

CEZA MUHAKEMELERİ USULÜ KANUNUNUN BAZI MADDELERİNİN DEĞİŞTİRİLMESİ İÇİN HAZIRLANAN ÖNTASARININ BEŞİNCİ KİTABA TAALLÜK EDEN MADDELERİ HAKKINDA MÜTALÂALAR

Doçent Dr. Nurullah Kunter

Adalet Bakanlığı, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesi için kurduğu Komisyonun 1946 yılı sonlarında meydana getirdiği ön tasarı hakkındaki mütalâalarını sayın Hocamız Ord. Prof. Tahir Taner'den sormuştu. Üstadımız, öntasarının şahsi dâva ve müdahale yoluyla dâvadan bahseden beşinci kitaba taallük eden hükümlerinin tetkikini bize bırakmış ve nâçiz mütalâalarımızı, kendilerinkilerle birlikte, Bakanlığa sunmuştur. Bunun üzerine yeni bir komisyon tarafından hazırlanan bir tasarı Adalet Dergisinin 1948 yılı 4. sayısında yayınlanmıştır.

Üstadımızın mütalâaları, mecmuamızın geçen sayısında neşredilmiş bulunmaktadır. Beşinci kitap hakkında tarafımızdan dermeyan edilmiş olan mütalâaların da neşrinin faydalı olabileceğini düşünmekteyiz.

BİRİNCİ FASIL

Ş A H S İ D Â V A

1) METİN

Ön tasarıda bu fasla ait hükümler şunlardan ibarettir:

Madde 344

344 üncü maddenin bendleri takip eden fıkrası kaldırılmış, maddenin sonuna şu fıkra eklenmiştir:

(Mümeyyiz olmıyan kasırlarla mümeyyiz olan küçükler aleyhinde işlenen suçlar hakkında bu fasıl hükmü cereyan etmez. Kanunî mümessillerinin veya kendilerinin şikâyetleri üzerine C. Savcılığınca umumî hükümler dairesinde takibat yapılır.)

Madde 346

346 ncı maddenin sonuna şu fıkra eklenmiştir:

(Kamu menfaati görülerek C. Savcılığınca açılan dâvalarda bu fasıl hükümleri tatbik edilmiyerek umumî hükümler cereyan eder ve şahsi

dâva yolu ile mahkemeye müracaat etmiş olan dâvacının sıfatı müdahilliğe döner.)

Madde 347

347 nci madde şöyle değiştirilmiştir:

(Şahsi bir dâva üzerine açılan dâvaya C. Savcısı iştirake mecbur değildir.)

C. Savcısı şahsi yolla açılmış olan dâvanın her halinde ve hüküm kat'ileşinceye kadar sarih bir beyan ile dâvaya iştirak edebilir. C. Savcısının mücerret hükümlere karşı kanun yoluna müracaat etmesi iştirak teşkil etmez.

Dâvaya iştirak eden C. Savcısı sonradan bundan vazgeçemez.

C. Savcısının iştirakinden sonra evvelki maddenin ikinci fıkrası hükmü câri olur).

Madde 350 ve 352

350 nci maddedeki (sulh hâkimine veya sorgu hâkimine) ibaresi (*dâvayı görmeğe yetkili yargıca*) ve 352 nci maddedeki (sorgu veya sulh hâkimi) ibaresi (*yargıç*) olarak değiştirilmiştir.

Madde 353

353 üncü maddenin ikinci fıkrası şöyle değiştirilmiştir:

(Şahsi dâva yoluyla görülen işler, duruşmalarında C. Savcısının huzuru şart olan işlerle birleştirilemez).

Madde 357

357 nci maddenin birinci fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir:

(Bu dâva istidasının sureti celse içinde diğer tarafa verilir ve ayrıca celpname çıkarılmaz).

Madde 359

359 uncu madde şöyle değiştirilmiştir:

(Dâvanın tahkik ve tetkikinden sonra mahkeme sabit addedilen vakıaların bu fasılda münderiç muhakeme usulü tatbik olunmayacak suçlardan bulunduğunu görürse bu sebepten dolayı usule ait muamelelerin durdurulmasına hükmeder ve umumî hükümler dairesinde dâva açılmak üzere dosyayı C. Savcılığına verir.)

Madde 362

362 nci madde şöyle değiştirilmiştir:

(Şahsî dâva yolu ile açılan davalardan vazgeçme halinde sanığın bunu kabul etmesi şart değildir.

Vazgeçilen dâva bir daha açılmaz.)

II) MÛTALÂA

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun tâdili hakkındaki öntasarının bazı maddeleri şahsî dâvaya taallûk etmekte ve bu yolun ne şekilde ıslah edileceğini göstermektedir. Bu arada 344 üncü maddeye eklenen bir fıkra ile, «müphem» bir tâbir olan «kamu menfaati» nin geniş ve yersiz takdirlere yol açtığı, dâvasını takip kudretinden mahrum olan küçükler ve mümeyyiz olmıyan kasırlar aleyhindeki suçların takibinde kamu menfaati bulunduğu muhakkak olduğu halde tatbikatta C. Savcılarının çok defa kamu menfaati görmedikleri gerekçesile, bu kimseler aleyhine işlenen suçlarda savcılara bu menfaati takdir hakkının verilmemesini ve bu suçların faileri hakkında ancak kamu davası açılabilmesini temin eden bir hüküm sevk edilmiş bulunmaktadır. Bu gerekçeyi ve değişikliği çok haklı ve çok yerinde fakat noksan bulmaktayız. Aşağıda mufassalan arzedeceğimiz sebeplerle, şahsî dâva başlıklı bir etüdümüzde de¹ belirttiğimiz gibi, daha ileri gidilmesini ve bütün suçların takibinde kamu menfaati bulunduğu mülâhasasile şahsî dâvadan bahseden faslın büsbütün kaldırılmasını teklif ediyoruz. Sayın hocamız Ord. Prof. Tahir Taner'in de «şahsî dâva yolu ile takip» usulünün büsbütün ilgasının muvafık olacağı kanaatinde bulunduğunu² belirtmek isteriz.

Suç dolayısıyla ceza vermek, cemiyete düşen bir vazife olduğu için ceza dâvasını açmak da Devlete ait olmak lâzımgelirken bunun istisnaen de olsa fertlere bırakılmasının hikmetini araştırırsak görürüz ki şahsî dâvanın kabulü çeşitli sebeplere dayanmaktadır. Fakat bu sebeplerin esaslı bir tahlili, memleketimiz için bunların varit olmadığını göstermektedir.

1) Tarihi sebep varit değildir.

Bilindiği gibi, ceza usulü ithamî sistem ile başlamıştır. Dâvayı açan, suçtan zarar görendir. Ceza dâvası âdeta bir hukuk dâvası gibidir. Suç

¹⁾ KUNTER (Nurullah): *Şahsî Dâva*, Adalet Dergisi, 1944, II, 146.

²⁾ TANER (Tahir): *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesi için hazırlanan ön tasarıya ait mülâhazalar*, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1948, I, 122.

tamamen hususidir ve intikam esasına dayanır. Sonradan cemiyetin menfaatlerini ihlâl ettiği görülen suçlara «kamu suçları» denilmiş ve bunların takibi fertlere bırakılmıyarak dâvanın, cemiyeti temsil eden savcılar tarafından açılması sistemi kabul edilmiştir. Bu sistem müteaddit değişikliklerden geçerek bugünkü şeklini almıştır. Asırlar boyunca süren bir tekâmül neticesinde bugün bütün suçların kamu suçları olduğu kabul edildiği halde, dâva bakımından aynı tekâmül merhalesine varılamamış ve bir kısım suçlar hakkında yine fertlerin ceza dâvası açıp takip etmesi sistemi muhafaza edilmiştir. Mamafî kanunlarında şahsî dâvayı muhafaza edenler an'aneye çok sadık olan Anglosakson memleketleri ve İspanya ile Almanya'dan ibarettir. Suçtan zarar görenin açtığı ve takip ettiği bir şahsî dâva bugün bir çok Devletlerin meçhulüdür. İtalya, Fransa, Portekiz, Japonya, Arjantin ve bir çok İsviçre kanunları misal olarak gösterilebilir. Fransa ve Hollanda'da suçtan zarar görenler bazı kayıt ve şartlarla ceza dâvasını harekete getirebilirler. Fakat bu dâva şahsî dava değildir, çünkü açılan ceza dâvasını savcı takip ile mükelleftir ve dâvayı açan müdahil durumundadır.

Bu tarihî sebebin memleketimiz için varit olacağı iddia edilemez. Kaldı ki ithamî sistemi yani şahsî dâvayı bugün en ileri şekilde kabul eden İngiltere'de bile bazı suçlar için istisnalar kabul edilmiştir. Meselâ matbuat yoluyla vâki hakaret suçlarında dâva açılması için önceden bir yargıcın müsaadesini almak icap etmektedir (Law Libel Amendment Act 1888).

2) Hakaret ve söğme dâvalarındaki zamanşımı süresinin kısalığı sebebi de varit değildir.

1913 tarihli eski İtalyan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu hakaret ve söğme dâvaları hakkında şahsî dâvayı kabul etmekte ve bunu bu suçlara ait dâvalardaki mehilin pek kısa olmasına istinat ettirmekte idi. Bizim Ceza Kanununun 490 inci maddesine tekabül eden eski İtalyan Kanununun 401 inci maddesi yeni Ceza Kanununa alınmadığı için, yeni İtalyan usul kanunu da «ceza dâvasının esas karakterine aykırı olan ve tatbiki bir çok müşkülleri de bulunan» bu müesseseyi lâğvetmiştir³.

Bizde şahsî dâvanın kabulü böyle bir sebebe istinat ettirilmemiştir. Zaten Ceza Kanunumuzun 490 inci maddesindeki zamanşımı süresi⁴, dâva

³) MANZINI: *Trattato di diritto processuale penale italiano*. 1931. c. 1. s. 205.

⁴) Doktrinde bu sürenin, zamanşımı süresi olduğunu kabul edenler de olmuştur.

açmak süresi olarak tefsir edilmiş olduğu için bundan sonra da böyle bir sebebin varit olmayacağı kat'iyetle söylenebilir. Eğer şahsî dâvadan vazgeçmekte bu bakımdan bir mahzur görülüyorsa şahsî dâvayı muhafaza etmektense Ceza Kanununun 490 inci maddesini değiştirmek veya büsbütün kaldırmak daha muvafık olacaktır. Hususî bir zamanaşımı süresi kabul etmektense şikâyetin muteber olarak yapılabileceği müddeti gösteren Ceza Kanununun 108 inci maddesine başvurmak daha uygun olsa gerektir. Bu suretle mevcut içtihada da kanunî bir şekil verilmiş olacaktır.

3) Vatandaşlara teminat tanımak sebebi de varit değildir.

Şahsî dâva sisteminin, savcılarının ihmal ile ve bilhassa siyasi saiklerle takibata karar vermemesine karşı vatandaşlar için büyük bir teminat olduğu da söylenilmiştir³⁾. Fransa'da, suçtan zarar görenin âmme dâvasını harekete getirmesi usulünün mahzurlarını önlemek için hazırlanan 2 Temmuz 1931 tarihli kanunun hazırlığı sırasında ileri sürülen bu iddia bizim memleketimiz için varit değildir. Filhakika bizim sistemimizde savcının ademi takip kararına karşı itiraz yolu mevcut olduğuna ve itirazın reddi hakkındaki kararda da kanunsuzluk olduğuna kanaat getirilirse Adalet Bakanlığınca müracaatla yazılı emirle bozdurulmasını istemek mümkün olduğuna göre, şahsî dâvanın mevcudiyetini böyle bir esasa istinat ettiremeyeceğimiz tezahür eder. Nihayet, şurasını da ilâve etmek gerektiği ki, vatandaşlara teminat tanımak endişesi, Fransa'da dahi suçtan zarar gören kimsenin açıp yürüttüğü bir şahsî dâvanın kabulünü icap ettirecek kadar ileri gitmemiştir. Fransa'da suçtan zarar görene sadece âmme dâvasını hareket getirebilmek hakkı tanınmıştır.

4) Takibatta kanunilik sisteminin mahzurlarını önlemek sebebi de varit değildir.

Şahsî dâva müessesesinin kabulüne saik olarak Almanya'da ileri sürülen sebeplerden biri de kanunilik sisteminin mahzurlarını önlemektir⁴⁾. İşlenen fiilin suç unsurlarını haiz olması ve kâfi deliller de bulunması halinde savcının kamu davasını açmağa mecbur olması demek olan cezai takibatın kanuniliği sisteminin, pek hafif olan bazı suçlarda mahzurlu olması mümkündür. Bu suçların cemiyetten daha fazla şahsî alâkadar ettiği de kabul olunabilir. Netekim Alman Kanununun esbabı mucabie lâyi-

³⁾ VIDAL et MAGNOL: *Cours de droit Criminel et de science pénitentiaire*. 8. bası, 1935, s. 739.

⁴⁾ LÖWE: *Die Strafprozessordnung für das Deutsche Reich*. 19. bası, 1934. m. 153, n. 8.

hasının 223 üncü sahifesinde bu suçların hemen her gün tesadüf edilen vak'alar oldukları, cemiyetin sükûnuna pek az hâle verdikleri, bu suçların cezalandırılmasının daima gerekmediği söylenmiştir. Keza bizim Usul Kanunumuzun gerekçesinde de bu suçların hukuku umumiye bakımından sayanı ihmal olduğu zikredilmiştir⁷. Fakat bütün bu mülâhazalar, kanaatimizce, bu suçların takibinin şikâyete bağlı tutulmasını haklı göstermekten ileriye gidemezler⁸. Suçun kendisini daha fazla alâkadar ettiğini kabul ettiğimiz şahıstan, failin cezalandırılmasını isteyip istemediğini sorabiliriz. Fakat «cezalandırılmasını istiyorsan, sen takip et» de diyemeyiz. Netekim takibi münhasıran şahsî dava yoluyla caiz suçlar Almanya'da dahi mevcut değildir.

5) Şikâyetten vazgeçmenin âmme dâvasını düşürmesi sebebi de varit değildir.

Ceza Kanunumuz, suçtan zarar görenin şikâyetinden vazgeçmesiyle dâvanın düşmesini kabul etmiştir. Tarziye vermek veya barışmak gibi bir neticenin, ceza tertibi kadar cemiyet için faydalı olacağı da haklı olarak söylenebilir. Adalet Komisyonu, 1936 yılında Erzurum Milletvekili, hâlen Adalet Bakanı Sayın Fuad Sirmen tarafından ileri sürülen şahsî dâvanın kaldırılması teklifini bu sebebe dayanarak reddetmiştir⁹. Sebep olarak ileri sürülen esas hakikaten yerindedir, fakat tarafların barışmaları ile dâvanın düşeceği sebebinin, şahsî dâvanın muhafazası bakımından çok esaslı olduğunu kabul edemiyoruz. Çünkü takibi şikâyete bağlı bütün suçlar hakkında şahsî dâva yolu mevcut olmadığı gibi, âmme dâvasıyla takip edilen fakat takibi şikâyete bağlı olan suçlarda da şikâyetçinin şikâyetini geri alması halinde dâvanın, hem de âmme dâvasının düşmesi zaten kabul edilmiş bulunmaktadır.

6) Saveıların işini azaltmak sebebi de varit değildir.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun esbabı mucibesinde şahsî dâvanın kabulü sebeplerinden biri olarak bazı hafif suçlardan dolayı ha-

⁷⁾ 1512 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun bu kanunu hazırlayan Komisyon tarafından yazılan esbabı mucibesi. Ankara, 1937, s. 136.

⁸⁾ Netekim 1947 yılında Cenevre'de toplanan Ceza Hukuku Milletlerarası Beşinci Kongresinde müdafaa ettiğimiz raporda da takibi şikâyete bağlı suçların adedinin çoğaltılması ile kanunilik sisteminin mahzurlarının bir dereceye kadar önlenebileceğini göstermeğe çalıştık. Bak. KUNTER: *Ceza Hukuku Milletlerarası Beşinci Kongresi*, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1947, III, 861.

⁹⁾ T. B. M. M. Zabıt Ceridesi, cilt 12, 1936, S. sayı 220, s. 19.

zırlık tahkikatı yapmak vazifesi savcılara verilirse, işleri başından aşacak olan savcıların daha mühim vazifelerini geri bırakacakları söylenilmiştir". Kanaatimizce bu sebep de varit değildir. Bir iki memleket müstesna, bütün dünyanın tatbik ettiği bir sistemi, savcıların işlerini hafifletmek bahanesile kabul etmemezlik edemeyiz. Gerekçede bilhassa bu suçların hazırlık tahkikatını gerektirmediği ciheti belirtilmiştir. Bu iddia, kanaatimizce, bu suçlarda şikâyet üzerine savcının hazırlık tahkikatı yapmaksızın davayı açmağa mecbur olmasının kabul edilmesini haklı gösterebilirdi. Davayı takibin de savcılar için bir zahmet olacağı söylenebilirse de savcılık makamının da hikmeti vücudunun bu olduğunu unutmamak lâzım gelir.

7) Şahsî dâva yolu lüzumlu ve zarurî bir yol değildir.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 344 üncü maddesinde yazılı suçlardan dolayı her zaman şahsî dâva yoluna müsaade edilmemiştir. Meselâ şahsî dâvayı kabul eden memleketlerden Almanya, bu yolu çocuk suçlular hakkında terviç etmemiştir (çocuk mahkemeleri hakkında kanun, madde 38).

Memleketimizde de Meşhut Suçlar Kanununa göre bakılacak bütün dâvalarda savcının harekete geçmesi istenilmiş, şahsî dâva yoluna müsaade edilmemiştir. Eğer şahsî dâva yolunu gerektiren sebepler hakikaten esaslı olsaydı, bu suçların meşhut olarak işlenmeleri halinde de mevcut olmaları lâzım gelirdi. Keza Matbuat Kanunu da matbuat yoluyla işlenen suçlardan dolayı şahsî dâva yoluna müsaade etmemiştir. Nihayet öntasarıyı hazırlayan komisyon da küçüklere ve kaasırlara karşı işlenen suçları istisna etmek lüzumunu duymuştur.

Bütün bu istisnalar gösteriyor ki, şahsî dâva yolu mutlaka lüzumlu ve zarurî bir yol değildir.

8) Şahsî dâva yolu mahzurlu bir yoldur.

Şahsî dâva isbat bakımından mahzurlu bir yoldur. Suçtan zarar gören kimse kamu dâvasında şahit olarak dinlenebilir. Netekim mahkemelerin içtihadı da bu yoldadır¹⁰. Fakat suçtan zarar gören, şahsî dâvada dâvacı mevkiinde bulunduğu için şahitlik edememektedir. Mahkemelerin¹¹ ve Yüksek Adalet Bakanlığının¹² içtihadı da bu yoldadır. Bu suretle suç-

¹⁰) *Esbabı mucibe*, s. 136.

¹¹) YtCGK: 11/2/1935, 54-31 (neşredilmemiştir).

¹²) Yt4.CD: 11/10/1941, 8519-7932 (Yargıtay Kararları 1941-42, s. 415).

¹³) CEZA İŞLERİ UMUM MÜDÜRLÜĞÜ: 14/11/1942 (Zonguldak).

tan zarar gören, başka şahidi, delili de yoksa, dâvasını isbat edememek mevkiine düşmekte ve suçtan gördüğünden fazla olarak Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunundan da zarar görmektedir.

9) Şahsî dâvanın yalnız olarak kabul edilmemesi kâfi bir teminat değildir.

Şahsî dâvanın müdafaası için belki bu yolun yalnız olarak kabul edilmediği ileri sürülecektir. Fakat savcının kamu dâvasını açması kamu menfaati bulunmasına bağlı tutulmuştur, bu ise fert için bir teminat olmaktan çok uzaktır. Ön tasarı gerekçesinde de pek açıkça belirtildiği gibi noktası noktasına birbirine benzeyen iki suçtan mağduru dâvasını bihakkın takip edebilecek kabiliyette olanın takibinde kamu menfaatinin vücudu kabul edilmesine mukabil, mağdurun yaş veya diğer ehliyetsizlikler yüzünden dâvasını takip kudretinden mahrum olan suçların takibinde bu menfaatin mevcut sayılmadığı kesretle görülmektedir.

Savcıların bu takdir haklarını suiistimallerine karşı ferdi korumak ve şahsî dâva yolunun mahzurlarını bir dereceye kadar önlemek gayesile çare aranacak ve kamu menfaati olmadığına dair kararlar ademi takip kararlarına benzetilecek yerde bu kararların ademi takip kararları gibi kabili itiraz olmadığına müstakar bir şekilde içtihat edilmiştir¹⁴.

Nihayet, çocuklarla kaasırlardan geri kalan suç mağdurlarının hepsinin kaide olarak takip imkânlarına malik olduğunu kabul etmek tamamen nazari bir iddiadan ileri gidemez.

10) Şahsî dâva yolu, külfetli bir yoldur.

Suçtan zarar gören takip imkânına malik olsa bile, onu suçtan zarara uğradı diye fazla olarak bir de takip külfetlerine maruz bırakmak için sebep yoktur. Bilâkis suçtan zarar göreni himaye etmek, ona imtiyazlı bir muamele yapmak icap eder. Şahsî dâva külfetli bir yoldur. Suçtan zarar gören, açtığı dâvanın duruşmasında sonuna kadar bizzat bulunmağa veya vekil bulundurmağa mecburdur. Aksi takdirde dâvadan vazgeçmiş sayılarak düşme kararı verilir (CMUK 361/2). Köylerle şehirlerin mesafesi, nakil vasıtaları, dâvaların uzayıp gitmesi, halkın malî imkânları gözönünde tutulursa bizzat hazır bulunmayı veya avukat tutmayı gerektiren şahsî dâva yolunun ne kadar külfetli olduğu meydana çıkar. En mühim vazifelerinden birisi suçlulara karşı vatandaşları korumak ve suçlu-

¹⁴) Yt4.CD: 6/6/1941, 1040-5785 (nesredilmemiştir), Yt2.CD: 2/5/1944, 4292-4714 (nesredilmemiştir), Yt2.CD: 29/9/1944, 6857-6716 (nesredilmemiştir), Yt4.CD: 27/2/1945, 1561-1395 (Yargıtay Kararları 1945, s. 83).

ları cezalandırmak olan Devletin, bu işi başından atmağa ve fertlere yük-
lemeğe hakkı yoktur.

Hülâsa, bütün bu sebeplerle şahsî dâva yolundan vazgeçilmesi icap ettiğini düşünüyoruz.

İKİNCİ FASIL

MÜDAHLE YOLIYLA DÂVA

Şahsî dâvanın kaldırılması, Usul Kanunumuzun beşinci kitabının (müdahale yoluyla dâva) dan bahseden ikinci faslında da gerekli tâdilâtın yapılmasını ve bilhassa şahsî dâvaya yapılan atıfların kaldırılmasını icap ettirmektedir. Bu sebeple bu maddelerden tâdili icap edenleri aşağıda birer birer göstermek lüzumunu duyduk. Tabiatile öntasarının bu fasla ait tâdil teklifleri üzerinde de duracağız.

Madde 365

I) METİN

365 inci madde şöyle değiştirilmiştir:

(Suçtan zarar gören her şahıs kamu dâvası açıldıktan sonra sanıkların tecziyesini veya bundan mücerret olarak müdahil sıfatı ile kabulünü isteyen bir istida ile dâvaya iltihak edebilir.

Kamu dâvasına bu suretle müdahale ve iştirak edenler şahsî haklarını da isteyebilirler.)

II) MÛTALÂA

Bu maddede şahsî dâvanın kaldırılması münasebetile yapılması gereken bir tâdil yoktur. Fakat suçtan zarar görenin kanunî mümessilinin de onun yerine müdahale edeceğinin tasrihinde fayda görüyoruz. Keza şahsî hak dâvasının, maliyle sorumlu kimselere karşı da açılabilceğinin açıklanmasını faydalı sayıyoruz.

Müdahale hakkındaki bir etüdümüzde de belirttiğimiz gibi¹⁵⁾ hukuku âmme dâvası ancak hazırlık tahkikatı sonunda iddianame veya talepname ile açıldığına göre hazırlık tahkikatı sırasında henüz açılmış bir dâva yoktur ki müdahale yoluyla iltihak edebilsin. Tatbikat da bu merkezdedir¹⁶⁾. Bu itibarla (tahkikatın her halinde) yerine lâyhada teklif edildiği

¹⁵⁾ KUNTER: *Âmme dâvasına müdahale*, Adalet Dergisi, 1943, X, 849.

¹⁶⁾ YÜTİGK: 16/5/1945, 27-10, Yargıtay Kararları 1945, s. 145.

gibi (kamu dâvası açıldıktan sonra) denilmesi gayet muvafıktır. Yalnız biz (açılmış olan kamu dâvasına) sözlerini tercih ediyoruz. Müdahalenin ancak dâva açıldıktan sonra mümkün olması daha önce verilmiş olan dilekçelerin hükümsüz sayılmasına sebep olmamalıdır. Aranılan, katılma kararının dâva açılmasından sonra verilmesidir. O kadar. Bu mevzuat 366 ncı maddede avdet edeceğiz.

Müdahaleden esas maksadın ceza istemek olduğu ve şahsî hak talebinin fer'î mahiyette bulunduğu 2307 sayılı kanunla eklenen (bu suretle âmme dâvasına iltihak edenler şahsî haklarını da isteyebilirler) fıkrasından açıkça anlaşılmaktadır. Suçtan husule gelen zararın ödettirilmesinin, suçlulukla mücadelenin bir kolu olarak Devletlerin vazifelerinden sayıldığı modern ceza hukukunda umumiyetle kabul edilmiştir. Suçtan zarar görenin tazminat alacağıнын, âkitten doğan tazminat alacağından farklı olduğu haklı olarak ileri sürülmüştür. Hattâ suçtan zarar gören kimsenin himayesinin, bu kimse cehalet, korku ve saire gibi sebeplerle dâvaya katılmamış olsa bile, Devlete ait olduğu ve savcının ceza ile birlikte mağdurun zararlarının tazminini de istemesi gerektiği iddia edilmiştir¹⁷⁾. Prins, suçtan zarar görenin zararlarının tazmininde karşılaştığı güçlükleri tenkit ederken «mağdur suçtan çifte zarar görmektedir, zira vergi mükellefi adliye masraflarını ödemekte, buna rağmen bir suçtan zarar gördüğü zaman adliye, bir himaye vasıtası olacak yerde, mücerret bir sembol olmaktan ileri gitmemektedir» demektedir¹⁸⁾. Yeni İtalyan Usul Kanunu bu vadede ilk hamleyi yapmış ve mümessili olmıyan ve akıl hastalığı, yaş küçüklüğü gibi sebeplerle kendi haklarını himayeden âciz bulunan kimselerin şahsî haklarını savcının koruyabileceğini tasrih etmiştir (madde 105). Bu hükümün mevzuatımızda da kabulünün içtimaî adalet bakımından çok yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Kanun bazan müdahale bazan iltihak tâbirini kullanmıştır. Suçtan zarar görenin bu kelimeleri kullanması da şart değildir. Bunu anlatacak sözlerin meselâ dâvaya katılmamı isterim demesinin de maksadı temine kâfi geleceği muhakkaktır. Bunun gibi sanıkların tecziyesini isterim demek de müdahale isteminin bir şeklinden başka bir şey değildir ki, sanıkların tecziyesini istemenin kanun metninde ayrıca gösterilmesine lüzum olsun. Bu itibarla ön tasarının (sanıkların tecziyesini veya bundan mücerret olarak müdahil sıfatile kabulünü istemesi) şeklindeki tâdiline lüzum olmadığı kanaatindeyiz. Bu münasebetle müdahale ve iltihak yerine dâvaya katılma tâbirinin kabul edilmesinin de uygun olacağını düşünüyoruz.

¹⁷⁾ GAROFALO: *la indennità alle vittime del reati*. Milano, 1901.

¹⁸⁾ PRINS: *Science pénale et Droit positif*. Bruxelles, 1899, s. 377.

Kanun yollarına müracaat maksadile müdahalenin hükümden sonra olabileceğini kabul etmenin, tatbiki bir çok mahzurlar doğuracağını düşünüyor ve uygun bulmuyoruz. Bu hüküm, ilk ve son tahkikat safhalarında müdahale imkânlarına malik olan suçtan zarar görenin durumunu da ağırlatmamaktadır. Kanun yolunda zaten şahsî hakkını ilk defa istiyemeyecektir. Kamu takibatı ise savcı tarafından zaten yapılmaktadır. Hükümün bozulmasından sonra yeniden duruşma yapıldığı sırada müdahaleye imkân olduğunun maddede tasrihine lüzum görmüyoruz.

365 inci madde dâvaya katılmadan, 366 ncı madde de bunun usulünden bahsettiğine göre, lâyhada olduğu gibi 365 inci maddede istidadan bahsedilmesi doğru görülmemiştir. Zaten bu suretle iltihakı temin eden istida değil, bu hususta verilecek olan karardır. İstidadan muhakkak bahsedilmek isteniyorsa (istida ile dâvaya iltihak istenebilir) denilmek lâzım gelirdi.

Bu vesile ile maddelerle birlikte fasıl başlığının ve matlâpların da değişiklikte nazara alınması lüzumuna işaret etmek istiyoruz. Çok defa maddelerin muhteviyatı değiştiği halde matlâplar eskisi gibi kalmakta ve madde ile matlâbı birbirini tutmamaktadır. Bir misal olmak üzere Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 197. maddesini göstermek isteriz. İlk şekilde maddede, matlapta olduğu gibi, son tahkikatın açılmasına mahal olmadığı kararından bahsolunuyordu. Madde 1936 da tâdil edildi. Bu karar yerine muhakemenin men'i kararı denildi. Fakat matlâp hâlâ «son tahkikatın açılmasına mahal olmadığı kararı» şeklindedir.

Bu mülâhazalarla maddenin şu şekli alması gerektiğini düşünüyoruz:

İkinci fasıl: Kamu dâvasına katılma

Madde 365 — Suçtan zarar gören her şahıs, varsa onun yerine kanuni mümessili açılmış olan kamu dâvasına hüküm verilinceye kadar katılabilir.

Kamu dâvasına bu suretle katılanlar şahsî haklarını da istiyebilirler ve varsa maliyle sorumlu olanları da dâva edebilirler.

C. Savcısı da mümessili olmayan ve akıl hastalığı, yaş küçüklüğü gibi sebeplerle kendi haklarını koruyamayan kimselerin şahsî haklarının ödetirilmesini istiyebilirler.

Madde 366

1) METİN

366 ncı madde şöyle değiştirilmiştir:

(C. Savcısının yazılı talebi veya iş duruşmada ise mütalâası alındık-

tan sonra ilk tahkikatta sorgu yargıcı ve son tahkikatta mahkeme talebinin kabule şayan olup olmadığına karar verir. Asliye teşkilâtı olmayan yerlerdeki sulh mahkemelerinde C. Savcısının mütalâasına ihtiyaç yoktur.

Talebin reddi kararına karşı acele itiraz yoluna gidilebilir.

Dâvaya müdahale eden kefalet vermekle mükellef değildir.)

II) MÜTALÂA

Bu madde hakkında ön tasarıda teklif edilen tâdiller, beyan suretile müdahalenin kaldırılması, bulunmadığı mahkemelerde C. Savcısının mütalâasına ihtiyaç olmadığı ve red kararına karşı acele itiraz yolu bulunduğu noktalarına taallük etmektedir.

Mehaz kanunda olduğu gibi katılma isteğinin yalnız yazılı şekilde bildirilmesi muvafıktır. Dilekçenin mahkeme kalemine verilebileceği gibi duruşmada mahkemeye verilmesi de mümkün olacağı âşikârdır. Kaleme verilen dilekçe kaydedileceği, mahkemeye verilen de zapta geçirileceği için başkaca tevsik çaresi aramağa lüzum görülmemiştir. Dilekçenin hazırlık tahkikatı sırasında savcıya verilmesi mümkündür. 365 inci madde vesilesile arzettiğimiz gibi, katılmanın istenilmesi ile katılma kararının verilmesini tefrik etmek lâzımdır. Karar, zaruret icabı, dâva açıldıktan sonra verilecektir. Fakat istemek için böyle bir zaruret yoktur. Savcıyı tahrik için verilen dilekçenin, dâva açılınca, katılma dilekçesi yerine geçebileceğinin kabulü lâzımdır. Bu dilekçe zaten dosya ile birlikte mahkemeye verileceğinden yine merciiine verilmiş bir dilekçe mevcut demektir. Ayrıca bir dilekçe daha istemeğe lüzum olmamalıdır.

Ön tasarıda karar verecek merciler gösterilmiş fakat istidanın nereye verileceği tayin edilmemiştir. Karar verecek mercie verilmesi gerekeceği anlaşılıyorsa da tasrihinde fayda olduğunu düşünürüz.

İlk tahkikatta savcının mütalâasının yazılı olması gerekeceği cihetle, bugün mevcut olan (dinlemek) kelimesinin değiştirilmesi muvafıktır. (Yazılı talep) tâbiri de mütalâanın daima lehte olması gerektiği zehabını vermesi bakımından mahzurludur. (Mütalâa) denilmesini daha uygun buluyor ve ilk tahkikat yazılı olduğuna göre bu devrede C. Savcısının mütalâasının yazılı olarak alınacağına tasrihine lüzum görmüyoruz. C. Savcısının bulunmadığı mahkemelerde müdahalenin kabulü hakkında saveçidan mütalâa sorulmaması da, işleri uzatmamak kaygusile, tecviz edilebilir.

Mahkemenin veya yargıcın talep üzerine vereceği karar netice itibarile bu talebin kabul veya reddine taallük etmekle (kabule şayan olup olmaması) kelimeleri yerine (kabul veya red) kelimeleri kame edilmelidir.

Red kararlarına karşı itirazın, işi uzatmaması için acele olarak tav-

sif edilmesini de uygun görüyoruz. 297 nci maddeye göre kaideten kabili itiraz olan sorgu yargıcının talebin kabulüne dair verdiği kararın kabili itiraz olmaması muvafık görüldüğünden bu kararların kat'i olduğunun tasrihine ihtiyaç vardır.

Maddede kefaletten bahsedilmesine lüzum görülmemiştir. Şahsî dâva kaldırıldığına göre, bu fıkranın muhafazasının sebebi de kalmamıştır.

Bu mülâhazalarla, maddeye şu şeklin verilmesinin muvafık olacağını düşünmekteyiz:

Katılma usulü

Madde 366 — Katılma dilekçesi, bu hususta karar vermeğe yetkili olan mercie verilir. Yazılı şikâyetler dâva açılınca katılma dilekçesinin yerine geçer.

İlk tahkikatta sorgu yargıcı son tahkikatta mahkeme, savcının mü-talâasını aldıktan sonra katılma talebinin kabulüne veya reddine karar verir.

Talebin reddine dair sorgu yargıcı tarafından verilen karara karşı acele itiraz yoluna gidilebilir. Kabule dair karar kesindir.

Madde 367

I) METİN

367 nci madde şöyle değiştirilmiştir:

(Müdahale talebi kabul edildikten sonra dâvaya dahil olan kimse ve ölüm halinde varisleri şahsî dâva müddeisinin haiz olduğu haklardan istifa ederler.

Karar ittihaz ve tefhimi için talik yapılan günde gelmemesi müdahil lehine tazminat hükmedilmesine mâni değildir.)

II) MÜTALÂA

Öntasarı bu maddeye ölüm halinde varislerin de dâvaya katılanın haklarını haiz olduğunu gösteren ve karar tefhimi için talik yapılan günde müdahilin gelmemesinin şahsî hak hükmüne mâni olmayacağı esasını kabul eden iki yeni hüküm ilâve etmektedir.

Dâvaya katılanın ölümü halinde mirasçılardan onun yerine geçmesinde fayda vardır. Zaten tatbikat da bu merkezdedir¹⁰⁾. Fakat bu fayda, ceza

¹⁰⁾ Yt4.CD: 31/1/1945, 628-1300 (nesredilmemiştir). Y1CGk: 18/6/1945, 185-206, Yargıtay Kararları 1945, s. 129.

dâvası bakımından mahzur teşkil etmemeli, yani mirasçılarının dâvaya katılan yerine geçişi, ceza dâvasını uzatmamalıdır. Zaten icabında mahkeme şahsî hak ve ceza dâvasını ayırmak imkânına malik bulunmaktadır.

Müdahilin gelmemesinin şahsî hakka tesir etmiyeceği hükmünün, verilecek karardan bahseden maddeye konulması daha uygun görülmüştür. Onun için bu mevzua 370 inci maddede avdet edeceğiz.

Dâvaya katılan şahsî dâvacıya benzeten 367. nci madde, şahsî dâvanın kaldırılması bakımından da tâdile muhtaç bulunmakta ve dâvaya katılanın haklarının birer birer tasrihi gerekmektedir. Bu da şimdiki 348 ve 354 üncü maddelerdeki hükümlerin bu maddeye nakledilmesiyle temin edilecektir.

Bütün bu mülâhazalara istinaden, 367 nci maddenin şöyle tertiplenmesi muvafık olduğunu düşünüyoruz:

Dâvaya katılanın hakları

Madde 367 — Dâvaya katılan yalnız olarak veya kendisine yardım için yanında bir avukat veya dâva vekili bulundurarak hazır bulunabileceği gibi, vekâletnameyi haiz bir avukat veya dâva vekili tarafından da temsil edilebilir. Bu son halde avukat veya dâva vekiline yapılacak tebliğat, dâvaya katılana yapılmış gibidir.

Dâvaya katılan celpname ile davet olunarak savcı gibi dinlenir. Savcıya tebliğ edilmek lâzım gelen her karar dâvaya katılana da tebliğ olunur.

Dâvaya katılan, avukatı veya dâva vekili, yargıcın müsaadesile mahkeme kâtibinin huzurunda dosyadan malûmat alabilir.

Dâvaya katılan ölürse mirasçıları takibata devam edebilir.

Madde 368

Ön tasarı, bu maddede bir tâdil derpiş etmemektedir. Fakat, dâvaya katılmanın, dâvayı durduramayacağı hükmünün tavzihiinde ve dâvaya katılanın gelmemesinin duruşmanın başka bir güne bırakılmasına sebep olmayacağıının tasrihiinde fayda umuyoruz. Gelmiyen müdahilin gelmiş adıyla kamu dâvasının görülmesine devam edilmesi ceza dâvalarının uzamalarına mâni olacaktır. Bundan kamu menfaati de müteessir olmayacaktır. Çünkü savcı daima hazırdır. İşini uydurup gelebilen müdahilden de mahkeme daima istifade edebilecektir. Müteakip duruşmalar için davetiye çıkarılması, katılanın makbul zaruretini bildirerek gelmemesi haline tah-

sis edilmelidir. Bu davetiyenin herhangi bir sebeple tebliğ edilmemesi halinde de gelmiyen katılanın gelmiş gibi addedileceği ikinci fıkranın tabii bir neticesidir. Bu bakımdan maddeye şu şeklin verilmesini uygun buluyoruz:

Katılmanın kamu dâvasına tesiri

Madde 368 — Katılma, kamu dâvasını durduramaz.

Kamu dâvası, bizzat bulunmıyan veya kendisini temsil ettirmiyen katılan hazırmış gibi, görülmeğe devam edilir. Yalnız duruşma ve muhakeme usulüne müteallik sair muameleler için tayin edilen günler, makbul mazeretini bildirerek hazır bulunmıyan katılana bildirilir.

Madde 369

Keza bu maddede, şahsî dâvanın kaldırılması sebebiyle yapılacak bir değişiklik yoktur. Sırf müdahale yerine katılma demek için maddeye şu şeklin verilmesini teklif etmekteyiz:

Dâvaya katılmadan evvelki kararlara katılanın itirazı

Madde 369 — Dâvaya katılmadan evvel verilmiş olup ta C. Savcısına tebliğ edilen kararların katılana tebliğine ihtiyaç yoktur.

Bu kararlar aleyhine kanun yoluna müracaat için C. Savcısının tâbi olduğu sürenin geçmesiyle dâvaya katılan şahi müracaat hakkını kaybeder.

Madde 370

Ön tasarıda ilişilmemiş olan bu madde, verilen hükmün tebliğinden bahsetmektedir. Şahsî dâva kaldırılınca, oradaki hükme ait 358 inci madde muhteviyatının buraya nakli uygun olacaktır.

Müdahilin gelmemesinin şahsî hakka tesir etmeyeceği hakkında ön tasarıнын 367 nci maddeye yaptığı ilâvenin bu maddeye daha fazla taallük ettiğini düşünüyoruz. Bu ilâveye göre müdahilin gelmemesinin şahsî hakka tesir etmemesi yalnız karar tefhimi için tâlik yapılan güne inhisar etmektedir. Bu inhisarın dâvaya katılanın durumunu haddinden fazla güçleştirdiği kanaatindeyiz. Suçtan zarar görenin himayesinin Devlete düşen bir vazife olduğunu 365 inci madde dolayısıyla de belirtmiş bulunuyoruz. O maddeye yaptığımız bir ilâve ile kendini himayeden âciz kimselerin Devlet tarafından himayesi imkânını da sağlamak istedik. Fakat kendini himayeye muktedir olduğunu kabul ettiğimiz kimseye de haddinden fazla yük yüklememeliyiz. Kanaatimizce, müdahilin gelmemesi, zararın vücuduna veya miktarına ait tetkiklere imkân vermediği nisbette, şahsî hak

hususunda hüküm verilmesine mâni olmalıdır. Diğer bir söyleyişle zararın mevcudiyetini veya miktarını tayin için müdahilin vücuduna lüzum yoksa veya kalmamışsa, gelmemesini, dâvasından vazgeçmiş olduğu mânasına tefsir etmemelidir. Zaten mer'î 370 inci madde hükmün tebliğinden bahsederken, dâvaya katılanın veya mümessilinin son tahkikata gelmemesinin mümkün olduğunu göstermektedir. Ön tasarıyı hazırlayan komisyon da, gerekçede denildiği gibi, müdahillere şahsî hak talepleri hakkında karar verilmesine mâni olmıyan hallerin tasrihi lüzumunda ittifak etmekle bu esası kabul etmiş bulunmaktadır.

Bütün bu mucip sebeplere istinaden, maddeye aşağıdaki şeklin verilmesi muvafık olacağını düşünüyoruz.

Hüküm

Madde 370 — Sanık mahkûm olursa mahkeme şahsî hak talebi hakkında da hüküm verilir.

Şu kadar ki zararın vücuduna veya miktarına ait tetkiklerin, duruşmanın uzamasını veya hükmün gecikmesini mucip olacağı anlaşılırsa, mahkeme bu cihet hakkında dâvacının hukuk mahkemesine müracaat edebileceğine karar vererek hükmünü yalnız ceza tayinine hasredebilir.

Dâvaya katılanın veya mümessilinin duruşmaya gelmemesi zararın vücuduna veya miktarına ait tetkiklere mâni olmamak veya geciktirmek şartile, şahsî hak talebi hakkında hüküm verilmesine mâni değildir.

Dâvaya katılan hazır değilse hüküm kendisine tebliğ olunur.

Madde 381

I) METİN

381 inci maddede (dâvaya dahil olan şahıs) dan sonraya (veya varisleri) kaydı eklenmiştir.

II) MÜTALÂA

Ön tasarıyı hazırlayan komisyon, kanun yollarından bahseden bu maddeye mirasçılardan ilâve edilmesini teklif etmektedir. 367 inci maddede mirasçılardan takibata devam edebilecekleri tasrih edildiğine göre bu ilâveye lüzum olmadığı kanaatindeyiz.

Şahsî dâvanın ilgası üzerine 360 inci maddedeki bazı hükümlerin buraya ilâvesi gerektiğini düşünüyoruz. Filhakika müdahilin temyizi üzerine de sanık lehine hükmün bozulabileceği hakkında bir tevhide içti-

hat kararı^m dahi mevcuttur. Bu itibarla 294 üncü madde hükümlerinin tatbik edileceğini göstermek lâzımdır. Keza kanun yoluna müracaatın şeklini gösteren 310 uncu madde hükmünün de buraya nakli gerekmektedir. Fakat bugünkü 360 ıncı maddenin son iki fıkrası hükmünün bu maddeye alınmasına lüzum görülmemiştir. Zira 316 nci maddedeki hasım taraf tâbirinde dâvaya katılan da dahildir ve davada savcı bulunduğuna göre evrakın onun vasıtasıyla Yargıtaya gönderileceği aşikârdır. Temyiz istida ve lâyihasının hasma tebliği hususunda da 316 ıncı madde hükümlerinin kâfi geleceğini düşünürüz.

Bugünkü 371 inci maddenin son fıkrası da, maksadı daha iyi ifade edecek şekilde değiştirilmelidir. Bu itibarla maddeye şu şekil verilmesi muvafık olur:

Dâvaya katılanın kanun yoluna müracaatı

Madde 371 — Dâvaya katılan kimse, C. Savcılığına bağlı kalmaksızın, kanun yoluna müracaat edebilir.

Temyiz talebi dâvaya katılan veya mümessili tarafından verilecek bir istida veya bu hususta bir zabıt varakası tutmak üzere zabıt kâtibine yapılacak bir beyanla olur. Zabıt varakası Başkan veya Yargıca tastik ettirilir.

294 üncü madde hükümleri, dâvaya katılan tarafından yapılan müracaatlarda da tatbik olunur.

Dâvaya katılanın müracaatı üzerine hüküm bozulacak olursa, C. savcısı işi yeniden takibe mecburdur.

Madde 372

I) METİN

382 nci maddeye ikinci fıkra olarak şu fıkra eklenmiştir:

(Vaz geçildikten sonra tekrar müdahale istenilemez.)

II) MÜTALÂA

Bu madde dâvaya katılan kimsenin vaz geçmesinden bahsetmektedir. Bugünkü maddenin aynen muhafazası ve ölüm halinde müdahalenin hükümsüz kalmaması hususunda ön tasarımı hazırlayan komisyon da mütefiktir.

^m) YtTıGk: 5/3/1941, 50-7 (Yargıtay Kararları 1941-42, s. 4.)

Şahsî dâva bahsindeki 362 nci maddeye mütenazır bir hüküm ilâvesi de münasip olacaktır. Vazgeçme üzerine kamu dâvası devam edeceğinden 364 üncü madde hükmünün aynen alınmasına lüzum görmüyoruz. Takibi şikâyete bağlı suçlarda katılmadan vazgeçme şikâyetten vazgeçme sayılacağından düşme kararı verileceği tabiidir. Fakat yalnız şahsî haktan vazgeçmenin, asıl gayesi ceza istemek olan katılmadan ve varsa şikâyetten vazgeçme demek olmadığıнын tasrih edilmesinde fayda görüyoruz. Keza, vazgeçmenin, katılmada olduğu gibi bir istida ile olmasının veya duruşmada bir beyanla bildirilmesinin tasrih edilmesini, şahsî dâvada çok görülmüş olan tereddütlere meydan vermeyeceği düşüncesile, çok lüzumlu buluyoruz. Bilhassa devamsızlık, zımnî bir vazgeçme sayılmıyacak ve müeyyidesi, zararın tesbitine engel olursa, şahsî hak talebi hakkında hüküm vermemekten ibaret bulunacaktır. Bu takdirde dâvaya katılan hukuk mahkemesine müracaat imkânını muhafaza edecektir.

Bu sebeplerle maddeye şu şekil verilmesini muvafık bulmaktayız:

Vazgeçme

Madde 372 — Suçtan zarar gören kimse dâvaya katılmadan vazgeçerse katılması hükümsüz kalır.

Dâvaya katılmadan, istida ile veya duruşmada yapılacak bir beyanla vazgeçilir.

Vazgeçen bir daha dâvaya katılamaz ve şahsî haklarını istiyemez.

Dâvaya katılmadan vazgeçme şikâyetin geri alınması neticelerini doğurur.

Yalnız şahsî haktan vazgeçme, dâvaya katılmadan vazgeçme değildir.

Nurullah Kunter