

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

HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI

Yüksek Lisans Tezi

Can YALÇIN

Ankara-2019

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU
ANABİLİM DALI

HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI

Yüksek Lisans Tezi

CAN YALÇIN

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN

Ankara-2019

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

Can YALÇIN

HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

.....

.....

.....

Tez Sınavı Tarihi:

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. (...../...../2.....)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin

Adı ve Soyadı

.....

İmzası

.....

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
KISALTMALAR CETVELİ.....	VIII
GİRİŞ.....	1
BİRİNCİ BÖLÜM: HÜKÜM KAVRAMI VE HÜKMÜN AÇIKLANMASI.....	3
I. GENEL OLARAK.....	3
II. HÜKÜM.....	3
1. HÜKÜM KAVRAMI	3
2. HÜKÜM ÇEŞİTLERİ	15
A. Beraat Kararı.....	15
B. Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararı.....	16
C. Mahkûmiyet Kararı.....	17
D. Güvenlik Tedbirlerine Hükmedilmesi	18
E. Davanın Düşmesi Kararı	20
F. Davanın Reddi Kararı.....	23
3. MAHKEMELERİN HÜKÜM NİTELİĞİNDE OLMAYAN KARARLARI	26
A. Durma Kararı	26
B. Adli Yargı Dışındaki Bir Yargılama Makamına Yönelik Görevsizlik Kararı	28
III. HÜKMÜN AÇIKLANMASI.....	29
1. HÜKMÜN AÇIKLANMASI KAVRAMI	30
2. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ SONUÇLARI	35

İKİNCİ BÖLÜM: CEZALANDIRMANIN AMACININ DEĞİŞİMİNE BAĞLI

OLARAK ERTELEME DÜŞÜNCSİNİN DOĞUŞU.....38

I. CEZALANDIRMANIN AMACINA İLİŞKİN TEORİLER..... 38

1. GENEL OLARAK 38

2. CEZALAR SİSTEMİ..... 39

A. Cezanın Ortaya Çıkışı.....39

B. Cezanın Amacı.....45

a. Ödetici Teoriler.....45

b. Faydacı Teoriler.....50

ba. Genel Önleme Teorisi.....51

bb. Özel Önleme Teorisi.....54

c. Karma Teoriler.....57

d. Türk Ceza Kanunu ve Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'a Göre Cezanın Amacı58

II. HAPİS CEZASI, KISA SÜRELİ HAPİS CEZALARINA SUNULAN

ALTERNATİFLERİN SEBEPLERİ VE BİR ALTERNATİF OLARAK ERTELEME62

1. HAPSETMENİN ORTAYA ÇIKMASINDAKİ TEMEL BAZI FAKTÖRLER 62

2. HAPİS CEZASINDAN ALTERNATİF YAPTIRIMLARA DOĞRU BİR YOLCULUK ..66

3. ERTELEME KURUMU 72

A. Erteleme Kurumunun Ortaya Çıkışı ve Gelişimi.....73

B. Ertelemenin Niteliği ve Amacı80

C. Erteleme ve Benzeri Kurumların Lehine ve Aleyhine İleri Sürülen Fikirler..... 85

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASININ

GELİŞİMİ, HUKUKİ NİTELİĞİ, ŞARTLARI, SONUÇLARI VE DENETİMİ91

I. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASININ GELİŞİMİ.....	91
II. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASININ HUKUKİ NİTELİĞİ ...	104
III. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASININ ÖN ŞARTLARI	119
1. MAHKÛMİYET HÜKMÜ VERİLMESİ.....	119
2. UZLAŞMANIN SAĞLANAMAMIŞ OLMASI	122
IV. SUÇA VE CEZAYA İLİŞKİN ŞARTLAR	128
1. SUÇA İLİŞKİN ŞARTLAR VE KURUMUN UYGULANAMAYACAĞI SUÇLAR.....	128
A. ANAYASA'NIN 174. MADDESİNDE KORUMA ALTINA ALINAN İNKILAP KANUNLARINDA YER ALAN SUÇLAR.....	130
a. Tevhidi Tedrisat Kanunu	130
b. Şapka İktisası Hakkında Kanun.....	132
c. Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar ile Bir Takım Unvanların Men ve İlgasına Dair Kanun.....	132
d. Evlenme Akdinin Evlendirme Memuru Önünde Yapılacağına Dair Medeni Nikah Esası İle Aynı Kanunun 110 Uncu Maddesi Hükmü	133
e. Beynelmilel Erkamın Kabulü Hakkında Kanun	135
f. Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun	135
g. Efendi, Bey, Paşa gibi Lakap ve Unvanların Kaldırıldığına Dair Kanun	136
h. Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun	136
B. 5739 SAYILI KANUNLA GETİRİLEN İSTİSNALAR	137
a. 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler.....	137
b. 477 Sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun'da Yapılan Değişiklikler	139
c. 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler	141

C. 6222 SAYILI SPORDA ŞİDDET VE DÜZENSİZLİĞİN ÖNLENMESİNE DAİR KANUNDA YER ALAN ŞİKE VE TEŞVİK PRİMİ SUÇLARI	142
D. 5491 SAYILI ÇEK KANUNUNDA YER ALAN KARŞILIKSIZ ÇEK KEŞİDE ETME SUÇU.....	144
E. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KURUMUNUN UYGULANAMAYACAĞININ İÇTİHATLARLA KABUL EDİLDİĞİ SUÇLAR	147
a. Müeyyidesi Disiplin Hapsi ve Tazyik Hapsi Olan Fiiller.....	148
b. Müeyyidesi Disiplin Para Cezası Olan Fiiller	151
c. İcra ve İflas Kanunu'nda Yer Alan Suçlar.....	151
d. Kullanmak İçin Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Satın Almak, Kabul Etmek veya Bulundurmak ya da Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanmak Suçu	153
e. İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu.....	163
f. İşkence Suçu.....	173
2. CEZAYA İLİŞKİN ŞARTLAR.....	177
V. SANIĞA İLİŞKİN ŞARTLAR	184
1. KASITLI BİR SUÇTAN MAHKÛM OLMAMIŞ OLMA.....	184
A. GENEL OLARAK	184
B. ÖNCEKİ TARİHLİ SUÇUN ERTELENMİŞ VEYA AFFA UĞRAMIŞ OLMASI	187
C. FAİLİN ÖNCEKİ TARİHLİ SUÇU 18 YAŞINDAN ÖNCE İŞLEMESİ.....	188
D. ÖNCEKİ TARİHLİ MAHKÛMİYET HÜKMÜNÜN 1412 SAYILI CMUK DÖNEMİNDE CEZA KARARNAMESİ USÛLÜYLE VERİLMESİ.....	189
E. VERİLDİĞİ ANDA KESİN NİTELİKTE OLAN MAHKÛMİYET HÜKÜMLERİNİN ETKİSİ	192

F. GEÇMİŞ TARİHLİ MAHKÛMİYET HÜKMÜNÜN KESİNLEŞMESİNİN ÜZERİNDEN BELİRLİ BİR SÜRE GEÇMESİNİN ETKİSİ.....	193
G. ADLİYE MAHKEMELERİ DIŞINDA VERİLMİŞ MAHKÛMİYET HÜKÜMLERİNİN ETKİSİ	202
2. SANIĞIN YENİDEN SUÇ İŞLEMeyeCEĞİ HUSUSUNDA KANAATE VARILMASI	211
3. SANIK HAKKINDA DAHA ÖNCE HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASINA KARAR VERİLMEMİŞ OLMASI.....	217
4. SANIĞIN KABULÜ.....	222
VI. ZARARIN GİDERİLMESİ.....	233
1. GENEL OLARAK.....	233
2. ZARARIN GİDERİLMESİ BAKIMINDAN ZARAR SUÇU – TEHLİKE SUÇU AYRIMI	237
3. ZARARIN AİT OLMASI GEREKEN SÜJE: MAĞDUR.....	239
4. GİDERİLMESİ GEREKEN ZARARIN NİTELİĞİ: MADDİ ZARAR – MANEVİ ZARAR AYRIMI.....	240
5. ZARARIN TESPİTİ.....	244
6. ZARARIN GİDERİLMESİ YÖNTEMİ	246
7. ZARARI GİDERMESİ GEREKEN KİŞİ	252
8. KAMUNUN ZARARI	256
VII. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARI VE SONUÇLARI	258
1. GENEL OLARAK.....	258
2. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARI KARŞISINDA GÜVENLİK TEDBİRLERİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ	258

A. HAK YOKSUNLUKLARI	259
B. MÜSADERE	261
C. ÇOCUKLARA VE AKIL HASTALARINA ÖZGÜ GÜVENLİK TEDBİRLERİ	269
D. TEKERRÜR	270
E. SINIR DIŞI EDİLME	271
F. TÜZEL KİŞİLER HAKKINDA GÜVENLİK TEDBİRLERİ	271
3. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARI VE YARGILAMA GİDERLERİ.....	272
4. DENETİM SÜRESİ VE DENETİMLİ SERBESTLİK TEDBİRLERİ	275
A. DENETİMLİ SERBESTLİK TEDBİRİNE HÜKMEDİLMESİ.....	281
B. DENETİMLİ SERBESTLİK TEDBİRLERİNİN TÜRLERİ.....	286
a. Bir Meslek ya da Sanat Sahibi Olmayan Sanığın, Meslek ya da Sanat Sahibi Olmasını Sağlamak Amacıyla Bir Eğitim Programına Devam Etmesi.....	287
b. Bir Meslek ya da Sanat Sahibi Olan Sanığın, Bir Kamu Kurumunda veya Özel Olarak Aynı Meslek veya Sanatı İcra Eden Bir Başkasının Gözetimi Altında Ücret Karşılığında Çalıştırılması.....	288
c. Sanığın Belli Yerlere Gitmekten Yasaklanmasına, Belli Yerlere Devam Etmek Hususunda Yükümlü Kılınmasına ya da Takdir Edilecek Başka Yükümlülüğü Yerine Getirmesi.....	289
d. 6222 Sayılı Kanun ve Spor Müsabakalarını Seyirden Yasaklama Tedbiri	291
C. DENETİMLİ SERBESTLİK TEDBİRLERİNİN İNFAZI	292
D. DENETİM SÜRESİ İÇİNDE VEYA DENETİM SÜRESİNİN SONUNDA VERİLEBİLECEK KARARLAR	294
a. Sanığın Denetim Süresini İyi Halli Olarak Geçirmesi	295

b. Sanığın Denetim Süresini İyi Halli Geçirmemesi	299
ba. Denetim Süresi İçerisinde Sanığın Kasıtlı Bir Suç İşlemesi.....	300
bb. Sanığın Denetimli Serbestlik Tedbirlerine Riayetsizlik Etmesi	304
5. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARININ ETKİLERİ.....	308
A. KARARIN ÖZEL SİCİLE KAYDEDİLMESİ	309
B. KARARIN DAVA ZAMANAŞIMINA OLAN ETKİSİ	310
VIII. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARININ DENETİMİ	
.....	316
1. GENEL OLARAK	316
2. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARINA KARŞI	
BAŞVURULABİLECEK KANUN YOLU: “İTİRAZ”	318
A. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARINA İTİRAZIN	
İNCELEME KAPSAMI.....	318
B. İTİRAZIN REDDEDİLMESİNİN SONUÇLARI.....	331
C. İTİRAZIN KABUL EDİLMESİNİN SONUÇLARI VE İZLENECEK USUL	331
3. KANUN YARARINA BOZMA	334
4. YARGITAY CUMHURİYET BAŞSAVCISININ İTİRAZI.....	337
5. BİREYSEL BAŞVURU	337
IX. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KURUMUNA İLİŞKİN	
NORMLARIN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI.....	346
SONUÇ.....	353
KAYNAKÇA.....	364
ÖZET.....	381
SUMMARY.....	382

KISALTMALAR CETVELİ

AD.	: Adalet Dergisi
AİHM.	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
ASK.	: Adli Sicil Kanunu
AÜEHFD.	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYD.	: Anayasa Yargısı Dergisi
AYM.	: Anayasa Mahkemesi
B.	: Baskı
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CGK.	: Ceza Genel Kurulu
CHD.	: Ceza Hukuku Dergisi
CGTİHK.	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CMK.	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK.	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
CMUY.	: Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği
Çev.	: Çeviren
ÇKK.	: Çocuk Koruma Kanunu
dn.	: Dipnot
DSHY.	: Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği
E.	: Esas
ed.	: Edited / Editör

EÜHFD.	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD.	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İBD.	: İstanbul Barosu Dergisi
İBGK.	: İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
İHAS	: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
in	: Inside / İçinde
İnÜHFD.	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İzBD.	: İzmir Barosu Dergisi
K.	: Karar
Krş.	: Karşılaştırınız
m.	: Madde
pub.	: Publications
RG.	: Resmî Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SGT.	: Son Görülme Tarihi
ss.	: Sayfa Sırası
T.	: Tarih
TAAD.	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBD.	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK.	: Türk Ceza Kanunu
THD.	: Terazi Hukuk Dergisi
TMK.	: Türk Medeni Kanunu
Y.	: Yıl

vd. : Ve Devamı
Vol. : Volume
Yar. : Yargıtay
Yay. : Yayın/Yayımları



GİRİŞ

Aydınlanma çağıyla birlikte cezalandırma anlayışında devrimsel nitelikte gelişmeler meydana gelmiştir. Nitekim bu dönemin reformistleri, işkence ve ölüm cezasının akıl dışı olduğunu ortaya koymuşlar ve modern anlamda hapis cezasının kurumsallaşmasının temellerini atmışlardır. Bu dönemle birlikte, cezalandırmanın amacının salt ödetmek olmadığı; cezalandırmayla fayda da sağlanması gerektiği belirtilmiştir. Böylece ceza, bir amaç olmaktan çıkmış ve mahkûmun ıslahı ile yeniden sosyalleşmesi için kullanılacak bir araç haline gelmiştir.

Hapis cezası, failin işlediği suçu ödetmek için en uygun ceza; hapisane ise ıslahı sağlamak için en uygun ortam olarak belirlenmiştir. Ancak 19. yüzyılın sonları ve 20. yüzyılın başlarına gelindiğinde, hapis cezasının mahkûmlar üzerindeki olumsuz etkileri gözlemlenmiş; mahkûmların ıslah olmadıkları ve dışarı çıktıktan sonra yeniden sosyalleşemedikleri anlaşılmıştır. Bu durum, devletleri, hapis cezasına alternatif olabilecek yaptırımlar arayışına yöneltmiştir. Zaman içerisinde, ilk kez suç işleyen veya hafif suç işleyen kişiler için değişik alternatif yaptırımlar denenmiş, ancak bunlardan en sürdürülebilir olanı erteleme kurumları olmuştur.

Ertelme kurumlarının kökeni Anglo – Sakson hukukunda ortaya çıkmış Probation (Denetimli Serbestlik) kurumuna dayanır. Denetimli serbestlik kurumu, özel şekilde seçilmiş suçlular hakkında kamu davasının açılmasının veya duruşma yapılmasının ya da cezaya hükmedilmesinin şartlı olarak ertelendiği ve serbest bırakılan suçlu hakkında onun kişiliğini hedef alan bir kontrol, yöneltme ve idare sisteminin uygulanmasını belirleyen bir kurumdur. Bu sistemde, hâkim mahkûmiyet hükmünü tesis etmez ve bu hükmün verilmesini erteler. Bu erteleme süresi içerisinde suçlu kişi kendi başına bırakılmaz ve bir gözetim memurunun (probation officer) gözetim ve denetimine tabi olur. Böylece suçlu kişinin hapisaneye girmeden, denetim altında ıslah olması amaçlanır.

CMK m. 231’de düzenlenen Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması kurumu esası itibariyle bir erteleme kurumudur ve kurum için seçilen isim, kanun koyucunun Probation (Denetimli Serbestlik) kurumunu Türk ceza hukukuna taşıma amacını gösterir niteliktedir. Ancak, söz konusu bu taşıma gerçekleştirilirken, kurumun esasına ne derece sadık kalındığı ve hali hazırdaki pozitif düzenlemenin kurumla amaçlanan hedefleri gerçekleştirmeye ne kadar ehil olduğu bu çalışmanın temel konularından birisi olacaktır.

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması teriminin aydınlatılabilmesi için ilk bölümde, hüküm (son karar) kavramı ve hüküm türleri incelenecek; hükümün açıklanması kavramı aydınlatılmaya çalışılacaktır.

Çalışmanın ikinci bölümü, cezalandırmanın amacındaki değişimle birlikte alternatif yaptırımların ve bir alternatif yaptırım olan erteleme kurumunun ortaya çıkışını anlatmaya ayrılmıştır. Bu bölümün amacı, erteleme kurumunun temelinde yatan cezalandırma anlayışını tespit etmek ve erteleme kurumuyla amaçlanan hedefleri ortaya koymaktır. Böylece CMK m. 231’de düzenlenen hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun, erteleme kurumuyla amaçlanan hedefleri gerçekleştirmeye ehil olup olmadığı tartışılacaktır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının hukuki niteliği, uygulanma alanı bulması için gerekli olan bütün şartlar, sonuçları ve denetim mekanizması açıklanacaktır.

Son olarak, belirtmek gerekir ki hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun mevzuatta düzenlenişindeki birtakım eksiklikler ve yanlışlıklar ile mevzuat kaynaklı olmayan bir takım hatalı uygulamalar, doktrin ve uygulama sahasındaki haklı kafa karışıklıklarına sebep olmuştur. Kurum, pek çok bilimsel çalışmada ele alınmıştır ancak kuruma ilişkin sorunların hala giderilemediği gözlenmiştir. Çok yaygın bir şekilde uygulanan bu kuruma ilişkin sorunların giderilmesine yardımcı olma ihtimali, çalışmanın hazırlanmasındaki temel motivasyon kaynağı olmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM:

HÜKÜM KAVRAMI VE HÜKMÜN AÇIKLANMASI

I. GENEL OLARAK

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin 5. fıkrasına göre hükmün açıklanmasının geri bırakılabilmesi için sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası olmalıdır.¹ Bu madde uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının ancak mahkûmiyet hükmü sonucunda verilebileceği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, öncelikle 'hüküm' kavramı incelenecek ve kapsamı belirlenecek devamında ise CMK m. 223'te yer alan hüküm çeşitleri ve mahkemelerin hüküm niteliğinde olmayan kararları incelenecektir. Hüküm kavramı ve hüküm çeşitleri incelendikten sonra 'hükmün açıklanması' kavramı ve hükmün açıklanmasının sonuçları incelenecektir.

II. HÜKÜM

1. HÜKÜM KAVRAMI

¹ RG. 17.12.2004/25673

Arapça *hkm* kökünden gelen *hukm*², “yargı”, “egemenlik, hâkimiyet”, “değer, aynı veya benzer nitelik”, “önem, geçerlilik”, “etki, hız, şiddet” ve “karar” anlamlarında kullanılmaktadır.³

Psikoloji bilimine göre hüküm verme, bireyin iki ya da daha fazla alternatifin olumlu ve olumsuz yanlarını, gözlemlerine, tecrübelerine, kişisel değer yargılarına göre tartarak hangi seçeneği tercih edeceği hakkında karar verme sürecinin sonudur.⁴ Hükümden önce bir şüphe vardır. Hüküm vermeye birlikte bu şüphe yenilir. Şüphenin yenilmesi, yerini inanmaya bırakır. Bu inanma, hükmün gerçekliğine olan inanmadır.⁵ Bu anlamda psikolojideki hükümlerin de bir muhakeme faaliyeti olduğu söylenebilecektir.⁶

Ceza muhakemesi hukukundaki hüküm vermeyi psikoloji bilimindeki hüküm vermeden ayıran en önemli özellik, ceza muhakemesi hukukunda hükmün kolektif verilişidir.⁷ Ceza muhakemesi hükmünün kolektif olabilmesi ve herkes tarafından geçerli sayılabilmesi için, hüküm verme faaliyetine katılanların, düşüncelerini karşılıklı olarak ortaya koymaları ve tartışmaları gerekir. Psikolojidekinin aksine ceza muhakemesi hukukunda gerçek, tek taraflı

²**Nişanyan Sözlük**, [<http://www.nisanyansozluk.com/?k=h%C3%BCK%C3%BCm&x=0&y=0>] (SGT: 13.06.17)]

³**Türk Dil Kurumu**, Büyük Türkçe Sözlük, [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=c_om_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.593fd5cb543046.35236360] (SGT: 13.06.17)]

⁴ Psikolojide insanların karar alma mekanizmalarına yönelik ortaya konulmuş teoriler ve bu konuda daha fazla bilgi için bkz. **Jonathan St. B. T. Evans – David E. Over – Simon J. Handley**, “*A Theory of Hypothetical Thinking*”, in *Thinking: Psychological Perspectives on Reasoning, Judgement and Decision Making* (ed. by **David Hardman – Laura Macchi**), John Wiley & Sons Ltd pub., West Sussex, England, 2003, s. 6, 7; **Bryony Beresford – Trica Sloper**, *Understanding the Dynamics of Decision-Making and Choice: A Scoping Study of Key Psychological Theories to Inform the Design and Analysis of the Panel Study*, Social Policy Research Unit., University of York, 2008, s. 2.

⁵ **Nurullah Kunter**, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, B.9, Beta Yay., İstanbul 1989 (**Ceza Muhakemesi Hukuku**), s. 35.

⁶ Ayrıca bkz. **Beresford – Sloper**, s. 4 vd.

⁷ **Kunter**, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 37.

düşünce ile bulunamaz. Gerçek, çeşitli düşüncelerin tartışılmasından ortaya çıkar. Düşüncelerin karşılıklı olarak ileri sürülmesi ve tartışılması metoduna, “çelişme” metodu denilmektedir. Çelişme, muhakeme süjelerinden her birinin, muhakemenin konusuyla ilgili düşüncelerini, tekrar düşünölmek üzere diğer süjelerin önüne sürmesidir.⁸ İddia makamı ithamda bulunarak bir tez ileri sürer. Bunun karşılığında müdafaa makamı savunmasıyla bir anti tez oluşturur. Yargılama makamı ise bu tez ve anti tezdten bir sentez ortaya çıkartır. Şüpheyi yenen ve maddi gerçeği ortaya çıkartan bu sentezle gerçeğe yani hükme varılır.⁹

Hüküm (son karar), mahkemenin, hakkında muhakeme yürütölen uyuşmazlığı¹⁰ doğrudan veya dolayısıyla çözen¹¹ ve ceza davasını ve ceza muhakemesi ilişkisini sona erdiren karardır.¹² Hüküm bir muhakeme sonucu ortaya çıkar. Muhakeme ise, bir zihin faaliyetidir.

⁸ **Selehattin Keyman**, Ceza Muhakemesinde Savcılık, Ankara 1970 (**Savcılık**), s. 24, 25; **Nevzat Toroslu – Metin Feyzioğlu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yay., B. 18, Ankara 2018, s. 24, 25.

⁹ **Keyman**, Savcılık, s. 26; **Kunter**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 38, 39. Kunter, uyuşmazlığı çözen son karara yargı denmesi gerektiğini söylemektedir (bkz. s. 44 vd.); Doktrindeki bir görüşe göre hüküm kolektif değildir. İddia ve savunma makamları, hâkimin vereceği hükme etki edecek tez ve anti tezleri sunarak hâkimi ikna etmek veya şüpheden sanığı yararlandırılmasını sağlamak fırsatlarına sahiptirler. Bu görüş için bkz. **Metin Feyzioğlu**, Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat, B. 2, İslık Yay., İstanbul 2015 (**Vicdani Kanaat**), s. 177.

¹⁰ **Keyman**, Savcılık, s. 21.

¹¹ Bkz. **Kunter**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 940 vd; **Yener Ünver – Hakan Hakeri**, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 12, Adalet Yay., Ankara 2016, s. 119, 120, 675: “Yargı organının işi sonlandırdığı kararlara son karar adını vermekteyiz. Bu kararlarda uyuşmazlığın esasını çözen nitelikte olabileceği gibi (beraat, mahkûmiyet kararları gibi); uyuşmazlığın esasını çözmeyen, uyuşmazlığı dolayısıyla yargılayan nitelikte de olabilir (ret ve düşme kararları gibi). Her iki nitelikte de olsa bu kararlarda son karardır, zira bundan sonra bir karar verilmemektedir. (...) Hüküm, yargı organı adına varılan yargıyı ve bundan sonra o derece mahkemesinde davaya devam edilmeyeceğini ifade eder.”.

¹² **Güneş Okuyucu Ergün**, Ceza Muhakemesi İşlemleri, Yetkin Yay., Ankara 2015, s. 61; **Toroslu – Feyzioğlu**, s. 179, 180; Doktrinde hüküm farklı şekillerde tanımlanmaktadır: **Faruk Erem**, Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, B. 6, Işın Yay., Ankara 1986, s. 493: “Hakimin davayı neticelendiren kazai kararına ‘hüküm’ denir; **Keyman**, Savcılık, s. 22: “... muhtelif hipotezlerin bir araya gelmesinden ve bunların aynı bir tek düşünce içinde birleşmelerinden ‘hüküm’ doğar.”; **Bahri**

Buna *sübjektif muhakeme* denilir. Ancak muhakeme kavramı ceza muhakemesinde belirli bir neticeye yani hükme ulaşmak için kullanılan vasıtalar topluluğu için de kullanılır. Bu da *objektif muhakeme* adını alır.¹³ Hukukta hüküm vermenin, psikoloji bilimindeki hüküm vermeden farkı bu noktada ortaya çıkmaktadır. Psikoloji biliminde muhakeme yapmanın belirli ya da

Öztürk – Durmuş Tezcan – Mustafa Ruhan Erdem – Özge Sırma Gezer – Yasemin F. Saygılar Kırıt – Özdem Özaydın – Esra Alan Akcan – Efser Erden Tütüncü (Öztürk vd.), Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku (ed. Bahri Öztürk), B. 10, Seçkin Yay., Ankara 2016, s. 683: “... hüküm, kovuşturma evresinde uyumsuzluğu doğrudan doğruya veya dolayısıyla çözen ve kural olarak mahkemenin gereken bütün işlemleri yaptıktan sonra o işten el çekmesini gerektiren kararlardır.”; **Baha Kantar,** Ceza Muhakemeleri Usulü Umumi Hükümler, B. 4, Ankara 1957, s. 54: “Yargıçlar tarafından gerek ilk ve gerek son soruşturma esnasında yahut nihayetinde verilen emirlere veya ittihaz olunan tedbirlere ‘karar’ denir. Fakat kanun, son soruşturmaya nihayet veren yani dâvayı bitiren kararlara ‘hüküm demiştir...’”; **Kantar,** s. 303: “Hükümün esası: Ceza davalarında hükümün istinad ettiği esas delillerin serbest surette takdirinden husule gelen kanaattir.”; **Öztekin Tosun,** Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Genel Kısım, C.1, B. 4, İstanbul 1984 (C. 1), s. 666: “Son kararlar hakimlerin önüne getirilmiş uyumsuzluğa son veren kararlardır.”; **Öztekin Tosun,** Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Muhakemenin Yürüyüşü, C. 2, B. 2, İstanbul 1976 (C. 2), s. 167: “Son soruşturmanın sonunda verilen kararlar beraat, mahkûmiyet, düşme, durma ve red olarak sayılmıştır (CMUK m. 253). Bunlardan beraat, mahkûmiyet, düşme kararları son karardır; uyumsuzluk bu kararlarla kesilip atılmıştır. Buna karşılık durma kararı, bir muhakeme engeli bulunduğu (veya, aynı anlamda, bir dâva şartı bulunmadığı) zaman muhakemenin bekletilmesidir. Engel kalktığı (veya, şart gerçekleştiği) takdirde muhakemeye devam olunacaktır; bu bakımdan bir son karar değildir.”; **Tahir Taner,** Ceza Muhakemeleri Usulü, B. 2, İstanbul 1950, s. 378: Hükümden maksat, davaya son veren hükümdür.”; **Nur Centel – Hamide Zafer,** Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 12, Beta Yay., İstanbul 2015, s. 749: “Mahkemenin uyumsuzluk konusunda verdiği nihai karara, son karar veya Yasa’daki ifadeyle hüküm denilir.”; **Veli Özer Özbek – Koray Doğan – Pınar Bacaksız – İlker Tepe,** Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 8, Seçkin Yay., Ankara 2016, s. 776: “...hüküm, mahkeme tarafından yargılamanın sonunda yargılamanın konusuna ilişkin olarak verilen ve yargılamayı sona erdiren karar olarak tanımlanabilir.”; **Erdener Yurtcan,** Ceza Yargılaması Hukuku, B. 14, Adalet Yay., Ankara 2017, s. 262: “Son kararlar kural olarak mahkemenin sözlü yargılama sonunda ve açık duruşmada verdiği kararlardır. Bunlar nitelikleri bakımından uyumsuzluğun esasını çözen ve bir yargı organının işten elini çekmesi sonucunu doğuran kararlardır.”

¹³ **Erem,** Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, s. 493, 494.

belirlenmiş bir yöntemi yoktur. Ancak, hukukta kanunca belirlenmiş yöntem doğrultusunda muhakeme yapmak mecburiyeti vardır.¹⁴ Yargılama makamı kanunca belirlenmiş yöntem doğrultusunda muhakeme yaparak vicdani kanaatiyle (CMK m. 217) hüküm verecek, böylelikle kanunun iradesini belirli bir olaya uygulayarak, hukukun bireyselleşmesini sağlayacaktır. Yani hüküm, aslında hukukun bireyselleştirilmesidir.¹⁵

Ceza muhakemesinin sonunda hüküm verilebilmesi için şüphesiz ki bir muhakemeye; muhakeme için de ceza davasına ve en temelinde ceza iddiasına ihtiyaç vardır. Ceza davasının temelini oluşturan ceza iddiası, devlete ait olan ve bir suçun işlenmesiyle meydana çıkan cezalandırma hakkı¹⁶ ya da yetkisinden kaynaklanmaktadır.¹⁷ Bu cezalandırma hakkı ya da yetkisinin kullanılması ve ceza iddiasının doğruluğunun araştırılması, yargılama makamının hükmüne bağlı tutulmaktadır. Faili cezaya tabi kılmayı ifade eden devlete ait bu iddia, mahkûmiyet hükmüyle amacına ulaşmakta ve böylece kesin ve son şeklini almaktadır.¹⁸ Buradan anlaşıldığı üzere ceza iddiası, devletin yargı organlarınca cezalandırma hakkı ya da yetkisini kullanabilmesi için yargılama makamına yapılan bir başvuruyu ifade eder. Ceza muhakemesinin amacı, maddi gerçeği ortaya çıkarmaktır. Bu da ancak yargılama makamınca verilen kolektif bir hükümle mümkün olur. Kolektif bir hükmün verilebilmesi için her şeyden önce yargılama makamının işe el koymasını, yani yargılama makamının harekete geçmesinin sağlanması gerekmektedir. Modern ceza muhakemesi hukukunda benimsenen “*davasız yargılama olmaz*” ilkesi gereği, yargılama organının harekete geçmesi ve yargılamanın yapılabilmesi, dava adı verilen faaliyetin somut olarak başlatılması şartına bağlanmıştır. Ceza

¹⁴ **Günel Kurşun**, Ceza Muhakemesinde Hüküm, Seçkin Yay., Ankara 2016, s. 42.

¹⁵ **Erem**, Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, s. 494.

¹⁶ Devletin ‘sübjektif’ bir cezalandırma hakkı olmadığı yönündeki görüşler için bkz. **Keyman**, Savcılık, s. 88, dn. 207.

¹⁷ **Toroslu – Feyzioğlu**, s. 34.

¹⁸ **Keyman**, Savcılık, s. 89.

muhakemesi hukukunda ceza davası, cezaî bir uyuşmazlığın çözülmek üzere yargılama makamının önüne getirilmesi olarak tanımlanmaktadır.¹⁹

CMK m. 170 uyarınca devlet adına ceza iddiasını sunacak olan makam cumhuriyet savcılığıdır. CMK m. 170/2'ye göre soruşturma evresinin sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler. Yetkili ve görevli mahkemenin iddianameyi kabul etmesiyle de kamu davası açılmış ve kovuşturma evresi başlamış olacaktır (CMK m. 175).

Ceza davasını görmekte olan mahkeme, iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil ve bu fiilin faili hakkında bir hüküm kuracaktır. Ancak, mahkeme fiilin nitelendirilmesinde iddia ve savunmalarla bağlı değildir (CMK. m. 225/1-2). CMK'nın bu düzenlemesi Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK) m. 150²⁰'de ve CMUK. m. 257²¹'de de yer almaktaydı. Böylece CMK m. 225 ve “*davasız yargılama olmaz*” ilkesi gereği ancak hakkında dava açılmış olan fiil ve faille ilgili olarak hüküm kurulabilecektir.²²

CMK m. 225 hükmü uyarınca muhakemenin konusu iddianamedeki fiil ve bu fiilin faili ile sınırlıdır. Ancak muhakemenin konusunun kişi yönünden sınırlandırılması bir sorun teşkil etmezken²³; muhakemenin konusu olan fiilden ne anlaşılması gerektiği ve fiilin aynılığının

¹⁹ **Toroslu – Feyzioğlu**, s. 34, 35; **Keyman**, Savcılık, s. 88 – 90; **Kunter**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 191; **Tosun**, C. 2, s. 30.

²⁰ **CMUK m. 150**: “*Tahkikat ve hüküm, yalnız iddianamede beyan olunan suça ve zan altına alınan şahıslara hasredilir.*

Bu hudut dahilinde olarak, mahkemeler istiklal ile hareket etmek hak ve görevine haiz olup ceza kanununun tatbikinde kendilerine arz edilen iddialarla bağlı değildirler.”

²¹ **CMUK m. 257**: “*Hükmün mevzuu, duruşmanın neticesine göre iddianamede gösterilen fiilden ibarettir.*

Fiili takdirde mahkeme, iddia ve müdafaalarla bağlı değildir.”

²² **Toroslu – Feyzioğlu**, s. 357; **Centel – Zafer**, s. 594.

²³ **Centel – Zafer**, s. 594.

nasıl tespit edileceği tartışmalıdır.²⁴ Belirtmek gerekir ki maddi ceza hukuku anlamındaki fiil ile ceza muhakemesi hukuku anlamındaki fiil kavramları birbirinden farklıdır. Ceza hukukunda suç fiili, isnat yeteneğine sahip bir kişinin kusurlu bir hareketinin (icrai veya ihmali) meydana getirdiği, kanunda yazılı tipe uygun, hukuka aykırı ve müeyyide olarak bir cezanın uygulanmasını gerektiren eylemidir.²⁵ Suçun yani ceza hukuku anlamındaki fiilin tekliği ya çokluğu meselesi ise, neticenin doğalcı anlayışı göz önünde bulundurularak çözülecektir. Buna göre, suç/fiil sayısı neticeli suçlarda netice sayısına; neticesiz suçlarda ise ihlal sayısına bakılarak tespit edilecektir.²⁶ Ceza hukuku bakımından farklı suç tiplerine uygun birkaç fiil arasında birlikte yargılanmalarını gerektirecek derecede bir bağlılık varsa, bu suç fiilleri bir olay örgüsü içerisinde iddianamede anlatılır. İddianamede anlatılan bu olay, ceza muhakemesinin konusunu oluşturan fiil olarak kabul edilir.²⁷ Bu anlamda, ceza davasının konusu olan fiil/olay, iddianamede belirtilen suç fiillerdir.²⁸ Fiillerin iddianamede belirtilmesi, dış dünyada değişiklik meydana getirmiş bulunan bazı olayların anlatılmasıyla gerçekleşir. Böylelikle iddianameyle birlikte olay/fiil ferdileşecektir.²⁹

İddianamede gösterilmeyen, ancak daha sonra ortaya çıkan olayların, hükmün konusu olup olamayacağı sorusu akla gelebilir. İddianamede gösterilen olayla sonradan ortaya çıkan olay arasında bağlantı bulunup bulunmadığı veya olayların bir bütünün parçası olup olmadığı

²⁴ Bu tartışmalar için bkz. **Erdener Yurtcan**, Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm, B. 2, Kazancı Hukuk Yay., İstanbul 1987 (**Kesin Hüküm**), s. 68 vd.

²⁵ **Uğur Alacakaptan**, Suçun Unsurları, AÜHF Yayınları No. 372, Sevinç Matbaası, Ankara 1975, s. 10.

²⁶ Bu konuda ayrıca bkz. **Zeki Hafizoğulları – Muharrem Özen**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 8, US-A Yay., Ankara 2015, s. 355, 356.

²⁷ Bkz. **Erol Cihan – Feridun Yenisey**, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 3, Beta Basım Yayım, İstanbul 1998, s. 38.

²⁸ **Erol Cihan – Feridun Yenisey**, “*Ne Bis In Idem*” İlkesi”, Çetin Özek Armağanı (ed. Bahri Öztürk), Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2004, s. 220.

²⁹ **Yurtcan**, Kesin Hüküm, s. 93.

yer, zaman, mağdur ve nedensellik ilişkisi gibi ölçütler esas alınarak belirlenecek ve ayrı bir suç görünümünde olmayan olaylar, iddianamedeki olayın bir parçası sayılacaktır. Bunlar cezanın artırılmasını ya da cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektiriyorsa, bu olayların hükme esas alınması için sanığa ek savunma hakkı verilmesi yeterlidir (CMK m. 226/2). Hüküm, iddianamede belirtilen olayı ve olayla sıkı bağlantı içinde olan³⁰ ve sonradan ortaya çıkan tüm olayları kapsar. Ancak, hukuki açıdan bakıldığında ayrı bir suç görünümü veren olayları, muhakeme konusu olayla ne kadar sıkı bağlantı içinde olurlarsa olsunlar, yeni bir iddianame düzenlemeksizin muhakemeye dahil etmek mümkün değildir.³¹ Buna uygulamada “*ek iddianame*” adı verilmektedir.³² Bu konuyu bir örnekle açıklayabiliriz. İddianame, şüphelinin 3.12.2018 tarihinde (A)’nın evine girdiğini ve (A)’nın çok değerli bas gitarını çaldığını belirtmiş olabilir. Bu iddianamede ceza hukuku anlamında iki suç fiili

³⁰ Nitekim yaşamın olağan akışına göre, failin tüm davranışları iddianamede anlatılan olay ile ortak ya da birlikte olarak algılanabiliyorsa, ceza muhakemesi hukuku bunu uyuşmazlığın konusu olan fiil kavramı içine almaktadır. Bu konuda bkz. **Ali Rıza Çınar**, “*Hükümün Konusu ve Eylemi (Fiili) Değerlendirmede Mahkemenin Yetkisi*”, TBBD., S. 84, Y. 2009 (“*Hükümün Konusu*”), s. 44.

³¹ Nitekim Yargıtay’ın yerleşmiş içtihadı da bu yöndedir. Yar. CGK., E. 2007/11-203, K. 2007/224, T. 6.11.2007: “*Hükümün konusu iddianamede gösterilen eylemdir. İddianamede açıklanan ve suç oluşturduğu ileri sürülen fiilin dışına çıkılması, dolayısıyla davaya konu edilmeyen bir eylemden dolayı yargılama yapılması ve açılmayan davadan hüküm kurulması yasaya aykırıdır. Bu nedenle iddianame ayrıntılı olmalı, atılı suçun unsurlarını oluşturan fiillerin nelerden ibaret olduğu hiçbir kuşku ve duraksamaya yer olmayacak biçimde açıklanmalıdır. Sanık, sorgusundan önce iddianame okunduğunda üzerine atılı suçun ne olduğunu anlamalı, buna göre savunmasını yapabilmeli ve delillerini mahkemeye sunabilmelidir. Atılı suç açık ve net olarak belirtilmeli, savunma hakkı kısıtlanmamalıdır. Dosya kapsamından sanığın zincirleme biçimde resmî belgede sahteciliğe azmettirme suçundan cezalandırıldığı anlaşılmaktadır. Ancak iddianamede 15.04.2002 tarihli yazının sahte biçimde düzenlenmesi için azmettirme eyleminden bahsedilmekte, başka bir belgeden bahsedilmemektedir. Bir fiil nedeniyle dava açıldığının kabulü için o fiilin iddianamede açıkça gösterilmesi gerekir. Açıklanan hususlar dikkate alınmadan ikinci bir belgedeki sahtecilik gerekçe gösterilerek yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir.*”

³² **Centel – Zafer**, s. 596; **Ünver – Hakeri**, s. 674, 675.

bulunmaktadır (konut dokunulmazlığını ihlal ve hırsızlık). Ancak, bu suç fiilleri iddianamede bir olay örgüsü içinde anlatılmıştır ve aralarında birlikte yargılanmalarını gerektirecek derecede bir bağıllık vardır. Kovuşturma aşamasında failin, suçu gece vakti işlediğinin ortaya çıkması halinde, bu olgu ayrı bir suç görünümünde olmadığı için ve iddianamede anlatılan olayla sıkı bir bağlantı içinde bulunduğu için yargılanan uyuşmazlığa dahil edilecektir. Bu durumda mahkeme sanığa ek savunma hakkı (CMK m. 226/2) vermek kaydıyla, bu olguyu hükme esas alabilecektir.³³ Ancak failin (A)'nın evine girdiği esnada (A)'ya cinsel saldırıda bulunduğu anlaşılması halinde, cinsel saldırı fiili ayrı bir suç olduğu için ek iddianame düzenlenmeksizin muhakemeye dahil edilemeyecektir.

CMK m. 225 ile kanun, hükmün konusu ile kamu davasının konusu hakkında zorunlu bir bağlantı kurmuştur. Zira “*davaya konu olmamış bir fiil hakkında hâkimin re’sen hüküm veremeyeceği*” ilkesinin doğal bir sonucu olarak kanun, her iki konu arasında böyle bir bağlantı kurma gereği hissetmiştir. Bununla birlikte iddianamede belirtilen suç fiillerinin hukuki nitelendirmesi ile hükümde yer alan suç fiillerinin hukuki nitelendirmesi arasında ayniyet aranmaz.³⁴ Örneğin, cebirle veya tehditle bir kişinin taşınır bir malını kendisine teslim zorlayan kişinin fiilini, savcı, iddianamede hırsızlık olarak nitelendirebilir. Ancak mahkeme, iddianamede anlatılan fiillerin yağma suçunu oluşturduğuna kanaat getirebilir. Bu aşamadan sonra mahkeme, sanığı bu konuda bilgilendirip savunmasını yapabilecek şekilde hazır bulundurarak hükmünü kurabilir (CMK m. 226/1). İddianamede gösterilen fiilin hukuki nitelendirmesinin değişmesi halinde, önceki nitelendirme hakkında ayrı, kabul edilen nitelendirme hakkında ayrı karar verilmesi hukuka aykırı olacaktır. Örneğin, önceki

³³ Bkz. **Centel – Zafer**, s. 595, 596.

³⁴ **Erem**, *Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku*, s. 494: Yazar, hukuki nitelendirme şeklinde kullandığımız terim öbeği yerine ‘hukuki konu’ terimini kullanmayı tercih etmektedir.; **Kantar**, s. 300 – 303.

nitelendirmeden beraat, sonraki nitelendirmeden mahkûmiyet verilemeyecektir.³⁵ Aksi hal, bir fiilden dolayı bir kişi hakkında kısmi iki hüküm vermek olur ki bu durum hukuka aykırıdır.³⁶

Kolektif bir faaliyet olan ceza muhakemesi, maddi gerçeği ortaya çıkarmak için yapılmaktadır ve hükmün verilmesiyle mahkeme, gerçeği saptamış olmaktadır. Hükümlerin hatalı olması ihtimali göz önünde tutularak hükümlere karşı bazı hukuki çareler kabul edilmiştir. Bu hukuki çareler, istinaf ve temyiz gibi kanun yollarıdır.³⁷ Mahkemenin verdiği hükme karşı olağan kanun yoluna başvurma imkânının olmadığı ya da kanun koyucu tarafından öngörülen kanun yolu imkânının, muhakemenin taraflarınca başvurusuz bırakılması ile kanun yoluna başvuru sonunda verilen hükümle (başvurunun reddi ve kanun yolu merciin düzelterek onaması hallerinde), mahkemenin verdiği hüküm, şekli anlamda bir kesin hüküm haline gelir. Şekli kesin hüküm, hükmün kesinleştiğini ve hükmün artık hukuki sonuçlar doğuracak şekilde ortaya çıktığını, bu hüküm aleyhine kanun yoluna başvurma mümkün olmadığını ifade eder.³⁸ Şekli kesin hükmün bir diğer özelliği de hükmün geri alınamamasıdır.³⁹ Maddi kesin hükümden ise, hükmün bünyesinde yer alan, hükümden doğan etkiler anlaşılır. Ancak, maddi kesin hükümden bahsedebilmek için önce şekli kesin hükmün meydana çıkması gerekmektedir. Maddi kesin hüküm, şekli kesin hükmün aksine, hükmün bir niteliği değil, fakat hükmün diğer yargılamalara olan etkisidir. Mahkemelerce verilen ve şeklen kesinleşen hükümlerin maddi

³⁵ **Nurullah Kunter – Feridun Yenisey – Ayşe Nuhoglu**, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 18, Beta Yay., İstanbul 2010, s. 96, 97.

³⁶ **Kantar**, s. 297.

³⁷ **Tosun**, C. 1, s. 233; **Kunter**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 296.

³⁸ Doktrinde Kunter, “Kesin hüküm” veya “Kesin karar” şeklindeki terimleri uygun bulmayıp “yargı” terimini tercih etmektedir. “Uyuşmazlığın yargılanmış olmasının otoritesi”ne de “yargının otoritesi” terimini kullanmaktadır. Bkz. **Kunter**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 295.

³⁹ Hükmün geri alınamaması cezanın kesin oluşu ile ilgilidir. Diğer yandan hukuk güvenliği de ancak kesin hükümle sağlanabilir. Bu konuda bkz. **Faruk Erem**, “Ceza Usulünde Kesin Hüküm”, AÜHFD., C. 20, S. 1, Y. 1963 (“*Kesin Hüküm*”), s. 38.

içeriklerinin neler olduğu ve bu içeriklerin diğer yargılamalarla olan ilişkisini, maddi kesin hüküm kavramı tayin edecektir. Bu anlamda maddi kesin hükmün biri olumlu (bağlayıcılık etkisi) biri olumsuz (önleyicilik etkisi) olmak üzere iki etkisi vardır.⁴⁰

Kesin hükme sonuç bağlama demek olan “göz önünde tutma” (bağlayıcılık etkisi), başka bir yargılama makamının çözdüğü bir sorunu, diğerinin çözülmüş kabul etmesi mecburiyettir.⁴¹ Ceza mahkemelerinden verilen hükümlerin ceza muhakemesi dışındaki muhakemeleri bağlayıp bağlamayacağı konusu ileride incelenecektir. Ceza mahkemeleri ve diğer mahkemelerin vermiş oldukları hükümlerin ceza mahkemelerini bağlaması konusu ise tartışmalıdır ancak ceza muhakemesinin amacının, maddi gerçeği bulmak olduğu göz önüne alındığında, ceza mahkemelerinden verilen kesin hükümlerin dahi ceza mahkemelerini bağlamaması gerekir. Ancak bu konuda göz önünde tutulması gereken husus, daha önce bir ceza muhakemesine konu olan uyuşmazlığın, sonradan yargılanan uyuşmazlık yönünden bir ön mesele teşkil etmesi zorunluluğudur. Nitekim ikinci defa yargılamaya konu olan uyuşmazlıkla birinci karara konu olan uyuşmazlığın konusu aynı olduğu takdirde kesin hükmün bağlayıcılık etkisi değil, önleme etkisi söz konusu olacaktır.⁴²

Maddi kesin hükmün önleyici etkisi, *ne (non) bis in idem* ilkesi olarak adlandırılan ve ceza muhakemesinde, tekrarlama yasağı, bir defaya mahsus oluş ilkesi adlarını da alan ve aynı fiilden dolayı aynı kişinin birden fazla yargılanamayacağını ifade eder.⁴³ Bu ilke uyarınca, bir kişi hakkında, bir fiilden dolayı daha önce dava açılmış ve kesin hükümle sonuçlanmışsa ya da bir kişi hakkında, bir fiilden dolayı açılmış ve halihazırda görülmekte olan bir dava varsa, aynı

⁴⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Yurtcan**, Kesin Hüküm, s. 14 vd; **Erem**, “Kesin Hüküm”, s. 38, 39; Ayrıca bkz. **Kunter**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 296 vd.

⁴¹ **Kunter – Yenisey – Nuhoglu**, s. 113.

⁴² Bu konuda bkz. **Yurtcan**, Kesin Hüküm, s. 27-34.

⁴³ **Yurtcan**, Kesin Hüküm, s. 33, 34; **Erem**, “Kesin Hüküm”, s. 45, 46; **Kunter**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 112 vd.

kişi ve aynı fiilden dolayı yeni bir dava açılmayacaktır. Bu anlamda kesin hükmün önleyici etkisinden kasıt, daha önce bir kişi ve bir fiil hakkında verilmiş bir kesin hükmün, aynı kişi ve aynı fiil hakkında yeni bir dava açılmasını önlemesidir. Ancak bu ilke, sadece ceza davasını ifade ettiği için, hukuk davası veya disiplin soruşturması açılmasına engel teşkil etmeyecektir.⁴⁴ *Ne bis in idem* ilkesi, CMK. m. 223/7’de, “*Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir.*” şeklinde düzenlenerek yasal güvence altına alınmıştır.⁴⁵

CMK m. 231/5 uyarınca, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için öncesinde bir mahkûmiyet hükmünün kurulması gerekmektedir. Bu karara karşı istinaf ve temyiz yolu kapalıdır. Zira CMK m. 231/12, açıkça hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itiraz kanun yolunu göstermiştir. Böylece verilen mahkûmiyet hükmünün şekli anlamda kesinleşmesi engellenmektedir. Bir başka deyişle, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, kurulan mahkûmiyet hükmüne karşı istinaf ve temyiz kanun yollarına başvurulmasını engeller. Bu durum, mahkûmiyet hükmünün verildiği anda kesin olması halinden farklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı yüzünden şekli kesin hüküm halini alamayan mahkûmiyet hükmü, maddi kesin hüküm halini de alamayacaktır. Dolayısıyla maddi kesin hükmün bağlayıcılık etkisinden ve önleyicilik etkisinden bahsedilemeyecektir.

Sonuç olarak, açıklanması geri bırakılmış mahkûmiyet hükmünün konusu olan fiil ve fail hakkında yeni bir ceza yargılaması başlatılmak istense mahkeme, önceden verilmiş bir

⁴⁴ **Mustafa Özen**, “*Non Bis In Idem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi*”, GÜHFD., C. 14, S. 1, Y. 2010 (“*Non Bis In Idem*”), s. 390; **Tosun**, C. 1, s. 233; **Ünver – Hakeri**, s. 683.

⁴⁵ *Ne bis in idem* ilkesi yasal düzenlemelerle birlikte daha ayrıntılı olarak Davanın Reddi başlığı altında incelenecektir.

kesin hüküm olduğundan değil fakat görülmekte olan bir dava olduğu için red kararı verecektir.⁴⁶

2. HÜKÜM ÇEŞİTLERİ

CMK m. 223/1 uyarınca duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hüküm verilecektir. Aynı madde, mahkemenin verebileceği hüküm türlerini tahdidi olarak saymıştır. Buna göre beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı, hükümdür.

A. Beraat Kararı

Beraat kararı, sanığın iddia konusu suçla bağlantısız çıkmasını ve katışıksız bir şekilde aklanmasını ifade eder. Beraat kararıyla birlikte sanığın iddia konusu suçu işleyen kişi olmadığı ya da iddia konusu fiilin bir suç oluşturmadığı tespit edilmektedir. Bu nedenle ceza muhakemesinde beraat kararı uyuşmazlığı doğrudan çözen ve uyuşmazlığın esasını halleden bir karardır.⁴⁷

CMK m. 223/2 uyarınca beraat kararı, *“yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması, yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması, yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması, yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması, yüklenen suçun sanık*

⁴⁶ **Özen**, “*Non Bis In Idem*”, s. 413; **Ünver – Hakeri**, s. 682; Hükümün açıklanmasının geri bırakılması halinde davanın derdest olmaya devam edeceği, sanık hakkında verilmiş ancak henüz kesinleşmemiş bir hüküm olduğu konusunda ayrıca bkz. **İzzet Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 13, Seçkin Yay., Ankara 2017 (**Genel Hükümler**), s. 706.

⁴⁷ **Kurşun**, s. 124; **Kunter**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 288, 289.

tarafından işlendiğinin sabit olmaması”⁴⁸ hallerinde verilebilir. CMK m. 230/2 uyarınca mahkeme, beraat kararını verirken sayılan bu hallerden hangisine dayandığını belirtmek zorundadır. Ayrıca CMK m. 223/9 uyarınca, derhal beraat kararı verilebilecek hallerde durma, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemeyecektir.

B. Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararı

Ceza verilmesine yer olmadığı kararının verildiği hallerde, yüklenen fiilin suç teşkil ettiği ve fiili sanığın işlediği sabittir. Ancak, kanun koyucu bazı hallerde sanığa ceza verilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Bu anlamda, ceza verilmesine yer olmadığı kararı, isnat edilen fiili sanığın işlediğinin ve fiilin suç teşkil ettiğinin sabit olması nedeniyle mahkûmiyet kararına; muhakemenin sonunda sanığa ceza verilmediği için beraat kararına benzer. Bu nedenle ceza verilmesine yer olmadığı kararı beraat kararı gibi katışıksız bir aklanmayı ifade etmez.⁴⁹

CMK 223/3-4 uyarınca sanık hakkında;

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

⁴⁸ Uygulamada ‘delil yetersizliğinden beraat’ olarak tabir edilen halin bu fıkra (CMK m. 223/2-e) girmesi gerektiği belirtilmiştir (**Kurşun**, s. 137). Delil yetersizliğinden beraat kararının suçsuzluk karinesini ihlal ettiğine yönelik eleştiri için bkz. **Centel – Zafer**, s. 750; **Ünver – Hakeri**, s. 677; **Erem**, *Diyalektik Açısından Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 358 vd. (Yazarlar suçsuzluk karinesi yerine masumiyet karinesi terimini kullanmaktadır. Suçsuzluk karinesi teriminin daha doğru olduğu hakkındaki görüş için bkz. **Metin Feyzioğlu**, *“Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”*, AÜHFD., C. 48, S. 1, Y. 1999, s. 135 vd.).

⁴⁹ **Kurşun**, s. 137.

b) *Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali⁵⁰ ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi,*

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

d) *Kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi,*

hallerinde, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.

İşlenen fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen;

a) *Etkin pişmanlık,*

b) *Şahsî cezasızlık sebebinin varlığı,*

c) *Karşılıklı hakaret,*

d) *İşlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı,*

dolayısıyla, faile ceza verilmemesi hallerinde, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.”

C. Mahkûmiyet Kararı

CMK m. 223/5 uyarınca, yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde, sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilecektir. Sanığın mahkûmiyetine karar verilebilmesi için duruşmada kabul edilmiş ve tartışılmış delillerin, suçluluğu kesin bir şekilde ispat edici olduğuna mahkemenin tamamen ikna olması gerekir.⁵¹ Buna göre, mahkeme sübut konusundaki şüphesini, her türlü soruşturmaya rağmen yenememişse, “*şüpheden sanık yararlanır*” ilkesi uyarınca beraat kararı vermesi gerekecektir. Bu hallerde beraat kararının verilmesi, CMK m.

⁵⁰ Bu hallerin aslında birer hukuka uygunluk nedeni olduğu hususundaki haklı eleştiri için bkz.

Hafizoğulları – Özen, s. 214 – 218 ve s. 221 – 226.

⁵¹ **Kantar**, s. 304.

223/5'te yer alan "iddianın sabit olması gerekir" kuralının bir sonucudur. İsnadın sabit olmadığı hallerde CMK m. 223/2-e uyarınca beraat kararı verilmesi gerekir.⁵²

Sanığın isnat konusu fiili işlediği, fiilin belirli bir suç oluşturduğu ve sanığın sorumlu olduğu sonucuna varılırsa, sıra cezanın verilmesine gelecektir. Cezayı içeren bu hüküm, mahkûmiyet hükmü adını alacaktır.⁵³ CMK m. 230/1 uyarınca mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde; "a) iddia ve savunmada ileri sürülen görüşler, b) delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi, c) ulaşılan kanaat, sanığın suç oluşturduğu sabit görülen fiili ve bunun nitelendirilmesi; bu hususta ileri sürülen istemleri de dikkate alarak, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun⁵⁴ 61 ve 62'nci maddelerinde belirlenen sıra ve esaslara göre cezanın belirlenmesi; yine aynı Kanunun 53 ve devamı maddelerine göre, cezaya mahkûmiyet yerine veya cezanın yanı sıra uygulanacak güvenlik tedbirinin belirlenmesi, d) cezanın ertelenmesine, hapis cezasının adli para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilmesine veya ek güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına veya bu hususlara ilişkin istemlerin kabul veya reddine ait dayanaklar.", gösterilecektir.

D. Güvenlik Tedbirlerine Hükmedilmesi

⁵² **Kunter – Yenisey – Nuhoglu**, s. 99; Bu hallerde delil yetersizliğinden beraat gerekçesinin kullanılmasının suçsuzluk karinesini ihlal ettiğine yönelik haklı eleştiriler için bkz. dn. 46; Ayrıca bkz. **Feyzioğlu**, Vicdani Kanaat, s. 321 vd.

⁵³ **Toruslu – Feyzioğlu**, s. 305.

⁵⁴ RG. 12.10.2004/25611.

Güvenlik tedbirleri, kanunda düzenlenen toplumsal savunma⁵⁵ araçları olup, toplum için tehlike oluşturan suçun işlenmesinden sonra hâkim tarafından hükmedilen yaptırımlardır.⁵⁶ CMK m. 223/6 uyarınca sanığın yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde, belli bir cezaya mahkûmiyet yerine veya mahkûmiyetin yanı sıra güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır. Maddenin kaleme alınış şekli itibariyle güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi iki ihtimal halinde verilebilir gibi gözükmektedir. Bunlar, mahkûmiyet kararının verilebileceği hallerde mahkûmiyet kararı vermeden güvenlik tedbirlerine hükmetmek şeklinde ya da mahkûmiyet kararıyla birlikte güvenlik tedbirlerine hükmetmek şeklinde kendilerini göstermektedir. Ancak CMK m. 223/6'nın bu şekilde anlaşılması hatalı sonuçlara sebebiyet verir. Zira TCK'nın 53. maddesi ile 60. maddesi arasında güvenlik tedbirlerinin neler olduğu belirtilmiştir. TCK'nın 56. maddesi ve onun atfıyla 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'yla (ÇKK) çocuklara ilişkin güvenlik tedbirlerinin neler olduğu belirlenir ve çocuk deyiminden daha erken yaşta ergin olmuş olsa dahi on sekiz yaşını doldurmamış kişi anlaşılır (ÇKK m. 3/1-a). TCK m. 57 de akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerini belirlemektedir. TCK'nın 31. maddesi yaş küçüklüğü halinde, 32. maddesi akıl hastalığı halinde, 33. maddesi ise sağır ve dilsizlik halinde ceza sorumluluğunun nasıl olacağını göstermiştir. CMK m. 223/3-a uyarınca da “*sanık hakkında, yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması*” halinde ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. Herhangi bir nedenle bu kişiler hakkında ceza kovuşturması başlatılmış ise mahkeme önce ceza verilmesine yer olmadığına daha sonra güvenlik tedbirlerine karar verecektir.⁵⁷

⁵⁵ Güvenlik tedbirlerinin amacı toplumsal savunmadır. Kanun koyucu, cezalarda olduğu gibi, güvenlik tedbirlerinde de toplumsal düzeni savunmayı amaçlamaktadır. Bu konuda bkz. **Timur Demirbaş**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., B. 10, Ankara 2014, s. 626; **Zeki Hafizoğulları**, Ceza Normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Seçkin Kitabevi, Ankara 1987, s. 242.

⁵⁶ **Mehmet Emin Artuk**, “Güvenlik Tedbirleri”, GÜHFD., C. 12, S. 1-2, Y. 2008, s. 466.

⁵⁷ **Centel – Zafer**, s. 752.

Sonuç olarak ‘belli bir cezaya mahkûmiyet yerine’ ibaresi, ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilebileceği haller olarak anlaşılmalıdır. Zira CMK m. 223’te sayılan diğer hüküm türlerinin (örneğin beraat kararı, davanın reddi kararı) gerektirdiği haller güvenlik tedbirleriyle bağdaşmamaktadır çünkü güvenlik tedbirlerine hükmedilebilmesi için suçun sabit olması gerekir. Öyleyse güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi kararı, ceza verilmesine yer olmadığı kararıyla birlikte veya mahkûmiyet kararına ek olarak hükmedilebilecek bir karardır.⁵⁸

TCK’da sayılan güvenlik tedbirleri ise şunlardır: Belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma (TCK m. 53)⁵⁹, eşya müsaderesi (TCK m. 54), kazanç müsaderesi (TCK m. 55), çocuklara özgü güvenlik tedbirleri (TCK m. 56, 5395 sayılı ÇKK), akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri (TCK m. 57), suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlar (TCK m. 58), sınır dışı edilme (TCK m. 59) ve tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleridir (TCK m. 60).

E. Davanın Düşmesi Kararı

CMK m. 223/8 uyarınca, *“TCK’de öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hallerinde, davanın düşmesine karar verilir...”*. Bu karar uyuşmazlıkları çözmeyen, uyuşmazlıkların çözülemeyecek cinsten olduğunu açıklayan karardır. Yani düşme kararı uyuşmazlığı doğrudan

⁵⁸ Güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi kararlarının aslında mahkûmiyet kararı olduğu yönündeki görüş için bkz. **Feridun Yenisey – Ayşe Nuhoglu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 4, Seçkin Yay., Ankara 2016, s. 776.

⁵⁹ Bu maddede düzenlenen hususların esasında cezaya mahkûmiyetin kanuni neticesi olarak ortaya çıkan fer’i cezalar olduğu bu nedenle güvenlik tedbirlerinin arasında sayılmasının hatalı olduğu yönündeki haklı eleştiri için bkz. **Hafizoğulları – Özen**, s. 473 vd.

değil, dolayısıyla çözen ve sona erdiren bir karardır.⁶⁰ Ancak düşme kararı da bir son karardır (hükümdür). Zira bu karardan sonra bir karar verilmemektedir.⁶¹

TCK'de düzenlenen düşme sebepleri, ölüm (TCK m. 64), af (TCK m. 65), zamanaşımı (TCK m. 66 – 72), şikâyet (TCK m. 73) ve ön ödemedir (TCK m. 75). Bu hallerin soruşturma evresinde ortaya çıkması halinde, Cumhuriyet savcısı kovuşturma olanağının bulunmaması sebebiyle kovuşturmayaya yer olmadığına karar verecektir (CMK m. 172/1). Bu hallerin kovuşturma evresinde ortaya çıkması halindeyse mahkeme düşme kararı (CMK m. 223/8) verecektir.⁶²

Bir görüşe göre CMK 223/8'in düşme sebeplerini TCK'de sayılanlarla sınırlı olacak şekilde düzenlemesi hatalı olmuştur. Nitekim diğer kanunlarda da düşme sebepleri öngörülmüş olabilir. Örnek vermek gerekirse, CMK m. 254/2 uyarınca mahkeme, uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde düşme kararı verecektir.⁶³ Bir başka örnek vermek gerekirse, CMK m. 231 uyarınca sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakıldığı hallerde, sanık beş yıllık bir süreyle denetim süresine tabi tutulur (ÇKK m. 23 uyarınca on sekiz yaşından küçük sanıklar için bu denetim süresi üç yıldır). Sanık denetim süresi içerisinde kasten yeni bir suç işlemediği ve denetimli serbestlik yükümlülüklerine uygun davrandığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm kaldırılarak düşme kararı verilir. Ancak şunu belirtmek

⁶⁰ **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 523; **Tosun**, C. 2, s. 167.

⁶¹ **Ünver – Hakeri**, s. 120; **Toroslu – Feyzioğlu**, s. 359; Düşme kararının görünüşte bir son karar olduğu, gerçek anlamda bir son karar olmadığı görüşü için bkz. **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 523, 524.

⁶² CMK m. 158/6 uyarınca, yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikâyete bağlı olduğunun anlaşılması halinde; mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde, yargılamaya devam olunur. Kural olarak muhakemenin yapılması şarta bağlanmış olup da şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa mahkemenin şartın gerçekleşmesini beklemek üzere durma kararı vermesi gerekir (CMK m. 223/8). Ancak CMK m. 158/6, CMK m. 223/8'in bir istisnasını teşkil etmektedir. Bu durumun eleştirisi için bkz. **Ünver – Hakeri**, s. 685, 686.

⁶³ **Kurşun**, s. 162.

gerekir ki, dava ve cezayı düşüren sebepler arasında asgari bir birlik olmadığı gibi; nitelik itibariyle de farklı olduklarından, söz konusu bu sebeplerin tek bir başlık altında toplanması mümkün değildir.⁶⁴ Bu sebeple TCK, yalnızca genel nedenleri saymakla yetinmiştir.⁶⁵

CMK m. 223/8'in düşme sebepleri içinde saydığı bir diğer hal soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması halidir. Bu şartlar, iddia, savunma ve yargılama makamlarının kolektif bir şekilde çalışmalarını gerektiren muhakeme faaliyetinin yapılabilmesi için gerekli olan şartlardır. Soruşturma ve kovuşturma evreleri, muhakemenin kapsamına dahil olduğu için bu şartlara muhakeme şartı denilmesi daha doğru olacaktır.⁶⁶ Burada söz konusu olan şart, olmazsa olmaz bir şart olup; şartın bulunmaması muhakemeye engel olacaktır. Fakat, şartın bulunduğu her hal, muhakemeyi gerektirmeyecektir.⁶⁷

Ceza muhakemesi şartlarının neler olduğu çok tartışmalı olduğu gibi bir isim üzerinde de anlaşmaya varılamamıştır.⁶⁸ Muhakeme şartlarının neler olduğu tartışmasına girmeden, muhakeme şartlarının, suçun işlenmesinden sonra söz konusu olan ve sadece var olan suç hakkında muhakeme yapılabilmesini sağlayan, dolayısıyla ceza muhakemesini ilgilendiren kurumlar olduğu söylenebilecektir.⁶⁹ Muhakemenin yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa mahkeme şartın gerçekleşmesini beklemek üzere

⁶⁴ **Giuseppe Bettiol**, “Suç ve Cezanın Sukutu Meselesi” (Çev. **Faruk Erem**), AÜHFD., C. 12, S. 1 – 2, s. 1.

⁶⁵ Aktarılan görüş ve genel ve özel düşme sebepleriyle ilgili olarak ayrıca bkz. **Fahri Gökçen Taner**, Ceza Hukukunda Zamanaşımı, Seçkin Yay., Ankara 2008 (**Zamanaşımı**), s. 27 – 29.

⁶⁶ Doktrinde muhakeme şartı yerine kovuşturma (takip) şartları, dava şartları, yargılama koşulları, terimlerini kullananlar olduğu gibi muhakeme şartlarının bir kısmını dava şartları, bir kısmını ise yargılama şartları olarak adlandıranlar da vardır. Bu konuda bkz. **Toroslu – Feyzioglu**, s. 53, 54 ve dn.3, 4, 5, 6 ve 7.

⁶⁷ **Kunter**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 68.

⁶⁸ **Erem**, Diyalektik Açısından Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 206; Muhakeme şartı yerine kullanılan farklı terimler için bkz. dn. 64.

⁶⁹ **Toroslu – Feyzioglu**, s. 53, 54.

durma kararı; muhakeme şartının gerçekleşmeyeceğini anladığı hallerde ise düşme kararı verecektir. Ancak, bir sonraki başlıkta da anlatılacağı üzere, aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilecektir (CMK m. 223/7).

F. Davanın Reddi Kararı

CMK m. 223/7 uyarınca, aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir. Bu madde, yukarıda da değinildiği üzere *ne (non) bis in idem* ilkesinin yani kesin hükmün önleyici etkisinin yasal güvencesidir. Mahkemenin davanın reddine karar verebilmesi için aynı fiil ve aynı fail hakkında daha önce verilmiş bir kesin hüküm olmalı ya da o konuda görülmekte olan bir ceza davası olmalıdır. Bu anlamda sanığın gerçekleştirdiği eylemin hukuki nitelendirmesinin değişmesinin bir önemi yoktur. Zira hüküm, eylemin muhtemel bütün nitelendirilme şekilleri dikkate alınarak verilir. Bu nedenle aynı eylemin farklı şekilde nitelendirilmesiyle de yeni bir dava açılmaz.⁷⁰ Davanın reddi kararıyla birlikte mahkeme, o uyuşmazlığa bakmayacağını belirtmektedir. Bu bakımdan davanın reddi kararları, uyuşmazlığın, en azından o yargılama makamında çözülemeyecek türden olduğunu gösteren kararlardır⁷¹ ve mahkeme davanın reddi kararından sonra başka bir karar vermemektedir. Bu anlamda davanın reddi kararı, uyuşmazlığı doğrudan değil dolayısıyla çözen, esasında uyuşmazlığın çözülemeyecek nitelikte olduğunu belirten bir son karardır. Uzlaşma ve ön ödeme kurumlarının soruşturma evresinde başarıyla uygulanmasıyla savcı, kovuşturmayaya yer olmadığı kararı (CMK m. 253/19, TCK m. 75/1); kovuşturma aşamasında uygulandıklarında ise mahkeme, düşme kararı verecektir (CMK m. 223/8, 254/2, TCK m.

⁷⁰ **Kunter**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 114.

⁷¹ **Tosun**, C. 2, s. 167, 168.

75/2). Ön ödeme ve uzlaşmanın sağlanması birer hüküm değildir ancak ceza ilişkisini sona erdiren kurumlardır. Bu nedenle daha önce ön ödeme ve uzlaşmanın konusu olan fiil ve fail hakkında *ne bis in idem* ilkesi uygulanabilecektir.⁷² *Ne bis in idem* ilkesinin uygulanmasında daha öncesinde verilen hükmün türüyle ilgili olarak bir ayırım yapılmamaktadır bu nedenle görevsizlik kararı hariç her hüküm, yeni bir ceza davasının açılmasına engel olacaktır.⁷³

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) 22.11.1984 tarihinde eklenen 7 Nolu protokolün 4. maddesi de aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkını düzenlemektedir. Bu madde uyarınca, “hiç kimse bir devletin ceza yargılaması usulüne ve yasaya uygun olarak kesin bir hükmüyle mahkûm edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı aynı devletin yargısal yetkisi altındaki yargılama usulleri çerçevesinde yeniden yargılanamaz veya mahkûm edilemez (fıkra 1)”. “Bu fıkra hükmü, yeni veya yakın zamanda ortaya çıkarılan delillerin veya önceki muamelelerde davanın sonucunu etkileyebilecek esaslı bir kusurun varlığı durumunda, ilgili devletin ceza yargılaması usulü ve yasasına uygun olarak davanın yeniden açılmasını engellemez (fıkra 2)”. “Sözleşme'nin 15. maddesi⁷⁴ çerçevesinde bu madde ile derpiş olunan yükümlülükler aykırı hiçbir tedbir alınmaz (fıkra 3)”.

AİHS 7 Nolu Ek Protokol m. 4 kesinleşmiş yargı kararının etkisini ulusal nitelikte kabul etmekte ve kesin hükmün önleyici etkisini aynı devlet mahkemeleriyle sınırlandırmaktadır.⁷⁵ Taraf devletler, iki veya daha fazla devlet mahkemeleri tarafından verilen hükümlere kesin hükmün önleyici etkisini (*ne bis in idem* ilkesini) tanımayı amaçlamamışlardır.⁷⁶ Ancak

⁷² Ünver – Hakeri, s. 684; Özen, “*Non Bis In Idem*”, s. 412. Ön ödeme ile sonuçlanan olayda daha sonra ek olayların ortaya çıkması halinde daha ağır eylemi kapsar şekilde dava açıldığını belirten ve dolayısıyla ön ödeme ile sonuca bağlanan fiil ve faili hakkında da dava açılacağı kabul eden görüş için bkz. Cihan – Yenisey, “*Ne Bis İn İdem*”, s. 221.

⁷³ Özen, “*Non Bis In Idem*”, s. 412.

⁷⁴ Olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma.

⁷⁵ Ünver – Hakeri, s. 682, 683.

⁷⁶ Centel – Zafer, s. 599.

günümüzde ülkeler, bu ilkeyi uluslararası etki doğurucu⁷⁷ olarak kabul ederek uygulamaktadır ve sınırlı sayıdaki suç açısından yabancı ülke mahkemelerinden verilen hükümler açısından istisnalar getirmektedir. TCK m. 10-19 arasında düzenlenen maddeler, bu istisnalara örnektir.⁷⁸

“*Ne bis in idem*” ilkesi ikili veya çok taraflı sözleşmelerle düzenlenerek yabancı mahkemelerden verilen kesin hükümlere tanınmıştır. Bu ilkeyi içeren en önemli sözleşme Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesidir.⁷⁹ Bu Sözleşme’nin *Ne bis in idem* başlıklı 53. maddesinin birinci fıkrasına göre, “*Bir Avrupa Ceza yargısına konu olan kişi beraat etmişse; hakkında bir müeyyideye hükmolunup da bu müeyyide yerine getirilmişse ya da yerine getirilmekteyse; müeyyidenin tamamı veya yerine getirilmemiş kısmı genel veya özel affa uğramışsa; bu müeyyide zamanaşımı dolayısıyla yerine getirilemiyorsa; mahkeme suçluluğu tespit edip müeyyideyi tayin etmemişse, aynı eylemden dolayı diğer bir sözleşen devlette kovuşturulamaz, mahkûm edilemez veya hakkındaki müeyyide yerine getirilemez.*” Bu Sözleşmeye taraf ülkelerle Sözleşme’nin düzenlediği herhangi bir uyuşmazlığın çıkması halinde taraflar Sözleşme hükümlerine göre bu sorunu çözeceklerdir. Sözleşme bulunmayan hallerdeyse sorun iç hukuk kuralları doğrultusunda çözülecektir (TCK m. 8-13).⁸⁰

⁷⁷ Yabancı mahkemelerden verilen mahkeme kararlarının etkisi geçmişten beri tartışılan bir konudur. Bu konuda geçmiş dönemlerde yapılan tartışmalar için bkz. **Hakkı Demirel**, “*Yabancı Ceza İlamlarının Değeri*”, C. 9, S. 1 – 4, Y. 1952, s. 300 vd.

⁷⁸ **Ünver – Hakeri**, s. 683.

⁷⁹ Bu sözleşme 2081 sayılı kanunla onaylanarak 15877 sayılı, 13.3.1977 tarihli resmî gazetede yayımlanmıştır.

⁸⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Centel – Zafer**, s. 598, 599; bahsi geçen Sözleşmenin 53. maddesinin 3. fıkrası ‘ülkesinde eylem işlenen yahut kendi kanununa göre işlendiğini kabul eden devlet de, kendisi kovuşturma istemiş olmadıkça, «ne bis in idem» sonucunu kabule mecbur değildir’ şeklinde bir düzenleme ihdas etmektedir. TCK m. 9 da ‘Türkiye’de işlediği suçtan dolayı yabancı ülkede hakkında hüküm verilmiş olan kimse, Türkiye’de yeniden yargılanır.’ hükmüyle birlikte Sözleşme’nin tanıdığı istisnayı kural haline getirmiştir. TCK m. 9’un çağdaş uluslararası ceza hukukundaki gelişime ters bir şekilde düzenlendiği görüşü için bkz. **Ünver – Hakeri**, s. 683; *Ne bis in idem* ilkesinin TCK m.

Son olarak, fail hakkında yabancı ülkede kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmiş olması hali ya da bu karara itiraz edilerek itirazın reddedilmiş olması halinde bir kesin hükmün varlığından söz edilemeyeceği için Türkiye’de yargılama yapılabilir.⁸¹

3. MAHKEMELERİN HÜKÜM NİTELİĞİNDE OLMAYAN KARARLARI

A. Durma Kararı

CMK m. 223/8 uyarınca, “...soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa; gerçekleşmesini beklemek üzere, durma kararı verilir. Bu karara itiraz edilebilir.”

Daha önce de açıkladığımız gibi hüküm (son karar), mahkemenin, hakkında muhakeme yürütülen uyuşmazlığı doğrudan veya dolayısıyla çözen ve ceza davasını ve ceza muhakemesi ilişkisini sona erdiren karardır.⁸² Ara kararlar ise, uyuşmazlığı çözmeyen, ceza davasını ve ceza muhakemesi ilişkisini sona erdirmeyen ancak son kararı (hükmü) hazırlayan kararlardır.⁸³ Hüküm, hiçbir zaman hükmü veren makam tarafından geri alınamaz; ancak, ara kararlar kural olarak geri alınabilir niteliktedir.⁸⁴ Ara kararların amacı, iyi bir muhakeme yapılması ve iyi bir hüküm verilmesidir. Bu bakımdan durma kararları da ara karardır zira daha iyi bir muhakeme

8 – 19 arasında yer alan kurallar çerçevesinde değerlendirilmesi hakkında bkz. **Özen**, “*Non Bis In Idem*”, s. 395 vd.

⁸¹ **Centel – Zafer**, s. 598; **Özen**, “*Non Bis In Idem*”, s. 400.

⁸² Bkz. §1/II/1.

⁸³ **Okuyucu Ergün**, Ceza Muhakemesi İşlemleri, s. 61 – 65; **Tosun**, C. 1, s. 667; **Kunter – Yenisey – Nuhoğlu**, s. 626; **Ünver – Hakeri**, s. 120; **Kunter**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 501.

⁸⁴ **Okuyucu Ergün**, Ceza Muhakemesi İşlemleri, s. 62, 63.

yapılabilmesi için muhakeme, olduğu yerde kalmaktadır.⁸⁵ Nitekim son kararlar aleyhine kural olarak istinaf kanun yoluna gidilebilirken (CMK m. 272) durma kararı aleyhine istinaf kanun yoluna gidilemez. Zira CMK m. 223/8 durma kararına karşı itiraz kanun yoluna gidilebileceğini göstermiştir. Durma kararıyla birlikte hukuki uyuşmazlık tam bir çözüme kavuşmamakta, sadece muhakemeye devam edilebilmesi için birtakım şartların gerçekleşmesi gerekmektedir.⁸⁶ Durma sebebi ortadan kalkınca muhakemeye nasıl devam olunacağı kanunda açıkça düzenlenmemiş olsa da yargılama makamı, sebebin ortadan kalktığını öğrendikten sonra durma kararının geri alınması anlamına da gelen muhakemeye devam olunması kararı verecektir.⁸⁷ Böylelikle muhakeme kaldığı yerden devam edecek ve yukarıda anlatılan hüküm çeşitlerinden biriyle sonuçlanacaktır.⁸⁸

CMK m. 223/8'den de anlaşılacağı üzere muhakeme şartlarının gerçekleşmemiş ancak gerçekleşebilir olduğu durumlarda mahkeme durma kararı verecektir. Ancak durma kararının verildiği durumlar bununla sınırlı değildir. Bir ceza davasının görülmesi bazı hallerde o ceza mahkemesinin yetkisinin dışında kalan bir meselenin çözümüne bağlı olabilir. Bu mesele de yargılama makamlarınca çözüleceğinden yargılanacak bir uyuşmazlık şeklinde ortaya çıkar. Muhakemelerin birleştirilmesinin veya nisbi muhakemenin kabul edilmediği bu uyuşmazlığın yetkili mahkemede çözümünün beklenmesi üzerine ceza mahkemesince bekletici soru sayma kararı verilir ve bu karar muhakemeyi durdurur.⁸⁹ Örneğin Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca, bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği

⁸⁵ **Tosun**, C. 1, s. 667.

⁸⁶ **Kurşun**, s. 166; **Tosun**, C. 2, s. 167; **Toroslu – Feyzioğlu**, s. 359, 360.

⁸⁷ **Kunter – Yenisey – Nuhoglu**, s. 1503.

⁸⁸ **Kurşun**, s. 166.

⁸⁹ **Kunter**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 134.

karara kadar davayı geri bırakır. Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Anlaşıldığı üzere bu maddedeki halin gerçekleşmesi durumunda mahkeme beş aylık bir süreyle durma kararı verecektir.⁹⁰

Bir diğer durma sebebi de Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun'un 18. maddesinde düzenlenmektedir.⁹¹ Bu madde uyarınca mahkeme, görev yönünden yetkililik kararından sonra Uyuşmazlık Mahkemesine gidildiğini resmen öğrendiğinde davayı durdurur. Altı ay içinde bir karar gelmezse de davaya devam eder.⁹²

Son olarak, derhal beraat kararı verilebilecek hallerde, durma kararı verilemeyecektir (CMK m. 223/9).

B. Adli Yargı Dışındaki Bir Yargılama Makamına Yönelik Görevsizlik Kararı

CMK m. 223/10 uyarınca, adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararı kanun yolu bakımından hüküm sayılır. Bu kararı CMK m. 5 – 7'de düzenlenen görevsizlik kararıyla karıştırmamak gerekir. Kanunun 'görev' adını verdiği madde yönünden yetki, yargılanacak uyuşmazlıkların, uyuşmazlığın konusunu oluşturan suçun mahiyetine veya

⁹⁰ Centel – Zafer, s. 754.

⁹¹ **Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarını bekleme ve sürelerin durması:**

Madde 18 – *Uyuşmazlık Mahkemesine başvurulduğu resmi yazı ile kendisine bildirilen yargı mercii, görev konusunda Uyuşmazlık Mahkemesince bir karar verilinceye kadar davanın görülmesini geri bırakır. Bu takdirde zamanaşımı süreleriyle öbür kanuni veya hakim tarafından verilen süreler, işin yeniden incelenmesine başlanacağı güne kadar durur.*

Şu kadar ki, Uyuşmazlık Mahkemesine başvurulduğunu bildiren yazının alındığı günden başlamak üzere altı ay içinde bu Mahkemenin kararı gelmezse yargı mercii davayı görmeye devam eder. Ancak, esas hakkında son kararı vermeden Uyuşmazlık Mahkemesinin kararı gelirse yargı mercii bu karara uymak zorundadır.

⁹² Yenisey – Nuhoglu, s. 782.

suç için öngörülen cezanın ağırlığına göre, ilk derece mahkemeleri arasında bölüşülmesidir.⁹³ Mahkemelerin kendisini madde anlamında yetkili görmediği kararlarına karşı CMK m. 5/2 ile itiraz kanun yolu öngörülmüştür. Buna karşılık, yargı yerini değiştiren yani ceza mahkemesinin önüne gelen uyuşmazlıkta idari yargının ya da askeri yargının görevli olduğunu düşünerek verdiği görevsizlik kararları, istinaf kanun yoluna tabi olacaktır.⁹⁴ Adli yargı dışındaki bir yargılama makamına yönelik görevsizlik kararının istinaf tarafından onanmasıyla karar kesinleşecektir. Bu kesinleşme ileride doğabilecek olumsuz görev uyuşmazlığının Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından çözümü için zorunlu bir şarttır (UMK. m. 14).⁹⁵

Kanun koyucu adli yargı dışındaki bir yargılama makamına yönelik görevsizlik kararını sadece kanun yolu bakımından hüküm kabul etmektedir. Nitekim bu kararlar ceza davasını ve ceza muhakemesi ilişkisini tek başına bitirebilmekle birlikte, uyuşmazlığı ne doğrudan ne de dolaylı olarak çözebilirler. Bu nedenle bu kararlar birer hüküm değildir. Ancak kanun koyucu hüküm niteliğinde olmayan bu kararlara karşı itiraz kanun yolunun değil istinaf kanun yolunun daha uygun olduğunu düşünmüştür.⁹⁶

III. HÜKMÜN AÇIKLANMASI

⁹³ **Toroslu – Feyzioğlu**, s. 66, 67; **Ünver – Hakeri**, s. 139.

⁹⁴ **Ünver – Hakeri**, s. 155; Yar. 3. CD., E. 2005/9972, K. 2006/1411, T. 06.03.2006 (SGT. 08.05.2017, www.kazanci.com). Gösterilen kaynaklarda görevsizlik kararına karşı gidilebilecek kanun yolunun temyiz olduğu yazsa da 20.07.2016 itibarıyla CMK m. 223/10'da gösterilen kanun yolunun istinaf kanun yolu olacağına şüphe yoktur.

⁹⁵ Uyuşmazlık Mahkemesi Ceza Bölümü, E. 2005/43, K. 2005/51, T. 26.12.2005: “*Uyuşmazlık Mahkemesi'nce görev uyuşmazlıklarının çözüme kavuşturulabilmesi için ortada, bir yargı yolu uyuşmazlığı bulunması zorunludur. Başka bir anlatımla, iki ayrı yargı düzeni içinde yer alan yargı mercilerince verilmiş kesin veya kesinleşmiş bulunan görevsizlik kararları mevcut olmalıdır.*”; Ayrıca bkz. **Ünver – Hakeri**, s. 154 – 159.

⁹⁶ **Kurşun**, s. 166.

1. HÜKMÜN AÇIKLANMASI KAVRAMI

Ceza muhakemesi işlemlerinin sonuç doğurabilmesi, ilgililerin yasal haklarını kullanabilmesi (kanun yoluna başvurma gibi) ya da bir yükümlülüğü yerine getirebilmesi için bu işlemlerin ilgili kişilere usulüne uygun olarak bildirilmesi ve böylece bu kişilerin ilgili işlemi öğrenmelerinin sağlanması gerekir.⁹⁷ CMK m. 223/1 duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hükmün verileceğini düzenlemiştir. Hüküm verme de bir ceza muhakemesi işlemidir⁹⁸ ve pek çok ceza muhakemesi işleminde olduğu gibi hükmün de sonuç doğurabilmesi için ilgililere bildirilmesi gerekmektedir. CMK m. 35 kararların açıklanma veya tebliğ suretiyle bildirilebileceğini düzenlemiştir.⁹⁹ CMK'nın 231. maddesinin başlığı "*Hükmün açıklanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması*"¹⁰⁰ şeklindedir. Hükmün açıklanmasından kasıt, hükmün müzakeresi tamamlandıktan sonra duruşma tutanağına geçirilen kararın, hazır bulunan ilgililere sözlü bildirilmesi yani tefhimidir.¹⁰¹ Kanun koyucu duruşmanın sona erdiği celsede tarafların hazır bulunacağı önermesinden yola çıkarak CMK m. 231'de sadece hükmün açıklanmasından (tefhiminden) bahsetmiş ancak hükmün tebliğinden bahsetmemiştir. Nitekim maddenin ilk fıkrasında yer alan "*...hüküm fıkrası okunarak gerekçesi ana çizgileriyle*

⁹⁷ **Okuyucu Ergün**, Ceza Muhakemesi İşlemleri, s. 82; **Tosun**, C. 1, s. 671, 675; **Centel – Zafer**, s. 645.

⁹⁸ **Cihan – Yenisey**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 58.

⁹⁹ Ceza muhakemesi işlemlerinin bildiriyle ilgili olarak ayrıca bkz. **Okuyucu Ergün**, Ceza Muhakemesi İşlemleri, s. 82 vd.

¹⁰⁰ Hükmün açıklanması ile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının aynı başlık altında düzenlenmesinin yasa yapma tekniğine aykırı olduğu zira hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının hükmün nasıl açıklanacağına ilişkin olmayıp 231. maddenin ilk dört fıkrasının karşısında olduğu şeklindeki eleştiri için bkz. **Süheyl Donay**, "*Ceza Yargılaması Hukukunda Erteleme Hükümleri*", Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, Beta Yay., İstanbul 2010 ("*Erteleme*"), s. 1624.

¹⁰¹ **Kurşun**, s. 114, 115; **Okuyucu Ergün**, Ceza Muhakemesi İşlemleri, s. 87, 88; **Centel – Zafer**, s. 759; **Cihan – Yenisey**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 359; **Toroslu – Feyzioğlu**, s. 368.

anlatılır”, ikinci fıkrasında yer alan “hazır bulunan sanığa ...bildirilir”, üçüncü fıkrasında yer alan “... sanığa ... bildirilir” sözcükleri ve dördüncü fıkrada yer alan “hüküm fıkrası herkes tarafından ayakta dinlenir” kuralı bu düşünceyi doğrular niteliktedir.¹⁰² Kanunun bu öngörüsü Türk hukukunda “hazır bulunmayan sanık hakkında” duruşma yapılmaz kuralının olmasındandır. Gerçekten de kural olarak sanık, duruşma devresinde hazır bulunmak zorundadır ve sanığın yokluğunda duruşma yapılmaz (CMK m. 193/1). Ancak kanun bu kurala birtakım istisnalar getirmiştir (bkz. CMK m. 193/2 ve devamı maddeleri). Böylece istisnai de olsa sanığın yokluğunda duruşmanın bitirilmesi ve hükmün açıklanması söz konusu olabilecektir.¹⁰³ Öyleyse hükmün bildirilmesi CMK m. 231’de yer alan kuralın aksine CMK m. 35’de yer alan kural uyarınca gerçekleşecektir. Yani hükmün bildirilmesi açıklanma ya da tebliğ¹⁰⁴ suretiyle olabilir.¹⁰⁵

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun *Kararların Açıklanması ve Tebliği* başlıklı 35. maddesi uyarınca ilgili tarafın yüzüne karşı verilen karar kendisine açıklanacak; koruma tedbirlerine ilişkin olanlar hariç, aleyhine kanun yoluna başvurulabilecek hâkim veya mahkeme kararları hazır bulunmayan ilgiliye tebliğ olunacak; ilgili taraf serbest olmayan bir kişi veya tutukluysa tebliğ edilen karar kendisine okunup anlatılacaktır. Duruşmanın sonunda verilen hükümler biri hüküm fıkrası öteki gerekçe olmak üzere iki kısımdan oluşur.¹⁰⁶ CMK m. 231 hükümlerin nasıl açıklanacağını düzenlemiştir. Bu madde uyarınca müzakere sonucunda oluşturulan hüküm fıkrası veya hazırlanmışsa gerekçeli karar, aleni duruşmada (CMK m. 182)¹⁰⁷ okunarak

¹⁰² **İhsan Baştürk**, *Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi*, Adalet Yay., Ankara 2014, s. 28.

¹⁰³ **Toroslu – Feyzioğlu**, s. 148 vd.

¹⁰⁴ **Centel – Zafer**, s. 759.

¹⁰⁵ **Baştürk**, s. 28, 29; **Ünver – Hakeri**, s. 698.

¹⁰⁶ **Taner**, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, s. 326; **Kantar**, s. 312.

¹⁰⁷ **Duruşmanın açıklığı**

Madde 182 – “(1) Duruşma herkese açıktır.

açıklanır ve duruşma tutanağına geçirilir. Hüküm gerekçesi hazırlanmamışsa sadece müzakere sonucunda tutanağa geçirilmiş olan hüküm fıkrası okunur ve gerekçe ana çizgileriyle anlatılır (CMK m. 231/1).¹⁰⁸ Kanunun hüküm fıkrası olarak isimlendirdiği metin, uyuşmazlığın çözülüş şeklini ve neticesini¹⁰⁹ belirleyen, CMK m. 231’de şekli CMK m. 232’de içeriği belirlenen ve tefhimin ana bileşenini oluşturan metindir.¹¹⁰ Hüküm fıkrası, son kararın sonunda yer alan ve mahkemenin sanık hakkında ulaştığı neticeyi belirten kısımdır.¹¹¹ Hükümün açıklanmasıyla amaçlanan hüküm fıkrasının ve gerekçenin yargılamanın taraflarınca anlaşılması ve öğrenilmesidir. Bu amaçlar ceza muhakemesinin açıklık ve sözlülük ilkelerinin birer yansımasıdır.¹¹²

Hükümün açıklanmasıyla beraber hazır bulunan sanığa başvurabileceği kanun yolları, mercii ve süresi belirtilir (CMK m. 231/2).¹¹³ Sanığa başvurabileceği kanun yolunun, merciiin

(2) Genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına mahkemece karar verilebilir.

(3) Duruşmanın kapalı yapılması konusundaki gerekçeli karar ile hüküm açık duruşmada açıklanır.”

Kural olarak duruşma kapalı da yapılırsa gerekçeli karar ve hüküm açık duruşmada açıklanacaktır. Ancak CMK m. 185 bu kuralın bir istisnasını teşkil eder. Bu madde uyarınca sanık on sekiz yaşını doldurmamışsa duruşma kapalı yapılır hüküm de kapalı duruşmada açıklanır.

¹⁰⁸ **Centel – Zafer**, s. 759.

¹⁰⁹ **Taner**, Ceza Muhakemeleri Usulü, s. 326.

¹¹⁰ **Kurşun**, s. 115.

¹¹¹ **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 529; **Kunter – Yenisey – Nuhoglu**, s. 1505.

¹¹² **Baştürk**, s. 32.

¹¹³ Kanun yolunun ilgili kişilere mutlak suretle bildirilmesi ve öğretilmesi gerektiği, CMK m. 231/2’nin lafzının aksine bu bildirim yalnızca sanıkla sınırlı kalmaması gerektiği ve bu öğretmenin sadece sözlü olarak anlaşılmasının hatalı olduğu CMK m. 34/2 uyarınca bu öğretmenin yazılı da yapılabileceği ve hatta yapılması gerektiği konusundaki haklı eleştiri için bkz. **Ünver – Hakeri**, s. 699; CMUK’ta sadece kanun yollarının bildirilmesinden söz ederken CMK bu bildirim kapsamını genişletmiştir. CMK’ya göre kanun yolu dışında ilgililer süre ve ilgili mercii ile ilgili de bilgilendirilmelidir. Bu sebeple kararda sadece “istinaf yolu açık olmak üzere” ifadesine yer verilmiş olması sanığın bilgilendirildiği anlamına gelmez, sanığa kanun yoluna ilişkin olarak başvurmasını kolaylaştırılacak ve kurumu anlamasını

ve süresinin belirtilmesiyle sanığın sahip olduğu kanun yoluna başvuru hakkının aktif olarak kullanımının önü açılmış olacaktır.¹¹⁴ Beraat eden sanığa, tazminat isteyebileceği bir hal varsa bu da bildirilir (CMK m. 231/3)¹¹⁵. Hüküm fıkrası herkes tarafından ayakta dinlenir (CMK m. 231/4).

Hükmün, hüküm fıkrası ve gerekçe olmak üzere iki kısımdan oluştuğu belirtilmişti. Hüküm açıklanırken, hüküm fıkrasıyla beraber gerekçenin de açıklanmasında bir engel yoktur ancak kanun gerekçenin yazılmasına çok önem vermektedir¹¹⁶ ve hüküm fıkrasının açıklanmasından itibaren on beş gün içerisinde gerekçenin ve varsa karşı oy gerekçelerinin dava dosyasına konulabileceğini düzenlemiştir (CMK m. 232/3). Türk hukuku gerekçeye verdiği önemi kanunla sınırlı tutmamış bunu Anayasa ile de güvence altına almıştır. Gerçekten de A.Y. m. 141/3 uyarınca bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olmak zorundadır. CMK m. 34 de hâkim ve mahkemelerin her türlü kararlarının, karşı oy dahil, gerekçeli olarak yazılacağını belirtmiştir. Böyle bir düzenlemenin Anayasa'da da yer alması sadece hükümle ilgili olan kişilerin değil, mahkemelerden verilen hükümlerin gerekçelerini bilmeye toplumun

sağlayacak bilgiler de verilmelidir. Bu açıklamalar için bkz. **Özbek – Doğan – Bacaksız – Tepe**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 789; Nitekim Anayasa m. 40/2 uyarınca da devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır. CMK m. 223/6'da yer alan "*Hüküm fıkrasında, 223'üncü maddeye göre verilen kararın ne olduğunun, uygulanan kanun maddelerinin, verilen ceza miktarının, kanun yollarına başvurma ve tazminat isteme olanağının bulunup bulunmadığının, başvuru olanağı varsa süresi ve merciinin tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça gösterilmesi gerekir.*" ifadesi de bu açıklamaları destekler niteliktedir.

¹¹⁴ **Özlem Yenerer Çakmut**, "*Ceza Muhakemesi Hukukunda Esas Mahkemesinin Verdiği Hüküm*", EÜHFD., C. XI, S. 3 – 4, Y. 2007, s. 41.

¹¹⁵ Şüphesiz ki bu bildirim tazminat isteminin hükmün kesinleşmesiyle birlikte mümkün olacağını içermelidir. Bu konuda bkz. **Yurtcan**, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 529.

¹¹⁶ **Taner**, Ceza Muhakemeleri Usulü, s. 326, 327.

da hakkı olduğunu gösterir. Nitekim gerekçe göstermek görevi esasen hüküm verme görevinin bir uzantısı olarak karşımıza çıkar.¹¹⁷

Bu açıklamalardan sonra gerekçenin ne olduğundan ve neleri içermesi gerektiğinden bahsetmek gerekir. Gerekçe hükmün sonuç fıkrasının yani hüküm fıkrasının mantık yönünden dayanağıdır. Bu nedenle gerekçeye “*mantiki delil*” de denir.¹¹⁸ Yargıtay da gerekçeyi, hükmün dayanaklarının, akla, hukuka ve dosya içeriğine uygun olarak açıklanması olarak tanımlamaktadır.¹¹⁹ Gerekçeler, sonucun nedenini ve niçinini oluşturur. Örneğin bir kişiye suç işlemesi nedeniyle ve bir daha suç işlememesi için ceza verilir. Böylece ceza alan kişinin cezaya ikna olması sağlanır. Kişi neden ceza aldığını bilmediği sürece bir haksızlığa uğradığını düşünerek tekrar suç işleyebilir. Böyle bir durumda cezalandırmadaki özel önleme amacı gerçekleşmemiş olacaktır.¹²⁰ Gerekçe hükmün isabetli olarak verilmesini sağlar böylece hükmü veren kendisini denetleyebilir.¹²¹ Hüküm sadece ‘kabul’ değildir nitekim hüküm bir iddiayı kabul etmişse bunun karşısı iddiayı reddetmiştir. Bu anlamda hüküm sadece kabulü göstermekle yetinemez, karşı iddiayı nasıl çürüttüğünü de gerekçeyle göstermesi gerekir.¹²² Gerekçe, kanun yolu açık olan kararların denetlenebilmesini kolaylaştırır, böylece keyfiliği önler ve sonucun

¹¹⁷ **Erem**, *Diyalektik Açısından Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 501.

¹¹⁸ **Kunter**, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 47.

¹¹⁹ Yar. 12. CD., E. 2011/24154, K. 2012/18103, T. 10.9.2012 (www.kazanci.com, SGT: 28.05.17): “*Gerekçe, hükmün dayanaklarının, akla, hukuka ve dosya içeriğine uygun açıklamasıdır. Bu nedenle, gerekçede hükmü esas alınan veya reddedilen bilgi ve belgelerin belirtilmesi ve bunun dayanaklarının gösterilmesi, bu dayanaklarında, geçerli, yeterli ve yasal olması gerekmektedir. Yasal, yeterli ve geçerli bir gerekçeye dayanılmadan karar verilmesi, yasa koyucunun amacına uygun düşmeyeceği gibi, uygulamada da keyfiliğe yol açacaktır. Bu itibarla keyfiliği önlemek, tarafları tatmin etmek, sağlıklı bir denetime olanak sağlamak bakımından, hükmün gerekçeli olmasında zorunluluk bulunmakta olup, somut olayda, suç oluşturduğu kabul edilen eylemin ve dayanaklarının gösterilmemesi suretiyle Anayasanın 141, 5271 sayılı CMK'nın 34 ve 230. maddelerine muhalefet edilmesi...*”

¹²⁰ Bu konu ileride ayrıntılı olarak incelenecektir.

¹²¹ **Kunter**, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 49.

¹²² **Erem**, *Diyalektik Açısından Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 504.

kamuoyunda daha çabuk kabul edilmesini sağlar.¹²³ Bu anlamda gerekçenin yeterli ve kendi içinde çelişmeyen argümanları içermesi gerekir. Kanun maddesinin tekrarı niteliğinde olan ve belirli şablon cümleleri içeren gerekçelerin yeterli bir gerekçe olmadığını ve bu anlamda adil yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte olduklarını da belirtmemiz gerekir.¹²⁴

2. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ SONUÇLARI

Hükmün taraflara bildirimini yukarıdaki başlıkta da açıklandığı üzere tefhim ya da tebliğ suretiyle olabilir. Hükmün sonucu olan hüküm fıkrasının gerekçeyle birlikte yazılmasına “gerekçeli karar”; 15 gün içinde gerekçesi yazılmak kaydıyla CMK m. 232’deki hususlara göre yazılmış gerekçesiz hüküm fıkrasına ise uygulamada “kısa karar” denmektedir. CMK uyuşmazlığın çözülüş şeklini belirleyen hüküm fıkrasına çok önem vermektedir bu nedenle hükmün tefhiminde (açıklanmasında) dahi hüküm fıkrasının duruşma tutanağına yazılmasını

¹²³ **Kunter**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 49; **Centel – Zafer**, s. 755.

¹²⁴ AYM., **Yılmaz Çelik Başvurusu**, Başvuru No. 2014/13117, T. 19.7.2018, RG. 26.10.2018/30577: “Gerekçeli karar hakkının bir gereği olarak başvurunun derece mahkemelerinde ileri sürdüğü hukuksal değerlendirmelerin dikkate alınmasını istemesi adil yargılanma hakkının bir yönüdür... (§59). ... Özünde bazı şablon cümlelerin tekrarı görünümünde olan kararlarını hangi temele dayandırdıklarını yeterince açık olarak belirtmeyen derece mahkemelerinin başvurunun ileri sürdüğü ve tartışılması için mahkemelerin önüne getirdiği hukuki görüşleri makul bir ölçüde değerlendirmedeği anlaşılmaktadır (§60) ... ceza davasında ulaşılması amaçlanan temel hedefin maddi gerçeğin adil yargılanma hakkına uygun olarak ortaya çıkarılması olduğu tartışmasızdır. Fakat adil bir muhakeme bakımından asıl önemli hususlardan biri tarafların adaletin işleyişine olan güvenidir ki gerekçeli karar hakkı bu amacın gerçekleştirilmesinin en önemli unsurlarındandır (§61). Sonuç olarak somut olayda başvuru tarafından ileri sürülen ve yargılamanın sonucunu değiştirme ihtimali bulunan iddiaların dikkate alınmaması ve gereği gibi değerlendirilmemesi nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir (§62).”

ve okunmasını mecburi tutmuştur.¹²⁵ CMK m. 232’de gösterilen usul uyarınca hüküm adı verilen belge hazırlanır ve böylece hüküm fıkrası belgelenmiş olur.¹²⁶ Bu anlamda hükmün açıklanmasının ilk işlevi olarak karşımıza hükmün belgelenmesi çıkar.¹²⁷ Hüküm fıkrasının yazılmasının en büyük önemi, daha sonrasında hüküm fıkrasıyla gerekçe arasında farklılık ortaya çıktığında kendisini gösterir. Şüphesiz ki olması gereken durum, kısa karar ile sonradan yazılan gerekçeli karar arasında fark olmamasıdır. Bu durumda esas alınması gereken karar, tefhim edilen (açıklanan) kısa karardır. Zira tefhim sona erene kadar hükümde değişiklik yapılması kabul edilebilirken, tefhimin sona ermesiyle beraber hükümde değişiklik yapılamaz.¹²⁸ Bu nedenle sonradan dosyaya eklenen gerekçeli karar, sanığın lehine de olsa aleyhine de olsa aslolan kısa karardır.¹²⁹ Mahkeme hatasını düzeltmek için dahi olsa açıklamış olduğu hüküm fıkrasını değiştiremez. Ancak, CMK’da açık bir düzenleme olmasa da Yargıtay, hükmü veren mahkemenin maddi hataları düzeltebileceğini kabul etmektedir.¹³⁰

Hükmün açıklanmasının bir diğer sonucu ise, kanun yolu süresinin kanun yoluna başvurma süresinin başlamasıdır. Bir görüşe göre bu süre, duruşmada sanığın bulunduğu hallerde sanığa, müdafinin bulunduğu hallerde müdafiyeye tefhimden itibaren başlar. Hüküm her ikisinin de yokluğunda verilmişse, müdafiyeye yapılacak tebligatla birlikte kanun yolu süresi işlemeye başlar.¹³¹ Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre, şüpheli veya sanığa yapılan

¹²⁵ **Kunter – Yenisey – Nuhoglu**, s. 1505 – 1506.

¹²⁶ **Centel – Zafer**, s. 757.

¹²⁷ **Baştürk**, s. 33, 34.

¹²⁸ **Kantar**, s. 311.

¹²⁹ **Erem**, *Diyalektik Açısından Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 507.

¹³⁰ **Centel – Zafer**, s. 758, 760; **Taner**, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, s. 328; CMK m. 303/1-f ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Yürürlük ve Uygulama Şekline İlişkin Kanunu’nun 8/1. maddesi bu konuya ilişkin düzenlemeler yapmış olsa da Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 304’deki gibi doğrudan bir düzenleme CMK’da bulunmamaktadır.

¹³¹ **Centel – Zafer**, s. 760.

bildirim, müdafine yapılan bildirim yerine geçmeyeceği gibi, müdafie yapılan bildirim de şüpheli veya sanığa bildirim sayılmayacaktır. Zira bunlar ayrı ayrı muhakeme süjesi oldukları ve ayrı ayrı kanun yollarına başvurma hakkına sahip oldukları için hem şüpheli veya sanığa hem de müdafine ayrı ayrı tebligat yapılması gereklidir.¹³²

İddianamenin kabulüyle başlayan sanıklık sıfatı, verilen hükmün kesinleşmesiyle sona erer (CMK m. 2/1-b). Bu sıfat kesinleşmiş mahkûmiyet kararı ile sona ererse, hükümlü sıfatı başlayacaktır.¹³³

Son olarak, hükmün kesinleşmesi koruma tedbirleri nedeniyle tazminat istenmesinin ön koşulunu oluşturmaktadır (CMK m. 142/1).¹³⁴ Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat istenebilecek¹³⁵ bir durum varsa mahkeme süreyi ve başvuru merciini tereddüde yer bırakmayacak şekilde belirtmelidir (CMK m. 232/6).

¹³² **Okuyucu Ergün**, Ceza Muhakemesi İşlemleri, s. 85, 86.

¹³³ **Toroslu – Feyzioğlu**, s. 143.

¹³⁴ Tespit için bkz. **Baştürk**, s. 36.

¹³⁵ Bu konuda ayrıca bkz. **Yenisey – Nuhoglu**, s. 468 vd.

İKİNCİ BÖLÜM:
CEZALANDIRMANIN AMACININ DEĞİŞİMİNE BAĞLI OLARAK ERTELEME
DÜŞÜNCESİNİN DOĞUŞU

I. CEZALANDIRMANIN AMACINA İLİŞKİN TEORİLER

1. GENEL OLARAK

Bir erteleme kurumu olan Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması kurumunun uygulanma alanı bulabilmesi için sanık hakkında CMK m. 231/5'e uygun bir şekilde mahkûmiyet hükmünün tesis edilmiş olması gerekmektedir. Bu anlamda birinci bölümde hüküm kavramı tanımlanmış, hüküm türleri belirtilmiş ve hükümün açıklanması deyiminden ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmuştur. Bu bölümde ise mahkûmiyet hükmünün esasını oluşturan ceza kavramından ve cezalandırmanın amacından bahsedilecektir.

Bir canlı türü olarak insanın ortaya çıkışından ve topluluk halinde yaşamaya başlamasından itibaren var olduğu iddia edilen cezalandırmanın¹³⁶ amacına yönelik çeşitli görüşler ortaya konulmuştur. Cezalandırmanın amacına yönelik görüşlerin ve adalet anlayışının tarih içindeki değişimiyle birlikte suçun önlenmesine yönelik yeni seçenek arayışları başlamış ve böylece erteleme ile denetim altında serbestlik kurumları ortaya çıkmıştır.¹³⁷ İlerleyen safhalarda bu kurumların ortaya nasıl ve hangi amaçla çıktığı anlatılacak, böylece üçüncü ve son bölümün tarihsel ve kavramsal çizgisi belirlenecektir.

¹³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Mitchel P. Roth**, Crime and Punishment A History of the Criminal Justice System, Second Edition, Wadsworth Pub., Y. 2010 (**Crime and Punishment**), s. 2 vd.

¹³⁷ Bkz. **Öznur Sevdiren**, Alternatives to Imprisonment in England and Wales, Germany and Turkey A Comparative Study, Springer Pub., Heidelberg 2011, s. 22 vd.

2. CEZALAR SİSTEMİ

A. Cezanın Ortaya Çıkışı

Antropolojistlerin, kriminologların, sosyologların ve diğer bilim insanlarının karşılaştığı en ilgi çekici sorulardan birisi, erken dönem ilkel toplulukların nasıl hayatta kaldıklarının yanı sıra, yazılı hukuk kuralları olmadan barışı nasıl sağlayabildikleri olmuştur. Ancak aile geleneklerine dayanan esnek ama sorgulanamaz erken dönem hukukun, daha sağlam temellere dayanan spesifik pratiklere dönüştüğü konusunda neredeyse hiçbir tartışma yoktur. Karmaşık hukuk sistemlerinin çıkmasından önce, erken dönem toplulukların düzeni korumak adına koydukları kurallar geleneklere, büyü gibi doğaüstü birtakım şeylere ve dine dayanıyordu.¹³⁸ İlkel toplumlarda geleneksel bir kuralı ihlal eden kişinin – aynı zamanda onun ait olduğu topluluğun da – tanrıların gazabına maruz kalacağına inanılıyordu.¹³⁹ Bu anlamda sorumluluk da ceza gibi kolektifti. Gelenekleri ihlal eden kişilerin çok ciddi bir suç işlediğine inanılırdı. Bu nedenle topluluğun, doğaüstü güçlerin topluluktan intikam almasını engellemek için bireyi cezalandırması gerekiyordu.¹⁴⁰ Topluluğun üyeleri günahkar eylemin sonuçlarının sadece günahkarı değil bütün topluluğu etkileyeceğine inandıklarında, günahlar suç haline

¹³⁸ İlkel dönem topluluklarındaki suç ve yaptırım hukukuyla ilgili olarak mutlaka bkz. **Sami Selçuk**, “Eski Çağlarda Suç Hukuku”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, C. II, Ankara 2015 (“**Suç Hukuku**”), s. 1017 vd.

¹³⁹ **Sulhi Dönmezer – Sahir Erman**, Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım C. I, B. 12, Beta Basım Yay., İstanbul 1997 (C. I), s. 40.

¹⁴⁰ **Harry Elmer Barnes – Negley K. Teeters**, “İlkel Cezalar ve Fiziksel Cezaların İlk Türleri” (Çev. **Devrim Aydın**), Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 69, Sayı: 2011/4, s. 162, 163; **Duygun Yarsuvat**, “Ceza ve Yeni İçtimai Müdafaa Doktrini”, İÜHF.M., C. 32, S. 1, Y. 1966, s. 81, 82; Benzer açıklamalar için bkz. **Selçuk**, “Suç Hukuku”, s. 1016.

gelmeye başladı.¹⁴¹ Bu anlamda ceza hukukunun sistematik bir hukuk dalı olarak ortaya çıkışından önce de ceza, bir sosyal olay ya da kurum sıfatıyla her zaman ve her dönemde¹⁴², bir tepki biçiminde var olmuştur.¹⁴³ Ancak devletin ortaya çıkmasından önce ceza kurulmuş ve yerleşmiş bir otorite adına verilmezdi. Ceza ne adalete dayanır ne de toplumsal menfaatle sınırlanırdı.¹⁴⁴

İlkel kültürlerde yasaklanan eylemler ensest ve büyücülükten, vatana ihanet ve kutsala saygısızlığa kadar uzanır. Ancak sanılmasın ki bu eylemler sadece ilkel topluluklarda yasaklanmıştı. On sekizinci yüzyılın İngiltere’inde topluma karşı işlenen en büyük suç ihanetti ve en kötü dini suç olarak da kutsala saygısızlık gösteriliyordu ve her iki eylemin de karşısında en korkunç cezalar yer alıyordu.¹⁴⁵ İlkel toplumlarda ensest ve büyücülüğe karşı olan temel tabuları çiğnemenin cezası şiddetle uygulanmaktaydı. Tüm grup hatta bazen komşu klanlar dahi suçluyu yok etmek için bir araya gelirdi. Suçlu bu kalabalık tarafından parçalara ayrılabilir, canice katledilebilirdi. Hatta topluluğun suçluyu yemesi bile mümkündü.¹⁴⁶

Yazının icadından önceki topluluklarda, aile ya da klandan oluşan topluluklarda bir arada yaşayan bireylerin, bu birlikte yaşayan diğer kişilerin haklarına saygı göstermesi gerektiği anlaşıldı. Zamanla bu haklar topluluk tarafından onaylanmış birer gelenek hukuku haline geldi. Her ne kadar bu geleneklerin kökenleri belirsiz olsa da bazı davranış kurallarının kabul

¹⁴¹ **Roth**, Crime and Punishment, s. 2.

¹⁴² İdam ve barbarca cezalandırma yöntemlerinin dönemlere göre incelendiği bir çalışma için bkz. **John D. Bessler**, “Revisiting Beccaria’s Vision: The Enlightenment, America’s Death Penalty, and the Abolition Movement”, Northwestern Journal of Law & Social Policy, Vol. 4, Issue 2, Y. 2009, s. 215 vd.

¹⁴³ **Sulhi Dönmezer – Sahir Erman**, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısım C. II, B. 11, Beta Basım Yay., İstanbul 1997 (C. II), s. 541.

¹⁴⁴ **Vasfi Raşid Sevig**, “Cezanın Tarihi Menşei”, AÜHFD., C. 12, S. 3, Y. 1955, s. 9.

¹⁴⁵ **Roth**, Crime and Punishment, s. 2.

¹⁴⁶ **Barnes – Teeters**, s. 163; Ayrıca bkz. **Selçuk**, “Suç Hukuku”, s. 1018 vd.

edilmesinin ailelerin ve kabilelerin daha büyük topluluklara ve en nihayetinde ulus devletlere dönüşmesine olanak sağladığı hususunda neredeyse hiç şüphe yoktur.¹⁴⁷

Cezalandırma sistemlerindeki ilk gelişim öç alma¹⁴⁸ sisteminin kabulüyle olmuştur. Suç teşkil eden davranışları belirleyen resmi bir aracın olmadığı ilkel topluluklarda özel anlaşmazlıkların kişisel bir şekilde çözülmesine izin verilirdi.¹⁴⁹ Bu anlamda fiil aynı aile veya kabilenin bir ferdi tarafından diğerine karşı işlenmişse, mesele aile veya kabile içinde halledilirdi. Ancak fiil, farklı aile, klan veya kabilelere mensup bireylere karşı işlenmişse bu aile, klan veya kabilelerin üstünde bir hakimiyet bulunmadığı için öç alma sistemi devreye sokulurdu. Öç alma sisteminde suç işleyen failden veya onun mensubu olduğu aileden, klandan veya kabileden bizzat mağdur ya da mağdurun yakınları tarafından intikam alınırdı.¹⁵⁰ Zira işlenen bir haksızlık, haksızlığın üzerinde gerçekleştiği kişinin ait olduğu topluluğa karşı işlenmiş sayılırdı. Bu dönemde sorumluluk kolektifti ve sorumluluk failin kastına dayanmadığı için kasten verilen zarar ile kasıtlı olmadan verilen zararlar aynı şekilde tepki görmekteydi.¹⁵¹

Öç alma sisteminde, bir ihlale karşı verilen tepkiyle birlikte sorunlar çözüme kavuşmuyordu. Nitekim ihlale verilen tepki ölçülü de olsa – ki çoğu zaman bir ölçü yoktu – bu sorunu çözmüyor aksine ilk suçu işleyen bireyin ait olduğu gruba intikam alması için bir sebep

¹⁴⁷ **Roth**, Crime and Punishment, s. 2.

¹⁴⁸ Doktrinde pek çok yazar tarafından *şahsi öç* olarak anılsa da bu kurumda öç alma hakkı sadece suçtan zarar görene değil mensubu olduğu aile, klan ve kabileyeye tanındığı için şahsi öç yerine öç alma sistemi demek daha doğru olacaktır. Bu konuda ayrıca bkz. **Dönmezer – Erman**, C. I, s. 41 ve dn. 6.

¹⁴⁹ **Roth**, Crime and Punishment, s. 3.

¹⁵⁰ **Tahir Taner**, Ceza Hukuku Umumi Kısım, B.3, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1953 (**Ceza Hukuku**), s. 17; **Mehmet Emin Artuk – Ahmet Gökçen - Caner Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 10, Adalet Yay., Ankara 2016, s. 25, 26; **Dönmezer – Erman**, C. I, s. 41.

¹⁵¹ **Dönmezer – Erman**, C. I, s. 42; Ayrıca bkz. **Maurice Garçon**, “*Ceza Hukuku Menşeleri – Tekâmülü – Halihazır Vaziyeti*”, (Çev. **Sulhi Dönmezer – Naci Şensoy**), İÜHFİM, C. 10, S. 3 – 4, Y. 1945 (“**Ceza Hukuku**”), s. 657 vd; **Selçuk**, “*Eski Çağlarda Suç Hukuku*”, s. 1016 vd.

doğuruyordu.¹⁵² Bu teselsül günümüzde ‘kan davası’ olarak adlandırılan davaların temelini oluşturmuştur.¹⁵³ Öç alma sisteminin geçmişte kaldığını düşünmek hatalı olur. Nitekim günümüzde öç ya da intikam pek çok ceza adaleti sisteminin bir bileşeni oluşturur. Buna en iyi örnek Amerika Birleşik Devletleri’nde idam cezasının varlığını sürdürüyor olmasıdır.¹⁵⁴

Öç alma kan davalarına sebep olması ve kan davalarının toplulukları yıkıcı etkisi anlaşıldıktan sonra, öç alma usulünün önüne geçmek için önlemler düşünüldü. Öç alma sistemine getirilen ilk sınırlamalardan birisi *kisas sistemi* olmuştur. Kisas, zarara neden olan kişiye aynı miktarda zarar verilmesini öngören bir sistemdir.¹⁵⁵ Kisas sistemini içeren en eski yazılı kanun olarak genellikle Hammurabi kanunu gösterilse de gerçekleştirilen son keşiflerle birlikte Hammurabi Kanunu’ndan önce de benzer kuralların oluşturulduğu meydana çıkmıştır.¹⁵⁶ Ancak Hammurabi kanunları önceki düzenlemelerin aksine daha komplike ve daha kapsamlı düzenlemeler getirmiştir. Bu düzenlemeler arasında yer alan ve konuyla ilgili olan düzenleme ise Hammurabi Kanunu’nun 197. maddesinde yer alan “*hür bir insanın kemiğini kıranın kemiğinin, dişini kıranın dişinin kırılacağı*” düzenlemesidir. Böylece Hammurabi kanunu kisas sisteminin özünü oluşturan *lex talionis* (*eye for eye, and tooth for tooth /göze göz dişe diş*) ilkesini yasal bir düzenleme haline getirmiştir.¹⁵⁷ Hammurabi kanunlarının önceki düzenlemelerden ayrılan en önemli özelliği, onun para cezaları ve çeşitli tazminat usulleri getirerek öç alma sistemini dizginlemeye yönelik en büyük girişim olmasıdır.¹⁵⁸ O dönemde dünya değişmez bir ilahi düzenin parçası olarak görülüyordu bu nedenle *lex talionis* ilkesi çok

¹⁵² **Barnes – Teeters**, s. 166; **Roth**, Crime and Punishment, s. 3.

¹⁵³ **Taner**, Ceza Hukuku, s. 17, 18; **Selçuk**, “*Suç Hukuku*”, s. 1019, 1020.

¹⁵⁴ **Roth**, Crime and Punishment, s. 3.

¹⁵⁵ **Artuk – Gökçen – Yenidünya**, s. 26, 27; **Dönmezer – Erman**, C. I, s. 42, 43.

¹⁵⁶ **Roth**, Crime and Punishment, s. 4, 5; Bu kanunlar için bkz. **Barnes – Teeters**, s. 167.

¹⁵⁷ **Artuk – Gökçen – Yenidünya**, s. 27; **Roth**, Crime and Punishment, s. 5.

¹⁵⁸ **Mitchel P. Roth**, An Eye for An Eye A Global History of Punishment, Reaktion Books Pub., Y. 2014 (**An Eye for An Eye**), s. 26.

katıydı ve mutlak adaleti yansıtıyordu.¹⁵⁹ Bu ilke uyarınca, insan öldürmenin cezası ölümdü. Ancak cezaya hükmetmek için failin kastının olması gerekiyordu, aksi halde, suçun niteliği değişerek tazminata hükmedildiği gibi failin beraatına da karar verilebiliyordu.¹⁶⁰

Günümüzde ilkel bir cezalandırma yöntemi olarak görülen kısas, esasen cezalandırmanın evriminde önemli bir aşamadır. Nitekim, günümüzdeki, “*cezanın suçla orantılı olması gerektiği*” ilkesi kısas esasının bir mirasıdır. Ayrıca kısas usulüyle birlikte ceza şahsileşmiş (yani öç alma sistemindeki aksine ceza suçu işleyene verilmeye başlanmış) ve cezalandırmada suçlunun suçu işlerken kastının olması arandığı için objektif sorumluluk esası terkedilmiştir.¹⁶¹

Öç alma sisteminin toplulukları yıkıcı etkisi anlaşıldıktan sonra bulunan bir diğer yöntem ise diyet (tazminat) usulüydü. Diyet usulünde, suçlu ile suçtan zarar gören kişi, belli bir paranın veya malın verilmesiyle anlaşabilirlerdi.¹⁶² Ancak diyet usulü, kamuya karşı işlenen suçlarda değil, ancak kişilere karşı işlenen suçlarda uygulama alanı bulabiliyordu. Tazminatın miktarı, suçun niteliğine ve zarar gören tarafın yaşına, mevkiine, cinsiyetine ya da itibarına göre çeşitlilik göstermekteydi.¹⁶³ Diyet usulünün uygulama alanı bulabilmesi için suçun sıradan bir kişiye karşı işlenmesi gerekmekteydi. Zira asil bir kişiye karşı işlenen suç, kan davası yoluyla intikamının alınmasını gerektirirdi. Verilen zararın ve mağdurun değerinin miktarına ilişkin farklılıklar karmaşık bir sistemi oluşturuyordu. Bu nedenle birçok halk ve özellikle Anglo-Saksonlar, yazılı hukuk düzenlemelerinin geniş bir bölümünü kişi – para düzenlemelerine

¹⁵⁹ **Roth**, Crime and Punishment, s. 5.

¹⁶⁰ **Artuk – Gökçen – Yenidünya**, s. 27; Ayrıca bkz. **Selçuk**, “*Suç Hukuku*”, s. 1024.

¹⁶¹ Bkz. **Artuk – Gökçen – Yenidünya**, s. 27; **Ali Rıza Çınar**, Türk Ceza Hukukunda Cezalar, Turhan Kitabevi Yay., Ankara 2005, s. 8, 9; Ayrıca bkz. **Selçuk**, “*Suç Hukuku*”, s. 1024.

¹⁶² **Turhan Tüfan Yüce**, Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi Yay., Ankara 1985, s. 102; **Dönmezer – Erman**, C. I, s. 43; Ayrıca bkz. **Garçon**, “*Ceza Hukuku*”, s. 659 vd.

¹⁶³ Bu konuda ayrıca bkz. **Roth**, An Eye for An Eye, s. 27 vd.

ayırımıtı.¹⁶⁴ Diyet usulü birtakım karışıklıklar içeriyordu bu nedenle, topluluk liderleri düzeni korumak ve çatışmaları dindirmek için hüküm verme, arabulucu ve hakem görevlerini üstlenmeye başladı.¹⁶⁵ Bu süreçte devlet mekanizması belirlemeye başlamış, önce diyet usulünü zorunlu hale getirmiş daha sonra diyet bedelinin bir kısmını almaya başlamıştır.¹⁶⁶

Zarar verici eylemlere karşı sosyal tepkileri belirten kurumlar zaman içinde kurulur ve yerleşirken, devletin tekel olarak ceza vermek hakkına sahip olmasının yolu da açılmıştır. Toplulukların bir araya gelmesi ve zamanla devletin ortaya çıkmasıyla birlikte kamunun güvenliğini ve devamlılığını tehlikeye attığı düşünülen bazı eylemler kamu adına kovuşturulmaya başlanmıştır. Bu suçlar kamusal suç adını almış ve devlet hiçbir şikâyet olmasa da bu eylemleri cezalandıracağını belirtmiştir. Böylece, zamanla kamusal suçların sayısı artmaya başlamış ve devletin şiddet tekeli¹⁶⁷ elde etmesiyle birlikte şahıslar ya da topluluklar arasında gerçekleşen öç alma sistemi yerini devletin intikamına bırakmıştır.¹⁶⁸

Cezalandırma tekelinin devletin eline geçmesiyle birlikte cezanın esasının ne olduğu ve neden uygulanması gerektiğine ilişkin çeşitli görüşler öne sürülmüştür. İnceleneceği üzere, özellikle ‘Faydacı Teoriler’ olarak adlandırılacak görüşlerin, bu çalışmanın konusu olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun teorik temellerini oluşturduğu görülecektir.

¹⁶⁴ **Barnes – Teeters**, s. 166; **Dönmezer – Erman**, C. I, s. 43.

¹⁶⁵ **Roth**, Crime and Punishment, s. 3.

¹⁶⁶ **Dönmezer – Erman**, C. I, s. 43; **Sevig**, s. 11, 12; **Taner**, Ceza Hukuku, s. 19.

¹⁶⁷ ‘Devletin şiddet tekeli’ kavramı üzerine ayrıntılı bilgi için bkz. **Mithat Sancar**, “*Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti*”, Doğu Batı, Y. 4, S. 13, ‘Kasım, Aralık, Ocak’ 2000-01, s. 25 vd.

¹⁶⁸ **Dönmezer – Erman**, C. I, s. 44; **Taner**, Ceza Hukuku, s. 19, 20; Devletin zayıfladığı dönemlerde bireyler arası öç alma sisteminin devreye girdiği; devletin güçlendiği dönemlerde ise öç alma sisteminin gerilediği görülmüştür. Devlet adaletinin bireysel adaletin yerini almasında salt devletin egemenlik hakkını bireylerle paylaşmayı reddetmesi değil, ortaklaşa mülkiyetin yerini bireysel mülkiyete bırakması da rol oynamıştır. Bu açıklama için bkz. **Selçuk**, “*Suç Hukuku*”, s. 1025, 1026.

B. Cezanın Amacı

Cezanın amacına yönelik teorilerin, geleneksel olarak “*mutlak teoriler*” ve “*nisbi teoriler*” olarak ikiye ayrıldığı görülmektedir.¹⁶⁹ Cezanın amacından anlaşılması gereken, cezanın uygulandığı kişi üzerindeki etkileridir. Bu etkiler geçmişe ya da geleceğe yönelik olabilirler. Geçmişe yönelik olanlardan ödetme, geleceğe yönelik olanlardan ise önleme düşüncesi ortaya çıkmaktadır. Ödetici teorilere göre ceza, bir suç işlendiği için geçmişe yönelik uygulanmaktadır ve varlık nedenini kendi içinde barındırmaktadır. Cezanın uygulanması başlı başına bir amaçtır. Faydacı teorilere göreyse ileride başka suçların işlenmemesi amacıyla, ceza geleceğe yönelik olarak uygulanmaktadır. En nihayetinde bu görüşleri uzlaştırmak isteyen “*karma teoriler*” de mevcuttur. Bu teorilere göre ceza hem geleceğe hem geçmişe yönelik şekilde uygulanmakta ve etkisini göstermektedir.¹⁷⁰

a. Ödetici Teoriler

Ceza hukukunda “Mutlak Ceza Teorileri” olarak bilinen¹⁷¹ Ödetici Teoriler, esasında ceza hukuku teorileri olsalar da cezanın amacıyla ilgili teoriler olmadığını söylemek

¹⁶⁹ Açıklamalara başlamadan önce şunu belirtmek gerekir ki, açıklamaları yapılacak teorilerin içeriklerini daha iyi karşıladıklarını düşündüğümüz için “mutlak teoriler” yerine “ödetici teoriler”; “nisbi teoriler” yerine ise “faydacı teoriler” terimlerini kullanacağız.

¹⁷⁰ Ayrıca bkz. **Faruk Erem – Ahmet Danışman – Mehmet Emin Artuk**, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, B. 14, Seçkin Yay., Ankara 1997, s. 682 ve dn. 14; Bkz. **Haluk Toroslu**, Ceza Müeyyidesi, Savaş Yay., Ankara 2010, s. 36 – 38.

¹⁷¹ Bazı yazarlar mutlak teorilerin “mutlak” olarak adlandırılmasının nedenini, “*cezanın önemli ölçüde failin davranışına tepki olarak görülmesi ve işlenen haksızlığı ve gerçekleşen kusurun denkleştirilmesi*

mümkündür.¹⁷² Zira, ödetici teorilere göre cezanın uygulanması başlı başına bir amaçtır ve bundan başka bir amacın aranmasına gerek yoktur. Ödetici teorilere göre fail, suç işleyerek toplum düzenini bozar ve ceza suç sebebiyle topluma verilmiş olan zararın ödetilmesinden başka bir şey değildir. Bu anlamda ödetici teorilerde ceza geleceğe yönelik değil fakat geçmişe yöneliktir.¹⁷³

Bu teorilerin temelinde, suç sebebiyle ortaya çıkmış olan toplumsal zararın ortadan kaldırılması olduğu gibi, hukuka uygun davranan ve yasalara saygılı kişilerin, bozulan toplum düzeni sebebiyle duydukları öfkenin, adaletin sağlanması suretiyle dindirilmesi, cezanın suçun ağırlığı ile orantılı olması gerektiği ve cezaların şahsiliği ilkeleri yatmaktadır.¹⁷⁴ Bu anlamda ödetici teoriler, geçmiş dönemlerdeki etkilerini kaybetmişler de, günümüz ceza adaleti sisteminde inkârı güç bir etkiye sahiplerdir.¹⁷⁵

Ödetici/kefarete teorileri temelde ahlaki kefarete ve hukuki kefarete şeklinde bir ayrıma tabi tutulur. Ahlaki kefarete düşüncesi taraftarlarına göre insan, doğası gereği kötülüğün kötülükle, iyiliğın ödüllendirmeye karşılanmasını ister. Mademki suç ahlâk düzeninin bir

ile sınırlı olması” olarak açıklamaktadır. Bu konuda bkz. **Bahri Öztürk – Mustafa Ruhan Erdem**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, B. 17, Seçkin Yay., Ankara 2017, s. 447.

¹⁷² Krş. **Toroslu**, Ceza Müeyyidesi, s. 38 ve dn. 87.

¹⁷³ **Ayhan Önder**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II – III, B. 2, Beta Basım Yay., İstanbul 1992 (C. II – III), s. 514 – 516; **Sururi Aktaş**, “Cezalandırmanın Amacı Üzerine”, EÜHFD., C. XIII, S. 1- 2, Y. 2009, s. 15 – 16.

¹⁷⁴ **Kayhan İçel – Füsün Sokullu Akıncı – İzzet Özgenç – Adem Sözüer – Fatih S. Mahmutoğlu – Yener Ünver (İçel vd.)**, Yaptırım Teorisi, B.2, Beta Basım Yay., İstanbul 2002, s. 30, 31; **Toroslu**, Ceza Müeyyidesi, s. 42; Ödetici teorilerde, cezalandırma suçun ağırlığı ile orantılı olmalı ve ceza faile failin asli kusurunun bulunduğu durumlarda uygulanmalıdır. Bu konuda bkz. **Wesley Cragg**, The Practice of Punishment Towards a Theory of Restorative Justice, Taylor & Francis e – Library Pub., 2005, s. 13 vd.

¹⁷⁵ **Toroslu**, Ceza Müeyyidesi, s. 39; **Feyyaz Gölcüklü**, Türk Ceza Sistemi, Sevinç Matbaası, Ankara 1966, s. 13.

ihlalidir, ahlaki bilinç onun ceza görmesini ister.¹⁷⁶ Ahlaki kefarete teorisini savunanların başında Kant gelir. Kant'a göre, ceza hiçbir zaman suçlu ya da sivil toplumla ilgili olarak başka bir 'iyi'nin gerçekleştirilmesi için kullanılamaz. Ceza her durumda, sadece suçlu suç işlediği için uygulanmalıdır.¹⁷⁷ Bu anlamda Kant, cezalandırmanın haklılaştırılması bakımından faydacı düşünce yerine hak etme (*desert*) kriterini temel almaktadır. Kant açısından, cezalandırmadan ne kadar fayda sağlanırsa sağlansın, bu fayda cezalandırmanın haklılaştırılması için kullanılamaz. Nitekim cezayı haklı kılan tek durum, failin suç işleyerek cezayı hak etmesidir.¹⁷⁸ Devlet, cezalandırmanın hiçbir faydası olmasa dahi cezayı uygular böylece bozulan ahlaki dengeyi yeniden tesis eder.¹⁷⁹ Kant'a göre ödetme ilkesi, insan öldürme için ölüm cezasını gerektirir. Nitekim ahlaki kefaretin savunucularına göre, kötülüğün kötülükle, iyiliğin ise iyilikle karşılanması insan doğasının kaçınılmaz bir sonucudur.¹⁸⁰ Esasında bu görüşlerin altında *lex talionis* (*göze göz, dişe diş*) ilkesinin yatmakta olduğunu görüyoruz. Bu ilke cezanın suç ile orantılı olması gerektiği ilkesiyle yakından ilişkiliyken, cezanın ağırlığının ya da türünün işlenen suçun ahlaken önemine göre değişmesini de şart koşar. Örneğin bisiklet çalan kişi ile silahlı soygun yapan kişiye aynı tepki verilmemelidir.¹⁸¹

¹⁷⁶ Erem – Danışman – Artuk, s. 685.

¹⁷⁷ Bkz. Aktaş, s. 18, 19; Bkz. Kenworthy Bilz – John M. Darley, “What’s Wrong With Harmless Theories of Punishment”, Chicago-Kent Law Review, Vol. 79, Issue. 3, Y. 2004, s. 1218; Bkz. Dönmezer – Erman, C. I, s. 58; İlhan Üzülmöz, “Ceza Sorumluluğunun Esası ve Cezalandırmanın Amacına Dair Düşünce Hareketleri”, AÜEHFD., C. 5, S. 1 – 4, Y. 2001, s. 265, 266; Bkz. Öztürk – Erdem, s. 447, 448.

¹⁷⁸ Bkz. Aktaş, s. 20; Bkz. Toroslu, Ceza Müeyyidesi, s. 40.

¹⁷⁹ Üzülmöz, s. 266.

¹⁸⁰ Toroslu, Ceza Müeyyidesi, s. 42, 43; Taner, Ceza Hukuku, s. 30, 31.

¹⁸¹ Cragg, s. 14; Benzer açıklamalar için bkz. Dönmezer – Erman, C. II, s. 559.

Ahlâki kefarete anlayışının cezalandırmaya salt ahlak açısından baktığı söylene de¹⁸² bu varsayım, gerçeği yansıtmadığı zira politik suçlar gibi belli bir dönemdeki ahlâki normlarla çatışma içinde olmayan suçların da mevcut olduğu haklı eleştirisiyle karşılaşmıştır. Özellikle düşünce suçları ve bazı siyasi suçlar hiçbir ahlâk kuralıyla çelişir halde değildir. Ayrım yapmadan bütün suçların ahlâk düzeniyle çeliştiği kabul edilirse de bu durumda ahlâkın gereklerini yerine getirmek görevi devlete ait olacaktır. Ancak bu şekilde bütün ahlâksızlıkları cezalandırmak, toplumu kaçınılmaz olarak engizisyona götürecektir.¹⁸³

Hukuki kefarete teorisine göre suç, bireyin, kanunun iradesine karşı gelmesidir. Suç bu şekilde anlaşılınca, devletin otoritesini destekleyeceği bir kuruma ihtiyaç duyulmuştur ve bu kurum “ceza”dan başka bir kurum değildir.¹⁸⁴

Hukuki kefarete teorisinin savunucusu olan Hegel, kefareti mantıki diyalektik olarak kabul ettiği savunulsa da¹⁸⁵ Hegel’in felsefi kuramlarının çarpıtıldığına yönelik eleştiriler de mevcuttur. Bu eleştiriler, Hegel’in felsefesi sıklıkla ‘diyalektik felsefe’ olarak adlandırılrsa da bu terimin (diyalektik) açık bir anlamdan yoksun olduğu ancak onun çatışma ve çelişkilere yönelik soyut çözümlerini tanımlamak için kullanıldığı yönündedir. Bununla birlikte Hegel’in hukuka diyalektik bir bakışla bakıp bakmadığı dahi şüphelidir zira Hegel’in yazılarında nadiren ‘diyalektik’ terimine rastlanır ve Hegel bu terimi günümüzde kullanılan anlamıyla kullanmamaktadır.¹⁸⁶

¹⁸² **Nur Centel**, “*Cezanın Amacı ve Belirlenmesi*” (“*Cezanın Amacı*”), Prof. Dr. Turhan Tûfan Yüce’ye Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yay., İzmir 2001, s. 338.

¹⁸³ **Toroslu**, *Ceza Müeyyidesi*, s. 44, 45; **Erem – Danışman – Artuk**, s. 685, 686.

¹⁸⁴ **Erem – Danışman – Artuk**, s. 685.

¹⁸⁵ **Önder**, C. II-III, s. 515; **Toroslu**, *Ceza Müeyyidesi*, s. 46; Bkz. **Aktaş**, s. 16; Bkz. **Üzülmez**, s. 266.

¹⁸⁶ Bu konuda ayrıca bkz. **Michael H. Hoffheimer**, “*Hegel’s First Philosophy of Law*”, *Tennessee Law Review*, Vol. 82, Issue. 823, Y. 1995, s. 828.

Ceza hukukunu anlamlandırmaya çabalayan Hegel, ‘inkâr’ teriminin belirsiz anlamlarını üç olguya dağıtır. Bunlardan birincisi, cezalandırmanın hak edildiği gerçeğinin hiçbir şekilde ‘inkâr’ edilemez olduğudur. İkincisi, yasa, merhamet ederek suçluyu bağışlayan bir ceza adaleti sistemine izin veremez aksi takdirde kendisini ‘inkâr’ etmiş olur. Üçüncüsü, kanunu ihlal eden suçlu, hukuku ‘inkâr’ etmiştir. Böylece suçlunun inkâr ettiği hukuk aynı zamanda kendisi için de inkâr edilmiş bir hale gelmiştir. Böylece geriye hukuk düzeni ve suçlunun cezalandırılmayı hak ettiği gerçeği kalır. Hukuk kuralı ihlal edildiği hallerde dahi varlığını devam ettirir ve suçun zıt formu (inkârı) olan cezalandırmayla tersine çevrilerek tarafsız haline kavuşur.¹⁸⁷

Hukuki kefarete teorilerine de çeşitli eleştiriler sunulmuştur. Bu eleştirilere göre, hukuki kefarete teorileri de ceza kavramının tatmin edici bir açıklamasını yapamamaktadır. Zira devlet otoritesinin sağlanması ve ispatlanması için ceza tehdidinin konulduğu iddiası, cezanın açıklanması değildir.¹⁸⁸ Hukuki kefarete teorisinin dayandığı, ‘suçun hukukun bir inkârı; cezanın suçun bir inkârı olduğu ve böylece hukukun tekrar tesis edileceği ve böylece suç fiilinin kendi içinde çelişkili olduğunun fail tarafından anlaşılacağı’ teorisi de eleştirilmiştir. Zira bir davranışın muhtemel çelişirliğinin mantıken ortaya konulması, böyle bir davranışın cezalandırılmasını emreden bir normun varlığını haklı göstermeye yeterli değildir. Ayrıca, irrasyonelliğe irrasyonellikle karşılık vererek rasyonelitenin yani hukukun nasıl tesis edileceği de anlaşılması güç bir sorunsaldır.¹⁸⁹

¹⁸⁷ **Hoffheimer**, s. 851; Hegel’in düşüncesi kısaca şu şekilde özetlenebilir: “*Suç hukukun inkârıdır, ceza da kendi yönünden suçu inkâr eder[.] Inkârın inkârı olan ceza, hakkı teyit etmiştir.*” Bu açıklama için bkz. **Erem – Danışman – Artuk**, s. 685; Ayrıca bkz. **Toroslu**, Ceza Müeyyidesi, s. 46, 47; bkz. **Öztürk – Erdem**, s. 448.

¹⁸⁸ **Erem – Danışman – Artuk**, s. 686.

¹⁸⁹ Bkz. **Toroslu**, Ceza Müeyyidesi, s. 47, 48.

b. Faydacı Teoriler¹⁹⁰

Ödetici teorilerde cezanın uygulanması yegâne amaçtır ve uygulanmasının dışında başka bir amacın aranmasının hata olduğu görüşü hakimdir. Bunun karşısında yer alan görüş, cezanın uygulanmasıyla başka amaçların da elde edilebileceği, bu sebeple cezanın başlı başına amaç sayılamayacağı yönünde görüşlerdir. Bu teoriler Faydacı Teoriler olarak da anılmaktadır ve bu teorilerin esası, cezanın, faydalı etkileri olduğunun kabul edilmesi halinde uygulanması gerektiği yönündedir.¹⁹¹ Ödetici teorilerin aksine, faydacı teorilerde ceza, geçmişe değil geleceğe yöneliktir. Faydacı teoriler, geleceğe yönelik bu cezanın haklılaştırılmasını önemli birtakım değerler üzerinden yaparlar. İnsancıl bir bakış açısına sahiplerdir ve cezalandırmanın, suçlunun, mağdurun ve en nihayetinde toplumun iyiliğine olacak şekilde belirlenmesi gerektiğini söylerler. Ödetici teori taraftarları, cezalandırmanın amacını geçmişteki haksızlığın düzeltilmesinde ararken; faydacı teori taraftarları geçmişte olan olayların artık değiştirilemeyeceğini, bu nedenle cezanın amacının gelecekteki benzer haksızlıkları önlemek olması gerektiğini savunurlar ve bu önlemenin mümkün olduğu kadar faydalı ve zararsız bir yöntemle yapılması gerektiğini savunurlar.¹⁹²

Faydacı teorinin kurucuları arasında Becceria, Bentham ve Feuerbach yer alır.¹⁹³

Faydacı teori açıklanırken özellikle Jeremy Bentham'ın cezalandırmaya yönelik ortaya koyduğu şartların göz önüne alındığı görülür. Bentham, cezalandırmaya hangi şartlarda başvurulması gerektiğini açık bir şekilde belirtmiştir. Bentham'a göre, cezalandırmaya izin verilebilmesi için cezalandırmadan gelecek faydanın üst düzeyde olması gerekir. Bentham,

¹⁹⁰ Bu teoriler doktrinde Nisbî Teoriler olarak da anılmaktadır ancak kurumun mahiyetini daha iyi açıklaması sebebiyle bu çalışmada tercih edilen terim Faydacı Teoriler terimi olmuştur.

¹⁹¹ **Önder**, II – III, s. 517; **Erem – Danışman – Artuk**, s. 687 vd.

¹⁹² **Cragg**, s. 25, 34.

¹⁹³ **Üzülmez**, s. 266.

Kant'ın cezalandırmayı talep ettiği bazı durumlar için cezalandırmaya olanak verilmemesi gerektiğini savunmuştur. Örneğin, ceza *etkisiz* olacaksa yani kötülüğü (mischief) önleyemeyecekse; cezalandırma *kârsız* olacaksa ya da çok pahalı olacaksa yani cezalandırmanın maliyeti suçun ortaya çıkardığı zarardan daha büyükse; ceza *gereksiz* ise, yani cezalandırılmak istenen kötülük önlenmiş, kendiliğinden sona ermiş ya da daha ucuz bir yolla önlenilecekse, cezalandırma gereksizdir.¹⁹⁴

Faydacı teoriler cezalandırmayı geleceğe yönelik olarak açıkladıkları için, cezalandırmanın önleyici özelliğini ön plana çıkartmışlardır.¹⁹⁵ Bu önleyicilik geleneksel olarak *genel önleme* ve *özel önleme* olarak ikiye ayrılır.¹⁹⁶

ba. Genel Önleme Teorisi

Bu teoriye göre, cezalar kanunda gösterilmiş olduğundan, bu cezaların kendisine uygulanacağından korkan kişiler suç işlemekten vazgeçecektir. Zira korku, doğal bir duygudur ve insanlar üzerinde önleyici bir etkiye sahiptir. Bu nedenle kanunda gösterilen cezalar, suç işlendiğinde mutlaka uygulanmalıdır. Bu teoriye göre ceza uygulanırken, yarattığı korkutucu etkiyle (ibretle) birlikte potansiyel faillerin muhtemel suçlarını önler; böylece ceza, genel önleyici bir tedbir haline gelir.¹⁹⁷ Bu görüş taraftarlarına göre, her failde onu suça iten birtakım

¹⁹⁴ **Bilz – Darley**, s. 1218; Ayrıca bkz. **Taner**, Ceza Hukuku, s. 29, 30.

¹⁹⁵ **Bilz – Darley**, s. 1217.

¹⁹⁶ **Aktaş**, s. 2; Gelenekselden ayrılarak bu teorileri dörde ayıran (Ferdî Caydırma, Umumi Caydırma, Göreli Caydırma ve Kısmî Caydırma) yazarlar da mevcuttur. Bu ayırım ve önleyici teorilerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Mehmet Maden**, Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar, Adalet Yay., Ankara 2012, s. 9 vd.

¹⁹⁷ **Cesare Beccaria**, Suçlar ve Cezalar Hakkında (Çev. Sami Selçuk), B. 6, İmge Kitabevi, Ankara 2016, s. 86 – 94; **Erem – Danışman – Artuk**, s. 687; Bkz. **Nurullah Kunter**, “Cezalardan Neler

hazlar ya da suçtan sağlayacağı maddi birtakım çıkarlar mevcuttur. Ancak ceza korkusu – yani duyulacak hazdan daha büyük bir acı -, bu saiklerin önüne geçerek kişileri suç işlemekten alıkoyar ve böylece toplum korunmuş olur.¹⁹⁸

Genel önlemenin amacı potansiyel failleri korkutmak olduğu için, bu anlayışın gerektirdiği cezalar ağır ve şiddetlidir.¹⁹⁹ Bu teori kapsamında, fail, diğer insanların suç işlemesini engellemek için bir araç olarak görülmektedir. Bununla beraber, ceza ile işlenen suç arasında orantı olması ve insana ve ekonomik değerlere verilen zararın maliyetinin cezayı belirlemesi gerektiği kabul edilmektedir.²⁰⁰ Nitekim Beccaria'ya göre toplumun ortak yararı suçların sadece işlenmemesinde değil, işlendikleri zaman topluma verdikleri zararın da mümkün olduğu kadar az olmasındadır. Bu durumda insanları suç işlemekten alıkoyan cezalar, suçun kamuya verdiği zararlar ve insanları suça iten nedenlerle orantılı ve böylece daha etkili olmak zorundadır. Nitekim aksi halde, yani farklı ağırlıklardaki suçlara aynı ceza verilirse, insanlar en ağır suçu işlemekte bir beis görmeyeceklerdir. Hele de bu ağır suçla daha büyük bir menfaat bir araya gelmişse, insanlar suçu işleme konusunda daha kolay karar vereceklerdir.²⁰¹

Genel önleme teorilerine sunulan eleştirilerin başında şunu belirtmek gerekir; potansiyel failleri bugün için suç işlemekten alıkoyan, cezaların fazlalığı ve şiddeti değil; yakalanma ihtimalinin yüksek olmasıdır.²⁰² Ayrıca cezaların kanunlarda gösterilmiş olması, suç işlemeyi

Bekliyoruz, Neler Beklemeliyiz?”, Siyasi İlimler Mecmuası, S. 145, Y. 13, Nisan 1943, s. 17; Bkz. **Artuk – Gökçen – Yenidünya**, s. 735; Benzer açıklamalar için bkz. **Maden**, s. 11, 12.

¹⁹⁸ **Dönmezer – Erman**, C. II, s. 561; **Önder**, C. II – III, s. 517, 518; **Toroslu**, Ceza Müeyyidesi, s. 53 – 55; Bkz. **Gölcüklü**, s. 16; Bkz. **Fatma Karakaş Doğan**, Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, Legal Yay., İstanbul 2010, s. 45.

¹⁹⁹ **Toroslu**, Ceza Müeyyidesi, s. 54.

²⁰⁰ **Karakaş Doğan**, s. 46.

²⁰¹ **Beccaria**, s. 45 – 48.

²⁰² Beccaria, suçları önleyen en önemli etken olarak cezaların ağırlığını değil, kaçınılmaz olmalarını göstermektedir. Yazara göre, hafif bile olsa cezanın kaçınılmaz olması insanlar üzerinde daha büyük bir

düşünenleri korku ile suçtan döndürmek için değil; kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak açıklanabilir. Genel önleme korku varsayımına dayansa da korkuyu bilimsel değeri olan bir teoriyi kurmakta malzeme olarak kullanmaya imkân yoktur. En basitinden intihara karar vermiş ya da ölümü de göze almış birisi için hangi ceza korkutucu nitelik taşıyacaktır?²⁰³ Benzer şekilde, cezalandırılma korkusu bütün insanları aynı şekilde etkileyen bir korku değildir. Zira cezaların en şiddetli olduğu dönemlerde dahi insanların suç işlemekten kaçınmadığı bilinen bir gerçektir²⁰⁴. Bu sebeple, salt korkutmaya dayanan ceza sistemi, suçları önlemede yetersiz kalacaktır.²⁰⁵ Ayrıca cezanın çok şiddetli olması, cezadan kurtulmak için daha çok çaba gösterilmesini kışkırtır; bu durum da cezadan kurtulmak için birçok suçun işlenmesine sebep olur.²⁰⁶

Genel önleme teorisi kapsamında cezalar daha ağır ve şiddetlidir ve ceza süresini sınırlandırmada bir ölçüt bulunmamaktadır. Bu da genel önlemeyi, devlet terörüne dönüştürme tehlikesi içermektedir. Ayrıca, cezanın önleyici amaçlar uğruna insan onurunu ihlal etmesi söz konusudur ve salt genel önleme amacıyla toplum uğruna cezalandırmak endişe verici olmakla birlikte bu teori, yetkisinin gerekçelerini yani bireyin kendisi için değil başkaları için cezalandırılmasının nasıl savunulabileceğini açıklayamamaktadır.²⁰⁷

Hem genel hem de özel önleme teorilerine sunulan bir eleştiri de insanların mantığa göre hareket ettikleri ve eyleme geçmeden önce düşündükleri varsayımını kabul etmeleri sebebiyledir. Halbuki pek çok insan düşünmeden, yani ani bir kararla suç işler. Ayrıca insanlar

korkutucu etkiye sahiptir. Bkz. **Beccaria**, s. 129, 130; **Centel**, “*Cezanın Amacı*”, s. 345; Ayrıca bkz. **İçel vd.**, Yaptırım Teorisi, s. 36; **Gölcüklü**, s. 17.

²⁰³ **Erem – Danışman – Artuk**, s. 693.

²⁰⁴ Bkz. **Beccaria**, s. 130 vd.

²⁰⁵ **Gölcüklü**, s. 17.

²⁰⁶ **Beccaria**, s. 130.

²⁰⁷ **Centel**, “*Cezanın Amacı*”, s. 346; Önleme teorilerinin eleştirileri için ayrıca bkz. **Maden**, s. 13 – 21.

uyuşturucu madde ya da alkol etkisi altında veya zihinsel ya da ruhsal hastalıkları sebebiyle de düşünmeden zararlı davranışlara sebep olabilmektedir. Bu durumların yanı sıra, yakalanma ihtimalinin düşük olduğu suçlarda hem genel önleme hem de özel önleme etkisiz kalır zira önleme etkisinden bahsedilebilmesi için, cezanın hızlı, kesin ve ciddi olarak algılanması gerekir.²⁰⁸

bb. Özel Önleme Teorisi

Özel önleme teorisi, genel önleme etkisinden farklı olarak soyut ceza tehdidinin toplumun geneli ve potansiyel failer üzerindeki etkisini değil, suç işleyen ve bu nedenle ceza müeyyidesinin doğrudan muhatabı olan fail üzerindeki korkutucu ve onu ıslah edici etkisini ön plana alan bir teoridir.²⁰⁹

Özel önleme teorisini savunanlar fail tiplerine göre üç farklı işlem önerir. Bu işlemler, ıslahı mümkün olan ve ıslaha gereksinim duyan failer ıslah etme; tesadüfi suçluları ürkütme; ıslahı ve ürkmesi mümkün olmayan suçluları toplumdan tecrit etmek suretiyle zararsız hale getirme ve böylece toplumu güvence altına alma, şeklindedir.²¹⁰ Özel önleme teorisinde amaç faili gelecekteki suçlardan alıkoyma olduğu için cezalandırma failin kusuruyla orantılı olarak değil, yeniden sosyalleşmesini ve bir daha suç işlemesini engelleyecek oranda tayin edilmektedir.²¹¹

²⁰⁸ **Artuk – Gökçen – Yenidünya**, s. 737, 738.

²⁰⁹ **Toroslu**, Ceza Müeyyidesi, s. 60; **Centel**, “*Cezanın Amacı*”, s. 340, 341; Benzer açıklamalar için bkz. **İçel vd.**, Yaptırım Teorisi, s. 33 – 36; **Gölcüklü**, s. 18.

²¹⁰ **Önder**, C. II – III, s. 518.

²¹¹ **Centel**, “*Cezanın Amacı*”, s. 340, 341; **Toroslu**, Ceza Müeyyidesi, s. 60, 61; Ayrıca bkz. **Karakaş Doğan**, s. 46; **Artuk – Gökçen – Yenidünya**, s. 736, 737; **Maden**, s. 10, 11.

Özel önleme teorileri altında incelenmesi gereken teorilerden birisi *ıslah teorileridir*. İslah teorileri kapsamında, cezalardan beklenen bir amaç olarak karşımıza mahkûmların ıslah edilmesi, uslandırılması ve toplum hayatına uyum sağlayarak toplum için zararsız hale getirilmesi çıkar. Önceleri, dini etkiler altında mahkûmu birtakım hak mahrumiyetlerine tabi kılmak suretiyle yaptığı kötülüğü ve haksızlığı ona anlatarak suçlunun pişman olması ve manevi olarak ıslah olması sağlanmaya çalışılıyordu. Günümüzde bu kadar yaygınlaşmış olan hapis cezalarının kökeninin bu fikre dayandığını söylemek yanlış olmayacaktır. İslah düşüncesinin gelişmesiyle birlikte, ölüm cezalarının azaldığını ve yerini hapis cezalarına bıraktığını görmekteyiz. Hapishanelerde mahkûmların yalnızlaştırılması ve dini terbiyeye maruz bırakılması ve devamında ise çalıştırılma yoluyla ıslah edilmesine yönelik çareler aranmıştır.²¹²

Özel önleme teorisi kapsamında *Sosyal Savunma Teorisi*'ne değinmekte fayda vardır. Bu teorinin amacı suç faillerinin özgür ve bilinçli bir hayat yaşamalarını sağlamaktır. Cezalandırma esnasında suçluya acı çektirme ve geçmiş olayları ödetme gibi bir amaç yoktur. Sosyal savunmanın cezadan beklediği suçluyu ıslah edebilme ve topluma yeniden kazandırmasıdır. Suçlunun sosyolojik, biyolojik ve psikolojik özelliklerini göz önünde bulundurarak toplumun korunması amaçlanır. Bu teori, suçluya iyileşmesi gereken bir hasta gözüyle bakar ve onun sağlığına kavuşması adına sosyal savunma tedbirleri uygular. 'Hasta' iyileşmeli, toplumda yaşayabilmek için aydınlanmalıdır ve ihtiyacı uyarınca yardım görmelidir. Suç işleyen bireyi cezalandıran toplum her şeyden önce bireyi suç işlemek zorunda bırakmamalıdır. Suç işlemiş bireyleri ise kriminolojik verilerden yararlanarak ıslah etmelidir.²¹³

²¹² **Kunter**, "Cezalardan Neler Bekliyoruz, Neler Beklemeliyiz?", s. 17; **Toroslu**, Ceza Müeyyidesi, s. 61; Ayrıca bkz. **Cragg**, s. 34 vd.

²¹³ **Duygun Yarsuvat**, "Ceza ve Yeni İçtimai Müdafaa Doktrini", İÜHF.M., C. 32, S. 1, Y. 1966, s. 98, 99; **Toroslu**, Ceza Müeyyidesi, s. 62, 63; **Dönmezer – Erman**, C. II, s. 565.

İslah teorileri ve özellikle sosyal savunma teorisi bu çalışmanın temeli bakımından önem arz etmektedir. Zira bu teorilerle birlikte cezalandırmada failin karakterinin göz önüne alınması gerektiği belirtilmiş ve cezada bireyselleştirme kurumlarının temeli atılmıştır. Ancak, şüphesiz ki ıslah teorilerinin de eleştirilmesi gereken temel bazı noktaları vardır. Öncelikle failerin tümüne iyileşmesi gereken bir hasta gözüyle bakılması, kabul edilebilir görünmemektedir. Zira öyle bazı suçlar vardır ki bunların işlenmesinden ne toplum sorumludur ne de failin bu suçtan ötürü ıslaha ihtiyaç duyduğu söylenebilir. Örnek vermek gerekirse politik suçlar ve düşünce suçları bu niteliktedir. Bu suçlar tarihin belli dönemlerinde devletin kendi bekasını korumak adına suç olarak nitelendirdiği fiillerden ibaret olup bu fiilleri işleyen kişilerin evrensel ve objektif bir değer ihlalinde bulunduğunu söylemek ve bu nedenle ıslah edilmesi gerektiğini savunmak kabul edilebilir değildir. Benzer şekilde, kanunda suç olarak düzenlenmiş bir fiili kanun yürürlüğe girmeden evvel işlemiş kimsenin, kanun yürürlüğe girdikten sonra o fiili işleyen kimse kadar ıslaha ihtiyacı vardır ancak bu kişi cezalandırılmayacaktır. Bu durum da eşitlik ilkesi bakımından bir sorun olarak karşımıza çıkacaktır. İslah teorilerine getirilen bir diğer eleştiri ise, bu teorilerde cezalandırmanın sınırının belirtilmemiş olmasıdır. Zira bu teori hükümlünün ıslah olana kadar cezaevinde kalmasını zorunlu kılar ancak bu durumda şöyle bir çelişki ortaya çıkmaktadır: çok hafif bir suç işlediği halde kişilik bozukluğu sebebiyle bir kişiye çok ağır ıslah tedbirleri uygulanabilecekken, ağır bir suç işlediği ancak gösterdiği pişmanlık sebebiyle ıslahına ihtiyaç duyulmayan bir kişinin cezalandırılmamasına karar verilebilecektir. Bu durumda da ceza ile suç arasındaki bağlantı ortadan kalkacağı gibi toplumda cezalandırma tekeli elinde bulunduran devlete karşı da bir güvensizlik hissiyatının doğmasına sebep olabilecektir.²¹⁴

²¹⁴ Bkz. **Toroslu**, Ceza Müeyyidesi, s. 65, 66 ve dn. 159; bkz. **Centel**, “*Cezanın Amacı*”, s. 341 – 344; **Artuk – Gökçen – Yenidünya**, s. 738, 739; Bkz. **Karakaş Doğan**, s. 49, 50.

c. Karma Teoriler

Ödetici ve faydacı teorilere karşı cezanın içeriğini, fonksiyonunu ve uygulanış sebebini tek başlarına açıklama yeteneğinden yoksun oldukları eleştirileri göz önüne alınarak bu teorileri bağdaştırmaya çalışan karma teoriler üretilmiştir. Bu teoriler uyarınca ceza hem kefarete teşkil etmeli ve geçmişe yönelik olmalı hem de faydacı teorinin getirdiği ölçüler kapsamında toplumu savunmak için verilmelidir. Böylece ceza adil ve yararlı olduğu sürece verilmelidir aksi halde toplumun/devletin ceza vermek hakkı duracaktır.²¹⁵ Cezanın adil olması, kefarete düşüncesinin bir gereği olarak kusurla orantılı olmasıyla sağlanacak; cezanın faydalı olması ise failin ıslahını amaçlayan, faili tekrar suç işlemekten alıkoymaya yönelik ve uygulanmasıyla birlikte toplumda yaşayan diğer kimselere ibret teşkil ederek genel önleme amacını sağlayan cezanın verilmesiyle sağlanacaktır.²¹⁶

Karma teorilerde, cezanın ödetici olma ya da fayda sağlama özelliklerinden birisi diğerine oranla daha baskın olabilir.²¹⁷ Bu nedenle birden fazla karma teori vardır ve karmada uygulanan yöntem bakımından bunlar *dış görünüşü esas alan* karma ve *faydacı karma* olarak iki başlık altında toplanabilir. Birinci karma teori esas itibarıyla ödetici teorilerin öne sürdüğü düşüncelere ağırlık verir. Ancak cezanın ödetme özelliğinin yanında kişileri kanuna saygılı hale getirme ve cezalandırılan kişinin ıslahına yardımcı olma özelliklerini de taşıması gerektiğini belirtmektedir. İkinci karma teori ise cezanın uygulanmasının temelini fayda esasına dayandırır. Buna göre suç, toplum iradesinin ihlal edilmesidir. Bu nedenle suçluda bulunan ihlal iradesi de aynı ölçü ve yoğunlukla bertaraf edilmelidir. Bu cezanın objektif amacını yani kefarete esasını

²¹⁵ Artuk – Gökçen – Yenidünya, s. 35; Önder, C. II – III, s. 519; Ayrıca bkz. Taner, Ceza Hukuku, s. 31 vd; Üzülmöz, s. 269.

²¹⁶ Centel, “Cezanın Amacı”, s. 347; Toroslu, Ceza Müeyyidesi, s. 66, 67; Artuk – Gökçen – Yenidünya, s. 739.

²¹⁷ Centel, “Cezanın Amacı”, s. 347, 348.

oluşturur. Cezanın sübjektif amacı ise failin suç işlemesiyle ortaya çıkan karakterine yöneliktir. Faili suç işlemeye iten karakteri ve kötü iradesi yok edilmelidir. Böylelikle ceza ıslah amacı taşımış olacaktır. Ceza suç failine mutlaka uygulanmalıdır ki onu taklit etmek isteyen kişilerin bu arzusu ortadan kaldırılabilsin. Böylece ceza, genel önleme fonksiyonunu da yerine getirmiş olacaktır.²¹⁸ Bugün karma teorilerde yeni anlayış şekli; kefaretiler ile özel ve genel önlemenin eşit düzeyde ceza amaçları olarak görülmesidir. Cezanın amacının yasal olarak belirtilmediği sistemlerde²¹⁹ ihtiyaca göre kefaretiler veya genel ve özel önleme amaçları ön plana alınabilmektedir.²²⁰

Karma teorilerde eleştirilerden nasibini almıştır. Bu eleştiriler, ödetici ve faydacı teorilerin bir araya getirilemeyeceği böyle bir birlikteliğin cezanın esasını, verililiş sebebini, kapsamını, ceza verme hakkının varlığını, nitelik ve niceliğini açıklayamayacağı yönündedir.²²¹

d. Türk Ceza Kanunu ve Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'a Göre Cezanın Amacı

Türk Ceza Kanunu'nun *Ceza Kanununun amacı* başlıklı 1. maddesinde²²² ceza kanunun amaçlarından birisi olarak *suç işlenmesinin önlenmesi* gösterilmiştir. Bu amaçtan hareketle

²¹⁸ Önder, C. II – III, s. 519, 520; Toroslu, Ceza Müeyyidesi, s. 67; Ayrıca bkz. Üzülmez, s. 269.

²¹⁹ Bir sonraki başlıkta cezanın amacının yasal olarak belirtilmesinin gerekip gerekmediği hususu tartışılacaktır.

²²⁰ Bkz. Centel, "Cezanın Amacı", s. 348.

²²¹ Önder, C. II – III, s. 519, 520; Toroslu, Ceza Müeyyidesi, s. 68.

²²² **TCK m. 1:** "Ceza Kanununun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir. Kanunda, bu amacın gerçekleştirilmesi için ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, ceza ve güvenlik tedbirlerinin türleri düzenlenmiştir."

cezanın amacının genel ve özel önleme olduğu²²³ yani TCK'nın 1. maddesinin faydacı teoriler esas alınarak hazırlandığı söylenebilecektir. Ancak bu düzenleme, ceza kanununun amacının, hükümlerin genel bir değerlendirmesiyle saptanabileceği; dolayısıyla bu şekilde bir düzenlemeye gerek olmadığı haklı gerekçeleriyle eleştirilmiştir.²²⁴ Ayrıca madde metninde korunduğu belirtilen temel hususlar (kişi hak ve özgürlükleri, kamu düzen ve güvenliği, hukuk devleti...) Anayasa ile korunmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti devleti bir hukuk devletidir (Anayasa m. 2). Kanunların Anayasa'ya aykırı olamayacağı düşünüldüğünde TCK m. 1'deki gibi bir düzenlemenin gereksiz olduğu bir kez daha açığa çıkmış olacaktır.²²⁵ Diğer yandan bireyin hak ve özgürlüklerini koruma amacına TCK m. 1 şeklinde hükümle değil, getirilen düzenlemelerin gerçekten bu amacı gerçekleştirmeye uygun olması ile sağlanabilir. Ayrıca suçun işlenmesini önlemek ceza hukukunun değil 'Önleyici Kolluk Hukuku'na ait bir konudur. Zira ceza kanunun devreye girebilmesi için ortada en azından teşebbüs aşamasında kalmış bir

²²³ **Nur Centel – Hamide Zafer – Özlem Çakmut**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, B. 9, Beta Basım Yay., İstanbul 2016, s. 548; **Artuk – Gökçen – Yenidünya**, s. 739; Bu şekilde bir düzenlemeye doğrudan karşı çıkmamakla birlikte, cezanın amaçları arasında genel ve özel önlemenin yanında ıslah amacının da olduğunu belirterek düzenlemeyi eksik bulan bir görüş için bkz. **Köksal Bayraktar**, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı'na İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri”, in: Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No. 71, Ankara 2004, s. 25, 26.

²²⁴ **Nevzat Toroslu – Yüksel Ersoy**, “Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı”, in: Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No. 71, Ankara 2004, s. 6.

²²⁵ **Mehmet Emin Artuk – Ali Rıza Çınar**, “Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler”, in: Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No. 71, Ankara 2004, s. 70; TCK m. 1'deki gibi bir düzenlemeye gerek olmadığı hakkında ayrıca bkz. **Duygun Yarsuvat – Köksal Bayraktar – Necmi Yüzbaşıoğlu – Erdoğan Bülbül – Ümit Kocasakal – Eylem Aksoy – Pınar Memiş – Gülşah Kurt – Çağla Tansuğ – Didem Yılmaz (Yarsuvat vd.)**, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü”, in: Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No. 71, Ankara 2004, s. 285, 289.

suç bulunmalıdır. Düzenleme bu haliyle ceza kanunlarının önleyici değil ‘bastırıcı’ işlevine ters düşen bir düzenlemedir.²²⁶

Türk Ceza Kanunu’nun *Adalet ve kanun önünde eşitlik* başlıklı 3. maddesinde²²⁷ suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunacağı düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde ise “...suçun ağırlığı ile orantılı bir yaptırım ile suç işleyen kişinin bu fiilinden pişmanlık duyması sağlanabilir ve yeniden topluma kazandırılması söz konusu olabilir... Madde ile bu hususa ceza kanununda açıkça yer verilerek ceza kanunun adaletçi bir karaktere sahip olduğu da vurgulanmak istenmiştir.” denilmiştir. Cezalandırmada fiilin ağırlığının esas alınması ceza aracılığıyla intikam duygularının tatmin edilmesinin amaçlandığını belirtir niteliktedir.²²⁸ Gerçekten de gerek fiilin ağırlığı ile orantılı ceza verileceğinin belirtilmesi gerek gerekçede kanunun adaletçi bir karaktere sahip olduğunun belirtilmesi kanun koyucunun bu maddeyi ödetici teorileri esas alarak hazırladığına bir delildir. Ancak gerekçede failin pişmanlık duyması ve topluma yeniden kazandırılmasının da amaçlandığı gözlenmektedir. Bu anlamda kanun koyucu, TCK m. 3 özelinde ödetici teorileri esas almakla birlikte, failin ıslahını ve topluma yeniden kazandırılmasını da esas alarak cezanın özel önleme işlevine de yer verdiği belirtilmiştir.²²⁹

TCK m. 3’te yer alan düzenlemeye yönelik eleştiriler kenar başlığının isabetsizliğinden başlamaktadır. Nitekim bizim de katıldığımız bu eleştiri, adalet önünde eşitlikten söz

²²⁶ **Durmuş Tezcan – Mustafa Ruhan Erdem**, “*Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu*”, in: Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No. 71, Ankara 2004, s. 329; Benzer yönde bkz. **Artuk – Çınar**, s. 70.

²²⁷ **TCK m. 3/1**: “*Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur.*”

²²⁸ **Centel – Zafer – Çakmut**, s. 548.

²²⁹ Bkz. **Maden**, s. 54 – 56.

edilemeyeceğini; adaleti sağlayacak olanın eşitlik olduğunu belirtmektedir.²³⁰ Doktrindeki bir görüş, madde başlığından bu şekilde bir anlam çıkartılmasını, hukuki bir ibarenin ters anlaşılma istenmesi şeklinde değerlendirmektedir.²³¹ Ancak belirtmek isteriz ki başlıkta yer alan ‘ve’ bağlacı sebebiyle söz konusu ifadeden ‘adalet önünde eşitlik’ anlamı da çıkmaktadır. Eğer ifade ‘Kanun önünde eşitlik ve adalet’ şeklinde olsaydı bu tartışmalara gerek dahi kalmayacaktı.

TCK m. 3’te ceza ve güvenlik tedbirinin fiilin ağırlığı ile orantılı olacağı öngörülmüş, böylece biçimsel adaletle yetinilmiştir. Halbuki cezalandırmada fiilin ağırlığı yerine failin kusurunun²³² ön planda tutulması²³³ hem kötülüğe karşı eşit ağırlıkta kötülükle cevap verilmesini hem de failin ıslah edilerek yeniden sosyalleşmesine daha iyi hizmet eder.²³⁴ Ayrıca 20. yüzyılın ceza hukuku anlayışı ekseninde gelişen cezaların failin kişiliğine uydurulması gerektiği olgusu bu düzenleme ile terk edilmiştir.²³⁵ TCK m. 3/1’de yer alan bu düzenlemeye getirilen bir diğer haklı eleştiri ise, ilgili düzenlemenin eşitlik ilkesini değil orantılılık ilkesini yansıttığı ve esasında cezanın tayiniyle ilgili olduğu ve bu nedenle TCK m. 61’de yer alması gerektiğine ilişkindir.²³⁶

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un (CGTİHK) *İnfazda temel amaç* başlıklı 3. maddesi “*Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılmak istenilen temel amaç, öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamak, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak,*

²³⁰ **Toroslu – Ersoy**, s. 7.

²³¹ **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 74, dn. 201.

²³² Madde metninin ‘...kusur ve fiilin ağırlığıyla orantılı...’ şeklinde değiştirilmesi gerektiği görüşü için bkz. **Artuk – Çınar**, s. 72.

²³³ **Tezcan – Erdem**, s. 332.

²³⁴ **Centel – Zafer – Çakmut**, s. 548.

²³⁵ **Toroslu – Ersoy**, s. 7; benzer yönde bkz. **Bayraktar**, s. 26.

²³⁶ **Yarsuvat vd.**, s. 290.

hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamlara ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmaktır.” şeklinde bir düzenleme getirmiştir. CGTİHK'nin *Hapis cezalarının infazında gözetilecek ilkeler* başlıklı 6. maddesi uyarınca da cezanın infazında hükümlünün iyileştirilmesinin amaçlanacağı ve iyileştirmeye gereksinimi olmayan hükümlülere ise kişilikleriyle orantılı bireyselleştirilmiş programlara yer verileceği düzenlenmiştir. Bu anlamda CGTİHK'nin asıl olarak faillerin iyileştirilmesini ve bireyselleştirmeyi ön planda tuttuğu gözetilirse, infazdaki amacı özel önleme olarak belirlediği anlaşılır. Nitekim infaz kanunlarının mahiyeti gereği temel amacı özel önlemeyi sağlamaktır. Bu anlamda kanunun 3. maddesinde amaçlardan birisi olarak genel önlemin belirtilmesi yerinde olmamıştır.²³⁷ Zira infaz kanunları toplumun geneline yönelik değil hükümlülere yönelik hazırlanmış bir kanundur.

II. HAPİS CEZASI, KISA SÜRELİ HAPİS CEZALARINA SUNULAN ALTERNATİFLERİN SEBEPLERİ VE BİR ALTERNATİF OLARAK ERTELEME

1. HAPSETMENİN ORTAYA ÇIKMASINDAKİ TEMEL BAZI FAKTÖRLER

Hapishanelerin, çoğunlukla aydınlanma sonrası bir yapılanma olarak belirtilmekteyse de bu nitelikteki binaların çok daha uzun bir tarihi vardır. Ancak aydınlanma öncesi dönemdeki bu yapılarla, sonraki dönem yapıların amaçları arasında farklılıklar vardır. Bu erken dönem yapılanmalar, bir cezanın çektirilmesi için değil; yargılanmayı, cezasını çekmeyi, nakledilmeyi bekleyen ya da alacaklılarına borcunu ödemeyen kimselerin geçici olarak tutulduğu tesisler olarak tanımlanabilir. Aydınlanma öncesi dönemin temel cezalandırma yöntemi işkence ve ağır

²³⁷ Centel – Zafer – Çakmut, s. 549; Ayrıca bkz. Maden, s. 56, 57.

bedensel cezalardır. Ancak akıl çağı olarak da adlandırılabilir aydınlanma çağı ile birlikte cezalandırma anlayışında muazzam bir dönüşüm meydana gelmiştir. Dönemin reformistleri²³⁸ (Beccaria, Bentham, Howard, Montesquieu) ağır ve bedensel cezaların hapis cezasına dönüşmesinin temellerini atmışlar ve böylece modern anlamda hapis cezasının ortaya çıkmasına yardımcı olmuşlardır.²³⁹ Böylece Aydınlanma dönemiyle birlikte cezalar, hürriyeti bağlayıcı cezalar ekseninde biçimlenmeye başlamıştır.²⁴⁰

Beccaria, işkencenin akıl dışı bir yöntem olduğunu ortaya koyar ve canavarca cezaların, onlardan kurtulmak isteyen faileri birden çok suç işlemeye ittiğini belirtir. Gerçekten de canavarca işkencelerin yapıldığı dönemler, her zaman en insanlık dışı ve en kanlı suçların işlendiği dönemler olmuştur. Beccaria, insan ruhu/zekâsı üzerinde en büyük etki yaratan şeyin cezanın ağırlığı değil, süresi olduğunu belirtir. Bunun üzerine ömür boyu hapis cezasının idam cezasından daha korkutucu ve daha etkili olduğunu belirtir. Zira idam cezası topluma bir kerelik bir ibret sunarken; hapis cezası bir tek suç için dahi tekrarlanan sayısız ve sürekli ibretler sunar. Ayrıca ömür boyu hapis cezası, bu cezanın mahkûmda yol açtığı bütün mutsuz anlar bir arada düşünüldüğünde, idam cezasına kıyasla daha ağır bir cezadır. Diğer yandan idam cezası geri dönüşü mümkün olmayan bir cezadır ve adli hata halinde çok acı bir duruma neden olmaktadır.²⁴¹

İdam cezasına karşı olan ilk Aydınlanmacı düşünür olarak anılan Beccaria'nın felsefesi yarı ödetici yarı faydacı olarak tanımlanmaktadır. Zira Beccaria sadece suç işleyenleri

²³⁸ Aydınlanma çağı ve düşünürlerinin günümüz ceza hukukunu nasıl etkilediği ile ilgili bir çalışma için bkz. **Özgür Küçüktaşdemir**, “Aydınlanma ve Ceza Hukuku”, TBBD., S. 113, Y. 2014, s. 58 vd.

²³⁹ **Roth**, An Eye for An Eye, s. 107, 108.

²⁴⁰ Bkz. **Ezgi Aygün Eşitli**, “Kısa Süreli Hapis Cezası ve Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar”, AÜHFD., C. 65, S. 1, Y. 2016, s. 65.

²⁴¹ **Beccaria**, s. 85 – 94, 130, 135 – 140, 146, 147, dn. 5.

cezalandırmaya değil, suçları önlemeye de odaklanmaktadır.²⁴² Ceza ne kadar çabuk olur ve işlenen suçla orantılı olursa o denli adil ve yararlı olur demektir Beccaria.²⁴³ Cezalandırmada orantılılıkla birlikte faydayı da araması Beccaria'nın felsefesinin hem ödetici hem de faydacı olarak tanımlanmasını sağlamıştır.

Aydınlanma ile birlikte cezalandırmanın amacını faydada arayan görüşlerin ortaya çıktığını söylemek yanlış olmayacaktır. Beccaria'nın görüşlerinden etkilenen Aydınlanmacı düşünürler görüşlerini fayda prensibi üzerinden temellendirmiştir. Voltaire, *“Cezalandırma faydalı olmalıdır. İpe asılı bir kişi hiçbir işe yaramaz. Kamu hizmeti cezası verilmiş bir kişi ise bir yandan ülkesine fayda sunarken, bir yandan da ibret olarak sunulur.”* demektir. Durkheim ise cezalandırmayı toplumsal bir gereklilik olarak tanımlar ve der ki, *“...cezalandırma, suçla sebep olunan zarardan daha büyük bir meblağa mal olsa da toplumsal bir gerekliliktir. Cezalandırma ahlaki düzenin sürdürülmesini ve korunmasını sağlar. Ayrıca toplumdaki dayanışma ve birbirine bağlılık duygularını tesis eder.”*²⁴⁴

Beccaria ‘Suçlar ve Cezalar Hakkında’ adlı kitabını yazdığı tarihe kadar neredeyse bütün ülkelerde idam cezası ve işkence vardı sadece birkaç topluluk belirli bir süreliğine idam cezasını kullanmaktan imtina etmişti. Kitabın yayımlanması ve çeşitli dillere çevrilmesinin ardından idam cezası ve işkencenin yavaş yavaş etkisini yitirdiği gözlenmiştir.²⁴⁵

Foucault ise halka açık işkence törenlerinin amacını, en ufak kanun ihlalinin dahi güçlü bir cezalandırma tehlikesi yaşadığının bilincinin uyandırılmasının yanında şiddet uygulayan iktidarın seyri yoluyla bir dehşet etkisi yaratması olarak belirtmektedir. Ancak bu törenlerde

²⁴² Bessler, s. 220, 282.

²⁴³ Beccaria, s. 101.

²⁴⁴ Klara Kerezi, *“Alternative Sanctions: Rehabilitation, Deserved Punishment, Decreasing of Crime?”*, Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eotvos Nominatae: Sectio Iuridica, Vol. 46, Y. 2005, s. 231.

²⁴⁵ Bessler, s. 199 vd.

halk iktidarı destekleyebileceği gibi ona yönelik reddini ve isyanını da hızlandırabilir. Dolayısıyla iktidarın gücünü göstermek için düzenlediği bu törenlerde roller tersine dönebilir ve halk kendi gücünü gösterebilir. Bu ihtimalin iktidar cephesinde yarattığı siyasal korku işkence törenlerinin terk edilmesinin temel sebebi olmuştur.²⁴⁶

Foucault, hapsetmeyle birlikte cezanın amacının da ödetmekten ıslah etmeye evrildiğini ancak bu yeni amaçla birlikte mahkûma iyileştirilmesi gereken bir hasta gözüyle bakıldığını belirtir. Bu nedenle cezalandırma artık bedene değil ‘ruha’ yönelik olacaktır. Cezalandırma bir bütün olarak hem ihlale hem de mahkûmun tehlikelilik haline yönelik olacak ve onun suça olan eğilimini azaltmayı hedefleyecektir. Bu hedef ‘disiplin’ kullanılarak gerçekleştirilecek; Foucault buna ‘disiplinsel iktidar’ adını verecektir.²⁴⁷ Dolayısıyla hapis cezasıyla amaçlanan disiplin kullanarak, insanları terbiye etmek; şiddet veya bedensel zorlama olmaksızın onlara belirli özellikler dayatarak tabiri caizse insan imal etmek olacaktır. Bunun yanı sıra insanlar öznesi haline geldikleri bu sistemin bilimsel, ahlaki, hukuki ve siyasal normlarına göre hareket edecek ve kendilerini sınırlayacaklardır.²⁴⁸ Bu disiplinin dayatılması için en iyi yöntem kapatma; dolayısıyla en uygun mekân ise hapisane olacaktır. Bireyin hapisaneye konulmasıyla birlikte yaşam zamanı çalışma zamanına dönüştürülecek, bedenleri iş gücü haline gelecektir.²⁴⁹

²⁴⁶ **Michel Foucault**, *Hapishanenin Doğuşu* (Çev. Mehmet Ali Kılıçbay), B. 4, İmge Kitabevi, Ankara 2013, s. 105 – 115.

²⁴⁷ **Foucault**, *Hapishanenin Doğuşu*, s. 41 – 53, 255, 256.

²⁴⁸ **Ferda Keskin**, “*Büyük Kapatılma*”, in. **Foucault**, *Büyük Kapatılma* (Çev. Işık Ergüden & Ferda Keskin), Seçme Yazılar 3, B. 4, Ayrıntı Yay., İstanbul 2015, s. 14, 15.

²⁴⁹ Bkz. **Abdurrahman Saygılı**, “*Mikro-İktidarın Bir Fiziği: Hapishane*”, AÜHFD, C. 53, S. 2, Y. 2004, s. 186.

2. HAPİS CEZASINDAN ALTERNATİF YAPTIRIMLARA DOĞRU BİR YOLCULUK

Hapis cezası, mahkûmun bir yere kapatılması suretiyle özgürlüğünün kısıtlandığı yaptırım olarak tanımlanabilir.²⁵⁰ Toplumda, suçlu kişilerin tehlikeli kişiler olduğu bu nedenle hapishaneye kapatılmaları gerektiği görüşü hakimdir. Nitekim bir suçlu hapse girdiğinde toplum nezdinde bir rahatlama olur. Cezası infaz edildiğinde mahkûmun ıslah olmuş bir şekilde topluma döneceği varsayılır. Her ne kadar bu varsayım gerçeği yansıtmasa da ölüm cezasına karşı en etkin seçenek olarak hapis cezaları görülmektedir.²⁵¹

Kişi özgürlüğü, bireylerin fedakârlık etmek istemeyecekleri temel haklarından birisi olduğu için, özgür hareket edebilme iradesine yönelik bir cezanın, suçlu kişiyi ıslahta vazgeçilemez bir etkiye sahip olduğu ileri sürülmüştür. Aynı zamanda hapis cezası, cezalandırma sürecinde ıslah programlarının uygulanmasına en elverişli ceza olarak görülmektedir. Zira sürekli olarak cezaevi görevlilerinin gözetimi ve denetimi altında olan suçlunun bütün davranışları izlenecek ve böylece yaptırımın onun üzerindeki etkisi değerlendirilmiş olacaktır. Böylece suçlunun kişiliğine en uygun rehabilitasyon yöntemi seçilecek ve sosyalleşmesi sağlanacaktır. Böylece yaptırım sadece hükmedilirken değil infazı sırasında da bireyselleşmiş olacaktır. Bunun yanı sıra suç işleyerek toplum düzenine karşı çıkan suçlu, özgürlüğünün elinden alınmasıyla birlikte devletin ve toplumun da otoritesini kabul etmek zorunda kalacaktır. Hapis cezasının süresi ve infaz şekli, suçlunun kusuruyla orantılı bir şekilde tespit edilebilecek böylece ceza uygulandığı kişi üzerinde acı ve ızdırap meydana getirerek cezanın esaslarından birisi olan kefaret esasının da yerine getirilmesini sağlayacaktır. Bunun yanı sıra toplum ve devlet için tehlike arz eden suçlunun kapatılmasıyla toplum

²⁵⁰ Dönmezer – Erman, C. II, s. 619.

²⁵¹ Bkz. İçel vd., Yaptırım Teorisi, s. 62.

korunmuş olacaktır. Böylece cezayla amaçlanan esasların tamamı (temelde ödetme²⁵² ve fayda sağlama) hapis cezasıyla sağlanmış olacaktır.²⁵³

Hapis cezasının aleyhindeki görüşler, kişinin özgürlüğünün kısıtlanmasından kaynaklı sıkıntılara değinmektedir. Nitekim hapis cezasının doğal sonucu olarak mahkûmun bir yerden bir yere gitme özgürlüğü kısıtlanmakta ve bu da mahkûmda psikolojik bir çöküntüye sebep olmaktadır.²⁵⁴ Zira mahkûm hapis cezasının ilerleyen safhalarında, yaptıklarını gözden geçirip pişmanlık duymaktan ziyade kendi işlediği suça verilen ceza ile aynı suç için başka mahkûmlara verilen cezaları karşılaştırarak kendisine haksızlık yapıldığını düşünür ve gittikçe umutsuzluğa ve kendine acıma duygularına kapılır.²⁵⁵ Hapis cezasının kişinin hareket etme özgürlüğünü etkilemesinin yanında özel hayatını ve aile hayatını da etkilediği bilinen bir gerçektir²⁵⁶ hatta hapis cezasının evlilikleri bitirici bir etkisi de vardır.²⁵⁷

²⁵² Hapis cezasının hukukça korunun bazı haklardan mahrumiyete sebep olması nedeniyle acı ve elem verme yani ödetme unsurunun gerçekleştiği hakkında bkz. **Duygun Yarsuvat**, “*Bir Sosyolojik ve Kültürel Alt Grup Olarak Cezaevi Toplumu*”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 0, S. 2, Y. 2011 (“*Cezaevi Toplumu*”), s. 457.

²⁵³ Bkz. **Önder**, II – III, s. 541; Bkz. **İçel vd.**, s. 63; ayrıca bkz. **Karakaş Doğan**, s. 151, 152; Bkz. **Dönmezer – Erman**, II, s. 619, 620; **Artuk – Gökçen – Yenidünya**, s. 760, 761; Taner de cezayla amaçlanan bütün esasların hapis cezasıyla sağlanacağını düşünmektedir ancak yazar cezanın uygulanmasında gözetilen başlıca amaçlar arasında korkutma, toplumu koruma ve mahkûmların ıslahını saymaktadır. Fakat yazar, ağır suç işleyen ve toplum için fazla tehlikeli olan kişilerle hafif suç işleyen kişilerin cezalarının farklı belirlenmesi gerektiğini söyleyerek kusurla orantılı ceza verilmesi gerektiğine değinmiş bu anlamda cezanın amaçları arasında saymadığı ödetme amacının da cezanın amaçları arasında olduğunu kabul etmiştir. Zira hatırlanacağı üzere kusurla orantılı ceza ödetici teorileri taraftarlarının savunduğu nitelikte cezadır. bkz. **Taner**, Ceza Hukuku, s. 597.

²⁵⁴ **Yarsuvat**, “*Cezaevi Toplumu*”, s. 455.

²⁵⁵ **İçel vd.**, s. 64, 65.

²⁵⁶ Bkz. **Karakaş Doğan**, s. 153; Ayrıca bkz. **Richard Kuuire**, “*Non-Custodial Sentences and Alternatives to Imprisonment*”, Review of Ghana Law, 20, Y. 1996-2000, s. 303 vd.

²⁵⁷ Bkz. **İçel vd.**, s. 65.

Hapis cezasının infazı rejimindeki bütün insancıl gelişmeler ve mahkûmun yeniden sosyalleşmesi için gösterilen bütün çabalar sonuçsuz kalmış, hapis cezasının mahkûma verdiği acı, onun topluma uyumu yönünden ciddi zorluklara sebep olmuştur. Hapis cezası mahkûmu sosyalleştirmekten ziyade onu asosyal hale getirmiş ve hatta hapishane, bir suçluluk okulu fonksiyonunu haiz olmuştur.²⁵⁸ Hapishaneler suç ve suçluluk oranını düşürmemekte; tekrar suç işleyenlerin sayısı azalacağına artmaktadır. Hapis kalmak yasa ihlalini tahrik etmekte buna bağlı olarak hapishane, mahkûmları, topluma ıslah olmuş bir şekilde göndermek yerine, toplumdaki tehlikeli suçluların sayısını artırmaktadır. Hapishane, mahkûma yaşattığı hayat tarzıyla, suçlu imal etmektedir. Bunun yanı sıra gelecekteki suç ortaklıkları için bir suçlular ortamını mümkün kılmaktadır. Nitekim serbest bırakılan mahkûmlar iş bulmakta zorluk yaşadıkları için ve geçmişteki yaşamlarındaki neredeyse her şeyle bağları kopmuş olduğu için kaçınılmaz olarak tekrar suç işlemeye itilmektedir. Tüm bunların yanında, hapishane, mahkûmun ailesini de sefalete iterek esasen dolaylı bir şekilde de suçlu imal etmektedir.²⁵⁹ Bu anlamda hapis cezasıyla cezanın genel ve özel önleme amacına ulaşamadığının söylenmesi yanlış olmayacaktır.²⁶⁰

Bir kere hapishaneye girmiş bir hükümlüyü artık özgürlüğünden hiç yoksun kalmamış bir kişi haline getirmek imkânsız olduğu için hapis cezasının adli hata halinde geri dönüşü olmayan bir ceza olduğu belirtilmiştir. Bu durumda verilecek tazminatın da asla hapishanede geçirilen günleri geri getirmeyeceği ve duyulan acı ve ıstırapı ortadan kaldırmayacağı belirtilmiştir.²⁶¹

²⁵⁸ **Dönmezer – Erman**, II, s. 620; bkz. **Fusun Sokullu Akıncı**, “*Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatif Ceza Yaptırımları*”, Yeni Türkiye Dergisi, Temmuz – Ağustos 1996, Y. 2, S. 10, s. 679.

²⁵⁹ **Foucault**, Hapishanenin Doğuşu, s. 384 – 389.

²⁶⁰ Ayrıca bkz. **Karakaş Doğan**, s. 154 – 156; Benzer açıklamalar için bkz. **Önder**, II – III, s. 542, 543.

²⁶¹ **Artuk – Gökçen – Yenidünya**, s. 761.

Hapis cezasının cezanın bireyselliğine aykırı olduğu bazı yazarlarca savunulmuştur. Nitekim, hapis mahkûmu ailesinin ya da kendisine bağımlı olan diğer kişilerin geçimini sağlayan tek kişiye, mahkûmla birlikte ekonomik olarak ona bağlı olan kişiler de hapis cezasının doğrudan sonuçları ile karşı karşıya kalacaktır. Bunların yanı sıra hapis cezası devlete ekonomik olarak çok büyük külfetler yüklemektedir ve seçenek yaptırımların tartışılmasında bu faktörün çok büyük bir önemi vardır.²⁶²

Kabul etmek gerekir ki bugün için hapis cezasının pek çok sakıncası bulunsa da hapis cezasından tümüyle vazgeçilmesi mümkün görünmemektedir. Ancak suç failinin kendisi, mağdur veya toplum bakımından tehlike arz etmediği hallerde hapse konulmasında yarar bulunmadığı da belirtilmelidir.²⁶³ Nitekim, hapis cezasının özel önleme fonksiyonunu gerçekleştirebilmesi adına infaz alanında gerçekleştirilen tüm çabalara rağmen tam bir başarı sağlanamayacaktır zira, en iyi koşullar sağlanmış olsa dahi hapishanedeki infaz kendisine özgü psikolojik ve sosyolojik bir takım yasalara tabidir ve bu yasaların mahkûmların topluma yeniden uyumunu zorlaştırdığı da bir gerçektir. Bu sebeplerle zamanla hapis cezası yerine bazı alternatif programlar geliştirilmiş ve bu programların lehinde pek çok görüş ileri sürüldüğü gibi, hapishanelerin sakıncaları ve mahkûmlarda yol açtığı olumsuz sonuçlar da bu görüşleri destekler nitelikte belirlemiştir.²⁶⁴ Bu alternatif programlar hem mali açıdan hem de insancılık

²⁶² Ayrıca bkz. **Karakaş Doğan**, s. 156 vd.; **Mustafa Avcı**, *Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenekler*, (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmış Doktora Tezi), İstanbul 1994, s. 77, 78.

²⁶³ Nitekim sanığın belirli bir cezaya mahkûm olmasıyla birlikte cezanın uyarı fonksiyonunun gerçekleşmesi ve failin yargılandığı suçtan dolayı etkin pişmanlık duyması durumunda cezaevi ortamına konulmaması aksi uygulamanın cezanın amacının kişinin acı ve ızdırıp çekmesi suretiyle ödettirilmesi şeklindeki eski anlayışın devam ettirilmesi olduğu görüşü ileri sürülmüştür. Bu konuda bkz. **İçel vd.**, s. 369, 370; Benzer yönde bkz. **Mustafa Ruhan Erdem**, “*Kısa Süreli Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların İnfazı ve Yeni Seçenekler*”, İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu (24 – 25.11.2000), Başkent Üniversitesi Yayını, Ankara 2001 (“... *Yeni Seçenekler*”), s. 194 vd.

²⁶⁴ **Kayihan İçel**, “*Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Olan Müesseselerdeki Gelişmeler ve Türk Ceza Sisteminin Bu Yönden Değerlendirilmesi*”, *Değişen Toplum ve Türk Ceza Hukuku Karşısında*

açısından daha uygun bulunmuştur. Bunların yanı sıra ıslah olması için hapis haneye konulan mahkûmların, yeni suçlar öğrenerek daha tehlikeli suçlular olarak ortaya çıktığı gözlenmiş ve alternatif programların suçluları etkisiz hale getirmede daha başarılı olacağı düşünülmüştür. Gerçekten de kalabalık hapis hanelerin cezanın bireyselleştirilmesi ve suçlunun ıslahı için uygun bir ortam olmadığı artık bilinen bir gerçektir.²⁶⁵ Tüm bunların yanı sıra seçenek yaptırımların, tekrarı hapis cezasından daha etkili bir şekilde azalttığını ortaya koyan araştırmalar da mevcuttur. Elbette ki seçenek yaptırımların tercih edilmesindeki önemli faktörlerden birisi, bu yaptırımların hapis cezasına kıyasla devlete daha az mali külfet yüklemesidir.²⁶⁶

Ortaya çıktığı dönemde ceza hukukunun geleneksel kurallarının sınırlı bir istinası olarak tanımlanmış bu alternatif yaptırımların ancak kısa süreli hapis cezası almış hafif suç işleyen ve/veya ilk kez suç işleyen faille uygulanması gerektiği görüşü doktrinde savunulmuştur. Alternatif yaptırımların yasalaşmasının altında yatan temel inanış kısa süreli hapis cezalarının etkisiz olması ve birey üzerinde zararlı etkiler doğurmasıydı.²⁶⁷ Böylece zaman, içerisinde

TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu, İstanbul 22 – 26 Mart 1976, İstanbul 1977 ("**Seçenek Müesseseler**"), s. 322, 323; Gerçekten de hapis haneden çıkıp topluma dönmüş olan mahkûmların hapsedilmiş olmanın izlerini taşıdığı gözlenmektedir. Bu izler mahkûmun topluma uyum sağlayamamasına sebep olduğu gibi ailesi ve yakınları için de olumsuz etkileri olmaktadır. Bu açıklamalar için ayrıca bkz. **Kuure**, s. 303.

²⁶⁵ Elbette hapis cezasının son çare olarak görülmeye başlanmasının da bu anlayışta önemli bir etkisi vardır. Bkz. **Kuure**, s. 303, 304.

²⁶⁶ **Sokullu Akıncı**, s. 679, 680; **Aygün Eşitli**, s. 74 – 79; **Kuure**, s. 304: Yazar tekrarı azaldığı yönünde bir beyanda bulunmamakta ancak alternatif yaptırımların suç oranının artırdığı yönünde bir delil olmadığından bahsetmektedir; Seçenek yaptırımların avantajlarıyla ilgili olarak ayrıca bkz. **Hüseyin İnce**, Türk Ceza Hukukunda Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Yaptırımlar, Seçkin Yay., Ankara 2007 (**Seçenek Yaptırımlar**), s. 107 – 109 ve s. 151 – 155.

²⁶⁷ **Sevdiren**, s. 22; Ayrıca bkz. **Ayhan Önder**, Tecil ve Benzeri Müesseseler (Mukayeseli Hukukta ve Hukukumuzda), İstanbul 1963 (**Tecil**), s. 9 vd; Ayrıca bkz. **İçel**, "**Seçenek Müesseseler**", s. 324; Benzer yönde açıklamalar için bkz. **Kuure**, s. 304 vd; Ayrıca bkz. **İnce**, Seçenek Yaptırımlar, s. 151 – 155.

hürriyeti bağlayıcı cezalar *ultima ratio (son çare)* olarak görülmeye başlanmıştır.²⁶⁸ Bugün geçerli olan anlayış da, hürriyeti bağlayıcı cezaya son çare olarak başvurulması gerektiğini, seçenek yaptırıma çevirme imkânı olduğu halde çevrilmeyen kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın, insan onuruna aykırı olacağını belirtmektedir.²⁶⁹

Diğer yandan ana alternatif yaptırım olarak görülen para cezaları ise istenilen etkiyi yaratmamıştır. Zira para cezası, suçluların ödeyebileceği miktarlarda cezalar değildi ve bu sebeple hapis cezasına bir alternatif olmaktan çok uzaktı. Her ne kadar zaman içerisinde para cezalarının sanıkların gelir ve kaynaklarına göre belirlenmesi gerektiği söylene de bu ölçünün tutturulamaması halinde hapis cezası kaçınılmaz bir ceza olarak sanıkların karşısına çıkıyordu. Diğer alternatif yaptırımlar²⁷⁰ olarak isimlendirilebilecek çalışmaya zorlama, azarlama ve ev hapsi gibi yaptırımlar ise nadiren uygulanmıştır.²⁷¹ Kısa süreli hapis cezasına sıklıkla başvurulması bahsi geçen bu alternatif yaptırımların uygulamada çok az önemi olduğunun bir ispatı gibiydi. Ancak bu durum şarta bağlı hüküm ya da hükmün infazının şarta bağlı olarak ertelenmesi kurumlarının kısa süreli hapis cezalarının karşısında sürdürülebilir bir alternatif yaptırım olarak çıkmasına kadar böyleydi. Zira bu kurumların uygulamaya geçirilmesiyle birlikte penoloji²⁷² alanındaki en büyük gelişmelerden birisi yaşanmış olacaktı.²⁷³ İlerleyen

²⁶⁸ **Erdem**, “... Yeni Seçenekler”, s. 197 – 201.

²⁶⁹ **Aygün Eşitli**, s. 69.

²⁷⁰ Ayrıca bkz. **Önder**, Tecil, s. 11 – 14; Ayrıca bkz. **İçel**, “Seçenek Müesseseler”, s. 325 vd.

²⁷¹ Bu konuda ve özellikle zorla çalıştırma yaptırımına karşı ileri sürülen düşünceler için bkz. **Sevdiren**, s. 23.

²⁷² Hapishane idaresi ve suçluların rehabilitasyonu ile ilgilenen bilim dalı.

²⁷³ **Sevdiren**, s. 24.

süreçte, erteleme kurumu, sadece kısa süreli hapis cezalarına karşı bir alternatif olmayacak; uzun süreli hapis cezalarının karşısında da bir seçenek yaptırım olarak yerini alacaktı.²⁷⁴

3. ERTELEME KURUMU

Günümüzdeki modern anlamdaki erteleme kurumlarının kökeninin Anglo – Sakson hukuk sisteminde uygulanmış ve daha sonra pozitif hukukta da kendisine yer bulmuş olan “Probation” (denetimli serbestlik) kurumuna dayandığını söylemek yanlış olmayacaktır. Öyleyse erteleme kurumlarının ortaya çıkışını ve gelişimini incelemeden önce denetimli serbestlik kurumunun kısa bir tanımını vermek gerekir. Denetimli serbestlik özel şekilde seçilmiş suçlular hakkında kamu davasının açılmasının veya duruşma yapılmasının ya da cezaya hükmedilmesinin şartlı olarak ertelendiği ve serbest bırakılan suçlu hakkında onun kişiliğini hedef alan bir kontrol, yöneltme ve idare sisteminin uygulanmasını belirleyen bir tedbirdir. Denetimli serbestlik, hapis cezasına seçenek olan ve cezalar sistemini tamamlayan tedbirlerden birisidir ve seçenek yaptırımlar arasında en önemli yeri işgal etmektedir.²⁷⁵

Bu sistemde hâkim mahkûmiyet hükmünü tesis etmez ve bu hükmün verilmesini erteler. Bu erteleme süresi içerisinde suçlu kişi kendi başına bırakılmaz ve bir gözetim memurunun (probation officer) gözetim ve denetimine tabi olur. Denetimli serbestlik rejimine tabi tutulan suçlunun kendi başına bırakılmayıp bir gözetim memurunun yardım ve güvencesinin altında olması, onun bu deneme süresini iyi halle ve başarıyla geçirmesi için önemli bir etki taşır.

²⁷⁴ **İçel**, “Seçenek Müesseseler”, s. 326 ve 333 vd; **Mustafa Ruhan Erdem**, “Ceza Hukukunda Cezaların Ertelenmesine Anayasal Bakış”, AYD., C. 18, Y. 2001 (“Cezaların Ertelenmesi...”), s. 19; **Erdem**, “... Yeni Seçenekler”, s. 204.

²⁷⁵ **Sulhi Dönmezer – Sahir Erman**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. III, B. 12, Beta Basım Yay., İstanbul 1997 (C. III), s. 5; Ayrıca bkz. **İnce**, Seçenek Yaptırımlar, s. 123 vd; **Nur Centel**, “Denetimli Serbestlik”, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, C. 1, Ankara 2008, s. 531.

Deneme süresi boyunca suçlunun bir gözetim memurunun yardım ve desteği altında bulundurulması kurumunun ceza hukukunda sistematik bir kurum haline gelmesi İngiltere ve Amerika'daki gelişmeler sayesinde olmuştur. Ancak bu kurumun temelinde ceza hukukundaki ıslah ve özel önleme düşünceleri yatmaktadır.²⁷⁶

Bu sistem, tarih içerisinde farklı ülke hukuklarında farklı şekillerde uygulanmıştır. İlk etapta sadece hükmün ertelenmesi şeklinde uygulanan sistem daha sonra her ülkenin ceza kültürüne göre değişik şekiller göstermiştir. Daha çok basit ve önemsiz addedilebilecek suçların faillerini hapisli olanın menfi şartlarından uzak tutabilmek kaygısıyla, soruşturma evresinde, kovuşturma evresinde, cezanın infazının ertelenmesinde, şartla salıvermede ve cezanın infazından sonraki evrede uygulanmaya başlanmıştır.²⁷⁷

A. Erteleme Kurumunun Ortaya Çıkışı ve Gelişimi

Günümüzdeki erteleme kurumları ceza hukukundaki yeni ve modern anlayışların meydana getirdiği kurumlardır. Modern haliyle olmasa da ertelemeye benzer kurumlara orta çağda rastlamak mümkündür ve bu dönemdeki mahkeme uygulamaları erteleme kurumuna benzer kurumların izlerini taşımaktadır. Orta çağda suç işlemiş olan failin, gelecekte iyi hal sahibi olacağını göstermesi kaydıyla cezasının infazından vazgeçebileceğini Löffler ve Bartolus göstermiş bulunmaktadır. Bunun yanı sıra 1491 yılında Augsburg mahkemeleri failin gelecekte iyi hal göstermesi kaydıyla cezasının infazından vazgeçebilmekteydi. Benzer şekilde 15. yüzyılda Zurich mahkemesi de sanığa gelecekte tekrar suç işlemesi durumunda her iki

²⁷⁶ **Coşkun Erbaş**, “*Tarihi Gelişim İçinde Gözetimle Erteleme (Denetimli Serbestlik – Sursis Avec Mise a L’epreuve) ve Fransa’daki Uygulaması ile Konuya İlişkin Türk Ceza Kanunu ve Öntasarı Metinleri (I)*”, Yargıtay Dergisi, C. 22, S. 1 – 2, Ocak – Nisan 1996, s. 15 – 18; Benzer yönde bkz. **Erdem**, “...Yeni Seçenekler”, s. 204.

²⁷⁷ **Ali Rıza Töngür**, Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme, Adalet Yay., Ankara 2009, s. 316.

suçunun da cezasını birlikte çekeceği uyarısı yaparak sanığın ilk suçunun cezasını ertelemiştir. Her ne kadar günümüzdeki erteleme kurumundan bazı noktalarda farklılık gösterse de eski Fransız hukukundaki “Admontion” (dikkat çekme, uyarma, ihtar) kurumu da [amaçlarındaki benzerlik sebebiyle] ertelemenin ilk izlerinden kabul edilebilir.²⁷⁸

Erteleme ve benzeri kurumların tarihi gelişimini incelemede daima bir ayırım yapılmakta ve kurum İngiliz – Amerikan ve Belçika – Fransız sistemleri olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu ayırımın temel sebebi, Kıta Avrupası’nda (Sursis modelinde) hükmün tesisinden sonra cezanın infazının ertelenmesi sistemi esas olarak benimsendiği halde, Anglo – Sakson (Probation modelinde) hukuk sisteminde suçlu hakkında cezanın tespitine yani mahkûmiyetine gidilmeden (hatta kimi uygulamalarda suçluluğun dahi tespitine gidilmeden) dahi²⁷⁹ hükmün tespitinin ertelenmesi söz konusu olmuştur. Bu ayırımın yanı sıra Anglo – Sakson hukuk sisteminde hükmün ertelenmesi sistemi kabul edilmeye başlandıktan sonra faile verilen deneme süresi içerisinde gözetim altına alınması esas olmuştur ancak Kıta Avrupası sisteminde erteleme kurumunun kabul edildiği ilk dönemlerde erteleme kurumu gözetim sistemi olmaksızın uygulanmıştır. Bir diğer ayırım ise kendisini deneme amacıyla faile getirilen yükümlülüklerin ihlali ve özellikle de suç işlenmesi halinde kendisini göstermektedir. Yükümlülüklerin ihlali ve/veya suç işlenmesi halinde Sursis modelinde ertelenen cezanın infaz edilmesi söz konusu olmaktadır denetimli serbestlik modelinde hâkime yeni yaptırımlar belirleme konusunda

²⁷⁸ **Önder**, Tecil, s. 19 vd.; **Mehmet Emin Artuk – Ahmet Caner Yenidünya**, “*Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Erteleme Müessesesi*”, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No: 8, İstanbul 1999, s. 56; **Töngür**, s. 20, 21; **İbrahim Şahbaz**, “*Cezaların Ertelenmesinde İçtima Sorunu*”, Yargıtay Dergisi, C. 27, S. 1 – 2, Ocak – Nisan 2001, s. 116; Erteleme kurumunun ortaya çıkışıyla ilgili olarak ayrıca bkz. **Baştürk**, s. 121 vd.

²⁷⁹ Bu konuda ayrıca bkz. **Mehmet Emin Artuk – Umran Sölez Tan**, “*Çocuk Ceza Hukuku Açısından Hükmün Ertelenmesi Müessesesi*”, AÜSBFD, C. 47, S. 1, Y. 1992 (Prof. Dr. Gündüz Ökçün’e Armağan), s. 79.

geniş bir hareket alanı tanınmaktadır. İlerleyen süreçte bu karakteristik özellikler kaybolmuş ve Kıta Avrupası'nda da gözetim altında serbestliğin uygulandığı erteleme kurumlarının uygulanmasına başlanmıştır.²⁸⁰

Denetimli serbestlik kurumu ilk kez 19. yüzyılın ilk 40 senesi içerisinde hâkim Mathew Davenport Hill tarafından İngiltere'de uygulanmıştır. Jürili mahkemelerde failin suçluluğuna karar verildikten sonra ceza vermeye yetkili hâkim suçlu hakkında mahkûmiyet hükmünü vermemekte suçlunun tedbirlere/ödevlere belirli bir süre uyması, bu süre içerisinde iyi hal göstermesi ve suçlunun belirli ya da sonradan belirtilecek bir günde mahkemeye gelmeye söz vermesi kaydıyla onu serbest bırakabilmekteydi. Hâkim Hill, bu usulü kendisi üzerinde iyi bir intiba bırakmış ve gelecekte tekrar suç işlemeyeceğine inandığı suçlular hakkında uygulamaktaydı. İlk zamanlarda bu kurum küçük suçlular hakkında uygulanmakta ve bu suçlular güvenilir kimselerin gözetimi ve denetimi altına konulmaktaydı. Bu kurum sayesinde gençliği, tecrübesizliği ve buna benzer sebeplerle ilk defa suç işlemiş olan ancak kendisine yapılacak bir uyarı ve verilecek öğütlerle bir daha suç işlemesi engellenebilecek olan suçlunun cezadan ve onun kötü neticelerinden korunması imkânı bulunmuştur.²⁸¹ Bu kurumun uygulamasında, fail kendisine yüklenen şartlara uyacağına ilişkin bir kefil de göstermek zorundaydı. Uygulanması konusunda herhangi bir kanun hükmü bulunmayan bu kurum daha sonra ilk defa 1879 tarihli “Summary Jurisdiction Act (Duruşmasız Yargılama Kanunu)” ile İngiliz pozitif hukukuna intikal ettirilmiştir.²⁸² 1879 tarihli bu kanun esasen eskiden beri

²⁸⁰ **Önder**, Tecil, s. 21; **Artuk – Yenidünya**, s. 56; **Töngür**, s. 22; **Erdem**, “Cezaların Ertelenmesi”, s. 18, 19; Benzer açıklamalar için ayrıca bkz. **Dönmezer – Erman**, C. III, s. 6 vd. ve dn. 4; Benzer yönde bkz. **Erbaş**, s. 19 vd; Ayrıca bkz. **Erem – Danışman – Artuk**, s. 806 vd.; Benzer nitelikteki açıklamalar için ayrıca bkz. **Artuk – Tan**, s. 63 vd.

²⁸¹ **Fahri Çalkın**, “Ertelemenin Muhtelif Şekilleri ve Bunların Fayda ve Mahzurları”, AD., S. 5, Y. 37, Mayıs 1946 (“Ertelemenin...”), s. 487.

²⁸² **Önder**, Tecil, s. 21, 22.

hâkimlerin uyguladığı usule hiçbir şey ilave etmemiş sadece hükümlerin ertelenmesi sayesinde elde edilen iyi neticeleri göz önüne alarak bu usulün daha geniş ölçüde uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Hatta bu kanun sadece 17 ve daha küçük yaştaki suçluları göz önüne almakta ve yetişkinler için de işledikleri suçların pek hafif olması kaydıyla hükmün ertelenebilmesine izin vermektedir. İlerleyen dönemde, 18 Ağustos 1887 günlü “Probation of First Offenders Act (İlk Kez Suç İşleyen Kişilerin Denetimli Serbestlik Altına Alınmasına Dair Kanun)” ilk defa suç işleyenlerin, fiillerine uygulanacak cezanın iki seneyi geçmemesi halinde, hükmün ertelenebileceğini belirtmiştir.²⁸³ Bununla birlikte 1907 tarihli “Probation of Offenders Act (Suç İşleyen Kişilerin Denetimli Serbestlik Altına Alınmasına Dair Kanun)”ın yasalaşmasına kadar denetimli serbestlik uygulaması İngiltere’de yerleşmiş bir uygulama değildi. Bu kanunla birlikte halktan herhangi bir üyenin vesayeti şeklinde gerçekleşen önceki gayrı resmi gözetim uygulaması rafine edilmiş ve kişisel gözetim ve rehberlik olarak yeniden tanımlanmıştır; gözetim memurunun rolü ise “izleme, yardım etme, gözetlerken bir yandan da arkadaş olma, talimat verme ve raporlama” olarak belirlenmiştir. Böylece, Kıta Avrupası ülkelerinin aksine, denetimli serbestlik sadece hükmün açıklanmasının ertelenmesi için bir araç değil, ancak daha da önemlisi suçluların rehabilitasyonu için cezanın özel bir yöntemi olarak sunulmuştur.²⁸⁴

Amerika’da denetimli serbestlik kurumunun kökeni ise, 1841 senesinde Boston Sulh Mahkemesi’nin halka açık alanda sarhoşlukla suçladığı bir kimseye kefil olan Boston’lı ayakkabı imalatçısı John Augustus’un yenilikçi fikrine dayanır. Augustus dindar, zengin ve alkolik kimselerle çalışma konusunda bazı deneyimlere sahip bir kişiydi. Hâkim, karşısında hazır bulunan sanık hakkında hükmünü kurmaktayken, Augustus hâkimden hükmü üç hafta

²⁸³ Çalkın, “Ertelemenin...”, s. 488.

²⁸⁴ Sevdiren, s. 27; Tarihi gelişim ile ilgili olarak ayrıca bkz. Töngür, s. 318 – 321; bkz. Erbaş, s. 20 – 22; bkz. Necati Nursal – Selcen Ataç, Denetimli Serbestlik ve Yardım Sistemi (Probation), Yetkin Yay., Ankara 2006, s. 35 – 39; Ayrıca bkz. Artuk – Tan, s. 63, 64.

ertelemesini ve sanığı kendi gözetimine bırakmasını istedi. Bu kısa deneme süresinin sonunda, sanık, ıslah olduğu konusunda hâkimi ikna etti ve bu nedenle sadece çok düşük bir para cezası aldı. Böylece denetimli serbestlik kurumu doğmuş oldu. Augustus'un bu eylemleriyse ölene kadar (1859) sürdü. Augustus örneğiyle desteklenen Massachusetts hızlı bir şekilde denetimli serbestlik kurumuna yönelik çalışmalara başladı. 1869 yılında denetimli serbestliğe benzer şekilde çocuklara yönelik bazı servisler denenmeye başlandı. 1878 yılında Massachusetts çocuk suçlular için denetimli serbestlik kurumunu yasal hale getiren ilk eyalet oldu. Denetimli serbestliğin yetişkinlere uygulanmasına yönelik halk desteğinin gelmesi çok daha zor oldu. Zira ancak Massachusetts'teki yasanın geçmesinin üzerinden yaklaşık 23 yıl sonra, 1901 yılında New York'ta yetişkin suçlular hakkında denetimli serbestlik kurumunun uygulanmasına izin veren bir kanun yasalaştı. 1956 senesinde bütün eyaletler çocuk ve yetişkin suçlular için denetimli serbestlik yasasını kabul etmişlerdi.²⁸⁵

Kıta Avrupası ülkelerinde cezanın infazının ertelenmesi iki farklı şekilde karşımıza çıkar. Birincisi, basit erteleme/gözetimsiz erteleme (sursis simple) sistemi, işlediği suçtan dolayı mahkûm olan kişinin cezasının infazının belirli bir süre ertelenmesi ve suçlunun bu deneme müddeti içerisinde yeni bir suç işlememesi halinde suçun işlenmemiş, hükümlülüğün gerçekleşmemiş ya da cezanın çekişmiş sayılması hallerini içeren ve deneme müddeti süresince suçluyu herhangi bir gözetime tabi kılmayan sistemdir.²⁸⁶ İkincisi, gözetimle erteleme – denetimli serbestlik – sistemi, basit erteleme sisteminden farklı olarak, deneme müddeti içerisinde serbest bırakılmış suçlunun cezai ehliyeti ve rızasının olması şartıyla, suçlunun

²⁸⁵ **Joan Petersilia**, "*Probation in the United States*", *Crime and Justice: A Review of Research*, 22, Y. 1997, s. 155 vd; benzer yönde açıklamalar için bkz. **Töngür**, s. 322; Bkz. **Artuk – Gökçen – Yenidünya**, s. 807 ve dn. 217; tarihi gelişimle ilgili olarak ayrıca bkz. **Erbaş**, s. 22 – 24; Krş. ve bkz. **Nursal – Ataç**, s. 39 – 41.

²⁸⁶ **Dönmezer – Erman**, C. III, s. 10 vd.

kullanıp gözetilmesi ve ona yardım edilmesine ilişkin esasları içeren ve kaynağını Anglo – Sakson sisteminde (Probation) bulan sistemdir.²⁸⁷

Kıta Avrupası ülkeleri arasında ertelenmiş hükmün/cezanın 1884’te resmi bir taslakla parlamentoya getirildiği ilk ülke Fransa oldu. Taslak, kısa süreli hapis cezasının suçlu üzerindeki zararlı etkilerinden kaçınmanın önemi üzerinde duruyordu ve erteleme uygulanabilecek suçlunun profilini şu şekilde çiziyordu: Suçlu, daha önce hüküm giymemiş olmalı ve işlediği suçu bir kenarda tutmak kaydıyla toplumun onun özgürlüğünden korkmasını gerektirmeyecek derecede bozulmamış bir karakteri olması gerekmektedir. Bu taslak 1891’de yürürlüğe girdi. Bu kanun uyarınca, şarta bağlı olarak hükmün infazının ertelenmesi daha önce hapis ya da daha ağır bir hüküm giymemiş suçluların para ve hapis cezalarının ertelenmesini sağlıyordu. Erteleme/askıya alma süresi beş yıldır. Bu süre içerisinde eğer fail hapis cezasına çarptırılırsa erteleme kaldırılıyor ve şartlarının oluşması durumunda tekerrür hükümleri tatbik ediliyor aksi halde ise mahkûmiyet hükmü esasen vaki olmamış sayılıyordu.²⁸⁸ Bu deneme süresi içerisinde fail kendi haline bırakılıyor ve herhangi bir gözetime tabi tutulmuyordu.²⁸⁹

Fransa’daki taslağı izleyen Belçika 1888 senesinde erteleme kurumunu yasallaştırarak Kıta Avrupa ülkeleri arasında ertelemeyi ilk yasallaştıran ülke oldu. Belçika hukuku şarta bağlı hüküm kurumunu 1891 Fransız kanununa (Berenger Kanunu) kıyasla daha sınırlı bir şekilde kabul etti. Fransa’daki taslağın aksine, erteleme ancak altı ayı aşmayan hapis cezaları için mümkündü ve suçlunun daha önceden ağır ya da hafif bir suçtan hüküm giymemiş olması

²⁸⁷ **Erbaş**, 13, 14 ve 27; **Töngür**, s. 24, 25; Ayrıca bkz. **Çalkın**, “*Ertelemenin...*”, s. 493 vd; **Artuk – Yenidünya**, s. 56; **Şahbaz**, s. 117.

²⁸⁸ **Sevdiren**, s. 24

²⁸⁹ Ayrıca bkz. **Önder**, *Tecil*, s. 30; Ayrıca bkz. **Kemalettin Kazuk**, “*Tecil ve Probasyon (Probation)*”, AD., S. 2, Y. 50, Haziran 1959, s. 153 vd; Ayrıca bkz. **Erbaş**, s. 25 vd; Ayrıca bkz. **Erdem**, “*...Yeni Seçenekler*”, s. 204: Fransada’ki sistemde başlarda gözetim olmamasına rağmen, 1912 yılında gerçekleştirilen reform sayesinde gençler hakkında gözetime yer verilmiştir.

gerekiyordu. Ayrıca, Belçika kanunu, hâkimi erteleme süresini en fazla beş yıl belirleyebilecek şekilde yetkilendirmişti.²⁹⁰

Fransa ve Belçika'daki bu erteleme yasalarıyla ilgili yapılan kısa açıklama göstermiştir ki, Belçika yasası ile Fransa yasası arasında çok ciddi bir fark bulunmamaktadır. Her iki ülke kanunundaki amaç ve ilkeler konusundaki benzerlikler nedeniyle, bu ülkeler ileride cezanın ertelenmesiyle ilgili yapılacak düzenlemelerde model ülke olarak kabul edileceklerdi. Fransız ve Belçika yasalarının getirilmesinin hemen ardından cezanın ertelenmesi hapis cezasına bir alternatif olarak uluslararası kongrelerde sunulmaya başlandı.²⁹¹ Böylece 19. yüzyılın sonu ve 20. yüzyılın başından itibaren hemen hemen bütün Avrupa ülkeleri birbirlerini izleyerek bu kurumu kabul etmişler²⁹² ancak ilk etapta kabul edilenler *sursis simple* – basit erteleme- sistemi olmuştur.

Hatırlatmak gerekirse, denetimli serbestlik sisteminde suçlu hakkında verilmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunması gerekmezken; ertelemede böyle bir hüküm vardır. Denetimli serbestlik suçlu kişi hakkında onun kişiliğine uygun ve ıslahına yönelik tedbirleri öngören ve daha yapıcı bir kurum olmasına karşılık, erteleme pişman olmuş suçlu hakkında esasen şarta bağlı olarak ceza verilmemesini sağlayan bir kurumdur. Bu anlamda denetimli serbestliğin uygulanmasını gerektiren şartlar ile ertelemenin uygulanmasını gerektiren şartlar birbirinden farklı olup erteleme, doktrindeki bazı yazarlarca adli affa daha yakın bulunmuştur.²⁹³

Anglo – sakson sistemindeki denetimli serbestlik sisteminin (probation) daha iyi sonuçlar verdiği ortada iken²⁹⁴ neden Kara Avrupası sisteminde cezaların ertelenmesinin benimsendiği sorulması gereken bir sorudur. Bu durumun birden fazla sebebi olsa da asıl sebep Avrupa'da,

²⁹⁰ **Sevdiren**, s. 24; Ayrıca bkz. ve krş. **Dönmezer – Erman**, C. III, s. 11 ve dn. 2.

²⁹¹ Bkz. **Sevdiren**, s. 24, 25; **Dönmezer – Erman**, C. III, s. 11, 12.

²⁹² **Dönmezer – Erman**, C. III, s. 12.

²⁹³ **Dönmezer – Erman**, C. III, s. 12. Adli affa ilgili olarak bkz. **Dönmezer – Erman**, C. III, s. 13.

²⁹⁴ **Dönmezer – Erman**, C. III, s. 12.

Amerika’da olduğunun aksine suçluyu sıkı bir denetime ve takibe tabi tutacak teşkilatın bulunmaması olarak gösterilebilir. Bunun yanı sıra suçlu hakkında bir ceza hükmü verilmeksizin salıverilmesi, yani denetimli serbestlik sistemi halk arasında suçlunun ceza almadığı düşüncesini erteleme sistemine kıyasla daha çok uyandırabilecek yetidedir. İşte bu ana sebeplerle Kıta Avrupası sisteminde ilk etapta basit erteleme/gözetimsiz erteleme (*sursis simple*) benimsenmişse de ilerleyen süreçlerde erteleme kurumunu asıl değerli bir kurum yapanın suçlunun deneme evresinde tabi tutulacağı tedbirlerin kişiliğine uydurulması ve bu şartlara uyup uymadığının kontrolü olduğu anlaşılmıştır. Böylece Kıta Avrupası ülkeleri de zamanla gözetimli ertelemeyi benimsemişlerdir.²⁹⁵

Türk hukukuna bakıldığında ise, Osmanlı ceza hukukunda erteleme kurumunun mevcut olmadığı görülür. 1889 İtalyan Ceza Kanunu, cezaların ertelenmesine ilişkin hükümler barındırmadığı için ve 1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun²⁹⁶ genel gerekçesi de bulunmadığından, erteleme kurumunun TCK’ya nasıl geldiği tespit edilememektedir. Doktrindeki bir görüş, cezaların ertelenmesine herhangi bir kanunun mehzaz teşkil etmediği, mevcut hükümlerin çok farklı olması nedeniyle, kanun komisyonunun çeşitli kanunları ülkenin yapısına uyduracak şekilde düzenlemesiyle erteleme kurumunun Türkiye’de meydana geldiğini muhtemel görmektedir.²⁹⁷

B. Ertelemenin Niteliği ve Amacı

Erteleme ve benzeri kurumlar, suç işlemiş fail hakkında kamu davasının açılmasını, duruşmanın yapılmasını, suçluluğun tespitini, mahkûmiyet hükmünün tesis edilmesini veya

²⁹⁵ Çalkın, “Ertelemenin...”, s. 494, 495; Ayrıca bkz. Artuk – Tan, s. 64, 65.

²⁹⁶ RG. 13.3.1926/320

²⁹⁷ Önder, Tecil, s. 59, 60; Artuk – Yenidünya, s. 57; Şahbaz, s. 117.

mahkûmiyet hükmü tesis edilmişse infazının belirli bir süre failin göstereceği iyi hale bağlı olarak ertelenmesi ya da mahkûmiyet hükmünün esasen vaki olmamış sayılması neticesini doğuran hukuki birer kurumdur.²⁹⁸

Erteleme ve benzeri kurumlara hâkim olan fikir, fail hakkında cezanın infazından belirli süreler içerisinde göstereceği iyi hale bağlı olarak feragat edilmesi ve failin hapisaneye konulmasına yine failin çabalarıyla engel olunmasıdır. İlk defa suç işleyen veya bu kurum hakkında tekrar uygulanabilir durumda olan kimselerin, mutlak bir zorunluluk olmadıkça hapisaneye konulmaması, serbest hayatta kendilerine yüklenen yükümlülüklerin de etkisi altında ceza infaz edilmeden dahi ıslah edilmelerine yardım edilmesi fikri bu kurumun esasını teşkil eder.²⁹⁹ Fail, kendisine yüklenen yükümlülüklerle uyar ve deneme süresi içerisinde ertelemeyi düşürür nitelikte bir suç işlemezse, hakkındaki soruşturmaya ya da kovuşturmaya devam olunmaz veya hüküm verilmişse bu hükmün infazına gidilmez. Deneme süresinin iyi halle geçirilmesi halinde soruşturmaya ya da kovuşturmaya engel olabilmesi, aksi durumda ilgili takibata devam edilecek veya hakkında verilmiş bulunan hükmün infaz olunacak olması daima demoklesin kılıcı gibi failin tepesinde sallanacağından, erteleme kurumu failin ıslahını ve ileride tekrar suç işlememesini sağlar.³⁰⁰

²⁹⁸ **Önder**, Tecil, s. 5; **Artuk – Yenidünya**, s. 55; **Fatih Selami Mahmutoğlu**, “*Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*”, Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları:11, İstanbul 2009, s. 349; **Denizhan Horozgil**, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Savaş Yay., Ankara 2017, s. 3; **Nevzat Toroslu – Haluk Toroslu**, Ceza Hukuku Genel Kısım, B. 24, Savaş Yay., Ankara 2018, s. 450.

²⁹⁹ **Önder**, Tecil, s. 5; Benzer açıklamalar için bkz. **Hafizoğulları – Özen**, s. 459; Ayrıca bkz. **Baştürk**, s. 91 – 98.

³⁰⁰ **Önder**, Tecil, s. 5; **Artuk – Yenidünya**, s. 55; Benzer yönde bkz. **Erem – Danışman – Artuk**, s. 796 vd; **Toroslu – Toroslu**, s. 450.

Böylece, erteleme kurumunun amaçlarının üç ana başlık altında toplandığı görülmektedir. Bunlar; ertelemenin iyi bir ceza siyaseti olması, cezaların bireyselleştirilmesinin bir aracı olması ve kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların zararlarını bertaraf etme ve dolayısıyla mükerrir suçluluğu önleme vasıtası olmasıdır.³⁰¹

Daha önce bahsedildiği üzere, cezanın amacını açıklayan teorilerde zaman içerisinde ödetici teorilerden faydacı teorilere bir geçiş olmuştur. Başta kısa süreli hapis cezaları olmak üzere hapis cezalarının zararlı neticelerinin farkına varılmasıyla birlikte seçenek yaptırımlar arayışına girişilmişti. Zaman içerisinde ise tecrübe göstermiştir ki, doğru ve düzgün işleyen bir denetim mekanizmasının olması halinde, erteleme kurumu, cezanın infazından çok daha fazla

³⁰¹ **Önder**, Tecil, s. 6 vd.; **Artuk – Yenidünya**, s. 57; **Töngür**, s. 30 vd.; **Şahbaz**, s. 118; **Erdem**, “Cezaların Ertelenmesi...” s. 21, 22; **Erem – Danışman – Artuk**, s. 797; Benzer bir ayırım için bkz. **Fahri Çalkın**, “Cezaların Tecilinden Neler Beklenebilir?”, Adliye Dergisi, Y. 1944 (“**Cezaların Tecilinden...**”), s. 495 vd; **Faruk Turhan**, “Yeni Türk Ceza Kanunu’na Göre Cezaların Ertelenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar”, EÜHFD., C. X, S. 3 – 4, Y. 2006, s. 27, 28; Bkz. **Öztürk – Erdem**, s. 474 vd.; **Adem Kartal**, “Hapis Cezasının Ertelenmesi ile Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Sonuçları Bakımından Karşılaştırılması”, THD., C. 11, S. 114, Şubat 2016, s. 69; Benzer açıklamalar için bkz. **Hafizoğulları – Özen**, s. 459; Ayrıca bkz. **İnce**, Seçenek Yaptırımlar, s. 239, 240; Ertelemenin amaçlarını altı ana başlıkta toplayan yazarlar da vardır. Bu tasnif uyarınca sayılan üç ana başlığın yanı sıra ertelemenin suçlunun sosyalleşmesini sağlaması, damgalanmasını engellemesi ve hapisanede infazın masraflarından tasarruf edilmesini sağlaması da birer ana başlık olarak değerlendirilmelidir. Bu altılı tasnif için bkz. **Baştürk**, s. 98 vd; **Horozgil**, s. 2, 3; Yazar, erteleme kurumlarının geneline yönelik yaptığı açıklamada denetim süresi içinde yeni bir suç işlemeyen ve yükümlülüklerine riayet eden failin ‘damgalama’ sürecinin dışına çıkarılacağını belirtmişse de bu durumun sadece belirli erteleme kurumları için geçerli olduğunu belirtmemiz gerekir. Örneğin TCK m. 51’de yer alan hapis cezasının ertelenmesi kurumunda deneme süresini iyi halli geçiren sanığın cezasının infaz edilmiş sayılacağı düzenlemesi yer almaktadır. Bu düzenleme uyarınca sanığın adli sicilinde gerçekleştirmiş olduğu suç teşkil eden eylemin yargılanması sonucunda tesis edilmiş mahkûmiyet hükmü yer alacaktır. Dolayısıyla bu sanığın ‘damgalama’ sürecinin dışında kaldığını söyleyemeyiz. Nitekim ileride de açıklayacağımız üzere, CMK m. 231’de düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulaması sebebiyle de suçlu kişinin tam anlamıyla damgalama sürecinin dışına çıkartıldığı söylenemez. Bu konuda bkz. 3. Bölüm/II – s. 114.

önleyici ve suçlu bireyi yeniden topluma kazandırıcı bir etki göstermiştir. Bu anlamda erteleme, iyi bir ceza politikası olarak karşımıza çıkmıştır.³⁰²

Günümüz ceza hukuku, faile acı ve ızdırıp veren ve intikam esasını ön planda tutan eski dönem ceza hukukundan farklı olarak, toplumun korunmasını ve suçluların topluma yeniden kazandırılması amacını ön planda tuttuğu için, cezaların fiile değil ve fakat onu işleyen faile uydurulması gereğini bünyesinde taşımaktadır.³⁰³ Aynı ceza farklı suçlular üzerinde, her suçlunun karakteri, sosyal ve ekonomik durumuna göre farklı etkiler meydana getireceği için, kanunda öngörülen soyut cezanın failin kişiliğine ve somut olaya uydurulmasıyla cezanın bireyselleştirilmesi sağlanmıştır.³⁰⁴ Cezalandırmada amaç, suçluya acı vermek değil de onun ıslahı olunca, her şeyden önce suçlunun karakteri hakkında iyi bir fikir edinmek ve davayı ona göre yürütmek gerekecektir. Nitekim suç işlemiş olan her failin cezasının infazı mutlak bir zorunluluk olmayabilir. Gerçekten de failin topluma uyum sağlaması için cezasının illa infaz edilmiş olması gerekmez. Hatta fail bir tesadüfi suçlu olup ileride tekrar suç işlemesi tahmin dahi edilmeyen bir kimse de olabilir. Ancak bu tarz kişileri de kendi hallerine bırakmak haklarında oluşmuş kanaatin doğru olup olmadığının denetimini imkânsız kılacağından, belirli bir süre denetime tabi tutularak gösterecekleri iyi hal sonucunda işledikleri suçun sorumluluğundan tamamen kurtarma imkânı tanımak gerekebilir. Durum böyle olunca, erteleme kurumu cezaların bireyselleştirilmesi kurumu olarak karşımıza çıkmaktadır.³⁰⁵ Bu

³⁰² **Erdem**, “*Cezaların Ertelenmesi...*”, s. 21; **Önder**, *Tecil*, s. 6; **Çalkın**, “*Cezaların Tecilinden...*”, s. 495 vd.; **Töngür**, s. 30, 31; **Öztürk – Erdem**, s. 477.

³⁰³ **Önder**, *Tecil*, s. 7.

³⁰⁴ **Centel – Zafer – Çakmut**, s. 574; Cezanın bireyselleştirilmesiyle ilgili olarak ayrıca bkz. ve krş. **Maden**, s. 115 – 119.

³⁰⁵ **Önder**, *Tecil*, s. 6 – 9; **Çalkın**, “*Cezaların Tecilinden...*”, s. 501 – 503; **Töngür**, s. 31, 32; **İçel vd.**, s. 370 ve 376; Nitekim Yargıtay da ertelemeyi, doğrudan doğruya cezanın sanığın kişiliğine uydurulmasını öngören yargısal bireyselleştirme kurumu olarak tanımlamaktadır. Bkz. Yar. İBGK., E.

noktada belirtmek gerekir ki cezanın bireyselleştirilmesi ve suçlunun ıslahında ilerleme sağlanması toplumun her kesiminin bu konuda çaba göstermesiyle mümkündür. Nitekim cezası ertelenen kişinin iş bulması ve toplum yaşamında karşılaşacağı güçlüklerin ortadan kaldırılması devlet müdahalesini gerektirdiği kadar toplumun tüm kurumlarına da sorumluluk yüklemektedir.³⁰⁶

Son olarak, erteleme kurumu kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların zararlı sonuçlarını önleyen bir kurumdur.³⁰⁷

Erteleme kurumunun hukuki niteliği üzerine doktrinde çeşitli fikirler öne sürülmüştür. Bir görüşe göre, erteleme cezanın yerini alan bir tedbirdir. Bu kurum ile özellikle kısa süreli hapis cezalarının sakıncalarının ortadan kaldırılması hedeflenir ve böylece erteleme tekerrürü önleyici bir suç siyaseti aracı olarak gösterilebilir. Bu görüş pek çok yazarın, ertelemeyi bir ceza olarak kabul etmesini sağlamıştır. Diğer yandan ertelemenin şartlı bir af niteliğinde olduğu da öne sürülmüştür.³⁰⁸ Belirtmek gerekir ki erteleme bir ceza değil; cezaların bireyselleştirilmesi aracıdır. Zira ertelemede cezada bulunması gereken özellikler bulunmamaktadır. Ayrıca cezaları sınırlı olarak TCK m. 45’de de erteleme bir ceza türü olarak sayılmadığı için, ertelemenin bir ceza olarak kabulü mümkün değildir.³⁰⁹ Ertelemenin bir tür af olduğu görüşü de yerinde değildir. Zira af yetkisi günümüz pozitif hukukunda yasama organına

1976/3-4, K. 1976/3, T. 7.6.1976 (SGT: 30.01.2018, www.kazanci.com); bkz. **Öztürk – Erdem**, s. 477, 478.

³⁰⁶ **Centel**, “*Denetimli Serbestlik*”, s. 553.

³⁰⁷ **Önder**, Tecil, s. 9 – 11; **Erdem**, “*Cezaların Ertenilmesi...*”, s. 22 ve dn. 20; Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların zararlı sonuçları olarak doktrinde belirtilen olgulara esasen hapis cezasının aleyhine sürülen görüşler anlatılırken yer verilmiştir. Ancak yine de bkz. **Önder**, C. II – III, s. 546 – 548; **Dönmezer – Erman**, C. II, s. 646, 647. **İçel vd.**, s. 68 vd; **Erdem**, “*...Yeni Seçenekler*”, s. 195, 196.

³⁰⁸ Görüşler için bkz. **Dönmezer – Erman**, C. III, s. 13.

³⁰⁹ **Erem – Danışman – Artuk**, s. 803, 804.

ait bir yetkiyken; ertelemeye mahkeme karar vermektedir.³¹⁰ Af yetkisi mutlak bir takdire dayanır diğer deyişle af yetkisini kullanan organ bir gerekçe belirtmek zorunda değildir. Ertelemeye karar vermek konusunda da mahkemeye bir takdir yetkisi tanınmıştır ancak mahkeme neden ertelemeye karar verdiği hususunda gerekçe yazmak zorundadır.³¹¹

Erteleme kurumunun hukuki niteliği açıklanırken diğer ceza hukuku kurumlarının referans alınması faydasız olmaktadır. Zira erteleme kurumu bağımsız ve kendine özgü bir kurumdur.³¹² Bu anlamda erteleme kurumu için yapılabilecek en doğru tespit, ertelemenin, ceza sistemini tamamlayan ancak ceza olmayan³¹³ bir cezaların bireyselleştirilmesi kurumu olduğudur.³¹⁴

C. Erteleme ve Benzeri Kurumların Lehine ve Aleyhine İleri Sürülen Fikirler

Erteleme ve benzeri kurumlar, şüphesiz ki hapis cezasına seçenek yaptırımlar arasında en çok başvurulanlardan ve en etkili olanlardan birisidir. Günümüzde neredeyse her devletin ceza kanununa intibak ettirdiği bu kurum, geçmiş dönemlerde kendisine yapılan muhalefetler ve onlara verilen cevaplarla önemli bir tartışma konusu haline gelmiştir. Günümüzde ise kurumun varlığı üzerine kayda değer bir tartışma olmasa da en iyi halinin nasıl olması gerektiği hakkında çeşitli fikirler mevcuttur.³¹⁵

³¹⁰ **Erdem**, “*Cezaların Ertelenmesi...*”, s. 20.

³¹¹ **Erem – Danışman – Artuk**, s. 804.

³¹² Ertelemenin benzeri kurumlarla karşılaştırılması için bkz. **Erem – Danışman – Artuk**, s. 803 – 806;

³¹³ **Centel**, “*Denetimli Serbestlik*”, s. 533.

³¹⁴ Ertelemenin hukuki niteliği hakkında yürütülen tartışmalar ve aktarılan görüş için bkz. **Önder**, Tecil, s. 60 – 74; Ertelemenin muhtelif şekillerinin hukuki nitelikleri hakkında öne sürülen görüşler hakkında ayrıca bkz. **Maden**, s. 119 vd.

³¹⁵ **Önder**, Tecil, s. 74.

Kurumun lehine sürülmüş fikirler şu şekilde sıralanabilir:³¹⁶

- *Erteleme kurumu kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların zararlı neticelerini önler ve mükerrir suçluluğa engel olur.*
- *Erteleme, ilk kez suç işlemiş kişilerin topluma uyumlarını sağlayarak deneme süresi içerisinde suçlu kişinin iyi halini teşvik eder.*
- *Daha önce de değinildiği üzere, hürriyeti bağlayıcı cezaların, faili, ailesinden, işinden, yaşadığı yerden uzaklaştırıcı etkisi nedeniyle, kişiler hapis hanesinden çıktıktan sonra iş bulmakta zorlanıyorlar, çevrelerinden dışlanıyorlar ve evliliklerini yitiriyorlar. İşte erteleme kurumuyla birlikte faillerin gerek sosyal hayata intibakı gerekse de aileleriyle olan bağlarını koruması sağlanmaktadır.*
- *Erteleme kurumu, failin tesadüfi suçlu olması halinde uygulanacak olursa salt mahkûmiyet hükmü bu kimseler üzerinde cezanın korkutucu niteliğini hissettirir. Nitekim bireyleri asıl korkutan cezaevinde geçireceği süreden ziyade cezaevine girip çıkma ve damgalanma korkusudur. Bu korkuyu taşıyan kimselerin hapis hanesine konulmasında ne kişinin ne de toplumun bir menfaati vardır zira kişi bir kez damgalandıktan sonra tekrar suç işlemekte bir beis görmeyebilecektir.*
- *Son olarak erteleme kurumu devlet ekonomisi için de tercih edilebilir bir kurumdur zira suçlu devlet ekonomisine külfet olmaksızın ıslah olmaktadır.*

Kurumun aleyhine sürülen fikirler ise şu şekilde sıralanabilir:³¹⁷

³¹⁶ **Önder**, Tecil, s. 74 – 76; **Dönmezer – Erman**, C. III, s. 15; **Töngür**, s. 51, 52; **Artuk – Yenidünya**, s. 57; **Erem – Danışman – Artuk**, s. 797, 798; Ayrıca bkz. **Türkan Yalçın Sancar**, ““23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun”un Hukuksal Niteliği ve Sonuçları”, AYD., C. 18, Y. 2001, s. 165.

³¹⁷ **Önder**, Tecil, s. 76 – 79; **Dönmezer – Erman**, C. III, s. 14, 15; **Artuk – Yenidünya**, s. 58; **Töngür**, s. 52, 53; **Erem – Danışman – Artuk**, s. 798, 799; Ayrıca bkz. **Sancar**, s. 165, 166; Ayrıca bkz. **Baştürk**, s. 124.

- *Erteleme, cezada bulunması gereken genel önleme etkisini ortadan kaldırmakta ve ilk defa suç işleyen kimselere ceza verilmeyeceği şeklindeki bir algıya sebep olmaktadır. Bunun yanı sıra kısa süreli hapis cezalarının zararlarını ortadan kaldırılan bir kurum olarak savunulan erteleme kurumuna karşı denilmiştir ki, kısa süreli hapis cezaları tamamen etkisiz değildir. Kısa süreli hapis cezalarından çekinen pek çok kişinin suç işlemekten kaçındığı bilinmektedir.*³¹⁸

Erteleme kurumunun bir zorunluluktan değil objektif ve sübjektif bazı şartların bir araya gelmesi durumunda hâkimin takdir yetkisine bağlı olarak uygulandığı unutulmamalıdır. Cezasının erteleneceği varsayımıyla suç işleyen bir kişinin ertelemeye uygunluk şartını yerine getirmediği düşünülerek cezası ertelenmeyebilecektir. Bunun yanı sıra suç işleyen kişilerin aklında ceza alma ihtimali her zaman olacaktır o nedenle erteleme kurumunun varlığında dahi kısa süreli hapis cezaları gerekli genel önlemeyi sağlamaktadır.

- *Cezanın temelini kefarete esasında bulanlar, ertelemenin cezanın kesinliğini zedeleyen bir uygulama olduğundan bahisle suç oranını artıracaklarını belirtmişlerdir.*

Ancak bu görüşe karşı da denilmiştir ki, madem ki kefarete esasını savunanlar hâkimin, cezayı tespit ederken iki sınır arasında karar vermesine karşı değil neden bir adım öteye geçilip failin şahsı göz önüne alınarak cezanın infazından vazgeçilmesin? Esasında, erteleme ile kefarete birbirleriyle çatışma halinde

³¹⁸ Kısa süreli hapis cezalarının sakıncaları, bu cezaların bünyesinden gelen ve önlenemez sakıncalardır ve erteleme bu cezaların yerini tutan tedbirlerden şimdiye kadarki en etkilisidir yönündeki görüş için bkz. **Erem – Danışman – Artuk**, s. 799, 800; Ancak belirtilmelidir ki, erteleme ilk defa suç işleyen her bireye değil sadece buna uygun olana uygulanmaktadır. Nitekim ertelemeyle birlikte faile yapılan uyarı, soyut kanun hükümlerinin korkutucu etkisinden çok daha fazladır. Bu görüş için bkz. **Önder**, Tecil, s. 76.

değillerdir. Madem ki belirli bir yaşa gelmemiş kişiler için ceza verilmemesi kabul edilmektedir o zaman işlenen fiilin çok önemli olmaması ya da zararlı neticeler doğurabilecek cezaların bu zararlarının önlenmesi için infazından tamamen vazgeçilmesinin de kabul edilmesi gerekmektedir.³¹⁹

- *Erteleme kurumu, ceza kanunun çeşitli suçlulara farklı şekilde uygulanması sonucunu doğurur bu sebeple kanun önünde eşitlik ilkesini zedeler ve keyfi uygulamaların bir kaynağı olur.*

Bu eleştiriye karşı da denilmiştir ki, eğer erteleme kanun önünde eşitlik ilkesini zedeliyorsa cezanın iki sınır arasında tespiti sistemi de aynı neticeyi doğuracaktır. O zaman geriye tek çare pek çok zararı içinde barındıran sabit ceza sistemine dönmek kalır. Erteleme kurumunda uygunluk esası vardır ve erteleme ancak buna uygun olan suçlulara uygulanır bu nedenle aslında adaletsizliğin değil, adaletin gerçekleştirilmesinin bir yoludur. Ceza adaletinin sağlanmasında keyfilik ise, yapılmak isteniyorsa yalnız erteleme kurumunda değil her kurumda yapılabilir.³²⁰

- *Erteleme, cezanın suçluya acı ve ızdırap verici etkisini ortadan kaldırmaktadır bu da özel af etkisi meydana getirir. Bu durum yasama organının yetkisinin hâkime devredilmesidir.*

Bu eleştiri de yerinde değildir zira, affedilen suçlu hakkında bir daha takibat yapılmaz iken, çeşitli aşamalardaki erteleme halinde, deneme süresi içerisinde yeni bir suç işlenmesi ya da kendisine yüklenen yükümlülüklere riayetsizliği halinde erteleme kaldırılarak, kamu davasının açılmasına, duruşmanın yapılmasına, mahkûmiyet hükmünün verilmesine veya verilmiş mahkûmiyet hükmünün infazına

³¹⁹ Bu eleştiri için bkz. **Önder**, Tecil, s. 76, 77; Bir başka eleştiri için bkz. **Erem – Danışman – Artuk**, s. 799, 800.

³²⁰ Bu eleştiri için bkz. **Önder**, Tecil, s. 77.

karar verilebilmektedir.³²¹ Ayrıca deneme süresinin iyi halle geçirilmesi sonunda mahkûmiyet hükmünün esasen vaki olmamış sayıldığı haller hâkimin verdiği karardan değil, yasama organının yaptığı kanun hükmü gereğidir. Bu durumda ertelemenin mahkûmiyeti ya da cezayı düşürücü etkisi kanun koyucunun bir tercihi olup, bu durumu yetki devri olarak nitelendirmek doğru değildir.³²²

- *Erteleme suçlunun ıslahını sağlamaz. Zira suçlu, ertelemeden sonra her türlü kötü hareketi gerçekleştirebileceğinden, erteleme kurumu pişmanlığın değil, kurnazlığın ödüllendirilmesi haline gelir.*

Bu eleştirinin haklı çıkmaması adına kanunlarda erteleme kurumlarının mutlaka deneme süresi içerisinde uygun bir denetim altında bulundurulması gerekir.³²³

Genel bir değerlendirme yapmamız gerekirse, kısa süreli hapis cezalarının mahkûmlar üzerindeki olumsuz etkileri düşünüldüğünde erteleme, olabilecek en iyi alternatif yaptırım olarak karşımıza çıkar. Ancak hapis cezasıyla hedeflenen ıslahın, erteleme ile yerine getirilmesi için suçlunun toplum içerisinde ıslah olup olamayacağının çok iyi tahlil edilmesi gerekir. Bu tahlil de yargılama aşamasında mahkemenin sanık karakteri hakkında topladığı veriler ve kişilik özellikleri hakkında edindiği izlenimlerle gerçekleştireceği bir karakter analiziyle mümkün olmaktadır. Hakkında erteleme kurumu uygulanan sanıktan beklenen, denetim süresi içerisinde de iyi hal göstermesidir. Bu iyi halin tespiti ise ancak gözetimle mümkündür. Dolayısıyla sanığın ıslahı hedefine ulaşılacak isteniyorsa erteleme kurumu mutlaka gözetimli uygulanmalıdır. Sanığın kişilik özelliklerinin mahkemece iyi analiz edildiği ve denetim süresi

³²¹ Benzer bir kıyas ve erteleme ile af arasındaki farklılıklar için ayrıca bkz. **Selehattin Keyman**, Türk Hukukunda Af (Genel Af – Özel Af), Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1965, s. 7 – 10.

³²² **Erem – Danışman – Artuk**, s. 804.

³²³ Bu görüş için bkz. **Erem – Danışman – Artuk**, s. 800, 801.

boyunca gözetim altına alındığı etkili bir sistem, erteleme aleyhindeki fikirlerin tamamını bertaraf edebilecektir.

Bir sonraki bölümde ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu da bir erteleme kurumudur. Ancak etkili bir gözetim sisteminin olmaması ve mahkemelerin sanığın kişilik özelliklerini yeteri kadar analiz etmeksizin kurumu sıklıkla uygulaması, sanığın ıslahı amacının yerine getirilememesine sebep olmaktadır. Çalışmanın ilerleyen bölümünde ertelemenin amaçları perspektifinde bu temel sorunun ve diğer sorunların sebepleri ile birlikte nasıl çözülebileceği açıklanmaya çalışılacaktır.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM:

HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASININ GELİŞİMİ, HUKUKİ NİTELİĞİ, ŞARTLARI, SONUÇLARI VE DENETİMİ

I. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASININ GELİŞİMİ

Erteleme kurumunun Türk hukukuna dahil olması 1926 tarihli ve 765 sayılı TCK ile olmuştur. 765 sayılı TCK, 89. ilâ 95. maddeleri arasında erteleme kurumuna yer vermiştir. Bu düzenlemeler uyarınca suç işlemiş ve belirli şartları taşıyan sanık 5 yıl içerisinde suç işlemezse, 1941 yılına kadar yürürlükte kalan düzenleme uyarınca cezasını çekmiş sayıldığı kabul edilirken; 4055 sayılı kanun³²⁴ ile birlikte, cezası ertelenmiş mahkûmiyetin esasen vaki olmamış sayılacağı düzenlenmiştir. Suçlunun bu süre zarfında bir suç daha işlemesi halinde her iki suçun cezasını birlikte çekeceği düzenlemesi geçerliydi.³²⁵ 765 sayılı TCK'nın ertelemeye

³²⁴ RG. 6.7.1941/4827.

³²⁵ **765 sayılı TCK m. 89** – “Adliye mahkemelerince cezayı nakdiden başka bir ceza ile evvelce mahkûm olmayan kimse işlediği bir cürümden dolayı ağır cezayı nakdi veya muvakkat sürgün veyahut altı ay veya daha az hapis ve hafif hapis cezalarından biriyle mahkûm olur ve geçmişteki haliyle ahlaki temayüllerine göre cezanın tecili ileride cürüm işlemekten çekinmesine sebep olacağı hakkında mahkemece kanaat edilirse bu cezanın teciline hükmolunabilir. Bu halde tecilin sebebi hükümde yazılır.” (Mülga madde: 13.7.1965 – 647 sayılı kanun m. 4).

765 sayılı TCK m. Madde 95 – “(Değişik madde: 02/06/1941 - 4055/1 md.)

I - Kabahat ile mahkum olan kimse hüküm tarihinden itibaren bir sene içinde bir cürümden veya evvelki hükmün verildiği mahaldeki Asliye mahkemesinin kazası dairesinde diğer bir kabahatten dolayı aynı cinsten veya daha ağır bir cezaya,

II - Cürüm ile mahkum olan kimse hüküm tarihinden itibaren beş sene içinde işlediği diğer bir cürümden dolayı evvelce verilen ceza cinsinden bir cezaya yahut hapis veya ağır hapis cezasına mahkum olmazsa, cezası tecil edilmiş olan mahkumiyeti esasen vaki olmamış sayılır. Aksi takdirde her iki ceza ayrı ayrı tenfiz olunur.”

ilişkin bazı düzenlemeleri 1965 senesinde 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'la³²⁶ düzenlenerek ilga edilmiştir. 647 sayılı kanun basit ertelemeye yer vermiş olup hükümlünün herhangi bir şekilde gözetimine ya da yükümlülük altına alınmasına ilişkin herhangi bir düzenleme getirmemiştir.³²⁷ Her iki düzenleme arasındaki benzer hususlar ise, cezanın ertelenmesine karar verecek mercinin mahkeme olması, cezanın ertelenmesinin gerekçesinin hükümde gösterilmesi mecburiyeti ve sanığın geçmişte suç işlememiş olmasının ertelenmenin bir şartı olarak belirtilmiş olmasıdır.³²⁸

Hapis cezasının ertelenmesi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesinde³²⁹ düzenlenmiştir. Görüleceği üzere yeni TCK hapis cezasının ertelenmesi kurumunu düzenlerken

³²⁶ RG. 16.7.1965/12050.

³²⁷ **Baştürk**, s. 139, 140; krş. **Rezan Epözdemir**, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, B. 2, Adalet Yay., Ankara 2017, s. 27 – 29.

647 sayılı kanun Madde 6 — “*Adliye mahkemelerinde para cezasından başka bir ceza ile mahkûm olmayan kimse, işlediği bir suçtan dolayı ağır veya hafif par a veya altı aya kadar ağır hapis veya bir yıla kadar hapis veya hafif hapis cezalarından biri ile mahkûm olur v e geçmişteki hali ile ahlaki temayüllerine göre cezanın tecili ilerde cürüm işlemekten çekinmesine sebep olacağı hakkında mahkemece kanaat edilirse bu cezanın teciline hükümlenabilir. Bu halde tecilin sebebi hükümde yazılır.*”

³²⁸ **Epözdemir**, s. 29; 765 sayılı ve 647 sayılı kanunlarda düzenlenen ertelenmenin sui generis bir kurum olduğuna ilişkin görüş için bkz. **Dönmezer – Erman**, C. III, s. 19.

³²⁹ **Hapis cezasının ertelenmesi**

Madde 51- (1) *İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır. Ancak, erteleme kararının verilebilmesi için kişinin;*

a) Daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması,

b) Suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması,

Gerekir.

(2) *Cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilir. Bu durumda, koşul*

eski kanundaki bazı temel hususları değiştirmiştir. Yeni kanunda eski kanundan farklı olarak sanığa denetim süresi içerisinde bazı yükümlölüklerin yüklenmesi ve sanığın gözetim altına alınması kurumları yer almıştır. Bir diğer köklü değişiklikse denetim süresinin iyi halli olarak geçirilmesinin neticesi olmuştur. TCK m. 51/8 uyarınca denetim süresini iyi halli geçiren sanığın cezası infaz edilmiş sayılacaktır. Böylece Türk ceza hukukunda hapis cezasının ertelenmesi artık bir ceza infaz kurumu olmuştur.³³⁰

gerçekleşinceye kadar cezanın infaz kurumunda çektirilmesine devam edilir. Koşulun yerine getirilmesi halinde, hakim kararıyla hükümlü infaz kurumundan derhal salıverilir.

(3) Cezası ertelenen hükümlü hakkında, bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere, bir denetim süresi belirlenir. Bu sürenin alt sınırı, mahkûm olunan ceza süresinden az olamaz.

(4) Denetim süresi içinde;

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmayan hükümlünün, bu amaçla bir eğitim programına devam etmesine,

b) Bir meslek veya sanat sahibi hükümlünün, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında alıştırılmasına,

c) Onsekiz yaşından küçük olan hükümlülerin, bir meslek veya sanat edinmelerini sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmesine,

Mahkemece karar verilebilir.

(5) Mahkeme, denetim süresi içinde hükümlüye rehberlik edecek bir uzman kişiyi görevlendirebilir. Bu kişi, kötü alışkanlıklardan kurtulmasını ve sorumluluk bilinciyle iyi bir hayat sürmesini temin hususunda hükümlüye öğütte bulunur; eğitim gördüğü kurum yetkilileri veya nezdinde çalıştığı kişilerle görüşerek, istişarelerde bulunur; hükümlünün davranışları, sosyal uyumu ve sorumluluk bilincindeki gelişme hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hakime verir.

(6) Mahkeme, hükümlünün kişiliğini ve sosyal durumunu göz önünde bulundurarak, denetim süresinin herhangi bir yükümlölük belirlemeden veya uzman kişi görevlendirmeden geçirilmesine de karar verebilir.

(7) Hükümlünün denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlölüklere, hakim uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi halinde; ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine karar verilir.

(8) Denetim süresi yükümlölüklere uygun veya iyi halli olarak geirildiğı takdirde, ceza infaz edilmiş sayılır.

³³⁰ Öztürk – Erdem, s. 476, 477; Bkz. Töngür, s. 59.

765 sayılı TCK döneminde erteleme, “ertelemenin bölünmezliği” kuralı uyarınca sadece hapis cezaları için değil, diğer bütün ceza hukuku yaptırımları bakımından da kural olarak aynı sonucu doğurmaktaydı. Ancak 5237 sayılı TCK, hapis cezasının ertelenmesini sadece hapis cezalarına özgü bir infaz rejimi olarak düzenlemiş bu sebeple yeni sistemi “ertelemenin bölünmezliği” kuralından bahsedilemez hale getirmiştir.³³¹ Hapis cezasının ertelenmesi bir infaz hukuku kurumu olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, infaz normları için geçerli olan derhal uygulanma ilkesi, hapis cezasının ertelenmesi için geçerli değildir zira TCK m. 7/3 hapis cezasının ertelenmesine ilişkin hükümleri bu kuralın dışında bırakmıştır.³³²

765 sayılı TCK’da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuna yer verilmemiş, Türk hukukunun hükmün açıklanmasının geri bırakılmasıyla tanışması 1989 tarihli TCK Öntasarısının **Hükmün Geri Bırakılması** başlıklı 80. maddesiyle olmuştur. Tasarı’da, “*Sanığa isnat olunan suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda fiilin cezası, para cezası veya en çok bir yıla kadar (bir yıl dâhil) hapis veya hafif hapis cezasından ibaret bulunduğu hâkim, bir yıl ile iki yıl arasında tespit edeceği bir denetim süresi içinde suçluyu denetimli serbestlik tedbirine tabi tutarak hükmün tefhimini geri bırakabilir.*”³³³ şeklinde bir düzenleme yer almıştır. 1989 tasarısının yasalaşmamasının üzerine hazırlanan 1997 tarihli TCK Ön Tasarısı da 82.

³³¹ **Mustafa Artuç**, “*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*”, THD., C. 3, S. 21, Y. Mayıs 2008 (THD), s. 107; **Mustafa Artuç**, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, B. 3, Adalet Yay., Ankara 2010 (B. 3), s. 2, 3.

³³² **Centel – Zafer – Çakmut**, s. 645 ve dn. 18: Yazarlar, infaz hukuku kurumu olan hapis cezasının ertelenmesinin 5237 sayılı TCK’de hapis cezalarından sonra düzenlenmiş olmasının sistematik bir hata olduğunu haklı olarak belirtmektedirler.

³³³ **Türk Ceza Kanunu Öntasarısı İkinci Komisyon Tarafından Yapılan Değerlendirme Sonunda Hazırlanan Metin**, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara 1989 (1989 Öntasarısı), s. 35.

maddesinde “*Hükmün Geri Bırakılması*” başlığı altında neredeyse 1989 tasarısıyla aynı içerikte hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuna yer vermiştir.³³⁴

1989 tasarısı kanunlaşmadığı gibi 1997 tasarısı da kanunlaşmamıştır. Bu tasarıların sunduğu düzenlemeler uyarınca sanığın suçlu olduğu tespit edilmekte ancak hükmün tefhim edilmemesi suretiyle hüküm geriye bırakılmaktadır. Bu süre içerisinde sanık belirli bir süre için denetime tabi olmaktadır. Böylece 1989 ve 1997 tasarılarında benimsenen sistemin esasen Anglo – Sakson hukuk sistemine ait denetimli serbestlik sistemi olduğu görülür.³³⁵ Bu anlamda 1989 ve 1997 Tasarıları’nda öngörülen sistemin günümüzdeki Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması sisteminden önemli bazı farklılıkları vardır. Nitekim halihazırda yürürlükte bulunan CMK m. 231 uyarınca mahkeme, sanığın suçluluğunu tespit ettikten sonra hakkında bir mahkûmiyet hükmü tesis etmekte ancak bu mahkûmiyet hükmünün sonuç doğurmasını ertelemektedir. Bir diğer farklılık ise ilgili tasarıların öngördüğü sistem uyarınca sanık hakkında cezaya hükmolünmayacağı için, erteleme/geri bırakmanın kapsamını belirlemede isnat olunan fiilin kanunda belirtilen soyut cezası esas alınacaktır. Bu da bir yıla kadar olan adli para cezası veya hapis cezası olarak öngörülmüştür.³³⁶

³³⁴ 1997 tarihli tasarının 1989 tarihli tasarıdan tek farkı, 1997 tasarısının 82. maddesinin ilk fıkrasına “*Bu süre içerisinde zamanaşımı durur*” düzenlemesini eklemesidir. Bkz. **Türk Ceza Kanunu Öntasarısı (1997)**, (Basım evi ve yayım yılı belirtilmemiştir) (**1997 Öntasarısı**), s. 46.

³³⁵ Nitekim tasarıların gerekçelerine bakıldığında da bu durumun açıkça belirtildiği görülmektedir. Bkz. **1989 Öntasarısı** s. 247 ve **1997 Öntasarısı**, s. 194, 195: “*Hükmün geri bırakılması kurumu Anglo – Sakson hukuk sisteminde yargılaması tamamlanmış olan sanığın belli bir süre denetim altında tutulması ‘probation’ esasına dayanır. Hakim sanığın suçluluk ve kusurluluğunu tesbit etmekle beraber cezaya hükmetmeyi geri bırakmakta ve onu belirli bir süre içerisinde denetim altında tutmaktadır.*”

³³⁶ **Baştürk**, s. 144; Bkz. **1989 Öntasarısı**, s. 248 ve **1997 Öntasarısı**, s. 195: “*Hükmün geri bırakılması kurumunun uygulanması için suçlunun yargılanması ve işlediği fiil karşılığında kanunda para cezası veya bir yıldan fazla (bir yıl dahil) hapis cezasının öngörülmemiş bulunması gereklidir; dikkate alınacak ceza kanunda fiil karşılığında öngörülmüş bulunan soyut cezadır.*”

1999 tarihli CMUK Tasarısı'nın 225. maddesinde ve bu tasarının takipçisi olarak gösterilen 2002 CMUK Tasarısı'nın 233. maddesinde ("*Hükmün geri bırakılması, denetimli serbestlik*" kenar başlıklı) hükmün geri bırakılması kurumuna yer verilmektedir.³³⁷ Bu tasarıların yanı sıra 2001 senesinde hazırlanan ve Dönmezer Tasarısı olarak adlandırılan 2001 Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu Tasarısı'nın "*Hükmün Geri Bırakılması, Denetimli Serbestlik*" kenar başlıklı 229. maddesinin hükmün geri bırakılması kurumu için ilk adımlardan birisini atmıştır.³³⁸

1989 ve 1997 TCK Öntasarı'larında ve 1999 ve 2002 CMUK Tasarıları'nda öngörülen sistemlerin esasında aynı sistem olduğu ve Anglo – Sakson hukuk sisteminde yer alan denetimli serbestlik kurumunun bir intibakı olduğu söylenebilir. Zira 2002 CMUK Tasarısı'nda da suçluluğun tespiti ile yetinilerek hükmün verilmesinin ertelendiğini ancak üst sınırı üç yıla kadar hapis cezasını gerektiren eylemlerin uygulama kapsamına alındığı gözlenmektedir. Kurumun uygulanabilmesi için dikkate alınacak ceza kanunda belirtilmiş soyut cezadır.³³⁹

³³⁷ Bkz. **Baştürk**, s. 145; Bkz. **Epözdemir**, s. 30, 31 ve dn. 55.

³³⁸ **Kunter – Yenisey – Nuhoğlu**, s. 1520, 1521 ve dn. 1.

³³⁹ **Baştürk**, s. 145.

Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması kurumuna ilk defa 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun³⁴⁰ 23. maddesinde³⁴¹ yer verilmiştir. Daha sonra 5560 sayılı kanunun³⁴²

³⁴⁰ RG. 15.7.2005/25876.

³⁴¹ **MADDE 23-** “(1) Çocuğa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda belirlenen ceza, en çok üç yıla kadar (üç yıl dahil) hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir.

(2) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilebilmesi için gerekli koşullar şunlardır:

a) Çocuğun daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmamış bulunması.

b) Çocuğun yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaat gelmiş olması.

c) Çocuk hakkında, kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları itibarıyla bir cezaya hükmedilmesine gerek görülmemesi.

d) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi. Suçun işlenmesiyle kamunun uğradığı zarar miktarının belirlenememesi halinde, mahkemece takdir edilecek bir miktarda paranın bir defada Maliye veznesine yatırılması. Ancak bu koşul, çocuğun ailesinin veya kendisinin ekonomik durumunun elverişli olmaması halinde aranmayabilir.

(3) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde, çocuk, beş yıl süreyle denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulur. Bu süre içinde çocuğun bir eğitim kurumuna devam etmesine, belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur.

(4) İkinci fıkranın (d) bendinde belirtilen koşulun yerine getirilememesi halinde; denetimli serbestlik süresince sanığa aşağıdaki yükümlülüklerden biri yüklenerek, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir:

a) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aylık taksitler halinde ödenerek tamamen giderilmesi.

b) Suçun işlenmesiyle kamunun uğradığı zarar miktarının belirlenememesi halinde, mahkemece takdir edilecek miktarda paranın aylık taksitler halinde Maliye veznesine yatırılması.

(5) Denetimli serbestlik süresi içinde işlediği kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkum olmadığı ve yükümlülüklerine uygun davranıldığı takdirde, davanın düşmesine karar verilir.

(6) Çocuğun denetimli serbestlik süresi içinde işlediği hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç nedeniyle mahkum olması veya yükümlülüklerine aykırı davranması halinde, mahkeme geri bıraktığı hükmü açıklar. Ancak mahkeme, yükümlülüklerin yerine getirilme durumunu göz önünde bulundurarak, çocuk hakkında belirlenen cezada yarı oranına kadar indirim yapabilir.

40. maddesiyle³⁴³ getirilen değişiklikle birlikte çocuklar için yapılan yargılama sonucunda hükmün açıklanmasının geri bırakılabilmesi CMK'daki koşulların varlığına bağlanmıştır. Ancak suça sürüklenen çocuklar için denetim süresi üç yıl olarak belirlenmiştir. Bu değişiklikle birlikte, zararın tazmini ve hükmedilen ceza miktarı bakımından yeni düzenleme ÇKK m. 23'ün ilk haline göre suça sürüklenen çocuklar bakımından daha aleyhe bir durum yaratmıştır.³⁴⁴

2006 senesinde 5560 sayılı kanunla değişikliğe kadar sadece çocuk sanıklar için uygulanan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, 5560 sayılı kanunun 23.



(7) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.

(8) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir”

³⁴² RG. 19.12.2006/26381.

³⁴³ **MADDE 40-** 5395 sayılı Kanununun 23 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"MADDE 23- (1) Çocuğa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda, Ceza Muhakemesi Kanunundaki koşulların varlığı halinde, mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Ancak, bu kişiler açısından denetim süresi üç yıldır."

³⁴⁴ **Enver Kumbasar**, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yay., Ankara 2012, s. 41, 42.

maddesinin³⁴⁵ CMK'nın 231. maddesinde yaptığı değişiklikle birlikte hem çocuklar³⁴⁶ hem de yetişkinler yönünden uygulanabilir hale gelmiştir. 5560 sayılı kanunun 23. maddesiyle yapılan

³⁴⁵ **MADDE 23** - 5271 sayılı Kanunun 231 inci maddesinin başlığı "Hükmün açıklanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması" şeklinde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

"(5) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, bir yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade eder.

(6) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurulurken yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,
gerekir.

(7) Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkum olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.

(8) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tabi tutulur. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,

b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine,
karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur.

(9) Altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir.

(10) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerine uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.

bu değişikliğin gerekçesinde de 5237 sayılı TCK'da düzenlenen hapis cezasının ertelenmesi kurumunun 765 sayılı TCK'da ve 647 sayılı CİK'da düzenlenen tecil kurumuna nazaran daha ağır sonuçlar öngören bir düzenleme olduğu ve kurumlar arasında dengeli geçişi sağlamak amacıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuna ihtiyaç duyulduğundan

(11) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemeı veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkumiyet hükmü kurabilir.

(12) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.

(13) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

(14) Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlarla ilgili olarak uygulanabilir."

³⁴⁶ Özellikle çocuklar için cezanın ultima ratio (son çare) olduğu unutulmadan çocuğun korunması sağlanmalı ve ilk defa suç işleyen çocukların ceza adalet sistemine sokulmaması gerekir. Çocuğu ceza adaleti sistemine sokmamaya yönelik kurumlardan birisi olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulama alanı 5560 sayılı kanunla birlikte çocuklar yönünden sınırlandırılmıştır. Bu değişiklikler çocuklar ve çocuk ceza adalet sistemi için olumsuz gelişmelerdir. Bu açıklamalar için ayrıca bkz. **Feridun Yenisey**, "Mukayeseli Hukuk Açısından Ceza Sorumluluğu Yaşı Ceza Sorumluluğu Olmayan Çocukların İşledikleri Suçlar ve Gençler için Ceza Hukukunda Uygulanan Alternatif Yaptırımlar", Ord. Prof. Sulhi Dönmezer Armağanı, C. 2, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi Türk Ceza Hukuku Derneği, Ankara 2008, s. 1516, 1517; **Baştürk**, s. 147; 5560 sayılı kanundan önce çocuğa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonucunda belirlenen ceza üç yıl dahil olmak üzere en çok üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ise mahkeme hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verebiliyorken 5560 sayılı kanunla birlikte bu üst sınır bir yıla düşürülmüştür. Bunun yanı sıra 5560 sayılı kanunla işlenen suçun şikâyete bağlı olma şartı gelmiş ve 5560 sayılı kanun öncesi ÇKK'ye kıyasla aleyhe bir durum daha yaratılmıştır. 5560 sayılı kanunla çocuk lehine getirilmiş tek düzenlemenin denetim süresinin 5 yıldan 3 yıla indirilmesi olduğu söylenebilir. Bu konuda bkz. **Epözdemir**, s. 34.

bahsedilmiştir.³⁴⁷ Ancak kanun tasarısında CMK m. 231/5’de yer alan iki yıllık sınır bir yıla indirilmiş; CMK m. 231/14’e de kurumun uygulamasının sadece soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlarla sınırlı olacağı ibaresi eklenmiştir. Adalet Komisyonu’nun raporunda buna gerekçe olarak kurumun sağlıklı bir şekilde uygulanması gerektiği belirtilmişse de³⁴⁸ kanunlaşma sürecinde kurumun milletvekilleri tarafından çokça tartışılmış olması ve ‘dolaylı af’ niteliğinde görülmesi, böyle bir düzenlemenin suç patlamasına yol açacağı ileri sürülmesi de kurumun kapsamının daraltılmasında etkili olduğu belirtilmiştir.³⁴⁹

³⁴⁷ Bkz. Adalet Komisyonu’nun değişiklik gerekçesi: “Yürürlükten kaldırılan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanundaki düzenlemesi itibariyle, erteleme, bir koşullu atıfet kurumu niteliği taşımakta idi. Buna göre, deneme süresi içerisinde yeni bir suçun işlenmemesi halinde, “mahkumiyet vaki olmamış” sayılmakta idi. Keza, erteleme, sadece hapis cezası açısından değil, “ertelemenin bölünmezliği” kuralı gereğince, diğer bütün ceza hukuku yaptırımları bakımından da, kural olarak, aynı sonucu doğurmakta idi. Buna karşılık 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun sisteminde ise, erteleme, sadece hapis cezasına özgü bir infaz rejimi olarak düzenlenmiştir. Bu bakımdan, yeni sistemde artık “ertelemenin bölünmezliği” kuralından söz etmek mümkün değildir. Hapis cezası açısından bir infaz rejimi olarak kabul edilen ertelemede, hükümlü, denetim süresi zarfında kasıtlı yeni bir suç işlemediği ve kendisine yüklenen yükümlülükler uygun davrandığı takdirde, hakkında hükmolunan “hapis cezası” infaz edilmiş sayılacaktır. Şayet hakkında hapis cezasının yanı sıra ya da sadece adli para cezasına veya güvenlik tedbirine hükmedilmişse, adli para cezası ve güvenlik tedbirleri bakımından erteleme söz konusu olmayacaktır. Bu durum, ertelemeyi hükümlü açısından, yürürlükten kaldırılan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu sistemindeki düzenlemeye nazaran daha ağır sonuçlar doğuran bir kurum haline getirmiştir. Bu nedenle kurumlar arasındaki dengeli geçişi sağlamak amacıyla, Türk Ceza Hukukuna ilişkin yeni mevzuatımızda, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının, bir kurum olarak düzenlenmesi bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmıştır”, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1255m.htm>, (SGT. 23.02.2018).

³⁴⁸ Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1255m.htm>, (SGT. 23.02.2018).

³⁴⁹ **Sevinç Olgun**, “Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, THD., C. 3, S. 22, Haziran 2008, s. 68; **Hüseyin Turan**, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Uygulanması, B. 2, Adalet Yay., Ankara 2014, s. 12.

Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması kurumunun Türkiye’de çok yaygın bir şekilde uygulama alanı bulması ise 5728 sayılı kanunun³⁵⁰ 562. maddesiyle³⁵¹ olmuştur. Zira ilgili kanun CMK m. 231/5’te yer alan “bir yıl” ibaresini “iki yıl” olarak değiştirmiş ve kurumun uygulamasını şikâyete bağlı suçlarla sınırlı olmaktan çıkarmıştır. Ancak bununla birlikte kurumun, Anayasa m. 174’te sayılan İnkılap Kanunları’nda yer alan suçlar için uygulanamayacağını belirtmiştir. 2008 yılında yapılan bu kısa ama beraberinde pek çok tartışmayı getiren değişikliğin, hükmün uygulama alanını genişlettiği ve “*kamu davasının mecburiliği*” ilkesinin “*davanın devamlılığı*” şeklindeki görünümü açısından da bir istisna teşkil ettiği öne sürülmüştür. Aynı görüşe göre bu değişiklik, hapis cezasının ertelenmesi kurumunda yapılan köklü değişiklik sonucu TCK m. 51’de yer alan “*Ertelenen hapis cezasının infaz edilmiş*” sayılacağı şeklindeki katı kuralın, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuyla orta ağırlıktaki suçlar açısından, etrafından dolanılmasını amaçlamaktadır.³⁵²

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunda yapılan bir diğer değişiklik 6008 sayılı kanunla³⁵³ olmuştur. Bu kanunun 7. maddesiyle³⁵⁴ birlikte hükmün açıklanmasının geri bırakılması sanığın kabulü şartına bağlı tutulmuştur. 6008 sayılı kanunun geçici 2. maddesiyle de, 6008 sayılı “... *kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olanların, bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren onbeş gün*

³⁵⁰ RG. 08.02.2008/26781.

³⁵¹ **MADDE 562-** 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231 inci maddesinin beşinci fıkrasında yer alan "bir yıl" ibaresi "iki yıl" olarak, maddenin ondördüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"(14) Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, Anayasa'nın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan inkılap kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaz."

³⁵² Bu haklı görüş için bkz. **Kunter – Yenisey – Nuhoglu**, s. 1523 – 1525; **Yenisey – Nuhoglu**, s. 790.

³⁵³ RG: 25.7.2010/27652.

³⁵⁴ **MADDE 7 -** 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 231 inci maddesinin altıncı fıkrasının sonuna aşağıdaki cümle eklenmiştir.

"Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez."

içinde mahkemeye başvuruları halinde, mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı geri alınır ve Ceza Muhakemesi Kanununun 231 inci maddesinin yedinci fıkrasındaki kayıtla bağlı olmaksızın, başvuruda bulunan sanık hakkında yeniden hüküm kurulur.” düzenlemesi getirilmiştir.³⁵⁵ 6008 sayılı yasayla getirilen değişikliklerin ayrıntılı bir değerlendirmesi ileride “Sanığın Kabulü” başlığı altında yapılacağı için bu başlıkta daha fazla açıklama yapılmayacaktır.

Son olarak, 2014 yılında 6545 sayılı kanunla³⁵⁶ CMK m. 231/8’e bir cümle eklenmiştir. 6545 sayılı kanunun 72. maddesiyle getirilen bu değişiklik uyarınca, sanık hakkında denetim süresi içerisinde, kasıtlı bir suç sebebiyle tekrar hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. 6545 sayılı kanunun 68. maddesiyle TCK’nın 191. maddesinde değişikliğe gidilmiştir. 68. maddenin 8. fıkrası uyarınca, TCK m. 188’de tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti; 190. maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçundan dolayı yapılan kovuşturma evresinde, suçun münhasıran bu madde kapsamına girdiğinin anlaşılması halinde, sanık hakkında bu madde hükümleri çerçevesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verileceği düzenleme altına alınmıştır. 6545 sayılı kanun, 85. maddesiyle 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununu Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’a³⁵⁷ geçici madde 7’yi eklemiştir. Bu madde uyarınca 6545 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibariyle TCK’nın 191. maddesinde tanımlanan suç nedeniyle yürütülen kovuşturmalarda, hakkında daha önce denetimli serbestlik veya tedavi tedbiri uygulanmayan kişilerle ilgili olarak 191. madde hükümleri çerçevesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilecektir.

³⁵⁵ Kanun adli tatilde yürürlüğe girdiği için geçici maddede yer alan 15 günlük sürenin adli tatilin sona erdiği gün başlaması gerektiği hususunda bkz. **Kunter – Yenisey – Nuhoglu**, s. 1525 ve dn. 7.

³⁵⁶ RG. 28.6.2014/29044.

³⁵⁷ RG. 31.3.2005/25772 (1. Mükerrer).

6545 sayılı yasayla getirilen değişikliklerin etkisi ileride daha ayrıntılı bir kapsamda incelencektir.

II. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Daha önce belirtildiği üzere, hüküm (son karar), mahkemenin, hakkında muhakeme yürütölen uyuşmazlığı doğrudan veya dolayısıyla çözen, ceza davasını ve ceza muhakemesi ilişkisini sona erdiren karardır.³⁵⁸ Hükümün açıklanmasının geri bırakılması ise CMK 223'te sayılan son kararlardan birisi olmadığı gibi hakkında muhakeme yürütölen uyuşmazlığı doğrudan veya dolayısıyla çözen, ceza davasını ve ceza muhakemesi ilişkisini sona erdiren bir karar da değildir. Daha önce de belirtildiği üzere, hükümün açıklanmasının geri bırakılması sanık hakkında verilmiş mahkûmiyet hükmünün şekli anlamda kesinleşmesini ve buna bağlı olarak maddi anlamda kesinleşmesini engelleyen ve uyuşmazlığın belirli bir süre derdest kalmasını³⁵⁹ sağlayan bir karardır. Bu anlamda hükümün açıklanmasının geri bırakılması bir hüküm değildir.³⁶⁰ Hükümün açıklanmasının geri bırakılması halinde sanık hakkında kurulmuş ancak

³⁵⁸ Bkz. §1/II/1.

³⁵⁹ **İzzet Özgenc,** “*Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması*”, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi – Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu (Ed. Bahri Öztürk), Seçkin Yay., Ankara 2009 (“*Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması*”), s. 49; **Şahin – Göktürk,** s. 194; **Kumbasar,** s. 49; **Centel – Zafer,** s. 762; Benzer yönde bkz. **Öztürk vd.,** s. 631.

³⁶⁰ Yar. CGK. E. 2007/1-183; K. 2007/190; T. 25.9.2007: “Zira, hükümün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükümün sanık hakkında hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade etmektedir. Henüz tümüyle bitmeyen yargılama sürecinin sonraki aşamaları da dikkate alındığında, bu kararın uyuşmazlığı nihai biçimde çözen nitelikteki kararlardan olmadığı anlaşılmaktadır...” (www.kazanci.com, SGT. 19.02.2018); **Horozgil,** s. 8; **Kumbasar,** s. 44, 45; **Turan,** s. 33; Doktrindeki bir görüşe göre, hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararları bir hükümdür ancak temyize değil itiraza tabi kılınmışlardır. Bu görüş için bkz. ve krş. **Yurtcan,** Ceza Yargılaması Hukuku, s. 534; Krş. **Bahattin Aras,** “*Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu ve Uygulamadaki Sorunlar*”,

henüz kesinleşmemiş bu mahkûmiyet hükmü sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmayacak (CMK m. 231), herhangi bir hak yoksunluğuna sebebiyet vermeyecek ve hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmuş kişi sanık sıfatını taşımaya devam edecektir.³⁶¹ Böylece, hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde mahkemenin, birisi mahkûmiyet diğeri hükmün açıklanmasının geri bırakılması olmak üzere iki karar verdiğini, ancak mahkûmiyet hükmünün açıklanmadığı için kesinleşmediğini ve dolayısıyla kamu davasının devam ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır.³⁶² Böylece, mahkûmiyet hükmü, aleyhine olağan kanun yoluna gidilemeyen nitelikte bir hükümse infazın; aleyhine olağan kanun yoluna gidilebilir nitelikte bir hükümse de mahkûmiyet hükmünün askıya alınması söz konusu olacak ve hükmün kesinleşmesi süreci başlamayacaktır.³⁶³

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması uygulamasında birisi mahkûmiyet diğeri hükmün açıklanmasının geri bırakılması olmak üzere iki ayrı karar olduğunun tespitinden sonra

THD., C. 3, S. 22, Haziran 2008, s. 73: Yazar mahkûmiyet hükmünü takriben, kurulan bu hükmün hukuki sonuç doğurmayacağı anlamına gelen hükmün açıklanmasının geri bırakılması yönünden de bir **hüküm** kurulacağını belirtmiştir. Bu sebeple sanıyoruz ki yazar, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını bir hüküm niteliğinde görmektedir.

³⁶¹ **Kemalettin Erel**, “*Yargıtay Kararları Işığında Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması (CMK’nun 231. md)*”, Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları:11, İstanbul 2009, s. 342; **Özgenç**, “*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*”, s. 49; **Artuç**, B. 3, s. 7, 8; **Ali İhsan İpek**, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yay., Ankara 2010, s. 21; **Centel – Zafer**, s. 762; Benzer açıklamalar için bkz. **Turan**, s. 33 vd.

³⁶² **Öztürk – Erdem**, s. 488; Benzer yönde bkz. **Centel – Zafer**, s. 761, 762; **Kumbasar**, s. 45; 5560 sayılı kanunun gerekçesine göre, “...hükmün açıklanmasının geri bırakılması, öncelikle bir hüküm kurulmasını gerektirmektedir. Ancak bu hüküm sanık hakkında hukuki sonuç doğurmamaktadır. Başka bir ifadeyle, kurulan hükmün sonuç doğurup doğurmaması, belli bir süreye ve bazı şartlara bağlı kılınmaktadır.” Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1255m.htm> (SGT. 27.02.2018).

³⁶³ **Toroslu – Feyzioğlu**, s. 364; **Devrim Güngör – Güneş Okuyucu Ergün**, “*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*”, AÜHFD., C. 65, S. 4, Y. 2016, s. 1955.

bu durumun olması gereken uygulama olup olmadığı tartışılmalıdır. Hatırlanacağı üzere denetimli serbestlik sisteminde suçluluğun tespitiyle yetinilip (hatta kimi ülke uygulamalarında suçluluğun tespitine dahi gidilmeden) mahkûmiyet hükmünün kurulması belirli şartlar altında belirli bir süre erteleniyor, sanık bu süre içerisinde bazı yükümlülükleri yerine getirmekle görevlendiriliyordu. Türkiye’de hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının tarihine baktığımızda gerek 1989 ve 1997 TCK Öntasarı’larının gerek 1999 ve 2002 CMUK Tasarılarının denetimli serbestlik sistemine uygun düzenlemeler getirdiği gözlenmektedir.³⁶⁴ Ancak CMK m. 231’de yer alan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun ilk uygulamaları denetimli serbestlik sisteminin esasına uygun olsa da Yargıtay bu uygulamanın hukuka aykırı olduğuna kanaat getirerek sanık hakkında bir mahkûmiyet hükmü kurulması gerektiğini belirtmiştir.³⁶⁵ Kanun koyucuyu önceki tasarılarından farklı düşünmeye iten nedir sorusunun cevabı ise daha önce bahsettiğimiz 5560 sayılı kanunun gerekçesinde gizlidir. Hapis cezasının ertelenmesi kurumunu 765 sayılı TCK ve 647 sayılı CİK’de düzenlenmiş haline

³⁶⁴ Bkz. §3/I; 2002 CMUK Tasarısı’nın 233. maddesinin gerekçesine göre “Hükmün geri bırakılması kurumu Anglo-Sakson hukuk sisteminde yargılanması tamamlanmış olan sanığın belli bir süre denetim altında tutulması “probation” esasına dayanır. Hâkim, sanığın suçluluk ve kusurluluğunu saptamakla beraber cezaya hükmetmeyi geri bırakmakta ve onu belirli bir süre içinde denetim altında tutmaktadır. Davranışları, tâbi tutulduğu denetim süresi içinde olumlu bulunduğu takdirde suçlu için bir mahkûmiyet kararı verilmemektedir. Böylece deneme süresini başarıyla geçirmiş olan suçlu, damgalama süreci dışına çıkarılmakta, bir yargı kararına muhatap olmamaktadır. Bu kurum, çağdaş ceza hukukunun amaçlarından biri olan kişiyi mümkün olduğu kadar damgalamamayı ve toplum ile uyum sağlanmasını gerçekleştiren bir uygulama niteliğindedir.”, bkz. www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/cmkmaddegerekce.doc (SGT. 28.02.2018).

³⁶⁵ Yar. 9. CD., E. 2009/15997, K. 2009/11283, T. 11.11.2009: “Mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmeden önce, sanık hakkında henüz hukuki bir sonuç doğurmayacak ve koşullarının bulunması halinde ileride açıklanacak olan bu hükmün, duruşmada açık olarak kurulmuş ve tutanağa yazdırılmış olmasının CMK. 231/5, 223/1, 5. maddeleri uyarınca zorunlu olduğu gözetilmeden, hüküm fıkrasının ayrı bir tutanakla tesis edilip kapalı bir zarf içinde muhafaza edilmesi kanuna aykırı olup...”, (www.kazanci.com, SGT. 26.02.2018).

kıyasla daha aleyhe bir kurum haline getiren kanun koyucu, aradaki geçişi sağlamak üzere hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunu pozitif hukuka kazandırma ihtiyacı hissetmiştir. Bu anlaşılabilir bir durumdur ancak asıl anlaşılmaz olan, kanun koyucunun hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunu özüne aykırı düşecek bir şekilde düzenlemesi ve yüksek mahkemenin de kurumun uygulamasının bu yanlışlıkta sürdürülmesi gerektiğini belirtmesidir. Zira kurumun özünde, sanığın suçluluğunun tespitinden sonra hakkında bir mahkûmiyet hükmünün kurulmaması gerekir. Ancak CMK m. 231'in uygulamasında sanık hakkında bir mahkûmiyet hükmü kurulduktan sonra sadece bu mahkûmiyet hükmünün sonuç doğurması engellenmektedir. Öyleyse, CMK m. 231'de yer alan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, esas itibariyle bir denetimli serbestlik kurumu değil, Belçika ve Fransa'da ortaya çıkmış olan sursis modelinin bir örneğidir. Zira hatırlanacağı üzere sursis modelinde mahkûmiyet hükmü tesis edildikten sonra sanık hakkında erteleme kararı veriliyordu. Sanığın belirli süreler içerisinde göstereceği iyi hale bağlı olarak mahkûmiyet hükmünün esasen vaki olmamış sayılacağını düzenleyen kanunlar olmakla birlikte cezanın infaz edilmiş sayılacağını düzenleyen kanunlar da bu sistemi benimsemiş ülkelerde bulunmaktaydı. Başlarda gözetimsiz olarak uygulanan sursis modelinin daha sonraki zamanlarda gözetimli olarak uygulandığı bilgisiyle birlikte şu tespit yapılabilir: CMK m. 231'da yer alan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu esas itibariyle gözetimli bir sursis modeline daha yakındır.³⁶⁶ Ne kanun koyucu ne yargı organları eski pratiklerinden

³⁶⁶ Tam anlamıyla gözetimli bir sursis modeli diyemememizin sebebi ise CMK m. 231/11 de yer alan "Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir." hükmüdür. Zira denetim süresinin iyi halli geçirilmemesi sonucunda erteleme kararının kaldırılması halinde suçlunun ıslahını sağlayacak en iyi cezanın verilebilmesi esas itibariyle

kopmak istemiş, eski mevzuatta yer alan tecil kurumunu hükmün açıklanmasının geri bırakılması adıyla bize sunmuşlardır. Şüphesiz ki iki kurum birbirinin aynısı değildir ancak her ikisinde de ortada bir mahkûmiyet hükmü bulunmaktadır ve her ikisinde de denetim süresinin iyi halli geçirilmesi halinde mahkûmiyet hükmü bir sonuç doğurmamaktadır. Ancak belirttiğimiz gibi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu kökeni ve esas itibarıyla sanık hakkında bir mahkûmiyet hükmü kurulmasına yabancıdır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun bir mahkûmiyet hükmünün tesis edilmesi ve daha sonra onun sonuç doğurmasının ertelenmesi şeklinde iki ayrı karar verilerek uygulanması uygulamada çeşitli sorunlara sebep olmuştur. Zira bir mahkûmiyet hükmünün varlığı kararın denetimine ilişkin pek çok sorunu gündeme getirdiği gibi ceza muhakemesi dışında kalan muhakemelerin kurumun sonuçlarına aykırı ve suçsuzluk karinesini ihlal edecek nitelikte kararlar vermelerine sebep olmuştur.³⁶⁷

Her ne kadar ileride tekrar tekrar hatırlatacak olsak da şunu belirtmeliyiz ki, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu bir an önce kurumun kökeni ve esasına uygun olarak uygulanmalı, sanık hakkında yapılan yargılama sonucunda sanığa hükmedilecek ceza iki yıl hapis veya adli para cezasının altında ise, sadece hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmeli, sanık hakkında kurulmuş mahkûmiyet hükmü açıklanmamalıdır.³⁶⁸

probation modelinin bir özelliğidir. Bkz. **Çalkın**, “*Ertelemenin...*”, s. 490 vd. Ayrıca CMK m. 231/8 denetimli serbestlik tedbirlerine hükmedilmesi hususunda mahkemeye takdir yetkisi tanınmıştır. Bu anlamda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun bir denetimli serbestlik tedbiri olmaksızın da sanık hakkında uygulanması mümkündür. Bu nedenle de kurumun tam anlamıyla bir gözetimli sursis modeli olduğu söylenemeyecektir.

³⁶⁷ Benzer bir probleme dikkat çeken görüş için bkz. **Uğur Güner**, “*Türk Ceza Hukukunda Mahkûmiyet Hükmünün Açıklanmasının Ertelenmesi*”, CHD., C. 9, S. 25, Y. 2014, s. 184, 185 vd.

³⁶⁸ Benzer yönde bkz. **Centel – Zafer**, s. 761 ve dn. 162: Yazarlar, hem mahkûmiyet hükmünün açıklanıp hem de geri bırakılmasını haklı olarak bir çelişki olarak görmekte ve kurumun bu şekilde uygulanmasıyla cezanın infazının ertelenmesi kurumuyla olan farkını açıklamanın zorlaşacağını belirtmektedirler. Yine yazarlara göre mahkûmiyete ilişkin hususların aleni duruşmada açıklanması

Denetimli serbestlik sistemi, ceza belirlenmediği için, ceza korkusunun belirsiz bir konuya ilişkin olduğu ve bu nedenle cezanın önleme niteliğinin azalacağı; tefhim edilmemiş bir cezanın kamuoyunu tatmin etmeyeceği, aradan geçen uzun sürenin ardından hüküm için faydalı olabilecek unsurların kaybolabileceği yönündeki endişelerle eleştirilmiş olsa da söz konusu sisteminin üstünlüğü inkâr edilemez. Gerçekten de ertelemede uygunluk esası gözetildiği göz önüne alınırsa mahkûmiyet kararının suçluyu rencide etmemesi adına belirsiz kalması daha doğrudur. Eğer suçlu mahkûm damgasını üzerine alırsa ertelemenin ona katacağı fayda azalacaktır. Hüküm için faydalı olabilecek unsurların kaybolabileceği yönündeki endişe de yersiz bir eleştiridir zira yargılama makamı her türlü araştırmayı yaptıktan sonra suçluluğu tespit edip hükmü ertelemektedir.³⁶⁹ Bu anlamda CMK m. 231’da yer alan hükmün

kurumdan beklenen faydanın sağlanamaması sonucuna yol açacağı gibi, felsefi temellerinden uzaklaştırılır ve hapisaneleri boşaltmaktan başka bir işe yaramaz.; Benzer yönde bkz. **Kumbasar**, s. 45: Yazar, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının iki unsuru içerdiğini bunlardan birinin mahkûmiyet hükmü olduğunu ve bu hükmü “*gizli hüküm*” olarak nitelendirdiğini, ikinci kararın ise hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı olup duruşmada okunup açıklanacak kararın bu “*gizli hüküm*” değil fakat hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı olacağını belirtmiştir.; Şiddeti ve cinsi belirli olmayan bir cezanın şiddeti ve türü belirli olan bir cezaya nazaran daha ıslah edici olduğu iddia edilmiştir. Bu iddia için bkz. **Çalkın**, “*Ertelemenin...*”, s. 490 ve dn. 3.; Yargılamanın yapıp duruşmanın sonunda herhangi bir karar verilmeksizin davanın ertelenmesi gerektiğine karar verilmesi gerektiği görüşü için bkz. **Güner**, s. 185: Ancak sanıyoruz ki yazar burada davanın değil, hükmün ertelenmesi gerektiğinden bahsetmektedir; Açıklanan hükmün taraflarca bilinmesi gerektiğinin ve bu durumun sanığın ileride suç işlemesini engelleyerek denetim süresini iyi halli geçirmesine vesile olacağı şeklindeki katılmadığımız görüş için bkz. **Baştürk**, s. 235 ve **Kumbasar**, s. 115; Bu konuda bazı yazarlar çocuk suçlular için kurumun uygulanması kapsamında yaptıkları açıklamalarda, kurumun uygulanmasının suçluluk kararının verilmesine bağlı tutulması gerektiğini, suçluluğun tespitiyle çocuğun suçlu olarak damgalanabileceği kaygısının da duruşmanın gizli yapılması ve hükmün gizli bir şekilde tefhim edilmesi suretiyle ortadan kaldırılabilceğini belirtmişlerdir. Yine bu görüşe göre, bu kararın verilmesi küçüğün kusurlu olduğu duygusuna kapılmasına ve kendine güvenini yitirmesine yol açabilir. Bu sebeple mahkemeye suçluluğun tespitine hükmetme ya da hükmetmeme konusunda takdir yetkisi verilmelidir. Bu görüşler bkz. **Artuk – Tan**, s. 81.

³⁶⁹ Bkz. **Erem – Danışman – Artuk**, s. 810.

açıklanmasının geri bırakılması kurumunun suçluyu tam anlamıyla damgalama sürecinin dışına çıkarttığı söylenemez zira suçlu kişi bir kere mahkûm damgasını üzerine almaktadır.

Erteleme kurumlarının temel itibariyle denetimli serbestlik (probation) modeli ve sursis modeli olarak ayrıldığından bir önceki bölümde bahsedilmişti. Bu başlıkta ise hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının köken itibariyle denetimli serbestlik (probation) modeline yakın olmakla birlikte CMK m. 231’da düzenleniş şekli ve uygulamadaki haliyle gözetimli sursis modeline daha yakın bir tür erteleme kurumu olduğu açıklandı. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasıyla hapis cezasının ertelenmesi karşılaştırıldığında ise, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının ceza kanunundaki ertelemeye (TCK m. 51) kıyasla daha lehe sonuçlar doğuran bir tür erteleme kurumu olduğu görülecektir.³⁷⁰ Bu sebeple hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu da hükmün ve cezanın bireyselleştirilmesi kurumlarından birisidir.³⁷¹ Gerçekten de hapis cezasının ertelenmesinden daha lehe olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun seçenek yaptırımlara çevirme kurumundan da daha lehedir. Dolayısıyla söz konusu kurumun uygulanıp uygulanmayacağı, diğer kurumlara nazaran öncelik arz etmektedir.³⁷²

³⁷⁰ **Mahmutoglu**, s. 354, 355; **Ünver – Hakeri**, s. 700; **Fahri Gökçen Taner**, “*Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesinin (Geri Bırakılmasının) Hukuki Niteliği ve Ertelemeyi Kabul Edip Etmediğinin Sanığa Duruşma Devresinin Sona Ermesinden Önce Sorulmasının Hukuka Aykırılığı Üzerine*”, ABD., Y. 69, S. 2011/1 (“*Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesinin...*”), s. 292; Bazı yazarlar hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını cezanın ertelenmesine benzer ‘sui generis’ nitelikte bir kurum olarak ifade etmektedirler. Bu görüşte olanlar için bkz. **Yasin Sezer – Ali İhsan İpek**, “*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Kamu Personel Hukukuna Etkileri*”, TAAD., C. 1, Y. 1, S. 3 (20 Ekim 2010), s. 45; **İpek**, s. 1; Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunu bazı kurumlara benzetmekle birlikte esasen kendine özgü bir kurum olarak belirten görüş için bkz. **Artuç**, B. 3, s. 449 vd.; **Kartal**, s. 68.

³⁷¹ **Artuç**, B. 3, s. 7, 8; **Turan**, s. 33, 34; **Kumbasar**, s. 47.

³⁷² **Taner**, “*Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesinin...*”, s. 292; **Aygün Eşitli**, s. 70; **Kumbasar**, s. 52; Yar. CGK., E. 2009/9-7, K. 2009/24, T. 17.02.2009: “*Koşullu bir düşme nedeni oluşturan ‘hükmün açıklanmasının geri bırakılması’ müessesesi (mahkûmiyet, suç niteliği ve ceza miktarına ilişkin)*

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun hukuki niteliğine ilişkin önemli bir tartışma vardır. Bu da hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını düzenleyen normun bir maddi ceza normu mu, ceza muhakemesi normu mu yoksa karma nitelikte bir norm mu olduğuna ilişkindir.

Maddi ceza normları ile ceza muhakemesi normlarının aralarındaki farkların belirlenmesi, bu normların birbirlerinden ayrılmasında net ölçütler olması, söz konusu bu normların farklı hukuki rejimlere tabi olmaları nedeniyle zorunluluk arz eder. Özellikle kanunların zaman bakımından uygulanması yönünden bu ayrımın mümkün olduğu kadar net olması gerekmektedir. Bir normun ceza kanununda mı yoksa ceza muhakemesi kanununda mı yer aldığına bakarak normun niteliğini belirlemek her zaman bütün sorunları çözememektedir. Bu durumda normun işlevine bakarak bir ayrıma gitmek gerekir. Eğer bir norm, suçun varlığına, müeyyidenin cinsine ve şiddetine, fail ve ceza sorumluluğu gibi konulara ilişkinse ceza normudur.³⁷³ Bu normlar en temelinde devletin cezalandırma hakkı ya da yetkisinin doğuşunun, değişiminin ve sona ermesinin dayandığı genel ve özel şartları belirlemektedir.³⁷⁴ Buna karşılık bir ceza normunun ihlal edilip edilmediği, ihlal edildiyse bu ihlalin kim tarafından gerçekleştirildiğini, bu ihlale ilişkin olarak gerçekleştirilecek soruşturma ve kovuşturma

objektif koşulların varlığı halinde, diğer kişiselleştirme hükümlerinden önce ve re'sen mahkemece değerlendirilerek, uygulanması yönünde kanaate ulaşıldığı takdirde, hiçbir isteme bağlı olmaksızın öncelikle uygulanacak, koşullarının bulunmadığı veya uygulanmaması yönünde kanaate ulaşıldığı takdirde ise diğer kişiselleştirme nedenleri değerlendirilebilecektir.”; Yar. CGK., E. 2014/71, K. 2016/42, T. 9.2.2016: “Yargıtay CGK'nun birçok kararında belirtildiği üzere, HAGB kurumu hapis ve adli para cezasına göre daha lehe bir kurumdur.”, (www.kazanci.com, SGT. 06.03.2018).

³⁷³ **Tuğrul Katoğlu**, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması (**Zaman Yönünden Uygulanması**), Seçkin Yay., Ankara 2008, s. 28, 29.

³⁷⁴ **Toroslu – Feyzioğlu**, s. 3; **Taner**, “*Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesinin...*”, s. 289.

faaliyetleriyle bu faaliyetlerde görev alan makamların görev ve yetkilerini belirlemeyi ve cezai neticelerin faile uygulanmasını sağlayan normlar ceza muhakemesi normlarıdır.³⁷⁵

Bir görüşe göre hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının hangi nitelikte bir norm olduğunu belirlemek konusunda kesin bir sonuca varmak mümkün olmasa da muhakeme hukuku kurumu olduğu yönündeki gerekçeler daha kuvvetlidir. Nitekim bu görüşe göre, kişi özgürlüğü ile ilişkisinden yola çıkılarak kurumun maddi ceza hukuku yönünün olduğunun söylenmesi hatalı olacaktır. Zira bütün ceza muhakemesi kurum ve işlemlerinin olduğu gibi en tipik örnek olarak tutuklama koruma tedbirinin de kişi özgürlüğü ile ilişkisi vardır; ancak, kimse tutuklamanın maddi ceza hukuku kurumu olduğunu iddia etmemektedir.³⁷⁶ Bir başka görüş ise hükmün açıklanmasının ertelenmesinin bir muhakeme hukuku kurumu olduğunu, denetim süresinin iyi halli geçirilmesi halinde davanın düşürülmesi kararı verilmesine bağlamaktadır.³⁷⁷

Bir diğer görüşe göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması esas itibariyle maddi ceza hukuku normudur. Nitekim erteleme cezanın infazının şekline değil; bireyle devlet arasındaki ceza ilişkisinin kapsamına ilişkin olduğundan muhakeme hukukuna değil; maddi ceza hukukuna ait bir normdur.³⁷⁸ Nitekim devletin cezalandırma hakkının belirli bir süre

³⁷⁵ **Katoğlu**, *Zaman Yönünden Uygulanması*, s. 29, 30; **Taner**, “*Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesinin...*”, s. 289; **Toroslu – Feyzioğlu**, s. 3, 4.

³⁷⁶ **Özgenç**, “*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*”, s. 57; Bazı yazarlar gerekçe göstermeden kurumun bir muhakeme hukuku kurumu olduğunu belirtmektedir. Bu konuda bkz. **Olgun**, s. 67.

³⁷⁷ **Mahmutoğlu**, s. 356.

³⁷⁸ **Önder**, *Tecil*, s. 91, 92: Yazar, 765 sayılı TCK’de düzenlenen tecil kurumunun, failin şahsiyeti ve işlediği suç nazara alınarak uygulanan bir kurum olduğundan bahisle maddi ceza hukukuna ilişkin bir kurum olduğunu belirtmektedir.; **Erem – Danışman – Artuk**, s. 797: Yazarların açıklamaları 765 sayılı TCK’de düzenlenen tecil kurumuna ilişkin olsa da ilgili tecil kurumuyla günümüzdeki hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun mahiyetleri arasındaki benzerlik sebebiyle bahsettiğimiz görüşün hükmün açıklanmasının geri bırakılması yönünden de geçerli olduğu kanaatindeyiz; Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının, deneme süresinin sanık tarafından iyi halli geçirilmesi halinde kamu davasının düşmesine, mahkûmiyet hükmünün tüm sonuçlarıyla ortadan kalkmasına ve sanığın hiç suç

kullanılmamasına ve denetim süresinin iyi halli geçirilmesi halinde sanık bakımından bu hakkın ortadan kalkmasına vesile olmaktadır.³⁷⁹ Devletin cezalandırma hakkının düşmesinin muhakeme hukukunu da doğrudan etkilemesi ‘refleks etki’ olarak adlandırılmaktadır.³⁸⁰ Bu sebeple kurumun etkisini ceza muhakemesi hukuku alanında da göstermesi niteliğini tespit etmek bakımından yanıltıcı olmamalıdır. Nitekim bireyle devlet arasındaki cezalandırma ilişkisini ortadan kaldıran kurumların (zamanaşımı, af vb.) maddi ceza hukuku kurumu olduğu kabul edilmektedir ve bunların doğal sonucu da bir ceza muhakemesi kurumu olan davanın düşmesidir. Bu nedenle denetim süresinin iyi halli geçirilmesi halinde muhakemenin sonunda düşme kararı verilmesi; söz konusu kurumu bir maddi ceza hukuku kurumu olmaktan çıkarmayacaktır.³⁸¹

Üçüncü bir görüşe göre, kurumu düzenleyen norm, maddi ceza normunun da ceza muhakemesi normunun da özelliklerini taşıyan karma nitelikte bir normdur. Bu görüşte olanlara göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu CMK’de düzenlendiği için bir yönüyle muhakeme hukuku normu olduğuna şüphe yoktur. Ancak belirli şartlara bağlı olarak kamu davasının düşürülmesini öngören ve böylece bireyle devlet arasındaki ceza ilişkisini sona

işlememiş gibi muamele görmesine vesile olması sebebiyle etkilerini maddi ceza hukuku alanında doğurduğu yönündeki haklı görüş için bkz. **Kartal**, s. 68.

³⁷⁹ **Taner**, “*Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi...*”, s. 290; **Güngör – Okuyucu Ergün**, s. 1954; Aynı yönde bkz. **Nevzat Özsoy**, “*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*”, *İzBD.*, Y. 73, S. 1, Ocak 2008, s. 77; **Ali Tanju Sarıgül**, “*Askeri Yargıtay Kararlarında Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*” (“*Askeri Yargıtay Kararlarında*”), *Askeri Yargıtay Dergisi*, Ankara 2015, s. 6; **Ali Tanju Sarıgül**, “*Türk ve Alman Hukuku’nda Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*” (“*Türk ve Alman Hukuku*”), s. *TBBD.*, S. 118, Y. 2015, s. 132.

³⁸⁰ Bu konuda ayrıca bkz. **Önder**, II – III, s. 776.

³⁸¹ **Taner**, “*Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi...*”, s. 290; Kurumun niteliği itibarıyla sanık hakkında açılan davanın sürecinden ziyade sanığa uygulanacak müeyyideye etki etmesi sebebiyle maddi ceza normu olduğu görüşü hakkında bkz. **Aras**, s. 72; Kurumun cezanın bireyselleştirilmesiyle ilgili olduğu ve maddi ceza hukukuna ait olduğu yönündeki görüş için bkz. **Hafizoğulları – Özen**, s. 460.

erdiren nitelikte bir kurum olduğu için de maddi ceza normu yönü de vardır.³⁸² Bir görüşe göreyse, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının, deneme süresinin sanık tarafından iyi halli geçirilmesi halinde kamu davasının düşmesine, mahkûmiyet hükmünün tüm sonuçlarıyla ortadan kalkmasına ve sanığın hiç suç işlememiş gibi muamele görmesine vesile olması sebebiyle etkilerini daha ziyade maddi ceza hukuku alanında gösteren karma nitelikte bir kurumdur.³⁸³ Yargıtay da kurumun karma nitelik taşıyan bir kurum olduğunu belirtmektedir.³⁸⁴

³⁸² **Erel**, s. 331, 332; Benzer yönde bkz. **Sedat Bakıcı**, “*İstanbul Barosu 132. Yıl Kuruluş Yıldönümü Etkinlikleri, 6 Nisan 2010 tarihinde CMK Çalıştayı’nda Sunulan Tebliğ*”, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2010, s. 107; **Artuç**, B. 3, s. 7; Benzer yönde bkz. **Epözdemir**, s. 56; Benzer yönde bkz. **Kumbasar**, s. 53: Yazar, açıklananlara ilave olarak kurumu *kendine özgü karma nitelikte bir kurum* olarak tanımlamaktadır.; Benzer yönde bkz. **Turan**, s. 24 vd.: Yazara göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, mahkûmiyet hükmünün belirli bir süre açıklanmasının geri bırakılması nedeniyle muhakeme normu, bu sürenin sonunda davanın düşmesine karar verilmesi de mümkün olduğu için maddi ceza normu niteliğindedir; **Centel – Zafer**, s. 763: Yazarlar, kurumun maddi ceza hukuku ile ceza muhakemesi hukukunu yakından ilgilendirdiğini belirtmektedirler.; Centel – Zafer’le aynı yönde bkz. **Güner**, s. 183; Bir görüşe göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, muhakemenin sonunda kurulan hükme yönelik olup failin cezai sorumluluğuna ilişkin olmadığından muhakeme normu; denetim süresinin iyi halli geçirilmesi halinde faille devlet arasındaki ceza ilişkisini ortadan kaldırdığı için de maddi ceza normu özelliği taşıyan bir normdur. Bu görüş için bkz. **Orhan Özdemir**, “*6545 Sayılı Kanun Değişikliği Sonrası Uygulamada Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumuna Bakış*”, AD., S. 51, Y. 2015, s. 150; Kurumun karma nitelikte olduğuna ilişkin bir başka görüş için bkz. **Emir Kaya**, “*İnsan Hakları Açısından Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*”, ABD., Y. 71, S. 2013/3, s. 414; Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun ceza muhakemesi hukukuna yansımalarının ‘muhakemenin durması’ ve şartların gerçekleşmesi halinde ‘davanın düşmesi’ olduğu gerekçesiyle kurumun karma nitelikte olduğunu belirten bir görüş için bkz. **Akif Yıldırım**, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Seçkin Yay., Ankara 2018, s. 221.

³⁸³ **İpek**, s. 19; **Sezer – İpek**, s. 50.

³⁸⁴ Yar. CGK., E. 2006/6.MD – 346, K. 2008/25, T. 19.02.2008: “*Sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eden ve doğurduğu sonuçlar itibariyle karma bir özelliğe sahip bulunan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, denetim süresi içinde kasten yeni bir suçun işlenmemesi ve yükümlülükler uygun davranılması halinde, geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak kamu davasının 5271 sayılı CYY’nın 223. maddesi uyarınca düşürülmesi sonucu doğurduğundan, bu niteliğiyle sanık ile devlet arasındaki cezai nitelikteki ilişkiyi sona erdiren düşme*

Yargıtay, karma niteliği bulunan kurumun, maddi ceza hukukuna ilişkin yönünün dikkate alınarak TCK m. 7’de tanımlanan lehe kanunun geçmişe yürümesi ilkesi uyarınca önceki tarihli hükümlere de uygulanması gerektiğini belirtmiştir.³⁸⁵ Ancak kurumun karma nitelik taşıdığına ilişkin bu görüş, neden maddi ceza normlarının zaman bakımından uygulanmasına ilişkin TCK m. 7 kapsamında değerlendirilme yapıp da ceza muhakemesi normlarının zaman bakımından uygulanmasına ilişkin ana kural olan ‘derhal uygulanırlık’ ilkesi uyarınca değerlendirilme yapılmadığı sorusunu cevaplandıramamaktadır.³⁸⁶

Bu tartışmaya ilişkin bir değerlendirme yapmamız gerekmektedir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuyla amaçlanan hakkında CMK m. 231 kapsamında değerlendirilebilecek bir mahkûmiyet hükmü tesis edilmiş failin, cezasının infaz edilmeden yeni bir suç işlemesini önlemek suretiyle ıslah edilmesi olduğu³⁸⁷ ve öngörülen denetim süresinin iyi halli geçirilmesi halinde mahkûmiyet hükmünün kaldırılıp düşme kararı verilerek cezalandırma hukuki ilişkisinin sona erdirildiği göz önüne alındığında kurumun devletle birey arasındaki ceza ilişkisini sona erdiren bir kurum olduğu bu nedenle bir maddi ceza normu olduğu ortaya konacaktır.³⁸⁸

nedenlerinden birisini oluşturmaktadır. Müessesenin yargılama yasasında düzenlenmiş bulunması da onun karma niteliğini değiştirmeyecektir.”, (www.kazanci.com, SGT. 02.03.2018).

³⁸⁵ Yar. CGK., E. 2009/8 – 36, K. 2009/35, T. 17.02.2009 (www.kazanci.com, SGT. 02.03.2018); Doktrindeki bazı yazarlar da kurumun hem ceza hem de ceza muhakemesine ilişkin yönlerinin olduğu ancak maddi ceza hukuku yönü nazara alınarak sonradan yürürlüğe girip lehe değişiklikler getiren kanunların geçmişe yürütülebileceğini belirtmektedir. Bu görüş için bkz. **Öztürk – Erdem**, s. 489.

³⁸⁶ **Özgenç**, “*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*”, s. 57; **Ersan Şen – Mert Maviş**, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması (HAGB)*, Seçkin Yay., Ankara 2014, s. 27: Yazarlar, kurumun maddi ceza hukuku kuralı olmadığını bu anlamda TCK m. 7 kapsamında değerlendirilemeyeceğini, kurumun CMK’de düzenlendiğini ve esasında kendine özgü bir kurum olduğunu belirtmektedirler. Yazarlara göre kurum, CMK’de düzenlenen mahkûmiyet ve infaz engeli olarak tanımlanabilir.

³⁸⁷ **Toroslu – Feyzioğlu**, s. 364.

³⁸⁸ Cezalandırma hukuki ilişkisi ve bu ilişkiyi sona erdiren nedenler için bkz. **Zeki Hafizoğulları**, “*Türk Ceza Hukukunda Cezalandırma Hukuki İlişkisi ve İlişkinin Sona Ermesi Nedenleri*”, Uğur

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararından sonra başlayan denetim süresi içerisinde zamanaşımının durması da devletin cezalandırma hakkını kullanmak adına bu süre içerisinde bir işlem yapmamasının doğal bir sonucudur³⁸⁹ ve bu durum hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun devletle birey arasındaki cezalandırma hukuki ilişkisiyle ilgili görüldüğünün bir kanıtıdır. Nitekim denetim süresinin iyi halli geçirilmesi halinde dava ve ceza ilişkisinin düşmesi de devletin cezalandırma hakkını artık kullanamamasının bir sonucudur.³⁹⁰ Bu anlamda hükmün açıklanmasının geri bırakılması devletin cezalandırma hakkının sona ermesinin dayandığı özel bir şarttır³⁹¹ ve bu nedenle bir maddi ceza normudur.³⁹² Hükmün açıklanmasının geri bırakılması bir maddi ceza normu olduğu için, maddi ceza normlarına ilişkin kurallara tabi olmalıdır. Bu nedenle kıyas yasağı ve TCK m. 7/2’de yer alan zaman bakımından uygulamaya ilişkin kurallar hükmün açıklanmasının geri bırakılması için de geçerlidir. Yargıtay da yanlış gerekçeyle de olsa hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin değişikliklerde lehe kanun değerlendirmesinin yapılmasını istemektedir. Hatta kurumun kesinleşmiş, infaz edilmekte ve hukuki yarar bulunması kaydıyla infaz olunmuş hükümlere dahi uygulanmasını istemektedir.³⁹³

Alacakaptan’a Armağan, C. I, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008 (“*Cezalandırma Hukuki İlişkisi...*”), s. 387 vd. Yazar, cezalandırma hukuki ilişkisi sona erdiren nedenlerin kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak maddi ceza hukukuna ait olduğunu belirtmektedir. Bkz. s. 396.

³⁸⁹ **Taner**, Zamanaşımı, s. 96.

³⁹⁰ **Taner**, “*Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesinin...*”, s. 291.

³⁹¹ **Taner**, Zamanaşımı, s. 27.

³⁹² Devletin cezalandırma hakkı ya da yetkisinin doğmasının, değişmesinin ve ortadan kalkmasının dayandığı genel ve özel şartları belirleyen normların maddi ceza normu olduğu hakkında bkz. **Toroslu – Feyzioğlu**, s. 3; Kurumun maddi ceza hukukuna ait olduğuna ilişkin bir değerlendirme için bkz. **Baştürk**, s. 207 – 211.

³⁹³ Yar. 6. CD., E. 2007/24501, K. 2010/345, T. 21.01.2010; Yar. CGK., E. 2009/8-36, K. 2009/35, T. 17.02.2009, (www.kazanci.com, SGT. 19.11.18); Doktrinde Yargıtay’ın bu kararına katılan bir görüş için bkz. **Yusuf Solmaz Balo**, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yay., Ankara 2016, s. 41.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının hukuki niteliği başlığının altında yapacağımız bir diğer tartışma, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının bir durma kararı mı yoksa koşullu bir düşme kararı mı olduğuna ilişkindir. Bu konuda doktrindeki bir görüşe göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, erteleme süresi boyunca bir durma kararı niteliğindedir. Zira kurumun uygulanmasının koşullarının oluşması bir muhakeme engeli oluşturur. Hatırlanacağı üzere durma kararı hüküm niteliğinde olmayan kararlardan olup itiraz kanun yoluna tabidir. O nedenle bu görüşe göre CMK m. 231/12’de hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz kanun yolu öngörülmemiş olsaydı dahi karara itiraz edilebilirdi.³⁹⁴ Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının durma kararı niteliğinde olduğunu savunan bir diğer görüş, düşüncesini ortada henüz kesinleşmemiş bir hükmün bulunmasına, davanın derdest olmasına, sanık sıfatının devam etmesi ve sanık hakkında hak yoksunluklarına hükmedilmemesine ve özellikle mahkûmiyet hükmünün sonuçlarını doğurmaya başlamamasına dayandırmaktadır.³⁹⁵ Gerçekten de bu karar esasında bir durma kararıdır. Zira burada beklenmekte olan husus denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlenmemesi ve

³⁹⁴ **Centel – Zafer**, s. 763 ve dn. 173; Yargıtay 4616 sayılı kanununun 1. maddesinin 4. bendinde gösterilen süreler içinde suç işlenmemesi halinin gerçekleşmesine kadar davanın kesin hükme bağlanmasının ertelenmesi kuralını durma kararı niteliğinde görmüştür. Bkz. Yar. CGK., E. 2001/4-25, K. 2001/33, T. 27.02.2001: “*CMUK.nun 253. maddesinin 2. fıkrasında ise; "Sanığın beraatine veya mahkûmiyetine, davanın reddine veya düşmesine ve muhakemenin durmasına dair kararlar hükümdür" diye belirtilmiş; aynı maddenin 4. fıkrasında ise, "Kovuşturmanın ve dolayısıyla muhakemenin yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da şartın gerçekleşmediği anlaşılırsa, gerçekleşmesini beklemek üzere, muhakemenin durmasına karar verilir" hükmüne yer verilmiştir. Yukarıda niteliği açıklanan davanın kesin hükme bağlanmasının ertelenmesi kararının, muhakemenin yapılmasını koşula bağlayan ve gerçekleşinceye kadar usuli işlemlerin durdurulmasını gerektiren ve CMUK.nun 253/4 maddesinde ön görülen duruma uygun bir karar olduğunda kuşku yoktur.*”; 4616 sayılı kanunun niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Sancar**, s. 149 vd.

³⁹⁵ **İpek**, s. 21; Benzer yönde bkz. **Baştürk**, s. 199 – 201; Bazı yazarların kurumu, mahkûmiyet hükmünün askıya alınması olarak tanımlamasından dolayı durma kararı niteliğinde gördükleri söylenebilir. Bkz. **Toroslu – Feyzioglu**, s. 364.

denetimli serbestlik tedbirlerine riayet edilmesidir. Bu şartlar gerçekleştiğinde de ilk önce hali hazırda tesis edilmiş olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı kaldırılacak ve daha sonra muhakeme şartlarının gerçekleşmemesi sebebiyle düşme kararı verilecektir. Durma süresince de ancak durma kararına bağlanmış hukuki neticeler ortaya çıkacaktır.³⁹⁶

Bu konudaki bir diğer görüş ise, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının durma kararı niteliğinde olduğunu kabul etmenin olanaksız olduğu yönündedir. Zira bu görüşe göre, durma kararı kovuşturmanın her aşamasında verilebilir nitelikte olmasına karşılık, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilebilmesi için kovuşturmanın son aşamasına gelinmiş, sanığın suçu işlediği sabit görülmüş ve hakkında bir mahkûmiyet hükmü kurulmuş olması gerekir. Bu nedenle kurum, bir soruşturma ve kovuşturma şartı olarak görülemez. Bu görüşe göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması deneme süresinin iyi halli geçirilmesi halinde davanın düşmesine vesile olduğundan koşullu bir düşme nedenidir.³⁹⁷ Nitekim Yargıtay da kararlarında kararın koşullu bir düşme nedeni olduğunu belirtmektedir.³⁹⁸

Ancak kurumun koşullu bir düşme kararı olduğu düşüncesi yerinde değildir çünkü aslında her durma kararı koşullu bir düşme kararıdır. Hem nasıl ki kovuşturma aşamasında ortaya çıkan bir muhakeme şartının gerçekleşmesini beklemek üzere durma kararı verilmekte ve şartın gerçekleşmemesi halinde düşme kararı verilmektedir; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı bakımından da sanığın denetim süresini iyi halli geçirmesi şartının

³⁹⁶ **Balo**, s. 40.

³⁹⁷ **Kumbasar**, s. 50 – 53; Aynı yönde bkz. **Epözdemir**, s. 52.

³⁹⁸ Yar. CGK., E. 2014/71, K. 2016/42, T. 9.2.2016.; Yar. 18. CD., E. 2017/2417, K. 2017/14762, T. 12.12.2017.; Yar. 4. CD., E. 2017/19099, K. 2017/28176, T. 15.12.2017: “*Koşullu bir düşme nedeni oluşturan “hükmün açıklanmasının geri bırakılması” müessesesi, objektif koşulların (mahkûmiyet, suç niteliği ve ceza miktarı, daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmama, sanığın kabulü, zararın giderilmesi) varlığı halinde mahkemece, diğer kişiselleştirme hükümlerinden önce ve re'sen değerlendirilerek, uygulanması yönünde kanaate ulaşıldığı takdirde, hiçbir isteme bağlı olmaksızın öncelikle uygulanmalıdır.*”, (www.kazanci.com, SGT. 06.03.2018).

gerçekleşmesi halinde düşme kararı verilmekte aksi halde yargılamaya devam olunarak hüküm açıklanmaktadır.³⁹⁹ Bu sebeple biz de hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun şartlarının oluşmasını bir muhakeme engeli gibi algılıyor⁴⁰⁰ ve kararı durma kararı niteliğinde gören açıkladığımız görüşlere katılıyoruz.

III. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASININ ÖN ŞARTLARI

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının hangi şartlarda verilebileceği temelde CMK m. 231/5 – 14’te düzenlenmiştir. CMK m. 231/5: “*Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, (...) "iki yıl" veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır...*” hükmünden yola çıkarak sanık hakkında yapılan yargılama sonunda mahkûmiyet hükmü verilmesinin ve uzlaşmanın sağlanamamış olmasının hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilebilmesi için birer ‘ön şart’ olduğu sonucuna varmak gerekir. Bu başlık altında bahsi geçen iki ön şart incelenecektir.

1. MAHKÛMIYET HÜKMÜ VERİLMESİ

³⁹⁹ **Horozgil**, s. 9; Ayrıca Yargıtay kurumun koşullu bir düşme kararı olduğunu kabul ederek, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı temyiz yoluna gidilemeyeceğine ilişkin içtihadıyla da çelişmektedir. Zira düşme kararı temyizi kabil kararlardandır. Bu değerlendirme için bkz. **Hamide Zafer**, “*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına Karşı Yapılacak İtirazın İncelenme Usulü (Ceza Muhakemesi Kanunu m. 231/12)*”, İş Dünyası ve Hukuk Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan, İstanbul 2011, s. 854.

⁴⁰⁰ **Centel – Zafer**, s. 763.

CMK m. 231/5, “Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, (...) iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir.” hükmünü içermektedir. Bu hükümden anlaşılması gereken hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için sanık hakkında yapılan yargılama sonunda sanığın, yüklenen suçu işlediğinin sabit olduğuna kanaat getirilip hakkında mahkûmiyet hükmü kurulması gerektiğidir. Zira hatırlanacağı üzere sanığın suçu işlediğinin sabit olmaması halinde, mahkemenin beraat kararı vermesi gerekir.⁴⁰¹ Bu anlamda mahkeme, beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, ceza verilmesine yer olmadığı kararıyla birlikte hükmedilen güvenlik tedbiri ve düşme hükümlerinden sonra hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı veremeyeceği gibi hüküm niteliğinde olmayan durma ve adli yargı dışındaki bir yargılama makamına yönelik görevsizlik kararlarından sonra da bu kararı veremeyecektir. Öyleyse hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için ya CMK m. 223/5 uyarınca bir mahkûmiyet hükmü verilmesi ya da CMK m. 223/6 uyarınca mahkûmiyet hükmünün yanında güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi gerekecektir. Zira diğer kararlar sanık hakkında tayin edilmiş bir ‘ceza’yı içermemektedir. Bu anlamda sanık hakkında yapılan yargılama sonucunda bir ceza belirlenmeden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemeyecektir.⁴⁰²

Mahkûmiyet hükmünün konusunu oluşturan suçun kusurluluk türüne ilişkin kanunda bir belirleme yoktur. Bu nedenle açıklanması geriye bırakılan mahkûmiyet hükmünün konusunu oluşturan suç ya da suçlar kasıtlı ya da taksirle işlenmiş olabilirler.⁴⁰³

⁴⁰¹ Bkz. §1/II-2-C.

⁴⁰² **İpek**, s. 84, 85; **Epözdemir**, s. 89 – 92; **Ramazan Aksoy**, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, AD., S. 31, Y. 2008, s. 228 vd; **Kumbasar**, s. 113 – 115; **Baştürk**, s. 230 – 233; **Artuç**, B. 3, s. 78.

⁴⁰³ Bkz. **Kumbasar**, s. 113, 121; Bkz. **Baştürk**, s. 259; **İpek**, s. 103; **Töngür**, s 238.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilebilmesi için gereken mahkûmiyet hükmünün gerekçeli bir biçimde, hükümde var olması gereken bütün unsurları haiz bir şekilde açık duruşmada kurulmuş ve duruşma tutanağına geçirilmiş olması gerekmektedir.⁴⁰⁴ Bu sebeple sanık hakkında temel cezanın tayininden sonra hükmün bireyselleştirilmesine ilişkin bütün kuralların uygulanmasıyla birlikte sonuç cezanın gerekçeli olarak belirtilmesi gerekmektedir. Böylece kurulan hükmün denetlenebilme olanağı sağlanmış olacaktır.⁴⁰⁵

Bu başlık altında tartışılması gereken konulardan birisi, bir sübjektif dava birleşmesinin olduğu hallerde yani sanığın birden fazla suçtan dolayı yargılandığı davalarda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun nasıl uygulanması gerektiğine ilişkindir. Öncelikle belirtmek gerekir ki 01.06.2005'te yürürlüğe giren TCK, cezaların toplanması sistemini kabul etmediği için⁴⁰⁶, sanığın birden fazla suçtan dolayı mahkûm olduğu cezaların toplamı üzerinden kurumun uygulanıp uygulanmamasına karar vermek hatalı olacaktır. Sanık hakkında birden fazla suçtan dolayı birden fazla mahkûmiyet kararına hükmedilesi durumunda, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının her suç yönünden ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği konusunda doktrin ve Yargıtay görüş birliği halindedir. Nitekim bizim de katıldığımız bu görüşlere göre her bir mahkûmiyet kararı için hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanabilirliği tartışılacaktır. Ancak sanığın birden fazla suç işlemiş olması,

⁴⁰⁴ Daha önce de bahsedildiği üzere Yargıtay, mahkûmiyet hükmünün ayrı bir tutanağa geçirilip, kapalı bir zarfta muhafaza edilmesinin kanuna aykırılık teşkil edeceğini belirtmişti. Bu karar için bkz. Yar. 9. CD., E. 2009/15997, K. 2009/11283, T. 11.11.2009, (www.kazanci.com, SGT. 15.03.18).

⁴⁰⁵ **Epözdemir**, s. 90 – 92; **Kumbasar**, s. 114, 115; **Baştürk**, s. 234, 235; **Horozgil**, s. 38, 39; bkz. **Turan**, s. 97.

⁴⁰⁶ **Centel – Zafer – Çakmut**, s. 649.

sanığın kişilik özellikleri ve yeniden suç işleyip işlemeyeceği üzerine yapılacak değerlendirmeye konu edilebilecektir.⁴⁰⁷

2. UZLAŞMANIN SAĞLANAMAMIŞ OLMASI

CMK m. 231/5: “...Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır” ibaresini içermektedir. Bu anlamda hem uzlaştırma hem de hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanabildiği durumlarda uzlaştırma kurumuna öncelik verilecektir. Uzlaşmanın sağlanamadığı hallerde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanabilirliği tartışılacaktır.⁴⁰⁸ Nitekim CMK m. 231/5 sadece önce uzlaştırma kurumunun uygulanması gerektiğini belirtmiş ancak uzlaştırmaya tabi suçlarda hükmün açıklanmasının geri bırakılması

⁴⁰⁷ Yar. CGK., E. 2006/6.MD – 346, K. 2008/25, T. 19.02.2008: “a) Suça ilişkin koşullar;

1-Yapılan yargılama sonucu hükmolunan cezanın iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası olması, bu değerlendirme, yeni sistemde cezaların içtimal müessesine yer verilmemesi nedeniyle, her suç yönünden hükmedilen ceza miktarı dikkate alınmak suretiyle yapılacak, sanığın birden fazla suçtan mahkûmiyeti halinde, bu mahkûmiyetlerin toplamı nazara alınmayacak, ancak bu olgular, sanığın suç işleme hususu yönünden değerlendirilebilecektir.”, (www.kazanci.com, SGT. 20.03.2018); **Erel**, s. 334; **Kumbasar**, s. 115 – 127; **Baştürk**, s. 259, 260; **Horozgil**, s. 45; **Epözdemir**, s. 93, 94; bkz. **Turan**, s. 96, 97; **Centel – Zafer**, s. 764; **Şahin – Göktürk**, s. 194; **İpek**, s. 102; **Toroslu – Toroslu**, s. 451 (Yazarların açıklamaları hapis cezasının ertelenmesine ilişkin olup bu açıklamalarla bağlantısı tarafımızca kurulmuştur.).

⁴⁰⁸ **Epözdemir**, s. 94; **İpek**, s. 90; **Kumbasar**, s. 117; Yar. CGK., E. 2011/2-413, K. 2012/121, T. 27.03.2012: “...Uzlaşma ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması ayrı kurumlar olup, birbirinden farklı uygulama koşulları olduğundan, öncelikle sanık lehine düzenleme olduğunda kuşku bulunmayan uzlaştırma işlemi yapılmalı, uzlaştırmanın sonuçsuz kalması halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanma olanağı olup olmadığı ayrıca değerlendirilmelidir. Diğer bir anlatımla, sanığın uzlaşmayı kabul etmemesi ve bu sebeple uzlaştırmanın sağlanamaması durumunda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanmasının olanaklı olmadığı sonucuna varılmamalı, yargılama sonucunda koşullarının varlığı halinde C.M.K.nın 231/5. maddesinin uygulanmasının olanaklı olduğu kabul edilmelidir.”

kurumunun uygulanmasını yasaklamamıştır.⁴⁰⁹ Her ne kadar doktrinde uzlaşma teklifini hangi tarafın reddettiği üzerinden, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanıp uygulanmamasına ilişkin bir tartışma gerçekleştirilmiş ve uygulamadaki bazı tereddütler giderilmeye çalışılmışsa da biz çalışmamızın kapsamı dışında bulduğumuz bu tartışmaya⁴¹⁰

⁴⁰⁹ **Turan**, s. 58 vd.; **Balo**, s. 50.

⁴¹⁰ Bu tartışma için bkz. **Turan**, s. 61 vd.; **Baştürk**, s. 242 – 244; Bkz. **Aras**, s. 76: Yazar, uzlaşmanın gerçekleşmemesi halinde eğer mağdur ya da suçtan zarar gören uzlaşmayı kabul etmemiş sanık kabul etmişse sanık hakkında CMK m. 231’de yer alan şartların da gerçekleşmesi halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebileceğine; uzlaşma teklifinin mağdur ya da suçtan zarar gören tarafından kabul edilip de sanık tarafından kabul edilmediği hallerde ise CMK m. 231’de yer alan koşullar gerçekleşse dahi hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceğini belirtmektedir.; Esasen bu görüşün ve bu tartışmanın temel kaynağı 5560 sayılı kanunun gerekçesinde yer alan şu ifadelerden kaynaklıdır: “*Beşinci fıkrada, uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı tutulmaktadır. Böylece, yargılama konusu fiil 255 inci madde uyarınca uzlaşmaya tabi ise, öncelikle uzlaşma yoluyla uyuşmazlığın sona erdirilmesi denenecektir. Uzlaşma gerçekleştiği takdirde, mahkeme, uzlaşma sonucunda sanığın edimini defaten yerine getirmesi halinde, davanın düşmesine karar verir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksidde bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde; sanık hakkında, şartları aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir. Uzlaşma gerçekleşmediği takdirde ise, mahkeme; mağdur veya suçtan zarar görenin uzlaşmayı kabul etmemesi halinde, şartları aranmaksızın, uzlaşmayı kabul eden sanık hakkında kovuşturma konusu suçla ilgili olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verebilir. Mağdur veya suçtan zarar görenin uzlaşmayı kabul etmesine rağmen sanığın kabul etmemesi halinde, 231 inci maddedeki şartlar gerçekleşmiş olsa bile, sanık hakkında kovuşturma konusu suçla ilgili olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez.*” Bkz: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1255m.htm>.; Gerekçenin bu şekilde yazılmasının sebebi ise yasalasmayan CMK m. 254/2 hükmüdür: “*Uzlaşma gerçekleşmediği takdirde, mahkeme, mağdur veya suçtan zarar görenin uzlaşmayı kabul etmemesi halinde, 231 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, uzlaşmayı kabul eden sanık hakkında kovuşturma konusu suçla ilgili olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verebilir. Mağdur veya suçtan zarar görenin uzlaşmayı kabul etmesine rağmen sanığın kabul etmemesi halinde, 231 inci maddedeki şartlar gerçekleşmiş olsa bile, sanık hakkında kovuşturma konusu suçla ilgili olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez.*”. Yasalasmayan bu madde hükmü karşısında 5560 sayılı kanunun gerekçesini de dikkate almamak gerekir zira gerekçenin herhangi bir bağlayıcılığı yoktur. Dolayısıyla şu an yürürlükte olan mevzuat hükümleri uyarınca uzlaşmanın sağlanamaması halinde eğer koşulları varsa hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanması söz konusu olabilecektir.

girmeyerek, uzlaşmanın hangi sebeple olursa olsun sağlanamaması halinde eğer şartları varsa hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanabileceğini ve buna yasal bir engel olmadığını belirtiyoruz.⁴¹¹

CMK kapsamında uzlaştırma kurumunun uygulanabilmesi, CMK m. 253/1 kapsamında belirtilen suçların işlenmesi durumunda fail ile mağdur ya da suçtan zarar gören gerçek ya da özel hukuk tüzel kişinin uzlaştırılması girişimiyle sağlanabilmektedir. Uzlaştırma kurumunun uygulanmasının üç temel şartı bulunmaktadır: Suçun uzlaştırma kapsamında yer alan bir suç olması; kamu davası açılması gereken yeterli suç şüphesinin bulunması; fail ile mağdurun bir edim üzerinde anlaşmış edimin ifasını gerçekleştirmiş olmaları.⁴¹²

CMK kapsamında uzlaştırma, soruşturma evresinde ve kovuşturma evresinde uzlaştırma olmak üzere iki alt başlığa ayrılabilir. Soruşturma evresindeki uzlaştırma CMK m. 253/19⁴¹³'da düzenlenmektedir. Kanunda her ne kadar bir açıklık bulunmasa da uzlaşmanın gerçekleşmemesi durumunda diğer şartlarında bulunması halinde kamu davası açılacaktır. Zira CMK m. 253/8'in "*Uzlaşma teklifinde bulunulması veya teklifin kabul edilmesi, soruşturma*

⁴¹¹ Aynı yönde bkz. **Balo**, s. 50; Aynı yönde bkz. **Horozgil**, s. 47, 48; Aynı yönde bkz. **Yıldırım**, s. 226 – 228.

⁴¹² **Veli Özer Özbek**, "*Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Kurumunun 6763 Sayılı Kanun Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi*", CHD., C. 11, S. 32, Aralık 2016, s. 8 vd.

⁴¹³ **CMK m. 253/19**: "*Uzlaşma sonucunda şüphelinin edimini def'aten yerine getirmesi halinde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksidde bağlanması veya süreklilik arzetmesi halinde, 171 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararından sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, 171 inci maddenin dördüncü fıkrasındaki şart aranmaksızın, kamu davası açılır. Uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır. Şüphelinin, edimini yerine getirmemesi halinde uzlaşma raporu veya belgesi, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesinde yazılı ilam mahiyetini haiz belgelerden sayılır.*"

konusu suça ilişkin delillerin toplanmasına ve koruma tedbirlerinin uygulanmasına engel değildir.” şeklindeki hükmü de bu görüşü destekler niteliktedir.⁴¹⁴

Kovuşturma evresinde uzlaştırmanın nasıl olacağına ilişkin düzenleme ise “Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği”⁴¹⁵nin (CMUY) 22. maddesinde⁴¹⁶ ve CMK m. 254/1⁴¹⁷,de yer almıştır. 6763 sayılı kanunla değişiklikten sonra mahkeme, kovuşturma konusu suçun uzlaştırma kapsamında olduğunu anladığı takdirde uzlaştırmayı kendisi yapmayacak ve

⁴¹⁴ Bu görüş ve uzlaştırmanın prosedürüne ilişkin daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Özbek**, s. 16, 17.

⁴¹⁵ RG. 5.8.2017/30145.

⁴¹⁶ **CMUY m. 22:** “Kamu davası açıldıktan sonra aşağıdaki durumların varlığı hâlinde, uzlaştırma işlemleri mahkemenin talebi doğrultusunda Kanunun 253 üncü maddesinde belirtilen esas ve usule göre uzlaştırma bürosunca yerine getirilir:

a) Kovuşturma konusu suçun hukukî niteliğinin değişmesi nedeniyle uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması,

b) Soruşturma evresinde uzlaşma teklifinde bulunulması gerektiğinin ilk olarak kovuşturma evresinde anlaşılması,

c) Cumhuriyet savcısı tarafından iddianame düzenlenmeksizin, iddianame yerine geçen belge ile doğrudan mahkeme önüne gelen uzlaşmaya tâbi bir suçun varlığı,

ç) Kovuşturma evresinde kanun değişikliği nedeniyle suçun uzlaşma kapsamına girmesi.”

⁴¹⁷ **CMK m. 254/1:** “Kamu davası açıldıktan sonra kovuşturma konusu suçun uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması halinde, kovuşturma dosyası, uzlaştırma işlemlerinin 253 üncü maddede belirtilen esas ve usule göre yerine getirilmesi için uzlaştırma bürosuna gönderilir.”

dosyayı uzlaştırma bürosuna gönderecektir. Kovuşturma evresinde uzlaşmanın hukuki sonuçları bakımından CMUY. m. 27⁴¹⁸, CMK m. 254/2⁴¹⁹,ye paralel bir düzenleme getirmiştir.

CMUY. m. 27/2'de belirtilen durumun gerçekleşmesi halinde, uzlaşma belgesinde belirtilen süre denetim süresi olacak; uzlaşma tutanağına bağlanan edimin zamanında yerine getirilmesi ise sanığa yüklenen yükümlülük olacaktır. Bu sebeple burada “özel bir denetim süresi” olduğundan bahsedilmiştir.⁴²⁰ Birtakım yazarlar ise uzlaşma durumunda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasına ilişkin tamamen özel bir kural getirildiğini belirtmişler ve bu kuralı “uzlaşmada edimin ifasını beklemek üzere hükmün

⁴¹⁸ CMUY m. 27: “(1) Uzlaşma gerçekleştiği takdirde, mahkeme, uzlaşma sonucunda sanığın edimini def’aten yerine getirmesi hâlinde, davanın düşmesine karar verir.

(2) Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arzetmesi hâlinde; sanık hakkında, Kanunun 231 inci maddesindeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir. Geri bırakma süresince zamanaşımı işlemez.

(3) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmesi hâlinde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak davanın düşmesine karar verilir.

(4) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi hâlinde, mahkeme tarafından, Kanunun 231 inci maddesinin on birinci fıkrasındaki şartlar aranmaksızın hüküm açıklanır.

(5) Sanığın, edimini yerine getirmemesi hâlinde uzlaştırma raporu 2004 sayılı Kanunun 38 inci maddesinde yazılı ilâm mahiyetini haiz belgelerden sayılır.”

⁴¹⁹ CMK m. 254/2: “Uzlaşma gerçekleştiği takdirde, mahkeme, uzlaşma sonucunda sanığın edimini def’aten yerine getirmesi halinde, davanın düşmesine karar verir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arzetmesi halinde; sanık hakkında, 231 inci maddede ki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir. Geri bırakma süresince zamanaşımı işlemez. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, mahkeme tarafından, 231 inci maddenin onbirinci fıkrasındaki şartlar aranmaksızın, hüküm açıklanır.”

⁴²⁰ İpek, s. 91; Bu halde denetim süresi değil zararın giderilmesine ilişkin bir süreç olduğuna ilişkin bkz. Centel – Zafer, s. 767.

açıklanmasının ertelenmesi” olarak adlandırmışlardır.⁴²¹ Kimi yazarlar bu uygulamayı “zorunlu hükmün açıklanmasının geri bırakılması” olarak adlandırırken;⁴²² kimi yazarlar ise burada “uzlaşmayla bağlantılı özel bir hükmün açıklanmasının geri bırakılması düzenlemesi” olduğunu belirtmişlerdir.⁴²³

CMK m. 231’de yer alan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanıp uygulanmaması yönünde mahkemeye verilmiş takdir yetkisi, CMK m. 254/2’nin uygulandığı hallerde bir zorunluluğa dönüşmüştür. Zira CMK m. 254/2’de yer alan “*Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arzetmesi halinde; sanık hakkında, 231 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir...*” ibaresi hâkimin takdir yetkisini ortadan kaldıran bir ibaredir ve bu düzenlemeyle CMK m. 231’de yer alan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin şartlar uygulama dışı bırakılmaktadır.⁴²⁴

Bu noktada incelenmesi gereken bir husus vardır. CMK m. 254/2, “*...Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, mahkeme tarafından, 231 inci maddenin onbirinci fıkrasındaki şartlar aranmaksızın, hüküm açıklanır.*” hükmünü haizdir. Peki mahkeme hangi hükmü açıklayacaktır? Nitekim hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanabilmesi için ortada bir mahkûmiyet hükmünün olması gerekir. Ancak uzlaştırma kurumunun uygulanabilmesi için böyle bir şart yoktur. Kovuşturma aşamasında uzlaştırma kurumunun uygulanması doğası gereği çoğunlukla bir hüküm tesisinden önce olmaktadır. Örneğin kovuşturma evresinin başlarında, işlendiği iddia olunan fiilin bir kanun değişikliği ile

⁴²¹ **Baştürk**, s. 240.

⁴²² **Erhan Günay**, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Seçkin Yay., Ankara 2010, s. 31, 32.

⁴²³ **Kumbasar**, s. 118.

⁴²⁴ **Kumbasar**, s. 118; benzer yönde bkz. **Baştürk**, s. 241: Yazar bu durumu bir istisna olarak nitelendirmektedir.

uzlaştırma kapsamındaki suçlar arasına alınması halinde mahkeme uzlaştırma işlemlerinin yapılması için dosyayı uzlaştırma bürosuna gönderecektir. Uzlaştırmacı, tarafların uzlaşmasını sağlar ve edimin takside bağlanmasına karar verirse mahkeme hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verecektir. Bu durumda fail, edimini zamanında yerine getirmese mahkeme hangi hükmü açıklayacaktır? Bu konudaki şahsi görüşümüz, uzlaşma sonucunda edimin ileri bir tarihe bırakılması, takside bağlanması ya da süreklilik arz etmesi hali, bu süreç boyunca bir muhakeme engeli teşkil eder ve mahkemenin bu aşamada vermesi gereken karar **durma kararıdır**. Bu nedenle derhal bir kanun değişikliğine gidilmeli ve CMK m. 254/2 ve ona paralel olarak CMUY m. 27 değiştirilerek; uzlaşma neticesinde edimin ileri bir tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde mahkemenin vermesi gereken karar, ‘durma kararı’ olarak değiştirilmelidir.⁴²⁵

IV. SUÇA VE CEZAYA İLİŞKİN ŞARTLAR

1. SUÇA İLİŞKİN ŞARTLAR VE KURUMUN UYGULANAMAYACAğI SUÇLAR

CMK m. 231/5, “*Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir.*” hükmünü haizdir. Bu hüküm uyarınca kural olarak bütün suçlar bakımından kurum uygulanabilir hale gelmektedir. Zira aktarılan hüküm kurumun uygulanabilmesi bakımından suç tipleri arasında herhangi bir ayırım

⁴²⁵ Aynı yönde ve daha geniş kapsamlı bir değerlendirme için bkz. **Yaprak Öntan**, “*Kovuşturma Evresinde Uzlaşmanın Sonucu Olarak Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı Verilmesinin Yerindeliliği*”, İnÜHFD., C. 9, S. 1, Y. 2018, s. 68 – 71.

yapmamıştır.⁴²⁶ CMK m. 231/5 açıkça suçtan bahsetmektedir. Öyleyse açıklanması geri bırakılan hüküm, ceza normuyla yasaklanmış bir fiil hakkında olmalıdır. Bu sebeple kabahat olarak nitelendirilip, idari yaptırıma bağlanan fiiller kurumun uygulama alanı dışında kalacaktır.⁴²⁷

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanabileceği suçlar bakımından, failin çocuk ya da yetişkin olması arasında bir farklılık gözetilmemiştir. Kurumun, suça sürüklenen çocuklar yönünden farklılık gösteren tek hususu, denetim süresi bakımındandır. Daha önce de belirtildiği üzere gerçekleştirilen suçun manevi unsurunun ne olduğunun bir önemi olmadığı gibi; failin asli fail ya da ferî fail olmasının da kurumun uygulanıp uygulanmamasına bir etkisi yoktur.⁴²⁸ Ayrıca suçun özel görünüş şekillerinden birinin gerçekleşmiş olmasının da kurumun uygulanıp uygulanmamasına bir etkisi yoktur.⁴²⁹

Kural, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının kanunda belirtilen diğer şartların da sağlanması halinde bütün suç tipleri bakımından uygulanmasıyken zaman içerisinde bu kurala bazı istisnalar getirilmiştir. Bu istisnalar, CMK ve diğer kanunlarda yer alan açık birer yasaklayıcı norm olarak karşımıza çıktığı gibi, içtihatlarla kurumun uygulanamayacağını tespit edildiği birtakım suçlar olarak da karşımıza çıkmaktadır.⁴³⁰

⁴²⁶ **Günay**, s. 72; **Kumbasar**, s. 120.

⁴²⁷ **Günay**, s. 72; **Kumbasar**, s. 121, 122; **Baştürk**, s. 259.

⁴²⁸ **Kumbasar**, s. 121; **Artuç**, B. 3, s. 100.

⁴²⁹ **Baştürk**, s. 259.

⁴³⁰ **Günay**, s. 72; **Baştürk**, s. 258; **Kumbasar**, s. 121; Bazı yazarlar yargı kararlarıyla kurumun uygulanmasına ihtiyaç ve imkân olmadığı durumları “*kendi içinde bir tazmin, ödeme veya zararın giderilmesine bağlı olarak, açılan kamu davasının düşmesine veya cezanın ortadan kaldırılmasına karar verilmesini gerektiren suçlar...*” olarak nitelendirmektedir. Bu nitelendirme için bkz. **Bilal Gündüz**, “(Son Değişiklikler Işığında) Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, ABD., Y. 66, S. 1, Y. Kış 2008, s. 159. Ancak bu nitelendirmeye kısmen katılabilmekteyiz. Zira yargı kararlarıyla kurumun uygulanamayacağı suçlar arasında ileride açıklanacağı üzere işkence suçu da yer almakta olup işkence suçu bu nitelendirme kapsamında değildir; Doktrindeki bir görüş, erteleme kurumunun amacının,

Hatırlanacağı üzere 5728 sayılı kanunla birlikte kurum, sadece soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar bakımından değil kural olarak her suç tipi bakımından uygulanabilir hale gelmiştir. Ancak yine 5728 sayılı yasa ile CMK m. 231/14, “*Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, Anayasanın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaz.*” şeklinde değiştirilmiştir. Öyleyse incelenecek ilk istisna Anayasa m. 174 ile koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlar olacaktır. Ancak derhal belirtmemiz gerekir ki, 5728 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği 08.02.2008 tarihinden önce işlenen ve Anayasa m. 174 kapsamında korunan suçlar bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu lehe yasanın yürürlük ötesi uygulanabilirliği ilkesi gereği uygulama alanı bulacaktır.⁴³¹

A. ANAYASA’NIN 174. MADDESİNDE KORUMA ALTINA ALINAN İNKILAP KANUNLARINDA YER ALAN SUÇLAR

a. Tevhidi Tedrisat Kanunu

03.03.1340 (3 Mart 1924) tarihinde kabul edilmiş olan 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunuyla⁴³² ülke genelindeki tüm bilim ve eğitim kurumları Maarif Vekaleti (Milli Eğitim Bakanlığı) çatısı altında birleştirilmiştir. Kanun birtakım yükümlülükler getirmekle birlikte yükümlülüklerin ihlali halinde uygulanacak herhangi bir yaptırım belirtmemiş ve bir ceza

cezanın “suça” değil “suçluya” uydurulması olduğundan bazı hususları ve bazı suçları erteleme kurumunun dışında bırakmanın sebebinin belirsiz olduğunu belirtmiştir. Bu görüş için bkz. **Önder**, Tecil, s. 174.

⁴³¹ **Kumbasar**, s. 134.

⁴³² RG. 6.3.1340/63.

normu ihdas etmemiştir.⁴³³ Bu kanunu daha sonra 14.06.1973 tarihli ve 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu⁴³⁴; 08.06.1965 tarihli ve 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu⁴³⁵ ve 625 sayılı kanunu ilga ederek 08.02.2007 tarihinde kabul edilip 14.02.2007 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5580 sayılı Özel Öğretim kurumları Kanunu⁴³⁶ takip etmiştir. Bu kanunlara aykırı olarak eğitim kurumu açmanın cezası 30.04.2013 tarihine kadar TCK m. 263'te düzenlenmekteydi.⁴³⁷ Ancak bu madde 17.04.2013 tarihli 6460 numaralı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un⁴³⁸ 13. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Bu değişiklik iptal davası yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürülmüş, ilgili değişikliğin Anayasa'nın 2., 5., 11., 42. ve 174. maddelerine aykırılığı ileri sürülmüş olsa da Anayasa Mahkemesi oy çokluğuyla 6460 sayılı kanunun 13. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir.⁴³⁹

Şüphesiz ki bu değişiklik ve Anayasa Mahkemesi'nin ret kararı başlı başına tartışılması gereken bir konudur ancak çalışmanın sınırlarını aşmamak adına TCK m. 263'ün yürürlükten kaldırılmasına ilişkin değerlendirmelerimizi burada sunmuyoruz.

6460 değişikliğiyle birlikte, TCK m. 263 yürürlükten kalkmış ve böylece kanuna aykırı eğitim kurumu açmak cezasız hale gelmiştir. Öyleyse Tevhidi Tedrisat Kanunu ve yukarıda sayılan diğer kanunlara aykırılık teşkil eden eylemleri ceza normuyla yasaklayan bir norm kalmamıştır. Bu nedenle bu kanunlar kapsamında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun işletilebileceği bir durum da artık bulunmamaktadır.

⁴³³ Günay, s. 373; Kumbasar, s. 134; Baştürk, s. 262; Artuç, B. 3, s. 11.

⁴³⁴ RG. 24.6.1973/14574.

⁴³⁵ RG. 18.06.1965/12026.

⁴³⁶ RG: 14.02.2007/26434.

⁴³⁷ **Mülga TCK m. 263:** “(1) Kanuna aykırı olarak eğitim kurumu açan veya işleten kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.”

⁴³⁸ RG. 30.04.2013/28663.

⁴³⁹ AYM., E. 2013/76, K. 2013/144, Karar Günü: 28.11.2013.

b. Şapka İktisası Hakkında Kanun

25.11.1925 tarihinde kabul edilen 671 sayılı Şapka İktisası Hakkında Kanun⁴⁴⁰ 1. maddesiyle “*Türkiye Büyük Millet Meclisi azaları ile idarei umumiye ve hususiye ve mahalliyeye ve bilümun müessesata mensup memurin ve müstahdemin Türk milletinin iktisa etmiş olduğu şapkayı giymek mecburiyetindedir. Türkiye halkının da umumi serpuşu şapka olup buna münafi bir itiyadın devamını hükümet meneder.*” kuralını getirmiştir. Bu kanuna aykırı davranışlar 2.3.2014 tarihli ve 6529 sayılı Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁴⁴¹ yürürlüğe girene kadar TCK m. 222⁴⁴² ile yasaklanmaktaydı. Ancak adı geçen kanunla, TCK m. 222 “*son derece sınırlı uygulaması*” olduğu gerekçesiyle⁴⁴³ yürürlükten kaldırılmıştır. Ortada 671 sayılı kanuna aykırılık halini yasaklayan bir ceza normu kalmayınca, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanma kabiliyeti de kalmamıştır.

c. Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar ile Bir Takım Unvanların Men ve İlgasına Dair Kanun

30.11.1925 tarihli ve 677 sayılı Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar ile Bir Takım Unvanların Men ve İlgasına Dair Kanun 1. maddesiyle tekke,

⁴⁴⁰ RG. 28.11.1925/230.

⁴⁴¹ RG. 13.3.2014/28940.

⁴⁴² **Mülga TCK m. 222:** “(1) 25.11.1925 tarihli ve 671 sayılı Şapka İktisası Hakkında Kanunla, 1.11.1928 tarihli ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanunun koyduğu yasalara veya yükümlülüklerle aykırı hareket edenlere iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir.”

⁴⁴³ Kanunun gerekçesi için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0869.pdf> (SGT. 05.04.2018).

zaviye ve türbeler kapatılmış; şeyhlik, dervişlik, müritlik, dedelik, seyitlik, halifelik, falcılık, büyücülük gibi unvan ve sıfatların kullanımı yasaklanmıştır. Yasanın birinci maddesi bu yasakları belirttikten sonra, ilgili fiilleri işleyenlere uygulanacak cezai yaptırımını da belirtmiştir. CMK m. 231/14'ün açık ifadesi karşısında bu fiilleri işleyenler hakkında CMK m. 231/5 ve devamı fıkralarında yer alan şartlar gerçekleşmiş olsa dahi hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu uygulanamayacaktır.

d. Evlenme Akdinin Evlendirme Memuru Önünde Yapılacağına Dair Medeni Nikah Esası İle Aynı Kanununun 110 Uncu Maddesi Hükmü

17.02.1926 tarihinde kabul edilen 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi⁴⁴⁴ evlenmenin evlendirme memuru önünde yapılacağını belirterek medeni nikah esasını getirmiş ve 110. maddesiyle⁴⁴⁵ resmi nikah tamamlanmadan dini nikah yapılamayacağını hüküm altına almıştır. Ancak 22.11.2001 tarihinde kabul edilerek 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanun'u (TMK)⁴⁴⁶, 743 sayılı kanunu ilga etmiştir. TMK'nin 141 ve devamı⁴⁴⁷

⁴⁴⁴ RG. 04.04.1924/339.

⁴⁴⁵ **Mülga Türk Kanunu Medenisi m. 110:** – “Evlendirme memuru merasimin hitamı üzerine derhal kararı ve kocaya bir evlenme kağıdı verir. Evlenme kağıdı ibraz edilmeden, evlenmenin dini merasimi yapılamaz. Bununla beraber evlenmenin tamamıyeti dini merasimin icrasına mütevakkıf değildir.”

⁴⁴⁶ RG. 8.12.2001/24607.

⁴⁴⁷ **I. Tören yeri**

MADDE 141.- Evlenme töreni, evlendirme dairesinde evlendirme memurunun ve ayırt etme gücüne sahip ergin iki tanığın önünde açık olarak yapılır. Ancak, tören evleneceklerin istemi üzerine evlendirme memurunun uygun bulacağı diğer yerlerde de yapılabilir.

2. Törenin şekli

MADDE 142.- Evlendirme memuru, evleneceklerden her birine birbiriyle evlenmek isteyip istemediklerini sorar. Evlenme, tarafların olumlu sözlü cevaplarını verdikleri anda oluşur. Memur, evlenmenin tarafların karşılıklı rızası ile kanuna uygun olarak yapılmış olduğunu açıklar.

3. Aile cüzdanı ve dini tören

maddeleri Anayasa m. 174'ün atıf yaptığı mülga 743 sayılı kanunun 110. ve diğer ilgili maddelerine denk gelecek şekilde düzenlenmiştir.⁴⁴⁸

TMK'nin 141 ve devamı maddelerine uygun olarak düzenlenmiş TCK'nın 230. maddesinin 5. ve 6. fıkraları⁴⁴⁹ Anayasa Mahkemesinin 10.06.2015 tarih ve 29382 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan iptal kararıyla⁴⁵⁰ Anayasa'nın 13., 20., ve 24., maddelerini ihlal ettiği gerekçesiyle iptal edilmiştir.⁴⁵¹

TCK m. 230'un 1., 2., ve 3. fıkralarında tanımlanan suç tipleri Anayasa m. 174/4'te yer alan fiillerden olmadığı için bu fiilleri ika etmiş kişiler hakkında CMK m. 231/5 ve devamı fıkralarında yer alan objektif şartların da oluşması halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu uygulanabilecektir.⁴⁵² Ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanma imkânı olmayan TCK m. 230/5 ve 230/6 yürürlükte olmadığı için, kurumun uygulanma imkanına ilişkin bir değerlendirme yapılamayacaktır.⁴⁵³ Bir başka

MADDE 143.- Evlenme töreni biter bitmez evlendirme memuru eşlere bir aile cüzdanı verir.

Aile cüzdanı gösterilmeden evlenmenin dini töreni yapılamaz.

Evlenmenin geçerli olması dini törenin yapılmasına bağlı değildir.

⁴⁴⁸ **Epözdemir**, s. 121.

⁴⁴⁹ **TCK m. 230/5:** “Aralarında evlenme olmaksızın, evlenmenin dinsel törenini yaptıranlar hakkında iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir. Ancak, medeni nikah yapıldığında kamu davası ve hükmedilen ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar.”

TCK m. 230/6: “Evlenme akdinin Kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden bir evlenme için dinsel tören yapan kimse hakkında iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir.”

⁴⁵⁰ AYM., E. 2014/36, K. 2015/51, Karar Günü: 27.05.2015, RG. 10.06.2015/29382.

⁴⁵¹ Çalışmanın kapsamı dışına çıkmak istemediğimiz için girmediğimiz ancak pek çok açıdan sakıncalı bulduğumuz bu iptal kararının özellikle çocukların cinsel istismarı yönünden yaratacağı sorunlara dikkat çekilen ve bizim de katıldığımız görüşleri içeren bir çalışma için bkz. **Fahri Gökçen Taner**, “Anayasa Mahkemesi'nin Çocukların Cinsel İstismarına Ve Evlenmenin Dinsel Törenine İlişkin İptal Kararlarının Ardından Çok Katmanlı Bir Çözüm Önerisi”, TBBĐ., S. 124, Y. Mayıs – Haziran 2016, s. 226 vd.

⁴⁵² **Kumbasar**, s. 137; **Baştürk**, s. 266; **Artuç**, B. 3, s. 15, 16.

⁴⁵³ **Epözdemir**, s. 121 – 123.

ifadeyle, ortada resmi nikahtan önce dini nikah yapılmasını yasaklayan bir ceza normu olmadığı için hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu da uygulanma kabiliyeti bulamayacaktır.

e. Beynelmielel Erkamın Kabulü Hakkında Kanun

1288 sayılı Beynelmielel Erkamın Kabulü Hakkında Kanun⁴⁵⁴ devlet, vilayet ve belediye gibi resmi daire ve kurumlarda beynelmielel (uluslararası) rakamların kullanılmasını mecbur tutmuştur. Ne 1288 sayılı kanun ne de bir başka kanun, 1288 sayılı kanunun 1. maddesine aykırılığı bir ceza normuyla yasaklamıştır. Dolayısıyla bu kanuna aykırılık halinde bir ceza soruşturması ve kovuşturması başlamayacağı için hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu da uygulanma kabiliyeti bulamayacaktır.⁴⁵⁵

f. Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun

1.11.1928 tarihinde kabul edilen 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun⁴⁵⁶ Türkçeyi yazmak için kullanılan Arap harfleri yerine Latin esasından alınan harfleri kabul etmiştir. Bu kanunun yayımı tarihinden itibaren devletin bütün daire ve kurumlarında; şirket, dernek ve özel kuruluşlarda Türk harfleriyle yazılan yazıların kabulünü ve işleme konmasını zorunlu tutmuştur. Bu kanuna aykırı davranış 13.03.2014 tarihine TCK m. 222⁴⁵⁷,de yasaklanmakta iken 6529 sayılı kanunun 16/e maddesiyle birlikte yürürlükten

⁴⁵⁴ RG. 28.05.1928/900.

⁴⁵⁵ **Kumbasar**, s. 137; **Baştürk**, s. 266, 267.

⁴⁵⁶ RG. 3.11.1928/1030.

⁴⁵⁷ **Mülga TCK m. 222**: “(1) 25.11.1925 tarihli ve 671 sayılı Şapka İktisası Hakkında Kanunla, 1.11.1928 tarihli ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanunun koyduğu yasaklara veya yükümlülüklerle aykırı hareket edenlere iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir.”

kaldırılmıştır. Yürürlükte 1353 sayılı kanuna aykırılığı cezalandıran bir ceza normu olmadığı için hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu da uygulama kabiliyeti bulamayacaktır.

g. Efendi, Bey, Paşa gibi Lakap ve Unvanların Kaldırıldığına Dair Kanun

26.11.1934 tarihli 2590 sayılı Efendi, Bey, Paşa gibi Lakap ve Unvanların Kaldırıldığına Dair Kanun⁴⁵⁸ Ağa, Hacı, Hafız, Hoca, Molla, Efendi, Bey, Beyefendi, Paşa, Hanım, Hanımefendi ve Hazretleri gibi lakap ve unvanları kaldırmıştır (2590/m. 1). Ayrıca savaş madalyalarını hariç tutmak kaydıyla sivil ve rütbe ve resmi nişan ve madalyaları kaldırmıştır ve bu madalyaların kullanımını yasaklamıştır. Türklerin yabancı devlet nişanları taşınması da yasaklanmıştır (2590/m. 1). 2590 sayılı kanun yasaklar getirmekle birlikte herhangi bir yaptırım öngörmemiştir. TCK ve ceza normunu haiz diğer kanunlarda da 2590 sayılı kanuna aykırılığı cezalandıran bir ceza normu bulunmamaktadır. Bu nedenle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanabilme kabiliyeti de bulunmamaktadır.

h. Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun

3.12.1934 sayılı 2596 sayılı Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun⁴⁵⁹ hangi dine mensup olursa olsun din adamlarını mabet ve ayinler dışında dini kıyafetler taşınmasını yasaklamıştır. Ayrıca izcilik ve sporculuk gibi toplulukların da kendilerine özgü kıyafetlerini ve işaretlerini taşıyabilecekleri yer ve zamana ilişkin bazı düzenlemeler getirmiştir. 2596 sayılı kanun pek çok yasak getirmesine rağmen bu yasaklara aykırılık halinde uygulanabilecek bir müeyyide belirtmemiştir. TCK ve ceza normunu haiz diğer kanunlarda da 2596 sayılı kanuna

⁴⁵⁸ RG. 29.11.1934/2867.

⁴⁵⁹ RG. 13.12.1934/2879.

aykırılık halinde uygulanabilecek herhangi bir ceza normu belirtilmemiştir. Dolayısıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu uygulanma kabiliyeti bulamayacaktır.

B. 5739 SAYILI KANUNLA GETİRİLEN İSTİSNALAR

5728 sayılı kanun ile uygulama alanı genişletilmiş olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, 5739 sayılı kanun⁴⁶⁰ ile getirilen değişikliklerle yine daraltılmış ve kurumun uygulanamayacağı suç tiplerinin yani istisnaların sayısı artmıştır.⁴⁶¹

5739 sayılı kanunla birlikte 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nda⁴⁶², 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun'da⁴⁶³ ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda⁴⁶⁴ değişiklikler yaparak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasını bu kanunlar kapsamına giren suçlar bakımından *kural olarak* yasaklamıştır. Biz de üç başlık altında bu kanunlardaki ilgili değişiklikleri değerlendireceğiz.

a. 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler

5739 sayılı kanun 1. maddesiyle Askeri Ceza Kanunu'na ek 10. madde eklemiştir. 23.01.2013 tarihine kadar yürürlükte kalan Ek 10/2. madde, 1632 sayılı kanunda yer alan suçlar

⁴⁶⁰ RG. 01.03.2008/26803.

⁴⁶¹ **Kumbasar**, s. 120, 121.

⁴⁶² RG. 15.06.1930/1520.

⁴⁶³ RG. 26.06.1964/11738.

⁴⁶⁴ RG. 12.04.1991/20843 (1. Mükerrer).

bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanamayacağını düzenliyordu.⁴⁶⁵ Ancak 1632 sayılı kanunun ek 10. maddesi “...aynı hukuki durumda bulunan kişiler arasında eşitsizlik yarattığı; mahkemelerce suça etki eden faktörlerin yeterince değerlendirilip failin ve fiilin özellikleri dikkate alınarak hükmolunacak cezanın şahsileştirebilmesi imkânını ortadan kaldırdığı ve ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil ettiği...” gerekçeleriyle Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine somut norm denetimi aracılığıyla taşınmıştır. Anayasa Mahkemesi de kararında⁴⁶⁶ ilgili düzenlemenin Anayasanın 2. maddesine aykırı olduğunu belirterek iptal kararı vermiştir. Mahkeme isabetli olarak itiraz konusu bu kuralın “ceza hukukunun temel prensiplerinden olan cezanın kişiselleştirilmesi ile ölçülülük ilkesine ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırılık oluştur[duğuna]” hükmetmiştir. Zira mahkeme bu kararıyla erteleme kurumlarının niteliğini ve amacını kanun koyucuya hatırlatmış gibi görünmektedir.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararının resmî gazetede yayımlandığı 23.01.2013 tarihinden 6722 sayılı “Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”⁴⁶⁷ un yürürlüğe girdiği 14.7.2016 tarihine kadar işlenen

⁴⁶⁵ **Mülga 1632 sayılı kanun ek madde 10/2:** “Bu Kanunda yazılı suçlarla ilgili olarak 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231 inci maddesinin beş ila ondördüncü fıkraları uygulanmaz.”

⁴⁶⁶ AYM., E. 2012/80, K. 2013/16, T. 17.1.2013, RG. 23.01.2013/28537: “1632 sayılı Kanun'da düzenlenen suçlara ilişkin olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesine engel teşkil eden itiraz konusu kuralın, askeri yargının özellikleri dikkate alınarak askeri yargı sisteminde uygulanan askeri disiplinin tesisi amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, aynen erteleme ve kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar gibi hükmün ve cezanın kişiselleştirilmesi kurumlarından biridir. İtiraz konusu kuralla, askeri disiplinin tesisi gerekçesiyle suçların işleniş şekli, ağırlığı ve korunan hukuki menfaat gibi hususlarda herhangi bir ayırım gözetilmeksizin 1632 sayılı Kanun'da düzenlenen tüm suçlar yönünden hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanamaması, ceza adaleti ile güdülen amaca uygun olmadığı gibi cezanın kişiselleştirilmesinde hâkime tanınan takdir hakkını da ortadan kaldırmaktadır.”

⁴⁶⁷ RG. 14.7.2016/29770.

askeri suçlar için hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasında hiçbir engel yoktur. Nitekim hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunu düzenleyen normun maddi ceza normu olma niteliği sebebiyle 23.01.2013 tarihinden önce işlenen askeri suçlar bakımından da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanabilirliğinin mahkemelerce tartışılması gerekmektedir. Ancak 6722 sayılı kanunun 14. maddesi, 353 sayılı Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu⁴⁶⁸, na ‘Hükmün açıklanmasının geri bırakılması’ başlıklı Ek Madde 4’ü eklemiştir. 353 sayılı kanuna eklenen Ek Madde 4 ile birlikte hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu ‘kural’ olarak askeri suçlar için de uygulanabilir hale gelmiştir. Ancak kanunda gösterilen üç istisnai halde kurum uygulama alanı bulamayacaktır. Buna göre ilgili istisnalar şu şekildedir:

- *“Sırf askeri bir suçtan dolayı altı ay veya daha fazla süreli hapis cezasına hükmedilmesi.*
- *Fiilin, disiplini ağır şekilde ihlal etmesi veya birliğin güvenliğini tehlikeye düşürmesi ya da birliğin muharebe hazırlığını veya etkinliğini zafiyete uğratması ya da büyük bir zarar meydana getirmesi.*
- *Fiilin savaş veya seferberlikte işlenmesi.”*

Dolayısıyla bu istisnai hallerin gerçekleşmediği hallerde askeri suçlar için hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu uygulama alanı bulabilecektir.

b. 477 Sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun’da Yapılan Değişiklikler

5739 sayılı kanunun 2. maddesiyle 477 sayılı kanunun 63/2. maddesi *“Bu Kanunda açıkça belirtilmediği sürece, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Birinci*

⁴⁶⁸ RG. 26.10.1963/11541 (1. Mükerrer).

Kitap Üçüncü Kısım Birinci Bölüm hükümleri ve zamanaşımı süresine ilişkin hükümleri, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri ile 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun hükümleri, disiplin suç ve cezaları hakkında uygulanmaz.” şeklinde değiştirilmiştir.

477 sayılı kanunun 41. maddesi disiplin suç ve cezalarını tanımlamıştır. Buna göre, “Disiplin suçları, bu kanunun oda hapsi veya göz hapsi ile cezalandırdığı eylemlerdir. Bu kanuna göre verilecek oda veya göz hapsi cezaları üç günden iki aya kadardır. Erbaşlar hakkında asli ceza ile birlikte rütbenin geri alınması cezası da verilebilir.” Öyleyse kanun, asli ceza olarak oda hapsi ve göz hapsi şeklinde iki farklı asli ceza öngörmüştür. CMK m. 231/5 ise açıkça suçtan ve hapis veya adli para cezasından bahsetmektedir. TCK m. 45 ve devamında da suç karşılığı uygulanan yaptırımların hapis ve adli para cezası olduğunu (m. 45); hapis cezalarının da ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, müebbet hapis cezası ve süreli hapis cezası olmak üzere (m. 46) üç türü olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla 477 sayılı kanunun 41. maddesinde belirtilen oda hapsi ve göz hapsi, Türk ceza hukuku düzeni içerisinde, bir suç karşılık uygulanan birer müeyyide değildir.

Bu anlamda, 5739 sayılı kanunun 2. maddesiyle getirilen değişiklik olmasaydı dahi 477 sayılı kanunda sayılan disiplin suçları sonunda verilen cezalarda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulama alanı bulamayacağını düşünüyoruz.⁴⁶⁹

⁴⁶⁹ Doktrinde bazı görüşler, CMK'nın tanımlar başlıklı 2. maddesinin I bendini esas alarak 477 sayılı kanunda değişiklik olmasaydı da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanamayacağını ancak kanun koyucunun her ihtimale karşılık bu düzenlemeyi yapmasının isabetli olduğunu belirtmişlerdir. Bu görüş için bkz. **Epözdemir**, s. 119, 120. Fakat biz bu görüşe katılmıyoruz. Zira CMK m. 2/1 de tanımlanan disiplin hapsi “Kısmî bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen, seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, önödeme uygulanamayan, tekerrüre esas olmayan, şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adli sicil kayıtlarına geçirilmeyen hapsi, ifade eder.”. Örneğin CMK m. 60'da düzenlenen yasal bir sebep

c. 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler

5739 sayılı kanunun 3. maddesiyle Terörle Mücadele Kanunu'nun 13. maddesi⁴⁷⁰ değiştirilmiş ancak bu düzenleme 5.7.2012 tarihine kadar yürürlükte kalmıştır. Zira 2.7.2012 tarih ve 6352 sayılı kanun⁴⁷¹ 105/1-b bendiyle 3713 sayılı kanunun 9. ve 13. maddelerini yürürlükten kaldırmıştır. 6352 sayılı kanunla değişiklikten sonra 3713 sayılı kanun kapsamında işlenen suçlar hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasını yasaklayan bir norm kalmadığı için artık diğer şartların da bulunması halinde Terörle Mücadele Kanunu'nda belirtilen suçları işleyen kişiler hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu uygulanabilecektir.

olmaksızın tanıklıktan veya yeminden çekinen tanık hakkında uygulanabileceği belirtilen disiplin hapsi bu mukabildir. Bu anlamda CMK m. 2/1'de tanımlanan disiplin hapsi ile 477 sayılı kanunda belirtilen disiplin suçları karşısında uygulanan oda hapsi ve göz hapsi farklı nitelikte olup birbirlerine karıştırılmaması gerekir.

477 sayılı kanun kapsamındaki disiplin suç ve cezalarına karşı hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanamayacağına gerekçe olarak CMK m. 2/1'yi gösteren bir diğer görüş için bkz. **Kumbasar**, s. 140.

⁴⁷⁰ **Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı Verilmemesi, Seçenek Yaptırımlara Çevirme ve Erteleme Yasağı**

MADDE 13- *"Bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231 inci maddesine göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemez; verilen hapis cezası seçenek yaptırımlara çevrilemez ve ertelenemez. Ancak bu hükümler onbeş yaşını tamamlamamış çocuklar hakkında uygulanmaz."*

⁴⁷¹ RG. 5.7.2012/28344.

C. 6222 SAYILI SPORDA ŞİDDET VE DÜZENSİZLİĞİN ÖNLENMESİNE DAİR KANUNDA YER ALAN ŞİKE VE TEŞVİK PRİMİ SUÇLARI

31.3.2011 tarihinde kabul edilen 6222 sayılı kanun⁴⁷² 10.12.2011 tarihinde kabul edilen 6259 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla⁴⁷³ birtakım değişikliklere uğramıştır. 6222 sayılı kanunun Yasak Fiiller ve Ceza Hükümleri üst başlıklı üçüncü bölümünde yer alan Şike ve teşvik primi başlıklı 11. maddesi de 6259 sayılı kanunla ciddi değişikliklere uğramıştır.⁴⁷⁴

6259 sayılı kanunun 1. maddesiyle 6222 sayılı kanunu 11. maddesinde yer alan “beş yıldan oniki yıla kadar” ibaresi “bir yıldan üç yıla kadar” şeklinde değiştirilmiş ve maddeye “*Bu madde kapsamına giren suçlarla ilgili olarak 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 231 inci maddesine göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemez; verilen hapis cezası seçenek yaptırımlara çevrilemez ve ertelenemez.*” şeklinde bir fıkra eklenmiştir (6222 sayılı kanun m. 11/9). Böylece bu suçların cezasında ciddi bir düşüş olmuştur. Belirtmek gerekir ki, cezayı suçla orantılı hale getiren bu değişiklik yerindedir. Nitekim cezanın caydırıcılığı, ağırlığından değil; kaçınılmaz olmasındandır. Şike olaylarının toplumda infial yaratması, cezanın, suçun ağırlığı ve koruduğu hukuki menfaat dikkate alınmadan belirlenmesini gerektirmez.⁴⁷⁵

⁴⁷² RG. 14.04.2011/27905.

⁴⁷³ RG. 15.12.2011/28143.

⁴⁷⁴ Bu değişikliklere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Epözdemir**, s. 110 – 117; Şike ve teşvik primi suçları ve 6259 sayılı kanuna ilişkin ayrıntılı açıklamalarla ilgili olarak ayrıca bkz. **Devrim Güngör**, “Şike Suçu”, ABD., Y. 69, S. 2011/4, Ankara 2011, s. 38 vd.; **Muharrem Özen – Sacit Yılmaz**, “Şike ve Teşvik Primi Suçları”, ABD., Y. 70, S. 2012/2, Ankara 2012, s. 17 vd.

⁴⁷⁵ **Güngör**, “Şike Suçu”, s. 38.

Kanun koyucunun 6222 sayılı kanunun 11/9. maddesinde yer alan yasağı getirmesinin nedeni olarak kanundaki ceza sınırındaki ciddi düşüşe karşılık kamuoyundan gelecek tepkiyi önlemek olduğu belirtilmiştir.⁴⁷⁶ Ancak kamuoyundan gelecek tepkiyi önlemek amaçlı yapılan bu değişiklik “ceza siyasetinden uzak” ve “popülist bir yaklaşım[.]” şeklinde haklı eleştirilere uğramıştır.⁴⁷⁷

İki yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmedilebilen, kural olarak tüm suçlar için uygulama alanı bulan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasına getirilen bu yasakla birlikte kurumun yeknesaklığının bozulduğu ve CMK’nın “genel kanun” olma niteliğine aykırı bir düzenleme yapıldığı da haklı olarak belirtilmiştir.⁴⁷⁸

Bazı ülke uygulamalarında, belirli bazı tür suçları işleyen failer hakkında sırf bu suçları işlemeleri nedeniyle erteleme kurumlarının uygulanmaması yoluna gidilmektedir. Örneğin İsviçre Federal Mahkemesi işlenen suçun niteliğinin, failin ertelemeye uygun olup olmadığının tespitinde dikkate alınması gerektiğini tespit etmiştir. Bunlar öyle suçlardır ki bu suçları işleyen kişiler hakkında erteleme kurumlarının uygulanmamasının sebebi bu suçların işlenmesi değil fakat bu suçları işleyen kişilerde ertelemeye uygunluk şartının bulunmamasıdır.⁴⁷⁹ Biz de mahkemelerin failer hakkında bireyselleştirme kurumlarını uygularken failin işlediği suçun türüne ve o suçla korunan hukuki menfaate bakarak, failin ertelemeye uygun olup olmadığını değerlendirmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Ancak şike ve teşvik primi suçlarıyla korunan hukuki değer, bu suç faillerinin hükmün açıklanmasının ertelenmesi kurumundan yararlanmamasını gerektirecek kadar ağır olup olmadığı tartışılması gereken bir husustur.⁴⁸⁰ Hırsızlık, kasten yaralama, dolandırıcılık, güveni

⁴⁷⁶ **Epözdemir**, s. 112, 113.

⁴⁷⁷ **Özen – Yılmaz**, s. 36.

⁴⁷⁸ **Baştürk**, s. 270.

⁴⁷⁹ Bkz. **Önder**, Tecil, s. 188, 189.

⁴⁸⁰ **Baştürk**, s. 270.

kötüye kullanma, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma gibi pek çok suç için diğer şartların da gerçekleşmesi halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu işletilebiliyorken, şike ve teşvik primi suçları için bu şekilde bir yasak getirilmesi Anayasa'nın eşitlik ilkesine⁴⁸¹ ve Anayasa Mahkemesinin "haklı neden" kriterine aykırılık teşkil eder.⁴⁸²

D. 5491 SAYILI ÇEK KANUNUNDA YER ALAN KARŞILIKSIZ ÇEK KEŞİDE ETME SUÇU

Karşılıksız çek keşide etme fiili, yaptırımını pek çok değişikliğe uğramış belirli bir dönemde ise suç olmaktan çıkmış bir fiildir. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için mülga 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun⁴⁸³'un Karşılıksız Çek başlıklı 16. maddesi⁴⁸⁴ ve uygulamasından bahsetmek yerinde olacaktır.

⁴⁸¹ **Güngör**, s. 42.

⁴⁸² **Özen – Yılmaz**, s. 36 – 38; Aynı yönde bkz. **Baştürk**, s. 270.

⁴⁸³ RG. 3.4.1985/18714.

⁴⁸⁴ **MADDE 16.-** “(Değişik: 4814 - 26.2.2003 / m.14) Üzerinde yazılı keşide tarihinden önce veya ibraz süresi içinde 4 üncü madde uyarınca ibraz edildiğinde, yeterli karşılığı bulunmaması nedeniyle kısmen de olsa ödenmeyen çeki keşide eden hesap sahipleri veya yetkili temsilcileri, kanunların ayrıca suç saydığı haller saklı kalmak üzere, çek bedeli tutarı kadar ağır para cezasıyla cezalandırılırlar. Ancak verilecek para cezası seksenmilyar liradan fazla olamaz. Bu miktar, 1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununun ek 2 nci maddesine göre her yıl artırılır. Bu suçtan mükerrirlere, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.

Bu suçun, organ veya temsilcisi tarafından tüzelkişi yararına işlenmesi halinde özel hukuk tüzelkişisi hakkında da birinci fıkra uyarınca para cezasına hükmolunur. Ayrıca yetkili temsilci tarafından yararına çek keşide edilen hesap sahibi gerçek kişi hakkında da bu fıkra hükmü uygulanır.

Mahkeme, ayrıca işlenen suçun niteliğine göre bir yıl ile beş yıl arasında belirleyeceği bir süre için hesap sahiplerinin ve yetkili temsilcilerinin çek hesabı açtırmalarının yasaklanmasına karar verir. Yasaklanma kararı bütün bankalara duyurulmak üzere Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasına bildirilir.

Kısmen veya tamamen karşılıksız çıkan her çek yaprağı ayrı bir suç oluşturur.”

Kanunun 16. maddesi karşılıksız çek keşide eden hesap sahipleri veya yetkili temsilcilerine verilecek cezaları belirtmiştir; kanunun 16c. maddesi⁴⁸⁵ ise davanın açılmasına engel olan, davayı düşüren ve cezayı ortadan kaldıran nedenleri saymıştır. Kanunda karşılıksız çek keşide etme suçundan mahkûmiyet halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını yasaklayan bir norm bulunmamasına karşılık Yargıtay, kanunun 16c. maddesindeki ipotezin gerçekleşmesi halinde sanığın devletle olan cezai ilişkisinin sona ereceğini buna karşılık zararın giderilmesinin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının sadece bir ön şartı olduğunu bunun yanı sıra sanığın 5 yıllık bir denetim süresine tabi tutulup bu denetim süresi içerisinde kasten bir suç işlerse veya denetimli serbestlik tedbirlerine riayetsizlik ederse bu hükmünün de açıklanacağını, bu haliyle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının 3167 sayılı kanunun 16c. maddesine göre daha aleyhe hükümler içerdiğini belirtmiş ve bu nedenle karşılıksız çek keşide etme suçunda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmemesi gerektiğini belirtmiştir.⁴⁸⁶

5941 sayılı Çek Kanunu⁴⁸⁷ yürürlüğe girdiği dönemde 5. maddesinde karşılıksız çek keşide etme suçlarından kimlerin nasıl sorumlu olacağını düzenliyor ve suçun cezai yaptırımını belirtiyordu. Bu dönemde kanunun 5/11. maddesi karşılıksız çek keşide etme suçu nedeniyle

⁴⁸⁵ **MADDE 16/c:** “Dava açıldıktan sonra hüküm verinceye kadar geçen süre içinde, çek tutarı veya karşılıksız kalan kısmı ile çek tutarına veya karşılıksız kalan kısmına ait yüzde onbeş tazminatın ve çekin ibrazından ödeme tarihine kadar geçen süre içinde 16a maddesine göre hesaplanacak gecikme faizinin ödenmesi halinde ceza davası düşer.”

⁴⁸⁶ Yar. 10 CD., E. 2007/5010, K. 2007/8222, T. 2.7.2007, (www.kazanci.com, SGT. 17.04.2018); Bir görüşe göre Yargıtay’ın bu görüşü ana kaynağını CMK m. 231/6-c ile 3167 sayılı kanunun 16c. maddesinin karşılaştırılmasından almakta ve 3167 sayılı kanunun 16c. maddesinin sanığın daha lehine olduğunu kabul etmektedir. Ancak karşılıksız çek keşide eden failin, mağdura çek bedelini veya karşılıksız kalan kısmını ve yasal faizini ödemediği ancak %15’lik tazminatı ödemediği denklemde CMK m. 231/6-c’de yer alan zararın giderilmesi şartı karşılanmış olmasına karşılık 3167 sayılı kanunun 16c. maddesindeki koşul gerçekleşmemiştir. Dolayısıyla karşılıksız çek keşide etmek suçunda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun yekten uygulanamayacağını kabulü bizi yanlış neticelere sevk edebilecektir. Bu görüş için bkz. **Artuç, B.** 3, s. 22, 23.

⁴⁸⁷ RG. 20.12.2009/27438.

hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemeyeceğini açıkça düzenlemekteydi. 3.2.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6273 sayılı Çek Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁴⁸⁸ 5941 sayılı kanunda yer alan karşılıksız çek keşide etme fiilini suç olmaktan çıkartarak fiil karşılığında idari yaptırım ve hukuki sorumluluk öngörmüştür. 6273 sayılı kanun, fiili suç olmaktan çıkarmanın zorunlu sonucu olarak 5/11. maddede düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasını yasaklayan normu da yürürlükten kaldırmıştır. Ancak 9.8.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6728 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un⁴⁸⁹ 63. maddesiyle 5941 sayılı kanunun 5. maddesi değiştirilmiş ve karşılıksız çek keşide etme fiili tekrar suç haline getirilmiştir. Bununla birlikte kanunun 10. maddesinde bu suçtan dolayı hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümlerin uygulanamayacağı düzenlenmiş böylece kanun 2009 ile 2012 yılları arasındaki haline dönüş yapmıştır. Böylece 9.8.2016 tarihinden sonra işlenen karşılıksız çek keşide etme suçları bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu uygulanamaz hale gelmiştir.

Kanun koyucunun karşılıksız çek keşide etme suçundan dolayı hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasını yasaklamasının sebebini sanıyoruz ki 5941 sayılı kanunun 6. maddesinde aramak gerekir. Zira kanunun 6. maddesi⁴⁹⁰ mülga 3167 sayılı kanunun

⁴⁸⁸ RG. 3.2.2012/28193 (Mükerrer).

⁴⁸⁹ RG. 9.8.2016/29796.

⁴⁹⁰ **MADDE 6** – “(Değişik madde ve başlığı: 6728 - 15.7.2016 / m.64) (1) Karşılıksız kalan çek bedelinin, çekin üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanunî ibraz tarihinden itibaren işleyecek 3095 sayılı Kanuna göre ticarî işlerde temerrüt faiz oranı üzerinden hesaplanacak faizi ile birlikte tamamen ödeyen kişi hakkında,

a) Yargılama aşamasında mahkeme tarafından davanın düşmesine,

b) Mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinden sonra mahkeme tarafından hükmün bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasına,

karar verilir. Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının kaldırıldığı, MERSİS ile Risk Merkezine 5 inci maddenin sekizinci fıkrasındaki usullere göre bildirilir ve ilan olunur,

16c. maddesine benzer şekilde cezasızlık hali öngörmüştür. 3167 sayılı kanun dönemindeki Yargıtay içtihatları uyarınca, kanunun 6. maddesinde yer alan cezasızlık sebeplerinin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuna kıyasla daha lehe hükümler içerdiğini bilen kanun koyucu, o dönemdeki tartışmaların yeniden canlanmaması adına kurumun uygulanmasını doğrudan yasaklayan bir norm ihdas etmiştir. Nitekim 6728 sayılı kanunun gerekçesine de bakıldığında kanun koyucunun amacının faillerin bireyselleştirme kurumlarından yararlanamayarak cezalarını çekmesi değil; karşılıksız keşide edilen çeklerin ticari hayat ve ekonomik düzen üzerindeki olumsuz etkilerini engellemek olduğu görülecektir.⁴⁹¹

E. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KURUMUNUN UYGULANAMAYACAĞININ İÇTİHATLARLA KABUL EDİLDİĞİ SUÇLAR

Bu başlıkta kurumun uygulanmasını doğrudan yasaklayan bir norm bulunmadığı halde yargı kararlarıyla kurumun uygulanamayacağına belirtildiği suç tipleri açıklanacaktır. Bu suçlar doktrinde “*kendi içinde bir tazmin, ödeme veya zararın giderilmesine bağlı olarak, açılan kamu davasının düşmesine veya cezanın ortadan kaldırılmasına karar verilmesini gerektiren suçlar...*”⁴⁹² olarak tanımlanmaktadır. Ancak daha önce de değinildiği üzere⁴⁹³, bazı

(2) *Şikâyetten vazgeçme hâlinde de birinci fıkra hükmü uygulanır.*

(3) *Kişi, mahkûm olduğu cezanın tamamen infaz edildiği tarihten itibaren üç yıl ve her halde yasağın konulduğu tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra, hükmü veren mahkemeden çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının kaldırılmasını isteyebilir; mahkemenin vereceği karara itiraz edebilir. Bu itiraz bakımından İcra ve İflas Kanununun 353 üncü maddesinin birinci fıkrası hükmü uygulanır. Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının kaldırılmasına ilişkin karar kesinleştiğinde, yasağın kaldırıldığı, MERSİS ile Risk Merkezine 5 inci maddenin sekizinci fıkrasındaki usullere göre bildirilir ve ilan olunur.”*

⁴⁹¹ Bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0728.pdf>.

⁴⁹² **Gündüz**, s. 159.

⁴⁹³ Bkz. §3/IV/1/C.

türden suçları işleyen faillerin sırf bu suçları işlemeleri nedeniyle ertelemeye uygunluk şartını taşımadıkları yönünde görüşler ve uygulamalar mevcuttur. Daha sonra da değinileceği üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) bazı kararlarında işkence suçunu işleyen failer hakkında bireyselleştirme kurumlarının uygulanmaması gerektiğine karar vermiştir.⁴⁹⁴ Bu nedenle mahkeme kararlarıyla kurumun uygulanamayacağı suçları bahsi geçen tanımdaki gibi tanımlamak bizi her zaman doğru sonuçlara götürmeyecektir.

a. Müeyyidesi Disiplin Hapsi ve Tazyik Hapsi Olan Fiiller

Disiplin hapsi CMK m. 2/1/1⁴⁹⁵,de tanımlanmakla birlikte tazyik hapsine ilişkin bir tanıma ne CMK'da ne de diğer mevzuatta yer verilmiştir. Ancak tazyik hapsinin de disiplin hapsi gibi “*seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, önödeme uygulanamayan, tekerrüre esas olmayan, şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adli sicil kayıtlarına geçirilmeyen*” bir hapis olduğu kabul edilmektedir⁴⁹⁶ ve borçlunun takibe konu yükümlülüklerini yerine getirmek amacıyla ve yerine getirdiğinde tahliye etmek kaydıyla belirli bir süreye kadar hürriyetinden yoksun kılınması olarak tanımlanmaktadır.⁴⁹⁷

⁴⁹⁴ Bkz. §3/IV/1/E.

⁴⁹⁵ **CMK m. 2/1/1:** “*Disiplin hapsi: Kısmî bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen, seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, önödeme uygulanamayan, tekerrüre esas olmayan, şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adli sicil kayıtlarına geçirilmeyen hapsi, ifade eder.*”

⁴⁹⁶ Bkz. **Halûk Çolak – Uğur Altun**, “*Ceza Muhakemesinde Haksızlık Oluşturan Fiil Karşılığı Uygulanan Özel Bir Yaptırım Türü Olarak Disiplin ve Tazyik Hapsinin Hüküm ve Sonuçları*”, AD., S. 27, Y. Ocak 2007, s. 8 – 10.

⁴⁹⁷ **Mehmet Uysal**, “*Yeni Yasaların Işığında İcra ve İflas Suçları ile Yargılama Yöntemine Farklı Bakış*”, İBD., C. 80, S. 2006/3, s. 1029.

CMK'da ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁴⁹⁸'nda (HMK) disiplin hapsini gerektiren fiillere⁴⁹⁹; İcra ve İflas Kanunu⁵⁰⁰'nda (İİK) ise tazyik hapsini gerektiren fiillere⁵⁰¹ yer verilmiştir. Disiplin hapsiyle tazyik hapsi benzer özellikler göstermektedir. Aralarındaki temel fark, bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle verilen tazyik hapsinin, bu yükümlülüğün yerine getirilmesiyle son bulmasına karşılık; kısmi bir düzenin ihlali nedeniyle hükmedilen disiplin hapsi, ilgili işin yapılması, yerine getirilmesi halinde ortadan kalkmamasıdır. Ancak her iki yaptırım türü için de söylenebilir ki gerek disiplin hapsi gerek tazyik hapsi nitelikleri ve meydana getirdikleri neticeler itibarıyla suç karşılığında öngörülen bir ceza değil, yasaklanmış eylemler sebebiyle uygulanan birer tedbirden ibarettir.⁵⁰²

Disiplin hapsi ve tazyik hapsinin nitelikleri de göz önünde bulundurulduğunda, bu yaptırımların TCK anlamında hapis cezası niteliğinde olmadığı açıktır. Bu sebeple, disiplin hapsi veya tazyik hapsine hükmedilmesi halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulama alanı bulabilmesi için gerekli olan nitelikte bir mahkûmiyet kararı bulunmayacağı için, bu hallerde kurum uygulama alanı bulamayacaktır.⁵⁰³

Yargıtay ise ulaştığımız bu sonuca farklı bir gerekçeyle ulaşmaktadır. Yargıtay CGK. bir kararında İİK m. 337, 338/2, 339, 341, 343 ve 344'te yer alan eylemleri kabahat olarak nitelendirmiştir ve disiplin hapsi ve tazyik hapsine hükmedilmesi halinde verilen kararın CMK

⁴⁹⁸ RG. 04.02.2011/27836.

⁴⁹⁹ Bkz. CMK m. 60, CMK m. 124, CMK m. 203; HMK m. 151, HMK m. 253, HMK m. 398.

⁵⁰⁰ RG. 19.06.1932/2128.

⁵⁰¹ Bkz. İİK m. 76, İİK m. 338, İİK m. 340, İİK m. 341, İİK m. 343.

⁵⁰² Bkz. **Çolak – Altun**, s. 11; Benzer yönde açıklamalar için bkz. **Uysal**, s. 1027 – 1029.

⁵⁰³ **Günay**, s. 410; **Baştürk**, s. 273; **Yıldırım**, s. 257; Aynı yönde bkz. **Artuç**, B. 3, s. 24 – 27; Yazar aynı zamanda, CMK m. 2'nin yapımı sürecinde disiplin hapsini gerektiren eylemler hakkında uzlaştırma kurumunun uygulanmayacağına belirtilmesinin unutulduğunu ve bu süreçte hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu Türk ceza muhakemesi hukuku alanında henüz kabul edilmediği için disiplin hapsini gerektiren fiiller konusunda hükmün açıklanmasının geri bırakılmayacağına düzenlenmediğini düşünmektedir.

m. 223'te belirtilen hüküm niteliğinde olmadığından bahisle hükümler için uygulanan ceza muhakemesi kurallarının bu hallerde uygulanamayacağını belirtmiştir.⁵⁰⁴ Ancak kabahatlere ilişkin genel esasları düzenleyen Kabahatler Kanunu⁵⁰⁵,nda kanunilik ilkesi geçerlidir.⁵⁰⁶ İdari yaptırımlar ise yasaların açıkça yetki verdiği veya yasaklamadığı hallerde, bir yargı kararına gerek duymaksızın, idarenin doğrudan doğruya bir işlemiyle, idare hukukuna özgü usullerle verilmiş olan cezalar ya da yaptırımlar olarak tanımlanmaktadır.⁵⁰⁷ Bu tanımda üzerinde duracağımız temel konu, idari yaptırımların kural olarak idarenin bir işlemiyle uygulanıyor olmasıdır. Anayasa'nın 38/11. maddesi de "*İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz.*" hükmünü haizdir. Öyleyse idari yaptırımların sonucunda kişi hürriyeti kısıtlanamayacaktır ancak gerek disiplin hapsi gerek taziyik hapsinde kişi hürriyetinden alıkonulmaktadır. Bu sebeple bu tedbirler nitelikleri itibariyle birer idari yaptırım olamazlar. Tüm bu açıklananlar ışığında Yargıtay'ın disiplin hapsi ve taziyik hapsini kabahat niteliğinde gören kararını hatalı bulduğumuzu belirtiyoruz zira bu yaptırımları kabahat niteliğinde kabul etmek idarenin hürriyeti kısıtlayıcı ceza verebileceğini kabul etmek olur ki bu da Anayasa m. 38/11'e aykırıdır.⁵⁰⁸

⁵⁰⁴ Yar. CGK., E. 2006/16-220, K. 2006/231, T. 14.11.2006, (www.kazanci.com, SGT. 19.11.18).

⁵⁰⁵ RG. 31.3.2005/25772.

⁵⁰⁶ **Kanunilik ilkesi**

MADDE 4.- "*(1) Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir.*

(2) Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir."

MADDE 16.- "*(1) Kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımlar, idari para cezası ve idari tedbirlerden ibarettir.*

(2) İdari tedbirler, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirlerdir."

⁵⁰⁷ **İl Han Özay**, İdari Yaptırımlar, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 3326, İstanbul 1985, s. 35.

⁵⁰⁸ Benzer yönde ancak daha dar kapsamlı değerlendirmeler için bkz. **Baştürk**, s. 272, 273; **Yıldırım**, s. 251, 252.

b. Müeyyidesi Disiplin Para Cezası Olan Fiiller

Disiplin para cezası, HMK m. 446’da tanımlanmıştır. Buna göre, “...*disiplin para cezasından maksat, yargılamanın düzenli bir biçimde işleyişini sağlamak ve kamu düzenini korumak amacıyla verilen, verildiği anda kesin olan ve derhâl infazı gereken para cezasıdır. Bu ceza, seçenek yaptırımlara çevrilemez ve adli sicil kayıtlarında yer almaz.*”

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulama alanı bulabilmesi için verilmesi gereken mahkûmiyet hükmünün iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası olması gerekmektedir. Adli para cezası niteliğinde olmayan disiplin para cezasına hükmedilmesi halinde, kurum uygulama alanı bulamayacaktır.⁵⁰⁹

c. İcra ve İflas Kanunu’nda Yer Alan Suçlar

İİK m. 331 – 345 arasında, müeyyidesi hapis ve/veya adli para cezası olan bazı fiiller belirtilmiştir. Burada tanımlanan suçların bir kısmı şikâyete tabi (örneğin: İİK m. 331: “Alacaklısını Zarara Sokmak Kasdiyle Mevcudunu Eksilten Borçluların Cezası”); bir kısmı ise re’sen soruşturulan ve kovuşturulan suçlardır (örneğin: İİK m. 333: “İflas ve Konkordato İşlerinde Hususi Menfaat Temin Edenlerin Cezası”).

İİK’da yer alan şikâyete tabi suçlar bakımından şikâyet hakkı fiilin öğrenildiği tarihten itibaren üç ay ve her halde fiilin işlendiği tarihten itibaren bir yıl geçmekle düşer (İİK m. 347). İİK’nın bu kısmında (m. 331 – 345) belirtilen ve takibi şikâyete bağlı olanların müştekisi feragat

⁵⁰⁹ Epözdemir, s. 126, 127; Baştürk, s. 273, 274.

eder veya borcun ödendiği sabit olursa dava ve bütün neticeleriyle birlikte ceza düşer (İİK m. 354/2).

İİK m. 331 – 345 arasında yer alan suçlar bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanabilmesi bakımından ikili bir ayırım yapmak gerekir. Buna göre, takibi şikâyete bağlı suçlar bakımından müştekinin feragat etmesi veya borcun ödenmesi halinde dava ve ceza düşecektir. Yargıtay'a göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanabilmesi için CMK m. 231/6-c uyarınca "*suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi*" gerekmesi ancak karşı tarafın zararının giderilmesi yani borcun ödenmesi halinde İİK m. 354 uyarınca davanın düşmesine karar verileceği gerçeği karşısında İİK m. 354'ün CMK m. 231'e göre sanığın daha lehine olduğu açığa çıkar. Bu sebeple hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu bu suçlar için uygulama alanı bulamayacaktır.⁵¹⁰

Yargıtay'ın bu kararını doğru bulmaktayız. Gerçekten de hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için mağdurun zararının giderilmesi gerekmektedir. Ayrıca hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararından sonra sanık beş yıl süreyle denetim süresine tabi tutulacaktır. Ancak İİK m. 354'e göre mağdurun zararının giderilmesi yani borcun ödenmesi halinde dava ve ceza düşecektir. Öyleyse İİK m. 354, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına göre daha lehe bir düzenlemedir.⁵¹¹

⁵¹⁰ Yar. 16. HD., E. 2008/3443, K. 2009/1148, T. 2.3.2009, (www.kazanci.com, SGT. 14.04.18); Suçlar arasında şikâyete bağlı olup olmadığına yönelik bir ayırım yapmaksızın, İİK'da yer alan suçlar hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanamayacağı görüşü için bkz. **Kumbasar**, s. 147, 148. Ancak Kumbasar, bu ayrımı yapmadığı için haklı olarak eleştirilmiştir. Bu eleştiri için bkz. **Baştürk**, s. 275.

⁵¹¹ Krş. **Baştürk**, s. 274 – 276: Yazar, takibi şikâyete bağlı bu suçlar bakımından da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanabileceğini düşünmektedir.

İİK m. 331 – 345 arasında yer alıp da re’sen soruşturulması ve kovuşturulması yapılan suçlar bakımından ise diğer şartların da gerçekleşmesi halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasına hiçbir engel yoktur. Özellikle cezanın tecil edilmesini ve para cezasına çevrilmesini yasaklayan İİK m. 352/b’nin, 1.6.2005 tarihinde 5358 sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁵¹²’la yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte bu konuda hiçbir şüphe duymamak gerekir.⁵¹³

d. Kullanmak İçin Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Satın Almak, Kabul Etmek veya Bulundurmak ya da Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanmak Suçu

TCK’nın 191. maddesinde düzenlenen bu suç tipi 6545 sayılı kanunla önemli değişikliklere uğramıştır. Dolayısıyla bu konu 6545 sayılı kanunla değişiklik öncesinde işlenen

⁵¹² RG. 1.6.2005/25832 (1. Mükerrer).

⁵¹³ **Epözdemir**, s. 132, 133.

suçlar⁵¹⁴ ve 6545 sayılı kanunla değişiklik sonrası⁵¹⁵ işlenen suçlar olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmelidir.⁵¹⁶

⁵¹⁴ **Değişiklik öncesi TCK m. 191:** “(Değişik: 5560 - 6.12.2006 / m.7) (1) Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi, bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Bu suçtan dolayı açılan davada mahkeme, birinci fıkraya göre hüküm vermeden önce uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında, tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine; kullanmamakla birlikte, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında, denetimli serbestlik tedbirine karar verebilir. (Ek cümle: 6217 - 31.3.2011 / m.20) “Bu karar, durma kararının hukuki sonuçlarını doğurur.”

(3) Hakkında tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine karar verilen kişi, belirlenen kurumda uygulanan tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranmakla yükümlüdür. Hakkında denetimli serbestlik tedbirine hükmedilen kişiye rehberlik edecek bir uzman görevlendirilir. Bu uzman, güvenlik tedbirinin uygulama süresince, kişiyi uyuşturucu veya uyarıcı maddenin kullanılmasının etki ve sonuçları hakkında bilgilendirir, kişiye sorumluluk bilincinin gelişmesine yönelik olarak öğütte bulunur ve yol gösterir; kişinin gelişimi ve davranışları hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hakime verir.

(4) Tedavi süresince devam eden denetimli serbestlik tedbirine, tedavinin sona erdiği tarihten itibaren bir yıl süreyle devam olunur. Denetimli serbestlik tedbirinin uygulanma süresinin uzatılmasına karar verilebilir. Ancak, bu durumda süre üç yıldan fazla olamaz.

(5) Tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranan kişi hakkında açılmış olan davanın düşmesine karar verilir. Aksi takdirde, davaya devam olunarak hüküm verilir.

(6) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, hakkında kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmaktan dolayı cezaya hükmedildikten sonra da iki ila dördüncü fıkralar hükümlerine göre tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulabilir. Bu durumda, hükmolunan cezanın infazı ertelenir. Ancak, bunun için kişi hakkında bu suç nedeniyle önceden tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine karar verilmemiş olması gerekir.

(7) Kişinin mahkum olduğu ceza, tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranması halinde, infaz edilmiş sayılır; aksi takdirde, derhal infaz edilir.”

⁵¹⁵ **Değişiklik sonrası TCK m. 191:** “(Değişik madde ve başlığı: 6545 - 18.6.2014 / m.68) (1) Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Bu suçtan dolayı başlatılan soruşturmada şüpheli hakkında 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 171 inci maddesindeki şartlar aranmaksızın, beş yıl süreyle kamu davasının

açılmasının ertelenmesine karar verilir. Cumhuriyet savcısı, bu durumda şüpheliyi, erteleme süresi zarfında kendisine yüklenen yükümlülüklerle uygun davranmadığı veya yasakları ihlal ettiği takdirde kendisi bakımından ortaya çıkabilecek sonuçlar konusunda uyarır.

(3) Erteleme süresi zarfında şüpheli hakkında asgari bir yıl süreyle denetimli serbestlik tedbiri uygulanır. Bu süre Cumhuriyet savcısının kararı ile üçer aylık sürelerle en fazla bir yıl daha uzatılabilir. Hakkında denetimli serbestlik tedbiri verilen kişi, gerek görülmesi hâlinde denetimli serbestlik süresi içinde tedaviye tabi tutulabilir.

(4) Kişinin, erteleme süresi zarfında;

a) Kendisine yüklenen yükümlülüklerle veya uygulanan tedavinin gereklerine uygun davranmamakta ısrar etmesi,

b) Tekrar kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alması, kabul etmesi veya bulundurması,

c) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanması,

hâlinde, hakkında kamu davası açılır.

(5) Erteleme süresi zarfında kişinin kullanmak için tekrar uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alması, kabul etmesi veya bulundurması ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanması, dördüncü fıkra uyarınca ihlal nedeni sayılır ve ayrı bir soruşturma ve kovuşturma konusu yapılmaz.

(6) Dördüncü fıkraya göre kamu davasının açılmasından sonra, birinci fıkrafta tanımlanan suçun tekrar işlendiği iddiasıyla açılan soruşturmalarda ikinci fıkra uyarınca kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilemez.

(7) Şüpheli erteleme süresi zarfında dördüncü fıkrafta belirtilen yükümlülüklerle aykırı davranmadığı ve yasakları ihlal etmediği takdirde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir.

(8) Bu Kanunun;

a) 188 inci maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti,

b) 190 inci maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma, suçundan dolayı yapılan kovuşturma evresinde, suçun münhasıran bu madde kapsamına girdiğinin anlaşılması hâlinde, sanık hakkında bu madde hükümleri çerçevesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilir.

(9) Bu maddede aksine düzenleme bulunmayan hâllerde, Ceza Muhakemesi Kanununun kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin 171 inci maddesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin 231 inci maddesi hükümleri uygulanır.

(10) (Ek: 6638 - 27.3.2015 / m.12) Birinci fıkradaki fiillerin; okul, yurt, hastane, kışla veya ibadethane gibi tedavi, eğitim, askerî ve sosyal amaçla toplu bulunulan bina ve tesisler ile bunların varsa çevre duvarı, tel örgü veya benzeri engel veya işaretlerle belirlenen sınırlarına iki yüz metreden yakm mesafe içindeki umumi veya umuma açık yerlerde işlenmesi hâlinde verilecek ceza yarı oranında artırılır.”

⁵¹⁶ Horozgil, s. 61 – 63.

TCK m. 191'in 6545'le değişiklikten önceki ikinci fıkrasında uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine; kullanmamakla birlikte kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulandıran kişi hakkında denetimli serbestlik tedbirine karar verilebilmekteydi. TCK m. 191'in değişiklikten önceki 6. fıkrasında, bu suçtan mahkûm olan sanık hakkında daha önce tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine hükmolunmamış olması kaydıyla, iki ve dördüncü fıkra hükümlerine göre tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirlerine hükmedilebileceği belirtilmiştir; 7. fıkrasında ise kişinin bu gerekliliklerine uygun davranması halinde cezası infaz edilmiş sayılacağı; aksi halde derhal infaz edileceği düzenlenmiştir. Kanun'un 2. ve 6. fıkralarında yer alan bu düzenlemeler farklı hukuki sonuçlar doğurmakla birlikte aynı amaca yöneliklerdir ve bu sebeple "*kendilerine özgü bir güvenlik tedbiri*" olarak adlandırılmaktadırlar.⁵¹⁷

6545 sayılı kanunla değişiklikten önceki TCK m. 191/2 kapsamında hüküm verilmeden önce kanunda belirtilen tedbirlere hükmedilmesi halinde, ortada CMK m. 223 uyarınca bir "*hüküm*" bulunmadıęından⁵¹⁸ hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun da işletilmesi söz konusu olmuyordu.⁵¹⁹ Ancak değişiklik öncesi TCK m. 191/5 uyarınca, fail yükümlülüklerine uygun davranmazsa davaya devam olunacağı ve hüküm verileceği düzenleniyordu ve bu hükmün mahkûmiyet hükmü olması halinde diğer şartların da bulunması kaydıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesine engel bir düzenleme

⁵¹⁷ **Handan Yokuş Sevük**, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar, Seçkin Yay., Ankara 2007, s. 178; **Baştürk**, s. 165; Yargıtay bu durumu özel bir erteleme hali olarak değerlendirmektedir. Bkz. Yar. 10. CD., E. 2010/1160, K. 2011/1408, T. 27.01.2011: "*Sanıklar hakkında sonuç olarak 10'ar ay hapis cezasına, ayrıca tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasına hükmolunduğu, 5237 sayılı TCK'nın 191. maddesinin yedinci fıkrasına göre sanıkların tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine uyması durumunda hapis cezalarının infaz edilmiş sayılacağı ve bu durumun "özel bir erteleme" niteliğinde olduğu...*", (www.kazanci.com, SGT. 16.04.2018).

⁵¹⁸ **Yokuş Sevük**, s. 181.

⁵¹⁹ **Baştürk**, s. 166, 277; **Epözdemir**, s. 127.

yoktu.⁵²⁰ Tabii belirtmek gerekir ki değişiklikten önceki TCK m. 191/6'da belirtilen durumun gerçekleşmesi yani fail hakkında cezaya hükmedilmesinden sonra tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine hükmedilmesi halinde, tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasında gecikme olmaması için hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu uygulanamamaktaydı.⁵²¹

Değişiklik öncesi TCK 191/2 esasında suçluluğun tespit edilip ceza belirlenmeksizin tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine karar verilebilen ve bu anlamda denetimli serbestlik modeline yakın olduğu söylenebilen bir hükmün ertelenmesi halidir. Zira failin kişiliğinin de dikkate alınmasıyla gerek tedaviye gerek denetimli serbestlik tedbirine kimi durumlarda ise ikisine birden karar verilebilen; failin bu yükümlülüklerini yerine getirmesi halinde düşme kararı verileceğini öngören bu düzenleme denetimli serbestlik modeline çok yakındır.⁵²²

⁵²⁰ **Horozgil**, s. 63; Aynı yönde **Baştürk**, s. 277, 278.

⁵²¹ **Epözdemir**, s. 127; Bkz. Yar. CGK., E. 2008/7-133, K. 2008/162, T. 3.6.2008: "Yargıtay C.Başsavcılığınca 08.05.2008 gün ve 95967 sayı ile;

"5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 191/1. maddesi gereğince verilen cezanın muhatabının tedavi ve terapiye gereksinimi olan bir kişi olduğu, bu nedenle aynı yasanın 191/2. maddesi gereğince tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulmasına da karar verildiği, 5560 sayılı Yasa ile değişik 5237 sayılı TCY'nın 191/5. maddesi uyarınca, "tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranılması halinde, açılmış davanın düşmesine hükmedileceği" öngörölmüş olup, Yargıtay Yüksek 10. Ceza Dairesinin 22.01.2008 gün ve 11699-929 sayılı ilamında da belirtildiği üzere, sanığın uyuşturucu kullandığını kabulü nedeniyle tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulmaya ihtiyaç duyduğu gibi, tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin geciktirilmesinin bunların niteliği ve amacı ile bağdaşmayacak olması ve anılan tedbirin uygulanmasını kısıtlayacak şekilde sonuç yaratması karşısında, "hükmün açıklanmasının geri bırakılması" hükmünün uygulanmasına yasal olarak bulunmamaktadır, gerekçesiyle itiraz yasa yoluna başvurularak bozma kararının kaldırılarak, 19.12.2006 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5560 sayılı Yasa ile değişik 5237 sayılı TCY'nın 191. maddesinin uygulanması zorunluluğu nedeniyle..." hükmün bozulmasına karar verilmesi isteminde bulunulmuştur."

⁵²² **Baştürk**, s. 166, 167.

TCK m. 191, 6545 sayılı kanunun 68. maddesiyle baştan sona bir değişikliğe uğramıştır. Bu değişiklikle birlikte birinci fıkrada yer alan suçun cezası artırılmış; ikinci fıkraya ise bu suçtan dolayı başlatılan soruşturmada, şüpheli hakkında CMK m. 171'deki koşullar aranmaksızın beş yıl süreyle kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verileceği düzenlemesi getirilmiştir. Böylece bu suçlardan dolayı başlatılan soruşturmalarda, cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararındaki takdir yetkisi⁵²³ de ortadan kaldırılmıştır. Şüpheli, TCK m. 191/4'te belirtilen yükümlülüklerine uymazsa hakkında kamu davası açılacaktır. Ancak TCK m. 191/7 uyarınca, şüpheli, erteleme süresi içerisinde yükümlülüklerine uygun davranır ve yasakları ihlal etmezse hakkında kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilecektir. Failin yükümlülüklerine aykırı davranması halinde açılan kamu davasında fail hakkında tekrar denetimli serbestlik ve tedavi kararı verilmeyecek, yapılan yargılama sonucunda suçu işlediğinin sabit olması halinde mahkûmiyetine hükmedilecektir.⁵²⁴ Bu mahkûmiyet hükmünün, diğer şartların da bulunması halinde açıklanmasının geri bırakılmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır.⁵²⁵ Zira TCK m. 191/9 *“Bu maddede aksine düzenleme bulunmayan hâllerde, Ceza Muhakemesi Kanununun kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin 171 inci maddesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin 231 inci maddesi hükümleri uygulanır.”* ifadesiyle bu konuda hiçbir şüphe bırakmamış böylece TCK m. 191'de yer alan fiili işleyen failer bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını engelleyen bir hüküm kalmamıştır.⁵²⁶

⁵²³ Nitekim CMK m. 171/2, *“...Cumhuriyet savcısı, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olup, üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen, kamu davasının açılmasının beş yıl süreyle ertelenmesine karar verebilir.”* demek suretiyle kamu davasının açılmasını ertelemeye cumhuriyet savcısına takdir yetkisi tanımıştır.

⁵²⁴ Değişiklikle birlikte gelen bu düzenleme TCK m. 191'e özgü yeni bir atıfet kurumu olarak nitelendirilmiştir. Bkz. **Özdemir**, s. 156.

⁵²⁵ **Horozgil**, s. 64.

⁵²⁶ **Epözdemir**, s. 128.

6545 sayılı kanunun 85. maddesiyle 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun⁵²⁷'a geçici 7. madde⁵²⁸ eklenmiştir. Bu maddenin ikinci fıkrası uyarınca 6545 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği 18.06.2014 tarihinden önce işlenen TCK m. 191 kapsamındaki suçtan dolayı “yürütülen kovuşturmalarda, daha önce hakkında denetimli serbestlik ve tedavi tedbiri uygulanmayan kişilerle ilgili olarak 191 inci madde hükümleri çerçevesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilir.”⁵²⁹

⁵²⁷ RG. 31.3.2005/25772 (Mükerrer).

⁵²⁸ **Geçici Madde 7- (Ek: 18/6/2014-6545/85 md.)**

“(1) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Türk Ceza Kanununun 191 inci maddesinde tanımlanan suç nedeniyle yürütülen kovuşturmalarda, hakkında hâlen denetimli serbestlik veya tedavi kararı uygulananlar bakımından Türk Ceza Kanununun 191 inci maddesi hükümleri çerçevesinde bu tedbirlerin uygulanmasına devam olunur.

(2) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Türk Ceza Kanununun 191 inci maddesinde tanımlanan suç nedeniyle yürütülen kovuşturmalarda, hakkında daha önce denetimli serbestlik veya tedavi tedbiri uygulanmayan kişilerle ilgili olarak 191 inci madde hükümleri çerçevesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilir.

(3) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Türk Ceza Kanununun 191 inci maddesinde tanımlanan suç nedeniyle yürütülen kovuşturmalarda, hakkında daha önce denetimli serbestlik veya tedavi kararı verilmiş olup da bu yükümlülükleri ihlal eden kişilerin yargılanmasına devam olunur.”

⁵²⁹ Bu düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olduğu yönündeki başvuru kararlarında “...itiraz konusu kuralın hükmün açıklanmasının geri bırakılması konusunda zorunluluk içermesi nedeniyle hâkimin takdir hakkını sınırladığı, uyuşturucu madde kullanma ve bu amaçla bulundurma suçlarında hükmün açıklanması geri bırakılmazsa sanık hakkında tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri uygulanacağından bu denetim sonunda en geç üç yıl içerisinde kamu davasının düşmesi ihtimalinin bulunduğu, kuralla birlikte hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi zorunluluğu getirildiğinden hükmün açıklanmasının beş yıl süreyle erteleneceği, böylece hâlen görülmekte olan davalar bakımından sanık olan kişiler hakkında daha uzun bir deneme sürecinin gerçekleşmesi gerektiğinden aynı suçu işleyen sanıklar arasında bir eşitsizliğin ortaya çıkacağı gibi bunun kişi özgürlüğü ve güvenliğine de aykırı olduğu, aynı durumun suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceğine ilişkin ilkeyi ihlâl ettiği, kuralla birlikte sanıkların tedavi edilmeleri imkânı ortadan kalktığından, bunun uyuşturucu madde suçlarının yaygınlaşmasına neden olacağı, bunun ise Devletin gençliğin korunmasına ilişkin anayasal göreviyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10., 11., 19., 38. ve 58. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.” Bu başvuruya

Bu konuda tartişılması gereken bir mesele vardır. Bu tartişma 5320 sayılı kanunun geçici 7/2. maddesinde tanımlanan faillerin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumundan doğrudan mı yararlandırılacakları yoksa CMK m. 231’de yer alan Şartların

karşılık Anayasa Mahkemesi de “*Uyuşturucu madde kullanımı, bütün devletler tarafından etkili Şekilde mücadele edilmeye çalışılan bir sorundur. Uyuşturucu maddelerle ilgili suçların önlenmesi yanında, bu maddeleri kullanan kişilerin topluma kazandırılması, sağlıklarının korunması, kendilerine zarar vermelerinin önlenmesi ya da yaşam haklarının pozitif anlamda Devletçe korunması zorunluluğu da mücadelenin en önemli unsurlarından birisini oluşturmaktadır. Ülkemizde de gerek ceza hukuku yaptırımları gerekse tedavi ve diğer sosyal politikalarla uyuşturucudan kaynaklanan bireysel ve toplumsal zararların en aza indirilmesi konusunda çalışmalar sürdürülmektedir. Bu bağlamda kanun koyucunun işlenen suçlara ilişkin ceza yaptırımlarını ve uygulanacak güvenlik tedbirlerini belirlerken uyuşturucuyla mücadelenin çok yönlü yapısına uygun tercihlerde bulunduğu görülmektedir. Bu kapsamda 5237 sayılı Kanun’un 191. maddesinde düzenlenen suçlara ilişkin kovuşturmalarda, uyuşturucu madde bağımlısı olma potansiyeline sahip kişilerin topluma kazandırılmasını sağlamak üzere hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının öngörülmesi de bu tercihle ilgilidir. Kanun koyucu tarafından itiraz konusu kuralla uyuşturucu maddelerle ve bu maddelere bağımlılıkla mücadele gibi toplumun tamamını ilgilendiren bir konuda, doğrudan cezalandırma yerine belirli bir süre tanyarak topluma kazandırma yönteminin tercih edildiği anlaşılmaktadır. Bu yniyle kural, kanun koyucunun ceza hukukuna ilişkin konularda toplumun ihtiyaçları doğrultusunda takdir yetkisi çerçevesinde yaptığı bir düzenleme niteliğinde olup kuralda hukuk devleti ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.*

Diğer yandan 5237 sayılı Kanun’un 191. maddesinin 6545 sayılı Kanun’un 68. maddesiyle değiştirilmeden önceki metnine göre bu suçtan sanık olan kişiler hakkında tedavi ve denetimli serbestlik uygulanması zorunluluğunun bulunmadığı, dolayısıyla üç yıllık deneme süresine ilişkin imkân her sanık açısından uygulanmadığı, mahkemenin takdirine göre sanıklara doğrudan doğruya bir yıldan iki yıla kadar hapis cezasının verilmesinin mümkün olduğu dikkate alındığında, itiraz konusu kuralla haklarında daha önce tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri kararı verilmeyen bütün sanıkların doğrudan ceza tehdidine maruz kalması ihtimalinin ortadan kalkması ve haklarındaki hükmün açıklanması geri bırakılmak suretiyle pişmanlık duyup beş yıllık deneme süresi içerisinde suç işlemekten kaçındıkları takdirde haklarında düşme kararı verilmesi imkânına kavuşmaları karşısında itiraz konusu kuralda, lehe olan kanunun uygulanması ilkesine aykırılık bulunmadığı gibi bu durumda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesinin sanığın aleyhine bir eşitsizlik yaratmadığı açık olduğundan, eşitlik ilkesine aykırı bir yn de yoktur.” Şeklinde bir ret kararı vermiştir. Bkz. AYM., E. 2014/155, K. 2015/52, T. 27.5.2015, RG. 2.6.2015/29374 (www.kazanci.com, SGT. 17.04.18).

aranacağına mı ilişkindir. Kanun koyucu “...191 inci madde hükümleri çerçevesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir.” ifadesiyle sanıyoruz ki CMK m. 231’deki genel kuraldan ayrılmayı tercih etmiştir. Zira bu düzenleme bakımından genel norm niteliğinde olan CMK m. 231’e atıf yapmadığı gibi “karar verilir” şeklindeki emredici ifadeyle de hâkimin takdir yetkisini kaldırmıştır. Bu nedenle 5320 sayılı kanunun geçici 7/2. maddesindeki şartları taşıyan failler hakkında diğer şartlar aranmaksızın hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilecektir.⁵³⁰ Yargıtay da bu doğrultuda karar vermektedir.⁵³¹

6545 sayılı kanun, 5320 sayılı kanuna geçici 7. maddeyi getirirken CMK m. 231/8’e yaptığı “Denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez.” şeklindeki ibareyle de iki kere uygulama yasağını getirmiştir. Bu durumda hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olan failin deneme süresi içerisinde ve her halükârda 18.06.2014’ten önce TCK m. 191’de yer alan suçu işlemesi halinde, CMK m. 231/8 de yer alan iki kere uygulama yasağı mı gündeme gelecektir yoksa 5320 sayılı kanunun geçici 7/2. maddesinde yer alan emredici hüküm sebebiyle kurumun uygulanması mı gerekecektir? Her iki norm da aynı anda yürürlüğe girdiği için konuyu normlar çatışması bağlamında ele alan bir görüş, 5320 sayılı kanunun geçici 7. maddesinin CMK m. 231/8’e göre özel norm niteliğinde olduğundan öncelikle uygulanması gerektiğini ve denetim süresi içerisinde işlenen TCK m. 191 kapsamındaki suçlar bakımından

⁵³⁰ Özdemir, s. 157, 158.

⁵³¹ Yar. 20 CD., E. 2015/4259, K. 2017/192, T. 10.01.2017: “Sanık hakkında aynı suçtan açılmış başka dava yoksa veya sanık bu suçu daha önce işlediği suçtan dolayı verilen tedavi ve/veya denetimli serbestlik tedbirinin infazı sırasında işlemiş değilse, bu suç sebebiyle tedavi ve/veya denetimli serbestlik tedbiri uygulanmamış olan sanık hakkında, hükümden sonra 28.06.2014 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6545 Sayılı Kanun’un 68. maddesiyle değiştirilen TCK’nın 191. maddesi ve aynı Kanun’un 85. maddesiyle 5320 Sayılı Kanun’a eklenen geçici 7. maddenin 2. fıkrası uyarınca, 191. madde hükümleri çerçevesinde “hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına”...”, (www.kazanci.com, SGT. 17.04.18).

hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasına bir engel olmadığını belirtmiştir.⁵³²

Ancak bu konuyu normlar çatışmasına ilişkin bir tartışmaya girmeden çözümenin daha pratik bir yolu vardır. Daha önce de belirtildiği üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılması bir maddi ceza normudur. Dolayısıyla TCK m. 7/2 uyarınca, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin yapılan değişikliğin failin aleyhine olması halinde, failin lehine olan eski düzenlemenin yürürlük ötesi uygulanması söz konusu olacaktır. 6545 sayılı kanunla CMK m. 231/8'e eklenen 'iki kere uygulama yasağı' düzenlemesinin faillerin aleyhine olduğu konusunda hiçbir şüphe yoktur. Bu sebeple iki kere uygulama yasağı ancak 18.06.2014'ten sonra işlenen suçlar bakımından söz konusu olabilecektir. 5320 sayılı kanunun geçici 7/2. maddesi ise 6545 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği tarihte devam eden kovuşturmalardan bahsetmektedir. Öyleyse bu kovuşturmaların sonunda verilecek mahkûmiyet kararları bakımından 'iki kere uygulama yasağı' söz konusu olmayacak, 5320 sayılı kanunun geçici 7/2. maddesindeki emredici hüküm sebebiyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması karar verilecektir.⁵³³

6545 sayılı kanunla değişiklikle birlikte TCK m. 191'e eklenen 8. fıkra uyarınca kanunun 188. maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal veya ticareti; 190. maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçlarından dolayı yapılan kovuşturmalarda suçun münhasıran TCK m. 191 kapsamına girdiğinin anlaşılması halinde sanık hakkında TCK m. 191 hükümleri çerçevesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi zorunlu kılınmıştır. Böylece kanun, hükmün

⁵³² **Özdemir**, s. 160.

⁵³³ **Horozgil**, s. 65, 66.

açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesini hâkimin takdir yetkisinin dışına çıkarmıştır.⁵³⁴

e. İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu

TCK m. 184⁵³⁵ imar kirliliğine neden olma suçunu düzenlemektedir. Maddenin 1. ve 2. fıkralarında, yapı ruhsatiyesi almadan veya ruhsata aykırı olarak bina yapan veya yaptıran kişi ile yapı ruhsatiyesi olmadan başlatılan inşaatlar dolayısıyla kurulan şantiyelere elektrik, su veya telefon bağlantısı yapılmasına müsaade eden kişinin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Maddenin 5. fıkrasında ise, failin, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak yaptığı ya da yaptırdığı binayı imar planına ve ruhsatına uygun hale getirmesi halinde, bir ve ikinci fıkra hükümleri gereği kamu davası açılmayacağı, kamu davası açılmışsa düşme kararı verileceği, mahkûmiyet hükmü verilmişse cezanın bütün sonuçlarıyla ortadan kalkacağı düzenlenmiştir. Doktrinde ve uygulama TCK m. 184/5. maddesi etkin pişmanlık hali olarak anılmaktadır. Ancak bu düzenleme kanundaki diğer etkin pişmanlık düzenlemelerinden farklı olarak, hükmedilmiş bir

⁵³⁴ Epözdemir, s. 128, 129.

⁵³⁵ **MADDE 184** – “(1) *Yapı ruhsatiyesi alınmadan veya ruhsata aykırı olarak bina yapan veya yaptıran kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) *Yapı ruhsatiyesi olmadan başlatılan inşaatlar dolayısıyla kurulan şantiyelere elektrik, su veya telefon bağlantısı yapılmasına müsaade eden kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.*

(3) *Yapı kullanma izni alınmamış binalarda herhangi bir sınıai faaliyetin icrasına müsaade eden kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(4) *Üçüncü fıkra hariç, bu madde hükümleri ancak belediye sınırları içinde veya özel imar rejimine tabi yerlerde uygulanır.*

(5) *Kişinin, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak yaptığı veya yaptırdığı binayı imar planına ve ruhsatına uygun hale getirmesi halinde, bir ve ikinci fıkra hükümleri gereğince kamu davası açılmaz, açılmış olan kamu davası düşer, mahkum olunan ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar.*

(Ek fıkra: 5377 - 29.6.2005 / m.21) (6) *İkinci ve üçüncü fıkra hükümleri, 12 Ekim 2004 tarihinden önce yapılmış yapılarla ilgili olarak uygulanmaz.”*

cezanın neticelerini ortadan kaldırabilmektedir. Ayrıca TCK m. 184/5 bina yapan ya da yaptıran kişinin gösterdiği etkin pişmanlık halinde devreye giren bir düzenlemedir ancak etkin pişmanlık göstermese dahi TCK m. 184/2’de yer alan fiili gerçekleştiren kişi hakkında da tatbik edilmektedir. Bu sebeple düzenlemenin, etkin pişmanlığın cezayı azaltan ya da kaldıran ‘şahsi sebep’ olma niteliğiyle bağdaşmadığı belirtilmiştir.⁵³⁶

TCK m. 184/5’te düzenlenen cezasızlık hali sebebiyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun bu suç bakımından uygulama alanı bulup bulamayacağı doktrinde ve uygulamada çok tartışılmış bir meseledir. Biz de bu konuda sunulmuş çeşitli görüşleri ve Yargıtay kararlarını aktararak bir çözüme ulaşmaya çalışacağız.

Bir görüşe göre, imar kirliliğine neden olma suçunda kişinin binayı imar planına ve ruhsata uygun hale getirmesiyle çevreye verilen zarar giderilmiş olacaktır ve bu halde bir cezaya hükmedilmişse o ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkacaktır. Bu durumda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu sanığın daha aleyhine sonuçlar doğurmaktadır.⁵³⁷ Zira bu halde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının şartlarından olan zararın giderilmesi şartı, binanın ruhsata ya da imar planına uygun hale getirilmesiyle karşılanmış olacaktır.⁵³⁸ Benzer bir görüş, “*ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak yaptığı veya yaptırdığı binayı imar planına ve*

⁵³⁶ **Abdülbaki Giyik**, “*İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu*”, TBBD., S. 134, Y. 30, Ocak – Şubat 2018, s. 102 – 104; Yargıtay ise TCK m. 184/5 hükmünü, onarıcı adalet anlayışına bağlı olarak ortaya çıkan bir çeşit etkin pişmanlık hali olarak tanımlamaktadır. Bkz. Yar. CGK., E. 2014/308, K. 2016/68, T. 16.2.2016: “*TCK'nun 184. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan düzenleme onarıcı adalet anlayışına bağlı olarak ortaya çıkan, bir çeşit etkin pişmanlık hali olup, hukuka aykırı eylemin doğurduğu sonuçların suçtan önceki hale getirilmesi şeklinde nitelendirmek mümkündür. Onarıcı adalet anlayışına uygun olarak düzenlenen 184/5. madde ile fail ıslah edilmekte, mağdur ve toplumun gördüğü zararlar giderilmekte, ayrıca sorumluluk üstlenerek mağdur ve topluma verdiği zararı kabul etme ve bunları telafi etme için faile imkân sağlanmakta ve böylece suçun olumsuz etkileri yok edilmektedir.*”, (www.kazanci.com, SGT. 29.04.18).

⁵³⁷ **Gündüz**, s. 159.

⁵³⁸ **Özsoy**, s. 88, 89.

ruhsatına uygun hale getirme” ibaresinin maddi zarar olarak kabulünün ceza hukuku anlamındaki “zarar” kavramının borçlar hukuku anlamındaki “zarar” kavramına kıyasla daha geniş bir nitelik ortaya koyması nedeniyle maddenin düzenleniş şekline de uygunluk gösterecektir. Bu nedenle sanık TCK m. 184/5’te düzenlenen yükümlülüğü yerine getirdiğinde CMK m. 231/6-c anlamındaki zararı da gidermiş olacaktır ancak TCK m. 184/5’te yer alan emredici hüküm sebebiyle açılan kamu davasının düşmesine karar verileceğinden ortada açıklanması geriye bırakılacak bir mahkûmiyet hükmü kalmayacaktır.⁵³⁹

Bir diğer görüş ise, kişinin kendisine ait taşınmazda inşaat yapması durumunda kamunun doğrudan uğradığı bir zarar olmadığı için diğer şartların da gerçekleşmesi kaydıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu uygulama alanı bulabilecek, TCK m. 184/5’te yer alan düzenleme buna bir engel teşkil etmeyecektir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının neticesinde belirlenen denetim süresi içerisinde, kişi TCK m. 184/5’te belirtilen yükümlülüğü yerine getirirse, denetim süresinin bitimi beklenmeksizin davanın düşmesine karar verilecektir.⁵⁴⁰

Bir diğer görüşe göre ise, TCK m. 184’te belirtilen ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak yapılan bina çevre ve imar kirliliği yarattığı için bir suçtur. Kamunun ya da üçüncü kişilerin maddi bir zarara uğraması bu suçun gerçekleşebilmesi için aranmamıştır. TCK m. 184/5 binanın imar planına ve ruhsata uygun hale getirilmesinden bahsetmektedir ve bu uygunluk binanın tamamen yıkılarak ortadan kaldırılmasıyla olacağı gibi bina olduğu gibi kalıp imar planında yapılacak bir değişikliklerle ya da ruhsatsız binaya ruhsat alınmasıyla da olabilir. Bu sebeple uygunluğun sağlanması sanığın iradesiyle ya da iradesi dışı olabilir. Dolayısıyla ruhsatsız ya da ruhsata aykırı yapılan binanın imar planına veya ruhsata uygun hale getirilmesi esasında suçun

⁵³⁹ İpek, s. 55 – 57.

⁵⁴⁰ Töngür, s. 295, 296; İsmail Turgut Kıldan, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumunun Yargıtay Kararları Işığında İncelenmesi”, AD., S. 35, Eylül 2009, s. 152; Bakıcı, s. 123.

konusunun ortadan kaldırılmasıdır. Bunu “*maddi zararın giderilmesi*” şeklinde nitelemek zorlama bir yorum olacaktır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulama alanı bulması CMK m. 231’de yer alan şartların oluşup oluşmadığıyla ilgilidir; TCK m. 184/5’in varlığı hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanmasına engeldir şeklinde kestirip atmak doğru değildir. Zira aksi yorum, hem her iki hükmün düzenleniş amacına (TCK m. 184/5’in düzenlenme amacı çevre kirliliğinin ve çarpık yapılaşmanın önlenmesi) hem de “*zarar*” kavramının yorumuyla ilgili yanlış neticelere yönlendirecektir.⁵⁴¹

Bu konuya ilişkin bir diğer görüşe göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanamayacağı suçlar mevzuatta açıkça gösterilmiştir ancak imar kirliliğine neden olma suçu bakımından böyle bir engel mevzuatta gösterilmemiştir. Bu sebeple imar kirliliğine neden olma suçunda kural olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu uygulama alanı bulabilir. Özellikle TCK m. 184/5 uyarınca sanığın “*eski hale getirme*” yönündeki iradesinin sonuç doğurmaya elverişli olmadığı hallerde, kurumun uygulanabilirliğinin kabulü zorunludur. Ancak TCK m. 184/5 hükmü sanık lehine sonuç doğuran bir hüküm olduğu için, hükmün açıklanmasının geri bırakılması neticesinde belirlenen denetim süresi içerisinde, TCK m. 184/5’in koşullarının gerçekleşmesi halinde dosya ele alınarak düşme kararı verilmelidir.⁵⁴²

TCK m. 184/5’te belirtilen etkin pişmanlık hükmüyle CMK m. 231/6-c’de belirtilen genel nitelikteki zararın giderilmesi normunun farklı kurumlara ait farklı şartlar oldukları konusunda şüphe yoktur.⁵⁴³ İmar kirliliğine neden olma suçuyla korunan hukuki menfaat göz önüne alındığında bu fark açığa çıkacaktır. İmar kirliliğine neden olma suçunun kanunda

⁵⁴¹ Artuç, B. 3, s. 29, 30.

⁵⁴² Kumbasar, s. 145, 146.

⁵⁴³ Baştürk, s. 280, 281.

düzenlendiği yer de gözetildiğinde bu suçla çevrenin korunduğuna ilişkin hiçbir şüphe yoktur. Ancak bu suçla çevrenin yanı sıra “imar düzeninin ve imar hukukundaki idari işleyişin” de korunduğu belirtilmektedir.⁵⁴⁴ Suçun mağduru da belirli bir kişi olmayıp sağlıklı ve estetik bir çevrede yaşama hakkına sahip tüm bireyler bu suçun mağduru olabilir.⁵⁴⁵ Ruhsata aykırı ya da ruhsatsız bir bina yapılması ya da yaptırılması halinde, suçun hukuki konusunun ihlali sonucu yeterli görülüş, kanun koyucu başkaca bir netice aramamıştır. Bu nedenle imar kirliliğine neden olma suçu bir neticesiz suçtur (sırf hareket suçudur). Ancak bu durum, suçun işlenmesiyle birlikte başka neticelerin ortaya çıkmayacağı anlamına gelmez. Örneğin ruhsatsız yapılan bir binanın komşu taşınmazlara veya üçüncü bir kişiye zarar verme ihtimali de vardır. Ancak suçun işlenmesiyle birlikte üçüncü kişilerin bir zarara uğramadığı sadece suçla korunan hukuki menfaatlerinin ihlal edildiği halde CMK m. 231/6-c’de aranan “doğrudan ve maddi” bir zararın meydana geldiği de söylenemeyecektir.⁵⁴⁶ Nitekim bu husus Yargıtay kararlarında da belirtilmiştir. Yargıtay bir kararında CMK m. 231/6-c’nin ancak işlenen suç sebebiyle mağdura veya kamuya verilen ve parayla ifade edilebilen maddi zararların ödenmesini gerektiren somut olaylarda uygulanabileceğini; ruhsata veya imar planına aykırı olarak yapılan binanın imar kirliliğine yol açmasının tek başına kamusal maddi zarar olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiştir. Yargıtay’a göre TCK m. 184/5’te yer alan etkin pişmanlık düzenlemesi ve CMK m. 231 hükmünün uygulanma olanaklarının birbirlerinden bağımsız olarak ele alınıp

⁵⁴⁴ İmar kirliliğine neden olma suçuyla korunan hukuki menfaate ilişkin doktrinde ileri sürülmüş diğer görüşlerle ilgili olarak ayrıca bkz. **Giyik**, s. 73, 74. Yazar, ayrıca, suçla korunan hukuki değerler arasında sıralama yapmak gerektiğinde imar düzeninin ve imar hukukundaki idari işleyişin ilk sıraya konması gerektiğini zira çevreye doğrudan zarar veren hareketleri cezalandıran normların TCK m. 181 ve m. 182 olduğunu belirtmektedir.

⁵⁴⁵ **Giyik**, s. 81.

⁵⁴⁶ **Horozgil**, s. 57, 58; TCK m. 184’ün ihlaliyle birlikte ortaya doğrudan ve maddi bir zarar çıkmayacağıyla ilgili olarak ayrıca bkz. **Baştürk**, s. 282 ve **Epözdemir**, s. 139.

değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu hükümlerden biri diğerinin ön koşulu olmadığı gibi uygulanmasına da engel değildir.⁵⁴⁷

TCK m. 184 ile oraya çıkan zarar, maddenin 1., 2. ve 3. fıkralarında belirtilen fiiller sonucu ortaya çıkabilecek zararlar olup; bu zararlar sanık tarafından ya da sanık harici kişiler tarafından giderilebilir bunun yanı sıra suçun işlenmesinden sonra yapılacak hukuki düzenlemelerle de fiil hukuka uygun hale getirilebilir.⁵⁴⁸ Nitekim idarenin imar planında yapacağı değişiklikle, ruhsatı olmayan binaya ruhsat vermesiyle, binayı ruhsata uygun hale getirmesiyle, veya yasama organınca çıkarılacak bir imar affıyla binanın ruhsata ve imar planına uygun hale getirilmesi söz konusu olabilecektir. Bu sebeple TCK m. 184/5'te belirtilen durumun gerçekleşmesi halinin suçun maddi konusunun ortadan kalkması olup buna maddi zararın giderilmesi anlamı yüklenemeyeceği yönündeki görüşe iştirak etmekteyiz.⁵⁴⁹

İmar kirliliğine neden olma suçunda, suç faillerinin yapının sahibi olmayan kişiler olması halindeyse, TCK m. 184/5 kapsamında zararın giderilmesi çok zor hale gelmektedir. Örneğin ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak yapılan binada çalışan mühendisler, işçiler ve teknik sorumlular TCK m. 184/1 kapsamındaki suçun failidirler. Ancak bu kimselerin yapı malikinin izni olmadan inşaatı ruhsata uygun hale getirme veya yıkma yetkileri yoktur. Bu sebeple yapı maliki olmayan faillerin etkin pişmanlık hükmünden yararlanmalarının önünde

⁵⁴⁷ Yar. 4. CD., E. 2011/14615, K. 2011/12573, T. 13.7.2011. Yargıtay bu kararında ayrıca yerel mahkemenin “İmar kirliliğine sebep olmak suçundan sanık B.'in, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 184/1, 62. maddeleri uyarınca 10 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231/5. maddesi gereğince, kararın kesinleştiği tarihten itibaren 2 yıl içerisinde 05.11.2007 tarihli bilirkişi raporunda belirtildiği üzere kaçak kat vasfındaki 1 ve 2. kata ruhsat alınması ya da imar planına uygun hale getirilmesi koşulu ile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair...” şeklindeki kararını iki ayrı kurumun şartlarının birleştirilerek verilmiş bir hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı olduğunu ve bu sebeple hukuka uygun olmadığını da yerinde bir şekilde ifade etmiştir (www.kazanci.com, SGT. 29.04.18).

⁵⁴⁸ **Baştürk**, s. 281; Krş. **Giyik**, s. 104.

⁵⁴⁹ **Artuç**, B. 3, s. 29, 30; **Baştürk**, s. 281, 282; Aynı yönde bkz. **Epözdemir**, s. 139.

fiili ve hukuki engeller bulunmaktadır. Bu kişilerin etkin pişmanlık hükmünden yararlanabilmeleri ancak başka kişilerin eylemlerine, mevzuat değişikliğine ya da imar affi uygulamalarına bağlıdır. TCK m. 184/5'in uygulanmasında yapı maliki olan failer ile yapı maliki olmayan failer arasında yaratılan bu uygulama kabiliyeti farklılığının Anayasanın eşitlik ilkesi ile hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu da ileri sürülmüştür.⁵⁵⁰

Bu anlatılanlar doğrultusunda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun TCK m. 184'te yer alan fiilleri işleyen sanıklar hakkında uygulanıp uygulanamayacağını çeşitli ayrımlarla incelemek gerekir. Zira bu suçu işleyen failer bakımından kurumun her şartta uygulanabileceği ya da hiçbir şekilde uygulanamayacağı yönündeki kabuller doğru olmayacaktır.⁵⁵¹

Failin kendi arsasına yaptığı ruhsatsız ya da ruhsata aykırı binanın sadece suçla korunan hukuki menfaati ihlal ettiği ancak 3. kişilerin malvarlığında herhangi bir azalmaya yani zarara neden olmadığı durumda, fail binayı ruhsata veya imara uygun hale getirmese dahi ortada doğrudan ve maddi bir zarar olmadığından, CMK m. 231/6-c'de aranan zararın giderilmesi şartı aranmaksızın, diğer şartların da mevcudiyeti halinde hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu uygulanabilir.⁵⁵² Ancak bu halde denetim süresi içerisinde fail binayı

⁵⁵⁰ **Baştürk**, s. 283 ve dn. 1243.

⁵⁵¹ **Horozgil**, s. 58.

⁵⁵² Yar. 4. CD., E. 2012/13040, K. 2012/28367, T. 29.11.2012; Yar. 4. CD., E. 2012/18645, K. 2013/1463, T. 24.1.2013: "İncelenen dosyada sanığa yüklenen kendisine ait binaya ruhsat almadan çatı katı yapmak suretiyle imar kirliliğine neden olma suçunda kişilere veya kamu idaresine karşı doğrudan bir zarara yol açtığına kanıtlanmamış bulunması, ruhsatsız yapının eski hale getirilmesinin ise ancak TCK'nın 184/5 maddesinde öngörülen etkin pişmanlık hükmünün uygulanması bakımından gözetilebilmesi ve sanığın silinme koşulları oluşmuş sabıkasının hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel teşkil etmeyeceğinin anlaşılması karşısında, sanık hakkında CMK'nın 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması hususunun uygulanma koşullarının bu doğrultuda değerlendirilmesi gerekirken, suçtan kaynaklanan zararın giderilmediği, suça konu yapıyı yıkmadığı, ruhsat almadığı şeklindeki yasal olmayan gerekçeyle hükmün açıklanmasının geri

ruhsata veya imar planına uygun hale getirirse hakkında derhal düşme kararı verilmelidir.⁵⁵³ Elbette bu ihtimalde failin binayı ruhsata veya imar planına uygun hale getirmeye yönelik bir çabasının bulunmaması, suçu işlemeye devam etmesi hallerinde mahkeme, sanığın yeniden suç işlemeyeceği konusunda kanaate varamayabileceğinden (CMK m. 231/6-b) hükmün

birakılması hükümlerinin uygulanmaması,”; Yar. 4. CD., E. 2013/30723, K. 2014/4181, T. 11.2.2014: “Sabıkasız olan sanığa yükletilen imar kirliliğine neden olma suçunda, katılan ve kamunun uğradığı maddi (somut) bir zarar bulunmadığı ve TCK'nın 184/5. maddesindeki etkin pişmanlık düzenlemesinin, hükmün açıklanmasının geri bırakılması hükümlerinin uygulanması olanağına engel oluşturmayacağı gözetilmeden, “sanığın müteahhidi olduğu inşaatın yapımının ruhsatlı olarak başlanmasına rağmen ruhsata aykırı olarak eklentiler yaptığı, bu eklentilerin kaldırılması ve imara aykırılığın giderilmesi imkanı olduğu halde imara aykırılığı gidermediği, imar kirliliğine neden olduğu, imar kirliliği nedeniyle kamunun zararının bulunduğu, ruhsat alındığı halde ruhsata uygun bina yapılmadığı, kurallara uyulmadığı, kanunlara uyulmamasının müeyyidesinin bulunduğu, kurallara uymamanın yaygın bir davranış halinde olması nedeniyle ülkemizin modern bir ülke haline gelemediği” biçimindeki yasal olmayan gerekçeyle sanık hakkında CMK'nın 231/5. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi, ... Yasaya aykırı ve sanık S. K. müdafinin temyiz nedenleri ile tebliğnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden hükmün BOZULMASINA...”. Ancak özel dairenin bu kararına karşılık yerel mahkeme direnme kararı vermiş ve dava Ceza Genel Kurulu'na taşınmıştır. Ceza Genel Kurulu da TCK m. 184/5 hükmünden yararlanma imkânı bulunan fail hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanma imkânı olmadığı kabulünün zorunlu olduğu yönünde karar vermiştir. Bkz. Yar. CGK., E. 2014/4-567, K. 2015/11, T. 24.2.2015, (www.kazanci.com, SGT. 29.04.2018).

⁵⁵³ **Horozgil**, s. 58.

açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermeyebilecektir.⁵⁵⁴ Nitekim Yargıtay'ın da bu yönde kararları mevcuttur.⁵⁵⁵

⁵⁵⁴ **Baştürk**, s. 286, 287; Ancak Yargıtay'ın TCK m. 184/5'te yer alan düzenlemeden yararlanma imkânı bulunduğu halde yararlanmayan sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanma şartlarını yerine getirip getirmediğini tartışmaya gerek olmadığı yönünde kararları vardır. Bkz. Yar. CGK., E. 2014/308, K. 2016/68, T. 16.2.2016: “... *Belediyesi sınırları içerisinde plan dışı alanda hisseli kadastral parsel üzerinde ruhsatsız ve kaçak olarak bina yaptığı tutanakla tespit edilen sanığın yapılan ihtara rağmen 3194 Sayılı İmar Kanunu hükümleri gereğince ruhsat almadığı, suça konu yerdeki müdahaleyi sonlandırarak imara uygun hale getirmediği gibi binayı yıkarak eski hale de getirmediği anlaşılmaktadır. İmar kirliliğine neden olma suçunu işleyen sanık 5237 Sayılı TCK'nun 184/5. maddesindeki özel düzenlemeden yararlanma imkanı bulunduğu halde bunu yapmayarak anılan maddedeki özel düzenlemeden yararlanmamış olup, bu durumda 5271 Sayılı CMK'nun 231. maddesinde düzenlenmiş olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması şartlarını yerine getirip getirmediğinin ayrıca değerlendirilmesine gerek bulunmamaktadır. Bu nedenle, sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması hükmünü uygulamamak suretiyle sonucu itibariyle doğru olan yerel mahkeme hükmünün Özel Daire tarafından bozulmasına karar verilmesi isabetsizdir.*”, (www.kazanci.com, SGT. 29.04.18). Anılan mahkeme kararına katılmıyoruz. Yukarıda da aktardığımız üzere imar kirliliğine neden olma suçunda her zaman maddi bir zarar ortaya çıkmayabilir. Özellikle yapı maliki failin kendi arsasına yaptığı ya da yaptırdığı ruhsatsız ya da ruhsata aykırı bina sebebiyle üçüncü kişiler doğrudan ve maddi bir zarara uğramayabilirler. Dolayısıyla CMK m. 231/6-c'de belirtilen nitelikte zararın giderilmesi söz konusu olmayabilir. Bu nedenle mahkemeler imar kirliliğine neden olma suçlarında özellikle üçüncü kişilerin maddi bir zararının olmadığı hallerde sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının şartlarının oluşup oluşmadığını tartışmalı, TCK m. 184/5'ten yararlanma imkânı varken yararlanmayan sanığın tutumunu CMK m. 231/6-b kapsamında değerlendirmeye alarak takdir hakkını kullanmalıdır.

Yargıtay'ın yukarıda aktardığımız kararıyla birebir aynı doğrultuda verdiği bir başka kararı için bkz. Yar. CGK., E. 2014/4-806, K. 2015/167, T. 26.5.2015 (www.kazanci.com, SGT. 29.04.2018). Ancak bu kararda çoğunluk görüşüne katılmayan Doç. Dr. İ. Şahbaz'ın karşı oyunun sonuna kadar okunması gerekmektedir. Biz de yerinde bulduğumuz bu karşı oydan bir kesit sunuyoruz: “...*İnsan haklarını yakından ilgilendiren adli ceza ile ilgili olarak, belli bir süre içerisinde suç işlenmemesi halinde sabıkasız sayılmayla sonuçlanacak olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesine engel oluşturan yerel mahkemenin yukarıdaki kararı, suç ve cezada yasaya sıkı sıkıya bağlılık ve yorumda genişletme yasağı/dar yorumlama ilkeleriyle çelişmektedir. Dolayısıyla TCY'nun 184/5. maddesinde yer alan özel düzenleme, sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı*

Sanığın ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak yaptığı binanın başkasının taşınmazına taşması ya da toprak yapısını bozması halinde, sanığın fiiliyle üçüncü kişilerin malvarlığında bir azalma meydana geleceği için sanığın zarar gören kişi ya da kişilerin zararını “suçtan önceki hale getirme”⁵⁵⁶ suretiyle gidermesi gerekecektir. Benzer şekilde, sanığın hakkı olmayan yere tecavüz etmesi halinde de tecavüzün devam ettiği ve suça konu yerin suçtan önceki hale getirilmediği hallerde de hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu uygulama alanı bulmamaktadır. CMK m. 231/6-c’de geçen “suçtan önceki hale getirme” ile amaçlanan, suç fiilinden önceki “hukuka uygun” hal ve şartlara tekrar ulaşılabilmesi olup; bu durum yapının tamamen ortadan kaldırılmasıyla olabileceği gibi ruhsata veya imar planına uygun hale getirilmesiyle de gerçekleşebilir. Durum böyle olunca sanığın zararı gidermesi halinde TCK m.

verilmesine açıkça engel değildir. Çünkü, kendi arsasına ruhsatsız veya ruhsata aykırı bina yapılması eyleminde, Yargıtay içtihatlarında istikrar bulmuş olan somut bir maddi zarara sebebiyet verilmemektedir. Eğer sanık binayı, başkasının, hazinenin yahut belediyenin arsasına yapmış olsaydı, kuşkusuz maddi zarar söz konusu olacaktı. Veya, sanığın kendi arsasına bina yapması nedeniyle suçtan doğrudan zarar gören bir kimse olsaydı, o zaman yine maddi zarardan söz edilebilirdi.

Yerel mahkeme kararında, zarardan söz edilmekte ise de, bu zararın ne olduğu konusunda açık bir belirleme söz konusu değildir. Genel olarak her suçta kamunun zarar görmesi söz konusudur; ancak, yasada aranan maddi zarar, suçun işlenmesiyle ortaya çıkan maddi zarardır. Bu maddi zararın da dolaylı değil, doğrudan gerçekleşmiş olması gerekir. Genel bir yaklaşımla her suçta kamunun zararının olduğunun kabulü halinde, CYY'nun 231. maddesi hiç uygulanamaz...”

⁵⁵⁵ Yar. 4. CD., E – K: 12657 – 21924, T. 31.10.2012: “... Daha önce kasıtlı bir suçtan mahkumiyeti bulunmayan sanığa yükletilen, kendi arsasına bina yapmak suretiyle imar kirliliğine neden olma suçunda, kamunun uğradığı maddi bir zararın bulunmaması karşısında, sanığın CMK'nun 231/6-b maddesi uyarınca kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işleyip işlemeyeceği hususunda bir değerlendirme yapılmadan, 'kamu zararının giderilmemiş bulunması nedeniyle' biçimindeki yasal ve yeterli olmayan gerekçe ile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi...”. Özel dairesinin bu kararı Ceza Genel Kurulu’na taşınmış olup aktarılan kısım şu karardan alınmıştır: Yar. CGK., E. 2014/4-531, K. 2015/96, T. 7.4.2015, (www.kazanci.com, SGT. 29.04.2018).

⁵⁵⁶ CMK m. 231/6-c: “Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi, gerekir...”

184/5 uyarınca düşme kararı verilecektir ve ortada bir mahkûmiyet hükmü bulunmadığından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu uygulanma kabiliyeti bulamayacaktır. Sanığın zararı gidermemesi halinde de CMK m. 231/6-c'de belirtilen zararın giderilmesi şartı sağlanmadığı için hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemeyecektir.⁵⁵⁷

Yapı maliki olmadıkları halde TCK m. 184'te düzenlenen fiillerin faillerinin daha önce de belirtildiği üzere TCK m. 184/5'te yer alan etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmalarının önünde fiili ve hukuki engeller bulunmaktadır. Dolayısıyla bu kişiler bakımından zararın giderilmemesi halinde de hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu diğer şartların da varlığı halinde uygulama alanı bulmalıdır.⁵⁵⁸ Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına bağlı olarak tayin edilen deneme süresinin içerisinde TCK m. 184/5 uyarınca zarar giderilmişse bu kişiler hakkında derhal düşme kararı verilmelidir.⁵⁵⁹ Ayrıca belirtmek gerekir ki TCK m. 184/5 sadece 1. ve 2. fıkrada yer alan fiilleri gerçekleştiren kişiler bakımından bir etkin pişmanlık düzenlemesi getirmektedir. Öyleyse 3. fıkrada yer alan fiili gerçekleştiren failer hakkında diğer şartların da bulunması halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesinin önünde hiçbir engel yoktur.⁵⁶⁰

f. İşkence Suçu

⁵⁵⁷ **Horozgil**, s. 59, 60.

⁵⁵⁸ **İpek**, s. 57.

⁵⁵⁹ **Baştürk**, s. 288.

⁵⁶⁰ **Horozgil**, s. 60, 61.

İşkence suçu TCK'nın 94. maddesinde düzenlenmektedir.⁵⁶¹ Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 3. maddesi de “Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza ya da işlemlere tabi tutulamaz” hükmüyle işkence yasağını koruma altına almıştır.

Daha önce de açıkladığımız üzere⁵⁶² bazı ülke uygulamalarında, belirli bazı tür suçları işleyen failer hakkında sırf bu suçları işlemeleri nedeniyle erteleme kurumlarının uygulanmaması yoluna gidilmektedir. Örneğin İsviçre Federal Mahkemesi işlenen suçun niteliğinin, failin ertelemeye uygun olup olmadığının tespitinde dikkate alınması gerektiğini tespit etmiştir. Bunlar öyle suçlardır ki bu suçları işleyen kişiler hakkında erteleme kurumlarının uygulanmamasının sebebi bu suçların işlenmesi değil fakat bu suçları işleyen kişilerde ertelemeye uygunluk şartının bulunmamasıdır.⁵⁶³ Biz de mahkemelerin failer hakkında bireyselleştirme kurumlarını uygularken failin işlediği suçun türüne ve o suçla korunan hukuki menfaate bakarak, failin ertelemeye uygun olup olmadığını değerlendirmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Ertelemeye karar vermek konusunda hâkimin takdir yetkisinin sınırına ilişkin doktrinde farklı görüşler ileriye sürülmüştür.⁵⁶⁴ Nitekim uygulamada da erteleme şartlarının oluşması halinde dahi mahkemelerin cezanın genel önleme özelliğinin ortadan kalkacağı, korkutucu etkisinin kaybolacağı şeklindeki gerekçelerle erteleme kurumunu uygulamadıkları görülmektedir.⁵⁶⁵ AİHM de 3. maddenin ihlali halinde olay hakkında etkili bir soruşturma

⁵⁶¹ **MADDE 94** – “(1) Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

⁵⁶² Bkz. §3/IV/1-C.

⁵⁶³ Bkz. **Önder**, Tecil, s. 188, 189.

⁵⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Önder**, Tecil, s. 198 – 206.

⁵⁶⁵ Bkz. **Önder**, Tecil, s. 202, 203. Ancak yazar bu düşünceye karşı çıkmaktadır ve demektedir ki, erteleme reddi için kanunda bulunmayan sebepler ileriye sürülemez. Bu anlamda failin işleniş şekli,

yapılması gerektiğini ve bu soruşturmanın sorumluların tespiti ve cezalandırılmalarıyla sonuçlanacak nitelikte olması gerektiğini belirtmektedir.⁵⁶⁶ AİHM'in yerleşik içtihatları uyarınca bunun anlamı, yerel adli makamların uygulanan fiziksel ya da psikolojik eziyeti hiçbir şartta cezasız bırakmaması gerektiğidir.⁵⁶⁷ Taylan v. Türkiye kararına konu olan olayda “5 Kasım 2008 tarihinde Bursa Ağır Ceza Mahkemesi polis memurlarının itiraf alabilmek amacıyla başvuruları dövdüklerine, başvurana küfür ettiklerine ve elektrik uyguladıklarına karar vermiştir. Mahkeme, eski Ceza Kanunu'nun (765 sayılı Kanun) 243. maddesi uyarınca polis memurları hakkında bir kez daha on ay hapis cezası uygulanmasına ve memurların iki ay 15 gün kamu hizmetlerinden yasaklanmasına hükmetmiştir. Polis memurlarının sabıka kayıtlarının ve aynı suçtu yeniden işleme olasılıklarının olmaması nedeniyle hükmün açıklanmasını geri bırakmıştır” (Taylan v. Türkiye, § 26). AİHM bahsi geçen bu kararda bir devlet memurunun 3. maddeyi ihlal eden bir suç işlemesi halinde, bu suç hakkında yürütülen yargılamanın ve yargılama sonucunda verilen hükmün zamanaşımına uğramaması ve bu suçlar hakkında af çıkarılmasına izin verilmemesi gerektiğini belirtmektedir (Taylan v. Türkiye, § 45). AİHM, bu tür cezaların ertelenmesinin, mahkûmiyet hükümlerinin etkisiz kalmasına yol açtığını ve bu sebeple kabul edilemez tedbirler kategorisinde olduğunu belirtmiştir.⁵⁶⁸ Hükmün açıklanmasının geri bırakılması cezanın infazının ertelenmesinden daha güçlü bir etkiye sahiptir zira suçlunun erteleme hükmüne uyması şartıyla ceza, bütün sonuçlarıyla birlikte

niteliği, cezanın taktiren artırılmış olması gibi sebeplerle erteleme kurumunun uygulanmaması kabul edilebilir değildir. Cezanın genel önleme niteliğinin öne sürülerek erteleme talebinin reddi de doğru değildir zira kanun koyucu ertelenebilir cezanın sınırını tespit ederken bunun genel önleme niteliğine de dikkate almıştır. Ayrıca bkz. **Önder**, Tecil, s. 205, 206.

⁵⁶⁶ Bkz. **Labita v. İtalya**, Başvuru No. 26772/95, T. 6.4.2000, § 131.

⁵⁶⁷ Bkz. **Okkalı V. Türkiye**, Başvuru No. 52067/99, T. 17.10.2006, § 65; **Derman v. Türkiye**, Başvuru No. 21789/02, T. 31.5.2011, § 27, 31; **Taylan V. Türkiye**, Başvuru No. 32051/09, T. 3.7.2012, § 43.

⁵⁶⁸ **Zeynep Ozcan v. Türkiye**, Başvuru No. 45906/99, T. 20.02.2007, §§ 40 – 46; **Güngör – Okuyucu Ergün**, s. 1959.

ortadan kalkmaktadır. “Bu nedenle AİHM, incelenen yerel mahkeme kararının, hâkimlerin hukuka aykırı ciddi fiillere hiçbir şekilde göz yumulamayacağını göstermekten ziyade, bu tür davranışların sonuçlarını en aza indirmek için kendi takdir yetkilerini kullandıklarını gösterdiği kanaatindedir.” (Taylan v. Türkiye, § 46).⁵⁶⁹

⁵⁶⁹ Ayrıca bkz. **Horozgil**, s. 67, 68; **Kaya**, s. 428; **Baştürk**, s. 225, 226; AİHM bu yaklaşımı AİHS m. 2'nin (Yaşam Hakkı) ihlal edildiği olaylarda da gözlenmektedir. Nitekim AİHM polis taksirle ölüme sebebiyet vermekten suçlu bulunmasından sonra hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesini AİHS m. 2'ye aykırı bulmuştur. AİHM yaptığı değerlendirmede mahkemenin “*takdir yetkisini, bu tür eylemlere hiçbir şekilde müsamaha edilmeyeceğini göstermek için kullanmaktan ziyade, ciddi bir suç teşkil eden bir eylemin sonuçlarını hafifletmek için...*” kullandığı kanaatine ulaşmıştır. Bu karara ilişkin bir değerlendirme için bkz. **Yasemin Filiz Saygılar Kırt**, “*Kasap ve Diğerleri/Türkiye Davası (Başvuru No. 8656/10), Karar, Strazburg, 14 Ocak 2014*”, Fasikül, S. 59, Ekim 2014, s. 16 vd.: Yazar, değerlendirmesi sonucunda, yerel mahkemenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin iç hukukta yer alan mevcut düzenlemelerin yanlış uygulandığını düşünmektedir. Yazara göre taksirle öldürme sonucunda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi CMK m. 231/6-c'de yer alan ‘zararın giderilmesi’ şartına ters düşmektedir. Yazara göre, CMK m. 231'de yer alan düzenlemenin sadece maddi zararların tazminine yönelik olarak yeniden ele alınması ve böylece suçtan kaynaklı manevi zararların varlığı halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasının önüne geçilmesi gerekir. Ancak biz, bu değerlendirmeye katılmıyoruz. AİHM'in bu yönde verdiği kararların arkasında yatan düşünce, bu suçları işleyen kişilerin hiçbir şekilde cezasız kalmamasının sağlanmasıdır. Zira AİHM'e göre bu tür suçlardan dolayı verilen cezaların ertelenmesi, mahkûmiyet hükümlerini etkisiz kıldığı için kabul edilemez tedbirlerdendir. Dolayısıyla bu tür tedbirler AİHS'in de etkisiz kılınmasını sonuçlayacak tedbirlerdir ve bu nedenle sözleşmeyi ihlal ederler. Bu anlamda gerek iç hukukun gerek AİHS'in ihlalinin ‘zararın giderilmesi’ şartı ile hiçbir ilgisi yoktur. Ayrıca yazarın önerdiği manevi zararların mevcut olduğu hallerde kurumun uygulanmamasına yönelik değişiklik teklifi de kabul edilebilir değildir. Zira pek çok suçtan dolayı manevi zarar meydana gelebilir. Failin mağduru manevi yönden zarara uğratmış olması, onun bireyselleştirme kurumlarından yararlanmasına engel olmamalıdır. Ayrıca yazarın sonuç bölümünde bahsettiği onarıcı adalet anlayışının önerdiği zararın giderilme yöntemlerinden birisi de failin mağdurdan ‘özür dilemesi’dir. Özür dilemenin manevi zararın da giderilmesinde kullanılacak bir yöntem olduğuna hiçbir şüphe yoktur. Öyleyse onarıcı adalet anlayışının gereği olarak manevi zarar meydana getiren fiillerde kurumun uygulanmaması yönünde bir öneri kendi içinde çelişmektedir. Zararın giderilmesi ile ilgili ayrıca bkz. §3/VI.

AİHM içtihadı çok açık bir şekilde işkence suçunun cezasız bırakılmaması gerektiğini belirtmektedir. Bunun zorunlu bir sonucu bu suçu işleyen failer hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi, belirli şartların sağlanması halinde mahkûmiyet hükmünün ortadan kalkmasını gerektiren kurumların uygulanmamasıdır. Nitekim işkence gibi insan onuruna aykırı bir fiili işleyen kişinin erteleme kurumunun şartlarına uygun davranacağı ve toplum içinde ıslah olacağı beklentisi de gerçeklikten çok uzaktır.

2. CEZAYA İLİŞKİN ŞARTLAR

CMK'nın 231. maddesinin 5. fıkrasının ilk cümlesi "*Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir.*" şeklindedir. Bu anlamda karşılığında sadece hapis cezası, sadece adli para cezası veya hapis cezasının ve adli para cezasının seçimlik olarak öngörüldüğü suçlardan dolayı yargılanan kişinin, diğer şartların da gerçekleşmesi halinde hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasında hukuki bir engel yoktur.⁵⁷⁰ Ancak suçun karşılığında hapis cezasının ve adli para cezasının birlikte öngörüldüğü hallerde kurumun uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin doktrinde görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bir görüşe göre kurum ancak suç karşılığında tek tip cezanın öngörüldüğü ya da hapis cezasıyla adli para cezasının seçimlik olarak öngörüldüğü suç tipleri için uygulama alanı bulur; suç karşılığında hapis cezasıyla adli para cezasının birlikte öngörüldüğü hallerde kurumun uygulanabilmesi mümkün değildir.⁵⁷¹ Sanıyoruz ki bu görüş taraftarları görüşlerini CMK m. 231/5'te yer alan "hapis cezası **veya** adli para cezası" ibaresine dayandırmaktadırlar. Ancak zannımızca bu ifade suç

⁵⁷⁰ Günay, s. 73; Kumbasar, s. 123.

⁵⁷¹ Centel – Zafer, s. 764.

düzenleyen kanun normundaki yaptırımını ifade etmeyip, kurulan hükümde yer alan yaptırım türlerini anlatmaya yönelik bir ifadedir.⁵⁷² Nitekim doktrindeki pek çok görüş de karşılığında hapis cezası ile adli para cezasının birlikte öngörüldüğü bir suçtan dolayı yargılanan sanığın aldığı cezadaki hapis cezasının iki yılı geçmemesi kaydıyla, hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulama alanı bulabileceğini düşünmektedir.⁵⁷³ Nitekim hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun amacı mahkûm olan kişinin hapis haneye girmeyerek toplum içinde ıslah olmasını sağlamaktır. Bu anlamda hapis cezasıyla birlikte adli para cezasına hükmedilen hallerde kurumun uygulanamayacağını kabul, kurumun amacına aykırı olacaktır.⁵⁷⁴ Ayrıca hapis cezasıyla birlikte adli para cezasına hükmedilen hallerde kurumun uygulanamayacağını kabulü adaletsiz bazı sonuçlara yol açacaktır. Şöyle ki, 1 yıl hapis cezası ve 60 gün adli para cezası almış sanığın mahkûmiyet hükmü ertelenemeyecekken 2 yıl hapis cezası almış bir sanığın mahkûmiyet hükmü ertelenebilecektir. Bu da şüphesiz ki kurumun amacına ve adalete aykırı olacaktır.

Kanun, kurumun uygulanabilmesi için, yargılama sonucunda hükmolunan somut cezanın 2 yıl veya daha az hapis cezası olmasını aramıştır ancak adli para cezası bakımından bir sınırlama getirmemiştir.⁵⁷⁵ İki yıllık bu sürenin 19.12.2006 tarihinden önce suça sürüklenen çocuklar bakımından üç yıl olarak uygulanacağını da tekrar hatırlatmak gerekir.⁵⁷⁶

Yapılan yargılama sonucunda sanık hakkında hükmedilecek somut ceza belirlenirken hatalı uygulama sonucu tayin edilmesi gerekenden daha az bir ceza belirlenmesi ve böylece

⁵⁷² **Kumbasar**, s. 123.

⁵⁷³ **Özgenç**, “*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*”, s. 51; **Töngür**, s. 235; **Horozgil**, s. 39; **İpek**, s. 101; **Epözdemir**, s. 141; **Balo**, s. 53.

⁵⁷⁴ **Baştürk**, s. 293, 294; **Yıldırım**, s. 258; Kanun maddesini bu şekilde yorumlamanın sanığın lehine olacağı hakkında bkz. **Kumbasar**, s. 123, 124.

⁵⁷⁵ **Özgenç**, “*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*”, s. 51; **Horozgil**, s. 39; **İpek**, s. 101; **Kumbasar**, 125, 126; **Gündüz**, s. 159; **Baştürk**, s. 293.

⁵⁷⁶ **Günay**, s. 73; **İpek**, s. 100; **Epözdemir**, s. 143, 144; **Turan**, s. 94, 95.

somut cezanın kurumun uygulama alanı bulduğu sınırın içine girmesi halinde Yargıtay, kurumun uygulanıp uygulanmayacağına hatalı uygulama olmasaydı tayin edilecek cezaya göre belirlenmesi gerektiğini düşünmektedir.⁵⁷⁷ Nitekim Yargıtay, “kazanılmış hak kuralı nedeniyle ortaya çıkan hafif cezadan ötürü ikinci kez avantajlı bir uygulama anlamına gelen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına hükmedilemeyeceğ[i]n[e]” karar vermiştir.⁵⁷⁸

Bu başlık altında tartışılması gereken konulardan birisi, hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesi halinde (TCK m. 50) hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulama alanı bulup bulamayacağıdır. Bu konuda CMK m. 231/7⁵⁷⁹ ve CMK m. 231/11⁵⁸⁰ hükümleri devreye girmektedir. Bu hükümler uyarınca hapis cezasının kısa süreli olması halinde para cezasına çevrilmesi söz konusu olmayacak ancak sanık hükmün açıklanmasının

⁵⁷⁷ Yar. CGK. E. 2008/6-47, K. 2008/43, T. 4.3.2008: “Şu halde, suç tarihinin 19.04.2005 olduğu da nazara alındığında; uygulama yeri olmayan 5237 sayılı Yasanın 150/2. maddesinin yerel Mahkemece uygulanmış olması sebebiyle ceza 2 yıl 1 ay hapse kadar düşmüş ve Çocuk Koruma Yasasının 23. maddesinde düzenlenmiş bulunan “hükmün açıklanmasının ertelenmesi” müessesesinin uygulanabilirlik sınırları içerisine girmiş ise de; sanığın sabit kabul edilen eyleminin asıl cezası 2 yıl 1 ay olmayıp, 4 yıl 2 ay olduğundan; hükmolunması gereken ceza miktarı itibarıyla 5395 sayılı Yasanın 23. maddesi gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına olanak bulunmamaktadır. Aksi hal sanığın; önceki yanlış uygulamaya nedeniyle ortaya çıkan hafif sonuç cezadan, ikinci kez mahkumiyetin sonuçlarını da kapsayacak şekilde yararlandırılmasını sağlayacak, sanığa daha önce bir kez tanınmış olan atıfet genişletilmek suretiyle hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasına, adalet ve eşitlik ilkelerinin zedelenmesine yol açılmış olacaktır.” (www.kazanci.com, SGT. 9.5.2018); Bkz. **Erel**, s. 335.

⁵⁷⁸ Yar. CGK., E. 2011/7-48, K. 2011/128, T. 14.6.2011, (www.kazanci.com, SGT. 9.5.2018); Doktrinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun hukuki niteliğini karma olarak tanımlayan bir görüş, kurumun bu ‘karma’ niteliği sebebiyle kazanılmış hak ilkesinin uygulanmayacağını belirtmektedir. Bkz. **İpek**, s. 101, 102.

⁵⁷⁹ **CMK m. 231/7**: “Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.”

⁵⁸⁰ **CMK m. 231/11**: “...Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.”

geri bırakılmasına bağı olarak öngörölmüş yükümlölüklerine riayetsizlik ederse mahkeme tarafından durumu değerlendirilerek hapis cezası seçenek yaptırımlara evrilebilecektir. Bu anlamda kanunda CMK m. 231/5'te geçen adli para cezasından anlaşılması gereken TCK m. 52 hükmüne göre hesaplanarak hapis cezasıyla birlikte veya yalnız başına ve doğrudan hükmedilen adli para cezasıdır.⁵⁸¹

Elbette bu noktada tartışılması gereken bir husus basit taksirle işlenen suçtan dolayı hükmolunan hapis cezasının para cezasına çevrilmesi halinde (TCK m. 50/4) hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulama alanı bulup bulamayacağıdır. Bir görüşe göre, TCK m. 50/5'e göre “uygulamada asıl mahkûmiyet bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbirdir.” öyleyse taksirli suçtan 2 yılın üzerinde hapis cezası alan sanığın hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesi halinde sanığın adli para cezasına mahkûm olduğunun kabul edilmesi gerekir. CMK m. 231/5 de kurumun uygulanabilmesi için adli para cezalarına ilişkin herhangi bir sınır getirmemiştir.⁵⁸² Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, taksirli suçtan dolayı verilecek kısa süreli veya uzun süreli hapis cezasının açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği hallerde, hapis cezası adli para cezasına evrilmemelidir. Zira kanun koyucunun CMK m. 231/7 ile amaçladığı açıklanması geriye bırakılacak hükümdeki cezanın ertelenememesi ve adli para cezasına evrilememesidir ve bu düzenlemede taksirli suçlar yönünden herhangi bir istisna bulunmamaktadır. Nitekim aksi

⁵⁸¹ **Erel**, s. 334; **Günay**, s. 73; **Kumbasar**, s. 124, 125; **İpek**, s. 100, 101; **Baştürk**, s. 295; **Horozgil**, s. 39, 40; **Epözdemir**, s. 142, 143; **Balo**, s. 54.

⁵⁸² **İpek**, s. 104. Ancak yazar, eserinin 111. sayfasında taksirle işlenen suçlar sebebiyle CMK m. 231/7'nin uygulanmayacağına ilişkin bir ibarenin olmadığını bu nedenle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde TCK m. 50/4'ün uygulanmayacağını belirtmiştir. Yazara göre bu durum kanunilik ilkesinin bir sonucudur. Ayrıca kanun koyucunun kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların seçenek yaptırımlara çevrilmesine imkân tanımaması uzun süreli hapis cezalarının da seçenek yaptırımlara çevrilmesini istemediği anlamına gelecektir.

Bu açıklamalar ışığında yazarın kendisiyle çeliştiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

düşüncenin kabulü halinde basit taksirle işlediği suçtan dolayı hapis cezası alan sanığın hapis cezası TCK m. 50/4 uyarınca adli para cezasına çevrilir ve hükmün açıklanması geriye bırakılırsa sanık, 5 yıllık denetim süresini adli para cezası tehdidi altında geçirecektir. Ancak taksirli suçundan dolayı 6 ay hapis cezası almış ve CMK m. 231/7 uyarınca hapis cezası adli para cezasına çevrilememiş olan sanık da 5 yıllık denetim süresini hapis cezası tehdidi altında geçirecektir. Bu durumun ise kanunun amacıyla bağdaşmadığı çok açıktır.⁵⁸³

Bu konuda tartışılması gereken bir diğer konu TCK m. 50/3'te yer alan seçenek yaptırımlara çevirme zorunluluğu karşısında CMK m. 231/7'nin uygulanabilirliğinin nasıl olacağına ilişkindir. TCK m. 50/3, "*Daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla, mahkûm olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilir.*" şeklinde emredici bir normdur. Ancak CMK m. 231/7 de açıklanması geri bırakılan hükmün seçenek yaptırımlara çevrilemeyeceği yönünde emredici bir normu haizdir.⁵⁸⁴ Bu

⁵⁸³ **Bakıcı**, s. 108, 109; **Horozgil**, s. 41; **Baştürk**, s. 300, 301; **Kumbasar**, s. 131; Ayrıca bkz. Yar. CGK., E. 2009/9-7, K. 2009/24, T. 17.2.2009: "*Uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbirdir.*" hükmünden hareketle, mademki asıl mahkûmiyet çevrilen adli para cezası veya tedbirdir, 231. maddenin 7. fıkrası uyarınca seçenek yaptırımlara çevrilemeyecek hapis cezası kısa süreli hapis cezasından ibarettir, o halde taksirli suçlardan hükmolunan iki yıldan fazla hapis cezaları da adli para cezasına çevrildiğinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına konu olabilirler şeklindeki bir yaklaşımla, seçenek yaptırımlara çevirme yasağının sadece kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar için getirildiğinin kabulü hukukun temel ilkeleri ve 231. maddenin 7 ve 11. fıkralarındaki düzenlemelere aykırı olacağı gibi yasa koyucunun amacı ile de bağdaşmaz. Zira Yasa Koyucu 7. fıkra ile açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümdeki cezanın adli para cezasına dönüştürülemeyeceği veya cezanın ertelenemeyeceğini amaçlamış olup, bu hükümle taksirli suçlar yönünden bir istisna getirmiş değildir." (www.kazanci.com, SGT. 13.05.2018).

⁵⁸⁴ TCK m. 50/3 ile CMK m. 231/7 hükümlerinin birbirleriyle tamamen zıt hükümler içerdikleri bu nedenle Anayasa'nın 2., 10., 11/2., 30., ve 38. maddelerini ihlal ettiği gerekçesiyle AYM'ye yapılan başvuruda AYM, CMK m. 231/7 ile TCK m. 50/3 arasında bir çelişkinin değil uygulama önceliğinin

durumda CMK m. 231/7 ile TCK m. 50/3 arasında görünüşte normlar çatışması hali mevcuttur. CMK m. 231/7 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 sayılı kanununla yürürlüğe girmişken; TCK m. 50/3, 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu sebeple CMK m. 231/7, TCK m. 50/3'e göre sonraki özel norm niteliğindedir. Bu nedenle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği hallerde CMK m. 231/7'deki norm uyarınca hükmün seçenek yaptırımlara çevrilmemesi ve TCK m. 50/3'ün de uygulanmaması gerekir.⁵⁸⁵

bulduğunu, CMK m. 231/7'nin TCK m. 50/3'ten farklı bir durumu düzenlediğini ve nihai karar verilirken gözetilmesi gereken bir hüküm olduğunu ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasından sonraki deneme süreci içerisinde sanığın kendisine yüklenen yükümlülükler riayet etmemesi halinde TCK m. 50/3'ün de göz önünde bulundurulmasıyla yeni bir hükmün kurulmasının mümkün olduğunu (bkz. CMK m. 231/11) belirterek ret kararı vermiştir. Bkz. AYM., E. 2009/17, K. 2009/47, T. 12.3.2009, RG. 25.6.2009/27269 (www.kazanci.com, SGT. 13.05.2018).

⁵⁸⁵ **Baştürk**, s. 302, 303; **Kumbasar**, s. 131, 132; Benzer yönde bkz. **Balo**, s. 59, 60; Yargıtay'ın da bu doğrultudaki bir kararı için bkz. Yar. 4. CD., E. 2009/3898, K. 2009/3995, T. 4.3.2009: “İncelenen somut olayda, mahkemece çocuk sanık hakkında tehdit suçundan hükmolunan 3 ay 10 gün hapis cezasının, CYY'nin 231/7. maddesi gözetilmeden, TCY'nin 50/3. maddesi uyarınca adli para cezasına çevrildiği görülmektedir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiğinde, hapis cezasının yasal zorunluluk bulursa bile adli para cezasına çevrilmesi olanaklı değildir. YCGK'nın 03.06.2008 gün ve 2008/149-163 sayılı kararında da belirtildiği üzere CYY'nin 231. maddesinin diğer kişiselleştirme nedenlerinden önce yargıç tarafından isteme bağlı olmaksızın değerlendirilmesi zorunludur. Adli para cezasına ilişkin seçenek yaptırım uygulamasının cezanın kişiselleştirilmesi araçlarından birisini oluşturduğunda kuşku yoktur. CYY'nin 231/7. maddesinde çocuk sanıklar açısından ayırık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. TCY'nin 50/3. maddesindeki yasal zorunluluğun, denetim süresi içerisinde kasten yeni bir suç işlenmesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükler aykırı davranılması durumunda, CYY'nin 231/11. maddesi uyarınca yerine getirilmesi olanaklıdır. Yukarıda belirtilen YCGK kararı ve CYY'nin 231/7. maddesi hükmü karşısında Malatya Çocuk Mahkemesi'nin daha önce hapis cezasına mahkum edilmeyen çocuk sanık hakkındaki hapis cezasını yasal zorunluluk nedeniyle adli para cezasına çevirmesi işleminin hukuka uygun olmadığı anlaşılmaktadır.” (www.kazanci.com, SGT. 13.05.2018); Krş. **Bakıcı**, s. 122, 123: Yazar, TCK m. 50/3 hükmü emredici olduğu için cezanın seçenek yaptırıma çevrilmesi gerektiğini ve bunun üzerine hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanabileceği kanaatindedir.

Ancak bu noktada üzerinde durulması gereken bir husus 5560 sayılı kanundan önce çocuklar tarafından işlenen suçlarda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuyla TCK m. 50/3 ün birlikte uygulanıp uygulanamayacağına ilişkindir. Zira 5560 sayılı kanundan önce ÇKK m. 23’de çocuklar tarafından işlenen suçlar bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu düzenlenmişti ancak CMK m. 231/7 gibi açıklanması geri bırakılan hükümdeki cezanın ertelenmesini veya seçenek yaptırımlara çevrilmesini yasaklayan bir norm yoktu. Yargıtay, 19.12.2006 tarihine kadar işlenen suçlarda lehe olması sebebiyle uygulanabilecek ÇKK m. 23’ün ilk hali uyarınca hükmedilen kısa süreli hapis cezalarının paraya veya tedbire çevrilmesinin zorunlu olduğu kanaatindedir.⁵⁸⁶ Yargıtay’ın bu kararına katılıyoruz. Zira ÇKK m. 23’ün ilk haline bakıldığında CMK m. 231/7 gibi bir yasak normu bulunmamaktadır. Ayrıca ÇKK’nın değişiklikten önceki 6. maddesi, çocuk sanığın denetim süresi içerisinde yükümlülüklerine uymaması dolayısıyla açıklanacak hükmünde hâkime sadece cezada yarı oranda indirim yapabileceği hususunda takdir yetkisi tanımıştır; ancak hapis cezasının ertelenebileceğinden ya da kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilebileceğinden bahsetmemektedir. Bunun sebebi ÇKK’nın ilk halinin açıklanması geri bırakılan hükmün açıklanması halinde bu kurumların uygulanmasını yasaklaması değil, bu kurumlarla hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun birlikte uygulanabileceğini kabul etmesi sebebiyledir.

Özetle belirtmek gerekirse, 5560 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği 19.12.2006 tarihine kadar çocuklar tarafından işlenen suçlardan dolayı verilen cezanın kısa süreli olması halinde TCK m. 50/3 ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu (5560 sayılı kanunla değişiklikten önceki ÇKK m. 23) birlikte uygulanabilecektir. Ancak 19.12.2006’dan sonra suça sürüklenen çocuklar tarafından işlenen suçlar bakımından CMK m. 231/7’de düzenlenen norm

⁵⁸⁶ Yar. CGK., E. 2008/2-241, K. 2009/57, T. 10.3.2009, (www.kazanci.com, SGT. 13.05.2018).

uyarınca TCK m. 50/3'teki zorunluluğa uymadan hüküm kurulacak ve açıklanması geriye bırakılacak; ancak yükümlülüklere uymama nedeniyle hüküm açıklandığında TCK m. 50/3'teki zorunluluk göz önünde bulundurulacaktır.⁵⁸⁷

V. SANIĞA İLİŞKİN ŞARTLAR

1. KASITLI BİR SUÇTAN MAHKÛM OLMAMIŞ OLMA

A. GENEL OLARAK

Çalışmanın ikinci bölümünde ayrıntılarıyla açıklandığı üzere erteleme kurumlarının temel amaçlarından birisi ilk defa suç işlemiş kişileri hapisanelerin sakıncalarından korumak ve toplum içinde ıslah olmasını sağlamaktır. Nitekim erteleme kurumunun çeşitli ülkelerin ceza kanunlarında yer bulmaya başladığı zamandan beri ertelemeye uygunluk koşulu olarak failin daha önce hiç mahkûm olmamış olması aranmaktadır.⁵⁸⁸ Nitekim CMK m. 231'de düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu için de kanun koyucu bu şartı getirmiştir. Biz de bu başlık altında “saniğin daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmaması” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini açıklayacağız. Zira basit gibi görünen bu şart esasında çok boyutlu pek çok tartışmayı beraberinde getirmektedir.

CMK m. 231/6-a, hükmün açıklanmasının geri bırakılabilmesine karar verilebilmesi için saniğin daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış olması gerektiğini belirtmiştir. Kanun kasıt türleri arasında bir ayrıma gitmediği için bu mahkûmiyet kararının konusunun doğrudan ya da olası kastla işlenmiş bir suç olduğu konusunda hiçbir tereddüt yoktur. Kanun,

⁵⁸⁷ Aynı yönde bkz. **Baştürk**, s. 302, 303.

⁵⁸⁸ Bkz. **Önder**, Tecil, s. 123 vd.

kasıtle işlenen suç sonucunda hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm olmak gibi bir şart getirmemiştir. Dolayısıyla kasten işlenen suç sonucunda kişinin hapis cezası alması, adli para cezası alması ya da aldığı hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesi, işlediği ikinci suçtan dolayı hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel teşkil edecektir. Ancak failin işlediği suçun sabit olması halinde belirli bir cezaya mahkûmiyet yerine güvenlik tedbirine hükmedilmesi durumunda (CMK m. 223/6), fail hakkında verilmiş bir mahkûmiyet hükmü (CMK m. 223/5) bulunmayacağından, işlenen ikinci suç bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecektir.⁵⁸⁹

CMK m. 231/6-a, yeni tarihli suçun kusurluluk türüne ilişkin bir belirlemede bulunmamıştır. Bu anlamda yeni tarihli suçun taksirli bir suç olması halinde de mevcut kanuni düzenleme uyarınca, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemeyecektir.⁵⁹⁰

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesine engel teşkil edecek mahkûmiyet hükmünün, yeni tarihli mahkûmiyet hükmünün konusunu oluşturan fiilin işlenme tarihinden önce işlenmiş bir fiile ilişkin olması ve bu fiile ilişkin mahkûmiyet hükmünün kesinleşmiş olması⁵⁹¹ gerekir. Zira önceki tarihli fiile ilişkin kovuşturmanın devam ediyor

⁵⁸⁹ **Özgenç**, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, s. 51; **Horozgil**, s. 69; **Kumbasar**, s. 150; **Aksoy**, s. 231, 232; Aynı yönde bkz. **Mehmet Balık**, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yay., Ankara 2015, s. 53; **Artuç**, B. 2, s. 101, 102; **Epözdemir**, s. 147; **İpek**, s. 121.

⁵⁹⁰ Bu noktada doktrinde CMK m. 231/6-a da yer alan düzenlemenin tekerrürü düzenleyen TCK m. 58/4’teki kasıtlı suçlarla taksirli suçlar arasında tekerrür hükümlerinin uygulanmayacağı şeklindeki düzenlemeye benzer şekilde değiştirilmesi gerektiği öne sürülmüştür. Bkz. **Aslıhan Limon**, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, AD., S. 45, Y. 2013, s. 98, 99; **Horozgil**, s. 69.

⁵⁹¹ **Aras**, s. 73, 74; **Erel**, s. 338; **Özgenç**, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, s. 51; **Aksoy**, s. 231; **Mahmutoğlu**, s. 360; **Artuç**, B. 3, s. 102; **İpek**, s. 119; **Sarıgül**, “Türk ve Alman Hukuku”, s. 145, 146; **Toroslu – Toroslu**, s. 452 (Yazarların açıklamaları hapis cezasının ertelenmesine ilişkin olup konuyla bağlantı tarafımızca kurulmuştur.); Önceki mahkûmiyetin, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel olması için, işlenen ikinci suçun tarihinin, önceki mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinden sonra olması gerektiğine ilişkin bkz. **Günay**, s. 97. Ancak Günay’ın bu görüşü kabul

olması bu fiilden dolayı sanık hakkında mahkûmiyet kararı verileceğini göstermez bu nedenle hükmün açıklanmasının ertelenmesine de bir engel oluşturmaz.⁵⁹² Benzer şekilde, sanığın işlediği bir suç nedeniyle yargılanması devam ederken yeni bir suç işlemesi ve yeni tarihli bu suçtan dolayı verilen mahkûmiyet hükmünün önceki tarihli suçtan dolayı verilen mahkûmiyet hükmünden önce olması halinde, yeni tarihli mahkûmiyet hükmü eski tarihli suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda verilecek mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasına engel teşkil etmemelidir. Zira CMK m. 231/6-a da düzenlenen bu koşul sanığın suç tarihindeki tehlikeliliğini değerlendirmektedir ve önceki tarihli bu suç bakımından sanığın tehlikeliliğinin olmadığı kabul edilmelidir.⁵⁹³

edilebilir değildir. Önceki tarihli mahkûmiyet hükmünün, daha sonra işlenen bir suçtan dolayı verilecek mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılması kararına engel olabilmesi için gerekli olan tek kriter, önceki mahkûmiyetin konusunu oluşturan fiilin işlenme tarihinin, kurumun uygulanacağı mahkûmiyet hükmünün konusunu oluşturan fiilden önce olması ve önceki mahkûmiyet hükmünün ikinci suçtan dolayı yapılan yargılama sona ermeden kesinleşmesidir.

⁵⁹² **Önder**, Tecil, s. 122: Her ne kadar yazarın açıklamaları mülga ceza kanunu döneminde yer bulan tecil kurumuna ilişkin olsa da kurumun uygulanışına yaklaşımı bakımından yazara katılmaktayız.; **Aras**, s. 74; **Baştürk**, s. 309, 310; **Horozgil**, s. 69; **Kumbasar**, s. 150, 151; Ancak yazar, sanık hakkında kesinleşmemiş mahkûmiyet kararı bulunması halinin sanığın suç işleme eğilimi yönünden mahkemece değerlendirilebileceğini belirtmiştir. Halbuki suçsuzluk karinesi uyarınca “suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz” (Anayasa m. 38/4). Öyleyse bir kişi hakkında şekli anlamda kesin hüküm niteliğinde bir mahkûmiyet kararı bulunmakla birlikte maddi anlamda kesin hüküm niteliğinde bir mahkûmiyet kararı bulunmuyorsa kişi suçlu sayılamaz ve suç işleme eğilimi olduğundan bahisle bireyselleştirme kurumlarından yararlandırılması engellenemez.; Kumbasar’la aynı yönde bir görüş için bkz. **Balık**, s. 54, 55. Bu konuda bizim eleştirimizle aynı doğrultuda bir eleştiri için bkz. **Baştürk**, s. 310; **Epözdemir**, s. 147, 148.

⁵⁹³ **Balo**, s. 69; Hapis cezasının ertelenmesi başlığı altında benzer yönde açıklamalar için bkz. **Toroslu – Toroslu**, s. 452, 453; Krş. **Öztürk vd.**, s. 633.

B. ÖNCEKİ TARİHLİ SUÇUN ERTELENMİŞ VEYA AFFA UĞRAMIŞ OLMASI

Önceki tarihli suçtan dolayı verilen ceza ertelenmişse, ikinci suçtan dolayı yapılan yargılama sonucunda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanıp uygulanamayacağını ikili bir ayrımla incelemek gerekir. Zira erteleme kararı 765 sayılı TCK'nın 95. maddesi uyarınca verilmiş ve sanık denetim süresini iyi halli geçirmişse mahkûmiyet esasen vaki olmamış sayılacağından ikinci tarihli suçtan dolayı kurulan mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasına bir engel teşkil etmeyecektir.⁵⁹⁴ Ancak önceki tarihli suç 5237 sayılı TCK'nın 51. maddesi uyarınca ertelenmiş ve denetim süresini iyi halli geçirmişse cezası infaz olunmuş sayılacağı için (TCK m. 51/8) ikinci tarihli suçtan dolayı verilen mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasına engel teşkil edecektir.⁵⁹⁵

Sanığın önceki tarihli mahkûmiyet hükmünün konusunu oluşturan suç hakkında genel af çıkması halinde, hükmolunan cezalar bütün neticeleriyle ortadan kalkacağı için (TCK m. 65/1), sonraki tarihli suçtan dolayı yapılan yargılama sonucunda verilen mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasına bir engel teşkil etmez. Ancak özel af cezayı bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırmayıp, hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine sor

⁵⁹⁴ Yar. CGK., E. 2010/4-71, K. 2010/76, T. 6.4.2010: “647 sayılı Yasa'nın 6. maddesi uyarınca ertelenmiş mahkumiyetlerde, sanığın deneme süresinde kasıtlı bir suç işlememesi halinde önceki mahkumiyet 765 sayılı TCY'nin 95/2. maddesi uyarınca esasen vaki olmamış sayılacağından, bu nitelikteki bir mahkumiyetin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yasal bir engel oluşturabileceğini kabul etmek olası değildir.”, (www.kazanci.com, SGT. 30.05.2018); Ancak mahkemenin bu hususu, sanığın bir daha suç işlemeyeceğine dair kanaatin oluşumu açısından değerlendirmeye alabileceği görüşü için bkz. **Erel**, s. 338.

⁵⁹⁵ **Aras**, s. 74; **Erel**, s. 338, 339; **Mahmutoğlu**, s. 360, 361; **Günay**, s. 97, 98; **Horozgil**, s. 70; **Kumbasar**, s. 152, 153; **İpek**, s. 121, 122; **Şahin – Göktürk**, s. 195; **Öztürk vd.**, s. 633.

verebilen, infaz kurumunda çektirilecek süreyi kısaltan ya da hapis cezasını adli para cezasına çeviren bir af olduğu için (TCK m. 65/2,3), sanığın işlediği sonraki tarihli suçtan dolayı verilen mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasına engel teşkil edecektir.⁵⁹⁶

C. FAİLİN ÖNCEKİ TARİHLİ SUÇU 18 YAŞINDAN ÖNCE İŞLEMESİ

Sanığın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel teşkil edecek nitelikteki mahkûmiyet hükmünün konusunu oluşturan fiili 18 yaşından önce işlemesi halinde, bu mahkûmiyet hükmünün CMK m. 231/6-a'da düzenlenen koşul bakımından nasıl sonuç doğuracağı konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, TCK m. 58/5 uyarınca “*fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış olan kişilerin işlediği suçlar dolayısıyla tekerrür hükümleri uygulanmaz*” ve TCK m. 53/4 uyarınca da “*...fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış kişiler hakkında...*” hak yoksunlukları uygulanmaz. Bu bağlamda nasıl ki çocukların işledikleri fiiller ne tekerrüre esas alınıyor ne de hak yoksunluklarını doğuruyor öyleyse bu mahkûmiyetler geçmiş hükümlülük bağlamında da değerlendirilmemelidir.⁵⁹⁷ Ancak bu görüşe katılmak mümkün görünmemektedir. Zira CMK m. 231/6-a sadece “*sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmamış bulunması[nı]*” aramıştır. Dolayısıyla ne mahkûmiyet tarihinin ne zaman verildiğine ne de suçun işlendiği tarihteki sanığın yaşına ilişkin bir belirleme yapmıştır. Kanun koyucunun tekerrür, hak yoksunlukları, hapis cezasının ertelenmesi ve kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi gibi kurumlarda çocuklara özgü düzenlemeler yapıp hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunda çocuklara özgü düzenlemeler yapılmamış olması (hatırlanacağı üzere çocuk sanıkların yetişkin sanıklardan hükmün açıklanmasının geri

⁵⁹⁶ **Baştürk**, s. 311; **Horozgil**, s. 70; **Epözdemir**, s. 149; **İpek**, s. 120; **Balık**, s. 58.

⁵⁹⁷ Bkz. **Kumbasar**, s. 156; **Baştürk**, s. 319, 320; **Epözdemir**, s. 164; Benzer yönde bkz. **Seyithan Güneş**, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Onikilevha Yay., İstanbul 2018, s. 83.

bırakılması kurumunun karşısındaki tek farkı denetim süresinin 5 yıl değil 3 yıl olmasıydı) eleştirilebilir bir durum olsa da kanun koyucunun bilinçli bir tercihidir. Dolayısıyla bizim de katıldığımız görüşe göre, 18 yaşından önce işlenen kasıtlı suçtan dolayı verilen mahkûmiyet hükmü her ne kadar tekerrüre esas teşkil etmese ve hak yoksunluklarının doğmasına vesile olmasa da işlenen ikinci suçtan dolayı verilen mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasına engel teşkil edecektir.⁵⁹⁸

D. ÖNCEKİ TARİHLİ MAHKÛMİYET HÜKMÜNÜN 1412 SAYILI CMUK DÖNEMİNDE CEZA KARARNAMESİ USÛLÜYLE VERİLMESİ

1412 sayılı CMUK'un yürürlükte olduğu dönemde ceza kararnamesi usulüyle (m. 386)⁵⁹⁹ verilen mahkûmiyet hükümlerinin geçmiş hükümlülük olarak değerlendirip değerlendirilemeyeceği tartışma konusudur. Ceza kararnamesiyle mahkûmiyet kararına karşılık

⁵⁹⁸ **Özgenç**, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması", s. 52; **Mahmutoğlu**, s. 361; **Artuç**, B. 3, s. 102; **Balo**, s. 70 ve dn. 159; **Şahin – Göktürk**, s. 195; **İpek**, s. 120; **Töngür**, s. 244, 245.

⁵⁹⁹ **CMUK m. 386**: "Sulh mahkemelerinin görevi içinde bulunan suçlara sulh hakimi, duruşma yapmaksızın bir ceza kararnamesi ile karar verebilir.

Bu ceza kararnamesi ile ancak hafif veya ağır para cezasına veya nihayet üç aya kadar hafif hapis veya bir meslek ve sanatın icrasının tatiline veya müsadereye yahut bunlardan birkaçına veya hepsine hükmedilebilir.

Ceza kararnamesiyle hükmedilecek hafif hapis cezası yerine "Cezaların infazı hakkında Kanun" gereğince para cezası da hükümlenabilir."

kanunun 390. maddesi⁶⁰⁰ uyarınca itiraz kanun yolu açıktı.⁶⁰¹ Ancak Anayasa Mahkemesi, CMUK'un 390. maddesindeki düzenlemeyi adil yargılanma ve savunma hakkının ihlali niteliğinde gördüğü için 30.06.2004 tarihinde maddeye yönelik iptal kararı vermiş⁶⁰²; nitekim ceza kararnamesi kurumu da 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren CMK'ya alınmamıştır.

Ceza kararnamesi kurumunun yürürlükte olduğu dönemde AİHM, yargılamanın aleni olmasının ve savunma imkanı tanınmasının adil yargılanma hakkının en önemli unsurlarından

⁶⁰⁰ **CMUK m. 389:** “*Muayyen müddeti içinde aleyhine itiraz olunmayan ceza kararnameleri kat'ileşir.*”

CMUK m. 390: “*Ceza kararnamesi ile hafif hapis cezasına hükmedilmişse itiraz üzerine duruşma yapılır. Şu kadar ki, sanık duruşmadan evvel itirazından vazgeçerse duruşmaya mahal kalmaz.*

Duruşmada sanığı müdafii temsil edebilir. Hakim itiraz üzerine vereceği hükümde evvelki karar ile bağlı değildir.

Ceza kararnamesiyle hafif veya ağır para cezasına ya da muayyen bir meslek veya sanatın tatiline veya müsadereye yahut bunlardan birkaçına veya hepsine hükmedilmişse itiraz üzerine asliye mahkemesi başkan veya hakimi 301,302 ve 303 ncü madde hükümlerine göre itirazı inceler. Bu halde itiraz dilekçesinin verilmesi, aleyhine itiraz olunan ceza kararnamesinin icrasını durdurur.”

⁶⁰¹ Buradaki kanun yolunun itiraz kanun yolundan farklı olduğu esasında kullanılması gereken terimin “karşı gelme” veya “duruşma isteği” olması gerektiği ve 1973 değişikliğinin kurum üzerinde yaptığı değişikliklerin eleştirisi için bkz. **Kunter**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 811, 812.

⁶⁰² AYM., E. 2001/481, K. 2004/91, T. 30.06.2004, RG. 22.10.2004/25621, (www.kazanci.com, SGT. 25.5.2018): “*Olağan yasa yolu olan itiraz, mahkemelerin son karar niteliğinde olmayan ve temyiz edilemeyen kararlarına karşı kabul edilmiş bir yasa yoludur. İtiraz üzerine inceleme, kural olarak evrak üzerinde ve duruşmasız yapılır. Ancak, Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'nun 390. maddesinde ceza kararnamelerinin özelliği gereği farklı bir düzenleme yapıldığı görülmektedir. Bu maddenin birinci fıkrasında, ceza kararnamesi ile hafif hapis cezasına hükmedilmişse itiraz üzerine duruşma yapılacağı öngörülmüştür. Bu durumda genel usul kurallarının uygulanacağı açıktır. Maddenin üçüncü fıkrasında ise, diğer ceza ve yaptırımlar yönünden bu olanak ortadan kaldırılarak itirazın duruşma yapılmaksızın evrak üzerinden karara bağlanması kabul edilmiştir. Bu düzenlemeden, ceza kararnamesiyle hükmedilebilecek hafif hapis dışındaki ceza ve yaptırımların, özgürlüğü bağlayıcı ceza kadar önemli görülmediği anlaşılmakta ise de, para cezalarının ödenmemesi halinde hapis cezasına çevrilmesi, ayrıca, bunlara cezalandırma amacıyla hükmedilmesi, bu ceza ve yaptırımlara muhatap olan ve bunu kabul etmeyerek itiraz hakkını kullanan sanıklara hafif hapis cezasını içeren ceza kararnamelerinde olduğu gibi duruşma açılarak adil yargılanma ve savunma hakkının tanınmasını zorunlu kılmaktadır.”*

olduğunu hatırlatarak, ceza kararnamesi yoluyla mahkûmiyetin AİHS m. 6'nın (Adil Yargılanma Hakkı) ihlali olduğuna hükmetmiştir.⁶⁰³ Yargıtay da geçmiş hükümlülüğün ceza kararnamesiyle verilmiş bir mahkûmiyete dayanması halinin işlenen ikinci suçtan dolayı verilen mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasına engel teşkil edip etmeyeceğini tartıştığı kararında, AİHM'in bu içtihatlarına ve AYM'nin ilgili iptal kararına da atıf yaparak, ceza kararnamesiyle verilen mahkûmiyet hükümlerinin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasına bir engel teşkil etmeyeceğinin kabulünü hakkaniyete uygun bulmuştur. Yargıtay, kararında, ceza kararnamesiyle verilen ve usulüne uygun olarak kesinleşmiş bulunan mahkûmiyetlerin son karar (hüküm) niteliğinde olduğunu ancak kendine özgü istisnai bir yargılama yöntemi ile verilmiş olduklarını, temyize tabii olmamaları sebebiyle tekerrüre esas alınmadıklarını, meydana getirdiği sakıncalar sebebiyle CMK'da kuruma yer verilmemiş olmalarını ve AİHM'in kurumu adil yargılanma hakkı ihlal eden bir kurum olarak değerlendirmesi durumlarını göz önüne alarak, ceza kararnamesiyle verilen mahkûmiyet hükümlerinin CMK m. 231/6-a da bahsi geçen geçmiş mahkûmiyet içinde değerlendirilmemesi gerektiğini içtihat etmiştir.⁶⁰⁴ Doktrinde de Yargıtay'ın bu içtihadı doğru bulunmakta ve ceza kararnamesiyle verilen mahkûmiyet hükümlerinin, işlenen sonraki tarihli suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda verilen mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasına engel teşkil etmemesi gerektiği savunulmaktadır.⁶⁰⁵ Biz ise bu noktada hem Yargıtay'dan hem de doktrindeki baskın görüşten ayrılıyoruz. Madem ki ceza kararnamesiyle verilen mahkûmiyet hükmü, olağan yargılama usulüyle verilen mahkûmiyet hükmüyle aynı sonuçları doğurmaktadır öyleyse sonraki tarihli suçtan dolayı verilen mahkûmiyet hükmünün

⁶⁰³ Bkz. **Dağlı v. Türkiye**, Başvuru No. 28888/02, T. 27.11.2007, §28 - §35.

⁶⁰⁴ Yar. CGK., E. 2011/4-522, K. 2012/71, T. 28.2.2018, (www.kazanci.com, SGT. 25.5.2018).

⁶⁰⁵ Bkz. **Balo**, s. 81, 82; **Kumbasar**, s. 152; **Horozgil**, s. 76; **Baştürk**, s. 313, 314; **İpek**, s. 120; **Epözdemir**, s. 156; **İpek**, s. 126.

açıklanmasının geri bırakılmasına engel olmak bakımından da aralarında bir ayrıma gitmemek gerekir. Ceza kararnamesiyle verilen mahkûmiyet hükümlerinin temyize tabi olmaması nedeniyle tekerrüre esas alınmıyor oluşları ise hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanması bakımından bir kriter olamaz. Zira hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve suçta tekerrür farklı kurumlardır. Ceza kararnamesi kurumunun adil yargılanma hakkını ihlal ediyor oluşu ise bambaşka bir tartışmanın konusudur. Bu konuda gerek AYM'nin iptal kararında sunduğu gerekçeler gerek AIHM'in ilgili içtihatlarındaki gerekçeler sonuna kadar doğrudur. Ancak kurumun adil yargılanma hakkını ihlal eden bir kurum olduğunun yargı kararlarıyla tespiti, bu kurum vasıtasıyla verilen mahkûmiyet hükümlerinin yok sayılması sonucunu doğurmayacaktır elbette. Bu nedenle ceza kararnamesiyle verilmiş ve hala sanığın adli sicilinde yer alan⁶⁰⁶ mahkûmiyet hükümlerinin, sonraki tarihli suçtan dolayı yapılan yargılama sonucunda verilen mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasına engel olması gerektiği kanaatindeyiz.⁶⁰⁷

E. VERİLDİĞİ ANDA KESİN NİTELİKTE OLAN MAHKÛMİYET HÜKÜMLERİNİN ETKİSİ

Bu konuda bir görüşe göre, verildiği anda kesin olan ve bu sebeple tekerrüre de esas alınmayan mahkûmiyet hükümleri, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına da engel teşkil etmemelidir.⁶⁰⁸ Ancak bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, CMK m. 231/6-a çok açık bir şekilde sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı mahkûm olmamış bulunmasını aramaktadır.

⁶⁰⁶ Adli sicilden silinmiş ya da silinme koşulları oluşmuş mahkûmiyet hükümlerinin kurumun uygulanmasına etkisini bu başlık altında ileride tartışacağız.

⁶⁰⁷ Aynı yönde bkz. **Artuç**, B. 3, s. 107.

⁶⁰⁸ **Kumbasar**, s. 152; Aynı yönde bkz. **Baştürk**, s. 315.

Kanun, bu mahkûmiyet hükmünün denetim muhakemesinden geçip geçmediğine göre bir ayrıma gitmemektedir. Ayrıca CMUK m. 305/son hükmünde kanun koyucu, verildiği anda kesin nitelikte olan hükümlerin tekerrüre esas teşkil etmeyeceğini belirterek bir ceza politikası tercihinde bulunmuştur. Bu istisnai bir düzenlemedir ve kıyas yoluyla hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu bakımından da geçerli olacak şekilde geniş yorumlanmaması gerekir.⁶⁰⁹

F. GEÇMİŞ TARİHLİ MAHKÛMİYET HÜKMÜNÜN KESİNLEŞMESİNİN ÜZERİNDEN BELİRLİ BİR SÜRE GEÇMESİNİN ETKİSİ

Mahkûmiyet hükmünün, kesinleşmesinin üzerinden belirli bir süre geçtikten sonra işlenen suçlar nedeniyle verilen mahkûmiyet hükümlerinin ertelenmesine bir engel teşkil edip etmeyeceği geçmişten günümüze kadar gelen ve günümüzde de devam eden bir tartışmadır. Yabancı ülkelerin mevzuatı bu konuda birkaç farklı sistem geliştirmiştir. Kimi ülke sistemleri cezanın infazının üzerinden belirli bir süre geçtikten sonra erteleme ehliyetinin kazanılacağını; kimi ülke sistemleri geçmiş hükümlülüğü bulunan kişinin aldığı ikinci mahkûmiyet hükmünün ertelenmesi konusunda hâkimin takdir yetkisi olduğunu; kimi ülke sistemleri ise zamanaşımı sürelerinin geçmesinin erteleme ehliyetini kazandıracakını düzenlemiştir. Türk pozitif hukukunda önceki tarihli mahkûmiyet hükmünün üzerinden belirli bir süre geçmesiyle birlikte sonraki tarihli mahkûmiyet hükmünün ertelenmesine engel teşkil etmeyeceğine ilişkin bir düzenleme 765 sayılı TCK döneminde de mevcut değildi. Ancak Yargıtay bu dönem verdiği kararlarında ertelemeye engel mahkûmiyet hükmünün üzerinden ne kadar zaman geçerse

⁶⁰⁹ **Horozgil**, s. 75; **Balık**, s. 66, **Artuç**, B. 3, s. 107; **Epözdemir**, s. 158.

geçsin sonraki tarihli suçtan dolayı verilen mahkûmiyet hükmünün ertelenmesine engel teşkil edeceğini belirtiyordu.⁶¹⁰

CMK m. 231/6-a, geçmiş tarihli mahkûmiyet hükmünün üzerinden belirli bir süre geçtikten sonra, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel teşkil etmeyeceğine ilişkin bir belirlemede bulunmamıştır. Ancak doktrinde ve uygulamada yaygın olarak kabul edilen bir görüşe göre, önceki tarihli mahkûmiyet hükmü, sanığın adli sicilinden silinmiş veya silinme koşulları oluşmuşsa, bu mahkûmiyet hükmünün hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesine engel teşkil etmemesi gerekir. Bu görüşe ilişkin açıklamalara geçmeden önce adli sicil kanunundan bahsetmek gerekir.

Günümüzde yürürlükte bulunan 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu⁶¹¹ (ASK), 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe girerek 3682 sayılı Adli Sicil Kanunu⁶¹²,nu yürürlükten kaldırmıştır. 5352 sayılı kanunun geçici 2. maddesi uyarınca, “...suç tarihi itibarıyla bu Kanunun yürürlük tarihinden önceki kayıtlar hakkında, 3682 sayılı Kanuna göre süre yönünden silinme şartları oluşanlar silinir⁶¹³; diğer kayıtlar için bu Kanun hükümlerine göre işlem yapılır.” 5352 sayılı

⁶¹⁰ Bkz. Önder, Tecil, s. 132, 133 ve dn. 43.

⁶¹¹ RG. 1.6.2005/25832.

⁶¹² RG. 29.11.1990/20710.

⁶¹³ Bkz. 3682 sayılı kanunun 8. maddesi: “Cezanın çekildiği veya ortadan kalktığı veya düştüğü tarihten itibaren;

- a) Kabahatten mahkumiyet halinde, diğer bir cürüm veya kabahatten dolayı bir yıl içinde,
b) Basit ve nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma ve dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar ile beş yıldan fazla ağır hapis ve hapis cezasına mahkumiyetler on yıl içinde,
c) Beş yıl veya daha az ağır hapis veya hapis veya ağır para cezasına mahkumiyet halinde diğer bir cürümden dolayı beş yıl içinde,
d) (b) bendindeki suçlara mahkumiyetlerin; suçu işlediği zaman onsekiz yaşını doldurmamış olan küçükler hakkında verilmesi halinde diğer bir cürümden dolayı beş yıl içinde,
e) (c) bendindeki suçlara mahkumiyetlerin suçu işlediği zaman onsekiz yaşını doldurmamış olan küçükler hakkında verilmesi halinde diğer bir cürümden dolayı iki yıl içinde,



Evvence verilen ceza cinsinden bir cezaya veya daha ağır bir cezaya mahkum olunmadığı takdirde ilgilinin, Cumhuriyet savcısının veya Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünün talebi üzerine hükmü veren mahkemece veya talep edenin bulunduğu yer asliye ceza mahkemesince duruşma yapılmaksızın adli sicildeki kaydın çıkartılmasına karar verilir. Ertelenmiş olan hükmün esasen vaki olmamış sayıldığı hallerde ise, bu tarih esas alınır. Bu kararların bir örneği Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğüne gönderilir.

Kanunlarda yapılacak değişiklikler sonucu suç olmaktan çıkarılan veya idari nitelikte cezaya dönüştürülen suçlarla ilgili bilgiler Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünce re'sen adli sicil kayıtlarından çıkartılır.”

ASK ise adli sicil bilgilerinin silinmesini 9.⁶¹⁴ ve 12.⁶¹⁵ maddesinde düzenlemiştir. Ancak maddenin bu son haline ulaşması AYM'nin ASK m. 12/1'e ilişkin vermiş olduğu iptal kararı⁶¹⁶ ve bu iptal kararının yürürlüğünü bir yıl ertelemesi üzerine kanun koyucunun 5.4.2012 tarihli

⁶¹⁴ "(1) Adli sicildeki bilgiler;

- a) Cezanın veya güvenlik tedbirinin infazının tamamlanması,
- b) Ceza mahkumiyetini bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıran şikayetten vazgeçme veya etkin pişmanlık,
- c) Ceza zamanaşımının dolması,
- d) Genel af,

Halinde Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğüne silinerek, arşiv kaydına alınır.

(2) Adli sicil bilgileri, ilgilinin ölümü üzerine tamamen silinir.

(3) Türk vatandaşları hakkında yabancı mahkemelerce verilmiş olup 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (f) bendine göre adli sicile kaydedilen hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkumiyet hükümleri, kesinleştiği tarihten itibaren mahkumiyet kararında belirtilen sürenin geçmesiyle, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğüne adli sicil kayıtlarından çıkartılarak arşiv kaydına alınır. Adli para cezasına mahkumiyet hükümleri ile cezanın ertelenmesine ilişkin hükümler, adli sicil kaydına alınmadan doğrudan arşive kaydedilir."

⁶¹⁵ "(1) (**Değişik : 629- 5.4.2012 / m.2**) Arşiv bilgileri;

- a) İlgilinin ölümü üzerine,
 - b) Anayasanın 76 ncı maddesi ile Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunlarda bir hak yoksunluğuna neden olan mahkûmiyetler bakımından kaydın arşive alınma koşullarının olduğu tarihten itibaren;
 1. Yasaklanmış hakların geri verilmesi kararı alınması koşuluyla onbeş yıl geçmesiyle,
 2. Yasaklanmış hakların geri verilmesi kararı alınması koşulu aranmaksızın otuz yıl geçmesiyle,
 - c) Diğer mahkûmiyetler bakımından kaydın arşive alınma koşullarının olduğu tarihten itibaren beş yıl geçmesiyle,
- tamamen silinir.

(2) Fiilin kanunla suç olmaktan çıkarılması halinde, bu suçtan mahkumiyete ilişkin adli sicil ve arşiv kayıtları, talep aranmaksızın tamamen silinir.

(3) Kanun yararına bozma veya yargılamanın yenilenmesi sonucunda verilen beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının kesinleşmesi halinde, önceki mahkumiyet kararına ilişkin adli sicil ve arşiv kaydı tamamen silinir.

(4) (**Ek: 676- 24.11.2016 / m.40**) Akıl hastalığı nedeniyle hükmedilen güvenlik tedbirlerine ilişkin kayıtlar, infazının tamamlanmasıyla tamamen silinir."

⁶¹⁶ AYM., E. 2008/44, K. 2011/21, T. 20.1.2011, RG. 14.4.2011/27905 (kararlaryeni.anayasa.gov.tr, SGT. 29.5.2018).

6290 sayılı kanunla⁶¹⁷ yaptığı değişiklikle olmuştur. Zira değişiklikten önceki ASK m. 12/1, *“Arşiv bilgileri, ilgilinin ölümü üzerine ve her halde kaydın girildiği tarihten itibaren seksen yılın geçmesiyle tamamen silinir.”* hükmünü haizdi.

Tüm bu değişiklikler bir arada değerlendirildiğinde, 5352 sayılı kanunun ilk halinin 3682 sayılı kanuna kıyasla, adli sicilden bilgilerin silinmesini zorlaştırdığı ancak 6290 sayılı kanunla adli sicilden bilgilerin silinmesinin kolaylaştırıldığını söylemek yanlış olmayacaktır.⁶¹⁸

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, bir kararında adli sicilden silinmiş ya da silinme koşulları oluşmuş mahkûmiyet hükümlerinin CMK m. 231/6-a yönünden geçmiş hükümlülük olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine ilişkin kapsamlı bir değerlendirme yapmıştır. Anılan karara göre, 3682 sayılı kanunun 8. maddesi ve 5352 sayılı kanunun geçici 2. maddesi uyarınca, *“...silinme koşulları oluşan adli sicil kayıtlarının, adli sicilden silinmiş olup olmadığına bakılmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yasal bir engel oluşturabileceğini kabul etmek hukuk ilkeleriyle bağdaşmayacaktır.”* Yine anılan karara göre, *“Hak yoksunluklarını kural olarak 5237 sayılı Yasa'nın 53. maddesinde cezanın infazı ile sınırlandıran, doğmuş hak mahrumiyetlerini ortadan kaldırmak için Adli Sicil Yasasına eklediği 13/a maddesi ile yasak hakların geri verilmesi müessesesini kabul eden ve 5237 sayılı TCY'nin 58. maddesinde tekerrür hükümlerinin uygulanması açısından infazdan itibaren beş ve üç yıllık süreler öngören yasa koyucunun, bir kez mahkum olan bir kişinin ömür boyu bu mahkumiyetinin olumsuz sonuçlarından etkilenmesi gerektiğini kabul ettiği düşünülemez. Bu nedenlerle, yeni yasa dönemindeki mahkumiyetler açısından da, belirli sürelerin geçmesi ile bu mahkumiyetlerin 231. maddenin uygulanmasına yasal engel oluşturmayacağını kabulde zorunluluk bulunmaktadır.”* Sonuç itibariyle Yargıtay, 1.6.2005 tarihinden önce işlenen suçlar yönünden 3682 sayılı kanunun 8. ve 5352 sayılı kanunun geçici 2. maddesi uyarınca silinme

⁶¹⁷ RG. 11.4.2012/28261.

⁶¹⁸ **Horozgil**, s. 71, 72.

koşulları oluşmuş mahkûmiyetlerin ve 1.6.2005 tarihinden sonra işlenen suçlardan dolayı verilen mahkûmiyet kararları içinse TCK m. 58’de öngörülen 3 ve 5 yıllık sürelerin geçmiş olması halinin, CMK m. 231/6-a bakımından geçmiş hükümlülük olarak değerlendirilmemesi gerektiğini, ancak bu mahkûmiyet hükümlerinin sanığın suç işleme eğilimi açısından değerlendirilebileceğini belirtmiştir⁶¹⁹ (CMK m. 231/6-b).

Yargıtay, 11.4.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6290 sayılı kanundan sonra verdiği kararlarında ise TCK m. 58’deki süreler yerine adli sicilden silinme koşullarının oluşup oluşmadığını aramıştır.⁶²⁰ Yargıtay’ın 1.6.2005 tarihi ile 11.4.2012 tarihleri arasında işlenen suçlar bakımından, mahkûmiyet kararının adli sicilden silinme koşullarını aramak yerine TCK m. 58’deki sürelerin geçmesini aramasına gerekçe olarak, bu dönemde adli sicilden silinme koşullarının “*ilgilinin ölümü ve her halde kaydın girildiği tarihten itibaren seksen yılın geçmesi...*” şeklinde ağır bir koşula bağlanmış olması gösterilmiştir. Nitekim 6290 sayılı kanunla birlikte Yargıtay’ın bu içtihadının geçerliliğini yitirdiği öne sürülmüştür.⁶²¹ Ancak bu noktada sanıyoruz ki dikkatlerden kaçan bir husus mevcuttur. Şöyle ki, 5352 sayılı kanun 3682 sayılı kanundan farklı olarak adli sicil kaydı ile arşiv kaydını ayırmıştır. Adli sicilden silinmeyi 9. maddede düzenleyen ASK; arşiv kayıtlarının silinmesini 12. maddesinde düzenlemiştir. Anılan 9. maddeye göre “cezanın veya güvenlik tedbirinin infazının tamamlanması” adli

⁶¹⁹ Yar. CGK., E. 2010/4-71, K. 2010/76, T. 6.4.2010, (www.kazanci.com, SGT. 30.05.18); Yargıtay’ın bu kararına doğrudan katılan bir görüş için bkz. **Ünver – Hakeri**, s. 706, 707.

⁶²⁰ Yar. 4. CD., E. 2013/1773, K. 2014/9702, T. 27.3.2014: “*Sanığın, adli sicil kaydındaki ilamın suç tarihi itibarıyla silinme koşullarının oluştuğunun anlaşılması karşısında, CMK'nın 231/6. maddesindeki yasal ölçütlere göre değerlendirme yapılması gerektiği gözetilmeden "Kasıtlı suçtan sabikasının bulunduğu" şeklindeki yasal olmayan gerekçeyle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi, ... Kanuna aykırı ... görüldüğünden HÜKÜMLERİN BOZULMASINA...*”, (www.kazanci.com, SGT. 30.05.18).

⁶²¹ **Horozgil**, s. 73, 74; **Halil Çıgılı**, “*Yargıtay Kararları Çerçevesinde, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasında Daha Önce Kasıtlı Bir Suçtan Mahkûm Olmama Şartına İlişkin Bir Değerlendirme*”, THD., C. 9, S. 100, Aralık 2014, s. 18, 19; Aynı yönde bkz. **Epözdemir**, s. 162, 163.

sicildeki bilgilerin silinerek arşiv kaydına alınması için bir nedendir. Bu nedenle sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olup olmadığına anlaşılabilmesi için adli sicilinin getirilmesi yeterli olmayıp, arşiv kaydının da istenmesi gerekecektir.⁶²² Bu nedenle gerek Yargıtay'ın gerek doktrindeki görüşlerin adli sicilden silinmiş mahkûmiyetin CMK m. 231/6-a kapsamındaki değerlendirmelerinde kullandıkları “adli sicilden silinmiş veya silinme koşulları oluşmuş mahkûmiyet hükmü” ifadesini adli sicil ve arşivden silinmiş veya silinme koşulları oluşmuş mahkûmiyet hükmü şeklinde anlamak gerekir. Aksi halde önceki cezanın infazını takiben işlenen suçlarda belirli bir müddet şartı aranmaksızın hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu uygulama alanı bulacaktır ki bu durum ne kanun koyucunun isteğidir ne de uygulama ve doktrinin kabul edeceği bir durumdur.⁶²³

Doktrindeki ağırlıklı görüş, CMK m. 231/6-a anlamındaki geçmiş hükümlülüğün Yargıtay'ın vermiş olduğu bu kararlar ışığında uygulanması gerektiği yönündedir.⁶²⁴ Bu görüş taraftarlarına göre, ‘geçmiş hükümlülüğün bulunması’ bir hak yoksunluğudur ve hak yoksunlukları TCK m. 53'te cezanın infazıyla sınırlandırılmıştır. 5352 sayılı kanunun 13/A maddesinde düzenlenen yasaklanmış hakların iadesi ve TCK m. 58'de de düzenlenen tekerrür hükümlerinin uygulanması bakımından infazdan itibaren öngörülen 3 ve 5 yıllık sınırlayıcı süreler bir arada değerlendirildiğinde kasıtlı bir suçtan mahkûm olan bir kişinin hayatı boyunca bu mahkûmiyet hükmünün olumsuz neticelerinden etkilenmesi kabul edilemez.⁶²⁵ Nitekim adli sicil kaydının silinmesine ve tekerrür hükümlerine ilişkin normatif düzenlemeler belirli süreleri suç işlemeden geçirmiş kişileri ıslah etmeye ve toplumla yeniden bir araya getirmeye yönelik

⁶²² **Kumbasar**, s. 154; **Kıldan**, s. 145; 5352 sayılı kanuna göre arşiv kaydı esas alınarak yapılacak değerlendirmenin kurumun uygulanmasını çok daraltacağı yönünde bkz. **Sarıgül**, “*Türk ve Alman Hukuku*”, s. 147.

⁶²³ Aynı yönde ayrıca bkz. **İpek**, s. 133; **Günay**, s. 432; **Töngür**, s. 248, 249.

⁶²⁴ **Horozgil**, s. 71 – 75; **Baştürk**, s. 315 – 319; **Kumbasar**, s. 153 – 156; **Kıldan**, s. 146.

⁶²⁵ **Kumbasar**, s. 155; **Baştürk**, s. 317, 318.

normlar olup, bu pozitif düzenlemelerden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasında yararlanmak ceza hukukunun amaçlarıyla örtüşeceği gibi kanunilik ilkesine de aykırılık teşkil etmez.⁶²⁶

Ancak Yargıtay kararlarının ve doktrindeki ağırlıklı görüşün açıklamalarında kabul edilemez bazı ifadeler vardır. Zira bu görüşe göre 1.6.2005 ile 11.4.2012 tarihleri arasında işlenen suçlar nedeniyle verilen mahkûmiyet kararlarının üzerinden TCK m. 58'de yer alan sürelerin geçmesiyle birlikte, mahkûmiyet hükmü CMK m. 231/6-a bakımından geçmiş hükümlülük olarak değerlendirilemez. Bu görüş pek çok yanıla hukuka aykırıdır. Zira bu kabulle, tekerrür için getirilmiş sürelerin kıyas yoluyla hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuna uygulanması gerekir ki bu durum kanunilik ilkesine aykırıdır.⁶²⁷ Geçmiş hükümlülüğün bir hak yoksunluğu olduğu görüşü de kabul edilebilir değildir. Zira hak yoksunlukları TCK m. 53'te Güvenlik Tedbirlerinin altında düzenlenmiştir ve güvenlik tedbirleri için de kanunilik ilkesi (TCK m. 2/1) geçerlidir. Bu nedenle kanunda hak yoksunluğu olduğu açıkça yazmayan bir hal için hak yoksunluğu demek kanunilik ilkesine ters düşecektir.

Yargıtay'ın ve doktrindeki ağırlıklı görüşün aksine bize göre, CMK m. 231/6-a sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunmasını aramaktadır ancak bu mahkûmiyet hükmünün ne zaman verildiğine ilişkin bir belirleme getirmemiştir.⁶²⁸ Kurumun amacının ilk kez suç işleyen kişilerin hapis hane ortamından uzak bir şekilde toplum içinde ıslah olması olduğu da göz önüne alındığında adli sicil kaydının silinip arşive alınmış olmasının bir önemi

⁶²⁶ **Baştürk**, s. 317, 318.

⁶²⁷ **İpek**, s. 135.

⁶²⁸ Krş. **Şen – Maviş**, 17: Yazarlar, daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı mahkûm olmama şartının CMK m. 231'e 5560 sayılı kanunla eklenen 5. fıkranın yürürlüğe girdiği 19.12.2006 tarihinden sonra işlenen suçlar açısından geçerli olduğu kanaatindedir. Yazarlara göre kurum her ne kadar CMK'da da düzenlense kişi hak ve özgürlükleriyle olan yakın ilişkisi göz önüne alınarak kanunilik ilkesi kapsamında bu sonuca ulaşılmalıdır.

olmaması gerekir.⁶²⁹ Bu konuda kabul edebileceğimiz tek kriter mahkûmiyet hükmünün arşiv kaydından da silinmiş ya da silinme koşullarının oluşmuş olması halidir.⁶³⁰ Zira kayıt hem adli sicilden (ASK m. 9) hem de arşivden silinmişse (ASK m. 12), geçmiş hükümlülüğe ulaşmak konusunda maddi bir imkansızlık olacağı için CMK m. 231/6-a anlamında değerlendirilebilecek bir ‘geçmiş hükümlülük’ mevcut olmayacaktır.

Sonuç itibariyle 5352 sayılı kanunun geçici 2. maddesi uyarınca 1.6.2005 tarihinden önce işlenen suçlardan dolayı tutulan kayıtlar hakkında 3682 sayılı kanunun 8. maddesi uyarınca silinme koşulu oluşanlar silinecektir. Bu kanun döneminde adli sicil kaydı – arşiv kaydı ayrımı olmadığı için, silinme koşulu oluşan kayıtlar CMK m. 231/6-a kapsamında geçmiş hükümlülük kapsamında değerlendirilmeyecektir. 1.6.2005 ile 11.4.2012 tarihi arasında işlenen suçlar nedeniyle tutulan kayıtlar ancak bu dönem yürürlükte bulunan 5352 sayılı kanunun 12. maddesindeki koşullar gerçekleşirse silinebilecektir. Bu koşulların çok zor olması kanun koyucunun bir tercihidir; sırf hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulama alanını genişletmek adına kanuna ve hukuka aykırı kararların verilmemesi gerekir. 11.4.2012 tarihinden sonra ise 6290 sayılı kanunla değişik 12. madde yürürlükte olduğu için bu dönemdeki kayıtlar hali hazırda yürürlükte bulunan 5352 sayılı kanunun 12. maddesindeki şartların gerçekleşmesiyle birlikte arşivden silinebilecektir. Kasıtlı bir suçtan dolayı alınmış

⁶²⁹ **Necati Meran**, “*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Konusunda Bazı Çözüm Önerileri*”, THD., C. 3, S. 23, Temmuz 2008, s. 66, 67.; **Aras**, s. 74; **Mahmutoglu**, s. 360, 361; **Öztürk vd.**, s. 634; **İpek**, s. 125; **Gündüz**, s. 161, 162: Yazar, kanunda önceki mahkûmiyetten bahsedilip “mükerrirlik” terimine yer verilmemesi sebebiyle bu hükmün kurumun uygulama alanını daralttığını belirtmektedir.

⁶³⁰ **Erel**, s. 339; Esasında arşiv bilgilerinin silinme koşulunun oluşup da silinmemiş olması halinde sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olduğu öğrenildiği için hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun hakkında uygulanmaması gerekir. Ancak bu durumda geçmiş hükümlülüğü bulunduğu halde arşiv kaydından sildirmiş olan kişiyle aynı durumda bulunduğu halde arşiv kaydını sildirmemiş olan kişiler arasında farklı uygulamalar olacağı için, arşiv kaydının silinme koşullarının oluşmasını kurumun uygulaması için yeterli görmek gerekir.

mahkûmiyet hükmüne ilişkin kayıt, arşivden silinmediği ya da silinme koşulları oluşmadığı sürece CMK m. 231/6-a anlamında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasına engel teşkil edecektir.

ASK m. 12/2 uyarınca önceki tarihli mahkûmiyet hükmünün konusunu oluşturan fiilin suç olmaktan çıkarılması halinde, bu suçtan mahkûmiyete ilişkin adli sicil ve arşiv kayıtları, talep aranmaksızın derhal silinecektir. Nitekim fiilin suç olmaktan çıkartılması mahkûmiyet hükmünü de ortadan kaldıracığından, CMK m. 231/6-a anlamında değerlendirmeye esas alınacak bir hüküm de kalmayacaktır.⁶³¹ Ancak bir görüşe göre bu durum, sanığın suç işleme eğilimi yönünden değerlendirme konusu yapılabilir.⁶³² Fakat biz bu görüşe iştirak etmiyoruz, zira kanun koyucunun artık ‘suç’ olarak nitelendirmediği bir fiil üzerinden sanığın ‘suç’ işleme eğilimini ölçmek doğru değildir. Zira toplum, kanunlardan daha hızlı değişmektedir ve doğal olarak kanunlar toplumu geriden takip etmektedir. Öyleyse sanığa geçmişte işlediği ancak artık ‘suç’ teşkil etmeyen bir fiili sebebiyle ‘suç işleme eğilimli’ damgası yapıştırmak da doğru değildir.

G. ADLİYE MAHKEMELERİ DIŞINDA VERİLMİŞ MAHKÛMİYET HÜKÜMLERİNİN ETKİSİ

Bu başlık altında yabancı ülke mahkemelerince verilmiş kasıtlı bir suça ilişkin mahkûmiyet hükmünün ve Türkiye’de askeri mahkemelerce verilmiş mahkûmiyet hükmünün, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasına etkisi tartışılacaktır.

Yabancı ülke mahkemelerince kasıtlı bir suça ilişkin olarak verilmiş mahkûmiyet hükümlerinin CMK m. 231/6-a anlamında geçmiş hükümlülük olarak değerlendirilmesi

⁶³¹ Epözdemir, s. 149; İpek, s. 120.

⁶³² Balo, s. 72, 73.

konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüş, “Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi”nin 56.⁶³³ ve 57.⁶³⁴ maddelerini hatırlatmakta ancak bir taraf devlet olarak Türkiye’nin bu konuda henüz bir kanuni düzenleme yapmadığını bu nedenle yabancı mahkeme kararlarının ertelemeye engel teşkil etmeyeceğini belirtmektedir.⁶³⁵ Bu görüş taraftarları, sanığın yabancı ülkede kasıtlı bir suçtan dolayı mahkûm olmuş olmasının sanığın suç işleme eğilimi bakımından değerlendirilebileceğini düşünmektedir.⁶³⁶ Benzer yöndeki bir görüşe göreyse TCK m. 58/4⁶³⁷, de tahdidi olarak sayılan suç tipleri dışındaki bir suçtan dolayı verilmiş mahkûmiyet hükmünün, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasına engel teşkil etmemelidir.⁶³⁸

⁶³³ “Sözleşen Devletler, mahkemelerinin, bir hüküm verirken, bir diğer suç dolayısı ile daha önce yüze karşı yapılan bir muhakeme sonunda verilmiş olan Avrupa ceza yargısını göz önünde tutup kanunlarının kendi ülkelerinde verilen yargılar için öngördüğü sonuçların hepsini veya bir kısmını ona bağlayabilmelerini sağlayacak uygun tedbirleri alacaklar ve bu yargıları hangi şartlarla göz önünde tutacaklarını tayin edeceklerdir.”

⁶³⁴ “Sözleşen Devletler, yüze karşı yapılan muhakeme sonunda verilen Avrupa ceza yargılarını göz önünde tutup kendi kanunlarının kendi ülkelerinde verilen yargılara bağladıkları yasaklamaların hepsini veya bir kısmını onlara bağlayabilmelerini sağlayacak uygun tedbirleri alacaklar ve bu yargıların hangi şartlarla göz önünde tutulacağını tayin edeceklerdir.”

⁶³⁵ **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 755 (yazarın açıklamaları hapis cezasının ertelenmesine ilişkin olup, iki kurum arasındaki bu şart bakımından benzerlik sebebiyle, çalışmanın bu paragrafında yararlanılmıştır); Aynı yönde bkz. **Balık**, s. 64, 65; **Epözdemir**, s. 166, 167; Herhangi bir açıklama yapmaksızın yabancı mahkemelerden verilen mahkûmiyet hükümlerinin ertelemeye engel oluşturmayacağına dair görüş için bkz. **Toroslu – Toroslu**, s. 452.

⁶³⁶ **Kumbasar**, s. 157.

⁶³⁷ “Kasıtlı suçlarla taksirli suçlar ve sırf askerî suçlarla diğer suçlar arasında tekerriir hükümleri uygulanmaz. Kasten öldürme, kasten yaralama, yağma, dolandırıcılık, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti ile parada veya kıymetli damgada sahtecilik suçları hariç olmak üzere; yabancı ülke mahkemelerinden verilen hükümler tekerriire esas olmaz.”

⁶³⁸ **Baştürk**, s. 323.

Yabancı ülke mahkemelerince verilmiş mahkûmiyet hükmünün Türk hukukuna etkisi bakımından bahsedilmesi gereken bazı düzenlemeler mevcuttur. Öncelikle CMK m. 231/6-a maddesi mülga 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un 6. maddesinden⁶³⁹ farklı olarak, önceki mahkûmiyet hükmünün 'adliye mahkemelerince' verilmiş olmasını aramamıştır. 5352 sayılı ASK, 2. maddesi⁶⁴⁰ uyarınca hakkında yabancı ülke mahkemeleri tarafından kesinleşmiş ve Türk hukukuna göre tanınan mahkûmiyet kararı bulunan Türk vatandaşlarının kayıtlarının adli sicilde tutulacaktır.⁶⁴¹ Yine ASK'nın 4/f bendi uyarınca "*Türk vatandaşı hakkında yabancı mahkemeden verilmiş ve kesinleşmiş olan mahkumiyet kararının Türk hukuku bakımından doğurduğu hak yoksunluklarına ilişkin olarak Cumhuriyet savcısının istemi üzerine mahkemece verilen karar*" da adli sicile kaydedilecektir.⁶⁴² Ancak ASK'nın 2. maddesinde geçen "Türk

⁶³⁹ **Mülga 647 s.k. m. 6:** "(Değişik: 1712 - 3.5.1973) (Değişik 1. fıkra: 3506 - 7.12.1988) Adliye mahkemelerince para cezasından başka bir ceza ile mahkûm olmayan kimse, işlediği bir suçtan dolayı ağır veya hafif para veya biryıla kadar (bir yıl dahil) ağır hapis veya iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis veya hafif hapis cezalarından biriyle mahkûm olur ve geçmişteki hali ve suç işleme hususunda eğilimine göre cezanın ertelenmesi ileride suç işlemekten çekinmesine sebep olacağı hakkında mahkemece kanaat edinilirse, bu cezanın ertelenmesine hükümlenir. Bu halde ertelemenin sebebi hükmünde yazılır."

⁶⁴⁰ **ASK m. 2/1:** "Hakkında Türk mahkemeleri veya yabancı ülke mahkemeleri tarafından kesinleşmiş ve Türk Hukukuna göre tanınan mahkumiyet kararı bulunan Türk vatandaşları ile Türkiye'de suç işlemiş olan yabancıların kayıtları da dahil tüm adli sicil bilgileri; mahallinde bilgisayar ortamına aktarılmasını takiben, Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğündeki Merkezi Adli Sicilde tutulur."

⁶⁴¹ Her ne kadar kanunda bu iki şartın yanında, hükmün dayandığı fiilin Türk kanunlarına göre suç teşkil etmesi ve hükmün resmi yollarla Türkiye'ye bildirilmesi şartına yer verilmemiş olsa da bu şartların da aranmasının zorunlu olduğuna ilişkin bkz. **Ekrem Çetintürk**, "Yabancı Ülke Mahkemelerince Verilen Mahkûmiyet Kararlarının Adli Sicile Kaydedilmesi ve Hak Mahrumiyeti Doğurması" ("**Yabancı Ülke Mahkemelerince...**"), TAAD., Y. 4, S. 14, Temmuz 2013, s. 540.

⁶⁴² Ayrıca bkz. **TCK m. 17:** "(1) Yukarıdaki maddelerde açıklanan hallerde mahkeme, yabancı mahkemelerden verilen ve Türk hukuk düzenine aykırı düşmeyen hükmün, Türk kanunlarına göre bir haktan yoksunluğu gerektirmesi halinde, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine Türk kanunlarındaki sonuçlarının geçerli olmasına karar verir."

Hukukuna göre tanınan mahkûmiyet” ibaresi tanımaya ilişkin kanun koyucunun iradesini yeteri kadar yansıtamamıştır ve eski mevzuat dönemindeki uygulama devam etmiştir. Bir başka deyişle uygulamada bu ibare, “Türk kanunlarına göre suç sayılan fiiller” olarak anlaşılmış ve veri girişleri idari makamlarca adli sicile yapılmaya devam edilmiştir.⁶⁴³ Ancak, 5352 sayılı kanun ‘tanıma’ terimi kullanarak açıkça eski mevzuattan farklı bir usulü benimsemiştir fakat ‘tanıma’ prosedürünün nasıl olacağına ve neleri içereceğine ilişkin bir belirsizlik mevcuttur.⁶⁴⁴ Zira ASK m 4/f’de sadece Türk vatandaşı hakkında yabancı mahkemece verilmiş ve kesinleşmiş mahkûmiyet hükmünün Türk hukuku bakımından doğurduğu ‘hak yoksunluklarına’ ilişkin olarak Cumhuriyet savcısının talebi üzerine mahkemece verilen kararın adli sicile kaydedileceği düzenlenmiştir. Fakat bu mahkemenin hangi mahkeme olduğuna ilişkin bir belirleme de adı geçen kanunda olmayıp bu durum tanıma prosedürünü hukuken ve fiilen imkânsız hale getirmektedir.⁶⁴⁵ Bu nedenle ASK m. 4/f’nin değiştirilmesi de talep edilmiştir.⁶⁴⁶

⁶⁴³ Bkz. **Çetintürk**, “*Yabancı Ülke Mahkemelerince...*”, s. 545. Ayrıca, Ankara 17. İdare Mahkemesi 18.01.2012 tarihli 2011/1591 Esas, 2012/23 Karar numaralı kararında, bahsi geçen bu uygulamanın kanuna aykırı olduğuna karar vermiş ve yabancı ülkede verilmiş kararların Türkiye’deki adli sicile işlenebilmesinin Cumhuriyet savcısının istemi üzerine mahkemenin vereceği kararlarla mümkün olabileceğini belirtmiştir. Mahkeme, kararına dayanak olarak ASK m. 4/f’yi göstermiştir. Bu karar için bkz. **Çetintürk**, “*Yabancı Ülke Mahkemelerince...*”, s. 545.

⁶⁴⁴ **Çetintürk**, “*Yabancı Ülke Mahkemelerince...*”, s. 546 – 548; **Mahmut Koca – İlhan Üzülmöz**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 9, Seçkin Yay., Ankara 2016, s. 755 – 761.

⁶⁴⁵ **Çetintürk**, “*Yabancı Ülke Mahkemelerince...*”, s. 549.

⁶⁴⁶ Bkz. **Koca – Üzülmöz**, s. 761: Yazarlar şu şekilde bir değişiklik teklifinde bulunmuştur: “*Türk vatandaşı hakkında yabancı mahkemeler tarafından verilen ve Cumhuriyet savcısının istemi üzerine mahkemece Türk hukuk düzenine aykırı olmadığı belirlenen kesinleşmiş mahkûmiyet kararları ile bu kararların Türk hukuku bakımından doğurduğu hak yoksunluklarına ilişkin olarak Cumhuriyet savcısının istemi üzerine mahkemece verilen kararlar,*”.

Bu konuda incelenmesi gereken bir diğerkanun ise 6706 sayılı Cezai Konularda Adli İş Birliğı Kanunu⁶⁴⁷,dur. Bu kanunun 26. maddesi⁶⁴⁸ yabancı devlet mahkemeleri tarafından

⁶⁴⁷ RG. 5.5.2016/29703.

⁶⁴⁸ **İnfazın devralınması**

MADDE 26 – “(1) Yabancı devlet mahkemeleri tarafından verilen mahkûmiyet kararları aşağıdaki koşulların birlikte bulunması hâlinde Türkiye’de infaz edilebilir:

- a) Hükümlünün Türkiye’de bulunması.
 - b) Mahkûmiyet kararının kesinleşmiş olması.
 - c) Mahkûmiyet kararına konu fiilin Türk hukukuna göre suç teşkil etmesi ve zamanaşımına uğramamış olması.
 - ç) Hürriyeti bağlayıcı cezalar için, merkezî makamlarca aksi kararlaştırılmadıkça talep tarihinde, hükümlünün ceza infaz kurumunda infazı gereken en az altı ay hürriyeti bağlayıcı cezasının bulunması.
 - d) Aynı suçtan dolayı Türkiye’de soruşturma veya kovuşturma yapılmamış olması.
- (2) İnfazın devri talebinde bulunulması hâlinde, yabancı devlet makamlarından;
- a) Mahkûmiyet kararının onaylı sureti,
 - b) Hükme esas alınan kanun maddelerinin metni,
 - c) İnfazı gereken bakiye cezayı gösteren belge,
 - ç) Talebin değerlendirilmesi için gerekli görülebilecek diğerk bilgi ve belgeler,
 - d) Gerekli görüldüğü takdirde bu fıkıradaki belirtilen belgelerin tercümeleri, talep edilir.
- (3) Devir koşullarının bulunmadığının tespit edilmesi veya devrin Türkiye’nin millî güvenliği ile temel çıkarlarına uygun düşmeyeceğinin anlaşılması hâlinde, devir talebi Merkezî Makam tarafından reddedilir.
- (4) İnfazın devrine ilişkin talep alınmadan önce mahkûmiyete konu suç, ceza miktarı ve şahsın kaçma şüphesi dikkate alınarak, yabancı devletin istemi ve Merkezî Makamın olumlu görüşü üzerine 14 üncü madde uyarınca koruma tedbirlerine karar verilebilir.
- (5) İnfazın devrine ilişkin talep, Türk hukukuna göre uyarılama kararı verilmesi için Ankara ağır ceza mahkemesine gönderilir. Mahkemece on beş gün içinde, yabancı devlette verilen mahkûmiyet kararında sübutu kabul edilen fiile, Türk kanunlarına göre verilmesi gereken ceza tayin olunur. Bu suretle belirlenen ceza, yabancı mahkeme kararında tayin edilmiş ceza süresini geçemez. Uyarılama kararına karşı itiraz kanun yoluna başvurulabilir. Ağır ceza mahkemesi koruma tedbirleri hakkında da karar vermeye yetkilidir.
- (6) Uyarılama kararı, talep eden devlet makamlarına bildirilmek üzere Merkezî Makama gönderilir.”

verilen mahkûmiyet hükümlerinin birlikte bulunması gereken belirli koşulların varlığı halinde Türkiye’de infaz edilebileceğini düzenlemiştir. Bu maddede önemli gördüğümüz bazı hususlardan bahsetmek gerekirse, mahkûm edilmiş kişinin cezasının Türkiye’de infaz edilebilmesi için öncelikle mahkûmiyet kararının kesinleşmiş ve konusunu oluşturan fiilin Türk hukukuna göre de suç teşkil etmesi ve zamanaşımına uğramamış olması aranmaktadır. Kanun, 26/5. maddesinde ‘uyarlama kararı’ndan, merciinden ve uyulması gereken usulden açıkça bahsetmektedir. Gerek Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi gerek ASK m. 2 ve m. 4/f ve gerek 6706 sayılı kanunun 26. maddesi bir arada değerlendirildiğinde, Türkiye’nin yabancı mahkemelerden verilmiş hükümlere, belirli şartlarda sonuç bağladığı açığa çıkacaktır. Ancak 6706 sayılı kanundaki hiçbir kurumun işletilmediği (suçluların iadesi – soruşturmanın ve kovuşturmanın devri – infazın devri – hükümlünün nakli) hallerde yabancı mahkemelerce verilmiş mahkûmiyet hükümlerine ilişkin ‘tanıma’nın nasıl olacağı belirsizdir. Bu nedenle ASK’ya 6706 sayılı kanunun 26. maddesindeki düzenlemeye benzer bir düzenlemenin eklenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Sonuç olarak, tüm sözleşme ve kanuni düzenlemeler bir arada değerlendirildiğinde Türkiye’nin yabancı ülke mahkemelerince verilmiş mahkûmiyet hükümlerine belirli şartlar altında sonuç bağladığına hiçbir kuşku yoktur. Bu nedenle biz de yabancı mahkemelerce verilmiş ve Türk hukukuna göre de suç teşkil eden eylemlerden kaynaklı mahkûmiyet hükümlerinin, Türkiye’deki adli sicil/arşiv kaydında buldukları sürece, sonraki tarihli suçtan dolayı verilen mahkûmiyet hükümlerinin açıklanmasının geri bırakılmasına engel teşkil edeceği kanaatindeyiz.⁶⁴⁹ Ancak uygulamadaki ve doktrindeki tereddütlerin giderilmesi adına ASK’ye

⁶⁴⁹ Aynı yönde bkz. **Horozgil**, s. 78; Herhangi bir gerekçe belirtmeksizin yabancı ülke mahkemelerinden verilen mahkûmiyet hükümlerinin gelecekte sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesine engel olacağı yönünde bkz. **Öztürk vd.**, s. 633.

yabancı mahkeme hükümlerinin tanınmasına ve uyarılma kararlarının nasıl olacağına ilişkin hükümlerin eklenmesi gerektiğini belirtmemiz gerekir.

Bu başlık altında tartışılması gereken son konu, askeri mahkemelerin kasıtlı bir suçla ilişkin olarak vermiş olduğu mahkûmiyet hükümlerinin CMK m. 231/6-a anlamında geçmiş hükümlülük olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususudur. Askeri suçların niteliğine ilişkin doktrinde ve uygulamada ikili bir ayrıma gidilmektedir. Bu ayrım uyarınca askeri suçlar, ‘sırf askeri suçlar’ ve ‘askeri suç benzerleri’ olmak üzere ayrılır. Sırf askeri suçlar, sadece asker sıfatını haiz kimselerce askeri bir hizmet veya görevin ihlali yoluyla işlenebilen, genel ceza mevzuatında tamamen ya da kısmen düzenlenmemiş olan suçları ifade eder. Askeri suç benzerleriyse, asker sıfatını haiz olmayan kimselerce de işlenebilen, tamamen ya da kısmen genel ceza mevzuatında da suç olarak tanımlanan veya yapılan atıf sebebiyle bu mevzuatın uygulama alanı içine giren, askeri bir menfaati koruma amacı güden suçları ifade eder.⁶⁵⁰

Doktrindeki bir görüşe göre, sırf askeri suçlarla diğer suçlar arasında tekerrür hükümlerinin uygulanmaması (TCK m. 58/4) ve bu suçların adli sicile kaydedilmemesi sebebiyle (ASK m. 5/1-a), sırf askeri suçlardan dolayı verilen mahkûmiyet hükümleri sonraki tarihli suçtan dolayı verilen mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasına engel teşkil etmeyecektir.⁶⁵¹ Bu görüş taraftarları görüşlerini desteklemek adına Askeri Ceza Kanunu’nun 14.07.2016 tarihine kadar yürürlükte olan 47/1-C⁶⁵² maddesine atıfta bulunuyorlardı.⁶⁵³ Ancak Askeri Ceza Kanunu’nun 47. maddesi 6722 sayılı “Türk Silahlı

⁶⁵⁰ Bkz. **Zeynel Kangal**, Askeri Ceza Hukuku, B. 2, Seçkin Yay., Ankara 2012, s. 85, 86.

⁶⁵¹ **Baştürk**, s. 322; **Epözdemir**, s. 166; **Kumbasar**, s. 156, 157.

⁶⁵² Askeri Ceza Kanunu’nun 23.06.2016 tarihine kadar yürürlükte olan 47/1-C maddesi: “*Evvelki mahkumiyet askerî bir suç için verilmiş bir ceza olur ve bu askerî suç Türk Ceza Kanunu mucibince cezayı mucib bir fiil bulunmazsa ikinci filden dolayı Türk Ceza Kanunu mucibince verilecek cezanın teciline birinci fiil manî olamaz.*”

⁶⁵³ **Horozgil**, s. 81; Benzer yönde açıklamalar için bkz. **İpek**, s. 137.

Kuvvetleri Personel Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”la değiştirilmiştir. Bu değişikliklerle birlikte, daha önce sırf askeri suçtan dolayı mahkûm olunmuş olması cezanın ertelenmesine engel bir hal olarak düzenlenmiştir.⁶⁵⁴ Yine 6722 sayılı kanunla 353 sayılı ‘Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu’na eklenen ek madde 4 ile birlikte ‘Sırf askeri bir suçtan dolayı altı ay veya daha fazla süreli hapis cezasına hükmedilmesi’ halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmayacağı belirtilmiştir.⁶⁵⁵ 6722 sayılı kanunlarla yapılan bu değişikliklerle birlikte bize göre kanun koyucu, sırf askeri suçlara önceki dönemlere nazaran daha fazla değer atfetmiştir. Daha önce sırf askeri suçtan dolayı alınan mahkûmiyetin sonraki tarihli askeri suçtan dolayı verilen hapis cezasının ertelenmesine engel teşkil etmesi; sırf askeri suçlardan dolayı alınan belirli ağırlığın üzerindeki cezalarda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasına engel teşkil etmesi hali bu görüşümüzü destekler niteliktedir. CMK m. 231/6-a hükmünün sadece

⁶⁵⁴ **MADDE 47** – “(Değişik madde ve başlığı: 6722 - 23.6.2016 / m.9) Türk Ceza Kanununun hapis cezasının ertelenmesine ilişkin hükümleri, askeri suçlar hakkında da uygulanır.

Ancak aşağıdaki hâllerde hapis cezaları ertelenmez:

A) Sırf askeri suçlardan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan netice cezanın üç ay veya daha fazla süreli hapis cezası olması.

B) Fiilin, disiplini ağır şekilde ihlal etmesi veya birliğin güvenliğini tehlikeye düşürmesi ya da birliğin muharebe hazırlığını veya etkinliğini zafiyete uğratması ya da büyük bir zarar meydana getirmesi.

C) Fiilin savaş veya seferberlikte işlenmesi.

D) Daha önce sırf askeri bir suçtan dolayı mahkûm olunması [Metnin altının çizilmesi ve kalın yazı tipine dönüştürülmesi tarafımda vurgu amaçlı gerçekleştirilmiştir.]”

⁶⁵⁵ **EK MADDE 4** – “(Ek: 6722 - 23.6.2016 / m.14) 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, aşağıdaki hâller hariç askeri suç ve cezalar hakkında da uygulanır:

A) Sırf askeri bir suçtan dolayı altı ay veya daha fazla süreli hapis cezasına hükmedilmesi.

B) Fiilin, disiplini ağır şekilde ihlal etmesi veya birliğin güvenliğini tehlikeye düşürmesi ya da birliğin muharebe hazırlığını veya etkinliğini zafiyete uğratması ya da büyük bir zarar meydana getirmesi.

C) Fiilin savaş veya seferberlikte işlenmesi.”

sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı mahkûm olmamış bulunmasını ancak bu mahkûmiyet hükmünün adliye mahkemelerince verilmiş olmasını aramaması durumu karşısında, biz sırf askeri suçlardan dolayı mahkûm olmuş kişinin, işlediği sonraki tarihli suçtan dolayı alacağı mahkûmiyet hükmünün, açıklanmasının geri bırakılamayacağını düşünüyoruz.⁶⁵⁶ Ancak bu konuda Adli Sicil Kanunu'ndaki düzenleme karşımıza bir engel olarak çıkmaktadır. Zira ASK m. 5/1-a sırf askeri suçlardan dolayı verilen mahkûmiyet hükümlerinin adli sicile kaydedilmeyeceğini düzenlemiştir ve bu hükümlerin doğrudan arşive alınacağına ilişkin bir düzenlemede bulunmamaktadır. Dolayısıyla sanığın daha önce sırf askeri suçtan dolayı mahkûm olup olmadığının tespiti oldukça zordur.⁶⁵⁷ Zira sanığın daha önce kasıtlı olarak işlediği bir 'sırf askeri suç' olup olmadığının tespiti ancak bağlı bulunduğu askerlik şubesinde tutulan kayıtlardan öğrenilebileceği için, askerlik görevini ifa etmekte olan ya da ifa etmiş kişilerin bağlı bulunduğu askerlik şubelerinden 'sırf askeri suç'tan dolayı mahkûm olup olmadığı öğrenilmelidir.⁶⁵⁸ Ancak bu prosedürün uygulamada gerçekleştirilebilirliği zor görünmektedir.

'Askeri suç benzeri' suçların adli sicile kaydedilmeyeceğine ilişkin bir hükmün bulunmaması karşısında, önceki tarihli kasıtlı suçun 'askeri suç benzeri' bir suç olması halinde, sonraki tarihli suçtan dolayı verilen mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasına engel teşkil edecektir.⁶⁵⁹

⁶⁵⁶ Aynı yönde bkz. **Kıldan**, s. 146, 147.

⁶⁵⁷ Sanığın daha önce sırf askeri suçtan dolayı mahkûm olduğunun tespitinin oldukça zor olduğu yönünde bizimle aynı yöndeki bir görüş için bkz. **Horozgil**, s. 81, 82.

⁶⁵⁸ **Kıldan**, s. 146, 147 ve dn. 10.

⁶⁵⁹ **Epözdemir**, s. 166; **Baştürk**, s. 322, 323; **Öztürk vd.**, s. 633.

2. SANIĞIN YENİDEN SUÇ İŞLEMeyeCEĞİ HUSUSUNDA KANAATE VARILMASI

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının şartlarından bir diğeri ise CMK m. 231/6-b de yer alan “*Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması*” şartıdır. Bu şart doktrinde sübjektif liyakat şartı olarak adlandırılır. Sübjektif liyakat şartı, kurumun uygulanabilmesi için gerekli şartlar arasında en önemlisi⁶⁶⁰ ve kurumun amacına ulaşmasında en etkili olan şarttır ancak bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmek de bir o kadar zordur.⁶⁶¹ Biz çalışmamızda sübjektif liyakat teriminin karşılanması adına ‘*ertelemeye uygunluk*’ terimini kullanacağız.

CMK m. 231/6-b sübjektif şarta ait kriteri ‘sanığın bir daha suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması’ olarak belirlemiş; bu kanaate varılmasında kullanılacak unsurları ise ‘sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları’ olarak tespit etmiştir. Gösterilen bu iki unsur arasındaki ‘ile’ bağlacı nedeniyle; sübjektif şartın gerçekleşebilmesi bu unsurların birlikte bulunmasına bağlıdır.⁶⁶² Bu unsurlardan en az birisi sanığın yeniden bir suç işleyeceği hususunda kanaat uyandırıyor ise kurum uygulama alanı bulamayacaktır.⁶⁶³ Mahkeme sübjektif şartın gerçekleşip gerçekleşmediğine karar verirken bu iki unsurdan başka bir unsuru değerlendirmeye almamalıdır⁶⁶⁴ ancak şüphesiz ki sanığın kişilik özellikleri kapsamı çok geniş

⁶⁶⁰ Aynı yönde bkz. **Gündüz**, s. 161, 162.

⁶⁶¹ **Önder**, Tecil, s. 186.

⁶⁶² **Baştürk**, s. 358; **İpek**, s 144.

⁶⁶³ **Kumbasar**, s. 159.

⁶⁶⁴ Aynı yönde bkz. **Balık**, s. 118.

olan bir unsurdur.⁶⁶⁵ Bu nedenle değerlendirmeye esas alınacak özelliklerin ne olduğunun belirlenmesi gerekir fakat bu konuda kanun, somut ölçütler getirmemiştir.

Sanığın kişilik özelliklerinin tespitinde, kurumun uygulanmasıyla hedeflenen fayda üzerinden bir belirleme yapmak gerekir. Erteleme kurumlarının temel amaçlarından birisi, sanığın toplum içinde ıslah olmasını sağlamaktır. Bu anlamda sanığın toplumla uyumlu bir şekilde yaşayabileceğinin belirlenmesi gerekir. Bu nedenle cezanın ‘suç’a değil ‘suçlu’ya uygun bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir.⁶⁶⁶ Zira cezalandırmayla amaçlananın suçluyu ıslah etmek olduğu göz önünde bulundurulduğunda aksi türlü bir düşünce mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla mahkemenin, cezanın çektirilmesi yerine hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının suçluyu bir daha suç işlemekten alıkoyup koyamayacağını araştırması gerekmektedir. Bu noktada unutulmaması gereken bir husus, bireyselleştirme kurumlarının ve dolayısıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun amacının ‘genel önleme’ olmadığıdır. Bu nedenle belirli bir bölgede suçların artmakta olması ya da o dönemde mala karşı işlenen suçların artmış olması gibi sebepler kurumun uygulanmasına bir engel teşkil etmemelidir.⁶⁶⁷ Nitekim bu kurumla amaçlanan suç işlemiş bireyi topluma kazandırmaktır. Bu nedenle ertelemeye uygunluk şartının tespitinde sadece sanık ve kişiliği göz önünde bulundurulmalı; bunlara dahil olmayan sanığın aile yapısı veya ailesindeki bazı kişilerin adli sicil kayıtları göz önüne alınmamalıdır. Zira cezaların şahsiliği ilkesi de bunu gerektirir.⁶⁶⁸ Bu anlamda ertelemeye uygunluk şartının tespitinde hâkimin serbest takdir yetkisi, kurumun amacıyla sınırlı olarak kullanılacaktır.⁶⁶⁹

⁶⁶⁵ İpek, s. 144; Kumbasar, s. 159.

⁶⁶⁶ Bkz. Douglas A. Berman, “Distinguishing Offense Conduct and Offender Characteristics in Modern Sentencing Reforms”, Stanford Law Review, Vol. 58, No. 1, Y. October 2005, s. 278.

⁶⁶⁷ Erem – Danışman – Artuk, s. 826, 827; Önder, Tecil, s. 197, 198.

⁶⁶⁸ Baştürk, s. 361, 362.

⁶⁶⁹ Önder, Tecil, s. 198; Epözdemir, s. 176, 177.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, sanığın kişiliği ile doğrudan bağlantılı bir kurumdur ve sanığın kişiliğinin tespiti hukuki uyumsuzluğa değil maddi uyumsuzluğa dahildir. Sanığın kişiliğini tespit edebilmek adına mahkeme, öncelikle gözlem yapacaktır. Mahkeme bu esnada sanığın kişiliğini ortaya koymak adına sunulan delil araçlarını gözlemleyecek; sanığın duruşmadaki hal ve tutumuyla da pişman olup olmadığını tespit etmeye çalışacaktır.⁶⁷⁰ Sanığın kişilik özellikleri belirlenirken pişmanlığın yanı sıra sanığın isnat olunan fiili kabul ya da inkâr etmesine⁶⁷¹, yargılanmakta olduğu fiil sayısına⁶⁷², gerçekleştirilen fiilin niteliğine, fiilden sonraki davranışları ve hayat şekline, adli geçmişine⁶⁷³, eğitimine ve mesleki becerilerine, akli ve psikolojik durumuna, geçmişteki iş deneyimlerine, aile ve toplumsal bağlarına⁶⁷⁴, yaşına, olgunluğuna, yaşadığı sosyal çevre ve toplumsal saygınlığına bakılmalı ve alacağı cezanın başta kendisi ve çevresi açısından yaratacağı etkiler düşünülerek kurum uygulanmalıdır.⁶⁷⁵ Sanığın kişiliğinin maddi soruna ilişkin olması nedeniyle, kötü kişiliğine

⁶⁷⁰ **Feyzioğlu**, Vicdani Kanaat, s. 313.

⁶⁷¹ Ancak kişinin susma hakkını kullanması ya da üzerine atılı fiili inkâr etmesi hiçbir şekilde kendisi bakımından menfi netice doğuracak şekilde değerlendirilmemelidir. Aksi durum Anayasa m. 38/5 ile koruma altına alınmış ‘nemo tenatur’ ilkesine ve suçsuzluk karinesine aykırılık teşkil edecektir. Bu konuda bkz. **Horozgil**, s. 84; **Baştürk**, s. 368; **Kumbasar**, s. 162, 163.

⁶⁷² **Aras**, s. 77; **Mahmutoğlu**, s. 362; Ancak bu noktada, Türk ceza adaleti sisteminde yer alan iddianamenin iadesi kurumunun işletilemez hale gelmiş olması, ceza muhakemeleri sonucunda verilen beraat kararı oranlarının yüksekliği ve mahkûmiyet kararlarının oranlarının düşüklüğü göz önüne alındığında kişi hakkında açılmış ve ne surette biteceği belli olmayan derdest davaların varlığı kişi hakkındaki olumsuz kanaatin mutlak sebebi olmamalıdır. Bu açıklamalar için bkz. **Balo**, s. 88, 89.

⁶⁷³ **Baştürk**, s. 367 – 371; **Önder**, Tecil, s. 188 – 190; Örneğin CMK m. 231/6-a anlamında kurumun uygulanmasına engel teşkil etmeyen taksirli suçtan dolayı verilmiş mahkûmiyet hükmüne dayanılarak oluşturulmuş adli sicil kaydı sanığın kişilik özelliklerinin tespitinde kullanılabilir.

⁶⁷⁴ **Berman**, s. 284.

⁶⁷⁵ **Gündüz**, s. 163; **İpek**, s. 144, 145; **Epözdemir**, s. 171; **Balo**, s. 87, 88; Benzer yönde bkz. ve krş. **Kumbasar**, s. 160, 164; Alman ceza hukukundaki kriterler için bkz. **Sarıgül**, “*Türk ve Alman Hukuku*”, s. 150 – 157.

ilişkin şüphenin yenilememesi halinde bundan sanık yararlanmalı ve sanığın iyi kişilik özelliklerine sahip olduğu kabul edilmelidir.⁶⁷⁶

Sanığın kişilik özelliklerinin tespiti her zaman mahkemenin tek başına yapabileceği bir tespit değildir. Nitekim sanığın duruşmalarda bulunmadığı, kendisini müdafii ile temsil ettiği, istinabe yoluyla savunması alındığı hallerde sanığın kişilik özelliklerinin mahkemece tespiti neredeyse imkansızdır. Bu nedenle sanığın kişilik özelliklerinin tespitine soruşturma aşamasından başlanmalıdır.⁶⁷⁷ Cumhuriyet savcısı veya kolluk ifade alma esnasında, hâkim veya mahkeme sorgu işlemi esnasında sanığın kişilik özelliklerine ilişkin belirlemelerini tutanağa geçirmelidir. Ayrıca soruşturma aşamasında, Cumhuriyet Başsavcılığınca gerekli görüldüğünde denetimli serbestlik müdürlüğünce şüpheli hakkında sosyal araştırma raporu düzenlenip sunulacaktır.⁶⁷⁸ Benzer bir şekilde kovuşturma aşamasının sonunda karardan önce mahkeme veya hakimin isteği üzerine denetimli serbestlik müdürlüğünce, “*sanığın geçmişi, ailesi, çevresi, eğitimi, kişisel, sosyal ve ekonomik durumu, ruhsal ve psikolojik durumu, topluma ve mağdura karşı taşıdığı risk hakkında ayrıntılı sosyal araştırma raporu*” hazırlanıp sunulacaktır.⁶⁷⁹ Böylece mahkemenin objektif nitelikteki bilgilere dayanarak sanığın kişisel özellikleri hakkında bilgi edinme imkanı olacaktır ve bu bilgiler vasıtasıyla edindiği izlenime göre sanığın yeniden suç işleyip işlemeyeceği hususunda subjektif (tacdiri) bir kanaate

⁶⁷⁶ **Feyzioğlu**, Vicdani Kanaat, s. 313, 314; **Baştürk**, s. 371, 372; Krş. **Önder**, Tecil, s. 193: Yazara göre, sanığın ileride düzgün bir yaşam sürüp deneme süresini iyi halli geçireceği konusunda mahkemede kesin bir kanaat uyanmazsa şüpheden sanık yararlanır ilkesi uygulama alanı bulmayacaktır. Zira kanun hükmünün yorumlanmasında sanığın lehine hareket edilmesi gerektiğini belirten bu ilkenin, bir durumun kesin olarak tespit edilememesi halinde uygulanmasına imkân yoktur.;

⁶⁷⁷ Benzer yönde bkz. **Kumbasar**, s. 161, 162; **İpek**, s. 147; Krş. **Baştürk**, s. 373: Yazar, soruşturma aşamasındaki davranışların ancak başka olgularla desteklenmesi halinde kişiliğin değerlendirilmesinde daha sağlıklı sonuçlara ulaştırabileceği kanaatindedir.

⁶⁷⁸ Bkz. 3.7.2005 tarihli ve 5402 numaralı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu (RG. 20.7.2005/25881) m. 12/1-b.

⁶⁷⁹ Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu m. 13/1-b.

varacaktır.⁶⁸⁰ Mahkemenin sanık hakkında sosyal araştırma raporu düzenletmediği ve sanıkla yüz yüze gelmediği/gelemediği hallerde, sanığın sorgusu sırasında yansıttığı tutum ve davranışları ile tutanağa geçmiş bir bilgi varsa oradan eğer bu yoksa sanığın kişilik özelliklerine ilişkin dosyadaki mevcut verilerden hareket edilerek kanaate varılması gerekmektedir.⁶⁸¹ Ancak hâkimlerin sık sık değişmesi durumunda bu kanaatin nasıl elde edileceği de bir merak konusudur.⁶⁸²

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanması için aranan ertelemeye uygunluk şartının ikinci unsuru CMK m. 231/6-b bendinde “*sanığın... duruşmadaki tutum ve davranışları*” olarak belirtilmiştir. Bu unsur bakımından sağlıklı bir değerlendirme yapılabilmesi, mahkemenin sanığın duruşmada sergilediği davranışlarını dikkatli bir şekilde gözlemlemesine bağlıdır. Bu anlamda hükme esas alınabilecek nitelikteki olumlu ya da olumsuz olay, olgu veya davranışların zapta geçirilmesi gerekir. Böylece mahkemenin takdir hakkını kullanarak verdiği hükmün gerekçesi denetlenebilir hale gelecektir.⁶⁸³ Ancak tutanağa geçirilmesi gereken hâkimin izlenimleri veya kanaati değildir. Aksi durumda hâkim görüşünü açıkladığı için tarafsızlığını kaybetmiş olacaktır ve bu durum CMK m. 24/1 uyarınca hâkimin reddi sebebidir. Bu nedenle tutanağa geçirilmesi gereken davranışlar duruşma disiplini başlığı altında incelenebilecek davranışlardır.⁶⁸⁴

CMK m. 231/6-b, sanığın tutum ve davranışlarını ‘duruşma aşaması’yla sınırlı tuttuğu için, soruşturma aşamasındaki tutum ve davranışları bu unsur altında değerlendirilemeyecek;

⁶⁸⁰ **Kumbasar**, s. 160, 161; benzer yönde bkz. **Epözdemir**, s. 171, 172.

⁶⁸¹ **Kumbasar**, s. 163; **Baştürk**, s. 374; **Epözdemir**, s. 176.

⁶⁸² **Öztürk – Erdem**, s. 492.

⁶⁸³ Bkz. **İpek**, s. 146, 147; **Epözdemir**, s. 175.

⁶⁸⁴ **Kumbasar**, s. 161.

ancak soruşturma evrakına yansıyan bu davranışlar ‘sanığın kişilik özellikleri’ bakımından değerlendirme konusu yapılabilecektir.⁶⁸⁵

Mahkeme, sanığın tutum ve davranışlarını belirlerken, sanığın duruşma düzenine ve disiplinine riayetini, duruşmalara katılımını, konuşma üslubunu, mağdurun ve suçtan zarar görenlerin haklarına olan tutumunu, nezaketini ve saygınlığını, içtenliğini, duyduğu üzüntü ve pişmanlığını göz önünde bulundurarak yeniden suç işleyip işlemeyeceği hususunda bir kanaate ulaşacaktır.⁶⁸⁶ Bu anlamda usulüne uygun olarak çağrıldığı duruşmaya mazeretsiz olarak katılmayan ve hakkında yakalama emri çıkarılmasına vesile olan sanığın bu davranışı ‘duruşma aşamasındaki tutum ve davranış’ olarak kabul edilmeli ve ertelemeye uygunluk şartının gerçekleşmediğine gerekçe yapılabilirdir.⁶⁸⁷ Ancak bu durum değerlendirilirken Türkiye’deki yargılamaların uzunluğu ve kimi zaman sanıklar için usandırıcı duruma gelen duruşmaların çokluğu göz önünde bulundurulmalı ve katı bir uygulamadan kaçınılmalıdır.⁶⁸⁸

Sanığın duruşmadaki tutum ve davranışları gözlemlenirken unutulmaması gereken bir husus vardır. Duruşmalarda pek çok sanık toplum içinde sergilediği davranışlarına kıyasla çok daha iyi ve pişmanlık içeren davranışlar sergilemektedir. Bu anlamda salt sanığın duruşmadaki tutum ve davranışlarına bakılarak karar verilmesi gerçekçi olmayan neticelere yönlendirecektir.⁶⁸⁹ Bu nedenle Denetimli Serbestlik Müdürlüğü’ne başvurularak sosyal araştırma raporu düzenlettirilmeli ve daha gerçekçi veriler üzerinden karar verilmelidir.⁶⁹⁰

Son olarak, ertelemeye uygunluk şartının gerçekleştiği ya da gerçekleşmediği hususunda mahkeme yeterli bir gerekçe sunmak zorundadır. Bu anlamda kurumun

⁶⁸⁵ İpek, s. 147; Kumbasar, s. 161, 162; Epözdemir, s. 174.

⁶⁸⁶ Gündüz, s. 163.

⁶⁸⁷ İpek, s. 164; Aras, s. 77; Kıldan, s. 147.

⁶⁸⁸ Kumbasar, s. 162.

⁶⁸⁹ Töngür, s. 239; Epözdemir, s. 173, 174.

⁶⁹⁰ Baştürk, s. 373.

uygulanmamasına karar verilirken kanun maddesinde yazanların tekrarıyla, ‘takkiren ve teşdiden’, ‘suçun durumuna göre’, ‘dosya kapsamı’, ‘dosyanın mevcut hali’ gibi ne anlama geldiği belirli olmayan ibarelerle gerekçe tesis edilmemesi gerekir.⁶⁹¹ Bu anlamda gerekçe, sanığa ilişkin objektif nitelikteki bilgilerin hâkimin sübjektif nitelikteki kanaatiyle birlikte değerlendirilmesini içermelidir. Bu objektif nitelikteki bilgiler, sanığın kişilik özellikleri ve duruşmadaki tutum ve davranışlarıyla sınırlıdır. Bu bilgilere ilişkin olarak ortaya çıkan olumlu ya da olumsuz nitelikteki kanaat, dosya kapsamına uygun ve yasal olarak, ilgili bilgilerin isabetli bir şekilde değerlendirildiğini ortaya koyacak ve çelişki barındırmayacak bir gerekçe halini almalıdır.⁶⁹² Daha önce de belirttiğimiz halde hatırlatmakta zaruret gördüğümüz husus ise hakimin sübjektif şartın gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin yaptığı değerlendirme takdir hakkının kullanılmasını gerektirse de bu takdir hakkı kurumun amacıyla sınırlıdır.

3. SANIK HAKKINDA DAHA ÖNCE HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASINA KARAR VERİLMEMİŞ OLMASI

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilebilmesi için gerekli olan ‘sanık hakkında daha önce hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmemiş olması’ şartı, 6545 sayılı kanunun 72. maddesiyle CMK m. 231/8’e bir ek cümle eklenmesiyle getirilmiştir. Bu cümle uyarınca, *“Denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez.”*

Bu değişiklikten önce, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verildiği hallerde ortada kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmünün bulunmaması nedeniyle, denetim süresi içerisinde işlenen suçlar için de hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebileceği

⁶⁹¹ **Töngür**, s. 239, 240; Aynı yönde bkz. **Mahmutoğlu**, s. 362; **Şen – Maviş**, s. 21, 22.

⁶⁹² **Kumbasar**, s. 164, 165; **Ünver – Hakeri**, s. 708.

ancak bu durumun CMK m. 231/6-b anlamında sanığın kişilik özellikleri yönünden menfi bir değerlendirme konusu yapılabileceği belirtiliyordu.⁶⁹³ Ancak doktrindeki bir kısım görüş ise önceki tarihli hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının, sonraki tarihli mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasına engel olmaması gerektiğini belirtiyordu.⁶⁹⁴ 6545 sayılı kanun getirdiği değişikliklerle birlikte bu tartışmaya son vermiştir.⁶⁹⁵ Bu değişikliklerle birlikte sanığın denetim süresi içerisinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumundan bir kere faydalanabilmesi hüküm altına alınmıştır.⁶⁹⁶ Nitekim kanun koyucunun da amacı denetim süresi içerisinde sanıklar hakkında kurumun tekrar tekrar uygulanmasını engellemektir.⁶⁹⁷ Esasında getirilen bu değişiklik yerindedir ve kurumun amacıyla da uygundur. Zira bu değişikliklerle birlikte kurumun defalarca uygulanarak suiistimal edilmesi önlenmiştir. Ayrıca kurumun temel amacı ilk defa suç işleyen sanığın denetim süresi içerisinde toplum içerisinde ıslah olmasını sağlamaktır. Bu anlamda kurumun sanık hakkında defaatle uygulanması bu

⁶⁹³ **İpek**, s. 140, 141.

⁶⁹⁴ Bkz. **Aksoy**, s. 227 dn. 16: Yazara göre, açıklanması geri bırakılan mahkûmiyet hükmü sanık hakkında herhangi bir sonuç doğurmadığından sanığın bir daha suç işlemeyeceği yönündeki kanaate de gerekçe yapılamazlar.; Aksoy’la benzer yönde bkz. **Baştürk**, s. 312: Yazar, sanığın kişilik özellikleri bakımından yapılan değerlendirmeye, hakkında daha önce verilmiş hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının menfi netice doğuracak şekilde esas alınmasının suçsuzluk karinesine aykırılık teşkil edeceğini belirtmiştir.

⁶⁹⁵ **Epözdemir**, s. 150.

⁶⁹⁶ **Horozgil**, s. 93.

⁶⁹⁷ Bkz. 1/918 numaralı tasarinin gerekçesi: **M. 54**: “Söz konusu maddenin uygulamasında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen sanıklar hakkında işledikleri diğer suçlardan dolayı da birçok kez hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiği görülmektedir. Yapılması öngörülen değişikliklerle, bu uygulamaya son verilmesi ve denetim süresi içinde sanık hakkında bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilememesi amaçlanmaktadır. Kişinin işlediği ikinci suçun denetim süresi içinde işlenip işlenmediğinin önemi bulunmamaktadır. Daha önceden işlenen suçlar bakımından da bu yasak uygulanacaktır.”, (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss592.pdf>, SGT. 17.06.18).

amaca hizmet etmek yerine sanığın ‘nasıl olsa ceza almayacağım’ iradesiyle hareket etmesine sebep olabilir.⁶⁹⁸ Nitekim Anayasa Mahkemesi de ilgili değişikliğin, AİHS m. 6/2’ye, Anayasa m. 15/2’nin son cümlesine ve Anayasa m. 38/4’e aykırı olduğu iddiasıyla yapılan başvuru neticesinde itiraz konusu kuralın kurumun getiriliş amacıyla çelişmediğine işaret etmiştir.⁶⁹⁹

⁶⁹⁸ **Epözdemir**, s. 153, 154; aynı yönde olmakla birlikte 6545 sayılı kanunla getirilen değişikliği yerinde ve fakat eksik bulan bir görüş için bkz. **Özdemir**, s. 152 – 154; **Horozgil**, s. 94.

⁶⁹⁹ Bkz. AYM., E. 2015/23, K. 2015/56, T. 17.6.2015, RG. 26.6.2015/29398, (www.kazanci.com, SGT. 17.06.18): " *Bununla birlikte anılan kurum, daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı mahkûmiyeti bulunmayan kişilerin, toplumda suçlu olarak damgalanmaması ve yararlı bir birey olarak tekrar topluma kazandırılması amacıyla belli koşullara bağlı olarak tanınan bir imkân olup kişilere her durumda mutlaka sağlanması gereken bir hak teşkil etmemektedir. Bir an için ilgili kişiler açısından bir hak olduğu kabul edilse bile bunun mutlak olduğu ve hiçbir şarta bağlı kılınamayacağı da söylenemez. Dolayısıyla, kanun koyucu hangi koşullar altında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebileceğini belirleme konusunda takdir yetkisine sahiptir.*

Kanun koyucunun hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumundan beklenen yarar ile toplumun korunması temelindeki yararı dikkate alarak, denetim süresi içerisinde yeniden kasıtlı suç işleyen sanık hakkında bir kez daha hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesinin bu kurumun getiriliş amacıyla bağdaşmayacağı düşüncesiyle itiraz konusu kuralı ihdas ettiği anlaşılmaktadır. Kanun'un 231. maddesi gereğince daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olanların bu kurumdan yararlanamayacağı ve sanığın denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlemesi hâlinde açıklanması geri bırakılan hükmün mahkeme tarafından açıklanacağı göz önünde bulundurulduğunda, denetim süresi içinde kasıtlı olarak suç işleyen sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemeyeceğine yönelik itiraz konusu kural, kurumun ihdas ediliş amacıyla da çelişmemektedir.

Öte yandan, Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında "suçluluğu mahkeme kararı ile saptanuncaya kadar kimse suçlu sayılamaz" ve 38. maddesinin dördüncü fıkrasında "Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz." şeklinde ifade edilen masumiyet karinesi, hakkında suç isnadı bulunan bir kişinin, adil bir yargılama sonunda suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilene kadar masum sayılacağını güvence altına alan temel haklardandır. Masumiyet karinesi uyarınca, bir kişinin suçlu olarak nitelendirilebilmesi ve hakkında ceza hukukunun alanına giren yaptırımların uygulanabilmesi, kesin hükümle mahkûm olmasına bağlıdır. Ancak masumiyet karinesi, ceza ve infaz hukukunda, kişilerin peşinen suçlu ilan edilmeden bazı seçenek tedbirlerden veya cezanın bireyselleştirilmesine imkân tanıyan kurumlardan mahrum bırakılmasına engel teşkil etmemektedir.

İtiraz konusu kural esas itibarıyla sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için gerekli olan koşullardan birisini düzenlemektedir. Kuralla, açıklanması geri bırakılan

Bu değişiklikle birlikte açıklığa kavuşturulması gereken bir husus ise, ikinci suçuñ taksirle işlenmesi halinde sanık hakkında kurumun uygulanma kabiliyetinin olup olmadığıdır. Kanun maddesi “Denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez.” şeklindedir. Söz konusu hükümde açıkça ‘kasıtlı bir suç’tan bahsedilmesi karşısında denetim süresi içinde kişi hakkında taksirli bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebileceği ortaya çıkmaktadır.⁷⁰⁰

6545 sayılı kanunla getirilen bu değişiklik sanık aleyhine bir değişiktir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun niteliği itibariyle maddi ceza normu olduğu hususu göz önüne alındığında, ikinci kez uygulama yasağının 6545 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği 28.06.2014 işlenen suçları kapsamaması gerekir (TCK m. 7). Bu anlamda ikinci suç 28.06.2014 tarihinden önce işlenmişse sanığın işlediği ikinci suç için verilen mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasında bir engel yoktur.⁷⁰¹ Ancak bu noktada dikkat edilmesi

bir mahkûmiyet hükmü varken denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işleyen sanık hakkında bu suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemeyeceği hüküm altına alınmaktadır. Denetim süresi içinde kasıtlı olarak suç işleyen kişiler hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilememesi bir yaptırım olmayıp bu kurumdan yararlanma şartlarının gerçekleşmemesinin bir sonucudur. Sanığın, daha önce açıklanması geri bırakılan hükme konu olan suçtan dolayı peşinen suçlu olduğu kabul edilerek yaptırıma tabi tutulması söz konusu değildir. Bu itibarla, açıklanması geri bırakılan bir hüküm varken denetim süresi içinde yeniden kasıtlı bir suç işleyen sanık hakkında, bu suç nedeniyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemeyeceğini düzenleyen kuralda masumiyet karinesine aykırılık oluşturan bir husus da bulunmamaktadır.”

⁷⁰⁰ Aynı yönde bkz. **Epözdemir**, s. 150, 151; **Horozgil**, s. 93; **Balo**, s. 96; **Özdemir**, s. 153.

⁷⁰¹ **Horozgil**, s. 94; Krş. **Özdemir**, s. 155: “Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun hukuki niteliği başlığı altında değinildiği üzere hem maddi hukuka hem de muhakeme hukukuna değinen yönleri bulunduğundan karma bir nitelikte kabul edilmekle birlikte gerek normun ceza muhakemesi kanununda düzenlenmiş olması ve gerekse ceza sorumluluğunu tayin etmekten ziyade cezanın faile uygulanması ve hükümle ilgili olması bakımından muhakeme hükmü oldukça ağır basan bir düzenlemedir. Bu anlamda

gereken husus, kanun ikinci suçun denetim süresinde işlenmiş olmasını aramamaktadır.⁷⁰² Kanunun getirdiği yasak, denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suçtan dolayı bir kez daha kurumun uygulanamayacağına ilişkindir. Bu nedenle 28.06.2014 tarihinden sonra işlenen ikinci suçun, ilk suça ilişkin verilen mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasına bağlı olarak verilen denetim süresinden önce veya sonra işlenmiş olmasının bir önemi yoktur.⁷⁰³

Sanık hakkında daha önce işlediği bir suç nedeniyle verilen mahkûmiyet hükmünün açıklanması geriye bırakılmış ve sanık denetimli serbestlik tedbirlerine riayet ederek denetim süresini iyi halli geçirmişse bu sürenin sonunda mahkûmiyet hükmü kaldırılarak düşme kararı verilecektir (CMK m. 231/10). Bu düşme kararından sonra işlenen kasıtlı bir suçtan dolayı verilen mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebileceği hususunda hiçbir şüphe duymamak gerekir. Zira sanık, deneme süresini iyi halli geçirerek toplumla bütünleşme yolunda ciddi bir adım atmıştır ve bir şansı daha hak etmektedir.⁷⁰⁴

kanımızca 6545 sayılı Kanun ile getirilen ikinci kez uygulama yasağında derhal uygulanma ilkesi kabul edilmelidir. Hakkında 5 veya 3 yıllık denetim süresi belirlenen kişinin zaten kasten suç işlemekten çekinmesi gerektiğinin bilincinde olması gerektiğinden; sonradan yürürlüğe giren bu yasağın sanığın öngöremeyeceği bir durum olduğunu söylemek de mümkün değildir.”

⁷⁰² Krş. **Öztürk vd.**, s. 637.

⁷⁰³ **Horozgil**, s. 95; **Balo**, s. 97, 98; **Sarıgül**, “*Türk ve Alman Hukuku*”, s. 148; Krş. **Özdemir**, s. 152 vd.

⁷⁰⁴ **Baştürk**, s. 312, 313; **Epözdemir**, s. 154, 155. Adı geçen bu yazarların görüşlerine katılıyoruz. Ancak yazarlar, karşı görüş olarak İpek’i göstermişler ve İpek’in düşme kararından sonra işlenen suçlar bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu değerlendirilirken ortada bir düşme kararı bulunması halinin ‘sanığın kişilik özellikleri’ yönünden değerlendirilebileceğini belirttiğini iddia etmişlerdir. Halbuki İpek’in açıklamaları denetim süresi içerisinde işlenen suçlara ilişkindir. Ayrıca İpek eserinin 141. sayfasının 468. dipnotunda düşme kararının hükmün açıklanmasının geri bırakılması bakımından olumsuz bir sonuç doğurmaması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. **İpek**, s. 141 ve dn. 468.

4. SANIĞIN KABULÜ

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanması için gerekli olan ‘sanığa ilişkin şartların’ sonuncusu ‘sanığın kabulü’ şartıdır. Kanun metninin ilk halinde olmayan bu şart, 6008 sayılı kanunun⁷⁰⁵ CMK m. 231/6’ya bir cümle eklemesiyle birlikte pozitif hukuka dahil olmuştur. Buna göre, “*Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez.*”⁷⁰⁶

6008 sayılı kanunun gerekçesine⁷⁰⁷ bakıldığında ilgili değişikliğin sanığın aklanmayı isteme hakkını koruduğu anlaşılacaktır.⁷⁰⁸ Ayrıca bilindiği ve ileride de üzerinde ayrıntılı bir şekilde durulacağı üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları itiraz kanun yoluna tabiidir (CMK m. 231/12). Ancak AİHS m. 6/1’de yer alan “mahkemeye başvurma hakkı”, ceza davalarına ilişkin olarak sanığın kendisine yöneltilen isnadın karara bağlanmasını talep etme hakkı anlamına gelmektedir. Bu anlamda ceza davalarıyla ilgili olarak AİHS m. 6 uygulanırken uyumsuzluğun çözümü adına kişinin mahkemeye başvurma hakkı değil; kişiye yöneltilmiş olan suç isnadının bir hâkim tarafından karara bağlanmasını isteme hakkı söz konusudur. Bu hak ise,

⁷⁰⁵ RG. 25.07.2010/27652.

⁷⁰⁶ Bu düzenlemeyle, kurumun yargılama makamlarınca kötüye kullanılmasının önlenmek istendiği görüşü için bkz. **Toroslu – Feyzioğlu**, s. 365.

⁷⁰⁷ “*Uygulamada hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesiyle yargı yoluna müracaat halinde beraat edeceğini düşünen sanığın bu hakkı elinden alınmaktadır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları itiraza tabi olup; uygulamada itiraz mercii kararları şeklen incelemektedir. Her iki durumda da sanığın suçsuzluğunu ispat amacıyla kararı temyiz incelemesine götürmesi mümkün değildir. Bu sebeple sanığın, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı olduğunu beyan etme ve dolayısıyla temyiz mahkemesinde beraat etme hakkının elinden alınmaması düşüncesiyle anılan hükmü ihdas eden madde eklenmiştir. Alt Komisyonca Tasarıya eklenen 7 nci madde Komisyonumuzca da kabul edilmiştir.*”, (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss526.pdf>, SGT. 26.6.18).

⁷⁰⁸ **Taner**, “*Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesinin...*”, s. 292.

hâkim tarafından verilen kararın yüksek yargı merciilerinin (İstinaf/Temyiz) denetiminden geçirilerek kesinleşmesini istemeyi de kapsar. İlk derece mahkemesinin sanığın suçluluğunu sabit bulduğuna ilişkin kararının denetlenebileceği bir üst yargı merciin bulunmaması bir başka deyişle istinaf ve temyiz kanun yollarının kapatılmış olması sanığın davasının karara bağlanmasını isteme hakkını ihlal eder niteliktedir. Elbette sanığın serbest iradesiyle hakkındaki suç isnadının karara bağlanmasını isteme hakkından vazgeçmesi mümkündür ancak bu yöndeki iradenin açık ve hiçbir baskı altında kalınmadan ortaya çıkmış olması gerekir. Bu anlamda muhakemenin sanığın iradesiyle sona erdirilmesini güvence altına alan CMK m. 231/6'daki ilgili değişiklik, suçsuzluk karinesi, mahkemeye başvuru hakkı ve adil yargılanma hakkı açısından doğan sorunu çözümlemiş gibi görünmektedir.⁷⁰⁹

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kabule bağlı olmayışının getirdiği bir diğer sorun ise, açıklanması geriye bırakılmış mahkûmiyet hükmüyle sanığa isnat edilmiş olan suçun sübuta erdiği kabul edildiğinden bu kararın özel hukuk alanındaki davalarda delil olarak kullanılabilmesiydi. Nitekim ceza mahkemesinin tespiti karşısında sanık, özel hukuk mahkemelerinin önünde zor durumda kalmakta ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanması hâkimin takdirinde⁷¹⁰ olduğu için sanık çaresiz bırakılmaktaydı.⁷¹¹ Bu anlamda toplum tarafından manen mahkûm edilmemek için affı reddetme hakkının bireylere tanınması gerektiğini belirten hümanist doktrin görüşü⁷¹², hükmün açıklanmasının geri bırakılması yönünden de geçerlidir.⁷¹³

⁷⁰⁹ **Zafer**, s. 856, 857.

⁷¹⁰ 6008 sayılı kanunla değişiklik öncesinde sanığın hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmamasını istemesi halinde dahi mahkemenin koşulların oluşması halinde kurumu uygulayabileceğine ilişkin bkz. **Donay**, “*Erteleme*”, s. 1625.

⁷¹¹ **Taner**, “*Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesinin...*”, s. 292.

⁷¹² **Erem – Danışman – Artuk**, s. 943.

⁷¹³ **Baştürk**, s. 247.

6008 sayılı kanunla değişiklikten önce CMK m. 231'in hak arama hürriyetini ve eşitlik ilkesini zedelediğinden bahisle Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 13. ve 36. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla AYM'ye yapılan başvurularda AYM, "Öte yandan, (12) numaralı fıkrada hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebileceği belirtilmekte ise de, bu kuralla temyiz incelemesi yolu kapatılmış değildir. İtiraz yolu da verilen kararın bir üst merci tarafından yeniden gözden geçirilmesini sağlayan ve kararın sağlığı bakımından güvence oluşturan kanun yollarından biridir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları sanık hakkında hukuki sonuç doğuran kesin hüküm niteliğinde olmadığından, deneme süresi sonunda verilecek düşme kararı veya geri bırakma koşullarına uyulmaması halinde verilecek karar hakkında esas hükümle birlikte temyiz denetimi olanaklı bulunmaktadır.

Belirtilen nedenlerle hükmün açıklanması ile ilgili kuralları oluşturan 231. maddenin (5) numaralı fıkrasının birinci tümcesinde yer alan "...bir yıl..." ibaresi dışında kalan bölümünün, başlığında yer alan "... ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması" ibaresi ile maddenin (6), (7), (8), (9), (10), (11), (12) ve (13) numaralı fıkraları Anayasa'ya aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir."⁷¹⁴ yönünde karar vermiştir. AYM'nin bu gerekçesine katılmak mümkün görünmemektedir. Zira AYM, beraat edeceğine inanan sanığın yaptığı itiraz kanun yolu başvurusunun reddedilmesi halinde, 5 yıl süreyle denetim süresine ve 1 yıla kadar denetimli serbestlik tedbirlerine muhatap olacak olmasını hak arama özgürlüğünün bir ihlali olarak görmemiştir. Ayrıca itiraz kanun yolu merciin hükmün esasından ziyade kurumun şartlarıyla sınırlı bir inceleme yaptığını ve bu anlamda 'sanığın beraat etmesi gerektiği gerekçesiyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılmasına' şeklinde bir

⁷¹⁴ AYM., E. 2007/14, K. 2009/48, T. 12.3.2009, RG. 25.6.2009/27269.

karar veremeyeceğini göz ardı etmiştir. Esasında AYM, bu kararıyla hukukilik denetiminden ziyade ‘yerindelik denetimi’ yapmıştır.⁷¹⁵

Tüm bu eleştiri ve değerlendirmeler neticesinde aleyhinde mahkûmiyet hükmü kurulan sanığın hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul etmeyerek istinaf kanun yoluna başvurabilmesinin önü açılmıştır. Bu yola başvurmayan sanığın başlangıçta istinafa başvuru hakkından zımnen vazgeçtiği öne sürülse de⁷¹⁶, istinaf hakkından feragatin açık olması gerekir. Bu anlamda sanık, düşme kararını ve açıklanan hükmü istinaf kanun yoluna götürebilir.⁷¹⁷

⁷¹⁵ **Baştürk**, s. 249, 250; AYM üyesi Fulya Kantarcıoğlu’nun karşı oyu ise paylaşmaya değerdir: “231. maddeye eklenen dava konusu (12) numaralı fıkrada, “Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir” denilmektedir. 5271 sayılı Yasa’nın 267. ve devamındaki maddelerinde itiraz yolu düzenlenmektedir. Bu kanun yolunda, 288. maddede düzenlenen “temyiz” yolunda olduğu gibi bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması nedenine dayalı inceleme yapılamayacağından “itiraz”, diğer nedenlerle sınırlı olarak incelenip kabul veya reddedilecektir. Ancak itirazın reddedilmesi ve daha sonra hükmün, açıklanmasını gerektiren koşulların oluşması halinde, bu hükme karşı temyiz yoluna başvurulması sonucu 289. maddedeki hukuka aykırılık hallerinin tespiti ile hükmün bozulmasına ve sanığın beraatine karar verilebilmesi olanaklıdır. Bu durumda, 231. maddenin (8) numaralı fıkrası uyarınca, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına bağlı olarak hakkında denetimli serbestlik tedbirlerinden birinin uygulanmasına karar verilmiş olan sanık, beraat edebileceği bir davada önceden temyize başvurma hakkı olmaması nedeniyle gereksiz bir yükümlülük altında bırakılmış olacaktır. Bu tür temel hak ihlallerine yol açılmaması için hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına bağlı olarak herhangi bir yükümlülük getirilmemesi veya bu kararlara karşı temyiz yolunun açılması gerekmektedir. Anayasa aykırılığın hangi şekilde giderileceği ise kuşkusuz, yasakoyucunun takdirinde olan bir husustur.

Açıklanan nedenlerle Yasa’daki düzenleme biçimiyle Anayasa’nın 2 ve 36. maddelerine aykırı olan (12) numaralı fıkranın, iptali ve yeniden düzenleme yapılması için yasakoyucuya süre verilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.”, AYM., E. 2007/14, K. 2009/48, T. 12.3.2009, RG. 25.6.2009/27269. AYM’nin benzer nitelikteki ret kararları ve karşı oylarının değerlendirilmesi için ayrıca bkz. **Donay**, “Erteleme”, s. 1629 – 1640.

⁷¹⁶ **Kumbasar**, s. 166.

⁷¹⁷ **Zafer**, s. 857, 858.

Doktrindeki bir tartışma kurumun uygulanmasının mı yoksa uygulanmamasının mı olumsuz şarta bağlandığına ilişkindir. Bir görüşe göre, kurumun uygulanabilmesi için sanığın kabulü gerekmekte ancak sanık kurumun uygulanmaması için açık bir beyanda bulunmalıdır.⁷¹⁸ Ancak bizim de katıldığımız diğer görüşe göreyse sanığın açık bir talebi bulunmadıkça mahkeme hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı veremez. Zira ilgili değişikliğin amacı hak arama özgürlüğünün korunması olup bu yönde yapılan amaçsal yorum daha doğrudur.⁷¹⁹ Nitekim Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Kamusal Cezalar ve Tedbirler Hakkındaki R(92)16 sayılı Tavsiye Kararı uyarınca da *“Yargılama öncesinde uygulanacak herhangi bir kamusal tedbirin alınmasında yada bunun yerine bir cezanın verilmesinde suçlunun muvafakati alınmalıdır.”* (Kural 35); *“Muvafakatinin gerekli olduğu suçluya bildirilmeli ve bu açık olmalıdır. Bu muvafakat hiçbir zaman suçlunun herhangi bir temel hakkından yoksun kalması sonucunu doğurmamalıdır.”* (Kural 36).⁷²⁰

Hâkim sanığa hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını sonuçlarıyla birlikte anlatarak bu kurumun uygulanmasını isteyip istemediğini sormalıdır. Sanığın bu konuda vereceği cevap açık olmalı, zararı gidermiş olması kurumun uygulanmasını zımnen kabul ettiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira zarar çeşitli saiklerle giderilmiş olabilir.⁷²¹ Bu noktada cevaplanması gereken bir soru, sanık adına bu onayın müdafii veya yasal temsilcisi tarafından verilip verilemeyeceğidir. Bir görüşe göre, bu hak münhasıran sanığa tanınmış bir hak olup müdafii tarafından kullanılamaması gerekir. Zira CMK m. 226/4’te yer alan *“Müdafii sanığa tanınan haklardan onun gibi yararlanır.”* ifadesi müdafiiin sanık adına ek savunmada bulunabileceğine

⁷¹⁸ **Kumbasar**, s. 166, 167.

⁷¹⁹ **Baştürk**, s. 253; **Balo**, s. 64.

⁷²⁰ http://cte.adalet.gov.tr/menudekiler/uluslararası/dsm_tavsiyekararlari/8.pdf; **Baştürk**, s. 248; **Horozgil**, s. 96.

⁷²¹ **Centel – Zafer**, s. 766.

ilişkin olup hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul ya da reddedebileceği şeklinde de yorumlanması zorlama bir yorum olacaktır.⁷²² Bu nedenle ancak vekaletname de bu hususta açık ve özel bir yetkilendirmenin varlığı halinde müdafii hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul ya da reddedebilir.⁷²³ Ancak bizim de katıldığımız diğer görüşe göreyse sanık müdafinin bu konuda beyanda bulunma yetkisi vardır. Zira vekaletnamesinde yetki bulunması halinde kanun yolu davasından feragat edebilen müdafii hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun müvekkili (sanık) bakımından uygulanması yönünden de görüş beyan edebilmesi gerekir.⁷²⁴ Özellikle, suça sürüklenen çocuk söz konusu olduğunda bu hakkın müdafii tarafından kullanılması gerektiğine hiçbir şüphe yoktur.⁷²⁵ Ancak belirtmemiz gerekir ki bu hak sanığın aklanma hakkına ve adil yargılanma hakkına ilişkin bir hak olup ulaşılabildiği her halde kullanmak isteyip istemediğinin bizzat sanığa sorulması gerektiği kanaatindeyiz. Özellikle sanığın iradesiyle müdafii iradesi çeliştiği anlaşılıyorsa, sanığa müdafii beyanına muvafakat edip etmediğinin sorulması gerekir.⁷²⁶

Sanığın kabulü şartına ilişkin olarak uygulamada ortaya çıkan en büyük sorunlardan birisi de sanığa hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını isteyip istemediğinin muhakemenin hangi devresinde sorulacağına ilişkindir. Uygulamada bazı mahkemelerin sanığa sorgusu

⁷²² **Balık**, s. 130, 131; Aynı yönde bkz. **Yıldırım**, s. 239, 240.

⁷²³ **Horozgil**, s. 99, 100.

⁷²⁴ **Kumbasar**, s. 167.

⁷²⁵ **Baştürk**, s. 253; Bu konuda ayrıca bkz. ve krş. **Balo**, s. 67, 68.

⁷²⁶ Yar. 16. CD., E. 2015/2267, K. 2015/982, T. 30.4.2015: “Sanıkların vekaletnamen müdafinin hüküm duruşmasında Ö. haricindeki sanıklarla ilgili hükmün açıklanmasının geri bırakılması talebinde bulunması, sanıkların ise vekaletnamen müdafii atanmadan önce vermiş oldukları savunmalarında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını istemediklerine dair beyanda bulunmaları karşısında; dosyada mevcut adli sicil kayıtları da nazara alındığında Ö. harici sanıkların yeniden dinlenerek müdafilerinin bu husustaki taleplerine muvafakat edip etmedikleri sorularak neticesine göre haklarında hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağına karar verilmesi gerektiği düşünülmemeyerek eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması, ...”, (www.kazanci.com, SGT. 27.6.2018).

sırasında, ileride hakkında mahkûmiyet hükmü verilmesi halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını isteyip istemediği sorulmaktadır. Ancak bu uygulama çok ciddi bir çelişkiyi ve hukuksuzluğu bünyesinde barındırmaktadır. Nitekim duruşmanın başında henüz deliller ortaya konulmamışken sanığa gelecekte tesis edilecek niteliği belirsiz bir hükmün açıklanmasını isteyip istemediği sorulmaktadır. Bu durumda sanığın ne olduğunu bilmediği bir hükmün açıklanmasını isteyip istemediğine nasıl karar vereceği sorunsalı ortaya çıkar. Nitekim ortaya çıkmamış bir hükmün açıklanması isteyip istemeyeceğinin sorulması da bir çelişkidir. Sanığa kurumun uygulanmasını kabul edip etmediğinin sorgu aşamasında sorulması halinde sanık geleceğine ilişkin iki olasılıkla karşı karşıya kalmaktadır.⁷²⁷ Kurumun uygulanmasını kabul etmesi halinde bu kabulün mahkeme nezdinde suçu işlediği yönünde bir kanaat uyandıracığı çekincesinden ve/veya isnat edilen suçu işlemediğini düşünerek teklifi reddedebilir. Gerçekten de sorgu aşamasında kurumun kendisi hakkında uygulanmasını kabul eden sanığın isnat edilen fiili işlediği yönünde mahkemede bir kanaat uyanması kuvvetle muhtemeldir. Ancak bu durum sanığın savunmasını serbestçe belirleme imkanını engellemekte ve sanığı iki bilinmez arasında bir seçim yapmaya zorlamaktadır. Bu durum ise adil yargılanma hakkının açık bir ihlalidir. Sanığın teklifi kabul etmesi halinde de yargılama sonucu diğer objektif ve sübjektif şartların sağlanması halinde mahkûmiyet hükmünün açıklanması geriye bırakılacaktır ki bu da fiilen 6008 sayılı kanunla değişiklikten önceki uygulamanın devam etmesi anlamına gelir. Tüm bu sebeplerle sanığa hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasını kabul edip etmediği duruşma devresinin sonunda sanığın suçlu bulunduğu sabit olduktan sonra hüküm devresinde sorulmalıdır.⁷²⁸ Böylece sanık durumunu daha net değerlendirerek lehinde

⁷²⁷ **Taner**, “Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi...”, s. 294.

⁷²⁸ Mahkûmiyet hükmü verilmeden önce sanığa sorulmasının mahkemenin ön yargı ile hareket ettiği anlamına geleceği, bu nedenle hüküm devresinden önce sanığa kurumun uygulanmasını kabul edip etmediğinin sorulmaması gerektiği düşüncesi için bkz. **Öztürk vd.**, s. 632; **Şen – Maviş**, s. 32, 40, 41.

olduğunu düşündüğü şekilde hareket edecektir.⁷²⁹ Nitekim sorgu aşamasında sanığa hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul ettiğinin sorulması halinde kişi beraat etmeyip mahkûm olacağından korkarak daha güvenceli bulduğu hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını da tercih edebilir. Bu anlamda sanığın hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına tam anlamıyla bir rızası olduğundan bahsedilemez. İşte bu nedenle yargılamanın sonunda kurum tüm detaylarıyla anlatılarak (kabul etmesi halinde kararı istinaf kanun yoluna götüremeyeceği gibi) sanığın açık rızası alınmalıdır.⁷³⁰

Bu düzenleme her ne kadar sanığın adil yargılanma hakkı ve aklanma hakkını korumak adına çok önemli bir gelişme olsa da, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasının bu hakları koruma bakımından hala daha yetersiz olduğu kanaatindeyiz. Şöyle ki, sanığın kabulü hüküm devresinde sorulsa dahi beraat edeceğine inanan sanığın rahatlıkla kurumun uygulanmasını reddedebileceği söylenemez. Zira istinaf kanun yolunun ilk derece mahkemesinin kararını onama ihtimali her zaman için vardır. Bu durumda sanık hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumundan yararlanamayacaktır. Kabul ederse de 5 yıllık bir denetim süresi içerisinde bir yıl denetimli serbestlik tedbirlerine muhatap olma ihtimali olacaktır.⁷³¹ Bu nedenlerle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşılık etkili bir denetim yolu olan istinaf kanun yolunun açılması gerekmektedir. Her ne kadar hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı bir hüküm (son karar) olmasa da CMK m. 223/10⁷³² da yer alan kurala benzer bir şekilde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının kanun

⁷²⁹ **Taner**, “Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesinin...”, s. 293 – 296; Krş. **Balık**, s. 130; **Horozgil**, s. 97.

⁷³⁰ **Kaya**, s. 415 – 417; **Horozgil**, s. 96, 97.

⁷³¹ Sanığı böyle bir ikileme karşı karşıya getiren bu düzenlemenin adil olmayan sonuçlar doğuracağı yönünde haklı bulduğumuz bir tespit için bkz. **Durmuş Tezcan**, “Ceza Muhakemesi Kanununda 2010 Yılında Yapılan Değişiklikler ve Acil Çözüm Bekleyen Sorunlar”, Fasikül, S. 14, Ocak 2011, s. 12.

⁷³² “Adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararı kanun yolu bakımından hüküm sayılır.”

yolu bakımından hüküm sayılacağına ilişkin bir düzenleme getirilebilir.⁷³³ Nitekim bizim sunduğumuz gerekçelerle benzer bir şekilde ilgili norm Anayasa Mahkemesi'ne somut norm denetimi yoluyla taşınmıştır.⁷³⁴ “Başvuru kararında, itiraz konusu kural ile sanığın ya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul etmek zorunda kalacağı ya da hapis veya adli para cezası ile karşı karşıya kalacağı, sanığın suçsuz olduğunu, beraat etmesi gerektiğini düşünse bile mahkumiyet hükmünün Yargıtay'ca onanması ihtimalinin her zaman mevcut olduğu, bu nedenle itiraz konusu kuralın sanığa temyiz hakkı tanırken aynı zamanda mahkumiyet hükmü ile karşı karşıya bıraktığı, zira hiç kimsenin kendi aleyhinde beyanda bulunmaya ve savunma yapmaya zorlanamayacağı belirtilerek itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 12., 13., 36. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.” Bu başvuru karşısında Anayasa Mahkemesi ise, “Ceza sistemimizde yer alan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilebilmesi koşullarına ilaveten getirilen ve sanığa kararı temyiz incelemesine götürebilme hakkı tanıyan kural, Anayasanın ve ceza hukukunun genel ilkelerine aykırı olmayıp, yasakoyucunun takdir yetkisi kapsamındadır.

İtiraz konusu kuralda sanığın kendi aleyhine beyanda bulunmaya zorlanması söz konusu olmadığı gibi, iptali istenilen kuralın 231. maddeye eklenmesinden sonra, sanığın iradesine önem verilerek, sanığın iradesi dışında hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinin uygulanması engellenmiştir. Sanığa, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı olduğunu beyan etme ve dolayısıyla hakkında verilen kararı temyiz incelemesine götürebilme imkânı veren kural, Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen, kendisini suçlama ve bu yolda delil göstermeye zorlanma olarak değerlendirilemez.” yönünde karar

⁷³³ İstinaf kanun yolunun yürürlükte olmadığı bir dönemde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşılık temyiz kanun yoluna gidilmesi gerektiğini öneren bir görüş için bkz. **Süheyl Donay**, “Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi”, İBD., C. 86, S. 2012/5, Eylül – Ekim 2012, s. 155.

⁷³⁴ AYM., E. 2011/41, K. 2012/25, T. 16.2.2012, RG. 13.10.2012/28440.

vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kuralın *nemo tenatur* ilkesinin ihlali olarak görülemeyeceği yönündeki görüşüne katılıyoruz. Zira sanığa bu soru (en azından olması gereken uygulamada) hakkında mahkûmiyet hükmü tesis edildikten sonra sorulmaktadır. Dolayısıyla sanık kendisini suçlayıcı bir şekilde beyan vermekten ziyade hali hazırda tesis edilmiş mahkûmiyet hükmünün hakkında sonuç doğurmasını isteyip istemediği yönünde bir beyanda bulunmaktadır. Ancak başvuruda haklı olarak belirtilen buna karşılık Anayasa Mahkemesi'nin üzerinde durmadığı bir husus vardır. O da daha önce de belirttiğimiz üzere, sanığın kurumun uygulanmasını kabul etmemesi halinde her zaman mahkûmiyet hükmüyle karşı karşıya kalabilecek olması ve kararın onanması halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumundan yararlanamayacak olmasıdır. Elbette ki bu sorun 'sanığın kabulü' şartının iptaliyle ilgili değil, karara karşı gidilebilecek üst kanun yolu merciin olmayışından kaynaklıdır. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi'nin bu başvuruya ret kararı vermesi doğru olmakla birlikte, karara karşı istinaf kanun yolunun kapalı olmasından kaynaklı sorun devam etmektedir.

Sorun yaratan bu durum doktrinde haklı gerekçelerle eleştirilmiştir. Buna göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, daha önce hiç suç işlememiş ya da itiyadi suçlu olmayan kişilerin hapisane ortamına girmeyerek toplum içinde ıslah olmalarını sağlamaktır. Bu amaç dikkate alındığında üst derece kanun yoluna başvurma hakkını kullanan ve başvurusu reddedilen sanığın sırf bu hakkını kullandığı için hapisaneye gönderilmesi; hakkın kullanılmasının cezalandırılması anlamına gelecektir. Bu nedenle her ne kadar kanunda açıklık bulunmasa da ilk derece mahkemesinin kararını doğru bulan üst derece mahkemesinin dosyayı 'hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanabilirliğini' tartışmak üzere asıl

yer mahkemesine göndermesi gerekir.⁷³⁵ Çekincelere katılmakla birlikte söz konusu çözüm önerisini benimsemeyen bir başka görüşe göreyse, bu durum itiraz kanun yolunun fiilen ilga edilmesine sebep olacaktır zira sanıklar kabule ilişkin beyanlarını kanun yolu denetiminden sonra kullanmak isteyeceklerdir.⁷³⁶ Bu çıkmazın aşılabilmesi adına, daha önce de önerdiğimiz şekilde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı kanun yolu denetimine izin veren bir kanun değişikliğinin yapılması zaruridir.

Son olarak 6008 sayılı kanun Geçici 2. Maddesiyle, *“Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olanların, bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren onbeş gün içinde mahkemeye başvurmaları halinde, mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı geri alınır ve Ceza Muhakemesi Kanununun 231 inci maddesinin yedinci fıkrasındaki kayıtla bağlı olmaksızın, başvuruda bulunan sanık hakkında yeniden hüküm kurulur.”* şeklinde bir hüküm getirmiştir. Bu maddeyle birlikte 25.7.2010 tarihinden önce hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş sanıkların 15 gün içerisinde mahkemeye başvurarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının geri alınmasını sağlayarak temyiz kanun yoluna başvurabilmelerinin önü açılmıştır. Maddede her ne ke kadar ‘yeniden hüküm kurulur’ demişse de, mahkeme sadece mahkûmiyet hükmü vermelidir. Bu anlamda delilleri ve maddi olayları yeniden değerlendirmemelidir. Zira aksi yorum maddenin getiriliş amacı olan ‘hükmün temyiz kanun yolundan geçirilmesini sağlama’ amacına aykırı olacaktır. Ancak mahkemenin başvuru üzerine sanık hakkında hapis cezasının ertelenmesi ve seçenek yaptırımlara çevirme gibi bireyselleştirme kurumlarını uygulamasında bir engel yoktur.⁷³⁷

⁷³⁵ **Mehtap Alçiçek**, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza ve Ceza Usul Hukuku) Anabilim Dalı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2011, s. 36, 37; Krş. **Yıldırım**, s. 232.

⁷³⁶ **Balık**, s. 132.

⁷³⁷ **Horozgil**, s. 100, 101.

VI. ZARARIN GİDERİLMESİ

1. GENEL OLARAK

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanması için gerekli olan şartlardan birisi de sanığın işlediği suç neticesinde ortaya çıkan zararı gidermesidir. Bu şart CMK m. 231/6-c’de “*Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi, gerekir.*” şeklinde bir hükümle düzenlenmiştir. Zararı derhal gideremeyecek durumda bulunan sanıklarla ilgili olarak da CMK m. 231/9: “*Altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir.*” hükmü düzenlenmiştir.

Zararın giderilmesi düşüncesi, onarıcı adalet anlayışının bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.⁷³⁸ Nitekim onarıcı adalet anlayışı, suçla sebep olunan zararın onarılmasına ve gelecekte bir zarar verilmesi ihtimalinin azaltılmasına odaklanmaktadır. Onarıcı adalet bu hedefini, suçluları yaptıkları davranışların ve sebep oldukları zararın sorumluluğunu almak üzere teşvik ederek gerçekleştirir. Bu teşvik, failin mağdurun zararını karşılaması ve her ikisinin birden topluma yeniden entegre edilmeleriyle gerçekleşir. Bu ise toplumun ve hükümetin iş birliğiyle başarılabilir bir husustur.⁷³⁹

⁷³⁸ Töngür, s. 250.

⁷³⁹ Daniel W. Van Ness – Karen Heetderks Strong, Restoring Justice: An Introduction to Restorative Justice, B. 5, Anderson Pub., 2015, s. 58.

Onarıcı adalet anlayışında zararın giderilmesi yöntemleri dört ayrı ana başlıkta toplanabilir. Bunlar: özür dileme, davranış değişikliği gösterme, ilk elden failin zararını giderme (zararın parayla tazmini – aynen iade – eski hale getirme) ya da bir cömertlik gösterilmesi (örneğin evsiz bir kişi için gönüllü olarak ev yaptırma) şeklindedir.⁷⁴⁰ Bu anlamda CMK m. 231/6-c ve m. 231/9'un düzenlemeleri değerlendirildiğinde, kanun koyucunun bu dört yöntemden sadece birini – zararın aynen iade, eski hale getirme ya da tazmin yoluyla giderilmesi – zararın giderilmesi yolu olarak benimsediği görülmektedir. Özür dileme, davranış değişikliği gösterme ve cömertlikte bulunma ise zararın giderilmesi olarak kabul edilmemektedir. Ancak bunların sanığın kişilik özellikleri bakımından yapılacak değerlendirmeye esas alınabileceği kanaatindeyiz.

CMK'nın hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasında öngördüğü bu zararın giderilmesi yöntemi onarıcı adalet düşüncesini tam olarak karşılamadığı ve bu düşünceye ait diğer zarar giderim yöntemlerini bünyesine toplamadığı gerekçesiyle doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir.⁷⁴¹ Ancak ileride belirtileceği üzere, faille mağdurun mahkeme dışında da anlaşmaları mümkündür. Örneğin mağdur, failin özür dilemesi üzerine zararının giderildiğini beyan ederse ceza mahkemesi zararın giderilmediği gerekçesiyle kurumun uygulanmamasına yönelik bir karar veremeyecektir. Ya da mağdur failden bir yardım kuruluşuna bağışta bulunmasını bunun karşılığında zararının giderilmiş olacağını beyan eder, fail de denileni yaparsa artık zararın giderilmiş olduğunu kabul etmek gerekecektir. Dolayısıyla fiili olarak onarıcı adalet anlayışının önerdiği zarar giderim yollarının uygulanması mümkündür.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanması için gerekli olan zararın giderilmesi şartının her ne kadar kanunda belirtilen yöntemlerden başka yöntemlerle

⁷⁴⁰ Van Ness – Heetderks Strong, s. 101 vd.

⁷⁴¹ Bu eleştiriler için bkz. Baştürk, s. 328 – 330.

giderilmesi fiili olarak mümkün olsa da bu yöntemleri de içine alan bir kanun düzenlemesinin yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Zira düzenleme bu haliyle eşitsizliklere neden olabilmektedir. Örneğin işlediği suçtan dolayı meydana gelen zararı gidermek isteyen ancak ekonomik gücünün yetersizliği nedeniyle bunu gideremeyen failin kurumdan yararlanması zor görünmektedir. Bu durum da eşitlik ilkesine aykırı sonuçlar doğurabilecektir.⁷⁴² Bu nedenle, zararı giderme hususunda ekonomik yetersizlik içinde bulunan ya da zararı giderdiği durumda yoksulluğa düşecek durumda bulunan sanıklar bakımından ‘zararın giderilmesi’ şartının aranmaması yönündeki bir düzenlemenin daha adil olacağı belirtilmiştir.⁷⁴³ Ancak belirttiğimiz gibi zararın giderilmesi bakımından onarıcı adalet anlayışının sunduğu yöntemlerin kanunlaştırılmasıyla birlikte hem mağdurun ve kamunun uğradığı zarar giderilebilecek hem de ekonomik durumu farklılık gösteren failer bakımından bir eşitsizlik yaratılmamış olacaktır.

Özellikle failin, mağdurun zararını gideremediği hallerde devlet, ceza hukukunun kamusalılığı ilkesiyle sosyal devlet olma gereği suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinde doğrudan doğruya sorumluluk üstlenmelidir. Nitekim mağdurun zararının devlet tarafından karşılanması, devletin vatandaşlarını koruma görevinin bir gereğidir. Devlet ülkesinde yaşayan kişilerin maddi ve manevi varlığını korumakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğü yerine getiremediği hallerde de onların suç nedeniyle uğradıkları zararları ödeme yükümlülüğü doğar. Bu anlamda devletin fon kurarak veya sigorta sistemiyle zararları gidermesi hatta muhakeme aşamasında tazminatın bir kısmını avans olarak ödemesi mümkün olmalıdır.⁷⁴⁴

⁷⁴² **Baştürk**, s. 329.

⁷⁴³ **Kumbasar**, s. 169; **İpek**, s. 168; Krş. **Balo**, s. 102: Yazar, ekonomik imkanlardan yoksun olan sanıklar hakkında kurumun uygulanmaması gerektiğini belirtmektedir.

⁷⁴⁴ **Nur Centel**, “Mağdurun Hakları ve Zararın Giderilmesi” (“*Mağdurun Hakları*”), Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı: Akademik Yaşamının 55. Yılı Onurunu Rona Aybay’a Armağan, C. 1, Y. 2014, s. 598 vd.

5560 sayılı kanunla değişiklikten önce, zararın giderilmesi şartı suçta sürüklenen çocuklar bakımından farklı bir şekilde düzenlenmekteydi. Nitekim 5560 sayılı kanunla değişiklikten önce ÇKK m. 23/2-d düzenlemesi, suçta sürüklenen çocukların kendisinin veya ailesinin ekonomik durumunun elverişli olmaması halinde, hâkimin takdirine bağlı olarak ‘zararın giderilmesi’ şartının aranmayabileceğini düzenliyordu.⁷⁴⁵ Ancak 5560 sayılı kanunla birlikte hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanması için suçta sürüklenen çocuklarla yetişkin sanıklar arasında denetim süresi hariç hiçbir farklılık kalmamıştır. 5560 sayılı kanunla değişiklikten önceki ÇKK m. 23/2-d düzenlemesinin CMK m. 231/6-c’ye kıyasla lehe bir hükümdür. Bu nedenle 5560 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği 19.12.2006 tarihinden önce suçta sürüklenen çocuklar tarafından işlenen suçlar bakımından zararın giderimi koşulu aranmayabilecektir.⁷⁴⁶

Suçta sürüklenen çocukların genellikle parçalanmış ya da ekonomik durumu zayıf ailelerden geldikleri göz önüne alındığında⁷⁴⁷, suçtan doğan zararı giderebilmeleri neredeyse imkânsızdır. Bu nedenle ceza hukukuna ayrı bir öneme sahip olan çocukların korunması, çocukların hapisane ortamından uzak tutulması ve çocuk suçluluğuyla etkin mücadele için ÇKK m. 23/2-d’de yer alan düzenlemenin yeniden yürürlüğe konulması gerekir.⁷⁴⁸

Suçta sürüklenen çocuklar bakımından bahsi geçen bu düzenlemenin yapılması, zararın denetim süresince aylık taksitler halinde ödenmesi halini düzenleyen CMK m. 231/9’un uygulanmasındaki adaletsizliği de dengeleyeceği kanaatindeyiz. Şöyle ki, zararın denetim

⁷⁴⁵ Bu durum doktrinde özel zararı giderememe hali olarak adlandırılmıştır. Bkz. **Kumbasar**, s. 168.

⁷⁴⁶ **Kumbasar**, s. 168, 169; **Töngür**, s. 254; **Artuç**, B. 3, s. 121; **Epözdemir**, s. 178.

⁷⁴⁷ **Sulhi Dönmezer**, Kriminoloji, B. 6, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1981, s. 310 vd.

⁷⁴⁸ **Kumbasar**, s. 169; **Baştürk**, s. 330; **Epözdemir**, s. 178, 179; **İpek**, s. 169; **Töngür**, s. 254: Yazar sadece, yetişkin sanıklar için aranan koşulların çocuklar için de aranmasının uluslararası belgelerde belirtilen ‘küçüklerin ceza yargılamalarında daha hafif yaptırım ve önlemlere tabi tutulması’ yönündeki tavsiyelere aykırılık teşkil ettiğini tespit etmiş ancak ÇKK m. 23/2-d hükmünün yeniden ihdas edilmesi gerektiğini belirtmemiştir.

süresince aylık taksitlerle ödenmesini düzenleyen bu madde uyarınca, yetişkin sanıklar 5x12=60 aylık taksitlerle zararı ödeyebilirken; suça sürüklenen çocuklar bakımından bu süre 3x12=36 aydır. Bu durumun çocuklar yönünden bir adaletsizlik teşkil ettiği ortadadır.⁷⁴⁹ Eğer suça sürüklenen çocuklar için 5560 sayılı kanunla değişiklik öncesi ÇKK m. 23/2-d’de yer alan hüküm tekrar ihdas edilirse, bu adaletsiz durum da önlenebilecektir. Ancak zararın giderilmesi konusunda çıkabilecek bu gibi sıkıntıların giderilmesi için yapılması gereken, onarıcı adalet anlayışının önerdiği diğer zarar giderim yollarını kabul etmek ve orantılılık ilkesine kanunda yer vermektir.⁷⁵⁰

2. ZARARIN GİDERİLMESİ BAKIMINDAN ZARAR SUÇU – TEHLİKE SUÇU AYRIMI

CMK m. 231/6-c bağlamında zararın giderilebilmesi için sanığın işlediği suç neticesinde bir zarar meydana gelmiş olmalıdır. Bu anlamda gerçekleştirilen suçun bir ‘zarar suçu’ mu yoksa bir ‘tehlike suçu’ mu olduğunun tespit edilmesi gerekir.

Suçun oluşması için zararlı neticenin meydana gelmesinin arandığı suçlara zarar suçu; buna karşılık, zarar tehlikesinin doğmasının suçun işlenmiş sayılması için yeterli görüldüğü suçlara ise, tehlike suçları denilmektedir.⁷⁵¹

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması için giderilmesi gereken zarar, suç neticesinde ortaya çıkan zarardır. Bu nedenle, zararın giderilmesi şartı kural olarak zarar suçlarında

⁷⁴⁹ Yıldırım, s. 327.

⁷⁵⁰ Baştürk, s. 330.

⁷⁵¹ Centel – Zafer – Çakmut, s. 260; Hafizoğulları – Özen, s. 191; Toroslu – Toroslu, s. 143, 144.

aranacak, herhangi bir zararın doğmadığı ya da bir zarar doğurmaya elverişli olmayan suçlar bakımından bu şart aranmayacaktır.⁷⁵²

Mağduru gayri muayyen olan suçlar bakımından ya da sanığın tazminde bulunmak istemesine rağmen mağdura ulaşamadığı hallerde de zararın giderilmesi şartının gerçekleştiği kabul edilecektir.⁷⁵³

TCK m. 168⁷⁵⁴,de belirtilen suçlardan birini işleyen sanık, bizzat etkin pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen iade veya tazmin suretiyle giderirse, CMK m. 231/6-c uyarınca da zararı giderdiği kabul edilmelidir.⁷⁵⁵

⁷⁵² **Yenisey – Nuhoglu**, s. 794, 795; **Kumbasar**, s. 170; **Erel**, s. 340; **Baştürk**, s. 331; **Horozgil**, s. 87; **Epözdemir**, s. 180; **Şahin – Göktürk**, s. 197; **Özgenç**, “*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*”, s. 53; **Ünver – Hakeri**, s. 710; **Özsoy**, s. 80; **Töngür**, s. 250, 251; **Şen – Maviş**, s. 28; **Balo**, s. 102, 103; **Güngör – Okuyucu Ergün**, s. 1956, 1957.

⁷⁵³ **Baştürk**, s. 331; **Artuç**, B.3, s. 117.

⁷⁵⁴ **MADDE 168 - (Değişik: 5377 - 29.6.2005 / m.20)** “(1) *Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflas, taksirli iflas (...) suçları tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadar indirilir.*

(2) *Etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce gösterilmesi halinde, verilecek cezanın yarısına kadar indirilir.*

(3) *Yağma suçundan dolayı etkin pişmanlık gösteren kişiye verilecek cezanın, birinci fıkraya giren hallerde yarısına, ikinci fıkraya giren hallerde üçte birine kadar indirilir.*

(4) *Kısmen geri verme veya tazmin halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, ayrıca mağdurun rızası aranır.*

(5) **(Ek: 6352 - 2.7.2012 / m.84)** *Karşılıksız yararlanma suçunda, fail, azmettiren veya yardım edenin pişmanlık göstererek mağdurun, kamunun veya özel hukuk tüzel kişisinin uğradığı zararı, soruşturma tamamlanmadan önce tamamen tazmin etmesi halinde kamu davası açılmaz; zararın hüküm verilinceye kadar tamamen tazmin edilmesi halinde ise, verilecek ceza üçte birine kadar indirilir. Ancak kişi, bu fıkra hükmünden iki defadan fazla yararlanamaz.”*

⁷⁵⁵ **Özgenç**, “*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*”, s. 52, 53; **Şahin – Göktürk**, s. 196, 197; **Baştürk**, s. 332.

3. ZARARIN AİT OLMASI GEREKEN SÜJE: MAĞDUR

CMK m. 231/6-c, ‘mağdur’un zararının giderilmesinden bahsetmektedir. Suçun mağduru veya pasif süjesi, ceza normuyla korunan suç fiili ile ihlal edilen varlık ya da menfaatin hamilidir.⁷⁵⁶ Bu anlamda örneğin, kasten ya da taksirle öldürme suçunda suçun mağduru yaşama hakkının sahibiyken yakınları ancak suçtan zarar gören olabilir. Ölenin yakınlarının uğradığı bu zarar cezai nitelik taşımayıp ancak özel hukukun konusunu oluşturabilir.⁷⁵⁷ CMK m. 231/6-c maddesinin ‘mağdur’un zararından bahsetmesi karşısında, suçtan doğan zararı giderim hakkının sadece mağdura ait bir hak olduğu ve suçun işlenmesinden sonra mağdurun ölmesi halinde suçtan zarar gören kişilerin zararın giderilmesini isteyemeyecekleri ileri sürülmüştür.⁷⁵⁸ Ancak bu görüşe katılmıyoruz. Zira bu kabul suçtan meydana gelen zararı onarmayı hedefleyen ve bu yolda fail, mağdur, suçtan zarar gören, toplum ve hükümetin bir iş birliği halinde çalışması gerektiğini belirten onarıcı adalet anlayışına ters düşecektir. Bunun yanı sıra, CMK m. 243 katılanın ölümü halinde, mirasçılarının, katılanın haklarını talep etmek üzere davaya katılabileceklerini düzenlemiştir. Öyleyse suçtan zarar gören mirasçılar, mağdurun ‘zararın giderilmesini talep etme hakkını’ takip etmek üzere davaya katılabilirler. Ancak mağdur ölmeden önce herhangi bir zararı olmadığı yönünde beyanda bulunmuşsa, yasal mirasçılarının bu yönden dinlenmelerine gerek yoktur.⁷⁵⁹

⁷⁵⁶ **Tuğrul Katoğlu**, “*Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları*” (“*Mağdur*”), AÜHFD., C. 61, S. 2, Y. 2012, s. 661.

⁷⁵⁷ **Tuğrul Katoğlu**, “*Mağdur*”, AÜHFD., C. 61, S. 2, Y. 2012, s. 662; **Centel**, “*Mağdurun Hakları*” s. 579, 580.

⁷⁵⁸ **Baştürk**, s. 332.

⁷⁵⁹ **Horozgil**, s. 92; **İpek**, s. 204.

Bir görüşe göre, tüzel kişiliğin zarara uğratılması durumunda, ceza hukukunda tüzel kişilerin mağdur sıfatı bulunmadığı için⁷⁶⁰, suçtan zarar gören sıfatıyla uğradıkları maddi zararın giderilmiş olması aranacaktır. Bu anlamda suçtan zarar gören ile mağdur arasında bu bakımdan bir ayırım yapılmayacaktır.⁷⁶¹ Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre⁷⁶², suçun doğası izin verdiği müddetçe tüzel kişilerin de suç mağduru olması mümkündür. Tüzel kişi, onu oluşturan gerçek kişilerden bağımsız bir varlıktır ve hukuken ‘kişi’dir. Bu nedenle farklı varlık ya da menfaatlerin hamili ve hak sahibi olmasının önünde herhangi bir engel yoktur. Örneğin bir tüzel kişi tacirin malvarlığına karşı işlenen suçların mağduru olması mümkündür.⁷⁶³ Bu nedenle bir tüzel kişiye karşı işlenen ve onun maddi zarara uğramasına sebep olan suçlarda tüzel kişinin mağdur sıfatıyla suçtan doğan zararını isteyebileceği kanaatindeyiz.

4. GİDERİLMESİ GEREKEN ZARARIN NİTELİĞİ: MADDİ ZARAR – MANEVİ ZARAR AYRIMI

Zararın giderilmesi başlığı altında doktrinde ve uygulamada en çok tartışılan konu giderime konu zararın niteliğine ilişkin olmuştur. Doktrindeki kimi görüşler giderime konu zararın sadece maddi zararla sınırlı olması gerektiğini belirtirken; kimi görüşler ise maddi zararın yanında manevi zararın da giderilmesi gerektiğini savunmuşlardır.

Maddi zarar ve manevi zarar ayırımı temelinde borçlar hukuku kökenli bir ayırımdır. Borçlar hukukunda maddi zarar, kişinin mal veya şahıs varlığına yönelen haksız bir fiil sonucu malvarlığında meydana gelen kaybı ifade eder. Maddi zararın somut olarak kanıtlanması

⁷⁶⁰ **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 208; **Koca – Üzülmüş**, s. 110, 111.

⁷⁶¹ **Kumbasar**, s. 170; **Epözdemir**, s. 197.

⁷⁶² **Nurullah Kunter**, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1955, s. 118; **Dönmezer – Erman**, C. II, s. 427; **Toroslu – Toroslu**, s. 115.

⁷⁶³ **Katoğlu**, “Mağdur”, s. 672; **Centel**, “Mağdurun Hakları”, s. 581

mümkündür. Manevi zarar ise, haksız fiil sonucu kişinin manevi dünyasında meydana gelen zararı ifade eder. Kişinin kendisine karşı gerçekleştirilen haksız fiil nedeniyle duygu dünyasında yaşadığı acı, elem ve ızdırıp manevi tazminatın konusunu oluşturur. Manevi zararın maddi zarardan farklı olarak somut biçimde kanıtlanması mümkün değildir. Bu nedenle manevi zarar ancak duygu yaşamındaki kaybın, dışa yansıyan görüntülerine binaen ispatlanabilir.⁷⁶⁴

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanması için giderilmesi gereken zararın maddi zararın yanında manevi zararı da kapsamı gerektiğini düşünen bir görüşe göre, kanun koyucu TCK m. 168’de “*mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi*” koşulunu öngörmesine karşılık, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında bu zararın giderilmesi yollarına ilave olarak ‘suçtan önceki hale’ yolunu da öngörmüştür. Ayrıca bu görüşe göre, uzlaşma kapsamında kalan suçlar bakımından önce uzlaştırma yolu denenmelidir ve uzlaştırmada fail, mağdurun maddi ve manevi bütün zararlarını gidermektedir. Eğer hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunda sadece maddi zararların giderilmesi, ‘zararın giderilmesi’ şartının gerçekleşmiş sayılması için yeterli görülürse, failer uzlaştırma kurumu yerine hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunu tercih edebileceklerdir.⁷⁶⁵ Hemen belirtmemiz gerekir ki faillerin uzlaşmak yerine hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasını tercih edebilecekleri yönündeki bu endişe yersizdir. Şöyle ki soruşturma aşamasında uzlaşmanın sağlanması halinde kovuşturma aşamasına geçilmeyecek; kovuşturma aşamasında uzlaşmanın sağlanması halinde ise, mahkeme düşme kararı verecektir. Ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde sanık 5 yıl denetim süresine tabi tutulacaktır ve denetimli serbestlik tedbirlerine riayetsizlik

⁷⁶⁴ **Ahmet Mithat Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 22, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s. 398, 399.

⁷⁶⁵ **Veli Kafes**, “*Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi*”, AÜHFĐ., C. 60, S. 1, Y. 2011, s. 139 – 141.

etmesi ya da bu süre içerisinde kasıtlı bir suç işlemesi halinde hükmün açıklanmasına karar verilecektir. Ayrıca hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararından sonra mağdurun hukuk mahkemesinde dava açıp fazlaya ilişkin maddi zararını ve manevi zararını tazmin edebilmesi mümkündür. Hal böyle olunca faillerin manevi zararı ödememek için hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunu tercih etmeleri rasyonel bir tercih olmayacaktır.

Giderilmesi gereken zararın manevi zararı da kapsadığını savunan bir diğer görüşe göre, madde metnindeki ‘zarar’ kavramı geniş anlamda zarar olarak yorumlanmalı ve maddi zararların yanında manevi zararlar da bu kapsama dahil edilmelidir. Böylece cezanın ıslah amacı ve mağdurun korunmasına hizmet edilecek hem de madde metnindeki ‘zararın tamamen giderilmesi’ ibaresine uygun bir şekilde hareket edilmiş olunacaktır.⁷⁶⁶ Ancak belirtmelidir ki, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu onarıcı adalet anlayışına dayanmakla birlikte zararın giderilmesi hususuna kıyasla failin yeniden suç işlemesinin önlenmesine ve ıslah edilmesine öncelik tanınmasının gerekliliği günümüzün suçlulukla mücadele anlayışı çerçevesinde toplumun menfaatlerine daha uygundur. Bir başka deyişle bir kişiyi suç işlemekten vazgeçirmek, zararın tamamen giderilmesine kıyasla daha öncelikli bir hedefdir. Bu nedenle zarar kavramını geniş yorumlayarak failden ortaya çıkan bütün zararı tazmin etmesini beklemek kurumdan umulan faydayı sağlamayacaktır.⁷⁶⁷

⁷⁶⁶ **İpek**, s. 178; **Aksoy**, s. 233: Yazar, CMK m. 231/6-c bendinde yer alan ‘tamamen’ ve ‘tazmin’ ibarelerinden yola çıkarak giderilmesi gereken zararın sadece maddi zararları değil suç nedeniyle ortaya çıkan bütün zararları kapsadığı kanaatine ulaşmaktadır.; Aksoy’la aynı yönde bkz. **Balo**, s. 103, 104; **Özsoy**, s. 80: Yazarın zararı giderme yöntemlerini açıklarken ‘tazmin’ başlığı altında verdiği örnek: “...hakaret suçundan mağdurun uğradığı zararın karşılığında tazminat ödenmesi gibi.” olduğundan yazarın giderilmesi gereken zararlar arasında manevi zararı da kabul ettiğini söyleyebiliriz.

⁷⁶⁷ **Baştürk**, s. 335.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması için giderilmesi gereken zararın sadece maddi zararlar olduğunu savunan bizim de katıldığımız diğer görüşlere göre⁷⁶⁸, CMK m. 231/6-c de belirtilen ‘aynen iade’, ‘suçtan önceki hale getirme’ ve ‘tazmin’ ibareleri kanun koyucunun hedeflediğinin maddi zararların giderilmesi olduğunu gösterir niteliktedir. Zira manevi zararın giderilmesinde ‘aynen iade’ ve ‘suçtan önceki hale getirme’ yöntemlerinin uygulanamayacağı çok açıktır. Ayrıca 1412 sayılı CMUK’un yürürlükte olduğu dönemde ceza adalet sisteminde yer alan ve ceza mahkemelerinin manevi tazminata da hükmedebilmesi sağlayan ‘şahsi hak’ davaları günümüzde yürürlükte değildir. Manevi tazminatın hesaplanması ayrıntılı bir araştırma ve incelemeyi içeren bir hukuk muhakemesi yargılamasıyla mümkündür. Bu nedenle ceza mahkemesinden manevi tazminat hesabı yapmasını istemek hukuk muhakeme yöntemlerinin ceza muhakemesine aktarılması olacağı gibi yargılamanın uzamasına da sebep olacaktır. Ayrıca daha önce de belirtildiği üzere, mağdurun fazlaya ilişkin maddi zararı ve manevi zararı için hukuk mahkemesinde dava açmasının önünde hiçbir engel yoktur. Bu nedenle ceza mahkemesinin tespit etmesi gereken tek husus, maddi zararın giderilip giderilmediği hususu olacaktır. Nitekim Yargıtay’da bu yönde kararlar vermektedir.⁷⁶⁹

⁷⁶⁸ **Kumbasar**, s. 175, 176; Aynı yönde bkz. **Horozgil**, s. 85, 86; Giderilmesi gereken zararın sadece maddi zarar olduğu konusunda ayrıca bkz. **Meran**, s. 67, 68; **Aras**, s. 75; **Erel**, s. 340; **Mahmutoğlu**, s. 363; **Özgenç**, “*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*”, s. 53; **Centel – Zafer**, s. 766; **Yenisey – Nuhoğlu**, s. 794, 795; **Töngür**, s. 250; **Artuç**, B. 3, s. 111 – 113; **Turan**, s. 113 vd.; **Günay**, s. 132; **Kıldan**, s. 148; **Öztürk – Erdem**, s. 493; **Özgenç**, “*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*”, s. 53; **Şen – Maviş**, s. 34 vd.; **Epözdemir**, s. 193; **Ünver – Hakeri**, s. 710, 711; **Öztürk vd.**, s. 635; **Güngör – Okuyucu Ergün**, s. 1956; **Yıldırım**, s. 298 vd.

⁷⁶⁹ Yar. CGK., E. 2008/11-250, K. 2009/13, T. 3.2.2009: “*Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının objektif koşullarından birisi de suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tamamen giderilmesidir. Burada, uğranılan zararlardan kast edilen maddi zararlar olup, manevi zararlar bu kapsamda değerlendirilmemelidir.*”, (www.kazanci.com, SGT. 13.08.18).

5. ZARARIN TESPİTİ

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilebilmesi için giderilmesi gereken zararın ‘maddi zararlar’ olduğunu tespitten sonra, belirlememiz gereken husus, bu zararın nasıl tespit edileceğidir. Zira zararın nasıl tespit edileceğine ilişkin kanunda bir açıklık bulunmamaktadır.

Bir görüşe göre, sanık, zararın mağdurun talep ettiği kadar olmadığını iddia ederse ceza mahkemesi kendisini hukuk mahkemesi yerine koymak suretiyle zararın tamamını tespit edecek ve bu zararın giderilip giderilmediğini denetleyecektir.⁷⁷⁰ Ancak bu görüş kabul edilebilir değildir. Zira ceza mahkemesinin nisbi muhakeme yoluna başvurması, sanığa yüklenen suçun ispatının, ceza mahkemelerinden başka bir mahkemenin görev alanına giren bir sorunun çözümüne bağlı olması halinde mümkündür (CMK m. 218). Ancak mağdura ödenmesi gereken tazminat miktarı, yüklenen suçun ispatıyla ilgili olmadığından ceza mahkemesinin tazminat miktarını tespit için hukuk mahkemesi alanındaki kuralları uygulaması beklenemez.⁷⁷¹

Zararın tespiti konusunda doktrinde kabul edilen çoğunluk görüşü ve Yargıtay uygulaması, mahkemenin *kanaat verici basit bir araştırma* yaparak maddi bir zarar olup olmadığını saptaması gerektiği yönündedir.⁷⁷² Mahkeme bu değerlendirmeyi dosyadaki

⁷⁷⁰ **Aksoy**, s. 233.

⁷⁷¹ Benzer yönde bkz. **Kumbasar**, s. 178: Yazar, CMK m. 218’deki yetkinin kanunda açıkça belirtilen hallerde kullanılabileceğini, zarar miktarını tespit bakımından açık bir hüküm olmadığından bahisle ceza mahkemesinin nisbi muhakeme yapamayacağını belirtmektedir.; Yazarla aynı yönde bkz. **Baştürk**, s. 341.

⁷⁷² **Yenisey – Nuhoglu**, s. 794, 795; **Turan**, s. 114; **Kumbasar**, s. 178; **Öztürk vd.**, s. 635; Yar. CGK., E. 2008/11-250, K. 2009/13, T. 3.2.2009: “Zararın belirlenmesinde hâkim, ceza yargılamasında şahsi hak davasına yer verilmediği gerçeğini de göz önünde bulundurmak koşuluyla, kanaat verici basit bir araştırma yapmalı, hukuk hakimi gibi gerçek zararı tam anlamıyla saptamaya çalışmamalıdır. Zira,

bilgilere bakarak tahmini ve götürü bir hesap ortaya koyacak şekilde yapmalıdır.⁷⁷³ Zararın belirlenmesi konusunda mahkeme takdir yetkisine sahip olup, kural olarak tarafların beyanlarıyla bağlı değildir.⁷⁷⁴ Ancak mahkeme zararı tespit ederken taraf beyanlarına mutlaka başvurmalıdır. Ancak taraf beyanları mahkemeyi bağlayıcı nitelikte olmayıp yardımcı olacak nitelikte veriler olacaktır. Tarafların, mahkemenin tespit ettiği zarar miktarıyla bağlı kalmaları söz konusu değildir. Nitekim taraflar karşılanmadığını düşündükleri zararlar için her zaman hukuk mahkemesinde dava açabilirler.⁷⁷⁵ Ancak taraflar zarar miktarı üzerinde bir anlaşmaya varmışlarsa mahkemenin bu miktarla bağlı olması gerekir zira bu tutum taraf menfaatine daha uygundur.⁷⁷⁶

Mahkeme, tespit edilen maddi zararı giderip gidermeyeceğini sanığa sormalı ve zararı giderme konusunda ona imkân tanınmalıdır.⁷⁷⁷ Sanık zararı gidermeyi kabul ederse koşul

5271 sayılı Yasanın 231. maddesindeki düzenleme, kişinin ileride hukuk mahkemesinde şahsi hak davası açmasına ve giderilmediğini düşündüğü gerçek zararının saptanarak kalan kısmına da hükmedilmesini isteme yönünden bir engel oluşturmamaktadır.”, (www.kazanci.com, SGT. 15.08.18).

⁷⁷³ **Baştürk**, s. 341.

⁷⁷⁴ **Özgenç**, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, s. 53; **Töngür**, s. 252.

⁷⁷⁵ **İpek**, s. 183; **Özgenç**, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, s. 53; Yar. CGK., E. 2015/7-713, K. 2017/228, T. 11.4.2017: “Zarar belirlenirken hâkim, ceza muhakemesinde şahsi hak davasına yer verilmediği gerçeğini göz önünde bulundurarak, kanaat verici basit bir araştırma yapmalı, hukuk hâkimi gibi gerçek zararı tam anlamıyla tespit etmeye çalışmamalıdır. Zira CMK'nun 231. maddesindeki düzenleme, kişinin ileride hukuk mahkemesinde bir şahsi hak davası açmasına ve giderilmediğini düşündüğü gerçek zararın kalan kısmına hükmedilmesini istemesine engel değildir.”, (www.kazanci.com, SGT. 15.08.18).

⁷⁷⁶ **Aksoy**, s. 233; **İpek**, s. 183; **Kumbasar**, s. 178, 179; **Artuç**, B. 3, s. 114; **Epözdemir**, s. 200, 201; Kısmi giderimi mağdurun kabul etmesi halinde de zararın giderilmiş sayılacağı yönünde bkz. **Turan**, s. 120.

⁷⁷⁷ **İpek**, s. 183; **Epözdemir**, s. 203 – 205; Yar. CGK., E. 2015/7-713, K. 2017/228, T. 11.4.2017: “...zararın karşılanması konusunda iradesini gösteren sanıktan belirlenen bu miktar zararı giderip gidermeyeceği açıkça sorulduktan sonra, sonucuna göre hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağı tartışılmalıdır.”, (www.kazanci.com, SGT. 15.08.18).

gerçekleşecek; kabul etmezse veya mahkemenin belirlediği zarar miktarından daha azını gidermeye razı olduğunu bildirirse ‘tamamen giderme’ şartı gerçekleşmeyeceği için hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu sanık hakkında uygulanamayacaktır.⁷⁷⁸ Bu noktada belirtmemiz gerekir ki zararın tamamen giderilmesi zararın tamamının tespit edilmesi ve onun giderilmesi değil, mahkemenin kanaat verici basit bir araştırmayla tespit ettiği zarar miktarının tamamen giderilmesidir.⁷⁷⁹

Sanığın işlediği suç nedeniyle meydana gelen zararın tespiti için kimi durumlarda özel bir uzmanın bilgisine ihtiyaç duyulabilir. Zararın belirlenmesinin özel bilgi ve uzmanlık gerektirdiği bu durumlarda mahkeme bilirkişiye başvurmak (CMK m. 63) suretiyle zarar miktarını belirleyebilecektir.⁷⁸⁰

6. ZARARIN GİDERİLMESİ YÖNTEMİ

⁷⁷⁸ Ödenecek miktarın belirli olmadığı aşamada sanığın zararı gidermek istemediği yönündeki beyanı esas alınarak kurumun hakkında uygulanmaması Yargıtay’ca CMK m. 231’e aykırı bulunmuştur. Bkz. Yar. 3. CD., E. 2009/8410 K. 2009/17393, T. 14.10.2009, (karar için bkz. **İpek**, s. 188). Ancak şüphesiz ki sanığın suçlu olmadığını belirterek zararı hiçbir şekilde ödemeyeceğini belirtmesi halinde ne zararın tespit edilmesi ne de mahkûmiyet halinde kurumun uygulanması söz konusu olacaktır. Görüş için bkz. **İpek**, s. 189; Kısmen giderme halinin mahkemece takdiri indirim sebebi (TCK m. 62) olarak değerlendirilebileceği yönündeki görüş için bkz. **Kumbasar**, s. 182.

⁷⁷⁹ Bkz. **Kumbasar**, s. 178,179.

⁷⁸⁰ **Baştürk**, s. 342; **Kumbasar**, s. 179; **İpek**, s. 187; **Turan**, s. 116; **Epözdemir**, s. 201, 202; **Öztürk vd.**, s. 636; Yar. CGK., E. 2011/7-135, K. 2011/140, T. 21.06.2011: “Somut olayda sanığın, suça konu olan eşyaların teknik bir konu olan ve yıllara göre değişkenlik arzeden gümrüklenmiş değerlerini basit bir araştırmayla öğrenmesinin olanaklı olmadığı gözetilerek, mahkemece, bilirkişi tarafından belirlenen değerini sanığa bildirilmesi ve sonucuna göre hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağına karar verilmesi gerekmektedir.”, (www.lexpera.com.tr, SGT. 15.08.2018).

Zarar miktarının belirlenmesi üzerine sanık, mağdurun zararını ‘aynen iade’, ‘eski hale getirme’ ve ‘tazmin’ olmak üzere üç farklı yolla giderebilecektir (CMK m. 231/6-c). Sanık, kanunda sayılan bu üç yoldan herhangi birini seçme hakkına sahiptir⁷⁸¹ ancak şüphesiz ki seçilen yolun zararı gidermeye elverişli olması gerekir.⁷⁸² Mahkeme sanığı bu üç yoldan birini seçmeye zorlayamaz.⁷⁸³

Kanun koyucu zararın giderilmesi için sanığa seçimlik hak tanıyarak, sanığın zararı giderme yönündeki iradesi ve çabasını teşvik etmek istemiştir.⁷⁸⁴ Bu nedenle zararın giderilmesi için sanığın seçtiği yöntemin mağdur tarafından kabul edilip edilmemesinin bir önemi bulunmamaktadır.⁷⁸⁵

Aynen iade, suç nedeniyle mağdurun malvarlığında meydana gelen değer veya eşya kaybının tekrar mağdurun malvarlığına kazandırılması yoludur. Hırsızlık suçunda çalınan eşyanın veya çalınan eşyayla aynı nitelikte bir eşyanın mağdura geri verilmesi aynen iadeye bir örnektir.⁷⁸⁶ Ancak bu aşamada bir noktaya dikkat çekmek istiyoruz. Aynen iadenin, suçun maddi konusunun bir eşya ya da paranın olduğu suçlarda mümkün olduğu belirtilmektedir.⁷⁸⁷ Bu kural olarak doğru olsa da, aynen iade yolunun bu suçlarla sınırlı olmadığı kanaatindeyiz. Şöyle ki, kasten yaralama suçunun (TCK m. 86) maddi konusu mağdurun kendisidir. Zira suç fiili mağdur üzerinde gerçekleşir. Ancak kasten yaralama suçu esnasında da bir takım maddi

⁷⁸¹ **Kumbasar**, s. 180; **Turan**, s. 119, 120.

⁷⁸² **Baştürk**, s. 338.

⁷⁸³ **Töngür**, s. 307; **Epözdemir**, s. 205; **Krş. İpek**, s. 167: Yazara göre, burada hâkim Borçlar Kanunu m. 51 (Eski Borçlar Kanunu m. 41): “*Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.*” hükmünü uygulayarak tarafların istemiyle bağlı kalmamalıdır.

⁷⁸⁴ **Baştürk**, s. 339.

⁷⁸⁵ **Töngür**, s. 308, 309.

⁷⁸⁶ **Töngür**, s. 307, **Baştürk**, s. 339; **Kumbasar**, s. 181; **Aksoy**, s. 233; **Epözdemir**, s. 207.

⁷⁸⁷ **Baştürk**, s. 339; **Kumbasar**, s. 181; **Aksoy**, s. 233.

zararlar ortaya çıkabilir. Örneğin fail kullandığı sopayla, kendisini savunan mağdurun kol saatini kast olmaksızın parçalayabilir. Bu durumda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun fail hakkında uygulanabilmesi için failin gidermesi gereken zararın içerisinde kol saatine verdiği zarar da olacaktır. Bu ihtimalde fail, saatin aynısını mağdura vermeyi teklif edebilir. Aktardığımız bu örnek, suçun maddi konusunun bir eşya ya da para olmadığı suçlarda da zararın giderilmesinin aynen iade yoluyla olabileceğine bir örnektir.

Suçtan önceki hale getirme, failin, gerçekleştirdiği suç neticesinde ortaya çıkan mağdurun veya kamunun zararını, çalışmak, çalıştırmak, tamir etmek veya benzeri eylemlerle gidermesi yoludur.⁷⁸⁸ Bu seçenek de kural olarak malvarlığına karşı işlenen suçlarda mümkün olsa da⁷⁸⁹ bir önceki paragrafta yaptığımız açıklamaların ‘suçtan önceki hale getirme’ yöntemi için de geçerli olabileceğini düşünüyoruz.

Tazmin, suç neticesinde ortaya çıkan zararın karşılığının nakdi olarak ödenmesi halidir.⁷⁹⁰ Tazmin yoluyla giderim, aynen iade ve suçtan önceki hale getirme yöntemlerinin uygulanma imkânının bulunmadığı hallerde ortaya çıkacağı gibi bu hallerin mümkün olduğu durumlarda da sanık zararı gidermek için tazmin yolunu seçebilir.⁷⁹¹

CMK m. 231/9 hükmü zararın taksitlerle giderimini düzenlemektedir. Bu hükmü uygulamak için mahkemenin öncelikle sanığın zararı derhal ödemesinin mümkün olmadığını tespit etmesi gerekir. Zira esas olan zararın derhal giderilmesidir.⁷⁹²

CMK m. 231/9’da yer alan “...ödenmek suretiyle” ifadesi esas alınarak, zararın taksitlerle giderilmesinin ancak para cinsiyle belirlenebilen zararlar için mümkün olduğu ileri

⁷⁸⁸ **Töngür**, s. 307; **Baştürk**, s. 339; **Kumbasar**, s. 181; **Epözdemir**, s. 208, 209.

⁷⁸⁹ **Baştürk**, s. 339; **Kumbasar**, s. 182.

⁷⁹⁰ **Özsoy**, s. 80; **Töngür**, s. 308.

⁷⁹¹ **Kumbasar**, s. 182; **Baştürk**, s. 340; **Epözdemir**, s. 208.

⁷⁹² **Günay**, s. 137; **Baştürk**, s. 350; **Kumbasar**, s. 187.

sürülmüştür.⁷⁹³ Ancak bizim de katıldığımız karşı görüşe göre, aynen iade veya suçtan önceki hale getirme imkanlarının işletilmesinin fiilen imkanı olduğu hallerde de zararın taksitlerle giderimi yolu işletilebilmelidir. Zira aksinin kabulü suç failleri arasında eşitsizlik yaratabilir.⁷⁹⁴ Örneğin fail, misli bir eşya olan 100 kilo buğdayı yakarak mala zarar verme suçunu işlemişse, aylık taksitler halinde mağdura buğday temin etmek suretiyle zararını ödeyebilmelidir.

Zararın taksitlerle giderimi konusunda mahkemenin atlamaması gereken hususlardan birisi de sanığa zararı taksitle ödeme hakkı olduğunu hatırlatması gereğidir.⁷⁹⁵ Zira sanığın zararı ödemeyi reddetmesinin sebebi derhal ödeyemeyeceğini düşünmesi olabilir. Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere sanığın hiçbir surette zararı gidermeyeceğini beyan etmesi halinde, ‘zararın giderilmesi’ şartı gerçekleşmemiş olacağından kurum sanık hakkında uygulanmayacaktır. Bu ihtimalde zararın dahi hesaplanmasına gerek bulunmadığı göz önüne alındığında sanığa zararı aylık taksitler halinde ödeyebileceğinin belirtilmesinde de fayda yoktur.

Zararın taksitlerle gideriminin hükümden önce mi yoksa sonra mı olacağına ilişkin bir belirlilik bulunmamaktadır. Ancak mahkeme hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının

⁷⁹³ **Kumbasar**, s. 187, 188; **İpek**, s. 197; **Artuç**, B. 3, s. 118; Yar. 4. CD., E. 2009/11611, K. 2009/9307, T. 13.5.2009: “İncelenen dosyada, mahkemece sanık hakkında hükmolunan 10 ay hapis cezasına ilişkin mahkumiyet hükmünün, CYY'nin 231/9. maddesi gözetilmeden, koşullu olarak açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği görülmektedir. **Anılan hüküm ancak; sanığın mağdur veya kamuya verdiği maddi zararın karşılığı olan paranın ödenmesini gerektiren somut olaylarda uygulanabilir** [Vurgu tarafımızca yapılmıştır.]. Oysa dosyadaki bilgi ve belgelere göre, mahkemece saptanmış ve ödenmesi gereken bir maddi zarar bulunmamaktadır. Mahkemenin, 5237 sayılı TCY'nin 184/5. maddesindeki özel etkin pişmanlık hükmünü dikkate alan gerekçeyle iki ayrı kurumun uygulama koşullarını birleştirerek verdiği hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararın, hukuka uygun olmadığı anlaşılmaktadır.”, (www.kazanci.com, SGT. 30.08.18).

⁷⁹⁴ **Baştürk**, s. 350.

⁷⁹⁵ **İpek**, s. 198; **Baştürk**, s. 351.

verilmesiyle dosyadan elini çekeceği için ödemeye ilişkin ayrı bir karar vermelidir.⁷⁹⁶ Kanun *denetim süresince aylık taksitlerden* bahsetmektedir. Bu anlamda taksitle ödemenin yapılacağı süre yetişkin sanıklar için 5x12=60 ay iken çocuk sanıklar için 3x12=36 aydır.⁷⁹⁷ Zarar tutarının çok fazla olduğu durumlarda bu sürelerin zararı gidermeye yetmeyeceği ve bu durumun eşitlik ilkesiyle bağdaşmayacağı haklı olarak belirtilmiştir.⁷⁹⁸ Bunun yanı sıra daha önce de belirttiğimiz üzere, yetişkin sanıklar için taksitle ödeme süresinin suça sürüklenen çocuklar için öngörülen ödeme süresinden daha uzun olması da, suça sürüklenen çocuklar bakımından bir adaletsizliğe sebep olmaktadır.⁷⁹⁹

CMK m. 231/9 uyarınca taksit süresinin denetim süresini geçemeyeceği açıktır. Dolayısıyla yetişkin bir sanığın zararı taksitle ödemesi en fazla 60 ay olabilecektir. Ancak zararın miktarına ve sanığın ödeme gücüne göre bu süreden daha kısa bir süre de mahkemece takdir edilebilecektir.⁸⁰⁰ Kanun aylık taksitler halinde ödemeden bahsetmekle birlikte bu taksitlerin birbirlerine eşit miktarlar olması gerektiği yönünde bir zorunluluk belirtmemiştir. Bu nedenle mahkemenin farklı aylar için farklı miktarda ödeme planı çıkarmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Ayrıca sanık da bazı aylarda mağdura o ay için öngörülen taksit tutarından daha fazla ödeme yapmak suretiyle zararı mahkeme kararında öngörülen tarihten daha evvel bitirebilir. Zararın tamamının, mahkeme kararında öngörülen tarihten daha evvel karşılanması halinde mağdurun sonraki aylarda taksitin ödenmediği iddiasında bulunamayacağı kanaatindeyiz.

Sanığın taksitlerden birini ödememesi halinde mahkemenin nasıl bir karar vereceğine ilişkin kanunda bir belirlilik bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, kanun "*taksitler halinde*

⁷⁹⁶ Donay, Erteleme, s. 1626.

⁷⁹⁷ Artuç, B. 3, s. 118; Kumbasar, s. 188; Baştürk, s. 351; İpek, s. 197, 198.

⁷⁹⁸ İpek, s. 197

⁷⁹⁹ Yıldırım, s. 327.

⁸⁰⁰ İpek, s. 198; Günay, s. 137; Kumbasar, s. 188.

ödemek suretiyle **tamamen giderilmesi koşuluyla**” ifadesini içerdiği için taksitlerden birinin dahi ödenmemesi halinde CMK m. 231/11⁸⁰¹ hükmü uygulanacak ve açıklanması geriye bırakılmış hüküm diğer diğer şartlara bakılmaksızın derhal açıklanacaktır.⁸⁰² Bir diğer görüşe göreyse mahkeme CMK m. 231/11 hükmünü kıyasen uygulayarak “...cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkumiyet hükmü kurabilir.”⁸⁰³ Biz de ikinci görüşün olması gereken hukuk yönünden daha doğru olduğunu kabul ediyoruz. Ancak hali hazırdaki pozitif hukuk düzenlemesi uyarınca zararın tamamen giderilmesi; kısmi giderme halinde ‘zararın giderilmesi’ şartının gerçekleşmeyeceği ve bu nedenle kurumun uygulanamayacağı düzenlenmektedir. Bu nedenle biz de taksitlerden birinin ödenmemesi halinde CMK m. 231/11’in birinci cümlesi uyarınca hükmün açıklanması gerektiğini düşünüyoruz. Ancak bu konuya ilişkin bir düzenleme yapılarak taksitlerin büyük bir kısmını ödeyen sanık hakkında CMK m. 231/11’in ikinci cümlesinin uygulanabilirliği sağlanmalıdır. Böylece zararı ödemeyen sanık ile büyük bir çoğunluğunu ödeyerek sonradan ödemekten vazgeçen veya mutlak ifa imkansızlığına düşerek ödeyemeyecek hale gelen sanıklara aynı hükmün uygulanmasından doğan adaletsizlik engellenmiş olacaktır.

⁸⁰¹ **CMK m. 231/11:** “Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkumiyet hükmü kurabilir.”

⁸⁰² **Centel – Zafer**, s. 770; **Artuç**, B. 3, s. 118; **Günay**, s. 137; **Töngür**, s. 253.

⁸⁰³ **İpek**, s. 199.

7. ZARARI GİDERMESİ GEREKEN KİŞİ

CMK m. 231/6-c zararın tamamen giderilmesi gerektiğini düzenlemekte ancak bu zararın kimin tarafından giderileceğini düzenlememektedir. Bu nedenle zararın sanık dışında üçüncü kişilerce giderilmesi halinde, ‘zararın giderilmesi’ şartının gerçekleşip gerçekleşmeyeceği tartışmaya değer bir konudur. Kanun koyucunun zararın giderilmesini arayıp bu giderimin bizzat sanık tarafından yapılması gerektiğini düzenlememiş olması karşısında, sanığın bilgisi ve iradesi dahilinde üçüncü kişilerin zararı gidermesi halinde şartın gerçekleştiği kabul edilmelidir.⁸⁰⁴ Ancak sanık zararı gidermediği ya da gidermeyeceğini beyan ettiği gibi üçüncü kişilerin de zararı gidermesine açıkça karşı çıkmışsa ‘zararın giderilmesi’ şartının gerçekleşmediğini kabul etmek gerekir.⁸⁰⁵

Zararın kimin tarafından giderilmesi gerektiği sorunsalıyla bağlantılı olarak, iştirak halinde işlenen suçlarda zararın nasıl giderileceği sorunsalı tartışılmalıdır. İştirak halinde işlenen suçlarda zararı gideren sanığın kurumdan faydalanabileceği ancak ödemeye katılmayan sanıkların kurumdan faydalanamayacağı düşüncesi akla gelebilir. Fakat bu konuya ilişkin tartışma da sanıkların iradelerine bakılarak çözümlenmelidir. Zararın tamamı bir sanık tarafından giderilmiş olabilir ancak diğer sanıkların zararı giderme yönünde bir iradesi yoksa hatta aksi yönde beyanda bulunuyorlarsa, bu sanıklar hakkında kurumun uygulanmaması gerekir. Ancak zararı gidermek için gerekli ekonomik güce sahip olmadığı halde zararın giderilmesine herhangi bir şekilde katkı sunan ya da katkı sunmak istediğini belirten sanıklar için ise kurum uygulama alanı bulabilmelidir.⁸⁰⁶ Ancak bu noktada dikkat edilmesi gereken

⁸⁰⁴ **Yenisey – Nuhoglu**, s. 794, 795; **Töngür**, s. 253; **İpek**, s. 194; **Turan**, s. 120; **Balo**, s. 109; **Güngör – Okuyucu Ergün**, s. 1957; **Epözdemir**, s. 213.

⁸⁰⁵ **Erel**, s. 339; **Kumbasar**, s. 183; **Baştürk**, s. 347; **Öztürk vd.**, s. 636; **Yıldırım**, s. 290, 291.

⁸⁰⁶ **Aras**, s.76; **Töngür**, s. 253, 254; **Kumbasar**, s. 184; **Baştürk**, s. 348; **İpek**, s. 201; **Yıldırım**, s. 291.

nokta, zararı tek başına giderecek olan sanığın ‘zararın tamamını’ gidermesidir. Bir başka deyişle sanığın zararın kendi payına düşen kısmını gidermesi halinde şart gerçekleşmemiş kabul edilecektir.⁸⁰⁷

Zararın giderimi adına mağdurun hukuk mahkemesinde açtığı tazminat davasının ceza mahkemesinde görülen davanın sonucunda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına etki edip etmeyeceği konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, hukuk mahkemesinde bu nitelikte bir dava açıldığı konusunda bilgi alan ceza mahkemesi hâkimi dosyayı getirtip incelemelidir. Taraflar arasında görülmekte olan tazminat davasının varlığını tespit eden ceza mahkemesi hâkimi, suç sebebiyle neden olunan zararın belirlenmesi ve giderilmesi artık hukuk mahkemesi hâkimi tarafından yapılacağından, hukuk mahkemesinde görülmekte olan davayı bekletici mesele yapmaksızın ceza davasını sonuçlandırabilecektir. Bu durumda ‘zararın giderimi’ koşuluna bakılmayacak bu şart gerçekleşmiş varsayılacaktır.⁸⁰⁸ Ancak bu konuda Yargıtay, aktarılan bu görüşün tam aksine bir karar vermiştir. Yargıtay’a göre hukuk mahkemesinde dava açılmış olsa da, ceza mahkemesinde devam eden dosyaya zararın giderildiğine ilişkin herhangi bir bilgi ya da belgenin yansımamış olması karşısında hükmün açıklanmasının geri

⁸⁰⁷ Artuç, B. 3, s. 117; Günay, s. 136; Benzer yönde bkz. Epözdemir, s. 214, 215.

⁸⁰⁸ Kumbasar, s. 185.

bırakılmasına karar verilemez.⁸⁰⁹ Biz de bu konuda Yargıtay'a katılıyoruz.⁸¹⁰ Zira 'zararın giderilmesi' daha öncede açıkladığımız üzere onarıcı adalet anlayışının bir ürünüdür ve onarıcı adaletin amacı suçlu kişinin sebep olduğu zararların sorumluluğunu üstlenerek onarmasını sağlamaktır. Bu anlamda zararın giderilmesi hükmün açıklanmasının geri bırakılması için sadece bir objektif şart değil aynı zamanda sanığın kişilik özelliklerini belirleme konusunda da bir kriterdir. Bu sebeple bu şartın ceza davası sürerken gerçekleştirilmesi gerekir. Bu anlamda hukuk mahkemesinde devam eden tazminat davası sonuçlanır ve tespit edilen zararın fail

⁸⁰⁹ Yar. 9. CD., E. 2009/18331, K. 2010/4285, T. 14.4.2010: "5271 sayılı Kanun'un 231. maddesi uyarınca, hükmolunan ceza miktarının iki yıl hapis cezasını veya adli para cezasını içermesi ve işlenen suçun da inkılap kanunlarında yer alan suçlardan olmaması durumunda, gerek Türk Ceza Kanunu ve gerekse özel kanunlardaki istisnalar dışındaki tüm suçlar bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesinin olanaklı olduğu, anılan maddedeki kararın verilebilmesi için aranan 6. fıkranın (c) bendindeki zararın giderilmesi koşulunun ise, yalnızca zarar suçları bakımından uygulama yeteneğinin bulunduğu, bu zarardan da somut ve hakimın basit bir araştırmayla tespit edebileceği bir zararın amaçlandığı, mağdurun uğradığı maddi ve manevi zararın tazmini için Ankara 24. Asliye Hukuk Mahkemesinde dava açıldığı ve yargılamanın halen anılan Mahkemenin 2005/246 esas sayılı dosyasında devam ettiğinin anlaşılması karşısında, sanığın mağdurun zararını karşılamadığı ve şartları oluşmadığı biçimindeki dosya içeriğine uygun olmayan gerekçe ile katılan vekilinin itirazının kabulüne karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu Yüksek Adalet Bakanlığının 16.09.2009 gün ve 2009/11292/52981 sayılı kanun yararına bozma talebine atfen, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 09.10.2009 gün ve 2009/225152 sayılı tebliğnamesi ile daireye ihbar ve dava evrakı tevdi kılınmakla; Dosya incelenerek gereği düşünüldü:

KARAR : 5271 sayılı CMK'nın 231/6-c maddesinde gösterilen ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin objektif koşullardan sayılan mağdurun uğradığı zararın tazmin suretiyle tamamen giderildiğine dair dosya kapsamında bir bilgi ve belge bulunmaması karşısında;

SONUÇ : Ankara 8. Ağır Ceza Mahkemesinin 10.07.2009 gün ve 2009/666 değişik iş sayılı kararında bir isabetsizlik bulunmadığından kanun yararına bozma talebine dayanılarak düzenlenen tebliğnamedeki bozma isteği incelenen dosya kapsamına nazaran yerinde görülmemiş olup istemin REDDİNE, dosyanın gereği için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 14.04.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. ", (www.kazanci.com, SGT. 29.08.18).

⁸¹⁰ Yargıtay'la aynı yönde görüş için bkz. **Turan**, s. 121 – 123; **Epözdemir**, s. 216.

tarafından ödendiğini gösteren belge ceza davasının dosyasına girerse bir sorun yoktur. Bu durumda ceza mahkemesi zararın giderildiğine karar verebilir. Ancak bu nitelikte bir belge dava dosyasına girmez veya hüküm evresinden önce hukuk mahkemesindeki davanın henüz sonuçlanmadığı anlaşılırsa ceza mahkemesi hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermemelidir. Aksi durumda sanık hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını aldıktan sonra hukuk mahkemesince tespit edilen zararı ödemekten imtina edebilir. Nitekim hukuk mahkemesi ilamlarının icra kabiliyetinin ne derece düşük olduğu da bilinen bir gerçektir. Bu gerçeklik karşısında mağduru zararının geç karşılanması ya da hiç karşılanmaması ihtimaliyle bırakmak ise onarıcı adalet anlayışıyla uygun bir durum değildir. Sonuç olarak hukuk mahkemesinde zararın giderimine ilişkin bir dava açılmış olsa da, ceza davası dosyasına yansıyan zararın giderildiğine ilişkin herhangi bir belge ya da bilgi bulunmaması durumunda ceza mahkemesi hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunu sanık hakkında uygulamamalıdır.

Sanık zararı gidermeye hazır olmasına karşılık mağdur zarar giderimini kabul etmezse nasıl hareket edileceği konusunda bir belirsizlik vardır. Bu durumda da çözüm, sanığın iradesine öncelik tanınarak bulunmalıdır. Sanık mahkeme tarafından tespit edilen zararı gidermeye hazır olduğunu belirtmesine karşılık, mağdur çeşitli sebeplerle bu giderimi kabul etmiyorsa, zararın giderilmesi şartının gerçekleştiği kabul edilerek diğer şartların da varlığı halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmelidir.⁸¹¹ Aksi kabul, kurumun uygulanmasını mağdurun iradesine bırakır ki, bu durumun kurumun amacıyla bağdaşmayacağı ortadadır.⁸¹²

Zararın giderildiğine ilişkin bildirim her türlü bilgi ve belgeyle yapılabileceği gibi mağdurun beyanıyla da mümkün olabilmektedir. Mağdurun herhangi bir zararı olmadığına ya

⁸¹¹ Artuç, B. 3, s. 120; Günay, s. 138.

⁸¹² Kumbasar, s. 185; Epözdemir, s. 218.

da zararının giderildiğine ilişkin bildirim mahkemede sonuç doğurmalı ve mahkeme başkaca bir incelemeye girişmeden ‘zararın giderilmesi’ şartının gerçekleştiğini kabul etmelidir.⁸¹³

8. KAMUNUN ZARARI

Bu başlık altında inceleyeceğimiz son husus ‘kamunun uğradığı zararın giderilmesi’ hususudur. Kamu zararı 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu⁸¹⁴, nun 71. maddesinde tanımlanmaktadır. Bu tanıma göre, “*Kamu zararı; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır.*”. Bu tanıma ilişkin olarak öncelikle belirtmemiz gerekir ki, kanun koyucu kast, kusur ve ihmal kavramlarını ceza hukukundaki karşılıklarıyla kullanmamıştır. Zira ceza hukukunda kusurluluk suçun unsurlarından manevi unsura tekabül eder ve kast kusurluluğun temel görünüş şeklidir. İhmal ise suçun unsurlarından maddi unsura dahil olan ‘hareket’in görünüş şekillerinden birisidir. Bu anlamda söz konusu bu tanım ceza hukuku perspektifiyle değerlendirildiğinde bir anlam ifade etmemektedir.

5018 sayılı kanunun 71. maddesindeki tanıma bakıldığında kanun, kamu zararının salt kamu görevlilerinin gerçekleştirdiği eylemler neticesinde ortaya çıkabileceğini belirtmiştir. Halbuki kamu zararı hem kamu görevlilerinin hem de kamu görevlisi olmayan kişilerin eylemleri sonucunda ortaya çıkabilir. Bu anlamda 5018 sayılı kanundaki tanım, CMK m. 231/6-c’deki ‘kamu zararı’nı tam olarak ifade etmemektedir.⁸¹⁵ CMK m. 231/6-c’deki kamu zararından anlaşılması gereken, kamu görevlisi olan veya olmayan bir kişinin işlediği suç

⁸¹³ Özsoy, s. 80; Artuç, B. 3, s. 119; Kumbasar, s. 186, 187.

⁸¹⁴ RG. 24.12.2003/25326.

⁸¹⁵ Baştürk, s. 352, 353.

neticesinde kamuyu uğrattığı doğrudan zarardır.⁸¹⁶ Bu anlamda kamu idaresinin doğrudan zarara uğramadığı ve kamu davasına katılma imkânının bulunmadığı hallerde kamu zararının bulunmadığını kabul etmek gerekir.⁸¹⁷ 5018 sayılı kanunun 71. maddesinden yararlanarak CMK m. 231/6-c anlamında kamu zararını tanımlayacak olursak, kamu zararı, kamu görevlisi olan veya olmayan bir kişinin işlemiş olduğu suç nedeniyle kamu kaynağında meydana gelen artış engeli veya eksilme halidir. Ancak belirtilmesi gerekir ki devletin veya ilgili kamu idaresinin kamu davasına katılması gerekmemektedir. Suçtan doğrudan zarar görmüş olması ve maddi bir zararın doğmuş olması yeterlidir.⁸¹⁸ Ancak bu maddi zararın kesin ve belirli bir rakam olarak tespit edilmesine gerek yoktur. Sanığın işlediği suçun niteliğine göre yeterli miktarda zararın doğduğu anlaşılıyorsa zarar doğmuş sayılacaktır. Fakat suç nedeniyle maddi bir zararın doğmadığı hallerde salt devlet itibarının zarar görmesi kamu zararı olarak kabul edilemez.⁸¹⁹

⁸¹⁶ Yar. CGK., E. 2014/4-806, K. 2015/167, T. 26.5.2015 kararına katılmayan Doç. Dr. İ. Şahbaz'ın karşı oyu: “...Yerel mahkeme kararında, zarardan söz edilmekte ise de, bu zararın ne olduğu konusunda açık bir belirleme söz konusu değildir. Genel olarak her suçta kamunun zarar görmesi söz konusudur; ancak, yasada aranan maddi zarar, suçun işlenmesiyle ortaya çıkan maddi zarardır. Bu maddi zararın da dolaylı değil, doğrudan gerçekleşmiş olması gerekir. Genel bir yaklaşımla her suçta kamunun zararının olduğunun kabulü halinde, CYY'nın 231. maddesi hiç uygulanamaz. Yasama organı, yeni yasalarla, ceza davasında şahsi alacak davasına yer vermeyerek, hükmün açıklanmasının geri bırakılması (CYY, m.231), uzlaşma (253 vd.) gibi kurumları kabul etmiştir. Yani, ceza siyaseti gereği, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin yasayla getirilmiş istisnalar dışında, 231. maddenin koşullarının varlığı halinde uygulanması gerekir. Yerel mahkeme söz konusu bozma öncesi kararında gerekçesini sadece kamunun uğradığı zararın giderilmemesine dayandırmıştır. Oysa, açıkça ileri sürülen veya tespit edilmiş bir maddi zarar söz konusu değildir.”, (www.kazanci.com, SGT. 4.9.2018).

⁸¹⁷ Artuç, B. 3, s. 117; Epözdemir, s. 198, 199.

⁸¹⁸ Kumbasar, s. 177; Baştürk, s. 352.

⁸¹⁹ Günay, s. 131, 132.

VII. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARI VE SONUÇLARI

1. GENEL OLARAK

CMK m. 231/5 vd. fıkraları hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının şartlarını ve sonuçlarını düzenlemektedir. Şimdiye kadar bu bölümde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının bütün şartları incelenmiştir. Bu aşamadan sonra hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesinin, çeşitli kurumlar ve durumlar bakımından üzerinde durulması gereken birtakım sonuçları incelenecektir. Bu anlamda kararın güvenlik tedbirlerine olan etkisi, yargılama giderlerine ilişkin mevzuattaki düzenleme, kararın bir sonucu olarak denetim süresi ve denetimli serbestlik tedbirleri, kararın özel sicile kaydedilmesi ve son olarak dava zaman aşımına etkisi inceleme konusu yapılacaktır.

2. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARI KARŞISINDA GÜVENLİK TEDBİRLERİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ

Daha önce de açıkladığımız üzere hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının ön şartlarından birisi sanık hakkında mahkûmiyet hükmüne (CMK m. 223/5) veya mahkûmiyet hükmüyle birlikte güvenlik tedbirlerine hükmedilmesidir (CMK m. 223/6). Zira mahkûmiyet yerine güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi hali ve mahkûmiyet dışında kalan hükümler sanık hakkında hükmolünmüş bir ‘ceza’ içermedikleri için hükmün açıklanmasının geri bırakılması

kurumunun uygulama alanına giremezler.⁸²⁰ Bu anlamda tartışılması gereken konu cezayla birlikte güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde hükmolunan güvenlik tedbirinin sanık hakkında uygulanıp uygulanmayacağıdır. Zira CMK m. 231/5 uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurulan hükmün sanık hakkında hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eder. Ancak TCK'de yer alan bir takım güvenlik tedbirleri mahkûmiyet hükmünden bağımsız olarak da uygulanabilmektedir. Bu nedenle her bir güvenlik tedbirinin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı karşısında uygulanma kabiliyetini incelemek gerekir.

A. HAK YOKSUNLUKLARI

Belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma TCK m. 53'te düzenlenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrası uyarınca "*Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin Kanuni sonucu olarak; ... [belirli hakları kullanmaktan] ... yoksun bırakılır.*". Belirli haklardan yoksun bırakılma her ne kadar kanunda güvenlik tedbirlerinin altında düzenlenmiş olsa da 'hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu' olarak öngörüldüğü için esasında birer fer'i cezadır. Zira hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak ortaya çıkan şey artık tehlikelilikle bağlantılı olarak ortaya çıkan güvenlik tedbiri değil; suça tepki olarak ortaya çıkan ceza yanında, cezaya mahkûmiyetin kanuni neticesi olarak ortaya çıkan fer'i cezadır. Ancak hukuk düzenimizde 'düzeltici yorum' mümkün değildir ve TCK m. 53'ün

⁸²⁰ CMK m. 231/5: "*Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, (Değişik ibare: 5728 - 23.1.2008 / m.562) "iki yıl" veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir.*"; Ayrıca bkz. §3/III/1.

açık düzenlemesi karşısında hak yoksunluklarını bir güvenlik tedbiri olarak görmekten başka çare yoktur.⁸²¹

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı için bütün unsurlarıyla birlikte kurulmuş bir mahkûmiyet kararı gerekmektedir. Sanığın işlediği kasıtlı suçtan dolayı hapis cezasına hükmedilmesi halinde hak yoksunluğuna da hükmedilecektir.⁸²² Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği hallerde şartlarının oluşması durumunda TCK m. 53'ün de uygulanıp uygulanmayacağı bir tartışma konusudur. Kanunda bu konuda açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte CMK m. 231/5'te yer alan “...Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade eder.” şeklindeki düzenlemenin amacının sanığın işlemiş olduğu suçtan dolayı verilecek mahkûmiyet hükmünün sonuçlarıyla birlikte askıya almak olduğu düşünüldüğünde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulandığı durumlarda hak yoksunlukları uygulama alanı bulmamalıdır.⁸²³ Dolayısıyla sanık hakkında kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı verilen hapis cezasının açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmişse, kararda mahkûmiyet hükmünün kanuni sonucu olarak hak yoksunluklarına da yer verilecektir. Ancak hak yoksunluklarına ilişkin karar da mahkûmiyet hükmüyle birlikte askıya alınacak ve denetim süresinin sonuna kadar uygulanmaksızın beklenecektir. Bu karar ancak sanık hakkında kurulan fakat açıklanması ertelenen mahkûmiyet hükmünün kanunda yazan sebeplerden birisi sebebiyle (CMK m. 231/11) açıklanması halinde uygulama alanı bulacaktır.⁸²⁴

⁸²¹ **Hafizoğulları – Özen**, s. 473 – 476.

⁸²² **İpek**, s. 225, 226; **Baştürk**, s. 402.

⁸²³ **Aras**, s. 78, 79; **Mahmutoğlu**, s. 364; **Töngür**, s. 262; **Öztürk vd.**, s. 636; **Balo**, s. 138; **Yıldırım**, s. 372.

⁸²⁴ **İpek**, s. 225 – 227; **Baştürk**, s. 402, 403; **Kumbasar**, s. 197, 198.

B. MÜSADERE

Müsadere, yeni suçların işlenmesini önlemek amacıyla, suç teşkil eden fiillerden kaynaklandığı veya bunların işlenmesiyle ilgili olduğu için suç düşüncesini ve suçun çekiciliğini canlı tutan eşyaya devletin el koyması halidir.⁸²⁵ Bu anlamda müsadere suça ait izlerin ortadan kaldırılması amacına hizmet eden yegane güvenlik tedbiridir.⁸²⁶

TCK iki farklı müsadere türü öngörmüştür. Bunlar TCK m. 54'te düzenlenen 'Eşya Müsaderesi' ve TCK m. 55'te düzenlenen 'Kazanç Müsaderesi'dir.

Eşya müsaderesi, "... kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın..." mülkiyetinin devlete geçmesi halidir (TCK m. 54/1 [1. cümle]). Bu tür eşyanın müsaderesine karar verilebilmesi için eşya ile bağlantılı kasıtlı suçun işlenmiş veya icrasına başlanmış olması gerekir.⁸²⁷

"Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir." (TCK m. 54/1 [2. cümle]). Bu halde de bir eşya müsaderesi söz konusudur ancak suçun icrasına başlanmış olması müsadere kararı için gerekli değildir. Suçun hazırlık aşamasında kalması halinde de bu tür eşya müsadere edilebilir.⁸²⁸

TCK m. 54/4 uyarınca, "Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, müsadere edilir.". Bu tür eşyanın müsaderesi için eşyanın kime ait olduğunun bir önemi olmadığı gibi bir suçun işlenmiş olması da gerekmez.⁸²⁹ Ancak bu noktada

⁸²⁵ Toroslu – Toroslu, s. 466, 467.

⁸²⁶ Devrim Güngör – Haluk Toroslu, "Müsadere ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme", AÜHF.D., C. 65, S. 4, Y. 2016, s. 1968, 1969.

⁸²⁷ Centel – Zafer – Çakmut, s. 727; Toroslu – Toroslu, s. 467.

⁸²⁸ Centel – Zafer – Çakmut, s. 727; Toroslu – Toroslu, s. 467, 468.

⁸²⁹ Toroslu – Toroslu, s. 469.

bir görüşe göre fail bu fıkra da sayılan türden eşyaları bulunduruyorsa bu eşyalarla ya suçu işlemiştir ya da işleyecektir. Şayet fail bu eşyalarla suçu işlemişse eşyaların müsadere sine TCK m. 54/1 (1. cümle) kapsamında karar verilecektir. Failin hareketleri henüz icra hareketleri aşamasında değilse, bu türden eşyanın müsadere sine TCK m. 54/1 (2. cümle) kapsamında ‘bir suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanmış eşya’ sıfatıyla hükmedilecektir. Dolayısıyla TCK m. 54/4’te kanun koyucu gereksiz bir tekrarda bulunmuştur.⁸³⁰ Bu tespit esasında doğru olmakla birlikte her olay için geçerli olmayabilir. Örneğin bir evde kasten yaralama suçunun işlendiğine ilişkin ihbar alan polis evin bahçesinde bir paket uyuşturucu madde bulursa ve o evde yaşayan kişilerin uyuşturucu maddeyle herhangi bir ilgilerinin olmadığı tespit edilirse bu eşyanın müsadere si TCK m. 54/4 kapsamında gerçekleştirilecektir.⁸³¹ Zira bu ihtimalde uyuşturucu madde ne TCK m. 54/1 (1. cümle) kapsamındadır ne de TCK m. 54/1 (2. cümle) kapsamındadır.

Bu başlık altında tartışacağımız temel konu hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği hallerde müsadere tedbirinin uygulanıp uygulanamayacağı meselesidir. Bu nedenle müsadere nin şartlarına ayrıntılı olarak yer verilmeyecek sadece konumuzla ilgili olduğu ölçüde müsadere nin uygulanabilmesi için mahkûmiyet hükmüne gerek olup olmadığı meselesi tartışılacaktır.

TCK m. 54’te yer alan eşya müsadere si güvenlik tedbirinin uygulanabilmesi için bir mahkûmiyet kararının verilmesinin gerekip gerekmediği bir tartışma konusudur. Nitekim kanunun gerekçesinde “...müsadere ye hükmedilmesi için bir suçun işlenmesi zorunlu olmakla birlikte, bu suçtan dolayı bir kimsenin cezaya mahkûm edilmesi gerekmemektedir. Örneğin suç

⁸³⁰ Centel – Zafer – Çakmut, s. 727, 728.

⁸³¹ Yüklenen suçun sabit olmasına rağmen, sanığın suçu işlemediği gerekçesiyle beraat kararı verildiği hallerde dahi sanık iyi niyetli değilse eşya müsadere sine hükmolunabileceği hakkında bkz. **Fatih Selami Mahmutoğlu – Serra Karadeniz**, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, Beta Yay., İstanbul 2017, s. 1275; **Güngör – Toroslu**, s. 1978.

işlenmesinde kullanılan tehlikeli eşya, bunu kullanan fail çocuk veya akıl hastası olması nedeniyle cezalandırılmasa dahi, müsaderesine hükmedilebilecektir.” ifadesi yer almıştır. Gerekçede söz edilen mahkûmiyet bir ceza mahkûmiyetidir. Müsadere tedbirinin uygulanabilmesi için ceza mahkûmiyetinin aranmamasının anlamı, hakkında müsadere tedbiri uygulanacak kişinin aynı zamanda cezalandırılabilir olmasının gerekmemesidir. Güvenlik tedbirlerinin asıl amacının cezalandırılabilir olmayan kişilere karşı toplumun savunmasız kalmasının önlenmesi olduğu düşünüldüğünde bu tespit isabetlidir.⁸³²

Her ne kadar mahkûmiyet hükmü müsadere kararının bir ön şartı olmasa da TCK m. 54/1'in 1. cümlesine göre müsadere kararı verilebilmesi için bir suçun işlendiğinin mahkeme kararıyla tespit edilmesi gerekir.⁸³³ Dolayısıyla kişi hakkında suç işlendiğinin sabit olduğunu ortaya koyan bir karar bulunmadığı halde, müsadere tedbirinin uygulanabilmesi mümkün değildir. Elbette ki suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan ve kamu güvenliği, kamu sağlığı ve genel ahlak açısından tehlike arz eden eşya söz konusu olduğunda kişinin suç işlediğinin sabit olduğunu ortaya koyan bir kesin hüküm bulunmaksızın da müsadereye hükmedilecektir.⁸³⁴

TCK m. 54/4 uyarınca müsadere kararı verilebilmesi için de eşyanın kime ait olduğunun bir önemi olmadığı gibi bir suçun işlenmiş olması da gerekli değildir.⁸³⁵ Söz konusu eşya kişilerin davranışlarından bağımsız olarak müsadere edilir bu nedenle bu tür eşyanın müsaderesine sulh ceza hakimliği tarafından duruşma yapılmaksızın karar verilir⁸³⁶ (CMK m. 256 – 259).

⁸³² **Güngör – Toroslu**, s. 1972.

⁸³³ **Mahmutoglu – Karadeniz**, s. 1272, 1275.

⁸³⁴ **Güngör – Toroslu**, s. 1972.

⁸³⁵ **Toroslu – Toroslu**, s. 469.

⁸³⁶ **Hafizoğulları – Özen**, s. 486; **Güngör – Toroslu**, s. 1974.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilebilmesinin temel ön şartı sanık hakkında kanunda yazılı şartlara uygun bir mahkûmiyet hükmünün kurulmasıdır. Ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade eder (CMK m. 231/5). Daha önce de açıklandığı üzere hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı mahkûmiyet hükmünün maddi anlamda kesinleşmesini önleyen nitelikte bir karardır.⁸³⁷ Dolayısıyla açıklanması geriye bırakılmış mahkûmiyet hükümleri birer kesin hüküm değildir ve kesin hükmün sonuçlarını da doğurmazlar.

Müsadereyi uygulanabilmesi için ise kişinin suç işlediğini ortaya koyan kesinleşmiş bir mahkeme kararı gerekmektedir. Aksi takdirde ‘suç’ta kullanılan, ‘suç’un işlenmesine tahsis edilen veya ‘suç’tan meydana gelen eşyadan bahsedilebilmesi mümkün değildir. Zira önce davranışın bir ‘suç’ olduğunu kesin hükümle tespit etmek gerekir. Ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde kişinin suç işlediğini ortaya koyan kesinleşmiş mahkeme hükmü bulunmadığından müsadere tedbirinin uygulanabilmesi mümkün değildir.⁸³⁸ Bu halde hüküm tesis edilirken müsadere kararı verilecek ancak infaz edilmeyecektir.⁸³⁹

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde müsadere kararı infaz edilemeyecektir peki müsadere konusu eşyaya ne olacaktır? Yargıtay bu konuda kabul edilemez bir çözüm yöntemini benimsemiştir. Yargıtay’a göre müsadere konusu eşya, TCK m. 54/4’te sayılan eşyalardan birisi olmadığı müddetçe hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına bağlı denetim süresi boyunca yediemin sıfatıyla sanığa teslim edilebilecektir.⁸⁴⁰ Ancak madem müsadere,

⁸³⁷ §1/II/1.

⁸³⁸ **Güngör – Toroslu**, s. 1977; Aynı yönde görüş için bkz. **Mahmutoğlu – Karadeniz**, s. 1276.

⁸³⁹ **Mahmutoğlu – Karadeniz**, s. 1276.

⁸⁴⁰ Yar. CGK., E. 2014/6-66, K. 2014/365, T. 11.7.2014: “Uyuşmazlık; açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde yer alan müsadere kararının temyizden incelenmesinin mümkün olup olmadığının belirlenmesine ilişkindir. Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olması nedeniyle hükmün henüz hukuken varlık kazanmaması ve beş yıllık denetim süresi göz önünde bulundurulduğunda, hak kayıplarına neden olunmasının önüne geçilebilmesi amacıyla, hükmün

yeni suçların işlenmesini önlemek amacıyla, suç teşkil eden fiillerden kaynaklandığı veya bunların işlenmesiyle ilgili olduğu için suç düşüncesini ve suçun çekiciliğini canlı tutan eşyaya devletin el koyması halidir,⁸⁴¹ öyleyse bu eşyayı yargılama henüz bitmemişken faile vermek ne kadar anlamlıdır?

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı davayı sonlandıran bir kesin hüküm değildir ve bu karar verildiği hallerde yargılama derdest kalmaya devam eder. Müsadere tedbirinin uygulanabilmesi için suçun işlendiğini tespit eden bir kesin hükmün bulunması gerektiği için müsadere tedbiri kural olarak infaz edilemeyecektir. Bu tedbirin infaz edilebilmesi için verilen mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesi beklenecektir. Zira 5 yıllık denetim süresinin sonunda düşme kararının veya hükmün açıklanması halinde açıklanan mahkûmiyet hükmünün istinaf kanun yoluna götürülmesi ve istinaf mahkemesinin ilk derece mahkemesinin kararını bozarak yeniden yargılama yapmasını istemesi her zaman mümkündür. İşte bu hallerde müsadere konusu eşyanın delil niteliği devam edecektir. Dolayısıyla müsadere tedbirinin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleşmesiyle infazı kural olarak kabul edilebilir değildir.

açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen durumlarda, TCK'nun 54/4. maddesinde belirtilen üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşyalar hariç olmak üzere, müsadereye konu eşyanın denetim süresi içerisinde ve gerektiğinde belirlenecek şartlar dahilinde yediemin sıfatıyla sanığa teslimine karar verilip verilemeyeceği hususu da ayrıca yerel mahkemelerce değerlendirilmelidir. Yerel mahkemece sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olup, bu karar itiraz kanun yoluna tabi olduğundan, hükmün parçası olan müsadere kararının da itiraz kanun yoluna tabi olması gerekmektedir. Yerel mahkemece müsadere kararının temyiz kanun yoluna tabi olduğuna karar verilmesi ve Özel Dairece de temyiz isteminin kabulü ile müsadere yönünden sınırlı inceleme yapılması usul ve kanuna aykırıdır.”, (www.kazanci.com, SGT. 11.9.2018).

⁸⁴¹ **Toroslu – Toroslu**, s. 466, 467.

TCK m. 54'te yer alan farklı aşamalardaki müsadere tedbirlerinin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı karşısında uygulanabilirliği için bir ayırım yaparak konunun incelenmesi daha sağlıklı olacaktır.

TCK m. 54/1 (1. cümle) kapsamındaki müsadere tedbiri hüküm fıkrasına yazılacak ancak infaz edilmeyecektir.⁸⁴² Bize göre burada mahkemenin vermesi gereken karar CMK m. 123⁸⁴³ kapsamında el koyma kararıdır.

TCK m. 54/1 (2. cümle) ise suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyadan bahsetmektedir. Dolayısıyla bu kapsamda müsadere tedbiri verilebilmesi için suç henüz hazırlık aşamasında olmalı fail icra hareketlerine başlamamış olmalıdır. Zira icra hareketlerine başlanmasıyla birlikte müsadere kararı TCK m. 54/1 (1. cümle) kapsamında verilecektir. Öyleyse TCK m. 54/1 (2. cümle)'de belirtilen ihtimalde ortada henüz bir 'suç fiili' yoktur. Ortada bir suç fiili yoksa kişinin yargılanmasını ve hakkında mahkûmiyet hükmü verilmesini gerektirecek temel şart ortada yok demektir. Öyleyse ne bir mahkûmiyet hükmünden ne de hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararından bahsedilir. Dolayısıyla TCK m. 54/1'in 2. cümlesinde yer alan müsadere kararının hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla birlikte uygulanabilirliğini tartışmaya lüzum yoktur.⁸⁴⁴ Ortada bir suç fiili olmadığı için TCK

⁸⁴² **Mahmutoğlu – Karadeniz**, s. 1276; Müsadere tedbirinin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla birlikte uygulanamayacağı hakkında ayrıca bkz. **Centel – Zafer**, s. 768.

⁸⁴³ **MADDE 123.-** “(1) İspat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri, muhafaza altına alınır.

(2) Yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya elkonulabilir.”

⁸⁴⁴ Doktrinde TCK m. 54/1'in 2. cümlesiyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun bir arada uygulanabilirliğini tartışarak bu tür eşyanın müsaderesine hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının bir engel teşkil etmeyeceği sonucuna ulaşan görüş için bkz. **Güngör – Toroslu**, s. 1978.

m. 54/1'in 2. cümlesi kapsamında verilecek müsadere kararının CMK m. 256 – 259 kapsamında bağımsız bir müsadere yargılamasıyla verilmesi gerektiğini düşünüyoruz.⁸⁴⁵

TCK m. 54/4 kapsamında verilecek müsadere tedbirleri içinse ayrıca bir ayırım yapmak gerekir. Bu fıkrada sayılan eşyalar eğer suçun işlenmesinde kullanılmışsa TCK m. 54/1 kapsamında müsaderesi gerekir. Dolayısıyla müsadere tedbiri karara yazılacak ancak infaz edilmeyecektir. Bu türden eşyaya CMK m. 123 kapsamında el konulması gerekir.⁸⁴⁶ TCK m. 54/4 kapsamındaki eşya TCK m. 54/1'in 1. cümlesi kapsamına girmiyorsa ya TCK m. 54/1'in ikinci cümlesi kapsamında müsadere edilebilecektir ya da kişilerden bağımsız bir eşyanın müsaderesi söz konusu olacaktır. Ancak her iki ihtimalde de bu türden eşyanın müsaderesi TCK m. 54/1 (1. cümle) kapsamında değilse CMK m. 256 – 259 kapsamında bağımsız bir müsadere yargılamasıyla mümkün olacaktır.⁸⁴⁷

⁸⁴⁵ Benzer yönde bkz. **İpek**, s. 237; **Baştürk**, s. 405: Yazarlar bizim yürüttüğümüz tartışmayı yürütmeksizin, bu türden eşyanın derhal imhasının gerektiğini belirtmişlerdir.

⁸⁴⁶ Yargıtay ise sunduğumuz çözüme benzer bir uygulamayı hukuka aykırı bulmuştur. Bkz. Yar. 8. CD., E. 2016/5776, K. 2016/7400, T. 6.6.2016: “Müsadere kararı güvenlik tedbiri olmakla birlikte hükmün bir parçası niteliğinde olup, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ile birlikte verilen müsadere kararı da bu hükme bağlı olduğundan askıda bir karardır ve hüküm açıklanıncaya kadar hukuki sonuç doğurma yeteneği bulunmamaktadır. İncelemeye konu olayda mahkemece, sanık hakkında suçu sabit görülerek 6136 Sayılı Yasaya muhalefet suçundan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi karşısında, suça konu silahın müsaderesinde bir isabetsizlik bulunmadığı ve suç eşyasının denetim süresince adli emanette muhafaza edilmesi gerektiğine yönelik bir düzenleme olmadığı gözetilmeden, itiraz mercii tarafından suç eşyasının adli emanette muhafazasına karar verilmesi yerinde görülmemiştir.”, (www.kazanci.com, SGT. 12.11.18).

⁸⁴⁷ Doktrinde ise herhangi bir ayırım yapmadan TCK m. 54/4 kapsamındaki eşyanın hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleşmesiyle infaz edilebileceğini savunan yazarlar bulunmaktadır. Bkz. **Güngör – Toroslu**, s. 1978; Buna karşılık bizim TCK m. 54/4 kapsamında yaptığımız ayırımı yapmaksızın bu türden eşyasının suç delili olması sebebiyle hükmün kesinleşmesiyle birlikte müsadere edilmesi gerektiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. **İpek**, s. 233, 234; **Kumbasar**, s. 199, 200; **Baştürk**, s. 405; **Epözdemir**, s. 235, 236; **Horozgil**, s. 142, 143.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla birlikte müsadere tedbirine hükmedilmesi halinde müsadere kararına karşı gidilebilecek kanun yolu tartışmalara sebep olmuş bazı yerel mahkemeler hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itiraz kanun yoluna gidilebilirken müsadere kararına karşı temyiz kanun yolunun açık olduğunu belirtmişlerdir.⁸⁴⁸ Yargıtay'ın özel dairesince onanan⁸⁴⁹ bu karar Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından müsadere kararının hükmün bir parçası olduğu ve bu nedenle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının tabi olduğu kanun yolu olan itiraz kanun yoluna tabi olması gerektiği belirtilmiştir. Kararda ayrıca müsadere tedbiri hakkında doğru bir sonuca ulaşmak için fiilin sabit olup olmadığının belirlenmesinin gerektiği ancak mahkûmiyet hükmünden bağımsız olarak müsadere kararının incelenmesi halinde bu konuda bir karara varılamayacağı belirtilerek bu uygulama usul ve kanuna aykırı bulunmuştur.⁸⁵⁰ Biz de Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bu konudaki gerekçelerine katılıyor ve TCK m. 54/1 (1. cümle)

⁸⁴⁸ Kula Asliye Ceza Mahkemesi, E/K. 19 – 146, T. 16.4.2008, (karar için bkz. Yar. CGK., E. 2012/6-1452, K. 2014/195, T. 15.4.2014, www.kazanci.com, SGT. 21.09.18).

⁸⁴⁹ Yar. 6. CD., E/K. 3542/6459, T. 2.4.2012, (karar için bkz. Yar. CGK., E. 2012/6-1452, K. 2014/195, T. 15.4.2014, www.kazanci.com, SGT. 21.09.18).

⁸⁵⁰ Yar. CGK., E. 2012/6-1452, K. 2014/195, T. 15.4.2014: “Müsadere kararı güvenlik tedbiri olmakla birlikte hükmün bir parçası olduğu için, hükmün tâbi olduğu kanun yoluna tâbi olması gerekmektedir. Dolayısıyla açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde yer alan müsadere kararına karşıda ancak itiraz kanun yoluna başvurulabilecektir. Zira açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olması nedeniyle henüz hukuken varlık kazanmamış bulunan hükmün temyiz merciince denetlenebilme imkanı bulunmayan bir aşamada, hükmün bir parçasını oluşturan müsadere kararının temyizen incelenebileceğini kabul etmek, bir bütün olan hükmün bir bölümünün itiraz, bir bölümünün ise temyiz kanun yoluna tâbi olacağı gibi çelişkili bir halin ortaya çıkması sonucunu doğuracaktır. Diğer taraftan, müsadere kararının doğru olup olmadığının belirlenmesi için öncelikle eylemin sabit olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Bu itibarla itiraz kanun yoluna tâbi bulunan açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükmün temyizen incelenmesi, dolayısıyla eylemin sabit olup olmadığının belirlenmesi mümkün olmayacak, bunun sonucu olarak eylemin sabit olduğu belirlenmeden eksik bir değerlendirmeye müsadere kararının doğru olup olmadığının tespiti usul ve kanuna aykırı olacaktır.”, (www.kazanci.com, SGT. 21.09.18).

kapsamındaki müsadere hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla birlikte uygulanması durumunda bu kararın ancak beş yıllık denetim süresinin sonunda verilen düşme kararıyla birlikte veya hükmün açıklanması halinde açıklanan mahkûmiyet hükmüyle birlikte istinaf kanun yoluna götürülmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Son olarak, kazanç m saderesinde (TCK m. 55)⁸⁵¹, TCK m. 54/4 ve TCK m. 54/1 (2. cümle) gibi istisnai düzenlemeler bulunmadığı için sanık kesin hükümle mahkûm olmadığı sürece kazanç müsaderesinin infazı mümkün değildir. Dolayısıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği hallerde kazanç müsaderesi infaz edilemeyecektir.⁸⁵²

C. ÇOCUKLARA VE AKIL HASTALARINA ÖZGÜ GÜVENLİK TEDBİRLERİ

TCK m. 56 “ ocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin neler olduğu ve ne suretle uygulanacakları ilgili Kanunda gösterilir.” diyerek  ocuk Koruma Kanunu’na atıf yapmıştır.  KK’nın ‘ ocuklara özgü güvenlik tedbiri’ başlıklı 11. maddesi uyarınca da “Bu Kanunda düzenlenen koruyucu ve destekleyici tedbirler, suça sürüklenen ve ceza sorumluluğu olmayan çocuklar bakımından, çocuklara özgü güvenlik tedbiri olarak anlaşılır.” hükmünü haizdir. Öyleyse  ocuklara özgü güvenlik tedbirleri ceza sorumluluğu olmayan ve suça sürüklenen

⁸⁵¹ **MADDE 55** – “(1) Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsaderesine karar verilir. Bu fıkra hükmüne göre müsadere kararı verilebilmesi için maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekir.

(2) Müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere elkonulamadığı veya bunların merciine teslim edilmediği hallerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine hükmedilir.

(3) (Ek fıkra : 5918 - 26.6.2009 / m.2) Bu madde kapsamına giren eşyanın müsadere edilebilmesi için, eşyayı sonradan iktisap eden kişinin 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun iyiniyetin korunmasına ilişkin hükümlerinden yararlanamıyor olması gerekir.”

⁸⁵² **Güngör – Toroslu**, s. 1978.

çocuklar bakımından uygulanabilir tedbirlerdir. Ceza sorumluluğu olmayan kişilere CMK m. 223/3-a ve TCK m. 31 uyarınca ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. Ortada bir mahkûmiyet hükmü bulunmayacağından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanması da söz konusu olmayacaktır.⁸⁵³

TCK m. 57⁸⁵⁴ akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerini düzenlemektedir. Suça sürüklenen çocuklar için ulaştığımız sonuca akıl hastaları için de ulaşmak mümkündür. Zira akıl hastaları için de TCK m. 32 ve CMK m. 223/3-a uyarınca ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. Ortada bir mahkûmiyet hükmü bulunmayacağından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanması da söz konusu olmayacaktır.⁸⁵⁵

D. TEKERRÜR

Tekerrür TCK m. 58⁸⁵⁶'de düzenlenmektedir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının konusunu oluşturan mahkûmiyet hükmünde tekerrüre hükmedilse dahi, mahkûmiyet hükmü henüz kesinleşmemiş olduğu için tekerrür hükümleri, sonuçlarını ancak hükmün açıklanması halinde doğurur. Tekerrürün şartlarının oluştuğunu düşünen mahkeme, sanığa hangi ilam nedeniyle tekerrür hükümlerinin uygulandığını hüküm fıkrasında göstermelidir.⁸⁵⁷

⁸⁵³ **Kumbasar**, s. 202; **Baştürk**, s. 406; **Epözdemir**, s. 244.

⁸⁵⁴ **MADDE 57** – “(1) Fiili işlediği sırada akıl hastası olan kişi hakkında, koruma ve tedavi amaçlı olarak güvenlik tedbirine hükmedilir. Hakkında güvenlik tedbirine hükmedilen akıl hastaları, yüksek güvenlikli sağlık kurumlarında koruma ve tedavi altına alınırlar.

...”

⁸⁵⁵ **Kumbasar**, s. 202; **Baştürk**, s. 406; **Epözdemir**, s. 244, 245.

⁸⁵⁶ **MADDE 58** – “(1) Önceden işlenen suçtan dolayı verilen hüküm kesinleştikten sonra yeni bir suçun işlenmesi halinde, tekerrür hükümleri uygulanır. Bunun için cezanın infaz edilmiş olması gerekmez.

...”

⁸⁵⁷ **İpek**, s. 240; **Baştürk**, s. 406, 407; **Epözdemir**, s. 242.

E. SINIR DIŞI EDİLME

Sınır dışı edilme TCK m. 59⁸⁵⁸'da düzenlenmektedir. Yabancı kişi hakkında kurulan mahkûmiyet hükmü bünyesinde bu güvenlik tedbirini de barındıracaktır. Ancak hüküm açıklanmadığı sürece bu tedbir herhangi bir hukuki sonuç doğurmayacaktır.⁸⁵⁹

F. TÜZEL KİŞİLER HAKKINDA GÜVENLİK TEDBİRLERİ

TCK m. 20/2⁸⁶⁰ uyarınca tüzel kişilerin cezai sorumluluğu yoktur ancak suç dolayısıyla tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilir. Bu güvenlik tedbirleri de TCK m. 60⁸⁶¹'da belirtilmiştir. Tüzel kişi yararına suç işlenmesi ve kurulan mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının ertelenmesine karar verilmesi halinde, TCK m. 60'da yer alan güvenlik tedbirleri de kararda yer alacak fakat hüküm açıklanmadığı sürece uygulanmayacaktır.⁸⁶²

⁸⁵⁸ **MADDE 59 - (Değişik: 5328 - 31.3.2005 / m.1)** “(1) İŞlediği suç nedeniyle hapis cezasına mahkum edilen yabancı, koşullu salıverilmeden yararlandıktan ve her halde cezasının infazı tamamlandıktan sonra, durumu, sınır dışı işlemleriyle ilgili olarak değerlendirilmek üzere derhal İçiŐleri Bakanlığına bildirilir.”

⁸⁵⁹ **Baştürk**, s. 407; **Epözdemir**, s. 245.

⁸⁶⁰ **TCK m. 20/2**: “Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla Kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.”

⁸⁶¹ **MADDE 60** – “(1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iŐtirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir.

(2) Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.

(3) Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hakim bu tedbirlere hükmetmeyebilir.

(4) Bu madde hükümleri Kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanır.”

⁸⁶² **Kumbasar**, s. 202, 203; **Baştürk**, s. 407, 407; **Epözdemir**, s. 245, 246.

3. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARI VE YARGILAMA GİDERLERİ

Yargılama giderlerinin neler olduğu ve kimlere nasıl yükletilebileceği CMK m. 324 ve devamında belirtilmiştir. CMK m. 324/1 uyarınca, *“Harçlar ve tarifesine göre ödenmesi gereken avukatlık ücretleri ile soruşturma ve kovuşturma evrelerinde yargılamanın yürütülmesi amacıyla Devlet Hazinesinden yapılan her türlü harcamalar ve taraflarca yapılan ödemeler yargılama giderleridir.”*

Sanığın cezaya veya güvenlik tedbirine mahkûm edilmesi halinde yargılama giderleri sanığa yüklenecektir (CMK m. 325/1). Ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve cezanın ertelenmesi hallerinde de yargılama giderleri sanığa yüklenecektir (CMK m. 325/2).

CMK m. 325/2’de yer alan bu düzenleme Anayasa’nın 2., 10. ve 38. maddelerine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi’ne taşınmıştır. İtirazın gerekçesinde CMK m. 231/5’te yer alan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının sanık hakkında bir sonuç doğurmayacağı ana kuralı karşısında yargılama giderlerinin sanığa yükletileceğine ilişkin CMK m. 325/2’nin Anayasa’nın 2. maddesine (hukuk devleti) aykırılık teşkil ettiğini zira karara karşı temyiz yolunun henüz kapalı olmasına karşılık temyize tabi olup da kesinleşen kararlar gibi sonuçlar doğurmasının AİHS m. 6’da yer alan adil yargılanma hakkına da aykırı olduğu belirtilmiştir. Yine itirazın gerekçesine göre, henüz suçlu olduğu kesinleşmeyen bir kişiye yargılama gideri yükletmek hakkında dava açılması nedeniyle o kişiyi diğerlerinden farklı bir konuma sokmaktadır ve bu nedenle Anayasa’nın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesine aykırıdır. Ayrıca suçluluğu hükmen sabit olmayan sanığa yargılama gideri yükletilmesi Anayasa m. 38’de yer alan suçsuzluk karinesine de aykırılık teşkil edecektir. Anayasa

Mahkemesi ise tüm bu itirazlar karşısında ilgili hükmün Anayasa'ya aykırılık teşkil etmediğini belirtmiştir.⁸⁶³

Ancak biz de Anayasa Mahkemesi'ne yapılan itiraz başvurusunun gerekçesinde yer alan hususlara katılıyoruz. Gerçekten de yargılama giderlerine ilişkin ana kural mahkûm olan sanığın yargılama giderlerini ödemesidir ve mahkûmiyetin kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü olduğu konusunda hiçbir şüphe bulunmamaktadır. Fakat hükmün açıklanmasının geri

⁸⁶³ AYM., E. 2010/1, K. 2011/149, T. 3.11.2011, RG. 25.1.2012/28184: “Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı bir beraat hükmü olmayıp, yapılan yargılama sonunda eylemin suç ve sanığın suçlu olduğu tespit edilmekte ve bir mahkûmiyet hükmü kurulmaktadır. Mahkûmiyet hükmü mevcut olmakla birlikte sanığın kabulüyle sanık ile ceza arasındaki bağlantı belirli şartlarla kesilmekte ve açıklanması askıya alınmakta, geri bırakılmaktadır... hükmün ... açıklanmasının geri bırakılmasının bir beraat kararı şeklinde değerlendirilmesi ve bir beraat kararı sonuçlarını doğurması beklenemez.

Ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihi bulunması Devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu bağlamda ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından yasakoyucu Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, soruşturma ve yargılamaya ilişkin olarak hangi yöntemlerin uygulanacağı, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılaşmaları gerektiği, hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. Yasakoyucunun takdir yetkisi kapsamında ilk defa suç işleyen ve suçu sabit görülen kimseleri toplum barışını sağlamaya yönelik olarak hükümlü olma süreci dışına çıkaran hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararında yargılama giderlerinin sanığa yükletilmesine ilişkin itiraz konusu kuralda, Anayasa'da belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itiraz kanun yolu öngörülmüştür, ayrıca deneme süresi sonunda verilecek düşme veya geri bırakma koşullarına uyulmaması halinde verilecek karar hakkında esas hükümlerle birlikte temyiz denetimi olanaklı bulunmaktadır. Hakkında mahkûmiyet hükmü kurulduktan sonra sanığın kabulüyle verilen ve kanun yoluna başvurmanın mümkün olduğu hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararında, yargılama giderlerinin sanığa yüklenmesine ilişkin itiraz konusu kuralda eşitlik ilkesine aykırılık yoktur.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 10. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.”

bırakılması halinde ortada kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunmamaktadır. Zira karar, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade eder (CMK m. 231/5). Bu anlamda CMK m. 325/2’de yer alan düzenleme, açıkça CMK m. 231/5 ile çelişmektedir. Yine CMK m. 325/2’de yer alan düzenleme suçsuzluk karinesiyle çelişmekte ve suçluluğu hükmen sabit olmayan kişiye, suçluluğu sabitmişçesine yargılama gideri yüklemektedir. Bu durumda sanığın adil yargılanma hakkının da ihlal edildiğine hiçbir şüphe bulunmamaktadır.⁸⁶⁴

Bu konuya ilişkin doktrindeki bir diğer tartışma ise, yargılama giderlerinin hangi aşamada sanıktan tahsil edilmesi gerektiğine ilişkindir. Doktrinde yaygın olarak kabul edilen görüşe göre, yargılama giderleri hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleşmesiyle birlikte infaz edilmelidir. Zira kanun koyucu aksini amaçlasaydı CMK m. 325/2 hükmünü 5560 sayılı kanunla ihdas etmezdi.⁸⁶⁵ Ancak bu konuda bizim de katıldığımız görüşe göre, hükmün kesinleşmesi beklenmeden yargılama giderlerinin sanığa yükletilmesi hukuka aykırıdır. Bu yönde düşünmemizin temel sebebi, bir önceki paragrafta da açıkladığımız üzere, CMK m. 325/2’nin Anayasa’ya aykırı olmasıdır. Ayrıca karşı çıktığımız bu uygulama

⁸⁶⁴ Aynı yönde bkz. **Baştürk**, s. 409; **Yıldırım**, s. 385 vd.; Bu noktada doktrinde Baştürk tarafından kabul edilemez bulunan bir CGK kararından bahsetmemiz gerekir. Kararın yazar tarafından alıntılanan kısmı şu şekildedir: “*Her ne kadar önce verilen ve sonra bütünüyle kaldırılan bir cezanın varlığı nedeniyle tertip olunmuş ücreti vekalet ve yargılama gideri sorumluluğu söz konusu ise de bu tür tali yükümlülüklerin, yasa koyucunun amaçladığı düzeyde ceza olmadığı ve salt bu nedenle hükmün açıklanmasının ertelenmesinden yararlanılmak gerekmeyeceği kabul edilmelidir.*”. Ancak karar bir bütün olarak incelendiğinde sanıkların karşılıklı hakaret dolayısıyla cezalarının ortadan kaldırıldığı dolayısıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi için gerekli olan 2 yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezasının bulunmadığı anlaşılacaktır. Yargıtay CGK. bu bağlamda salt yargılama giderlerinin birer ceza olmadığını ve bu nedenle tarafların kurumdan yararlanamayacağını belirtmiştir. Dolayısıyla bu karar hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla birlikte yargılama giderlerinin hangi aşamada nasıl infaz edilebileceğini anlatmak için uygun bir karar değildir. Zira karara konu olayda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının uygulanabilirliği yoktur. Karar için bkz. Yar. CGK., E. 2007/4-215, K. 2008/53, T. 18.3.2008, (www.kazanci.com, SGT. 23.09.18).

⁸⁶⁵ **İpek**, s. 245; **Kumbasar**, s. 204; **Epözdemir**, s. 250.

birtakım çıkmazlara sebep olmaktadır. Örneğin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararından sonra herhangi bir sebeple hükmün açıklanması ve kanun yolu davası neticesinde sanığın beraat etmesi halinde sanıktan tahsil edilen yargılama giderleri sanığa iade edilecek midir? Bu konuya ilişkin belirsizlik mevcut pozitif düzenlemelerle çözümlenebilir görünmemektedir. Bu nedenlerle sanıktan yargılama giderleri ancak hükmün kesinleşmesinden sonra tahsil edilmelidir.⁸⁶⁶

4. DENETİM SÜRESİ VE DENETİMLİ SERBESTLİK TEDBİRLERİ

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun en önemli noktalarından birini teşkil eden konu şüphesiz ki denetim süresidir. Zira denetim süresinin iyi halli geçirilmesi halinde açıklanması geriye bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak düşme kararı verilecektir (CMK m. 231/10). Ancak denetim süresinin iyi halli geçirilmemesi yani denetim süresi içerisinde kasten yeni bir suç işlenmesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere aykırı davranılması halinde mahkeme hükmü açıklayacaktır (CMK m. 231/11 [1. cümle]).⁸⁶⁷

Denetim süresinin tespitinde farklı sistemler mevcuttur. Bunlar sabit süre sistemi, sürenin alt ve üst sınırlarının kanunca belirlenip bu sınırlar arasında bir süre belirlemek konusunda hakime takdir yetkisi tanıyan sistem, sürenin üst sınırının tespit edilip alt sınırının tespit edilmediği sistem, denetim süresinin kanunda belirtildiği ancak hakime bu süreyi belirli

⁸⁶⁶ **Baştürk**, s. 409.

⁸⁶⁷ **Önder**, Tecil, s. 233: Yazarın açıklamaları 765 ve 647 sayılı mevzuatta düzenlenen tecil kurumuna ilişkin olup konuyla bağlantısı tarafımızca kurulmuştur.

bir sınıra kadar uzatma yetkisinin verildiği sistem ve denetim süresinin alt sınırının cezanın zamanaşımı süresinden az ve belirli bir süreden daha fazla belirlenemeyeceği sistemlerdir.⁸⁶⁸

CMK m. 231’de düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunda kanun koyucunun tespit ettiği sistem sabit süre sistemi olmuştur. Bu süre yetişkin sanıklar için beş yıl (CMK m. 231/8), suça sürüklenen çocuklar içinse üç yıldır (ÇKK m. 23). Ancak sabit süre sistemi sert olması ve her olay için uygun olmaması sebebiyle eleştirilmiştir. Serbest süre sisteminde de denetim süresini gereğinden az tespit edilmesi ve kurumdan beklenen faydaların elde edilemeyeceği belirtilmektedir. Bu nedenle kanunun denetim süresinin alt ve üst sınırlarını tespit ettiği ancak bu süreler arasında bir süreyi belirlemek konusunda hâkime takdir yetkisi tanıdığı sistem en etkili sistem olarak belirtilmektedir.⁸⁶⁹ Gerçekten de madem her failin kişiliği farklıdır ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu bir cezanın bireyselleştirilmesi kurumudur, öyleyse denetim süresinin belirlenmesi konusunda da faili en iyi tanıyan makama yani mahkemeye takdir yetkisi tanınmalıdır.⁸⁷⁰

CMK m. 231/8, “*Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tabi tutulur.*” hükmüyle denetim süresi belirlemeyi zorunlu tutmuştur. Bir başka deyişle mahkemenin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararından sonra sanık hakkında denetim süresi belirlemesi zorunludur. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanması halinde ortada kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunmaması, karara karşı temyiz yolunun kapalı olması ve itiraz kanun yolu merciinde ilk derece mahkemesinin kararını usulen denetleyeceği gerçekleri karşısında sanığın 5 yıl süreyle denetim süresine ve bir yılı geçmemek kaydıyla denetimli serbestlik tedbirlerine tabi tutulacak olmasının Anayasa’nın 2., 12., 13., 15., 19., 36. ve 38. maddelerine

⁸⁶⁸ Bkz. **Önder**, Tecil, s. 233 – 235.

⁸⁶⁹ **Önder**, Tecil, s. 235.

⁸⁷⁰ **Baştürk**, s. 410, 411; **Yıldırım**, s. 391.

aykırı olduğu gerekçesiyle CMK m. 231/8 ve CMK m. 231/12 Anayasa Mahkemesi'ne somut norm denetimi yoluyla taşınmıştır. Anayasa Mahkemesi ise, kararında dolaylı bir şekilde de olsa kurumun özünde denetim süresi ve denetimli serbestlik tedbirlerinin olduğunu ve devletin ceza siyasetiyle ilgili sistem tercihleri konusunda kanun koyucunun takdir yetkisi olduğunu belirtmiş ve ret kararı vermiştir.⁸⁷¹

⁸⁷¹ AYM., E. 2008/45, K. 2009/53, T. 12.3.2009, RG. 25.6.2009/27269: “Hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile ilgili kurallar kurumun tamamı gözetilerek değerlendirilmelidir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra öngörülen süre adından da anlaşılacağı gibi bir deneme süresidir. Kurum yalnızca sanığın menfaat ve çıkarları düşünülerek getirilmiş olmayıp, önemli ölçüde toplum menfaati ve kamu düzeninin korunması amaçlanmıştır. Mukayeseli hukukta suç ve suçlulukla mücadele, suç işlenmesinin önlenmesi ve caydırıcılık açısından bu ve buna benzer kurumlara geniş biçimde yer verildiği görülmektedir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması uygulaması için beş yıllık bir sürenin öngörülmesi ve bu sürede uygulanmak üzere denetimli serbestlik tedbiri olarak bir kısım yükümlülükler yüklenmesine olanak sağlanması yasakoyucunun suç ve suçlulukla mücadele, caydırıcılık ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla takdir yetkisine dayanarak kabul ettiği bir sistemdir.

Ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunulması Devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu bağlamda ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından yasakoyucu Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, soruşturma ve yargılamaya ilişkin olarak hangi yöntemlerin uygulanacağı, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılaşmaları gerektiği, hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir.

Öte yandan, (12) numaralı fıkrafta hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebileceği belirtilmekte ise de, bu kuralla temyiz incelemesi yolu kapatılmış değildir. İtiraz yolu da verilen kararın bir üst merci tarafından yeniden gözden geçirilmesini sağlayan ve kararın sağlığı bakımından güvence oluşturan kanun yollarından biridir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları sanık hakkında hukuki sonuç doğuran kesin hüküm niteliğinde olmadığından, deneme süresi sonunda verilecek düşme kararı veya geri bırakma koşullarına uyulmaması halinde verilecek karar hakkında esas hükümler birlikte temyiz denetimi olanaklı bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kurallar, Anayasa'nın 2., 36. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.”.

Gerçekten de hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun temelindeki kurum olan denetimli serbestlik kurumuna baktığımızda, sanık hakkında bir denetim süresine ve denetimli serbestlik tedbirlerine hükmedildiği görülecektir. Bu anlamda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına bağlı olarak denetim süresine ve denetimli serbestlik tedbirlerine hükmedilmesi hali kurumun özüne de uygundur. Ancak pozitif hukukumuzda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı sadece itiraz kanun yolunun öngörölmüş olması, itiraz kanun yolunun mahiyeti gereği mahkûmiyet hükmünün esasını inceleyememesi⁸⁷² göz önüne alındığında beraat etmesi gereken sanık hakkında haksız yere denetim süresi ve denetimli serbestlik tedbirlerinin uygulanması ihtimali her zaman için vardır. Bu nedenle daha önce de belirttiğimiz üzere hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı istinaf ve temyiz kanun yollarının açılması ve kararın etkili bir şekilde denetlenmesi gerekmektedir.⁸⁷³ Bu noktada her ne kadar hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının

⁸⁷² Bu konu ileride ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

⁸⁷³ Görüşümüzle bağlantılı olarak bir önceki paragrafta incelediğimiz Anayasa Mahkemesi kararına karşı oy yazan Fulya Kantarcıoğlu'nun karşı oy gerekçesini paylaşmaya değer görüyoruz: "5560 sayılı Yasa ile 5271 sayılı Yasa'nın 231. maddesine fıkralar eklenerek "hükmün açıklanmasının geri bırakılması" adı altında yeni düzenlemelere yer verilmiştir.

Ceza hukukundaki çağdaş gelişmelere uygun olarak, daha hafif kabul edilebilecek suçlar yönünden, her suçlunun hemen cezalandırılması yerine davranışlarının sonuçlarını, topluma karşı sorumluluklarını yeniden değerlendirebilmesi için bir denetim sürecinden geçirilmesine olanak tanınması, bu arada suçtan zarar görenin tatmininin de sağlanmasını içeren düzenlemelere yer verilmesi, insan onurunu öne çıkaran devlet anlayışı içinde önemli bir yeniliktir. Ancak, belirtilen amaç ve anlayış çerçevesinde getirildiği anlaşılan ve bu nedenle de kişi ve hak ve özgürlükleri bakımından ileri bir aşamayı oluşturan dava konusu düzenlemenin, Anayasa ile uyumlu olabilmesi için, hukuk devletinde vazgeçilemez kabul edilen sav, savunma ve adil yargılanma hakkı gibi, bazı temel hak güvenceleri konusunda duraksamaya yol açmaması gerekir.

231. maddeye eklenen dava konusu (12) numaralı fıkrada, "Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir" denilmektedir. 5271 sayılı Yasa'nın 267. ve devamındaki maddelerinde itiraz yolu düzenlenmektedir. Bu kanun yolunda, 288. maddede düzenlenen "temyiz" yolunda olduğu gibi bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması nedenine dayalı inceleme

sanığın kabulüyle verildiği ve böylece sanığın AİHS m. 6/1’de yer alan mahkemeye başvurma hakkından kendi iradesiyle vazgeçtiği bu nedenle suçsuzluk karinesinin ihlalinden söz edilemeyeceği iddia edilmekteyse⁸⁷⁴ de uygulamadaki gerçeklikler bu iddiayı çürütmektedir.⁸⁷⁵ Şöyle ki, sanığın hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını kabul etmesi halinde önünde iki seçenek vardır. Bunlardan birincisi karara itiraz etmeyip kesinleşmesini sağlamak ve beş yıl boyunca denetim süresine tabi olmaktır. İkinci seçenek karara itiraz etmektir. Ancak bu itiraz da beraberinde bir tehlikeyi getirmektedir. Zira itiraz merciin itirazı reddetmesi halinde ilk ihtimal gerçekleşmiş olacaktır. Ancak itiraz merciin itirazı kabul etmesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını kaldırması üzerine hüküm açıklanacaktır. Bu durumda sanık, hakkında kurulmuş olan mahkûmiyet hükmünün istinaf ya da temyiz kanun yolunda onanması tehlikesiyle karşı karşıya kalacaktır. Bu durumda beraat edeceğine inanan sanığın yargıya olan güvensizliği sebebiyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının hakkında

yapılamayacağından “itiraz”, diğer nedenlerle sınırlı olarak incelenip kabul veya reddedilecektir. Ancak itirazın reddedilmesi ve daha sonra hükmün, açıklanmasını gerektiren koşulların oluşması halinde, bu hükme karşı temyiz yoluna başvurulması sonucu 289. maddedeki hukuka aykırılık hallerinin tespiti ile hükmün bozulmasına ve sanığın beraatine karar verilebilmesi olanaklıdır. Bu durumda, 231. maddenin (8) numaralı fıkrası uyarınca, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına bağlı olarak hakkında denetimli serbestlik tedbirlerinden birinin uygulanmasına karar verilmiş olan sanık, beraat edebileceği bir davada önceden temyize başvurma hakkı olmaması nedeniyle gereksiz bir yükümlülük altında bırakılmış olacaktır. Bu tür temel hak ihlallerine yol açılmaması için hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına bağlı olarak herhangi bir yükümlülük getirilmemesi veya bu kararlara karşı temyiz yolunun açılması gerekmektedir. Anayasa aykırılığın hangi şekilde giderileceği ise kuşkusuz, yasakoyucunun takdirinde olan bir husustur.

Açıklanan nedenlerle Yasa'daki düzenleme biçimiyle Anayasa'nın 2 ve 36. maddelerine aykırı olan itiraz konusu (12) numaralı fıkranın, iptali ve yeniden düzenleme yapılması için yasakoyucuya süre verilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.”.

⁸⁷⁴ **Baştürk**, s. 424; Benzer yönde bkz. **Yıldırım**, s. 396 – 398.

⁸⁷⁵ Ortada bir karar olmadığı halde, beraat etmesi gerektiğine inanan ancak bunu ileri sürme imkânından yoksun bırakılan sanığın CMK m. 231/8’de öngörülen birtakım yükümlülüklerle tabi tutulmasının suçsuzluk karinesine aykırılık teşkil ettiği yönünde bkz. **Öztürk vd.**, s. 638.

uygulanmasını kabul etme ihtimali her zaman için vardır. Bu nedenle sanığın bu kabulü, AİHS m. 6/1’de yer alan mahkemeye başvuru hakkından *kendi iradesiyle vazgeçme* olarak yorumlanmamalıdır.

Yetişkinler için beş, suça sürüklenen çocuklar için üç yıl olarak belirlenen denetim süresinin sonunda mahkemenin vereceği kararları iki ihtimal çerçevesinde inceleyebiliriz. CMK m. 231/10 uyarınca “*Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerine uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.*”. Bu noktada haklı olarak maddede geçen “ve” bağlacının hatalı olarak kullanıldığına dikkat çekilmiştir. Zira mahkeme bir denetim süresi belirlemek zorundadır ancak denetimli serbestlik tedbiri belirlemek konusunda bir takdir yetkisine sahiptir^{876 877}.

Sanığa herhangi bir denetimli serbestlik tedbirinin yüklenmediği ihtimalde sanığın denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlememiş olması, sanığın iyi halli sayılması için yeterli olacaktır ve bu durumda mahkeme düşme kararı verecektir (CMK m. 231/10). Ancak sanık

⁸⁷⁶ CMK m. 231/8: “...Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,

b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine,

karar verilebilir.”

⁸⁷⁷ **Baştürk**, s. 412; Denetimli serbestlik tedbiri belirlemek konusunda mahkemenin takdir yetkisi olduğu yönünde bir başka görüşler için bkz. **Toroslu – Feyzioğlu**, s. 366; **Özgenç**, “*Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması*”, s. 56; **İpek**, s. 213, 214; **Kumbasar**, s. 208; **Güngör – Okuyucu Ergün**, s. 1963.

denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlemişse mahkeme hükmü açıklayacaktır (CMK m. 231/11).

Sanığa denetim süresi içerisinde bir denetimli serbestlik tedbirinin yüklendiği ihtimalde ise, sanığın denetimli serbestlik süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlememiş olmasının yanında, denetimli serbestlik tedbirlerine de riayet etmesi, düşme kararının verilebilmesi için gereklidir (CMK m. 231/10). Eğer sanık denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlerse veya denetimli serbestlik tedbirlerine riayet etmezse hüküm açıklanacaktır (CMK m. 231/11). Ancak sanığın kasıtlı bir suç işlemediği fakat denetimli serbestlik tedbirlerine riayetsizlik ettiği denklemde mahkemenin, sanığın durumunu değerlendirerek cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşulların varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurmak konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır (CMK m. 231/11 [2. cümle]).

Denetim süresinin başlangıç tarihi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verildiği tarih değil, bu karara karşı kanun yoluna başvurulmaması veya başvurulmuşsa reddi üzerine kararın kesinleşmesi tarihidir.⁸⁷⁸

A. DENETİMLİ SERBESTLİK TEDBİRİNE HÜKMEDİLMESİ

Denetimli serbestlik sisteminin doğuşu, gelişimi ve amaçları üzerinde daha önce ayrıntılı açıklamalarda bulunduk.⁸⁷⁹ Günümüzde ise denetimli serbestlik, psiko – sosyal

⁸⁷⁸ **Gündüz**, s. 169; **Günay**, s. 147; **Kumbasar**, s. 208; **Adem Palut**, “Açıklanması Geri Bırakılan Hükümlerin Ele Alınması (CMK 231/10-11)”, AD., S. 54, Y. 2016, s. 8, 9; **Epözdemir**, s. 254; **Yıldırım**, s. 390; Krş. **İpek**, s. 212: Yazar, denetim süresinin kararın verildiği günden itibaren başlayacağını savunmaktadır.; Denetim süresinin ne zaman başlaması gerektiğine ilişkin doktrinde yürütülmüş tartışmalar için bkz. **Önder**, Tecil, s. 236 – 239.

⁸⁷⁹ Bkz. §2/II/3/A.

yöntemlerin uygulanması suretiyle suçlunun sorunlarının olumlu bir şekilde çözümlenmesine engel olan zorlukların giderilmesine, çevreye uyum sağlamasına, sosyal ve hukuksal sorumluluklarını yerine getirmesine yönelik rehberlik hizmetleri sağlanmasına yardımcı olmak maksadıyla, ceza adalet süreci içinde suçlunun, yargılama makamları tarafından belirlenen bir süreyle mümkün olduğu kadar toplumdan koparılmadan ve özgürlüğü kısıtlanmadan, toplum içinde saygınlığını yitirmeden ve topluma olan saygısını yitirmeden ıslah olmasını sağlayan aynı zamanda mağdurları da bu sürecin bir parçası olarak gören (ki bu olgu onarıcı adalet kavramının en önemli niteliklerinden birisidir), mağdurların sorunlarını da dikkate alıp çözüm arayan bir ceza adaleti yöntemidir.⁸⁸⁰ Denetimli serbestlik tedbirleri ise, mükerrirliği azaltmak, rehabilitasyon ve sosyal entegrasyon fırsatını artırmak, özellikle hapsedilmeyle ortaya çıkan uzun süreli ve kişinin kendisi dışında gelişen zararlı etkilerden kişiyi korumak, suçla sebep olunan zararın giderilme ihtimalini artırmak ve cezanın infazı aşamasında ortaya çıkan idareye ait ekonomik harcamaların azaltılmasını sağlamak amacı taşıyan tedbirler olarak tanımlanabilir.⁸⁸¹

Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği (DSHY)⁸⁸²'nin 4/1-f maddesinde yer alan tanıma göre “Denetimli serbestlik: Şüpheli, sanık veya hükümlünün toplum içinde denetim ve takibinin yapıldığı, iyileştirilmesi ve topluma kazandırılması için ihtiyaç duyulan her türlü hizmet, program ve kaynakların sağlandığı alternatif bir ceza ve infaz sistemini, ... ifade eder.”. CMK m. 231/8’de de “denetimli serbestlik tedbiri” kavramına yer verilmiştir. CMK m. 231/8-

⁸⁸⁰ **Hakan A. Yavuz**, “Denetimli Serbestliğin Türk Ceza Adalet Sistemi İçerisindeki Görünümü Üzerine”, AD., S. 42, Y. 2012, s. 60.

⁸⁸¹ **Andrei-Dorin Bancila**, “The Probation Measures – The Reasons For The Regulation”, Lex ET Scientia International Journal, Vol. 24, No. 1, Y. 2017, s. 145.

⁸⁸² RG. 5.3.2013/28578.

c bendinde yer alan “...başka yükümlülüğü yerine getirmesine...” ifadesi kanun koyucunun bu tedbirleri yükümlülük olarak nitelendirdiğini ortaya koymaktadır.⁸⁸³

Denetim süresi içerisinde denetimli serbestlik tedbirlerinin uygulanmasının zorunlu kılınıp kılınmaması gerektiği doktrinde tartışılmış ve tartışmalar uygulamayı da etkileyerek çeşitli sistemlerin meydana gelmesine sebep olmuşlardır. Bu sistemler en temelinde denetim süresi içerisinde denetimli serbestlik tedbirine hükmedilmesinin zorunlu olduğu sistem; denetimli serbestlik tedbirine hükmetmek konusunda hâkime takdir yetkisi tanıyan sistem (takdiri sistem) ve denetimli serbestlik tedbirine hiçbir şekilde yer vermeyen sistem olmak üzere üçe ayrılmaktadır.⁸⁸⁴ CMK m. 231/8’de yer alan “denetimli serbestlik tedbiri olarak ... **karar verilebilir.**” ifadesinden de anlaşılacağı üzere, kanun koyucunun bu konuda benimsediği sistem takdiri sistemdir.⁸⁸⁵

Denetim süresi içerisinde denetimli serbestlik tedbirine hükmedilmesinin zorunlu kılındığı sistem kurumun amacını yerine getirebilmek için elverişli değildir. Zira mahkûmiyet hükmünün açıklanması geriye bırakılan tesadüfi suçlunun denetim süresi içerisinde denetimli serbestlik tedbirlerine tabi kılınmasına kimi hallerde ihtiyaç olmadığı gibi kimi hallerde bu tedbirler suçlu üzerinde olumsuz etkiler gösterebilir.⁸⁸⁶ Bu nedenle CMK m. 231/8

⁸⁸³ **Baştürk**, s. 416.

⁸⁸⁴ **Önder**, Tecil, s. 251, 252: Yazar, denetimli serbestlik tedbirine hükmedilmesi konusunda hâkime takdir yetkisi veren sistemi kendi içinde üçe ayırarak konuyu toplamda beşli bir ayrımla incelemektedir.

⁸⁸⁵ **Baştürk**, s. 416; **Kumbasar**, s. 208; Krş. **Centel – Zafer**, s. 768: Yazarlara göre, hâkimin denetimli serbestlik tedbirine karar vermek konusunda takdir yetkisi yoktur ancak belirli bir tedbiri seçmek konusunda takdir yetkisine sahiptir; Mahkemenin tedbiri zorunlu olarak uygulayacağı yönünde görüş için bkz. **Doğan Soyaslan**, “Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi”, Erzurumluoğlu Armağanı, Ankara 2012, s. 715.

⁸⁸⁶ **Önder**, Tecil, s. 253; **Yıldırım**, s. 393.

düzenlemesiyle benimsenen takdiri sistemin yerinde olduğu ve kurumun amacını gerçekleştirmeye elverişli olduğu kanaatindeyiz.⁸⁸⁷

Denetimli serbestlik tedbirine hükmedilmesi halinde bu tedbirin süresinin ve türünün değiştirilip değiştirilemeyeceği meselesi doktrinde tartışılmıştır. Bir görüşe göre tespit edilen şartlar ileride failin aleyhine değiştirilememelidir. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre, denetim süresi içerisinde denetimli serbestlik tedbirlerinin değiştirilmesi ve faile en uygun hale getirilmesi kurumun amacına daha uygundur. Nitekim bu tedbirlerin değiştirilmesi, kimi zaman bir zorunluluk olarak da ortaya çıkabilir. Örneğin, tespit edilen tedbirin pratik bir amacı kalmamış olabilir veya yerine getirilmesi imkânsız hale gelmiş olabilir. İşte bu hallerde mahkemeye tedbiri değiştirmek veya kaldırmak konusunda yetki verilmelidir.⁸⁸⁸ Ayrıca CMK'nın kabul ettiği sistem uyarınca, azami bir yıl süreyle denetimli serbestlik tedbiri uygulanabileceği öngörülmüştür. Ancak, kimi durumlarda bu sürenin denetim süresini geçmemek kaydıyla uzatılabilmesinin cezanın bireyselleştirilmesi amacına daha iyi hizmet edeceği de haklı olarak belirtilmiştir.⁸⁸⁹

ÇKK m. 36 uyarınca hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen suça sürüklenen çocuğun denetim altına alınmasına karar verilebilir. ÇKK m. 40'da ise denetimin kararda öngörülen sürenin dolmasıyla sona ereceği ancak tedbirden beklenen yararın elde edilmesi halinde denetimin, sürenin dolmasından önce de kaldırılabilmesi düzenlenmektedir.⁸⁹⁰ Ancak yetişkin sanıklar için CMK'da böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak tedbirden beklenen amacın elde edildiği hallerde tedbirin

⁸⁸⁷ **Baştürk**, s. 416, 417.

⁸⁸⁸ **Önder**, Tecil, s. 278, 279.

⁸⁸⁹ **Baştürk**, s. 417 vd.

⁸⁹⁰ Bu aşamada belirtmemiz gerekir ki suça sürüklenen çocuklar yönünden denetimli serbestlik tedbirleri ÇKK m. 36 ile m. 40 arasında ayrıntısıyla düzenlenmiştir bu nedenle bu konu bir başlık altında incelenmeyecektir.

kaldırılması, tedbirden beklenen amacın elde edilemediği hallerde halin gereklerine göre tedbirin uygulanma süresinin artırılması ya da türünün değiştirilmesi yönünde hâkime takdir yetkisi veren bir düzenlemenin yetişkin sanıklar için de getirilmesi kurumun amacına daha iyi hizmet edecektir.⁸⁹¹ Esasında DSHY'nin 45. maddesi bu konuda bir düzenleme getirmiştir.

Maddenin birinci fıkrasına göre, “Denetimli serbestlik kararının;

a) Yükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi,

b) İnfazının mümkün olmaması,

c) Yükümlünün tutuklanması, hapis cezasının infazına başlanması veya askere alınması nedeniyle infazının imkânsız hale gelmesi,

ç) 5395 sayılı Kanununun 40 uncu maddesinin birinci fıkrası uyarınca tedbirden beklenen yararın elde edilmesi,

d) Hapis cezasından daha ağır sonuçlar doğurması,

durumunda kanunda aksine bir düzenleme yoksa, vaka sorumlusunun önerisi üzerine komisyon tarafından ilgili mahkemeden denetimli serbestlik kararının değiştirilmesi, kaldırılması veya uygun olan başka karar verilmesi talep edilebilir.”

Bu düzenleme her ne kadar istediğimiz mahiyette bir düzenleme olsa da denetimli serbestlik tedbirlerinin zorlayıcılık niteliğinin bulunması ve uyulmadığı takdirde kişinin aldığı cezanın infazına varan sonuçları doğurması göz önünde bulundurulduğunda ilgili düzenlemenin kişi temel hak ve özgürlükleriyle yakından ilgili olduğuna şüphe bulunmamaktadır. Bu nedenle bu düzenlemenin yönetmelikle değil, kanunla düzenlenmesi hukuk devleti ilkesi gereği daha yerinde olurdu.⁸⁹²

⁸⁹¹ **Baştürk**, s. 417, 418.

⁸⁹² **Baştürk**, s. 419, 420.

B. DENETİMLİ SERBESTLİK TEDBİRLERİNİN TÜRLERİ

Denetimli serbestlik tedbirleriyle amaçlanan temel hususlardan birisi failin tekrar suç işlemesini engellemektir. Denetimli serbestlik tedbiri, failin ıslahını toplum içinde sağlayarak hem fail hem de toplum için daha etkili bir korunma alanı oluşturur. Her ne kadar suçluyu hapsedmek suretiyle, toplum tekrar eden suçlardan korunsa da bu korunma, ancak suçlunun hapiste kaldığı süre kadardır ve bu nedenle bir illüzyondan ibarettir. Zira hapishaneler suçluların birbiriyle rahatça iletişim kurabildikleri ve mükerrir suçluluk oranlarının artmasına sebep olan ortamlardır. Hapis cezası da suçlunun karakteri göz önüne alınarak mümkün olduğu kadar bireyselleştirilebilse de denetimli serbestlik tedbirleri daha derin bir bireyselleştirmeye izin verir zira bu tedbirler yapıları gereği her bireyin karakterine uygun bir şekle bürünebilirler. Denetimli serbestlik tedbirinin bireyin kişiliğine uydurulması, mükerrirliği azaltacak yol olarak benimsenmektedir.⁸⁹³

CMK m. 231/8 hükmü incelendiğinde sanığın beş yıllık (suça sürüklenen çocuklar bakımından üç yıllık) denetim süresi içerisinde bir yıldan fazla olmamak kaydıyla mahkemenin belirleyeceği süreyle denetimli serbestlik tedbiri olarak:

- “a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,*
- b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,*
- c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine,*
- karar verilebilir.”*

⁸⁹³ **Bancila**, s. 149, 150.

Bu anlamda CMK hâkime hem denetimli serbestlik tedbiri olarak uygulanabilecek tedbirler bakımından bir katalog sunarak seçme imkânı tanımış hem de bunlar dışında serbestçe bir tedbire hükmetme konusunda takdir yetkisi tanıyarak bireyselleştirmeyi gerçekleştirmeye önem verdiği ortaya çıkmaktadır. Diğer yandan denetimli serbestlik tedbirlerinin etkinliğinin gerçekleştirilmesi bakımından da failin kişiliğine uygun bir tedbirin seçimine verilen önem de kanun tarafından gözetilmiştir.⁸⁹⁴

a. Bir Meslek ya da Sanat Sahibi Olmayan Sanığın, Meslek ya da Sanat Sahibi Olmasını Sağlamak Amacıyla Bir Eğitim Programına Devam Etmesi

CMK m. 231/8-a maddesi uyarınca bir meslek veya sanat sahibi olmayan sanık hakkında “... *meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine, ... karar verilebilir.*”. Bu tedbirle meslek ve sanat sahibi olmayan sanıkların çeşitli eğitim programlarına katılarak bir meslek veya sanat öğrenmeleri böylece daha kolay iş bularak çalışma imkânına kavuşmaları hedeflenir. Böylece sanıklar kendileri için faydalı olacak ve toplum için tehlikeli olmaktan çıkacaktır ve nihayetinde cezanın genel önleme ve özel önleme amaçları da sağlanmış olacaktır.⁸⁹⁵

⁸⁹⁴ **Baştürk**, s. 425.

⁸⁹⁵ **Kumbasar**, s. 210; Ayrıca bkz. DSHY m. 58: “(1) *Eğitim programına devam etme; mahkemelerce kişisel, sosyal ve eğitim durumu dikkate alınarak, meslek veya sanat sahibi olmayan sanığın bir meslek veya sanat edinmesini sağlamak amacıyla, mahkemenin belirleyeceği süreyle, bir eğitim programına devam etmesini zorunlu kılan yükümlülüktür.*

(2) *Eğitim programına devam etme yükümlülüğünün infazında; sanığın yaşı, eğitim ve sağlık durumu, bilgi ve becerileri ile kurumların yürüttükleri eğitim programları dikkate alınır. Bu yükümlülük kararları, örgün eğitime devam eden çocuk ve gençlerin eğitimlerine, fiziksel ve duygusal gelişimlerine engel olmayacak şekilde yerine getirilir.*

(3) *Eğitim programına devam etme yükümlülüğünün yerine getirilmesi kapsamında sanığın eğitim programına kayıt işlemleri gerektiğinde eğitim ve iyileştirme bürosunda görevli denetimli serbestlik*

b. Bir Meslek ya da Sanat Sahibi Olan Sanığın, Bir Kamu Kurumunda veya Özel Olarak Aynı Meslek veya Sanatı İcra Eden Bir Başkasının Gözetimi Altında Ücret Karşılığında Çalıştırılması

CMK m. 231/8-b maddesi uyarınca, bir meslek veya sanat sahibi olan sanık hakkında, “... bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına, ... karar verilebilir.”. Bu tedbir meslek sahibi olup da işsiz olan sanıklar bakımından önemli bir imkândır. Zira sanık bir yandan mesleğini icra ederken diğer yandan aldığı ücretle geçimini idame ettirir. Böylece işsizliğin ve yoksulluğun getirdiği sıkıntılardan belli ölçüde uzaklaşmış olur⁸⁹⁶ ve onu suça sürükleme ihtimali olan kriminojen çevrelerden de uzak kalır.⁸⁹⁷

uzmanı refakatiyle yapılır. Programlar belirlenirken kurumsal eğitimler ve programlar listesinden yararlanır. Sanığın programlara devam etmesi ve topluma kazandırılmasına yönelik çalışmalarda programın uygulandığı kurum yetkilisi veya program yöneticisi ile iş birliği yapılır.

(4) Bu yükümlülüğün yerine getirilmesinde; sanığın durumu, kurum yetkilisi veya program yöneticisi haricinde kimseyle paylaşamaz. Kurum yetkililerinden sanığın işa olmaması ve dışlanmaması için gerekli önlemlerin alınması istenir.

(5) Eğitim programına devam etme yükümlülüğünün infazı, sanığın denetim planında belirlenen programa başlaması ile başlar ve mahkeme kararında belirtilen sürenin tamamlanmasıyla sona erer.”

⁸⁹⁶ **Kumbasar**, s. 211.

⁸⁹⁷ **Baştürk**, s. 426; Ayrıca bkz. DSHY m. 59: “(1) Gözetim altında çalışma yükümlülüğü; bir meslek veya sanat sahibi sanığın, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasıdır.

(2) Günlük çalışma süresi, sanığın çalıştığı kurumun bu konuda tabi olduğu mevzuata göre belirlenir. Sanığın mevcut işi, eğitime devam durumu gibi hususlar dikkate alınarak kişinin çalıştırılacağı kurumla iş birliği içerisinde farklı çalışma rejimleri de uygulanabilir. Her halükarda sanık günde en az iki, en fazla sekiz saat çalıştırılır.

(3) Gözetim altında çalışma yükümlülüğünün infazı, sanığın çalışmaya başladığı tarihte başlar ve mahkemece belirlenen sürenin bitiminde sona erer.

c. Sanığın Belli Yerlere Gitmekten Yasaklanmasına, Belli Yerlere Devam Etmek Hususunda Yükümlü Kılınmasına ya da Takdir Edilecek Başka Yükümlülüğü Yerine Getirmesi

Bu tedbir “...sanığın kişisel, sosyal ve eğitim durumu ile suç işlemesindeki nedenler göz önüne alınarak iyileştirilmesini ve suçun tekrarını önlemeyi esas alan bir yükümlülüktür.” (DSHY m. 60/1). “Gidilmesi yasaklanan belli yerler; sanığın suç işlemesinde, suça yönelmesinde, zararlı alışkanlıklar edinmesinde, bağımlılık yapan maddeler kullanmasında çevresel, psikolojik, sosyal, ekonomik etkisi bulunan veya sanığın yeniden suç işlemesini tetikleyecek yerleri, devam edilmesi gereken belli yerler ise; sanığın kişisel, psikolojik, sosyal gelişimi ile eğitimine katkı sağlayacak ve diğer ihtiyaçlarına uygun nitelikteki yerleri ifade eder.” (DSHY m. 60/2).

Bu tedbir sanığı suça iten belli sebepler var ise onun giderilmesine yönelik olarak belirlenecektir.⁸⁹⁸ Bu anlamda suçla ilgisi olan yerler veya failin işlemiş olduğu suçu daha rahat işleyebileceği yerler tespit edilerek düzenlemenin amacına uygun hareket edilmelidir. Örneğin çocuklara cinsel taciz suçunu işlemiş olan failin çocuk parklarına girmesinin yasaklanması bu amaca uygun bir tedbirdir.⁸⁹⁹

Sanığın bir yere gitmesini yasaklama ya da bir yere gitmesini mecbur tutma tedbirinde mahkeme ölçülülük ilkesine uygun, sanığın suça eğilimini azaltacak, toplumla uyumunu artıracak ve insan onuruyla bağdaşacak bir tedbir seçme konusunda özenli olmalıdır.

(4) Bu yükümlülüğün yerine getirilmesinde, bu Yönetmeliğin 66 ncı maddesindeki ilgili diğer hükümler uygulanır.”

⁸⁹⁸ **Baştürk**, s. 426.

⁸⁹⁹ Bkz. **Yıldırım**, s. 401, 402.

Yükümlülüğün hukuken ve fiilen infaz kabiliyetinin bulunması ve yetkili makamlara aşırı külfet yüklememesi gerekmektedir.⁹⁰⁰

CMK m. 231/8-c bendi uyarınca mahkeme takdir edeceği başka bir yükümlülüğün yerine getirilmesine de karar verebilir. DSHY m. 61 uyarınca “...yükümlülüğün içeriğine göre bu yönetmeliğin ilgili maddeleri esas alınır ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin tedbirlerin yerine getirilmesine ilişkin hükümler uygulanır.”.

CMK m. 231/8-c bendinde yer alan bu hükmün anlamı, mahkemeyi belirli tedbir kategorileriyle sınırlamayıp sanığın kişiliğine ve onun yeniden suç işlemesini önleme amacına en elverişli tedbirin belirlenmesi olduğuna şüphe yoktur.⁹⁰¹ Ancak işlenen suçla ilgili olmayan, ıslah amacı bulunmayan⁹⁰², hukuken ve fiilen infaz kabiliyeti olmayan; hukukun genel ilkelerine, kamu düzen ve güvenliği ile sağlığına aykırı, gayrimeşru ve etik olmayan tedbirlere hükmedilmemelidir.⁹⁰³ Hükmedilen yükümlülük, açıklanması geri bırakılan mahkûmiyetin konusu olan cezanın dolaylı infazı niteliğinde veya ondan daha ağır bir yaptırıma dönüşmemeli,

⁹⁰⁰ Yıldırım, s. 402.

⁹⁰¹ Baştürk, s. 427.

⁹⁰² Yar. CGK., E. 2011/3-334, K. 2012/130, T. 3.4.2012: “Kasten yaralama suçuna teşebbüs suçunda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla birlikte hükmolunan denetimli serbestlik tedbirine dair hukuka aykırı uygulamaların yasa yararına bozma yasa yoluyla incelenip incelenemeyeceğinin belirlenmesine ilişkindir. Adalet Bakanlığının, “fidan diktirme yükümlülüğünün para sarfiyla yerine getirilecek maddi bir edim ihtiva ettiği, hâkimin ceza ve mükellefiyet tayininde takdir yetkisini haiz ise de bu takdirini kanundaki ilkeler çerçevesinde kullanmak durumunda olduğu, işlenen suçla ilgisi olmayan ve hükümlünün ıslahı amacına hizmet etmeyen fidan diktirme mükellefiyetine hükmedilemeyeceğinin gözetilmemesinin isabetsiz olduğu” şeklindeki yasa yararına bozma isteminde belirtilen hukuka aykırılığın, hükmün infazı sırasında kararı veren mahkemeden anılan yükümlülüğün değiştirilmesi ve gerektiğinde başka bir yükümlülüğe karar verilmesinin istenmesi yoluyla giderilmesi olanaklı olmayıp, ancak yasa yararına bozma konusu yapılarak giderilmesi olanaklı bulunduğundan, Özel Dairece yasa yararına bozma isteminin reddine karar verilmesi isabetli değildir.”, (www.kazanci.com, SGT. 16.10.18).

⁹⁰³ İpek, s. 215; Kumbasar, s. 211; Epözdemir, s. 287.

başka bir kurum, kuruluş ya da kişiye gereksiz külfet yüklememeli, infazı kısıtlayacak veya infazda tereddüde mahal verecek mahiyette bulunmamalıdır.⁹⁰⁴ Bu anlamda yükümlülüğün kontrolü mümkün, kurumun mahiyetine uygun, suç ve failin kişiliğine uygun olması gerekir.⁹⁰⁵ Ayrıca aynı amaca hizmet eden iki ayrı yükümlülüğe de hükmedilmemesi gerekir.⁹⁰⁶

d. 6222 Sayılı Kanun ve Spor Müsabakalarını Seyirden Yasaklama Tedbiri

6222 sayılı kanununun 18/6. maddesi uyarınca, “*Kamu davasının açılmasının ertelenmesine, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına, hapis cezası yerine seçenек yaptırım olarak tedbire veya hapis cezasının ertelenmesine karar verilmesi halinde, kararın kesinleştiği tarihten itibaren; önödeme halinde ise, önödemede bulunduğu tarihten itibaren, bir yıl süreyle spor müsabakalarını seyirden yasaklama tedbirinin uygulanmasına devam edilir.*”. Bu düzenlemeyle birlikte 6222 sayılı kanunda yer alan suçlardan (m. 11 – m. 17) birini işleyip de hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen sanık hakkında bir yıl süreyle spor müsabakalarını seyirden yasaklama tedbiri uygulanacaktır. Bu düzenlemeyle kanun

⁹⁰⁴ **Yıldırım**, s. 403, 404.

⁹⁰⁵ Yar. 4. CD., E. 2012/31568, K. 2014/23246, T. 26.6.2014: “...Mahkemece, “Orman idaresi tarafından gösterilecek alana, ön hazırlığını yaparak idare tarafından temin edilecek 250 ağaç fidanı dikme yükümlülüğü yüklenmesine “karar verildiği görülmektedir. Bu tedbir kanun yararına bozma talebinde belirtildiği üzere, akla ve mantığa aykırı olmadığı gibi, fidanların orman idaresinden temin edilecek olması nedeniyle, sanığa maddi külfet yüklenmediği, ayrıca ilgili idare nezaretinde kaç fidan dikildiği tutanakla tespit edilebileceğinden, denetime elverişli olduğu, bunun yanında asıl karar ve ek kararın birden fazla kez sanığa tebliğine karşın itiraz edilmediği de göz önünde bulundurulduğunda, sanık için tatmin edici bir tedbir olduğu görülmektedir. Bu itibarla, sanığın işlemiş olduğu suçun TCK'nın çevreye karşı suçlar bölümünde yer alması, mahkemece belirlenen yükümlülüğün hem sanık hem toplum hemde çevre açısından faydalı ve sanığa maddi külfet yüklemeyen bir tedbir oluşu, ayrıca kanun koyucunun belirlenebilecek yükümlülükler hususunda hakime takdir hakkı tanımış olması göz önünde bulundurulduğunda, kanun yararına bozma talebinin reddine karar verilmiştir.”, (www.kazanci.com, SGT. 16.10.18).

⁹⁰⁶ **Baştürk**, s. 428.

koyucu denetimli serbestlik tedbirinin türünü ve süresini belirlemiş; uygulanmasını da zorunlu hale getirmiştir.⁹⁰⁷ Bu anlamda ilgili düzenleme doktrinde “mecburi denetimli serbestlik tedbiri uygulanması” olarak da adlandırılmaktadır.⁹⁰⁸

Daha önce de açıkladığımız üzere⁹⁰⁹, kanuni düzenleme gereği 6222 sayılı kanunun 11. maddesinde yer alan şike ve teşvik primi suçundan kurulan mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geriye bırakılması mümkün değildir. Bu anlamda 6222 sayılı kanunun 18/6 maddesinde yer alan düzenleme ancak şike ve teşvik primi suçu dışında kalan suçlar için geçerlidir.

C. DENETİMLİ SERBESTLİK TEDBİRLERİNİN İNFAZI

Hakkında erteleme kurumu uygulanan suçlunun denetim süresi boyunca yalnız bırakılmayarak bir gözetim memurunun gözetimine ve yardımına bırakılması, denetim süresinin başarılı bir şekilde geçirilmesi hususunda kuvvetli bir etkidir. Gözetim kurumundan beklenen; suçlunun ıslahına yardım edilmesi, tedbirlere riayet şartlarının yerine getirilip getirilmediğinin tespiti ve denetim süresi içerisinde suçlu kişinin hareketlerinin kontrolü ile suçluya sözlü ve fiili yardımda bulunulmasıdır. Bu kontrolün kimin tarafından yapılacağı hususunda çeşitli sistemler belirlenmiştir. Bu sistemler doktrinde 5 grup içinde toplanmıştır: Birinci sistemde gözetim *polis* tarafından icra edilmektedir. İkinci sistemde gözetim *bu işi kendisine sosyal bir görev olarak kabul etmiş kimseler* tarafından yerine getirilmektedir. Üçüncü sistemde gözetim *yardım toplulukları* tarafından yerine getirilmektedir. Dördüncü

⁹⁰⁷ **Epözdemir**, s. 291.

⁹⁰⁸ **Baştürk**, s. 431, 432: Yazar aynı zamanda bu düzenlemenin CMK'nın genel kanun olma niteliğine aykırı olduğunu ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu yönünden yeknesaklığı bozduğu kanaatindedir.

⁹⁰⁹ §3/IV/1/C.

sistemde gözetim *devlet* tarafından yerine getirilmektedir. Son ve beşinci sistemde ise gözetim kural olarak *devlet* tarafından yerine getirilirken *yardım topluluklarının* da bu işi yapmasına izin verilebilmektedir.⁹¹⁰

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla birlikte hükmedilebilen denetimli serbestlik tedbirlerinin infazı 5402 sayılı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu ile bu kanuna dayanılarak çıkartılan Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği'nde (DSHY) yer alan düzenlemeler çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Bu anlamda kural olarak gözetim devlet tarafından gerçekleştirilmekte ancak sınırlı da olsa gönüllü kişilerin yardımına başvurulması mümkün gözükmektedir.⁹¹¹

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla birlikte denetimli serbestlik tedbirlerine hükmedilmesi halinde, bu tedbirlerin mahkemelerce Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesinden itibaren üç gün içinde UYAP bilişim sistemine kaydı gerekmektedir (DSHY m. 39/1). Denetimli serbestlik tedbirinin kaydedilmesinden itibaren sanığa/yükümlüye üç iş günü içerisinde yapılacak yazılı veya elektronik tebligatla, tebliğden itibaren on gün içerisinde müdürlüğe başvurması gerektiği belirtilir (DSHY m. 40/1). Düzenlenen bu tebligatta yükümlüye haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilir bir mazereti olmaksızın müdürlüğe gelmemesi veya hakkında belirlenen yükümlülüklerin gereğini yerine getirmemesi halinde meydana gelebilecek neticeler hakkında bilgilendirme yapılır (DSHY m. 40/3). Nitekim usulüne uygun olarak yapılan tebligata rağmen yükümlü on gün içerisinde müdürlüğe başvurmazsa, infaz işlemleri değerlendirme komisyonunun onayından sonra kayıt kapatılarak infaz dosyası Cumhuriyet başsavcılığına geri gönderilir (DSHY m. 40/4).

Sanığın/yükümlünün müdürlüğe ilk başvurusu üzerine, hakkında araştırma ve değerlendirme formu doldurulur (DSHY m. 34/5). Zira sanığa yönelik yürütülecek iyileştirme

⁹¹⁰ **Önder**, Tecil, s. 244 – 251.

⁹¹¹ Bkz. **Baştürk**, s. 432.

çalışmaları risklerin ve ihtiyaçların değerlendirilmesinden sonra belirlenecektir; bu değerlendirme ise araştırma ve değerlendirme formuyla yapılacaktır (DSHY m. 34/4). Araştırma ve değerlendirme formu doldurulduktan sonra, yükümlü hakkında denetim planı hazırlanacaktır (DSHY m. 34/7).

“Denetim planı; sanık veya hükümlü hakkında verilen kararların toplum içinde infazının, denetim sürecinin, hükümlünün iyileştirilmesi ve topluma kazandırılmasına yönelik çalışmaların planlandığı, denetimli serbestlik personelinin çalışma yöntemini belirleyen belgedir.” (DSHY m. 35/1). Yükümlüye yükümlülüklerinin neler olduğu, hangi durumlarda bu yükümlülüklerin ihlal edilmiş sayılacağı ile plan süresince dikkat etmesi gereken hususlar anlatılır ve yükümlünün bunları doğru ve yeterli olarak anlayıp anlamadığı teyit edilir (DSHY m. 35/4).

Haklarında mahkemece denetimli serbestlik tedbiri verilen yükümlüler için üç ayda bir ilgili hâkime verilmek üzere denetim raporu hazırlanır (DSHY m. 36/2). Denetim raporu, sanığın/yükümlünün, denetim sürecinin uygulanan iyileştirme programları kapsamında topluma uyumdaki başarısının, olumsuz davranışlarını değiştirmek için gösterdiği çabanın ve bu doğrultuda genel gelişiminin değerlendirildiği rapordur (DSHY m. 36/1).

D. DENETİM SÜRESİ İÇİNDE VEYA DENETİM SÜRESİNİN SONUNDA VERİLEBİLECEK KARARLAR

Erteleme kurumlarında, suçlunun kanunda gösterilen süre içinde tayin ve tespit edilmiş şartlara riayet etmesi bir başka deyişle bu süre içerisinde kanunun tespit ettiği yasak eylemlerin meydana gelmemesi gerekir. Kanunun yasakladığı bu eylemlerin meydana gelmesi halinde, ertelemenin türüne göre, ceza infaz edilecek, kamu davasına devam olunacak veya hükmün tespitine gidilecektir. Söz konusu bu eylemlerin meydana gelmemesi halinde ise, yine

ertelemenin türüne göre, cezanın infazına gidilmeyecek, kamu davası için düşme kararı verilecek veya hükmün tespitinden vazgeçilecektir. Kanunun tespit ettiği bu eylemler, icrai veya ihmali eylemler olabilir. Örneğin denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlemek icrai bir eylemken; denetimli serbestlik tedbirinin gereğini yerine getirmeme ihmali bir eylemdir. Kanunun yapılmasını ve yapılmamasını istediği tüm bu eylemler ‘iyi hal’ şeklinde ifade edilebilir.⁹¹²

CMK m. 231’de yer alan düzenlemeler incelendiğinde kanun koyucunun yapılmasını ve yapılmaması istediği hallerin mevcut olduğu görülecektir. Bu düzenlemeler çerçevesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun kabul ettiği ‘iyi hal’in ne olduğunun iyi halli olmamaya bağlanan sonuçların açıklanması gerekmektedir.

a. Sanığın Denetim Süresini İyi Halli Olarak Geçirmesi

CMK m. 231/10 uyarınca, “*Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerine uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.*”. Bu anlamda sanık hakkında denetimli serbestlik tedbirine hükmedilmişse, sanığın bu denetimli serbestlik tedbirine riayet etmesi, yükümlülüklerini yerine getirmesi gerekir.

Sanık hakkında denetimli serbestlik tedbirlerine hükmedilse de hükmedilmese de sanığın denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlememiş olması gerekir. Tüm bu hallerin gerçekleşmesi halinde açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak düşme kararı (CMK m. 223/8) verilir. CMK’nın kabul ettiği sistemde denetim süresinin iyi halle geçirilmesi

⁹¹² Önder, Tecil, s. 288, 289.

neticesinde erteleme nin etkileri kendiliğinden meydana gelmemekte; mahkemenin bu durumu araştırıp bir kararla tespit etmesi ve bu tespit in sonunda düşme kararı vermesi gerekmektedir.⁹¹³

Mahkeme, düşme kararı vermeden önce, sanığın denetimli serbestlik tedbirlerine riayet edip etmediğini araştırmalıdır. Mahkemenin bu bilgiye nasıl erişeceğine ilişkin DSHY m. 47 hükmü yön göstericidir. İlgili maddeye göre, “Denetimli serbestlik yükümlülüğünün; a) Usulüne uygun tebligata rağmen yerine getirilmesine başlanmaması, b) Uyarılara rağmen ihlal edilmesi, c) Mahkeme tarafından kaldırılması, ç) İnfaz edilmesi, halinde kayıt kapatılarak durum Cumhuriyet başsavcılığı aracılığıyla mahkemeye bildirilir.”. Mahkeme ilgili bu evrakın kendisine ulaşması üzerine denetim süresinin iyi halli geçilmiş olup olmadığını tespit edecek, iyi halli geçirilmiş olduğunu görürse düşme kararı verecektir.⁹¹⁴

Kanun denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlenmemiş olmasını aramaktadır. Peki denetim süresi içerisinde işlenen bu kasıtlı suçtan dolayı verilen mahkûmiyet hükmünün de denetim süresi içerisinde mi kesinleşmesi gerekir? Bu konuda doktrinde farklı görüşler bulunduğu gibi uygulamada da birbirinden farklı sistemler mevcuttur. Doktrindeki hâkim görüşe göre, sanık denetim süresi içerisinde suç işlemekle doğru yoldan ayrıldığını göstermektedir; ayrıca bu suçtan dolayı verilen mahkûmiyet hükmünün de denetim süresi içinde olması şartını aramaya imkân yoktur. Zira soruşturma ve kovuşturmada yapılan muhakeme işlemlerinin uzun sürmesi gibi suçlu ile doğrudan ilgili olmayan hususlara erteleme kurumunda sonuç bağlamak doğru değildir.⁹¹⁵

Denetim süresi içerisinde sanığın kasıtlı bir suç işleyip işlemediği öncelikle güncel adli sicili temin edilerek belirlenecektir. Ancak güncel adli sicil tek başına yeterli olmayacaktır. Zira denetim süresi içerisinde işlenmiş olup da henüz kesin hükümle sabit olmamış suç fiilleri

⁹¹³ **Baştürk**, s. 435.

⁹¹⁴ **Baştürk**, s. 436; **Yıldırım**, s. 416.

⁹¹⁵ Doktrindeki görüşler, uygulamadaki sistemler ve aktarılan görüş için bkz. **Önder**, Tecil, s. 299 – 304.

mevcut olabilir. Bu anlamda sanık hakkında yürütülen herhangi bir soruşturma veya kovuşturma olup olmadığının, varsa suç tarihinin UYAP ortamından araştırılması gerekir.⁹¹⁶ Araştırma sonunda denetim süresi içerisinde işlenen suçun kasıtlı bir suç olduğunun tespiti halinde bu suça ilişkin dosyanın kesinleşmesinin beklenmesi, suç kasıtlı bir suç değilse veya denetim süresinden sonra işlenmişse düşme kararı verilmesi gerektiği savunulmuştur.⁹¹⁷ Ancak bu kabul edilebilir değildir. Zira bir suç fiilinin hangi kusurluluk türüyle işlendiği konusunda kanaate varacak olan mercii davaya bakan mahkemedir. Bu nedenle daha önce hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı vermiş olan mahkemenin denetim süresi içerisinde işlenen suçun kusurluluk türünü dosya üzerinden belirleyip de düşme kararı vermesi veya vermemesi hukuka aykırı olacaktır. Dolayısıyla denetim süresi içerisinde bir suç işlendiğini öğrenen mahkeme, bu suça ilişkin bir kesin hüküm verilene kadar düşme kararı vermemelidir. Hatta denetim süresi içerisinde işlendiği iddia olunan suçun iddianamede taksirli olduğu belirtilse dahi, bu suç fiiline ilişkin bir kesin hüküm verilmesi beklenmelidir. Zira mahkeme iddianamede belirtilen fiil ve faille bağlıdır ancak hukuki nitelendirmeyle bağlı değildir. Hukuki nitelendirmenin her zaman için değişebileceği ve en nihayetinde sanığın kasıtlı bir suçtan dolayı mahkûm olabileceği unutulmamalıdır. Sonuç olarak mahkeme denetim süresi içerisinde bir suç işlendiği ihbarını aldığı anda düşme kararı vermeyi bekletmelidir.

Denetim süresi içerisinde suç işlendiğinin haberini alan mahkeme düşme kararı vermeyi ne kadar erteleyebilecektir? Anayasa m. 141/4 uyarınca davaların mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargılamanın görevidir. Dolayısıyla devletin davayı makul surede sonuçlandırma ve ceza adaletini sağlama görevleri arasında bir dengenin kurulması gerekir. Bu

⁹¹⁶ **Sarıgül**, “*Askeri Yargıtay Kararlarında*”, s. 11, 12; **Horozgil**, s. 154; **Epözdemir**, s. 257; Suçun denetim süresi içerisinde işlenmesi gerektiği ancak mahkûmiyet hükmünün bu sürede verilmesinin şart olmadığına ilişkin doktrindeki diğer görüşler için bkz. **Kumbasar**, s. 244; **Baştürk**, s. 438, 439.

⁹¹⁷ **Horozgil**, s. 154, 155; Benzer yönde bkz. **Yıldırım**, s. 414, 415.

anlamda sanık hakkında düşme kararı verilir verilmeyeceği ile ilgili yapılacak değerlendirmenin uzun yıllar ertelenmemesi gerekir. Zira denetim süresi içerisinde işlenen suçtan dolayı verilecek kesin hüküm ne kadar geç verilirse sanığın askıdaki durumu da o kadar uzayacaktır. Bir yandan da denetim süresi içerisinde suç işleyen kişinin cezasız kalmasının önlenmesini sağlayacak bir süre de beklenmelidir. Denetim süresi içerisinde işlenen suçla ilişkin bir kesin hükmün çıkması kimi durumlarda çok ileri ve belirsiz bir tarihe kalabilir. Örneğin sanığın milletvekili seçilmesi halinde mahkeme durma kararı verecektir ve milletvekilinin/sanığın dokunulmazlığı kalkmadığı sürece yargılamaya devam olunamayacaktır. Bu durumda düşme kararı yönünden değerlendirme yapacak mahkemenin, sanığın milletvekili dokunulmazlığının herhangi bir sebeple ortadan kalkmasına kadar beklemesi bir çözüm değildir zira sanığın bir dönem daha milletvekili seçilip seçilmeyeceğinin bir garantisi olmadığı gibi, bu kabul Anayasa m. 141/4'e de aykırı olur. Bu konudaki en uygun çözüm yolu, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına konu suçun dava zamanaşımı süresince beklenmesi ve sonunda düşme kararı verilmesidir.⁹¹⁸ Nitekim denetim süresi içerisinde işlenen suçla ilişkin hüküm denetim süresi içerisinde kesinleşmezse, açıklanması geri bırakılan hükümlerle ilgili dava zamanaşımı, denetim süresi sonunda işlemeye kaldığı yerden devam edecektir.⁹¹⁹

⁹¹⁸ **Yıldırım**, s. 415, 416; Aynı yönde bkz. **Caner Gürühan**, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına İlişkin Güncel Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, TBBD., Y. 26, S. 111, Mart – Nisan 2014, s. 140; Benzer yönde bkz. **İpek**, s. 257: Yazar, denetim süresi içerisinde duran dava zamanaşımı süresinin ikinci suçun işlenme tarihinden itibaren başlaması gerektiğini savunmaktadır. Ancak bu görüşü kabul etmiyoruz, zira bize göre dava zamanaşımı süresi denetim süresinin sonunda kaldığı yerden işlemeye devam etmelidir.

⁹¹⁹ **Toroslu – Feyzioğlu**, s. 367; Krş. **Şen – Maviş**, s. 64: Yazarlar, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı vermiş olan mahkemenin, ikinci suçtan dolayı yapılan yargılamanın sonucunu beklemek üzere bekletici mesele kararı vermesi gerektiğini, bu kararın ise TCK m. 67/1 uyarınca dava zamanaşımını durdurduğunu belirtmektedirler. Bu anlamda yazarlara göre, ikinci suçtan dolayı yapılan yargılama sonucu verilen hüküm kesinleşene kadar, ilk suçla ilişkin dava zamanaşımı süresi duracaktır.

Sanığın denetim süresini iyi halli geçirdiğinin tespit edilmesinden sonra mahkeme düşme kararı ile ceza davasını sonlandırır. CMK m. 231/10'da yer alan '*ortadan kaldırma*' ibaresi nedeniyle '*ortadan kaldırma*' kararı verilemez. Kanundaki "...*açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.*" ibaresi karşısında bu aşamada mahkemenin vereceği karar '*hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılması ve davanın düşürülmesi*' kararıdır.⁹²⁰ Verilen düşme kararı CMK m. 223/1 uyarınca bir son karardır. O nedenle bu karara karşı istinaf ve temyiz kanun yollarına başvurulabilir.⁹²¹ Düşme kararının evrak üzerinden mi yoksa duruşmalı mı verileceği konusunda kanunda bir açıklık yoktur. Ancak genel görüş bu kararın duruşmalı verilmesi gerektiği yönündedir.⁹²² Düşme kararı, hüküm niteliğinde olduğundan ve duruşma açılarak verildiğinden, ek karar şeklinde değil, davanın yeniden kaydedildiği esas üzerinden verilmelidir.⁹²³

b. Sanığın Denetim Süresini İyi Halli Geçirmemesi

CMK m. 231/11 uyarınca denetim süresi içerisinde sanığın kasıtlı bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirlerine riayetsizlik etmesi olmak üzere, denetim süresinin iyi halle geçirilmemesi iki farklı şekilde ortaya çıkabilir. Bu durumda hüküm açıklanacaktır. Elbette denetimli serbestlik tedbirlerine riayetsizlikten bahsedilebilmesi için mahkemenin sanık

⁹²⁰ Artuç, B. 3, s. 416; Kumbasar, s. 246.

⁹²¹ Centel – Zafer, s. 769; Artuç, B. 3; s. 416; Kumbasar, s. 247; Sarıgül, "Askeri Yargıtay Kararlarında", s. 11; Epözdemir, s. 258; Güngör – Okuyucu Ergün, s. 1963.

⁹²² Aras, s. 79; Özsoy, s. 83; Erel, s. 343; Olgun, s. 66; Artuç, B. 3; s. 416; Töngür, s. 279; Kumbasar, s. 247; Baştürk, s. 436; Palut, s. 14; Epözdemir, s. 259; Yıldırım, s. 416, 417; Krş. Günay, s. 174: Yazar, usul ekonomisine getireceği olumsuz yük nedeniyle bu kararın dosya üzerinden re'sen verilmesinin daha uygun olacağını savunmaktadır.

⁹²³ İpek, s. 248 – 250; Kumbasar, s. 247.

hakkında denetimli serbestlik tedbirine hükmetmiş olması gerekir. Sanığın denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlemesi durumunda açıklanması geriye bırakılmış mahkûmiyet hükmü içeriğinde hiçbir değişiklik yapılmaksızın açıklanacaktır. Ancak mahkeme, denetimli serbestlik tedbirine riayetsizlik eden sanığın durumunu değerlendirerek, “...cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkumiyet hükmü kurabilir.” (CMK m. 231/11). Denetimli serbestlik tedbirlerine riayetsizlik eden sanığın durumunun değerlendirilmesi ve duruma göre, hükümde değişiklik yapılması bir tür infaz muhakemesidir. Mahkeme bu muhakemenin sonunda CMK m. 231/11’in çizdiği sınır içerisinde yeni bir mahkûmiyet hükmü kurmak hususunda takdir yetkisine sahiptir.⁹²⁴ Ancak mahkemenin sübut ve nitelendirmeye ilişkin önceki uygulamadan farklı bir değerlendirme yapması olanaklı değildir.⁹²⁵

ba. Denetim Süresi İçerisinde Sanığın Kasıtlı Bir Suç İşlemesi

Denetim süresi içerisinde kasıtlı suç işlenmesi durumunda mahkeme açıklanması geriye bırakılan hükmü açıklar (CMK m. 231/11). Düzenleme, kastın türüne ilişkin bir sınırlama getirmediği için, işlenen suç, doğrudan kasıtlı işlenmiş olabileceği gibi, olası kastla da işlenmiş

⁹²⁴ **Kunter – Yenisey – Nuhoglu**, s. 1626; **Baştürk**, s. 437.

⁹²⁵ Yar. 2. CD., E. 2013/314, K. 2013/23496, T. 10.10.2013: “Bu durumda ise mahkeme; hükmün açıklanması amacıyla yapılan duruşma sonucunda denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın, söz konusu yükümlülüğü yerine getirememesi nedeniyle ilgili durumunu değerlendirerek, cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine, ya da koşulların varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine ilişkin karar vererek yeni bir mahkumiyet hükmü kurabilir. Ancak hiçbir durumda mahkemece, sübut ve nitelendirmeye ilişkin önceki uygulamadan farklı bir uygulama yapılması olanaklı değildir.”, (www.kazanci.com, SGT. 12.11.18).

olabilir.⁹²⁶ Kasten işlenen suç fiilinin teşebbüs aşamasında kalması halinde de hüküm açıklanacaktır.⁹²⁷

Denetim süresi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleşmesiyle başlayacağı için, denetim süresi başlamadan işlenen suçların hükmün açıklanmasına bir etkisi olmaz.⁹²⁸

CMK m. 231/11, denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlenmiş olmasını yeterli görmekte ayrıca sanık hakkında hapis, adli para cezası, tedbir gibi bir yaptırıma hükmedilmesini aramamaktadır. Bu durumda sanığın işlediği suç sabit olmasına karşın çeşitli sebeplerle hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi halinde veya düşme sebeplerinin ortaya çıkması üzerine düşme kararı verilmesi halinde ne olacaktır? Bu noktada her ne kadar kanun metninde suç işleme şartından bahsedilmiş ise de lafzi yorum yerine amaçsal yorum yapılmalı ve suç işleme şartı mahkûmiyet kararını da kapsar şekilde yorumlanmalıdır. Aksi durumda, hakkında düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilen sanık, bu eylemi sebebiyle dolaylı olarak cezalandırılmış olacaktır ve bu durum ceza adaleti anlayışına uygun değildir.⁹²⁹

Kasıtlı suçun denetim süresi içerisinde işlenmiş olması gerekmele birlikte, bu suça ilişkin mahkûmiyet hükmünün denetim süresi içerisinde kesinleşmiş olması aranmaz.⁹³⁰ Ancak unutulmamalıdır ki denetim süresi içerisinde işlenen suç kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararıyla

⁹²⁶ **Kumbasar**, s. 244; **Artuç**, B. 3, s. 418; **Erel**, s. 343; **İpek**, s. 249; **Horozgil**, s. 160; **Yıldırım**, s. 424, 425; Ancak bazı yazarlar denetim süresi içerisinde işlenen suçun olası kastla işlenmesi halinde açıklanması geriye bırakılan hükmün açıklanmaması gerektiğini belirtmektedirler. Bu görüşteki yazarlar için bkz: **Aksoy**, s. 237 ve dn. 56; **Baştürk**, s. 438.

⁹²⁷ **Palut**, s. 4.

⁹²⁸ **Yıldırım**, s. 425.

⁹²⁹ **Palut**, s. 10 – 12.

⁹³⁰ **İpek**, s. 248, 249; **Töngür**, s. 280; **Epözdemir**, s. 260; Ayrıca bkz. §3/VII/4/D/a.

tespit edilmediği sürece, hükmün açıklanmasına karar verilemez.⁹³¹ İşlenen ikinci suçun istinaf/temyiz sınırının altında kalması Yargıtay kararlarının⁹³² aksine önceki hükmün açıklanmasını sağlar.⁹³³

Denetim süresi içerisinde işlenen suçun Türkiye’de veya başka bir ülkede işlenmiş olmasının bir önemi yoktur. Ancak bu noktada önem arz eden husus, yabancı ülke mahkemelerince verilen mahkûmiyet hükümlerinin Türkiye’de tanınıp tanınmaması meselesidir. Bu konuya ilişkin açıklamalar daha önce yapıldığından bu başlık altında

⁹³¹ **Toroslu – Feyzioğlu**, s. 366; **Centel – Zafer**, s. 769; **Palut**, s. 5, 8.

⁹³² Yar. 6. CD., E. 2012/15041, K. 2015/18494, T. 12.2.2015: “...ikinci suç olarak değerlendirme konusu yapılan 600 TL mahkumiyet hükmünün, kesin nitelikte olduğu ve hükmün açıklanmasına esas oluşturmayacağına anlaşılması karşısında; sanık hakkında 25.02.2010 gün ve 2009/330 Esas, 2010/33 Karar sayılı ilam ile verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının açıklanmasına yer olmadığına karar verilmesi yerine, yazılı şekilde karar verilmesi,...”, (karar için bkz. **Palut**, s. 13, dn. 21).

⁹³³ **Palut**, s. 13; Yargıtay Ceza Genel Kurulu görüşümüz doğrultusunda bir karar vererek bu noktadaki tartışmaları bitirmiştir. Bkz. Yar. CGK., E. 2014/8-145, K. 2015/145, T. 5.5.2015: “5271 sayılı CMK'nun 231/11. maddesinde açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükmün hangi şartların gerçekleşmesi halinde açıklanacağı açıkça belirtilmiş olup bu düzenlemeye göre hakkındaki hükmün açıklanması geri bırakılan sanığın, denetim süresi içinde kasıtlı bir suçtan mahkum olması durumunda hüküm açıklanacaktır. Bunun için ikinci suçun denetim süresi içerisinde işlenmesi ve kasıtlı bir suç olması yeterlidir. İkinci suçun kesinleşme tarihinin önemi yoktur. İkinci suçun şikayete bağlı veya re'sen soruşturulan bir suç olması da sonuca etkili değildir. Yine ikinci suçtan mahkumiyetin adli para cezası ya da hapis cezası olması yanında TCK'nun 50. maddesindeki seçenek yaptırımlara çevrilmiş olmasının da önemi olmadığı gibi kesin nitelikte olmasının da önemi yoktur. Kanun koyucu ikinci suçun kasıtlı bir suç olmasını yeterli görmüş, ikinci suçtan verilecek mahkumiyet hükmünün niteliği konusunda bir sınırlama getirmemiştir. Kanun koyucunun amacı farklı yönde olmadığından, CMK'nun 231. maddesinden önce düzenlenen 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 23. maddesinin 6. fıkrasında olduğu gibi denetimli serbestlik süresi içerisinde işlenen ikinci suçtan verilecek mahkumiyetin niteliği konusunda kısıtlayıcı bir hükme yer vermemiştir. Bu nedenlerle, yerel mahkemenin, sanığın denetim süresi içinde işlediği kasıtlı suçtan verilen kesin nitelikteki mahkumiyet hükmünü esas alarak açıklanması geri bırakılan hükmü açıklamasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır...”, (www.kazanci.com, SGT. 13.11.18).

tekrarlanmayacaktır.⁹³⁴ Yabancı bir ülke tarafından verilen ve Türkiye tarafından sonuç bağlanan mahkûmiyet hükümlerinin, hükmün açıklanmasını gerektireceği; Türkiye tarafından herhangi bir sonuç bağlanmayan/bağlanamayan mahkûmiyet hükümlerinin ise, hükmün açıklanmasını gerektirmeyeceği kanaatindeyiz. Bu nedenle doktrinde savunulan ancak TCK m. 10 (görev suçları) ve TCK m. 11 (vatandaş tarafından işlenen suç) kapsamındaki suçlardan dolayı verilen kesinleşmiş mahkûmiyet hükümlerinin hükmün açıklanmasını gerektireceği yönündeki görüşü⁹³⁵ kabul etmiyoruz. Zira Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar ve iç hukuk düzenlemeleri birlikte düşünüldüğünde, TCK m. 10 ve m. 11 dışında kalan fiillerden dolayı verilen mahkûmiyet hükümlerine de sonuç bağlanabildiği görülecektir. Bu nedenle sadece TCK m. 10 ve m. 11 kapsamına giren suçlardan dolayı verilen mahkûmiyet hükümlerinin hükmün açıklanmasını gerektireceğini savunmak, CMK m. 231/11'in amacına aykırı bir şekilde dar yorumlanması anlamına gelecektir.

Açıklanacak hüküm, açıklanması geriye bırakılmış hükümdür. Bu anlamda hükmü açıklayacak olan mahkeme hükmünde değişiklik yapamaz. Mahkeme hükmün türünü değiştiremeyeceği gibi ceza miktarında da azaltma ya da artırma yapamaz.⁹³⁶

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına konu olan suç şikâyete bağlı bir suçsa ve denetim süresi içerisinde sanığın kasıtlı bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirlerine riayetsizlik etmesi halinde açılan duruşmada katılan şikâyetinden vazgeçmişse, sanığın da kabul etmesi üzerine kamu davasının düşürülmesi kararının verilmesi gerekir. Zira şikâyet bir muhakeme şartıdır ve karar kesinleşinceye kadar her aşamada re'sen gözetilmesi gerekir.

⁹³⁴ Bkz. §3/V/1.

⁹³⁵ **Önder**, Tecil, s. 305, 306 (Yazarın açıklamaları 765 sayılı TCK dönemindeki Tecil kurumuna ilişkindir); **Baştürk**, s. 440.

⁹³⁶ **Güngör – Okuyucu Ergün**, s. 1964; **Horozgil**, s. 155; **Epözdemir**, s. 274; Krş. **Erel**, s. 343: Yazara göre, hesaplama hataları gibi hükmün özünü, sübutu ve vasıflandırmayı değiştirmeyen hatalı uygulamaların bu aşamada düzeltilmesi olanaklıdır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiğinde ortada kesinleşmiş bir hüküm olmadığından kovuşturma aşamasının bittiğinden söz edilemeyecektir. Bu nedenle, bu aşamadaki şikâyetten vazgeçme ve sanığın kabulü kamu davasının düşürülmesini gerektirecektir.⁹³⁷

bb. Sanığın Denetimli Serbestlik Tedbirlerine Riayetsizlik Etmesi

Sanığın denetimli serbestlik tedbirlerine riayetsizlik etmesi, denetim süresini sorunlu geçirdiği ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının gerekliliklerini yerine getirmediği anlamına gelir. Mahkeme, bu durumu tespit ettiğinde hükmü açıklayıp açıklamama konusunda takdir yetkisine sahip değildir; ancak mahkeme, yükümlülüklerini yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek CMK m. 231/11 (son cümle) çerçevesinde yeni bir hüküm kurabilir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, CMK'nın, yükümlülüğün sanık tarafından 'kasten yerine getirilmemesi' ile 'yerine getirilememesi' ayırmış olmasıdır. Yükümlülüğün kasten yerine getirilmemesi halinde hüküm açıklanacak; yerine getirilememesi halinde sanığın durumu değerlendirilerek CMK m. 231/11 (son cümle) çerçevesinde yeni bir hüküm kurulabilecektir.⁹³⁸ Mahkemenin yapacağı bu değerlendirme, sanığın yükümlülüğü niçin yerine getirmediği veya getiremediğini tespitiyle yönelik olmak zorundadır. Zira yükümlülüğün yerine getirilmesinin sanık bakımından orantısız ya da imkânsız olması halinde veya ıslah amacına hizmet etmemesi gibi sebeplerle hukuka aykırı olduğunun anlaşılması

⁹³⁷ **Horozgil**, s. 156.

⁹³⁸ **Yıldırım**, s. 428, 431; **Horozgil**, s. 164; **Baştürk**, s. 454; **Epözdemir**, s. 275.

durumunda, yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle açıklanması geriye bırakılmış hükmün açıklanması yoluna gidilemeyecektir.⁹³⁹

Yükümlülük ihlalden ne anlaşılması gerektiği 5402 sayılı kanunun 5. maddesinde belirtilmiştir. İlgili maddeye göre hakkında herhangi bir yükümlülüğe hükmedilen kişi, karara uygun olarak denetimli serbestlik müdürlüğünün hazırladığı programa ve denetimli serbestlik görevlilerinin bu kapsamdaki uyarı ve önerilerine uymak ve katlanmak zorundadır. Denetimli serbestlik müdürlüğü tarafından yapılan çağrılara veya hazırlanan denetim planına ‘uyarıya rağmen’ uyulmaması, yükümlülük ihlali olarak değerlendirilir. Bu düzenlemeyle paralel bir düzenleme DSHY m. 44’de de yer almaktadır. Buna göre, yükümlülüğün ifası için uyulması gereken kurallar ile karara uygun olarak hazırlanan programa ve denetimli serbestlik personelinin bu kapsamda kalan uyarı ve çağrılarına uyulmaması hali yükümlülüğün ihlali sayılır.

Sanığın, denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerine aykırı davranmış olması, hükmün açıklanması için yeterli kabul edilmiş; yükümlülüklerine aykırı davranan sanığa ihtar yapılmasına ilişkin bir düzenlemeye CMK’da yer verilmemiştir. Ancak DSHY’de yükümlülüklerini yerine getirmeyen sanığa uyarıda bulunulabilmesine izin veren düzenlemeler mevcuttur. Denetimli serbestlik tedbirine uymayan sanığa uyarıda bulunmak gibi temel bir konunun CMK’da veya 5402 sayılı kanunda yer alması ve uyarının da idari bir organ tarafından değil, mahkeme veya savcılık tarafından yapılması gerektiği haklı olarak belirtilmiştir.⁹⁴⁰

DSHY m. 44 uyarınca, yükümlülüğün ihlali halinde, vaka sorumlusunun teklifi üzerine yükümlü, infaz işlemleri değerlendirme komisyonu tarafından uyarılır. Uyarı bir yazı ile

⁹³⁹ **Baştürk**, s. 441; Bu değerlendirme sonunda mahkemenin CMK m. 231/11 uyarınca cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir hüküm kurabileceği görüşü için bkz. **Epözdemir**, s. 265.

⁹⁴⁰ **Baştürk**, s. 442, 443.

yükümlüye tebliğ edilir. Gerektiğinde yükümlü, denetimli serbestlik müdürlüğüne davet edilerek yükümlülüklerine ilişkin hususlar ve ihlalin sonuçları vaka sorumlusu tarafından kendisine sözlü olarak da açıklanır. Denetimli serbestlik tedbirlerinin infazında, yükümlülüğün bir yıl içerisinde **iki defa** ihlal edilmesi yükümlülüğe uymamada ısrar etme sayılır. Yükümlünün uyarılmasının ardından bir yıl içerisinde ikinci ihlalin tespit edilmesi halinde infaza son verilerek kayıt kapatılır. Uyarı için yapılan tebligatta bir yıl içerisinde yeni bir ihlal durumunun tespit edilmesi durumunda tekrar bir uyarının yapılmayacağı ve dosyanın kapatılarak gereği için mahkemeye gönderileceği yükümlüye ihtar edilir.

Görüldüğü üzere, 5402 sayılı kanunun 5. maddesi ve DSHY m. 44 birlikte değerlendirildiğinde dosyanın kapatılması için en az iki yükümlülük ihlalinin gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Ancak CMK hükmün açıklanması için yükümlülükler uymamakta ısrar edilmesini aramamaktadır. İlk ihlalde, sanığa bir ihtar bulunmadan dosyanın kapatılıp mahkemeye gönderilmesi DSHY'ye aykırı olacaktır. Nitekim DSHY'deki bu düzenleme sanık hakları bakımından kanundan daha ileri düzeyde güvenceler içermektedir. Bu nedenle DSHY m. 44'ün kanunlaşması gerektiği de haklı olarak ifade edilmiştir.⁹⁴¹

Denetimli serbestlik kararlarının kaydedilmesinden itibaren sanığa üç iş günü içerisinde yapılacak yazılı veya elektronik tebligatta, tebliğden itibaren on gün içerisinde denetimli serbestlik müdürlüğüne başvurması gerektiği belirtilir (DSHY m. 40/1). Düzenlenen tebligatta yükümlünün haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen bir mazereti olmadan denetimli serbestlik müdürlüğüne gelmemesi veya hakkında belirlenen yükümlülüklerin gereğini yerine getirmemesi halinde, denetimli serbestlik kararının niteliğine göre, gelmemenin hukuki sonuçları yükümlüye bildirilir (DSHY m. 40/3). Usulüne uygun olarak yapılan tebligata rağmen yükümlü on gün içerisinde denetimli serbestlik müdürlüğüne müracaat etmezse infaz işlemleri

⁹⁴¹ Yıldırım, s. 431.

değerlendirme komisyonunun onayından sonra kayıt kapatılarak infaz dosyası Cumhuriyet başsavcılığına geri gönderilir (DSHY m. 40/4).

Yükümlünün on gün içerisinde denetimli serbestlik müdürlüğüne başvurmaması bir ihlal olarak değerlendirilmiştir. Ancak bu durumun bir yükümlülük ihlali olarak sayılabilmesi için bu konuda sanığa yapılan tebliğin usulüne uygun olması gerekir. Örneğin, yükümlü yerine yükümlünün müdafisine tebliğ yapılması usulsüzdür. Tebligatta müdürlüğe gelmemenin hukuki sonuçlarının yükümlüye bildirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle sanığın müdürlüğe mazeretsiz olarak başvurmaması halinde hakkındaki hükmün mahkemece açıklanabileceğinin tebligatta belirtilmesi gerekir. Dolayısıyla mahkeme sadece denetimli serbestlik müdürlüğüne yapılan tebligatın usulüne uygun olup olmadığını araştırmakla kalmamalı, sanığın haklı geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilir bir mazeretinin olup olmadığını ve müdürlüğe gelmemenin hukuki sonuçlarının kendisine bildirilip bildirilmediğini de araştırmalıdır.⁹⁴²

Yükümlülüğün ihlal edildiğini tespit eden mahkeme, sanık hakkında dört farklı karar verebilir:⁹⁴³

- Mahkeme açıklanması geri bıraktığı hükmü aynen açıklayabilir.
- Mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek, cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine karar verebilir.
- Mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek, şartların varlığı halinde mahkûmiyet hükmündeki hapis cezasının ertelenmesine karar verebilir.

⁹⁴² Yıldırım, s. 429, 430.

⁹⁴³ Horozgil, s. 166.

- Mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek, şartların varlığı halinde, hükümdeki hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar verebilir.

Yükümlülüklerini yerine getiremeyen sanık hakkında verilebilecek üç karar (cezanın yarısına kadar belirlenebilecek bir kısmının infaz edilmemesi, hapis cezasının ertelenmesi, hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi) arasında bir uygulama önceliği bulunmamaktadır. Mahkeme bu kararlardan birini seçmek konusunda takdir yetkisine sahiptir.⁹⁴⁴

Denetimli serbestlik tedbirlerine riayetsizlik edildiğini tespit eden mahkeme, denetim süresinin dolmasını beklemeden dosyayı derhal ve re'sen ele alır ve duruşma açar, tarafları davet eder ve yukarıda dört madde olarak belirttiğimiz seçeneklerden birine karar vererek hükmü açıklar.⁹⁴⁵ Hüküm niteliğine sahip olan bu kararın CMK m. 232'de düzenlenen hüküm fıkrasında bulunması zorunlu unsurları taşıması, bünyesinde bir eksiklik barındırmaması ve infaz esnasında karışıklığa mahal vermemesi gerekir. Bu nedenle yeni bir hüküm kurulmaksızın salt "önceki hükmün açıklanmasına" şeklinde karar verilmemelidir. Mahkemenin açıklayacağı bu hükme karşılık istinaf kanun yoluna başvurulabilecektir.⁹⁴⁶

5. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARININ ETKİLERİ

⁹⁴⁴ **Baştürk**, s. 455; **Epözdemir**, s. 278, 279.

⁹⁴⁵ **Artuç**, B. 3, s. 417, 418.

⁹⁴⁶ **Horozgil**, s. 166, 167.

A. KARARIN ÖZEL SİCİLE KAYDEDİLMESİ

CMK m. 231/13 uyarınca “Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.”. ASK m. 6/1’de de benzer bir düzenleme bulunmaktadır. İlgili düzenlemeye göre, “Kamu davasının açılmasının ertelenmesine ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak mahkeme, “hâkim veya Cumhuriyet Başsavcılığı” tarafından istenmesi halinde verilmek üzere kaydedilir.”.

Bu düzenlemeler hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmaması (CMK m. 231/5) niteliğinin bir sonucudur. Dolayısıyla açıklanmayan ve bu sebeple gizli addedilebilecek⁹⁴⁷ hükmün özel sicile kaydedilmesi, esasında sanıklık sıfatı devam eden ve hakkında kesin hüküm verilmemiş sanığın suçsuzluk karinesinden yararlanmasını sağlayarak onu mahkûmiyet hükmünün hukuki sonuçlarından korumaktır.⁹⁴⁸ Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının özel bir sicile kaydedilmesi ve hâkim, mahkeme ve savcılıktan başka kimseye veya kuruma verilmemesine ilişkin bu düzenleme kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemeler içeren yeni ceza adaleti sistemine de uygun düşmektedir.⁹⁴⁹

Her ne kadar ilgili düzenlemeler hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının özel sicile kaydedileceği ve hâkim, mahkeme ve savcıdan başka kimsenin bu kayıtları göremeyeceği yönünde olsa da uygulamada kişilerin adli sicil bürolarına başvurduklarında kendilerine

⁹⁴⁷ **Kumbasar**, s. 214.

⁹⁴⁸ **Baştürk**, s. 461; **Epözdemir**, s. 299, 300.

⁹⁴⁹ **Töngür**, s. 261; **Kumbasar**, s. 214.

hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının da yer aldığı adli sicil belgelerinin verildiği ve bu belgelerle yapılan iş başvurularında kişilerin zorluk yaşadığı bilinmektedir. Bu durum kesinlikle kanuna aykırıdır. Olması gereken uygulamada mahkemeler Adli Sicil İstatistik Genel Müdürlüğü'nün 1.1.2006/ 62 nolu genelgesi uyarınca, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarını 'tali karar fişiyile' birlikte Adli Sicil İstatistik Müdürlüğü'ne göndermelidir.⁹⁵⁰ Ancak uygulamada hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları diğer mahkûmiyet hükümleri gibi adli sicile kaydedilmekte denetim süresi başarıyla tamamlandıktan sonra da arşive kaydedilmektedir. Bu durum kanuna aykırı olduğu gibi, sanığın sosyal hayatını da olumsuz etkilemektedir. Bunun yanı sıra adli sicilde görünen bu kayıtların, görülmekte olan davada oluşturulacak kanaate ve verilecek hükme yansıma ihtimali de çok yüksektir.⁹⁵¹

B. KARARIN DAVA ZAMANAŞIMINA OLAN ETKİSİ

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleşmesiyle birlikte yetişkin sanıklar için beş suça sürüklenen çocuklar için üç yıllık denetim süresi başlayacaktır. CMK m. 231/8 "*...Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur.*" hükmüyle birlikte hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını dava zamanaşımını durduran nedenlerden birisi olarak belirtmiştir.

Suçun işlenmesinin üzerinden belirli bir sürenin geçmesi sonucunda, devletin cezalandırma yetkisinin ortadan kalktığı kabul edilir ve bu sürenin geçmesiyle kamu davasının açılmamasına veya açılan bir dava varsa düşmesine hükmedilir. Kanunda belirtilen bu süre, dava zamanaşımı süresi olarak adlandırılmaktadır.⁹⁵²

⁹⁵⁰ **Kumbasar**, s. 214.

⁹⁵¹ **Kaya**, s. 421.

⁹⁵² **Taner**, Zamanaşımı, s. 51.

Dava zamanaşımının durması, kanunda açıkça belirtilen kimi hallerde kamu davasının yürütülememesi sebebiyle, bu durumun ortaya çıkmasından ortadan kalkmasına kadar geçen zaman içerisinde, dava zamanaşımının, o ana kadar geçen sürenin saklı kalması şartıyla işlememesi halidir.⁹⁵³ Hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde dava zamanaşımının durması esasında devletin, denetim süresi içerisinde sanığı cezalandırma yetkisini kullanmak için herhangi bir işlem yapmamasına dayanmaktadır. Devlet bu süre içerisinde cezalandırma yetkisini kullanmadığı için dava zamanaşımının durması, bu durumun doğal ve haklı bir sonucudur.⁹⁵⁴

CMK m. 231/8'de yer alan düzenleme sebebiyle, suç tarihinden itibaren işlemeye başlayan zamanaşımı süresi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleşmesiyle birlikte duracaktır.⁹⁵⁵ Kanunda dava zamanaşımı süresinin kasıtlı suçun işlendiği veya denetimli serbestlik tedbirlerine uyulmadığı günden itibaren mi yoksa hükmün açıklandığı tarihten itibaren mi işlemeye devam edeceği hususu doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, dava zamanaşımı hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleştiği tarihten, denetim süresi içerisinde hükmün açıklanmasını gerektirir bir halin ortaya çıktığı tarihe kadar duracaktır.⁹⁵⁶ Bir diğer görüşe göre, dava zamanaşımı süresinin durması, sanık tarafından kasıtlı bir suç işlendiğinin kesinleştiği⁹⁵⁷ ve en geç üç ve beş yıllık denetim

⁹⁵³ **Taner**, Zamanaşımı, s. 83.

⁹⁵⁴ **Taner**, Zamanaşımı, s. 96.

⁹⁵⁵ **Gürühan**, s. 139; **Artuç**, B. 3, s. 413; **Kumbasar**, s. 237; **Baştürk**, s. 460; **Epözdemir**, s. 298; **Horozgil**, s. 145; Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının usulüne uygun olarak kesinleştirilmediği durumlarda denetim süresinin de başlamayacağı bu nedenle dava zamanaşımının durmayacağı yönündeki Yargıtay kararı için bkz. Yar. 8. CD., E. 2017/23268, K. 2018/5273, T. 15.5.2018, (www.kazanci.com, SGT. 16.10.18).

⁹⁵⁶ **Kumbasar**, s. 237.

⁹⁵⁷ Yar. 13. CD., E. 2011/34143, K. 2012/13176, T. 5.6.2012: "Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verildiği tarih ile deneme süresi içinde işlenen ikinci suçtan verilen mahkumiyet kararının kesinleştiği tarihler arasında dava zamanaşımının durduğu gözetilerek; suça sürüklenen çocuğun

süresinin tamamlandığı tarihe kadar devam eder; bu tarihten itibaren dava zamanaşımı süresi kaldığı yerden devam eder.⁹⁵⁸ Bir başka görüş ise, denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işleyen sanık hakkında işlediği bu ikinci suçtan dolayı kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü verilmediği sürece dava zamanaşımı süresinin durmaya devam edeceğini ancak, zamanaşımının durma süresinin sonu olarak ikinci suçun işlenme tarihinin kabul edilmesi gerektiğini savunur.⁹⁵⁹ Zamanaşımının durmaya devam edeceği süre hususunda aktarılan bu görüşlerden ayrılan son bir görüşe göre, durma nedeni ortadan kalktığında zamanaşımı süresi tekrar işlemeye başlar. Bu nedenle zamanaşımının denetim süresi içerisinde işlenen suç tarihine kadar durması gerekir. Ancak belirtmek gerekir ki suçsuzluk karinesi gereği, denetim süresi içerisinde işlendiği iddia olunan suçla ilgili mahkeme kararının kesinleşmesi şartı aranmalıdır.⁹⁶⁰ Fakat denetim süresi içerisinde işlendiği iddia olunan suçla ilişkin yargılama devam ederken zamanaşımı dolarsa mahkeme açıklanması geriye bırakılmış mahkûmiyet hükmü için düşme kararı vermelidir.⁹⁶¹

eylemine uyan hırsızlık suçunun gerektirdiği cezanın türü ve üst sınırına göre; (durma süresi hariç) 6 yıllık uzatılmış dava zamanaşımı süresinin, suç tarihi ile inceleme tarihi arasında geçmiş bulunması gözetilmelidir.”, (www.kazanci.com, SGT. 16.10.18).

⁹⁵⁸ **Artuç**, B. 3, s. 413, 414.

⁹⁵⁹ **Balık**, s. 169.

⁹⁶⁰ Yar. 8. CD., E. 2017/7534, K. 2018/561, T. 18.1.2018: “...5271 Sayılı Kanun'un 231/8. maddesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde, denetim süresi içinde dava zamanaşımının duracağı ve zamanaşımının denetim süresi içinde işlenen suçtan dolayı verilen hükümlülük kararının kesinleşmesi koşuluyla suçun işlendiği tarihte yeniden işlemeye başlayacağı...”; Yar. 4. CD., E. 2017/17861, K. 2017/17298, T. 8.6.2017, Yar. 14. CD., E. 2015/9293, K. 2016/20205, T. 2.3.16, (www.kazanci.com, SGT. 16.10.18); **İpek**, s. 256.

⁹⁶¹ **Gürühan**, s. 139, 140; **Epözdemir**, s. 298; **Horozgil**, s. 145.

Denetimli serbestlik tedbirlerine riayetsizlik sebebiyle hükmün açıklandığı durumlarda dava zamanaşımı süresinin denetimli serbestlik tedbirine riayetsizlik edildiği tarihte yeniden işlemeye başladığı genel olarak kabul edilmektedir.⁹⁶²

Bütün bu görüşlere ilişkin bir değerlendirme yapmamız gerekirse, CMK m. 231/8 uyarınca dava zamanaşımı *denetim süresince* duracaktır. Bu nedenle dava zamanaşımının denetim süresi içerisinde işlendiği iddia olunan suçtan dolayı verilen mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesine kadar duracağı görüşü kabul edilebilir değildir. Açıklanması geri bırakılan hükmün denetim süresi içerisinde işlendiği iddia olunan yeni ve kasıtlı bir suç nedeniyle açıklanması için, bu yeni suçtan dolayı verilen mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesi gerekmektedir. Yeni hükmün denetim süresi içerisinde kesinleşmemesi halinde açıklanması geri bırakılan hükümlerle ilgili zamanaşımı, denetim süresi sonunda kaldığı yerden işlemeye devam edecektir.⁹⁶³ Denetim süresi içerisinde işlenen suç için verilen mahkûmiyet hükmü kesinleştikten sonra zamanaşımının ne zaman devam edeceği sorununun ise yine CMK m. 231/8’de yer alan ‘denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur’ ibaresine dayanarak çözmekte fayda vardır. Denetim süresinin beş ya da üç yıllık süre dolmadan sona ermesi mahkemenin bu konuda bir karar vermesine yani açıklanması geriye bırakılmış hükmü açıklamasına bağlıdır. Hatırlanacağı üzere denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlenmesi veya denetimli serbestlik tedbirlerine riayetsizlik edilmesi halinde mahkeme duruşma açarak bu durumu tespit etmekte ve hükmü açıklamaktadır. Yani denetim süresi mahkemenin kararından bağımsız olarak kendiliğinden sona ermemektedir. Öyleyse dava zamanaşımının işlemeye devam edeceği süre

⁹⁶² **Gürühan**, s. 141; **Epözdemir**, s. 299; **Horozgil**, s. 146; **Balık**, s. 170; Yar. 2. CD., E. 2012/6206, K. 2012/8560, T. 4.4.2012: “765 sayılı TCK. uyarınca hesaplanan dava zamanaşımı, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleştiği tarih itibarıyla durup, yükümlülüğün yerine getirilmemesiyle yeniden işlemeye başlar. Suç ve inceleme tarihleri itibarıyla dava zamanaşımı gerçekleşmemiştir.”, (www.kazanci.com, SGT. 16.10.18).

⁹⁶³ **Toroslu – Feyzioğlu**, s. 367.

de denetim süresinin sona ereceği süre olmalıdır. Bu iki halde ortaya çıkabilir: 1. Denetim süresi (beş ya da üç yıl) dolar ve dava zamanaşımı işlemeye devam eder, 2. Denetim süresi mahkemenin hükmü açıklamasıyla birlikte son bulur ve dava zamanaşımı işlemeye devam eder.⁹⁶⁴

⁹⁶⁴ Bu nedenle dava zamanaşımının hükmün açıklanmasıyla birlikte işlemeye devam edeceği yönündeki görüşlere katılıyoruz. Bkz. **Taner**, Zamanaşımı, s. 96; **Şen – Maviş**, s. 63; **Baştürk**, s. 461; Dava zamanaşımının hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılması için tensip kararı verildiği tarihe kadar duracağı şeklindeki Yargıtay kararları için bkz. **Balık**, s. 169, dn. 357; Yar. 15. CD., E. 2012/17814, K. 2012/32191, T. 23.01.2013; Bu konuda Yar. CGK., E. 2015/3-599, K. 2016/99, T. 1.3.2016 kararına yazılmış ve sonuna kadar katıldığımız bir karşı oyu paylaşmak isteriz: “*Şöyle ki: 1-) Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231/8-son maddesi 'Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur.' hükmünü içermektedir. Denetim süresi de aynı düzenlemede 'beş yıl' olarak öngörülmüştür.*

Demek ki denetim süresi en fazla beş yıl olarak öngörülmüş, denetim süresinin başlangıcı hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleşmesinden itibaren başlayacak ve beş yıl dolup altıncı yıldan gün alınmaya başlayınca zamanaşımı işlemeye başlayacaktır. Ayrıca bu sürenin yani beş yılın dolması ile düşme kararı verilecektir.

Kanun beş yıl dolmadan da açıklanması geri bırakılan hükmün iki halde açıklanacağını kabul etmiştir. Bunlar; A-) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması süresi içinde, işlenen yeni bir suçun kesinleştiğinin bildirilmesinden sonra mahkeme açıklanması geri bırakılan hükmünü duruşma açarak açıklayacaktır.

b-) Yine beş yıllık denetim süresi içinde mahkeme denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasına karar vermiş, sanık bu karara uymamışsa mahkeme yine açıklanması geri bırakılan hükmü duruşma açarak açıklayacaktır.

İşte bu iki durumda hüküm açıklandığında duran zamanaşımı işlemeye devam edecektir. Yani hem en uzun denetim süresi olan beş yılın dolması hem de hükmün açıklanması ile duran zamanaşımı işlemeye devam edecektir.

Burada sayın çoğunluğun kabul ettiği gibi bir yol izleyip yeni suçun işlendiği tarihte zamanaşımının işlemeye başladığını kabul edersek tedbire uyulmaması halinde zamanaşımının ne zaman işlemeye başladığını kabul edeceğiz? Örneğin, mahkeme sanığın bir meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir yıl süreyle eğitim programına devam etmesine karar vermiş, sanığın tedbirine uymaması üzerine Denetimli Serbestlik Bürosu 1 yılın sonunda durumu mahkemeye bildirmesi üzerine, mahkeme duruşma açarak, sanığı çağırarak, devam etmemesinin geçerli bir nedene dayanıp dayanmadığını araştırarak ve denetim süresinin üçüncü yılında hükmünü açıklayacaktır.

Peki, burada zamanaşımı süresi ne zaman işlemeye başlayacak? Meslek edindirme kursuna ilk devamsızlık yaptığı günde mi, bir yılın sonunda mı, denetim bürosunun bildirim tarihinde mi? Tabii ki tüm soruların tek cevabı var, hükmün açıklanması ile zamanaşımı işlemeye başlar. Ne TCK, ne de CMK'nun başka hükümleri ile irtibatlandırmaya, açıklama getirmeye ve yorumlamaya gerek yoktur. Hüküm çok açık ve anlaşılır. Hükümün açıklanmasıyla denetim süresi sona erer. Denetim süresi sona erince de zamanaşımı işlemeye başlar. Aksi düşünce şöyle bir sonuca ulaştırır, denetim süresi içinde ikinci suçun işlenmesi veya tedbire uyulmaması ile açıklanması geri bırakılan hüküm açıklanmış sayılır.

2-) Hükümün açıklanmasının geri bırakılması bir mahkeme kararıdır, ancak özel düzenleme sebebiyle herhangi bir sonuç doğurmamaktadır. Yani hapis veya adli para cezası infaz edilmemekte, hak yoksunlukları uygulanmamaktadır. Mahkeme hâkimi tarafından verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını yine hâkim açıklayacaktır. Denetim süresi içinde yeni bir suç işlenip kesinleşse, denetimli serbestlik tedbirine uyulmasa bile ertelenen bu hüküm geçerliliğini korur. Geçerliliğini koruyan hükmü sanık suç işleyerek nasıl zamanaşımına uğratabilir. Bunun kabul edilmesi demek, dokunulmayan, açıklanmayan, sonuç doğurmayan ve askıda olan bir hükmü, başka bir suçu işleyerek gizlice zamanaşımına uğratmaktır. O zaman CMK'nın 231/8-son maddesindeki 'Denetim süresi içinde zamanaşımı durur'un ne anlamı kalır.

3-)Kabul edilen çoğunluk görüşünden gidersek CMK'nın 231/8-son maddesindeki düzenlemenin şu şekilde olması gerekirdi. 'Denetim süresi içinde zamanaşımı durur, yeni bir suçun işlenmesi, tedbire uymama halinde zamanaşımı işlemeye devam eder' Böyle bir düzenleme var mı? Yok. O halde kovuşturulması devam etmeyen bir hükmün zamanaşımı nasıl işler?

Nitekim bizim olayımızda da sanığın deneme süresi içinde işlediği suç 2 yıl 10 ay 1 gün sonra kesinleşmiş, suç tarihinden 3 yıl 18 gün sonra HAGB kararı açıklanmıştır. Sayın çoğunluk kesinleşmeden itibaren suç tarihine kadar olan 2 yıl 10 ay 1 gün için zamanaşımının durduğunu kabul etmiştir. Bu uygulamaya şu denebilir, 'geriye yürüyen zamanaşımı'. Ceza sistemimizde lehe kanun, aleyhe değiştirme yasağı, şüpheden sanık yararlanır ilkesi mevcut, ancak suç işleyip davasını uzatanı ödüllendirmek diye bir hüküm yoktur. İşlenen suçtan mağdur olan gerçek kişiler ile suçtan zarar gören tüzel kişiler ve kamuoyu vardır, bunlarında haklarının korunması gerekir.

Eğer bu yol kabul edilirse, yani suçun işlendiği tarihten geriye doğru zamanaşımını işletirsek bunun anlamı şudur, deneme süresi içinde suç işleyen davasını ne kadar uzatırsa en karlı çıkan kişidir. Bu kabul 1 Haziran 2005 tarihi öncesi suçların zamanaşımına uğramasına bir pencere açmaktır.

Kısaca açıklanmadığı için hukuki sonuç doğurmayan bir hükmün başka bir suç işlenerek zamanaşımına uğratılması sonucunu doğuran çoğunluk görüşüne bu gerekçelerle katılmıyoruz. ", (www.kazanci.com, SGT. 16.10.18).

VIII. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARININ DENETİMİ

1. GENEL OLARAK

Daha önce belirtildiği üzere, hüküm (son karar), mahkemenin, hakkında muhakeme yürütülen uyuşmazlığı doğrudan veya dolayısıyla çözen, ceza davasını ve ceza muhakemesi ilişkisini sona erdiren karardır.⁹⁶⁵ Hükümün açıklanmasının geri bırakılması ise, CMK 223'te sayılan kararlardan birisi olmadığı gibi, hakkında muhakeme yürütülen uyuşmazlığı doğrudan veya dolayısıyla çözen ve dolayısıyla ceza davasını ve ceza muhakemesi ilişkisini sona erdiren bir karar değildir. Daha önce de belirtildiği üzere, hükümün açıklanmasının geri bırakılması sanık hakkında verilmiş mahkûmiyet hükmünün şekli anlamda kesinleşmesini ve buna bağlı olarak maddi anlamda kesinleşmesini engelleyen ve uyuşmazlığın belirli bir süre derdest kalmasını sağlayan bir karardır. Bu anlamda hükümün açıklanmasının geri bırakılması bir hüküm değildir. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması halinde sanık hakkında kurulmuş ancak henüz kesinleşmemiş bu mahkûmiyet hükmü sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmayacak (CMK m. 231/5), herhangi bir hak yoksunluğuna sebebiyet vermeyecek ve hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmuş kişi sanık sıfatını taşımaya devam edecektir. Böylece, hükümün açıklanmasının geri bırakılması halinde mahkemenin, birisi mahkûmiyet diğeri hükümün açıklanmasının geri bırakılması olmak üzere iki karar verdiğini, ancak mahkûmiyet hükmünün açıklanmadığı için kesinleşmediğini ve dolayısıyla kamu davasının devam ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Böylece, mahkûmiyet hükmü, aleyhine olağan kanun yoluna gidilemeyen nitelikte bir hükümse infazın; aleyhine olağan kanun yoluna gidilebilir nitelikte

⁹⁶⁵ §1/II/1.

bir hükümse de mahkûmiyet hükmünün askıya alınması söz konusu olacak ve hükmün kesinleşmesi süreci başlamayacaktır.⁹⁶⁶ Dolayısıyla henüz açıklanmadığı için hukuki varlık kazanmayan mahkûmiyet hükmü, istinaf ve temyiz kanun yolu incelemesine konu yapılamaz.⁹⁶⁷

Yine daha önce de belirttiğimiz üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı üzerine, sanık denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlemez ve denetimli serbestlik tedbirlerine riayet ederse, hakkında kurulan mahkûmiyet hükmü kaldırılarak düşme kararı verilecektir. Bu anlamda kurum, devletle birey arasındaki cezalandırma hukuki ilişkisini sona erdiren bir niteliği haizdir ve bu nedenle maddi ceza normudur. Kurumu düzenleyen CMK m. 231 bir maddi ceza normu olduğu için, zaman bakımından uygulamada TCK m. 7’de belirtilen, maddi ceza normlarının zaman bakımından uygulanmasına ilişkin kurallara tabiidir.⁹⁶⁸

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı erteleme süresi boyunca durma kararı niteliğindedir. Zira kurumun uygulanmasının koşullarının oluşması bir muhakeme engeli oluşturur. Burada beklenmekte olan husus, denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlenmemesi ve denetimli serbestlik tedbirlerine riayet edilmesidir. Bu şartlar gerçekleştiğinde de ilk önce hali hazırda tesis edilmiş olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı kaldırılacak ve daha sonra muhakeme şartlarının gerçekleşmemesi sebebiyle düşme kararı verilecektir. Durma süresince de ancak durma kararına bağlanmış hukuki neticeler ortaya çıkacaktır.⁹⁶⁹

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının durma kararı niteliğinde görülmesi CMK hükümleri ile de uyumludur. Zira durma kararı verilen hallerde mahkeme davadan elini nihai olarak çekmemektedir ve bu nedenle durma kararları hüküm niteliğinde değildir.⁹⁷⁰

⁹⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. §3/II.

⁹⁶⁷ **Zafer**, s. 853.

⁹⁶⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. §3/II.

⁹⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. §3/II.

⁹⁷⁰ Durma kararıyla ilgili ayrıca bkz. §1/II/3/A.

Durma kararları, CMK m. 223/8 uyarınca, itiraz kanun yoluna tabii kararlardandır ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itiraz kanun yoluna gidilebileceği (CMK m. 231/12) belirtilmemiş olsaydı dahi, geri bırakma kararı durma kararı olarak nitelendirilerek itiraza konu yapılabilirdi. Sonuç olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, itiraz edilebilen, durma kararı niteliğinde bir ara karar özelliği göstermektedir.⁹⁷¹

2. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARINA KARŞI BAŞVURULABİLECEK KANUN YOLU: “İTİRAZ”

A. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARINA İTİRAZIN İNCELEME KAPSAMI

İtiraz kanun yolu, CMK m. 267 ile CMK m. 271 arasında düzenlenmiştir. İtiraz henüz kesinleşmemiş hâkim veya mahkeme kararlarına karşı, bu kararlarda hata veya hukuka aykırılık bulunduğu gerekçesiyle, kararın daha yüksek bir makama maddi ve hukuki bakımdan incelenmesini ve denetlenmesini sağlamak adına yapılan olağan bir kanun yolu başvurusudur. Bu anlamda itirazın konusu *kural olarak* hükümden önce verilen ve hükme esas teşkil etmeyen ara kararlardır. İtiraz kanun yolu ile istinaf kanun yolu arasındaki fark bu noktada ortaya çıkar. Zira istinaf hükümden sonra gidilebilecek bir yol iken; itiraz hükümden önceki aşamada, yani dava bitmeden önce başvurulabilecek bir yoldur. İtiraz maddi veya hukuki sebeplerden birisine

⁹⁷¹ **Zafer**, s. 853, 854; Krş. **Veli Özer Özbek – Serkan Meraklı**, “*Karar İncelemesi Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtiraz Üzerine Yapılacak Denetim*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, S. 2, C. 19, Y. 2013, s. 231: Yazarlar, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının bir ‘ara karar’ olmadığını ifade etmektedirler.; Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla birlikte geri bırakılmaması kararına da itiraz edilmesi gerektiği yönünde bkz. **Donay**, “*Erteleme*”, s. 1639.

dayanabileceği gibi yeni olay ve delillere de dayanması mümkündür. İtiraza konu olan kararı veren mahkemede ileri sürülmemiş deliller ve olaylar itiraz merciince getirilebilir ve itiraz merci de bunları inceleyerek ve hatta salt bu yeni delil ve olaylara dayanarak dahi kararını verebilir.⁹⁷²

Mahkemelerin vermiş olduğu kararlara karşı *kural olarak* itiraz kanun yolunun kapalı olmasının sebebi, mahkemelerin verdiği hükümlere karşı istinaf yolunun açık olması ve mahkeme tarafından verilen ara karar niteliğindeki kararların da istinaf incelemesinde hükümle birlikte incelenmesidir.⁹⁷³

CMK m. 231/12, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itiraz yoluna başvurulabileceğini belirtmiş ancak itirazın inceleme yöntemi ya da süresine ilişkin bir belirlemede bulunmamıştır. Bu nedenle CMK m. 268/1⁹⁷⁴,de belirtilen usul, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itirazın incelenmesinde de uygulanacaktır.

CMK m. 231/12, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itiraz kanun yolunu öngörmüştür. İtiraz kanun yoluna başvurulabilmesi için, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının ön şartını oluşturan mahkûmiyet hükmünde yer alan cezanın türünün ve süresinin bir önemi bulunmamaktadır. Bir başka deyişle mahkûmiyet hükmünde yer alan ceza CMK m. 272/3'te belirtilen istinaf yoluna başvurulamayan hükümlerden veya CMK m. 286/2'de belirtilen temyiz edilemeyen hükümlerden olsa dahi, hükmün açıklanmasının geri

⁹⁷² Devrim Aydın, “Ceza Muhakemesi Kanunu’nda İtiraz”, TBBD., S. 65, Y. 2006, s. 63, 64.

⁹⁷³ Aydın, s. 64.

⁹⁷⁴ **CMK m. 268/1:** “Hakim veya mahkeme kararına karşı itiraz, kanunun ayrıca hüküm koymadığı hallerde 35 inci maddeye göre ilgililerin kararı öğrendiği günden itibaren yedi gün içinde kararı veren mercie verilecek bir dilekçe veya tutanağa geçirilmek koşulu ile zabıt katibine beyanda bulunmak suretiyle yapılır. Tutanakla tespit edilen beyanı ve imzayı mahkeme başkanı veya hakim onaylar. 263 üncü madde hükmü saklıdır.”

bırakılması kararına karşı itiraz kanun yoluna başvurulabilir.⁹⁷⁵ Zira bahsi geçen düzenlemeler münhasıran istinaf ve temyiz kanun yollarına ilişkin düzenlemeler olup genel olarak kanun yollarına ilişkin düzenlemeler değildir. İtiraz kanun yoluna yönelik düzenlemelerde ‘itiraz edilemeyecek kararlar’ şeklinde özel bir düzenleme yer almadığı için, mahkûmiyet hükmündeki cezanın türü ve süresine bakılmaksızın bütün hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına itiraz edilebilir.⁹⁷⁶

Daha önce de bahsedildiği üzere hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı bir hüküm (son karar) değildir. Nitekim CMK m. 223’te son kararlar arasında da sayılmamıştır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı mahkûmiyet hükmünün sanık hakkında hukuki bir sonuç doğurmamasını sağlar (CMK m. 231/5). Dolayısıyla kararın verilmesi mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesini önler. Ortada kesinleşmiş bir hüküm olmadığı için, istinaf ve temyiz kanun yollarına gidilemeyecektir⁹⁷⁷.⁹⁷⁸ Hatta birlikte sürdürülen yargılama sonunda verilen

⁹⁷⁵ **Olgun**, s. 66; **Aksoy**, s. 238; **Töngür**, s. 269 – 273; **Turan**, s. 193, 194; Aksi kabulün mahkemeye erişim hakkını engelleyeceğine ilişkin bkz. **Yıldırım**, s. 455.

⁹⁷⁶ **Özsoy**, s. 84; **Artuç**, B. 3, s. 336; **Kumbasar**, s. 224; **Horozgil**, s. 106; Bir görüşe göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması talebinin reddi kararlarına karşı da itiraz kanun yoluna gidilebilmelidir. Görüş için bkz. **İpek**, s. 264. Ancak bu görüşe katılmıyoruz zira talebin reddedilmesi halinde mahkeme mahkûmiyet hükmü verecek ve bu hüküm istinaf/temyiz kanun yoluna tabii olacaktır. Bu hüküm hükmün açıklanmasının geri bırakılması talebinin reddini de içerecektir dolayısıyla mercince yapılacak inceleme hükmün içeriğini incelemeyi gerektirecektir. İtiraz kanun yolu mercii hükümleri inceleyemeyeceği için kurumun uygulanması talebinin reddini içeren hükümlerin istinaf/temyiz kanun yolunda incelenmesi daha uygundur.

⁹⁷⁷ Bir görüşe göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği hallerde iki tane hüküm/karar vardır. Birisi hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı diğeri ise mahkûmiyet kararıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilmesi, mahkûmiyet hükmüne karşı istinaf/temyiz yoluna başvurmayı engellemez. Bu görüş için bkz. **Ünver – Hakeri**, s. 715 – 719.

⁹⁷⁸ Bkz. §3/II; Bir görüşe göre, kişiler, mahkûmiyet haricinde bir karar verilmesi gerektiği, suçun nitelendirilmesinin yanlış yapıldığı ve dolayısıyla eksik ceza tayin edildiği yönünde yapılacak başvurular eylemin niteliği ve ceza miktarının değişmesi sebebiyle, suçu kurumun kapsamından çıkarabileceğinden, ilgili bu başvurular itiraz değil istinaf/temyiz başvurusu olarak kabul edilmelidir.

kararlardan bir kısmının hüküm niteliğinde olması ve dolayısıyla istinaf ve temyize tabi bulunması, diğer suç nedeniyle verilen itirazı mümkün bir kararın istinaf veya temyiz kanun yollarıyla bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay tarafından incelenmesini gerektirmez.⁹⁷⁹

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının itiraz kanun yoluna tabi olması buna karşılık istinaf ve temyiz kanun yollarına başvurulamaması Anayasa Mahkemesi'ne somut norm denetimi aracılığı ile taşınmıştır. İtiraz gerekçesi şöyledir: “... CMK.nin 231 maddesinde ifadesini bulan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları CMK.nin 231/12 maddesi gereğince “itiraz” kanun yoluna tabidir. Varsayım olarak, ilk derece mahkemesi beraat etmesi gerekli sanığı mahkum ettiyse ve mahkumiyet hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamında ise mahkeme hükmün açıklanmasını geri bırakacaktır. Sanık CMK.nin 231/8. maddesi gereği 5 yıl denetim süresine tabi olacaktır. Sanık CMK.nin 231/12. maddesi gereğince itiraz kanun yoluna başvurunca kanun yolu mahkemesi temyiz merci gibi inceleme yapamayacak; ilk derece mahkemesinin kararı usule uygun ise itiraz reddedilecek; sanık gerçekte beraat edebilecekken hükmün açıklanmasının geri bırakılması hükümleri gereği haksız yere 5 yıl denetim süresine tabi olabilecektir. Durum Anayasamızın 2, 5, 36 maddeleri ile hukukumuzda giren adil yargılanma hakkı ve hukuk devleti olma ilkesine aykırılık teşkil etmektedir ...”. Ancak Anayasa Mahkemesi şu gerekçeyle ilgili düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bulmamıştır: “...Öte yandan, (12) numaralı fıkrada hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebileceği belirtilmekte ise de, bu kuralla temyiz incelemesi yolu kapatılmış değildir. İtiraz yolu da verilen kararın bir üst merci tarafından yeniden gözden geçirilmesini sağlayan ve kararın sağlığı bakımından güvence oluşturan kanun yollarından biridir. Hükmün

Bu görüş için bkz. **Özsoy**, s. 84 – 86; **Aksoy**, s. 239; **Meran**, s. 70; **Aras**, s. 83, 84; **Mahmutoğlu**, s. 368; Ayrıca bkz. **Günay**, s. 440, 441.

⁹⁷⁹ Yar. CGK., E. 2007/1-183, K. 2007/190, T. 25.9.2007, (www.kazanci.com, SGT. 29.10.18); **Artuç**, B. 3, s. 327, 328.

*açıklanmasının geri bırakılması kararları sanık hakkında hukuki sonuç doğuran kesin hüküm niteliğinde olmadığından, deneme süresi sonunda verilecek düşme kararı veya geri bırakma koşullarına uyulmaması halinde verilecek karar hakkında esas hükümlerle birlikte temyiz denetimi olanaklı bulunmaktadır ... ”.*⁹⁸⁰

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı üzerine karara karşı istinaf ve temyiz kanun yollarına başvurulamayacağı hususu netlik kazanmıştır. Karara karşı itiraz kanun yoluna başvurulacağı kesin olsa da itiraz kanun yolu merciin bu itirazı hangi kapsamda ve usulde incelemesi gerektiği tartışma konusu olmuştur.

Kural olarak, itiraz merci, sadece itiraz dilekçesinde belirtilen hukuka aykırılıkları inceleme yetkisine sahiptir.⁹⁸¹ İtirazı inceleyecek olan merci, yazı ile cevap verebilmesi için itirazı Cumhuriyet savcısı ve karşı tarafa bildirebilir (CMK m. 270/1 [1. cümle]). Ancak görüldüğü gibi merciin bu konuda bir takdir yetkisi vardır.⁹⁸² Kanunda geçen 'karşı taraf' ibaresinden ise anlaşılması gereken 'katılan'dır.⁹⁸³ Mercii, inceleme ve araştırma yapabileceği gibi gerekli gördüğünde bunların yapılmasını da emredebilir (CMK m. 270/1 [2. cümle]). Bu inceleme ve araştırma delil toplama, tanık dinleme ve keşif yapmayı içerir.⁹⁸⁴ Zira itiraz merci hukuki ve maddi sorunu bir arada ele alacaktır ve sadece başvuruda hatalı olduğu iddia edilen noktaları inceleyecektir.⁹⁸⁵ Mercii araştırma sonucunda elde ettiği delillere karşı iddia ve savunmanın görüş bildirme imkânı bulunmamaktadır. Bu anlamda itiraz kanun yolunda çelişmeli muhakeme ilkesi geçerli değildir.⁹⁸⁶

⁹⁸⁰ AYM., E. 2008/45, K. 2009/53, T. 12.3.2009, RG. 25.6.2009/27269.

⁹⁸¹ **Kunter**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 1040.

⁹⁸² **Zafer**, s. 851; **Toroslu – Feyzioğlu**, s. 391.

⁹⁸³ **Aydın**, s. 70.

⁹⁸⁴ **Kunter**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 1040.

⁹⁸⁵ **Toroslu – Feyzioğlu**, s. 391; **Aydın**, s. 70.

⁹⁸⁶ **Zafer**, s. 851.

Kanunda yazılı olan haller saklı kalmak üzere, itiraz hakkında duruşma yapılmaksızın karar verilir. Ancak, gerekli görüldüğünde Cumhuriyet savcısı ve sonra müdafî veya vekil dinlenir (CMK m. 271/1). Bu dinlemenin söz konusu olabilmesi için duruşma yapılması gerekir. Bu durum ise CMK m. 271'in kendi içinde çeliştiğini gösterir. Zira mahkemenin duruşma yapmadan dinlemesi mümkün değildir bu nedenle kanunda geçen “*dinleme*” ifadesi, “*görüşlerinin yazılı olarak alınması*” biçiminde değerlendirilmelidir.⁹⁸⁷ Bu durumda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz halinde duruşma yapılması mümkün değildir zira kanunda bu itirazın duruşmalı inceleneceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.⁹⁸⁸

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2009 tarihinde verdiği bir kararda itiraz merciin evrak üzerinden ve duruşmasız bir inceleme yapabileceğini bu nedenle itiraza konu karar yönünden yapılacak incelemede ancak CMK m. 231'de yer alan objektif şartların belirlenmesi ile ilgili sınırlı bir inceleme yapabileceğini belirtmiştir. Karara göre, duruşmada kanıtlarla doğrudan temas etme imkânı bulunmayan merciin, kanıt değerlendirmesi yaparak yeni bir hüküm tesisi itiraz kurumunun mahiyetine ters düşecektir. İtiraz merciince, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının koşullarının bulunup bulunmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılmadan, bu karara konu olan ve CMK m. 231/5 uyarınca henüz hukuki varlık kazanmamış olan hükmün değerlendirilmesi, CMK m. 231 ve CMK m. 271'de yer alan düzenlemelere aykırıdır. İtiraz merciince, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin karar, CMK m. 231/6'da yer alan

⁹⁸⁷ Aydın, s. 70; Horozgil, s. 113; Yar. CGK., E. 2012/10-534, K. 2013/15, T. 22.1.2013: “*İtiraz incelemesi kural olarak duruşmasız ve dosya üzerinden yapılacak, merci gerekli görürse Cumhuriyet savcısı, müdafî veya vekili de dinleyebilecektir ancak CMK'nun 271. maddesindeki düzenleme göz önüne alındığında bu dinleme duruşma şeklinde yapılmayacaktır, zira duruşma yapılabilmesi kanunda açık hüküm bulunmasına bağlıdır.*”, (www.kazanci.com, SGT. 28.10.18).

⁹⁸⁸ Özgenç, “*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*”, s. 54; Kumbasar, s. 225; Zafer, s. 848; Baştürk, s. 475.

suça ve sanığa ilişkin objektif uygulama koşullarının var olup olmadığı ile sınırlı olarak yapılmalıdır.⁹⁸⁹

Doktrinde de Yargıtay'ın aktarılan kararı doğrultusunda görüşler olduğu gibi, itiraz merciin itiraza konu uyuşmazlığı hem hukuki hem de maddi yönden ele alması gerektiği nitekim CMK m. 271/2 uyarınca itirazı yerinde gören merciin aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar vereceği bu nedenle itiraz merciin, objektif uygulanma koşullarının yanında maddi olay denetimi de yapması gerektiği savunulmuştur.⁹⁹⁰

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2013 yılında bir içtihat değişikliğine giderek itiraz merciin değerlendirmesinin sadece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının objektif şartlarıyla sınırlı olmadığı, maddi olay denetiminin de yapılması gerektiğini belirtmiştir.⁹⁹¹

⁹⁸⁹ Yar. CGK., E. 2009/4-13, K. 2009/12, T. 3.2.2009 (www.kazanci.com, SGT. 28.10.18).

⁹⁹⁰ Bu görüşlere ileride değerlendirmemizle birlikte yer vereceğiz.

⁹⁹¹ Yar. CGK., E. 2012/10-534, K. 2013/15, T. 22.1.2013: “İtiraz incelemesi sonucunda nasıl bir karar verileceği ve bu bağlamda CMK'nun 271/2. maddesinde yer alan; “İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir” şeklindeki düzenlemenin nasıl anlaşılması gerektiği üzerinde de durulmalıdır. Kanunun 271/2. maddesindeki düzenlemeye göre, merci, itirazı yerinde görürse itirazın kabulüyle birlikte “itiraz konusu” hakkında da karar verecektir. Başka bir anlatımla merci, itirazı kabul ettiğinde, verilmesi ya da kaldırılması gereken bir karar varsa bunu kararı veren mahkemeye bırakmadan kendisi vermeli ya da kaldırmalıdır, örneğin görevsizlik kararına yönelik bir itirazı inceleyen merci, itirazı yerinde görürse aynı zamanda görevsizlik kararını da kendisi kaldırmalıdır. Dolayısıyla, kanunda yer alan “İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir” hükmü, itirazı kabul eden merciin sadece “itiraz konusu” hakkında karar vermesi şeklinde anlaşılmalıdır. Buna karşın bu hüküm itiraz konusu dışında dosyanın esası hakkında da yargılamayı sonuçlandırarak (örneğin görevsizlik kararını kaldıran merciin dosyanın esası hakkında karar vermesi ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararı kaldıran merciin hükmü açıklaması gibi) bir karar vermesi gerektiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Nitekim Ceza Genel Kurulunun 26.10.2009 gün ve 182-209 sayılı kararında; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına yapılan itirazı inceleyen merciin, itirazı yerinde görmesi halinde dosyayı hükmün açıklanması için yargılamayı yapan asıl mahkemesine göndermesi gerektiği kabul edilmiştir. Bu açıklamalar gözönüne alındığında itiraz kanun yolu incelemesinin kapsamına ilişkin olarak somut olay değerlendirildiğinde; İtiraz mercii, o yer Cumhuriyet savcısının suç vasfına yönelik aleyhe başvurusu

Yargıtay'ın 2013 tarihli kararı doğrultusunda görüş bildiren yazarlara göre, madem ki hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının en temel koşullarından birisi sanık hakkında bir mahkûmiyet hükmü kurulmasıdır; öyleyse itiraz mercii de CMK m. 271/2⁹⁹² uyarınca, doğal olarak, bu şart bakımından da denetim yapacaktır.⁹⁹³ Nitekim itiraz mercii itiraza konu kararı hem maddi hem de hukuki yönden hukuka uygunluğunu denetlemekle yükümlüdür. Dolayısıyla itiraz mercii verilmesi gereken hükmün mahkûmiyet hükmü olup olmaması gerektiği yönünde (sübuta yönelik) ve suç vasıflandırmasının doğru olup olmadığı yönünde (hukuki nitelendirmeye yönelik) bir değerlendirme yapacaktır.⁹⁹⁴ Nitekim aksi düşünce kabul edilirse

üzerine incelemesini sadece şekli olarak değil, hem maddi olay hem de hukuki yönden yapmalı, gerekli gördüğünde cevap vermesi için itirazı sanık müdafisine tebliğ etmeli ve Cumhuriyet savcısı ile sanık müdafisini dinlemeli, yine ihtiyaç duyduğu konular varsa gerekli araştırma ve incelemeyi yapmalı ya da bunların yapılmasını sağlamalı ve bunun sonucunda da TCK'nun 191/2. maddesi gereğince verilen tedavi ve denetimli serbestlik kararının isabetli olup olmadığına karar vermelidir.”, (www.kazanci.com, SGT. 28.10.18); Kararda itiraz merciiin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı yapılan itirazı esastan inceleyebileceğine ilişkin bir açıklık olmadığı, böylesi önemli bir kararda bunun açıkça belirtilmesi gerektiğine yönelik eleştiri için bkz. **Halil Çığlı**, “*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarına İtiraz ve İtiraz Merciiinin Yetkileri*” (“*İtiraz*”), TAAD., Y. 5, S. 18, Temmuz 2014, s. 404, 405; Yargıtay'ın bahsi geçen bu kararını bir ilerleme saymakla birlikte soruna köklü bir çözüm getirmediği, zira karar uyarınca itiraz merciiin yalnızca fiilin niteliği açısından bir değerlendirme yapma yetkisi olduğu sonucu çıkarılabilirse de, merciiin örneğin fiilin işlenmediğinden bahisle beraat kararı vermek yetkisi bulunmadığı görüşü için bkz. **Öztürk vd.**, s. 639; Bu içtihat değişikliğinin nedenini, itiraz mercilerinin esastan denetim yapamaması sebebiyle mahkûmiyet kararı verilmemesi gereken durumlarda dahi mahkemelerce mahkûmiyet hükmü kurulmasına yönelik şikâyetlerin artmasına dayandıran bir görüş için bkz. **Turan**, s. 191, 192.

⁹⁹² **CMK m. 271/2**: “*İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir.*”

⁹⁹³ Bu kararla birlikte hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının itirazın incelenmesinin adeta istinaf incelemesine dönüştüğü haklı eleştirisi için bkz. **Centel – Zafer**, s. 772.

⁹⁹⁴ **Cumhur Şahin**, “*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, S. 2, C. 19, Y. 2013, s. 288 vd; Aynı yönde bkz. **Çığlı**, “*İtiraz*”, s. 410, 411.

yargılama sürecinde ortaya çıkmış muhtemel hukuka aykırılıkların denetlenme imkânı kalmayacaktır. Eğer sanık beş yıllık denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlemezse hüküm açıklanmayacak ve istinaf/temyiz yoluna gidilemeyecektir [Burada hemen belirtmek gerekir ki beş yıllık denetim süresinin sonunda verilen düşme kararlarına karşı da istinaf ve temyiz kanun yollarına başvurulabilecektir.]. Böylece yargılamada yapılan hukuka aykırılıkların üstü hiçbir denetimden geçirilmeden örtülmüş olacaktır. Söz konusu görüş, bu nedenle itiraz kanun yolunda merciin meselenin esasına girerek bir inceleme yapması gerektiğini savunmakta,⁹⁹⁵ merciin sadece objektif şartlar bakımından yapacağı bir denetim hak arama özgürlüğünün ve etkili başvuru hakkının ihlali anlamına gelebileceğini ve ceza muhakemesi hukukuyla amaçlanan maddi gerçeğe ulaşma ile de bağdaşmayacağını belirtmektedir.⁹⁹⁶

İtiraz, verilen kararın maddi ve hukuki yönlerinin tekrar incelenmesinin sağlandığı istinaf benzeri bir kanun yoludur. Bu anlamda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına da itiraz edildiğinde, itiraz merci hem maddi hem de hukuki yönden inceleme yapacaktır. Ancak buradaki maddi inceleme *“hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının kanunda öngörülen koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği noktası ile sınırlı”* olarak açılmış “tali dava” ile ilgili bir incelemedir.⁹⁹⁷ Nitekim, Yargıtay’ın 2009 tarihli kararıyla aynı yöndeki diğer görüşe göre ise, itiraz merci, karara dayanak olan açıklanmamış mahkûmiyet hükmünün hukuka uygunluğunu denetleme imkânına sahip değildir.⁹⁹⁸ Aksi yönde bir kabul, itiraz merciinin istinaf/temyiz incelemesi yapması sonucunu doğurur. İtiraz merci ancak kurumun uygulanması

⁹⁹⁵ **Özbek – Meraklı**, s. 226 – 231; **Özgenç**, *“Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”*, s. 54, 55; Aynı yönde bkz. **Artuç**, B. 3, s. 333; **Balo**, s. 158, 159.

⁹⁹⁶ **Baştürk**, s. 479, 480; **Epözdemir**, s. 328; Benzer yönde değerlendirmeler için bkz. **Ali Tanju Sarıgül**, *“Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarının Denetiminde Kanun Yolu Sorunu”* (*“Kanun Yolu”*), TBBD., S. 125, Y. 2016, s. 74 – 80; **Yıldırım**, s. 460 – 464.

⁹⁹⁷ **Kunter – Yenisey – Nuhoglu**, s. 1532, 1533.

⁹⁹⁸ **Meran**, s. 70; **Olgun**, s. 66; **Aras**, s. 81; **Erel**, s. 345; **İpek**, s. 260 – 273; **Töngür**, s. 276; **Kumbasar**, s. 228; **Balık**, s. 143, 144; **Şen – Maviş**, s. 47 – 49.

için gereken objektif ve sübjektif şartların doğru takdir edilip edilmediğini, bir başka deyişle kararın ön şartı olan mahkûmiyet hükmündeki cezanın tür ve miktar olarak kurum kapsamında kalıp kalmadığını ve CMK m. 231/6'da öngörülen diğer koşulları denetler. Bunun yanı sıra suçun, kurumun uygulanamayacağı suçlardan olup olmadığını da denetleme imkânı vardır. Ancak merci, cezanın dayanağını oluşturan suçun niteliğine ve sübutuna yönelik inceleme yapamayacaktır. Bununla birlikte merci, cezanın miktarının doğru hesaplanıp hesaplanmadığını, yani TCK m. 61 ve 62'de belirtilen usule uygun bir şekilde ceza tespit edilip edilmediğini kontrol edebilir⁹⁹⁹.¹⁰⁰⁰ Esasında merciin inceleme yetkisi, CMK m. 231/6'da belirtilen koşullarla sınırlı olmayıp CMK m. 5-12 fıkralarındaki bütün koşulları kapsamaktadır. Bu anlamda hapis cezasının ertelenmesi veya seçenek yaptırımlara çevirme yasaklarına uyulup uyulmadığı, denetim süresi ve denetimli serbestlik tedbirlerine ilişkin hükümler doğrultusunda karar verilip verilmediği hususları da itiraz merciince denetlenebilecektir. Ancak sanıkla yargılama sürecinde yüz yüze gelmeyen ve duruşmalı inceleme yapılmayacağı için yüz yüze gelme ihtimali de olmayan merciin, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak bir daha suç işlemeyeceği hususunda varılan kanaat (ertelemeye uygunluk şartı) bakımından bir değerlendirme yapamayacağı kanaatindeyiz.¹⁰⁰¹ Fakat hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar veren mahkemenin ertelemeye uygunluk şartının oluştuğuna karar verirken kullandığı takdir yetkisinin yerinde olduğu denetlenebilmelidir. Nitekim bu şartın gerçekleştiğine ilişkin kanaatin oluştuğunun belirtilmiş

⁹⁹⁹ Krş. **Günay**, s. 440; Krş. **Aksoy**, s. 238 – 240.

¹⁰⁰⁰ **Zafer**, s. 854, 855; Aynı yönde bkz.; **Kumbasar**, s. 228, 229; **Güngör – Okuyucu Ergün**, s. 1960 – 1962; Krş. **Aksoy**, s. 238: Yazar, itiraz merciin, dosyayı esastan inceleme yetkisi olmadığını belirtmekle birlikte, zararın giderilip giderilmediğinin denetiminin de dosyanın esastan incelenmesiyle mümkün olduğunu dolayısıyla itiraz merciin bu yöndeki itirazları denetleyemeyeceği kanaatindeyiz. Ancak biz yazarın bu görüşüne iştirak etmiyoruz. Zira zararın giderilip giderilmediğinin tespiti dosyadaki bilgi ve belgelerin şekli bir şekilde incelenmesiyle tespit edilebilecek bir husustur.

¹⁰⁰¹ **Kumbasar**, s. 227; **Baştürk**, s. 476, 477; **Özbek – Meraklı**, s. 228; **Horozgil**, s. 113.

olması yeterli olmayıp aynı zamanda bu kanaat somut bir şekilde gerekçelendirilmelidir.¹⁰⁰² Ayrıca, CMK'nın yargılama giderlerini düzenleyen maddelerinden birisi olan 325/2'de de 'hükmün açıklanmasının geri bırakılması' ifadesi geçtiğinden yargılama giderleri ve avukatlık ücretiyle ilgili hususların kararda yer almaması veya hatalı bir şekilde yer alması durumunda da karara itiraz edilebilir.¹⁰⁰³

Biz de Yargıtay'ın 2009 tarihli kararına ve aynı doğrultuda görüş bildiren yazarlara katılıyoruz. Çünkü itiraz kanun yolu mahiyeti itibariyle kural olarak hakimlik kararlarına ve kanunda açıkça gösterilmiş olması kaydıyla mahkemelerin ara kararlarına karşı başvurulabilen bir olağan kanun yoludur. Dolayısıyla bir hükmü (son kararı) inceleme yetkisi bulunmamaktadır. Her ne kadar itiraz kanun yolunun itiraza konu uyuşmazlığı maddi ve hukuki yönleriyle ele alabileceği belirtilmekte ise de mahkûmiyet hükmünün esasının incelenmesini kabul etmek itiraz kanun yolu merciine istinaf kanun yolu merciin yetkilerini devretmek anlamına gelir ki bu durum beraberinde pek çok sakıncayı getirir. Nitekim, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı yapılan itiraz duruşmasız incelenecek kararlar arasındadır. Bu nedenle duruşmaya hâkim olan sözlülük, doğrudan doğruyalık ve çelişmeli muhakeme ilkesi gibi ilkeler bu kanun yolunda uygulanamayacaktır. Mahkûmiyet hükmünün esasının bu koşullarda incelenmesinin adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine hiçbir şüphe yoktur. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2009 tarihli kararında da ifade ettiği üzere, *"...Duruşmada kanıtlarla doğrudan temas etme olanağı bulunmayan merciin, kanıt değerlendirmesi yaparak yeni bir hüküm tesisi, itiraz kurumunun niteliğine aykırı olacaktır."*¹⁰⁰⁴

¹⁰⁰² **Özbek – Meraklı**, s. 228, 229.

¹⁰⁰³ **Kunter – Yenisey – Nuhoglu**, s. 1533; **Balo**, s. 146, 147, 154; **Şen – Maviş**, s. 49; Vekalet ücretine ilişkin itirazların, merciin incelemesi dışında kaldığına ilişkin bkz. **Şahin**, s. 291.

¹⁰⁰⁴ Benzer yönde bir değerlendirme için bkz. **Horozgil**, s. 112 vd.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilmesi üzerine mercii tarafından sadece kurumun objektif şartlarıyla sınırlı bir inceleme yapıp mahkûmiyet hükmünün esasının denetlenmemesi halinin, özellikle mağdur ve suçtan zarar görenlerin AİHS m. 13 ile güvence altına alınan ‘Etkili Başvuru Hakkı’nın ihlal edilmesine yol açtığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bu eleştiriye katılmamak elde değildir. Nitekim bu yönde eleştiride bulunan yazarların da belirttiği üzere etkili başvuru hakkının kullanılabilmesi için şekli anlamda, bir ulusal mercie başvurma imkânı tek başına yeterli değildir. Bu başvuru yolunun sonuç doğurmaya elverişli olması, merciin önüne gelen olayı hem maddi hem de hukuki açıdan inceleyip iddianın esasını çözümlemelidir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının esastan denetlenememesi durumu, mağdur veya suçtan zarar görenin hak aramaya yönelik çabalarının sonuçsuz bırakılmasına sebep olabilmektedir. Bir hakkın kullanılmasının önlenmemesi yeterli değildir; ayrıca, bu hakkın etkili bir şekilde kullanılmasını sağlayacak uygun tedbirlerin de devlet tarafından alınması şarttır.¹⁰⁰⁵ Bu açıklamalara sonuna kadar katılıyoruz. Ancak belirtmek gerekir ki, etkili başvuru hakkının kullanılabilmesi adına itiraz merciine istinaf merciin yetkilerini vermek ve mahkûmiyet hükmüne yönelik esas denetimi yapabileceğini kabul etmek doğru değildir. Bir yanlış, bir başka yanlışla giderilemez. Mahkûmiyet hükmündeki hukuka aykırılıklar mutlaka ve en kısa sürede denetlenmelidir. Ancak bunu denetleyebilecek kanun yolu mercii, istinaftır. Bu nedenle mevzuatta yapılacak bir değişiklikle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı istinaf kanun yoluna gidileceği düzenlenmelidir.¹⁰⁰⁶ Esasında 765 sayılı TCK m. 95/2’de düzenlenen tecil

¹⁰⁰⁵ **Veli Özer Özbek – İsa Başbüyük**, “*Hükmün Açıklanmasının Geriye Bırakılması Kararlarına İtirazın İnceleme Usulünün Mağdur/Suçtan Zarar Gören Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorun Üzerine*”, CHD., S. 21, Nisan 2013, s. 12 vd.

¹⁰⁰⁶ **Soyaslan**, s. 717, 718; Aynı yönde bkz. **Sarıgül**, “*Kanun Yolu*”, s. 83; **Donay**, “*Erteleme*”, s. 1640: Yazar, düşüncelerimiz doğrultusunda görüş bildirmekle birlikte, mahkûmiyet hükmünün istinaf/temyiz kanun yolunca denetlenebilmesi için mevzuatta bir değişikliğe dahi gerek olmadığını bunun için

kurumunda ve 5237 sayılı TCK m. 51’de düzenlenen hapis cezasının ertelenmesi kurumunda kanun yolunun istinaf/temyiz olarak düzenlenmiş olması da bu görüşü destekler niteliktedir.¹⁰⁰⁷

Mahkûmiyet hükmünde hukuka aykırılık olduğunu iddia eden sanığın istinaf ve daha sonrasında temyiz kanun yoluna başvurmak istiyorsa, kararın uygulanmasını kabul etmemesi teklif edilebilir.¹⁰⁰⁸ Ancak daha önce de açıkladığımız üzere, uygulamada hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasını kabul edip etmediği sanığa daha yargılamanın başında, sorgu esnasında sorulmaktadır. Bu durum ise sanığı tehlikeli bir ikilemde bırakmaktadır. Hatta uygulama, olması gerektiği yönde olsa dahi, yani kurumun uygulanmasını isteyip istemediği sanığa hakkında bir mahkûmiyet hükmü tesis edildikten sonra dahi sorulsa sanığın ikilemi devam etmektedir. Zira kurumun uygulanmasını kabul etmediği takdirde,

Yargıtay’ın içtihat değişikliğine gitmesinin yeterli olduğunu belirtmektedir.; AYM., E. 2008/45, K. 2009/53, T. 12.3.2009, RG. 25.6.2009/27269 kararına karşı üye Fulya Kantarcıoğlu tarafından yazılan karşı oy: “231. maddeye eklenen dava konusu (12) numaralı fıkrada, “Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir” denilmektedir. 5271 sayılı Yasa’nın 267. ve devamındaki maddelerinde itiraz yolu düzenlenmektedir. Bu kanun yolunda, 288. maddede düzenlenen “temyiz” yolunda olduğu gibi bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması nedenine dayalı inceleme yapılamayacağından “itiraz”, diğer nedenlerle sınırlı olarak incelenip kabul veya reddedilecektir. Ancak itirazın reddedilmesi ve daha sonra hükmün, açıklanmasını gerektiren koşulların oluşması halinde, bu hükmeye karşı temyiz yoluna başvurulması sonucu 289. maddedeki hukuka aykırılık hallerinin tespiti ile hükmün bozulmasına ve sanığın beraatine karar verilebilmesi olanaklıdır. Bu durumda, 231. maddenin (8) numaralı fıkrası uyarınca, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına bağlı olarak hakkında denetimli serbestlik tedbirlerinden birinin uygulanmasına karar verilmiş olan sanık, beraat edebileceği bir davada önceden temyize başvurma hakkı olmaması nedeniyle gereksiz bir yükümlülük altında bırakılmış olacaktır. Bu tür temel hak ihlallerine yol açılmaması için hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına bağlı olarak herhangi bir yükümlülük getirilmemesi veya bu kararlara karşı temyiz yolunun açılması gerekmektedir.”; Kararın istinaf kanun yolu merciince denetiminin sağlanması gerektiğine ilişkin bir başka görüş için bkz. **Yıldırım**, s. 464.

¹⁰⁰⁷ **Horozgil**, s. 110 vd.

¹⁰⁰⁸ Bu düzenleme ile dolaylı yoldan da olsa mahkûmiyet hükmündeki hukuka aykırılıklara karşı sanığın istinaf kanun yoluna başvurabileceğine ilişkin bkz. **Kumbasar**, s. 228, 229.

mahkûmiyet hükmünün istinaf kanun yolu merciince onanması ihtimali her zaman için vardır. Kurumun uygulanmasını kabul ederse de karara karşı etkili bir başvuru yolu kullanamayacaktır.¹⁰⁰⁹ Bu nedenle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı istinaf kanun yoluna başvuru imkânı tanınmalıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı bir hüküm olmadığı için ve karara konu olan mahkûmiyet hükmü de henüz kesinleşmediği için “*Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı kanun yolu bakımından hüküm sayılır.*” şeklinde bir düzenlemenin CMK m. 223’e 11. fıkra olarak eklenmesi gerektiğini düşünüyoruz.

B. İTİRAZIN REDDEDİLMESİNİN SONUÇLARI

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz üzerine, itiraz merciin itirazı reddetmesi bir başka deyişle kararın hukuka uygun olduğuna karar vermesi halinde, karar kesinleşir. Kararın kesinleşmesiyle birlikte denetim süresi ve hükmedilmişse denetimli serbestlik tedbirlerinin infazı başlar.

C. İTİRAZIN KABUL EDİLMESİNİN SONUÇLARI VE İZLENECEK USUL

Merciin itirazı kabul etmesi üzerine izlenecek usul doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre, itiraz, temyizden daha geniş inceleme yapılmasını sağlayan bir hukuki çaredir ve uyuşmazlık konusunu hem hukuki hem de maddi yönden inceler. Bunun sonucu olarak itiraz mercii, itirazı haklı bulursa, hukuka aykırı kararı kaldırarak hukuka uygun kararı bizzat

¹⁰⁰⁹ Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. §3/V/4; Bu noktada benzer bir değerlendirme için bkz. **Horozgil**, s. 112; **Sarıgül**, “*Kanun Yolu*”, s. 77 vd.

verir.¹⁰¹⁰ Nitekim itiraz üzerine dosyanın geri gönderilmesi diye bir düzenleme kanunda yoktur.¹⁰¹¹ Bu nedenle ilk derece mahkemesinin kararı, hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen sanığın beraat etmesi gerektiği iddiasıyla itiraz kanun yolu merciiine taşınır ve mercii de itirazı yerinde görürse, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını kaldırıp beraat kararı verebilmelidir.¹⁰¹² Ancak bizim de katıldığımız diğer bir görüş uyarınca, itirazı kabul eden mercii, sadece hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılmasına ve gerekli işlemleri yaparak yeniden karar tesis etmek üzere dosyanın yargılamayı yapan mahkemeye gönderilmesine karar vermelidir.¹⁰¹³ Merciiin, CMK m. 271/2 hükmüne dayanarak duruşma sonunda verilebilecek bir kararı vermesi, suçluluğun ispatı ile ilgilenmesi ve suçun hukuki nitelendirmesini yapması mümkün değildir. Merciiin itiraz üzerine verdiği kararlar kesin olduğu için (CMK m. 271/4) yargılamayı yapan mahkemenin bu karara direnmesi kabul edilmemiştir. Merciiin kararı üzerine yargılamayı yapan mahkeme ya duruşma açmak suretiyle davayı sona erdiren nitelikte yeni bir hüküm kurarak ya da daha önce oluşturduğu hükmü açıklayarak istinaf denetimini olanaklı kılmalıdır.¹⁰¹⁴ Nitekim

¹⁰¹⁰ **Erel**, s. 346.

¹⁰¹¹ CMK m. 271/2: “İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir.”

¹⁰¹² **Öztürk vd.**, s. 638.

¹⁰¹³ **Aras**, s. 83; **Artuç**, B. 3, s. 334, 335; **İpek**, s. 277, 278; **Töngür**, s. 276, 277; **Kumbasar**, s. 229; **Balık**, s. 146; **Yıldırım**, s. 464 vd.

¹⁰¹⁴ **Zafer**, s. 855 ve dn. 22; İtirazın kabulünden sonra gerçekleştirilecek yargılamada her türlü incelemenin yapılabileceği ve dosyanın yeni karar aşamasındaki durumuna göre değerlendirilerek karar verilmesi gerektiği hakkında bkz. **Balo**, s. 162; İtirazın kabulü üzerine yargılamayı yapan mahkemenin, itiraz merciiin tespitleri doğrultusunda hükümde değişiklik yapabileceğine dair görüş için bkz. **Balık**, s. 146, 147; Krş. **Baştürk**, s. 483: Yazar, bu noktada mahkemece yeni bir değerlendirme yapılmaksızın aynı kararın verilmesinin söz konusu olamayacağını zira itiraz merciiin itiraz üzerine verdiği kararların kesin olduğunu düşünmektedir. Yazara göre, itiraz makamının kesin olduğu belirtilen kararı değil, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının itiraz üzerine kaldırılması sonucunda verilecek *yeni hüküm* kanun yolu muhakemesine tabi olacaktır. Krş. **Şahin**, s. 292: Yazar, itirazın kabulü üzerine

incelediğimiz 2013 tarihli Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında da belirtildiği üzere, “...kanunda yer alan “İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir” hükmü, itirazı kabul eden merciin sadece “itiraz konusu” hakkında karar vermesi şeklinde anlaşılmalıdır. Buna karşın bu hüküm itiraz konusu dışında dosyanın esası hakkında da yargılamayı sonuçlandırarak (örneğin görevsizlik kararını kaldıran merciin dosyanın esası hakkında karar vermesi ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararı kaldıran merciin hükmü açıklaması gibi) bir karar vermesi gerektiği şeklinde yorumlanmamalıdır.”¹⁰¹⁵

CMK m. 271/2 hükmünün, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz halinde uygulanması durumunda, sanığı hiç görmemiş itiraz mercii, itiraz edilen kararı kaldırıp, hükmü veren mahkeme yerine geçerek yeniden bir hüküm kuracak bunu yaparken cezanın bireyselleştirilmesi kurumlarının uygulanması bakımından takdire dayanan kararlar vermek durumunda kalacak ve tüm bu değerlendirmeleri duruşma açmaksızın yapmak zorunda kalacaktır. Bu durum ise daha önce de belirttiğimiz üzere yargılamaya hâkim olan ilkelerden doğrudan doğruyalık, yüz yüzelik ve çelişmeli muhakeme ilkesiyle bağdaşmayan bir durumdur.¹⁰¹⁶ Bu nedenle itirazı kabul eden merciin, belirtilen eksiklikleri gidermek üzere dosyayı yargılamayı yapan mahkemeye göndermesi gerekir.¹⁰¹⁷ Ayrıca, merciin itirazın kabulü ile birlikte itirazın konusu hakkında karar vermesi gerektiği kabul edilirse, verilecek

yargılamayı yapmış olan mahkemenin yeni bir hüküm kuramayacağını zira hükmün daha önce kurulmuş olduğunu belirtmektedir;

¹⁰¹⁵ Yar. CGK., E. 2012/10-534, K. 2013/15, T. 22.1.2013, (www.kazanci.com, SGT. 1.11.18).

¹⁰¹⁶ Bir görüşe göre kanunun bu ilkelerle bağlantılı olarak tartışılması gereksizdir. Zira itiraz mercii, sanığa yüklenen suçun oluşmaması nedeniyle hakkında beraat kararı verilmesi gerektiğinden bahisle itirazı kabul etme kararı, yani hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılması kararı verebilir. Çünkü burada hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının ‘doğru bir mahkûmiyet hükmünün kurulması’ şartı gerçekleşmemiştir. Bu görüş için bkz. **Şahin**, s. 290.

¹⁰¹⁷ **Horozgil**, s. 115; **Sarıgül**, “Kanun Yolu”, s. 71; Aynı yönde bkz. **Töngür**, s. 277; **Epözdemir**, s. 334; **Yıldırım**, s. 464 vd.

mahkûmiyet hükmü istinaf/teyiz kanun yollarına götürüldüğünde bu hükmün hangi mahkemeye ait olduğu hususunda bir karmaşa söz konusu olacaktır.¹⁰¹⁸

Görüldüğü üzere hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itirazın inceleme usulü, itiraz edilebilen diğer kararların inceleme usulüne göre farklılık göstermektedir. Bunun en temel nedeni itiraza konu olan uyuşmazlığın kural olarak hükümden önce verilen ara kararların konusunu oluşturan işlemlere karşı olmasıdır. Oysa hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı hükümden sonra verilen bir karardır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararındaki ve açıklanması geriye bırakılan mahkûmiyet hükümlerindeki hukuka aykırılıkların denetlenmesi gerektiğine hiçbir şüphe yoktur. Ancak bu denetim itiraz kanun yolu merciince etkili bir şekilde yapılamamaktadır. Bu nedenle tekrar belirtmek gerekir ki hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla açıklanması geriye bırakılan mahkûmiyet hükümlerinin istinaf kanun yolu merciince denetlenebilmesinin yolu açılmalıdır.

3. KANUN YARARINA BOZMA

Kanun yararına bozma¹⁰¹⁹, hakimlerce ve mahkemelerce verilen ve istinaf veya teyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen kararlara karşı kabul edilen ve bu kararların

¹⁰¹⁸ **Kumbasar**, s. 225.

¹⁰¹⁹ **Kanun yararına bozma**

MADDE 309.- “(1) Hakim veya mahkeme tarafından verilen ve istinaf veya teyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar veya hükümde hukuka aykırılık bulunduğunu öğrenen (**Değişik ibare: 5560 - 6.12.2006 / m.26**) "Adalet Bakanlığı", o karar veya hükmün Yargıtayca bozulması istemini, yasal nedenlerini belirterek Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı olarak bildirir.

(2) Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, bu nedenleri aynen yazarak karar veya hükmün bozulması istemini içeren yazısını Yargıtayın ilgili ceza dairesine verir.

(3) Yargıtayın ceza dairesi ileri sürülen nedenleri yerinde görürse, karar veya hükmü kanun yararına bozar.

(4) Bozma nedenleri:

Yargıtay'ca denetlenmesini sağlayan bir kanun yoludur. Bu kanun yolu, kesin kararlara karşı başvuru olan bir kanun yolu olduğu için olağanüstü bir kanun yoludur.¹⁰²⁰

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, karara konu olan mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesini engelleyen nitelikte bir karardır. Bu anlamda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiğinde, ortada açıklanan ve sonuç doğuran bir mahkûmiyet hükmünden ve dolayısıyla kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmünden bahsedilemeyecektir. Bu nedenle mahkûmiyet hükmündeki hukuka aykırılıkların kanun yararına bozma yoluyla denetlenebilmesine olanak bulunmamaktadır. Ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı gerek itiraz kanun yoluna başvuru üzerine itiraz merciin reddi ile gerek itiraz kanun yoluna başvurulmaksızın kesinleşecektir. Dolayısıyla hükmün

a) 223 üncü maddede tanımlanan ve davanın esasını çözmeyen bir karara ilişkin ise, kararı veren hakim veya mahkeme, gerekli inceleme ve araştırma sonucunda yeniden karar verir.

b) Mahkûmiyete ilişkin hükmün, davanın esasını çözmeyen yönüne veya savunma hakkını kaldırma veya kısıtlama sonucunu doğuran usul işlemlerine ilişkin ise, kararı veren hakim veya mahkemece yeniden yapılacak yargılama sonucuna göre gereken hüküm verilir. Bu hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz.

c) Davanın esasını çözüp de mahkûmiyet dışındaki hükümlere ilişkin ise, aleyhte sonuç doğurmaz ve yeniden yargılamayı gerektirmez.

d) Hükümlünün cezasının kaldırılmasını gerektiriyorsa cezanın kaldırılmasına, daha hafif bir cezanın verilmesini gerektiriyorsa bu hafif cezaya Yargıtay ceza dairesi doğrudan hükmeder.

(5) Bu madde uyarınca verilen bozma kararına karşı direnilemez.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının kanun yararına başvurusu

MADDE 310.- (1) 309 uncu maddede belirtilen yetki, aynı maddenin dördüncü fıkrasının (d) bendindeki hallere özgü olmak üzere ve kanun yararına olarak re'sen Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından da kullanılabilir.

(2) 309 uncu madde gereğince (**Değişik ibare: 5560 - 6.12.2006 / m.26**) "Adalet Bakanlığı" tarafından başvurulduğunda bu yetki, artık Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından kullanılamaz."

¹⁰²⁰ **Toroslu – Feyzioğlu**, s. 442 vd.

açıklanmasının geri bırakılması kararı kurumun uygulanma şartlarının olayda gerçekleşip gerçekleşmediği bakımından denetime tabi olabilecektir.¹⁰²¹

¹⁰²¹ Yar. CGK., E. 2010/6-234, K. 2010/252, T. 7.12.2010: “...Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eden hükmün açıklanmasının geri bırakılması, esas itibariyle bünyesinde iki karar barındıran bir kurumdur, ilk karar teknik anlamda hüküm sayılan, ancak açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi nedeniyle hukuken varlık kazanamayan, bu nedenle hüküm ifade etmeyen, koşullara uyulması halinde düşme hükmüne dönüşecek, koşullara uyulmaması halinde ise varlık kazanacak olan mahkûmiyet hükmüdür. İkinci karar ise, bu ön hükmün üzerine inşa edilen ve önceki hükmün varlık kazanmasını engelleyen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıdır. Bu ikinci kararın en temel ve belirgin özelliği, varlığı devam ettiği sürece, ön hükmün hukuken sonuç doğurma özelliği kazanamamasıdır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı başvurulabilecek yasa yolu, 5271 sayılı CYY'nın 231. maddesinin 12. fıkrasında açıkça "itiraz" olarak belirtilmiş olup, itiraz merciince de inceleme 231. maddenin 5-14. fıkraları dikkate alınarak, suça ve sanığa ilişkin objektif uygulama koşullarının var olup olmadığı ile sınırlı olarak yapılmalı, hükmün içeriğindeki hukuka aykırılıklar 231. maddenin uygulanma koşullarını değiştirmedeği sürece itiraz merciince denetime konu edilmemelidir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının üzerine inşa edildiği hüküm ise, bilahare davanın düşmesi kararı verildiğinde veya hükmün açıklanması ya da yeni bir hüküm kurulması halinde varlık kazanacağından ve ancak bu halde 1412 sayılı CYUY'nın 305 ve 5271 sayılı CYY'nın 223. maddeleri uyarınca temyiz edilebilme olanağına kavuşabileceğinden, bu aşamadan önce henüz hukuken varlık kazanmamış bulunan hükmün temyiz merciince denetlenebilirle olanağı bulunmamaktadır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının itiraz yasa yoluna tabi bulunması nedeniyle, gerek itiraz edilerek gerekse itiraz yasa yoluna başvurulmaksızın kesinleşmesi halinde, olağanüstü bir yasa yolu olan yasa yararına bozma konusu yapılabileceğinde kuşku bulunmamaktadır. Ancak, yasa yararına bozma yasa yolunda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, 5271 sayılı CYY'nın 309. maddesinde aleyhe bozma yasağının sadece davanın esasını çözümleyen hükümlerle sınırlı olarak kabul edilmesi nedeniyle 5271 sayılı Yasanın 5-14. fıkralarındaki koşullar kapsamında denetlenerek, somut olayda hükmün açıklanmasının geri bırakılması koşullarının bulunup bulunmadığı, ceza miktarı, daha önceden kasıtlı bir suçtan mahkûmiyet, zararın giderilip giderilmediği, suçun İnkılap Yasasında belirtilen suçlardan bulunup bulunmadığı, Askeri Ceza Yasası ile büyükler açısından 3713 sayılı Yasa kapsamındaki suçlardan olup olmadığı ve denetim süresinin doğru tayin edilip edilmediği gibi hususlara ilişkin hukuka aykırılıklar nedeniyle bozulabilecek, saptanan hukuka aykırılıkların yeni bir yargılamayı gerektirdiği ahvalde yeniden yargılama yapılarak karardaki hukuka aykırılığın giderilmesi için dosyanın mahkemesine iadesine karar verilecek, yargılama gerekmeyen ahvalde ise hukuka

4. YARGITAY CUMHURİYET BAŞSAVCISININ İTİRAZI

“Yargıtay ceza dairelerinden birinin kararına karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, re'sen veya istem üzerine, ilamın kendisine verildiği tarihten itibaren otuz gün içinde Ceza Genel Kuruluna itiraz edebilir. Sanığın lehine itirazda süre aranmaz.” (CMK m. 308/1). “İtiraz üzerine dosya, kararına itiraz edilen daireye gönderilir.” (CMK m. 308/2). “Daire, mümkün olan en kısa sürede itirazı inceler ve yerinde görürse kararını düzeltir; görmezse dosyayı Yargıtay Ceza Genel Kuruluna gönderir.” (CMK m. 308/3).

Bir görüşe göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı istinaf/temyiz kanun yollarına başvuru imkânı olmadığı için, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın İtirazı olağanüstü kanun yolunun uygulanma imkânı bulunmamaktadır.¹⁰²² Ancak istisnai bazı hallerde bu olağanüstü kanun yolu işletilebilir. Örneğin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı sehven temyiz yoluna başvurulmuş ve karar Yargıtay'ın ceza dairesince esasa girilerek incelenmiş olabilir. Bu durumda daire, temyiz yolu kapalı olan bir kararı yetkisini aşip inceleyerek hukuka aykırı bir karar vermiş olacaktır. Bu gibi durumlarda dairenin bu kararına karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın İtirazı yoluna başvurulabilir.¹⁰²³

5. BİREYSEL BAŞVURU

aykırılık Yargıtay ilgili ceza dairesince veya Ceza Genel Kurulunca giderilecektir. Burada unutulmaması gereken husus, bu yasa yolunda denetlenenin hüküm olmayıp hükmün üzerine inşa edilmiş olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı olduğudur...”, (www.kazanci.com, SGT. 3.11.18).

¹⁰²² Kumbasar, s. 234.

¹⁰²³ Baştürk, s. 486.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkı 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun¹⁰²⁴,un 18. maddesinin Anayasa m. 148'de yaptığı değişiklikle hukuk sistemimize kazandırılmıştır. Bu değişiklikle birlikte Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruları karara bağlamakla görevlendirilmiştir (m. 148/1). *“Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.”* (m. 148/3). *“Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.”* (m. 148/4). *“Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.”* (m. 148/5).

Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu Ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45-51.¹⁰²⁵ maddeleri arasında düzenlenmiştir.

¹⁰²⁴ RG. 13.5.2010/27580.

¹⁰²⁵ *“Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.”* (6216/m. 45/1). *“İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmemiş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir.”* (m. 45/2). *“Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz.”* (m. 45/3). *“Bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir.”* (m. 46/1). *“Başvuru dilekçesinde başvuru ve varsa temsilcisinin kimlik ve adres bilgilerinin, işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle ihlal edildiği ileri sürülen hak ve özgürlüğün ve dayanılan Anayasa hükümlerinin, ihlal gerekçelerinin, başvuru yollarının tüketilmesine ilişkin aşamaların, başvuru yollarının tüketildiği, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarih ile varsa uğranılan zararın belirtilmesi gerekir. Başvuru dilekçesine, dayanılan deliller ile ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem veya kararların aslı ya da örneğinin ve harcın ödendiğine dair belgenin eklenmesi şarttır.”* (m. 47/3). *“Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir. Haklı bir mazereti nedeniyle süresi*

Ancak 6216 sayılı kanunun 76/1-a maddesi bu kanunun 45-51. maddelerinin 23.9.2012 tarihinde yürürlüğe gireceğini belirtmiştir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı aleyhine bireysel başvuru yoluna başvurulması yasaklanmış kararlardan değildir. Bu nedenle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları da bireysel başvuru kararlarına konu edilebilir.¹⁰²⁶ Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı başvurulabilecek tek olağan kanun yolu itiraz kanun yoludur. Bu anlamda bireysel başvuru yolunun kullanılabilmesi için itiraz kanun yoluna başvurulmuş olması gerektiği belirtilmelidir. Ancak inceleneceği üzere, Anayasa Mahkemesi'nin itiraz kanun yolunu etkili bir başvuru yolu olarak görmediği bu nedenle tüketilmemiş olmasının bireysel başvuru hakkı yönünden bir hak kaybına sebep olmayacağı yönünde kararları da mevcuttur.

Anayasa Mahkemesi, derece mahkemelerinin vermiş oldukları kararları maddi ve hukuki yönden inceleyen bir mercii değildir. Anayasa Mahkemesi'nin, bireysel başvurularda görevi, Anayasa ve AİHS'in ortak koruma alanında kalan haklar kapsamındaki güvencelerin

inde başvuramayanlar, mazeretin kalktığı tarihten itibaren onbeş gün içinde ve mazeretlerini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilirler. Mahkeme, öncelikle başvuruçunun mazeretinin geçerli görülüp görülmediğini inceleyerek talebi kabul veya reddeder.” (m. 47/5). “Bireysel başvuru hakkında kabul edilebilirlik kararı verilebilmesi için 45 ila 47 nci maddelerde öngörülen şartların taşınması gerekir.” (m. 48/1). “Kabul edilebilirliğine karar verilen bireysel başvuruların esas incelemesi bölümler tarafından yapılır.” (m. 49/1). “Esas inceleme sonunda, başvuruçunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez.” (m. 50/1). “Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvuruçuyu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.” (m. 50/2).

¹⁰²⁶ **Horozgil**, s. 127.

somut olayda ihlal edildiğine ilişkin iddiaları incelemektir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı etkili bir başvuru yolunun olmayışı, tarafları açıklanması geriye bırakılan mahkûmiyet hükümlerini bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne taşımaya sevk ettirmiştir.¹⁰²⁷

Anayasa Mahkemesi'nin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla bağlantılı olarak vermiş olduğu kararları incelemek, mahkemenin konuya yaklaşımını belirlemek bakımından faydalı olacaktır.

Başvurucunun, resmî belgede sahtecilik suçundan hapis cezasıyla cezalandırıldığı, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği ve kararın itiraz merciin reddi ile kesinleştiği bir olayda, başvuru eksik incelemeyle resmî belgede sahtecilik suçundan hakkında ceza tayin edildiğini belirterek Anayasa m. 36'da belirtilen adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini öne sürmüş ve yeniden yargılama talep etmiştir. Anayasa Mahkemesi ise, *"...Yargılama sonunda eksik incelemeye dayalı olarak verilen mahkûmiyet kararının temel hakları ihlal ettiği iddiası, başvuru talebi üzerine hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olması ve temyiz yoluna başvurmayı mümkün kılan bir karar verilmesini başvuru tercih etmediği dikkate alındığında dayanaktan yoksun görünmektedir."* gerekçesiyle başvuruyu dayanaktan yoksun bularak reddetmiştir.¹⁰²⁸ Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı kabul edilebilir görünmemektedir. Nitekim karara karşı istinaf/temyiz yoluna başvurmak isteyen bir sanığın, lehine olan bir kurumun uygulanmasından vazgeçmek zorunda kalması, adil yargılanma hakkıyla örtüşmemektedir.¹⁰²⁹ Bu anlamda kurumun uygulanmasını kabul etmek istinaf/temyiz yoluna başvurmaktan vazgeçmek veya tercih etmemek şeklinde yorumlanmamalıdır. Esasında sanıkların kurumun uygulanmasını kabul

¹⁰²⁷ Yıldırım, s. 476.

¹⁰²⁸ AYM., *Ali Gürsoy Başvurusu*, Başvuru No. 2012/833, T. 26.3.2013.

¹⁰²⁹ Horozgil, s. 112.

etmekteki temel gayeleri, kabul etmedikleri takdirde kararın istinaf/temyiz mercilerince onanması ve dolayısıyla ceza ile karşı karşıya kalma ihtimallerinin bulunmasıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin ihlal verdiği ilk bireysel başvuruya konu olan olayda başvuru, yerel bir gazetede yazdığı köşe yazıları nedeniyle hakkında soruşturma açılarak hakaret ve iftira suçlarından mahkûm olup, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi sebebiyle ifade ve basın hürriyetinin ihlal edildiğini ileri sürerek tazminat talebinde bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi şu gerekçeyle ifade ve basın hürriyetine ölçsüz müdahalede bulunulduğuna kanaat getirmiştir: *“Her ne kadar hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları mahkumiyet hükmü niteliğinde olmasalar da beş yıl içinde kasıtlı bir suç işlenmesi hâlinde öngörülen cezaların aynen uygulanması söz konusudur. Hapis cezası tehdidinin gazetecileri kamusal meseleleri tartışmaktan caydırıcı bir rol oynayacağı ve otosansüre neden olabileceği göz önünde tutularak ertelenen cezaların miktarı ve maruz kalınan ceza tehdidinin ağırlığı dikkate alındığında ifade ve basın özgürlüğüne yapılan müdahalenin ölçülü olduğu söylenemez. Bu çerçevede müdahalenin amacının şikayetçinin şeref ve itibarının korunması olduğu kabul edilse bile şikayetçinin bu hakkı ile başvuruçunun bir gazeteci olarak ifade ve basın özgürlüğü arasında adil bir dengenin kurulduğu sonucuna ulaşamaz.”*¹⁰³⁰

Bu kararda dikkat çeken bir diğer husus Mahkeme'nin *“...Derece mahkemesinin bu delillerle vardığı sonuca açıkça keyfilik ve bariz bir takdir hatası bulunmadıkça Anayasa Mahkemesinin müdahalesi sözkonusu olamaz...”* (§73) şeklindeki değerlendirmesidir. Mahkeme, yerel mahkemelerin delillerle vardığı sonuçlarda açıkça keyfilik ve bariz bir takdir hatası bulunmadığı sürece müdahale edilemeyeceğini belirtmiştir.¹⁰³¹

¹⁰³⁰ AYM., *Emin Aydın Başvurusu*, Başvuru No. 2013/2602, T. 23.1.2014.

¹⁰³¹ **Horozgil**, s. 130.

Bu kararlar birlikte Mahkeme ilk kez, ihlal iddiasının mahkeme kararından kaynaklandığı bir bireysel başvuruda, ilk derece mahkemesinin hükmünün esas yönünden incelemiştir. Mahkeme'nin sunduğu gerekçeler incelendiğinde, adeta bir temyiz mercii gibi esas denetimi yaptığı sonucu çıkarılabilir. Mahkeme bu kararında, daha önce incelediğimiz 2012/833 numaralı bireysel başvuru sonunda verdiği kararın aksine, sanığın kurumun uygulanmasını kabul ederek temyiz yoluna başvurmaya elverişli karar verilmesini tercih etmemesinden bahisle kabul edilemezlik kararı da vermemiştir. Ayrıca ifade ve basın hürriyeti üzerinden de olsa hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının doğurduğu olumsuz hukuki sonuçlara işaret edilmesi ve hak ihlalinin mahkeme kararından kaynaklanması halinde işin esasına girilerek inceleme yapılması umut verici olmuştur.¹⁰³²

Daha önce incelediğimiz AİHM'in *Taylan v. Türkiye* kararına¹⁰³³ benzer bir olay Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruyla taşınmıştır. Söz konusu olayda¹⁰³⁴ “*Başvurucu, polis memurları tarafından keyfi biçimde gözaltına alındığını, gözaltında kötü muameleye maruz kaldığını belirterek şikayetçi olmasına rağmen etkili soruşturma yapılmadığını, polis memurları hakkında açılan kamu davası sonucunda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiğini, bu nedenlerle Anayasa'nın 10., 17., 19., 36. ve 38. maddelerinde güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş, manevi tazminat talebinde bulunmuştur.*”

¹⁰³² Coşkun Özbudak, “HAGB Kararlarının Bireysel Başvuru Hakkına Etkileri”, THD., C. 9, S. 94, Haziran 2014, s. 54, 55.

¹⁰³³ Bu konudaki değerlendirmelerimiz için bkz. §3/IV/1/E/f.

¹⁰³⁴ AYM., *Deniz Yazıcı Başvurusu*, Başvuru No. 2013/6359, T. 10.12.2014, RG. 4.4.2015/29316.

İzmir 1. Sulh Ceza Mahkemesince polis memurları hakkında yapılan yargılama sonucunda polis memurları hakkında TCK m. 256/1¹⁰³⁵ ve m. 86/3-d¹⁰³⁶ gereğince 9 ay hapis cezası ile cezalandırılmalarına ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir. Başvurucu etkili bir başvuru yolu olmadığı düşüncesiyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itirazda bulunmamıştır (§27, 28). Anayasa Mahkemesi, gerçekleşen eylemi eziyet ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele olarak nitelendirmiştir (§83). Mahkeme, şu gerekçelerle ihlal kararı vermiştir: “...*Sulh Ceza Mahkemesinin, kötü muamele olayının failleri hakkında yaptığı yargılama sonunda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vererek, takdir yetkisini son derece ciddi ve hukuka aykırı bu eylemin, hiçbir şekilde hoş görülemeyeceğini gösterme şeklinde kullanmak yerine, bu eylemin sonuçlarını olabildiğince aza indirmek yönünde kullandığı anlaşılmıştır. Oysa kötü muameleyle yönelik kavuşturmalarda, hukuka aykırı eylemlere hoşgörü ve teşvik gösterildiği görünümünü verilmesinin engellenmesi ve böylelikle hukuk devletine ve yargıya olan güvenin sağlanması adına, suçun sabit görüldüğü durumlarda öngörülen cezaların ivedilikle uygulanması gerekir.*” (§113), “*Yapılan yargılamada sanıkların eylemlerinin zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması olarak nitelendirilmesi, kovuşturma sonucunda verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması suretiyle suç ile verilen ceza arasında orantısız bir uygulama yapılmış olması ve verilen kararın yasal olmayan bu tür eylemlerin önlenmesini sağlayabilecek caydırıcı bir etki doğurmaması nedenleriyle, devletin söz konusu davada başvurusunun fiziksel*

¹⁰³⁵ **TCK m. 256/1:** “*Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması halinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.*”.

¹⁰³⁶ **TCK m. 86/3-d:** “*Kasten yaralama suçunun ... Kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, ... işlenmesi halinde, ... "şikayet aranmaksızın, verilecek ceza yarı oranında artırılır."*”.

ve ruhsal bütünlüğünü kanunlar aracılığıyla koruma hususundaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği anlaşılmıştır.” (§114).

Mahkeme bu kararında itiraz kanun yoluna başvurulmamış olmasını şu gerekçelerle değerlendirmiştir: “... Her ne kadar başvuru itiraz kanun yoluna müracaat etmeden bireysel başvuruda bulunmuşsa da, yukarıda (§101) bahsedilen kararlar doğrultusunda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına yapılan itirazların etkili bir başvuru yolu olup olmadığı değerlendirildiğinde, uygulamada bu kararlara itiraz sonucu bir üst mahkeme tarafından işin esasına girilerek yapılan inceleme sonucu verilen farklı bir karara rastlanmadığından, başvuru itiraz etmeme gerekçesi yerinde görülerek bu husus kabul edilmezlik nedeni olarak düşünülmemiştir.” (§111).

AİHM, işkence ve kötü muamele suçlarından mahkûm olan kişiler hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesinin işkence ve kötü muameleyle mücadelede zarar verdiğini belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi de Deniz Yazıcı başvurusu neticesinde verdiği kararla bu hususa vurgu yapmıştır. Kararı önemli kılan bir diğer husus Mahkeme'nin itiraz kanun yolunun tüketilmemiş olmasını, başvuru yollarının tüketilmediği şeklinde değerlendirmemiş olmasıdır. Bu noktada Mahkeme, itiraz kanun yolunu etkili bir başvuru yolu olarak görmemiştir. Ancak mahkemenin bu içtihadı, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilmeksizin gidilen her bireysel başvuruyu kabul edeceği şeklinde algılanmamalıdır. Deniz Yazıcı başvurusunu özel kılan husus, başvurunun işkence ve kötü muamele iddialarına ilişkin olmasıdır.¹⁰³⁷

Anayasa Mahkemesi, açıklanması geriye bırakılmış mahkûmiyet hükmüne dayanılarak tesis edilen idari işlemlerde suçsuzluk karinesine dikkat edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.

¹⁰³⁷ **Fahri Gökçen Taner**, “Bireysel Başvuru Sonrası Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku: Belki De Hiçbir Şey Eskisi Gibi Olmayacak”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 90. Kuruluş Yıldönümü Armağanı, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 560, Ankara 2017, s. 544, 545.

Bir olayda, başvuru yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama suçundan mahkûm edilmiş ve 10 ay hapis ve 500 TL adli para cezasıyla cezalandırılmasına hükmedilmiştir. Ancak mahkeme hükmün açıklanmasını geriye bırakmıştır. Başvuru hakkında yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama fiilinden ve rüşvet alma fiilinden idari soruşturma açılmış ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesi uyarınca devlet memurluğundan çıkarılmıştır. Başvuru bu işleme karşı İstanbul 4. İdare Mahkemesi nezdinde dava açmış ancak, İdare Mahkemesi, davacının suçunun sabit olduğunu belirterek, tesis edilen idari işlemin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi ise şu gerekçeyle suçsuzluk karinesinin ihlal edildiğine karar vermiştir: *"...Bu bağlamda İstanbul 4. İdare Mahkemesinin kullanılan dil itibarıyla bir idari davanın sınırlarının dışına çıktığı ve bir suç isnadına ilişkin tespit yapması sonucu önündeki davayı inceleme görevinin ötesinde hareket ettiği görülmektedir."* (§47), *"Kararda kullanılan ifade ve değerlendirmeler dikkate alındığında, Mahkemenin yalnızca ceza davası kapsamında verilen mahkûmiyet kararını esas aldığı, ceza yargılamasında toplanan delillere ve bu deliller sonucu ulaşılan tespite bağlı olarak olayın gerçekliğine kanaat getirdiği ve sonuca ulaştığı anlaşılmıştır. Mahkemenin; ceza yargılamasından bağımsız, kendi görüşünü ortaya koyacak herhangi bir delili kararında irdelemediği, olay ve olgular hakkında yeni bir değerlendirme yapmadığı görülmektedir. Kararda, münhasıran hükmün açıklanmasının geri bırakılması karar ile sonuçlanan ceza yargılamasına konu eyleme dayanıldığı ve eyleme yönelik ifadelerin de (bkz. § 40) masumiyet karinesini ihlal edici mahiyette olduğu anlaşılmaktadır."* (§48).¹⁰³⁸

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı davayı sonlandıran bir karar niteliğinde olmadığı için dava derdest kalmaya devam edeceği gibi sanık da sanık sıfatını korumaya devam edecektir. Dolayısıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verildiği hallerde

¹⁰³⁸ AYM., *Mehmet Akif Korkmaz Başvurusu*, Başvuru No. 2015/16027, T. 13.9.2018.

sanık hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunmamaktadır. Bu nedenle sadece açıklanması geriye bırakılmış mahkûmiyet hükmüne dayanılarak, olaydaki eylem ve olgular değerlendirilmeksizin tesis edilen idari işlemler ve mahkeme kararları suçsuzluk karinesini ihlal edecektir. Mahkemelerin, açıklanması geriye bırakılan mahkûmiyet hükmündeki eylemleri ve olguları değerlendirerek bir kendilerince bir kanaate ulaşmalarının önünde bir engel yoktur. Ancak ‘sanığın işlediği suç sübut bulmuştur ve hakkında mahkûmiyet hükmü verilmiştir’ gerekçesiyle verilen kararlar, sanığın suçsuzluk karinesini ihlal edecektir.

IX. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KURUMUNA İLİŞKİN NORMLARIN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, devletle birey arasındaki cezalandırma hukuki ilişkisini belirli şartlarda ortadan kaldıran ve bu anlamda maddi ceza hukukuna ait bir kurumdur. Kurumun bu özelliği nedeniyle, maddi ceza normlarının zaman bakımından uygulanmasına ilişkin esaslar, kurumu düzenleyen normlar için de uygulama alanı bulacaktır. Bu anlamda TCK m. 7/2’de düzenlenen lehe kanunun geçmişe yürürlüğü ilkesi, kurumu düzenleyen normlar için de geçerli olacaktır.¹⁰³⁹

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, mahkûmiyet hükmünün sanık hakkında hukuki bir sonuç doğurmamasını ve kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde, denetim süresinin sonunda mahkûmiyet hükmünün kaldırılarak düşme kararı verilmesini sağlayan bir karardır. Bu anlamda sanığın lehine bir kurum olduğuna hiçbir şüphe yoktur.

Lehe kanununun geçmişe yürümesi ilkesi gereği, sonraki lehe kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce kesinleşmiş hükümlere uygulanması, ‘mahkûmiyet hükmünde değişiklik

¹⁰³⁹ Bu konudaki geniş kapsamlı açıklamalarımız için bkz. §3/II.

yargılaması', 'uyarlama yargılaması' veya 'infaz yargılaması' olarak adlandırılan bir muhakemeyi zorunlu kılmaktadır.¹⁰⁴⁰

5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un¹⁰⁴¹ 9. maddesi¹⁰⁴² lehe olan hükümlerin uygulanmasında izlenecek usulü belirtmiştir. Ancak madde, sadece 1.5.2005 tarihinden önce kesinleşmiş hükümlerle ilgili olarak TCK'nın lehe olan hükümlerinin uygulanmasında izlenecek usulden bahsetmektedir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunu düzenleyen normların CMK'da yer aldığı göz önüne alındığında, uyarlama yargılamasının 5252 sayılı kanunun 9. maddesi uyarınca yürütülemeyeceği görülecektir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunu düzenleyen normlara ilişkin uyarlama yargılamasına ilişkin prosedür, 5728 sayılı kanunun¹⁰⁴³ geçici 1. maddesinde¹⁰⁴⁴

¹⁰⁴⁰ Centel – Zafer, s. 923.

¹⁰⁴¹ RG. 13.10.2004/25642.

¹⁰⁴² **MADDE 9.-** “(1) (**Değişik ibare: 5349 - 11.5.2005 / m.4**) "1 Haziran 2005" tarihinden önce kesinleşmiş hükümlerle ilgili olarak, Türk Ceza Kanununun lehe olan hükümlerinin derhal uygulanabileceği hallerde, duruşma yapılmaksızın da karar verilebilir.

(2) Birinci fıkra hükmü, (**Değişik ibare: 5349 - 11.5.2005 / m.4**) "1 Haziran 2005" tarihinden önce verilip de Yargıtay tarafından lehe olan hükümlerin uygulanması hususunda değerlendirme yapılması gerektiği gerekçesiyle bozularak mahkemesine gönderilen hükümler hakkında da uygulanır.

(3) Lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir.

(**Ek fıkra: 5349 - 11.5.2005 / m.4**) (4) Kesin hükümle sonuçlanmış olan davalarda, sonradan yürürlüğe giren bir kanunla ilgili olarak lehe hükmün belirlenmesi ve uygulanması amacıyla yapılan yargılama bakımından dava zamanaşımına ilişkin hükümler uygulanmaz.”

¹⁰⁴³ Hatırlanacağı üzere kurumun yaygın bir şekilde uygulanmaya başlanması 5728 sayılı kanunun yürürlüğe girmesiyle olmuştur. Bkz. §3/I.

¹⁰⁴⁴ “Bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte Yargıtay ilgili ceza dairesinde bulunan dosyalar hakkında bu Kanun'un lehe hükümlerinin derhal uygulanabileceği hallerde, usule aykırılık bulunmadığı takdirde, dosya esastan incelenmek, acele işlerden sayılmak ve Türk Ceza Kanunu'nun 7 nci maddesi dikkate alınmak suretiyle karar verilir.

belirtilmiştir. Bu düzenleme uyarınca, kesinleşmiş ve infaz edilmekte olan hükümlere, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanması amacıyla yapılacak uyarlama yargılamaları CGTİHK'nin 98 – 101 maddelerine göre yapılacaktır. Uyarlama yargılaması sonucunda verilen karara karşı, CGTİHK m. 101/3 uyarınca itiraz edilebilecektir.¹⁰⁴⁵

Lehe kanunun belirlenmesi ve uyarlama yargılamasında kural olarak duruşma yapılmaz. Zira duruşma yapılması CGTİHK 101. maddesine aykırı olacaktır.¹⁰⁴⁶ Ancak 5728 sayılı kanunun geçici 1/2. maddesi açıkça, “...hükmün konusunun herhangi bir inceleme, araştırma, delil tartışması ve takdir hakkının kullanılmasını gerektirmesi halinde inceleme, duruşma açılmak suretiyle yapılabilir.” diyerek, bu kapsamda yapılacak uyarlama yargılamalarında duruşma açılabilirliğini belirtmiştir. Bir görüşe göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının uygulanmasına ilişkin yapılacak yargılamada ise duruşma açılması zorunludur. Zira hâkim sanığı görmeden, sanığın ertelemeye uygunluk şartını taşıyıp taşımadığını değerlendiremeyecektir.¹⁰⁴⁷ Ancak Yargıtay, uyarlamanın, hükmü veren mahkemece, objektif koşulların değerlendirilmesiyle sınırlı bir inceleme uygulaması durumunda dosya üzerinden, sübjektif koşulların değerlendirilmesinin gerektiği hallerde ise duruşma açılarak yapılması

Bu Kanun yürürlüğe girdiği tarihten önce kesinleşmiş ve infaz edilmekte olan mahkumiyet kararları hakkında, lehe kanun hükümleri, hükmü veren mahkemece 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 98 ila 101 inci maddeleri dikkate alınmak ve dosya üzerinden incelenmek suretiyle belirlenir. Ancak, hükmün konusunun herhangi bir inceleme, araştırma, delil tartışması ve takdir hakkının kullanılmasını gerektirmesi halinde inceleme, duruşma açılmak suretiyle yapılabilir.

Bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce kesin hükümle sonuçlanmış olan davalarda lehe hükmün belirlenmesi ve uygulanması amacıyla, yapılan yargılama bakımından dava zamanaşımı hükümleri uygulanmaz.

İşbu Kanun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla kesinleşmemiş olmakla beraber hükme bağlanmış olan dosyalarda uzlaşma kapsamının genişlediğinden bahisle bozma kararı verilemez.”

¹⁰⁴⁵ Ünver – Hakeri, s. 714, 715; Baştürk, s. 489.

¹⁰⁴⁶ Katoğlu, Zaman Yönünden Uygulanması, s. 191.

¹⁰⁴⁷ Baştürk, s. 490.

gerektiği kanaatindedir.¹⁰⁴⁸ Bize göre de, dosya üzerinden sanığın kurumun objektif şartlarından birini taşımadığı, örneğin daha önce işlediği kasıtlı bir suçtan dolayı mahkûm olduğu tespit edilebiliyorsa, duruşma açmaksızın uyarlama yargılaması yapılabilir. Ancak sanığın kurumun objektif şartları taşıdığı anlaşılıyorsa, duruşma açılmalı ve sübjektif şartlar bakımından da bir değerlendirme yapılmalıdır.

Fiili suç olmaktan çıkarmayan sonraki lehe kanun hükümleri kovuşturma evresinde mahkeme tarafından re'sen uygulanır.¹⁰⁴⁹ yleyse kovuşturma devam ederken hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu yürürlüğe girmiş veya kurumu düzenleyen normlarda sanık lehine bir değerlik yapılmışsa (rneğin kurumun uygulanacağı suçları şikâyete bağlı suçlarla sınırlayan kanun hükmünün ilga edilmesi, sanık lehine bir kanun değerliğidir) mahkeme bu değerliği gözetererek re'sen uygulayacaktır.

Lehe kanun, ilk derece mahkemesince hüküm verildikten sonra yürürlüğe girmiş olabilir. Bu durumda Yargıtay, sanıkların hukuki durumlarının yeniden değerlendirilmesi amacıyla dosyayı yerel mahkemeye gönderebileceği gibi kendisi de düzeltebilmektedir. Yargıtay tarafından hükmün bozulmasıyla dosyanın gönderildiği ilk derece mahkemesi, lehe hükümleri re'sen uygulamalıdır.¹⁰⁵⁰ Ancak Yargıtay'ın dosyanın esasına girmeden lehe olan kanunun değerlendirilip uygulanıp uygulanmayacağının takdir edilmesi için bozma kararı vermekte ve dosyayı ilk derece mahkemesine göndermektedir. Bu hukuka aykırı bir uygulamadır. Yargıtay dosyanın esasına girerek örneğin beraat edebilecek sanık hakkında beraat kararı vermelidir.¹⁰⁵¹ Nitekim dosyadaki bilgi ve belgelerden sanık hakkında kurumun uygulanma şartlarının oluşmadığı anlaşılıyorsa da dosya, lehe kanun hükümlerinin

¹⁰⁴⁸ Yar. 8. CD., E. 2017/13737, K. 2018/5888, T. 24.5.2018, (www.kazanci.com, SGT. 6.11.18).

¹⁰⁴⁹ **Katoğlu**, Zaman Yönünden Uygulanması, s. 183.

¹⁰⁵⁰ Bkz. **Katoğlu**, Zaman Yönünden Uygulanması, s. 183.

¹⁰⁵¹ **Bakıcı**, s. 110.

değerlendirilmesi için ilk derece mahkemesine gönderilmemelidir.¹⁰⁵² Her ne kadar Yargıtay'ın lehe kanun hükümlerini uygulayarak karar verme yetkisi olsa da, hükmün açıklanmasının geri bırakılması konusunda verilecek kararın sanığın ertelemeye uygunluk şartını taşıyıp taşımadığı bakımından yapılacak değerlendirmeyi içermesi gerektiği için, bu kararın sanıkla yüz yüze gelen hakim tarafından yani ilk derece mahkemesi tarafından verilmesi gerekir.¹⁰⁵³ Bölge adliye mahkemelerinin duruşmalı inceleme yapma imkanları olduğu için, sonraki lehe kanunu dikkate alarak ve duruşma açıp ertelemeye uygunluk şartının gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirerek karar verebilecekleri kanaatindeyiz.

Sonraki lehe kanun, infaz aşamasında da etkili olacaktır. Nitekim TCK m. 7/2, “*Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve **infaz olunur.***” ifadesini içermektedir. Bu anlamda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuna ilişkin lehe normların, infaz aşamasında dikkate alınması gerektiğine hiçbir şüphe yoktur. Nitekim Yargıtay da “*bu kurumun kesinleşmiş, infaz edilmekte olan ve hukuki yararı bulunmak koşuluyla infaz edilmiş hükümler yönünden de uygulanması zorunludur.*”¹⁰⁵⁴ şeklindeki değerlendirmesiyle kuruma ilişkin lehe normların infaz aşamasında da dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.

Yargıtay bahsi geçen kararında lehe kanunun geçmişe yürürlüğü ilkesinin kapsamını çok ileri bir boyuta taşımış ve kurumun infaz edilmiş hükümler yönünden de uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Doktrinde de Yargıtay'ın bu kararı doğrultusunda görüş bildiren yazarlar, infazı tamamlanmış mahkûmiyet hükümlerinin belirli şartlarda tekerrüre esas alındığını, cezanın infazından sonraki üç ve beş yıllık süreler içerisinde cezası infaz edilmiş olan hükümlünün, kurumun hakkında uygulanması bakımından hukuki menfaati bulunduğu

¹⁰⁵² **Baştürk**, s. 491.

¹⁰⁵³ **Kumbasar**, s. 218.

¹⁰⁵⁴ Yar. CGK., E. 2008/11-250, K. 2009/13, T. 3.2.2009, (www.kazanci.com, SGT. 6.11.18).

öne sürülmüştür.¹⁰⁵⁵ Ayrıca mahkûmiyet hükmünün doğurduğu kararın adli sicile kaydedilmesi, kişinin hükümlü kabul edilmesi gibi diğer sonuçlar da düşünüldüğünde, kurum, infaz edilmiş hükümler için dahi uygulanmalıdır.¹⁰⁵⁶ Kanaatimizce bu görüşler yerinde değildir. Öncelikle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun amacı suçlunun hapisane dışında, toplum içinde ıslah olmasını sağlamaktır. Hali hazırda infaz edilmiş bir mahkûmiyet hükmünün açıklanması geriye bırakıldığında ve hükümlü denetimli serbestlik tedbirlerine riayetsizlik ettiğinde açıklanacak hükmün infaz kabiliyeti olmayacaktır. Zira mahkûmiyet hükmünün konusunu oluşturan suç için kişiye bir kere ceza verilmiş ve infaz edilmiştir. İnfaz edilmiş cezanın bir kere daha infaz edilemeyeceği düşünüldüğünde, kişiyi denetim süresi içerisinde suç işlemekten veya denetimli serbestlik tedbirlerine riayetsizlik etmekten alıkoyan en büyük caydırıcı unsurun bulunmadığı anlaşılır.¹⁰⁵⁷ Ayrıca sonraki lehe kanunun geçmişe yürütmesi ilkesinin sınırını iyi çizmek gerekir. Zira infaz olunmuş cezaların dahi hukuki menfaat bulunması kaydıyla uyarılma yargılamasına tabi olacağı kabul edildiğinde, eski hükümlülerin tamamının ceza kanunu değişikliklerinde uyarılma yargılaması talep etmesi ihtimali söz konusu olacaktır. Örneğin, bir eski hükümlü 2008 yılında işlediği kasten yaralama suçundan dolayı 18 ay hapis cezasına mahkûm olmuş ve geçmiş hükümlülüğü sebebiyle mahkûmiyet hükmünün açıklanması geriye bırakılmamış olabilir. Bu eski hükümlü, aldığı 18 ay hapis cezası sebebiyle devlet memuru olamamaktadır.¹⁰⁵⁸ Eski hükümlünün cezasının 2009 yılında

¹⁰⁵⁵ **Kumbasar**, s. 219.

¹⁰⁵⁶ **Baştürk**, s. 493.

¹⁰⁵⁷ Benzer yönde bkz. **Aras**, s. 88; **Mahmutoğlu**, s. 365; İnfaz edilmiş bir hüküm hakkında değerlendirme yapılmasında hukuki menfaat bulunmayacağına ilişkin bizim de katıldığımız görüş için bkz. **Töngür**, s. 268.

¹⁰⁵⁸ Bkz. **657 s.k. m. 48/A/5**: “*Türk Ceza Kanunu'nun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, (...)(*) zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli*

kesinleştğini ve infazının 2010 yılında tamamlandığını varsayalım. 2012 yılında kasten yaralama suçunun temel cezası indirildiğinde, eski hükümlü cezasının yeniden hesaplanması için başvurabilecek midir? Zira eski hükümlünün, mahkûm olduğu 18 ay hapis cezasının 12 ayın altına düşmesi halinde memur olabilme ihtimali vardır. Yargıtay kabulüne göre eski hükümlü uyarlama yargılaması talep edebilir. Ancak bu kabul, en ufak bir ceza kanunu değişikliği halinde mahkemeleri uyarlama yargılaması yapmaya itmek demektir. Dolayısıyla kabul edilebilir değildir.

Son olarak, kurumun, infazı tamamlanmış dosyalar bakımından da değerlendirilebileceğini kabul etmek kuruma şarta bağlı bir genel af etkisi tanımak demektir. Zira kişi beş yıllık denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlemez ve denetimli serbestlik tedbirlerine riayet ederse, düşme kararı verilecektir. Bunun neticesinde adli sicildeki mahkûmiyet hükmü silinecektir. Bu şarta bağlı genel af değildir de nedir?

Tüm bu açıkladığımız gerekçelerle, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuna ilişkin lehe normların sanık/hükümlü bakımından uygulanabileceği son anın, infazın tamamlanması anı olduğunu belirtmek isteriz.

iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkum olmamak.”

SONUÇ

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, CMK 223'te sayılan son kararlardan birisi olmadığı gibi hakkında muhakeme yürütülen uyuşmazlığı doğrudan veya dolayısıyla çözen, ceza davasını ve ceza muhakemesi ilişkisini sona erdiren bir karar değildir. Bu anlamda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı bir son karar değildir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, kendisinden önce verilen mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesini engelleyen, uyuşmazlığın belirli bir süre derdest kalmasını sağlayan, durma kararının özelliklerini gösteren nitelikte bir ara karardır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını düzenleyen normların maddi ceza hukukuna mı yoksa ceza muhakemesi hukukuna mı ait olduğu en sık tartışılan konulardan birisi olmuştur. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde mahkûmiyet hükmü sanık hakkında hukuki bir sonuç doğurmayacak (CMK m. 231/5) ve denetim süresinin sanık tarafından iyi halli geçirilmesi durumunda da mahkûmiyet hükmü kaldırılarak davanın düşmesine karar verilecektir (CMK m. 231/10). Bu durumda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, devletle birey arasındaki cezalandırma hukuki ilişkisini ortadan kaldıran nitelikte bir karardır ve bu sebeple maddi ceza hukukuna aittir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının ön şartı, mahkûmiyet hükmünün kurulmasıdır. Kurulan bu mahkûmiyet hükmü bir hukuki sonuç doğurmamakla birlikte taraflara tefhim veya tebliğ edilmektedir. Böylece sanık ne kadar ceza aldığını öğrenmektedir. Ancak kurumun kökeni olan probation (denetimli serbestlik) kurumunun uygulamalarında bir mahkûmiyet hükmü tesis edilmemektedir. Çoğunlukla suçluluğun tespiti ile yetinilmekte, hükmün kurulması ve açıklanması ertelenmektedir. Bu uygulama ise sanığın ıslahı amacına daha iyi hizmet etmektedir. Zira ne kadar ceza aldığını bilmeyen sanık, belirsizliğin verdiği

korkuyla, denetim süresinde iyi halli olma hususunda daha özenli olmaktadır. Bu nedenle Türk hukukundaki hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun da özüne uygun bir şekilde uygulanması gerektiğini belirtmemiz gerekir. Böylece hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, iyi bir suç ve ceza politikası aracı olarak hizmet edebilecektir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun amacı ilk kez suç işleyen ve 2 yıl veya daha az hapis veya adli para cezasına mahkûm olan kişilerin hapis haneye girmeksizin ıslah olmasını sağlamaktır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı adli sicile değil, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilmektedir (CMK m. 231/13). Böylece mahkûmiyet hükmünün, denetim süresi içerisinde sanığın sosyal hayatına engel olmaması amaçlanmıştır. Sanık denetim süresi içerisinde iyi hal gösterip bu mahkûmiyet hükmünün kaldırılmasını ve düşme kararı verilmesini sağlayabilir. Böylece suç işlemiş kişi hem ıslah olmuş olacak hem de hiç suç işlememiş birisi gibi hayatına devam edebilecektir. Ancak sanık hakkında bir mahkûmiyet hükmünün kurulması ve bu mahkûmiyet hükmünün dava dosyasına girmesi, kurumun bu amacını tam olarak yerine getirememesine sebep olmaktadır. Zira uygulamada açıklanmasının geri bırakılmış mahkûmiyet hükümleri esas alınarak, özel hukuk mahkemelerince sanık aleyhine tazminata hükmedildiği; idari makamlarca işten çıkartma gibi disiplin yaptırımları uygulandığı görülmektedir. Benzer bir şekilde özellikle kamuya yapılan iş başvurularının, açıklanması geriye bırakılmış mahkûmiyet hükümleri esas alınarak reddedildiği görülmektedir. Unutulmamalıdır ki, açıklanması geri bırakılan mahkûmiyet hükmü bir kesin hüküm değildir. Bu nedenle sanık aleyhine tazminata hükmederken veya idari işlem tesis ederken sanıktan ‘suçlu’ sıfatıyla bahsedilmesi, suçsuzluk karinesini ihlal eder niteliktedir. Benzer bir şekilde sanığın iş başvurusu değerlendirilirken ön yargı ile hareket edilmemeli, sanığın bir şekilde beraat edebileceği ihtimali unutulmamalıdır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararın bir diğer ön şartı uzlaşmanın sağlanamamış olmasıdır. Uzlaştırma kurumunun hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına

kıyasla daha lehe sonuçlar doğurduğu düşünüldüğünde böyle bir ön şartın aranması olumlu olmuştur. Ancak kovuşturma aşamasında uzlaşmayı düzenleyen CMK m. 254/2, uzlaşma konusu “...Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arzetmesi halinde; sanık hakkında, 231 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir... Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, mahkeme tarafından, 231 inci maddenin onbirinci fıkrasındaki şartlar aranmaksızın, hüküm açıklanır.” hükmünü haizdir. Fakat mahkeme sanığın suçu işleyip işlemediği hususunda bir kanaate varmaksızın hangi hükmü açıklamayı geri bırakacaktır? Uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde mahkeme hangi hükmü açıklayacaktır? Bu soruların makul bir cevabı yoktur ve ilgili düzenleme hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun yapısına aykırılık teşkil etmektedir. Bu sebeple CMK m. 254/2 “...Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arzetmesi halinde; **mahkeme tarafından durma kararı verilir. Durma kararı verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, mahkeme tarafından, davaya devam olunur.**” şeklinde; CMUY m. 27 de bu düzenlemeye paralel bir şekilde değiştirilmelidir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu kural olarak herhangi bir suçu işlemiş fail hakkında uygulanabilir. Ancak kanun koyucu bazı suçları işleyen failer hakkında bu kurumun uygulanmasını yasaklamış ve bu suç tiplerini ilgili mevzuatta belirtmiştir. İçtihatlar yoluyla da kurumun uygulanamayacağını kabul edildiği birtakım suçlar vardır. İçtihatlar yoluyla kurumun uygulanamayacağını kabul edildiği suçlar çoğunlukla zararın giderilmesi yoluyla kamu davasının düşmesine veya cezanın ortadan kaldırılmasına karar verilmesini gerektiren suçlardır. Ancak suçla korunan hukuki değer gözetilerek de birtakım suçları işleyen failer hakkında kurumun uygulanmaması yoluna gidilebilmektedir. Bu noktada, bu tarz suçları işleyen failerin salt bu suçları işlemesi sebebiyle erteleme kurumundan faydalanmayı hak

etmedikleri (ertelemeye uygunluk şartı) sonucunu da ulaşılabilecektir. Örneğin, işkence suçu işleyen failler hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanması AİHM tarafından AİHS m. 3 hükmünün ihlali olarak görülmüştür. AİHM, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını, mahkûmiyet hükmünün etkisini ortadan kaldırıcı nitelikte değerlendirmiş ve bu nedenle kabul edilemez tedbirler kategorisinde görmüştür. Anayasa Mahkemesi de benzer bir sonuca Deniz Yazıcı başvurusu sonunda ulaşmıştır. Bu noktada belirtmek isteriz ki işkenceyle etkili bir mücadele için AİHS m. 3 kapsamında değerlendirilebilecek fiillerden mahkûm olan kişiler hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu uygulanmamalıdır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanması sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış olması gerekmektedir. Bu şart beraberinde pek çok tartışmayı getirmiştir çünkü geçmiş mahkûmiyet hükmünün ne zaman, hangi mahkemede ve hangi ülkede verilmiş olması gerektiğine ilişkin bir belirlemede bulunmamıştır. Doktrin ve uygulama, üzerinden belirli bir süre geçmiş mahkûmiyet hükümlerini, CMK m. 231/6-a bağlamında geçmiş hükümlülük olarak değerlendirmeme eğiliminde olmuştur. Ancak bu yolda öne sürülen görüş ve uygulamalar kanuni dayanaktan yoksun ve hukuka aykırı olmuşlardır. Bu noktada geçmiş hükümlülüğün CMK m. 231/6-a bağlamında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel olmaması için bizim kabul ettiğimiz tek kriter, geçmiş hükümlülüğün adli sicilden ve arşivden silinmiş veya silinme koşulları oluşmuş olmasıdır. Zira arşivden silinmiş mahkûmiyet hükmüne ulaşmak konusunda maddi imkânsızlık mevcuttur. Silinme koşulları oluşmuş mahkûmiyet hükümlerini CMK m. 231/6-a bağlamında değerlendirmek de eşitlik ilkesine aykırı olacaktır. Bu anlamda üzerinden belirli bir süre geçmiş mahkûmiyet hükümlerinin CMK m. 231/6-a anlamında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel olması istenmiyorsa, bu konuda kanunda bir düzenleme yapılmalıdır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanması için gerekli olan en önemli şartlardan birisi sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışlarıyla yeniden suç işlemeyeceği hususunda mahkemede kanaat uyanması şartıdır. Bu şart doktrinde ‘sübjektif liyakat’ şartı (ertelemeye uygunluk şartı) olarak anılmaktadır. Kurumun amacına ulaşmasında en etkili rolü oynayan bu şart, tespit etmesi de en zor olanıdır. Ertelemeyle ulaşılmak istenen sanığın ıslahı amacına erişebilmek için, bu şartın doğru ve düzgün bir şekilde tespit edilmesi çok önemlidir. Bu şartın doğru bir şekilde tespitiyle birlikte, cezanın bireyselleştirilmesi aracı olan erteleme de amacına uygun bir şekilde kullanılmış olacaktır. Böylece kurum, daha özel bir şekilde seçilmiş suçlular hakkında uygulanabilecek ve toplumda hafif suç işleyen herkes hakkında kurumun uygulandığı yönünde bir görüşün oluşması engellenecektir. Bu sayede kısa süreli hapis cezalarının genel önleme etkisinin devamlılığı sağlanacaktır. Sanığın kişilik özelliklerinin doğru ve düzgün bir şekilde tespiti için kovuşturma aşamasının sonunda karardan önce mahkeme veya hâkimin isteği üzerine denetimli serbestlik müdürlüğünce, “*sanığın geçmişi, ailesi, çevresi, eğitimi, kişisel, sosyal ve ekonomik durumu, ruhsal ve psikolojik durumu, topluma ve mağdura karşı taşıdığı risk hakkında ayrıntılı sosyal araştırma raporu*” hazırlanıp sunulabileceği¹⁰⁵⁹ unutulmamalıdır. Sanıkların duruşmada normalde olduklarından daha farklı davrandıkları bilinen bir gerçektir. Bu gerçekliğin karşısında sanık hakkında daha doğru bilgi edinebilmek için sosyal araştırma raporu istemek zaruri hale gelmektedir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, sanığın bunu kabul etmesine bağlıdır. 2010 yılında getirilen bu düzenleme olumlu bir gelişmedir ancak bu konuya ilişkin temel sorun, sanığa kurumun uygulanmasını kabul edip etmediğinin hangi aşamada sorulacağına ilişkindir. Uygulamada sanığın mahkemedeki ilk sorgusunda kurumun uygulanmasını kabul edip

¹⁰⁵⁹ Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu m. 13/1-b.

etmediği sorulmaktadır. Ancak mahkûm olup olmayacağını bilmeyen sanık, bu soruyla geleceği üzerine belirsiz bir karar almaya itilmektedir. Zira sanık kabul ettiği takdirde, hâkimde suçu işlediği yönünde bir kanaat uyandıracığı ihtimalinden korkabilir. Kabul etmediği takdirde de açıklanan bir mahkûmiyet hükmüyle karşı karşıya gelecektir. Öte yandan hâkimin bu soruyu, sorgu esnasında sorması sanığa, hâkimin kendisini mahkûm edeceğini düşündürebilir. Dolayısıyla uygulama bu haliyle adil yargılanma hakkını ihlal eder niteliktedir. Bu nedenle sanığa kurumun uygulanmasını kabul edip etmediği, suçlu bulunduğu tespit edildikten sonra hüküm devresinde sorulmalıdır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının bir diğer şartı mağdurun veya kamunun suç sebebiyle uğradığı zararın giderilmesidir. Zararın giderilmesi düşüncesi, onarıcı adalet anlayışının bir ürünü olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim onarıcı adalet anlayışı, suçla sebep olunan zararın onarılmasına ve gelecekte bir zarar verilmesi ihtimalinin azaltılmasına odaklanmaktadır. Onarıcı adalet anlayışında zararın giderilmesi yöntemleri dört ayrı ana başlıkta toplanabilir. Bunlar: özür dileme, davranış değişikliği gösterme, ilk elden failin zararını giderme (zararın parayla tazmini – aynen iade – eski hale getirme) ya da bir cömertlik gösterilmesi (örneğin evsiz bir kişi için gönüllü olarak ev yaptırma) şeklindedir. Bu anlamda CMK m. 231/6-c ve m. 231/9'un düzenlemeleri değerlendirildiğinde, kanun koyucunun bu dört yöntemden sadece birini – zararın aynen iade, eski hale getirme ya da tazmin yoluyla giderilmesi – zararın giderilmesi yolu olarak benimsediği görülmektedir. Bu anlamda CMK'nın hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin düzenlemelerinin, onarıcı adalet anlayışının gerektirdiği zararın giderilmesi düşüncesine yeteri kadar hizmet etmediği görülecektir. Kanundaki bu eksiklik, kurumun uygulanmasında eşitsizliklere sebep olmaktadır. Zira işlediği bir suç sebebiyle meydana gelen zararı gidermek ancak ekonomik durumu elverişli olmayan bir sanık hapis ve/veya adli para cezası ile muhatap olacakken; ekonomik durumu elverişli olan bir sanık hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumundan yararlanabilecektir.

CMK m. 231/6-c'nin düzenlemesi sebebiyle giderilmesi gereken zararlar sadece maddi zararlardır. Zira manevi zararın giderilmesinde 'aynen iade' ve 'suçtan önceki hale getirme' yöntemlerinin uygulanamayacağı çok açıktır. Ayrıca 1412 sayılı CMUK'un yürürlükte olduğu dönemde ceza mahkemelerinin manevi tazminata da hükmedebilmesi sağlayan 'şahsi hak' davaları günümüzde yürürlükte değildir. Manevi tazminatın hesaplanması ayrıntılı bir araştırma ve incelemeyi içeren bir hukuk muhakemesi yargılamasıyla mümkündür bu nedenle ceza mahkemesinden tazminat hesabı yapmasını istemek yargılamanın uzamasına sebep olacaktır. Ayrıca, mağdurun fazlaya ilişkin maddi zararı ve manevi zararı için hukuk mahkemesinde dava açmasının önünde hiçbir engel olmadığı da unutulmamalıdır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına bağlı olarak yetişkin sanıklar için beş yıllık, suça sürüklenen çocuklar için üç yıllık denetim süresine hükmedilir. Bu anlamda denetim süresinin tespitinde sabit süre sistemi tercih edilmiştir. Ancak bu sistem katıdır ve her olay için uygun değildir. Bu nedenle kanunun denetim süresinin alt ve üst sınırlarını tespit ettiği ancak bu süreler arasında bir süreyi belirlemek konusunda hâkime takdir yetkisi tanıdığı sisteme geçilmelidir. Böylece kurum, cezanın bireyselleştirilmesi aracı olarak daha etkili bir işlev görecektir.

Denetim süresi içerisinde denetimli serbestlik tedbirine hükmetmek hususunda hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. Bu düzenleme ıslah amacını gerçekleştirmek için uygun bir düzenlemedir. Zira kimi hallerde denetimli serbestlik tedbirine gerek olmadığı gibi kimi hallerde de bu tedbirler suçlu üzerinde olumsuz etkiler yaratabilir. Ancak denetimli serbestlik tedbirinin süresi kanunda azami bir yıl olarak belirlenmiştir. Bir yıllık denetimli serbestlik tedbiri süresi kimi zaman yetersiz kalabilir. Bu nedenle denetim süresini geçmemek kaydıyla denetimli serbestlik tedbirinin süresini uzatmak hususunda mahkemeye takdir yetkisi tanınmalıdır. Ayrıca tedbirden beklenen amacın elde edildiği hallerde tedbirin kaldırılması, tedbirden beklenen amacın elde edilemediği hallerde halin gereklerine göre tedbirin uygulanma

süresinin artırılması ya da türünün değiştirilmesi yönünde hâkime takdir yetkisi veren bir düzenlemenin yetişkin sanıklar için de kanun da düzenlenmesi kurumun amacına daha iyi hizmet edecektir. Bu yönde bir düzenleme her ne kadar DSHY m. 45’de bulunsa da denetimli serbestlik tedbirlerinin zorlayıcı niteliği ve uyulmaması halinde sanığın hapis cezasıyla karşı karşıya kalacağı düşünüldüğünde konunun kişi temel hak ve özgürlükleriyle olan yakın ilişkisi anlaşılacaktır. Bu nedenle ilgili düzenleme yetişkin sanıklar için CMK’ya taşınmalıdır.

CMK m. 231/8 denetim süresi içerisinde dava zamanaşımının duracağını belirtmiştir. Böylece hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleşmesiyle birlikte dava zamanaşımı duracaktır. Sanığın denetim süresi içerisinde iyi halli olmaması durumunda dava zamanaşımı süresinin kaldığı yerden işlemeye başlayacağı tarihin hangi tarih olduğu doktrin ve uygulamada çokça tartışılmıştır. Bu noktada belirtmemiz gerekir ki, dava zamanaşımının durması mahkemenin verdiği hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla olmaktadır. Öyleyse dava zamanaşımının kaldığı yerden işlemeye devam edeceği tarih de mahkemenin sanığın denetim süresi içerisinde iyi halli olmadığını tespit edip hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını kaldırdığı tarih olacaktır. Dolayısıyla sanığın denetimli serbestlik tedbirine riayetsizlik ettiği (ki bunun tarihini belirlemek çok zordur) ya da kasıtlı suçu işlediği tarih zamanaşımının devam edeceği tarih olarak belirlenemez. Bunun yanı sıra denetim süresinin sona erdiği tarihte de dava zamanaşımı süresi kaldığı yerden devam edecektir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı bir hüküm değildir ve karara esas teşkil eden mahkûmiyet hükmü de kesin hüküm niteliğinde değildir. Bu nedenle mahkûmiyet hükmüne karşı istinaf ve temyiz kanun yollarına başvurulamayacaktır. CMK m. 231/12 hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebileceğini düzenlemiştir. Bu noktada itiraz merciin incelemesinin kapsamı doktrin ve uygulamayı en çok meşgul eden konu olmuştur. Yargıtay 2009 yılında oluşturduğu içtihadında itiraz merciin incelemesinin CMK m. 231’de yer alan objektif şartlarla sınırlı olacağını belirtmişken; 2013 yılında bu içtihadını

değiştirmiş ve itiraz merciin CMK m. 231’de yer alan objektif şartların yanı sıra maddi vakıa denetimi de yapabileceğini bir başka deyişle karara esas teşkil eden mahkûmiyet hükmünün de denetlenebileceğini belirtmiştir. Yargıtay’ın 2013 tarihli bu kararına katılmıyoruz. Zira itiraz kanun yolu mahiyeti itibariyle kural olarak hakimlik kararlarına ve kanunda açıkça gösterilmiş olması kaydıyla mahkemelerin ara kararlarına karşı başvurulabilen bir olağan kanun yoludur. Dolayısıyla bir hükmü (son kararı) inceleme yetkisi bulunmamaktadır. Her ne kadar itiraz kanun yolunun itiraza konu uyuşmazlığı maddi ve hukuki yönleriyle ele alabileceği belirtilmekte ise de mahkûmiyet hükmünün esasının incelenmesini kabul etmek itiraz kanun yolu merciine istinaf kanun yolu merciin yetkilerini devretmek anlamına gelir ki bu durum beraberinde pek çok sakıncayı getirir. Nitekim, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı yapılan itiraz duruşmasız incelenecek kararlar arasındadır. Bu nedenle duruşmaya hâkim olan sözlülük, doğrudan doğruyalık ve çelişmeli muhakeme ilkesi gibi ilkeler bu kanun yolunda uygulanamayacaktır. Mahkûmiyet hükmünün esasının bu koşullarda incelenmesinin adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine hiçbir şüphe yoktur.

İtiraz merciin inceleme kapsamının sadece CMK m. 231’de yer alan objektif şartlarla sınırlı olması ve mahkûmiyet hükmüne karşı istinaf ve temyiz yollarının kapalı olması sorun teşkil etmektedir. Zira bu haliyle itiraz kanun yolu mercii etkili bir kanun yolu özelliği göstermemekte ve özellikle mağdur ve suçtan zarar görenin AİHS m. 13 ile güvence altına alınmış ‘Etkili Başvuru Hakkı’ ihlal edilmiş olmaktadır. Ancak belirtmemiz gerekir ki, etkili başvuru hakkının kullanılabilmesi adına itiraz merciine istinaf merciin yetkilerini vermek ve mahkûmiyet hükmüne yönelik esas denetimi yapabileceğini kabul etmek doğru değildir. Bir yanlış, bir başka yanlışla giderilemez. Mahkûmiyet hükmündeki hukuka aykırılıklar mutlaka ve en kısa sürede denetlenmelidir. Ancak bunu denetleyebilecek kanun yolu mercii, istinaftır. Bu nedenle mevzuatta yapılacak bir değişiklikle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı istinaf kanun yoluna gidileceği düzenlenmelidir. Böylece sanık da hükmün

açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasından vazgeçmeksizin istinaf kanun yoluna başvurabilecektir. Biz bu noktada, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı bir hüküm olmadığı için ve karara konu olan mahkûmiyet hükmü de henüz kesinleşmediği için *“Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı kanun yolu bakımından hüküm sayılır.”* şeklinde bir düzenlemenin CMK m. 223’e 11. fıkra olarak eklenmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Son olarak, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin normlar maddi ceza normu özelliği gösterir. Bu nedenle zaman bakımından uygulanmalarında TCK m. 7/2¹⁰⁶⁰,de yer alan ilke uyarınca hareket edilmelidir. Yargıtay da *“bu kurumun kesinleşmiş, infaz edilmekte olan ve hukuki yararı bulunmak koşuluyla infaz edilmiş hükümler yönünden de uygulanması zorunludur.”*¹⁰⁶¹ şeklinde bir karar vermiştir. Bu kararın en sorunlu yanı, Yargıtay’ın kurumun hukuki yararı bulunmak koşuluyla infaz edilmiş hükümler yönünden de uygulanacağını kabul etmiş olmasıdır. Bu kabul kurumun amacı olan ıslaha hizmet etmemektedir. Zira sanığı denetim süresi içerisinde iyi halli olmaya iten temel sebep, iyi halli olmadığı takdirde hapis ve/veya adli para cezasıyla karşılaşacak olmasıdır. İlgili cezanın hali hazırda infaz edilmiş olduğu düşünüldüğünde, denetim süresinde iyi hal gösterilmediğinde açıklanacak hükmün infaz kabiliyeti olmayacağı açığa çıkacaktır. Bu durumda kurum, kendisinden beklenen faydayı gösteremeyecektir. Ayrıca kurumun, infazı tamamlanmış dosyalar bakımından da değerlendirilebileceğini kabul etmek kuruma şarta bağlı bir genel af etkisi tanımak demektir. Zira kişi beş yıllık denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlemez ve denetimli serbestlik tedbirlerine riayet ederse, düşme kararı verilecektir. Bunun neticesinde adli sicildeki mahkûmiyet hükmü silinecektir. Bu şarta bağlı genel af değildir de nedir? Diğer yandan Yargıtay’ın bu kararı, ceza kanunlarındaki herhangi bir lehe değişiklik halinde binlerce

¹⁰⁶⁰ **TCK m. 7/2:** *“Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan Kanun ile sonradan yürürlüğe giren Kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan Kanun uygulanır ve infaz olunur.”*

¹⁰⁶¹ Yar. CGK., E. 2008/11-250, K. 2009/13, T. 3.2.2009, (www.kazanci.com, SGT. 17.12.18).

eski hükümlünün uyarlama yargılaması yoluna başvurmasına kapı açmaktadır. Ancak Türkiye'deki mahkemelerin bu durumun yaratacağı iş yükünün altından kalkıp kalkamayacakları ise son derece şüphelidir.



KAYNAKÇA

Aksoy, Ramazan: “*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*”, AD., S. 31, Y. 2008, ss. 225 – 241.

Aktaş, Sururi: “*Cezalandırmanın Amacı Üzerine*”, EÜHFD., C. XIII, S. 1- 2, Y. 2009, ss. 1 – 25.

Alacakaptan, Uğur: Suçun Unsurları, AÜHF Yayınları No. 372, Sevinç Matbaası, Ankara 1975.

Alçıçek, Mehtap: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza ve Ceza Usul Hukuku) Anabilim Dalı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2011.

Aras, Bahattin: “*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu ve Uygulamadaki Sorunlar*”, THD., C. 3, S. 22, Haziran 2008, ss. 71 – 88.

Artuç, Mustafa: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, B. 3, Adalet Yayınları, Ankara 2010 (B. 3).

Artuç, Mustafa: “*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*”, THD, C. 3, S. 21, Y. Mayıs 2008, ss. 107 – 126.

Artuk, Mehmet Emin: “*Güvenlik Tedbirleri*”, GÜHFD., C. 12, S. 1-2, Y. 2008, ss. 461 – 492.

Artuk, Mehmet Emin – Çınar, Ali Rıza: “*Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler*”, in: Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No. 71, Ankara 2004, ss. 37 – 84.

Artuk, Mehmet Emin – Tan, Umran Sölez: “*Çocuk Ceza Hukuku Açısından Hükmün Ertelenmesi Müessesesi*”, AÜSBFD, C. 47, S. 1, Y. 1992 (Prof. Dr. Gündüz Ökçün’e Armağan), ss. 63 – 82.

Artuk, Mehmet Emin – Yenidünya, Ahmet Caner: “*Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Erteleme Müessesesi*”, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No: 8, İstanbul 1999, ss. 55 – 87.

Artuk, Mehmet Emin – Gökçen, Ahmet – Yenidünya, Caner: Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 10, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

Avcı, Mustafa: Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenekler, (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmış Doktora Tezi), İstanbul 1994.

Aydın, Devrim: “*Ceza Muhakemesi Kanunu’nda İtiraz*”, TBBD., S. 65, Y. 2006, ss. 61 – 72.

Aygün Eşitli, Ezgi: “*Kısa Süreli Hapis Cezası ve Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar*”, AÜHFD., C. 65, S. 1, Y. 2016, ss. 63 – 100.

Bakıcı, Sedat: “*İstanbul Barosu 132. Yıl Kuruluş Yıldönümü Etkinlikleri, 6 Nisan 2010 tarihinde CMK Çalıştayı’nda Sunulan Tebliğ*”, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2010, ss. 103 – 125.

Balık, Mehmet: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yay., Ankara 2015.

Balo, Yusuf Solmaz: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayınları, Ankara 2016.

Bancila, Andrei-Dorin: “*The Probation Measures – The Reasons For The Regulation*”, Lex ET Scientia International Journal, Vol. 24, No. 1, Y. 2017, ss. 145 – 154.

Barnes, Harry Elmer –Teeters, Negley K.: “*İlkel Cezalar ve Fiziksel Cezaların İlk Türleri*” (Çev. Devrim Aydın), Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 69, Sayı: 2011/4, ss. 163 – 176.

Baştürk, İhsan: Hükümün Açıklanmasının Ertelenmesi, Adalet Yayınları, Ankara 2014.

Bayraktar, Köksal: “*Türk Ceza Kanunu Tasarısı’na İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri*”, in: Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap,

Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No. 71, Ankara 2004, ss. 21 – 35.

Beccaria, Cesare: Suçlar ve Cezalar Hakkında (Çev. Sami Selçuk), B. 6, İmge Kitabevi, Ankara 2016.

Beresford, Bryony – Sloper, Trica: Understanding the Dynamics of Decision-Making and Choice: A Scoping Study of Key Psychological Theories to Inform The Design and Analysis of the Panel Study, Socaial Policy Research Unit., University of York, 2008.

Berman, Douglas A.: “*Distinguishing Offense Conduct and Offender Characteristics in Modern Sentencing Reforms*”, Stanford Law Review, Vol. 58, No. 1, Y. October 2005, ss. 277-292.

Bessler, John D.: “*Revisiting Beccaria’s Vision: The Enlightenment, America’s Death Penalty, and the Abolition Movement*”, Northwestern Journal of Law & Social Policy, Vol. 4, Issue 2, Y. 2009, s. 195 – 328.

Bettiol, Giuseppe: “*Suç ve Cezanın Sukutu Meselesi*” (Çev. **Faruk Erem**), AÜHFD., C. 12, S. 1 – 2, ss. 1 – 19.

Bilz, Kenworthy – Darley, John M.: “*What’s Wrong With Harmless Theories of Punishment*”, Chicago-Kent Law Review, Vol. 79, Issue. 3, Y. 2004, ss. 1215 – 1252.

Centel, Nur: “*Cezanın Amacı ve Belirlenmesi*”, Prof. Dr. Turhan Tûfan Yüce’ye Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yay., İzmir 2001, ss. 337 – 372. (“*Cezanın Amacı*”).

Centel, Nur: “*Denetimli Serbestlik*”, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, C. 1, Ankara 2008, ss. 531 – 553.

Centel, Nur: “*Mağdurun Hakları ve Zararın Giderilmesi*”, Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı: Akademik Yaşamının 55. Yılı Onurunu Rona Aybay’a Armağan, C. 1, Y. 2014, ss. 577 – 604. (“*Mağdurun Hakları*”).

Centel, Nur– Zafer, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 12, Beta Yayınları, İstanbul 2015.

Centel, Nur – Zafer, Hamide – Çakmut, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, B. 9, Beta Basım Yayım, İstanbul 2016.

Cihan, Erol – Yenisey, Feridun: Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 3, Beta Basım Yayım, İstanbul 1998.

Cihan, Erol – Yenisey, Feridun: “*Ne Bis In Idem*” İlkesi”, Çetin Özek Armağanı (editör: Bahri Öztürk), Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2004, ss. 219 – 224. (“*Ne Bis In Idem*”).

Cragg, Wesley: The Practice of Punishment Towards a Theory of Restorative Justice, Taylor & Francis e – Library Publishing, 2005.

Çakmut, Özlem Yenerer: “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Esas Mahkemesinin Verdiği Hüküm*”, EÜHFD., C. XI, S. 3 – 4, Y. 2007, ss. 29 – 61.

Çalkın, Fahri: “*Cezaların Tecilinden Neler Beklenebilir?*”, Adliye Dergisi, Y. 1944, ss. 495 – 494. (“*Cezaların Tecilinden...*”).

Çalkın, Fahri: “*Ertelemenin Muhtelif Şekilleri ve Bunların Fayda ve Mahzurları*”, Adalet Dergisi, S. 5, Y. 37, Mayıs 1946, ss. 487 – 498. (“*Ertelemenin...*”).

Çetintürk, Ekrem: “*Yabancı Ülke Mahkemelerince Verilen Mahkûmiyet Kararlarının Adli Sicile Kaydedilmesi ve Hak Mahrumiyeti Doğurması*”, TAAD., Y. 4, S. 14, Temmuz 2013, ss. 529 – 557.

Çıgılı, Halil: “*Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarına İtiraz ve İtiraz Merciiinin Yetkileri*”, TAAD., Y. 5, S. 18, Temmuz 2014, ss. 387 – 417. (“*İtiraz*”).

Çıgılı, Halil: “*Yargıtay Kararları Çerçevesinde, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılmasında Daha Önce Kasıtlı Bir Suçtan Mahkûm Olmama Şartına İlişkin Bir Değerlendirme*”, THD., C. 9, S. 100, Aralık 2014, ss. 17 – 23.

Çınar, Ali Rıza: “*Hükmün Konusu ve Eylemi (Fiili) Değerlendirmede Mahkemenin Yetkisi*”, TBBD., S. 84, Y. 2009, ss. 31 – 62. (“**Hükmün Konusu**”).

Çınar, Ali Rıza: Türk Ceza Hukukunda Cezalar, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2005.

Çolak, Halûk – Altun, Uğurhan: “*Ceza Muhakemesinde Haksızlık Oluşturan Fiil Karşılığı Uygulanan Özel Bir Yaptırım Türü Olarak Disiplin ve Tazyik Hapsinin Hüküm ve Sonuçları*”, AD., S. 27, Y. Ocak 2007, ss. 8 – 39.

Demirbaş, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, B. 10, Ankara 2014.

Demirel, Hakkı: “*Yabancı Ceza İlamlarının Değeri*”, C. 9, S. 1 – 4, Y. 1952, ss. 300 – 316.

Donay, Süheyl: “*Ceza Yargılaması Hukukunda Erteleme Hükümleri*”, Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, Beta Yay., İstanbul 2010, ss. 1613 – 1640. (“**Erteleme**”).

Donay, Süheyl: “*Hükmün Açıklanmasının Ertelemesi*”, İBD., C. 86, S. 2012/5, Eylül – Ekim 2012, ss. 152 – 161.

Dönmezer, Sulhi: Kriminoloji, B. 6, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1981.

Dönmezer, Sulhi –Erman, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım C. I, B. 12, Beta Basım Yayım, İstanbul 1997. (**C. I**).

Dönmezer, Sulhi –Erman, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım C. II, B. 11, Beta Basım Yayım, İstanbul 1997. (**C. II**).

Dönmezer, Sulhi –Erman, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. III, B. 12, Beta Basım Yayım, İstanbul 1997. (**C. III**).

Epözdemir, Rezan: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, B. 2, Adalet Yay., Ankara 2017.

Erbaş, Coşkun: “*Tarihi Gelişim İçinde Gözetimle Erteleme (Denetimli Serbestlik – Sursis Avec Mise a L’epreuve) ve Fransa’daki Uygulaması ile Konuya İlişkin Türk Ceza Kanunu ve Öntasarı Metinleri (I)*”, Yargıtay Dergisi, C. 22, S. 1 – 2, Ocak – Nisan 1996, ss. 12 – 51.

Erdem, Mustafa Ruhan: “*Ceza Hukukunda Cezaların Ertelenmesine Anayasal Bakış*”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 18, Y. 2001, ss. 17 – 39. (“*Cezaların Ertelenmesi...*”).

Erdem, Mustafa Ruhan: “*Kısa Süreli Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların İnfazı ve Yeni Seçenekler*”, İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu (24 – 25.11.2000), Başkent Üniversitesi Yayını, Ankara 2001, ss. 192 – 213. (“*...Yeni Seçenekler*”).

Erel, Kemalettin: “*Yargıtay Kararları Işığında Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması (CMK'nun 231. md)*”, Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları:11, İstanbul 2009, ss. 329 – 348.

Erem, Faruk: *Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku*, B. 6, Işın Yayınları, Ankara 1986.

Erem, Faruk: “*Ceza Usulünde Kesin Hüküm*”, AÜHFD., C. 20, S. 1, Y. 1963, ss. 37 – 52. (“*Kesin Hüküm*”).

Erem, Faruk – Danışman, Ahmet – Artuk, Mehmet Emin: *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku*, B. 14, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997.

Feyzioğlu, Metin: *Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat*, B. 2, Isık Yayınları, İstanbul 2015 (**Vicdani Kanaat**).

Feyzioğlu, Metin: “*Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*”, AÜHFD., C. 48, S. 1, Y. 1999, ss. 135 – 163.

Foucault, Michel: *Hapishanenin Doğuşu* (Çev. Mehmet Ali Kılıçbay), B. 4, İmge Kitabevi, Ankara 2013.

Garçon, Maurice: “*Ceza Hukuku Menşeleri – Tekâmülü – Halihazır Vaziyeti*”, (Çev. **Sulhi Dönmezer – Naci Şensoy**), İÜHFM, C. 10, S. 3 – 4, Y. 1945, ss. 649 – 678.

Giyik, Abdulkaki: “*İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu*”, TBBD., S. 134, Y. 30, Ocak – Şubat 2018, ss. 71 – 114.

Gündüz, Bilal: “(Son Değişiklikler Işığında) hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, ABD., Y. 66, S. 1, Y. Kış 2008, ss. 155 – 170.

Güner, Uğur: “Türk Ceza Hukukunda Mahkûmiyet Hükümünün Açıklanmasının Ertelenmesi”, CHD., C. 9, S. 25, Y. 2014, ss. 181 – 200.

Güneş, Seyithan: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Onikilevha Yay., İstanbul 2018.

Güngör, Devrim: “Şike Suçu”, ABD., Y. 69, S. 2011/4, Ankara 2011, ss. 35 – 43.

Güngör, Devrim – Okuyucu Ergün, Güneş: “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, AÜHFD., C. 65, S. 4, Y. 2016, ss. 1951 – 1965.

Güngör, Devrim – Toroslu, Haluk: “Müsadere ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme”, AÜHFD., C. 65, S. 4, Y. 2016, ss. 1967 – 1980.

Gürühan, Caner: “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına İlişkin Güncel Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, TBBD., Y. 26, S. 111, Mart – Nisan 2014, ss. 133 – 162.

Gölcüklü, Feyyaz: Türk Ceza Sistemi, Sevinç Matbaası, Ankara 1966.

Hafizoğulları, Zeki: “Türk Ceza Hukukunda Cezalandırma Hukuki İlişkisi ve İlişkinin Sona Ermesi Nedenleri”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, C. I, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, ss. 387 – 415. (“Cezalandırma Hukuki İlişkisi...”).

Hafizoğulları, Zeki: Ceza Normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Seçkin Kitabevi, Ankara 1987.

Hafizoğulları, Zeki – Özen, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 8, US-A Yayıncılık, Ankara 2015.

Hakeri, Hakan – Ünver, Yener: Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 12, Adalet Yayınları, Ankara 2016.

Hoffheimer, Michael H.: “Hegel’s First Philosophy of Law”, Tennessee Law Review, Vol. 82, Issue. 823, Y. 1995, ss. 823 – 898.

Horozgil, Denizhan: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Savaş Yayınları, Ankara 2017.

İçel, Kayıhan: “*Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Olan Müesseselerdeki Gelişmeler ve Türk Ceza Sisteminin Bu Yönden Değerlendirilmesi*”, Değişen Toplum ve Türk Ceza Hukuku Karşısında TCK’nın 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu, İstanbul 22 – 26 Mart 1976, İstanbul 1977, ss. 321 – 344. (“*Seçenek Müesseseler*”).

İçel, Kayıhan – Sokullu Akıncı, Füsun – Özgenç, İzzet – Sözüer, Adem – Mahmutoğlu, Fatih S. – Ünver, Yener (İçel vd.): Yaptırım Teorisi, B.2, Beta Basım Yayım, İstanbul 2002.

İnce, Hüseyin: Türk Ceza Hukukunda Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Yaptırımlar, Seçkin Yayınları, Ankara 2007.

İpek, Ali İhsan: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yayınları, Ankara 2010.

Kafes, Veli: “*Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi*”, AÜHFD., C. 60, S. 1, Y. 2011, ss. 83 – 156.

Kangal, Zeynel: Askeri Ceza Hukuku, B. 2, Seçkin Yay., Ankara 2012.

Kantar, Baha: Ceza Muhakemeleri Usulü Umumi Hükümler, B. 4, Ankara 1957.

Karakaş Doğan, Fatma: Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2010.

Kartal, Adem: “*Hapis Cezasının Ertelenmesi ile Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Sonuçları Bakımından Karşılaştırılması*”, THD., C. 11, S. 114, Şubat 2016, ss. 67 – 74.

Katoğlu, Tuğrul: “*Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları*”, AÜHFD., C. 61, S. 2, Y. 2012, ss. 657 – 693. (“*Mağdur*”).

Katoğlu, Tuğrul: Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, Seçkin Yayınları, Ankara 2008. (**Zaman Yönünden Uygulanması**).

Kaya, Emir: “*İnsan Hakları Açısından Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması*”, ABD., Y. 71, S. 2013/3, ss. 411 – 436.

Kazuk, Kemalettin: “*Tecil ve Probasyon (Probation)*”, Adalet Dergisi, S. 2, Y. 50, Haziran 1959, ss. 153 – 175.

Kerezsi, Klara: “*Alternative Sanctions: Rehabilitation, Deserved Punishment, Decreasing of Crime?*”, Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eotvos Nominatae: Sectio Iuridica, Vol. 46, Y. 2005, ss. 229 – 280.

Keskin, Ferda: “*Büyük Kapatılma*”, in. **Foucault**, Büyük Kapatılma (Çev. Işık Ergüden & Ferda Keskin), Seçme Yazılar 3, B. 4, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2015.

Keyman, Selehattin: Ceza Muhakemesinde Savcılık, Ankara 1970. (**Savcılık**).

Keyman, Selehattin: Türk Hukukunda Af (Genel Af – Özel Af), Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1965.

Kıldan, İsmail Turgut: “*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumunun Yargıtay Kararları Işığında İncelenmesi*”, AD., S. 35, Eylül 2009, ss. 143 – 165.

Kılıçoğlu, Ahmet Mithat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 22, Turhan Kitabevi, Ankara 2018.

Koca, Mahmut – Üzülmez, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 9, Seçkin Yay., Ankara 2016.

Kumbasar, Enver: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayınları, Ankara 2012.

Kunter, Nurullah: “*Cezalardan Neler Bekliyoruz, Neler Beklemeliyiz?*”, Siyasi İlimler Mecmuası, S. 145, Y. 13, Nisan 1943, ss. 16 – 20.

Kunter, Nurullah: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, B.9, Beta Yayınları, İstanbul 1989. (**Ceza Muhakemesi Hukuku**)

Kunter, Nurullah: Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1955.

Kunter, Nurullah– Yenisey, Feridun – Nuhoglu, Ayşe: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 18, Beta Yayınları, İstanbul 2010.

- Kurşun, Günal:** Ceza Muhakemesinde Hüküm, Seçkin Yayınları, Ankara 2016.
- Kuure, Richard:** "Non-Custodial Sentences and Alternatives to Imprisonment," Review of Ghana Law, 20, Y. 1996-2000, ss. 301 – 313.
- Küçüktaşdemir, Özgür:** "Aydınlanma ve Ceza Hukuku", TBBD., S. 113, Y. 2014, ss. 57 – 98.
- Limon, Aslıhan:** "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", AD., S. 45, Y. 2013, ss. 89 – 116.
- Maden, Mehmet:** Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar, Adalet Yayınları, Ankara 2012.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami:** "Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması", Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları:11, İstanbul 2009, ss. 349 – 368.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami – Karadeniz, Serra:** Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, Beta Yay., İstanbul 2017.
- Meran, Necati:** "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Konusunda Bazı Çözüm Önerileri", THD., C. 3, S. 23, Temmuz 2008, ss. 61 – 73.
- Nursal, Necati – Ataç, Selcen:** Denetimli Serbestlik ve Yardım Sistemi (Probation), Yetkin Yayınları, Ankara 2006.
- Okuyucu Ergün, Güneş:** Ceza Muhakemesi İşlemleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- Olgun, Sevinç:** "Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması", THD., C. 3, S. 22, Haziran 2008, ss. 63 – 69.
- Önder, Ayhan:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II – III, B. 2, Beta Basım Yayım, İstanbul 1992. (C. II – III).
- Önder, Ayhan:** Tecil ve Benzeri Müesseseler (Mukayeseli Hukukta ve Hukukumuzda), İstanbul 1963. (Tecil).

- Öntan, Yaprak:** “Kovuşturma Evresinde Uzlaşmanın Sonucu Olarak Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı Verilmesinin Yerindeliği”, İnÜHFD., C. 9, S. 1, Y. 2018, ss. 61 – 76.
- Özay, İl Han:** İdari Yaptırımlar, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 3326, İstanbul 1985.
- Özbek, Veli Özer:** “Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Kurumununun 6763 Sayılı Kanun Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, CHD., C. 11, S. 32, Aralık 2016, ss. 7 – 28.
- Özbek, Veli Özer– Başbüyük, İsa:** “Hükümün Açıklanmasının Geriye Bırakılması Kararlarına İtirazın İnceleme Usulününün Mağdur/Suçtan Zarar Gören Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorun Üzerine”, CHD., S. 21, Nisan 2013, ss. 7 – 19.
- Özbek, Veli Özer – Meraklı, Serkan:** “Karar İncelemesi Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtiraz Üzerine Yapılacak Denetim”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, S. 2, C. 19, Y. 2013, ss. 221 – 236.
- Özbek, Veli Özer – Doğan, Koray – Bacaksız, Pınar – Tepe, İlker:** Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 8, Seçkin Yayınları, Ankara 2016.
- Özbudak, Coşkun:** “HAGB Kararlarınının Bireysel Başvuru Hakkına Etkileri”, THD., C. 9, S. 94, Haziran 2014, ss. 51 – 55.
- Özdemir, Orhan:** “6545 Sayılı Kanun Değişikliği Sonrası Uygulamada Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumuna Bakış”, AD., S. 51, Y. 2015, ss. 147 – 163.
- Özen, Muharrem – Yılmaz, Sacit:** “Şike ve Teşvik Primi Suçları”, ABD., Y. 70, S. 2012/2, Ankara 2012, ss. 17 – 41.
- Özen, Mustafa:** “Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi”, GÜHFD., C. 14, S. 1, Y. 2010, ss. 389 – 417.
- Özgenç, İzzet:** “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi – Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasınının Sınırları Sempozyumu (Ed. Bahri Öztürk), Seçkin Yay., Ankara 2009, ss. 49 – 59.

Özgenç, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 13, Seçkin Yay., Ankara 2017.

Özsoy, Nevzat: “*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*”, İzBD., Y. 73, S. 1, Ocak 2008, ss. 76 – 93.

Öztürk, Bahri – Erdem, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, B. 17, Seçkin Yayınları, Ankara 2017.

Öztürk, Bahri – Tezcan, Durmuş – Erdem, Mustafa Ruhan – Sırma Gezer, Özge– Saygılar Kırıt, Yasemin F.– Özaydın, Özdem – Alan Akcan, Esra– Tütüncü, Efser Erden: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku (editör: Bahri Öztürk), B. 10, Seçkin Yayınları, Ankara 2016.

Palut, Adem: “*Açıklanması Geri Bırakılan Hükümlerin Ele Alınması (CMK 231/10-11)*”, AD., S. 54, Y. 2016, ss. 1 – 21.

Petersilia, Joan: “*Probation in the United States*”, Crime and Justice: A Review of Research, 22, Y. 1997, ss. 149 – 200.

Roth, Mitchel P.: An Eye for An Eye A Global History of Punishment, Reaktion Books Publishing, 2014. (**An Eye for An Eye**).

Roth, Mitchel P.: Crime and Punishment A History of the Criminal Justice System, Second Edition, Wadsworth Publishing, 2010. (**Crime and Punishment**).

Mithat Sancar, “*Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti*”, Doğu Batı, Y. 4, S. 13, ‘Kasım, Aralık, Ocak’ 2000-01, ss. 25 – 44.

Sarıgül, Ali Tanju: “*Askeri Yargıtay Kararlarında Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*”, Askeri Yargıtay Dergisi, Ankara 2015, ss. 3 – 32. (**“Askeri Yargıtay Kararlarında”**).

Sarıgül, Ali Tanju: “*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarının Denetiminde Kanun Yolu Sorunu*”, TBBD., S. 125, Y. 2016, ss. 59 – 84. (**“Kanun Yolu”**).

- Sarıgöl, Ali Tanju:** “*Türk ve Alman Hukuku’nda Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması*”, s. TBBD., S. 118, Y. 2015, ss. 125 – 162. (“*Türk ve Alman Hukuku*”).
- Saygılar Kırıt, Yasemin Filiz:** “*Kasap ve Diğerleri/Türkiye Davası (Başvuru No. 8656/10), Karar, Strazburg, 14 Ocak 2014*”, Fasikül, S. 59, Ekim 2014, ss. 16 – 22.
- Saygılı, Abdurrahman:** “*Mikro-İktidarın Bir Fiziği: Hapishane*”, AÜHFD, C. 53, S. 2, Y. 2004, ss. 177 – 196.
- Selçuk, Sami:** “*Eski Çağlarda Suç Hukuku*”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, C. II, Ankara 2015, ss. 1013 – 1057.
- Sevdiren, Öznur:** *Alternatives to Imprisonment in England and Wales, Germany and Turkey A Comparative Study*, Springer Pub., Heidelberg 2011.
- Sevig, Vasfi Raşid:** “*Cezanın Tarihi Menşei*”, AÜHFD., C. 12, S. 3, Y. 1955, ss. 9 – 49.
- Sezer, Yasin – İpek, Ali İhsan:** “*Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Kamu Personel Hukukuna Etkileri*”, TAAD., C. 1, Y. 1, S. 3 (20 Ekim 2010), ss. 43 – 74.
- Sokullu Akıncı, Füsun:** “*Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatif Ceza Yaptırımları*”, Yeni Türkiye Dergisi, Temmuz – Ağustos 1996, Y. 2, S. 10, ss. 679 – 689.
- Soyaslan, Doğan:** “*Hükümün Açıklanmasının Ertelenmesi*”, Erzurumluoğlu Armağanı, Ankara 2012, ss. 711 – 718.
- St. B. T. Evans, Jonathan – Over, David E. – Handley, Simon J.,** “*A Theory of Hypothetical Thinking*”, in *Thinking: Psychological Perspectives on Reasoning, Judgement and Decision Making* (ed. by **David Hardman – Laura Macchi**), John Wiley & Sons Ltd pub., West Sussex, England, 2003.
- Şahbaz, İbrahim:** “*Cezaların Ertelenmesinde İçtima Sorunu*”, Yargıtay Dergisi, C. 27, S. 1 – 2, Ocak – Nisan 2001, ss. 115 – 136.

Şahin, Cumhuri: “*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, S. 2, C. 19, Y. 2013, ss. 283 – 293.

Şen, Ersan – Maviş, Mert: *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması (HAGB)*, Seçkin Yay., Ankara 2014.

Taner, Fahri Gökçen: “*Anayasa Mahkemesi’nin Çocukların Cinsel İstismarına Ve Evlenmenin Dinsel Törenine İlişkin İptal Kararlarının Ardından Çok Katmanlı Bir Çözüm Önerisi*”, TBBD., S. 124, Y. Mayıs – Haziran 2016, ss. 221 – 246.

Taner, Fahri Gökçen: “*Bireysel Başvuru Sonrası Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku: Belki De Hiçbir Şey Eskisi Gibi Olmayacak*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 90. Kuruluş Yıldönümü Armağanı, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 560, Ankara 2017, ss. 531 – 565.

Taner, Fahri Gökçen: *Ceza Hukukunda Zamanaşımı*, Seçkin Yayınları, Ankara 2008. (Zamanaşımı).

Taner, Fahri Gökçen: “*Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesinin (Geri Bırakılmasının) Hukuki Niteliği ve Ertelemeyi Kabul Edip Etmediğinin Sanığa Duruşma Devresinin Sona Ermesinden Önce Sorulmasının Hukuka Aykırılığı Üzerine*”, ABD., Y. 69, S. 2011/1, ss. 285 – 298. (“*Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesinin...*”).

Taner, Tahir: *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, B.3, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1953. (Ceza Hukuku).

Taner, Tahir: *Ceza Muhakemeleri Usulü*, B. 2, İstanbul 1950.

Tezcan, Durmuş: “*Ceza Muhakemesi Kanununda 2010 Yılında Yapılan Değişiklikler ve Acil Çözüm Bekleyen Sorunlar*”, Fasikül, S. 14, Ocak 2011, ss. 11 – 13.

Tezcan, Durmuş – Mustafa Ruhan Erdem, “*Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu*”, in: *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No. 71, Ankara 2004, ss. 327 – 355.

Toroslu, Haluk: Ceza Müeyyidesi, Savaş Yayınevi, Ankara 2010.

Toroslu, Nevzat – Ersoy, Yüksel: “*Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı*”, in: Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No. 71, Ankara 2004, ss. 1 – 20.

Toroslu, Nevzat – Feyzioğlu, Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, B. 18, Ankara 2018.

Toroslu, Nevzat – Toroslu Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, B. 24, Savaş Yayınevi, Ankara 2018.

Tosun, Öztekin: Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Genel Kısım, C.1, B. 4, İstanbul 1984. (C. 1).

Tosun, Öztekin: Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Muhakemenin Yürüyüşü, C. 2, B. 2, İstanbul 1976. (C. 2).

Töngür, Ali Rıza: Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme, Adalet Yayınları, Ankara 2009.

Turan, Hüseyin: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Uygulanması, B. 2, Adalet Yay., Ankara 2014.

Turhan, Faruk: “*Yeni Türk Ceza Kanunu’na Göre Cezaların Ertelenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar*”, EÜHFD., C. X, S. 3 – 4, Y. 2006, ss. 27 – 54.

Uysal, Mehmet: “*Yeni Yasaların Işığında İcra ve İflas Suçları ile Yargılama Yöntemine Farklı Bakış*”, İBD., C. 80, S. 2006/3, ss. 1013 – 1048.

Üzülmez, İlhan: “*Ceza Sorumluluğunun Esası ve Cezalandırmanın Amacına Dair Düşünce Hareketleri*”, AÜEHFD., C. 5, S. 1 – 4, Y. 2001, ss. 259 – 294.

Van Ness, Daniel W. – Heetderks Strong, Karen: Restoring Justice: An Introduction to Restorative Justice, B. 5, Anderson Pub., 2015

Yalçın Sancar, Türkan: ““23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun”un Hukuksal Niteliği ve Sonuçları”, AYD., C. 18, Y. 2001, ss. 149 – 195.

Yarsuvat, Duygun: “Bir Sosyolojik ve Kültürel Alt Grup Olarak Cezaevi Toplumu”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 0, S. 2, Y. 2011, ss. 453 – 464. (“**Cezaevi Toplumu**”).

Yarsuvat, Duygun: “Ceza ve Yeni İçtimai Müdafaa Doktrini”, İÜHF.M., C. 32, S. 1, Y. 1966, ss. 79 – 100.

Yarsuvat, Duygun– Bayraktar, Köksal – Yüzbaşıoğlu, Necmi – Bülbül, Erdoğan – Kocasakal, Ümit – Aksoy, Eylem – Memiş, Pınar– Kurt, Gülşah– Tansuğ, Çağla– Yılmaz, Didem (Yarsuvat vd.): “Türk Ceza Kanunu Tasarı’sı Hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin Görüşü”, in: Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No. 71, Ankara 2004, ss. 285 – 317.

Yavuz, Hakan A.: “Denetimli Serbestliğin Türk Ceza Adalet Sistemi İçerisindeki Görünümü Üzerine”, AD., S. 42, Y. 2012, ss. 58 – 75.

Yenisey, Feridun: “Mukayeseli Hukuk Açısından Ceza Sorumluluğu Yaşı Ceza Sorumluluğu Olmayan Çocukların İşledikleri Suçlar ve Gençler için Ceza Hukukunda Uygulanan Alternatif Yaptırımlar”, Ord. Prof. Sulhi Dönmezer Armağanı, C. 2, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi Türk Ceza Hukuku Derneği, Ankara 2008, ss. 1443 – 1540.

Yenisey, Feridun – Nuhoglu, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 4, Seçkin Yayınları, Ankara 2016.

Yıldırım, Akif: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yay., Ankara 2018.

Yokuş Sevük, Handan: Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar, Seçkin Yay., Ankara 2007.

Yurtcan, Erdener: Ceza Yargılaması Hukuku, B. 14, Adalet Yayınları, Ankara 2017.

Yurtcan, Erdener: Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm, B. 2, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1987. (**Kesin Hüküm**).

Yüce, Turhan Tûfan: Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 1985.

Zafer, Hamide: “*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına Karşı Yapılacak İtirazın İncelenme Usulü (Ceza Muhakemesi Kanunu m. 231/12)*”, İş Dünyası ve Hukuk Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan, İstanbul 2011, ss. 846 – 859.

YARARLANILAN İNTERNET SİTELERİ

www.kazanci.com.

www.nisanyansozluk.com.

www.tdk.gov.tr.

www.tbmm.gov.tr.

ÖZET

Aydınlanma hareketiyle birlikte ceza, failin ıslahında kullanılabilecek böylece faile, topluma ve devlete fayda sağlayabilecek bir mekanizma olarak görülmeye başlanmıştır. Hapishanelerin mahkûmlar üzerindeki olumsuz etkisi gözlendikten sonra, devletler hapis cezasına seçenek yaptırım arayışına girmişler; erteleme kurumları bu seçenek yaptırımlar arasında en sürdürülebilir olanı olmuştur. Erteleme kurumlarının kökeni Anglo – Sakson hukuk sistemindeki Probation (Denetimli Serbestlik) kurumuna dayanır. Bu sistemde hâkim mahkûmiyet hükmünü tesis etmez ve bu hükmün verilmesini erteler. Suçlu bir denetim süresine tabi tutulur ve bu denetim süresi içerisinde suçlu kişi kendi başına bırakılmaz ve bir gözetim memurunun (probation officer) gözetim ve denetimine tabi olur. Böylece suçlu kişinin hapishaneye girmeden, denetim altında ıslah olması amaçlanır.

CMK m. 231’de düzenlenen Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması kurumu da esas itibariyle bir erteleme kurumudur. Kanun koyucunun tercih ettiği isim, kurumun, Probation (Denetimli Serbestlik) kurumu esas alınarak hazırlandığına bir işarettir. Bu çalışmada, Türk hukukundaki düzenlemenin, Probation’ın (Denetimli Serbestliğin) esasına ne derece yakın olduğu incelenmiştir ve bu bağlamda bir takım mevzuat ve uygulama değişiklikleri önerilmiştir. Çalışmanın ilk bölümü, hüküm ve hükmün açıklanması kavramlarının aydınlatılmasına ayrılmıştır. Çalışmanın ikinci bölümü cezanın amacındaki dönüşüme, alternatif yaptırımlara temel hazırlayan düşünceye ve erteleme kurumunun ortaya çıkması, gelişimi ve amaçlarına ayrılmıştır. Çalışmanın üçüncü bölümü, CMK m. 231’de düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının Türk hukukundaki tarihi gelişimine, hukuki niteliğine, şartlarına, sonuçlarına ve denetimine ayrılmıştır.

Çalışmada Türkçe ve İngilizce kaynaklar kullanılmıştır.

SUMMARY

With the Enlightenment movement, the punishment can be used for the correction of the perpetrator and thus it is seen as a mechanism that can benefit the perpetrators, the society and the state. After the prisons' negative effect on prisoners, states tried to find alternative sanctions instead of prison sentence and then postponement has become the most sustainable alternative. Origins of the postponement sanctions are based on Probation sanction in Anglo – Saxon law. In this system, the judge suspends the judgement of conviction instead of establishing it. The perpetrator is subjected to probation term and during this time the perpetrator is not left alone and is subject to the supervision and custody of probation officer. In this way, it is aimed to correct the perpetrator under supervision without prison.

Suspension of the pronouncement of the judgment sanction which is legislated in Turkish Criminal Procedure Code article 231 is one such postponement sanction. The name that lawmaker prefers indicates that said name is based on Probation sanction. In this study, it is examined how close the regulation in Turkish law is to the principle of probation and in this context, a number of legislative and implementation changes have been proposed. The first part of the study is dedicated to clarifying the concepts of judgement and pronouncement of it. The second part of the study is dedicated to the transformation of the purpose of the punishment, to the idea which is the basis of alternative sanctions and the emergence, development and purposes of the postponement sanction. The third part of the study is dedicated to the historical development, legal character, conditions, outcomes and inspection of legal remedy of suspension of pronouncement of judgement in Turkish Criminal Procedure Code article 231 in Turkish law.

In this study, Turkish and English sources have been used.