

SUÇ MAĞDURUNUN KORUNMASI İLE İLGİLİ BAZI SORUNLAR

Prof. Dr. Çetin ÖZEK

KONU

Ceza Hukukunun klasik bir biçime eriştikten sonra, son yıllarda klasik ölçülerin ve ilkelerin sarsılmağa başladığı da görülmektedir. Gerçekten, ceza hukuku alanında uzun yıllar tartışılmaz, sarsılmaz, değişmez nitelikte görülen pek çok kabul ve anlayış biçimlerinin, son yıllar içinde kökten eskimeğe yüz tuttuğu, ceza hukuku tarihçesi içinde yer almağa yaklaştığı kolaylıkla görülebilmektedir. Birtakım fiillerin suç olmaktan çıkartılmasına yönelik eğilimler, cezanın işlevi konusundaki anlayış değişikliği, suça karşı toplumun savunulması, arayışları, suça verilen anlamların daha bir değişik nitelik kazanması, suça tepkinin başkalaşması, sorumluluk kurallarındaki yeni görüşler klasik ceza hukuku anlayışının başkalaştığı ve yara aldığı savını doğrular niteliktedir. Bu değişim ve gelişimde, özellikle kriminolojinin gittikçe etken olduğu da bir gerçek. Kriminoloji araştırmaları, "suç ve ceza" denilen olgulara kuramsal olmayan bir yaklaşımı gerçekleştirmiş, uygulamaya ve araştırmaya dayanan somut anlayışlar kendisini tüm ceza hukuku görüşlerinde kabul ettirmiştir. Kaynağını, uygulama ve somut araştırmalarda bulan görüşler giderek, pozitif hukuk açısından da değişimlere, yeni modellere ve müesseselere yol açabilecek etkenlik payı kazanmıştır ve ceza hukuku artık amacı ve fonksiyonu unutulmuş kurallar kalabalığı arasındaki ilişkileri sistemleştirip, yorumlayan, normatif, kuru bir bilim olmaktan çıkmıştır. "Suç", "suçlu", "ceza" kavramları da anlamsız katı soyutluktan kurtulup, dinamik, fonksiyonel bir güç ve canlılık kazanmak yolundadır.

Kısaca değinmeğe çalıştığımız ceza hukuku alanında yenileşme ve anlayış değişimleri olgusu “mağdur” konusunda da kendisini etkili bir biçimde göstermiştir. Gerçekten, “suç” denilen olgunun, “fail” ve “mağdur” şeklinde iki tarafı söz konusudur. Genellikle, tüm suçların mağduru “devlet” olarak kabul edilirken, suçtan zarar gören, devletin dışında gerçek kişi olmaktadır. Kaldı ki, “kişiye karşı suçlar”da “suçtan zarar gören” ile, “suç mağduru”da aynı olmaktadır. Bu çerçevede, doğrudan doğruya devletin kendine özgü çıkarlarının ve varlık nedenlerinin korunması amacıyla suç haline getirilen fiillerin dışında kalan fiillerde, o fiilin suç sayılmasına neden olan “korunan hukukî değer” başka olsa bile, gerçek bir kişi genellikle suçtan zarar görmekte, genel deyimiyile “suçun mağduru” durumuna gelmektedir. Kaldı ki, “devletin şahsiyetine” karşı işlenen suçlarda dahi gerçek kişilerin fiilen suçtan zarar görmesi söz konusudur. Örneğin “silahlı isyan” suçunda “suç mağduru”, “devletin siyasal iktidar” düzeni olduğu halde, bu isyan sırasında yaşamını yitiren, zarar gören gerçek kişiler çoktur¹.

Kısa bir deyişle, genellikle, her suçtan dolayı gerçek bir kişi zarar gördüğü halde, su nedeniyle doğan hukuki-ceza ilişkisi genellikle “devletle-suçlu” arasında kurulmakta ve bu hukukî ilişkinin amacı da “faili” cezalandırmak olarak belirmektedir. Diğer bir deyişle, genel anlamında mağdur, bir ceza kovuşturmasında “şahsi davacı” veya “müdahil” olarak yer alsa bile, yine de ceza yargılamasının amacı şaşmamakta ve failin cezalandırılması temel amaç ve ceza yargı fonksiyonunun temel amacı olmaktadır. Suç işlendikten sonra, devletin cezalandırma hakkı ve yetkisi (*jus veya facultas puniendi*) doğmakta ve bu yetki ve görev bir “fonksiyon” olarak kabul edilmektedir². Hukuk ilişkisinin diğer yanını ise “fail” oluşturmakta ve ceza-yı çekmek yükümlülüğü ile karşı karşıya bulunmaktadır. Salt hukukî yaklaşım açısından “suç olgusu”nun asıl tarafları devlet ile suçlu olmaktadır. Suç olgusundan “malen sorumlu olan kişilerle”, “suçtan zarar gören kişi” ise, asıl ilişkinin dışında, ikinci derecede ayrı bir ilişkiyi oluşturmaktadır. Özellikle, suçtan “malen sorumlu olan kişi”, suçtan doğan ceza ilişkisinin tümünden dışında görülmekte ve hu-

1) “Suç mağduru” kavramı için bk. **Dönmezer - Erman**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, İstanbul 1978, 490 v.s.

2) Bk. **Dönmezer - Erman**, II, 454.

susi hukuk ilişkisini ilgilendiren bir süje olarak kabul edilmektedir³. Malen sorumlu olan kişinin, suçtan zarar görenin zararının karşılanması açısından taşıdığı önem, ceza ilişkisi salt failin cezalandırılmasına yönelik anlaşıldığı için, unutulup gitmektedir.

Klasik ölçüler içinde “cezalandırmak” kavramı varlığını sürdürdüğü sürece, ceza ilişkisinin de devlet ile mağdur arasında kurulması veya böyle kabul edilmesi bir ölçüde doğaldır. Sadece, ilişkiyi salt suçlu açısından ele alıp, mağdurun suçtan gördüğü zararı cezalandırma fonksiyonu dışında kabul ettikçe, suç mağdurunun haklarının ne derece ikinci plana itildiği ve mağdurun hakkını sağlayamaz duruma düştüğü ise unutulmaktadır. Suçu cezalandırmanın “toplumsal savunma” anlamına geldiği ve cezanın suçun yarattığı tehlikeleri engellemeğe yönelik olduğu görüşü egemen oldukça, belki ceza hukukunda bir gelişim doğmuştur. Ceza, toplumsal savunmayı sağlayacak yapıda olmak ve bu açıdan da “ferdileştirilmek” durumunda kalmıştır. Sadece bu durumda dahi, “toplum savunulurken” yine ilişki devlet-fail arasında değişik boyutlar çerçevesinde kurulmuş fakat, yine mağdur unutulmuştur. Diğer bir deyişle, suçtan zarar gören “pasif süje” olarak suç olgusunun bir köşesine itelenmiş, toplumsal savunma yanında bireyin çıkarlarının korunması ve sağlanması yine de unutulmuştur.

Mağdurun çıkarlarının devletçe savunulması gereğinin unutulması, belirli bir tarihsel süreç içinde gerçekleşmiştir. “Cezalandırma”nın bir fonksiyon olarak siyasal iktidarın tekeline girmesi, devlet için adeta “sübjektif hak” olarak kabul edilmesi ve bu hakkı devletin “savcılık” eliyle kullanması, suçtan zarar görenin, ceza hukuku alanında doğan ilişkilerin dışında kalmasına yol açtı. Mağdurun, suç olgusunun bir yanı olduğu, suçun işlenmesinde etken olabileceği unutuldu; suçun kişisel ilişkilerin sonucu olarak doğduğu ve bu açıdan suçu değerlendirirken “mağdur”un da gözönünde bulundurulması gereği gözlerden uzak tutuldu. Devlet ile fail arasında ilişki anlayışına dayanan usul kanunları yapıldı. Böylece, devlet toplumsal yarar adına suçları cezalandırmakla ve bir süreç sonucu kendisini suçluları ıslah etmekle yükümlü sayarken, ne suça mağdur

3) Bk. **Dönmezer - Erman**, II, 458.

açısından bakan bir anlayışı geliştirdi, ne de suçtan zarar görenin zararlarını gidermek, mağduru korumak geerkliliğini duydu.

Klasik ceza hukukunun çağımızda değişime uğraması olgusunda, suça “mağdur” açısından yaklaşmak ve “cezalandırmak” kadar “mağduru korumak” yönünden de devleti yükümlü tutmak yönelişi önemli bir yer aldı.

Tarih içinde

Ceza vermek ve suç teşkil eden fiilleri kovuşturmak yetkisinin belirli bir siyasal iktidar elinde tekelleşmediği tarihsel dönemlerde, suçtan doğan ilişkinin fail ile, mağdur arasında doğduğu bir gerçektir. Cezalandırma “öcalma hakkı” olarak kabul edilmiş, öcalınması belirli bir usule bağlandığı gibi, adeta kamusal değerde bir yükümlülük olarak da kabul edilmiştir. İlkel toplumların kendi mantığı açısından düzenlenmiş “öcalma” yanında “uzlaşma” yollarıyla suçtan zarar görenin zararlarının karşılanması yoluyla barışçıl bir biçimde uzlaşmazlıkların sona erdirilmesi usulleri de öngörülmüştür⁴. “Uzlaşma” bu konuda en ilginç ve temelde mağdurun zararının karşılanmasıyla, öcalma, gönüllü sürgünlük ve kısas yollarının kapanması anlamına gelmiştir. “Uzlaşma” hakkının kullanılması, zararın giderilmesinin, “öcalma”dan üstün tutulduğunu göstermektedir. O kadar ki, giderek, “uzlaşma” zorunlu bir hale getirilmiş, uzlaşmayı kabul etmeyen failer hakkında yaptırım uygulanmaya başlamıştır⁵.

Özellikle “kişiye” karşı suçlarda “uzlaşma yoluyla” zararın giderilmesi birçok eski hukukta yer almıştır. Örneğin, Hint’de, öldürülen kişinin mallarının müsadere edilerek, öldürülen kişinin ölümünden zarar görenlere verilmesi, “Hamurabi Mecellesinde yaralama suçunu işleyenin, yaralananın bakım masraflarına mahkûm olunması, ayrıca para cezası ödemesi ile ilgili hükümler, Asurlularda bir kızın ırzına geçen kişinin kızın bedelinin üç katını kendisine ödemekle yükümlü kılan, gayrimenkule tecavüz halinde tecavüz edilen mülkün değerinin üç katını mülk sahibine ödemeği zorunlu sayan yasa hükümleri, bu konuda örnek gösterilebilir⁶. Mağdurun zararının gi-

4) Bk. Erem, F., Türk Ceza Hukuku, Ankara 1971, 358-359.

5) Dönmezer - Erman, I, 45 v.s., özellikle s. 51.

6) Bk. Okandan, R.G., Umumî Hukuk Tarihi Dersleri, İstanbul 1951, 144-145.

derilmesinin müeyyide olarak uygulanması özellikle, Eti hukukunda kendisini göstermiştir. Suçlarla ilgili cezalarda daha ılımlı bir davranışı izleyen Eti yasaları, suçtan doğan zararın giderilmesine, fidye sistemine bir ceza olarak önem vermiştir. Suç karşılığı, belirli bir tahılın veya paranın ödenmesi, zararın aynen giderilmesi, malın iadesi, zararın bir kaç katının ödenmesi gibi yaptırımlar, doğrudan suçun karşılığı ceza olarak belirlenmiştir. Diğer bir deyişle, Eti hukuku, hem mağdurunun zararını gidermek, hem de bunu bir ceza gibi uygulatmak yolunda adımlar atmıştır. Zararın giderilmesi cezasının en alt ve en üst sınırları yasa tarafından saptanmış, bu sınırlar arasında tarafların uzlaşması usulü benimsenmiştir. Eti hukuku açısından daha ilginç olanı, suç failinin bulunamaması durumunda, zararın giderilmesi cezasını resmî makamların yüklenmesi usulüdür. Örneğin, öldürülen kişinin faileri bulunmadığında, fiilin işlendiği şerhin, ölenin yakınlarına tazminat ödemesi kuralı kabul edilmiştir⁷. Uygulanan bu düzenleme, günümüzde “mağdurun korunması” açısından öne sürülen önlemlere geniş ölçüde benzemektedir.

Roma hukukunda da, özellikle başlangıç dönemlerinde, özel suçların cezalandırılmasında zararın giderilmesi baskın amaç olarak gözükmüştür. Gerçekten, Roma'nın antik döneminde, sadece “devlete karşı” işlenen suçlar geniş anlamda ele alınmış ve bu suçlar devlet tarafından takip edilmiştir. Romanın siyasal yapısına, yöneticilerine ve dinsel kurallara aykırılık fiilleri *crimina* olarak isimlendirilmiş ve kamusal otorite tarafından kovuşturulmuştur. Diğer bir deyişle, başlangıçta “devlet” sadece kendisine karşı işlenen suçları kovuşturmakla yetinmiştir⁸. Kişilere karşı işlenen ve kapsamlı bir biçimde anlaşılan fiiller ise, genellikle hususi hukuk-ceza hukuku karışımı bir biçimde anlaşılıp, düzenlenmiştir. Özellikle “mala karşı fiiller” sadece bir alacak sorunu olarak düşünülmüştür. Hırsızlık, yağma, kaçırma, müessir fiil gibi fiiller dahi suç sayılmakla beraber, özel olarak kovuşturulan fiiller olarak düşünülmüştür. Bu türden fiilleri işleyenlerin, köle olarak satılması, mallarının elinden alınması, çalıştırılması gibi yaptırımlar hep, suçtan zarar görenin

7) Bk. Okandan, R.G., 204-206.

8) Gioffredi, C., I Principi del dritto penale romano, Torino 1970, 9' v.s.

zararının giderilmesi amacını işlemiştir. Adam öldürmek gibi ağır fiiller bile, devlete karşı işlenmediği için “özel nitelikte” görülmüş, *d e l i c t a* sayılmıştır. Adam öldürme suçunda ölenin yakınlarının zararlarının giderilerek tatmin edilmesi toplumsal açıdan yeterli görülmüştür. Belirli bir ekonomik değere dayandırılan ve zararı gidermeği öngören yaptırımlar devlet tarafından değil, suçtan zarar gören tarafından uygulanmıştır⁹.

Yunan Ceza Hukukunda da, suç faillerinin cezalandırılması-daki amaçla ilgili değişik görüşler ileri sürülmüş olmakla beraber, uygulamada temel amacın haksızlığın ve zararın giderilmesi olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Örneğin, adam öldüren failin, öldürülenin yakınlarıyla anlaşarak belirli bir ödemede bulunması halinde ceza kovuşturmasına uğramadığı görülmektedir¹⁰. Suçtan doğan zararın giderilmesinin bir ceza olarak uygulanmasına islâm hukukunda da yer verilmiştir. “Diyet” doğrudan doğruya bedeli ödenerek “kisasın satın alınması” ve engellenmesi anlamına gelen ve bir açıdan zararın tazmini yoluyla, bedeni cezanın önlenmesine yönelik bir müessesedir. Kasta benzer öldürmede ise “diyet” asıl ceza olmakta, başka bir cezanın yerine geçmemektedir. Kasten öldürmede ise “kisas” asıl ceza “diyet” onun yerine geçen cezadır. Diyetin, üç yıllık eşit taksitle ödenmesi dahi olanak içindedir. Böylece “diyet” bir tür ceza niteliğinde “tazminat” olarak gözükmektedir. Çocuk düşürme suçlarında dahi “gurre” denilen “diyet” kabul edilmiştir.

İslâm hukukunda, “diyet”in tazmin edici, zararı giderici niteliği, özellikle “a k i l e” ve “k a s a m e” denilen müesseselerde kendisini göstermiştir. *A k i l e* kasten olmayan fiillerde, diyetin, suç failinin ailesi tarafından suçtan zarar görene ödenmesi demektir. “Akile” kelimesi “diyeti” taşıyan anlamına gelmektedir. “Akile” baba tarafından akrabalardır. Sadece, kişilerin akilelerinin kimlerden olacağı değişik islâm anlayışlarına göre değişik sonuçlara bağlanmıştır. Bazılarına ve bu arada Şafii düşüncesine göre, baba, ve oğul “akile” olamaz. Bunların malı esasen öldürülenin yakınlarının olacağı için, akile’nin bunlar dışında kişilerce ödenmesi gerekir. Bu

9) **Gioffredi, C.**, 11-12.

10) **Okandan, R.G.**, 290.

konudaki görüşler ve tartışmalar konumuz dışıdır. Sadece şu husus ortaya çıkmaktadır, ölenin mirasçıları, öldürenin mirasçıları durumuna girmekte ve ayrıca diyet failin yakınları tarafından ödenmektedir.

“K a s a m e” ise suç faili bulunmayan kasten öldürme fiilinde, diyetin cesedin bulunduğu yer halkı tarafından ödenmesi demektir. Suç faili bulunmadığı durumlarda, cesedin bulunduğu yöre halkından seçilmiş belirli sayıda kişiye suç failini tanıyıp, tanımadıkları srulmakta, bu konuda kendilerine yemin verilmektedir. Bu kişiler suç failini bilmediklerine yemin etmeleri durumunda ölenin “diyeti” o kasaba halkına eşit olarak bölüştürülerek ödettirilmektedir. Böylece, objektif ve kollektif cezalandırma sisteminin kabul edilmesi, toplumsal bir işlevi yerine getirmektedir. Bu yolla, hem suç failinin bulunabilmesine yönelik bir usul saptanmış ve hem de failin bulunamaması durumunda, suçtan zarar görenlerin zararlarının giderilmesi, diyetin ortadan kalmaması sağlanmaktadır¹¹.

Şunu da belirtmek gerekir ki, islâm hukukunda da, cezanın zararın tazminine dönüştürülmesi, sadece “hakkı ademiye” karşı işlenen suçlar için söz konusu olup, “hakkullah” a yani “Tanrının haklarına” karşı işlenen suçlar için geçerliliği bulunmamaktadır. “Hakkullah” a karşı suçlar, bir açıdan devletin temel yapısına ve bu yapının ana ilkelerini oluşturan dinsel gereklere karşı işlenmiş fiiller olduğu için, bu suçlarla ilgili olarak “af” ve “uzlaşma” kabul edilmemiştir.

“MAĞDUR” AÇISINDAN SUÇA YAKLAŞIM VİCTİMOLOJİ

Yukarıda belirlemeğe çalıştığımız bazı tarihsel örnekler, suç olgusunun tarihin tüm dönemlerinde suçlu ile siyasal organizasyon arasındaki bir ilişki olarak görünmediğini, “devlet” veya başka türden siyasal biçimler ile suçlu arasındaki ilişkinin daha çok, fiilin bu

11) Bu konular için bk. **Dönmezer - Erman**, I, 129 v.s. Ayrıca bk. **Udeh, Abdulkadir**, İslâm Ceza Hukuku ve Beşerî Hukuk (Çev. Akif Nuri), III, İstanbul 1978, 5-26, 181 v.s.

siyasal oluşumun kendisine karşı işlenmesi durumlarında söz konusu olduğunu kanıtlamaktadır. Genellikle, kişilere karşı fiiller, adeta özel hukuk ilişkisi olarak görülmüş ve suçlunun fiilinin aynı ağırlıkta bir “kötülükle” karşılanması veya suçtan zarar görenin zararının tazmini amacı güdülmüştür. Doğal olarak suç, toplumsal yapıdaki düzeni ve barışı bozduğu için kamusal bir nitelik taşımış ve suçun, suçtan zarar gören tarafından takibi bir zorunluluk sayılmıştır. Diğer bir deyişle, örneğin “kisas” sadece bir hak değil, bir görev, zorunluluk olarak da kabul edilmiştir. Hatta, işlenen suçlara karşı tepki gösterilmesi, o topluluğu Tanrıların öfkesinden korumanın zorunlu bir gereği olarak görülmüştür. Sadece, bunun yanında “uzlaşma” yolları da suçlu açısından bir seçenek olarak kabul edilmiş, hatta zaman zaman “uzlaşma” zorunluluk durumuna getirilmiştir. “Uzlaşma” ceza niteliğinde bir “tazminat” a ulaşarak, suçtan zarar görenin zararlarının giderilmesi işlevini görmüştür. Toplumsal düzeni sağlamak, normların geçerliliğini gerçekleştirmek açısından, kişilere karşı suçların dahi “ceza” yaptırımını ile karşılanması gereksinmesi duyulurken, diğer yandan fiilden esas zarar görenin kişi olduğu da unutulmamış ve “uzlaşma” kabul edilerek, hem zararın giderilmesi, hem de toplumsal barış ve düzeni sağlanması gibi iki amacın birden gerçekleştirilmesine yönelinmiştir. Dikkat edilmek gerekir ki, birbirinden değişik ilkel toplumların çoğunda, aynı toplumsal yapı, birbirine benzer müesseselere yol açarken, güdülen amaç da aynı olmuştur. Bu olgu, hukuk kurallarının birer rastlantı sonucu belirmediğini, belirli gereksinmelerin belirli müesseseleri ve düzenlemeleri yarattığının da kanıtıdır.

Nitekim, siyasal iktidarın tekelleşmesi ve ceza vermek hakkının siyasal iktidara ait bir hak, bir görev, bir fonksiyon olarak kabul edilmesi de, tüm toplumlarda değişik bir anlayışı, yukarıda belirttiğimiz gibi, cezalandırma ilişkisinin suçlu-devlet arasında kurulması sonucunu ve anlayışını doğurmuştur. O kadar ki, bazı gelenekçi toplumlarda, hala eski “kisas” ve “uzlaşma” sistemlerinin uygulanması, “gerici”, “ilkel” bir uygulama olarak nitelendirilmiştir.

Nasıl ilkel toplumlardaki “kisas, uzlaşma” sistemi, çağımızın “toplumsal” savunma için suçlunun devletçe cezalandırılması” anlayışı, belirli toplumsal ve siyasal gereksinmelerin sonucu ise, suça mağdur açısından yaklaşıma yönelen, “mağdur” konusunu ayrı bir

bilim dalı haline getiren (victimoloji) de belirli doğruların saptanmasının ve bazı gereksinmelerin ürünü olarak ortaya çıkmaktadır.

Gerçekten, mağdur giderek suç denilen olgu içinde önem kazanmağa başlamış, değişik açılardan mağdur konusu incelenmeye başlamıştır. Mağdurun önem kazanması, itiraf etmek gerekir ki, hukukçulardan çok kriminolojik çalışmaların sağladığı bir sonuçtur. Suçu toplumsal bir olgu ve bütün içinde ele alan kriminoloji, suçun nedenlerini ve önleme yollarını araştıran, dinamik ve uygulamaya, araştırmaya yönelik bir bilim dalı olduğu için, suçlu kadar, mağdura da eğilerek, suçu kavramağa ve açıklamağa yönelmek durumunda kalmıştır. Kriminoloji, sadece “cezalandırmağa” yönelen ve bu konudaki yasa normlarıyla kendisini sınırlı gören bir yapı içinde olmadığı için, “suç”u incelerken, ilişkinin suçlu-mağdur arasında olduğunun, doğru yargılara varabilmek açısından suçlu kadar mağdura da eğilmenin zorunluluğunun bilincine varmıştır. Böylece, “victimoloji” denilen bilgi dalı oluşmuştur. Mağdurun korunması sorunu da, bu bilgi dalının konularından biridir.

Bazıları tarafından¹² kriminolojiden dahi ayrı bir bilim dalı olarak kabul edilen “victimoloji”, giderek hukuk alanında da kendisini göstermeğe, diğer bir deyişle klasik ceza hukuku üzerinde etken olmağa başlamıştır. Bu etkinlik özellikle “mağdurun korunması” açısından kendisini göstermektedir.

Mağdurun korunması sorununun günümüzde bunca önem taşıması ve yasal önlemlerin ülkeler çapında olsun, uluslararası alanda olsun tartışılmağa başlaması, genel olarak “victimoloji”nin gelişiminin bir sonucu olduğuna göre, mağdurun korunması ile ilgili sorunlara, yasal önlemlere ve görüşlere geçmeden önce, genel olarak “victimoloji” açısından genel sorunlara ve ilkelere değinmek gerekir.

Victimoloji’de bugünkü gelişimin özellikle, suçun mağdur açısından kriminolojik açıdan incelenmesi, mağdurun kişiliğinin saptanıp suçlu ile ilişkisinin belirlenmesi, mağdur tiplerinin saptanması, mağ-

12) Bu konuda bk. **De Farro**, *Il Soggetto passivo del reato nell'aspetto criminologico la così detta "vittimologia"*, *Sauola Positiva* 1970, Fasc. 2-252. Bu görüş genellikle kabul edilmemektedir.

durun eğitiminin ve korunmasının gerçekleştirilmesi yönünden olduğu görüşü savunulmaktadır¹³.

Genellikle kriminologlar, suçlunun suçluluğunun saptanması ve suçun işleniş dinamiklerinin kavranabilmesi açısından, salt mağdura dayanılarak bir sonuca varılamayacağı görüşündedirler. Birçok olayda, suçlunun suçluluğu mağdur ile ilişkileri yönünden ele alındığında sağlıklı bir biçimde saptanabilmektedir. Bu açıdan, kriminologlar, son yıllarda "mağdurun" şahsiyetini, en azından suçlunun şahsiyeti kadar önemseyip, inceleme konusu yapmışlardır. Belirli suçlarda, mağdurun, suçlu ile olan ilişkilerinin ve bu ilişkiler bütünü içindeki davranışlarının, suçluluğun nedeni olduğu ileri sürülmüştür. Diğer bir deyişle, kriminolojik görüş açısından, mağdur suç dinamiğini yaratan süje olabilmektedir. Bu açıdandır ki, suçlunun sorumluluğunun saptanması, tehlikeliliğinin belirlenmesi yönünden, suç olgusunun bütün olarak ele alınması ve mağdur ve fail açısından ferdeleştirilmenin gerçekleştirilmesi gerekir.

Geleneksel olarak, hep, mağdur suçsuz ve acınacak bir kişi, fail ise toplumsal tehlike arzeden süje olarak yorumlanmış; tüm suç ve ceza sorunları bu açıdan değerlendirilmiştir. Halbuki, belirli suç tiplerinde, toplumsal tehlike ve gerçek sorumluluk, mağdurun kişiliğine göre, suçlunun sorumluluk ve tehlikeliliğine alternatif oluşturmaktadır. Bu durumda, mağdur, gerçekte *suça yönelik mağdur* olarak belirlenmektedir. İntihar, adam öldürme, müessir fiil suçlarında, hukuk açısından aktif süje ile kriminolojik açıdan aktif süje değişmektedir. Fiilden zarar gören "mağdur" gerçekte fiile neden olan kişi olarak "suçlu mağdur tipi"ni oluşturabilir¹⁴.

Suçlu mağdur tipi" açıdanda ilginç olanı, aralarında önceden hukuka aykırı ilişkiler bulunan kişiler arasındaki, hakkını kendi gücüyle elde etmeğe yönelik fiillerdir. Özellikle, grup suçluları, organize suçluluk içinde yer alanlar arasındaki fiiller bu konuda örneklerdir.

Aynı şekilde, belirli *altkültür* ortamlarında, bu ortamın toplumsal yasaları gelimli hukuka aykırı fiillerin işlenmesini belirli kişilere

13) Bk. De Farro, 239 v.s. - Versele, S.C., Appunti di diritto e di criminologia con riguardo alle "vittime" dei delitti, La Scuola Postiva 1962, 599 v.s.

14) De Farro, 253 v.s. - Versele, S.C., 612 v.s.

yükler. Kan gütme, şeref sebebiyle şiddet suçları, cinsel onura karşı fiillerin şiddetle karşılık görmesi, düello gibi suçlar, belirli alt-kültür yapısının faili suça zorunlu kılmasının örnekleridir. Bu durumlarda, hukuk açısından fail, gerçekte belirli toplumsal yasaların zorlamasıyla hukuka aykırı bir fiile tepki göstermekte, toplumsal yasaları işleten kişi ise mağdur sayılabilmektedir¹⁵.

Kaldı ki, belirli toplumsal, psikolojik-kültürel ve ekonomik nedenler muhacirlik, yabancılık, azınlıklara mensup olmak, o toplumda benimsenmeyen dinsel gruplara mensup olmak gibi altkültür yapıları, belirli kişileri, belirli şiddet veya mal aleyhine fiillere zorlamaktadır. Bu kişiler, özellikle ilişki içinde buldukları, çevrelerde karşılaştıkları horlama ve fiilleri saldırganlıkla karşılamak durumunda kalmaktadırlar. Kişinin kişisel durumları, mesleği, ekonomik durumu, toplumsal ilişkileri toplumsal grup bağlantıları da kişileri, belirli suçlara iteleyebilmektedir. Ayrıca, taksirli suçlarda, genellikle mağdurun, fail ile ortak kusurunun varlığı yadsınamaz¹⁶.

Belirtilen durumlardan varılan sonuç, kriminolojik açıdan, failin tehlikeliliğinin, belirli suçlarda, faille mağdurun ilişkilerinin özelliğine göre mağdurun kişisel yapısından doğabileceğidir. Tehlikeliliği mağdurun şahsiyetinin belirlediği suçlarda kişiliklerin yanında, ilişkilerin iç dinamiği suça ve tehlikeye neden olabilmektedir¹⁷. Tahrik, failin mağdurun haksız bir hareketine gösterdiği tepkinin nedeni olduğunda, tehlikelilik gerçekte mağdura ait olabilmektedir. Meşru müdafaa durumunda dahi aynı yapı söz konusudur. Kriminolojik bakış açısından, mağdur, başkasının hukuka aykırı fiiline yol açan cezalandırılmayan fail durumuna gelebilmektedir. Bütün belirtilen bu durumlarda, suçun aktif ve pasif süjeleri arasında, etken ve netice yaratmağa yönelik bir hukuka aykırı ilişkinin varlığı söz konusudur. Bu durumda, toplumsal savunmaya yönelik bir cezalandırma sisteminde, cezanın ferdileştirilmesi sadece faile göre değil, mağdu-

15) **Mantovani, F.**, Diritto Penale, Padova 1979, 214-225.

16) **Mantovani, F.**, 215 - **Cornil, P.**, La Notion de victimologie et sa place dans la criminologie, Revue de Droit Penal et de Criminologie, 1974, No. 6, 576 v.s.

17) **Mantovani, 215 - Versele, S.C.**, 600 v.s. - **Nuvolone**, Diritto Penale, Padova 1975, 86 v.s.

ra ve mağdurla fail arasındaki ilişkilere göre saptanmak, mağdurun tehlikeliliğinin failinkinden fazla olabileceğini görmek gerekir. Kriminolojik açıdan, suç ve suçluluk konusunda tek yanlı bir değerlendirme ve bakış açısı yanılgılı sonuçlara neden olabilecektir¹⁸.

Mağdur açısından suçluluğun incelenmesi ve değerlendirilmesi eğilimi kriminologlar tarafından öne sürülüp, geliştirilmekle beraber, hukukçular tarafından da benimsenip, normatif açıdan uygulanması gerekliliği üzerinde durulmuştur. Gerçekten, mağdurun suçun işlenilmesindeki rolünün sorumluluk açısından etkenliği ve "haksız tahrik" durumları dışında yeni sistemleri geliştirilmesi önerilmiştir. Suç teşkil eden fiil, mağdur açısından da önem ve anlam taşımaktadır. Bu nedenle, islah ve ferdileştirmeğe yönelik cezalandırma sisteminde, suçun oluş biçimi ve bu oluşumda mağdurun etkenliği mutlaka failin tehlikeliliğinin, buna dayanan sorumluluğunun saptanmasında gözönünde bulundurulmak gerekir¹⁹. Nitekim 1953 yılının Nisan ayında Bellagio'da ve aynı yılın Kasım ayında Milano'da yapılan toplantılarda tartışılan konu, failin sorumluluğunun saptanmasında, mağdurun etkinliği sorunu olmuştur²⁰.

Mağdur, ceza usul hukuku açısından dahi aynı bakış açısından ele alınabilmiş ve delillerin saklanabilmesi ve mağdurun ceza sorumluluğunun saptanmasında önemi gözönünde bulundurularak, mağdurlar için tutukevi kurulması konusunda dahi öneriler yapılmıştır²¹.

Mağdurun özellikle kriminolojik açıdan ön plana çıkışı, mağdurun korunması sorununu da gündeme getirmiştir. Victimoloji, bir bütün olarak mağduru ele alan bilim dalı olarak, belirttiğimiz gibi, mağdurun zararının giderilmesi sorununu da içermektedir. Mağdurun zararının giderilmesi sorunu da, mağdurla ilgili belirli saptamalara dayanmaktadır. Belirli hallerde, belirli nedenlerle suç mağduru olma tehlike ve imkân ölçüsü artmakta, aynı aronda suçun önlenip, mağdurluğun engellenmesi iktidarı da sınırlamaktadır.

18) **De Farro**, 240 v.s.

19) **Ranieri**, *Scritti e discorsi vari*, II, Milano, 1968, 253-255.

20) **Ranieri**, 251.

21) **De Marsico**, *Per una casellario delle parti lese*, Giust. Pen., 1054. III, 47.

Kara noktalar

Suç olgusuyla ilgili çalışmalar, yargılanan, ortaya çıkan, istatistiklerde yer alan suçların, gerçekte işlenen suçlara oranla çok az olduğunu kanıtlamıştır. Gerçekten, kolaylıkla belirlenip, suçtan zarar görenin iradesi dışında dahi olsa saptanabilen suçların dışında kalan bir çok suçlardan ne toplumun, ne de yargılama yetkisi olanların haberi dahi olmamaktadır. Yahut, haberi olsa dahi, toplumsal bazı gerçekler bu fiillerin kovuşturulması olanaklarını ortadan kaldırmaktadır. Bu şekilde, işlenen, fakat değişik nedenlerle takip edilmeyerek suç istatistiklerinde yer almayan bu fiillere “kara noktalar”, “kara sayılar” ismi verilmektedir²².

Birçok suçun bu şekilde “kara nokta” olarak kalmasının nedeni, genellikle mağdurun, bu fiilleri yargılama yetkililerine bildirmeyerek, kovuşturulmasına yol açmamasıdır. Mağdurun bu davranışının nedeni ise, yargılamanın kendisine bir yarar sağlamasında umudu bulunmaması, bu tür suçlardan doğan maddi ve manevi zararlarının giderilmesi olanağını görmemesi, kendisini korumasız hissetmesidir. Bu durumda mağdur, hiç bir netice sağlayamayacağı bir kovuşturmaya yol açmaktansa, suçun gizli kalmasını yeğlemektedir. Şunu belirtmek ve kabul etmek gerekir ki, belirli hallerin dışında, mağduru ilgilendiren, kendisine karşı suç işleyen cezalandırılması kadar, kendi zararının bir an önce giderilmesidir. Cezalandırma, her ne kadar, mağdurda kendisine karşı fiil işleyen ceza görmüş olmasından doğan bir tatmin duygusu yaratırsa da, bu tatmin manevi bir tatmin olmaktadır. Buna karşılık doğan maddi veya manevi zararın giderilmesi mağdur açısından daha önemlidir. Devlet ise, toplum adına korumayı sağlamak amacıyla olduğunu ileri sürdüğü ceza yargılamasında, mağduru tümünden unutup, salt suçlu ile ilgilenmektedir. Bu ilgilenme de, uzun süren yargılamalarla, sonuçsuz kalan polis araştırmalarıyla, gerçekleştirilemeyen ceza infazıyla çoğunlukla boşa çıkınca, mağdur bu ilgiden dahi bir yarar sağlayamamakta, suçun cezalandırılacağı umudunu da yitirmektedir. Durum böyle olunca, ceza yargılaması mağdur açısından bir yarar sağlamayan, tam tersine kendisi için boşa tanıklık yapmak, duruş-

22) Bk. **Sokullu, F.**, Siyah Sayılar ve viktimoloji, İHFM., 1974, no. 1-4 (ayrı bası), 5 v.s.

malara gitmek gibi eziyet verici sonuçlar doğuran bir olgu olarak kabul edilmekte ve suçun ihbarı yapılmaktadır. Özellikle, şehirleşmenin düzensiz, toplumsal gelişim ve olanakların varlığı ile paralel olmayan şehirleşmenin yarattığı toplumsal yapılarda hem suç işlenmesi olanakları genişlediği, hem de bunların takibi gittikçe olanak dışı kaldığı için, "kara noktalar"da büyümektedir²³. Örnek vermek gerekirse, otomobilde hırsızlık, hakaret ve sövme, küçük çapta yağma-arazi tecvüzleri, küçük çapta dolandırıcılık ve emniyeti suistimal, basit müessir fiil, sarkıntılık, söz atma fiilleri gibi, temelde kişiyle ilgili fiiller, genellikle kara noktalar arasında yer almaktadır. Özellikle kabahat türünden fiillerin ise, giderek sorumluluk doğuran fiiller olmaktan çıktığı bir gerçektir. Bu gerçeğin, büyük ölçüde, devletin yargılama ve cezalandırma, suçtan zarar görenin zararlarının giderilmesi konusundaki otorite ve imkânlarına olan güvenin sarsılmasının sonucu olduğu kesindir. Bu otoriteye olan güvensizlik, suçlu açısından suç işlemek cesaretini artırırken, mağdur açısından da devletçe korunmaya olan umudun yitirilmesi sonucunu doğurmaktadır. Böylesine bir kısır döngü içinde, kişiye karşı işlenen fiiller çoğalırken, mağdurun korumasız durumu da daha artmaktadır.

"Kara noktalar"a sadece, suçların takibinde ve mağdurun haklarını sağlamada devletin otoritesinin yetersizliğinden kaynaklanmadığına, bazı toplumsal yapı özelliklerinin de bu konuda etken olduğuna değinmek gerekir. Toplumsal yapı özellikleri ile toplumsal gereksinimler ve görenekler arasındaki çelişki, zaman zaman belirli suçların kovuşturulması olanağını ortadan kaldırmaktadır. Ülkemiz açısından örnek vermek gerekirse, Medenî Kanun hükümlerine göre evlenme yaşına ermemiş birçok kızın, fiilen ve dinsel nikahla evlendiği bilinen bir gerçektir. Bu olgu, özellikle, kırsal alanlarda, insan emeğine duyulan gereksinimin en ucuz bir biçimde sağlanmasının yolunun evlenme olarak görülmesinin sonucudur. Gerçekten, bu yolla, erkek tarafı bedava çalıştıracığı bir insan gücü sağlamakta, kız babası ise "başlık" yoluyla ekonomik bir değer sağlamakta-

23) Bk. **Özek**, Türkiye'de şehirleşmenin ana nitelikleri ve ceza adaleti yönünden yol açabileceği sorunlar, "Şehirleşmenin doğurduğu ceza adaleti sorunları sempozyumu", İstanbul 1974, 61 v.s., 77 v.s.

dır. Halbuki, bu tür olgu, kızın küçüklüğü nedeniyle, rızaen, hatta bazı hallerde yakınların cebrine dayanan "ırza tecavüz" suçunu oluşturduğu gibi, ayrıca TCK'nun 237. maddesine aykırı, çok evlilik, medenî nikah yapılmadan dinsel nikah yapılması gibi suçlara da yol açmaktadır. Fakat, bu fiillerin takip edilemeyecek sayıda çok oluşu, adeta, fiilen bu fiillerin hukuka uygun sayılması sonucunu yaratmakta, belirtilen fiillerin takibi olanağı bulunamamaktadır. Bu tür fiillerde, evlenen kızın rızası olsun veya olmasın, kendisi mağdur durumunda bulunduğu halde devletçe korunması söz konusu olamamakta; fiiller "kara noktalar" arasında kalmaktadır.

Mağdursuz suçlar

Ceza hukuku açısından, suçun mutlaka bir mağdurunun bulunacağı kabul edilir. Buna karşılık, kriminoloji açısından bazı suçların, belirli bir mağdura karşı işlenmeyip, genel olarak topluma zarar verici nitelikte bulunması "mağdursuz suç" kavramına yol açmıştır. Terim, "mağdursuz suç" olarak kullanılmakla beraber, gerçekte kriminolojik açıdan da her suçun mağdurunun bulunduğu, fakat bunun belirgin bir kişi olarak oratya çıkmadığı kabul edilmektedir. Diğer bir deyişle, mağdursuz suçlarda, mağdur, belirli olmayan geniş yığınlara karşı işlenmektedir. "Fahişelik", "homoseksüellik", "müstehcenlik", "oyunlarda, at yarışlarında hile", "uyuşturucu madde ticareti" suçları bu çerçeve içinde kabul edilmektedir²⁴. Belirtilen fiiller, gerçekte, tüm toplumu ilgilendiren, gittikçe yaygınlaşan bir nitelik taşımaktadır. Özellikle genişleyen kentlerde ise, bu tür fiillerle mücadele olanakları ise sınırlıdır ve gittikçe de sınırlanmaktadır. Bu fiiller, genel olarak toplumsal değer yargılarını ve moral yapıyı çökerttiği gibi, belirli kişilerin de bu fiillerden zarar görmesi sonucunu yaratmaktadır. Bu açıdandır ki, bu fiillerin belirli kişilere zarar vermediği şeklinde bir görüşün kabul edilebilmesi olanağı yoktur.

Belirtilen fiiller "organize suçluluğu" oluşturmakta, bu türden fiilleri işleyenlerin doğal olarak, fiillerini etkin bir biçimde uygula-

24) Bk. Davis, E.M., Victimless crimes - The Case for continued enforcement, Journal of police science and administration, 1973. No. 1, 11.

yabilecekleri kişileri, grupları sağlamaları zorunluluğunu yaratmaktadır. Böylece, organize suçlulukla savaş olanakları sınırlandıkça, bu fiillerin gelişmesi ve kurbanlarının artması doğaldır. Yasa dışı şeylerin satımı, uyuşturucu maddelerin ticareti, hileli oyunlar servislerinin çoğalması birçok vatandaşın mağdur durumuna düşmeleri, organize fiillerden zarar göremelerine neden olmaktadır. Kaldı ki, bu tür fiiller etrafında diğer fiiller de gelişmektedir. Örneğin, fahişelik, organizasyonu, uyuşturucu madde ticaretine, cinsel şiddet suçlarına, cinsel hastalıklara, yol açmakta, bu fiillerle birlikte suçluluk ve mağdur bütününe neden olmaktadır²⁵. “Mağdursuz suç” denilen fiillerin, yan suçlara yol açması ve bir bütün oluşturması hususu diğer bu türden fiiller için söz konusudur. Özellikle, uyuşturucu maddeler ile ilgili fiiller, cebir, şiddet, intihar, hırsızlık, adam öldürme, müessir fiil, mal aleyhine suçlar türünden hukuka aykırı davranışlara neden olduğu saptanmaktadır. Uyuşturucu madde ticareti ve ilgili sair fiiller, böylece doğrudan binlerce uyuşturucu madde kullanma fiiline, yasada da belirtilen nedenle işlenen başkaca hukuka aykırı fiillere sebep olmaktadır. Böylece, yeterince denetlenip, engellenemeyen “mağdursuz suçlar” değişik türden fiillerin nedeni olmakta, bu failer suç failliği ve mağdurluğunu birlikte kişiliklerinde birleştirilmektedirler. Bir cebir şiddet fiilini işleyen, bu fiili “mağdursuz suç” denilen organize fiilin etkenliğiyle işlediği için gerçekte mağdur olması anlamına gelmektedir²⁶. Bu durumda belirtilen organize suçluluğu engellemek, kişilerin özgürlüklerini korumak, mağdur ve fail durumuna düşmelerini önlemek anlamına gelmektedir. Belirtilen amaca erişilebilmesi, yasal ve toplumsal bazı önlemlerin devlet tarafından alınmasına bağlıdır²⁷.

Kısaca değinilen “mağdursuz suç” anlayışı da, suç olgusuna “mağdur” açısından yaklaşılmasına yol açan ve devletin suçluları cezalandırmak kadar, mağdurların devlet tarafından korunması yükümlülüğünü düşündüren nedenlerden biri olmuştur.

25) Davis, E.M., 12 v.s. - Ayrıca bk. Gitchoff - J. ve E. Ellenbogen, Victimless Crimes: The Case against continued enforcement, Journal of Police science and administration ,1973, no. 4, 407 v.s.

26) Gitchoff - J. ve E. Ellenbogen, 408 v.s.

27) Gitchoff - J. ve E. Ellenbogen, 408.

Siyasal yığın suçları

Mağdurun suçun işlenmesindeki etkenliğine önem veren ve bu açıdan suçu ve suç için öngörülen yaptırımı mağdur,- fail bütünü-nü gözönünde bulundurarak saptamağa yönelen akımın, ceza hukukçuları tarafından da benimsenin bir görüş durumuna gelmesine karşın, aynı görüşün siyasal nitelikte yığın suçluluğu açısından öngörüle-meyeceği de belirtilmektedir. Aksine belirtilen durumda, siyasal nitelikteki yığın suçlarından zarar görenlerin, genellikle faili belli olmayan şiddet fiillerine konu olduğu ve korunması, zararlarının giderilmesi açısından devletin yükümlülüklerinin olduğu görüşü haklı olarak ileri sürülmektedir²⁸. Kişinin siyasal, din, ırk görüşlerini şiddete dayanan usuller içinde gerçekleştirmeğe yönelmesi durumunda seçilen veya rastlantı olarak şiddete konu olan mağdurun, faille belirli kişisel ilişkileri bulunmamakta, ve o kişiye ilişkili bir somut menfaatin dışında, bencil ve siyasal amaçlı maksatlarla kişiye karşı şiddet fiili işlenmektedir. Belirli bir mağdurun seçilmesi durumunda dahi, suça neden olan yine faille-mağdur arasındaki kişisel ilişkiler olmayıp, iki süje arasındaki değişik düşünce biçimleri suça yol açmaktadır. Gerek uluslararası planda olsun, gerek ulusal planda olsun, siyasal mücadele ve bu mücadelede hukuk dışı yollarla sona varma amacı, belirli şiddet mağdurlarının belirlenmesine neden olmaktadır. Siyasal yığın hareketleri veya kişisel fiiller, kişiler açısından en azından büyük boyutlara varan tehlike sonuçlarına neden olmaktadır. Terörist hareket olarak isimlendirilen, bombalama, sabotaj, yığın katliamı gibi fiillerin mağdurları *suçlanamayan mağdurlar* olarak belirlemektedirler. Bu hareketlerde gerek mala, gerek şahsa karşı yaratılan tehlike ve zarar fiillerinde mağdur durumuna düşen kişi genellikle bu fiile ve bu fiille güdülen amaca, fiilin işlenmesindeki politik nedenlere de yabancı, bunların dışında kişiler olmaktadır. Diğer bir deyişle, ister belirli kişiye, ister rastlantı sonucu mağdur durumuna düşen bir kişiye karşı işlenen fiilde, hiç bir zaman için, genel suçlarda görülen mağdur-fail ilişkisi söz konusu olmamaktadır. Bunun tipik örneği, uçak kaçırılmalarda görülmektedir. Özellikle uluslararası terör hareketlerinde “uçak kaçırma” fiilleri, iki örgütün veya iki ülkenin arasındaki savaşın bir sonucudur; uçakta

28) Nuvolone, 89 - Mantovani, 216.

kaçırılanlar ise, bu savaşa katılmayan, buna yabancı kişiler olmalarına rağmen mağdur durumunda gözükmedirler.

Şunu belirtmek gerekir ki, siyasal terör fiillerinde mağdur, failin suç işlemiş olmasına rağmen sahip olduğu haklardan ve olanaklardan dahi yoksun, tam bir korumasızlık durumu içindedir. Gerçekten, terör fiili işlenmesi durumunda dahi, fail, uluslararası geleneklere ve uygulamaya dayanan bir takım haklardan yararlanabilmekte, şiddet tehdidi bazı suçlulara göz yumulması sonucunu yaratmakta ve nihayet "af" müessesesinden yararlanabilmektedir. Bu arada, mağdurun haklarına ve maddi-manevi zararlarına ise pek de aldırılmamaktadır. Failin "yararlandığı ayrıcalıklar" gerçekte, kriminolojik açıdan ve bu tür suçların yapısı yönünden büyük bir yanılığı içermektedir. Gerçekten, adi suçlarda, suçlu genellikle tek bir fiille bu konudaki davranışı bitirmekte ve sorumluluğu, yeni anlayış açısından mağdurla olan ilişkileri, mağdurun fiilin işlenmesindeki etken hareketleri v.s. açısından sınırlandırılmaktadır. Siyasal suçlu ise, toplumsal yaşama katılmakta, ideolojik yönelişlerine göre hiç bir ilişkisi bulunmayan birini mağdur olarak seçebilmekte ve genellikle de tanınması, tanınsa bile bulunabilmesi olanağı olmamaktadır. Bu durumda, toplumdaki her kişi fiilin hedefi ve kurbanı olabilmek ihtimalini kişiliğinde taşımaktadır. Böylece, adi suçlardan farklı olarak, gide gide, mağdurun kişiliği suçun belirlenmesi açısından önemini yitirmektedir²⁹.

Yukarıda belirtilen nitelikleri içinde, siyasal şiddet suçları, bir yandan suçun "fail ve mağdur" tarafların ortak ürünü olduğu anlayışına bir ayrıcalık getirirken, tüm dünyada siyasal şiddetin yaygınlaşması, sade vatandaşların mağdur duruma düşmesi veya mağdur duruma düşme tehlikesinin artması sonucunu da yaratmaktadır. Genellikle, siyasal organizasyonlar tarafından bu türden suçların işlenmesi, belirli fiili işleyenin tesbiti imkanını ortadan kaldırırken, mağdurun veya suçtan zarar görenin zararını giderecek yolları da tıkamaktadır. Siyasal şiddet suçları, genellikle devletin güçsüzlüğünü kanıtlayarak ideolojik amaca ulaşmak stratejisinin ürünüdür ve şiddetin engellenememesi bu sonucu da doğurur. Böylece, şiddet, devletin güçsüzleşmesine, güçsüzleştikçe de faillerinin bu-

29) **Nuvolone**, 89-90.

lanması olanaklarının sınırlandırılmasına, yuvarlanan bir kartopu gibi, büyüyerek yol açar. Bu büyüme, kişilerin mağdur olma tehlikesinin artması ve zararlarını giderme yollarından yararlanabilmesi olanaklarının sınırlandırılması ile sonuçlanır.

MAĞDURUN ZARARININ GİDERİLMESİNDE YENİ EĞİLİMLER

Yukarıdan bu yana değinmeğe çalıştığımız özellikle “kara noktalar” “mağdursuz suçlar” ve “siyasal şiddet suçları” mağdurun çaresizliğini vurgulayan ve belirginleştiren durumlardır. Mağdurun zararlarının giderilmesi konusunda kabul edilmiş usuller ise, belirtilen çaresizlik ve yalnızlığı engellemeğe yeterli değildir. Bu noktanın saptanması ise yeni usullerin aranması sonucunu doğurmaktadır.

Geleneksel önlemlerin yetersizliği

Mağdurun zararlarının giderilmesi açısından her ülkede kabul edilmiş bazı önlemlerin bulunduğu bir gerçektir. Ceza yargılamasında hukukî ilişkinin devlet-fail arasında kurulmuş bulunması, mağdurun hiç bir talep hakkının bulunmadığı anlamına elbette ki gelmemektedir. Bununla beraber, suç mağduru olma olanak ve koşullarının geliştiği, yukarıda belirtilen nedenlerle suç mağdurluğu kavram ve alanının genişlediği bir toplumsal yapıda, söz konusu geleneksel önlemlerin aynı gelişimi göstermemiş bulunması yetersiz kalmaları sonucunu doğurmuştur. Kaldı ki, ceza vermek yetkisinin tekelleşmesi ve siyasal iktidara ait bir fonksiyon olarak görülmesi anlayış ve sistemi yerleştikçe, mağdurun zararlarının giderilmesi konusundaki olanakları da kendisine kalmış, devletin destek ve güvencesini yitirmiştir. Diğer bir deyişle, zararın giderilmesi usulleriyle zararın tesbiti ve hükme bağlanması devletin adli organlarının kararlarına bağımlı olmakla beraber, bu olanakları sağlayabilmek, kovuşturmak, hükme bağlanan hakları takib etmek tamamen kişiye ait birer faaliyet ve seçenek olarak kabul edilmiştir. Hususi hukuk alanındaki tazminat, iade v.s. gibi yaptırımlarla mağdurun zararının giderilmesi usulleri kabul edilirken, bu yaptırımlara yönelik davanın açılması, davanın takibi, sağlanan hükmün icrası, tümünden hususi hu-

kuk ilişkisi olarak görülmüştür. Doğrudan doğruya devlet, suçtan zarar görenin zararının giderilmesiyle ilgili kamusal nitelikte bir fonksiyonu kabullenmemiş; bu şekilde bir yükümlülük kabul edilse dahi, bu kısmi kalmıştır.

Belirtildiği gibi, suçtan zarar görenin kendi iradesiyle ve hususi hukuk kurallarına göre zararının giderilmesi yollarını zorlaması usulü, değişik açılardan yetersiz görülmüştür. Bu yetersizlik, özellikle şehirleşme olgusu, gelişen toplumda ihtilâfların büyüyüp izlenemez bir yapıya ulaşması sonucu büsbütün belirgin duruma gelmiştir. Yetersizlik nedenleri özellikle şu şekilde saptanabilmektedir³⁰.

a) Çoğunlukla suç faili saptanamadığı veya saptansa dahi bulunamadığı için suçtan zarar görenin zararını giderme yollarına başvurabilmesi olanağı kalmamaktadır.

b) Suçlu bulunsa dahi, fail suçtan zarar görenin zararlarının giderilmesine yetecek ekonomik varlığı bulunmayan bir kişi olabilmektedir. Bu durumda zararların giderilmesi konusunda sağlanabilecek yargı kararının geçerliliği kalmamaktadır.

c) Özel hukuk yargılama sistemleri çok uzun süreyi almakta, karmaşık ve pahalı bir çok işlemin yapılması gerekmektedir. Suçtan zarar gören, zarar görmüş olmasının dışında bir çok yükümlülükleri yerine getirmek zorunda da kalmaktadır.

d) Suçtan zarar gören bir çok kişi, gerekli bilgiden yoksun olduğu ve bu bilgileri edinmek de belirli bir maliyeti gerektirdiği için, esasen zararını gidermek için yasal başvurularda bulunmaktan kaçınmaktadır.

e) Belirli durumlarda "mağdur" sadece maddi değil, aynı zamanda toplumsal yardım ve zarar giderilmesine de muhtaç duruma girmektedir. Bu durumda ise, bir yardım sağlanmasına yönelik geleneksel usuller, ya yoktur, ya da çok yetersizdir.

f) Bazı fiillerin "suç olmaktan çıkartılması" hareketi, zararın giderilmesini fiilin suç olmasına bağlayan usullerin de giderek geçersiz kalmasına yol açmıştır. Devlet, toplumsal gereksinmeler ne-

30) Compensation for Victims of Crime, Strasbourg 1973, 3 v.s.

deniyle belirli fiillerin suç olması durumunu kaldırırken, suçtan zarar gören açısından soruna bakmamaktadır.

g) Genellikle, cezaların ferdileştirilmesi, cezanın suçlunun islahına yönelik bir müessese olarak görülmesi; zamanla cezanın yerini "tedbirlerin", probation gibi infaz sistemlerinin alması genel ve çağdaş bir eğilimdir. Sadece bu yenileşme eğilimlerinide "mağdur" ve onun hakları göz önünde bulundurulmamaktadır. Halbuki, belirtilen yeni eğilimlerin yarattığı müesseselerin, mağdurun zararlarının giderilmesi koşuluna bağlanması hem cezaların ve infazın ferdileştirilmesinde çağdaşlaşmaya, hem de mağdurun zararının giderilmesinde etken bir yol bulunmasına neden olabilir.

h) Bazı hallerde, ceza yargılaması ile birlikte hususi hukuk alanına bırakılmış zararların giderilmesi taleplerinin karşılanması, ceza yargılamasının tazmine hükmeder biçimde sonuçlandırılması usulleri de benimsenmiş olmakla beraber, bu olanaklar genellikle ceza yargıci tarafından kendi uğraşı konusu dışında görülmekte, ceza yargılamasını uzatmamak amacıyla bu konuda karar verilmesinden çoğunlukla kaçınılmaktadır. Kaldı ki, mantığı ve usulleri birbirinden farklı olduğu için, ceza yargılaması sonucunda verilen tazminle ilgili hükümler genellikle mağdurun zararlarının giderilmesi açısından yetersiz kalmakta; yargıya varabilmek değişik sorunların çözümlenmesi nedeniyle büsbütün gecikmektedir. Gerçekten de, ceza yargılaması toplumun çıkarlarını korumağa ve toplumsal müdafaayı gerçekleştirmeğe yönelik bir amacı taşırken, mağdurun zararlarının tazmini kişisel zararların giderimine yöneliktir. Bu iki değişik yöneliş, mantık ve amacın aynı bütün içinde birleştirilebilmesi, genellikle sağlıklı sonuçlar verememektedir.

Zararı dolaylı giderim usulleri

Yukarıda belirtilen geleneksel zarar giderim usullerinin sakıncaları, bazı ortalama yolların bulunmasına "dolaylı" zarar giderim yollarının ceza yargılaması çerçevesinde gerçekleştirilmek istenmesine yol açmıştır. Aşağıda belirtilecek olan bu "dolaylı" zarar giderim usulleri dahi, yine devletin zararın giderimi konusunda bir yükümlülük yüklenmesi anlamına gelmemekte, sadece, ceza yargılaması ve cezanın infazı ile ilgili fail-devlet hukukî ilişkisinde, failin mağ-

durun zararını gidermeye zorlanmasına yönelik bazı önlemler olarak gözükmektedir. Bunlara örnek olarak şu önlemler belirtilebilir:

- a) Cezanın tecili, probation ve şartla salıverilmenin, suçtan zarar görenin zararlarının karşılanması koşuluna bağlanması,
- b) Ceza veya tedbir uygulamasında, mağdurun zararlarını giderici hesabın yapılması ve buna göre hüküm tesisi,
- c) Zararların ödenmesine, asıl ceza veya "mütemmim ceza" olarak hükmedilmesi, Bu uygulama, İngiltere'deki 1973 Criminal Courts Act ile şiddet ve müessir fiil suçlarıyla sınırlı olarak kabul edilmiştir.
- d) Mahkemenin, mala karşı fiillerde "malın iadesine" ceza olarak hükmetmesi, Bu usul de, İngiltere'de hırsızlık suçları açısından uygulama alanı bulmaktadır.
- e) Para cezasının tamamen veya kısmen mağdura ödenmesi; günpara cezasında bu ödemenin mağdura yapılması gibi uygulamalar İsviçre'de belirli hallerde kabul edilmiştir.
- f) Suçlunun, cezaevinde veya dışarıdaki kazancının, mağdurun zararını giderecek oranda haczedilmesi. Bu tür dolaylı önlemler İtalyan Ceza Kanununun muhtelif hükümlerinde yer almıştır. Tazminat ödenmesi için sanığın malları üzerinde ipotek tesisi dahi kabul edilmiştir.
- g) Avusturya'da 1979 yılında Usul Kanununda yapılan değişikliklerle tazminatın ödenmemesi durumunda "para cezası" ve "hapisle" tazyik usulü kabul edilmiştir.

Bütün bu dolaylı önlemler suçlunun, belirli bir ekonomik olanak sahibi bulunması veya zararı giderici diğer usullerin geçerli olabileceği varsayımına dayanmaktadır. Belirtilen varsayım doğru olmadığı gibi, başkaca sorunlar da ortaya çıkmaktadır³¹.

- a) Para cezası ve ödeme konusunda ceza mahkemesinin vereceği hüküm, mağdurun zarara karşı elde edebileceği değer azalması, sınırlandırılması sonucunu doğurmaktadır.

31) Bu konuda bk. European Committee on Crime Problems, Final Report of Activity on Compensation for Victims of Crime (Secretariat memorandum), Strasbourg 1977, 12 v.s.

b) Mağdurun tüm zararlarının giderilmesine yeterli etkenlikte bir hükmün ceza mahkemesince verilmesi kuşkuludur. Örneğin, bu sulün uygulandığı Almanya'da, ancak "failin karşılayabileceği" bir meblağa hükmedilebilmektedir. Böyle bir ödeme ise, mağduru tatmin etmekten uzak kalmaktadır. Mağdurun tüm zararlarının giderilmesine ve tatmin edilmesine yönelik bir hüküm ise, failin, mağdura çalışması ve bu cezanın fail dışında kalanları, ailesini etkilemesi gibi bir sonuç doğmaktadır. Bu ise, aynı zamanda suçlunun ıslahı amacının unutulması, cezanın bu konudaki etkenliğinin silinmesi anlamına da gelecektir.

c) Mağdurun zararının giderilmesi için, bu amaca yönelik para cezası uygulanması sisteminde ise, ya çok ağır suçlar için dahi para cezasına hükmedilmesi, ya da mağdurun zararının büyük olabileceği bu suçlarda para cezasına hükmedilmeyerek, zararın giderilmesi olanağının ortadan kalkması gibi, her iki halde de olumsuz nitelikte sonuçlara varılması gerekecektir. Gerçekten, ağır suçlarda dahi para cezasına hükmedilmesi, failin adeta fiilini parayla "satın alması", "diyet" ödemesi anlamına gelecektir.

d) Genellikle, ceza ve tedbir yaptırımlarının temel fonksiyonunun suçlunun ıslahı amacına yönelik olduğu ve mağdurun zararının tazmininin tek ceza yaptırımı olarak kabul edilemeyeceği görüşü etrafında birleşilmektedir.

e) Faile, mağdurun zararını giderici oranda ücretinin haczedilmesi amacına yönelik iş bulma düzeninin sistemleştirilmesi halinde ise fail, "suçlu" olmaktan çıkıp, "çalışan" bir kişi haline gelmektedir.

f) Mağdurun zararının giderilmesinde, "hukuk mahkemesinin" de yetkili olduğu durumlarda, ayrıca ceza mahkemesinin de zararın giderilmesine karar verebilip, veremeyeceği; hukuk mahkemesinin kararının bir ön koşul olarak öngörülebilip, görülemeyeceği gibi sorunlar doğmaktadır. İngiltere'de ceza sorumluluğunun saptanmasını zorlaştırdığı durumlarda, tazmine hükmedilmemektedir. Veya zararın tesbiti yapıldığında, ceza mahkemesinin verdiği tazmin hükmünde indirim yapılabilmektedir.

g) Ödemeye, kazanca haciz konulmasına yönelik ceza mahkemesi kararlarının geçerliliği, diğer alacaklıların önceliği olan haciz-

leri karşısında etkenliğini ve geçerliliğini kaybetmektedir. Mısırdaki belirtilen durumu engellemek için, mahkemenin ceza niteliğindeki haciz kararına öncelik tanınmaktadır. Bu durumda ise, suç olgusu dışında kalan alacaklıların hakları ihlâl edilmiş; adeta, mağdurun zararını ödeme cezası, üçüncü şahıslar tarafından yerine getirilmiş olmaktadır. Bu ise, “cezaların şahsiliği” kuralına aykırı düşmektedir. Buna rağmen, belirtilen usul İngilterede “hileli iflâs” suçunda uygulanmakta, 15.000 pound’u geçtiği takdirde, Mahkeme, normal iflasda olduğu gibi, failin malvarlığının suçtan zarar görenler arasında paylaşılmasına karar verebilmektedir.

h) Toplumsal güvenlik ve savunma açısından, dolaylı usullerin hükme bağlanması olanağı olmadığı, tedbirler uygulandığı durumlarda ise, mağdur zararının giderimi olanağına sahip olamamaktadır.

Görüldüğü gibi, gerek geleneksel usuller, gerek “dolaylı önlemler” mağdurun suçtan doğan zararının giderilmesi açısından yeterli sonuçlar sağlayamamaktadır. Dolaylı önlemler, her ne kadar ceza yargılaması ile mağdurun zararının giderilmesi usullerini birleştirmekte ve bir ölçüde mağdura olanaklar sağlamaktaysa da, bu durumda genellikle ceza yaptırımları amacından uzaklaşmakta, etkenliğini yitirmekte ve buna rağmen mağdurun gerçekten tatmin edilebilmesi amacına ulaşamamaktadır. Nitekim, geleneksel veya dolaylı önlemler çerçevesinde, mağdurların İngiltere’de % 4, Kanada’da ise % 1 oranında tatmin edici bir sonuca ulaşabildikleri saptanmıştır.

Belirtilen durumda, mağdurun korunması, zararlarının giderilmesi açısından yeni önlemlerin alınması zorunluluğu söz konusudur. Bu yeni önlemlerin mantığı ise’ “devletin yükümlülüğünü” kabul etmek ilkesine dayanmaktadır.

Mağdurun Korunmasında Devletin büyüklüğü

Suçtan zarar görenin, zararlarının giderilmesi suretiyle korunması ancak “devletin yükümlülük” kabul etmesiyle gerçekleşebilecektir. Devletin bu konuda yükümlülük yüklenmesi, bir suç işlendiğinde, hukukî ilişkinin sadece fail-devlet arasında değil, devlet-mağdur arasında da kurulması anlamına gelmektedir. Suçluya karşı fonksiyon-görev sahibi devlet, mağdura karşı bir yükümlülük ilişkisi içi-

ne girmektedir. Devletin bu yükümlülüğü, mağdurun zararının giderilmesini kendisi açısından bir sorumluluk olarak kabul etmesi demektir. Geleneksel ve dolaylı önlemlerden farklı olarak, devletin yükümlülük yüklenmesi durumunda, zararın fail tarafından giderilmesi ile ilgili devletin bir fonksiyon görmesi ile yetinilmemekte, doğrudan doğruya zararı gidermek sorumluluğu devlete ait duruma gelmektedir. Diğer bir deyişle, geleneksel usullerde, devlet bir fonksiyon yerine getirirken, önerilen yeni sistemler içinde devlet "yükümlü-sorumlu" durumuna gelmektedir. Devletin, suç mağdurunun zararını giderebilmesi açısından yükümlülüğünün kabulü özellikle, *victimology*'nin 1950'lerden sonra gelişmesinin, suça mağdur açısından yaklaşılması eğiliminin güçlenmesi sonucudur. İngiliz ceza reformcularından *Margery Fry*'in bu konuda, sistemli kurumsallaşmanın gerçekleşmesi açısından etkenliğini kabul etmek gerekir. Fry normal ve geleneksel yolların yetersizliği ve sonuçsuzluğu gerçeğine tepki olarak, daha gerçekçi yollarla mağdurun zararlarının giderilmesini önermiştir. Bu öneriler, ilk meyvalarını 1953 yılında Yeni Zellanda'da vermiş ve salt mağdurun zararlarının giderilmesine yönelik özel mahkeme bu ülkede kurulmuştur. 1964 yılında İngiltere aynı yolu izlemiş, daha sonra bazı Amerikan eyaletleri devletin mağdura tazminat verme yükümlülüğünü kabul ederek aynı yolu izlemiştir. Bu konudaki gelişim, mağdurun zararlarını gidermeğe yönelik "fonların" kurulması, devletin zararları giderici yolları geliştirmesi aramaları sonucuna varmıştır³².

Konu, uluslararası toplantı ve çalışmaların da konusu olmuştur. Bu uluslararası çalışmalar ulusal pozitif hukuku da etkilemiştir. 1974 30-31 Mayıs'ta Viyana'da toplanan "Avrupa Ülkeleri Adalet Bakanları 9. Konferansında" konu geniş ölçüde konuşulmuş ve Hollanda Adalet Bakanı Van Agt'ın konuyla ilgili raporu ilgiyle karşılanmıştır. Bu konuda değişik "altkomiteler" kurulmuş olup, bu komiteler çalışmalarını sürdürmekte, daha iyi ve kusursuzunu saptamağa çalışmaktadırlar. Kaldı ki, Avrupa Suç Sorunları Komitesi'nin (EECP) 1970-1972 toplantıları da bu konuyla ilgili ilk saptamaları gerçekleştirmiştir.

9-14 Eylül 1974 tarihlerinde Budapeşte'de toplanan 11. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresinde de, III. seksiyonun konuyla il-

32) Final Report, 14.

gili çalışmalar yapmasına işaret etmek gerekir. Kongre, Max Planck Enstitüsünün Freiburg'daki hazırlık sempozyumunda varılan sonuçları tartışmıştır.

Belirtilen çalışmalar sonucunda, devletin işlenen suçların mağdur aleyhine yarattığı sonuçların belirli ölçüler içinde giderilmesi sonucuna vardığını belirtmek gerekir. Devletin, mağdurun zararını gidermek konusunda fonksiyonu aşan bir yükümlülük yüklenmesi ilkesinin mantığı ise belirli ilkelere dayandırılmaktadır:

a) Ceza hukuku sadece suçluyu islahı öngörmektedir. Bu hususu devlet bir yükümlülük olarak kabul etmektedir. Victimoloji ise, mağdurun, biyolojik, psikolojik, moral niteliklerinden oluşan şahsiyetinin sosyokültürel karakteristiklerinin, suçlu ile ilişkilerinin ve suçun işlenmesindeki köken açısından katkısının gözönünde bulundurulmasını kabul etmektedir. Böyle kabul edilince mağdur da suç olgusunun bir ögesidir ve bu açıdan, devlet onunla da ilgili yükümlülüklerle sahiptir³³.

b) Belirtilen açıdan devletin mağdurla ilgili yükümlülüğü kabul edilince, onun hukuken mağdurun zararlarını giderme zorunluluğu da doğmaktadır. Gerçekten, devlet belirli davranış kuralları koyduğuna göre, bu kuralların ihlâli durumunda, sadece ihlâl eden suçluyu cezalandırmak değil, aynı zamanda koyduğu kuralların ihlâlinden zarar gören kişileri korumak yükümlülüğünü de yüklenmiş demektir.

c) Kaldı ki, devlet tüm özel öcalma davranışlarını yasaklamış bulunmaktadır. Bunu yasaklayan devletin, önlediği davranışların karşılığı olarak mağdurun zararlarını karşılaması gerekir.

Kaldı ki, devlet cezaların ferdileştirilmesi ve islah amacıyla yeni tip suçla ilgili önlemler almaktadır; suçun işlenmesi söz konusu önlemlerin etken olması, amaca ulaşmaması anlamına gelmektedir. Bu durumda önlemlerinde yarar sağlayamadığı durumlarda devlet suçtan zarar görenin zararını önlemek durumundadır.

33) Final Report, 15. Ayrıca bk. **De Farro**, 252

Suçluyu para cezasına çarptırmak veya cezaevinde az da olsa onun kazanç sağlamasına yol açmakla, devlet mağdurun zararlarının bir kısmını gidermek olanağını da bulabilecektir³⁴.

c) Bazı kişiler değişik nedenlerle, diğer kişilere oranla daha çok suç mağduru olmak riskiyle karşı karşıyadırlar. Suçun etkenliği toplumun tüm katlarında eşit bir biçimde dağılmış değildir. Şiddet suçlarında, masum mağdur, toplumda belirli bir sempati ve ilgiyle karşılanacaktır. Eğer, suç mağduru devletin desteğini görmez, failin fiilinden dolayı devlet bir yükümlülük yüklenmezse, toplumda toplumsal dayanışma ve eşitlik açısından önemli zararlar doğabilecektir.

d) Suç mağdurunun zararlarının devlet tarafından giderilmesi, toplumda kişilere güven sağlayacak, adalet olmadığı, mağdurun toplum tarafından yalnız bırakıldığı şeklindeki duyguları yok edecektir. Suç mağdurunun zararlarının giderilmesi, suçluların islahı açısından da bazı kolaylıklar sağlayacaktır. Bu durumda, tatmış edilmiş mağdur, faile karşı daha az duygusal davranacak, sldırgan olmayacaktır.

Ayrıca, mağdurun zararlarının giderilmesi, polis ve mağdurda bencil olmayan, başkasına yardım etmiş olmaya dayanan duygular yaratabilecektir.

Suç mağdurunun zararlarının giderilmesinin belirtilen açılardan devletin üstleneceği bir davranış olmasına yönelik görüşleri eleştirenler de vardır. Gerçekten, mağdurun zararlarını gidermenin devlet için büyük maddi yükümlülüklerle yol açacağı ve devletin tüm topluma yapması gereken harcamalardan kısıntılara yol açacağı önemle ileri sürülmektedir³⁵.

Her devlette var olan "sosyal güvenlik" sistemlerinin, mağdura güvenlik verici nitelik taşıdığı, bu açıdan ayrıca bir sistem oluşturma gereği bulunmadığı da savunulmuştur.

34) Bu konuda bk. **Dönmezer**, Devlet ve Suç Mağduru İlişkisi, Onar'a Armağan, İstanbul 1977, 185 v.s.

35) Final Report, 16. Örneğin, suçluların yarattıkları zararın giderilmenin, bir yıl için, Almanya'da 10 milyon mark tutacağı hesaplanmıştır.

Devletin esas görevi, kötülüğü, yani suçu önlemektir. Bu açıdan harcamaların suçun önlenmesine ve suçluların ıslahına yönelik olması, bir açıdan dolaylı bir biçimde “mağdurluğu” önlemek anlamına gelmektedir. Tercih edilecek olan suçun etkenliklerini önlemek değil, suçun kendisini önlemektir. Ayrıca mağdurun zararlarının devletçe ödenmesi, suçluları tümünden daha cüretkâr yapacak ve mağdura karşı daha pervasız davranış özelliğine neden olabilecektir.

Özellikle, mala karşı zararların da devletçe karşılanması durumunda, mağdur mala karşı fiillere korunmaya yönelmeyecek, bu tür fiillerin işlenmesi bir açıdan mağdurun işine gelecek, hileli, aldatici davranışlara yol açacaktır.

Ayrıca, zararı ödemek fail açısından bir sorumluluktur ve devletin bu yükümlülüğü yüklenmesi, failin sorumluluğunun ve karşılaşacağı yaptırımın hafifletilmesi anlamına gelmektedir³⁶.

Mağdurun devlet tarafından korunması sistemine karşı çıkan görüşlerin tümünü benimseyip, devletin bu konudaki yükümlülüğünü tümünden yadsımanın olanağı yoktur. Buna karşılık, eleştiriler içinde yerinde ve haklı olanları da vardır. Devletin suçu önleme yükümlülüğü ve bunu gerçekleştirememekten doğan sorumluluğunun belirli ölçüler içinde kabul edilmesi zorunluluğu kabul edilmek gerekir. Devlet bu yükümlülüğü yüklenmekle suçun neticelerine katlanmamakta, suçlunun yerine geçip, onu sorumluluğunu devralmaktadır. Devlet, suçu önleyememekten mütevellit sorumluluğu yüklenirken, özellikle, “eşitlik ve toplumsal dayanışma” ilkesi belirtilen sistemin geçerli mantığını oluşturmaktadır³⁷.

Yasal açıdan, devletin suç mağdurunun zararlarının giderilmesi açısından yükümlülüğünü, devletin vatandaşların zararlarını gidermek hususunda varlığı öngörülen bir “sözleşmeye”, devletin vatandaşlarını korumakta yeterli dikkat ve ihtimamla hareket etmemekten doğan “haksız fiil”e, bir büyük işletme olarak görülen toplum hayatının yarattığı r“isk”in varlığına dayandıran görüşler bu açıdan

36) **Dönmezer**, 185-186. Ayrıca bk. Final Report, 17.

37) Devletin mağdurun zararını gidermesi yükümlülüğü ile ilgili değişik görüşlerin gelişimi ve niteliğinin konusunda bk. **Erem, F.**, 360 v.s.

geçerli değildir. Bizce, sorun, devletin kişilerin sosyal ve kişisel güvenliğini sağlamağa yönelik anayasal fonksiyonlarının bir sonucu, bir gereğidir³⁸.

Devletin mağdurların zararlarını giderme yükümlülüğü, ortak tartışılmaz bir şekilde kabul edilmiş, hukukta "vatandaşlık hakkı" kazanmış durumdadır. Bugün tartışma ve arama konusu olan, bu yükümlülüğün, haklı eleştirileri de giderecek bir biçimde sistemleştirilmesi ve belirli sistemlerin yaratacağı sorunların çözümü ile ilgilidir.

Mağdurun zararının giderilmesi ile ilgili yeni düzenlemeler

Mağdurun zararlarının giderilmesi açısından, suça karşı sigorta veya devletçe kurulacak bir fondan bu zararların karşılanması sistemleri önerilen kuruluşlardır. Suçtan doğan zararlara karşı "özel sigorta sistemi" ve "toplumsal güvenlik kuruluşları" bu konuda en çok önerilen sistemlerdir³⁹.

1 — *Özel Sigorta* düzenlemesi, iki şekilde olmaktadır :

a) Tecavüz suçlarına karşı sigorta sistemi İsveç'te uygulanmaktadır. Ev reislerinin ucuz fiyatla yaptırabileceği bu tür sigortalar, kasten işlenen şiddet suçlarından zarar gören poliçe sahibiyle eşini ve çocuklarını sigorta etmektedir. İsveç halkının % 0'ının bu sigortayı yaptırdığı ve 400-500 kişinin sigortadan yılda yararlandığı belirtilmektedir⁴⁰.

b) Diğer bir sigorta türü de, kişinin suç işlemeğe karşı sigorta olması türüdür. Bu durumda, özellikle taksirli suç işleyen kişinin tazminat yükümlülüğünü sigorta şirketi yüklenmektedir. Bu tür sigortanın moral ve yasal sorunlara neden olması açısından uygulanma olanakları sınırlı görülmektedir.

2 — *Toplumsal güvenlik kurumsallaşması* devletin, suçtan zarar görenler için dahi sosyal güvenlik örgütlenmesi kurması anlamına gelmektedir. Emeklilik, işçi sigortalılığı gibi, suça karşı sosyal

38) Bk. Final Report, 15.

39) Bk. Compensation for Victims of Crime, 9. Ayrıca bk. Erem, F., 365.

40) Bk. Final Report, 18.

sigorta sistemleri de oluşturulabilmektedir. Örneğin, Avusturya, mağdurun zararının giderilmesinin genel toplumsal güvenlik sisteminin bir bölümü olarak düzenlemiştir. Bu sistemde, hangi suçlar için, hangi ölçüler içinde ödeme yapılabileceği, harcamaların karşılıklarının sağlanması yolları sorunlar yaratmaktadır. Sadece toplumsal güvenlik sisteminin mağdurun sağlık bakımı harcamalarını, kazanç yitirmesini, karşılaması kabul edilmekle, tazminatları karşılaması ise tartışılmaktadır.

Toplumsal güvenlik düzenlemelerinin, suçluların islahı olanaklarını sınırladığı savıyla eleştirildiği de görülmektedir. Bu sava göre, belirtilen durumda, fail, zararı gidermek açısından hiç bir sorumluluk duymamaktadır. Bu tür bir eleştirinin, suç mağdurunun zararının fail dışında herhangi bir şekilde giderilmesiyle ilgili tüm sistemler için geçerli olacağı ise açıktır.⁴¹

Şunu belirtmek gerekir ki, gelişen zarar giderme uygulaması, devletin özel "zarar giderme fonları" kurması yönünde olmaktadır. Amerika, Hollanda ve Fransa'da uygulanan düzenleme bu şekildedir⁴². Sadece belirtilen düzenleme biçiminin de yarattığı ve çözümü zorunlu bazı sorunlar söz konusudur. Belirtilecek sorunlar, kabul edilebilecek bütün sistemler için söz konusu olabilecektir.

ZARARLARIN DEVLET YÜKÜMLÜLÜĞÜNDE GİDERİLMESİ SİSTEMLERİYLE İLGİLİ SORUNLAR

Suçtan zarar görenin, suç faili dışında sigorta, toplumsal güvenlik sistemleri veya devletçe bu amaçla kurulacak "fon" aracılığıyla zararlarının giderilmesi sistemleri için söz konusu olan değişik sorunları beş ayrımda toplayabiliriz:

A. Zarar gideriminde devlet yükümlülüğü hangi suçlar için söz konusu olacaktır?

Bazı düşünürler, zarar giderim sisteminin ayrımsız bütün suçlar için geçerli olması, suçlar arasında ayırım yapmanın anlamsızlığı gö-

41) Bk. Final Report, 27-28.

42) 11. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresinde bu konuda alınan genel kararlar ve kabul edilen ilkeler için bk. "Final Report", 76.

rüşüindedirler. Buna karşılık genellikle, her ülke, belirli suçlarla ilgili olarak zarar tazmini sistemini benimsemektedirler.

Yeni Zelanda ve Kanada da, ancak belirli listede yer alan fiillerden doğan zararlar karşılanmaktadır. İngiltere, Finlandiya ve Hollanda da “şiddete” dayanan suçlardan doğan zararlar giderilmektedir. Amerika’da, kişinin fizik bütünlüğüne karşı değişik fiiller, Almanya ve Fransa’da da şahsa karşı kasten işlenen fiillerin yarattığı zararlar giderilmektedir. Doğal olarak, belirtilen şekilde genellikle şahsa karşı şiddet fiillerinden doğan zararın giderileceği hususunda bir kuralın kabul edilmesi dahi sorunları sona erdirmemektedir. Örneğin zehirlemek suretiyle adam öldürme, şiddet suçu sayılacak mıdır? kaçan hırsız yakalamak isteyen hırsız öldürmesi, kasten adam öldürmek sayılacak mıdır? doğrudan kişilere karşı olmayan fakat sonuçta şahsa zarar veren fiillerle, ihmalli fiiller, zarar giderim fonlarından yararlanabilecek midir? Örneğin, kundakçılık suçunun kişilere zarar vermesi halinde, suç mağdurunun zararları giderilebilecek midir?

Genellikle özel sigorta şirketlerinin zararları karşıladığı hallerde, devlet fonlarından zarar giderilemeyeceği kabul edilmektedir. Örneğin, İngiltere’de, trafik suçlarından zarar görenler Fon’dan yararlanamamaktadır. Almanya’da da durum benzerdir.

Buna karşılık, Kanada ve İngiltere’de kurulan Fon’lar, bir suç kurbanının veya polise yardım ederken zarar gören kişilerin zararlarını gidermektedir. Hatta bu durumda, fon mağdura daha elverişli bir giderim sağlayabilmektedir. İngiltere’de, şiddete dayanmayan bir suçu önlemek için yardım eden kişilerin uğradığı zararlar dahi Fon tarafından giderilmektedir.

Mala karşı suçların doğurduğu zararların “sigortalar” tarafından giderilmesi olanağı olduğu için, genellikle devletçe giderilmektedir. Avusturya’da ise mala verilen zararlarda belirli sınırlar içinde ödenmektedir. Sigortalar tarafından giderilmesi mümkün zararlar açısından devletin yükümlülük kabul etmesinin, gerçekten yardıma gereksinme duyanların olanaklarını sınırlayacağı kabul edilmiştir. Bu konuda ayrıcalıklar ise kabul edilmiştir. Örneğin, İsveç’te, kişinin yaşamını sürdürmesi için varlığı zorunlu mallara karşı suç işlenmesi durumunda, devletin sorumluluğu kabul edilmektedir. Özellikle,

sigorta yaptırmak olanağı bulunmayanlar belirtilen yardımdan geniş ölçüde istifade edebilmektedirler⁴³. Ayrıca, yağma suçları koruma alanına girmektedir. Bu konuda, Almanya ve İngiltere örnek gösterilebilir.

Mala karşı suçların verdiği zararların FON tarafından giderilmesi kuralının diğer bir istisnası da, yığinsal şiddet hareketleriyle yaratılan zararların devlet tarafından giderilmesi durumudur. Gerçekten, Fransa'da, İngiltere'de ve Federal Almanya'da, yığinsal şiddet olaylarını engelleyememek devletin sorumluluğunun sonucu sayıldığı ve suç faili genellikle belirlenemediği için, zararların devletçe karşılanması kabul edilmiştir⁴⁴.

B. Kimler zarar giderim talebinde bulunabileceklerdir?

Suçtan doğrudan zarar gören suç mağdurunun zararının giderilmesi talebinde bulunabileceği açıktır. Genellikle, suçtan zarar gören suç mağdurunun yakınlarının dahi talep hakları kabul edilmekle beraber, değişik ülkelerde kimlerin "yakın" kavramı içine gireceği sorunu değişik çözümlere bağlanmıştır. Bazı ülkelerde, genel olarak Medenî Kanun kuralları uygulanırken, bazı ülkelerde daha sınırlı bir uygulama gözükmektedir. Örneğin İngiltere'de suç faili ve mağdurun aynı aileden olmaları ve aynı evde oturmaları durumunda, suçtan zarar görenin ve yakınlarının talep hakları yoktur. Özellikle terbiye vasıtalarının suistimali halinde söz konusudur. Sadece çocuğa karşı fiillerde (ill treatment) aile içi tazminatın kabul edilmemesinin terbiye vasıtalarının suistimalini genişleteceği öngörülmekte, bilhassa İngiltere'de zarar gideriminin bu konuda genişletilmesine yönelmektedir. Sadece bunun için failin mahkumiyeti şart koşulmakta, ve zararın 500 poundu aşar nitelikte olması öngörülmektedir. Bu durumda tazminat failin yararlanamayacağı biçimde ödenecektir. Kanada'da ise, aralarında evlenme olanağı bulunmayan kişilerin, suç mağdurunun "yakını" olarak kabul edildiği görülmektedir.

Suç mağdurunun doğrudan kendisinin veya yakınlarının talep haklarıyla ilgili olarak, genellikle kabul edilen veya kabul edilmesi önerilen sair bazı ilkeleri de sıralamak mümkündür⁴⁵:

43) Bk. "Final Report", 61.

44) Bk. **Dönmezer**, 188.

45) Bk. Compensation for Victims of Crime, 11 v.s.

a) Suç mağdurunun yakınlarının, suçtan zarar gördükleri iddiası ile yardım talebinde bulunabilmeleri, mağdurun ölmüş olması koşuluna bağlanmalıdır. Kanada ve İngiltere'de bu sistem kabul edilmiştir.

b) Suç mağdurunun yakınlarının zarar giderim talebinde bulunabilmeleri, bunların ekonomik açıdan ölen suç mağduruna bağımlı olmaları koşulu genellikle benimsenmektedir. Yakınlar, ancak, ekonomik bağımlılık durumunda, suç mağdurunun ölümü nedeniyle "suçtan zarar gören" sayılabilirler.

c) Genellikle, mağdurun veya suçtan zarar görenin, zarar giderim talebinde bulunabilmeleri açısından, o ülkenin vatandaşı olması koşulu aranmamaktadır. Gerçekten özel anlaşmaların koyduğu ayrıcalıklar dışında, devletin topraklarında, gemilerinde ve uçaklarında işlenen suçlardan doğan zarar kimin için söz konusu olursa olsun, devletin zarar giderim fonundan yararlanması kabul edilmektedir. Suçla mücadelenin ve suça karşı masum kişileri korumanın da uluslararası bir sorun oluşu, bu eğilimi güçlendirmektedir. Ayrıca, Devlet, ülkesinde toplumsal ve kişisel güvenliği sadece vatandaşı için değil, tüm yaşayanlar için sağlamak zorundadır.

Nitekim, Kanada, Federal Almanya ve İngiltere "ülke" esasına göre çözümlenmişlerdir. *İsveç*, ise, hem "ülke" kuralını hem de "ikamet" esasını birlikte uygulamakta olup, ülkede işlenen suçun ancak, o ülkede devamlı ikamet eden kişiye karşı işlenmesi durumunda, zarar giderim talep hakkının bulunacağını kabul etmektedir. *Avusturya* ise, "vatandaşlık" ilkesini benimsemiş olup, vatandaşa karşı hangi ülkede bir suç işlenip zarar yaratılmış olursa olsun, bu zararın giderilmesi yükümlülüğünü yüklenmektedir. *Hollanda* ise, ortalama bir yol izlemiş, ülke topraklarında işlenen suçların yarattığı zararın giderilmesi için, vatandaş-yabancı ayrımı yapmazken, Hollanda bayrağı taşıyan gemi ve uçaklarda işlenen suçlardan dolayı sadece vatandaşın zarar giderim talebinde bulunabileceğini kabul etmiştir.

Genellikle, vatandaş olmayanın zarar giderim talebinde bulunabilmesi hakkının "mütekabiliyet" kuralına bağlanması da zorunlu görülmektedir. Şunu da belirtmek gerekir ki, suçtan doğan zararı giderim sistemlerinin sadece vatandaş için geçerli olmasını savunan

görüşler de vardır. Bu görüşler, devletin suçtan zarar giderim yükümlülüğünü yüklenmesinin nedeninin “toplumsal dayanışma” ilkesi olduğunu, yabancının vergi ödemeyen, toplumsal güvenlik sistemlerine katkıda bulunmayan yabancıları bu haklardan yararlanmasının gereksizliği temeline dayanmaktadır. Bu açıdan, ülkede işlenen suçlardan zarar giderim talebi hakkının, ancak o ülkede devamlı ikamet eden yabancılara tanınabileceği savunulmaktadır. “Ülke” esasının kabulü, suçtan zarar görenin “çift zarar giderim” imkanına ulaşabileceği, yabancının zarar taleplerinin araştırılmasının zorluklar yaratacağı, sağlıklı bir araştırmanın yapılamayacağı ileri sürülerek eleştirilmektedir. Özellikle, uluslararası şiddet olaylarında, fail ve mağdur olan tarafların o ülke ile ilişkili olamayabileceği, buna rağmen devletin zarar giderim yükümünün kabul edilmesinin anlamsızlığı belirtilmektedir⁴⁴. Bu görüşlere göre, “vatandaşlık-ikamet” ilkesinin benimsenmesi, yabancının bütün haklarını elinden almamaktadır. Yabancı, normal ve geleneksel yollarla dava açıp zarar giderilmesini talep hakkına sahiptir. Devletin yükümlülük kabul etmesi, mağdura zararının giderilmesi açısından olağanüstü bir olanak sağlamaktadır. Bu hakkın yabancıya tanınmasının mantığı yoktur.

C. Giderilecek zararın kapsamı ve koşulları nelerdir?

Üzerinde en çok durulan, değişik ülkelerde değişik çözümlere bağlanan, tartışılan sorun, devletin mağdurun hangi zararlarını gidermekle yükümlü olacağı ve zarar gideriminde uygulanması öngörülen koşulların ne olması gerektiği husularıyla ilgilidir. Bu sorunlarla ilgili olarak, Avrupa Konseyi “Suç Sorunları ile ilgili Avrupa Komisyonunun” (EECP) nin öngördüğü kuralları da gözönünde bulundurarak bazı saptamalar yapabilmek olanağı vardır:

a) Suçtan zarar görenin veya yakınlarının uğradıkları zararların olanaklar ölçüsünde tatmin edici bir biçimde karşılanması, kural olarak kabul edilmektedir. Toplumsal güvenlik sistemi içinde olsa bile, zarar gideriminin etken ve amaca uygun bir genişlik payı taşınması gerekir.

b) Suçtan doğan giderimin genellikle şiddete dayanan ve kişiye zarar veren fiiller için kabul edilmiş olması olgusu karşısında, za-

46) Final Report, 24-25.

rarın, kişinin fizik bütünlüğünde yaratılan zararlar orantılı olması yerinde görülmektedir.

c) Zarar gideriminin, özellikle, kazanç kaybını ve gelecekteki kazanç kayıp ihtimalini, bakım ve tıbbi tedavi masraflarını, çalışma olanakları açısından iyileştirme harcamalarını ve cenaze masraflarını içermesi kesinlikle kabul edilmektedir.

d) Mala karşı yaratılan zararlar, esasen sigortalar tarafından giderildiği için, zarar giderim FON'unun ödeme sistemi dışında tutulmalıdır.

e) FON suç nedeniyle hak kazanılan "manevi tazminat" taleplerini ödemek sorumluluğu dışında tutulmalıdır.

f) Acil hallerde, zararın tam tespit edilememiş olması durumunda, "avans" şeklinde ödemeler yapılmalıdır.

g) Mağdurun, başka kaynaklardan zararını gidermek açısından olanakları bulunduğu "çift zarar giderimini" engellemek gerekir. Örneğin, mağdur, aynı zamanda toplumsal güvenlik kuruluşlarından da zarar giderici ödemelere hak kazanıyorsa, bu meblağın, FON tarafından yapılacak ödemelerden mahsubu yerinde olacaktır.

h) FON uygulamasının, suçlunun islahını engelleyecek bir sistem içinde gerçekleştirilmemesi gerekir. Gerçekten, birçok uygulamada, devlet, mağdura karşı failin sorumluluğunu yüklenir bir biçimde işlemektedir. Halbuki, sistemin mantığı, devletin faile karşı hak talep etmekte daha olanak sahibi bulunmasından doğmaktadır. Bu açıdan, devlet, kendisi fail yerine geçmemeli, temel amacın, faili islah olduğunu unutmamalıdır. Bu açıdan, devlet, kendisi fail yerine geçmemeli, temel amacın, faili islah olduğunu unutmamalıdır. Bu açıdan, devletin suçluya rücu etmesi yerinde bir davranış olacaktır. Nitekim İsveç bu olanağı tanımıştır⁴⁷.

i) Mağdura, FON'dan sağladığı zarar giderici olanaklara rağmen, ayrıca mağduru kovuşturmak hakkı da tanınmak gerekir. Özellikle, devletin zararları belirli bir sınır içinde ödemek durumunda

47) "Halefiyet sorunu" ile ilgili olarak bk. **Dönmezer**, 190.

olması, mağdurun zararının ise daha çok olması durumunda, mağdur artan kısım için faili kovuşturmak hakkına sahip bulunmalıdır.

j) Zararın tesbitinde, mağdurun suçun işlenmesindeki etkinliği ve kişiliği gözönünde bulundurulmak gerekir. Bu gereklilik, genel olarak suça mağdur açısından da yaklaşılması ilkesinin, "victimology"nin genel ilkelerinin bir sonucudur. Nitekim Amerika'da, California eyaleti sistemi dışında, gerçekleştirilen uygulama bu yöndedir. Yukarıda, genel olarak belirttiğimiz gibi, mağdurun yüzde yüz masum olmadığı ve suça neden olarak zararın doğmasında kendi kusurunun bulunduğu da kabul edilmektedir. İngiltere, bu konuda daha da ileri gitmiş ve sadece suçun işlenişi açısından değil, suçla ilgisiz olsa bile, mağdurun genel yaşam biçimi, davranış özellikleri, kişiliği zarar giderim tutarının saptanmasında, hatta bu hakkın yitirilmesinde etken görülmüştür. Bu davranışın mantığı da, esasen toplumsal tehlikeliliği bulunan mağdurun, mağdurluğuna kendi yaşam biçiminin yol açtığı inancına dayanmaktadır. Özellikle, mağdurun "haksız tahriki"nin bu konuda ölçü olarak kabulü öngörülmektedir.

En önemlilerinin belirtilmesine çalışan ilkeler çerçevesinde sistemeleştirilecek zarar giderim FON'unun somut olarak zararı giderimi açısından da bazı sorunların doğduğu ve bu sorunların çözümü açısından değişik ilke ve biçimlenmelerin oluştuğu görülmektedir. Bu sorunlar özellikle, "tazminatda sınır", "tazminatın ödenme biçimi", "tazminatın hesaplanması konuları" ile ilgili olarak belirmektedir. Gerçekte bu üç sorun bütün teşkil etmektedir.

1 — Tazminatta sınır sorunu

Suçtan zarar görene ödenecek tazminatın sadece maddi zararlarla ilgili olacağı, manevi zararların ödenmesiyle ilgili devletin bir yükümlülük yüklenemeyeceği hususunda görüş birliği vardır. Tartışılan, mağdurun suçtan doğan tüm zararlarının mı, yoksa zararlarının bir kısmının mı ödenmesi gerekeceği konusuyla ilgilidir.

FON'un, zenginleşmeye neden olucu bir kısım olarak düşünülmediği ve hileli davranışları engellemek amacı güdüldüğü için genellikle, belirli bir sınırın altındaki ve belirli bir sınırın üstündeki zararların FON tarafından karşılanmaması ilkesi kabul edilmekte-

dir. Örneğin, bazı Amerikan eyaletlerinde, Hollanda'da, İsveç'te ve İngiltere'de belirli miktarların altındaki zararların ödenmemesi kuralı kabul edilmiştir. Buna karşılık, diğer bazı Amerikan eyaletleriyle, Kanada, Almanya, Fransa, Hollanda ve Norveç'te azami sınır saptanmıştır.

Bazı ülkelerde ise, bu türden sınırlamalar, özel durumlarda bulunmamaktadır. Örneğin, Kanada'da, polise yardım ederken mağdur olanın tüm zararları karşılanmaktadır. İngiltere'de de, sadece gelecekteki kazançtan yoksun olma halinde azami sınır konulmakta, bunun dışında sadece alt sınırla yetinilmektedir.

Tazminata sınırlama getirmenin, fonun olanaklarını sürdürmekte ve tazminatı çoğaltmak için hileli hareketleri önlemek açısından yararları olduğu gerçektir. Buna karşılık, sınırın ne şekilde ve hangi ölçüye göre saptanacağı da sorun olarak belirlemekte ve sınırlamanın eşitsizliğe yol açabileceği vurgulanmaktadır.

Kaldı ki, devletin zararların giderilmesi konusunda yükümlülük üstlenmesinin nedeni, toplumsal dayanışmayı sağlamak, toplumsal güvenlik sistemi oluşturmak olduğu kabul edilecek olursa, suçtan doğan zararın da sınırlı bir biçimde ödenmesi mümkün olabilecektir. Buna karşılık, devlet suçu önleyememenin sorumluluğunu yüklenerek bir ödeme yapıyorsa, bu durumda ödemenin bir sınıra bağlı tutulmaması gerekecektir⁴⁸.

2 — Zararın hesaplanması sorunu

Yukarıda da belirtildiği gibi, mağdurun hangi maddi zararlarının ödeneceği konusunda uygulamada ve teoride görüş ayrılıkları olmakla beraber, kazanç olanaklarını yitirmek, tedavi masrafları, cenaze masrafları, ödenmesi zorunlu görülen zararlar arasında kesinlikle kabul edilmektedir. Sadece belirtilen zararlar açısından dahi bazı ilkeler kabul edilmiştir.

a) Gelecekteki bir kazanç olnağının tazmininden çok, somut, gerçekleşmiş kazanç yitirmelerinin tazmini gerekir.

b) Akıl ve sinir hastalıklarına, acı ve ızdırap veren etkenliklere, yaşamı kısaltacak nedenlere, bazı mahrumiyetlere, kişinin or-

48) Bk. **Dönmezer**, 189 v.s.

gan ve azalarında eksikliğe, çirkinleşmeğe, sabit eserlere yönelik fillerde bu hususlar zararın saptanmasında göz önünde bulundurulmak gerekir.

c) Daha önce de belirtildiği gibi, genellikle malvarlığına verilen zararlar tazminat hesabı dışında tutulmalıdır.

d) Kişiyeye karşı işlenen ve yukarıda belirtilen etkenliklerin gerektirdiği tazminatın hesaplanmasında, genellikle iş kazalarında uygulanan belirli derecelendirme listelerine göre zararın miktarı saptanmaktadır. Diğer bir deyişle, zararın, tüm insan faaliyetleri tümüne göre oranı, sakatlığın yüzdesini ve bu yüzdeye göre de ödenmesi gereken tazminatı belirlemektedir. Örneği, Avusturya, Federal Almanya ve Fransa'da bu türden bir sistem kurulmuştur.

e) Suçun yarattığı kazanç yitirmeleri ve yapılan masraflar toptan ödenirken, sakatlıkların geleceğe yönelik etkenliği genellikle belirli bir gelir bağlanması suretiyle gerçekleştirilmektedir. Avusturya ve Almanya'da sakatlık belirli derecelendirmelere tabi tutulup, bu derecelerin tazminat yükümlülüğü hesaplandığında, ödeme aylık gelirler bağlanması suretiyle gerçekleştirilmektedir. Böylece bir tür "sigorta" sistemi işletilmiş olmaktadır.

f) Konuyla ilgili diğer bir sorun da, mağdurun ekonomik durumunun ödeme miktarlarının saptanmasında etkenliğiyle ilgilidir. Suçtan zarar görenin ekonomik durumunun iyiliği, alabileceği tazminatın ve hak kazanabileceği aylık ödemelerin saptanmasında etken olmasını savunan görüşler vardır. Gerçekte, bu konuda karara varmak, devlet yükümlülüğünün niteliğine bağlıdır. Devletin, suç mağdurunun zararını bir toplumsal güvence sistemi çerçevesinde gidermek yükümlülüğünü üstlenmesi durumunda, mağdurun ekonomik durumu hesaplarda etken olmak gerekir. Buna karşın, devlet suçu önleyememenin sorumluluğunu yükleniyorsa, mağdurun ekonomik durumu ödemeleri etkilememek gerekir. Kanımızca, gerek devlet imkânlarını yoksul olan suç mağdurlarına kaydırmak, gerek sistemin mantığı açısından mağdurun ekonomik durumunu hesaplarda etken saymak yerinde olur. Temelde, mağdur haklarını geleneksel yollar içinde sağlayabilecek durumda iken, doğan zorlukları gören devlet bir yükümlülük kabul etmektedir. Suçtan zarar görenin ekonomik durumunun iyi olması halinde, mağdur, geleneksel usul-

ler içinde hakkını elde etmek için uğraşırken, yoksulluğa düşmeyeceğine göre, Devletin ödeme yükümlülüğünü sınırlamak daha gerçekçi bir sistemi oluşturacaktır. Sadece, mağdurun ekonomik durumunun saptanması ve bunun ödemeler üzerinde etkenliğinin ne ölçüde olacağı bir sorundur. Ekonomik durumu yerinde olanlar açısından, gelir kaybından çok, fiil yoluyla yapılan harcamaların ödenmesiyle yetenilmesi, düşünülebilecek bir yoldur. Nitekim, İngiltere’de benzer bir usul uygulanmakta, gelir sahibi olanların bu geliri yitirmeleri halinde, muhtemel gelir için ödenmesi gereken vergi tutarı, ödenecek tazminattan düşülmektedir.

D. Geleneksel giderim usulleriyle ilişki sorunu

Devlet suç mağdurunun zararlarını gidermek konusunda yükümlülük sütünmesi şeklinde beliren yeni usullerin varlığı geleneksel yolları kapamış değildir. Durum böyle olunca, iki değişik sistemi arasında ilişkiler konusunda bazı sorunlar doğmaktadır:

a) Bir sorun, FON’dan ödeme sisteminin “öncelikli” veya “ikinci” derece bir yol olup olmaması sorunudur. Genellikle, FON sistemi birinci derece bir sistemdir ve bu yola başvurmak için, geleneksel yolların tükenmesi beklenmez. Sadece Fransa’da bu sistemden yararlanılabilmemesinin, failin bulunamaması veya zararları tazmin etmek olanaklarından mahrum bulunması koşuluna bağlanması önerilmektedir.

b) FON’dn zararların giderilmesi ile ceza davası arasındaki ilişkiler açısından da bazı sorunlar söz konusudur. Bu konudaki başlıca sorunlar şöyle sıranalanabilir:

aa) Bazı ülkelerde, kişinin zarar fonundan yararlanabilmesi, suçtan dolayı takibata başlanmış olması koşuluna bağlıdır. Kanada ve Fin sistemleri bu görüştedir. Bu yolun kabul edilmesi, hileli zarar taleplerini önlemek açısından yararlı görülmektedir. Buna rağmen, Hollanda, İsveç ve İngiltere bu koşulu, tazminat ödenmesinin bir ön koşulu olarak görmemektedirler. Buna karşılık, İngiltere’de bazı hallerde ceza mahkemesi kararının varlığının aranması önerilmektedir.

bb) Bazı hallerde, FON’dan yararlanmanın, suçlunun suçunun hükme bağlanması koşuluna bağlı tutulması savunulmaktadır. Gal-

lerde bu kural benimsenirken, İngiltere ve Hollanda'da böyle bir koşul aranmamaktadır.

cc) Ceza mahkemesinin suçla ilgili kararının FON'u bağlayıcı niteliği ise, genellikle kabul edilmektedir. Özellikle, önce geleneksel yola başvurulması usulünün benimsenmesi durumunda, Mahkemenin suçlunun bulunmadığı veya tazminatı ödemek hususunda yetersizliği konusunda vereceği kararın FON'u bağlayacağı kabul edilmektedir.

dd) Suç failinin isnat kabiliyetinin bulunmaması sebebiyle ceza sorumluluğunun bulunmaması durumunda da, FON'dan giderim yapılabilip yapılamayacağı bir sorundur ve genellikle kasten işlenen fiillerle şahsa zarar verilmesi durumunda tazminat ödeneceği kabul edilmektedir. İngiltere örnek gösterilebilir.

c) Geleneksel yol ile FON sistemi arasında, mağdurun bir seçim yapmasının kabul edili pedilmemesi de tartışılmaktadır. Genellikle, FON'dan sağlanamayan zararların, geleneksel usuller içinde takip edilebileceği kabul edilmektedir. Hollanda sisteminde ise, genel usule başvurma halinde, FON'a başvurulamaması önerilmektedir. Avusturya 1979 da bu usulü kabul etmiştir.

d) Genellikle, sigorta şirketleri tarafından karşılanan zararların da FON tarafından karşılanmayacağı kabul edilmektedir. Bu husus özellikle trafik suçlarından doğan zararlar açısından söz konusudur.

Sosyal güvenlik kuruluşlarının ödeme yapması durumunda FON'dan istifade edilebilip edilemeyeceği de tartışmalıdır. Genellikle, zarar sebebiyle yapılan harcamaların bir kez ve tek kaynaktan karşılanması öngörülmektedir. Bu açıdan, diğer kaynaklardan sağlanan gelir ve ödemelerin, FON'dan verilecek tazminatın hesaplanmasında hesaba katılması genellikle kabul edilmektedir. Bununla beraber, İngiltere ve Kanada da, özel sigorta ödemeleri hesaptan düşülmemektedir. Avusturya'da ise, belirtilen durumda FON'dan yararlanmak olanağı yoktur.

e) Genellikle, suçtan zarar görene tazminat ödeyen FON'un, suçtan zarar görenin haklarına sahip olacağı ve suçluyu kovuşturabileceği kabul edilmektedir. Bu olanak İngiltere'de kabul edilme-

miştir. Fakat, bu hakkın FON'a tanınmasının suçlunun islahı açısından da yararlı olacağı belirtilmektedir. Bununla beraber, FON'un suç mağduruna halefiyeti durumunda, devletin suçlunun islahı amacıyla çok mali amaçlarla hareket etmesi tehlikesinin bulunduğu da ileri sürülmektedir. Nitekim, Yeni Zelanda da, halefiyetin suçlunun islahı dışında bir amaçla kullanılmayacağı kurala bağlanmıştır.

Halefiyet usulünün, ayrıca, bu hakkın kullanılması için mağdurun rızasının gerekli olup, olmadığı, mağdurun bu tür bir davaya iştirak edip etmeyeceği, bu tür bir davadan elde edilecek gelirin, ödenen tazminat üzerinde etkisinin ne olacağı gibi bir takım sorunlara yol açacağı da belirtilmektedir⁴⁹.

Şunu da belirtmek gerekir ki, genellikle, masraflarını öncelikle toptan ödenmesi ve diğer ödemelerin de aylık bağlama şeklinde gerçekleştirilmesi yerine, bir kez tazminat şeklinde tediyesi tercih edilmektedir.

E. FON'un yönetimi ve gelirleri

FON'un yönetimi ve gelir sağlanması açısından da değişik sistemler ve usuller görülmektedir. Genellikle, devlet bütçesinden söz konusu FON'a tahsisat yapılması, sistemi kabul edilmektedir. Özellikle, tazminatta konu olacak suçların ve ödenecek tazminatın sınırlandırılması durumunda, devletin bu tür ödemeleri karşılayabileceği konu olunmaktadır.

Kural böyle olmakla beraber, çalıştırılan suçluların gelirlerinden kesilecek kısımların, trafik sigortalarından alınacak payın, para cezalarından belirli bölümlerin, bu tür bir FON'da biriktirilmesi hususları da önerilmekte, yer yer uygulanmaktadır. Gelirin sağlanması, genellikle her ülkenin kendi bünyesine göre saptanmak gerekir⁵⁰.

49) Final Report, 20.

50) Örneğin, İtalya'da, "FON" un çalışan hükümlülerin kazançlarının onda üçünün tahsis edildiği "Cassa per il soccorso e l'assistenza alle vittime del delitto" diye isimlendirilen örgütlenmeye sağlanmak istenmektedir. Bu şekilde yan gelirlere de sağlanmasına çalışıldığı "FON" lar genellikle devlet'in bütçesinden ayrıldığı ödeneklerle gerçekleştirilebilmektedir.

Zarar giderim FON'larından genellikle, belirli uzmanların katıldığı "özel bürolar" şeklinde oluşturulduğuna da işaret etmek gerekir. Bu FON'ların adli yardıma yönelik faaliyet göstermesinden yana bir eğilim de mevcuttur.

Genellikle, bürolar suçun işlenmesi konusunda yetki sahibi olmayıp, işlendiği saptanan suçla ilgili zarar giderim işlemlerinde yetkilidirler.

Amerika'nın bazı eyaletlerinde, İngiltere'de, Kuzey İrlandada genel mahkeme kararları devlet sorumluluğu için yeterli sayılmakta ve idari büro bu karara göre karar vermektedir. Buna karşılık, Kana- danın bazı eyaletlerinde "zarar giderim komisyonu", Hollanda'da özel komisyon, genel mahkemelerin kararının yeniden incelenmesini talep hakkına sahiptirler.

Genel eğitim zararların gideriminde tazminatın tespitinde "özel büroların" görevli olması ve bu büroların yargıçlar ve doktorlardan oluşması şeklindedir. Hatta İngiltere'de "özel mahkeme" kurulması önerilmektedir.

Bu arada, suçtan zarar görenin kendisini idari büroda hukuken temsil ettirmesi ve bu hususta "adli müzaheretten yararlanması da bazı ülkelerde, bu arada Kanada'da kabul edilmektedir.

İdari Büroların delil toplamak, tanık dinlemek, uzmanlardan rapor istemek yetkilerinin kabulü de İngiltere'de olduğu gibi genellikle benimsenmektedir. Bu incelemeleri İdari Büro, İngiltere'de gizli olarak, Kanada'da ise cinsel suçlarla ilgili konular dışında, açık olarak yapmaktadır.

Tartışılan bir konu da, idari büroların kararlarına gerekçe gösterip göstermemesi ve yayınlayıp yayınlanmaması ile ilgilidir. Bu konuda, özellikle Kanada'da, değişik uygulamalar vardır. Bazı eyaletlerde, sadece "kanun yoluna" başvurulması halinde gerekçe göstermek zorunluluğu kabul edilmiştir.

Şunu da belirtmek gerekir ki, birçok ülkede kararlara karşı kanun yolu kabul edilmektedir. Bu tutum, kanun yoluna başvurma halinde, idari işlemin bir yargı kararı niteliği alacağı savına dayanmaktadır. Ayrıca, kanun yolunun yargı organı mı? üst idari organı mı? olacağı sorunu da doğmaktadır. Nitekim, İngiltere'de ilk karar

Büronun bir üyesi tarafından verilmekte, "kanun yolu" incelemesi ise üç üye tarafından yapılmaktadır.

Genellikle, FON'dan yararlanma, belirli bir süre içinde başvuruya bağlı kılınmıştır. Bu süreyi New York eyaleti 90 gün, diğer bazı Amerikan eyaletleri ise bir yıl olarak kabul etmiştir. Hollanda'da suçtan zarar gören olaydan itibaren altı ay, suçtan zarar görenlerin yakınları ise, ölümden itibaren altı ay içinde başvurmak zorundadırlar; herhalde, olaydan iki yıl geçtikten sonra, bir başvuru mümkün değildir. İngiltere'de belirli bir süre olmayıp, olaydan sonra mümkün olan çabuklukla başvurulması zorunluluğu söz konusudur. Buna karşılık, Kanada'nın bazı eyaletlerinde ve İsveç'te bu konuda süre kabul edilmemektedir.

Genellikle, kabul edilmek gerekir ki, FON uygulaması yeni yeni kurumsallaşmaktadır. Bu nedenle, idaresi, karar organları ve yargılama sulleri ile ilgili bir çok sorun henüz çözüme bağlanmamıştır. Örneğin, suçtan zarar görenin İdari Büroya yardımcı olmamasının sonuçları, delil toplama yetkisi ve yükümlülüğünün sınırları, yemin verme olanakları ve yalan yere yeminin sonuçlarının ne olacağı? büroların işlenen suçlar açısından yetki sınırlarının ne olacağı? sorunları henüz bir çözüme bağlanmamıştır.

TÜRKİYE'DE MAĞDURUN KORUNMASI İLE İLGİLİ KURALLAR

Türkiye'de geleneksel usullerin dışında tüm vatandaşlara yaygın bir koruma düzenlemesinin bulunmadığını saptamak gerekir. Sadece, bazı sosyal güvenlik kuruluşlarının bu konuda yükümlülükler yüklendikleri ve çok sınırlı olarak devletin de yükümlülük yüklendiği durumlar görülmektedir. Bu konudaki kuralları dört ayırım altında belirlemek yerinde olacaktır:

1 — Geleneksel doğrudan giderime yönelik kurallar

Geleneksel usuller içinde, yani suçtan zarar görenin kendi yükümlülüğü altında suçtan doğan kayıplarını gidermek olanağı, gerek TCK'da, gerek hususi hukuk alanında kabul edilmiş bulunmaktadır.

a) *Medeni Kanununun* 24. maddesi, kişisel çıkarlarına karşı saldırıda bulunulan kişinin, yargıçtan saldırının engellenmesini talep etmek ve yasanın olanak tanıdığı hallerde bu saldırılardan doğan maddi ve manevi tazminat taleplerini ileri sürmek hakkını taşımaktadır. Doğal olarak, kişisel çıkarlara karşı saldırılarla ilgili haklar sadece "suç" teşkil eden fiillerle, ilgili değildir. Fakat, suç teşkil eden saldırı fiilleri dahi söz konusu hükmün kapsamına dahildir.

MK'nun 24. maddesindeki "dâva hakkı" ve saldırıdan doğan tazminat olanakları ise Borçlar Kanunu tarafından düzenlenmiştir. BK'nun 41. maddesi, "haksız fiilleri" kasten veya ihmal ile haksız bir biçimde başkasına zarar verilmesine yol açan kişinin tazminat vermek yükümlülüğünü belirtirken, doğal olarak suç mağdurunun zararlarının giderilmesini öngörmüş olmaktadır. Her "haksız fiil" in suç olmamasına karşılık, her suçun bir haksız fiil teşkil etmesi, doğal olarak suçtan zarar görenin BK'nun 41. maddesine dayanarak tazminat talep etmek olanağını yaratmaktadır. Tazminatın belirli bir irat bağlanması şeklinde dahi olabileceği BK'nun 43. maddesi kabul etmiştir⁵¹.

Borçlar Kanunu, adam ölmesi ve "cismani zarar" halleriyle ilgili olarak da ayrı hükümler düzenlemiş bulunmaktadır. Bu durumda, cenaze masraflarının ve tedavi harcamalarının fail tarafından karşılanması BK'nun 45. maddesinde kabul edilmiştir. Aynı maddede, ölüm nedeniyle, ölenin yardımından yoksun kalanların dahi yoksun kaldıkları zararları talep etme hakları kabul edilmiştir. Aynı şekilde 44. maddeye göre, uğradığı cismani zarar nedeniyle tamamen veya kısmen çalışmamak durumuna düşenlerin de bundan doğan ve doğabilecek olan zararları da talep edebilmek olanağı kabul edilmiştir⁵².

BK'nun 49. maddesi de, ağır kusur ve ağır zararın bağlı olarak, suçtan zarar görenin manevi tazminat talep edebilmek olanağını dahi kabul etmiştir. 47. madde ise, ölüm ve cismani zarar hallerinde manevi tazminata hükmedilebilmesini daha geniş bir biçimde kabul etmiştir⁵³.

51) Bk. **Tekinay, S.S.**, Borçlar Hukuku, İstanbul 1979, 470 v.s.

52) BK'nun 45 ve 46. maddeleriyle ilgili olarak bk. **Tekinay, S.S.**, 490 v.s.

53) Bu konuda bk. **Tekinay, S.S.**, 523 v.s.

b) Bir açıdan genel hüküm niteliğinde olan, değindiğimiz MK'nun ve BK'nun hükümleri dışında, *Ceza Kanunu* da belirli hallerde suçlunun zararlarının gideriminin özel olarak kurala bağlamış bulunmaktadır. Gerçekten, TCK'nun 37. maddesine göre, bir suçtan dolayı ceza mahkûmiyeti, suçtan zarar görenin, suç failinin mallarının "istirdadını" ve ondan tazminat istemek hakkını ortadan kaldırmaktadır. TCK'nun 38. maddesine göre de, suçtan dolayı maddi bir zarar doğmasa dahi, mağdurun manevi tazminat talep edebilmek hakkı söz konusudur. Bu hüküm özellikle hakaret ve sövme suçları açısından geçerlilik payı taşımaktadır. Suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda, şerikler, suçtan doğan maddi ve manevi zararlarla ilgili olarak "müteselsilen sorumlu" sayılmışlardır. (TCK. 39)). Ceza Kanununun belirtilen hükümleri gereği, talep edilecek tazminata hak kazanmak, hususi hukuk kurallarına göre hükmedilebilecek malın iadesi, bedelin ödenmesi gibi yaptırımları da engellemektedir.

Şunu da belirtmek gerekir ki, suç teşkil eden fiil umumi af kapsamına girse dahi, kişinin suçtan doğan zararlarının giderilmesini talep etmek oalnağını ortadan kaldırmamaktadır. Ceza Kanunu, belirli suçlar açısından tazminata hükmedilebileceğini ise ayrıca vurgulamıştır. Örneğin, TCK'nun 424. maddesi, ırza tecavüz, ırza tesaddi, sarkıntılık ve söz atma fiilleri ile ilgili olarak, suç failinin, suçtan zarar görenin toplumsal durumuna ve tecavüzün etkenliğine göre tazminata da mahkum edileceğini belirtmektedir. Böylece, ceza hükmü ile, tazminata hükmedilmiş olmaktadır. Benzeri bir hüküm de TCK'nun 447. maddesinde, adam öldürme ve müessir fiil suçları için yer almış bulunmaktadır. Ayrıca dava ikame edilmesi durumunda, belirtilen fiillerden dolayı maddi ve manevi zararın tazminine hükmedilebileceği 4671 maddede belirtilmektedir. Gerçekte bu hüküm, BK'nun, yukarıda belirtilen 45-47. maddeleriyle birleşmektedir ve gerçekte varlığı zorunlu olmayan bir kuraldır⁵⁴.

CMUK'nun 103. maddesi de, hükme hacet olmaksızın kişiden suç sebebiyle alınmış olan eşyanın mağdura verileceğini belirtmektedir.

c) Suçtan veya haksız fiilden doğan tazminat haklarının hükme bağlanması durumunda, bu hükmün geçerliliğini sağlayabilmek

54) Bu konuda bk. **Dönmezer**, Kişilere ve Mala karşı cürümler, İstanbul 1977, 135.

yönünden, belirli durumlarda genel sorumluluk kurallarından dahi sapma yoluna gidilmiştir. Diğer bir deyişle, zarar tehlikesinin fazla olduğu bazı fiiller için “kusursuz sorumluluk” ve “üçüncü şahsın fiilinden sorumluluk” halleri düzenlenmiştir⁵⁵.

Adam çalıştırmanın sorumluluğu, Tüzel kişilerin organlarının fiilinden doğan sorumluluğu, hayvan tutucusunun sorumluluğu, bina yapımından doğan sorumluluk, temyiz kudreti olmayanların işlediği fiillerden doğan sorumluluk, motorlu taşıt aracı sahibinin sorumluluğu, iş kazalarından doğan işverenin sorumluluğu, ceza hukuku alanına giren fiillerden doğabilecek maddi ve manevi zararın tazminini de ilgilendiren, kusursuz üçüncü şahsın fiilinden sorumluluk durumlarına örnektir.

Hatta, pek istisnai hallerde ceza hukukunu da ilgilendirebilecek durumlar da vardır. Tapu, ticaret ve gemi sicillerinin hukuka aykırı tutulmasından, icra iflas memurlarının kusurlarından dolayı dolandırıcılık ve hileli iflas gibi suçların işlenmesi olanağı vardır. Bu durumlarda, suç mağdurunun zararının devletçe giderilmesi söz konusu olabilecektir.

Ayrıca, TCK'nun 455. maddesi de taksirle adam öldürme ve taksirle müessir fiil suçlarında istihdam edilen kişi tarafından işlenmesi durumunda tazminattan istihdam eden kişi veya şirketin de sorumlu olacağını belirtmiştir.

d) Suçtan zarar görenin zararlarının giderilmesi açısından yarıya başvurmak hakkı yönünden suçtan zarar görenin, bir açıdan seçimlik hakkı söz konusudur. Gerçekten, suçtan zarar görenin zararlarının tazmini için Hukuk mahkemesinde ayrıca dava açmak hakkı söz konusu olduğu gibi, ceza mahkemesinden talepte bulunmak olanağı da vardır.

Gerçekten, CMUK'nun 365. maddesine göre, suçtan zarar görenin tahkikatın her döneminde davaya müdahale ederek “şahsi haklarını” talep edebilmek hakkı söz konusudur. Aynı şekilde, CMUK'nun 344. maddesinde belirtilen suçlar açısından, suçtan zarar görenin şahsi dava açmak hakkı söz konusudur. Şahsi dava açan suçtan

55) Bu konuda bk. **Tandoğan, H.**, Kusura dayanmayan sözleşme dışı sorumluluk hukuku, Ankara 1981, 14 v.s.

zarar gören, şahsi haklarının neden ibaret bulunduğunu da belirterek talepte bulunabilir. Mahkeme, mahkumiyet hümiyle beraber "şahsi hak" talebi ile ilgili olarak da karar verebilir. Sadece, CMUK'nun 358. maddesine göre, zararın varlığını ve tutarını saptamak duruşmanın uzamasına yol açacak oranda incelemeyi gerektireceği anlaşıldığında, mahkeme "şahsi hak talebine karar vermeyerek hukuk mahkemesine müracaat edebileceği hususunda hükme varabilir⁵⁶.

2 — Dolaylı zarar giderim usulleri

Türk Ceza Kanunu mağdurun zararının giderilmesine yönelik, kolaylaştırıcı dolaylı giderim usullerini de getirmektedir. Bunların başlıcalarını şöylece sıralayabiliriz:

a) Mal aleyhine suçlarda alınan eşyanın veya bedelinin mağdura verilmesi, zararın tazmini TCK'nun 524. maddesine göre hafifletici sebetir.

b) Cezanın infazının tecili, TCK'nun 93. maddesine göre, mağdurun zararlarının tazmin edilmesi koşuluna bağlanabilir.

c) Kasıtlı suçlarda altı aya kadar olan hürriyeti bağlayıcı cezaların, taksirli suçlarda ise tüm cezanın, mağdurun zararını karşılayacak "aynen iade ve tazmin" yoluyla ortadan kaldırılabilmesi olanağı 647. Sayılı Kanununun 4/2. maddesiyle kabul edilmiş bulunmaktadır.

d) 647 Sayılı Kanununun 19. maddesine göre Şartla Salıverilmenin uygulanabilmesi, hükümlünün olanakları oranında suçtan zarar görenin zararlarını karşılamış olması koşuluna bağlanabilmektedir.

e) TCK'nun 121-124. maddeleri, belirli koşullarla "memnu hakların iadesine" karar verilebileceğini belirtmiştir. Memnu hakların iadesi usulu, CMUK'nun 416 v.s. maddelerinde düzenlenmiştir. CMUK'nun 417. maddesine göre, memnu hakların iadesi için başvurulabilmesi, hükmedilmiş olan şahsi hakların ödenmiş olması koşuluna bağlıdır⁵⁷.

56) Bu konuda bk. **Kunter, N.**, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1979, no. 110. - Ayrıca bk. **Yurtcan, E.**, Şahsi Dava, İstanbul 1977.

57) Bk. **Kunter, N.**, no. 508.

3 — Sosyal güvenlik kuruluşlarının zarar giderimi

Türkiye’de çalışanların toplumsal güvenliğini sağlamak açısından üç kurum söz konusudur. Bunlar “Emekli Sandığı”, “Sosyal Sigortalar” ve “Bağ-Kur” olarak belirmektedir. Bu kurumların kanunlarında, bir ölçüde suçtan zarar görenin zararlarının giderilmesine yönelik normlar bulunmaktadır. Gerçekten, genellikle, bu kurumlara bağlı bulunanlar belirli koşullarla, ölüm, işgöremezlik ve hastalık hallerinde sosyal yardım alabilmektedirler. Belirtilen sosyal yardımların, üçüncü şahıs durumundaki faillerin yarattıkları zararlarla ilgili olarak da ödenmesi mümkündür. Sadece bu konuda şunu belirtmek gerekir ki, belirtilen yardımlar, ölüm, hastalık ve iş görememezlik durumlarıyla ilgili olduğu için, ancak adam öldürme, müessir fiil ve benzeri şiddete dayanan suçlar açısından geçerli olabilmektedir. Ayrıca, bu yasalardaki sistemler genellikle, çalışanın görevi ile ilgili olduğu için, genel zarar giderimi tam bir sisteme oturmamıştır.

Sosyal Sigortalar Kanunu, ölüm, işkazası, meslek hastalığı hallerinde, gelir bağlanması veya masrafların karşılanması şeklinde sosyal güvenlik tedbirleri almış bulunmaktadır. Hatta, ana babaya, eş ve çocuklara gelir bağlanması dahi kurala bağlanmıştır. Kanununun 26. maddesi, bu türden ödemelere işverenin sebebiyet vermesi durumunda, tüm ödemelerin kasten veya taksirle hareket eden işverenden alınacağı hükme bağlanmıştır. Aynı maddenin son fıkrasına göre ise, söz konusu ödemelere üçüncü şahsın fiilinin sebebiyet vermesi durumunda, Kurum’un üçüncü şahsa rücu etmek hakkı da mevcuttur. Sosyal Sigortalar Kanununun 39. maddesinde de, üçüncü şahsın suç sayılan bir fiiliyle hastalık sigortası hükümlerinin işlemesi durumunda, Kurum’un bu kişiye rücu edilebileceği belirtilmiştir. Bu “halefiyet” hakkı olarak belirmektedir. Buna karşılık, ölüm sigortası ile ilgili olarak aynı hüküm açık bir biçimde belirtilmemiştir. Fakat, genel hükümlere göre Sosyal Sigortalar Kurumunun ölüme yol açan fiille, yol açan faile rücu imkanı mevcut bulunmamaktadır kanısındayız⁵⁸.

1479 Sayılı Bağ-Kur Kanunu ise, “ölüm sigortası” ile ilgili hükümler mevcut bulunmaktadır. Gerçekten, Kanununun 41. maddesi,

58) Bu konular için bk. Çemberci, M., Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1977, 385 v.s.

hangi hallerde ölüm sigortası ödeneceğini belirtmektedir. Ayrıca, sigortalanın cenaze masrafları da ödenmektedir. Kanunun 56. maddesine göre "malûllük" aylığı bağlanması olanağı da vardır.

1479 Sayılı Kanun, 63. maddesinde ise, konuyla ilgili olarak üçüncü şahsın sorumluluğunu saptamıştır. Bu maddeye göre, "üçüncü kişinin suç sayılan hareketi ile" kanunda sayılan yardımların yapılmasını gerektiren bir halin doğması durumunda, Kurum sigortalıya gereken tüm yardımları yapacak ve bu yardımlar için sigortalıya rücu edebilecektir.

Emekli Sandığı Kanununun 129. maddesine göre, malûl duruma düşmek veya ölüm sebebiyle dul ve yetim aylığı bağlanması durumunda, fiilden zarar görenin fail aleyhine açacağı davaya Emekli Sandığının da müdahale hakkı mevcut bulunmaktadır. Sandık, dul ve yetimler yerine doğrudan dava açmak hakkına da sahiptir. Kovuşturma sonunda tazminat tahsil edildiğinde, mahkeme masraflarıyla beraber, bağlanan aylığın beş yıllığı, "toptan ödeme" halinde de bunun yarısı Sandık tarafından alınır ve gerisi zarar görene ödenir.

Aynı maddeye göre, failer, Sandık iştirakçisi olmaları durumunda davanın sonuna kadar bunlara ödeme de yapılmamaktadır.

Sadece 77. maddede kendisine aylık bağlanacak kişinin, emekli sandığına bağlı kişiyi öldürmesi veya öldürmeğe teşebbüs etmesi durumunda aylığa hak kazanamayacağı belirtilmiştir. Aynı husus adi, vazife malûllüğü durumları için de söz konusudur. Ölüme bağlı bir tasarrufla MK'nun hükümlerine göre mirastan iskat edilenlere de aylık bağlanması olanağı, aynı maddeyle kaldırılmıştır.

Sosyal güvenlik yasalarıyla kurulan bu sistem çerçevesinde, bazı saptamalar yapılabilmesi mümkündür:

a) Belirtilen güvenlik yasaları, sadece bu yasalara bağlı kişilerin mağdur durumuna girmesi halinde bir güvence sağlamaktadır. Tüm yurda yaygın bir sistem kurulmuş değildir.

b) İşgüvenliğine aykırılıktan doğan iş kazası, meslek hastalığı ve ölüm halinde, işverenin mali sorumluluğu kabul edilmiştir.

c) Buna karşılık, işgüvenliği ile ilgili olmayan ölüm ve malûllük hallerinde sigorta sistemlerinin işleyebilmesi, mağdurun belirli

primleri ödeyip, bu imkanlara kavuşması koşullarının varlığı ile sınırlandırılmıştır.

d) Koşulların varlığı durumunda, yardımın yapılması ve sigortaların mağdura halef olabilmesi sistemi yerinde olarak kabul edilmiştir.

e) Uygulamada, genel giderim yollarının semere vermesi ve failin tazminata mahkum olması durumunda, güvenlik kanunlarının sağladığı haklar, faile hükmedilecek tazminattan düşülmekte, böylece çift kaynaklı yardım sağlamak olanağının sınırlandırılması yoluna gidilmektedir.

f) Yapılan yardımlar ise miktar olarak sınırlıdır.

4 — *Devletin tazminat giderim yükümlülüğünü yüklediği hal-ler*

Esas itibariyle devletin suç mağdurunun zararını gidermek konusunda yükümlülük üstlendiği bir sistem, tüm ülke çapında ve herkes için geçerli bir biçimde ülkemizde sistemleştirilmemiştir. Her ne kadar, 3634 sayılı "Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu" nun 62 v.s. maddeleri manevralarda kişilere ve mallarına verilecek zararların devletçe giderilebileceğini hükme bağlamışsa da, bu durumda hem fiil vazifesinin ifası sebebiyle olduğundan hukuka uygundur, hem de esasen zararı yaratan devlet olduğu için, devletin kendi fiilini tazmini söz konusu olmaktadır. Bu açıdan, mantığı ve nedeni ayrı bir düzenleme olarak gözükmemektedir⁵⁹.

Aynı mantık içinde, 6326 Sayılı Petrol Kanununun 86. maddesinin öngördüğü, petrol araştırmaları sebebiyle verilen zararların giderilmesi sistemi de, mağdurun korunması düzenlemesi çerçevesinde düşünülemez.

Devletin, işlenen şiddet fiilleriyle kişinin mağdur duruma düşüp, zarar görmesi halinde tazmin yükümlülüğü, belirli görevlerde çalışan devlet memurları için değişik kanunlarla kabul edilmişti. Gerçekten, 29 Mayıs 1929 tarih ve 1475 Sayılı "Nakdi Tazminat Kanunu", 1918 Sayılı "Kaçakçılığın Men ve Takibine dair Kanun'a ek-

59) Bk. Tandoğan, H., 30-31.

lenen ek madde, 2298 Sayılı 1980 yılı bütçe Kanununun 49. maddesi ve 3201 sayılı "Emniyet Teşkilatı Kanununu" 19.2.1980 tarihinde değiştiren 2261 Sayılı Kanunla değişik 86/C maddesi, kaçakçılığın, suçluların takibinde ve özellikle anarşik olaylarla mücadele ölenlerin yakınlarının zararlarının giderimi konusunda Devlet yükümlülük üstlenmişti.

3.11.1980 tarihinde kabul edilen "Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun" tüm konuyla ilgili diğer yasaları yürürlükten kaldırmış ve gerekli kuralları tek bir yasa içinde toplamıştır.

Yasanın 1. maddesine göre, "barışta güven ve asayişini korumak, kaçakçılığı men ve takip ve tahkikle görevli olanların bu görevlerinden dolayı ya da görevleri sona ermiş olsa bile yaptıkları hizmet nedeniyle derhal veya bu yüzden maruz kaldıkları yaralanma, hastalık sonucu, ölmeleri veya sakat kalmaları halinde ödenecek nakdi tazminat ile bağlanacak aylığın ve bu yüzden yaralanmaları halinde ödenecek nakdi tazminatın esas ve yöntemlerin düzenlenmesi amacıyla" çıkartılan 2330 Sayılı Yasanın temel ilkelerini şu şekilde sıralamak mümkündür:

a) Yasa, belirli hizmet dilimlerinde görev görenlerle ilgilidir. Jandarma Genel Komutanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü, Silahlı Kuvvetler mensupları, MİT mensupları, çarşı ve mahalle bekçileri, gümrük muhafaza memurları yasadan yararlanabilmektedirler. Ayrıca, güvenlik ve asayişini ihlal edenlerle ve kaçakçılıkla ilgili tahkikatı yürüten hakim ve savcılar; olay sırasında görev yapan mülki idare amirleri; ceza ve tutukevinin iç ve dış güvenliğini sağlamakla görevli personel; konuyla ilgili olarak görevlendirilmiş kamu görevlileri ve siviller de yasa kapsamındadır.

b) Yasa, şiddet sonucu ölüm halinde yakınlarına, hastalanma ve malül kalma durumunda ise görevliye nakdi olanaklar sağlamaktadır.

c) Sakatlık halinde sakatlığın yüzdesiyle oranlı tazminat ödenmektedir.

d) Ölüm halinde de, ölenin mirascılarına gelirin dışında tazminat ödenmektedir.

e) Sosyal güvenlik yasalarına bağlı olanlara, malül aylığı bağlanmakta ve bu aylık mirascılarına da geçmektedir.

f) Sosyal güvenlik kuruluşlarına bağlı olmayanlara da, bu kuruluşlara bağlı olanlara ödenen aylıklar belirli koşullarla yine kuruluşa bağlı olmayan kişilere ödenmektedir.

g) Görevden ayrılmış bulunanlar için dahi, görev sebebiyle aynı fiile maruz kalmaları görevde olanlara yapılan ödemelerin bunlara da yapılmasına ve emekli aylıklarının yükseltilmesine neden olmaktadır.

h) Bağlanacak aylık ve ödenecek tazminat, fiil sebebiyle uğranılan zararın maddi ve manevi zararların karşılığıdır. Bu açıdan, Yargı mercilerince hükmedilecek tazminatlarda Devletçe ödenenler de gözönünde bulundurulacaktır.

i) Bu yasa çerçevesinde ölenlerin çocukları da devletçe okutulacak ve ücret alınmayacaktır.

j) Bu yasaya göre ödenen tazminat ve aylıkların, Sosyal güvenlik kurumlarına göre ödenmesi gerekeni aşan kısımları, bu kurumlarca ödenip, devlet hazinesinden tahsil edilecektir. Geçmişe şamil olarak kabul edilmiş yasa hükümlerinin uygulanmasında, failin bulunup, bulunmaması veya mahkumiyeti gibi koşullar gözönünde bulundurulmamıştır.

k) Ayrıca, fiili zarar değil, zarar ne olursa belirli bir ödeme yapılmaktadır.

SONUÇ

Toplumda özellikle "kara noktaların" değişen yapı nedeniyle giderek gelişmesi, yaygınlaşan şiddet olaylarının daha kapsamlı zararlara yol açması, mağdurun zararının giderilmesi konusunu gündeme getirmiştir. Gündemde olan bu konu ile ilgili sorunların çözümü, eninde sonunda, devletin zararların giderilmesiyle ilgili sorumluluklar yüklenmesine ulaşmaktadır. Her ülkenin kendi koşullarına göre, değişik biçimlerde sistemleştirdiği düzenlemeler çerçevesinde, devlet, bir açıdan, fail yerine mağdurun zararını gidermek durumunda kalmaktadır. Bu noktaya varılmakla sorunların da sona erdiği sanılmamak gerekir. Gerçekten, bir yandan suçlunun yeniden topluma kazandırılması amacını güden devletin, güttüğü bu amaç-

la çelişik bir biçimde, mağdurun zararlarını giderme düzenlemelerine de girişmemesi gerekmektedir. Bu açıdan, faili topluma kazandırıcı önlemleri ve yasal düzenlemeleri yapmak görevi ile, suç mağdurunun zararlarının giderilmesi yükümlülüğü arasında bir dengenin, birbirini tamamlayan sentezin gerçekleştirilmesi geerklidir. Uluslararası ilgili kuruluşların, yasama organlarının, bilim adamlarının çabası da, dengeyi kuracak sentezin ilkelerini saptamağa yöneliktir.

Mağdurun zararlarının giderilmesi sorunu, genel olarak "victimoloji" alanındaki gelişimler içinde çözüme bağlanabilecektir. Suçu, dinamik, toplumsal yapı ve kişisel ilişkiler bütünü içinde ele alıp, devleti salt cezalandırmakla görevli bir güç olmaktan çıkartıp, suçu mağdur ile failin ortak bir üretimi olarak görmeğe yönelindikçe, suçlunun topluma kazandırılması görev ve amacıyla, mağdurun zararının giderilmesi yükümlülük ve gereği arasında gerçekçi bir denge kurulabilecektir. Sorun, bir açıdan, "suç" kavramına bakış açısına bağlıdır. Suçu, kuru ve katı bir hukukçu mantığıyla, bir takım soyut normlara aykırılık olarak görmek gelenek, alışkanlık ve kolaylığından kaçınıp, toplumsal hareket ve dinamiğin bir sonucu saymağa yöneldikçe, bu olgu daha geçerli bir biçimde davranmış olabilecektir. Ancak, soruna bu açıdan yaklaşıldığında, suçu önlemek, suçla savaşılabilmek, suçun yaratacağı olumsuz sonuçları öleneyebilmek açısından ip uçları yakalanabilecektir. Bu anlayış çerçevesinde, ceza hukuku niteliğini ve içeriğini değiştirmekte, normatif ve soyut hukuçuluğun yerini, sorunu ayakları yere basan, dinamik, fonksiyonel, normları amaca uygun bir biçimde kavrayabilip, yorumlayan hukuçuluk almaktadır. Bugün için, ceza hukukçusu, normlar karmaşası ve kalabalığı ile uğraşan kişi olmaktan çıkmakta, toplumsal hastalıklara içinde suç olgusunu "teşhise" ve "tedaviye" yönelen kişi olmaktadır. Ceza hukukundaki bu olumlu ve fonksiyonel değişimden, uğraşısı ceza hukuku olan bir öğretici olarak mutluluk duyduğumuzu belirtmek isteriz.

Mağdurun zararlarının giderimi ve genelinde, suça mağdur açısından da yaklaşım gerekliliği sorunu, olayı "sosyalleşme" çerçevesinde görmek anlamını taşımaktadır. Bu anlayış açısından ve belirtilen dengeyi kurmak yönünden devletin mağdurun zararını giderim yükümlülüğünü, onun sorumluluğunu paylaşmak veya yükümlülüğü suçtan doğan devletin sorumluluğunun bir sonucu olarak ka-

bul etmemek gerekir. Bu açıdandır ki, genellikle, devletin suça karşı bir toplumsal güvenlik sistemi oluşturmak açısından "mağdurun zarar giderimini" yüklediği kabul edilmektedir. Bunun doğal sonucu ise, zarar gideriminin sınırlı bir biçimde kabul edilmesi, devletin suç failini takip yetkisini kazanabilmesi açısından suç mağduruna halef olarak kabul edilmesi ve zarar giderimine konu olabilecek suç türlerinin belirliliği ilkelerinin sistemleştirilmesidir.

Zarar gideriminde devletin yükümlülüğü açısından bir iki noktayı daha vurgulamak gerekir. Devletin değişik organlarının verdiği zararlardan, kısaca "hizmet kusurundan" dolayı sorumluluğu ile, suç failinin fiilinden dolayı sorumluluğunu birbirinden ayırmak gerekir. Birinci durumda, bir açıdan, devlet kendi haksız fiilinden, fonksiyonlarını gerçekleştirmekteki hatalardan doğan zararları tazmin durumunda kalmaktadır. Buna karşılık, suç failinin yarattığı zararı tazmin yükümlülüğünü kabul eden devlet, adeta "üçüncü şahsın fiilinden sorumlu" tutulmuş olmaktadır. Bu sorumluluğun temeli de, devletin o ülkede yaşayanlara, özellikle yaşamlarıyla ilgili bir güvenlik sağlamak sorumluluğunun sonucudur. Örneğin "haksız tutuklama halinde tazminat" devletin kendi fiilinden doğan sorumluluğunun sonucudur. Buna karşılık, yararlanan bir kişinin hastahane masraflarının devletçe ödenmesi durumunda, suç faili yerine devlet tazmin yükümlülüğünü yükümlenmekte ve mağdura halef olmaktadır. Bir örnek daha vermek gerekirse, örneğin, polisin bir fiilinden bir vatandaşın zarar görmesi durumunda, "hizmet kusuru" sebebiyle zarar ödendiğinde devlet kendi fiilinin sorumluluğunu yüklenmektedir; buna karşılık polisin hukuka aykırı fiilinin sonucunda doğan zarar tazmin edildiğinde, mağdurun korunması söz konusu olmaktadır.

Diğer vurgulanması gereken nokta, "mağdurun korunması" sisteminin, geleneksel usuller dışında düşünülmesi gereğidir. Gerçekten, geleneksel usullerin yetersizliğinin yarattığı gereksinimler, "mağdurun korunması" sorununu ve devletin "zarar giderme yükümlülüğünü" yaratmıştır. Yeni gereksinimlerin yarattığı bu yeni müesseselerin, gereksinimlerin mantığı çerçevesinde düşünülmesi ve sistemleştirilmesi gerekir. Bu açıdandır ki, mağdurun zarar giderim ölçülerinin, usullerinin, kapsamının gereksinimler çerçevesinde düzenlenmesi zounludur. Örneğin, zarar gideriminin klasik ölçüler dışın-

da bir yargılama konusu olması, belirli zararların giderilmesi, mağdurun kusurunun etkenliği, mağdurun ekonomik durumuna göre sonuca varılması, sisteminin mantığının doğal sonuçlarıdır. Mağdurun zarar gideriminde yükümlülüğün devletçe belirli ölçüler içinde kabul edilmesi, yukarıda değindiğimiz “denge-sentez”in kurulabilmesi açısından kabulü gereken ilkelerdir. Gerçekte, sorun tüm olarak ele alındığında, denge, gereksinmelerin gereğinin yerine getirilmesiyle sınırlı kalınmasında kurulabilmektedir.

Türkiye açısından soruna baktığımızda, suç mağdurunun zarar giderim yükümlülüğünün sınırlılığı görülecektir. Gerçekten, sosyal güvenlik yasalarının yukarıda belirttiğimiz sınırlı zarar giderim usulleri dışında, devletin zarar giderim açısından, yükümlülük açısından çok sınırlı davrandığı açıktır. Özel sigortaların da, özellikle şiddet olaylarını sigorta kapsamı dışında tutmaları, ülkemizde mağduru geleneksel yollarla baş başa bırakmaktadır. Türkiye’deki şehirleşme patlamasının, gerekli olanakların sınırlılığı giderek davaların uzaması sonucunu yarattığına göre, mağdurun zarar giderim olanakları da gittikçe sınırlı bir duruma gelmektedir. Bu açıdan, yargı yollarının tıkanıklığı, geleneksel usullerin yetersizliğini artırdıkça, mağdurun zarar giderimi açısından devletin yükümlülük yüklenmesine olan gereksinmeler de gittikçe güçlenmekte, belirgin duruma gelmektedir. Nitekim, kabul edilen 2330 sayılı yasa, bu gereksinmenin bir ürünüdür, fakat, çok sınırlı bir ürünüdür.

Avrupa Konseyi üyelerinin “mağdurun zararının gideriminde devlet yükümlülüğü” sistemine gittikçe eğilip, sistemi düzenli bir biçime getirmeğe çalıştıkları bir dönemde, ülkemizin bu konuda çok sınırlı bir anlayış içinde kalması elbette düşünülmemek gerekir. Yargılamanın çok uzun sürdüğü ülkemizde ne “geleneksel usuller”, ne de “dolaylı giderim usulleri” gereksinmeleri karşılayamamaktadır. Ülkemizde de bu yolda çalışmalara girişilmesi, mağdurların kendi kaderleriyle baş başa kalmak durumundan kurtarılmasına yönelinmesi bir zorunluluk olarak belirmektedir.