

“ 1.5237 sayılı TCK'nin "yağma" başlıklı 148.maddesi: "(1) Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdit ederek veya cebir kullanarak, bir malı teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılan kişi, altı yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Cebir veya tehdit kullanılarak mağdurun, kendisini veya başkasını borç altına sokabilecek bir senedi veya var olan bir senedin hükümsüz kaldığını açıklayan bir vesikayı vermeye, böyle bir senedin alınmasına karşı koymamaya, ilerde böyle bir senet haline getirilebilecek bir kağıdı imzalamaya veya var olan bir senedi imha etmeye veya imhasına karşı koymamaya mecbur edilmesi halinde de aynı ceza verilir.

(3) Mağdurun, herhangi bir vasıta ile kendisini bilmeyecek ve savunamayacak hale getirilmesi de, yağma suçunda cebir sayılır."

2.5237 sayılı TCK'nin "nitelikli yağma" başlıklı 149.maddesi:

" (1) Yağma suçunun;

(...)

d) (Değişik: 18/6/2014-6545/64 md.) Yol kesmek suretiyle ya da konutta, işyerinde veya bunların eklentilerinde,

İşlenmesi halinde, fail hakkında on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur."

3.5271 sayılı "mağdur ile şikâyetçinin dinlenmesi" başlıklı 236.maddesinin birinci fıkrası "Mağdurun tanık olarak dinlenmesi halinde, yemin hariç, tanıklığa ilişkin hükümler uygulanır." hükmü düzenlenmiştir. Madde gerekçesi "Suçun mağdur ve şikâyetçisi olayın tarafı durumunda buldukları için yeminsiz dinlenmeleri kuraldır. Ancak, Cumhuriyet savcısı veya hâkim gerekli görürse yani delil olma değeri itibarıyla yemin verebilir. Yeminli beyan tanık beyanına ilişkin hükümlere tâbidir." şeklindedir.

4.5271 sayılı CMK'nin "tanıklıktan çekinme" başlıklı 45.maddesi:

"(1) Aşağıdaki kimseler tanıklıktan çekinebilir:

(...)

c) Şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu.

(...)

(3) Tanıklıktan çekinebilecek olan kimselere, dinlenmeden önce tanıklıktan çekinebilecekleri bildirilir. Bu kimseler, dinlenirken de her zaman tanıklıktan çekinebilirler.

"

5.5271 sayılı CMK'nin "kendisi veya yakınları aleyhine tanıklıktan çekinme" başlıklı 48.maddesi:

"(1)Tanık, kendisini veya 45 inci maddenin birinci fıkrasında gösterilen kişileri ceza kovuşturmasına uğratabilecek nitelikte olan sorulara cevap vermekten çekinebilir. Tanığa cevap vermekten çekinebileceği önceden bildirilir."

6.5271 sayılı CMK'nin "tanıklıktan çekinme sebebinin bildirilmesi" başlıklı 49.maddesi:

"(1) Mahkeme başkanı veya hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından gerekli görüldüğünde 45, 46 ve 48 inci maddelerde gösterilen hâllerde tanık, tanıklıktan çekinmesinin dayanağını oluşturan olguları bildirir ve bu hususta gerektiğinde kendisine yemin verdirilir."

7.5271 sayılı CMK'nin "duruşmada okunmayacak belgeler" başlıklı 210.maddesi:

(1) Olayın delili, bir tanığın açıklamalarından ibaret ise, bu tanık duruşmada mutlaka dinlenir. Daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanağın veya yazılı bir açıklamanın okunması dinleme yerine geçemez.

(2) Tanıklıktan çekinebilecek olan kişi, duruşmada tanıklıktan çekindiğinde, önceki ifadesine ilişkin tutanak okunamaz.

8.Ceza yargılamasının amacı maddi gerçeğe ulaşmaktır. Müştekiilerin yargılamanın ilerleyen safhalarında baskıya maruz kalması kuvvetle muhtemeldir. Kanun koyucu suç siyaseti açısından bazı suçların re'sen takip edilmesini istemiş ve özellikle aile içi şiddetin önlenmesi bakımından bir çok düzenlemeler yapmıştır. Örneğin,

9.TCK'nin 82.maddesinde düzenlenen kasten öldürme suçunun üstsoy veya altsoydan birine ya da eş, boşandığı eş veya kardeşe karşı işlenmesi halinde, kişi ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.

10.TCK'nin 86.maddesinde düzenlenen yaralama suçunun üstsoya, altsoya, eşe, boşandığı eşe veya kardeşe karşı işlenmesi halinde, şikâyet aranmaksızın, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

11.TCK'nin 96.maddesinde düzenlenen eziyet suçunun üstsoy veya altsoya, babalık veya analığa ya da eşe veya boşandığı eşe karşı işlenmesi halinde, kişi hakkında üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

12.TCK'nin 109.maddesinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun üstsoy, altsoy veya eşe ya da boşandığı eşe karşı, işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza bir kat artırılır.

13.Yine kanun koyucu sanık ile mağdurun aralarındaki yakınlığı nazara alarak birtakım düzenlemeler yapmıştır. Örneğin,

TCK'nin "şahsi cezasızlık sebebi veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep" başlıklı 167.maddesi:

" (1) Yağma ve nitelikli yağma hariç, bu bölümde yer alan suçların;

a) Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin,

b) Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın,

c) Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin,

Zararına olarak işlenmesi halinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz.

(2) Bu suçların, haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi halinde; ilgili akraba hakkında şikayet üzerine verilecek ceza, yarısı oranında indirilir."

14.TCK'nin "banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması" başlıklı 245.maddesi:

"(1) Başkasına ait bir banka veya kredi kartını, her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimse, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın bunu kullanarak veya kullandırarak kendisine veya başkasına yarar sağlarsa, üç yıldan altı yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.

(...)

(4) Birinci fıkrada yer alan suçun;

a) Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin,

b) Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın,

c) Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin,

Zararına olarak işlenmesi hâlinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz.

(5) Birinci fıkra kapsamına giren fiillerle ilgili olarak bu Kanunun malvarlığına karşı suçlara ilişkin etkin pişmanlık hükümleri uygulanır."

15.TCK'nin "suç üstlenme" başlıklı 270.maddesi:

"(1) Yetkili makamlara, gerçeğe aykırı olarak, suçu işlediğini veya suça katıldığını bildiren kimseye iki yıla kadar hapis cezası verilir. Bu suçun üstsoy, altsoy, eş veya kardeşi cezadan kurtarmak amacıyla işlenmesi halinde; verilecek cezanın dörtte üçü indirilebileceği gibi tamamen de kaldırılabilir."

16.TCK'nin "şahsi cezasızlık veya cezanın azaltılmasını gerektiren sebepler" başlıklı 273.maddesinde:

"(1) Kişinin;

a) Kendisinin, üstsoy, altsoy, eş veya kardeşinin soruşturma ve kovuşturmaya uğramasına neden olabilecek bir hususla ilgili olarak yalan tanıklıkta bulunması,

b) Tanıklıktan çekinme hakkı olmasına rağmen, bu hakkı kendisine hatırlatılmadan gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapması,

Halinde, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir."

17.TCK'nin "suçluyu kayırma" başlıklı 283.maddesinde :

(1) Suç işleyen bir kişiye araştırma, yakalanma, tutuklanma veya hükmün infazından kurtulması için imkan sağlayan kimse, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(...)

(3) Bu suçun üstsoy, altsoy, eş, kardeş veya diğer suç ortağı tarafından işlenmesi halinde, cezaya hükmolunmaz.

18.TCK'nin "tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme" başlıklı 284.maddesinde:

" (1) Hakkında tutuklama kararı verilmiş olan veya hükümlü bir kişinin bulunduğu yeri bildiği halde yetkili makamlara bildirmeyen kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(...)

(4) Bu suçların üstsoy, altsoy, eş veya kardeş tarafından işlenmesi halinde, cezaya hükmolunmaz

19.TCK'nin "kaçmaya imkan sağlama" başlıklı 294.maddesinde:

(1) Gözaltına alınanın veya tutuklunun kaçmasını sağlayan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(...)

(6) Bu suçların üstsoy, altsoy, eş veya kardeş tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte biri oranında indirilir."

D)YÜKSEK MAHKEME UYGULAMASI VE DOKTRİN

1."CMK'nın 236/1. maddesinde, "mağdurun tanık olarak dinlenmesi halinde, yemin hariç, tanıklığa ilişkin hükümler uygulanır" hükmü yer almaktadır. Öğretide, katılan sıfatını alan mağdurun da tanık sayılacağını kabul eden yazarlar olduğu gibi; burada atfin yalnızca dinleme usulüne yapıldığını, dosya inceleme yetkisine sahip bir süje olan katılanın tanık sıfatı taşıyamayacağını savunan yazarlar da vardır. Biz de muhakemeye zaten süje olarak kabul edilmiş olan ve kendisine başta dosya inceleme olmak üzere çeşitli haklar tanınan katılanın, bünyesinde tanık sıfatı taşımasının uygun olmadığı düşüncesindeyiz. Zira katılan şahsı itibariyle taraftır ve aynı kişinin, iki ayrı ceza muhakemesi süjesi olarak hareket etmesi mümkün değildir. Ancak belirtmek gerekir ki bu tartışma tamamen iç hukuka ilişkin olup, AİHM'nin gözünde "özerk bir kavram" olarak ele alınan tanık terimi bakımından herhangi bir etki doğurmamaktadır.

AİHM'nin yaklaşımı uyarınca tanık, sanığa isnat edilen fiil hakkında bilgi veren kişidir. AİHM'nin bu kavrama yüklediği özerk anlam nedeniyle mağdur gibi, suç ortakları ve bilirkişi de AİHS'nin 6/3-(d) bendinde yer alan "tanık sorgulama" hakkının kapsamına girmektedir. AİHM'nin yaptığı şey, soru sorma ve tanık çağırma hakkı bağlamında Sözleşme'nin 6/3-(d) maddesinde yer alan tanık ifadesini; özerk kavramlar öğretisi aracılığıyla yorumlayarak, son derece yerinde bir biçimde suç ortakları ve mağdurları da kapsayacak şekilde uygulamaktır. Anayasa Mahkemesi de tanık kavramını aynı kapsamda yorumlamaktadır.

Tanık sorgulama hakkı, tarihsel olarak Anglo-Amerikan hukuk sisteminde, yüzleşme hakkı şeklinde ortaya çıkmıştır. Elbette geçmişte Kıta Avrupası ülkelerinin ceza muhakemesi kanunlarında bu hakkın yansması niteliğinde düzenlemeler vardı. Ancak söz konusu hakkın tüm Kıta Avrupası bakımından açık bir dayanağa kavuşması, AİHS'nin 6/3-(d) maddesinde yer alan "tanık sorgulama hakkı"yla olmuştur. Sonuç olarak burada koruma altına alınan esas menfaat; savunmanın, delil kaynağı olan tanık, mağdur suç ortağı gibi süjelere veya delil değerlendirme görevi yapan bilirkişi ve uzmana soru sorma ve bu kişileri iddia makamıyla aynı şartlar altında davet etme ve dinletebilme hakkıdır.

Bu noktada Kıta Avrupası hukuk sistemleri ile Ortak Hukuk sistemi arasında, mağdur ve tanık bakımından doğan bir farka da dikkat çekmek gerekir. Kıta Avrupası ülkelerinde, ülkeden ülkeye değişmekle birlikte mağdurların muhakeme hukukundaki hakları, Ortak Hukuk ülkelerine kıyasla çok daha güçlüdür. Ortak hukuk ülkelerinde ise çoğunlukla mağdur tanık statüsündedir. Buna karşın Kıta Avrupası'nda çoğunlukla, mağdura, katılma hakkı tanınmaktadır.

Öte yandan Avrupa bazında dahi, bu genellemeye uymayan örneklere rastlamak mümkündür. Örneğin Kuzey Avrupa hukuk geleneğinde; Kuzey Batı hukuk sistemlerinde (Danimarka, İzlanda Norveç) mağdur yalnızca tanık sıfatı alırken, Kuzey Doğu hukuk sistemlerinde (İsveç ve Finlandiya) mağdur davaya katılma hakkına da sahiptir. Görüldüğü üzere konu, basit bir Kıta Avrupası-Ortak Hukuk sistemi karşılaştırması yapılarak geçilecek düzeyde basit değildir. Bu çalışmada da görüldüğü üzere; Ortak Hukuk sisteminde, kırılğan tanık başlığı altında, aslında doğrudan mağdurla ilgili pek çok gelişme yaşanmaktadır. AİHM ise, tüm bu tartışmaların en tepe noktasında, her bir ülkenin uygulamalarının adil yargılanma hakkının gereklerine uygunluğu konusunda karar vermektedir. Dolayısıyla Ortak Hukuk ülkelerinde, mağdurun muhakemedeki hakları bağlamında yapılan tartışmalar, Kıta Avrupası ülkelerinde de yankılanmaktadır. Bu nedenle bu çalışmada kırılğan tanıktan bahsedilen yerlerde, bu ayırım gözden kaçırılmamalı ve çalışmanın mağdura odaklandığı unutulmamalıdır.

Mağdurun ve katılanın beyanıyla, sanığın ya da tanığın beyanı arasında delil teşkil etme değeri bakımından herhangi bir derece farkı yoktur. Dolayısıyla tüm deliller nasıl değerlendiriliyor ve akıl süzgecinden geçiriliyorsa, bu beyanlar da aynı işleme tabi tutulacaktır. Bu noktada elbette şüpheli ve sanıkla, mağdur arasında var olan menfaat çatışması gözetilmelidir.

Burada, delillerin ortaya konulmasındaki temel ilkelerle adil yargılanma hakkının zımni unsurları olan çelişme ve silahların eşitliği ilkelerinin bir araya gelmesi söz konusudur. Adil yargılanma hakkı bakımından esas olan; sanığa, delil sunma ve aleyhine ileri sürülen delillere etkili bir şekilde karşı çıkma imkânının tanınmasıdır. Mağdurun

beyanı da dahil olmak üzere tüm delillerin ortaya konulması; sanığın hazır bulunduğu bir duruşmada, aleni ve çelişmeli bir şekilde gerçekleşmelidir.

Savunma; çelişme muhakeme hakkının (çelişme ilkesinin), CMK'nın 215 (her bir delil için tek tek) ve 216. (tüm deliller bakımından bir bütün olarak) maddelerinin bir gereği olarak, dosyaya giren tüm bilgi ve belgelere ulaşabilmeli, beyanlar da dahil olmak üzere duruşmada ortaya konulan deliller hakkında yorum yapabilmelidir. Buna ek olarak savunma, AİHS'nin 6/3-(d) ve CMK'nın 201. maddeleri uyarınca mağdura soru sorma hakkını kullanabilmeli ve silahların eşitliği ilkesinin bir gereği olarak, bunları yaparken iddia makamı karşısında ciddi bir şekilde dezavantajlı konumda kalmamalıdır.

Özerk bir kavram olan tanık kavramıyla; mağdur, bilirkişi ve suç ortağı arasındaki ilişkiyi böylelikle ortaya koyduktan sonra, inceleme konumuz olan mağdur ve bu kavram özelinde kırılğan mağdur kavramına geri dönebiliriz. İddia makamına veya savunmaya, katılan sıfatını almış olsun veya olmasın, mağdura soru sorabilme imkânının sağlanması zorunludur. Dolayısıyla mağdura soru sorma ihtiyacı ortaya çıktığında, mağdurun duruşmaya davet edilmesi zorunlu hale gelir ve mağdur davete icabet etmediği takdirde zorla getirilmesi gerekir. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. Bu noktada, savunmanın ilk derece mahkemesinde, mağdura soru sormaya yönelik ihtiyacı ortaya koyması önemlidir. Bu yapılmadığı takdirde, kanun yolunda CMK bağlamında savunma hakkının mahkeme kararıyla kısıtlandığını ortaya koymak son derece güç olacaktır. Buna ek olarak AİHM ve Anayasa Mahkemesi ihlal kararı verirken, yetkili makamların ilgiliyi duruşmaya getirmeye yönelik aktif bir çaba içerisinde olup olmadıklarını da dikkate almaktadır.

Görüldüğü üzere mağdurun duruşmaya getirilmeye zorlanması, ancak beyanının zorunlu görüldüğü hallerde söz konusudur. Duruşmaya gelen mağdur, sorulan soruya cevap vermek istemediği takdirde, bu durum ancak beyanının değeri bağlamında değerlendirilebilir. Öte yandan kırılğan mağdurlar bakımından, duruşmaya katılmaya ilişkin kurallarda bir takım istisnai düzenlemeler yapılması mümkündür. CMK'nın 236/2. maddesinde yer alan "maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunluluk arz eden haller saklıdır" ibaresi, bu bilgiler ışığında değerlendirilmelidir. Adli görüşme odasından duruşmaya bağlanmak, bu türde bir istisnai düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır." (TANER, Fahri Gökçen, "Kırılğan Mağdurun Beyanının Cmk'nın 236. maddesi Uyarınca Alınması Ve Uygulanan Özel Usuller Karşısında Savunma Hakkının Dengelenmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2021/33 (153), s.2)

2."Mağdur veya şikayetçi hakkında tanıklığa ilişkin hükümler uygulanacağından, bu kişiler de telefon, telgraf, faks, elektronik posta gibi araçlardan yararlanılmak suretiyle davet edilebilir. Ancak, davetiyeye bağlanan sonuçlar bu durumda uygulanmaz. Yine aynı nedenle mağdur veya şikayetçi tanık da tanıklıktan çekinme hakkına sahiptir.

Ceza muhakemesi sürecinde mağdur veya şikayetçi, tanık ve katılan sıfatları üst üste çakışabilir. Yani mağdur veya şikayetçi aynı zamanda tanık ve davaya katılan sıfatlarını almasında bir beis yoktur. Bu halde mağdur veya şikayetçi, hem uyuşmazlığın tarafı hem de iddia makamını savcı ile paylaşan ve bu uyuşmazlığın çözümünde savcı gibi yetkilere sahip olan bir süje olarak karşımıza çıkmaktadır. İki konumun m. 45'te öngörülen kişilerden biri olması halinde tanıklıktan çekinme hakkına sahip olup olamayacağı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu ifadeler ışığında katılanın tanıklıktan çekinebileceğini söyleyebiliriz. Ceza muhakemesinde hiçbir süjenin ispat

yükü bulunmamaktadır. İspat yükü olmayan bir süjenin tanıklıktan çekinmesini gerektiren hallerde tanıklıktan çekinmesi ve ancak kendi beyanı dışında diğer delillerle suçun ispatında aktif olması birbiriyle çelişmemektedir. Tanıklıktan çekinme nedenleri ile sağlanan koruma bertaraf edilmeden katılma ile tanınan hakların kullanılmasına imkan sağlamak gerekir" (Nur Centel, Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018, s.273-278.)

3.Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 20.06.2019 tarih ve 2016/19-1170 Esas ve 2019/488 Karar sayısı ile verdiği kararı şöyledir: "Tanıklıktan çekinme hakkı olan kimselere, bu hakları, dinlenmeye başlamadan önce hatırlatılmalı ve bu haklarını kullanıp kullanmayacakları hususu da tutanağa yazılmalıdır. Tanıklıktan çekinme hakkı bulunan bir kimsenin bu hakkı hatırlatılmadan dinlenilmesi hâlinde beyanlarının kanıt olarak değerlendirilmesi de artık olanaksızdır. Kaldı ki CMK'nın 210/2. maddesinde "Tanıklıktan çekinebilecek olan kişi, duruşmada tanıklıktan çekindiğinde, önceki ifadesine ilişkin tutanak okunamaz." hükmü getirilmiş olup bu hakkın sonradan kullanılması hâlinde önceki ifadelerinin dahi kanıt olarak kullanılması yasaklanmıştır."

4.Yargıtay 14.Ceza Dairesi'nin 29.01.2015 T, 2014/8853 E ve 2015/734 K sayılı ilamıyla, çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan yargılanan sanık hakkında her bir mağdur için ayrı ayrı verilen 20 yıl hapis cezasının oyçokluğuyla onanmasına karar vermiştir. Karşı oy yazısı "Mağdur aynı zamanda olayın tanığı olup CMK 236/1. maddesi uyarınca yemin hariç tanıklığa ilişkin hükümlerin uygulanacağı, CMK 45/1-c maddeleri uyarınca üstsoy hısımlığının tanıklıktan çekinme nedeni olarak düzenlendiği, CMK 49. maddesi uyarınca mahkeme başkanı veya hakim veya Cumhuriyet Savcısı tarafından tanıklıktan çekinme sebeplerinin bildirilmesinin düzenlendiği,

Somut olayda mağdur tanığın babası olan sanıkla ilgili dinlenmesi sırasında yukarıda açıklanan usul hükümlerine aykırı davranıldığı, açıklanan hükümlere göre mağdur tanığın yeniden dinlenmesi görüşünde olduğumdan çoğunluk görüşüne katılmıyorum." şeklindedir.

İlk derece mahkemesinin kararı incelendiğinde, mağdurların yargılama sırasında şikayetten vazgeçtikleri ve babaları olan sanık hakkında özetle, babalarının kendilerine baskı yaptığını, okuldan almakla tehdit ettiğini, annesiyle görüştürmek istemediğini, babalarından kurtulmak için ona isnat edilen şekilde iftirada bulduklarını beyan ettikleri anlaşılmaktadır. Karşı oy yazısında belirtildiği gibi CMK'nin 236/1.maddesi uygulansaydı, çocuklarına karşı nitelikli cinsel istismar suçunu işlediği ilk derece mahkemesince sabit görülen, yüksek mahkemece kararı onanan ve iki kez 20 yıl hapis cezası alan sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerekecekti zira iddia temelden çökecek ve önceki beyanlar okunamayacaktı.

Dairece karar onanmasına rağmen neden karşı oy yazısında belirtilen hususun olayda uygulanamayacağına dair bir gerekçe yazılmadığından, kararın gerekçesi bilinmemektedir. Ancak kanaatimizce yukarıda zikredilen kanun hükümleri, YCGK kararı ve doktrin nazara alındığında uygulanması gerekirdi.

E)İLGİLİ ANAYASA MADDELERİ

1.Anayasa'nın "Cumhuriyetin nitelikleri" kenar başlıklı 2. maddesi şöyledir:

"Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir."

2.Anayasa'nın "Devletin temel amaç ve görevleri" kenar başlıklı 5. maddesi şöyledir:

"Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."

3.Anayasa'nın "Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" kenar başlıklı 17. maddesi şöyledir:

"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.

Meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır"

4.Anayasa'nın "Konut dokunulmazlığı" kenar başlıklı 21. maddesi şöyledir:

"Kimsenin konutuna dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar."

5.Anayasa'nın "Mülkiyet hakkı" kenar başlıklı 35. maddesi şöyledir:

"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

6.Anayasa'nın "Ailenin korunması ve çocuk hakları" kenar başlıklı 41. maddesi şöyledir:

"Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.

Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.

Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.

Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır."

F)DEĞERLENDİRME

Yukarıda zikredilen kanun maddeleri (TCK-CMK), kanun koyucunun belirli ilişkileri ve akrabalıkları gözeterek farklı düzenlemelere gittiği ancak bazı suçlar bakımındansa, örneğin TCK'nin "şahsi cezasızlık sebebi veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep" başlıklı 167.maddesinin 1.fıkrasında "yağma ve nitelikli yağma hariç" diyerek, özellikle cezalandırılmasını istemiştir. Tarafların aile bireyleri olduğu durumlarda, çoğu kez herhangi bir tanık bulunmamaktadır. Bu durumda maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasının tek yolu sanığın sorgusu ve mağdurun tanıklığıdır. Cumhuriyet Savcısı mağdurun beyanına itibar ederek dava açtığında, esasında iddia makamının tek dayanağı mağdurun samimi beyanlarıdır. Bu beyanın ortadan kalkması halinde iddia temelinden çökmekte ve sanığın suçlu olması halinde cezalandırılması imkansız hale gelmektedir. Kimi zaman mağdur beyanının yanında darp ve cebir izlerinin doktor raporuyla belgelendiği de olmaktadır. Bu durumda Cumhuriyet Savcısı iddianamede "müşteki beyanı ve bu beyanla uyumlu doktor raporu" bulunduğu bahisle iddianame tanzim etmektedir. Ancak mağdur beyanı ortadan kalktığında esasında bu raporun bir anlamı yoktur zira bu rapor sadece mağdurda bir yaralama olduğunu göstermektedir ve bunun delilidir. Bu yaralanmanın sanık tarafından yapıldığının kesin bir kanıtı değildir. Dolayısıyla yağma suçunu bir kenara bırakırsak, basit yaralama suçundan dahi ceza verilmesi mümkün olmamaktadır. Bu halde aile içi şiddet nasıl önlenecektir? Kanununun şikayet aranmaksızın cezalandırılmasını istediği eşe karşı yaralamada, eş şikayetçi olmadığını beyan edip, tanıklıktan çekildiğinde sanık nasıl cezalandırılabilir? CMK'nin 236/1.maddesi, kanun koyucunun muradını gerçekleştirmesini engellemekte ve çelişki oluşmasına sebebiyet vermektedir.

Somut olayda mağdur, sanığın babası olup CMK'nin 236/1.maddesi uyarınca hakkında yemin hariç tanıklığa ilişkin hükümler uygulanması gerekmiş ve CMK'nin 45/1.maddesi uyarınca tanıklıktan çekinme hakkını kullanmıştır. Oysa soruşturma mağdurun şikayetiyle başlamış ve kendince tafsilatlı bir şekilde olayı anlatmıştır. Ancak tanıklıktan çekinmesi nedeniyle CMK'nin 210/2.maddesi uyarınca önceki ifadesine ilişkin tutanak okunması ve sanığa bu hususta soru sorulması mümkün değildir. Anayasanın 38.maddesinde "(...)Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz(...)" hükmü düzenlenmiş olup, elbette Anayasa'nın 38.maddesi uyarınca baba, oğlu hakkında tanıklık yapmaya zorlanamaz ancak soruşturmanın başlamasına sebep olan beyanı kendi rızasıyla

yapmıştır ve beyanda bulunmaya zorlandığına dair herhangi bir delil bulunmadığı gibi tarafların böyle bir iddiası da yoktur. Dolayısıyla 38.maddenin ihlali söz konusu değildir. Maddi gerçeğe ulaşılabilmesi için mağdurun dinlenmesi veya çekinmeye ilişkin beyanına kadar olan aşamalardaki beyanlarının okunup, usulünce sanığa savunma hakkı tanındıktan sonra hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak CMK'nin 236/1.maddesi bu gerçeğe ulaşmayı engellemektedir.

Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir. (md.2) Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır (md.5) Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar. Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır. (md.41) Kanun koyucu bu hükümler uyarınca yukarıda tafsilatlı olarak izah edildiği üzere bir çok düzenleme yapmıştır. Anayasanın ilgili hükümlerinde kişilere tanınan hakların kişilerin rızasıyla da olsa ortadan kaldırılması mümkün değildir. Ancak söz konusu hüküm (236/1), kanun koyucunun muradına aykırı bir netice doğurmakta ve konutta yağma suçunun mağduru konumundaki bir kişinin, mülkiyet hakkını (md.35), konut dokunulmazlığını (md.21), yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını (md.17) etkin bir şekilde korunmasını engellemekte ve mağdurları korumasız bırakmaktadır.

Netice olarak CMK'nin 236.maddesinin 1.fikrasında düzenlenen "Mağdurun tanık olarak dinlenmesi halinde, yemin hariç, tanıklığa ilişkin hükümler uygulanır." hükmü Anayasa'nın 2, 5, 17, 21, 35 ve 41.maddelerini ihlal ettiğinden iptali gerekmektedir."