerçekleşmesi davanın açılmasını mümkün kılıyorsa, kovuşturma şartı söz konusudur¹¹⁶. Ancak biz objektif cezalandırılabilme şartlarının fail tarafından bizzat yaratıldığı şeklindeki genellemeye katılmamaktayız. Örneğin mal veya hizmet satımından kaçınma başlıklı TCK m. 240 hükmüne göre, *'Belli bir mal veya hizmeti satmaktan kaçınarak kamu için acil bir ihtiyacın ortaya çıkmasına neden olan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır'*. Bu suç tipi açısından objektif cezalandırılabilme şartı olan *'kamu için acil bir ihtiyacın ortaya çıkması'* unsuru bizzat fail tarafından gerçekleştirilmemektedir.

Öğretide Kunter'e göre ise, muhakeme şartlarının objektif cezalandırma şartlarından ayrılmasında kullanılan kriter, o şartın fiilin unsurlarından birinin ağırlığını korumak için konulmuş olup olmadığıdır. Buna göre, eğer bu şart fiilin

¹¹³ Özgenç, s. 561.

¹¹⁴ Toroslu/Feyzioğlu, s. 45.

¹¹⁵ Kangal, (Cezalandırılabilirlik), s. 156.

¹¹⁶ Dönmezer/Erman, (Cilt I), s. 323.

unsurlarından birinin ağırlığını korumak için konulmuş ise, cezalandırılabilme şartıdır. Aksi takdirde muhakeme şartıdır¹¹⁷.

Alman öğretisinde objektif cezalandırılabilme şartları ile muhakeme şartlarını ayırmada bugüne kadar en çok kullanılan ayrıma göre, bir normun, ceza hukuku normu mu yoksa ceza muhakemesi hukuku normu mu olduğunun belirlenmesi, o normun düzenleme konusuna bağlıdır. Şayet ilgili hukuki sonuca bağlı durumlar cezalandırılabilir kötü bir fiilin düşünce çerçevesinde bulunuyorsa ve bunun ceza hukuku mu yoksa ceza muhakemesi hukuku önermesi mi olduğu yolunda şüphe varsa, bu durum onun bir ceza hukuku kurumu olduğu yönünde çözümlenmelidir. Eğer şarta bağlı durumlar hem kanunun ceza düşüncesine uygun olmayan hem de yargılama faaliyetinin yapılıp yapılmayacağını veya nasıl yapılacağı ile bağlantılı olacak biçimde şekillenirse, ceza muhakemesi kurumu olduğu kabul edilecektir¹¹⁸.

Kanun koyucu bazı suç tipleri bakımından hem objektif cezalandırılabilme koşulu hem muhakeme şartı aramış olabilir. Böyle bir durumda önce objektif cezalandırılabilme şartının daha sonra muhakeme şartının varlığı araştırılmalıdır¹¹⁹. Nitekim objektif cezalandırılabilme şartları maddi hukuka dahil olmaları sebebiyle tipikliğe daha yakındır¹²⁰.

D. ŞİKAYETİN AİT OLDUĞU KURUM HAKKINDA DEĞERLENDİRME

Muhakeme şartlarının, objektif cezalandırılma şartlarından ayırt edilmesi konusunda en çok tartışılan müessese "*şikayet*" olmuştur¹²¹. Bunun sebebi ise, şikayet kurumunun genel hatlarıyla Türk Ceza Kanunu m. 73'te, usulünün ise Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmesidir. Ancak kanunlarda yer alan düzenlemeler kurumların gerçek niteliğinin tayininde aldatici olmamalıdır. Bir hukuki kurumun niteliği kanun koyucunun kabulüne hatta açıkça belirtmesine göre

¹¹⁷Nurullah Kunter, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1949, s. 240.

¹¹⁸ Ersoy, s. 117-118.

¹¹⁹ İçel v.d., (Suç), s. 16.

¹²⁰ Kangal, (Cezalandırılabilirlik), s. 156.

¹²¹ Dönmezer/Erman, (Cilt I), s. 322.

değil, onun sistem içerisindeki yerinin yanı sıra diğer kurumlarla ilişkisine göre belirlenmelidir¹²².

Objektif cezalandırılabilme şartları, suçun işlenmesinden önce, suçun işlenmesi sırasında veya suç bütün unsurlarıyla gerçekleştikten sonra ortaya çıkan şartlardır ve bu şartlar suçun bir unsuru değildir. Dolayısıyla objektif cezalandırılabilme şartı, bütün unsurlarıyla tamamlanmış bir suçun varlığını zorunlu kılar. Nitekim kanun koyucu, böyle bir durumda esasında tamamlanmış bir suçun cezalandırılmasını çeşitli gerekçelerle belli bir şartın gerçekleşmesine bağlamıştır¹²³. Aynı şekilde muhakeme şartlarında da tamamlanmış bir suç mevcuttur. Ancak bu suç hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılması bazı şartlara tabi tutulmuştur. Diğer bir deyişle, muhakeme şartları muhakemenin yapılmasına ilişkin şartlar iken; objektif cezalandırılabilme koşulları, esasında tamamlanmış olan bir suç dolayısıyla failin cezalandırılabilmesi için gerekli olan şartlardır. Her iki kurum da yoklukları halinde failin sonuç olarak cezalandırılmasını engellemesi yönünden benzerlik göstermektedir. Ancak objektif cezalandırılabilme koşulları, maddi ceza hukuku içerisinde yer alır ve muhakeme koşullarından önce gelir. Objektif cezalandırılabilme koşulunun gerçekleşmediği bir suçta muhakeme koşullarının varlığını araştırmaya gerek yoktur.

Her iki kurumunda nitelikleri göz önünde bulundurulduğunda şikayetin objektif cezalandırılabilme koşulu değil, bir ceza muhakemesi şartı olduğunu belirtmemiz gerekir. Nitekim şikayet koşulun arandığı suçlarda da tamamlanmış bir suç mevcut iken kanun koyucu muhakemenin yapılmasını şikayet şartının gerçekleşmesine bağlamıştır. Bu konuda şikayetin TCK'da düzenlenmiş olması tereddüt oluşturmamalıdır. Nitekim, dava açılmasına ve muhakemenin yapılmasına engel olan her sebep muhakeme hukuku kurumu olmadığı gibi, failin cezalandırılmaması neticesini doğurmaları da ceza muhakemesi şartlarını, maddi ceza hukuku kurumu kapsamına girmesini gerektirmez. Örneğin, deliller de neticede failin cezalandırılmasını veya cezalandırılmamasını mümkün kılar ancak bunlar suç hukuku değil ceza muhakemesi hukuku kurumudur¹²⁴.

¹²² Kunter/Yenisay/Nuhoğlu, s. 653.

¹²³ Nevzat Toroslu, "Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları", in *Uğur Alacakaptan'a Armağan Cilt I*, İstanbul, 2008, s. 706-707.

¹²⁴ Kunter, (Muhakeme), s. 70.

Şikayetin hukuki niteliğinin belirlenmesinin önemi, özellikle kanunların zaman bakımından uygulanmasında kendisini gösterir. Şikayetin ceza hukuku kurumu olduğunun kabulü halinde TCK m. 7/2; "*Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.*" hükmü uygulanacaktır. Suçun işlendiği tarihte yürürlükte bulunan yasa, suçun şikayete bağlı olduğunu kabul etmiş ancak sonradan yürürlüğe giren yasa şikayet koşulunu kaldırmış ise, önceki yasa lehe olup şikayet koşulu aranacaktır¹²⁵. Ancak öğretide yer alan hakim görüşe göre, muhakeme şartları, ceza muhakemesi hukukunun ilkelerine tabidir. Ceza yargılaması normları için geçerli olan ilke '*derhal uygulama*' ilkesidir¹²⁶. Bu nedenle muhakeme şartları söz konusu olduğunda henüz yargılanmasına başlanılmamış veya eski norm zamanından başlanmış olmakla birlikte henüz sonuçlanmamış uyuşmazlıklara derhal uygulanır¹²⁷. Kanaatimizce bu görüş yerindedir. Nitekim çalışmamızın esas konusunu oluşturan şikayet dahil diğer muhakeme şartları da birer ceza muhakemesi hukuku kurumudur ve böyle kabul edildiği takdirde derhal uygulama ilkesinin geçerli olması gerekir¹²⁸.

Şikayet şartının niteliğine göre değişiklik gösterecek hususlardan bir diğeri "*nullum crimen, nulla poena sine lege*"¹²⁹ (kanunsuz suç ve ceza olmaz) ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağıdır. Eğer şart, objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilirse yani maddi hukuka ait görülürse, bu ilkedен yararlanacaktır. Ancak şart, muhakeme şartı olarak kabul edilirse, bu korumadan mahrum kalacaktır. Aynı şekilde "*in dubio pro reo*" (şüpheden sanık yararlanır) ilkesinin uygulanması açısından da farklılık olduğu kabul edilmektedir. Buna göre, söz konusu ilke maddi hukuk alanında daha çok kusur ilkesi ile ilişkilidir ve yargılama şartları açısından

¹²⁵ Bakıcı, s. 1558; Albayrak, s. 283.

¹²⁶ Yener Ünver, "Ceza Yargılaması Normlarının Derhal Uygulanmasına İlişkin Bir Yargıtay CGK Kararının İncelenmesi", *İHFM*, C: LIV, Y:1994, s. 206.

¹²⁷ Şahin, s. 52; Özgenç, s. 562; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 566.

¹²⁸ Ancak Yargıtay'ın aksi yönde kararları mevcuttur. "*Eylemin suç tarihi itibarıyla şikayete bağlı olması sanık lehine olduğu gibi, uzlaşma kapsamında olması da sanık lehinedir.*" Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 29.09.2005 tarih ve 2005/8209 Esas ve 2005/19963 Karar sayılı kararı, Yılmaz, (Şikayet), s. 283.

¹²⁹ "*Kanun yoksa, suç da yoktur*" veya "*Kanunsuz suç ve ceza olmaz*" anlamına gelen Latince hukuk terimidir. Bu ilke Any m.38'de "*Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçlu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez*" şeklinde koruma altına alınmıştır. Yine suçta ve cezada kanunilik ilkesi başlıklı TCK m.2 'de "*Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz*" hükmü yer almaktadır.

geçerli değildir. Dolayısıyla şikayetin yargılama şartı olarak kabul edilmesi durumunda, şartın gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda şüphe olduğu takdirde, in dubio pro reo ilkesi işletilemeyecektir¹³⁰. Ancak Yargıtay'ın aksi yönde vermiş olduğu kararlar da mevcuttur¹³¹.

Şikayetin ceza muhakemesi hukuku kurumu olarak kabul edilmesinin önemli sonuçlarından birisi de "*ne bis in idem*" ilkesinin uygulanması konusundadır. Şikayetin yapılmamış veya geri alınmış olması durumunda verilen düşme kararının ne bis in idem ilkesine etkisi yoktur. Kararın kesinleşmesinden sonra mahkemenin bu yöndeki kabulüne rağmen gerekli şikayetin zamanında geçerli biçimde yapılmış olduğu ortaya çıkarsa, bu fiilden dolayı yeniden kovuşturma yapılması mümkündür. Ancak şikayete tabi olduğu düşünülen bir suç hakkında şikayette bulunulmaması veya vazgeçilmesi halinde düşme kararı verilir, daha sonra fiilin re'sen soruşturulup kovuşturulan suç olduğunun anlaşılması halinde artık daha önce verilen düşme kararının ne bis in idem etkisine sahiptir¹³². Zira söz konusu şartın maddi hukuka ait olduğunun kabul edilmesi halinde ortada kesin hüküm bulunacağı yeniden yargılama yapılması söz konusu olmayacaktır¹³³.

¹³⁰ Ersoy, s. 113-114.

¹³¹ "Amacı maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olan ceza yargılamasının en önemli ilkelerinden birisi de "kuşkudan sanık yararlanır" (in dubio pro reo) ilkesidir. Bu ilkenin özü ceza davasında sanığın cezalandırılması bakımından taşıdığı önemden dolayı göz önünde tutulması herhangi bir meselede baş gösteren kuşkunun, sanığın yararına değerlendirilmesidir. Oldukça geniş bir uygulama alanı bulan bu kural, bir suçun gerçekten işlenip işlenmediği veya işlenmiş ise gerçekleştirilme biçimi konusunda kuşku belirmesi halinde uygulanacağı gibi, dava koşulları bakımından da geçerlidir. Bunun gibi cezayı kaldıran veya hafifleten nedenlerin bulunup bulunmadığı hususundaki kuşku, sanık lehine hüküm verilmeyi gerektirir." Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 18.11.2003 tarih ve 2003/2-262 Esas ve 2003/277 Karar sayılı kararı, Ersoy, s. 115.

¹³² Öztürk, s. 33.

¹³³ Ersoy, s. 115.

II. BÖLÜM

ŞİKAYET HAKKI, HAKKIN KULLANIMI, ŞİKAYETTEN FERAGAT VE ŞİKAYETEN VAZGEÇME KURUMLARI

I. ŞİKAYET HAKKI VE ŞİKAYETİN NİTELİKLERİ

Türk Dil Kurumu sözlüğüne göre hak, *"adaletin, hukukun gerektirdiği veya birbirine ayırdığı şey, kazanç"* anlamındadır¹³⁴. Hakkın varlığından söz edebilmek için herhangi bir hukuk kuralının varlığı yeterlidir. Bu kuralın kamu veya özel hukuk alanından doğması mümkündür. Kuralın kaynağı anayasa, kanun, tüzük, kararname hatta kanunda açıkça belirtildiği hallerde örf ve adet de olabilir¹³⁵.

Şikayet hakkı, anayasal bir haktır ve her suçta mümkündür. Ancak her suçun soruşturulması ve kovuşturulması için şart koşulmamıştır¹³⁶. Anayasa, TCK ve CMK şikayet ve ihbarı, birer hak olarak kabul etmiştir. TCK m. 26/1'de yer alan *"Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez"* hükmü sayesinde hakkın kullanımı pozitif bir kaynağa kavuşturulmuştur. Dolayısıyla hukuken hak olarak kabul edilen bir alan içerisinde icra edilen fiiller hiç bir suça vücut vermez¹³⁷. Yargıtay'ın genel olarak kararlarında vurguladığı üzere, eğer ortada bir hak var ve bu hak sınırları içerisinde kullanılmış ve kötüye kullanma söz konusu değilse, hakkını kullanan kişinin eylemi suç teşkil etmeyecektir¹³⁸. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun vermiş olduğu bir karara göre; *"Anayasanın 36 ve 74. maddelerinde düzenlenen şikayet ve ihbar hakkı, hakkın kullanılması sebebiyle hukuka uygunluk halidir. Ancak bu hakkı doğuran nedenin koyduğu sınırlar içerisinde kullanılmalıdır. İhbar ve şikayet yetkili makamlara yapılmadan önce veya yapıldıktan sonra hatta böyle bir başvuru olmaksızın dahi*

¹³⁴ <http://www.tdk.gov.tr>, E.T. 22.10.2015.

¹³⁵ Faruk Erem, "Ceza Hukukunda Hakkın Kullanılması", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 41, S: 1-4, Y: 1989-1990, s. 8.

¹³⁶ Yenisey/Nuhoğlu, s.393; Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 2.Cilt**, 2. bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 2296.

¹³⁷ Ünver/Hakeri, s. 128.

¹³⁸ Ünver/Hakeri, s.131; *"Sanıkların aşamalarındaki değişmeyen savunmaları, evlerinin yanması olayı ve garaj kapı kilidinin kırıldığına ilişkin düzenlenen tutanaklar ile tutanak düzenleyicilerinin anlatımlarında "yangın çıkış nedenini tahmini olarak yazdıklarını" belirtmeleri karşısında, iftira suçunun hukuka aykırılık ögesinin ne surette oluştuğu ve şikayet hakkını kullanıp kullanmadıkları tartışılmadan ve sanıkların yakınlarının suçsuz olduğunu bilerek doğrudan kasıtlı onlara suç yüklediğine dair kanıtlar gösterilip açıklanmadan, hükümlülük kararı verilmesi, yasaya aykırıdır."* Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 17.10.2006 tarih ve 2005/7341 Esas ve 2006/15304 Karar sayılı kararı, Kazancı Hukuk Sitesi, E.T: 4.11.2015.

durumun araştırılması, şüphelenildiğinin söylenmesi arasında fark yoktur. Failin mağdurun yüklenen eylemi işlemediğini kesin olarak bildiği kanıtlanmadıkça, hakkı doğuran nedenin koyduğu sınırın aşıldığı kabul edilemez. Fail mağdurun yüklenen suçu işlemediğini bildiği halde, yetkili mercie ihbar ve şikayette bulunursa iftira suçunu, bu mercilerin dışında kalan kişilere duyurması halinde ise, hakaret suçunu işlemiş olacaktır..."¹³⁹.

Şikayet hakkı, bir "sübjektif kamu hukuku hakkı"dır. Sübjektif kamu hukuku haklarının üç niteliği bulunmaktadır. Bunlar, fert ve kamu menfaatleri birlikte bulunması, ferdin hakkının karşısında devletin bir ödevi bulunması ve bu hakların bireyin hukuki ehliyetini genişletmesidir¹⁴⁰. Şikayet hakkı da, bireyin Devletten kendi menfaatine bir şey yapmasını isteyebilme hakkını ifade eder .

Şikayet hakkı özel hukuktaki haklardan olmayıp, kamu hukuku yetkisidir¹⁴¹. Yetki, anayasa ve yasalara göre, idari işlem ve kararları alacak, idare adına irade açıklamasında bulunabilecek kamusal makam, organ, kurul, birim ya da kamu görevlilerinin ehliyetini, güç, kuvvet ve yeteneğini veya görevli olma durumunu ifade eder¹⁴². Dolayısıyla suçtan zarar görenin yaptığı görev, kamu görevi sayılmadığından yetki terimi yerine hak kavramı kullanılmaktadır¹⁴³.

Şikayet hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır¹⁴⁴ ve kural olarak mirasçılara geçmez¹⁴⁵. TCK m. 131/2'ye göre; "*Mağdur, şikayet etmeden önce ölürse, veya suç ölmüş olan kişinin hatırasına karşı işlenmiş ise; ölenin ikinci dereceye kadar üstsoy ve altsoyu, eş veya kardeşleri tarafından şikayette*

¹³⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 9.12.1994 tarih ve 1994/4-327 Esas ve 1994/348 Karar sayılı kararı, Yılmaz, (Şikayet), s.76.

¹⁴⁰ Erem/Danışman/Artuk, s. 963.

¹⁴¹ Özel hukuk anlamında hak, ferdin hukukça korunan menfaat veya varlıkların gerçekleştirilmesi veya korunmasına ilişkin irade beyanıdır. Esasen bu haklardan kullanıldıktan sonra dönülmez, şarta bağlanamaz ve dürüstlük kurallarına uygun olarak kullanılır. bkz. Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 19. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 44,65; Bu anlamda şikayet özel hukuk anlamında bir hak değil, bireye tanınmış bir kamu hukuku yetkisidir.

¹⁴² Ahmet Nohutçu, **İdare Hukuku**, 2. bs., Savaş Yayınevi, Ankara, 2009, s. 227.

¹⁴³ Kunter, s. 91.

¹⁴⁴ Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar, yasada tek tek sayılmamakla birlikte, doktrinde genel olarak, kişinin sadece kendisinin kullanabileceği, başkasına devredilemeyen ve miras yoluyla geçmeyen haklar olarak açıklanmaktadır. Bu tür haklar insanın kişiliğini yakından ilgilendirdiğinden, kullanımı yetkisi başkasına bırakılmamıştır. bkz. Cihan Şahin, "Küçüklerin Şikayet ve Şikayetten Vazgeçme Hakları", **TAAD**, S: 16 (Ocak 2014), Y: 5, s. 296.

¹⁴⁵ Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. bs., Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 90; Albayrak, s. 286.

bulunulabilir". Bu hüküm, mirasçılar doğrudan doğruya zarar görmemelerine rağmen şikayet hakkını kullanabildikleri için istisnaidir¹⁴⁶.

Şikayet hakkı miras yoluyla intikal etmemekle beraber soruşturulması ve kovuşturulması şikayet bağlı bir suçta, şikayet hakkı sahibi bu hakkı kullandıktan sonra ölmüşse, davaya devam edilmesi gerekir. Zira sanığın ölümünden farklı olarak şikayetçinin ölümünün davaya etkisi yoktur¹⁴⁷.

A. ŞİKAYET HAKKI SAHİBİ

TCK m. 73/1'e göre; *"Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan suç hakkında yetkili kimse altı ay içinde şikayette bulunmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamaz"*. Maddeden de anlaşılacağı üzere şikayet hakkı, bu konuda yetkili olanlar tarafından kullanılması gereken bir haktır.

Genel kabul gören görüşe göre, şikayet hakkı suçtan zarar gören kişi veya kişilere aittir¹⁴⁸. Ancak, kanun düzenlemesinde şikayet hakkına açıkça yer verilmemiştir. Sadece TCK m.73/4'te şikayetten vazgeçme hakkının, suçtan zarar görene ait olduğu belirtilmiştir. Bu düzenlemeden yola çıkıldığında şikayet hakkının da suçtan zarar görene ait olduğu sonucuna varılabilir¹⁴⁹. Ancak mevzuatta yer alan diğer düzenlemelerde kullanılan terim farklılıkları, bu hakkın sahibinin daha geniş yorumlanmasına sebebiyet vermektedir. CMK m. 234'ün madde başlığı *"mağdur ile şikayetçinin hakları"* olup, bu maddede sayılan haklardan biri de *"kamu davasına katılma"*dır. Kamu davasına katılma başlıklı CMK m. 237/1'e göre; *"Mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilmeye kadar şikayetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilirler"*. CMK'da yer alan bu maddeler incelendiğinde karşımıza *"mağdur"*, *"suçtan zarar gören"*, *"şikayetçi"* kavramları çıkmaktadır. CMK m. 234 ve 237 birlikte yorumlandığında şikayet hakkı

¹⁴⁶"Şikayet hakkı kişiye sıkı surette bağlı haklardan olup, mağdurenin de sanığın kendisini yaralamasından sonra yasal süresi içerisinde 06.05.2003 tarihinde savcılıkta verdiği ifadesinde sanıktan şikayetçi olduğu anlaşıldığı halde, yazılı şekilde mağdurenin vasi tayinine kadar şikayet hakkını kullanmadığından bahisle davanın düşürülmesine karar verilmesi..." Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 30.03.2006 tarih ve 2006/6954 Esas ve 2006/6207 Karar sayılı kararı, Albayrak, s. 286.

¹⁴⁷ İçel, s. 223.

¹⁴⁸Erem, (Ustül), s. 179; İçel, s.222; Toroslu/Feyzioğlu, s. 50; Koca/Üzülmez, s. 360; Kısık, s. 47; Demirtaş, s. 59; Albayrak, s. 286.

¹⁴⁹ Yenisey/Nuhoğlu, s. 396.

sahibinin mağdur ve suçtan zarar gören olduğu sonucuna varılabilir. Dolayısıyla TCK m.73/4'ten yola çıkarak şikayet hakkını sadece suçtan zarar gören ferde tanıyıp, suçun mağduruna bu hakkı vermeyen görüşe katılmıyoruz¹⁵⁰. Zira şikayetin pek çok gayesi olmakla birlikte esas varlık sebebinden birisi, mağduru korumaktır. Bu nedenle sadece lafzi yorum yaparak şikayet hakkını suçtan zarar görene tanıyıp, mağduru bu haktan yoksun bırakmak, şikayet kurumuyla ulaşılması amaçlanan hedeflerin en iyi şekilde gerçekleştirilmesine hizmet etmemektedir.

1. Mağdur ve Suçtan Zarar Gören Kavramları

Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur Olanlara Adalet Sağlanmasına Dair Temel Prensipler Deklarasyonu m.1'e göre, *"Üye Devletlerin yetki istismarını suç olarak yasaklayan kanunları gibi yürürlükte bulunan ceza kanunlarının eylem veya ihmal yoluyla ihlal edilmesi nedeniyle, bireysel veya toplu bir olarak, fiziksel veya ruhsal biçimde yaralanma da dahil olmak üzere manevi acılar çeken, ekonomik kayba uğrayan veya temel hakları esaslı bir biçimde zayıflayan ve bu suretle zarar gören kimseye "mağdur" denir"*. Ceza hukuku bakımından mağdur, suçun maddi unsurlarından birisidir ve suçun zarar verdiği değerın sahibidir yani suçun maddi konusunun sahibidir¹⁵¹. Bir diğer tanıma göre mağdur, suç ile korunmak istenen hukuki yararın sahibi olan gerçek kişilerdir¹⁵². Ayrıca mağduru, suçun pasif süjesi olarak nitelendiren yazarlar da vardır¹⁵³. Örneğin, kasten öldürme suçunda ölen kişi, hırsızlık suçunda malı çalınan kişi mağdurdur.

Doktrinde suç mağdurunun gerçek kişi haricindeki kişi veya topluluklar olup olmayacağı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Hem gerçek hem de tüzel kişilerin suç mağduru olabileceği yönündeki görüşe karşılık; bir diğer görüş suçun dar anlamda mağdurunun sadece gerçek kişi olabileceğini savunmaktadır¹⁵⁴. Ayrıca suçun mağduru belli kişi veya kişiler olabileceği gibi tüm toplumda olabilir. Eğer suç ile korunmak istenen hukuksal değer sadece belli kişi veya kişilere ait değilse

¹⁵⁰ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 670.

¹⁵¹ Hakeri, s.131; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 282.

¹⁵² Özbek v.d., (Genel), s. 222.

¹⁵³ Soyaslan, s. 247; Suç oluşturan eylemden doğrudan doğruya zarara uğrayan kişi o suçun pasif süjesidir. Suçun gerçekleşmesi için pasif süjenin taşıyıcılığını yaptığı yararın ihlali zorunludur. Dolayısıyla pasif süje, ceza hukuku tarafından korunan hakkın öznesidir. bkz. Nevzat Toroslu, *Cürümlerin Tesnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 176.

¹⁵⁴ Değirmenci, s. 38.

mağdur, o toplumda yaşayan herkeştir¹⁵⁵. Genel kabul gören görüş, tüzel kişilerin suç mağduru olamayacağı ancak suçtan zarar gören olabileceği yönündedir¹⁵⁶. Tüzel kişilerin suç mağduru olamayacağı görüşü kabul edildiği takdirde, şikayet hakkını sadece suç mağduruna tanımak, tüzel kişilerin zarar gördüğü suçlar karşısında şikayet hakkını kullanamayacağı ve bu suçun takibi şikayete bağlı olması halinde şikayet şartı gerçekleşmeyeceği için cezasız kalacağı sonucunu doğurur. Dolayısıyla şikayet hakkının hem mağdura hem de suçtan zarar görene ait olduğunu söylemek daha doğru olacaktır.

Suçtan zarar gören ile mağdur kavramları birbirinden farklıdır. Suçun mağduru, suçtan zarar gören kişi olmakla birlikte bazı hallerde suçtan zarar gören kişi ile suçun mağduru farklı kişiler olabilmektedir. Başka bir ifadeyle mağdur, aynı zamanda bir suçun işlenmesi sonucu zarar görendir ancak, her suçtan zarar gören için aynı çıkarım yapılamaz. Örneğin, kasten öldürme suçunda ölen kişi suçun mağduru iken, ölenin yakınları suçtan zarar görendir¹⁵⁷.

Suçtan zarar gören kavramının kanunda bir tanımı bulunmamaktadır. Bu kavram, fazlaca genişletilmeye elverişli olması sebebiyle, bazı yazarlar suçtan doğrudan ve dolayısıyla zarar gören ayrımı yapma yoluna gitmişlerdir¹⁵⁸. Dar anlamda suçtan zarar görme, suçtan doğrudan doğruya zarar görmeyi ifade ederken; geniş anlamda zarar görme, suçtan dolayısı ile zarar görmeyi ifade eder¹⁵⁹. Dar görüş olarak adlandırılan görüşe göre, doğrudan doğruya zarar gören ve ceza ile korunan hukuki menfaati zedelenen kişi, suçtan zarar görendir. Zarar vermek veya tehlikeye sokmak suretiyle hukuki menfaatine dokunulan kişi suçtan zarar görendir. Örneğin, dar görüşe göre, tehdit suçunda suç sebebi ile psikolojik bakımdan etkilenen kişi, suçtan doğrudan zarar görendir. Dolayısıyla şikayet hakkı doğrudan zarar görene tanınmalıdır¹⁶⁰. Buna karşılık geniş görüş, dolayısıyla zarar gören ve ceza ile korunan

¹⁵⁵ Fatma Doğan Karakaş, "Suçtan Doğan Mağduriyetin Devlet Tarafından Giderilmesi ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı", *TBB Dergisi*, S: 95, Y: 2011, s. 203.

¹⁵⁶ Hakeri, s.132.

¹⁵⁷ Doğan Karakaş, s.204; Değirmenci, s.41; Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II*, 12. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 1999, s. 427.

¹⁵⁸ Katoğlu, s. 660.

¹⁵⁹ Demirtaş, s. 61.

¹⁶⁰ Erem/Danişman/Artuk, s. 201; Demirtaş, s. 62; "Bir olayda suçtan zarar göreni belirlerken, sanığa yüklenilen ve cezalandırılması istenilen fiille haklı bir çıkarı zedelenen kişinin ceza kovuşturması konusundaki isteği göz önünde tutulup, haklı görüldüğünde kişiye suçtan zarar görme niteliği tanınmalıdır", Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 17.06.2003 tarih ve 2003/1-172 Esas ve 2003/194 Karar sayılı kararı, Yılmaz, (Şikayet), s. 115.

hakkı zedelenen kişiyi suçtan zarar gören olarak kabul etmektedir. İcra edilen fiil neticesinde çıkarı zedelenen ve tepkisi haklı görülen herkes suçtan zarar görendir¹⁶¹. Kanaatimizce suçtan zarar gören kavramını bu denli geniş yorumlamak, ceza muhakemesini içinden çıkılamayacak derecede karmaşıklatacaktır. Bu nedenle şikayet kurumunun mağduru koruma amacına paralel olarak, suçtan zarar gören kavramının bu noktada dar yorumlanması gerektiği yönündeki görüş¹⁶² daha isabetlidir. Örneğin, evli kadına karşı gerçekleştirilen hakaret suçunda koca da suçtan doğrudan doğruya zarar gören olacaktır¹⁶³.

Mevzuat içerisinde ister ceza kanunlarında ister ceza muhakemesi kanunlarında olsun, suçtan zarar gören kavramına ilişkin bir tanım bulunmadığını daha önce de belirtmiştik. Çünkü bu kavram ilgili olduğu yakın kavramlar içerisinde çeşitli görünümde ortaya çıkabilir ve ihtiyaca göre yorumlanmalıdır. Örneğin, şikayet hakkını kullanabilecek kişileri saptamak için kabul edilen suçtan zarar gören kavramı ile kamu davasına katılma bakımından suçtan zarar gören kavramının kapsamı farklı olacaktır¹⁶⁴. Nitekim muhakeme şartı olan şikayete tabi bir suç işlendiği zaman, bu suçun muhakemesi için asıl suçtan zarar görenin şikayet hakkını kullanması, bu suçtan daha az zarar gören kişinin şikayet hakkını kullanmasından daha makuldür. Bu durum ise, şikayetin söz konusu olduğu suçlarda suçtan zarar gören kavramının dar yorumlanması gerektiği görüşünü desteklemektedir¹⁶⁵.

¹⁶¹ Adnan Yağcı, **Ceza Muhakemesinde Suçtan Zarar Görenin Görevi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 1993, s. 5-6.

¹⁶² Güngör, s. 45; Koca/Üzülmez, s. 361; "Suç işlendiğinde ihbarda bulunup şikayetçi olan kişi, "korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda silahla ateş etmek suçundan" doğrudan zarar görmemiştir. Hakkındaki katılma kararı da kaldırılan şikayetçinin hükmü temyiz etme hakkı da bulunmamaktadır " Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 25.11.2011 tarih ve 2011/14191 Esas ve 2009/13696 Karar sayılı kararı, Kazancı Hukuk Sitesi, E.T: 29.10.2015.

¹⁶³ Koca/Üzülmez, s. 361.

¹⁶⁴ Erdener Yurtcan, **Şahsi Dava ve Uygulaması**, 3.bs., Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1989, s. 41; "Kamu davasına katılabilmek için suçtan doğrudan doğruya zarar görülmesi gerekir. Dolaylı zararlar nedeniyle kamu davasına katılmak olanaksızdır. Suçtan doğrudan doğruya zarar görmeyen bir kimsenin, kamu davasına katılmasına karar verilemeyeceği gibi, yasaya aykırı olarak verilen ve hukuken geçerli olmayan böyle bir katılma kararı da hükme karşı yasal yollara başvurma hakkı vermez." Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 01.02.2000 tarih ve 19996-320 Esas ve 2000/6 Karar sayılı kararı, Yılmaz, (Şikayet), s. 83.

¹⁶⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 571; Demirtaş, s. 63; Suçtan zarar gören kişi terimi suç mağdurunu kapsamakla birlikte, burada savcının kendiliğinden hareket kaidesinin istisnası söz konusu olduğundan yine de dar yorumlanmalı ve doğrudan doğruya zararın varlığı aranmalıdır. bkz. Yenisey/Nuhoglu, s. 396; Alman öğretisinde çoğunlukça kabul edilen görüşe göre; Suçtan zarar görene verilen bu yetki kamu davasının mecburiliği ilkesine istisna teşkil etmesi sebebiyle dar yorumlanmalı ve bu kavrama dar bir çerçeve çizilmelidir. bkz. Yurtcan, s. 42.

Suçtan zarar gören kavramının sınırları belirlenirken göz önünde tutulması gereken husus, icra edilen fiille haklı bir çıkarı zedelenen kişinin ceza kovuşturmasındaki isteği ile bu kişinin fiilin cezalandırılmasıyla tatmin edilme gereksinimidir. Bu iki hususun karşılaştırılması sonucunda isteğin haklı görülmesi halinde kişiye suçtan zarar gören sıfatını tanınacaktır. Böyle bir kriter kesin sonuca götürmese de hakimin somut olayın şartlarını da göz önünde bulundurarak daha doğru sonuca varması olanaklı kılınabilir¹⁶⁶.

2. Şikayet Hakkını Kullanma Ehliyeti

Şikayete bağlı suçların soruşturulması ve kovuşturulması ancak şikayet hakkı sahibinin bu hakkı kullanmasıyla mümkündür. Eğer şikayeti buna yetkili olmayan bir kimse yapmış ise, şikayet geçersizdir ve şikayet hakkı olan kişi tarafından sonradan onay verilmiş olması geçersiz olan şikayeti geçerli hale getirmez¹⁶⁷. Şikayet hakkını kullanma ehliyetine sahip kişiyi gerçek ve tüzel kişiler açısından ayrı ayrı incelemek daha faydalı olacaktır.

a. Gerçek Kişiler Bakımından

Daha önce de belirttiğimiz gibi şikayet hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır ve hak sahibi tarafından bizzat kullanılması gerekmektedir¹⁶⁸. Ancak kişinin sahip olduğu hakları kullanabilmesi için Medeni Kanun anlamında bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. TMK m. 9'a göre; *"Fiil ehliyetine sahip olan kimse, kendi fiilleriyle hak edinebilir ve borç altına girebilir"*. Ancak fiil ehliyetine sahip olabilmek için; ayırt etme gücüne sahip olmak, kısıtlı olmamak ve ergin olmak gerekmektedir. Kişi ilgili maddede belirtilen yaşı doldurmayla, evlenmeyle veya mahkeme kararıyla ergin kılınabilir. Ayırt etme gücüyle ilgili olarak TMK m. 13'de *"Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir"* hükmü yer

¹⁶⁶ Yurtcan, s. 57.

¹⁶⁷ Öztürk v.d., s. 48.

¹⁶⁸ Koca/Üzülmez, s. 361; Şikayet hakkı malvarlığı hakları arasında olmaması sebebiyle kural olarak mirasçılara geçmez ve devri mümkün değildir. bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2298.

almaktadır. Maddede belirtilen şartların varlığıyla kişinin fiil ehliyetine sahip olduğu kabul edilir.

Fiil ehliyetine sahip olan şikayet hakkı sahibi bu hakkı doğrudan kendisi kullanabilir¹⁶⁹. Avukatlık Kanunu m. 35'e göre; *"Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir"*. Dolayısıyla suçtan zarar görenin, şikayet hakkını, onun yerine sadece avukatı vekil sıfatı ile kullanabilir¹⁷⁰.

Suçtan zarar gören şahsın mümeyyiz olmaması veya küçük olması durumunda kanuni temsilci, temsil ettiği kişinin adına şikayet hakkını kullanabilir. Kişinin mümeyyiz olmaması durumunda ehliyetsiz sayılacağı için TMK m. 15'e göre; *"Kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukukî sonuç doğurmaz"*. Böyle bir durumda şikayet hakkının kanuni temsilci tarafından kullanılacağına ilişkin şüphe bulunmamaktadır¹⁷¹.

Mümeyyiz olup da ergin olmayan küçükler açısından TMK m. 16 *"Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir"* hükmünü ihdas etmiştir. Bu hüküm karşısında ayırt etme gücüne sahip küçüğün şikayet hakkını tek başına kullanıp kullanmayacağı çözümlenmesi gereken bir meseledir.

TMK ayırt etme gücüne sahip olan kişilere sınırlı da olsa ehliyet tanımış ve özellikle şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımını onların inisiyatifine bırakmıştır. Ancak kanunda kişilerin hangi yaşa kadar ayırt etme gücüne sahip olacağına dair bir yaş sınırlaması yer almamaktadır¹⁷². Bunun sonucu olarak küçüğün ayırt etme

¹⁶⁹ "...takibi şikayete bağlı olan sarkıntılık suçunun suç tarihinde reşit bulunan mağdureye karşı işlenmiş bulunduğu anlaşılmasına göre, usulüne uygun yapılmış bir şikayetin bulunmadığı, mağdurenin intiharından sonra babasının ve kocasının şikayetinin geçerli sayılmayacağı dikkate alınmadan.." Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 17.04.2002 tarih ve 2001/4689 Esas ve 2002/2601 Karar sayılı kararı, Bakıcı, s. 1572.

¹⁷⁰ Demirtaş, s. 66; Kunter, s.89; İçel, s. 223.

¹⁷¹ Güngör, s. 47; Yenisey/Nuhoglu, s. 396.

¹⁷² İtalyan Ceza Kanunu'nun şikayet hakkı başlıklı 120. maddesine göre; on dört yaşını tamamlamış olan küçüğün veya akıl hastalığı olan kişinin şikayet hakkı ailesi veya kanuni temsilcisi tarafından

gücünden yoksun olup olmadığı her somut olaya göre değerlendirilecektir¹⁷³. Yargıtay'ın bu konuda farklı kararları bulunmaktadır. Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin vermiş olduğu bir kararda şu şekilde hüküm kurmuştur; "*Mümeyyiz küçükler kanuni mümessillerinin rızası olsun olmasın doğrudan doğruya şahıslarına karşı işlenmiş suçlardan şikayet hakkına sahiptir. 15 yaşını bitirmeyen küçüklerin şikayetlerinin geçerli sayılması ancak mümeyyiz olduklarının raporla saptanmasına bağlıdır*"¹⁷⁴.

Mümeyyiz küçüklerin kendilerine karşı işlenmiş suçlardan dolayı şikayet hakkı bulunduğu kabul edildiğine göre, yasal temsilcinin rızası olsun veya olmasın bu hakkı kullanıp kullanmama yönünde özgür iradeye sahiptir. Eğer mümeyyiz küçük şikayet hakkını kullanmama yönünde bir tercihte bulunduyorsa, artık onun yerine yasal temsilcinin şikayet etmesi gibi bir durum söz konusu olmamalıdır¹⁷⁵. Ancak bir diğer görüşe göre, mümeyyiz küçük veya kısıtlılara karşı işlenmiş suçlarda hem bu kişiler hem de yasal temsilci şikayet hakkına sahiptir. Yasal temsilci, küçük veya kısıtlının rızası olsun veya olmasın şikayet edebilir¹⁷⁶. Bizce de küçük veya kısıtlılara karşı işlenmiş suçlarda yasal temsilci, suçtan zarar gören vasfına haizdir. Eğer küçük veya kısıtlının irade ve algılama yeteneği gelişmemişse sadece yasal temsilcinin şikayet hakkı bulunurken, bu kişilerin mümeyyiz olması durumunda hem onların hem de yasal temsilcinin şikayet hakkı vardır.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan suçtan zarar görenlerin şikayet hakkını kanuni temsilcileri kullanır. Kişi eğer velayet altında ise, şikayet hakkını velayet

kullanılabilir. On dört yaşındaki küçük veya akıl zayıflığı olan kişi, şikayet hakkını tek başına kullanabileceği gibi, bu kişilerin aksi yöndeki iradelerine rağmen bu hak aileleri, kanuni temsilcileri ve velileri tarafından kullanılabilir. bkz. Güngör, s. 48.

¹⁷³ Vehbi Umut Erkan, İpek Yücer, "Ayırt Etme Gücü", *AÜHFD*, C: III, S: 60, Y:2011, s. 489-490.

¹⁷⁴ Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 09.11.2004 tarih ve 2004/6183 Esas ve 2004/728 Karar sayılı kararı, Yılmaz, (Şikayet), s. 263; Yargıtay'ın konuyla ilgili olarak 15.04.1942 tarihinde vermiş olduğu bir İçtihadı Birleştirme Kararı bulunmaktadır. Bu karara göre; "*MK'nın 16. maddesinde şahsa merbut olan haklardan dolayı mümeyyiz olan küçüklerin dava haklarına malik bulundukları tasrih edilmek suretiyle suçtan zarar gören mümeyyiz küçüklerin kendi kendilerine dava ve şikayette bulunmaları tecviz edilmiş olmasına CMUK'un 344. maddesi hükmünce kanuni mümessillere şahsi dava açmak hakkının verilmesi, doğrudan doğruya suçtan zarar gören ve MK hükümlerince şahsa merbut olan haklarından dolayı dava açmaya fiilen salahiyyetler olan mümeyyiz küçüklerin gerek 344. maddede gösterilen ve gerek bu maddenin dışında kalan şahsa karşı işlenmiş suçlardan dolayı dava açmak hak ve salahiyyetlerini nez etmeyeceğine ve temsil hakkına malik olan kimselerin bu husustaki salahiyyetleri mümeyyiz küçüklerin dava ve şikayette bulunmadıkları takdirde onların yerine kaim olmak menfaatlerini himaye etmekten ibaret bulunmasına nazaran kanuni mümessilin rızası olsun olmasın mümeyyiz küçüklerin doğrudan doğruya şahıslarına karşı işlenmiş olan suçlardan dolayı dava ve şikayet hakkına malik olduklarına karar verilmiştir.*" Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 15.04.1942 tarih ve 1940/17 Esas ve 1942/9 Karar sayılı kararı, Bakıcı, s. 1562.

¹⁷⁵ Demirtaş, s. 72.

¹⁷⁶ Erem/Danışman/Artuk, s. 969.

hakkı sahibi anne veya baba kullanır. Eğer velayet hakkı anne ve babaya ait ise her ikisi tarafından birlikte kullanılır¹⁷⁷. Velayet, çocuğun ve istisnai olarak ergin kısıtlının kişiliğine ve malvarlığına özen gösterme, çıkarlarının korunması ve onu temsil etmede yasanın anne babaya yüklediği yükümlülük ve haktır¹⁷⁸. Kural olarak velayet, ana baba arasında taksim edilemez¹⁷⁹. TMK m. 336'ya göre; *"Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanırlar"*. Eski Medeni Kanun'un 263. maddesi anne ve babanın uyuşmazlığa düştüğü noktada babanın kararına üstünlük tanımaktaydı. Ancak bu durum eşitsizlik yarattığı gerekçesiyle doktrinde haklı eleştirilere maruz kalmıştı¹⁸⁰. Günümüzde TMK m. 336 ile uyumlu olarak bu hakkın birlikte kullanılacağı kabul edilmekte ve uyuşmazlığa düşüldüğü noktada TMK m. 195 *"Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi hâlinde, eşler ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebilirler. Hâkim, eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır; onları uzlaştırmaya çalışır ve eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını isteyebilir."* hükmüne göre hakim müdahalesi istenebilmektedir. Yargıtay'ın bu konuda vermiş olduğu bir karara göre, *"Türk Medeni Kanunu'nun 336. maddesi gereğince katılan küçük üzerindeki velayet hakkını tek başına kullanamayacağından mağdurun annesi S.K. nin 15.01.2009 tarihli sanıktan şikayetçi olmadığına dair beyanı tek başına hukuki değer taşımadığından 27.01.2009 tarihli dilekçesi ile aynı tarihli dilekçesi ile aynı tarihli ifadesinde sanıktan şikayetçi olduğunu bildirmiş olması ve eşi N.K. nin 28.08.2009 tarihli savcılık ifadesinde sanıktan şikayetçi olduğunu bildirmiş olması karşısında; şikayet hakkının yasal süresi içinde kullanılmış olduğu görülmekle tebliğnamedeki görüşe iştirak edilmemiştir"*¹⁸¹.

Suçtan zarar gören ile kanuni temsilci arasında menfaat çatışması varsa şikayet hakkı kanuni temsilci tarafından yine de kullanılabilir mi? Örneğin, anne ve babası tarafından kendisine hakaret içerikli cümleler sarf edilen bir ayırt etme gücü bulunmayan küçüğün bu suç dolayısıyla velilerini şikayet etme hakkı kim

¹⁷⁷ Daha önce doktrinde kabul gören ve Yargıtay kararlarında da yer alan görüşe göre, on sekiz yaşını doldurmamış mağdurun kanuni temsilcisi olarak babasının şikayet hakkı vardır. bkz. Fahrettin Kıyak, "Ceza Kanununda Şikayet Hakkı", *Ankara Barosu Dergisi*, S:1 Y: 1958, s. 16.

¹⁷⁸ Özge Yücel, *Çocuğun Kayıym Tarafından Temsili*, Turhan Kitapevi, Ankara 2011, s. 32.

¹⁷⁹ Selma Çetiner Baktır, *Velayet Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s. 47.

¹⁸⁰ Selma Çetiner Baktır, s. 27.

¹⁸¹ Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 25.03.2013 tarih ve 2013/2105 Esas ve 2013/7265 Karar sayılı kararı, Cihan Şahin, s. 297-298.

tarafından kullanılacaktır? Burada hakaret suçunun faili anne ve baba olması sebebiyle kişinin kendi kendisini şikayet edebilme imkanının varlığı sorun oluşturacaktır. Kanaatimizce burada suç failinin şikayet hakkı bulunmaması dolayısıyla TMK m. 426' da yer alan *"Bir işte yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati çatışıyorsa, vesayet makamı, ilgisinin isteği üzerine veya re'sen temsil kayyımı atar"* hükmü uygulanıp, suçtan zarar görene kayyım tayin edilecektir¹⁸².

b. Tüzel Kişiler Bakımından

TMK m. 47'ye göre; *"Başlı başına bir varlığı olmak üzere, örgütlenmiş kişi toplulukları ve belli bir amaca özgülenmiş olan bağımsız mal toplulukları, kendileri ile ilgili özel hükümler uyarınca tüzel kişilik kazanırlar"*. Hak sahibi olmak sadece gerçek kişilere özgü bir nitelik değildir. Hukuk düzeni tarafından kendilerine haklara ve borçlara sahip olma iktidarı yani hak süjesi olma niteliği tanınan topluluklara tüzel kişi denir¹⁸³. Günümüzde hukukun kişi olarak tanıdığı tüzel kişilerin hak ehliyetine sahip olduğu yönünde şüphe bulunmamaktadır. Tüzel kişiler bu kapsamda şahıs ve mal varlığına ilişkin haklara sahip olabilir, borç altına girebilir hatta bir davada taraf olma ve dava ehliyetine de sahiptir. Ancak tüzel kişilerin yapıları gereği hak ehliyetine bazı sınırlamalar getirilmiştir¹⁸⁴. Bu sınırlamaların bir kısmı da ceza hukukuna ilişkindir. Tüzel kişilerin suç mağduru olup olamayacağı tartışmalı bir husustur. Bir görüşe göre, tüzel kişiliği olan bir topluluk tüzel kişilere karşı işlenebilen tüm suçlarda suçun mağduru konumundadır¹⁸⁵. Ancak öğretide genel kabul gören görüşe göre, tüzel kişiler suç mağduru olamaz ancak suçtan zarar gören olabilir¹⁸⁶. Diğer suçtan zarar görenler gibi tüzel kişiler de kendilerine karşı işlenmiş takibi şikayete bağlı suçlarda soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için şikayet

¹⁸² Cihan Şahin, s.297; Kanuni temsilci veya zorunlu vekilin şikayet iradesi ile on beş yaşından küçük mağdurun iradesinin farklı olduğu durumlarda temsilci veya vekilin iradesine üstünlük tanınır. Çocuğun üstün menfaati gereği irade açıklamasının sakıncalı olduğu durumlarda çocuk mahkemesi hakiminin karar vermesi yerinde olur. bkz. Yenisey/Nuhoğlu, s. 396.

¹⁸³ Turgut Akıntürk, Jale Akipek, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 11. bs., Beta Yayınları, Ankara, 2014, s. 490.

¹⁸⁴ Yasin M. Aslan, "Türk Hukukunda Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu", *Ankara Barosu Dergisi*, S:68, Y:2010/2, s. 235-236.

¹⁸⁵ Dönmezer/Erman, (Cilt II), s. 427.

¹⁸⁶ Özgenç, s. 210; Koca/Üzülmüş, s. 107.

hakkını kullanmalıdır. Tüzel kişiler sahip olduğu bu hakkı yetkili organları aracılığıyla kullanırlar¹⁸⁷.

B. ŞİKAYET SÜRESİ

1. Şikayet Süresinin Hukuki Mahiyeti

TCK m. 73/1'e göre; *"Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan suç hakkında yetkili kimse altı ay içinde şikayette bulunmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamaz"*. Maddeden de anlaşılacağı üzere şikayet süresi altı aydır. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrasında geçen *"zamanaşımı süresini geçmemek koşuluyla"* ibaresi göz önünde bulundurulduğunda, bu hakkın kullanılabileceği altı aylık sürenin dava zamanaşımı içerisinde bulunması gerektiği sonucuna varılır.

Kanunun lafzıyla şikayet, belli süre içerisinde kullanılması gereken yetkiyi ifade etmektedir. Bu süre kesin olup, sürenin geçmesinden sonra şikayet hakkı kullanılamaz¹⁸⁸. Şikayet süresi, hukuki mahiyeti itibariyle hak düşürücü süre olarak kabul edilir¹⁸⁹. Hak düşürücü süre, bir hakkın kullanılması için yapılması gereken işlemin süresi içinde yapılmaması sonucunda hakkın düşmesine neden olan süredir¹⁹⁰. Hak düşürücü sürenin zamanaşımından en önemli farkı sürelerin başlangıç anı noktasındadır. Nitekim dava zamanaşımının başlangıcı suçun işlendiği gündür; buna karşılık hak düşürücü süre, suçtan zarar görenin filli ve failin kim olduğunu öğrendiği günden itibaren başlar¹⁹¹. Hak düşürücü sürenin geçmesiyle birlikte şikayet hakkı düşer. Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlarda bu şekilde ne çok uzun ne de şikayet hakkının kullanılmasına engel olacak derecede kısa olmayan bir sürenin belirlenmiş olmasının sebebi, bir yandan suç failinin dava zamanaşımı süresince sürekli kovuşturma tehdidi altında bulunmasına engel olmak diğer yandan kovuşturma makamlarının duraksama içinde olup, uzun süre tereddüt içerisinde kalmamalarını sağlamaktır¹⁹².

¹⁸⁷ Koca/Üzülmez, s. 362; Kısık, s. 50; Demirtaş, s. 68.

¹⁸⁸ Koca/Üzülmez, s. 362.

¹⁸⁹ Özbek v.d., (Muhakeme), s. 134.

¹⁹⁰ Güngör, s. 57.

¹⁹¹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 571.

¹⁹² Dönmezer/Erman, (Cilt I), s. 329; İçel, s. 227.

Şikayet için kanunda öngörülen süre hak düşürücü süre olması sebebiyle zamanaşımını durduran ve kesen sebepler burada uygulanmaz¹⁹³. Ancak kusuru olmaksızın sürenin geçirilmesi halinde CMK m.40 "*Kusuru olmaksızın bir süreyi geçirmiş olan kişi, eski hale getirme isteminde bulunabilir*" hükmü gereği eski hale getirme kurumunun uygulanıp uygulanamayacağı hususu tartışmalıdır. Doktrinde ağırlıklı görüş, kusursuz olarak sürenin kaçırılması halinde eski hale getirme kurumunun işletilmesi gerektiği yönündedir¹⁹⁴. Aksi görüşte olan yazarlara göre, kanun koyucu suçtan zarar görene tanıdığı şikayet hakkını süreye tabi tutmakta toplumsal fayda görmüştür. Aksi takdirde suçtan zarar gören şahsın eline, kötüye kullanabileceği çok kuvvetli bir silah verilmiş olurdu. Bu nedenle hak düşürücü süre olan şikayet süresinin eski hale getirme yolu ile uzatılmaması gerekmektedir¹⁹⁵. Bu tartışmanın odak noktasını ise, şikayetin hukuki niteliği oluşturmaktadır. Eski hale getirme, muhakeme hukukunun hak düşürücü süreleri bakımından kabul edilmiş bir kurumdur¹⁹⁶. Şikayet, genel olarak TCK'da düzenlenmiş olmasına rağmen, şikayetin muhakeme şartı olması sebebiyle ceza muhakemesi kurumu olduğu ve şikayet süresinin de hak düşürücü süre olduğu görüşü ağırlıklı olarak kabul görmektedir¹⁹⁷. Dolayısıyla şikayet hakkının kullanımı için öngörülen sürenin kusursuz olarak kaçırılmış olması durumunda eski hale getirme kurumunun işletilmesi mümkündür.

2. Şikayet Süresinin Doğum Anı

TCK m. 73/2'ye göre; "*Zamanaşımı süresini geçmemek koşuluyla bu süre, şikayet hakkı olan kişinin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden başlar*". İlgili hüküm göz önüne alındığında kanun koyucu altı aylık sürenin başlaması için şikayet hakkı sahibinin "*fiilin ve failin*" kim olduğunu bilmesi veya öğrenmesini aramıştır. Ancak şikayet hakkının kullanılabilmesi için, o suça ilişkin

¹⁹³Yenisey/Nuhoğlu, s. 397; Özbek v.d., (Muhakeme), s. 134; Güngör, s.57.

¹⁹⁴Özbek v.d., (Muhakeme), s. 134.

¹⁹⁵Yenisey/Nuhoğlu, s. 397; Kunter, s. 90; Koca/Üzülmez, s. 362; Aynı görüşte olan yazarlara göre, şikayet için kabul edilen altı aylık süre bir zamanaşımı süresi olmayıp, hak düşürücü süredir. Bu itibarla hiçbir şekilde uzayamaz, kanuni ve kesindir. Yine bu sebeple sürenin başlangıç ve sonu, zamanaşımına ilişkin kurallara göre değil, ceza usulündeki mehillere göre hesaplanır ve mücbir sebepler dolayısıyla süre içerisinde şikayette bulunulmaması halinde, eski hale getirme yoluna başvurma imkanı yoktur. bkz. Dönmezer/Erman, (Cilt I), s. 332.

¹⁹⁶Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 175; Eski hale getirme, ancak Usul Kanunu'ndaki süreler hakkında kabul edilmiştir. Bu itibarla usul süresi sayılmayan hallerde (şikayet süresi gibi) eski hale getirme yoluna gidilemez. bkz. Erem, (Usul), s. 272.

¹⁹⁷Güngör, s. 58.

dava zamanaşımı süresinin dolmamış olması gerekir. Her ne kadar şikayet hakkının kullanılması için failin kim olduğunu öğrenmek şart değilse de kanun şikayet hakkı sahibinin lehine olarak süreyi, fiili ve faili öğrenme tarihinden itibaren başlatmaktadır. Suçun işlenmesinden önce şikayet hakkı henüz doğmadığı için şikayet edilemez¹⁹⁸.

Kanun koyucu madde metninde kasıtlı olarak "*bilmek veya öğrenmek*" terimlerini kullanmıştır. Çünkü bu iki kelime çoğu zaman birbirleri yerine kullanılsa ve yakın anlamlara sahip olsalar da tamamen aynı anlama sahip değildir. Türk Dil Kurumuna göre *bilmek*, "*bir şeyi anlamış veya öğrenmiş bulunmak*"tır; *öğrenmek* ise, "*bilgi edinmek, haber almak*" anlamlarına gelmektedir¹⁹⁹. Örneğin, kişi gece evine geldiğinde kapının açık olduğunu veya bazı eşyaların yerinin değişmiş olduğunu görmesi halinde birilerinin evine girdiğini bilir; ancak kendisi evde yokken komşusunun gelip, birilerinin ondan habersiz evine girdiğini söylemesi halinde ise, öğrenir.

Kanun şikayet süresini "*şikayet hakkı olan kişi*"nin fiili ve faili bildiği veya öğrendiği günden itibaren başlatmaktadır. Şikayet hakkının kanuni temsilci aracılığıyla kullanıldığı durumlarda, kimin haberdar olduğu anın esas alınacağı tartışma konusu olabilir²⁰⁰. Kanaatimizce mümeyyiz küçük ve kısıtlılar şikayet hakkını doğrudan kullanabildiklerinden, bu kişilerin öğrenme anları esas alınmalıdır. Eğer velayet veya vesayet altındaki kişi henüz mümeyyiz değilse, şikayet hakkının sahibi veli veya vasinin öğrenme anı, sürenin başlangıç anı olacaktır.

Süre ay ile belirlendiğinden, sürenin başladığı günün son ayda sayı itibarıyla karşılığı olan günün mesai bitiminde sona erer. Son bulunduğu ayda sayı itibarıyla karşılığı olan gün yoksa; süre ayın son günü mesai saati bitiminde sona erer. Son gün tatil gününe denk gelirse süre, tatilin ertesi günü biter²⁰¹.

Şikayet süresi ile ilgili bir uyuşmazlık çıktığında "*bilme*"nin veya "*öğrenme*"nin ne zaman gerçekleştiği tespit edilmelidir. Ancak burada hakimnin sürenin dolup dolmadığı konusunda vicdanen kanaat getirmesi aranmalıdır. Eğer şikayetin süresinde yapılıp yapılmadığı konusunda bir sonuca varılamazsa "*şüpheden*

¹⁹⁸ Dönmezer/Erman, (Cilt I), s. 329; İçel, s.227; Kunter, s. 90.

¹⁹⁹ <http://www.tdk.gov.tr>, E.T: 01.06.2016.

²⁰⁰ Erem/Danışman/Artuk, s. 208.

²⁰¹ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2307.

sanık yararlanır" ilkesi gereği sürenin geçtiği kabul edilmelidir²⁰². Ancak muhakeme şartları bakımından söz konusu ilkenin geçerli olup olmadığı tartışmalıdır. "*Şüpheden sanık yararlanır*" ilkesi hem usul hukukunda hem maddi hukukta kabul görmüş bir ilkedir. Bir yargılama değil de ispat ilkesi olan bu ilke, sadece maddi konularda elde edilmesi mümkün tüm delillerin toplanmasına rağmen durumun kuşkulu kalması halinde sanık lehine uygulanmaktadır²⁰³. Bu itibarla bir davada geçerli bir şikayetin yani muhakeme şartının gerçekleşmesi için gerekli olan şikayet süresinin dolup dolmadığı hususunda tereddüt oluşması halinde sanık lehine yorum yapıp, sürenin geçtiği kabul edilmelidir.

Şikayet süresinin geçmesi durumunda hak düşeceği ve muhakeme şartı artık gerçekleşmeyeceği için kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Eğer kovuşturma aşamasında sürenin geçtiği anlaşılır ise, CMK m. 223/8 uyarınca kamu davasının düşürülmesine karar verilmesi gerekir²⁰⁴.

İcra İflas Kanunu'nda iflas suçlarının yanı sıra "*cezai hükümler*" başlıklı on altıncı bapta bazı fiiller icra suçu olarak düzenlenmiştir. İcra suçlarında kimin şikayet hakkına sahip olduğu, icra suçunun düzenlendiği kanun maddesinde belirtilmiştir. Şikayete tabi bu suçlarda şikayet süresi ise, TCK'da belirlenen 6 aylık şikayet süresinin aksine, fiilin öğrenildiği tarihten itibaren üç ay ve her halde fiilin işlendiği tarihten itibaren bir yıldır²⁰⁵.

a. Fiilin Bilinmesi veya Öğrenilmesi

Fiilin bilinmesi veya öğrenilmesinden kasıt, "*suçtan zarar gören kimsenin, kendisi aleyhine belirli bir suç işlendiğine kanaat getirmesinden ibarettir*"²⁰⁶. Bu anlamda öğrenmek, mutlak bilgiyi ifade etmediği gibi, şüpheli ve belirsiz bilgiler fiili öğrenmek anlamına gelmez. Haberdar olmak, inandırıcı bir şekilde öğrenmek şeklinde anlaşılmalıdır²⁰⁷. Dolayısıyla suçun işlendiğinden sadece şüphe etmek

²⁰² Güngör, s. 59-60.

²⁰³ Ersoy, s. 215.

²⁰⁴ "*Katılanların fiilleri ve failleri 21.11.2001 tarihinde öğrenmelerine rağmen şikayetlerini 08.04.2003 tarihli dilekçe ile 765 sayılı TCK'nın 108/1 maddesinde öngörülen 6 aylık şikayet süresinden sonra yaptıkları gözetilerek, kamu davasının düşürülmesi yerine yargılamaya devamla sanıkların beraatlerine karar verilmesi.*" Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 18.07.2007 tarih ve 2007/9681 Esas ve 2007/5231 Karar sayılı kararı, Yılmaz, (Şikayet), s. 30.

²⁰⁵ Abdulkadir Polat, *İcra Suçları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009, s. 29.

²⁰⁶ Giulio, Battaglini *II dritto di querela secondo la nuova legislazione*, Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1939, s.190'dan naklen Dönmezer/Erman, (Cilt I), s. 330.

²⁰⁷ Kunter, s. 89; Kısık, s. 71.

öğrenme sayılmaz. Ancak bilmiş veya öğrenmiş olmak için mutlak bilgiye sahip olmak başka bir deyişle, olayı bütün ayrıntılarıyla bilmek de aranmaz²⁰⁸. Kanun matematiksel bir kesinlik aramadığı gibi, hakimde kanaat oluşturacak nitelikte bilginin varlığı da şart değildir²⁰⁹. Başka bir ifadeyle, tahmin veya kuşku yeterli olmayıp, suçtan zarar görende suçun işlendiği hususunda bir kanının oluşması gerekir²¹⁰.

Kesintisiz (mütemadi) ve zincirleme suçlarda şikayet süresinin ne zaman başlayacağı tartışmalıdır. Zira fiili bilme veya öğrenme yani eylemden haberdar olma konusunda bu suçlar açısından fikir birliği bulunmamaktadır. Alman ve İsviçre hukuklarında şikayet süresinin zincirleme suçlarda son suçun işlendiği tarihten itibaren başlayacağını savunan yazarların yanı sıra, şikayet süresinin her fiil yönünden bağımsız olarak tespit edilmesi gerektiği görüşünü savunan yazarlar da bulunmaktadır²¹¹. Bu konuda belirleyici olan nokta zincirleme suçlarda zincirin her halkasında yer alan suçun bağımsızlığını hala koruyup koruyamadığıdır. İlk görüşe göre, zincirleme suç bölünmez bir bütündür ve tek bir eylem olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla tek bir eylem olarak nitelendirilen zincirleme suçta fiilden haberdar olma konusunda son hareketin yapıldığı tarih esas alınacaktır. Diğer görüşe göre, zincirleme suç, birden çok suçun bir araya gelmesinden doğan bir birlik olması sebebiyle her suç şikayet süresi ayrı ayrı belirlenmelidir²¹². Zincirleme suçta suçun tekliği bir varsayımdır. Aslında ortada birden fazla suç vardır. Zincirleme suç kurumunun kabulüyle amaçlanan cezaların toplanarak çok ağır bir sonuca yol açmasını engellemektir²¹³. Dolayısıyla zincirleme suç kapsamında bulunan her suç bağımsızlığını devam ettirmekte ve her suçun şikayet süresinin ayrı ayrı hesaplanması gerekmektedir. Kesintisiz suçlarda ise, kesintinin gerçekleşmesine gerek olmaksızın, fiilin ilk bilindiği veya öğrenildiği andan itibaren süre başlar. Aksi durum fiili bilmeye veya öğrenmeye rağmen kesinti gerçekleşmediği için şikayet hakkının doğmaması gibi bir sonuç ortaya çıkarır²¹⁴.

²⁰⁸ Güngör, s. 61.

²⁰⁹ Erem/Danışman/Artuk, s. 207.

²¹⁰ İçel, s. 229; Güngör, s. 62.

²¹¹ Özgenç, s. 565.

²¹² İçel, s. 228.

²¹³ Özbek v.d., (Genel), s. 584.

²¹⁴ Güngör, s. 66; İçel v.d., (Suç), s. 45; "Mağdurenin 06.09.2011 tarihinde verdiği ifade üzerine başlatılan soruşturmada, mağdurenin 03.09.2011 günü rızasıyla ilişkiye girdiği sanıkla esasen bir yıl önce de cinsel ilişkiye girdiğini beyan etmesi ve başvuru gününden bir yıl önce yaşandığı iddia edilen

b. Failin Bilinmesi veya Öğrenilmesi

Fiilin bilinmesi veya öğrenilmesi şikayet hakkını kullanmak için yeterli olmakla birlikte, şikayet süresinin başlaması için failin de bilinmesi veya öğrenilmesi gerekir. Failden haberdar olma, onun ismen bilinmesi anlamına gelmez. Zira şikayet edilen fail değil, olaydır ve şikayet hakkının kullanımı failin kimlik bilgilerinin bilinmesine bağlı değildir²¹⁵. Suçtan zarar görenin edindiği bilgilerle failin kim olduğundan haberdar olması şartın gerçekleşmesi için yeterlidir.

Birden çok fail tarafından işlenen suçlarda faillerden birinin bilinmesi veya öğrenilmesi sürenin başlaması için gerekli şartı sağlamaktadır²¹⁶. O halde suçun işlenişine iştirak eden kişilerden birinin öğrenilmiş olması, suçun bilinen veya bilinmeyen tüm ortakları hakkında sürenin başlaması için yeterli olacaktır. Bu şekilde birçok ortak, haklarında soruşturma ve kovuşturma yapılmasının şikayete bağlı olması bakımından eşit olacaktır²¹⁷.

Suçtan zarar gören sayısı birden fazla ise TCK m. 73/3 "*Şikayet hakkı olan birkaç kişiden birisi altı aylık süreyi geçirirse bundan dolayı diğerlerinin hakları düşmez.*" hükmü gereği, her birinin şikayet hakkı diğerinden bağımsızdır. Henüz haberdar olmayan suçtan zarar görenlere, bir diğer hak sahibi için işlemeye başlamış olan süre, sirayet etmeyecektir²¹⁸.

İştirak halinde işlenen suçlarda birden fazla kişinin tamamı müşterek fail olabileceği gibi bunlardan bazıları azmettiren veya yardım eden konumundaki kişiler de olabilir. Suça azmettiren veya suçun işlenişine yardım eden kişinin öğrenilmesi de "*failin bilinmesi veya öğrenilmesi*" kapsamında değerlendirilebilecek midir? Öğretide kimi yazarlar "*failden haberdar olmak*" ibaresinde "*fail*" kavramından sadece müşterek fail değil, suçun işlenişine iştirak eden diğer kişilerin de anlaşılması

ilk beraberlik yönünden şikayetin yapıldığı ana kadar 5237 Sayılı TCK'nın 73/1 maddesinde düzenlenen altı aylık şikayet süresinin geçtiğinin anlaşılması karşısında, sanık hakkında atılı suçtan hüküm kurulurken ilk eylemle ilgili kanuni takibat şartının gerçekleşmediği gözetilerek 03.09.2011 tarihli ikinci eyleminden dolayı TCK'nın 104/1. maddesi uyarınca tayin edilen temel cezanın koşulları oluşmadığı halde zincirleme suça dair aynı Kanunun 43/1. maddesiyle arttırılması.." Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 21.12.2015 tarih ve 2015/1402 Esas ve 2015/11899 Karar sayılı kararı, Kazancı Hukuk Sitesi, E.T: 23.02.2016.

²¹⁵ Demirtaş, s. 86.

²¹⁶ İçel, s. 229; Toroslu/Feyzioğlu, s. 50.

²¹⁷ Erem/Danışman/Artuk, s. 207.

²¹⁸ Dönmezer/Erman, (Cilt I), s. 331; Koca/Üzülmez, s. 361; Toroslu/Feyzioğlu, s. 50.

gerektiği fikrindedir²¹⁹. Biz kanunda açıkça fail ibaresi kullanıldığından, iştirak halinde işlenen suçlarda azmettiren veya yardım edenin öğrenilmesiyle sürenin başlamayacağı, fail veya faillerin bilinmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

C. ŞİKAYETİN NİTELİKLERİ

1. Şikayetin Fiile İlişkin Oluşu

Şikayet, suçtan zarar görenin fiille ilgili olarak soruşturma ve kovuşturma yapılması istemini içeren irade beyanıdır. Dolayısıyla şikayetin konusu, suç olarak nitelendirilen belirli bir fiildir. Başka bir deyişle geçerli bir şikayetin varlığından söz edebilmek için belli bir olayın açıklanması gerekmektedir²²⁰.

TCK m. 73/1'de yer alan "*soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suç hakkında...*" ibaresiyle şikayetin fail ile ilgili değil, fiil ile ilgili olduğu vurgulanmıştır. Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlarda asıl şikayet edilenin suç teşkil ettiği düşünülen fiil olması sebebiyle, şikayette failin kim olduğunun açıklanması zorunlu değildir²²¹. Bunun yanı sıra suçtan zarar gören suçu işlediğinden şüphelendiği kişileri de bildirebilir. Ancak bunu yapmamış olsa hatta şikayetçi olduğu kişi gerçek fail olmasa dahi şikayet yine de geçerlidir²²².

²¹⁹Erem/Danışman/Artuk, s. 207.

²²⁰İçel, s.224; Koca/Üzülmez, s. 363.

²²¹Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2296; Demirbaş, s. 208; Artuk/Gökcan/Yenidünya, s. 570; Yılmaz,(Şikayet), s. 12.

²²²"Şikayette suç failinin gösterilmesine lüzum yoktur. Suç failinin zikredilmemiş olduğu şikayet, resmi soruşturma sonunda meydana çıkarılacak suçluya karşı yapılmış sayılır. Şikayetçinin zikrettiği kimse tarafından suç işlenmiş ise, şikayet ettiği yolunda bir kayıt dermeyer edemez. Buna mukabil, meçhul bir kimseye veya başka bir kimseye karşı, şikayet edilmiş ve soruşturma sonunda suçlunun şikayetçinin yakınlarından biri olduğu tahakkuk etmiş olsa bile, şikayet muteber sayılır. TCK şikayet müddetini " Davaya hakkı olan kimsenin fiilden ve failin kim olduğundan haberdar olduğu günden " başlatmaktadır. Ancak failin şu veya bu şahıs olmasına göre şikayet etmek veya etmemek hususunda suçtan zarar gören kimse bir tercihte bulunmak isterse, failin kim olduğunu öğreninceye kadar bekleyecektir. Çünkü müddet işlemeyeceğinden, hakkını kaybetmek korkusu da yoktur. Fakat beklemeye lüzum görmeksizin şikayet etmiş ise, bu onun fail üzerinde durmak istemediğini ve failin resmi soruşturma ile tayin edilmesi hususunda adli makamlara başvurduğu manasına alınmalıdır. İncelenen olayda müşteki vekilinin yasal sürede karşılıksız çek düzenlemek suçundan M.K. hakkında şikayetçi olduğu, bu nedenle bu şahıs hakkında dava açıldığı, ancak yapılan yargılama sonunda suç konusu çekin eşi H.H. tarafından düzenlendiği belirlenerek beraatına karar verilmesinden sonra, sanık H.K. hakkında açılan davada, müşteki vekilinin M.K. hakkındaki önceki şikayetinin, bu sanık yönünden de geçerli sayılması gerekir." Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 02.03.1992 tarih ve 1992/7-351 Esas ve 1992/55 Karar sayılı kararı, Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2296-2297.

Şikayetin fiile ilişkin olarak yapılmasının bir diğer sonucuna henüz gerçekleşmemiş olan bir fiil sebebiyle şikayette bulunulamayacağıdır. Her ne kadar şikayet hakkının kullanılması için fiilden haberdar olmak yeterli olsa da bu fiilin gerçekleşmiş bir fiil olması gerekir. Başka bir deyişle ileride gerçekleşeceği düşünülen muhtemel olaydan dolayı şikayette bulunulamaz²²³.

2. Şikayete İlişkin Fiilin Nitelendirilişinin Önemli Olmaması

Şikayetin konusu, suç olduğu sanılan belli bir fiildir. Suçtan zarar görenin bu olayı ne şekilde nitelendirdiğinin bir önemi bulunmamaktadır²²⁴. Suçtan zarar gören şikayetinde şikayet konusu olayın fail veya faillerini belirtmek zorunda olmadığı gibi; fail veya failleri bulmak, olayın hukuki niteliğini tespit etmek yargılama makamının görevidir. Dolayısıyla şikayet ederken eylemin hukuken yanlış nitelendirilmiş olması şikayeti geçersiz kılmaz. Zira suçtan zarar gören, suçtan değil fiilden şikayetçi olmaktadır ve fiilin hukuki vasfı yargılama sonunda mahkeme tarafından tespit edileceğinden, şikayetçinin fiil aynı kaldıkça fiilin nitelendirilmesinde yaptığı hata şikayetin geçerliliğini etkilemez²²⁵. Fiili takdir etmekte mahkeme iddia ve savunmalarla bağlı değildir²²⁶. CMK m. 174/2'ye göre, *"Suçun hukukî nitelendirilmesi sebebiyle iddianame iade edilemez"* hükmü de fiili nitelendirmenin mahkemenin görevi olduğunu ortaya koymaktadır.

Fiile ilişkin nitelendirme önemsiz olduğuna göre, aslında re'sen soruşturulması ve kovuşturulması gereken bir suç hakkında, şikayete tabi suç nitelendirilmesi yapılarak, şikayette bulunulması halinde, mevcut şikayet, ihbar kabul edilerek soruşturmaya devam edilir. Re'sen takip edilen bir fiil hakkında şikayette bulunulduktan sonra yargılama esnasında suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olduğunun anlaşılması halinde daha önce yapılan şikayet geçerli kabul edilerek yargılamaya devam olunur²²⁷. Örneğin, mağdurun oğlu tarafından icra edilen ve hırsızlık suçunu oluşturan fiil, mağdur tarafından yağma olarak nitelendirilerek şikayette bulunulması halinde şikayet geçerli sayılacaktır. Buna

²²³ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2297.

²²⁴ Toroslu/Feyzioğlu, s. 48; Koca/Üzülmez, s. 358.

²²⁵ Demirtaş, s. 27; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2298.

²²⁶ Kısık, s. 55.

²²⁷ Yılmaz, (Şikayet), s. 12.

karşılık aslında yağma suçunu oluşturan fiil hakkında hırsızlık suçunu oluşturduğundan bahisle şikayette bulunulması halinde, mevcut şikayet ihbar olarak kabul edilip, yağma suçundan dolayı soruşturmaya devam edilir.

3. Şikayetin Bölünmezliği İlkesi

Şikayetin, belirli bir fiil hakkında kovuşturma yapılması yönündeki irade açıklaması olduğu ve netice itibariyle fiile ilişkin olduğu kuralının zorunlu uzantısı olarak, şikayetin suç fail veya failleriyle ilgili olmadığı sonucuna varılır²²⁸. Şikayet faille ilgili olmadığından, suç teşkil eden fiili iştirak halinde gerçekleştiren kişilerden bir kısmı hakkında şikayet hakkının kullanılıp, diğerleri hakkında kullanılmaması söz konusu değildir. Dolayısıyla çok failli suçlarda suçtan zarar gören, bu kişilerden sadece birisi hakkında şikayetçi olsa bile, bu şikayet diğer faille de sirayet eder ve suçun işlenişine katılan herkes hakkında şikayetçi olmuş sayılır²²⁹. Aynı şekilde birden fazla suç ortağı varsa hepsi için ayrı ayrı şikayet edilmesine gerek yoktur zira şikayet, sirayet eder²³⁰.

Şikayetin yayılma etkisi sadece failler açısından kendisini göstermez. Suçun failine yönelik olarak yapılan şikayet, azmettiren veya yardım eden şeklinde suçun işlenmesine iştirak eden kişileri de kapsayacaktır.

Şikayet hakkı sahibinin suça katılanlardan bazıları hakkında bu hakkı kullanıp diğerleri hakkında kullanmaması şikayetin niteliğine aykırı düşer. Bundan dolayı bazı yazarlar, bu şekilde bir irade beyanı içeren şikayetin usulüne uygun yapılmadığı düşüncesiyle geçersiz sayılması görüşündedirler²³¹. Ancak böyle bir şartla yapılmış şikayetin geçersiz sayılmayıp, şikayetin sirayeti ilkesi gereği tüm şeriklere karşı yapılmış sayılması daha yerinde bir uygulama olacaktır²³².

Genel kabul şikayetin bölünemeyeceği yönünde olmakla beraber, nispi şikayete bağlı suçlar açısından fikir birliği bulunmamaktadır. Bir fikre göre, nispi şikayete bağlı suçlar bu kuralın istisnasını oluşturur. Örneğin, bir kimse kendisine

²²⁸ Dönmezer/Erman, (Cilt I), s. 327.

²²⁹ Kunter, s. 88; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2297; Demirbaş, s. 208; Koca/Üzülmez, s. 358; Özgenç, s. 564.

²³⁰ Kunter, s. 88.

²³¹ Battaglini, (II dritto di querela), s. 128'den naklen Dönmezer/Erman, (Cilt I), s. 327.

²³² Dönmezer/Erman, (Cilt I), s. 327.

karşı gerçekleştirilen hırsızlık suçu dolayısıyla yetkili makama bildirimde bulunur ve sonrasında bu suçun iştirak halinde işlendiği ve suç ortaklarından birisinin kendi yakını olduğu ortaya çıkar. Re'sen soruşturulan ve kovuşturulan bir suç olan hırsızlık fiilinin yakın akraba tarafından işlenmesi halinde, kanun şikayet şartını aramıştır. Dolayısıyla suçtan zarar gören şikayetçi olmadıkça yakın akrabası hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılamayacaktır. Bu durumda suçtan zarar görenin yabancı kişiyi fail göstererek yaptığı bildirim, şikayet değil, ihbar kabul edilir²³³. Diğer bir fikre göre ise, şikayetin bölünebileceğini kabul etmek, onun niteliğine aykırıdır²³⁴. Kanaatimizce mutlak veya nispi şikayete bağlı suç ayrımı yapılmaksızın şikayetin bölünmezliği prensibi tüm takibi şikayete bağlı suçlar için geçerlidir. Zira fiilin niteliğinden veya şahıslardan kaynaklı olarak şikayetin nispi olarak uygulandığı hallerde, şikayet şartı sadece ilgili kişi/ler ile şikayet şartına bağlı fiili gerçekleştiren kişi/ler için aranır. Dolayısıyla bu şarta tabi kişi sayısının birden fazla olduğu durumlarda, bu kişiler arasında da şikayetin bölünmezliği ilkesi geçerli olacaktır. Suçun işlenişine katılan diğer kişiler açısından zaten şikayet şartı aranmadığından böyle bir durumda şikayetin bölünebilir olduğunu ifade etmek çelişkili olacaktır.

Şikayete konu olan suç birden fazla kişiye karşı işlenmiş de olabilir. TCK m. 73/3 *"Şikayet hakkı olan birkaç kişiden birisi altı aylık süreyi geçirirse bundan dolayı diğerlerinin hakları düşmez."* hükmünden anlaşılabacağı üzere suçtan zarar görenin birden fazla olması halinde her birinin şikayet hakkı diğerlerinden bağımsızdır. Ancak bunla birlikte şikayet şartının yerine gelmesi için tek hak sahibinin dahi şikayet iradesini bildirmesi yeterlidir²³⁵.

Zincirleme suçlarda TCK m. 43/2'nin uygulandığı hallerde tüm mağdurların şikayeti ayrı ayrı aranır. Bu kişilerden hangisi şikayette bulunursa bulunsun kovuşturma onun açısından başlar ancak bu durum şikayet hakkını kullanmamış kişileri etkilemez. TCK m. 43/1'in söz konusu olduğu hallerde bir mağdura karşı aynı suçun birden fazla kez icrası söz konusu olacağı için, mağdurun bir eyleme karşı

²³³ Dönmezer/Erman, (Cilt I), s. 328.

²³⁴ Kısık, s. 59.

²³⁵ Güngör, s. 50; Bazı yazarlar, şikayet etmemenin af manasına geldiği ve affa cezayı azaltıcı bir neden gözü ile bakıldığından, şikayet hakkına sahip olanlardan bir veya bir kaçının sessiz kalışının, cezayı azaltıcı bir neden sayılması görüşündedir. Fakat bunun aksini düşünen yazarlara göre, hak sahiplerinden bir kısmının şikayet etmemiş olması, ceza miktarını etkilememelidir. Çünkü onların şikayet etmemiş olması her zaman şikayet etmek istemedikleri anlamına gelmez, diğer bir hak sahibinin şikayeti ile davanın açılmış olması, onları tatmin etmiş olabilir. bkz. Erem/Danışman/Artuk, s. 201.

yaptığı şikayet diğerlerini kapsamaz. Tüm eylemlerden dolayı kovuşturma yapılması ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanması için eylemlerden hepsinin şikayet edilmesi gerekir²³⁶.

Öğretide yer alan farklı bir görüşe göre, suçtan zarar gören şahıs birden fazla ise, şikayetin niteliğine göre, suçtan zarar görenlerin hepsinin şikayet etmesi gereklidir. Birinin veya birkaçının şikayetini kovuşturma için yeterli görmek diğerlerinin şikayet hakkını göz ardı etmek olur ki bu durum şikayetin varlık gayesine ters düşer²³⁷. Ancak ihbar ve şikayet hakkı, kanun ve Anayasa tarafından kişilere tanınmış bir hak olup, bu hakkı kullanıp kullanmamak kişilerin kendi inisiyatifindedir. İcra edilen fiil neticesinde birden fazla kişinin suçtan zarar gördüğü bir durumda herkesin şikayetçi olması aranır ve bir kişinin dahi şikayet hakkını kullanmaması kovuşturmayla engel olursa, diğer kişilerin şikayet hakkı ellerinden alınmış olur. Dolayısıyla biz birden fazla suçtan zarar görenin olduğu fiillerin takibinin yapılması için bu kişilerin hepsinin şikayetçi olması gerektiği yönündeki fikre katılmıyoruz.

Şikayetin bölünmezliği kuralı sadece failler için geçerli değil fiil için de geçerlidir. Zira şikayetin konusu belirli bir olaydır ve suçtan zarar gören bu olayın bir kısmı için şikayette bulunup diğer bir kısmını şikayet dışı tutamaz²³⁸.

4. Suçun Şikayete Bağlı Olduğunun Kanunda Açıkça Gösterilmesi Gerekliliği

Hukuk sistemimizde genel olarak suçlar re'sen soruşturulup kovuşturulmakla beraber bazı suçlar bakımından genel kuraldan sapılmış ve bu suçların takibi için şikayet şartı aranmıştır. Şikayetin istisnai bir durum olması sebebiyle takibi şikayete bağlı suçların kanunda açıkça gösterilmesi gerekir²³⁹. Buna karşılık, soruşturma ve kovuşturması re'sen yapılan suçlar bakımından böyle bir açıklığın bulunmasına gerek yoktur. Yani açıkça suçun şikayete tabi olduğu belirtilmemişse, ilgili suç re'sen takip edilir²⁴⁰.

²³⁶ İçel v.d., (Suç), s. 39.

²³⁷ Yenisey/Nuhoglu, s. 396.

²³⁸ Demirtaş, s. 77.

²³⁹ Albayrak, s.282.

²⁴⁰ Yılmaz, (Şikayet), s. 14.

Bir suçun temel şeklinin soruşturulması ve kovuşturulmasının şikayete tabi olması, o suçun nitelikli halinin de şikayete tabi olduğu anlamına gelmez. Nitelikli haller açısından ayrıca şikayete tabi olduğunun gösterilmesi gerekir. Suçun şikayete tabi olduğu aynı madde içerisinde ya da o bölümle ilgili ortak hükümlerde gösterilir. Açıkça şikayete tabi olduğu gösterilen suçlar dışında kalanlar suçların soruşturulması ve kovuşturulmasının kamu adına re'sen yapılacağına kabulü zorunludur²⁴¹.

D. ŞİKAYET HAKKININ KULLANILMA USULÜ

1. Şikayetin Şekli

CMK m. 158/5' e göre; *"İhbar veya şikâyet yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılabilir"*. Buna göre şikayet yazılı şekle bağlı bir işlemdir. Dolayısıyla yazılı işlemlerde aranan koşullar şikayet dilekçesi için de geçerlidir. Şikayetin el yazısı veya makine ile yazılmış olması arasında fark yoktur. Ancak imzanın aletle atılması veya imzasız olarak firmanın mührünün kullanılması geçerli olmaz. Tüzel kişi adına şikayette bulunuluyorsa bu durumda şikayet iradesini ortaya koyan kişinin tüzel kişi adına yetkili kimse olduğu şikayet dilekçesinden anlaşılmalıdır²⁴². Yazılı olarak yapılmış bir şikayet gerekli unsurları taşımadığı takdirde, şikayet adı altında yapılmış olsa dahi ihbar niteliğindedir. Dolayısıyla böyle bir bildirim şikayette bulunma ile aynı sonucu doğurmaz²⁴³. CMK m. 158/5'den anlaşılacağı üzere, şikayet hakkı sahibi yetkili mercilere yapacağı sözlü beyanın tutanağa geçirilmesi suretiyle de şikayette bulunabilir.

CMK m. 158'de sözlü şikayet tutanağa geçirilmek koşuluyla kabul edilmiş ancak şikayetin yapılacağı makamlar içerisinde mahkeme makamı sayılmamıştır.

²⁴¹Koca/Üzülmez, s. 360; Yılmaz, s. 15; *"...Görüldüğü gibi, zorla ırza tasaddi suçunun soruşturulması, 765 sayılı TCK döneminde şikayete tabi tutulmamış, bu suç kamu adına kovuşturulması gereken suçlardan sayılmıştır. 5237 sayılı TCK'nın 102. maddesinde ise, suçun basit hali şikayete tabi olarak düzenlenmiştir. Ancak maddenin diğer fıkralarında suçun nitelikli hallerine yer verilmiş, bunlar arasında yer alan suçun evlilik birliği içerisinde işlenmesi hali, şikayet koşuluna bağlanmış, diğer nitelikli hallerde ise suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının şikayete tabi olup olmadığı konusunda herhangi bir hüküm serdedilmemiştir. Bir suçun basit halinin soruşturulması ve kovuşturulmasının şikayete tabi olması, nitelikli hallerinin de şikayete tabi olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete tabi olan suç türleri, yasa maddelerinde açık olarak belirtildiğinde bu kapsam dışında kalan suç türlerinin soruşturulması ve kovuşturulmasının kamu adına yapılacağı zorunludur."* Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 03.10.2006 tarih ve 2006/5-193 Esas ve 2006/203 Karar sayılı kararı, Albayrak, s. 282.

²⁴² İçel, s. 226; Koca/Üzülmez, s. 364.

²⁴³ Demirtaş, s. 74.

Fakat aynı maddenin son fıkrasında yer alan *"Yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikâyetle bağlı olduğunun anlaşılması halinde; mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde, yargılamaya devam olunur"* hükmü göz önüne alındığında şikayetin mahkeme makamına da yapılabileceğinin kabulü gerekir. Kaldı ki *"Valilik veya kaymakamlığa ya da mahkemeye yapılan ihbar veya şikâyet, ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir"* hükmüyle bu içtihat kaldırılmıştır (CMK m.158/2)²⁴⁴.

Şikayet dilekçesinin bizzat suçtan zarar gören tarafından verilmesi zorunlu değildir. Vekilin verdiği dilekçe de yazılı şikayet olarak kabul edilir²⁴⁵. Telgrafla şikayet, yazılı şikayet sayılır. Telefonla şikayet ise, bu mahiyette değildir ancak, ihbar olarak kabul edilebilir²⁴⁶.

Şikayetin tabi olduğu şekil şartı kanunda açıkça gösterilmekle beraber içeriğinin ne olacağı konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu anlamda şikayetin belli bir formülü yoktur. Genel olarak kabul edilen fikre göre, şikayetin kovuşturma talebini içeren bir beyan olması gerektiği yönündedir. Örneğin, *"cezalandırılmasını istiyorum"*, *"şikayetçiyim"*, *"en ağır ceza ile cezalandırılınsın"*, *"davacıyım"* şeklindeki ibareler şikayet olarak kabul edilmektedir²⁴⁷. Yine, Yargıtay kamu davasına katılma durumunda da şikayet koşunun gerçekleştiğini kabul etmektedir²⁴⁸.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, şikayette kovuşturma isteğinin şartsız beyan edilmesi gerekir²⁴⁹. Örneğin, küçüğün velisinin olay günü "oğlumun durumu iyi olduğu sürece şikayetçi değilim aksi halde şikayetçiyim" demesi şikayet

²⁴⁴ Ancak CMUK döneminde kanunda açıkça düzenleme bulunmadığı için Yargıtay kabulü şu şekildedir; *'Meşhut suçlardan gayri takibi şikayete bağlı olan suçlarda Ceza Usulü Muhakemeleri Kanununun 151 inci maddesinde gösterilen şikayet şekline ve 350 inci maddesinde istihdaf olunan şahsi davanın tazammun eylemesi lazım gelen şeraitine göre amme namına dava açılması ve şahsi dava ikamesi için suçtan mağdur olanların zabıta memurlarına vuku bulan şikayetlerinin her halde yazılı olması şart olduğu cihetle zabıta makamlarına yazılı şikayeti olmayan mağdurların zabıt varakasına derc olunan mücerret şikayet ve beyanlarının ve esnayı muhakemede mesbuk şikayetlerinin bu kabil suçlarda takibat ve duruşma icrasına esas olamayacağına ekseriyetle karar verildi'* Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 15.07.1942 tarih ve 1942/11,17 Esas ve 1942/20 Karar sayılı kararı, Kazancı Hukuk Sitesi, E.T: 23.02.2016.

²⁴⁵ Kısık, s. 63.

²⁴⁶ Kıyak, (Şikayet Usulü), s. 313.

²⁴⁷ İçel, s. 226; Koca/Üzülmez, s. 364; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2309; Yenisey/Nuhoğlu, s. 394.

²⁴⁸ İçel, s. 226.

²⁴⁹ Öztürk v.d., s. 49.

sayılmamıştır²⁵⁰. Bir görüşe göre, şartlı şikâyet de geçerlidir. Nitekim Yargıtay, suçtan zarar görenin kollukta "zararımı karşılarsa şikâyetimden vazgeçerim, eğer zararımı karşılamazsa şikâyetçiyim" şeklinde verdiği ifadesi sonucunda şikâyet şartının gerçekleştiğini kabul etmiştir²⁵¹.

Şikâyetin belirli bir formülü olmadığı kabul edilmekle birlikte bazı yargılamalarda şikâyet için özel şartlar getirilmiştir²⁵². 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun m. 4/3'e göre; *"Bu Kanuna göre memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak ihbar ve şikâyetlerin soyut ve genel nitelikte olmaması, ihbar veya şikâyetlerde kişi veya olay belirtilmesi, iddiaların ciddi bulgu ve belgelere dayanması, ihbar veya şikâyet dilekçesinde dilekçe sahibinin doğru ad, soyad ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunması zorunludur"*. Aynı kanun m. 4/4'e göre ise; *"Üçüncü fıkradaki şartları taşımayan ihbar ve şikâyetler Cumhuriyet başsavcıları ve izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulmaz ve durum, ihbar veya şikâyetle bulunana bildirilir. Ancak iddiaların, sıhhati şüpheye mahal vermeyecek belgelerle ortaya konulmuş olması halinde ad, soyad ve imza ile iş veya ikametgâh adresinin doğruluğu şartı aranmaz. Başsavcılar ve yetkili merciler ihbarcı veya şikâyetçinin kimlik bilgilerini gizli tutmak zorundadır"*.

2. Şikâyetin Yapılacağı Makam

CMK m. 158'e göre;

- *"Suça ilişkin ihbar veya şikâyet, Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabilir."*
- *Valilik veya kaymakamlığa ya da 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 şikâyetle bulunulabilir."*

²⁵⁰ Kısık, s. 62; Benzer bir görüşe göre, şikâyet şarta bağlanamaz, ihtirazı kayıt içeremez. Bu nedenle, suçlu af dilemediği takdirde, şikâyetin geçerli sayılması yolundaki bir kayıt, şikâyetin yapılmadığı şeklinde yorumlanmalıdır. bkz. Erem/Danışman/Artuk, s. 205.

²⁵¹ Hakeri, s. 124.

²⁵² Demirtaş, s. 78.

- *Bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle, ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan ihbar veya şikâyet, gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir."*

Mülga 3005 sayılı Meşhud Suçların Muhakeme Usulü Kanununun uygulandığı hallerde kolluk istisnai olarak sözlü şikayetleri de kabul etmekteydi. Ancak CMK m. 160 kolluğun cumhuriyet savcısının yazılı emri olmadan adli işlem yapmasını yasakladığı için, 2005 sonrasında kolluk kendisine başvuran şikayetçileri cumhuriyet başsavcılıklarına yönlendirmeye başlayınca bu durum savcılıkların iş yükünü artırdı²⁵³. Bu nedenle PVSK EK madde 6'da 2007 yılında değişiklik yapılarak, *"Polis, bir suça ilişkin olarak kendisine yapılan sözlü ihbar ve şikâyetleri ve görevi sırasında öğrendiği suça ilişkin bilgileri yazılı hale getirir"* hükmüyle polis de bu konuda adli işlem yapmakla yetkili kılınmıştır.

Şikayetin yanlış mercie yapılması durumunda ne olacağı konusunda kanunda açık hüküm yoktur. Konuyla ilgili öğretide kabul edilen görüşe göre, kanun yolunun belirlenmesinde hata başlıklı CMK m. 264'te yer alan *"Kabul edilebilir bir başvuruda kanun yolunun veya merciin belirlenmesinde yanılma, başvuranın haklarını ortadan kaldırmaz. Bu hâlde başvurunun yapıldığı merci, başvuruyu derhâl görevli ve yetkili olan mercie gönderir"* hükmü kıyasen şikayet merciinin belirlenmesinde hata durumunda da uygulanabilir. Bu sebeple, şikayet dilekçesinin hatalı mercie verilmesi halinde, verildiği tarihten itibaren evrakın ilgili mercie gönderilmesine ya da doğrusu da gösterilmek suretiyle hatalı mercie başvurduğu hususunu ilgilisine bildirdiği tarihe kadar şikayete ilişkin sürenin işlemeyeceğinin kabulü gerekir²⁵⁴. Her ne kadar başvuru yapılacak merciler CMK m. 158'de sınırlı olarak sayılsa da ceza muhakemesi hukukunda kıyasın yasak olmaması ve bireylerin merci belirleme konusundaki hataları sebebiyle hak kaybına uğramamaları için CMK

²⁵³ Kunter/Yenisay/Nuhoğlu, s. 669.

²⁵⁴ Ünver/Hakeri, s. 133; Aksi yönde verilen Yargıtay kararına göre; *"Sanığa yükletilen suçun takibi şikayete bağlı olup, CMK'nın 158. maddesinde sınırlı olarak belirtilen makamlara yapılması veya 5237 sayılı TCK'nın 73. maddesinde yazılı süre içinde açılmış kamu davasına usulüne uygun şekilde katılıp, müdahil sıfatının alınması gerektiği nazara alındığında şikayetçilerin İlköğretim Okulu Müdürlüğüne verdikleri dilekçeler ve muhakkike ifade verirken şikayetçi olduğunu söylemeleri ile 765 sayılı TCK'nın 108, , 5237 sayılı yeni TCK'nın 73/1. maddesi uyarınca altı aylık hak düşürücü süreden sonra 08.05.2001 günlü oturumda tutanağa geçirilen beyanların hukuki sonuç doğurmayacağı cihetiyle CMK'nın 223/8. maddesi gereğince açılan kamu davasının düşürülmesi yerine yazılı şekilde karar verilmesi.."* Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 26.09.2005 tarih ve 2003/8074 Esas ve 2005/20226 Karar sayılı kararı, Demirtaş, s. 75.

m. 264'ün şikayetin yanlış mercie yapılması durumunda da uygulanmasında sakınca görmemekteyiz.

II. ŞİKAYET HAKKINDAN FERAGAT VE ŞİKAYETTEN VAZGEÇME

A. Terminoloji Sorunu

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun birinci kitabının "*yaptırımlar*" başlıklı üçüncü kısmının "*dava ve cezanın düşürülmesi*" başlıklı dördüncü bölümünde, süresinde şikayette bulunulmaması veya şikayetten vazgeçilmesi dava ve ceza ilişkisini sona erdiren sebepler arasında sayılmıştır. Çağdaş hukuk düzeni çeşitli gerekçelerle ve sınırlı hallerde ceza kovuşturmasını şikayete bağlı hale getirmiş ve soruşturma ve kovuşturma yapılmasını suçtan zarar görenin şikayetine tabi tutmuştur. Bireylere böyle bir hakkın tanınmasının doğal sonucu olarak, suçtan zarar gören bu hakkı kullanmama yönünde tercih hakkına veya kullandıktan sonra geri alma hakkına haizdir²⁵⁵. Düzenlemenin yer aldığı 73. maddede "*şikayetten vazgeçme*" ifadesi açıkça yer alırken "*feragat*" terimine yer verilmemiştir. Bu durum ise doktrinde "*feragat*", "*geri alma*", "*vazgeçme*" terimlerinin farklı yorumlanmasına sebebiyet vermiştir.

Şikayet hakkının doğduktan sonra bu hakkın kullanılmaması veya kullanıldıktan sonra bu hakkın kullanımına son verilmesi çeşitli terimlerle adlandırılmaktadır²⁵⁶. Bir görüşe göre, şikayetten vazgeçme, süresi geçmemiş ve henüz yapılmamış şikayetin, yapılmayacağının şikayet hakkı sahibi tarafından açıklanmasıdır. Yani vazgeçme, doğmuş ancak kullanılmamış haklar bakımından söz konusu olur. Şikayetin geri alınması ise, şikayette bulunulduktan sonra şikayet hakkı sahibi tarafından şikayetin geri alındığına dair beyanın açıklanmasıdır²⁵⁷. Bir diğer görüşe göre ise, şikayetten vazgeçme, süresi içerisinde ve usulüne uygun olarak yapılmış olan şikayetin geri alınmasını ifade eden iki taraflı bir hukuki işlem iken;

²⁵⁵ Kayıhan İçel v.d., *Yaptırım Teorisi*, 2. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s. 317.

²⁵⁶ Kısık, s. 79.

²⁵⁷ Kunter, s. 91-92; Göngör, s. 69-70; Öztürk/Erdem, s. 91; Öztürk v.d., s. 50.

şikayet hakkından feragat, şikayet hakkına haiz olan kimsenin bu hakkı kullanmadan önce, şikayet etmeyeceğini açıklamasıdır²⁵⁸.

Kanaatimizce şikayet hakkı doğduktan sonra, bu hakkı kullanmadan önceki ve kullandıktan sonraki zaman aralığında yapılan işlemin adlandırılması meselesi kanunun düzenlemesine paralel olarak çözümlenmelidir. Zira TCK m. 73/4'te *"Kovuşturma yapılabilmesi şikayete bağlı suçlarda kanunda aksi yazılı olmadıkça suçtan zarar gören kişinin vazgeçmesi davayı düşürür ve hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme cezanın infazına engel olmaz"* hükmü şikayetten vazgeçmeye açıkça yer vermiştir. Türk Dil Kurumu'na göre vazgeçmek, *"niyetten veya karardan dönmek, caymak"*; feragat, *"hakkından kendi isteğiyle vazgeçme"* anlamlarına gelmektedir²⁵⁹. Feragat her ne kadar hakkın kullanılmasından vazgeçmeyi ifade etse de bu vazgeçme *"geri alma"* anlamında bir vazgeçme olmayıp, henüz kullanılmamış bir hakkın kullanılmasından sarfınazar edilmesi şeklinde bir vazgeçmedir. Bu sebeple biz şikayet hakkının henüz kullanılmadığı aşamada hak sahibinin bu hakkını kullanmayacağını beyan etmesini, feragat; hakkın kullanılmasından sonra şikayetin geri alınmasını, vazgeçme olarak nitelendiren görüşe katılıyoruz.

1. Şikayet Hakkından Feragat

Şikayete bağlı bir suçun icrası neticesinde suçtan zarar görenin, şikayet süresi dolmadan şikayet hakkını kullanmayacağını yetkili makamlara bildirmesidir²⁶⁰. Feragat, 5237 sayılı TCK'da açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte uygulamada kabul edildiği Yargıtay kararlarından da açıkça anlaşılmaktadır²⁶¹.

²⁵⁸Dönmezer/Erman, (Cilt III), s. 293; İçel v.d., (Yaptırım), s. 318; Artuk/Gökcan/Yenidünya, s. 573; Ünver/Hakeri, s. 134; Yılmaz, (Şikayet), s. 36; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2310; Cengiz Otacı, "Türk Ceza Hukukunda Dava ve Ceza İlişisini Sona Erdiren Nedenlerden Ölüm ve Şikayetten Vazgeçme", *Adalet Dergisi*, S: 30, Y: 2008, s. 215.

²⁵⁹ <http://www.tdk.gov.tr>, E.T: 19.11.2015.

²⁶⁰Dönmezer/Erman, (Cilt III), s. 293; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2310; Demirtaş, s. 88; Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 8. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 716.

²⁶¹"Şikayetten vazgeçme, süresi içerisinde yasanın öngördüğü koşullara uygun olarak takibi şikayete bağlı bir suçtan dolayı yapılan şikayetin geri alınması olup, şikayet hakkından feragat ise, şikayet hakkına sahip olan bir kimsenin bu hakkı kullanmadan önce, şikayet etmeyeceğini beyan etmesi şeklindeki tek taraflı bir hukuki bir işlemdir. Bu nedenle özgür iradesi ile şikayet hakkını kullanmayacağını beyan eden şikayetçinin bundan feragat ederek, şikayette bulunması olanaksızdır. Yasalarımızda feragat düzenlenmemiş olmakla birlikte, yargısal uygulamalarda ve öğretide, mağdurun yetkili mercilere şikayet etmeyeceği yönündeki bildirimin şikayetten feragat sayılacağı

Şikayetten feragat ancak şikayet hakkı doğduktan sonra mümkündür. Henüz şikayet hakkı doğmadan ileride kendisine karşı işlenecek olan suç açısından şikayette bulunmayacağına yönelik bir irade beyanı, kişilik haklarından feragat niteliğinde olacağından geçersizdir ve suçtan zarar gören açısından herhangi bir bağlayıcılığı yoktur. Nitekim 4721 sayılı TMK'nın 23. maddesine göre; *"Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz"*. Aynı şekilde şikayetten feragat, ancak şikayet süresi dolmadan mümkündür, süre geçtikten sonra yapılan feragat, ortada kullanılabilecek bir hak bulunmadığından bir anlam ifade etmeyecektir²⁶².

2. Şikayetten Vazgeçme

Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı bir suçun icrası sonucunda şikayet hakkı sahibinin süresi içerisinde ve kanunun öngördüğü şartlara uygun olarak bu hakkını kullandıktan sonra, şikayetini geri almasına şikayetten vazgeçme denir²⁶³. 5237 sayılı TCK'nın 73. maddesinde şikayetten vazgeçme açıkça yer almaktadır.

Şikayetten vazgeçme konusunda kabul edilen iki sistem vardır. Sayma usulüne göre, takibi şikayete bağlı suçların tamamında şikayetten vazgeçmeye yer vermek doğru bir uygulama olmayıp, bu suçlardan hangilerinde vazgeçmenin mümkün olduğu kanunda açıkça belirtilmelidir. Çünkü vazgeçme hakkının genel olarak kabulü, şikayet hakkının kötüye kullanımına neden olabilir. Örneğin, 1876 Alman Ceza Kanunu şikayetten vazgeçmeyi ancak kanunda gösterilen hallerde kabul etmiştir²⁶⁴. Genel olarak kabul etme usulüne göre ise, bir suçun takibinin şikayete bağlanmasının doğal sonucu olarak şikayet hakkı sahibine bu hakkı kullanmaktan feragat etmek veya kullandıktan sonra geri alma hakkı da tanınmalıdır. Zira ortada

kabul edilmiştir." Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 02.03.2004 tarih ve 2004/2-44 Esas ve 2004/58 Karar sayılı kararı, Yılmaz, (Şikayet), s. 37.

²⁶² Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2310; Centel/Zafer/Çakmut, s. 716; Kısık, s. 82; Yargıtay'ın eski TCK döneminde vermiş olduğu bir karara göre; *"Umumi adaba ve kanun hükümlerine muhalif mukavelelerin hüküm ifade etmeyeceği nazara alınmadan, önceden karı koca arasında yekdiğerine karşı dava hakları olmayacağı suretinde akdedilmiş olan mukaveleye istinaden beraat kararı verilmesi yolsuzdur."* Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 06.02.1950 tarih ve 1950/1011 Esas ve 1950/16139 Karar sayılı kararı, Dönmezer/Erman, (Cilt III), s. 296.

²⁶³ Dönmezer/Erman, (Cilt III), s. 296; İçel v.d., (Yaptırım), s. 318; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2312; Yılmaz, s. 39.

²⁶⁴ Demirtaş, s. 90.

kamu yararı için çok önemli bir suçun bulunması durumunda zaten suçun şikayete tabi olmaması gerekir²⁶⁵. 5237 sayılı TCK'nın ilgili maddesinin kabul ettiği sisteme göre, takibi şikayete bağlı suçların tamamında, şikayet hakkı sahibinin şikayetinden vazgeçmesi mümkün kılınmış olup, vazgeçme konusunda sayma yöntemi benimsenmemiş, şikayete bağlı suçların tamamı için bu hak kabul edilmiştir²⁶⁶.

B. Şikayetten Vazgeçmenin Hukuki Niteliği ve Kurumun Eleştirisi

5237 sayılı TCK'da şikayetten vazgeçme, *"dava ve cezanın düşürülmesi"* başlığı altında düzenlenmiştir. Bir suçun icrasıyla birlikte, suçun faili ile devlet arasında cezai nitelikte bir ilişki meydana gelir. Bu ilişki devlete cezalandırma yetkisi tanır. Şikayet hakkının kullanılması durumunda devletin mecburiyeti *"icabi"* (olumlu, dava açmak) dir; şikayetten vazgeçme durumunda ise devletin bu mecburiyeti *"selbi"* (olumsuz, ceza takibatından kaçınmak) dir²⁶⁷. Suçun işlenmesiyle başlayan bu ceza ilişkisinin normal şekilde sona ermesi cezanın infazı ile olur. Ancak ceza ilişkisi, infaz dışında bir takım sebeplerle de sona erebilmektedir. Bu sebeplerin varlığı halinde cezanın düşmesinden söz edilir²⁶⁸.

Ceza ilişkisini sona erdiren nedenler bazen usul ilişkisinin kurulmamasını gerektirirken bazen açılmış olan davanın düşmesine sebebiyet vermekte bazense sadece cezanın infazına engel olmaktadır²⁶⁹. Ancak bu sebeplerden birinin bulunmuş olması, işlenmiş olan suçun geriye yönelik olarak ortadan kalktığı veya işlenmemiş olduğu sonucunu ortaya çıkarmaz. Zira düşme sebeplerinin varlığı esas itibarıyla cezalandırma ihtiyacının kalmaması gerekçesine dayanmaktadır²⁷⁰.

Şikayetten vazgeçme kurumunun usulü ilgilendiren bir mesele mi olduğu yoksa esasa mı ilişkin olduğu konusunda fikir ayrılıkları vardır. Öğretide *Dönmezer/Erman*'a göre, şikayetten vazgeçme düşme sebeplerinden birisidir ve TCK m. 73/4'te *"Kanunda aksi yazılı olmadıkça, vazgeçme onu kabul etmeyen sanığı etkilemez"* hükmü yer almaktadır. Düşme sebepleri sadece usuli nitelikte olsaydı dava hakkı ortadan kalktığı halde ceza ilişkisinin sürdürülmesine imkan kalmazdı.

²⁶⁵ Erem/Danışman/Artuk, s. 964.

²⁶⁶ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2312.

²⁶⁷ Demirtaş, s. 91.

²⁶⁸ Özbek v.d., (Genel), s. 743; Yılmaz, (Şikayet), s. 32; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 617.

²⁶⁹ Yılmaz, (Şikayet), s. 32.

²⁷⁰ Özbek v.d., (Genel), s. 743.

Demek ki usul ilişkisinin sona ermesi, ancak ceza ilişkisinin tamamen son bulması halinde mümkündür. Dolayısıyla düşme sebeplerini yargılama hukukunu değil, esas ilgilendiren bir kurum olarak kabul etmek gereklidir²⁷¹. Yine öğretide *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*'ye göre, dava ve cezanın düşürülmesi kurumunun hem maddi hem de şekli hukuka ilişkin yönleri vardır. Dolayısıyla bu kurumun mutlaka birisinin içerisinde değerlendirme zorunluluğu bulunmamalıdır²⁷². *Hafizoğulları*'na göre ise, kamu davası ve verilmiş olan ceza üzerinde etkili olmalarına rağmen kanunilik ilkesinin zorunlu bir sonucu olarak düşme sebepleri maddi ceza hukukuna ait kurumlardır çünkü kıyas yasağı, lehe kanunun uygulanması ilkesi bunlar için de geçerlidir²⁷³.

Şikayetten vazgeçme kurumunun leh ve aleyhine çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, şikayetten vazgeçme biçiminde davanın engellenmesi bazı hallerde kamu yararına aykırı olabilir. Ayrıca şikayet hakkı sahibine bu hakkı kullandıktan sonra bir de şikayetini geri alma hakkı tanımak bazı sakıncalar doğurabilir. Böyle bir durumda şikayet hakkı sahibine savcının dahi sahip olmadığı yetkiler tanınmış olur. Şikayete tabi olmuş olsa bile şartın gerçekleşmesiyle açılan bir ceza davası, daima bir kamu davasıdır ve muhakeme şartı gerçekleştikten sonra bu dava şarta bağlı olmayan herhangi bir ceza davası gibi sonuçlandırılmalıdır. Şikayetin suçtan zarar göreni koruma gayesi taşıması, kovuşturma evresine geçildikten sonra yapılmış olan şikayetin geri alınmasını haklı göstermez. Aksi kabul, failin cezalandırılmasını ferde bırakmak anlamını taşır²⁷⁴.

Şikayetten vazgeçme hakkına yönelik ileri sürülen diğer bir görüşe göre, suçtan zarar görene böyle bir hakkı tanımak, hak sahibi ile fail/ler arasında ahlak dışı pazarlıklara veya tehdit, şantaj gibi yollara başvurulmasına sebebiyet verebilir. Bu durum ise cezada kesinlik esasını zaafa uğratmaktadır. Ayrıca bireylere bu hakkın tanınmaması, onun ciddi olmayan bir şekilde şikayette bulunmasını ve yargı

²⁷¹ Dönmezer/Erman, (Cilt III), s. 199; Erem/Danışman/Artuk'a göre de vazgeçmenin asıl kapsamı maddi ceza hukukuna giren bir meseledir. Ancak yazarlar bunun sebebi olarak, takibi şikayete bağlı suçlarda şikayetin yapılmış olmasının bir ön şart olduğu, bu ön şartın kaldırılmış olması durumunda artık fiilin suç olmak çıkmasını ve fiili suç olmaktan çıkaran sebeplerin maddi ceza hukukuna ilişkin olduğunu göstermektedirler. bkz. Erem/Danışman/Artuk, s. 965-966. Ancak biz şikayetin bulunmaması durumunda dahi fiilin suç teşkil etme özelliği devam ettiği fikrinde olduğumuzdan bu görüşe katılmıyoruz.

²⁷² Özbek v.d., (Genel), s. 746.

²⁷³ Zeki Hafizoğulları, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Davanın ve Cezanın Düşürülmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, S: 3, Y: 2006, s. 12.

²⁷⁴ Dönmezer/Erman, (Cilt III), s. 296-297; Yenisey/Nuhoğlu, s. 398-399; Kunter, s. 92.

makamlarını meşgul etmesini önler. Buna karşılık diğer bir görüş, şikayetten vazgeçme hakkının şikayet kurumunun ayrılmaz bir parçası olduğunu savunmaktadır. Buna göre eğer mevzuat içerisinde kimi suçlar gerek kamusal gerekse bireysel yarar düşüncesiyle şikayete bağlı hale getirilmişse, şikayetten vazgeçme hakkının da tüm sakıncalarına rağmen kabul edilmesi gerekir²⁷⁵. Kanaatimizce şikayet hakkı sahibine, şikayetinden vazgeçebilme hakkı da tanınmalıdır. Çünkü suçların soruşturma ve kovuşturmasının şikayete bağlı tutulmasının nasıl hukuki bir esası var ve bu esas kişilere şikayette bulunabilme hakkı veriyorsa, aynı esas vazgeçme müessesesi için de geçerlidir. Kaldı ki şikayetin varlık gayesinden yola çıkarak onu kabul eden bir sistemin şikayetten vazgeçme hakkını kabul etmemesi çelişki oluşturur. Ancak nihayetinde şikayet üzerine açılan dava bir kamu davasıdır ve şikayetten vazgeçme hakkına sahip olan kişi bunu ölçüsüzce kullanamaz. Bu sebeple zaten TCK m. 73'te kişinin ancak hükmün kesinleşmesine kadar olan süreçte şikayetten vazgeçebileceği kabul edilmiştir.

C. Feragat ve Şikayetten Vazgeçme Ehliyeti

1. Gerçek Kişiler Bakımından

Kanun şikayet hakkına sahip kimseler de olduğu gibi feragat ve vazgeçme hakkına sahip kişilerin kimler olduğunu da açıkça düzenlememiştir. Şikayet hakkını kullanabilecek kimseler bu haklarından feragat edebilirler. Aynı şekilde şikayet hakkı sahibi feragat hakkını vekili vasıtasıyla da kullanabilir. Ancak vekaletnamede bu konuda açık bir yetkinin bulunması gerekir²⁷⁶.

Şikayetten vazgeçme hakkına sahip kimseler ise şikayet hakkına sahip olup, esasen bu hakkı kullanmış kimsedir²⁷⁷. Bu noktada fiil ehliyetine sahip olan suçtan doğrudan doğruya zarar gören, kullanmış olduğu şikayet hakkından kendisi vazgeçebilir. Ergin kimse başka kişilerin iradesine ihtiyaç duymayacağı hususunda şüphe yoktur. TCK'da açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, medeni haklarını kullanma ehliyetleri bulunmayan tam ehliyetsizlerin yasal temsilcilerinin şikayetten

²⁷⁵ Dönmezer/Erman, (Cilt III), s. 296-297.

²⁷⁶ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2311; Kısık, s. 85; Centel/Zafer/Çakmut, s. 717.

²⁷⁷ Vazgeçmenin konusu şikayet olduğuna göre ancak şikayet hakkını kullanmış olan kimsenin vazgeçme hakkı mevcut olabilir. Dolayısıyla şikayet hakkı bulunmayan veya bu hakkını kaybetmiş kişilerin vazgeçme hakları yoktur. bkz. Erem/Danışman/Artuk, s. 966.

vazgeçme hakkını kullanabileceği kabul edilmektedir²⁷⁸. Mümeyyiz küçüklerin vazgeçebilmeleri konusunda ise görüş ayrılıkları mevcuttur²⁷⁹. Daha önce kanunda yaş sınırlaması bulunmadığını ve küçüğün mümeyyiz olduğunun bir raporla saptanması durumunda bu kişinin şikayet hakkını doğrudan kullanabileceğini belirtmiştik. Böyle bir durumda küçük veya kısıtlının yanı sıra yasal temsilcinin de şikayet hakkı mevcut olduğundan yasal temsilcinin yapmış olduğu şikayetten vazgeçmesi, ehliyetsizin şikayetine tesir etmez²⁸⁰. Küçüğün mümeyyiz olmaması veya akıl hastalığı gibi bir nedenden dolayı davranışlarını yönlendirme yeteneğinin olmadığı durumlarda veli veya vasi şikayet hakkını kullanacağı gibi şikayetten vazgeçebilir²⁸¹.

Mümeyyiz küçüklerin şikayet hakkıyla ilgili olarak daha önceki bir tarihte verilmiş olan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre, temyiz kudretine sahip küçükler kanuni temsilcilerinin rızası olsun ya da olmasın doğrudan doruya şahıslarına karşı işlenmiş olan suçlardan dolayı dava ve şikayet hakkına sahiptirler.

²⁷⁸ Cihan Şahin, s. 305.

²⁷⁹ Yargıtay'ın konuyla alakalı vermiş olduğu kararlarda görüş birliği bulunmamaktadır. Örneğin, *"Temyiz kudretine sahip küçükler, (kanuni temsilcilerinin rızası olsun olmasın) doğrudan doğruya kişiliklerine karşı işlenmiş olan suçlardan dolayı dava ve şikayet hakkına sahip oldukları gibi feragat ve vazgeçme yetkilerine de sahiptir. Somut olayda ayırt etme gücüne sahip (sezgin küçük) mağdur tarafından hazırlık soruşturması aşamasında şikayetten feragat edilmesi işlemleri usulüne uygun ve geçerli olup, bu hak kullanıldıktan sonra bundan feragatle yeniden şikayette bulunulamaz"* Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 02.03.2004 tarih 2004/2-44 Esas ve 2004/58 Karar sayılı kararı, Bakıcı, s. 1580; *"Velisinin rızası inzımam etmedikçe küçüğün şikayetten vazgeçmesi davayı düşürmez"* Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 17.01.1952 tarih ve 1952/535 Esas ve 1952/525 Karar sayılı kararı; *"..mümeyyiz mağdur 19.11.1951 tarihli celsede davasından vazgeçtiğini sarahaten söylemiş olmasına göre, 15.04.1952 tarih ve 9 numaralı Tevhidi İçtihat kararı mucibinde davanın düşmesine karar verilmesi icap ederken, velisinin davadan vazgeçmemesinden dolayı maznunun mağduru dövmekten mahkumiyetine karar verilmesi yolsuzdur"* Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 12.01.1954 tarih ve 1953/147 Esas ve 1954/3 Karar sayılı kararı, Dönmezer/Erman, (Cilt III), s. 302; *"Dosya içinde mevcut nüfus kaydına göre suç tarihinde 15 yaşını bitirmediği anlaşılan müştekinin mümeyyiz olup olmadığının fennen tespit ettirilmesi, mümeyyiz olmadığının anlaşılması halinde şikayeti geçerli olmadığından düşme kararı verilmesi, mümeyyiz olduğunun anlaşılması halinde şikayetin geçerli olacağı ve fakat şikayetten vazgeçmesinin ancak velisinin muvafakatiyle hüküm ifade edebileceği nazara alınarak müştekinin şikayetten vazgeçmesine velisinin muvafakat ettiği takdirde düşme kararı, muvafakat etmediğini bildirmesi halinde duruşmaya devamla tahkikatın sonucuna göre karar verilmesi gerekirken noksan soruşturma ile şikayetten vazgeçme nedeniyle kamu davasının düşürülmesine karar verilmesi, kanuna aykırıdır"* Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 21.12.2000 tarih ve 2000/3544 Esas ve 2000/7316 Karar sayılı kararı, Yaşar/Gökcan/Artuk, s. 2310.

²⁸⁰ Erem/Danışman/Artuk, s. 969.

²⁸¹ Güngör, s. 72-73; Kanuni temsilcinin vasi olduğu durumda, şikayetten vazgeçebilmek için sulh veya asliye hakiminin kararına gerek olup olmadığı düşünülebilir. bkz. Dönmezer/Erman, (Cilt III), s. 301. Ancak TMK m. 450/1'e göre, *"Vesayet altındaki kişi görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahipse, vasi önemli işlerde karar vermeden önce olanak ölçüsünde, onun görüşünü almakla yükümlüdür"*. Dolayısıyla şikayetten vazgeçmek isteyen vasi bu hükme uygun olarak vesayet altındaki kişinin görüşlerini almakla yükümlüdür. Ancak kişinin görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneği yoksa vasinin şikayetten vazgeçme konusunda hakim kararına ihtiyacı olmadan, iradesini açıklayabilmesi gerekir.

Dolayısıyla mümeyyiz küçüğün şikayet hakkını bizzat kullandığı bir yargılamada doğrudan doğruya kanuni temsilci şikayetten vazgeçemez. Zira şikayet kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır ve öncelikle küçüğün vazgeçmesi gerekir²⁸².

Şikayetten vazgeçme halinde, vazgeçen kimse yargılama giderlerine²⁸³ mahkum edilebileceği ve şikayet ettiği dava dolayısıyla isteyebileceği tazminat hakkından da açıkça saklı tutmadığı takdirde vazgeçmiş sayılabileceği düşüncesiyle fiil ehliyetine sahip olmayan kişinin yerine bu hakkı kanuni temsilcinin kullanması gerektiği ileri sürülmektedir²⁸⁴. Buna karşılık bazı yazarlar ise, şikayetten vazgeçen mümeyyiz küçüğün şahsi haklarını saklı tutması ve yargılama giderlerine de mahkum olmaması durumunda vazgeçmenin geçerli sayılmasını ileri sürmüşlerdir²⁸⁵. Ancak yeni TCK m. 73'ün son fıkrasında *"Kamu davasının düşmesi, suçtan zarar gören kişinin şikayetten vazgeçmiş olmasından ileri gelmiş ve vazgeçtiği sırada şahsi haklarından da vazgeçtiğini ayrıca açıklamış ise artık hukuk mahkemesinde de dava açamaz"* şeklinde düzenlenen hükümle mümeyyiz küçüğün şahsi haklarını kaybedeceği konusundaki tereddütleri kaldırılmıştır. Ancak günümüz öğretisinde şikayetten vazgeçmenin suçtan zarar görene bazı yükümlülükler getireceği düşüncesiyle, yasal temsilcinin varlığı halinde şikayetten vazgeçme hakkının yasal temsilcide olduğuna yönelik görüşler de mevcuttur²⁸⁶.

Şikayetin kanuni temsilci veya vasi aracılığıyla yapılırsa dahi suçtan zarar görenin bu hakkı kullanma ehliyetini kazanması (Örneğin, reşit olması) durumunda şikayetten vazgeçme hakkı suçtan zarar görene geçer²⁸⁷. Veli veya vasinin bu aşamadan sonra vazgeçmesi sonuca etkili olmayacaktır. Çünkü tam ehliyetli bir kişiye karşı işlenen suçtan dolayı şikayet hakkı ve dolayısıyla şikayetten vazgeçme hakkı doğrudan doğruya kendisine aittir.

²⁸² Otacı, s. 216.

²⁸³ Yürürlükten kalkan CMUK'ta düzenlenmiş olan şahsi davada, dava sonunda sanığın mahkumiyeti yoluna gidilirse, yargılama giderleri sanıktan alınmaktayken, şahsi davacının davasından vazgeçmesi durumunda, yargılama giderleri davacıya yükletilmekteydi. bkz. Zekeriya Yılmaz, **Cezada Yargılama Gideri, Harç, Vekalet Ücreti ve Şahsi Hak Davası**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999, s. 26.

²⁸⁴ Dönmezer/Erman, (Cilt III), s. 301.

²⁸⁵ Erem/Danışman/Artuk, s. 969.

²⁸⁶ Centel/Zafer/Çakmut, s. 719.

²⁸⁷ Ünver/Hakeri, s. 135; Centel/Zafer/Çakmut, s. 719; Bakıcı, s. 1563; " ..mağdure Kübra Alten 1.6.1987 doğumlu olup, hüküm verilen celsede 18 yaşını doldurduğu ve şikayetten vazgeçme hakkını kendisi kullanması gerektiği halde babası olan Adem Alten'in vazgeçmesi nedeniyle davanın düşürülmesine karar verilmesi yerinde değildir." Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 04.07.2006 tarih ve 2006/6344 Esas ve 2006/12921 Karar sayılı kararı, Yılmaz, (Şikayet), s. 321.

Şikayetten vazgeçme vekalet ilişkisiyle de mümkün olabilir. Ancak vekaletnamede bu konuda açık bir yetkinin bulunması gerekir. Ayrıca bir vekilin şikayet hakkını kullanmaya yetkili kılınması, şikayetten vazgeçme hususunda da yetkili olduğu anlamına gelmez, vazgeçme için de ayrıca yetkinin verilmiş olması gerekir²⁸⁸. Vekili bulunan kimse, vekil henüz şikayet hakkını kullanmadan önce ölürse, ölüm ile vekalet ilişkisi sona erdiğinden artık vekil vekaletnamede açık yetki bulursa bile şikayet hakkını kullanamaz²⁸⁹.

CMK m. 234/2'ye göre; *"Mağdur, on sekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malûl olur ve bir vekili de bulunmazsa, istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilir"*. Bu hükmünden yola çıkarak bazı yazarlar söz konusu avukatın suçtan zarar görenin temsilcisi olduğu ve şikayetten vazgeçme hakkının bulunduğunu kabul etmektedir²⁹⁰. Maddede belirtilen niteliklere sahip olan kişiler açısından vekil görevlendirilmesi zorunludur. Ayrıca maddede sadece mağdurdan söz edilmiş, CMK m. 234/1'de olduğu gibi *"mağdur ve şikayetçi"* dememiştir. Zira söz konusu nitelikler şikayetçi olmayı engeller²⁹¹. Bizce bu niteliklere sahip olan kişilerin şikayet haklarını onların yerine veli veya vasilerinin kullanması gerektiği gibi şikayetten vazgeçme yetkisine de bu kişiler sahiptir. Nitekim bir vekilin şikayetçi olması veya şikayetten vazgeçmesi için vekaletnamesinde özel yetkinin bulunması gerekir. Mağduru koruma amaçlı olarak ona zorunlu vekil tayinini öngören CMK m. 234 çerçevesinde vekil tayin edilen kişinin tek başına şikayetten vazgeçme hakkı bulunmamaktadır.

Tek bir suçun icrası neticesinde suçtan zarar görenlerin birden fazla olması durumunda her bir suçtan zarar görenin şikayet hakkını kullanması birbirinden bağımsız olduğu gibi, her birinin şikayetten vazgeçme hakkı da diğerlerinden bağımsızdır²⁹². Şikayet hakkı sahiplerinden birinin veya bir kaçının şikayetten vazgeçmesi, diğerlerinin de vazgeçmesini gerektirmez. Ancak aynı fail tarafından birden fazla kişiye karşı suç işlendiği ve mağdur sayısınca suçun olduğu durumlarda esasında her dava birbirinden bağımsızdır ve bir mağdurun şikayetinden

²⁸⁸ Dönmezer/Erman, (Cilt III), s. 302.

²⁸⁹ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2315.

²⁹⁰ Centel/Zafer/Çakmut, s. 719.

²⁹¹ Özbek v.d., (Muhakeme), s. 269.

²⁹² Demirtaş, s. 91; Otacı, s. 216.

vazgeçmesi durumunda, onun aleyhine işlenmiş olan suçtan dolayı ceza ilişkisi düşer, fakat diğer bağımsız suçların yargılamasına devam olunur²⁹³.

İcra edilen fiilin bir veya birden fazla kişiye karşı değil de bir topluluğa karşı olması durumunda şikayetten vazgeçme hakkı kime ait olacaktır? Öğretide kabul edilen bir görüşe göre, eğer işlenen suç bağımsız bir hukuki varlık olarak bir topluluğu hedef alıyorsa, bu topluluğu oluşturan her üyenin şikayet hakkı olduğu gibi vazgeçme hakkı da olmalıdır. Örneğin bir topluluğa karşı yapılan hakarete şikayet hakkını kullanan kişilerin vazgeçme hakları vardır. Buna karşılık topluluğun mal varlığına karşı işlenmiş bir suç söz konusu ise, şikayet hakkını kullanan topluluk üyelerinin yerini başkalarının alması durumunda, yeni kişiler eskisinin şikayetinden vazgeçebilir²⁹⁴.

Şikayetçinin ölümü halinde şikayetten vazgeçme hakkının mirasçılara geçip geçmeyeceği hususu tartışmalıdır. Ancak şikayet hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu göz önüne alındığında, henüz kullanılmamış olan şikayet hakkı ölüm halinde mirasçılara geçmediği gibi, şikayetçinin ölümü halinde de vazgeçme hakkı mirasçılara geçmez ve şikayetçinin ölümü davayı düşürmez. Ancak kanunun açıkça mirasçılara şikayet hakkı tanıdığı durumda, şikayet hakkını kullanan mirasçıların aynı şekilde bu şikayetten vazgeçme hakları da vardır²⁹⁵.

Şikayetten vazgeçme iradesinin sakatlandığı yani hata, hile veya tehdit sonucunda suçtan zarar görenin şikayetinden vazgeçtiği durumlarda ne olacağı konusunda kanunda açıklık yoktur. Bir görüşe göre, kişinin kandırılarak şikayetinden vazgeçirildiği hallerde, işlemdeki sakatlık, vazgeçmenin geri alınması için şikayet hakkı sahibine ek süre verilerek giderilmesi gerekir²⁹⁶. Yargıtay ise, hata halinde

²⁹³ Dönmezer/Erman, (Cilt III), s. 301.

²⁹⁴ Erem/Danışman/Artuk, s. 967.

²⁹⁵ İçel v.d., (Yaptırım), s. 322-323; "Hazırlık soruşturmasında şikayetçi olduğunu açıklayan Hayriye'nin kamu davası açıldıktan sonra ölmüş olduğunun anlaşılmasına, diğer şikayetçinin vazgeçmesinin ölen şikayetçi yönünden hukuki sonuç doğurmayacağı ve 765 sayılı TCK'nın 99. maddesindeki şikayetin sanıklar yönünden söz konusu olduğu, şikayetçilerden birinin feragatinin diğerinin şikayetini sonuçsuz hale getirmeyeceği gözetilerek davaya devamla esas hakkında bir karar verilmesi gerekirken isabetsiz gerekçelerle şikayet yokluğundan bahisle kamu davasının ortadan kaldırılmasına karar verilmesi.." Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 03.10.2002 tarih ve 2002/6288 Esas ve 2002/7664 karar sayılı kararı, Bakıcı, s. 1573.

²⁹⁶ Centel/Zafer, s. 591; Kunter, s. 93.

şikayetten vazgeçme iradesinin hukuki sonuç doğurmayacağı fıkındedir²⁹⁷. Bu durumda şikayetten vazgeçme sebebiyle davanın düşürölmesine karar verilemez.

Alman Ceza Kanunu 77d paragrafına göre, *"Suçtan zarar gören veya onun ölmüş olması halinde şikayet etme yetkisine sahip olan kişi şikayette bulunduktan sonra ölürse, suçtan zarar görenin eşi, eşcinsel evlilikteki eşi, çocukları, ana-babası, kardeşleri ve torunları, 77. maddenin 2. fıkrasındaki sıra dahilinde şikayeti geri alabilirler. Aynı sıradaki birden fazla aile mensubu, söz konusu hakkı sadece birlikte kullanabilirler. Fiile katılmış bulunan kişi, şikayeti geri alamaz"*²⁹⁸.

2. Tüzel Kişiler Bakımından

Suçtan zarar görenin tüzel kişi olması durumunda şikayetten vazgeçme ve şikayetten feragat hakkı, tüzel kişiyi bu hususta temsile yetkili organ veya kişiye aittir²⁹⁹. Ancak tüzel kişiye karşı işlenmiş olan bir suç sonucunda tüzel kişinin yanı sıra buna mensup olan gerçek kişiler de suçtan zarar görmüşlerse, tüzel kişinin şikayet hakkından feragat etmesi veya vazgeçmesi, gerçek kişilerin de feragat ettiği veya vazgeçtiği anlamına gelmez³⁰⁰.

D. Şikayetten Feragat ve Vazgeçmenin Şekli

Şikayet hakkına sahip olan kimsenin hakkını nasıl kullanacağına ilişkin gerek TCK'da gerek CMK'da düzenleme bulunmasına karşın, bu haktan nasıl feragat edeceği konusunda kanunda bir açıklık yoktur³⁰¹. Bununla birlikte şikayet hakkından açık veya örtülü bir şekilde feragat edilebileceği konusunda öğretide görüşler yer almaktadır³⁰².

²⁹⁷"Katılan vekili, 25.06.2009 tarihli dilekçesiyle şikayetten vazgeçme beyanında bulunmuş ise de, aynı tarihli diğer dilekçesiyle, şikayetten vazgeçme dilekçesini hata sonucunda mahkemeye verdiğini belirtmiş olması karşısında, şikayetten vazgeçme beyanının hataya dayalı olduğu ve hukuki sonuç doğurmayacağı kabul edilmiştir." Yargıtay 10. Ceza Dairesinin 21.12.2009 tarih ve 2009/16589 Esas ve 2009/19533 Karar sayılı kararı, Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2350.

²⁹⁸ Yenisey/Plagemann, s. 138.

²⁹⁹ Demirtaş, s. 94.

³⁰⁰ Dönmezer/Erman, (Cilt III), s. 301.

³⁰¹ Güngör, s. 74.

³⁰²İçel v.d., (Yaptırım), s. 325; Kanunumuzda şikayet hakkından feragate ilişkin hüküm bulunmamasına karşın, İtalyan CK'da, "Şikayet hakkını kullanma yetkisine haiz olan kimse, şikayet

Şikayet hakkı sahibi bu hakkı kullanmayacağını açık ve yazılı olarak veya yetkili makamlara tutanak düzenleterek açıklayabilir³⁰³. Suçtan zarar görenin şikayet hakkını kullanmayacağı anlamına gelen hareketlerde bulunması halinde ise, şikayet hakkından örtülü feragatten söz edilir. Örneğin; fail ile mağdur arasında herkesçe bilinebilir bir barışma olması³⁰⁴.

Şikayetten vazgeçmenin şekliyle ilgili olarak da öğretide açık ve örtülü vazgeçme şeklinde ikili bir ayrıma gidilmektedir³⁰⁵. Vazgeçmenin şekli konusunda kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak şikayetçinin bu iradesini hiçbir duraksamaya yol açmayacak biçimde açıklaması gerekmektedir³⁰⁶. Şikayetten açık bir şekilde vazgeçme, vazgeçme hakkına sahip olan kişinin, şikayetinden vazgeçtiğini doğrudan doğruya açıklamasıdır. Örtülü vazgeçme ise, hak sahibinin şikayetinde ısrar isteğiyle bağdaşmayan hareketler de bulunmasıdır³⁰⁷.

Şikayetten vazgeçmenin şeklinin nasıl olacağı konusunda bir çok görüş ileri sürülmüştür. Öğretide Kunter'e göre, şikayet resmi makamlara yapıldığından açıkça geri alma da böyle yapılmalı, kural olarak yazılı yapıldığından geri alma da yazılı

iradesiyle bağdaşmayan hareketlerde bulunduğu takdirde örtülü feragatin bulunduğu kabul olunur" hükmü yer almaktayken, Yunan CK ve diğer bazı kanunlarda, şikayet hakkından açıkça feragate imkan tanınmış, örtülü feragatten söz edilmemiştir. bkz. Dönmezer/Erman, (Cilt III), s. 293-294.

³⁰³ Centel/Zafer/Çakmut, s. 717; Suçtan zarar gören şikayet hakkından, suç failine verebileceği bir yazı ile veya noter ya da adli zabıta huzurunda tutulacak zabıt varakasına geçirmek suretiyle sözlü olarak feragat edebilir. bkz. Dönmezer/Erman, (Cilt III), s. 294.

³⁰⁴ Dönmezer/Erman, (Cilt III), s. 295.

³⁰⁵ Kunter, s. 91; Aksi yönde olan bir görüşe göre, öğretide her ne kadar vazgeçmenin açık veya örtülü yapılacağı kabul edilmiş olsa da örtülü vazgeçme konusunda örnek sıkıntısı yaşanmaktadır. Şikayetten örtülü feragat mümkün iken, örtülü olarak şikayetten vazgeçme hukuki bir değer ifade etmemektedir. Örneğin, kendisine hakarete bulunan eşi hakkında şikayette bulunduktan sonra onunla aynı evde eskisi gibi yaşamaya devam eden kadının örtülü olarak şikayetinden vazgeçtiğini kabul etmek kanunu zorlama yoluna gitmek olacaktır. bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2315.

³⁰⁶ Demirtaş, s. 97; "Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasındaki uyumsuzluk, açıklamalı davetiyeye rağmen duruşmaya gelmeyen şikayetçinin bu davranışının şikayetten zımnen vazgeçme niteliğinde olup olmadığı hususundadır. Yargılama sırasında, şikayetten vazgeçme belirli bir şekle tabi olmamakla beraber, şikayetçinin bu iradesini hiç bir duraksamaya yol açmayacak şekilde açıklaması gerekmektedir. Bu açıklama mahkeme önünde beyanda bulunmak suretiyle sözlü olarak yapılabileceği gibi dilekçe ile veya tutanak düzenlemek üzere mahkeme tutanak yazıcısına beyanda bulunmak suretiyle de yapılabilir. Bunun gibi mahkeme dışında da şikayetten vazgeçme olanaklıdır. Bu halde de şikayetçinin vazgeçme iradesini açıklıkla belirtmesi aranmalıdır. Ancak şikayetçinin vazgeçme iradesini açıklamaksızın, açıklamalı davetiyeye üzerine de olsa duruşmaya gelmemesi onun şikayetten zımnen vazgeçtiği biçiminde kabul edilemez. Yargılama Yasası 361. maddede düzenlenen, şahsi davada şahsi davacının duruşmaya gelmemesi hali davadan vazgeçme nedeni olarak kabul edilmiştir. Bu düzenleme yorum yoluyla şikayete tabi suçlarda uygulanamaz. Şikayete tabi suçlarda şikayetçinin vazgeçme iradesini hiçbir duraksamaya yol açmayacak şekilde açıklaması gerekmektedir. Açıklamalı davetiyeye rağmen duruşmaya gelmemesi onun davadan zımnen vazgeçtiği biçiminde yorumlanamaz.." Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 04.05.1992 tarih ve 1992/7 Esas ve 1992/112-134 Karar sayılı kararı, Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2316.

³⁰⁷ Dönmezer/Erman, (Cilt III), s. 305.

olmalıdır. Örtülü geri alma ise ancak kanunun belli eylemlere bu sonucu bağlaması ile mümkündür³⁰⁸. Benzer görüş ileri süren *Centel/Zafer/Çakmut*'a göre, yanlış anlaşılmalara neden olmamak için, vazgeçmenin de şikayetin yapılmasında olduğu gibi, kanunda belirtilen makamlara yönelik olarak ve yazılı biçimde yapılması yerinde olacaktır³⁰⁹. Aynı şekilde vazgeçmenin yazılı olmasına vurgu yapan *Dönmezer/Erman*'a göre, şikayetten vazgeçme iradesi yargısal olan ve olmayan şeklinde iki türlü ortaya konulabilir. Yargısal vazgeçmede, adalet mekanizması içerisindeki bir organ huzurunda yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak şikayetin geri alınması söz konusudur. Yargısal olmayan vazgeçme ise, vazgeçme iradesi adli zabıta veya noter huzurunda yapılan beyanlarla ya da mektup, vasiyetname gibi özel nitelikli yazılarla açıklanabilir³¹⁰. *Demirtaş*'a göre, muhakeme hukukunda kıyas yapma imkanı bulunduğundan şikayet hakkını kullanma hususunda düzenlenen kuralların bu hakkın kullanılmasından vazgeçilmesi durumunda da geçerli olması gerekir. Başka bir ifadeyle şikayetten vazgeçme, şikayetin yapılması konusunda belirtilen şekil kurallarına uygun olarak yapılması gerekir³¹¹. Ancak yazar devam eden cümlelerde suçtan zarar görenin şikayetinden açık veya örtülü bir şekilde vazgeçebileceğini kabul etmektedir³¹². Belirtilen yorumdan yola çıkıldığında şikayetten vazgeçmenin CMK m. 158'de belirtilen mercilere yine maddede belirtilen usule göre yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla şikayet hakkı ancak açık bir şekilde kullanılabilirken, şikayetten vazgeçmenin açık veya örtülü bir şekilde yapılabileceğini kabul etmek başlangıçta benimsenen görüş ile kendi içerisinde çelişki yaratmaktadır.

Şikayetten vazgeçme isteminin soruşturma evresinde ortaya çıkması durumunda, bu istek soruşturmayı yürüten makama bildirilir. Kovuşturma evresinde ise, beyanın gerek duruşma sırasında gerekse duruşma dışında davayı yürüten mahkemeye iletilmesiyle şikayetten vazgeçilebilir³¹³.

³⁰⁸ Kunter, s. 92.

³⁰⁹ *Centel/Zafer/Çakmut*, s. 720.

³¹⁰ "*Zabıta huzurunda vaki şikayetten vazgeçme muteberdir.*" Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 25.09.1952 tarih ve 1952/11032 Esas ve 1952/11331 Karar sayılı kararı, *Dönmezer/Erman*, (Cilt III), s. 305.

³¹¹ *Demirtaş*, s. 96; Aynı yönde görüş beyan eden yazarlara göre, kanunda özel bir şekil şartı belirtilmediği için şikayet hakkının kullanımına ilişkin kabul edilen şekil şartı vazgeçmeye de kıyasen uygulanmalıdır. Bu sebeple şikayet şekillerinden birine uymayan vazgeçme tarafların iradelerine sarahaten uygun olsa bile geçerli sayılmaz. bkz *Erem/Danışman/Artuk*, s. 966.

³¹² *Demirtaş*, s. 96.

³¹³ *Göngör*, s. 76.

Kanaatimizce şikayetten vazgeçmenin şekli ve bu beyanın hangi makamlara yapılacağı konusunda bire bir CMK m. 158'i kıyas yoluyla uygulamaktan ziyade ilgili maddeyi sadece yorum aracı olarak kullanmak yerinde olacaktır. Duruşma dışında yapılan şikayetten vazgeçme CMK m. 158'de belirtilen mercilere yazılı olarak veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılabilir. Bunun dışında Yargıtay'ın belirlemiş olduğu "*vazgeçme iradesini hiçbir duraksamaya yol açmayacak biçimde açıklamak*" kriterine uygun olarak yapılmış irade açıklamaları da şikayetten geçerli bir şekilde vazgeçme olarak kabul edilmelidir. Örneğin, noter huzurunda açıklanan vazgeçme iradesini yansıtan belgenin soruşturma aşamasında soruşturmayı yürüten mercie kovuşturma aşamasında davanın görüldüğü mahkemeye teslimiyle şikayetten vazgeçilebilmelidir. Duruşma esnasında ise, suçtan zarar görenin açık bir şekilde şikayetinden vazgeçtiğine ilişkin beyanının tutanağa geçirilmesiyle geçerli bir şekilde vazgeçme işlemi tamamlanır. Buna karşın kanunun belirli hareketlere sonuç bağladığı durumlar dışında, suçtan zarar görenin bazı davranışlarda bulunması halinde zımni olarak şikayetten vazgeçtiğinin kabulü, kişilerin iradelerine aykırı sonuçlar doğurabileceğinden bizce doğru bir uygulama değildir. Zira şikayetten vazgeçme iradesinin varlığı bir ispat sorunudur. Duruşma dışında yapılmış olan şikayetten vazgeçme her türlü delille ispat edilebilse de her halükarda bu iradenin tereddüte yer vermeyecek derecede açık olması gerekir³¹⁴.

E.Şikayetten Feragat ve Vazgeçmenin Zamanı

Geçerli bir şekilde şikayet hakkından feragat edilebilmesi için şikayet hakkının doğmuş bulunması gerekmektedir. Daha öncede belirttiğimiz gibi her ne kadar kanun şikayet süresini fiilin ve failin öğrenilmesi tarihinden itibaren başlatsa da suçtan zarar görenin kendisine karşı takibi şikayete bağlı bir suç işlendiğini öğrenmesiyle şikayet hakkı doğmaktadır. Dolayısıyla bir kimsenin kendisi aleyhine soruşturması ve kovuşturması şikayete bağlı bir fiilin icra edilmesinden önce şikayette bulunmayacağını açıklaması, kişilik haklarından feragat sayılır ve böyle bir beyan hukuken anlam ifade etmez³¹⁵.

³¹⁴ Otacı, s. 220.

³¹⁵ Dönmezer/Erman, (Cilt III), s. 296.

Ceza hukuku mevzuatında vazgeçmeye yer veren ülkeler, şikayeti geri almanın zamanı ile ilgili olarak değişik sistemler benimsemişlerdir. Bu noktada kamu davası devam ettiği sürece şikayetten vazgeçilebileceğini kabul eden sistemlerin yanı sıra, sadece kamu davası başlayıncaya kadar vazgeçmeyi kabul eden veya şikayetin yapıldığı tarihten itibaren belli süreler içerisinde geri alınabildiği sistemler de mevcuttur³¹⁶. Şikayetten vazgeçme konusunda süre sınırlaması getirilmesi, devlet otoritesinin sarsılmaması için gerekli bir uygulamadır. Ancak süre açısından konuya göre ayırım yapılmalıdır. Örneğin özellikle aile ilişkilerinin söz konusu olduğu durumlarda sürenin daha uzun tutulması gerektiğine ilişkin görüşler mevcuttur³¹⁷.

TCK m. 73/4'e göre, *"Kovuşturma yapılabilmesi şikayete bağlı suçlarda kanunda aksi yazılı olmadıkça suçtan zarar gören kişinin vazgeçmesi davayı düşürür ve hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme cezanın infazına engel olmaz"*. Maddeyi göz önünde bulundurduğumuz takdirde şikayetten vazgeçmenin kamu davasını düşüren bir neden olduğu ve kamu davası sona erinceye kadar vazgeçmenin mümkün olduğu sonucuna varılır. Dolayısıyla şikayetin yapılmasından hükmün kesinleşmesine kadar şikayetten vazgeçme mümkündür³¹⁸.

TCK m. 73'ün hükmün kesinleşmesi anını esas alması dolayısıyla yargılamanın ilk aşaması olan soruşturma evresi dahil³¹⁹, kovuşturma evresi, temyize başvurulması halinde temyiz evresi, kararın temyizde bozulması halinde ilk derece mahkemesinde tekrar yapılan yargılama evresi ve hatta hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı³²⁰ verilmesi halinde, yükümlülöklere aykırı davranıldığı için

³¹⁶ Güngör, s. 77.

³¹⁷ İçel v.d., (Yaptırım), s. 324.

³¹⁸ Kunter, s. 92; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2312; Özgenç, s. 867; *"Sanığın eylemine uyan 765 sayılı TCK'nın 465/4 maddesinde ve 5237 sayılı TCK'nın 86/2 maddesinde düzenlenen basit yaralama suçu her iki kanuna göre de şikayete tabi olup, verilen kararın kesinleşmesine kadar vazgeçme hükmü ifade eder. Verilen kararın kesinleşmesinden sonra vazgeçme nedeniyle davanın düşürülmesine karar verilmesi mümkün değildir."* Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 04.07.2006 tarih ve 2006/6344 Esas ve 2006/12921 karar sayılı kararı, Yılmaz, (Şikayet), s. 321.

³¹⁹ Aksi yönde düşünen Güngör'e göre, kamu davasının varlığı şikayeti geri almanın zaman yönünden nihai olarak sınırını belirler. Bunun dışında, soruşturma evresinde gerçekleşen geri alma kabul şartının aranmaması yönünden farklı bir özellik taşır. bkz. Güngör, s. 77.

³²⁰ Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi durumunda CMK m. 231/8'e göre, dava zaman aşımı süresi durur. Dolayısıyla denetimli serbestlik süresi sona erinceye kadar henüz ortada kesinleşmiş bir hüküm yoktur. Ayrıca hükmün açıklanmasına ya da kamu davasının düşürülmesine karar verilmesi gereken hallerde duruşma açılarak taraflara meşruhatlı çağrı kağıdı çıkarılmalıdır. Bu aşamada da şikayetten vazgeçilebilir. bkz. Ali İhsan İpek, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 250; Yargıtay 4. CD vermiş olduğu bir kararında şu şekilde hüküm kurmuştur; *"Sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildikten sonra, deneme süresi içerisinde yeniden suç işlemesi nedeniyle kesinleşen kararla mahkum olduğunun belirlenip, ihbarda bulunulması üzerine, dosyanın yeniden ele alınarak yapılan 18.10.2011 tarihli*

hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen dosya tekrar ele alınıp duruşma yapılırken de henüz karar kesinleşmediği için şikayetten vazgeçilebilir³²¹.

Üzerinde durulması gereken bir diğer nokta TCK m. 73/4'te geçen "*kanunda aksi yazılı olmadıkça*" ibaresidir. Madde içerisinde yer alan bu ibare, hükmün kesinleşmesine kadar şikayetten vazgeçilebilir kuralına, kanunda aksi yazılı olan durumları istisna kılmıştır. 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'un 16b/3 maddesinde yer alan "*Hükmün kesinleşmesinden sonra şikayetten vazgeçildiğinde de, hüküm bütün cezai sonuçları ile ortadan kalkar*" şeklindeki düzenleme bu şekilde bir istisna teşkil etmektedir³²². Böyle bir durumda kural olarak davanın düşmesiyle muhakeme ilişkisini sona erdiren şikayetten vazgeçme, infaz ilişkisini sona erdirmekte ve hükmün infazından ve cezanın sonuçlarından vazgeçilmektedir³²³.

Şikayetten vazgeçme süresine ilişkin farklı bir düzenleme de İcra İflas Kanunu'nda yer almaktadır. İİK m. 331 ve devamı maddelerinde düzenlenen suçların takibinin şikayete bağlı olduğunu daha önce belirtmiştik. İİK'nın dava ve cezanın düşmesi ile ceza verilemeyecek haller başlıklı 354. maddesine göre; "*Kanunun bu babında yazılı suçlardan takibi şikayete bağlı olanların müştekisi feragat eder veya borcun itfa edildiği sabit olursa dava ve bütün neticeleriyle ceza düşer*". Dolayısıyla bu suçlardan dolayı yapılan yargılama sona ermiş ve hüküm kesinleşmiş olsa bile şikayetten vazgeçilmesi mümkündür. Çünkü icra suçları ile ceza hukuku anlamında suçların ayrıldığı noktalardan biri, icra suçlarına verilen cezaların gayesi, esas itibarıyla borçluyu yerine getirmekten kaçındığı bazı fiilleri ifa etmeye zorlamak

duruşmasında, mağdur Şerife G.'nin sanık hakkındaki şikayetinden vazgeçtiği anlaşılmaktadır. Bu durumda sanık hakkında hakaret suçundan açılan kamu davasının TCK'nın 73/4 ve CMK'nın 223/8. maddeleri gereğince düşürülmesine karar verilmesi gerekirken, şikayetten vazgeçme beyanı dikkate alınmadan kurulan mahkumiyet hükmü hukuka aykırıdır." bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2312.

³²¹ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2312; Demirtaş, s. 94; "*5237 sayılı TCK'nın 167. maddesi gereği sanığın üzerine atılı suçun kovuşturulmasının şikayete tabi olduğu, katılan vekilinin hükümden sonra temyiz aşamasında vekaletnamesindeki yetkiye dayanarak şikayetten vazgeçme dilekçesi verdiği anlaşıldığından sanığın hukuki durumunun buna göre yeniden değerlendirilmesinin gerekmesi..*" Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 20.10.2009 tarih ve 2009/12817 Esas ve 2009/10357 Karar sayılı kararı, Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2350.

³²² Yılmaz, s. 44; Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra yürürlükte olmayan zina suçları ile ilgili 765 sayılı TCK m. 444'de yer alan "*Davadan vazgeçmek hükümden sonra dahi makbuldür. Bu halde hükmün icrasından ve cezanın neticelerinden sarfınazar olunur.*" hükmü de bir istisna oluşturmaktaydı. bkz. Demirbaş, s. 209.

³²³ Centel/Zafer/Çakmut, s. 718.

iken; ceza hukuku anlamında suçların cezalandırılmasındaki amaçlar tamamen farklıdır³²⁴.

F. Şikayetten Feragat ve Vazgeçmenin Kabulü

Şikayetten feragat ve vazgeçmenin en önemli ayrım noktalarından birisi de "kabul" hususudur. Şikayetten feragat, tek taraflı irade açıklamasıyla yapılmaktadır. Bu nedenle şüpheli veya sanığın feragati kabul edip etmediği önem taşımamaktadır³²⁵. Zira bu aşamada suçtan zarar görenin, şüpheli ile ilgili herhangi bir iddiası bulunmamaktadır³²⁶. Ayrıca TCK m. 73/6'da "*Kanunda aksi yazılı olmadıkça, vazgeçme onu kabul etmeyen sanığı etkilemez*" hükmü yer almaktadır. Hükümde geçen "*sanık*"³²⁷ ibaresi göz önünde bulundurulduğunda bu hükmün sadece kovuşturma aşaması için geçerli olduğu sonucuna varılır. Şikayet hakkından feragat söz konusu olduğunda soruşturma ve kovuşturma yapılamayacağı için kanunun ilgili maddesinde aranan kabul şartı söz konusu olmayacaktır. Ayrıca hükümde her ne kadar sanık ibaresi yer alsa da soruşturma evresinde de şikayet dilekçesi verildikten sonra henüz kamu davası açılmadan şikayetten vazgeçme mümkün olduğu için bu aşamada vazgeçmeyi kabul veya reddedecek kişi "*şüpheli*"³²⁸dir. Dolayısıyla hükmün sadece sanığı değil şüpheliyi de kapsadığını kabul etmek yerinde olacaktır.

TCK'nın 73. maddesinden de anlaşılacağı üzere, şikayetten vazgeçme iki taraflı bir işlemdir. Şikayetten vazgeçmenin geçerli bir şekilde sonuç doğurabilmesi için suç işlediği iddia olunan kişi tarafından kabul edilmesi gerekir. Sanık tarafından kabul edilmeyen vazgeçme, hüküm ifade etmez³²⁹. Kabul edilen bir görüşe göre,

³²⁴Demirtaş, s. 95; Hasan,Ercan *İcra ve İflas Kanununa Göre Mal Beyanı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2004, s. 84-85.

³²⁵Centel/Zafer/Çakmut, s. 716; Hakeri, s. 124; Kunter, s. 92.

³²⁶Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2311.

³²⁷CMK m.2/1-b'ye göre; "*Sanık; Kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişiyi ifade eder*".

³²⁸CMK m.2/1-a'ya göre; "*Şüpheli: Soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişiyi ifade eder*".

³²⁹İçel v.d., (Yaptırım), s. 319; Yenisey/ Nuoğlu, s. 399; "*Katılan vekili, 05.10.2004 havale tarihli dilekçesi ile sanık hakkında şikayetinden vazgeçtiğinden 5237 sayılı TCK'nın 73/4-6 madde ve fıkraları gereğince vazgeçmeyi kabul edip etmediği sanığa sorulup, sonuca göre hukuki durumunun takdir ve tayininde zorunluluk bulunması..*" Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 05.06.2006 tarih ve 2006/9969 Esas ve 2006/5109 Karar sayılı kararı, Yılmaz, (Şikayet), s. 44; "*..vazgeçme, her ne kadar, sövme, dövme ve zina gibi yasada belirtilmiş olan hallerde kesin surette davayı düşürürse de takibi*

suçtan zarar gören tarafından şikayet olunmasa bile, bir kimse hakkında yapılan şikayet üzerine ve bu şikayet nedeniyle soruşturma veya kovuşturma yapılmış ise, bu kimsenin şikayetten vazgeçmeyi kabule yetkili olduğunu söylemek mümkündür³³⁰.

Şikayetten vazgeçmenin sanığın kabulüne bağlı olması kuralına maddede geçen "*kanunda aksi yazılı olmadıkça*" ibaresiyle istisna getirilebilir. Çünkü bu ibareyle ilgili madde, açıkça kanunla aksi düzenleme yapılmasına ve sanığın kabulünün aranmayabileceğine izin vermiştir. Ancak yürürlükte bulunan TCK'da m. 73/6'ya aksi düzenleme içeren bir hüküm mevcut değildir.

Şikayetten vazgeçmenin kabule bağlı olmasının gerekçesi olarak, vazgeçme neticesinde kamu davasının düşmesinin sanığın işlediği iddia edilen suç konusunda şüpheli bir duruma sebebiyet verebileceği, bu sebeple sanığın davanın devam etmesini ve gerçeğin aydınlanmasını isteme hakkı olduğu gösterilmektedir. Dolayısıyla suçtan zarar görenin davaya devam olunmaması yönündeki arzusuyla sanığın davaya devam edilmesi hususundaki arzusu çatıştığında, sanığın iradesine üstünlük tanınacaktır. Böylece takibi şikayete bağlı bir suçta, muhakemeyi tek taraflı iradesiyle başlatabilen suçtan zarar gören, sona erdirmek için sanığın iradesine ihtiyaç duyacağı için, bu hakkını daha temkinli kullanma yoluna gidecektir³³¹. Aynı zamanda masum bir kişi hakkında şikayette bulunup daha sonra onu affetmiş gibi bir durum yaratarak şikayetinden vazgeçen kişiye kabul şartıyla sınır getirilmiş ve sanığa masum olduğunu ispatlama imkanı getirilmiştir³³².

Şikayetten vazgeçmeyi kabul, açık veya örtülü olabilir. Açık kabul, sanık veya bu hususta özel yetkilendirilmiş vekilinin, Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme gibi doğrudan yargı mercilerinin veya adli zabıta huzurunda ya da noterlikçe düzenlenen bir sözleşmede açıkça şikayetçinin vazgeçme yönündeki beyanını kabul ettiğini bildirmesi şeklinde olabilir³³³.

şikayete bağlı diğer davalarda TCK'nın 99. maddesinin son fıkrası gereğince vazgeçmenin onu kabul etmeyenler hakkında bir tesiri olmayacağı cihetle sanığın çağrılıp vazgeçmeyi kabul edip etmediğinin sorulmaması yasaya aykırı ve Cumhuriyet savcısının itirazı yerinde görüldüğünden hükmün tebliğname gibi CMUK'un 321. maddesi gereğince.." Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 28.05.1976 tarih ve 1976/1755 Esas ve 1976/1653 Karar sayılı kararı, Yılmaz, (Şikayet), s. 193.

³³⁰ Erem/Danışman/Artuk, s. 973.

³³¹ Dönmezer/Erman, (Cilt III), s. 307-308.

³³² Yenisey/Nuhoğlu, s. 399.

³³³ Dönmezer/Erman, (Cilt III), s. 308; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2320.

Şikayetten vazgeçmeyi kabulün örtülü bir şekilde gerçekleşmesi durumunda ise sanığın açıkça vazgeçmeyi kabul ettiğine dair irade beyan etmemesiyle birlikte, kabul etmeme iradesiyle bağdaşmayan hareketlerde bulunması söz konusudur³³⁴. Örneğin, sanığın şikayetçiye sarılarak ona teşekkür etmesi, huzurunda yapılan şikayetten vazgeçme açıklaması karşısında ses çıkarmaması, vazgeçme nedeniyle verilen düşme kararını temyiz etmemesi veya yokluğunda yapılan şikayetten vazgeçme konusunda diyeceğinin sorulması için bu hususun davetiyeye yazılarak duruşmaya çağırılmasına rağmen sanığın duruşmaya gelmemesi³³⁵.

Vazgeçme önerisini kabul veya reddedecek kişi, kendisine suç isnat edilen kişidir. Kanunun ilgili maddesinde her ne kadar "*sanık*" ibaresi yer almış olsa da, henüz şikayet dilekçesi verilmiş fakat kovuşturmaya geçilmemiş ise, bu aşamada şikayetten vazgeçme durumunda kendisine suç isnat edilen kişi, sanık sıfatını taşımasına rağmen vazgeçme önerisini kabul veya ret hakkına sahiptir³³⁶. Ancak doktrinde yer alan aksi yönde bir görüşe göre, kamu davası açılmadan önceki safhada bu madde hükmü uygulanmaz. Ortada henüz kamu davası bulunmadığından, davanın düşmesi ve dolayısıyla şikayetten vazgeçme söz konusu değildir. Kamu davası açılmadan önce de şikayet geri alınabilir ancak bu durum teknik anlamda şikayetten vazgeçme değildir. Bu nedenle de kabule bağlı değildir³³⁷.

Aynı zamanda kabul veya ret iradesi ortaya koyacak olan kişinin buna ehil olması gerekir. Tam ehliyetsizlerin yasal temsilcisi bu konuda yetkilidir³³⁸. Ancak,

³³⁴"Sanıkların yokluğunda gerçekleşen vazgeçme üzerine 765 sayılı TCK'nın 99/son maddesi uyarınca vazgeçmeyi kabul edip etmeyeceklerinin sanıklardan sorulmaması gıyabi hükmün tebliğine rağmen sanıklar tarafından temyiz edilmeyerek şikayetten vazgeçmenin kabul edilmiş olması karşısında, tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir" Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 27.06.2006 tarih ve 2006/7858 Esas ve 2006/5992 Karar sayılı kararı, Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2320.

³³⁵Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2320; İtalyan Temyiz Mahkemesi, duruşmaya gelmeyen sanığın duruşmada cereyan eden her şeyi önceden kabul etmiş sayılacağı ve açık bir kabul etmeme bulunmadığına göre, vazgeçmenin sanık tarafından kabul edilmiş sayılacağı görüşünderken; Türk Yargıtay içtihadı bunun aksine, hazır bulunmayan sanığın çağrılarak, vazgeçmeyi kabul edip etmediğinin sanığa sorulması görüşündedir. bkz. Dönmezer/Erman, (Cilt III), s. 309.

³³⁶ Dönmezer/Erman, (Cilt III), s. 309.

³³⁷ Erem/Danışman/Artuk, s. 977.

³³⁸"..şikayetten vazgeçmesi nedeniyle TCK'nın 73. maddesinin 6. fıkrası gereğince sanığın vasisisinden vazgeçmeyi kabul edip etmediği sorulup sonuca göre bir karar verilmesi gerektiği, sandalyenin silah sayılması halinde ise CMK'nın 191. maddesi gereğince sanığın duruşmaya getirtilmesi sağlanarak kimliğinin saptanması, olanaklı ise müdafî huzurunda sorgusu yapıldıktan sonra, hakkında 5237 sayılı TCK'nın 32. maddesi gereğince akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine karar verilmesi gözetilmeden.." Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 03.07.2012 tarih ve 2010/29152 Esas ve 2012/18082 Karar sayılı kararı, Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2321; Öğretide yer alan bir görüşe göre, kabul bakımından ehliyet kavramının bir önemi bulunmamaktadır. Çünkü vazgeçme

mümeyyiz küçük veya kısıtlıların durumunun ne olacağı konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, sanığın ayırtım gücüne sahip olan küçük veya kısıtlı olması durumunda şikayetten vazgeçmeyi tek başına kabul edebilecekken, bunu reddedebilmek için veli veya vasisinin iradesine ihtiyaç bulunmaktadır³³⁹. Kanaatimizce nasıl ki şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olan şikayet hakkı, mümeyyiz küçük veya kısıtlı tarafından kullanılabilirse, aynı şekilde şikayetten vazgeçme önerisinin kabul veya reddi hususunda mümeyyiz sanığın iradesi tek başına geçerli olmalıdır. TMK m.16 sadece ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlının rıza olmaksızın kendilerini borç altına sokacak işlem yapmalarını yasaklamıştır. Şikayetten vazgeçme önerisinin reddi, doğrudan kişinin kendisini borç altına soktuğu anlamına gelmez. Zira bir muhakeme mahkumiyetle sonuçlanabileceği gibi beraatle de sonuçlanabilir. Kaldı ki şikayetten vazgeçmenin sanığın kabulüne bağlı tutulmasının sebebi, daha önce de belirttiğimiz gibi sanığı korumaktır. Kişinin kendisine isnat edilen suç dolayısıyla yapılan yargılamanın devam etmesini ve gerçeğin ortaya çıkmasını, böylece kendi onur ve saygınlığının korunmasını isteme hakkı vardır. Dolayısıyla mümeyyiz küçük veya kısıtlıların şikayetten vazgeçme önerisi yapıldığında bunu tek başına kabul veya reddetme hakkı olup, ayrıca yasal temsilcinin izni gerekmemelidir³⁴⁰.

Şikayetten vazgeçme önerisi yapıldığı takdirde, sanık tarafından bu öneri kabul edilinceye kadar şikayetçi önerisini geri alabilir³⁴¹. Bu noktada tartışılan husus, sanığın vazgeçme önerisini reddettikten sonra, fikrinden cayıp, öneriyi kabul etme hakkının olup olmadığıdır. Bazı yazarlara göre, ret, şikayetten vazgeçme önerisini ortadan kaldırır ve şikayetçi önerisini yinelemedikçe sanığın eski öneriyi kabul etme hakkı yoktur. Buna karşılık diğer bir görüşe göre, sanığın vazgeçmeyi kabulü konusunda kanunda bir süre öngörülmemiştir. Dolayısıyla ret vazgeçme önerisini ortadan kaldırmaz ve sanık hüküm kesinleşinceye kadar bu öneriyi kabul etme hakkına haizdir³⁴². Kanaatimizce kişilerin iradelerinin muhakemenin gidişatını bu denli etkilemesine izin vermek ceza yargılamasının özüne aykırıdır. Bu nedenle sanık şikayetten vazgeçme önerisini reddetmişse artık yeniden bir vazgeçme önerisi

teklifini kabul veya ret kendiliğinden bir malvarlığı borcu ortaya çıkarmaz. bkz. Erem/Danışman/Artuk, s. 974.

³³⁹ Dönmezer/Erman, (Cilt III), s. 309; İçel v.d., (Yaptırım), s. 329; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2320; Yasal temsilcisi bulunan kişinin temyiz gücü varsa, o da yükümlülük getirmeyen bir vazgeçmeyi kabul edebilir. bkz. Centel/Zafer/Çakmut, s. 721.

³⁴⁰ Aynı yönde görüş için bkz. Güngör, s. 84.

³⁴¹ Demirtaş, s. 101; Kısık, s. 93; Erem/Danışman/Artuk, s. 971.

³⁴² Dönmezer/Erman, (Cilt III), s. 310.

yapılmadan eski öneri üzerinden kabul hakkına sahip olamaz. Kaldı ki kanun vazgeçme önerisinin kaç defa yapılabileceği konusunda bir sınırlama getirmemiş olmanın yanı sıra, yapılan bir vazgeçme önerisine ne kadar sürede cevap verileceği hususunda da bir açıklık yoktur.

Şikayetten vazgeçmenin sanık tarafından kabul edilmemesi durumunda yargılamaya devam edilir. CMK m. 223/2-e'ye göre, yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması halinde beraat kararı verilir. Ancak sanığın suçunun sabit olması durumunda mahkumiyet kararı verilemeyecektir³⁴³. Bununla birlikte uygulamada böyle bir durumda "*düşme*" kararı mı yoksa "*ceza verilmesine yer olmadığı*"³⁴⁴ kararı mı verilmesi gerektiği tartışmalıdır. Öğretide Artuk/Gökçen/Yenidünya'ya göre, yargılama neticesinde sanık hakkında beraat kararı dışında bir karar vermek gerekirse (özellikle mahkumiyet) bu takdirde kovuşturma şartı gerçekleşmediğinden düşme kararı verilmesi gerekir³⁴⁵.

Şikayetten vazgeçmeyi kabul, kayıtsız ve şartsız olmalıdır³⁴⁶. Kanun sanığa sadece kabul veya ret hakkını tanımış olup, belirli şartlar altında kabul etme yetkisi vermemiştir. Örneğin, şikayetçinin kendisinden af dilemesi halinde vazgeçme önerisini kabul edeceğini belirten sanığın beyanı hüküm ifade etmez ve kabul etmemiş sayılır³⁴⁷. Aynı şekilde davanın neticesine göre örneğin, kabulün mahkumiyet halinde vaki olmuş sayılacağı şeklinde bir ihtirazı kayıt içeren kabul geçerli sayılmamaktadır³⁴⁸.

Birden fazla sanığın bulunduğu bir davada, şikayetin geri alınması söz konusu olduğu takdirde her bir sanık bunu kabul edip etmeme hakkını diğerlerinden bağımsız olarak kullanır³⁴⁹. Birisinin şikayetten vazgeçme önerisini kabulü diğerlerini etkilemez³⁵⁰.

³⁴³ Yılmaz, (Şikayet), s. 46.

³⁴⁴ Yargıtay, sanığın beraat edeceği düşüncesiyle vazgeçmeyi kabul etmemesi halinde, yapılan yargılama sonucunda suçun sübutu durumunda, şikayetten vazgeçildiği nazara alınarak, sanık hakkında ceza uygulamasına yer olmadığına karar verilmesi gerektiği görüşündedir. bkz. Demirtaş, s. 100.

³⁴⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 574.

³⁴⁶ İçel v.d., (Yaptırım), s. 329; Kısık, s. 92.

³⁴⁷ Dönmezer/Erman, (Cilt III), s. 309.

³⁴⁸ Erem/Danışman/Artuk, s. 975.

³⁴⁹ Güngör, s. 85.

³⁵⁰ "TCK.nun 99. maddesinin 2. fıkrasındaki (feragatin sirayeti) sanıklar yönünden söz konusu olup, mesken masuniyetini ihlal suçundan müstakilen zarar gören şikayetçilerden birinin feragatının, diğerinin şikayetini sonuçsuz hale getiremeyeceği, aile reisi ve ev sahibi durumunda bulunan Ahmet,

G. Bölünmezlik Prensibi

TCK m. 73/5'e göre; "*İştirak halinde suç işlemiş sanıklardan biri hakkındaki şikayetten vazgeçme, diğerlerini de kapsar*" hükümden anlaşılacağı üzere, sanıklardan biri hakkında şikayetten vazgeçme, diğerlerine de sirayet eder. Bu prensibin kabul edilmesinin altında yatan sebep, nasıl şikayet faile değil fiile yönelik ise aynı şekilde vazgeçme de fiile ilişkindir. Dolayısıyla şikayetin bölünmezliği ilkesine paralel olarak vazgeçmede de aynı prensip geçerlidir³⁵¹.

Aynı şekilde vazgeçmede olduğu gibi, şikayet hakkından feragat etme açısından da bölünmezlik ilkesi geçerlidir. Faillerden bir kısmı için şikayet hakkını saklı tutup bir kısmı için bu haktan feragat etmek söz konusu değildir³⁵².

Bölünmezlik prensibinin uygulanabilmesi için maddede geçen "*iştirak halinde suç*" şartının gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Doktrinde bir görüşe göre, faillerin aynı fiil sebebiyle sanık olması gerekmektedir³⁵³. Dolayısıyla maddede geçen "*iştirak*" ibaresiyle ceza hukuku anlamında iştirak kastedilmemektedir. Bu nedenle bölünmezlik ilkesinin uygulanması için TCK m. 37 ve devamında düzenlenen iştirakın şartlarının olayda gerçekleşmiş olması aranmamaktadır³⁵⁴. Diğer bir görüşe göre, birden fazla kimse iştirak kurallarının dışında olarak, aynı kişi aleyhine, aynı suçu, aynı zamanda işlemiş olsa bile, fiilin aynı olduğu iddia edilemez. Örneğin, mağdura aynı zaman ve yerde, aynı kelimelerle hakaret eden birden fazla kişi açısından, ortada bir değil, fail sayısınca hakaret suçu mevcuttur. Bu nedenle bu fiiller dolayısıyla açılan davalar ayrı veya birleştirilmiş olsa bile, sanıklardan biri hakkında vazgeçme diğerlerine sirayet etmez³⁵⁵. Bizce iştirak halinde işlenen suçlarda failler, farklı fiiller icra etmiş olsa bile sonuç itibarıyla hepsi aynı suçtan dolayı sorumlu olacakları için, sanıklardan biri hakkında vazgeçildiğinde bu vazgeçmenin diğerlerine sirayet edeceği noktasında şüphe bulunmamaktadır.

sanıklardan Mehmet hakkında şikayetçi olup, Saadettin'e yönelen beyanının yasal anlamda feragat teşkil etmeyeceği, adı geçen sanığın suça iştirakinin söz konusu olmadığını vurgulamasına matuf olduğu.." Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 21.03.1991 tarih ve 1991/2139 Esas ve 1991/3368 Karar sayılı kararı, Kazancı Hukuk Sitesi, E.T: 15.12.2015; Centel/Zafer/Çakmut, s. 720; Dönmezer/ Erman, (Cilt III), s. 309; Aksi görüşte olan yazarlara göre, vazgeçme kabule bağlı olduğundan, bazı sanıklar kabul edip, bazıları etmezse, hepsi etmiş sayılmalı, birinin kabulü diğerlerine sirayet etmelidir. bkz. Yenisey/Nuhoğlu, s. 399.

³⁵¹ İçel v.d., (Yaptırım), s. 326.

³⁵² Centel/Zafer/Çakmut, s. 717.

³⁵³ Centel/Zafer/Çakmut, s. 720.

³⁵⁴ İçel v.d., (Yaptırım), s. 327.

³⁵⁵ Dönmezer/Erman, (Cilt III), s. 318; Erem/Danışman/Artuk, s. 982.

Aralarında iştirak iradesi bulunmaksızın "*aynı fil*" dolayısıyla sanık olmaları durumunda da sirayet prensibi uygulanacaktır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus fiilin aynı olması gerekliliğidir. Şöyle ki, iki aracın meydana getirdiği bir trafik kazasında o sırada yoldan geçmekte olan bir üçüncü kişinin yaralanması halinde, bu kişinin faillerden biri hakkında şikayetten vazgeçmesi halinde, bu vazgeçme diğer faile de sirayet edecektir³⁵⁶.

H. Şikayetten Feragat ve Vazgeçmenin Şarta Bağlanması

TCK'da şikayetten feragat kurumu düzenlenmediği için feragatin şarta bağlı olup olmayacağı konusunda da bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle öğretide konuyla ilgili farklı görüşler ortaya çıkmaktadır. Kural olarak feragatin kayıtsız ve şartsız olması gerektiği kabul edilmekle birlikte öğretide *Dönmezer/Erman*'a göre, fail tarafından belirli bir takım şartlar yerine getirildiği takdirde şikayet hakkını kullanmayacağını açıklayan kimse feragat etmiş sayılmaz. Ancak feragat önerisi şarta bağlanabilir. Örneğin, şikayet hakkına haiz olan kimse belirli bir miktar para kendisine verildiği takdirde bu hakkını kullanmayacağını açıklamış ve belirtilen miktar fail tarafından ödenmiş ise, suçtan zarar görenin bu parayı kabulü şikayet hakkından örtülü feragat sayılır³⁵⁷.

Şikayetten feragat konusunda olduğu gibi şikayetten vazgeçmede de kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargıtay'ın konuyla ilgili görüşleri farklılık göstermekle beraber genel kabulü, vazgeçmenin şarta bağlanabileceği, bu durumun ahlak ve adaba aykırı bir yönünün bulunmamasıyla birlikte, vazgeçmeden dolayı düşme kararı verilebilmesi için bu koşulun yerine gelmesinin şart olduğu yönündedir³⁵⁸.

³⁵⁶Yargıtay bir kararında, iki aracın meydana getirdiği trafik kazasında zarar gören bir üçüncü kişinin şikayetten vazgeçmesi durumunda, iştirak halinde olmamakla birlikte müşterek işlenen tek bir eylem bulunduğu gerekçesiyle sirayetin uygulanması gerektiği hükmüne varmıştır. bkz. Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 07.10.1977 tarih ve 1977/2990 Esas ve 1977/3026 Karar sayılı kararı, İçel v.d., (Yaptırım), s. 327.

³⁵⁷Dönmezer/Erman, (Cilt III), s. 295; Aynı yönde görüş için bkz. Centel/Zafer/Çakmut, s. 717.

³⁵⁸Demirtaş, s. 99; "*Müşteki sanıklardan Emine C.'nin kendisine yönelik yaralama suçu ile ilgili olarak sanık Fatma K. hakkında 23.12.2008 tarihli duruşmada "beni bu olaylara karıştırmaz ise, şikayetçi olmam" diyerek şartlı olarak şikayetten vazgeçtiği, ancak şartlı şikayetten vazgeçmenin geçerli olmadığı..*" Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 18.09.2012 tarih ve 2010/33191 Esas ve 2012/41294 Karar sayılı kararı, Yaşar/Gökcan/ Artuç, s. 2319.

Aynı şekilde öğretide de şikayetten vazgeçmenin şarta bağlı yapılıp yapılamayacağı konusunda fikir birliği bulunmamaktadır. Bu konuda ileri sürülen görüşler şu şekilde ifade edilebilir;

Donay'a göre, şikayetten vazgeçme iki taraflı bir hukuki işlem olduğundan, bu işlem hukuka ahlaka aykırı bir şarta bağlanmış ise TBK hükümleri³⁵⁹ gereğince geçersizdir. Eğer şikayetten vazgeçme bir bedel karşılığı yapılmışsa, bunu ahlaka aykırı saymak taraflar arasındaki hukuki işlemi geçersiz kılmak anlamına gelmektedir. Eğer suçtan zarar gören bir bedel karşılığı şikayetten vazgeçme konusunda fail ile anlaşmış ve bu anlaşma üzerine şikayetinden vazgeçmiş ise, şikayetten vazgeçme üzerine artık şikayet hakkı düşeceği için tarafların yaptığı anlaşma geçersiz sayıldığında, suçtan zarar görenin şikayet hakkını hem de vazgeçmeyle elde etmeyi amaçladığı menfaati kaybedecektir. Bu nedenle şikayetten vazgeçmenin şarta bağlı yapılabileceğini kabul etmek gerekmektedir³⁶⁰.

Dönmezer/Erman'a göre, şikayetten vazgeçme kabul ediliyor ise, koşulan şart kanuna, ahlaka, adaba aykırı olmadıkça bunun şarta bağlı olmasını kabul etmemek doğru olmaz. Hukuken geçerli bir şart ileri sürülünce, kabulün bu şartı da taşıyan vazgeçmeyi kapsamaması gerekir. Şart reddedilip sadece vazgeçme önerisini kabul etme, davayı düşürücü etki yapmaz³⁶¹.

Erem/Danışman/Artuk'a göre, birey iradesi hukuken üstün irade değildir. Dolayısıyla suçtan zarar görene böyle bir yetki verilemez. Ayrıca, şartlı vazgeçmenin kabulü, ceza davasının kanunda muayyen sebepler haricinde ve fertlerin iradesine dayanarak durdurulmasına izin verilmesi anlamına gelecektir. Bu da ancak kanunda açıkça böyle bir olanak verilmesiyle mümkündür³⁶².

Kanaatimizce kanununda vazgeçmenin şarta bağlı yapılabileceği konusunda bir açıklık yoktur. Bazı suçlarda soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesinin suçtan zarar görenin şikayetine tabi tutulması bireylere tanınmış bir hak olup, bu yetkinin sınırları içtihatlarla genişletilmez. Dolayısıyla kanun açıkça bireylere şikayetlerinden vazgeçmelerini şarta bağlayabilme imkan ve iktidarını tanımadıkça, suçtan zarar

³⁵⁹ TBK m. 27/1; "*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*".

³⁶⁰ Süheyl Donay, "Hukuken Batıl Olan Senetlerin Varaka Olup Olmayacağı Sorunu- Şikayetten Vazgeçmenin Bir Karşılık Sonucu Yapılması", *İÜHF*, C: 35, S: 1-4, Y: 1969, s. 504-505.

³⁶¹ Dönmezer/Erman, (Cilt III), s. 313.

³⁶² Erem/Danışman/Artuk, s. 971.

görenin böyle bir hakkı olamaz. Kaldı ki ceza davaları esas itibariyle kamu adına görülen ve topluluk yararı ön planda tutulan davalardır. Bireylerin şahsi taleplerinin bu denli muhakemenin ilerleyişini etkilemesi ve kendi aralarında yaptıkları pazarlıkla davayı sonlandırmaları kabul edilmez. Hukuk mahkemelerinde dahi davadan feragat, dava konusu uyuşmazlığı sona erdirdiğinden, şarta bağlı feragat geçerli değildir³⁶³. Böyle bir anlaşmanın ancak hukuksal bir dayanağının olması gerekir. Bizce yorum yoluyla şikayetten vazgeçmenin şarta bağlı yapılabileceğini kabul etmektense, uzlaşma gibi karşılıklı taraf iradelerinin göz önüne alındığı ve hukuki güvenliğin bulunduğu, kanunen izin verilen diğer bir kurumun uygulanması, amaca daha çok hizmet edecektir.

J. Şikayetten Feragat ve Vazgeçmenin Sonuçları

1. Hakkın Sona Ermesi

Kanun şikayet kurumunu benimsemekle suçtan zarar görenin iradesini ön plana çıkarmakta ve bunun doğal sonucu olarak kişinin şikayetçi olmak veya şikayetinden vazgeçmek yönünde ortaya çıkan beyanına hukuki sonuçlar bağlamaktadır³⁶⁴. Bu sonuçların şikayet hakkına etkisi çerçevesinde bakıldığında; feragat, şikayet hakkının sona ermesine neden olur. Şikayet hakkının sona ermiş olması sebebiyle feragat eden, feragatinden vazgeçerek tekrar şikayet edemez³⁶⁵.

Şikayetten vazgeçme halinde de şikayetten vazgeçen bu vazgeçmeyi geri alamaz. Nihayetinde şikayetten vazgeçme iki taraflı bir işlemdir ve sanık tarafından kabul edilinceye kadar şikayet hakkı sahibi tarafından vazgeçme teklifi geri alınabilir. Ancak sanık bu teklifi kabul ettikten sonra şikayetten vazgeçme

³⁶³ Baki Kuru, **Medeni Usul Hukuku**, Legal Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 410.

³⁶⁴ Güngör, s. 78.

³⁶⁵ Centel/Zafer/Çakmut, s. 717; " ..Açıklanan yasal düzenlemeler ve yargısal kararlara göre, somut olayda ayırt etme gücüne sahip mağdur tarafından hazırlık soruşturması aşamasında şikayetten feragat edilmesi işlemleri usulüne uygun ve geçerli olup, bu hak kullanıldıktan sonra, bundan feragat ile yeniden şikayette bulunulamaz." Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 02.03.2004 tarih ve 2004/2 Esas ve 2004/58 Karar sayılı kararı, Bakıcı, s. 1580; "Müştekinin dilekçesi içeriği ve talimatla alınan ifadesinden sanık hakkında şikayetinden vazgeçtiği açıkça anlaşıldığına göre, daha sonra şikayetçi olduğu yolundaki açıklaması vazgeçmeyi ortadan kaldıramayacağından kamu davasının vazgeçme nedeniyle düşürülmesi gerekir." Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 25.05.1988 tarih ve 1988/3469 Esas ve 1988/3962 Karar sayılı kararı, Centel/Zafer/Çakmut, s. 721; Aynı şekilde hukuk mahkemelerinde davadan feragat edilmesi, dava konusu uyuşmazlığı sona erdirdiğinden henüz mahkeme feragat nedeniyle davanın reddine karar vermemiş olsa bile, davacı feragatinden dönemez. bkz. Kuru, s. 415.

tamamlanmış olur ve suçtan zarar görenin şikayet hakkı ortadan kalkar³⁶⁶. Böylece kişi bir kere şikayet hakkından feragat eder veya şikayetinden vazgeçerse bir daha aynı suç hakkında şikayette bulunamaz³⁶⁷.

Bir sanık hakkında yapılan vazgeçmenin diğer tüm sanıklara sirayet ediyor olması, şikayetten vazgeçmenin artık şikayet hakkını sona erdiren bir sonucudur. Daha önce de değindiğimiz gibi şikayet faile değil, fiile yöneliktir ve iştirak halinde suç işlemiş sanıklardan biri hakkındaki şikayetten vazgeçme, diğerlerini de kapsar. Ancak suçtan zarar görenlerin birden fazla olması durumunda, şikayet hakları birbirinden bağımsız olduğundan birinin vazgeçmesi halinde dahi diğerlerinin şikayeti etkilenmez³⁶⁸.

Şikayetten vazgeçme, sonraki olayları etkilemez. Vazgeçmeden sonra sanığın şikayete konu olmuş fiilleri yeniden işlemesi halinde eski vazgeçme bu fiillere ilişkin şikayet hakkını etkilemez³⁶⁹.

2. Kamu Davasının Sona Ermesi

Şikayetten vazgeçme durumunda, bulunulan yargılama safhasına farklı nitelikte kararlar verilmektedir³⁷⁰. Henüz soruşturma aşamasında iken vazgeçme halinde CMK m. 172'de yer alan *"Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hâllerinde kovuşturmayaya yer olmadığına karar verir"* hükmü gereği kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilir³⁷¹.

TCK m. 73/4'e göre; *"Kovuşturma yapılabilmesi şikayete bağlı suçlarda kanunda aksi yazılı olmadıkça suçtan zarar gören kişinin vazgeçmesi davayı düşürür ve hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme cezanın infazına engel olmaz"*. Dolayısıyla kovuşturma aşamasında iken CMK'nın duruşmanın sona ermesi ve

³⁶⁶ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2322; Yenisey/Nuhoğlu, s. 399.

³⁶⁷ Güngör, s. 78; Doktrinde bir fikre göre, şikayetten vazgeçme suretiyle kamu davasının düşmesinden sonra aynı fiilden dolayı aynı kişi tekrar şikayette bulunamaz. Çünkü kamu davasının düşmesi ile fiil artık suç olmaktan çıkmıştır. Suç sayılması için mağdurun rızasının olmamasının arandığı hallerde, bu rızanın mevcut olduğu durumlarda fiil nasıl suç değilse burada da ona benzer bir durum hasıl olmuştur. bkz. Erem/ Danışman/Artuk, s. 980.

³⁶⁸ Kısık, s. 96.

³⁶⁹ Erem/ Danışman/Artuk, s. 980.

³⁷⁰ İçel v.d., (Yaptırım), s. 330.

³⁷¹ Dönmezer/Erman, (Cilt III), s. 315.

hükümle ilgili 223. maddesinde yer alan *"Türk Ceza Kanununda öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hallerinde, davanın düşmesine karar verilir"* hükmü uygulanır. TCK m. 73/4 ile uyumlu olarak suçtan zarar gören kişinin vazgeçmesi üzerine CMK m. 223/8'e göre düşme kararı verilmelidir. Ancak CMK m. 223/9'da yer alan *"Derhâl beraat kararı verilebilecek hâllerde durma, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemez"* hükmü göz ardı edilmemelidir³⁷².

Şikayetten vazgeçme sonucunda kamu davasının düşürülmesine karar verilmesi halinde açılan kamu davası için sarf edilen yargılama giderleri, sanık ödemeyi kabul etse dahi Hazine uhdesine bırakılması gerekir. Özel bir hüküm bulunmadıkça yargılama giderleri, şikayetçi veya sanığa yükletilmeyecek, Devlet hazinesi tarafından karşılanacaktır³⁷³. Ayrıca şikayetten vazgeçme durumunda yargılama giderleri hususunda 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'un 16/b maddesinde *"Şikayetten vazgeçme nedeniyle davanın düşmesi halinde, müdahil, ödeme nedeniyle davanın düşmesi veya cezanın ortadan kaldırılması halinde sanık veya hükümlü, yargılama giderlerinden sorumlu olur"* şeklinde özel bir düzenleme mevcuttur.

Şikayetten vazgeçmeyle birlikte artık bir mahkumiyet söz konusu olmayacağı için yeniden suç işlenmesi halinde tekerrür hükümleri uygulanmaz, şikayete konu olan suç, erteleme için engel oluşturmaz³⁷⁴.

³⁷²Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 08.11.1945 tarihinde vermiş olduğu bir kararında şu şekilde hüküm kurmuştur; *"Son tahkikat tamamlandıktan sonra neticeye göre beraat kararı verecek durumda olan yargıcı, suçu sabit olmuş gibi gösteren "vazgeçme üzerine düşme kararı" vermeye mecbur edecek bir hüküm mevcut değildir"* bkz. Dönmezer/Erman, (Cilt III), s. 315. Yargıtay'ın bu yöndeki içtihadı verildiği tarih itibarıyla oldukça eleştirilmiş ancak 1973 tarihli 1696 sayılı kanunla CMUK m. 254'e eklenen *"Derhal beraat kararı verilebilecek hallerde durma veya düşme kararı verilemez"* hükmüyle yasal dayanağını bulmuştur. bkz. İçel v.d., (Yaptırım), s. 330. Aynı hüküm varlığını 2005 tarihinde yürürlüğe giren CMK m.223'de de sürdürmüştür.

³⁷³Yılmaz, (Yargılama Gideri..), s. 25; Bakıcı, s. 1581; Dönmezer/Erman'a göre, şikayetten vazgeçme halinde yargılama giderlerinin vazgeçene yükletilmesi gerektiği kabul edilmelidir. CMUK m. 412'de yer alan ve şahsi davacının vazgeçmesi halinde yargılama giderlerinin kendisinin yükleneceğini düzenleyen hüküm, kıyasen şikayete tabi suçlarda şikayetinden vazgeçen kimseye de uygulanmalıdır. bkz. Dönmezer/Erman, (Cilt III), s. 316

³⁷⁴İçel v.d., (Yaptırım), s. 331.

3. Müsadere ve Adli Para Cezasına Etkisi

765 sayılı ETCK döneminde şikayetten vazgeçme kamu davasını düşürmekte, lehine şikayetten vazgeçilen sanık hakkında bir mahkumiyet kararına hükmedilememekte ve ETCK m. 36 ile uyumlu olarak suçla ilgili eşyanın müsaderesine hükmedilememektedir. Ancak ETCK m. 36/2 hükmü gereği, kullanılması, yapılması, taşınması, bulundurulması ve satılması suç teşkil eden eşya bir ceza mahkumiyeti olmasa ve faile ait bulunmasa bile müsadere olunmaktaydı. Ayrıca 765 sayılı TCK m.100 hükmü gereği şikayetten vazgeçme, müsaderesine hükmolunan eşyanın veya ödenmiş olan ağır veya hafif para cezalarının geri verilmesini gerektirmemektedir³⁷⁵.

Benzer düzenleme 5237 sayılı TCK'da da yer almıştır. TCK m.74/1'e göre, *"Genel af, özel af ve şikayetten vazgeçme, müsadere olunan şeylerin veya ödenen adli para cezasının geri alınmasını gerektirmez"*. Güvenlik tedbirleri başlığı altında düzenlenen müsadereyle ilgili TCK'da eşya ve kazanç müsaderesi şeklinde ikili bir ayırım yapılmış ve her ne kadar güvenlik tedbirine hükmedilmesi için bir mahkumiyetin bulunması şart olmasa da maddede eşyanın veya kazancın müsadere edilebilmesi için *"işlenen bir suçun"* varlığı aranmıştır. Bu durumun istisnasını TCK m. 54/4'de düzenlenen *"Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, müsadere edilir"* hükmü oluşturmaktadır. Ancak bu şekilde tek başına varlığı suç oluşturmeyen bir şeyin müsadere edilebilmesi için ortada işlenen bir suçun varlığı gerekmektedir. Şikayetten vazgeçme sonucu davanın düşürülmesine karar verilmesi durumunda ise, artık yargılamaya devam edilip, fiilin suç oluşturup oluşturmadığı araştırılmamaktadır. Bu durum ise, TCK m. 74/1'i ancak TCK m. 54/4'ün varlığı durumunda uygulanabilir hale getirmektedir³⁷⁶. Kanaatimizce bu konuda maddede müsadereye ilişkin özel bir düzenleme yapılması gerekmektedir.

³⁷⁵ Yılmaz, (Şikayet), s. 48.

³⁷⁶ Demirtaş, s. 104; *"Davanın düşürülmesine karar verildiği halde, emanette kayıtlı bıçağın 5237 sayılı TCK'nın 54. maddesi gereğince müsaderesine karar verilmesi.."* Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 02.11.2006 tarih ve 2006/3036 Esas ve 2006/17534 Karar sayılı kararı, Yılmaz, (Şikayet), s. 49; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2324.

4. Şahsi Haklara Etkisi

Kamu davası şikayetten vazgeçilerek düşürüldüğünde, kural olarak, sadece ceza ilişkisi ortadan kalkar, ancak hukuki münasebet devam eder. Böylelikle suçtan zarar görenin, fail aleyhine hukuk mahkemesine başvurma hakkı mevcudiyetini sürdürür³⁷⁷.

765 sayılı ETCK döneminde şikayetten vazgeçme durumunda m. 111 "*Hukuku amme davasının düşmesi cürümden zarar gören şahsın davadan vazgeçmiş olmasından ileri gelmiş ve vazgeçtiği sırada davacı hukuku şahsiyesini ayrıca muhafaza eylememiş ise artık hukuk mahkemesinde dahi dava edemez.*" hükmü uygulanmaktaydı. Dolayısıyla şikayetçinin şikayetinden vazgeçerken şahsi haklarını saklı tuttuğunu ayrıca açıklamaz ise, vazgeçme bu hakları da kapsamakta ve artık hukuk mahkemesinde dava açamamaktaydı.

TCK'da şikayetten vazgeçme durumunda şahsi hakların durumuna yönelik olarak eski kanundan oldukça farklı bir yöntem benimsenmiştir. TCK m. 73/7'ye göre; "*Kamu davasının düşmesi, suçtan zarar gören kişinin şikayetten vazgeçmiş olmasından ileri gelmiş ve vazgeçtiği sırada şahsi haklarından da vazgeçtiğini ayrıca açıklamış ise ayrıca hukuk mahkemesinde de dava açamaz*". Hükmün bu haliyle, şikayetçiyi koruma altına alan bir düzenleme getirilmiştir. Dolayısıyla suçtan zarar gören şikayetten vazgeçtiği takdirde bu vazgeçme beyanında şahsi haklarından da vazgeçtiğini açıkça belirtmişse, artık hukuk mahkemesinde dava açamayacaktır. Aksi durumda ise, yani şahsi haklarını saklı tutmuş veya bu konuda herhangi bir beyanda bulunmamışsa daha sonra hukuk mahkemesinde dava açma konusunda önünde herhangi bir engel bulunmayacaktır³⁷⁸.

5. Katılan Sıfatına Etkisi

Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlarda, kovuşturma başladıktan sonra suçtan zarar gören kişinin davaya katılma talebinde bulunma hakkı vardır³⁷⁹. CMK m.234/1-b'ye göre, mağdur ile şikayetçinin kovuşturma evresindeki

³⁷⁷ Dönmezer/Erman, (Cilt III), 315.

³⁷⁸ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2325.

³⁷⁹ "27.12.2004, tarihinde talimatla ifadesi alınan mağdurenin şikayetçi olduğunu beyan etmesine ve 06.07.2005 günlü oturumda mağdurenin beyanlarına iştirak ettiğini belirten mağdure vekiline

haklarında biri de kamu davasına katılmadır. Aynı şekilde CMK m. 237/1'e göre; *"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"*.

Katılma talebinde bulunarak davaya katılan sıfatını kazanan kişinin şikayetinden vazgeçmesi durumunda artık kamu davası düşeceğinden katılan sıfatı da sona erer³⁸⁰. Ancak suçtan zarar görenlerin birden fazla olması durumunda her zarar görenin şikayetten vazgeçme hakkı diğerlerinden bağımsız olduğu için tamamı şikayetten vazgeçmedikçe ilgili suç açısından kamu davası devam edecektir. Dolayısıyla sadece bir suçtan zarar görenin şikayetinden vazgeçmesi halinde hala devam eden yargılamaya katılan sıfatıyla müdahil olma hakkı devam eder. Aynı şekilde daha önce şikayet hakkından feragat eden zarar gören de kovuşturma aşamasında davaya katılma talebinde bulunabilir³⁸¹. Çünkü CMK m. 237 kamu davasına katılma kişiler içerisinde her hangi bir sınır olmaksızın *"suçtan zarar gören"*i de saymıştır.

CMK m. 242'ye göre, *"Katılan, Cumhuriyet savcısına bağlı olmaksızın kanun yollarına başvurabilir"*. Yargıtay'a göre, şikayetçi olmayan ve davaya da katılmayan suçtan zarar görenin zorunlu vekilinin, hükmü temyiz etme hakkı bulunmamaktadır³⁸².

CMK'nın 238/2. maddesi açık hükmü karşısında davaya katılmak isteyip istemediğinin sorulması.." Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 21.06.2006 tarih ve 2006/6349 Esas ve 2006/5870 Karar sayılı kararı, Bakıcı, s. 1590; Albayrak, s. 301.

³⁸⁰ Güngör, s. 80.

³⁸¹ "Hazırlık soruşturması sırasında şikayetten vazgeçmenin yargılama sırasında davaya katılmaya engel teşkil etmeyeceği gözetilmeden müşteki Ahmet'in müdahillik sıfatının kaldırılmasına karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 04.05.1998 tarih ve 1998/3012 Esas ve 1998/3514 Karar sayılı kararı, Güngör, s. 80; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2323.

³⁸² 5.CD, 26.11.2009, 11397/13259, Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2348.



III. BÖLÜM

ŞİKAYET VE DİĞER BAZI CEZA HUKUKU KURUMLARI ARASINDAKİ İLİŞKİ

I. RIZA VE ŞİKAYET

A. RIZA KAVRAMI

Sözlük anlamı itibariyle "*razı olmak, isteme, istemek*"³⁸³ anlamalarına gelen rıza, ceza hukukunda pek çok tanım bulmakla birlikte genel hatlarıyla, "*rıza gösterme ehliyet ve yetkisine sahip olan kişinin; üzerindeki tasarruf yetkisi hukuk düzeni tarafından kendisine bırakılmış bir hukuksal değerine karşı gerçekleştirilen ve söz konusu hukuksal değeri tehlikeye düşüren veya zarara uğratan bir fiili kabul etmesi, onaylamasıdır*"³⁸⁴ şeklinde tanımlanabilir.

İlgilinin rızası başlıklı TCK m. 26/2'de "*kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez*" hükmü düzenlenmiştir. Ceza sorumluluğunu kaldıran bir sebep olarak rıza³⁸⁵, madde başlığında "*ilgilinin rızası*" şeklinde ifade edilmiş olup, "*mağdurun rızası*" kavramına yer verilmemiştir. Kanunun madde gerekçesinde bu durum, rızanın fiilin işlenmesinden önce veya en geç işlendiği sırada açıklanması gerektiği ve dolayısıyla bu durumda herhangi bir mağduriyetin bulunmasının söz konusu olmadığı şeklinde açıklanmıştır³⁸⁶. Öğretide

³⁸³ tdk.gov.tr, E.T: 28.12.2015.

³⁸⁴ Meral Şahin Ekici, *Ceza Hukukunda Rıza*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 7.

³⁸⁵ İlgilinin rızası, TCK'nın birinci kitap ikinci kısmının "*ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler*" başlıklı ikinci bölümünde düzenlenmiştir. Bu bölümde yer alan kurumların bir kısmı hukuka uygunluk sebebi iken diğer kısmı kusurluluğu etkileyen haller başlığı altında düzenlenmektedir. Bu kurumlardan hangilerinin hukuka uygunluk sebebi olduğu konusunda ise, CMK m. 223/3 "*Sanık hakkında;*

a) *Yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması,*

b) *(Değişik: 25/5/2005 - 5353/30 md.) Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi,*

c) *Meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması,*

d) *Kusurluluğu ortadan kaldırarak hataya düşülmesi,*

Hallerinde, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir" hükmü yol gösterici olmaktadır. Genel olarak CMK m. 223/3 hükmü ile paralel yorum yapıldığında ilgilinin rızasının bir hukuka uygunluk sebebi olduğu sonucuna ulaşılabacaktır

³⁸⁶ İzzet Özgenç, Cumhur Şahin, Adem Sözüer, *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt I (Kanunlar)*, 12. bs., Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 183.

bazı yazarlar ise, "*mağdur*" yerine "*ilgili*" terimin kullanılmasını eleştirmiştir³⁸⁷. Ancak biz de çalışmamızda TCK'nın düzenlemesine uygun olarak ilgilinin rızası tabirini kullanacağız.

B. RIZANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

İlgilinin rızasının, suç teorisi içerisindeki yeri ve ceza hukukunda üstlendiği işlev hakkında farklı görüşler bulunmakla birlikte, öteden beri bir hukuka uygunluk sebebi olduğu kabul edilmektedir³⁸⁸. Hukuka aykırılık ve tipikliğin suçun bağımsız birer unsuru olduğu kabul eden yazarlardan bazılarına göre ise rızanın suça etkisi iki farklı şekildedir. Buna göre, rıza kimi suç tipleri açısından suçun hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran bir hukuka uygunluk nedeni iken, kimi suç tipleri açısından ise fiilin suç tipine engel olmasına neden olan yani tipikliği kaldıran bir etkindir³⁸⁹. Örneğin, hırsızlık suçunun düzenlendiği TCK m.141'de "*zilyedinin rızası olmadan...*" diyerek rızaya tipikliğin oluşmasını engelleyen bir unsur olarak yer verilmiştir. Aynı şekilde TCK m.116'da ilgilinin rızası, tipikliği ortadan kaldıran bir hal olarak düzenlenmiştir³⁹⁰.

Suç, tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk şeklinde üçlü bir yapıya ayırarak incelendiğinde, aslında bu yapının objektif ve sübjektif unsurlar olarak adlandırılan iki ana unsurdan oluştuğu görülür. Hukuka uygunluk sebebi olarak rıza, bu yapının içerisinde tipik maddi fiilin negatif bir unsurunu oluşturur³⁹¹. Bir olayda hukuka uygunluk sebebinin var olması halinde, failin bu sebeplerin varlığını bilip

³⁸⁷ Mağdur terimi uygulama ve öğretide yerleşmiş bir terimdir. Öte yandan bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı ancak bir yargılama sonucunda belirlenebilir. Bu durumda fail ve mağdurun tespiti önemlidir. Kaldı ki "*ilgili*" terimi son derece geniş ve hukuki olmayan bir terimdir. bkz. Özbek v.d., (Genel), s. 345; Kanun koyucu, suç genel teorisi içerisinde önemli bir yeri olan mağdur ile mağdura ait bir hakkın onun tarafından kullanılması sonucunda hukuken bir zarara uğramamış olmasını aramış, kavramları birbirine karıştırmıştır. Burada doğru olan terim, "*mağdurun rızası*" veya "*hak sahibinin rızası*"dır. bkz. Hafızogulları/Özen, s. 227.

³⁸⁸ Koca/Üzülmez, s. 273; İtalyan Ceza Kanunu'nun 50. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, "*Hukuka uygun şekilde rızasını açıklayan kişinin rızasına dayanarak bir hakkı ihlal eden kişi cezalandırılmaz*". Dolayısıyla hukuk alanında rıza, bir hukuka uygunluk nedenidir. bkz. CASSANİ Carlotta, "Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Hukukta Rıza", çev. Muharrem Özen, Mustafa Özen, **TBB Dergisi**, S:77, Y:2008, s. 237.

³⁸⁹ Ekici Şahin, s. 63; Koca/Üzülmez, s. 274.

³⁹⁰ Zeynel T.Kangal, "Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 15, S: 4, Y: 2011, s. 224.

³⁹¹ Cassani, s. 237.

bilmemesinden bağımsız olarak, fiil objektif olarak suç olmaktan çıkar. Dolayısıyla bu sebeplerden birinin var olması durumunda fiil baştan itibaren suç teşkil etmez³⁹².

Rızanın bu şekilde bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmesinin farklı gerekçeleri mevcuttur. Rızanın hukuken tanınmasının temelinde, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı yatar. Bu hakkın kapsamında, toplumdaki her birey, kendi seçimlerini yapabilme, tercihlerine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Dolayısıyla hukuk düzeni kişinin kendi menfaatlerine ilişkin olarak serbestçe tasarrufta bulunabilme veya kendisine ait bir hukuksal değere ilişkiden korumadan vazgeçebileceğini kabul etmektedir³⁹³.

C. RIZA VE ŞİKAYETİN BİRLİKTE BULUNMASI

Aynı ceza normu, kişinin üzerinde tasarruf edebileceği bir hukuksal değerini yanı sıra tasarruf edemeyeceği başka bir hukuksal değeri daha koruyorsa bu halde ilgilinin rızasının nasıl bir etki doğuracağı hususu sorun teşkil etmektedir³⁹⁴.

TCK m. 26/2'ye göre, *"kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez"*. Rızanın geçerliliği için gerekli olan şartlar mevcut olduğu takdirde bu maddeye göre icra edilen fiil cezalandırılmayacaktır.

Rıza açıklamasının bir hukuka uygunluk sebebi oluşturabilmesi için, rızanın ilişkin olduğu konu üzerinde ve hukuken tanınan sınırlar içerisinde kullanılması gerekmektedir³⁹⁵. Maddeden anlaşılacağı üzere rıza gösterilen fiilin, kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakkına yönelik olmalıdır. Diğer bir koşul ise, kişinin rıza göstermeye ehil olmasıdır. Ehliyet açısından önemli olan ilgilinin söz konusu haktan vazgeçmesinin anlamını, önemini ve kapsamını algılayabilecek durumda olmasıdır³⁹⁶.

Kabul edilebilir rızanın hukuksal değer alanının tam olarak tespit edilmesi, rıza gösterilen fiil hakkında daha sonra şikayette bulunabilme imkanının hukuki

³⁹² Hafizoğulları/Özen, s. 212.

³⁹³ Ekici Şahin, s. 59; Benzer yönde görüş için bkz. Koca/Üzülmez, s. 278.

³⁹⁴ Ekici Şahin, s. 118.

³⁹⁵ Özgenç, s. 347.

³⁹⁶ Koca/Üzülmez, s. 280.

zemininin anlaşılması açısından önemlidir. Nitekim ceza hukukumuz bazı suç tiplerinde "rıza" yer vermekle birlikte bu suçların soruşturulması ve kovuşturulmasını şikayete tabi tutmuştur. Şikayet noktasında arz ettiği önem sebebiyle, bu suç tiplerinde rızanın fonksiyonunun tespit edilmesi, çalışmanın amacına ulaşması açısından tamamlanması gereken önemli parçalardan birisidir. Bu sebeple biz de ilgili suç tiplerinin bazılarını yakından incelemeyi uygun bulduk.

1. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu Açısından Şikayet

TCK m. 104'e göre; *"Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikayet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır"*. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bölümünde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçuyla, 15 yaşını doldurmuş fakat henüz ergin olmamış kişilerin cinsel dokunulmazlığı ve gelişimi korunmak istenmiştir³⁹⁷.

TCK m.104'ten anlaşılacağı üzere, bu suç 15 yaşını bitirmiş ancak henüz 18 yaşını tamamlamamış kişilerle ve ancak bu kimselerin göstermiş olduğu rıza doğrultusunda cinsel ilişkide bulunmak suretiyle oluşur³⁹⁸. Kişinin rızasının bulunmaması durumunda TCK m. 103'te tanımlanan *"çocukların cinsel istismarı"* suçu oluşacaktır. Dolayısıyla bu suç açısından şikayet, rızayı geriye yönelik kaldıran bir unsur değil, muhakeme şartıdır

Reşit olmayanla cinsel ilişkide bulunan kişinin, TCK m.104'te şikayet üzerine 2 yıldan 5 yıla kadar cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Ancak burada failin fiiline daha önceden rıza gösterilmiş olması ve daha sonra icra ettiği fiil sebebiyle cezalandırılmasının nedeni ve bu suçun şikayete bağlı olarak düzenlenmiş olması sebebiyle şikayet hakkının kime ait olacağı öğretisi ve uygulamada tartışmalıdır³⁹⁹.

³⁹⁷ Veli Özer Özbek v.d., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 9. bs., Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 365; Özgür Beyazıt, "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu", *TAAD*, S: 1, Y: 2010(Nisan), s. 296.

³⁹⁸ Özbek v.d., (Özel), s. 369.

³⁹⁹ Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir karara göre; *"Başvuru kararlarında, itiraz konusu kuraldaki düzenlemeden suçun mağdurunun kim olduğu ile şikayet hakkının kime ait olduğu hususlarının açık biçimde anlaşılamadığı; fiilden önce rızası bulunan mağdurun sonradan şikayeti üzerine sanığın cezalandırılmasının öngörüldüğü, açıklanan rıza çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilemeyeceğinden bu durumun hukuka uygun olmadığı; şikayetin varlığı veya yokluğuna bağlı olarak sanığın cezalandırılmasının eşitsizliğe neden olduğu belirtilerek kuralın Anayasanın 10. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. İtiraz konusu kuralla cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş çocukla cinsel ilişkide bulunan kişinin, şikayet üzerine, altı*

15 yaşını doldurmuş ancak reşit olmamış bir kişiyle rıza ile cinsel ilişkiye girilmesiyle bu suç tipi gerçekleşmiş olur ve hukuka aykırılığa karine teşkil eder. Bu noktada mağdurun hukuka uygun rızasının bulunması, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz⁴⁰⁰. Bu açıdan kanun koyucu genel olarak fillerin ancak rıza hilafına işlenmesini cezalandırıyor olsa da rızanın mevcudiyetinin suçun bir unsurunu oluşturduğu durumlarda, gösterilen rızaya rağmen fiil, hukuka uygun hale gelmemekte ve cezalandırılmaktadır⁴⁰¹. Rıza hususunda bu şekilde, fiilin hukuka uygun olmasını sağlayan rıza ve tipikliğin gerçekleşmesine engel olan rıza ayrımı yapılsa dahi TCK m. 104'te yer alan rıza, bu kategorilerin hiçbirinde değerlendirilememektedir. Nitekim tipikliğe ilişkin rızada, fiilin rıza ile gerçekleşmesi halinde, fiil suç tipine uygun olmayacağından, rıza tipikliğin gerçekleşmesine engel olmaktadır⁴⁰². Ancak reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda rızanın varlığı, fiilin tipe uygun olmasını sağlar ve hatta rızanın bulunmaması suç tipinin değişmesine neden olur. Dolayısıyla cebir, tehdit ve hileye maruz kalmadan, tamamen özgür iradeye dayanan bir rızanın mevcut olması, fiilin tipe uygun hale gelmesine neden olacağı gibi, bu rıza fiili hukuka uygun hale de getirmeyecektir.

aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı öngörülmektedir. Suçun mağdurunun onbeş yaşını bitirmekle birlikte reşit olmayan bir çocuk olduğu, duruma göre kadın veya erkek olabileceği; belli yaş grubundaki mağdura karşı işlenen fiilin rızayla gerçekleştirilmesi nedeniyle suçun, çocukların cinsel istismarına ilişkin bir önceki maddedeki düzenlemeden farklı ele alındığı, dolayısıyla rızanın, fiilin bu madde kapsamında kalıp kalmadığının değerlendirilebilmesi için bir unsur işlevi gördüğü, ancak sanığın cezalandırılabilmesi için belli bir süre içerisinde şikayet koşulunun da gerçekleşmesi gerektiği anlaşılmaktadır... İtiraz konusu kurala göre suç sayılan fiilin "cebir, şiddet ve hile olmaksızın", bir başka ifadeyle mağdurun rızasıyla işlenmesi gerekmektedir. Bundan, belli yaş grubuna dahil olanların cinsel ilişki konusundaki rızalarının geçerli kabul edilmediği, rızaya dayansa bile onbeş yaşından büyük çocukla cinsel ilişkinin suç sayıldığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kuralda sözü edilen rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Türk Medeni Kanunu'nun evlenme ve velayete ilişkin hükümlerinin bu yaş grubu çocuklar açısından değerlendirilmesi de varılan bu sonucu desteklemektedir. Aynı sonuç mağdurun kim olduğuyla şikayet hakkının kime ait bulunduğu dair iddialar açısından da geçerlidir. Düzenlemenin bu haliyle belirsizlik içermediği, sayılan hususların ilgili mevzuat hükümleriyle somut olayın özelliklerine göre yargı organları tarafından çözülebilmesine elverişli olduğu anlaşılmakla, kuralın Anayasanın 38. maddesine aykırı bir yönü de görülmemiştir. İtirazın reddi gerekir." Anayasa Mahkemesinin 02.06.2009 tarih ve 2006/17 Esas ve 2009/33 Karar sayılı kararı, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr>, E.T: 18.01.2016.

⁴⁰⁰ Beyazıt, s. 302.

⁴⁰¹ Daha önceki dönemlerde Alman hukukunda kimi yazarlar şikayete bağlı suçlarda mağdurun rızasının "şikayetten vazgeçme" olarak nitelendirmişlerdir. Ancak şikayete bağlı suçlarda mağdur ancak fiilin icrasından sonra şikayet hakkından feragat edebilir veya vazgeçebilir. Henüz fiilin icrasından önce şikayetten vazgeçmenin hukuki bir değeri yoktur. bkz. Tosun, s. 614.

⁴⁰² Ekici Şahin, s. 71.

Zira rızanın hukuka uygunluk sebebi sayılabilmesi için, ilişkin olduğu konu üzerinde ve hukuken tanınan sınırlar içerisinde kalan bir tasarrufa yönelik olmalıdır⁴⁰³.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun takibinin şikayete bağlı olduğunu ve bu hususta şikayet hakkının kime ait olduğunu, bu hakkın kullanılması için geçerli olan sürenin ne zamandan başlayacağını tartışmalı olduğunu daha önce de ifade etmiştik. Şikayet hakkının kime ait olduğu hususu bu suç tipinde özellik arz eder. Çünkü bazı durumlarda bu suçun mağdurunun kim olduğunu tespit etmek ve özellikle şikayet hakkının fiile rıza gösteren mağdura mı yoksa yasal temsilcisine mi ait olduğunu belirlemek oldukça karmaşık noktalardır.

TCK m. 104'te tanımlanan suçun her iki tarafının da 18 yaşını doldurmamış olması durumunda şikayet hakkının kime ait olacağı konusunda doktrinde farklı görüşler yer almaktadır⁴⁰⁴. Bu noktada cinsel ilişkiye ikna eden tarafın fail, ikna edilen tarafın mağdur olduğu ve şikayet hakkının ikna edilen tarafa ait olduğu yönündeki görüşlerin yanı sıra, şikayet hakkının cinsel ilişkinin her iki tarafına da ait olduğu şeklinde görüşler de mevcuttur⁴⁰⁵. Cinsel ilişkinin her iki tarafının da bu hakka sahip olması durumunda bir kişi aynı suçun hem faili hem mağduru sayılacaktır ki bu durum ceza hukukunda mümkün değildir. Öte yandan 18 yaşını doldurmamış çocuklar arasındaki cinsel ilişkiyi suç saymamak ilgili maddenin korumayı amaçladığı hukuki değerlerle bağdaşmaz. Ayrıca lafzına bakıldığında böyle bir durumda cinsel ilişkinin iki tarafına da TCK m.104'ün uygulanması dışında bir seçenek bulunmamaktadır⁴⁰⁶.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru, her halükarda ergin olmayan bir kişi olacağı için, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan bu suçta, şikayet hakkının çocuğa mı yoksa yasal temsilcisine mi ait olacağı sorunu gündeme gelecektir. Mümeyyiz küçüklerin kendilerine karşı işlenmiş suçlardan dolayı doğrudan doğruya şikayet haklarının bulunduğu, yasal temsilcinin rızası olsun veya olmasın bu hakkı kullanıp kullanmama yönünde özgür iradeye sahip

⁴⁰³ Enver Aksakal, "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu", *İstanbul Barosu Dergisi*, C: 88, S: 2, Y: 2014, s. 267.

⁴⁰⁴ Madde metninde failin yaşını ilişkin herhangi bir açıklama bulunmamakla birlikte, madde başlığından anlaşılacağı üzere bu suç tipinin mağduru ancak reşit olmayan bir kişi olabilir. bkz. Aksakal, s. 261.

⁴⁰⁵ Atacan Köksal, "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu", in *Prof. Dr. Nevzat TOROSLU'ya Armağan Cilt II*, Ankara, 2015, s. 717.

⁴⁰⁶ Özbek v.d., (Özel), s. 367.

olduklarına daha önce değinmiştik. Ancak aynı kabulün reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından geçerli olup olmayacağı yönünde tereddütler mevcuttur.

Öğretide bir görüşe göre, cinsel dokunulmazlık hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu için şikayet hakkı cinsel ilişkinin tarafı olan çocuğa aittir. Zira çocuğun cinsel dokunulmazlığı üzerindeki hakkı şahsa sıkı sıkıya bağlı olan haklardandır⁴⁰⁷. Diğer bir görüşe göre, şikayet hakkı hem çocukta hem kanuni temsilcisindedir. Zira kanuni temsilci bu durumda suçtan zarar gören durumundadır. Ancak kanuni temsilci ile çocuğun iradelerinin çatıştığı durumda ne olacağı konusunda fikir birliği bulunmamaktadır. Mağdurun iradesine üstünlük tanınması gerektiği görüşünü Yargıtay da kabul etmektedir⁴⁰⁸. Karşıt fikre göre ise, fiile rıza gösteren mağdurun daha sonra şikayet hakkına sahip olması halinde, fail tarafından öngörülemeyen ve mağdur tarafından keyfi olarak kullanılabilecek bir ceza tehdidiyle karşı karşıya gelmesi gibi kabul edilemez bir sonuç doğurur⁴⁰⁹.

Kanaatimizce maddenin varlık gayesinden yola çıkılarak şikayet hakkı sahibini belirlemek gerekmektedir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun madde gerekçesinde; 15 yaşını doldurmuş olan çocukların kişiliklerinin yeterince gelişmemiş olması, cinsel ilişkiye girmenin sonuçlarını yeterince kavrayacak bir sorumluluk duygusuna sahip olamayacakları gerekçesiyle mağdurun rızasına rağmen cinsel ilişkinin suç olarak kabul edildiği belirtilmiştir⁴¹⁰. Her ne kadar mümeyyiz küçüklerin doğrudan doğruya kendilerine karşı işlenmiş suçlardan dolayı şikayet haklarını bizzat kullanabileceklerini kabul etmiş olsak da bu suç açısından şikayet hakkının, çocuğun yasal temsilcisine ait olduğunu düşünmekteyiz. Nitekim TMK'nın ilgili hükümlerinin yasal temsilciye tanıdığı "*çocuğu koruma, gözetme ve üçüncü*

⁴⁰⁷ TMK hükümleri uyarınca çocuğun toplumsal gelişimi ve eğitiminden sorumlu olan anne baba bu suçtan doğrudan değil dolaylı zarar gören konumundadır. Dolaylı bir zarar ise, kişiye şikayet hakkı vermez. bkz. Beyazıt, s. 305.

⁴⁰⁸ Fahri Gökçen Taner, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 344; "*Sanığın, 15 yaşını tamamlamış mağdureye yönelik olarak işlediği iddia edilen eylemin, 5237 sayılı TCK'nın 104/1. maddesine göre takibi şikayete bağlı reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna ilişkin olduğu, Türk Medeni Kanunu'nun 16. maddesine göre, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olan şikayet hakkını kullanmak için kanuni temsilcilerinin iznine gerek olmayan mağdurenin soruşturma aşamasında vekil huzurunda alınan beyanında sanıktan şikayetçi olduğunu beyan etmesi karşısında, mağdure duruşmaya çağrılarak şikayetin devam edip etmediği, şikayetçi değilse sanığa vazgeçmeyi kabul edip etmediği sorulup, şikayetin devam etmesi halinde de sanığın sorgusu yapıp uzlaşma hususu da taraflara sorularak sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekirken, mağdurenin anne ve babasının şikayetten vazgeçmeleri nedeniyle sanık hakkında kamu davasının düşmesine karar verilmesi...*" Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 31.05.2012 tarih ve 2012/14048 Esas ve 2012/6281 Karar sayılı kararı, Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3510.

⁴⁰⁹ Taner, s. 345; Aksakal, s. 271.

⁴¹⁰ Özgenç/Şahin/Sözüer, s. 297.

kişilere karşı koruma hakkı" çerçevesinde değerlendirildiğinde, yasal temsilci bu suçta doğrudan doğruya zarar görendir ve cinsel ilişki konusundaki yetersizliği sebebiyle 15 yaşını doldurmuş olan çocukların henüz korunmaya muhtaç olduğunu kabul eden kanun koyucunun bu kabulü ancak yasal temsilcinin şikayet hakkına sahip olmasıyla tamamlanabilir.

2. Çocuğun Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu Açısından Şikayet

TCK m. 234/3'e göre; *"Kanunî temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutan kişi, şikâyet üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır".* Aile düzenine karşı suçlar arasında düzenlenen bu suçla velayet ve vesayet hakkı korunmak istenmiştir.

Takibi şikayete bağlı bir suç olan TCK m. 234/3'ten dolayı failin sorumlu tutulabilmesi için, çocuğu rızasıyla yanında tutuyor olması gerekir. Aksi takdirde TCK m. 109'da düzenlenen *"kişiyi hürriyetinden yoksun kılma"* suçu oluşur. Kanun koyucu bu suç tipinde çocuğun rızasını hukuka uygunluk sebebi saymamıştır⁴¹¹. Tipikliğe ilişkin rızada, fiilin rıza ile gerçekleşmesi halinde, fiil suç tipine uygun olmayacağından, rıza tipikliğin gerçekleşmesine engel olmaktadır. Bu suç tipinde yer alan rıza, fiili tipe uygun hale getirdiği için *"tipikliğe ilişkin rıza"* tanımından ayrılır.

TCK m. 234/3 dolayısıyla soruşturma ve kovuşturma yapılması suçtan zarar görenin şikayetine bağlıdır. Doktrinde bu suçun mağdurunun fiile rıza gösteren çocuk olduğuna ilişkin görüşler bulunsa da ağırlıklı görüş, mağdurun çocuğun yasal temsilcisi olduğudur⁴¹². Suçun kanun sistematığı içerisinde düzenlendiği yer de göz önüne alındığında, bu suç açısından şikayet hakkının yasal temsilciye ait olduğu konusunda duraksamaya yer kalmamaktadır.

⁴¹¹Recep Gülşen, "Çocuğun Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu", *İÜHFM*, C: LXXI, S: 1, s. 603.

⁴¹² Gülşen, s. 600.

II. UZLAŞMA VE ŞİKAYET

A. GENEL HATLARIYLA UZLAŞMA KURUMU

Ceza adaleti sisteminde yer alan failin cezalandırılması, toplumdan uzak tutulması anlayışı değişen ve gelişen hukuk anlayışıyla beraber yerini, önceliği toplum menfaati olan onarıcı adalet sistemine bırakmıştır. Onarıcı adalet sisteminin en eski ve en çok uygulanan yönü, fail mağdur uzlaştırmasıdır⁴¹³. Bu anlamda kısaca uzlaşma, mağdur ile fail arasında uzlaşmacı eşliğinde yapılan görüşmeler ile sonuca gitmeye çalışmak şeklinde tanımlanabilir⁴¹⁴.

Suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi yöntemlerinden biri olan uzlaşma, fail ile mağdur arasındaki ihtilafın barışçıl yollarla çözümlenmesini sağlayarak, mağduriyetin tazminini amaçlamaktadır. Diğer bir deyişle, uzlaşmayla suçun işlenmesinden sonra şüpheli veya sanık ile mağdur veya suçtan zarar gören arasında meydana gelen ihtilafın, cumhuriyet savcısı, hakim veya bunlar tarafından atanan bir uzlaştırmacı vasıtasıyla çözüme kavuşturmak, adaleti yeniden tesis etmek amaçlanmaktadır⁴¹⁵.

"Uzlaşmanın gerçekleşmemiş olması" niteliği itibarıyla bir muhakeme şartı olarak kabul edilmektedir. CMK, uzlaşma kapsamına giren suçlarda kamu davası açılmasını, tarafların uzlaşmaması veya uzlaşmaması koşuluna bağlamakla yeni bir muhakeme şartı ihdas etmiştir⁴¹⁶. CMK m. 174/1-c'ye göre, *"Önödeme veya uzlaşmaya tâbi olduğu soruşturma dosyasından açıkça anlaşılan işlerde önödeme veya uzlaşma usulü uygulanmaksızın düzenlenen, iddianamenin Cumhuriyet Başsavcılığına iadesine karar verilir"*. Dolayısıyla soruşturulması ve kovuşturulması

⁴¹³Mustafa Özbek, "Ceza Muhakemesi Kanununda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Mağdur Fail Uzlaştırmasının Usul ve Esasları", *AÜHFD*, C: 56, S: 4, Y: 2007, s. 134.

⁴¹⁴ Değirmenci, s. 79; Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmının Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m.4/1'e göre; *"Uzlaşma: Uzlaşma kapsamına giren bir suç nedeniyle, şüpheli veya sanık ile mağdur veya suçtan zarar görenin Kanun ve bu Yönetmelikteki usul ve hükümlere uygun olarak uzlaştırma süreci sonunda anlaşılmış veya anlaşmış olmalarını, uzlaştırma: uzlaşma kapsamına giren bir suç nedeniyle şüpheli veya sanık ile mağdur veya suçtan zarar görenin, Kanun ve bu Yönetmelikteki usul ve hükümlere uygun olarak uzlaştırmacı aracılığıyla ya da hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından anlaşılmaları suretiyle uyuşmazlığın giderilmesi sürecini ifade eder."*

⁴¹⁵Nuri Berkay Özgenç, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Uzlaşma*, Legal Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 235.

⁴¹⁶ Öztürk v.d., s. 59.

şikayete bağlı suçlarda şikayet şartı gerçekleşse bile, uzlaşma yolu denenmeden kamu davası açılmaz⁴¹⁷.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın ilk halinde *"soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlar, uzlaştırma"* başlıklı 73. maddenin son fıkrasında uzlaşmaya ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir⁴¹⁸. 5560 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle maddenin son fıkrası çıkarılmış ve CMK'nın uzlaşmayla ilgili 253 ve 254. maddelerinde değişiklik yapılmıştır.

Uzlaşma, yukarıda değinmiş olduğumuz faydalarının yanı sıra suçtan zarar görenin yargılama sürecini başlatıp başlatmaması veya başlamış olan yargılamanın sona ermesini sağlaması ve bu suçların büyük çoğunluğunun takibi şikayete bağlı olması sebepleriyle çalışma konumuz açısından önemlidir.

B. UZLAŞMAYA TABİ SUÇLAR VE UZLAŞMANIN UYGULANMASI

CMK m.253/1'e göre;

"a) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar.

b) Şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Kasten yaralama (üçüncü fıkra hariç, madde 86; madde 88),

2. Taksirle yaralama (madde 89),

3. Konut dokunulmazlığının ihlali (madde 116),

4. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (madde 234),

5. Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (dördüncü fıkra hariç, madde 239 "

uzlaşma kapsamındadır.

CMK m. 253'de sınırlı bir şekilde sayılan uzlaşmaya tabi suçları, yorum yoluyla dahi genişletmek mümkün değildir⁴¹⁹. Nitekim aynı maddenin 2. fıkrasında yer alan *"soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olanlar hariç olmak üzere;*

⁴¹⁷ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 703.

⁴¹⁸ Değişiklikten önceki TCK m.73/8 hükmü şu şekildeydi; *"Suçtan zarar gören gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olup, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı bulunan suçlarda, failin suçu kabullenmesi ve doğmuş olan zararın tümünü veya büyük bir kısmını ödemesi veya gidermesi koşuluyla mağdur ile fail özgür iradeleri ile uzlaştıklarında ve bu husus Cumhuriyet savcısı veya hakim tarafından saptandığında kamu davası açılmaz veya davanın düşürülmesine karar verilir."*

⁴¹⁹ Demirtaş, s. 40.

diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, kanunda açık hüküm bulunması gerekir" hükmü de bu yöndedir. Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlar, TCK'da düzenlenmiş olup olmadığına bakılmaksızın uzlaşma kapsamına alınmıştır. Ancak CMK m. 253/3'e göre; *"soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemez"*.

Uzlaşma hükümlerinin uygulanabilmesi için işlendiği iddia edilen fiil açısından *"yeterli şüphe"* nin oluşması gerekir. Zira CMK m. 170'e göre, Cumhuriyet savcısının soruşturma evresi sonucunda iddianame düzenleyip, kamu davası açabilmesi için, toplanan delillerin suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturması gerekir. Her ne kadar kanun uzlaşma için *"şüpheli veya sanığın suçu kabulü"* nü bir ön şart olarak aramasa da kişilerin itham edildikleri fiili gerçekleştirip gerçekleştirmedikleri konusunda Cumhuriyet savcısının soruşturma evresinde gerekli araştırmayı yapması ve belli bir kanıya ulaşması aranmıştır⁴²⁰.

Uzlaşma hükümlerinin uygulanması için gerekli olan bir diğer koşul ise, işlendiği iddia edilen suçun TCK m. 253'de sınırlı olarak sayılan suçlardan olmasıdır. Uzlaşma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen başka bir suç ile birlikte işlenmiş olması halinde uzlaşma hükümleri uygulanmaz (CMK m. 253/3)⁴²¹. Eğer soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlı suçlar söz konusuysa, şikayet şartının gerçekleşmiş olması gerekir. Zira şikayet şartı gerçekleşmemişse somut olayda suçun

⁴²⁰ Uzlaşmaya başvurulmadan önce, şüphelinin suçu işlemiş olduğu konusunda hukuka uygun ve muteber deliller elde edilirse, aslında suç işlememiş bir kişi hakkında sadece şikayette bulunulması suretiyle, o kişinin uzlaşmaya zorlanması, kişinin işlememiş olduğu bir suçtan dolayı uzlaşmak zorunda bırakılması veya kişinin başkasının işlediği bir suçu üzerine almak amacıyla uzlaşmayı kabul etmesi önlenmiş olur. bkz. Özbek, (Değişiklikler..) s. 159; Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m. 8'e göre; *"Soruşturma konusu suçun, uzlaşmaya tâbi olması ve işlendiği hususunda yeterli şüphelinin bulunması hâlinde; Cumhuriyet savcısı, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunur. Cumhuriyet savcısının yazılı ya da acele hallerde sözlü tâlimatı üzerine, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene adli kolluk görevlisi de uzlaşma teklifinde bulunabilir."*

⁴²¹ "19/12/2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 sayılı Kanun'un 6.maddesi ile değişik 5237 sayılı TCK'nın 142. maddesine eklenen 4.fıkra gereğince hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla işyeri dokunulmazlığının ihlali suçunun işlenmesi halinde, bu suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için şikayet aranmayacağı gibi 5918 sayılı Kanunun 8. maddesi ile 5271 sayılı CMK'nın 253/3. maddesine eklenen "uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte işlenmesi halinde uzlaşma hükümleri uygulanmaz" cümlesi gereği 09/07/2009 tarihinden sonra hırsızlık suçu ile birlikte işlenen işyeri dokunulmazlığının ihlali suçunun uzlaşma kapsamında kalmayacağı gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması.." Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 06.07.2015 tarih ve 2015/10798 Esas ve 2015/13978 Karar sayılı kararı, Kazancı Hukuk Sitesi, E: 24.01.2016.

şüpheli tarafından işlendiği yönünde yeterli şüphe bulunsa bile kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilecektir. Aynı şekilde kovuşturma evresinde ise, davanın düşmesine karar verilir. Dolayısıyla uzlaşma hükümlerinin uygulanmasına gerek kalmayacaktır.

Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlar açısından öncelikle şikayet şartının gerçekleşmiş olması arandığından, şikayetin hak sahibi tarafından usulüne uygun bir şekilde yapılması önem taşır. Biz çalışmamızda mümeyyiz küçüklerin doğrudan doğruya şahıslarına karşı işlenmiş suçlar açısından şikayet hakkını bizzat kullanabileceklerini kabul etmiştik. Ancak uzlaşma konusunda kanun *"şüphelinin, mağdur veya suçtan zarar görenin reşit olmaması halinde, uzlaşma teklifi kanuni temsilcilerine yapılır"* hükmüne yer vermiştir (CMK m. 253/4). Dolayısıyla mümeyyiz küçük şikayet hakkını bizzat kullansa da uzlaşma konusunda kanuni temsilcisi taraf olacaktır.

Suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri açısından uzlaşmanın uygulanması söz konusu olabilecektir. CMK m.253/1'de bu durum *"Aşağıdaki suçlarda, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişinin uzlaştırılması girişiminde bulunulur.."* şeklinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla suçtan zarar görenin kamu hukuku tüzel kişisi olması halinde uzlaşma hükümleri uygulanamayacaktır⁴²².

C. UZLAŞMA VE ŞİKAYETİN GERİ ALINMASI

Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete tabi suçlar açısından şikayetten vazgeçme ve uzlaşma arasında özel bir ilişki vardır. TCK m.73/4'e göre; *"Kovuşturma yapılabilmesi şikayete bağlı suçlarda kanunda aksi yazılı olmadıkça suçtan zarar gören kişinin vazgeçmesi davayı düşürür"*. Şikayetten vazgeçmenin yargılamayı sonlandırma etkisine paralel olarak, uzlaşma da olabildiğince uyuşmazlığı yargılamanın erken bir safhasında sona erdirip, yargının iş yükünü

⁴²² Kamu hukuku tüzel kişileri, kamu idareleri ile kamu kurum ve kuruluşlarıdır. Kamu idareleri, kamu hizmeti görmek için örgütlenmiş tüzel kişilerdir. Örneğin, mahalli idareler. Kamu kurumları ise, kamu hizmeti yürütmek üzere kurulmuş tüzel kişiliklerdir. Örneğin, üniversiteler. Yasanın açık hükmü dolayısıyla gerek TCK gerekse özel kanunlarda bulunan uzlaşma kapsamındaki suçların bu kurumlara karşı işlenmesi halinde uzlaşma hükümleri uygulanmayacaktır. bkz. Nuri Özgenç, s. 321.

azaltmasına yardımcı olur⁴²³. Ancak uzlaşma kurumu ile şikayetten vazgeçme kurumunun ortaya çıkardığı sonuç aynı olmakla beraber bu sonucun gerçekleşme safhasında pek çok farklılık bulunmaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, kanunda belirtilen usullere uyulmaksızın her iki tarafın yaptıkları görüşme sonucu suçtan zarar görenin şikayetinden vazgeçmesi, zararının karşılanması sebebiyle şüpheli veya sanığın cezalandırılmasından vazgeçtiğini veya buna benzer başka ifadelerin kullanıldığı bir anlaşma CMK anlamında uzlaşma olarak kabul edilmez. Bu durum takibi şikayete bağlı suçlar açısından, şikayetten vazgeçme olarak nitelendirilebilir⁴²⁴. Bu anlamda uzlaşmanın CMK m. 253'te belirlenen usule uygun olarak yapılmasının zorunlu olduğunu, ancak şikayetten vazgeçmenin kanun tarafından herhangi bir şekil şartına bağlanmadığını ifade edebiliriz.

Uzlaşma kurumu, şikayetten vazgeçme ile kıyaslandığında daha zor ve masraflıdır. Şikayetten vazgeçmede şüpheli veya sanık, suçtan zarar görene herhangi bir ödeme yapmak zorunda değildir. Kaldı ki, şikayetten vazgeçme şarta bağlı olarak yapılamaz. Uzlaşmada ise, suçtan zarar görenin uğramış olduğu maddi ve manevi zararların yanı sıra uzlaşma giderleri de şüpheli veya sanık tarafından karşılanır⁴²⁵.

Uzlaştırma ile uyuşmazlık her yönüyle bitirilmeye çalışıldığından şikayetten vazgeçmeye göre fail açısından daha garantili bir yöntem olduğu söylenebilir. Çünkü, CMK m. 253/19'a göre, *"..Uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır"*. Dolayısıyla uyuşmazlık sadece ceza hukuku açısından değil, özel hukuk yönünden de sona ermiş olacaktır. Ancak şikayetten vazgeçme durumunda şikayet hakkı sahibi şahsi haklarından da vazgeçtiğini ayrıca açıklamamış ise, hukuk mahkemesinde dava açabilecektir (TCK m. 73/7).

CMK m. 253/17'ye göre, *"Cumhuriyet savcısı, uzlaşmanın, tarafların özgür iradelerine dayandığını ve edimin hukuka uygun olduğunu belirlerse raporu veya belgeyi mühür ve imza altına alarak soruşturma dosyasında muhafaza eder"*. Dolayısıyla uzlaşmanın tarafların özgür iradeleriyle gerçekleşmediğine veya edimin

⁴²³ Demirtaş, s. 52.

⁴²⁴ Nuri Özgenç, s. 259.

⁴²⁵ Nuri Özgenç, s. 259; Mustafa Özbek, "Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma", *AÜHFD*, C: 54, S: 3, s. 320.

hukuka uygun olmadığına kanaat getiren Cumhuriyet savcısı veya hakim uzlaşmayı kabul etmeme yetkisine sahiptir⁴²⁶. Buna karşılık şikayetten vazgeçme hususunda, Cumhuriyet savcısı veya hakimin suçtan zarar görenin özgür iradesine dayalı bir vazgeçmenin varlığını araştırma yükümlülüğü olmadığı gibi, şikayetten vazgeçmeyi kabul edecek olan kişi, şüpheli veya sanıktır.

Peki, şikayetten vazgeçme kurumu mevcutken şikayete bağlı suçlar açısından uzlaşma hükümlerinin düzenlenmesine gerek var mıydı? Öncelikle, yeni TCK ile "*şahsi hak davası*" kaldırıldığı için, ceza mahkemesi şikayete bağlı suçlarda hüküm ile beraber suçtan doğan zarar hakkında da karar verme imkanını kaybetmiştir. Böyle bir imkanın bulunmama sebebi ise, uzlaşma gibi zararı giderecek yeni kurumların kabul edilmiş olmasıdır⁴²⁷. Ancak yukarıda da değindiğimiz gibi, şikayet hakkı kullanıldıktan sonra suçtan zarar gören ile fail arasında uzlaşma sağlandığı takdirde bu suç nedeniyle artık tazminat davası açılmayacak, daha önce açılmış olan dava varsa bu davadan feragat edilmiş sayılacaktır. Dolayısıyla hukuk davası açma imkanı tamamen kapatılmıştır. Şikayetten vazgeçme durumunda ise, suçtan zarar gören açıkça şahsi haklarından da vazgeçtiğini açıklamadığı sürece soruşturma konusu suç sebebiyle hukuk mahkemesinde dava açılabilir. Bizce iki kurumun da sistem hatasından kaynaklı birbirine oldukça zıt yönleri bulunmaktadır. Uzlaşma kurumu her ne kadar uyuşmazlığı tüm mahkemeler açısından çözüyor olsa da şikayetten vazgeçme kurumu, daha masrafsız ve hızlı olmakla birlikte suçtan zarar görene hukuk mahkemesinde dava açma hakkını saklı tutma imkanı vermektedir.

III. İHBAR VE ŞİKAYET

Anayasal bir hak olan ihbar, Anayasa m. 74'te dilekçe hakkı başlığı altında düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle birlikte, vatandaşların ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancıların kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakları güvence altına alınmıştır⁴²⁸. Kelime anlamı olarak ihbar, haber verme, bildirme veya duyurma demektir⁴²⁹. Ceza hukuku

⁴²⁶ Demirtaş, s. 53.

⁴²⁷ Yenisey/Nuhoglu, s. 400.

⁴²⁸ Güngör, s. 36.

⁴²⁹ tdk.gov.tr, E.T:02.02.2016.

anlamında ise, soruşturması ve kovuşturması şikayete tabi suçlarda şikayet hakkı bulunan kişiler dışında kalan kimselerin; re'sen takip edilen suçlarda herhangi bir kimsenin bir suçun işlendiğini yetkili mercilere haber vermesidir⁴³⁰.

İhbar ve şikayet kavramları farklı olmasına rağmen çoğu zaman günlük dilde birbirleri yerine kullanılırlar. Re'sen soruşturulan ve kovuşturulan bir suçun icrasını yetkili makamlara haber veren kişi, suçtan zarar gören olabileceği gibi suçla ilgisi olmayan üçüncü bir kişi de olabilir. Dolayısıyla takibi şikayete bağlı olmayan suçlarda suçtan zarar görenin yapmış olduğu bu bildirim, şikayet değil ihbardır⁴³¹. Şikayetten farklı olarak, ihbarı yapanın kim olduğunun önemi olmadığı gibi, kural olarak, süre de söz konusu değildir⁴³².

İhbarın şikayetten bir diğer farkı ise şudur; bir suçun ihbarı adli makamlara suçu bildirmeyi hedeflerken, ihbarı yapanın neyi isteyip istemediği tam olarak ispatlanamadığı gibi bu durumun ispatı da gerekli olmayıp, daha çok belli bir hususa ilişkin bilgi açıklaması niteliğindedir. Şikayette ise, bunun yanı sıra şikayette bulunan kişinin ayrıca *"fail/faillerin cezalandırılması isteği"* vardır⁴³³.

İhbar belli bir şekle bağlı olmayıp CMK m. 158'e göre, *"yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü"* olarak yapılabilir. İhbarı yapan kişinin kimliğine ilişkin açıklama bulunup bulunmayacağı konusunda ise açıklık yoktur. Ancak iddianamenin düzenlenmesiyle ilgili CMK m. 170'de *"açıklanmasında sakınca bulunmaması halinde ihbarda bulunan kişinin kimliği"*nin iddianamede yer alması gerektiği belirtilmiştir. Çünkü suç ihbarında bulunan kişinin olaya ilişkin bilgisi sayesinde, ceza yargılamasıyla amaçlanan maddi gerçeğe ulaşma imkan ve iktidarı artabilir⁴³⁴.

Suçla ilişkin ihbar ve şikayetin yapılacağı merciler aynı olup, bu merciler CMK m. 158'de düzenlenmiştir. Buna göre; Suçla ilişkin ihbar veya şikâyet, Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabilir. Valilik veya kaymakamlığa ya da mahkemeye yapılan ihbar veya şikâyet, ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir. Yurt dışında işlenip ülkede takibi gereken suçlar hakkında

⁴³⁰ Kısık, s. 22.

⁴³¹ Demirtaş, s. 37.

⁴³² Öztürk v.d., s. 46.

⁴³³ Ünver/Hakeri, s. 133.

⁴³⁴ Uğur, (İhbar), s. 390.

Türkiye'nin elçilik ve konsolosluklarına da ihbar veya şikâyetle bulunulabilir. Bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle, ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan ihbar veya şikâyet, gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir.

İhbar ve şikayet anayasayla güvence altına alınmış bir hak olmakla birlikte, ihbarda bulunma aynı zamanda bir yükümlülüktür. Bu yükümlülüğün kötüye kullanılması TCK'nın özel hükümler kısmında suç olarak düzenlenmiştir⁴³⁵. Bu suçlardan en çok göze çarpan suçu bildirmeme başlıklı TCK m. 278'dir. Buna göre, *"İşlenmekte olan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen, işlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi..cezalandırılır"*. Böylelikle herkes bakımından genel bir ihbar yükümlülüğü getirilmiştir⁴³⁶.

Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlar açısından, şikayet yetkisine sahip olan kişi hakkında da TCK m. 278'in gereklerini yerine getirmediği gerekçesiyle takibat yapılabilecek midir? İhbardan farklı olarak şikayet, sadece soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlar açısından söz konusu olup, bu suçlarda yargılamanın yapılması için gerekli olan şarttır. Bu suçlar açısından şikayet yetkisine sahip olan kişinin yapmış olduğu bildirim, şikayet niteliğinde olup, kişi şikayet hakkını kullanıp kullanmama konusunda tercih hakkına sahiptir. Dolayısıyla kişinin bu hakkını özgür iradeye dayalı olarak kullanmasını önleyecek kanuni düzenlemeler yapılamaz. Bu sisteme paralel olarak, re'sen soruşturulan ve kovuşturulan suçlarda suçtan zarar görenin yapmış olduğu yetkili mercilere yapmış olduğu bildirim şikayet değil, ihbardır⁴³⁷.

⁴³⁵ Bu suçlar; iftira (TCK m.267), suç uydurma (TCK m.271), suçların bildirilmemesi (TCK m.278, 279, 280), tutuklu, hükümlü veya suç delillerinin bildirilmemesi (TCK m. 284), devlet sırlarından yararlanma, devlet hizmetlerinde sadakatsizlik suçlarının işleneceğini haber alıp da bunları zamanında yetkililere ihbar etmemek suçları (TCK m. 333/4). bkz. Uğur, (İhbar), s. 392.

⁴³⁶ Demirtaş, s. 38; Suçu ihbarın bir yükümlülük olarak düzenlenmesinin sebebi TCK m.278'in madde gerekçesi şu şekilde izah edilmiştir; "Suçluların cezalandırılmasını devletten istemek, kişi açısından bir hak olduğu gibi; herhangi bir suç olgusunun gerçekleştiğini öğrenen kişinin durumu suçu takibe yetkili makamlara bildirmesi, aynı zamanda bir yükümlülüktür. Bu itibarla, herhangi bir suç olgusunun gerçekleştiğini öğrenmesine rağmen durumun suçu takibe yetkili makamlara bildirilmemesi, genel olarak haksız bir davranıştır. Ancak, izlenen suç siyaseti gereğince sadece belli suçların bildirilmemesi veya sadece belli kişilerin bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi, suç olarak tanımlanmıştır".

⁴³⁷ TCK m. 278'in takibi şikayete bağlı suçlarda uygulanmayacağına dair görüş için bkz. Demirtaş, s. 38.

III. ŞİKAYETİN BENZER MUHAKEME ŞARTLARIYLA İLİŞKİSİ

Ceza kanunlarında bir suçtan dolayı soruşturma veya kovuşturma yapılabilmesi veya sadece kovuşturma yapılabilmesi, suçtan zarar görenin şikayeti dışında diğer bazı koşullara bağlı tutulabilmektedir⁴³⁸. Şikayet gibi kamu davasının re'sen açılması ilkesinin istisnaları olan bu kurumların şikayetle benzer olan yönleri bulunmakla birlikte pek çok farklılık mevcuttur.

A. ŞİKAYET VE TALEP

Belli suçlar açısından kanunen yetkilendirilmiş mercinin, savcılığı dava açmak zorunda bırakacak şekilde yaptığı şikayete, istem veya talep denir⁴³⁹. Takibi talebe bağlı suçlarda yetkili makamın talebi, soruşturma şartı olmayıp, sadece kovuşturma şartıdır⁴⁴⁰. Bu nedenle talep koşulu gerçekleşmedikçe kovuşturmaya başlanılamayacaktır.

Hangi suçların muhakemesinin talebe bağlı olduğu kanunlarda gösterilmiştir. Bu talebi yapacak olan merci ise, çoğu zaman Adalet Bakanlığıdır⁴⁴¹. Örneğin; yabancı tarafından işlenen suçlarla ilgili TCK m. 12'de ihdas edilen hükme göre, yargılama yapılması Adalet Bakanlığının talebine bağlıdır. Yine TCK m. 13'de yapılan düzenlemede Adalet Bakanlığının talebi aranmıştır.

Talep, muhakeme şartı olması sebebiyle şikayete benzemekle birlikte, aralarında temel farklılıklar vardır. Öncelikle talep, resmi bir makamın şikayetidir. Buna karşılık şikayet hakkı suçtan zarar görene aittir. Aynı şekilde TCK m. 73'de şikayetten vazgeçilebileceği ve şikayetin belli bir süreye tabi olduğu hükme bağlanmıştır. Ancak talebe ilişkin herhangi bir hak düşürücü süre düzenlenmemekle birlikte, belli bir suçun kovuşturulmasına ilişkin talepte bulunan merci, bu talebini geri alma hakkına sahip değildir⁴⁴².

⁴³⁸ İçel v.d., (Suç), s.47; Koca/Üzülmez, s. 365.

⁴³⁹ Yenisey/Nuhoğlu, s. 404.

⁴⁴⁰ Koca/Üzülmez, s. 365.

⁴⁴¹ Erem, (Usul), s. 179.

⁴⁴² Erem'e göre, takibi şikayete bağlı suçlarda belli bir sürenin kabulünü haklı gösteren görüşlere benzer gerekçeler talep için de bir sürenin varlığının kabulünü gerektirir. bkz. Erem, (Usul), s. 179; Yenisey/Nuhoğlu, s. 404; İçel v.d., (Suç), s.51.

Takibi şikayete bağlı suçlarda soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı şikayetin varlığına rağmen dava açmak zorunda değildir⁴⁴³. Ancak talep koşulunun arandığı durumlarda talebin varlığı halinde Cumhuriyet savcısı dava açmaya mecburdur⁴⁴⁴. Ancak CMK sisteminde kamu davasının açılabilmesi için iddianamenin mahkeme tarafından kabul edilmesi gerekmektedir (CMK m. 175/1). Dolayısıyla talep koşulunun mevcut olduğu bir suç bakımından söz konusu olan bu zorunluluk sadece Cumhuriyet savcısının iddianame düzenlemesi noktasındadır; düzenlenen iddianamenin mahkeme tarafından kabulü hususunda bir zorunluluk söz konusu değildir.

Talebin kovuşturma şartı olması sebebiyle takibi talebe bağlı suçlarda Cumhuriyet savcısı bu irade beyanı olmadıkça davayı açamaz veya her nasılsa açılmış olup da duruşma esnasında suçun takibinin talebe bağlı olduğu anlaşılırsa CMK m. 223/8 gereği muhakemenin durmasına karar verilir. Bu karar geçici niteliktedir. TCK m. 65'e göre, bu süre zarfında dava zamanaşımı durur. Talepte bulunulduğu takdirde muhakeme kaldığı noktadan devam eder, aksi durumda ise davanın düşmesine karar verilir⁴⁴⁵.

B. ŞİKAYET VE İZİN

Kanun koyucu bazı suçlardan dolayı dava açılmasının uygun olup olmadığı konusunda tereddüt ettiğinde, gerekli değerlendirmeyi yapma amacıyla kanunen yetkilendirilmiş idari merciin iradesine başvurmaktadır⁴⁴⁶. İzin olarak adlandırılan bu muhakeme şartı, iddia makamının sorması üzerine, bir diğer Devlet makamının somut olayda kamu yararı görüldüğünden bahisle dava açılmasına yönelik irade beyan etmesidir. Bu açıdan izin, tam serbest değerlendirme yetkisine dayanan bir

⁴⁴³Burada dava açmak zorunda olmamaktan kasıt, Cumhuriyet savcısının dava açılabilmesi için gerekli ve yeterli delil bulunup bulunmadığını araştırdıktan sonra, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphenin oluşup oluşmadığı konusunda kanaate varıp, karar vermesidir. bkz. Demirtaş, s. 32. Ayrıca Cumhuriyet savcısının takdir yetkisinin düzenlendiği CMK m.171'de takibi şikayete bağlı suçlarda Cumhuriyet savcısının üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen, kamu davasının açılmasının beş yıl süreyle ertelenmesine karar verebileceği hüküm altına alınmıştır.

⁴⁴⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 574; İçel, s. 235.

⁴⁴⁵ Hakeri, s. 125.

⁴⁴⁶ Toroslu/Feyzioğlu, s. 52.

idari işlem olup, ceza davasının açılmasındaki mecburilik ilkesini yumuşatan bir çaredir⁴⁴⁷.

İzne tabi suçlar aslında re'sen kovuşturulan suçlardır. Ancak kanun koyucu bazen eylemin özelliğini bazen de mağdurun sıfatını dikkate alarak işlenen suç nedeniyle yargılama yapılıp yapılmamasına karar verme yetkisini yürütme erkine bırakmakta fayda görmüştür⁴⁴⁸.

İzin genellikle Adalet Bakanlığından istenir. Örneğin, TCK m. 299'a göre, Cumhurbaşkanına hakaret suçundan dolayı kovuşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır. TCK m. 305'de düzenlenen *"temel millî yararlar karşı faaliyette bulunmak için yarar sağlama"* suçunun savaş hali dışında işlenmesi halinde, kovuşturma yapılması Adalet Bakanının iznine bağlanmıştır. Bunun dışında kamu hizmeti görevlileriyle ilgili Anayasa m. 129'da *"Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idarî merciin iznine bağlıdır"* hükmü ihdas edilmiştir.

TCK'da izin koşuluna ilişkin usul ve esaslar gösterilmiş değildir. Ancak Alman Ceza Kanunu'nun 77e paragrafı izin koşuluyla ilgili olarak şikayete ilişkin bazı hükümlerin uygulanabileceğini öngörmüştür. Böylelikle, şikayette olduğu gibi iznin de geri alınması olanağı tanınmış ancak şikayetten farklı olarak izin, şekle ve süreye bağlanmamıştır⁴⁴⁹. Uygulamada da verilen iznin geri alınabileceği kabul edilmektedir. Adalet Bakanlığı ilk defa 18.06.1945 tarihinde verdiği bir izni geri almıştır⁴⁵⁰.

İzin, belirli bir suçla ilgili olarak verildiğinden, iştirak halinde işlenen suçlarda iznin verilmesiyle bütün suç ortakları bakımından kovuşturma şartı yerine getirilmiş olur. Zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği durumlarda ise, iznin her bir suç açısından verilmesi gerekir⁴⁵¹.

Şikayetten farklı olarak izinde fiilin hukuki niteliği önem taşır. Çünkü izin belirli bir suç için verilir. Kovuşturma esnasında fiilin hukuki niteliğinde değişiklik

⁴⁴⁷ Kunter, s. 96.

⁴⁴⁸ İçel v.d., (Suç), s. 47.

⁴⁴⁹ İçel v.d., (Suç), s. 48; Kunter, s. 96; Aksi görüşe göre, izin vermeme kararı geri alınabilirse de verilen izin geri alınamaz. Zira verilen izin üzerine ceza muhakemesi başladıktan sonra, izin veren idari makamın muhakeme üzerinde tasarrufta bulunması, onu durdurması veya ortadan kaldırması kabul edilemez. bkz. Toroslu/Feyzioğlu, s. 53.

⁴⁵⁰ Kunter/Yenisay/Nuhoglu, s. 680.

⁴⁵¹ Koca/Üzülmez, s. 365.

meydana geldiği ve bu yeni niteliğin de izne tabi olduğu durumda, yetkili makamdan tekrar izin istenmesi gerekir⁴⁵².

C. ŞİKAYET VE MÜRACAAT

Müracaat, belli suçlarda devletin özel makamları vasıtasıyla dava açmayı zorunlu kılmayacak şekilde yaptığı şikayettir⁴⁵³. Örneğin, yabancı devlet başkanına karşı suç başlıklı TCK m. 340'a göre, *"Fiil, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlardan ise, soruşturma ve kovuşturma yabancı devletin şikayetine bağlıdır"*. Aynı şekilde yabancı devlet bayrağına hakaret suçundan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması, ilgili devletin şikayetine bağlıdır (TCK m.341).

765 sayılı TCK'nın 164 ve 165. maddelerinde yer alan *"müracaat"* terimine 5237 sayılı TCK'da yer verilmemiştir. 5237 sayılı TCK'da yabancı devletin müracaatının gerektiği durumlarda *"şikayet"* terimi kullanılmıştır (Ör. TCK m. 11, 340, 341). Dolayısıyla öğretide kimi yazarlar, yabancı devletin müracaatının şikayet niteliğinde olduğundan bahisle, müracaat açısından şikayete ilişkin genel hükümlerin uygulanması gerektiği (şikayet süresi ve şikayetin geri alınması gibi) yönünde görüş beyan etmişlerdir⁴⁵⁴. Aksi görüşe göre ise, şikayetin aksine müracaat, süreye tabi tutulmamıştır ve müracaatta bulunulduktan sonra geri alınamaz⁴⁵⁵.

Müracaat söz konusu olduğu takdirde şikayette olduğu gibi Cumhuriyet savcısı dava açmak zorunda değildir⁴⁵⁶. Yine müracaat, talepte olduğu gibi resmi bir makamın şikayettir; ancak talepten farklı olarak, müracaat üzerine dava açılması zorunlu değildir⁴⁵⁷.

⁴⁵² İçel v.d., (Suç), s. 49.

⁴⁵³ Toroslu/Feyzioğlu, s. 52.

⁴⁵⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 575; Mülga TCK'da yer alan müracaat kavramı yerine yeni TCK'da şikayet şartı arandığından müracaat ile şikayet arasında hukuki sonuçlar bakımından fark kalmamıştır. bkz. Yenisey/Nuhoğlu, (Yazılı Başvuru), s. 99.

⁴⁵⁵ Toroslu/Feyzioğlu, s.52; İçel v.d. (Suç), s. 51.

⁴⁵⁶ Kısık, s. 39; Kunter, s. 94.

⁴⁵⁷ Toroslu/Feyzioğlu, s. 52.

SONUÇ

Ceza hukukunun işlevi, bir yandan suç teşkil eden fiilleri icra edenleri cezalandırmak, bir yandan da kişilerin suç işlemekten sakınmasını sağlayarak, hukuki menfaatleri korumaktır. Suç, hukuk düzeniyle korunan yarara verilen zarar veya tehlikedir. Dolayısıyla failin cezalandırılmasının sebebi, toplumun değer verdiği ve hukuk düzeni tarafından korunan hukuki yarar üzerinde tehlike yaratmış veya ona zarar vermiş olmasıdır. Çünkü suç teşkil eden fiiller sadece bireysel olarak kişilere zarar veren değil, aynı zamanda toplumsal barışı ve huzuru tehdit eden veya bozan fiillerdir

Zaman içerisinde bir normun ihlali halinde onu ihlal edenin doğrudan bireyler tarafından cezalandırılması sisteminin yerini merkezi devletlerin tüm egemenliği elinde toplamasıyla cezalandırmanın da devlet tarafından yapıldığı sistem almıştır. Nitekim devletle birey arasında oluşan ilişkinin bir gereği olarak, herkesin ceza hukuku kurallarına riayet etme zorunluluğunun doğal sonucu olarak devletin de bu normları ihlal edenleri cezalandırarak, toplumsal adaleti sağlama yükümlülüğü oluşmuştur.

Ceza muhakemesi hukukuyla hukuk düzeni tarafından belirli menfaatleri korumak için ihdas edilmiş normların ihlali halinde, ihlalin gerçekleşip gerçekleşmediğini, gerçekleşmişse kim tarafından gerçekleştiğini, yaptırımın ne olacağı soruna çözüm bulmak amacıyla, iddia savunma ve yargılama şeklinde bir dizi faaliyetin nasıl gerçekleşeceğini belirler. Ceza muhakemesi içerisinde mağdur veya suçtan zarar görenin bulunduğu konumu göre devletler farklı sistemler benimsemiştir. CMK'nın kabul ettiği kamu davasının mecburiliği sisteminde, devletin yetkili makamlarının ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlaması gerekmektedir. Nitekim suçlar kamu düzenini ihlal ettiklerinden bir suç dolayısıyla soruşturma ve kovuşturma, kural olarak mağdurun veya suçtan zarar görenin iradesine bakılmaksızın, kamu adını re'sen yapılır. Ancak bu sistem, taraf iradeleri ön plana çıkarmak, suçtan zarar göreni korumak, muhakeme sürecini kısaltmak ve etkin yargılanmanın yapılmasını sağlamak gibi sebeplerle yumuşatılmaya çalışılmıştır. Bu sistemde ilk olarak ve en çok göze çarpan, şikayet kurumu olmuştur.

Soruşturma ve kovuşturma koşulu olarak şikayetin arandığı suçlarda, ortada tüm yönleriyle tamamlanan bir suç mevcuttur ancak bu suç hakkında takip yapılabilmesi için şikayet şartının gerçekleşmesi gerekmektedir. *‘Şikayet kurumuyla birlikte devletin cezalandırmak, affetmek hak ve yetkileri bir nevi ihlal edilmektedir’* şeklindeki görüşlere katılmamaktayız. Bizce bireylerin özel yaşamlarıyla yakından ilgili olan ve kamu açısından çok da ehemmiyet arz etmeyen bir suçun, soruşturulması ve kovuşturulmasının bireyin şikayetine tabi tutulması, devletin cezalandırma yetkisinin suçtan zarar görene verildiği anlamına gelmez. Hangi suçların takibinin şikayete bağlı olduğu kanunda açıkça belirtildiği sürece keyfî uygulamalarla suçların cezasız kalmasının önüne geçilebilecek ve yargının iş yükünün azalmasıyla daha özenli muhakeme yapılabilecektir.

Şikayet kurumunun gerekliliği dışında üzerinde en çok tartışılan hususlardan biri de bu kurumun hukuki niteliğidir. Şikayetin düzenlendiği yeri göz önünde bulunduran kimi yazarlar, şikayetin yokluğunun somut olarak failin cezalandırılmasını önlediği için, şikayet kurumunun maddi ceza hukuku içerisinde yer alan suç teorisi içerisinde incelenmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Ancak biz her iki kurumunda nitelikleri göz önünde bulundurulduğunda şikayetin objektif cezalandırılabilme koşulu değil, bir ceza muhakemesi şartı olduğunu düşünmekteyiz. Zira şikayet koşulun arandığı suçlarda da tamamlanmış bir suç mevcut ancak kanun koyucu muhakemenin yapılmasını şikayet şartının gerçekleşmesine bağlamıştır. Bu nedenle şikayet bir muhakeme hukuku kurumudur.

Şikayete ilişkin genel düzenlemeler TCK m. 73'te, usule ilişkin düzenlemeler de CMK m. 158'de yer almıştır. Madde şikayetin yetkili kişi tarafından kullanılacağı belirtilmiş olup, bu konudaki yetkinin kime ait olduğu açıklanmamıştır. Biz bu noktada dar anlamda suçtan zarar görenin şikayet hakkına sahip olduğunu kabul ettik. Mümeyyiz küçükler açısından ise, Yargıtay içtihatlarına göre uygulama yapmaktan ziyade bu konuda kanunda açık düzenleme yapıp, TMK hükümleriyle çelişki oluşturacak uygulamaların önüne geçilmesi gerektiği fikrindeyiz.

Suçtan zarar gören birden fazla kişi olması durumunda bunların hepsi şikayet hakkına sahip olup, bu hakları kullanma hususunda da birbirinden bağımsızlardır. Doktrinde yer alan diğer görüşlerin aksine biz suçtan zarar gören kişilerden sadece birinin dahi şikayet hakkını kullanması halinde muhakeme şartının gerçekleştiğinin

kabul edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Yine şikayet hakkından feragat ve vazgeçme de mümkündür. Ancak şikayetin yapılmasının aksine feragat ve vazgeçmenin şekli konusunda kanunda düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum ise, kişilerin iradelerine yanlış sonuçlar bağlamaya yol açabilmektedir.

Şikayetin yapılacağı merciler CMK m. 158'de ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Yine şikayet, TCK'da 6 aylık hak düşürücü süreye bağlanmıştır. Biz şikayetin ceza muhakemesi kurumu olarak kabul ettiğimizden bu sürenin kusursuz olarak kaçırılması halinde eski hale iadenin mümkün olacağını kabul etmekteyiz. Aynı şekilde sürenin geçip geçmediği konusunda tereddüt hasıl olmuşsa şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince fail lehine yorum yapılması gerektiğini düşünmekteyiz.

CMK'nın bazı maddelerinde şikayetçiye kamu davasına ilişkin pek çok hak tanınmıştır. Özellikle CMK 233-236 maddelerinde mağdur ve şikayetçinin soruşturma ve kovuşturma aşamasındaki hak ve yükümlülükleri sayılmıştır. Vekili bulunmaması halinde, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme, cumhuriyet savcısının, kovuşturmaya yer olmadığı yönündeki kararına kanunda yazılı usule göre itiraz hakkını kullanma, duruşmadan haberdar edilme, kamu davasına katılma, yeni CMK ile şikayetçi lehine getirilmiş önemli yeniliklerdir. Aynı şekilde muhakemenin amacına ulaşabilmesi için şikayetçinin sahip olduğu hakların yanı sıra teşhis işlemlerine katılma, usulüne uygun olarak yapılan çağrıya rağmen mazereti olmaksızın gelmeyen şikayetçi hakkında zorla getirilme kararı verilebilmesi gibi bir takım yükümlülüklerinin de olması yerinde bir uygulamadır.

Şikayete tabi suçlar kural olarak uzlaşma kapsamındadır. 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın ilk halinde "*soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlar, uzlaştırma*" başlıklı 73. maddenin son fıkrasında uzlaşmaya ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. 5560 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle maddenin son fıkrası çıkarılmış ve CMK'nın uzlaşmayla ilgili 253 ve 254. maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Uzlaşma, fail ile mağdur arasındaki ihtilafın barışçıl yollarla çözümlenmesini ve mağduriyetin tazminini sağlamayı amaçlamaktadır. Bu açıdan uzlaşmanın büyük oranda takibi şikayete bağlı suçlarla sınırlı tutulması eksiklik olarak kabul edilebilir. Ancak bu kapsamıyla dahi uzlaşma

kurumu, yeterince bilinmemesi, eğitimdeki eksiklikler ve kanundaki düzenlemelerin yetersiz olması sebebiyle uygulamada yeterince işletilememektedir.

Şikayet kamu davasının mecburiliği ilkesine istisna teşkil ettiği için devletin yargılama fonksiyonu içerisinde son derece önemli bir yeri sahiptir. Zira suç teşkil eden bir fiilin icrası halinde sadece suç işleyeni cezalandırmış olmak için değil, aynı zamanda toplumsal adaleti sağlamak, bireylerdeki suç işleme eğilimini azaltarak huzur ve sükunu sağlamak için devletin yetkili makamları derhal harekete geçip muhakeme faaliyetini yürütürler. İşte şikayet kurumuyla bu faaliyetin içerisinde suçtan zarar görene önemli bir mevki verilmiş olup, ilgili suça ilişkin soruşturma ve kovuşturma onun iradesine bırakılmıştır. Bu sebeple şikayet hakkının tamamen özgür iradeye dayalı olarak kullanılması, sadece suçtan zarar gören için değil, kamu yararı açısından da son derece ehemmiyet arz etmektedir. Bu anlamda suçtan zarar görenin korunması, herhangi bir tehdit altında bulunmaması, haklarından haberdar olması ve kullanabilmesinin yanı sıra; bu hakkın kötü amaçlı kullanılmaması, hukuk dışı pazarlıklara konu olmaması ve sonuç olarak adaletin sağlanması noktasında Devlete önemli görevler düşmektedir.

KAYNAKÇA

1. Akıntürk, Turgut, Akipek, Jale, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 11. bs., Beta Yayınları, Ankara 2014.
2. Aksakal, Enver, "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu", *İstanbul Barosu Dergisi*, C: 88, S: 2, Y: 2014, s. 257-276.
3. Aktaş, Sururi, "Cezalandırmanın Amacı Üzerine", *EÜHFD*, C. XIII, S. 1-2, Y. 2009, s. 1-25.
4. Albayrak, Mustafa, "Şikayete Tabi Suçların Özellikleri ve Bu Suçlara Bağlanan Hukuki Sonuçlar", *TBB Dergisi*, S: 77, Y: 2008, s. 281-306.
5. Artuk, M. Emin, Gökcen, Ahmet, Yenidünya, Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. bs., Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
6. Artuk, Mehmet Emin, Alşahin, Mehmet Emin, "Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı", in Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C: 19, S: 2, Y: 2013, s. 17-45.
7. Aslan, Yasin M, "Türk Hukukunda Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu", *Ankara Barosu Dergisi*, S:68, Y:2010/2, s. 233-246.
8. Bakıcı, Sedat, *5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.
9. Battaglini, Giulio, *II Dritto Querela Secondo La Nuova Legislazione*, Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1939.
10. Battaglini, Giulio, *Sul Fondamento Giuridico della Querela Privata*, Vallardi Editore, Milano, 1911.
11. Bayındır, Sinan, "Sermaye Piyasası Kanunu'nun 49. Maddesinde Yer Alan Yazılı Başvuru Şartı'nın Hukuki Mahiyetine ve Sonuçlarına İlişkin Bir Değerlendirme", *TBB Dergisi*, S: 93, Y: 2011, s. 215-238.
12. Beyazıt, Özgür, "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu", *TAAD*, S: 1, Y: 2010(Nisan), s. 293-309.
13. Cassani, Carlotta, "Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Hukukta Rıza", (çev. Özen Muharrem, Özen Mustafa), *TBB Dergisi*, S:77, Y:2008, s. 236-248.
14. Centel, Nur, Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2013.

15. Centel, Nur, Zafer, Hamide, Çakmut, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 8. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2014.
16. Çetiner Baktır, Selma, **Velayet Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.
17. Demirbaş, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. bs., Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.
18. Demirtaş, Erdoğan, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Muhakeme Şartı Olarak Şikayet**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2008.
19. Doğan Karakaş, Fatma, "Suçtan Doğan Mağduriyetin Devlet Tarafından Giderilmesi ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı", **TBB Dergisi**, S: 95, Y: 2011, s. 197-233.
20. Donay, Süheyl, "Hukuken Batıl Olan Senetlerin Varaka Olup Olmayacağı Sorunu- Şikayetten Vazgeçmenin Bir Karşılık Sonucu Yapılması", **JÜHFM**, C: 35, S: 1-4, Y: 1969, s. 496-524.
21. Dönmezer, Sulhi, Erman, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt III**, 12. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 1994.
22. Dönmezer, Sulhi, Erman, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt I**, 13. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 1997.
23. Dönmezer, Sulhi, Erman, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II**, 12. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 1999.
24. Ercan, Hasan, **İcra ve İflas Kanununa Göre Mal Beyanı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2004.
25. Erem, Faruk, **Ceza Usulü Hukuku**, 12. bs., Ajans-Türk Matbaacılık Sanayii, Ankara, 1968.
26. Erem, Faruk, "Ceza Hukukunda Hakkın Kullanılması", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 41, S: 1-4, Y: 1989-1990, s. 5-14.
27. Erem, Faruk, Danışman, Ahmet, Artuk, Emin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. bs., Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.
28. Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 19. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
29. Erkan, Vehbi Umut, Yücer, İpek, "Ayırt Etme Gücü", **AÜHFD**, C: 3, S: 60, Y: 2011, s. 485-522.

30. Ersoy, Uğur, ***Ceza Hukukunda Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları***, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
31. Gülşen, Recep, "Çocuğun Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu", ***İÜHFM***, C: LXXI, S: 1, s. 589-606.
32. Güngör, Devrim, ***5237 ve 5271 Sayılı Kanunlar Işığında Şikayet Kurumu***, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
33. Hafizoğulları, Zeki, Özen, Muharrem, ***Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler***, 7. bs., US-A Yayıncılık, Ankara, 2014.
34. Hafizoğulları, Zeki, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Davanın ve Cezanın Düşürülmesi", ***Ankara Barosu Dergisi***, S: 3, Y: 2006, s. 11-40.
35. Hakeri, Hakan, ***Ceza Hukuku Genel Hükümler***, 18. bs., Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
36. İçel Kayıhan, ***Ceza Hukuku Genel Hükümler***, 6. bs., Beta Yayınları, Ankara, 2014.
37. İçel, Kayıhan, Sokullu-Akıncı, Füsün, Özgenç, İzzet, Sözüer Adem, Mahmutoglu, Fatih, Ünver, Yener, ***Suç Teorisi***, Sebat Müessesilik Yayıncılık, İstanbul, 1999.
38. İçel, Kayıhan, Sokullu-Akıncı, Füsün, Özgenç, İzzet, Sözüer Adem, Mahmutoglu, Fatih, Ünver, Yener, ***Yaptırım Teorisi***, 2. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2000.
39. İpek, Ali İhsan, ***Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması***, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
40. Kangal, Zeynel T., "Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza", ***Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C: 15, S: 4, Y: 2011, s. 223-251.
41. Kangal, Zeynel T., "Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları", ***İÜHFM***, C: LXVIII, S: 1-2, Y: 2010, s. 151-167.
42. Kısık, Süreyya, ***Bir Koğuşturma Şartı Olarak Şikayet***, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1992.
43. Kıyak, Fahrettin, "Ceza Hukukunda Şikayet Usulü ve Tatbikatı" ***Ankara Barosu Dergisi***, S: 6, Y: 1958, s. 310-318.
44. Kıyak, Fahrettin, "Ceza Kanununda Şikayet Hakkı", ***Ankara Barosu Dergisi***, S:1 Y: 1958, s. 13-20.

45. Koca, Mahmut, Üzülmöz, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. bs., Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015.
46. Köksal, Atacan, "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu", in Prof. Dr. Nevzat TOROSLU'ya Armağan Cilt II, **AÜHFD**, Ankara, 2015, s. 687-729.
47. Kunter, Nurullah, **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1949.
48. Kunter, Nurullah, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemeleri Hukuku**, 7. bs., Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 1989.
49. Kunter, Nurullah, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. bs., Yaylacık Matbaası, İstanbul, 1989.
50. Kunter, Nurullah, Yenisey, Feridun, Nuhoğlu Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 18. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2010.
51. Kuru, Baki, **Medeni Usul Hukuku**, Legal Yayıncılık, Ankara, 2015.
52. Nohutçu, Ahmet, **İdare Hukuku**, 2. bs., Savaş Yayınevi, Ankara, 2009.
53. Otacı, Cengiz, "Türk Ceza Hukukunda Dava ve Ceza İlişisini Sona Erdiren Nedenlerden Ölüm ve Şikayetten Vazgeçme", **Adalet Dergisi**, S: 30, Y: 2008, s. 211-233.
54. Ozansü, Mehmet Cemil, **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 25.
55. Önder Tamer, "Şahsi Dava", **Ankara Barosu Dergisi**, S:4, Y:1988, s.571-572.
56. Özbek, Mustafa, "Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma ", **AÜHFD**, C: 54, S: 3, s. 290- 320.
57. Özbek, Mustafa, "Ceza Muhakemesi Kanununda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Mağdur Fail Uzlaştırmasının Usul ve Esasları", **AÜHFD**, C: 56, S: 4, Y: 2007, s. 123-205.
58. Özbek, Veli Özer, Kanbur, Mehmet Nihat, Doğan, Koray, Bacaksız, Pınar, Tepe, İlker, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 9. bs., Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.
59. Özbek, Veli Özer, Kanbur, Mehmet Nihat, Doğan, Koray, Bacaksız, Pınar, Tepe, İlker, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. bs., Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.

60. Özbek, Veli Özer, Kanbur, Mehmet Nihat, Doğan, Koray, Bacaksız, Pınar, Tepe, İlker, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. bs., Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015.
61. Özen, Mustafa, "Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi", **Ankara Barosu Dergisi**, S:3, Y:2009, s. 18-28.
62. Özgenç, İzzet, Şahin, Cumhur, "İddia ve Savunma Hakkı", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 5, S: 1-2, Y:2001, s. 84-110.
63. Özgenç, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. bs., Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.
64. Özgenç, İzzet, Şahin, Cumhur, Sözüer, Adem, **Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt I (Kanunlar)**, 12. bs., Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015.
65. Özgenç, Nuri Berkay, **Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Uzlaşma**, Legal Yayıncılık, Ankara, 2015.
66. Öztürk, Bahri, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti(Hazırlık Soruşturması)**, DÜ Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, Ankara, 1991.
67. Öztürk, Bahri, **Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku**, 2. bs., Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.
68. Öztürk, Bahri, Erdem, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. bs., Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.
69. Öztürk, Bahri, Tezcan, Durmuş, Erdem, Mustafa Ruhan, Sırma, Özge, Kırıt Saygılar, Yasemin F., Özaydın, Özdem, Akcan Alan, Esra, Erden, Efser, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. bs., Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015.
70. Sinn Arndt, "Haksızlık ve Kusur Arasındaki Ayrımın Anlamı Üzerine" in **Alman Ceza Hukuku Açısından TCK'nın Kusur İlkesi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.
71. Soyaslan, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
72. Şahin, Cihan, "Küçüklerin Şikayet ve Şikayetten Vazgeçme Hakları", **TAAD**, S: 16 (Ocak 2014),Y: 5, s. 291-318.
73. Şahin, Cumhur, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, 3. bs., Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.

74. Şahin Ekici, Meral, ***Ceza Hukukunda Rıza***, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2012.
75. Taner, Fahri Gökçen, ***Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar***, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.
76. Toroslu, Nevzat, ***Cürümlerin Tesnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu***, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.
77. Toroslu, Nevzat, "Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları", in Uğur Alacakaptan'a Armağan Cilt I, İstanbul, 2008.
78. Toroslu, Nevzat, Feyzioğlu, Metin, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, 12. bs., Savaş Yayınevi, Ankara, 2013.
79. Tosun, Öztekin, "Evvelden Zinaya Muvafakat Ettiğini Beyan Eden Eş, Sonradan Şikayet Ederek Tatbikat Yaptırabilir mi?", ***Ankara Barosu Dergisi***, S: 1, Y: 1955, s. 614-619.
80. Uğur, Hüsamettin, "Ceza Muhakemesinde Kovuşturma Mecburiyeti İlkesinden Maslahata Uygunluk İlkesine", ***TBB Dergisi***, S:73, Y:2007, s. 256-288.
81. Uğur, Hüsamettin, "Suç İhbarı ve İhbarcılarının Korunması", ***TBB Dergisi***, S: 108, Y: 2013, s. 383- 406.
82. Ünver, Yener, 'Ceza Yargılaması Normlarının Derhal Uygulanmasına İlişkin Bir Yargıtay CGK Kararının İncelenmesi', ***İHFM***, C: LIV, Y:1994, s.201-218.
83. Ünver, Yener, Hakeri, Hakan, ***Ceza Muhakemesi Hukuku(Cilt I)***, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
84. Yağcı, Adnan, ***Ceza Muhakemesinde Suçtan Zarar Görenin Görevi***, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 1993.
85. Yaşar, Osman, Gökcan, Hasan Tahsin, Artuç, Mustafa, ***Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 2.Cilt***, 2. bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
86. Yenisey, Feridun, "Ceza Muhakemesi Süjelerinin İradelerinin Ceza Muhakemesinin Yürüyüşüne Etkisi Sorunu" in Prof.Dr. Nur Centel'e Armağan, ***Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi***, C: 19, S: 2, Y: 2013, s. 453-469.
87. Yenisey, Feridun, Nuhoğlu, Ayşe, "Yazılı Başvuru Şartının Hukuki Niteliği", ***Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi***, S: 101-102, Y:2013, s. 96- 110.

88. Yenisey, Feridun, Nuhoğlu Ayşe, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014.
89. Yenisey, Feridun, Oktar, Salih, ***Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Strafprozessordnung (StPO)***, 2. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2015.
90. Yenisey, Feridun, Plagemann, Gottfried, ***Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)***, 2. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2015.
91. Yılmaz, Zekeriya, ***Cezada Yargılama Gideri, Harç, Vekalet Ücreti ve Şahsi Hak Davası***, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999.
92. Yılmaz, Zekeriya, ***Ceza Hukukumuzda Şikayet***, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
93. Yurtcan, Erdener, ***Şahsi Dava ve Uygulaması***, 3.bs., Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1989.
94. Yücel, Özge, ***Çocuğun Kayyum Tarafından Temsili***, Turhan Kitapevi, Ankara, 2011.
95. <http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=57130>
96. <http://www.tdk.gov.tr>
97. Kazancı Hukuk Sitesi
98. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr>

