

Uzlaşmanın Sirayet Etmezliği İlkesinin Sonucu Olarak Mağdurun Yargılanacak Kişiyi Seçebilme Yetkisi

Araştırma

Muammer KETİZMEN*

* Yrd. Doç. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi ABD.
(Asst. Prof. Dr., Hacettepe University Faculty of Law, Dept. of Criminal Law and Procedure)
(E-posta: ketizmen@hacettepe.edu.tr)

ÖZET

Onarıcı adalet anlayışı, ceza adaleti sistemi içinde yeni bir yaklaşım olarak yer edinmiştir. Türk hukuk sistemi de bu gelişimden etkilenmiştir. Uzlaşmaya ilişkin olarak Türk Ceza Kanununun 73/8. maddesi (sonrasında yürürlükten kaldırılmıştır) ve Ceza Muhakemesi Kanununun 253-255. maddeleri onarıcı adalet yaklaşımının bir etkisi olarak görülebilir. Bu kapsamda çalışmada, CMK'nin 255. maddesinde düzenlenen uzlaşmanın sirayet etmezliği ilkesi, onarıcı adalet yaklaşımı açısından incelenmektedir. Söz konusu hüküm, uzlaşmaya ilişkin diğer hükümlerle birlikte incelendiğinde, mağdura dolaylı da olsa yargılanacak kişiyi seçme yetkisini sağlar nitelikte olduğu görülür. Bu açıdan uzlaşmaya ilişkin hükümlerin tekrar değerlendirilmesi gerekir.

Anahtar Kelimeler

Uzlaşma, onarıcı adalet, arabulucuk, mağdurun hakları, yargılanacak kişiyi seçme yetkisi.

ABSTRACT

THE VICTIM'S AUTHORITY TO CHOOSE THE PERSON ON TRIAL AS A RESULT OF THE PRINCIPLE OF NOT AFFECTING IN THE RECONCILIATION

The restorative justice constitutes one of new approaches and developments in the criminal justice system. The Turkish legal system has also been affected from the stated development. Just as, provisions concerning the reconciliation regulated in the Art 73/8 of the Turkish Criminal Code (subsequently annulled) and Art. 253-255 of the Criminal Procedure Code can be seen as an effect of restorative justice. In this context, this article examines the principle of not affecting in the reconciliation, stated in the Art. 255 of Turkish Criminal Procedure Code. When examining together with other provisions concerning the reconciliation, this provision gives the victim, in an indirect way, the authority to choose the person in trial. From this point of view, provisions concerning the reconciliation have to be re-examined.

Keywords

Reconciliation, restorative justice, mediation, victim's right, the authority to choose the person on trial

I. GİRİŞ

Onarıcı adalet anlayışı ve bu anlayışın somut görünüşleri olarak ortaya çıkan arabuluculuk-uzlaşmaya ilişkin kurumlarla, hem genel muhakeme usulü dışına çıkılarak uyuşmazlığın çözümlenmesi sağlanmakta, hem de cezadan vazgeçilerek, failin bazı yükümlülükleri kabullenmesi esas olmaktadır. Bu kurum, bir yandan mahkeme dışı çözüm yolu olarak mahkemelerin iş yükünün azaltılmasına hizmet etmekte¹, diğer yandan da klasik suç ve yaptırım ilişkisinin ötesine geçen bir anlayışı gündeme getirmektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve sonrasında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda “uzlaşma” kurumuna yer verilmiş, böylece onarıcı adalet yaklaşımı temelinde şekillenen “uzlaşma” Türk Ceza Hukukunda yeni bir kurum olarak ortaya çıkmıştır. Uzlaşmanın uygulanması usulüne ilişkin olarak da bir Yönetmelik çıkarılmıştır².

Uzlaşma kurumunun Türk ceza hukuku sistemi içerisinde yer almasının gerekçesi yeri ve yerinde olduğu konusunda olumlu ya da olumsuz çeşitli görüşlerin ileri sürülebilmesi mümkündür. Uzlaşma kurumuna ilişkin olumlu ya da olumsuz görüşler bir yana bırakılacak olursa, TCK ve CMK’de uzlaşma, uygulanması ve sonuçları açısından çeşitli sorunları barındırmaktadır.

Burada inceleyeceğimiz sorun, 5237 sayılı TCK’de düzenlendiği şekliyle sadece şikayete bağlı suçlar açısından geçerli iken, hem 5237 sayılı TCK’de hem de 5271 sayılı CMK’de yapılan değişiklikle re’sen soruşturulan suçlar açısından da etkisini gösteren, “uzlaşmanın sirayet etmemesi” hükmünden kaynaklanmaktadır. Bu ilke, CMK’nin 255. maddesinde şu şekilde hükme bağlanmıştır:

“Aralarında iştirak ilişkisi olsun veya olmasın birden çok kişi tarafından işlenen suçlarda, ancak uzlaşan kişi uzlaşmadan yararlanır.”

Aşağıda, öncelikli olarak uzlaşma kurumunun temelinde yatan ve cezalandırma ilişkisi bakımından esaslı bir değişimi ifade eden “onarıcı adalet” yaklaşımı hakkında kısa bilgi verilecek, sonrasında Türk ceza hukukunda uzlaşmaya ilişkin hükümler genel olarak incelenerek şikayete bağlı suçlar ile re’sen soruşturulan suçlar açısından CMK’nin 255 maddesi değerlendirilecektir.

II. CEZALANDIRMA İLİŞKİSİ AÇISINDAN ONARICI ADALET ANLAYIŞI VE TÜRK CEZA HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMELER

A. GENEL OLARAK

Devletin, toplumsal düzenin korunması ve geliştirilmesine yönelik cezalandırma hak ya da yetkisi, devletin egemenlik yetkisinin kullanımının en önemli göstergesidir ve kişiler açısından çok ağır sonuçlar doğurur. Bu husus, suç ve cezanın esası, kapsamı ve amaçlarının ne olduğu doğrultusunda farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Cezanın bir “ödetme” olarak bunu hak eden kişiye uygulanan bir ıstırap olduğu yönündeki klasik “kefarete görüşü” ve cezalandırmanın bir amaçla hizmet etmesi gerektiği yönünde suçlunun ıslahını temel bir hedef olarak belirleyen “ *faydacı görüş*”, cezanın esası ve niteliğine ilişkin en temel iki farklı yaklaşımı ifade etmektedir³.

Her iki görüş ana hatlarıyla incelendiğinde, suçun karşılığı olarak yaptırımın önemli bir yer edindiği görülür⁴. Bu ön kabul cezalandırma ilişkisi içerisinde etkilerini göstermiştir.

1 Alman Ceza Kanununun 49. maddesinde düzenlenen uzlaşma kurumuna ilişkin olarak, bu kurumun ceza yargılaması sürecinde maddi gerçeğin bulunması açısından muhakeme sürecine yönelik istisnai bir düzenleme olduğu da ifade edilmiştir. “*Günümüzde, giderek artarak, büyük bir iş yükü haline gelen basit uyuşmazlıklar, Almanya’da, şüpheli ile kovuşturma makamları arasında uzlaşma uygulamalarının yolunu açmıştır. Alman Hukuku ‘uzlaşmayı’; ‘şüphelinin suçunu ikrar etmesi karşılığında, maddi gerçeği tam olarak’ araştırmaktan vaz geçerek, indirimli ceza uygulanması biçiminde yapılandırmıştır. Mahkemeler böylece, büyük bir külfeti gerektiren maddi gerçeği araştırma mükellefiyetinden, kurtarılmışlar, fakat ‘maddi gerçeğin araştırılması ilkesi’ de korunmuştur.*” KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 16. Baskı, İstanbul, 2007, s. 43, dipnot 52.

2 “*Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik*” Resmi Gazete, 26.07.2007 tarih, 26594 sayı.

3 Ayrıntılı bilgi için bkz., SOKULLU-AKINCI, Fusun, **Ceza Yaptırımı**, İstanbul, 1993, s. 69 vd; DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Temel Hükümler**, 6. Baskı, Ankara, 2009, s. 513 vd; ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 10. Baskı, Ankara, 2008, s. 342 vd; CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 6. Baskı, İstanbul, 2010, s. 523 vd. Faydacı görüş hakkında ayrıca bkz., GÜRİZ, Adnan, **Faydacı Teoriye Göre Âhlak ve Hukuk**, Ankara, 1963, s. 9 vd.

4 Ceza hukukundaki pozitivizm kaynaklı suç ve suçluya yönelik olarak tamamen farklı bir yaklaşımı bünyesinde barındıran, ceza ya da genel olarak yaptırım teorisini reddeden, bunun yerine tehlikeli olduğu ortadan kaldırmaya yönelik güvenlik tedbirleri olarak adlandırılan kurumları gündeme getiren görüşler kapsam dışı bırakılmıştır. Bunun nedeni, halihazırda ceza hukukunda kimi yönlerden etkilerini gösteren bu yaklaşıma rağmen, suç ve karşılığında yaptırım ikilisinin, bu görüşte ileri sürüldüğünün aksine, tamamen bertaraf edilmemiş olmasıdır.

Suçun, genel olarak, devletin ya da toplumun amaçları ile çatışan insan davranışı olarak ele alınması⁵; özel hukukta haksız fiillerde olduğunun aksine, suç oluşturan fiilin sadece kişiler arasında çözümlenmesi gereken bir uyumsuzluk olarak algılanmasının ötesine geçilerek devletin de her suçta, suçun genel mağduru olarak algılanması sonucuna yol açmıştır. Bu algı sonuçlarını ceza yargılama sisteminde göstermiş ve özellikle suçun mağdurunun ve bundan daha geniş bir anlama sahip olan suçtan zarar görenin, cezalandırma ilişkisi kapsamında ikinci plana itilmesine neden olmuştur⁶.

Toplumsal hayatın gelişimi ve karmaşıklığının artması suç olarak düzenlenen fiillerin sayısının da günden güne artması, klasik görüşler temelinde örgütlenen ceza yargılama sistemini zorlar hale gelmiştir. Bunun sonucunda, nitelik ya da nicelik olarak hafif kabul edilen kimi suçlarda, genel yargılama usullerinin dışına çıkılarak çözümler aranmaya başlanmıştır. Bu arayışın ana nedenlerinden birisi olarak mahkemelerin iş yükünün azaltılması gösterilmektedir.

Son yıllarda bu alanda genel yargılama dışında çözüm bulunması isteği, temel bir düşünsel yaklaşımdan hareketle de gündeme getirilmektedir. Bu yaklaşım, cezanın kendisi ve amacına ilişkin temel bir farklılığı içeren bir gerekçeden hareket etmektedir ve genel olarak "onarıcı adalet" adı altında incelenmektedir.

B. ONARICI ADALET YAKLAŞIMINA KISA BİR BAKIŞ

Onarıcı adalet anlayışı, klasik ceza hukuku yaklaşımında yer alan suça ve suç dolayısıyla faile verilecek asıl tepkinin ceza olması anlayışından belirli bir uzaklaşmayı ifade eder. Bu anlayışa göre, suç nedeniyle verilecek tepki, öncelikli olarak failin cezalandırılması değil, onarma(restorasyon) dır⁷. Bu yaklaşım, suç-yaptırım ilişkisinde, yaptırım

olarak ceza uygulamasından uzaklaşmayı ifade etmektedir.

Bu doğrultuda, onarıcı adalet anlayışı, suç işlenmesini izleyen dönem ve gelecekteki etkileriyle nasıl temas edileceği sorununa ilişkin olarak tarafların kolektif katılımıyla sonuçlanan süreci ifade eder⁸. Amaç, suç mağdurları ve faillerinin, aralarındaki uyumsuzlukları çözdüğü güvenli bir topluluğun oluşturulmasıdır⁹. Bu yönüyle, suç olgusu veya bir uyumsuzluk, ceza hukuku kapsamında veya dışında, sadece devletin yetkili otoriteleri ve fail arasındaki bir ilişkiyle sınırlı değildir; böyle değerlendirilemez. Ortaya çıkan farklılığın en belirgin yanı, fail ile mağdur arasındaki ilişkiyi dikkate alma ihtiyacı biçiminde görülür¹⁰.

Onarıcı adalet anlayışında suç nedeniyle ortaya çıkan, mağdur, fail ve devlet arasındaki ilişki esas alınır. Suçun işlenmesi ile, devletten çok mağdura ve topluma verilen zararlar üzerinde yoğunlaşarak, suça farklı bir yönden yaklaşılır. Ayrıca bu anlayış, öncelikli olarak suçlunun cezalandırılması değil, zararın tazmin ve telafisini amaçlar¹¹.

Onarıcı adalet anlayışının, ceza adalet sistemi önüne getirilen olay ya da fiillerin, kişilerarası ilişkilere dayalı ve manevi boyutları ile içinde buldukları toplumsal bağlam kapsamında anlaşılması anlamında "toplumsal unsur"; ilgili tarafların katılımını öngören "katılımcı unsur"; bir kişiye (mağdura) verilen zarar ya da hasarı, verilen hizmetler ya da yararlı faaliyetlerin sağlanması yoluyla dengeleme anlamına gelen "iyilik unsuru" olarak üç unsura sahip olduğu ifade edilmiştir¹².

radigms (ed. VON HIRSCH, Andrew / ROBERTS, Julian V. / ROACH, Kent / SCHIFF, Mara,) Oxford - Portland - Oregon, 2003, s. 43. Ayrıca bkz., YILMAZ, Ömer, "Onarıcı Adalet Sistemi: Birey-Toplum-Devlet İlişkilerinde Yeni Bir Mücadele Alanı", **Suç Mağdurları**, (ed. BAHAR, Halil İbrahim), Ankara, 2006, s. 294 vd.

8 MARSHALL, Tony F, "Restorative Justice: An Overview", Home Office. Research Development and Statistics Directorate. London, UK, 1999, s.5. <http://www.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs/occ-resjus.pdf> (erişim tarihi 18.01.2010). Aynı yönde, DUFF, **2003**, s. 44. Tanım için ayrıca bkz., LIEBMAN, Marian, **Restorative justice, How it works?**, London, 2007, s. 25.

9 Bkz., DUFF, **2003**, s. 44

10 TARHANLI, Turgut, "Onarıcı Adalet", **Onarıcı Adalet, Mağdur-Fail Arabuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları: Türkiye ve Avrupa Bakışı**, (der. JAHIC, Gama / YEŞİLADALI Burcu), 1. Baskı, İstanbul, Ekim, 2008, s. 11.

11 ÖZBEK, Mustafa, "Çağdaş Ceza Adaleti Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları ve Arabulucuk Uygulaması", **Ceza Muhakemesinde Uzlaşma**, (Yayına Hazırlayan, YENİSEY, Feridun) 2005, s.112.

12 PELİKAN, Christa, "Onarıcı Adalet Üzerine", **Onarıcı Adalet**,

5 Bkz., TOROSLU, Nevzat, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Ankara, 2010, s. 95. Hangi tür fiillerin suç olarak düzenlenmesi gerektiğine ilişkin çeşitli görüşler de ileri sürülmekle birlikte, Türkiye'de doktrinde baskın olarak bunun yasama organının yetkisinde bir faaliyet olduğunun ifade edildiği görülmektedir. TOROSLU, **2010**, s. 95. Benzer şekilde DEMİRBAŞ, **2009**, s. 186.

6 Bkz., ÖZBEK, Veli Özer, **Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi**, Ankara, s. 42 - 43; FLETCHER, George P. "The Place of Victims in the Theory of Retribution", **3 Buff. Crim. L. Rev.** 51 1999 - 2000, s. 51 vd.

7 DUFF, Antony, "Restoration and Retribution" **Restorative Justice and Criminal Justice, Competing or Reconcilable Pa-**

Dölling'e göre, mağdurun uğradığı zararın giderilmesi, fail-mağdur arasındaki arabuluculuğun asıl unsurunu oluşturur. Zararın giderilmesinde başka yollar da mümkünken bu şekilde giderilmesinde uzlaşma moral unsuru da vardır. Fail işlediği suçun sorumluluğunu üstlenerek ve neticelerini gidererek toplumla yeniden bütünleşme olanağını elde etmiş olur¹³. **Duff**, ceza hukukunda arabuluculuğun, mağdura yapılan bir kötülük olarak ortaya çıkan suçun etkilerinin konu edildiği, mağdur ve fail arasında bir süreç olduğunu vurgular. Failin suç nedeniyle kendini kınaması ve kendi kusurunu kabullenmesi ön plandadır. Failin mağdurdan özür dilemesi gündeme gelir ki bu özür sadece sözde kalan ve faile hiçbir yükümlülük getirmeyen bir şekilde olamaz. Geçerli bir özürden bahsedilebilmesi için, faile belirli yönlerden külfet getiren bir yükümlülüğün de olması gerekir¹⁴.

Bu açıklamalar doğrultusunda, onarıcı adalet anlayışının cezalandırma ilişkisi içerisindeki en büyük yansıması, suçun faili ve mağdur ya da suçtan zarar görenler arasında bir müzakere sürecini içeren arabuluculuk uygulamalarının hayata geçi-

rilmesi şeklinde olmuştur¹⁵. İlk olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda ve sonrasında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda düzenlenen uzlaşma kurumu da, bu gelişimin bir etkisi olarak görülebilir.

C. ONARICI ADALET ANLAYIŞI KAPSAMINDA BİR DÜZENLEME OLARAK 5237 SAYILI TCK'NİN 73. MADDESİ

Bilindiği üzere, Türk ceza hukukunda uzlaşma kurumu ilk defa 5237 sayılı TCK'nin 73. maddesinde düzenlenmişti. Söz konusu hüküm, 5560 sayılı Kanunun 45. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış olup 5560 sayılı kanunun 24 vd. maddeleri ile CMK'de yeniden düzenlenmiştir.

5237 sayılı TCK'nin 73. maddesinin ilk şeklinde şu hükme yer verilmekteydi: **"...(8) Suçtan zarar göreni gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olup, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı bulunan suçlarda, failin suçu kabullenmesi ve doğmuş olan zararın tümünü veya büyük bir kısmını ödemesi veya gidermesi koşuluyla mağdur ile fail özgür iradeleri ile uzlaştıklarında ve bu husus Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından saptandığında kamu davası açılmaz veya davanın düşürülmesine karar verilir."**

TCK'nin 73. maddesinin son fıkrasına göre uzlaşma hükümlerinden faydalanılabilmesi için ön koşul suçun şikâyete bağlı bir suç olmasıydı. Bunun yanında, suçtan zarar görenin de ya gerçek kişi ya da özel hukuk tüzel kişisi olması gerekmektedir.

Ayrıca, uzlaşma hükümlerinden yararlanılabilmesi için iki koşulun daha fail tarafından gerçekleştirilmiş olması aranmaktaydı. Bunlar, **"failin suçu kabullenmesi"**¹⁶ ve **"failin doğmuş olan zararın tümünü veya büyük bir kısmını ödemesi veya gidermesi"**¹⁷ koşullarıydı.

Mağdur-Fail Arabuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları: Türkiye ve Avrupa Bakışı, (der. JAHIC, Gama / YEŞİLADALI Burcu), 1. Baskı, İstanbul, Ekim, 2008, s. 22 - 24..

13 DÖLLING, Dieter, "İşlenen Suçlar Nedeniyle, Suç Faileri ve Mağdurları Arasında Ara Buluculuk (mediation)", (özet çev. DÖNMEZER, Sulhi) **Ceza Muhakemesinde Uzlaşma**, (Yayına Hazırlayan, YENİSEY, Feridun), 2005, s. 16.

Bakanlar Kurulu tarafından 12.03.2005 tarihinde TBMM'ye sunulan "Türk Ceza Kanunu Tasarısı"nın uzlaşmaya ilişkin madde gerekçesinde de benzer şekilde bu hususlar ön plana çıkarılmıştır. Gerekçeye göre, **"...Uzlaşmanın hedefi suçun işlenmesinden sonra fail ve mağdur arasında meydana gelen bir çekişmeyi, bir arabulucunun girişimini sağlayarak çözmek ve adaleti sağlamaktır. Failin neden olduğu zararın giderilmesi, fail-mağdur arasındaki barış, uzlaşmanın asıl unsurunu oluşturur. Fail-mağdur arasında uzlaşma dışında da, tazminatın sağlanması olanaklıdır. Ancak zararın giderilmesi ve onarım yanında ayrıca bir moral unsur da vardır. Bu nedenle fail-mağdur arasındaki uzlaşma suçun faili bakımından cezanın 'özel önleme' fonksiyonuna yardım ettiği gibi mağdurun ve genel olarak kamunun da yararlarının korunmasını sağlar. Fail, uzlaşma ile, işlediği suçun sorumluluğunu kabul edip üstlenerek ve sonuçlarını da gidererek toplumla yeniden bütünleşme olanağını elde etmiş olur. Böylece failin ceza sorumluluğunu tespit ve zararın giderilmesi için gereken yapılmış bulunacağından, mağdur bakımından da adalet yerine getirilmiş olur. Fail-mağdur arasındaki uzlaşma, bundan başka, kamu da, fiile ihlâl edilmiş olan hukuk kurallarının geçerliliğini vurgulamış ve dolayısıyla kamusal barışın kurulmasına izin verir."** Bkz., 12.03.2005 tarihinde TBMM'ye sunulan "Türk Ceza Kanunu Tasarısı" <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf>, s. 20-21.

14 DUFF, 2003, s. 54-55.

15 Onarıcı adalet sistemi uygulama çeşitleri için bkz., YILMAZ, 2006, s. 298 - 302.

16 Ayrıntılı bilgi için bkz., KAYMAZ, Seydi / GÖKCAN Hasan Tahsin, **Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma ve Önödeme**, 1. Baskı, Ankara, 2005, s. 84; SOYGÜT ASLAN, Mualla Buket, **Türk Ceza ve Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma Kurumu**, İstanbul, 2008, s. 129.

17 Ayrıntılı bilgi için bkz., KAYMAZ / GÖKCAN, 2005, s. 84. Ayrıca bkz., YURTCAN, Erdener, **Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı**, 2004, s. 151 vd. Bu zorunluluk CMK'nin 253. maddesinin 5560 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki 253. maddesinde de yer almaktaydı. SOYGÜT ASLAN, 2008, s. 125.

Uzlaşma kurumu, bir yandan çağdaş bir eğilim olarak onarıcı ada-

Bu koşullar incelendiğinde, farklı bir şekilde dile getirilmiş olsa da, günümüzde yoğun olarak tartışılan “onarıcı adalet” anlayışı doğrultusunda bir düzenleme olarak ele alındığı görülmektedir.

5237 sayılı TCK'nin 73/8. maddesindeki uzlaşmaya ilişkin koşullar, onarıcı adalet anlayışı kapsamında dile getirilen bazı hususların Kanunda belirli yönden kabul edilmiş olduğu anlamına gelmekteydi. Nitekim belirli bir moral hükümü ifade eden “suçun kabullenilmiş olması” koşulu da bu yaklaşım içerisinde sorumluluğu kabullenmeye ilişkin olarak katı bir koşulu ifade ediyordu¹⁸.

Söz konusu hüküm 5560 sayılı Kanununun 45. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış olup 5271 sayılı CMK'nin 253. vd. maddelerinde yeniden düzenlenmiştir.

D. ONARICI ADALET ANLAYIŞININ GEREKLERİNİN YUMUŞATILMASI; MAHKEMELERİN İŞYÜKÜNÜ AZALTMA GEREKÇESİNE YAKLAŞAN BİR DÜZENLEME OLARAK CMK'DE YER ALAN DÜZENLEME

5560 sayılı Kanunla TCK ve CMK'de yapılan değişikliklerle uzlaşma kurumu ilk şekliyle farklı bir yapıya bürünmüştür. Söz konusu değişiklik, sadece soruşturma ya da kovuşturmayla alternatif olarak uygulanan bir uzlaşma usulü benimsenmesi sebebiyle; onarıcı adalet fikrinden yola çıkarak ve onarıcı adalete hizmet eden ilkelere esas alınması suretiyle değil, daha çok mahkemelerin iş yükünün azaltılması amacıyla, başka bir deyişle pratik kaygılarla uzlaşmanın gündeme geldiği görüşünü, destekler niteliktedir¹⁹.

let anlayışının yansımaları olarak kabul edilmekle birlikte, zararının giderilmesi şartı Türkiye'deki tarihsel süreç ve kültürel yapı açısından incelendiğinde, *Bayraktar* tarafından dile getirilen, “...adliyenin işleyişini hızlandırma iddiası ile Ceza Yargılaması'nda mağdur zararının giderilmesini amaçlamak akla 'diyatin' geri dönüp dönmeyeceği sorusunu getirmektedir” yönündeki kaygı da göz önünde tutulmalıdır. BAYRAKTAR, Köksal, “Ceza Kanunu'ndaki Değişiklikler ve Uzlaşma”, *Olaylar ve Görüşler, Cumhuriyet Gazetesi*, 2/12/2006, s.2

18 Suçun kabullenilmiş olması şartı ilk başta bakıldığında bir yönüyle de ikrarı gündeme getirmektedir. Bu durum aslında failin işlediği suçun kınanacak bir durum olduğunun yine failin kendisi tarafından kabullenilmesi anlamında, onarıcı adalet anlayışı içerisinde yer edinmiştir. Bkz. DUFF, 2003, s. 50.

19 İNCEOĞLU, Asuman Aytekin / KARAN, Ulaş, “Türkiye'de Ceza Davalarında Uzlaşma Uygulamaları: Hukuki Çerçevenin Değerlendirilmesi”, *Onarıcı Adalet, Mağdur-Fail Arabuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları: Türkiye ve Avrupa Bakışı*, (derleyen, JAHIC,

Bu yönde olmak üzere, uzlaşmanın kapsamı genişletilmiş, suçun kabullenilmiş olması koşulu ve zararın giderilmiş olması zorunluluğu kaldırılmıştır. Söz konusu düzenleme, genel hatlarıyla incelendiğinde, şu üç husus ön plana çıkar²⁰.

1. Uzlaşmanın Kapsamı Genişletilmiştir

5560 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrasında ilk göze çarpan husus, uzlaşmanın kapsamındaki suçların genişletilmiş olmasıdır. TCK'nin 73. maddesinin mülga son fıkrasında sadece şikayete bağlı suçlar uzlaşma kapsamına alınmış iken CMK'nin 253. maddesinde şikayete bağlı suçlar yanında maddede belirtilmiş diğer suçlar açısından da uzlaşma söz konusu olabilecektir. Böylece şikayete bağlı suçlar yanında; “kasten yaralama (üçüncü fıkra hariç, madde 86; madde 88)”, “taksirle yaralama (madde 89)”, “konut dokunulmazlığının ihlali (madde 116)”, “çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (madde 234)”, “ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (dördüncü fıkra hariç, madde 239)” suçları da uzlaşma kapsamına alınmıştır.

2. Suçun Kabullenilmiş Olması Zorunlu Değildir

Yukarıda belirtildiği üzere uzlaşmanın hüküm ve sonuçlarının uygulanması açısından, TCK'nin 73. maddesinde failin suçu kabul etmiş olması şartı yer almaktaydı. 5560 sayılı Kanunla yapılan değişiklik açısından göze çarpan en önemli husus, “*suçun kabullenilmesi*” koşulunun uzlaşmanın kurucu unsuru olmaktan çıkarılmış olmasıdır; yeni düzenlemede “*suçun kabullenilmiş olması*” şartından tamamen vazgeçilmiştir.

Yukarıda ifade edildiği üzere, suçun kabullenilmiş olması, genel olarak onarıcı adalet anlayışı yaklaşımında manevi bir unsura işaret etmek için madde metninde yer almaktaydı. Nitekim onarıcı adalet anlayışı açısından uzlaşmada “ failin sorumluluğu kabullenmesi ” ilkesi uzlaşmanın olmazsa

Gama / YEŞİLADALI, Burcu), 1. Baskı, İstanbul, 2008, s. 49. *Yurtcan*, uzlaşma kurumunun, amacının, “önemsiz suçlardan ötürü, koşullar gerçekleştiğinde, yargılanmaktan kaçınmak” olduğunu; bu yolla “dava ekonomisini sağladığı”nı vurgulamaktadır. YURTCAN, Erdener, *CMK Avukatının ve Uzlaşma Avukatının Başvuru Kitabı*, 5. baskı, İstanbul 2007, s. 78.

20 Uzlaşmanın kapsamı, uygulanma şekli ve sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İNCEOĞLU / KARAN, 2008, s. 48 vd; KAYMAZ, Seydi / GÖKCAN, Hasan Tahsin, *Uzlaşma ve Önödeme*, 2. Baskı, Ankara, 2007, s. 99 vd.

olmaz koşulları arasında aranmaktadır. Bu husus maddi sonuçları olmasından çok manevi bir sorumluluk anlayışına işaret eder.²¹ Yürürlükten kalan hükümlerde de bu husus açıkça kabul edilmiş ve uzlaşma sırasındaki ikrarın hukuken hiçbir bağlayıcılığı olmadığı ifade edilmişti.

3. Zararın Giderilmesi ya da Genel Olarak Edimin Yerine Getirilmesi Şartı Zorunlu Olmaktan Çıkartılmıştır

“Zararın giderilmesi” şartı ile ilgili olarak da CMK’de açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bunun yerine belirli bir edimin yerine getirilmesi şartına bağlanabileceği 253. maddenin 17 ve 19. fıkralarında yer alan hükümlerden anlaşılmaktadır. CMK’nin 253. maddesinin 17. fıkrasında Cumhuriyet Savcısının edimin hukuka uygunluğu konusunda değerlendirme yapma yükümlülüğü olduğu ifade edilmiş; 19. fıkrada ise uzlaşmanın belirli bir edimin yerine getirilmesi şartına bağlanması durumunda nasıl karar verileceği düzenlenmiştir.

Yönetmelik’in 20. maddesinde de tarafların uzlaşma kapsamında belirli bir edimin yerine getirilmesinde anlaşmaları halinde maddenin devamında belirtilen ya da bunlardan ayrı olarak diğer hukuka uygun bir edimin yerine getirilmesini kararlaştırılabilecekleri hükme bağlanmıştır. Yönetmelik’in 20. maddesinin “a” bendinde, “edimin konusunun fiilden kaynaklanan maddi ve manevi zararın kısmen ya da tamamen tazmin edilmesi ya da eski hâle getirilmesi” olduğu hükmüne yer verilmiştir. 20. maddenin “b” bendinde ise mağdurun veya suçtan zarar görenin haklarına halef olan üçüncü kişi ya da kişilerin maddî veya manevî zararlarının tamamen ya da kısmen tazmin edilmesi veya eski hâle getirilmesi hükme bağlanmıştır²².

21 Bkz., dipnot 18.

22 Yönetmelikteki düzenleme şu şekildedir: “**MADDE 20 -** (1) Taraflar uzlaştırma sonunda belli bir edimin yerine getirilmesi hususunda anlaşmaya vardıkları takdirde aşağıdaki edimlerden bir ya da birkaçını veya bunların dışında belirlenen hukuka uygun başka bir edimi kararlaştırabilirler

a) Fiilden kaynaklanan maddî veya manevî zararın tamamen ya da kısmen tazmin edilmesi veya eski hâle getirilmesi,
b) Mağdurun veya suçtan zarar görenin haklarına halef olan üçüncü kişi ya da kişilerin maddî veya manevî zararlarının tamamen ya da kısmen tazmin edilmesi veya eski hâle getirilmesi,
c) Bir kamu kurumu veya kamu yararına hizmet veren özel bir kuruluş ile yardıma muhtaç kişi ya da kişilere bağış yapmak gibi edim-

Düzenlemede, ister maddi ister manevi zararın giderilmesi ile ilgili olsun, son haliyle “zararın giderilmesi”nin uzlaşmanın zorunlu bir unsuru olmaktan çıktığı görülmektedir. Zararın giderilmesi şartının yanında belirli bir edimin yerine getirilmesinin zorunlu olup olmadığının tartışılması ve bunun da ötesinde tarafların belirli bir edimi yerine getirmeleri konusunda anlaşmalarının zorunlu olup olmadığının tespiti de gerekir.

TBMM Adalet Komisyonu raporunda, “*Ondokuzuncu maddeye göre, uzlaşma, bir edimin yerine getirilmesi veya yerine getirileceğinin taahhüt edilmesi halinde gerçekleştirilir*” ifadesine yer verilerek bu zorunluluk ifade edilmiştir²³. Buna karşın CMK’nin aktarılan bu hükümleri Yönetmelik ile birlikte değerlendirildiğinde belirli bir edimin yerine getirilmesinin zorunlu olup olmadığı tartışmalıdır.

Doktrinde genel olarak edimin yerine getirilmesi zorunluluğu yaygın olarak kabul edilmekteyse²⁴ de CMK’nin ilgili hükümleri incelendiğinde bu hükümlerden belirli bir edim konusunda anlaşmanın zorunlu olmadığı; tarafların iradesine bırakıldığı sonucu da çıkarılabilir. Bu açıdan CMK’nin 253. maddesinin 17. fıkrasında maddede sadece edimin hukuka aykırı olup olmadığına ilişkin bir inceleme yapılacağından bahsedilmiştir. Bu hüküm doğrudan ya da dolaylı olarak belirli bir edimin yerine getirilmesi zorunluluğuna işaret etmemektedir. Aynı maddenin 19. fıkrasında da edimin yerine getirilmesinin zorunluluğundan bahsedilmemiştir; belirli bir edim konusunda anlaşılması durumunda edimin yerine getiriliş şekline göre ne şekilde karar verileceği düzenlenmiştir.

lerde bulunulması,

ç) Mağdurun, suçtan zarar görenin veya bunların gösterecekleri üçüncü şahsın, bir kamu kurumunun ya da kamu yararına hizmet veren özel bir kuruluşun belirli hizmetlerini geçici süreyle yerine getirmesi veya topluma faydalı birey olmasını sağlayacak bir programa katılması gibi diğer bazı yükümlülükler altına girilmesi,
d) Mağdurdan veya suçtan zarar görenden özür dilenmesi.”

23 Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu (2/270), <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1255m.htm>. (erişim tarihi 18.01.2007).

24 CENTEL, Nur / ZAFER, HAMİDE, **Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı**, 2.Baskı, İstanbul, 2009, s. 329. SOYGÜT ASLAN, **2008**, s. 129. Yazar zararın giderilmesi yanında mağduriyetin giderilmesine yönelik alternatif çözüm yollarına yürürlükteki düzenleme ile olanak sağlandığını ifade etmekle birlikte, edim belirleme konusunda Kanunun bir zorunluluk getirdiğini zımnen ifade etmektedir. Aynı yönde, INCEOĞLU / KARAN, **2008**, s. 72.

III. UZLAŞMANIN ŞİKAYETİN GERİ ALINMASININ SIRAYETİNE ETKİSİ - ŞİKAYETİN GERİ ALINMASININ DOLAYLI OLARAK BÖLÜNEBİLİRLİĞİ

Yıldız, şikayetin geri alınması ile ilgili olarak, suçtan zarar görenin uzlaşma süreci devam ederken veya uzlaşma gerçekleşip henüz zarar giderilmeden önce şikayetini geri alarak uzlaşmayı geçersiz hale getirebileceğini ifade etmektedir. Yazar, başarısız bir uzlaşma sonucunda açılan kamu davasında da suçtan zarar görenin şikayetini geri almasının kamu davasının düşmesi sonucuna yol açacağını belirtmiş ve uzlaşmayı kabul etmeyen sanığın ileri bir aşamada suçtan zarar görenle yapacağı bir anlaşma ile onun şikayetin geri alınmasını sağlama çabasına girebileceğine işaret etmiştir. Sonuç olarak yazar, bu gibi durumların önüne geçilebilmesi açısından, şikayetten vazgeçmeyi ve şikayetin geri alınmasını sınırlandıran bir düzenleme yapılmasının amaca daha uygun olabileceğini ifade etmiştir²⁵.

Yazarın görüşleri incelendiğinde; şikayetin geri alınmasının, uzlaşma ve uzlaşmanın sonuçlarına ilişkin etkilerinin ele alındığı görülür. Yazar tarafından yukarıda aktarılan hususlar genel olarak şikayetin geri alınmasının uzlaşma kurumuna olumsuz etkileri olarak değerlendirilebilir.

Bunun yanında uzlaşma-şikayetin geri alınması ilişkisinin özellikle "*şikayetin geri alınmasının sirayeti*" ilkesi açısından incelenmesi gerekir.

Uzlaşmanın, şikayetin geri alınmasının sirayeti ilkesi açısından olumsuz etkisi, mağdur ya da suçtan zarar gören kişinin yargılanacak, cezalandırılacak kişiyi seçme yetkisine sahip olması şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Söz konusu yetkinin kaynağı, CMK'nin 255. maddesidir. Konunun anlaşılması açısından birden çok faili ya iştirak halinde işlenen suçlarda uzlaşmanın hüküm ve sonuçları üzerinde öncelikli olarak durmak gerekir.

CMK'nin "Birden Fazla Fail Bulunması Hâlinde Uzlaşma" başlıklı 255. maddesinde "*Aralarında iştirak ilişkisi olsun veya olmasın birden çok kişi tarafından işlenen suçlarda, ancak uzlaşan kişi uzlaşmadan yararlanır*" hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenleme 5271 sayılı CMK'nin ilk şeklinde de var olup, 5560 sayılı Kanunla uzlaşma kurumunda

yapılan değişikliklerde de aynen korunmuştur.

Söz konusu hüküm, şikayetin geri alınmasının sirayetinden farklı olarak uzlaşmanın sirayetinin söz konusu olmadığı anlamına gelmektedir. Buna göre, birden çok failin işlediği ya da iştirak halinde işlenen suçlarda fail ya da şerikler birbirinden bağımsız olarak uzlaşmak zorundadırlar. Bu durumda ancak uzlaşan kişi uzlaşmanın hüküm ve sonuçlarından yararlanabilecektir; "*uzlaşma şahsidir*"²⁶.

Konunun açıklığa kavuşturulması açısından, uzlaşmaya ilişkin eski ve yeni düzenlemenin tekrar irdelenmesi gerekmektedir.

Uzlaşmaya ilişkin olarak *Dölling* tarafından vurgulanan ve yukarıda aktarılan hususlar TCK'nin 73. maddesinin son fıkrasında "*suçun kabullenilmesi*" ve "*ortaya çıkan zararın tamamının ya da büyük bir kısmının ödenmiş ya da giderilmiş olması*" şeklinde yer edinmişti. Bu anlamda uzlaşmanın hem suçun kabullenilmesi şeklindeki moral hükmü -her ne kadar uzlaşma kapsamındaki bu kabulün uzlaşma durumunda delil olarak kullanılması yasak olsa da bu uzlaşmanın uygulanmasını zorlaştıran bir unsur olarak da görülebilir- ve zararın giderilmesi şeklindeki, fiilin zararlı sonuçlarını tamir ya da ortadan kaldırmaya ilişkin yönü, TCK'de uzlaşmanın şartları olarak yer edinmişti.

Şikayetini geri almayan kişinin, fail ya da şeriklerden bir kısmı ile uzlaşmaması durumunda bu kişiler hakkında cezai soruşturma ve kovuşturmanın devam etmesinin belirli yönlerden gerekçelendirilebilme ihtimali olduğu iddia edilebilirdi. Şikayetin geri alınmasının sirayeti ilkesinden dolayı olarak uzaklaşılmasının gerekçesinin, onarıcı adalet anlayışının gereklerinin yerine getirilmesi olarak ortaya çıkabileceği ileri sürülebilirdi ki, bu gerekçelerle de olsa aynı tartışma yürütülebilirdi.

CMK ve Yönetmelik'te düzenlenen uzlaşma kurumunda son şekliyle ön plana çıkan husus, tarafların anlaşması ya da anlaşdırılmasıdır. Bu husus Yönetmelik'in tanımlar başlıklı 4. maddesindeki uzlaşma ve uzlaştırmaya ilişkin tanımlarda daha da somutlaşmaktadır²⁷.

25 YILDIZ, Ali Kemal, "Uzlaşma Şikayet İlişkisi (Y.TCK m. 73)", *Ceza Muhakemesinde Uzlaşma*, (Yayına Hazırlayan, YENİSEY, Feridun), 2005, s. 279

26 Aynı yönde KAYMAZ / GÖKCAN, 2005, s.115. Adı geçen yazarlar, TCK'nin 73. maddesinin son fıkrasına göre uzlaşan faille şikayetin geri alınmasının sirayet etmeyeceği görüşündedirler. KAYMAZ / GÖKCAN, 2005, s. 115

27 Yönetmelik'in 4. maddesinde göre uzlaşma "*Uzlaşma kapsamına giren bir suç nedeniyle, şüpheli veya sanık ile mağdur veya*

Daha önce de belirtildiği gibi anlaşmanın konusu ya da kapsamı açısından suçun kabullenilmesi şeklinde uzlaşmanın moral yönüne ilişkin bir şart aranmamaktadır. Bu doğrultuda, onarıcı adalet anlayışı kapsamında gündeme gelen *“sorumluluk ilkesi”* gözetilmemiştir.

Ayrıca tarafların uzlaşacakları ya da Yönetmelik'teki tanıma göre anlaşacakları asli konunun ne olduğu, uzlaşmaya ilişkin yürürlükteki düzenlemede TCK'nin 73. maddesinin mülga son fıkrasındaki gibi açıkça hükme bağlanmamıştır. Belirli bir edimin yerine getirilmesinin kararlaştırılması ise yukarıda ifade edildiği üzere kanaatimizce zorunlu bir unsur değildir.

Bu açıdan incelendiğinde birden çok fail tarafından ya da iştirak halinde işlenen suçlarda hangi konularda tarafların uzlaşacakları önem arz etmektedir.

Öncelikli olarak belirtmek gerekir ki, mağdur ya da suçtan zarar görenin fail ya da şerikler hakkında aynı yönde davranma, aynı şartlarda uzlaşma zorunluluğuna ne Kanunda ne de Yönetmelikte yer verilmiştir. Bu durumda her bir fail ya da şerik açısından uzlaşma şartları farklı olarak belirlenebilecektir. Moral bir yükümlülüğü üstlenmenin zorunlu olmadığı ve de herhangi bir edimi yerine getirmenin talep edilmediği fail ya da şerikin, sadece mağdur ya da suçtan zarar görenin anlaşma-uzlaşmaya rızası olması nedeniyle yargılanmaktan ya da ceza almaktan kurtulması söz konusu olabilecektir. Aynı mağdur ya da suçtan zarar görenin diğer fail ya da şerikler hakkında da bu şekilde bir davranış sergileme zorunluluğu bulunmamaktadır.

Aynı husus, belirli bir edimin zorunlu kılındığının kabulü halinde de geçerlidir. Bu halde de, hukuka uygun olmak şartıyla, şeriklerden ağırlık itibarıyla birbirinden tamamen farklı edimlerin yerine getirilmesi talep edilebilecektir. Savcılık ya da mahkemenin yetki ve görevi edimin hukuki olup olmadığı ile sınırlıdır; edim ile suç arasındaki oran ya da şeriklerden talep edilen edimler arasındaki

oran denetim kapsamında değildir. Mağdur ya da suçtan zarar görenin hukuka uygun ama teklif edilen şerik açısından gerçekleştirilmesi çok zor bir talepte bulunması suretiyle dilediği kişiyi uzlaşma dışı bırakması mümkündür. Belirli bir edimin kararlaştırılmasının zorunlu olduğu kabulü halinde bile, bir yönüyle uzlaşmayı kolaylaştırdığı ifade edilen²⁸, edimin konusu açısından sağlanan esneklik, mağdur ya da suçtan zarar görene, yargılanacak kişiyi dolaylı olarak seçmede kolaylık sağlamaktadır.

Belirtilen hususlar, şikayete bağlı suçlarda şikayetin bölünebilmesine dolaylı olarak olanak sağlamakta ve mağdura ya da suçtan zarara görene, yargılanacak kişiyi seçebilmesi konusunda bir tasarruf yetkisi vermektedir.

IV. UZLAŞMANIN RE'SEN KOVUŞTURULAN SUÇLARA ETKİSİ - YARGILANACAK KİŞİYİ DOLAYLI OLARAK SEÇEBİLME

Yukarıda da aktarıldığı üzere 5237 sayılı TCK'deki ilk düzenlemede uzlaşma sadece şikayete bağlı suçlar açısından söz konusu olabilmekteydi. Bunun ötesine geçilerek re'sen kovuşturulan suçlar açısından uzlaşma kabul edilmemişti. Uzlaşmaya ilişkin CMK ve TCK'de yapılan değişiklikle uzlaşmanın kapsamının genişletilmesi sonucunda re'sen kovuşturulabilen kimi suçlar da uzlaşma kapsamına alınmıştır. Bu nedenle şikayete bağlı suçlar açısından ortaya çıkan ve yukarıda aktarılan sorun bu tür suçlar açısından da gündeme gelmiştir.

Yargılamayı sonlandırma yetkisi re'sen kovuşturulan suçlarda söz konusu değildir. Burada suçtan zarar gören dilerse müdahil sıfatıyla muhakeme faaliyetine katılır. Müdahil sıfatıyla muhakeme faaliyetine katılma, şikayete bağlı suçlarda olduğu şekliyle muhakemeyi başlatma ya da sonlandırma şeklinde muhakeme üzerinde tasarruf yetkisi vermez.

Buna karşın hem soruşturma hem de kovuşturma aşamasında kimi re'sen kovuşturulan suçlarda uzlaşma imkanının tanınmış olması, bu tür suçlarda da yargılanacak kişiyi seçme imkanının ortaya çıkması sonucunu doğurmaktadır.

Uzlaşmaya ilişkin yürürlükteki hükümler, bu tür sonucun ortaya çıkması imkanının doğmasında yeterli bir gerekçe sunmamaktadır. Yukarıda

suçtan zarar görenin Kanun ve bu Yönetmelikteki usul ve hükümlere uygun olarak uzlaştırma süreci sonunda anlaşırılmış veya anlaşmış olmalarını”; uzlaştırma, “Uzlaşma kapsamına giren bir suç nedeniyle şüpheli veya sanık ile mağdur veya suçtan zarar görenin, Kanun ve bu Yönetmelikteki usul ve hükümlere uygun olarak uzlaştırmacı aracılığıyla ya da hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından anlaşırılmaları suretiyle uyuşmazlığın giderilmesi sürecini,” ifade eder.

aktarıldığı üzere, faillerden bir kısmı hiçbir moral ya da maddi yükümlülüğü üstlenmeden sırf anlaşmış olmaları nedeniyle yargılanmaktan ve olası bir ceza mahkumiyetinden kurtulmuş olacaklardır.

Halihazırdaki hükümler açısından mağdur ya da suçtan zarar görenin yargılanacak kişiyi seçebilme yetkisi, Türk ceza Hukukunda uzlaşma kapsamındaki suçlar açısından bir sonuç olarak ortaya çıkmaktadır.

V. SONUÇ YERİNE

Türk ceza hukukunda, bir yandan onarıcı adalet anlayışının sonucu olarak bir yandan da mahkemelerin iş yükünün hafifletilmesi gerekçeleriyle kabul edilen uzlaşma lehine bir çok söz söylenmesi mümkündür. Bu açıdan en meşru söylem, onarıcı adalet anlayışının ceza hukukunda yer edinmesi gereği olarak görülebilir. Bu hususlar cezanın ve cezalandırmanın ne olduğu, hangi amaca hizmet ettiği gibi önemli konuları içeren daha derin bir tartışmanın konusudur.

Belirli bir amaca hizmet etmesi amacıyla hukuk düzenine dahil edilen yeni kurumlar mevzuata dahil edilirken ya da temel ve önemli bir tercihi ifade eden bazı yerleşik kurumların ve ilkelerin geçerli bir gerekçeye dayanmadan bertaraf edilmesi anlamına gelecek doğrudan ya da dolaylı düzenlemelere yer verilirken, kurumlar arası ilişkilerin etraflıca gözden geçirilmesi önem arz eder.

Ceza hukukunun gelişimi açısından, üzerinde yeteri kadar tartışılmış ve belirli bir düzeyde uzlaşmış kurumların, ceza mevzuatı kapsamına alınması kaçınılmazdır. Devingen toplum yapısının bir gereği de budur.

Buna karşın, uzun yıllar boyunca üzerinde tartışılmış ve uzlaşmış olan ve halen geçerliliği bir anlam ifade eden kurum ve kuralların etkinliğinin korunması, geçerli bir gerekçeye dayanılmaksızın, dolaylı da olsa bertaraf edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

Özellikle iştirak halinde işlenen suçlarda kendisini gösteren şikayetin ve şikayetin geri alınmasının sirayeti ilkesi şeklinde somutlaşan temel ilke ve yasak, şikayetin fiile ilişkin olması²⁹ ve mağdurun ya da suçtan zarar görenin yargılanacak ve de cezalandırılacak kişiyi doğrudan ya da dolaylı olarak seçmesi anlamına gelebilecek bir tasarrufta

bulunamaması anlamına gelmektedir. Nitekim şikayetin geri alınmasının sirayeti, 5237 sayılı TCK'nin 73. maddesinin 5. fıkrasında da açıkça hükme bağlanmıştır.

Türk ceza hukukunda ilk defa 5237 sayılı TCK ile düzenlenen uzlaşma kurumunda, mağdur ya da suçtan zarar görene dolaylı yollardan yargılanacak ve cezalandırılacak kişiyi seçme yetkisine yol açabilecek bir imkan sağlanmıştır. Yukarıda aktarıldığı üzere, TCK'nin 73. maddesinin mülga son fıkrasındaki düzenleme açısından söz konusu tercih, hem suçun kabullenilmesi anlamında moral hem de zararın giderilmesi anlamında maddi bir külfete katlanma karşılığında olması anlamında, yine de tartışılabilir olan bir gerekçeye dayandırılabilirliği mümkündür. Daha çok mahkeme dışı çözüme yönlendirmenin ağır bastığı ve ancak bu amaca hizmet edebilecek nitelikteki halihazırda yürürlükte bulunan düzenleme açısından sorun daha da derinleşmiştir.

Ayrıca, uzlaşmaya ilişkin TCK'nin 73. maddesinin son fıkrasındaki düzenlemede sorun sadece şikayete bağlı suçlar açısından gündemde iken 5560 sayılı Kanunla yapılan ek ve değişikliklerle sorun re'sen soruşturulan suçlara da sirayet etmiştir. Bu değişikliklerle şikayet kurumunda bile şikayet hakkı olan kişiye tanınmayan bir tercih hakkının, re'sen soruşturulabilen suçlarda mağdura, dolaylı olarak tanınması söz konusudur.

Bu noktada, sorunun çözümü açısından şikayet kurumu ve re'sen soruşturulabilen suçlara ilişkin temel ilkeler ile uzlaşma kurumunun amaç, kapsam ve sonuçları arasındaki bağlantının yeniden değerlendirilerek, düzenlenme yapılması önerilmektedir. Bu tür bir düzenlemeyle mağdur ya da suçtan zarar görenin cezalandırılacak kişiyi doğrudan ya da dolaylı olarak seçmesi yetkisini tanıyacak durumların önüne geçilmesi amaçlanmalıdır.

Sonuç olarak; ister onarıcı adalet anlayışı açısından ele alınsın, isterse mahkemelerin iş yükünün azaltılması esnasından hareket edilsin, bu yöndeki tercihlerin sonuçlarının dolaylı olarak da olsa mağdurun yargılanacak kişileri seçebilmesi şeklinde tasarruf imkanı, uzlaşma kurumuna ilişkin olarak tekrar düşünmeyi gerektirir.

29 CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul, 2005, s. 89.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- BAYRAKTAR, Köksal, "*Ceza Kanunu'ndaki Değişiklikler ve Uzlaşma*", Olaylar ve Görüşler, **Cumhuriyet Gazetesi**, 2 /12 / 2006.
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul, 2005.
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 6. Baskı, İstanbul, 2010.
- CENTEL, Nur / ZAFER, HAMİDE, **Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı**, 2.Baskı, İstanbul, 2009.
- DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Temel Hükümler**, 6. Baskı, Ankara, 2009.
- DÖLLING, Dieter, "*İşlenen Suçlar Nedeniyle, Suç Faileri ve Mağdurları Arasında Ara Buluculuk (mediation)*", (özet çev. DÖNMEZER, Sulhi) **Ceza Muhakemesinde Uzlaşma**, (Yayına Hazırlayan, YENİSEY, Feridun), 2005.
- DUFF, Antony, "Restoration and Retribution" **Restorative Justice and Criminal Justice, Competing or Reconcilable Paradigms** (ed. VON HIRSCH, Andrew / ROBERTS, Julian V. / ROACH, Kent / SCHIFF, Mara,) Oxford - Portland - Oregon, 2003.
- FLETCHER, George P. "The Place of Victims in the Theory or Retribution", 3 **Buff. Crim. L. Rev.** 51 1999 - 2000,
- GÜRİZ, Adnan, **Faydacı Teoriye Göre Âhlak ve Hukuk**, Ankara 1963.
- İNCEOĞLU, Asuman Aytekin / KARAN, Ulaş, "Türkiye'de Ceza Davalarında Uzlaşma Uygulamaları: Hukuki Çerçevenin Değerlendirilmesi", **Onarıcı Adalet, Mağdur-Fail Arabuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları: Türkiye ve Avrupa Bakışı**, (derleyen, JAHIC, Gama / YEŞİLADALI, Burcu), 1. Baskı, İstanbul, 2008,
- KAYMAZ, Seydi / GÖKCAN Hasan Tahsin, **Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma ve Önödeme**, 1. Baskı, 2005.
- KAYMAZ, Seydi / GÖKCAN, Hasan Tahsin, **Uzlaşma ve Önödeme**, 2. Baskı, Ankara, 2007.
- KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 16. Baskı, İstanbul, 2007.
- LIEBMAN, Marian, **Restorative justice, How it works?**, London, 2007
- MARSHALL, Tony F, "Restorative Justice: An Overview" Home Office. Research Development and Statistics Directorate. London, UK, 1999, s.5. <http://www.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs/occ-resjus.pdf> (erişim tarihi 18.01.2010).
- ÖZBEK, Mustafa, "Çağdaş Ceza Adaleti Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları ve Arabulucuk Uygulaması", **Ceza Muhakemesinde Uzlaşma**, (Yayına Hazırlayan, YENİSEY, Feridun) 2005.
- ÖZBEK, Veli Özer, **Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi**, Ankara FLETCHER, George P. "The Place of Victims in the Theory or Retribution", 3 **Buff. Crim. L. Rev.** 51 1999 - 2000.
- ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 10. Baskı, Ankara, 2008.
- PELİKAN, Christa, "*Onarıcı Adalet Üzerine*", **Onarıcı Adalet, Mağdur-Fail Arabuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları: Türkiye ve Avrupa Bakışı**, (der. JAHIC, Gama / YEŞİLADALI Burcu), 1. Baskı, İstanbul, Ekim, 2008.
- SOKULLU-AKINCI, Füsün, **Ceza Yaptırımı**, İstanbul 1993.
- SOYGÜT ASLAN, Mualla Buket, **Türk Ceza ve Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma Kurumu**, İstanbul, 2008.
- TARHANLI, Turgut, "Onarıcı Adalet", **Onarıcı Adalet, Mağdur-Fail Arabuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları: Türkiye ve Avrupa Bakışı**, (der. JAHIC, Gama / YEŞİLADALI Burcu), 1. Baskı, İstanbul, Ekim, 2008.
- TOROSLU, Nevzat, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Ankara, 2010.
- YILDIZ, Ali Kemal, "Uzlaşma Şikayet İlişkisi (Y.TCK m. 73)", **Ceza Muhakemesinde Uzlaşma**, (Yayına Hazırlayan, YENSİSEY, Feridun), 2005.
- YILMAZ, Ömer, "Onarıcı Adalet Sistemi: Birey-Toplum-Devlet İlişkilerinde Yeni Bir Mücadele Alanı", **Suç Mağdurları**, (ed. BAHAR, Halil İbrahim), Ankara, 2006.
- YURTCAN, Erdener, **CMK Avukatının ve Uzlaşma Avukatının Başvuru Kitabı**, 5. Baskı, İstanbul, 2007.
- YURTCAN, Erdener, **Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı**, 2004.
- Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu (2/270), <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1255m.htm>. (erişim tarihi 18.01.2007).