

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

HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI

YÜKSEK LİSANS TEZİ
MEHMET BALIK

KOCAELİ, 2013

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

HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI

YÜKSEK LİSANS TEZİ
MEHMET BALIK

TEZ DANIŞMANI: DOÇ. DR. İSA DÖNER

KOCAELİ, 2013

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

HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

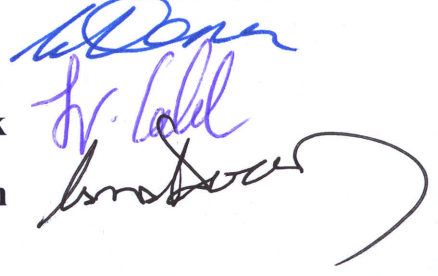
Tezi Hazırlayan: MEHMET BALIK

Tezin Kabul Edildiği Enstitü Yönetim Kurulu Karar ve No: 27.11.2013/18

Jüri : Doç. Dr. İsa Döner

Jüri : Prof. Dr. Nusret İlker Çolak

Jüri : Yrd. Doç. Dr. İsmail Dursun



KOCAELİ, 2013

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	8
ABSTRACT	9
GİRİŞ	10

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZA KAVRAMI, CEZALANDIRMANIN AMACI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER VE HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KURUMUNUN TARİHSEL KÖKENİ

I. CEZA KAVRAMI VE CEZALANDIRMANIN AMACI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER	11
A.Ceza Kavramı ve Cezalandırmanın Amacı	11
B.Ceza Hukukunda Okullar Çatışması	12
1.Klasik Okul	12
1.1.Mutlak Adalet Teorisi	13
1.2.Toplumsal Fayda Teorisi(Yararcı Teori)	13
1.3.Karma(Eklektik Teori).....	13
2.Pozitivist Okul.....	16
2.1.Pozitivist Okulun Ceza Hukukuna Etkisi.....	17
II. ERTELEME KURUMUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ VE TARİHSEL GELİŞİMİ.....	18
A.Erteleme Kavramı.....	18
B.Tarihsel Gelişimi ve Türleri	19
C.Probasyon Sistemi(Denetimli Serbestlik).....	22

İKİNCİ BÖLÜM

HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KURUMUNUNUN CEZA ADALETİ SİSTEMİMİZDE KABULÜ, AMACI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

I.DENETİMLİ SERBESTLİK SİSTEMİNİN TÜRK HUKUK SİSTEMİNDE KABULÜ.....	25
II. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KURUMUNUN TÜRK HUKUK SİSTEMİNDE KABULÜ.....	27

III. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KURUMUNUN AMACI VE HUKUKİ NİTELİĞİ..... 29

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KURUMUNUN UYGULANMA ŞEKİL VE KOŞULLARI

I.HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KURUMUNUN UYGULANMA ŞEKLİ..... 33

II. CEZA MUHAKEMESİNDE HÜKÜM..... 35

A.Genel olarak..... 35

B.Hükmün kurulması 36

C.Hükmün Unsurları..... 38

D.Mahkumiyet Kararı 39

III. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASININ ÖNKOŞULLARI..... 40

A.Uzlaşmaya Tabi Suçlarda Uzlaşmanın Sağlanamamış Olması 40

B.İşlenen Suçun Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı Verilemeyecek Nitelikteki Suçlardan Olmaması..... 42

1. İnkılap Kanunlarında Yer Alan Suçlar..... 42

2.Diğer Suçlar 43

IV. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASININ KOŞULLARI 45

A.Cezaya İlişkin Koşul 45

B.Sanığın Adli Geçmişine İlişkin Koşul 47

1.Daha Önceden Verilen Mahkumiyet Kararının Kesinleşmesi 48

2.Kasıtlı Suça İlişkin Olması 49

3.Sabika Koşulu Açısından Özel Durumlar 50

3.1.Zamanaşımı 50

3.2.Af 51

3.3. 4616 Sayılı Kanun'a Göre Verilen Kararların Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına Etkisi 52

3.4. Askeri Mahkemelerce Verilen Mahkumiyet Hükümlerinin Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına Etkisi..... 53

3.5. Yabancı Yargı Makamları Tarafından Verilen Mahkumiyet Kararlarının Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına Etkisi.....	56
3.6. Ceza Kararnamesi ile Verilen Kararlar ile Kesin Olarak Verilen Kararların Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına Etkisi.....	57
3.7. On Sekiz Yaşından Küçüklerin İşlediği Suçlar.....	59
3.8. Daha Önceden Verilen Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarının Sabıka Koşulu Açısından Değerlendirilmesi	59
3.9. Adli Sicil Kaydından Silinme Koşulları Gerçekleşen Mahkumiyet Kararları....	59
3.9.1. Adli Sicil ve Arşiv Kayıtlarının Silinmesi	63
3.9.1.1. 1 Haziran 2005 Tarihinden Önce İşlenen Suçlarla İlgili Adli Sicil Kayıtlarının Silinmesi	64
3.9.1.1.1. 1 Haziran 2005 Tarihi İtbarı İle Silinme Koşulları Oluşan Kayıtların Silinmesi.....	64
3.9.1.1.2. 1 Haziran 2005 Tarihi İtbarı İle Silinme Koşulları Oluşmayıp 5352 Sayılı Yeni Adli Sicil Kanunu'na Göre Arşive Alınan Kayıtların Silinmesi	65
3.9.1.1.3. Mülga 3682 Sayılı Adli Sicil Kanunu'na Göre Adli Sicil Kaydının Silinmesi.....	66
3.9.1.1.4. Süre Beklenmeksizin Adli Sicilden Çıkarılacak Kayıtlar	66
3.9.1.1.5. Erteli Cezaların Adli Sicilden Silinmesi	66
3.9.1.1.6. Erteli Olmayan Hürriyeti Bağlayıcı Ceza ve Para Cezalarının Adli Sicilden Silinmesi.....	67
3.9.1.1.7. Kabahatten Dolayı Verilen Mahkumiyete İlişkin Kayıtların Silinmesi	67
3.9.1.1.8. Cürümden Dolayı Verilen Mahkumiyete İlişkin Kayıtların Silinmesi	68
3.9.1.1.9. On Sekiz Yaşından Büyüklerin Cürümle Mahkum Olmaları Halinde Silinme Süresi	68
3.9.1.1.10. On Sekiz Yaşından Küçüklerin Cürümle Mahkum Olmaları Halinde Silinme Süresi	69
3.9.1.1.11. Adli Sicil Kayıtlarının Silinmesi İçin Olumsuz Koşul.....	69
3.9.1.2. 1 Haziran 2005 Tarihinden Sonra İşlenen Suçlarla İlgili Adli Sicil ve Arşiv Kayıtlarının Silinmesi	70
3.9.1.2.1. 1 Haziran 2005 Tarihinden Sonra İşlenen Suçlarla İlgili Adli Sicil Kayıtlarının Silinmesi	70
3.9.1.2.2. 6290 sayılı Yasa Değişikliği Öncesinde, 1 Haziran 2005 Tarihinden Sonra İşlenen Suçlarla İlgili Adli Sicil Arşiv Kayıtlarının Silinmesi.....	70
3.9.1.2.3. 6290 sayılı Yasa Değişikliği Sonrasında, 1 Haziran 2005 Tarihinden Sonra İşlenen Suçlarla İlgili Adli Sicil Arşiv Kayıtlarının Silinmesi.....	72
3.9.1.2.3.1. Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi	72
3.9.1.2.3.1.1. 5237 Sayılı TCK Döneminde Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi .	73
3.9.1.2.3.1.2. Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesinin Konusu ve Koşulları	74

3.9.1.2.3.1.3. Konusu	74
3.9.1.2.3.1.4. Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesine Konu Olabilecek Hak Yoksunlukları.....	74
3.9.1.2.3.1.5. Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesinin Koşulları	75
3.9.1.2.3.1.6. Cezanın İnfaz Edilmiş Olması veya İnfaza Hukuki Bir Nedenle Son Verilmiş Olması	75
3.9.1.2.3.1.7. Cezanın İnfaz Edilmiş Olması	75
3.9.1.2.3.1.8. Cezanın İnfazına Son Verilmiş Olması.....	76
3.9.1.2.3.1.9. Cezanın İnfazına “Genel Af veya Etkin Pişmanlık” Dışında Başka Bir Hukuki Nedenle Son Verilmiş Olması.....	76
3.9.1.2.3.1.10. Cezanın İnfazına “Genel Af veya Etkin Pişmanlık” Nedeniyle Son Verilmiş Olması	77
3.9.1.2.3.1.11. Deneme Süresinin Yeni Bir Suç İşlenmeden ve İyi Halli Olarak Geçirilmiş Olması	77
3.9.1.2.3.1.12. Deneme Süresi	77
3.9.1.2.3.1.13. Suç İşlememek ve Hayatını İyi Halli Olarak Sürdürmek.....	78
3.9.1.2.3.1.14. Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesinde Usul.....	79
3.9.1.2.3.1.15. Talep.....	79
3.9.1.2.3.1.16. Talep Hakkında Karar Verecek Mercii	79
3.9.1.2.3.1.17. İnceleme Usulü	80
3.9.1.2.3.1.18. İnceleme Neticesinde Verilecek Kararlar	80
3.9.1.2.3.1.19. Kararlara Karşı Başvurulabilecek Kanun Yolları	81
3.9.1.2.3.1.20. Muhakeme Masrafları	81
3.9.1.2.3.1.21. Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesinin Sonuçları.....	81
3.10. Diğer Özel Durumlar.....	82
C.Suçtan Kaynaklı Zararın Giderilmiş Bulunması	82
1.Genel Olarak	82
2.Suç Mağdurunun Yeniden Keşfi ve Onarıcı Adalet Anlayışı.....	83
2.1. Suç Mağdurunun Yeniden Keşfi.....	83
2.2.Onarıcı Adalet Anlayışı	87
3.Mağdur ve Zarar Kavramları	92
3.1.Mağdur ve Suçtan Zarar Gören Kavramları.....	92
3.2.Zarar Kavramı	94
3.2.1.CMK'nın 231/6-c Maddesi Kapsamında Giderilmesi Gereken Zarar.....	94
3.2.2.Zararın Tespiti.....	96

3.2.3.Zararın Giderilmesi	98
3.2.4.Zararın Giderilmesi Usulleri	100
3.2.4.1.Aynen İade	101
3.2.4.2.Suçtan Önceki Hale Getirme.....	101
3.2.4.3.Tazmin	102
D.Liyakat Koşulu	102
1.Sanığın Kişilik Özellikleri.....	103
2.Sanığın Duruşmadaki Tutum ve Davranışları.....	105
3.Sanığın Yeniden Suç İşlemeyeceği Yönündeki Kanaat.....	107
4.Kanaatin Gerekçesi	109
E.Sanığın Kabulü	111

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARLARININ KANUN YOLU DENETİMİ VE SONUÇLARI

I.HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARLARININ KANUN YOLU DENETİMİ.....	115
A.Kanun Yolları	115
1.Genel Olarak	115
2.İtiraz Kanun Yolu.....	116
2.1.İtiraz Yoluna Başvurabilecekler.....	117
2.2.Süresi ve Usulü	117
2.3.İtirazın İncelenmesi	118
2.4.İtirazın Etkisi.....	118
2.5.Merci Tarafından Verilecek Karar	118
B.Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararları Açısından Kanun Yolu Denetimi	119
C.Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı ve Olağanüstü Kanun Yolları.....	123
1.Kanun Yararına Bozma.....	123
2.Yargılamanın Yenilenmesi	125
3.Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtiraz Yetkisi.....	126

II. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARLARININ SONUÇLARI	126
A.Denetim Süresi	127
B.Denetimli Serbestlik Tedbirine Hükmedilmemesi	127
C.Denetimli Serbestlik Tedbirine Hükmedilmesi	128
1. Denetimli Serbestlik Tedbiri	128
2. Denetimli Serbestlik Tedbirinin Süresi	129
3. Denetimli Serbestlik Tedbirlerinin Türleri.....	129
3.1. Kanunda Sayılan Denetimli Serbestlik Tedbirleri	130
3.2.Mahkemece Takdir Edilecek Başka Yükümlülüğü Yerine Getirmesine Dair Denetimli Serbestlik Tedbiri	132
3.3.Suçta Sürüklenen Çocuklar Bakımından Denetimli Serbestlik Tedbirleri.....	132
III. KARARIN SONUÇLARI	133
A.Genel Olarak	133
B.Yeniden Kasıtlı Bir Suç İşlenmesi veya İşlenmemesi	133
C.Yükümlülöklere Uyulması veya Uyulmaması	134
D.Verilecek Kararlar	134
1.Denetim Döneminin İyi Halli Olarak Geçirilmesi	134
2.Denetim Döneminin İyi Halli Olarak Geçirilmemesi	134
3.Tedbirlerin Yerine Getirilememesi	138
E.Koşullu Olarak Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması	138
F.Tekerrür	139
G.Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Zamanaşımına Etkisi	140
1.Zamanaşımı Kavramı	140
2.Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Etkisi	140
H. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarının Adli Sicile Kaydı	142
IV. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI VE GÜVENLİK TEDBİRLERİ	143
A.Güvenlik Tedbirleri Kavramı, Ortaya Çıkışı ve Gelişimi	143

B.Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı ve Müsadere	145
1.Genel Olarak Müsadere.....	145
2.Müsaderenin Hukuki Niteliği.....	147
3.Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Halinde Müsadere	148
C.Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Hak Yoksunlukları	150
1.Hak Yoksunlukları	150
2.Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Hak Yoksunlukları	154
V.HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI VE YARGILAMA GİDERLERİ.....	155
A.Genel Olarak.....	155
B.Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Halinde Yargılama Giderleri ..	156
VI. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARLARININ HUKUK DAVALARINA ETKİSİ	158
A. Genel Olarak.....	161
B. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarının Kamu Görevine Girmeye Etkisi.....	162
C. Mahkum Olmamak.....	162
1. 5728 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklik Öncesi	163
1.1.DMK 48/A-5. Maddesinin 3697 Sayılı Kanunla Değiştirilmeden Önceki Durum	163
1.2. 3697 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikten Sonraki Durum	164
2. 5728 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklik Sonrası	165
D. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarının Etkisi.....	166
SONUÇ.....	169
ÖZGEÇMİŞ.....	184

ÖZET

Bilindiği üzere Avrupa Birliği ile uyum çalışmaları çerçevesinde 1 Haziran 2005 tarihi itibariyle yürürlüğe giren, gerek maddi ceza hukukuna gerekse ceza usulüne dair yasal değişiklikler ile birlikte ülkemiz yeni bir ceza adaleti sistemine geçmiş bulunmaktadır. Söz konusu yasal düzenlemeler ile köklü değişiklikler yapılmış olup, hiç kuşkusuz tez çalışmamızın konusunu oluşturan “*hükmün açıklanmasının geri bırakılması*” kurumunun ceza adaleti sistemimize dahil edilmesi de bu köklü değişikliklerdendir. Karşılaştırmalı hukukta pek çok ülkede uygulanan ve alıştırma evresi olarak değerlendirilen; kurumun ilk aşamada yetişkin olmayan suçlar hakkında kabul edilmesi ve sonuçlarının değerlendirilmesi suretiyle yetişkinlerin de kapsama dahil edilmesi usulü ülkemizde de uygulanmış, 15.07.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu ile ilk kez suça sürüklenen çocuklar yönünden uygulanması kabul edilen kurum yaklaşık olarak bir buçuk yıl sonra Ceza Muhakemesi Kanunumuzda düzenlenmek suretiyle tüm sanıklar yönünden uygulanır hale gelmiştir. Aradan geçen sekiz yıla yakın sürede kurum gerek yapılan değişiklikler gerekse uygulamada Yargıtay'ın kararları doğrultusunda hukuk sistemimizde önemli ölçüde yerleşmiş ise de aksayan yönlerin olduğu gerçeği yadsınamaz.

Tez çalışmamızda öncelikle kurumun tarihsel süreç içerisindeki ve karşılaştırmalı hukuktaki gelişim süreci üzerinde durulacak, daha sonra mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde hukukumuzdaki durumu değerlendirilecektir. Bu doğrultuda kurumun niteliği, uygulanma usulü ve koşulları, sonuçları, kanunyolu denetimi ve uygulamada ortaya çıkan sorunlara dair çözüm önerileri aktarılacaktır. Çalışmanın faydalı olmasını diliyorum.

ABSTRACT

The Republic of Turkey introduced a new criminal justice system on 01.05.2005 due to the requirement of harmonizing her domestic legislation with *Acquis* on the way of accession to European Union. The system includes changes both in criminal law and criminal procedure law. Aforementioned legislative regulations changed the whole system dramatically, and undoubtedly including “deferment of the announcement of the verdict” to Turkish legal system is one of the most important novelties. It is used at first only for juvenile delinquency with the enactment of the Juvenile Protection Law no. 5395 on 15.07.2005 as an adaptation period as it was also experienced in comparative law. Following the evaluation of its results it was included to Criminal Procedure Law and started to be implemented also for adult crimes. After eight years of implementation, although it has taken a salient place in our legal system by both implementation in accordance with Supreme Court decisions and amendments, it is obvious that the system still fails in some aspects.

This study aims to clarify historical background and development period of deferment of the announcement of the verdict and to evaluate the situation in Turkish legal system within the frame of present legal regulations. Accordingly, its nature, procedures and conditions of implementation, results, appellate review and solution suggestions related to problems experienced during implementation will be covered.

GİRİŞ

Ortaçağda benzer uygulamalara rastlanmasına karşın modern anlamda erteleme kurumu değişik biçimde de olsa 1830 yılında ABD'de ve 19. yüzyılın ikinci yarısında Avrupa'da ortaya çıkmıştır. Bu alandaki gelişmeler esasen ikili bir yön izlemiş, Anglo-Sakson ve Avrupa sistemi olmak üzere iki ayrı sistem ortaya çıkmıştır. 1 Haziran 2005'ten önce ülkemizde ertelemenin Avrupa sisteminde uygulanan modeli uygulanmakta iken bu tarihte yürürlüğe giren yeni ceza ve ceza usul kanunu ile aynı doğrultudaki diğer yasa değişiklikleri ile birlikte Denetimli Serbestlik ve Anglo-Sakson modeli erteleme de ceza adaleti sistemimize dahil olmuş bulunmaktadır.

Tez çalışmamızın konusunu oluşturan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu ceza adaleti sistemimizde ilk kez 15.07.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu ile suça sürüklenen çocuklar yönünden, yaklaşık olarak bir buçuk yıl sonra Ceza Muhakemesi Kanunumuzda düzenlenmek suretiyle de tüm sanıklar yönünden kabul edilmiştir. Aradan geçen süre zarfında gerek yasa değişiklikleri gerekse Yargıtay'ın özellikle Ceza Genel Kurulu'nun kararları ile uygulamada ortaya çıkan problemlere müdahale edilmiş ve kurumun önemli ölçüde yerleşmesi sağlanmış ise de halen tereddüt oluşturan noktalar bulunmaktadır. Bu noktada, kimi sorunların uygulamada istikrarlı hale gelecek kararlar ile giderilmesi mümkün görülmele birlikte, kimi sorunların yasa değişiklikleri ile giderilmesi gerekmektedir. İlgili bölümlerde sorunlara dair çözüm önerilerimize yer verilmiştir.

Çalışmamız dört ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde ceza kavramı ve cezalandırmanın amacı üzerine düşünceler ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun tarihsel kökeni, ikinci bölümde; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun ceza adaleti sistemimizde kabulü, amacı ve hukuki niteliği üçüncü bölümde; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanma şekil ve koşulları, son bölümde ise hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının kanun yolu denetimi ve sonuçları incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZA KAVRAMI, CEZALANDIRMANIN AMACI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER VE HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KURUMUNUN TARİHSEL KÖKENİ

I. CEZA KAVRAMI VE CEZALANDIRMANIN AMACI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

A.Ceza Kavramı ve Cezalandırmanın Amacı

Ceza; topluma büyük ölçüde zarar veren fiiller karşılığı Devletin son çare olarak kanun ile yarattığı ve izlediği diğer yapıcı amaçlar yanında, özellikle suç işleyeni bazı yoksunluklara tabi kılmak ve toplumun işlenen fiili onamama tutumunu belirtmek üzere, ilke olarak bir yargı kararı ve suçlunun sorumluluk derecesi ile orantılı biçimde uygulanan korkutucu, caydırıcı yaptırım olarak tanımlanabilir (Dönmezer, Erman, 1994, s.544).

Ceza yaptırımının zorunluluk ve gerekliliği üzerinde herhangi bir tartışma ve uyuşmazlık hiçbir zaman söz konusu olmamıştır. Ceza yaptırımına başvurulmadan sosyal düzeni korumanın mümkün bulunmadığı hususunda herkes birliktir. Ancak sözü geçen yaptırımın nitelik ve esası üzerinde çok tartışma olmuş ve günümüzde dahi ceza yaptırımının niteliği üzerinde tam bir birlik sağlanamamıştır(Dönmezer, Erman, 1994, ss.543-544). Ceza hukuku tarihi boyunca suçun nedenleri, ceza sorumluluğunun esasları, cezalandırmanın amacı ve yöntemleri konularını ele alan ceza hukuku okulları ortaya çıkmıştır. Kendilerinden sonraki teorilerin de temelini oluşturan en önemli okullar Klasik Okul ve Pozitivist Okul'dur. Bir çok açıdan ceza hukukunun gelişimini etkilemiş ve modern ceza hukuku sistemlerinde benimsenmiş çeşitli kurumların ortaya çıkmasına yardımcı olmuş bu iki okulun (Akgün, Ağustos 2012, s.325) görüşlerinin açıklanması, bu görüşlerin birbiriyle karşılaştırılması ve Klasik ve Pozitivist Okul prensiplerine eleştirilerin genel olarak incelenmesi tez konumuzun daha iyi anlaşılması açısından yerinde olacaktır.

B.Ceza Hukukunda Okullar Çatışması

18. yüzyıla kadar ceza dini mahiyet arzemiş, kefare^{*}t esasının yanında ibret esası yer almıştır. Suçun toplumun barış ve düzenini bozduğu ve failin cezalandırılması ile başkalarının korkutulduğu böylelikle suçun işlenmesine mani olduğu ileri sürülmüştür[†]. İbret esası cezaların şiddetlenmesine ve hatta halkın huzurunda işkence şeklinde yapılmasına neden olmuştur(Yarsuvat, 1966, s.83). Aydınlanma Çağı[‡] ile birlikte ceza hukuku bugünkü anlamda bilimsel niteliğe ulaşabilmiştir. Cezalandırmanın hukuki ve felsefi yönlerinin tartışıldığı bu dönemde, birey de kendi insani değerinin bilincine varmış ve böylece cezalandırma hakkının esası ve cezanın meşruluğu üzerinde durulmaya başlanmıştır. Bu nedenle 18. yüzyılın sonlarından günümüze kadar geçen zaman dilimi ceza hukukundaki fikir hareketlerinin, doktrinler çatışmasının yoğun olduğu dönemdir. Adaletçi, yararcı ve karma(eklektik) görüşleri paylaşanların oluşturduğu gruba, yaklaşık 1880'li yıllarda kurulan “*Pozitivist Okul*” tarafından “*Klasik Okul*” adı verilmiştir.

Esasında daha sonraları, Klasik ve Pozitivist Okul'un birbiriyle çatışma halindeki fikirlerinin sentezinden doğan başka doktrinler de ortaya çıkmış ise de tüm bu düşünce ve akımların incelenmesi ayrı bir çalışma konusu teşkil edeceğinden, biz sadece konumuz ile bağlantılı olarak, çağdaş ceza hukukunun temellerini oluşturan Klasik Okul ve Pozitivist Okul üzerinde duracağız.

1.Klasik Okul

XVIII. Yüzyılın sonlarına doğru başlayan felsefi ve insani devir olarak adlandırılan devre bir çok alanda olduğu gibi ceza hukukunda da büyük değişikliklere neden olmuştur. Bu döneme damgasını vuran Diderot, Montesquie,

* Kefaret anlayışı; kötülük yapan kimsenin ancak bunun karşılığı olarak bir takım azap ve ızdıraplara katlanması durumunda, bu kötülüğün etkilerinden sıyrılmış olacağı esasına dayanır.

** Montaigne; “*Bir kimseyi asmakla onu ıslah etmez, onunla başkalarını ıslah ederiz.*” şeklindeki sözleri cezanın ibret esasını ifade etmektedir.

*** “*Genel bir ifade ile Aydınlanma; 18. Yüzyılda yaşanan, sonuçları itibariyle günümüze dek etkili olan, 1688 İngiliz Devrimi ile başlayan, 1789 Fransız Devrimi ile doruk noktasına ulaştığı kabul edilen dönem ve bu dönemde Batı dünyasındaki bilimsel ve felsefi gelişmeler, sosyal ve politik süreçlerin bir bütün olarak ifadesidir.*”(Duman, 2006, s.120.)

Jean Jacques Rousseau, Bentham ve Becceria gibi filozof ve cezacılar yayınladıkları eserlerle eski devrin ceza görüşlerini ağır bir şekilde eleştirerek ceza hukukunda devrim gerçekleştirmişlerdir. Ceza sorumluluğunun esasına, cezaların gayesine ve cezalandırmanın yöntemlerine yönelik bu eleştiriler ceza hukukunda yeni ve çeşitli görüşlerin, teorilerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Pozitivistlerin Klasik Okul olarak adlandırdıkları “*Mutlak Adalet*”, “*Toplumsal Yarar*” ve “*Karma (Eklektik)*” teoriler bu dönemdeki düşünce hareketinin sonucudur(Üzülmez, 2001, s.265).

1.1.Mutlak Adalet Teorisi

Bu teoriye göre ceza sadece suçlunun ceza çekmesi için verilir. Suç işleyen işlediği suçun cezasını ödeyecek, yaptığı kötülüğün karşılığını alacak ve böylece ihlal edilen adalet ilkesinin öcü alınacaktır. Cezalandırmayı bir kefaret olarak gören bu teori cezalandırmayı gelecekle ilgili değil, geçmişle ilgili bir işlem olarak görür(Aktaş, 2009, s.16). Savunucuları başta Immanuel Kant* olmak üzere George Friedrich Hegel, Zachariae, Henke ve Josephe de Maistre gibi düşünürlerdir.

1.2.Toplumsal Fayda Teorisi(Yararcı Teori)

Nisbi Teori olarak da adlandırılan bu teoriye göre, cezalandırma bir amaç değil araçtır. Cezalandırmanın amacı gelecek ile ilgilidir. Bu bağlamda cezaların, suçları önleyici(caydırıcılık) bir amaç taşıması gerekir(Aktaş, 2009, s.2). Kurucuları Becceria, Bentham ve Feuerbach olan bu teori, cezanın suç işlemeyi önleyerek toplumsal faydayı gerçekleştireceğini savunmaktadır.

1.3.Karma(Eklektik Teori)

Gerek faydacı görüşün ve gerekse kefareti esas alan mutlak adalet teorisinin, tek başına uygulanmasının ortaya çıkardığı sonuçların da dikkate alınmasıyla, bu iki görüş bir araya getirilerek karma bir yaklaşım geliştirilmiştir. Başlıca savunucuları Guizot, Jouffroy, Rossi, Ortolan, Lucas, Carrara, Romagnosi, Carmignani,

* “Kant’a göre; cezalandırma hiçbir zaman sadece başka iyileri (gerek suçlunun kendisi gerekse sivil toplum bakımından) gerçekleştirmek için uygulanan bir araç değildir. Ceza, bütün durumlarda, suçluya sadece suç işlediği için verilmelidir. Suç işleyen kişi öncelikle, verilecek cezanın kendisi veya diğer vatandaşlar için herhangi bir yarar getireceği düşüncesine başvurulmadan cezalandırılmalıdır.”(Aktaş, 2009, s.19).

Mittermier, Berner, Geyer gibi yazarlardır. Bu teoriye göre; ceza hem adaleti yerine getirmek hem de toplumu savunmak için gereklidir. Cezanın ölçüsünün sınırı adalet ve yararlıdır. Ceza, adil oldukça ve yararlı buldukça verilmelidir. Bu iki sınırın belirlediği ölçü küçük bir oranda aşıldığında toplumun ceza vermek hakkı ortadan kalkar(Üzülmez, 2001, s.269). Karma(uzlaştırıcı) yaklaşım taraftarları arasında uzlaştırmanın gerekliliği konusunda görüş birliği bulunduğu halde uzlaştırmanın ne şekilde yapılacağı konusunda bir ittifak bulunmamaktadır. Bir yaklaşım mutlak adalet teorisine üstünlük tanırken diğeri faydacı görüşe üstünlük tanımaktadır(Aktaş, 2009, s.21).

Karma Teoriye göre; suç hukuki düzeni ihlal eden ve suçlunun serbest iradesinin ürünü olan bir fiil, kanunun emirlerine uymamak suretiyle meydana gelen bir adaletsizliktir. Bu adaletsizliğin giderilmesi, adaletin yerini bulması suçun işlenmesini müteakiben dengi olan cezanın verilmesi ile sağlanacaktır. Klasik Teori suçluyu nazara almamış; fiili, failden bağımsız olarak ele alıp kefarete(ödetici), tazmin ettirici yahut sindirici bir amacı gözetmiştir(Kamay, 1953, s.10; Köni, 1943, s.48). Klasik Teoride ceza işlenen somut fiil ve suçludan soyut bir biçimde önceden tayin edilmiştir(Dönmezer, 1945, s.73).

Ortaçağın keyfi ve barbar uygulamalarına bir tepki olarak ortaya çıkan Klasik Okul, suçun sebebi olarak doğaüstü güçleri değil, bireylerin almış oldukları kararlar ve yapmış oldukları kişisel tercihler olarak görmüştür(Dolu, 2009, s.96). Bu teoriye göre, insan iradesi serbesttir ve iyiyi kötüyü ayırabilir. Esasen, suçun sebebi de serbest iradedir. Eğer kişi kötüyü seçmiş ve istemişse bundan sorumludur. Teoriye göre, manevi sorumluluğu olmayan bir kişi kusurlu da sayılamayacağından cezalandırılmaz(Üzülmez, 2001, s.270). Batılı ceza adalet sistemleri üzerinde en ciddi tesiri yapan düşünce akımı Klasik Okul Teorisidir(Dolu, Büker, Uludağ, 2012, s.106). 19 yüzyılın ikinci yarısından itibaren Avrupa ceza kanunları ile Güney Amerika ceza kanunlarının büyük ölçüde ilham kaynağı olmuştur. Bu akımdan etkilenen kanunlar arasında 1852 Avusturya, 1858 Türk, 1867 Belçika, 1872 Almanya, 1876 Macaristan, 1881 Hollanda, 1884 Portekiz ve ceza kanunumuzun kaynağını oluşturan 1889 İtalyan ceza kanunu sayılabilir(Üzülmez, 2001, s.270).

Karma Teori çağdaşlığın gereği olan ve günümüz ceza hukukunun temelini oluşturan bazı ilkeleri gerçekleştirmede başarı göstermiştir. Bu çerçevede fiilin maddiliği, ihlal ediciliği, cezanın şahsiliği, belirliliği ve orantılılığı gibi ilkeler ceza hukukuna girmiştir. Özellikle cezanın failin manevi sorumluluğu(kusurluluğu) göz önüne alınarak verilmesi, sorumluluğun belirlenmesinde akli melekeleri yerinde olanlarla, sorumsuz olanlar arasında başka kategorilerin örneğin akıl zayıflığının bulunabileceğinin kabul edilmesi teorinin ceza hukukuna kazandırdığı önemli ilkelerin başında gelmektedir. Ayrıca bu teori sayesinde cezalar nispeten hafiflemiş, takdiri hafifletici sebeplerin kabulü ile yargıçlara cezaları kanunda yazılı sınırlardan daha aşağı indirebilmek yetkisi de tanınmıştır(Üzülmez, 2001, s.271). Ayrıca Klasik okul ile devletin tekeline aldığı öncelik ve üstünlüğün bireye geri verilmesi gerektiği, suçu ispat edilene kadar herkesin masum olduğu ve dolayısıyla kişi hak ve özgürlüklerinin, güvenlik ve özel hayatının dokunulmazlığının hiçbir şekilde keyfi olarak çiğnenemeyeceği ortaya konulmuştur. Kişilere yöneltilen suç isnatlarının açıktan yapılması, kanun önünde herkesin eşit muamele görmesi, devletin kişiler üzerinde keyfi yaptırımında bulunmaması için otoritenin sınırlarının belli olması ve kuvvetler ayrılığı ilkesinin benimsenmesi gerektiği temel ilkeler olarak benimsenmiştir(Dolu, 2009, s.95).

Ceza hukukuna yaptığı katkılara rağmen karma teori de eleştirilerden payına düşeni almıştır. Teori ilk olarak failin kişiliği üzerinde durmadığı, böylelikle ceza hukukunu ve suçluluğu bireysel ve sosyal gerçeklerden uzak bir rasyonalist doğal hukukun soyut alanına yerleştirdiği için eleştirilmiştir. Buna göre karma teori, suçu ve suçluyu soyut olarak ele alıp, aynı suçu işleyen her suçluya, aynı cezayı vererek insan doğasındaki değişimleri ve çeşitli suçlu kategorilerini dikkate almamakta; yine cezalandırmayı genel ve özel önlemenin tek aracı kabul ederek toplumu isnat yeteneğinden yoksun oldukları için cezalandırılmayan tehlikeli suçlulara karşı savunmasız bırakmaktadır(Üzülmez, 2001, s.271).

Teori tarafından insanın tamamen özgür iradeyle hareket ettiği ve dolayısıyla manevi sorumluluğu bulunduğu düşüncesi de bilimsel bakımdan kanıtlanamaz, hayal ürünü ve belirsiz bulunarak eleştirilmiştir. Bu çerçevede, kusur sorumluluğunun gereği olan sorumluluğun derecelendirilmesi ve cezanın bireyselleştirilmesi ilkeleriyle, insan davranışlarının iradi olmayan iç ve dış nedenlerin sonucu

olduğunun görmezlikten gelindiği; yine manevi sorumluluk düşüncesinin kabulüyle toplumun suçluluğun sosyal nedenlerini ve özel önleme araçlarını araştırma sorumluluğundan kurtarıldığı ileri sürülmüştür(Üzülmez, 2001, ss.271-272).

2.Pozitivist Okul

Üç İtalyan bilgin (Cesare Lombroso, Raffaele Garofalo ve Enrico Ferri) tarafından kurulduğundan “*İtalyan Okulu*” olarak da isimlendirilen Pozitivist Okul 19. yüzyılın sonlarına doğru ortaya çıkmıştır.

Pozitivist Okulun ortaya çıkmasına yol açan etkenler; 19. yüzyılda Avrupa'da suçluluk oranlarındaki artış ve materyalist felsefe hareketleri ve bilimsel pozitif metodun sosyal bilimlere de uygulanmaya çalışılmasıdır(Dönmezer, Erman, 1994, s.67).

Pozitivist Teori apriori yöntemi uygulayan Klasik Okulun aksine deney ve gözlem metodundan faydalanmıştır. Gerçekten Pozitivistler deneysel esas ve yöntemleri uygulayan diğer bilimsel alanlardaki başarıları dikkate alarak bu metodu sosyal bir alan olan ceza hukukuna aktarmışlar, elde ettikleri sonuçlarla Klasik Okulun manevi sorumluluğa dayanan görüşlerini yıkan görüşler ortaya koymuşlardır. Böylelikle aydınlanma felsefesinin konusunu oluşturan “*birey*” olarak insan kavramı yerini “*insanlar*” kavramına bırakmıştır.

Gözlem ve deney metodunu uygulayan Pozitivist Teori, Klasiklerin yaptığı gibi suçu ve suçluyu soyut olarak ele almamış, suçluların kişilikleri üzerinde incelemeler yaparak, onları suç işlemeye iten nedenleri araştırmıştır. Bundan elde edilen sonuçlara göre, suçlular hakkında uygulanacak işlemleri ve suçları önlemek için alınacak tedbirleri belirlemiştir.

18. yüzyıl'da egemen görüş olan Klasik Okulun “*suç*” ağırlıklı yaklaşımı karşısında, 19. yüzyıl sonu 20. yüzyılın başında Pozitivist Teorinin “*suçlu*” ağırlıklı yaklaşımı ağırlık kazanmıştır(Yücel, 1995, s.415; Köni, 1943, s.49). Pozitivistler; suçluyu sosyal hayatın bozuk bir meyvesi olarak kabul etseler de ona kötü nefret edilmeye layık bir varlık gözü ile bakmamış, bilakis alakaya layık görmüşlerdir.

Pozitivistler suçluları beş gruba ayırmışlardır; doğuştan suçlular, ihtirasi suçlular, itiyadi suçlular, tesadüfi suçlular, akıl hastası suçlular. Bu suçlu gruplarından doğuştan suçlular, itiyadi suçlular ve akıl hastası suçluları çok tehlikeli, diğer iki kategoriye ise, daha az tehlikeli görmüşler ve yaptırımlar bakımından ihtirasi ve tesadüfi suçlulara karşı oldukça anlayışlı davranmışlardır(Üzülmez, 2001, s.280). Pozitivistler, müeyyidenin amacının suçun önlenmesi olduğunu, bu nedenle diğerleri gibi akıl hastalarına da müeyyide uygulanacağını savunmuşlardır. Dolayısıyla Pozitivistlere göre, toplumsal sorumluluk gereği değişik biçimde de olsa akıl hastalarına tedbir uygulanacaktır(Tümerkan, 1982-1983, s.57).

Pozitivistler sadece suçluların fiziksel özellikleri üzerine yoğunlaşmamışlardır. Klasik kuramın suçluya karşı ilgisizliğinin aksine Pozitivistler suç işleyenin kişiliğine, psikolojisine ve içinde yaşadığı toplumsal koşullara yönelmişlerdir. Pozitivistlere göre, suç suçludan ayrı olarak soyut bir tarzda incelenemez. Suç şahsi tabii ve toplumsal nedenlerin etkisiyle işlenen ve suçlunun toplum için tehlikeli bir insan olduğunu gösteren tabii ve toplumsal bir olaydır. Suç iradi, suçlu da kusurlu olmadığına göre ceza ödetici değil düzeltici olmalı, suçlunun tehlikelilik hali ortadan kalkana kadar devam etmelidir. Pozitivist kuram, cezanın gereksiz olduğunu ve suçlunun cezalandırmaya değil düzeltmeye ihtiyacı olduğunu ileri sürerek ceza yerine güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını önermiştir.

Pozitivist Okul, ceza sisteminin iflası ve cezalandırma yöntemlerindeki sıkıntılardan hareketle; kanuna yeni cezaların eklenmesini, cezanın çeşitli sınıflara giren suçlular bakımından ayrı ayrı infazını, dolayısıyla bugünkü ceza sistemi ve uygulamasının bütünüyle değiştirilmesini istemiştir. Pozitivistler kefareti çağrıştırdığını düşündükleri “ceza” yerine “yaptırım” kavramını kullanmışlardır. Geleceğe yönelik ve süresiz hüküm şeklinde uygulanacak bu yaptırımlar ise, emniyet tedbirleri ve toplumu koruma araçlarından oluşmaktadır(Üzülmez, 2001, s.280).

2.1.Pozitivist Okulun Ceza Hukukuna Etkisi

Ceza hukukunda o zamana kadar yerleşmiş bulunan görüşleri temelinden sarsacak görüşleri ileri süren Pozitivistler ceza hukukunu tamamen değiştirememişlerse de, bir çok kurumun esaslı değişikliklere uğramasını

sağlamışlardır. Örneğin; bir çok ülkenin ceza kanunlarında Pozitivist Okul'un etkisiyle cezalar yanında emniyet tedbirlerine de yer verilmiştir.

Pozitivistler uyguladıkları metod bakımından eleştirilmiştir. Buna göre; deney ve gözlem metodunu yanlış uygulayan pozitivistler henüz bilimselliği ispat edilmemiş varsayımlara dayanmakta ve az sayıdaki gözlemlerden genel sonuçlar çıkararak aşırı sonuçlara varmaktadırlar. Doğuştan suçlu adı verilen suçlu tipinin bulunduğu ilmen ispat edilmemiştir. İhtirasi suçluların işledikleri suçların vehametine rağmen ceza görmemeleri toplumun selameti ve güvenliği bakımından tehlikelidir. Pozitivist Okul suça gereğinden fazla önem veren ve suçluyu yeterli derecede dikkate almayan karma teorinin aşırılıklarına karşı gelmek isterken bu defa kendisi aşırılığa kaçmış ve sadece suçluyu dikkate almıştır. Suçu bir hastalığa, suçluyu da hastaya benzeten Pozitivistler tıpta olduğu gibi sadece hasta ile yani suçlu ile uğraşılmasına, suçun yalnız suçlunun eğilimini dahil olduğu sınıf ile toplum için arzettiği tehlikelilik derecesini gösteren bir belirti olarak kabul edilmesine dair sonuçlara varmışlardır(Üzülmez, 2001, ss.282-283).

Cezanın amacına dair görüşlerin zaman içinde farklılaşmasına paralel olarak, suç politikasının suçla mücadelede kullandığı araçlar da değişmiştir. Günümüzde artık sosyal devlet ilkesinin bir sonucu olarak, ödetici ceza anlayışından, hükümlüyü topluma yeniden kazandırma anlayışına dönülmüş bulunmaktadır. Erteleme de bu düşünce akımlarının etkisi ile kabul edilen kurumlardandır. Çalışmamızda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu erteleme'nin bir türü olarak ele alınacağından öncelikle bu kurumu inceleyeceğiz.

II. ERTELEME KURUMUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ VE TARİHSEL GELİŞİMİ

A.Erteleme Kavramı

“*Erteleme**” kavramını en geniş anlamı ile suç işleyen fail hakkında, belirlenen denetim süresi içinde göstereceği iyi hale bağlı olarak, kamu davasının

* Kelime anlamı olarak erteleme; "*sonraya bırakma, mühlet verme, belli bir vakte kadar geri bırakma*" anlamlarına gelmektedir(Temel Türkçe Sözlük-Kamus-ı Türki, 1986, s.1323).

açılmaması, kamu davası açılmış ise duruşma yapılmaması veya mahkumiyet hükmü verilmemesi, mahkumiyet hükmü verilmiş ise infaz edilmemesi veya hükümlülüğün esasen vaki olmaması sayılması sonucunu doğuran hukuki bir kurum olarak tanımlayabiliriz. Erteleme ceza olmayıp ceza adaleti sistemini tamamlayan bir bireyselleştirme kurumudur(Akbulut, 1995, s.82). Ertelemeden istifade eden suçlunun yasada öngörülen deneme süresi içerisinde iyi hal göstermesi, bu zaman zarfında kendisine yüklenen yükümlülöklere uyması, hakkındaki cezai takibatın devam etmesine veya hüküm verilmişse bunun infazına engel olur. İyi hal göstermeyen fail hakkında ise kovuşturma devam eder veya verilen ceza infaz edilir(Yenidünya, 2002, s.33).

B.Tarihsel Gelişimi ve Türleri

Aydınlanma çağı ile birlikte bedeni cezaların yerini alan hürriyeti bağlayıcı cezalar, kendilerinden beklenen suçluların ıslah edilmesi, topluma yeniden kazandırılması noktasında arzu edilen neticeleri gerçekleştirememiştir. Bu başarısızlık doktrinde yeni fikirlerin ileri sürülmesine, yaptırım rejiminin değiştirilmesine, ilk defa suç işleyen tesadüfi suçluların cezalarının ertelenmesi suretiyle cezaevlerinin olumsuz etkilerinden uzak tutulmalarına dair düşünelere zemin hazırlamıştır(Soyaslan, 1998, s. 613; T. Taner 1953, s.456; Erem, Danışman, Artuk, 1997, s.796). Özellikle cezaların bireyselleştirilmesi (ferdileştirilmesi) akımı* cezaların ertelenmesinin çok çeşitli yönlerden faydaları olduğunu ortaya koymuş, önceleri dar bir alanda tatbiki kabul edilen kurumun uygulama alanı genişletilmiş diğer yandan ertelemeyi düşüren nedenler sınırlandırılmıştır(Önder, 1992, s.181; Yüce, 1985, s.161).

İfade etmek gerekir ki erteleme ve benzeri kurumlar suçlulara karşı merhamet duygularından esinlenen atıfetler niteliğinde değildir. Suçluluğu azaltmada ve suçluyu iyileştirmede etkili tecrübelerin getirdiği ceza hukuku tedbirleridir (Dönmezer, Erman, 1997, s.3). Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların ıslah

* Cezaların ferdileştirilmesi(bireyselleştirilmesi, kişiselleştirilmesi); genel bir ifade ile cezanın yalnız suça değil, suçluya, onun kişiliğine uydurulması demektir. Klasik Okulun suç odaklı yaklaşımının aksine suçlunun kişiliği, ruh hali, suçun sebebi ve hangi koşullarda, hangi vasıtalarla işlendiği hususları nazara alınarak cezanın belirlenmesi suretiyle failin ıslahının sağlanacağını savunmaktadır(Veldet, 1940, ss.28-29).

etmekten ziyade kötü sonuçlar doğurması nedeniyle ilk defa hafif suç işleyen kişilerin derhal cezaevinde gönderilmeleri yerine serbest hayatta tekrar tecrübe edilmeleri düşüncesi erteleme kurumunun ceza kanunlarında yer almasının en önemli sebebidir(Önder, 1958, s.222).

Ortaçağda erteleme benzeri uygulamalara* rastlanmakta ise de modern anlamda kurum değişik biçimde de olsa 1830 yılında ABD'de ve 19. yüzyılın ikinci yarısında Avrupa'da ortaya çıkmıştır(R. Erdem, 2001, s.18). Bu alandaki gelişmeleri iki ayrı grupta toplamak mümkündür; İngiliz -Amerikan Sistemi ve Avrupa Sistemi.

İngiliz-Amerikan Sistemi esasında suçlunun verdiği bir söze dayanır. Bu söz gereğince suçlu, durumunu ve hareketlerini düzeltmeyi ve hakkındaki denetim tedbirine uymayı yüklenir. Bu sistem icbar ile değil, kendisinin ıslahı işinde suçlunun ihtiyari bir işbirliği ile mümkündür. Bu sistemde deneme memurları tarafından hazırlanan anketlerden yol gösterici olarak yararlanır. Hakim karar vermeden önce suçluya sade bir lisan ile kararın anlamını, bu karardan doğan yükümlülüklerini ve sözünü tutması veya tutmaması hallerinde meydana gelen sonuçları açıklar. Hakim suçluyu sadece gözetim altında bulundurmakla yetinmeyebilir. Kararına; mağdurun zararlarını tazmin, ikametgahını değiştirmeme, bir mesleği icra etmeme gibi bazı şartlar da ekleyebilir. Ayrıca hakim her zaman şartları değiştirme yetkisine sahiptir. Özetle, bu sistemin iki önemli özelliği bulunmaktadır; hakim mahkumiyet kararı vermemekte, suçluluğunu tespit ettiği sanığa mahkumiyet yerine bazı mükellefiyetler yüklemekte ve serbest bırakılmaktadır. Ayrıca deneme süresi içerisinde kendi başına bırakılmayan suçlu gözetim ve denetim altında bulundurulmaktadır(Erem, Danışman, Artuk, 1997, s.806-807).

Avrupa sisteminde ise hakim suçlunun cezasını belirlemek suretiyle hükmünü vermekte ancak cezanın infazını ertelemektedir. İlk aşamada bir çok ülkede cezanın ertelenmesinden sonra hükümlü herhangi bir denetim veya gözetime tabi tutulmamıştır. Bu sistemde deneme süresi sona ermeden hükümlü bir suç işleyecek

* Bu asırda failin ileride iyi hal sahibi olacağına dair gösterdiği keyfiyet üzerine cezasının infazının engellendiği Löffler ve Bartolus tarafından belirtildiği gibi, Augsburg Mahkemesi'nin 1491'de ileride iyi hal göstermesi şartıyla failin cezasının infazından vazgeçtiğine, Zürih Mahkemesi'nin de bazı failerin ilk suçlarının cezasının infazını ertelediğine dair kararlara rastlanmaktadır.(Önder, 1963, ss.19-20; Aktaran; Artuk, Gökçen, Yenidünya, 2012, s.781.)

olursa ertelenmiş ceza ve yeni suçun cezası infaz olunur (Erem, Danışman, Artuk, 1997, s.808).

Avrupa sistemini de kendi içerisinde ikiye ayırmak mümkündür. Kimi kanunlar sadece “*cezanın infazının ertelenmesi(Le Sursis a l’execution de la peine)*” usulünü kabul ederken, kimileri “*şarta bağlı mahkumiyet-La condamnation conditionelle*” usulünü kabul etmişlerdir. Cezanın infazının ertelenmesi usulünde ertelenen husus sadece cezanın infazıdır, diğer hususlar ertelenmez. Deneme süresi iyi halli olarak geçirilir ise ceza infaz edilmez hale gelir ancak mahkumiyet saklıdır. Bu durumda deneme süresi sonrasında yeni bir suç işlenecek olursa eski erteli mahkumiyet cezanın yeniden ertelenmesine engel olabilir. Şarta bağlı mahkumiyette ise erteleme mahkumiyetin varlığını kapsamına alır. Deneme süresi iyi halli olarak geçirilecek olursa mahkumiyet esasen vaki olmamış sayılır. Bu durumda deneme süresini iyi halli olarak geçiren kişinin durumu hiç suç işlemeyen kişinin durumu ile aynıdır (Erem, Danışman, Artuk, 1997, s.809).

Ertelemenin Avrupa sistemi adı verilen bu sistemde sadece cezanın infazı hükümlünün yeni bir suç işlemesine kadar geri bırakılmaktadır. Cezası ertelenen hükümlü denetim süresi içerisinde mahkemece hiç bir kayıt ve şarta tabi tutulmamaktadır. Yaşayış tarzı kontrol edilmemekte ve doğru yolu bulması için kendisine yardım edilmemekte ve suçlunun şahsiyeti hakkında hiçbir şey öğrenilmeden erteleme kararı verilmektedir(Çalkın, 1946, s.93).

Görüldüğü üzere iki sistem arasında temel farklar bulunmaktadır; deneme süresi içerisinde getirilen yükümlülüklerin ihlali özellikle yeniden suç işlenmesi halinde Avrupa Sisteminde ertelenen cezanın infazı gündeme gelmekte iken İngiliz-Amerikan Sisteminde, ilk suç için öngörülen ve ertelenen cezanın çektirilmesi dışında yeni yaptırımlar belirleyebilme konusunda, oldukça geniş bir alan tanınmaktadır(H. Çolak, Altun, Mayıs 2006, s.5). Ayrıca İngiliz-Amerikan Sisteminde hükümlü denetim süresi içerisinde kendi başına bırakılmamakta, gözetim ve denetim altında bulundurulmaktadır. Avrupa Sistemi ise başlangıçta gözetimsiz olarak uygulanmıştır(R. Erdem, 2001, s.18-19). Belirtmek gerekir ki zamanla Kara Avrupası’nda da hükmün ertelenmesi ve denetim süresi içerisinde gözetime yer

verildiğinden her iki hukuk sisteminde kuruma ilişkin bu farklar ortadan kalkmıştır(Artuk, Gökçen, Yenidünya, 2012, s.781).

Diğer yandan İngiliz-Amerikan sisteminin bireysel önleyici etkiye, Avrupa sisteminin ise genel önleyici etkiye üstünlük tanıdığını söyleyebiliriz. Zira Avrupa sisteminde erteleme şartlarının fail tarafından yerine getirilmemesi halinde önceden belirlenmiş olan cezanın infaz edildiğinin görülmesi veya önceden bilinmesi doğrudan doğruya failde önleyici etki yapacağı gibi genel planda da önleyici etki yapacaktır. İngiliz-Amerikan sisteminde failin belli olmayan bir cezaya çarptırılması tehlikesi içinde bırakılması söz konusudur ki bu durum daha çok bireysel yönden önleyici etki yapacaktır. Çünkü belirsiz durumdan ötürü fail daha dikkatli hareket etmeye ve yeni suç işlememeye dikkat edecektir(Bıyıklı,1974, s.205).

Osmanlı Kanunlarında yer almayan erteleme kurumuna ülkemizde ilk kez 1926 tarihli TCK'da yer vermiştir(Şahbaz, Ocak 1975, s.117). 1869 tarihli İtalyan Ceza Yasasında yer almayan kurumun nereden geldiği-kanunun gerekçesi de bulunmadığından- tespit edilememiştir. Doktrinde kanunların telif edilmesi suretiyle oluşturulduğunun kuvvetle muhtemel olduğu ifade edilmiştir (Önder, 1963, s.60; Aktaran; Artuk, Gökçen, Yenidünya, 2012, s.782).

Söz konusu kanun döneminde; cezaya hükmedilerek infazının geri bırakılması ve failin deneme süresini iyi halli olarak geçirmesi halinde mahkumiyetin esasen vaki olmamış sayılması şeklindeki erteleme sistemi kabul edilmiş idi(Centel, Zafer, Çakmut, 2010, ss.625-626)*. 5237 sayılı TCK'nın 51. maddesi ile kabul edilen sistem ise cezaya hükmedilerek infazının geri bırakılması ve failin deneme süresini iyi halli olarak geçirmesi halinde cezasının infaz edilmiş sayılmasına dair sistemdir.

C.Probasyon Sistemi(Denetimli Serbestlik)

Denetimli Serbestlik(Probasyon) bir diğer ifade ile gözetimle erteleme; özel olarak seçilmiş suçlular hakkında kamu davasının açılmasının veya duruşma yapılmasının ya da cezaya hükmedilmesinin şartlı olarak geri bırakılmasını ve

* Mülga 765 sayılı TCK'nın 95. maddesinde, 4055 sayılı Kanun ile değişikliği öncesinde deneme süresinin suç işlenmeksizin geçirilmesi halinde cezanın infaz edilmiş sayılacağı hüküm altına alınmış idi. Söz konusu kanun değişikliği ile mahkumiyetin esasen vaki olmamış sayılacağı kabul edilmiştir.

serbest bırakılan suçlu hakkında, onun kişiliğini hedef tutan bir kontrol, yöneltme ve idare sisteminin uygulanmasını belirleyen tedbir olarak tanımlanabilir(Erbaş, Ekim 1996, s.19; Uma, 1953, s.565).

İlk kez 13. yüzyılda İngiltere'de rastlanan Probasyon kurumunun çekirdeğini hakim ile sanık arasındaki bir sözleşme oluşturmaktadır(Yenidünya, 2002, s.38). Avrupa'da yargıçlar suçluluk hakkındaki kararlarından sonra cezanın türünü ve şiddetini hemen belirlemek zorunda oldukları halde İngiliz yargıçları hükmün tefhimini belli veya belli olmayan bir güne bırakabilmekte idiler. Süreç içerisinde suçlunun, belli veya sonradan bildirilecek günde mahkemeye geleceğine dair vereceği söz üzerine serbest bırakılması şeklinde bir uygulama geliştirmişlerdir*. Hükmün ertelenmesi İngiliz yargıçların herhangi bir yasal düzenleme olmaksızın uygulayageldikleri bu usulden doğmuş ve 19. yüzyılın ortalarına doğru tam bir hukuki kurum halini almıştır. İngiltere'de hükmün ertelenmesinin yanında "*doğruluk kefaleti*" veya "*doğruluk teminatı*" olarak adlandırılan bir başka hukuki müessese de ortaya çıkmıştır. Önceleri emniyet tedbiri olarak uygulanan bu teminat 19. yüzyılda suçludan fer'i bir ceza olarak alınmaya başlanmıştır. Sonraları yargıçlar pek hafif suç işlemiş kişileri sadece doğruluk kefaleti vermesi koşulu ile serbest bırakmaya başlamışlardır. Daha sonraları bu doğruluk teminatı hükmün ertelenmesi müessesine eklenmiştir. Suçlu hükmün tefhimi için çağrıldığı günde mahkemeye geleceğine dair söze maddi bir teminat eklemeye mecbur tutulmaya başlanmıştır. Böylelikle her iki müessesenin birbirine eklenmesi ile İngiltere'deki hükmün ertelenmesi sistemi doğmuştur. 11 Ağustos 1879 tarihli "*Summary Jurisdiction Act*" isimli kanun ile hükmün ertelenmesi ile elde edilen iyi neticelerden bahsedilmek suretiyle bu usulün geniş ölçüde tatbik edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Sonradan 18 Ağustos 1887 tarihli "*Probation Of First Offender Act*" isimli kanun ile ilk defa suç işleyenlerin, fiillerine tatbik edilecek olan ceza iki sene hapsi geçmediği takdirde haklarındaki hükmün ertelenebileceği kabul edilmiştir(Çalkın, 1946, ss.487-488; Artuk, Tan,1992, ss.63-64). 21 Ağustos 1907 tarihli "*Probation of Offenders Act*" ile 1879 ve 1887

* "*Denetimli Serbestlik İngiltere'de ilk kez hakim Mathew Hill tarafından 1841 yılında uygulanmıştır. Genç suçluların tamamen yozlaşmadıklarını ileri sürerek, ıslah olacaklarına dair makul bir umut varsa ve onları denetleyecek sorumluluklarını alacak kişiler bulunmakta ise, hükmün ertelenmesi yoluna gitmiştir. Bir kaç yıl sonra Edward William Cox ilk kez suç işleyen gençlere taahhüt altında hükmün ertelenmesi müessesini uygularken denetim için bir memur atamıştır.*"(Nursal, Ataç, 2006, ss.35-36).

tarihli kanunlar ve uygulama ile elde edilen usul kaldırılarak denetimli serbestlik sistemi kurulmuştur(Nursal, Ataç, 2006, s.36).

Gözetim altına alınma olayının çıkış yeri İngiltere ise de, insancıl, medeni ve çağdaş bir kurum olarak evrimi ve ceza kanunlarında yer alması ABD'nin Boston kentinde yaşayan John Augustus isimli kunduracının girişimleriyle olmuştur denilebilir(Erbaş, Ekim 1996, s.22). Denetimli Serbestlik terimini kullanan, hüküm öncesi araştırma, denetim koşulları, mahkemeye sunulacak raporlar, denetimli serbestliğin iptali gibi fikirleri geliştiren John Augustus 1841 yılında Boston Polis Mahkemesi'nde parası olmadığı için cezasını ödeyemeyen, bu nedenle hapse girmek üzere olan bir sanığın, denetimi altında serbest bırakılması için hakimi ikna etmiş, hüküm üç hafta ertelenmiştir. Bu sürede sanığın arkadaşlığını kazanan Augustus sanığa iş bulmada, ailesini geçindirmede yardım ederek ıslah olmasını sağlamıştır. John Augustus denetimli serbestliğin doğuşu ve ilk uygulaması olarak kabul edilen bu metod ile 1842-1858 yılları arasında yaklaşık 2000 suçluya hükmün ertelenmesinden sonra ıslah olabilmeleri amacıyla denetim sağlamıştır(Nursal, Ataç, 2006, s.40; Yenidünya, 2002, s.39). John Augustus'un ölümünden sonra gönüllü kuruluşlar tarafından çalışmalar yürütülmüş ve nihayetinde denetimli serbestlik ile ilgili hizmetleri yürütme görevi resmi kuruluşlara devredilmiştir.

Amerika'da "*Probation Sistemi*" ilk defa 1869'da on yedi yaşından küçük suçlular hakkında Massachusetts eyaletinde uygulanmıştır. 1878 tarihli bir kanun ile bu sistemin yalnız Boston şehrinde büyükler hakkında tatbik edilmesine izin verilmiş, 1880 tarihli bir kanunla bu usul bütün eyalette teşmil edilmiştir. 1891 tarihli bir kanun ile her ceza mahkemesine, haklarında erteleme kararı verilen suçluların kontrolü işini yapması ve bunlara yardımcı olması için memur(Probation Officer) atanması kabul edilmiştir. Probation Sisteminde mahkeme suçlunun sorumluluğuna ve suçtan dolayı mahkumiyetine karar vermez ve bir ceza tayin etmez. Suçlunun yaşadığı çevreyi, sosyal durumunu, davranışlarını inceleyen memurun(Probation Officer) mütalaasını aldıktan tayin edeceği süre zarfında uymak zorunda olduğu yükümlülükleri tayin eder. Bu süre zarfında memur suçluyu izleyecek ve ıslah olması için gerekli yardımı sağlayacaktır. Suçlu mahkemenin belirlediği yükümlülüklere uymaz ve ıslah olacağına dair bir kanaat uyandırmaz ise, memur tarafından mahkemeye ceza davasına kaldığı yerden devam edilmek suretiyle sanığın

mahkumiyetine karar verilmesi teklif edilecek; aksi durumda ise, suçlunun suç dolayısı ile takip edilmemesini istenecektir. Probation sistemi de uygulama yolu ile İngiliz hukukuna girmiştir(Çalkın, 1946, ss.488-489).

Başlangıçta teşkilat noksanlığı gibi nedenlerle Probasyon Sisteminine temkinli yaklaşan Kıta Avrupası ülkeleri uygulamayı ilk olarak sadece küçük suçlular yönünden, daha sonra yetişkin suçlular hakkında sistemi sadece koşullu salıverilme sırasında uygulama cihetine gitmişlerdir. Sistemin faydalarının görülmesi üzerine sistem genişletilerek erteleme sistemine de teşmil edilmiştir(Erbaş, Ekim 1996, s.24).

Dünyadaki uygulanma usullerine bakıldığında önceleri sadece hükmün açıklanmasının ertelenmesi(geri bırakılması) sonrasında uygulanan denetimli serbestlik sistemi daha sonraları her ülkenin toplumsal ceza kültürüne ve anlayışına göre farklı biçimlerde genişletilerek; gözaltına alınma ile birlikte başlayan ve yargılama öncesi, yargılama safhası, hükmün infazının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve hükmün infazından sonraki safhada uygulanmasını da içeren kapsamlı bir sistem haline gelmiştir(Nursal, Ataç, 2006, s.34).

İKİNCİ BÖLÜM

HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KURUMUNUNUN CEZA ADALETİ SİSTEMİMİZDE KABULÜ, AMACI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

I.DENETİMLİ SERBESTLİK SİSTEMİNİN TÜRK HUKUK SİSTEMİNDE KABULÜ

Osmanlı Devleti döneminde ve 2005 öncesi Cumhuriyet döneminde denetimli serbestlik benzeri bir takım kurumlar* bulunmakla birlikte, bu dönemlerde modern anlamda denetimli serbestlik ceza adaleti sistemimizde yer almamıştır. Ancak ceza

* Osmanlı Devleti Dönemindeki; *Nefy cezası, zaptiye nezareti altında bulundurulmak cezası, şahsa kefalet müessesesi, kalebentlik cezası*, 2005 yılı öncesi Cumhuriyet Dönemindeki; *sürgün cezası, emniyeti umumiyeye idaresinin nezareti altında bulundurma cezası ve tedbiri, uyuşturucu madde bağımlıları hakkındaki güvenlik tedbirleri, alkol bağımlıları hakkındaki güvenlik tedbirleri, dilenciler için “boğaz tokluğuna çalışma” tedbiri* gibi.(Detaylı bilgi için bakınız: Yavuz, 2012.)

infaz kurumlarının aşırı kalabalıklaşması, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalara mahkum edilenlerin sayısındaki artış ve son yıllarda hafif suçlar işlemiş olan suçluların toplum içerisinde rehabilite edilmesinin tercih edilmesine yönelik anlayışın yaygınlaşması, hem suçlulara hem de suç mağdurlarına yardım anlayışının gelişmesi gibi nedenlerle denetimli serbestlik sisteminin kurulması bir zorunluluk haline gelmiştir. Bu doğrultuda, toplum içinde infazı öngörülen yaptırım ve tedbirlerin yerine getirilmesi ile suç mağdurları ve faillere yardım edilmesi amacıyla 2005 yılında yapılan düzenlemeler sayesinde kurum ceza adalet sistemimizdeki yerini almıştır(Yavuz, 2012, s.399).

1 Haziran 2005 tarihi itibariyle yürürlüğe giren yeni ceza mevzuatında yer alan; adli kontrol, seçenek yaptırımlar, hapis cezasının konutta infazı, hapis cezasının ertelenmesi halinde yükümlülük yüklenmesi ve/veya rehber görevlendirilmesi, koşullu salıverme halinde yükümlülük yüklenmesi ve/veya rehber görevlendirilmesi, tedavi ve/veya denetimli serbestlik tedbiri, etkin pişmanlık halinde hükmedilen denetimli serbestlik tedbiri, kamuya yararlı bir işte çalıştırma, büyüklere, çocuklara, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarına özgü güvenlik tedbirleri, koşullu salıverilme, koşullu salıverilenler ile mükerrirler ve özel tehlikeli hükümlüler hakkında denetimli serbestlik tedbiri, cezanın konutta infazına ilişkin düzenlemeler, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile birlikte öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacıyla denetimli serbestlik hizmetlerini yerine getirecek teşkilatın kurulmasına ve çalışma usullerini belirlemeye yönelik 03.07.2005 tarihli 5402 sayılı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu 20.07.2005 tarihinde Resmi Gazete yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Ayrıca söz konusu yasa hükümleri doğrultusunda Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri İle Koruma Kurulları Yönetmeliği 18.04.2007 tarihinde yürürlüğe konulmuştur*. Anılan Kanun gereğince 15 Ağustos 2005 tarihinde Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü bünyesinde Denetimli Serbestlik ve Yardım Hizmetlerinden Sorumlu Daire Başkanlığı kurulmuş ayrıca 133 adalet komisyonunun bulunduğu yerde Cumhuriyet Başsavcılığına bağlı denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlükleri ile koruma kurulları oluşturulmuştur(Tamer, Mayıs 2008, s.45).

* 05/03/2013 tarihinde yürürlüğe giren Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği önceki Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır.

II. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KURUMUNUN TÜRK HUKUK SİSTEMİNDE KABULÜ

1960'lardan itibaren ceza hukukundaki yeni ve demokratik gelişmelere yer vermek amacı ile Adalet Bakanlığı'nca "*Temel Kanunlarda Çalışmalar Yapmak Üzere Kurulacak Komisyonların Kuruluş ve Çalışma Usullerine İlişkin Yönetmelik*" hükümleri doğrultusunda Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'in başkanlığında 14.01.1985 tarihinden itibaren sivil ve askeri Yargıtay üyeleri, hakimler, savcılar, avukatlar, öğretim üyeleri ve Adalet Bakanlığı mensuplarının iştiraki ile üç komisyon görevlendirilmiştir; 1989 TCK Tasarısını hazırlayan ve 14.01.1985 tarihinde kurulan Komisyon, 1997 Tasarısını hazırlayan ve 06.06.1996 tarihinde kurulan Komisyon, 2001 TCK Tasarısını hazırlayan ve 21.12.1999 tarihinde kurulan Komisyon. İlk tasarı 1987 yılında yayımlandıktan sonra çeşitli çevrelerden gelen eleştiriler toplanmış ve bütün görüşler değerlendirildikten sonra 1989 TCK Tasarısı meydana getirilmiştir. Bu Tasarıdaki bazı hükümler 3679 sayılı Kanunla kanunlaştırılmıştır. Tasarının yeniden gözden geçirilmesinin istenmesi üzerine Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer başkanlığındaki Komisyon metne yeni şeklini vermiş ancak 1999 yılında seçimlerin yenilenmesi üzerine Tasarı yeniden incelenmek üzere hükümet tarafından geri çekilmiş ve yeni bir Komisyon oluşturulmuştur. Komisyon tarafından 1997 tasarısı üniversiteler, Barolar, devlet kuruluşları ve üst yargı organlarına gönderilmiş, gelen görüşler değerlendirilmek suretiyle 2001 TCK Tasarısı Adalet Bakanlığı'na sunulmuştur. Adalet Bakanlığı Tasarıyı Barolara, üniversitelere ve yüksek yargı organları ile çeşitli kuruluşlara göndererek yeniden görüş istemiştir. Üç yılı aşan çalışmalardan sonra ortaya 2003'de TCK Tasarısı ortaya çıkmıştır. Hükümet tarafından TCK Tasarısı 12 Mayıs 2003 tarihinde Meclis Başkanlığı'na gönderilmiş, 14 Eylül 2004 tarihinde toplanan TBMM, TCK Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporunu görüşmeye başlamış, Tasarı 26 Eylül 2004 tarihinde kabul edilerek yasalaşmıştır.

1989 TCK tasarısının 80. maddesinde, 1997 tasarısının ise 82. maddesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuna yer verilmiştir. 2001 ve 2003 TCK Tasarılarında ise kuruma yer verilmemiştir*.

* Bunun nedeni CMK Tasarılarında kuruma yer verilmiş olmasıdır.

Diğer yandan; 1887 tarihli Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu esas alınarak hazırlanan 04.04.1929 tarihli ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda 1936, 1973, 1985 ve 1992 yıllarında köklü değişiklikler yapılmış ise de; hukuk, insan hakları, suçlulukla mücadele alanlarında ve anlayışında ortaya çıkan hızlı gelişmeler nedeniyle mevcut usul kanununun yetersiz kaldığı ve türk iç hukukunun bunlara uyumlu hale getirilmesi gerektiği düşüncesinden hareketle(Şahin, Özgenç, 1999, s.2) Adalet Bakanlığınca 05.05.1997 tarihinde oluşturulan “*Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı Komisyonu*” çalışmalarını tamamlayarak yürürlükte bulunan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun yerini almak üzere Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununu 1999 Tasarısını hazırlamıştır(Gedik, 2002, s.127). Daha sonra bu Tasarı'ya istinaf kanunyolu eklenmiş ve Başbakanlıkça 07 Mart 2003'de Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne gönderilmiştir. Uzun süre bekletilen Tasarı, Ekim 2004'te ele alınmış ve 04 Aralık 2004'te yasalaşmıştır(Centel, <http://www.nurcentel.com/makaleler/guncelhukukcmk.pdf>, Erişim Tarihi: 15.06.2013). 1999 tarihli Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı'nın 225. maddesi ve 2003 tarihli CMUK Tasarısı'nın 233. maddesi “*hükmün geri bırakılması ve denetimlik serbestlik*” başlığı altında düzenlenmiştir. Bununla birlikte meclis tarafından kabul edilen kanunda kuruma yer verilmemiştir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, hukukumuzda ilk kez 15.07.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 23. maddesi ile suça sürüklenen çocuklar yönünden kabul edilmiştir. Söz konusu maddeye göre; suça sürüklenen 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.

19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 sayılı Yasanın 23. maddesiyle 5271 sayılı Yasanın 231. maddesinde yapılan değişiklikle kurum yetişkinler hakkında da uygulanır hale getirilmiştir. Belirtilen düzenleme ile sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, bir yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise ve yüklenen suç soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suç ise mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebileceği hüküm altına alınmıştır. Aynı Yasanın 40. maddesiyle 5395 sayılı Yasanın 23. maddesi değiştirilmek suretiyle-denetim

süresindeki farklılık hariç-suça sürüklenen çocuklar ile yetişkin suçlular hükmün açıklanmasının geri bırakılması açısından aynı koşullara tabi kılınmıştır. 08.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5728 sayılı Yasanın 562. maddesi ile 5271 sayılı Yasanın 231. maddesinin 5 ve 14. fıkralarında yapılan değişiklik ile hükmolunan yasa metninde yer alan “bir yıl” ibaresi “iki yıl” olarak değiştirilmek suretiyle kurum iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezaları için uygulanabilir hale getirilmiş, şikayete bağlı suçlarla sınırlı olarak uygulanan bu müessese Anayasanın 174. maddesinde güvence altına alınan İnkılap Kanunlarında yer alan suçlar ayırık olmak üzere, tüm suçları kapsayacak şekilde düzenlenmiştir.

25.07.2010 gün ve 27650 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren 6008 sayılı Yasanın 7. maddesi ile 231. maddenin 6. fıkrasına eklenen cümle ile sanığın kabul etmemesi halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceği kabul edilmiştir.

III. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KURUMUNUN AMACI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu her şeyden önce iyi bir suç politikası aracıdır. Sanığa denetim süresini başarı ile tamamlayarak hakkındaki mahkumiyet kararının açıklanmaması ve dolayısı ile infaz edilmemesi için bir şans verilmektedir. Deneyimler göstermiştir ki iyi bir denetleme halinde erteleme cezanın infazından çok daha fazla önleyici ve topluma kazandırıcı bir etki yapmaktadır. Sosyal devlet ilkesinin bir sonucu olarak bugün artık ödetici ceza anlayışından sanığı topluma yeniden kazandırma anlayışına dönmüş bulunmaktadır(R. Erdem, 2001, s.21).

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu ertelemenin bir türü olmakla, cezanın sanığın kişiliğine uydurulmasını sağlayan yargısal bir kişiselleştirme* kurumudur(Turhan, 2006, s.28). Nitekim Yargıtay 7.6.1976 tarih 3-4/3 sayılı İçtihadı Birleştirme kararında ertelemeyi, “cezanın doğrudan doğruya sanığın kişiliğine uydurulmasını öngören yargısal bir şahsileştirme kurumu” olarak

* Doktrinde, “cezanın bireyselleştirilmesi”, “cezanın ferdileştirilmesi” ve “cezanın şahsileştirilmesi” kavramları da kullanılmakta olup biz “cezanın kişiselleştirilmesi” kavramını kullanmayı tercih edeceğiz.

nitelendirmiştir(R. Erdem, 2001, s.21). Günümüzde cezanın kişiselleştirilmesi çağdaş ceza hukuku sistemlerinde vazgeçilmez bir kurum olarak kabul edilmektedir. Cezaların kişiselleştirilmesi genel bir ifade ile cezanın yalnız suça değil, suçluya, onun kişiliğine uydurulması demektir. Cezaların ıslah amacının gerçekleşmesi ancak sanığın kişiliğine uydurulmaları ile mümkündür(Veldet, 1940, s.29).

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaların sakıncalarını ortadan kaldırmaya yarar. Kısa bir süre için cezaevine girmenin mahkumu ıslah etmek bir yana tam tersi sonuçlar doğurduğu yönünde ciddi bulgular vardır. Yeni suçlular ile tanışarak organize suçluluğu ve bazı suçların nasıl işleneceğini öğrenerek cezaevinden çıkan bu kişilerde yeniden suç işleme eğiliminin artması gözardı edilemeyecek bir ihtimaldir. Ayrıca aile ve sosyal ortamından kısa süreli de olsa uzaklaşması bireyin kişiliğinde olumsuz etkilere örneğin bunalıma neden olabilir(Sancar, 2001, s.165; Turhan, 2006, s.28). Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ile hem hükümlü cezaevine girmemekle beraber yaşamına daha dikkat edecek, hem de devlet sanığın cezaevinde yeni suç teknikleri öğrenmesini engelleyecek ve bu arada tasarruf da etmiş olacaktır(Köse, Ekim 2010-Ocak 2011, s.30).

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması bir kişiselleştirme kurumu olduğuna göre, hakim sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışlarını göz önünde bulundurarak suç işleme eğilimini değerlendirmek suretiyle bir karar verecektir. O halde kurumun uygulanması hususunda hakim takdir yetkisine sahiptir. Uygulanma koşullarının oluşmuş olması, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının sanık bakımından bir hak oluşturmasını sonuçlamaz(Keskinsoy, 2006, s.45). Kurumun uygulanıp uygulanmaması hususunda hakime tanınan takdir yetkisinin istisnası, CMK'nın 254. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, uzlaşma durumunda, edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksidde bağlanması veya süreklilik arzetmesi halinde sanık hakkında 231. maddedeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir.

Yasal düzenlemenin ilk halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması hususunda sanığın rızasının alınmasına dair herhangi bir düzenleme bulunmamakta idi. Ancak 6008 sayılı Yasayla CMK'nın 231. maddesinin 6. fıkrasına eklenen son

cümleyle, sanığın kabul etmemesi durumunda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Böylece kurum, uygulanması sanığın rızasına tabi bir kurum halini almıştır.

CMK'nın 223. maddesinde hüküm türleri arasında sayılmayan ve her ne kadar mahkemenin dosyadan el çekmesine neden olmakta ise de, muhakemeyi sona erdirmeyen, askıya alan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları hüküm niteliğinde kararlar değildir. Kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmü bulunmadığından denetim süresi içerisinde sanıklık sıfatı devam eder, hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen kişi hükümlü değil sanıktır(A. Erdem, 2013, s.102).

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun ceza hukuku kurumu mu yoksa ceza muhakemesi hukuku kurumu olduğu hususunda öğretide görüş ayrılığı bulunmakla birlikte; belli süre ve koşullarda mahkumiyet hükmünün açıklanmasını geri bırakması yönüyle ceza muhakemesi hukukunda, kişinin mahkumiyetten/cezadan kurtulmasına olanak sağlaması yönüyle ceza hukukunda sonuç doğurduğu gerekçesiyle, karma nitelikte bir kurum olduğu genel olarak kabul edilmektedir(Kumbasar, 2012, s.51).

Bilindiği üzere bir normun ceza kanununda veya ceza muhakemesi kanununda yer alıyor olması, bu normun hukuki niteliğini belirlemesi açısından kesin bir ölçüt teşkil etmemektedir. Zira ceza kanununda yer alan ceza muhakemesi normları bulunduğu gibi, ceza muhakemesi kanununda yer alan ceza normları da vardır. Bu hususta ayırıcı ölçüt, normun işlevinde saklıdır. Suçun varlığına, uygulanacak yaptırımın türüne ve usulüne ilişkin normlar maddi ceza hukuku normudur. Bu normlar özünde devletin cezalandırma yetkisinin doğuşunun, değişmesinin ve sona ermesinin dayandığı genel ve özel şartları belirlemektedir. Buna karşılık ceza normlarının ihlali halinde, bu ihlalleri ve failleri belirlemenin şartlarını, başka bir deyişle ceza normlarının ihlali halinde buna ilişkin yaptırımın faile uygulanmasını sağlamaya yönelik faaliyetleri düzenleyen normlar ise ceza muhakemesi normlarıdır(G.Taner, 2011, s.289).

Diğer yandan, ceza kanunlarının failin zararına olabilecek biçimde geçmişteki eylemlere uygulanamaması gerekliliğini ifade eden “geçmişe yürüme yasağı”nın istisnası lehe kanunun geriye yürümesidir. Buna karşın geçmişe uygulama yasağı yargılama hukukuna ilişkin hükümleri kapsamaz. Bu bağlamda muhakeme hukukuna ilişkin yasaların zaman bakımından uygulanması konusunda derhal uygulanma ilkesi geçerlidir. Başka bir ifadeyle, suç işlendikten sonra başlayan muhakeme faaliyeti sırasında, yeni bir muhakeme kanunu yürürlüğe girebilir. Bu durumda yeni kanunun sanığın lehine mi yoksa aleyhine mi olduğuna bakılmaksızın derhal uygulanması gerekmektedir(Osmanoğlu, 2010, s.109). O halde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının, sadece bir ceza muhakemesi hukuku kurumu olarak kabulü halinde, derhal uygulama ilkesi gereğince, tamamlanmış işlem ve işlerde, geriye dönük olarak uygulanma olanağı artık söz konusu olamayacaktır(Kumbasar, 2012, s.51).

Yargıtay'a göre, sanık hakkında kurulan mahkumiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, doğurduğu sonuçlar itibariyle karma bir özelliğe sahiptir. Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmemesi ve yükümlülüklerle uygun davranılması durumunda, açıklanması geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak kamu davasının 5271 sayılı CMK'nun 223. maddesi uyarınca düşürülmesi sonucunu doğurur. Bu niteliğiyle, sanık ile devlet arasında ceza ilişkisini sona erdiren düşme nedenlerinden birisini oluşturur. Kurumun Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmiş olması, onun karma niteliğini değiştirmez. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alışından dolayı usul kuralı sayılabilir mahiyette ise de, yaratacağı ceza yaptırımından kurtulmaya yönelik sonucu itibariyle maddi ceza hukukunu ilgilendirmesi nedeniyle lehe yasa uygulaması kapsamında değerlendirilmeye konu olabilecek normlar cümlesindedir. O nedenle, karma nitelikte olan bu kurumun *maddi ceza hukukuna ilişkin yönü dikkate alındığında*, TCK'nun 7. maddesinde tanımını bulan kanunların geçmişe yürürlüğü ilkesi uyarınca, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunu düzenleyen hükümler ile kurumda değişiklik yapan hükümlerin, yürürlük tarihlerinden önce meydana gelmiş olaylara da uygulanmaları gerekir.

Kanaatimizce de, hükmün açıklanmasının geri bırakılması bir yandan denetim süresinin iyi halli olarak geçirilmesi halinde sanık ile devlet arasında ceza ilişkisini

sona erdiren düşme nedenlerinden birisini oluşturmakta iken, diğer yandan CMK'da düzenlenmiş olup geri bırakma koşullarının ortadan kalkması halinde, muhakeme sürecinin devam etmesi söz konusu olacağından aksi halde ise düşme kararıyla uyumsuzluğu sona erdireceğinden karma nitelikte bir kurumdur.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KURUMUNUN UYGULANMA ŞEKİL VE KOŞULLARI

I.HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KURUMUNUN UYGULANMA ŞEKLİ

Koşullu bir düşme nedeni oluşturan “*hükmün açıklanmasının geri bırakılması*” kurumu (mahkumiyet, suç niteliği ve ceza miktarına ilişkin) objektif koşulların varlığı halinde, yargılamanın herhangi bir sujesinin istemine gerek kalmaksızın, diğer kişiselleştirme hükümlerinden önce ve re’sen hakim tarafından her olayda kendiliğinden değerlendirilip takdir edilmeli ve denetime olanak sağlayacak biçimde kararda gösterilmelidir* .

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu kesinleşmiş infaz edilmekte olan ve hukuki yarar bulunması koşuluyla infaz edilmiş hükümlere de uygulanabilmektedir**. 5728 sayılı Yasanın Geçici 1. maddesinin açık hükmü uyarınca; bu Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten önce kesinleşmiş, infaz edilmekte ve hatta koşulları bulunmakta ise, infaz edilmiş olan mahkumiyet kararları hakkında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuna ilişkin uyarılama, hükmü veren mahkemece, objektif koşulların değerlendirilmesiyle sınırlı bir inceleme yapılması

* Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 03.06.2008 tarih, 2008/2-149 Esas, 2008/163 Karar sayılı kararı(Uyap sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

** Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun, 03.02.2009 tarih, 2008/11-250 Esas, 2009/13 Karar ve 17.02.2009 tarih, 2009/8-36 Esas, 2009/35 Karar sayılı kararları.

halinde evrak üzerinde, subjektif koşulların değerlendirilmesi gereken hallerde ise duruşma açılarak yapılacaktır*.

Bu noktada daha önceden verilen hükümde 647 sayılı Yasa'nın 6. maddesi ile ilgili değerlendirme yapılmış olması halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile ilgili yeniden değerlendirme yapılmasının gerekip gerekmediği sorusu gündeme gelecektir. CMK'nın 231. maddesinde hükmün geri bırakılmasına karar verilebilmesi için mahkemede, sanığın yeniden suç işlemeyeceği hususundaki kanaate varabilmek için, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışlarını göz önünde bulunduracaktır. 647 sayılı Yasanın 6. maddesine göre cezanın ertelenebilmesi için de mahkemede benzer kanaatin oluşması gerekir. Ancak bu kanaat oluşturulurken, sanığın geçmişteki hali ve suç işleme hususundaki eğilimi dikkate alınacaktır. Görüleceği üzere, her iki yasal düzenlemede de, mahkemenin sanığın yeniden suç işlemeyeceği yolunda bir kanıya varması gerektiği belirtilmekteyse de, bu kanıya ulaşırken dikkate alınacak ölçütlerde farklılık bulunmaktadır. Dolayısıyla kararda, 647 sayılı Yasanın 6. maddesinin uygulanmaması, diğer bir ifadeyle sanığa verilen cezanın ertelenmemesi hususunda gösterilen gerekçenin, CMK'nın 231. maddesinde öngörülen subjektif koşulların oluşmadığını ortaya koyan bir gerekçe olarak kabulü mümkün değildir. Hüküm mahkemesinin, hükmün açıklanmasının geri bırakılması gerekip gerekmediği hususunda, yasada öngörülen ölçütleri de göz önünde bulundurarak yeni bir değerlendirme yapması zorunludur**.

5271 sayılı CMK'nın 231/7. maddesi uyarınca *"Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkum olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez."* 5237 sayılı TCK'nın 50/3. maddesi uyarınca ise *"Daha önce hapis cezasına mahkum edilmemiş olmak koşuluyla, mahkum olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş bulunanların mahkum edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, birinci fıkrada yazılı*

* Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 03.02.2009 tarih, 2008/11-250 Esas, 2009/13 Karar sayılı kararı(Uyap sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

** Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 06.05.2008 tarih, 2007/4 MD-27 Esas, '008/95 Karar sayılı kararı(Uyap Sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

seçenek yaptırımlardan birine çevrilir." Şu halde seçenek yaptırıma çevirme zorunluluğunun bulunması halinde mahkemece ne şekilde karar verilecektir? Bu durumda CMK'nın 231/7. maddesi uyarınca mahkemece açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde seçenek yaptırıma çevirme kararı verilemeyecektir. TCK'nın 50/3. maddesindeki zorunluluk ise hükmün açıklanması aşamasında değerlendirilecektir*.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması hükümlerini kısa kararda uygulamayan mahkemenin, sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun neden uygulanmadığını gerekçeli kararın, gerekçe kısmında belirtilmesi yeterli olup bu durum usul ve yasaya aykırılık oluşturmamaktadır**.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını veren mahkeme esasen iki ayrı karar vermektedir. Mahkeme öncelikle mahkumiyet şeklinde bir karar vermekte, daha sonra koşullarının gerçekleştiğini tespit ettiği takdirde mahkumiyet kararının açıklanmasının geri bırakılmasına dair ikinci bir karar vermektedir(Centel, Zafer, 2011, s.715). Bu nedenle öncelikle hüküm kavramı ile bir hüküm türü olarak mahkumiyet kararını inceleyelim.

II. CEZA MUHAKEMESİNDE HÜKÜM

A.Genel olarak

Arapça kökenli "*hüküm*" sözcüğü türkçede "*yargı, karar, sonuç*" gibi anlamlara gelmektedir(<http://tdkterim.gov.tr/bts/>, Erişim Tarihi: 22.06.2013). Yargısal anlamda hüküm ise bir uyuşmazlığın hakim tarafından çözümlenmesi sonucu verilen ve uyuşmazlığa son veren yargısal karar anlamına gelmektedir. Duruşmayı sona erdirmesi ve mahkemenin davadan el çekmesi sonucunu doğurması nedeniyle öğretide "*hüküm*" yerine "*son karar*" kavramı da kullanılmaktadır(Şenses, 2012, s.86).

* Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 04.03.2009 Tarih, 2009/3898 Esas, 2009/3995 Karar sayılı kararı (Uyap Sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

** Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 27.09.2011 tarih, 2011/7-168 Esas, 2011/186 Karar sayılı ve 04.10.2011 tarih, 2011/7-171 Esas, 2011/196 Karar sayılı kararları(Uyap Sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

Öğretide “*davasız yargılama olmaz*” olarak ifade edilen ilke uyarınca mahkeme açılmamış bir davaya bakamaz. Hüküm iddianamede unsurları gösterilen fiil ve fail hakkında verilir(CMK m.225/1). O halde hüküm için açılmış bir davanın bulunması olmazsa olmazdır. CMK’da, mülga CMUK’da “*şahsi dava*” kurumuna yer verilmeyerek, dava açma görevi ve yetkisi münhasıran cumhuriyet savcılarına tanındığından* , dava cumhuriyet savcısı tarafından düzenlenen iddianamenin kabulü ile açılmış sayılmaktadır. Diğer yandan, mahkemenin açılmış bir dava ile ilgili karar vermesi mecburidir.

B.Hükümün kurulması

Mahkeme, kovuşturma evresinde, duruşma devresinin sonunda, sonuç çıkarma aşamasında verdiği hükümlerle birlikte ceza muhakemesinde yargılanan uyuşmazlığı çözüme kavuşturmaktadır. Bu uyuşmazlığı çözerken dört aşamalı bir yol izleyecektir. Öncelikle maddi sorun çözümlenmelidir. Mahkeme, suç oluşturduğu iddia edilen eylemin işlenip işlenmediğini; işlendi ise sanık tarafından işlenip işlenmediğini ortaya koymak durumundadır(Kunter, Yenisey, Nuhoglu, 2008, s.1297). Mahkemenin buradaki faaliyeti ispat faaliyeti niteliğindedir. Ceza muhakemesinde, amaç maddi gerçeğe ulaşmak olduğundan, delil serbestisi ve vicdani delil sistemi kabul edilmiştir. Medeni muhakemede geçerli olan “*İddia eden, iddiasını ispat eder.*” kuralı ceza muhakemesinde geçerli değildir. Medeni muhakemede iddia eden iddiasını ispat etmediğinde davayı kaybeder. Oysa ceza muhakemesinde istisnalar dışında hiçbir sujenin belli bir olguyu ispat yükümlülüğü yoktur. Dolayısı ile belli bir olguyu ispat etmeye çalışan suje bunu başaramazsa onun aleyhine bir sonuç doğurmaz(Centel, Zafer, 2011, s.685). Mahkeme ancak duruşmada tartışılan, tarafların üzerinde düşüncelerini açıkladıkları delillere dayanarak sonuca ulaşabilir(Yurtcan, 2007, s. 445). Mahkeme delillerin ortaya konulmasından ve tartışılmasından sonra vereceği hüküm ile muhakemeyi sonlandıracaktır. İspat faaliyeti sonucunda, sanığın eylemi işlemediği sabit görülürse veya işlediği sabit görülmez ise beraat kararı verilecek, diğer aşamalara geçilmesine gerek kalmayacaktır.

* **CMK madde 170**; Kamu davasını açma görevi, Cumhuriyet savcısı tarafından yerine getirilir.

Sanığın eylemi işlediği sabit görülür ise, eyleminin hukuki nitelendirmesi aşamasına geçilecektir. Bu aşamada eylemin suç oluşturup oluşturmadığı sorunu çözülecektir. Eylem suç değil ise beraat kararı verilecek, eylem suç oluşturmakta ise hangi suç tipine uyduğu belirlenecektir. Şayet sanığın eylemi işlediği sabit görülür ve eylemin belli bir suç tipine uyduğu tespit edilirse, cezai sorumluluk sorununun çözümü aşamasına geçilecektir(Kurşun, 2011, ss.104-105).

Sanığın cezalandırılabilmesi için tipe uygun ve hukuka aykırı bir hareketinin bulunması gerekli olmakla birlikte, yeterli değildir ayrıca o fiilin faile isnad edilebilmesi de gerekir. Sanığın kusursuz olması halinde, suç işlenmiş olsa da ceza sorumluluğu doğmayacaktır. Bu nedenle her fiilde sanığın kusur yeteneğinin olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Sanığın işlediği fiil dolayısıyla sorumlu tutulabilmesi için, işlediği fiilin bir haksızlık teşkil ettiğini, davranışının hukuk düzeninde hakim olan düzeni korumayı hedefleyen bir normu ihlal ettiğini bilmesi gerekir. Kusur yeteneği anlama ve isteme yeteneği, yani kusurlu olarak davranabilme yeteneğidir. Sanığın kusur yeteneğinin bulunmaması halinde fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir(Şenses, 2013, s.383).

Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler; kusurluluğu etkileyen haller* ve hukuka uygunluk nedenleri** olarak ikiye ayrılmaktadır. Ceza Kanunu tarafından yasaklanan bir fiil, yine Ceza Kanunu'nun özel bir hükmü veya diğer kanunlarda yer alan başka bir düzenleme ile meşru sayılıp cezalandırılmıyorsa bu duruma "*hukuka uygunluk sebepleri*" denilmektedir. Kusurluluğu etkileyen hallerin varlığı halinde kişi suç teşkil eden eylemden ya hiç sorumlu tutulmamakta ya da sorumluluğu azalmaktadır(Turabi, 2012, s.1). Hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde eylem suç olmaktan çıkmakta ve eylem tüm hukuk dalları için hukuka uygun

* **Kusurluluğu etkileyen haller TCK'da:** Hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması (27. madde), Yaş küçüklüğü (31. madde), Akıl hastalığı (32. madde), Sağır ve dilsizlik (33. madde), Geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma (34. madde), Cebir ve tehdit dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (28. madde), Mücbir sebep, kaza ve tesadüf, zorunluluk hali dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilenmesi (25/2. madde), Hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi (24. madde), Haksız tahrik (29. madde) ve Çeşitli hata halleri (30/3-4. madde) olarak belirtilmektedir.

** **Hukuka uygunluk sebepleri TCK'da:** Kanun hükmünü (görevi) yerine getirme (24/1. madde), Meşru Müdafaa (25. madde), Hakkın kullanılması (26/1. madde) ve İlgilinın rızası (26/2. madde) olarak sayılmıştır.

hale gelmektedir. Örneğin meşru müdafaa halinde, adam öldüren, ölenin yakınları tazminat isteminde bulunamazlar(Koparan, 2006, s.337).

CMK'nın 223. maddesine göre; hukuka uygunluk sebeplerinin bulunması halinde beraat kararı, kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerden birisinin bulunması halinde ise ceza verilmesine yer olmadığına karar verilecektir. Şayet sanığın cezai açıdan da sorumlu olduğu sonucuna ulaşılır ise yaptırımın tespiti aşamasına geçilecektir.

Uyuşmazlığın çözümü aşamalarında çözümlenmesi gereken son sorun, yaptırım sorunudur. Cezai sorumluluğu tespiti yapılan sanık tarafından işlenen ve suç oluşturan eyleme karşılık uygulanacak yaptırım tespit edilecek ve hüküm tesis edilecektir. Hükümün şekli unsurları CMK'nın 232. maddesinde açıklanmış olup bunlara uyulmaması bozma nedenidir.

C.Hükümün Unsurları

Her hükümde; mesele(sorun), gerekçe ve sonuç olmak üzere üç unsur bulunur(Kunter, Yenisey, Nuhoglu, 2009, s.50).

Mesele kendisi içerisinde maddi mesele ve hukuki mesele olarak ikiye ayrılmaktadır. Maddi mesele, geçmişte yaşanmış olayın zihnimizde yeniden canlandırılmasını, hukuki mesele ise, olayın hukuki niteliğinin yapılmasını ifade etmektedir.

Gerekçe, soruna bağlı olarak ve sorunun açıkça ortaya konmasından hareketle varılan sonuca ilişkin izlenen akıl yürütmenin mantıksal açıklamasıdır. Süreklilik gösteren Ceza Genel Kurulu kararlarında da vurgulandığı üzere gerekçe, hükümün dayanaklarının akla hukuka ve dosya içeriğine uygun açıklamasıdır(Şenses, 2012, s.88). Anayasa'nın 141/3, CMK'nun 34. maddeleri gereğince mahkeme kararlarında gerekçe gösterilmesi mecburidir. Hükümün gerekçesinde gösterilmesi gereken hususlar CMK'nın 230. maddesinde hüküm türlerine göre ayrı ayrı belirtilmiştir. Gerekçenin akla, hukuka, maddi olaya uygun, yasal, yeterli ve geçerli olması, sonuca ulaştırılan mantıksal zinciri aralıksız ve boşluksuz göstermesi gerekir. Hükümün gerekçe kısmında mevcut deliller tartışılıp değerlendirildikten sonra, hükme esas

alınan ve reddedilen deliller belirlenmeli ve delillerle sonuç arasındaki bağ üzerinde durularak, niçin bu sonuca ulaşıldığı anlatılmak suretiyle hukuki nitelendirmeye yer verilmelidir* .

Sonuç; ortaya konulan mesele ile ilgili olarak gerekçesi açıklanmak suretiyle varılan kanaattir. CMK'nın 231 ve 232. maddelerinde bu sonuca, “*hüküm fıkrası*” adı vermektedir.

CMK'nın 223/1. maddesinde; beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkumiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararının hüküm olarak kabul edildiği belirtilmiştir. Ayrıca söz konusu maddenin son fıkrasında adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararlarının kanun yolu bakımından hüküm sayılacağı da düzenlenmiştir.

Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilecek tek hüküm türü mahkumiyet kararı olduğundan, biz hüküm türlerinden sadece mahkumiyet kararını inceleyeceğiz.

D.Mahkumiyet Kararı

CMK'nın 223/5. maddesine göre; yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde, sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilir. Görüldüğü üzere, sanık hakkında mahkumiyet kararı, sadece sanığın suçu işlediğinin sabit olması halinde verilebilecektir. Tüm delillere rağmen hakim ispatlanmaya çalışılan olaya ilişkin olarak kafasında hala “*acaba öyle mi*” sorusunu taşıyorsa bu durum sanık lehine değerlendirilmeli ve olayın ispatlanmadığı kabul edilmelidir(Centel, Zafer, 2011, s.686).

Mahkeme, mahkumiyet kararı ile, işlediği sabit kabul edilen suç karşılığında sanık hakkında yaptırım kararı verecektir. TCK'nın 45. maddesine göre, yaptırım olarak, hapis ve adli para cezasına hükmedilecektir. Mahkeme cezayı TCK'nın 61-63. maddeleri uyarınca belirleyecek ve bireyselleştirecektir.

* Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 13.10.2009 tarih, 2009/148 Esas, 2009/230 Karar sayılı kararı(Uyap sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

III. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASININ ÖNKOŞULLARI

A.Uzlaşmaya Tabi Suçlarda Uzlaşmanın Sağlanamamış Olması

Onarıcı adalet yaklaşımı temelinde şekillenen ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olarak kabul edilen uzlaşma kurumu ceza adalet sistemimize, ilk olarak 5237 sayılı TCK'nın 73/8. fıkrası, 5271 sayılı CMK'nın 253, 254 ve 255. ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 24. maddeleri ile girmiştir. Ancak, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Kanunun 253'üncü maddesinin ilk halinde yer alan düzenlemenin ceza adaletine yapması gereken katkıyı sağlayamaması nedeniyle 19.12.2006 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5560 sayılı Kanunla mevcut düzenleme tümüyle değiştirilmiştir.

Kovuşturma aşamasında, uzlaşma ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumları arasında uygulama önceliği bakımından çıkabilecek sorunları ortadan kaldırmak için kanun koyucu düzenleme yapma ihtiyacı duymuş, bu amaçla, 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesinin 5. fıkrası uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılması uygulamasında uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı tutulmuştur. Anılan fıkroda yer alan *“uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır”* ibaresi ile, sanığın yargılandığı suç uzlaşmaya bağlı ise mahkemece öncelikle CMK'nın 253 ve 254. maddelerine göre uzlaştırma işleminin yapılması amaçlanmıştır. Uzlaşma başarıyla gerçekleşir ve edim bir defada yerine getirilirse kamu davasının düşmesine karar verilecektir. Uzlaştırma sonuçsuz kalırsa da, yargılama sonunda koşulları varsa hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilecektir. Ancak mahkeme, uzlaşmaya tabi bir suç bakımından uzlaştırma işlemi yapmadan, hükmün açıklanmasının geri bırakılması yoluna gidemeyecektir.

Uzlaşma, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına göre sanığın daha lehine bir kurum olduğundan, kovuşturma aşamasında öncelikle uzlaştırma işlemlerinin yürütülmesi yönündeki bu düzenleme yerindedir. Her iki kurum da bireyselleştirme ve onarıcı adalet kurumları olmakla birlikte uygulanma koşulları ve doğurduğu sonuçlar farklıdır. Uzlaşma, tarafların rızalarına dayalı olarak soruşturmayı ve kovuşturmayı sona erdiren bir kurum olmasına karşın, hükmün açıklanmasının geri

bırakılması, belli koşullarda kamu davasını düşüren, sanık ile devlet arasındaki ceza ilişkisini sona erdiren bir kurumdur. Uzlaşma muhakemenin bütün evrelerinde uygulanmasına karşın, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kovuşturma evresinin sonunda uygulanabilmektedir. Kovuşturma aşamasında uzlaşma halinde sanık hakkındaki kamu davasının düşmesine karar verilmesine karşın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanması durumunda 5 yıllık denetim süresine tabi tutulan sanığın bu süreyi iyi halle geçirmesi halinde düşme kararı verilebilmektedir. Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmesi durumunda da sanık hakkındaki hüküm açıklanmaktadır*.

Mahkeme, uzlaştırma işlemini CMK'nın 253 ve 254. maddeleri uyarınca gerçekleştirecektir. Uzlaşma başarıyla gerçekleşir ve edim bir defada (defaten) yerine getirilirse kamu davasının düşürülmesine karar verilecek, uzlaşma gerçekleşmezse duruşmaya devamla yargılama sonunda koşulları varsa hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilecektir. Uzlaşma işlemlerinin sonuçsuz kalması halinde koşulları bulunmakta ise hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilecektir(Kumbasar, 2012, s.117).

Kovuşturma evresinde hangi hallerde uzlaştırma işlemine başvurulacağı Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in 25. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre; kovuşturma konusu suçun hukuki niteliğinin değişmesi nedeniyle uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması, soruşturma aşamasında uzlaşma teklifinde bulunulması gerektiğinin ilk olarak mahkeme aşamasında anlaşılması, Cumhuriyet savcısı tarafından iddianame düzenlenmeksizin doğrudan doğruya mahkeme önüne gelen uzlaşmaya tabi bir fiilin varlığı, mahkeme aşamasında kanun değişikliği nedeniyle fiilin uzlaşma kapsamına girmesi hallerinde uzlaştırma işlemleri soruşturma aşamasında belirtilen esas ve usule göre, mahkeme tarafından yapılacaktır.

CMK'nın 254/2. maddesine göre; uzlaşmanın gerçekleşmesi ve edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksidde bağlanması veya süreklilik arzetmesi halinde; sanık hakkında, 231. maddedeki şartlar aranmaksızın, hükmün

* Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 27.03.2012 tarih, 2011/2-413 Esas, 2012/121 Karar sayılı kararı(Uyap Sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilecektir. Bu durumda mahkeme hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermek zorundadır, 231. maddedeki düzenlemenin aksine takdir yetkisi bulunmamaktadır. Buradaki belirlenecek olan süre, mahkemenin belirleyeceği bir süre olmayıp uzlaşma belgesinde yer alan süredir ve bu duruma özgü özel bir denetim süresi olduğu söylenebilir. Diğer bir deyişle, uzlaşmaya dayalı olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiği durumlarda, CMK'nın 231. maddesinde öngörülen nitelikte bir denetim dönemi değil, zararın giderilmesine yönelik süreç söz konusu olmaktadır(Kumbasar, 2012, s.119). Geri bırakma süresince zamanaşımı işlemeyecektir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, mahkeme tarafından, 231. maddenin onbirinci fıkrasındaki şartlar aranmaksızın, hüküm açıklanacak*, edimin uzlaşmaya uygun biçimde tamamıyla yerine getirilmesi halinde ise açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak davanın düşmesine karar verilecektir.

B.İşlenen Suçun Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı Verilemeyecek Nitelikteki Suçlardan Olmaması

Kural olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, tüm suç türlerinde uygulanmaktadır. Ancak; uygulanmayacağı konusunda kanunda açık düzenlemenin olduğu durumlarda veya niteliği itibariyle kurumun uygulanamayacağını kabul edildiği kimi durumlarda, kurumun uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmayacağı suçları aşağıdaki şekilde belirleyebiliriz.

1. İnkılap Kanunlarında Yer Alan Suçlar

CMK'nın 231/14. maddesine göre, bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, Anayasanın 174. maddesiyle koruma altına alınan İnkılap Kanunlarında yer alan suçlarla ilgili uygulanmaz**.

* Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 15.04.2013 tarih, 2008/2-73 Esas, 2008/88 Karar sayılı kararı(Uyap Sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

** Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 06.10.2009 tarih, 2009/4-169 Esas, 2009/223 Karar sayılı kararı ile Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 17.04.2012 tarih, 2012/3278 Esas, 2012/4472 Karar sayılı kararı; "5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 230/5-6. maddesinin, Anayasa'nın 174. maddesi ile koruma

Anayasanın 174. maddesinde sayılan İnkılap Kanunları şu şekildedir;

*3 Mart 1340 tarihli ve 430 Sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunu,

*25 Teşrinisani 1341 tarihli ve 671 sayılı Şapka İhtisası Hakkında Kanun,

*30 Teşrinisani 1341 tarihli ve 677 sayılı Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar ile Bir Takım Unvanların Men ve İlgasına Dair Kanun,

*17 Şubat 1926 tarihli ve 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisiyle kabul edilen, evlenme akdinin evlendirme memuru önünde yapılacağına dair medeni nikah esası ile aynı kanununun 110'uncu maddesi hükmü,

*20 Mayıs 1928 tarihli ve 1288 sayılı Beynelmilel Erkamın Kabulü Hakkında Kanun,

*1 Teşrinisani 1928 tarihli ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun,

*26 Teşrinisani 1934 tarihli ve 2590 sayılı Efendi, Bey, Paşa gibi Lakap ve Unvanların Kaldırıldığına Dair Kanun,

*3 Kanunuevvel 1934 tarihli 2596 sayılı Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun.

2.Diğer Suçlar

5739 sayılı Yasa'nın 3. maddesi ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 13. maddesinde yapılan değişiklik ile bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak Ceza Muhakemesi Kanununun 231. maddesine göre hükmün açıklanmasının geri

altına alınmış olan 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun medeni nikah ile ilgili hükmünü koruyarak bu hükmü ihlal eden eylemleri yaptırım altına aldığı, söz konusu maddede düzenlenen suçun 5271 sayılı Kanununun 231/14. maddesinde belirtilen suçlardan olup hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesinin mümkün olmadığı gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmediğinden, kanun yararına bozma istemine dayanan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının ihbarname içeriğinin yerinde olduğu görülmekle.."(Uyap sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

bırakılması kararı verilemeyeceği ancak bu hükmün onbeş yaşını tamamlamamış çocuklar hakkında uygulanmayacağı düzenlenmişti. 05.07.2012 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6352 sayılı Yasa'nın 105. maddesi ile söz konusu maddenin yürürlükten kaldırılması ile birlikte bu kısıtlama ortadan kalkmış bulunmaktadır.

Yine 5739 sayılı Yasa'nın 1. maddesi ile 1632 sayılı Askeri Ceza Yasasına eklenen Ek 10. maddenin ikinci fıkrasında; bu Kanunda yazılı suçlarla ilgili olarak 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 231 inci maddesinin beş ila ondördüncü fıkraları uygulanmayacağı düzenlenmişti. Ancak Anayasa Mahkemesi 17.1.2013 tarih, 2012/80 Esas, 2013/16 Karar sayılı kararı ile 5739 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle 22/5/1930 tarihli ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununa eklenen Ek 10. maddenin ikinci fıkrasının Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu sonucuna ulaşmış, söz konusu hükmü iptal etmiştir. Böylelikle bu kısıtlama da ortadan kalkmıştır.

Disiplin ve tazyik hapsinin ceza olmaması nedeniyle, anılan yaptırımlarla ilgili olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilemeyeceğini düşünmekteyiz.

TCK'nın 191. maddesi kapsamında uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan sanıklar hakkında hükmolunan tedavi ve denetimli serbestlik tedbirleri ile ilgili olarak da tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin geciktirilmesinin, bunların niteliği ve amacı ile bağdaşmayacağı kanaati ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemeyeceği kabul edilmektedir^{*}. Ancak ceza tayin edilmeden sadece tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri uygulanan, bu kararın kesinleşmesinden sonra tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine uymamayan ve ceza alan sanık hakkında koşulları bulunmakta ise hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesine engel bir durum bulunmamaktadır^{**}.

* Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 07.07.2008 Tarih, 2006/8491 Esas, 2008/11601 Karar sayılı kararı(Uyap sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

** Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 13.05.2013 Tarih, 2013/6197 Esas, 2013/4319 Karar sayılı kararı(Uyap sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

IV. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASININ KOŞULLARI

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için CMK'nın 231. maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmesi gerekir. Buna göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için;

* Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan cezanın iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası olması,

* Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmamış bulunması,

* Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

* Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

* Sanığın, hakkında tesis olunan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına muvafakat etmesi,

A.Cezaya İlişkin Koşul

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için, mahkemenin öncelikle sanık hakkında bir hüküm tayin etmesi, saptadığı sonuç cezanın Yasada ceza miktarı ve süresi bakımından öngörülen sınırlar içinde kaldığını tespit etmesi, ayrıca yine Yasada fail bakımından aranan diğer koşulların da gerçekleştiğini belirlemesi gerekmektedir. Kuşkusuz mahkeme sanık hakkında saptadığı cezayı, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararında gösterecektir. Böylece sanık, denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlediği veya öngörülen denetimli serbestlik yükümlülüğüne aykırı davrandığında, kendisine açıklanacak ve mahkemece değiştirilmemesi halinde de infaz edilecek olan cezayı önceden öğrenmiş olacaktır. Ayrıca bu sayede, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını yasa yolu denetimi sırasında inceleyecek olan merci de,

mahkemenin tayin ettiği cezanın yasadaki koşullara uyup uymadığını denetleyebilecektir*.

Sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için gerekli yasal arttırım ve indirimler yapıldıktan sonra hükmedilen ceza 2 yıl veya daha az hapis veya adli para cezasında ilişkin olmalıdır. Burada yasa da yer alan soyut ceza değil sonuç ceza esas alınacaktır. Çocuk Koruma Kanunu'nun yürürlük tarihi olan 15.07.2005 tarihi ile 5560 sayılı Yasa'nın yürürlük tarihi olan 19.02.2006 tarihleri arasında, suça sürüklenen çocuklar yönünden süre 3 yıl olarak uygulanacaktır.

Yeni TCK'da cezaların içtimaı kurumuna yer verilmediğinden, aynı dosya kapsamında sanık birden fazla suçtan ceza almış ise her bir suç yönünden ayrı ayrı değerlendirme yapılacak, cezalar toplanmayacaktır**.

Yasa metninde geçen adli para cezası, doğrudan verilen adli para cezalarını ifade etmektedir. Taksirli suçlarda iki yılın üzerindeki hapis cezalarının adli para cezasına çevrilmesi suretiyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi mümkün değildir. 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesinin 7. fıkrasının; *“Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkum olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.”* hükmü karşısında hükmolunan iki yılı aşkın hürriyeti bağlayıcı cezanın adli para cezasına çevrilmesi ve bilahare sonuç cezanın adli para cezası olduğundan bahisle hukuka aykırı bir uygulamanın sonuçlarından sanığın ikinci kez yararlandırılması hukuken kabul edilemez***.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemeyecek nitelikteki cezanın, hatalı uygulama neticesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı

* Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 25.09.2007 tarih, 2007/1-183 Esas, 2007/190 Karar sayılı kararı(Uyap Sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

** Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 19.02.2008 tarih, 2006/6-346 Esas, 2008/25 Karar sayılı kararı(Uyap sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

*** Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 17.02.2009 tarih, 2009/9-7 Esas, 2009/24 Karar, 10.03.2009 tarih, 2009/9-48 Esas, 2009/53 Karar, 25.09.2012 tarih, 2012/9-7 Esas, 2012/1783 Karar sayılı kararları(Uyap Sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

verilebilecek şekilde eksik tayin edilmesi halinde de sanığın çifte hatadan yararlandırılması suretiyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemez* .

B.Sanığın Adli Geçmişine İlişkin Koşul

5271 sayılı CMK'nun 6. fıkrasının a bendine göre;"*Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmamış bulunması gerekir.*" Anılan bentte kasıtlı suç nedeniyle alınan cezanın süresi ve türü yönünden herhangi bir ayrıma gidilmediğinden, hükmolunan cezanın hapis veya adli para cezası olmasının bu koşul açısından herhangi bir önemi bulunmamaktadır.

Sanık hakkında önceden kasıtlı bir suç nedeniyle yalnızca güvenlik tedbirine hükmedilmiş ise, sanığın yeniden kasıtlı bir suç işlemesi durumunda hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir. Nitekim 5271 sayılı CMK'nun 231/6-a maddesi sanığın daha önceden kasıtlı bir suçtan mahkum edilmemiş olması şartını aramıştır. 5271 sayılı CMK'nın 223/1 maddesinde hüküm türleri sayılırken mahkumiyet ve güvenlik tedbirine hükmedilmesi gereken haller ayrı ayrı belirtilmiştir. 6. fıkraya göre mahkumiyet ile birlikte güvenlik tedbirine hükmedilmesi durumunda, güvenlik tedbirinin yanı sıra mahkumiyet hükmü bulunduğundan sanık hakkında tesis olunacak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel teşkil edecektir. Ancak mahkumiyet yerine güvenlik tedbirine hükmedilmesi durumunda, güvenlik tedbiri bir mahkumiyet hükmü olarak değerlendirilemeyeceğinden, sanık hakkında daha önce kasıtlı bir suç nedeniyle sadece güvenlik tedbirine hükmedilmişse, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel olan bir mahkumiyet olarak kabul edilmeyecektir(Aksoy, 2008, s. 145).

Bu genel açıklamalar sonrasında sanığın adli geçmişine ilişkin koşulu detaylı olarak inceleyelim.

* Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 04.03.2008 tarih, 2008/6-47 Esas, 2008/43 Karar, 14.06.2011 tarih, 2011/7-48 Esas, 2011/128 Karar sayılı kararları(Uyap sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

1.Daha Önceden Verilen Mahkumiyet Kararının Kesinleşmesi

Sanığın daha önceden işlediği kasıtlı suç nedeniyle almış olduğu cezanın, sonradan işlediği suç ile ilgili kurulacak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel teşkil etmesi için kesinleşmiş olması gerekir. Zira "*masumiyet karinesi*"* gereğince bir kimse hakkında kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmü olmadan suçlu olarak kabul edilemez.

Bu bağlamda hükümlerin kesinleşmesi hususu önem kazanmaktadır. Belirtmek gerekir ki, hüküm çeşitlerinin hepsi aynı şekilde ve aynı anda kesinleşmemektedir. Bu nedenle tüm hükümlerin kesinleşmesine dair tek bir süreçten bahsetmek mümkün değildir. Şöyle ki; bazı hükümler verildikleri anda kesin niteliktedir. Bu hükümlerin neler olduğu 5271 sayılı CMK'nın 272. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre; "*Hapis cezasından çevrilen adli para cezaları hariç olmak üzere, sonuç olarak belirlenen üçbin Türk Lirası dahil adli para cezasına mahkumiyet hükümlerine, üst sınırı beşyüz günü geçmeyen adli para cezasını gerektiren suçlardan beraat hükümlerine ve kanunlarda kesin olduğu yazılı bulunan hükümler*" açıklanmalarıyla birlikte kesinleşirler.

Verildikleri anda kesin olmayan hükümleri ise istinaf veya temyiz başvurusu için öngörülen sürede başvuruda bulunulmaması, yapılan başvurudan vazgeçilmesiyle, başvuru hakkından feragat edilmesiyle ya da temyiz talebinin kabule şayan sayılmaması dolayısıyla reddedildiğinin taraflara bildirilmesinden sonra itiraz süresinin dolmasıyla veya itirazın kabul edilmemesiyle ya da temyiz yoluyla hükmün incelenmesinden sonra kesinleşebilir(Karakurt, 2008, s.51).

Uygulamada önceki mahkumiyet hükmünün kesinleşip kesinleşmediği hükmü veren mahkemeden kesinleşme şerhini içerir, onaylı karar sureti istenmek suretiyle kontrol edilmektedir.

* Suçsuzluk karinesi olarak da ifade edilen, Kıta Avrupasına, 26 Ağustos 1789 tarihli Fransız Kişi ve Vatandaş Hakları Bildirgesi ile hukuken ayak basan ve o tarihten sonra Fransız İhtilalinin rüzgarlarıyla tüm Kıtaya yayılan maumiyet karinesi uyarınca, bir kişinin suçlu olarak nitelendirilebilmesi ve hakkında ceza hukukunun alanına giren müeyyidelerin uygulanabilmesi, kesin hükümle mahkum olmasına bağlıdır.(Detaylı bilgi için bakınız: Feyzioğlu, 1999.)

Burada dikkat edilecek husus şudur; önceki mahkumiyetin sanık hakkında tesis olunacak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel oluşturması için, sanığın yargılandığı suçun işlenme tarihinin, önceki mahkumiyet kararının kesinleşme tarihinden sonra olması gerekir; ancak önceki mahkumiyet kararının infaz edilmiş olması gerekmez(A. Önder, 1992, s.187). Suç işlendikten sonra kesinleşen mahkumiyetler hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel teşkil etmez*. Bu nedenle halihazırda devam etmekte olan yargılamalar hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının sabıka koşulu yönünden engel teşkil etmez(Centel, Zafer, 2009, s.362). Görüldüğü üzere daha önceden işlenen suçun işlendiği tarihten ziyade bu suça ilişkin mahkumiyet kararının kesinleştiği tarih önem arz etmektedir. Kesinleşmeyen önceki mahkumiyet hükmü, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına kanuni bir engel teşkil etmiyor ise de hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun cezanın bireyselleştirilmesi aracı olduğu göz önünde bulundurularak, mahkemece sanığın yeniden suç işlemeyeceği hususundaki kanaatte değerlendirilmesi suretiyle sanık hakkında tesis olunan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilebilir.

2.Kasıtlı Suça İlişkin Olması

5271 Sayılı CMK'nın 231. maddesinin 6. fıkrasının (a) bendinde olumsuz koşuldan anlaşılması gereken mahkumiyetin kasıtlı bir suça ilişkin olmasıdır. Sanığın, daha önceden taksirli bir suç nedeniyle hüküm giymiş olması-bilinçli taksir olsa bile-önemli değildir(Artuç, 2010, ss.101-102), hakkında tesis olunacak olan hükmün açıklanması geri bırakılabilir. Doktrinde bilinçli taksir durumunda failin, sonucu öngörebildiği ve buna rağmen ölçüsüz ya da tedbirsiz hareketle neredeyse olası kasta yakın bir saikle hareket ettiği iddiası ile bilinçli taksirle işlenen suçlar nedeniyle verilen cezanın, hükmün açıklanmasının geri bırakılması için engel olarak kabul edilmesinin ceza adaletine daha uygun bir sonuç doğurabileceği belirtilmiştir(Töngür, 2009, s.244). Kanaatimizce TCK'da ayrı şekillerde tanımlanan ve biri kastın, diğeri taksirin bir türü olan, olası kast ve bilinçli taksiri kusur açısından eşit olarak kabul ederek, her iki halde de mahkumiyetlerle ilgili olarak

* Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun, 06.05.2008 tarih, 2007/4.MD-27 esas, 2008/95 karar sayılı kararı(UYAP sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemeyeceğini kabul etmek ceza adaletine uygun olmayacağı gibi yeni TCK'nın sistemine de uygun düşmez. Zira TCK her iki kusurluluk halini ayrı ayrı tanımlamış ve her iki hal için farklı cezalandırma şekilleri öngörmüş-her ne kadar bazı suçlara ilişkin düzenlemelerde manevi unsur ayrımı bakımından ceza adaletine uygun olmayacak temel ceza belirlemesi yapılmış ise de(Daha detaylı bilgi için bakınız: Geyik, 2006)- böylelikle kusurluluk açısından olası kastın bilinçli taksirden daha ağır bir kusurluluk hali olduğunu ortaya koymuştur.

3.Sabıka Koşulu Açısından Özel Durumlar

Aşağıda hükmün açıklanmasının geri bırakılması için öngörülen mahkumiyet koşulu ile ilgili kimi özel durumlar incelenecektir.

3.1.Zamanaşımı

Ceza kanunlarında iki türlü zamanaşımı kabul edilmiştir; dava zamanaşımı açılmamışsa davanın açılmasına, açılmışsa da davanın görülmesine engel olmakta iken ceza zamanaşımı mahkeme tarafından verilmiş olan kesin hükmün uygulanmasına engel teşkil etmektedir.

Zamanaşımı Türk Ceza Hukuku'na 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu ile girmiş(Burgul, 2009, s.111), 5237 sayılı TCK'nun 66. ve 68. maddelerinde düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'nın 72. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca dava ve ceza zamanaşımı re'sen uygulanır ve bundan şüpheli, sanık ve hükümlü vazgeçemezler.

Dava zamanaşımı, Devlet ile suçlu olduğu sanılan kişi arasındaki yargısal ilişkiyi sona erdirir(Özar, 2010, s.182). Dava zamanaşımı, devletin o suçla ilgili yargılama yapma imkanını ortadan kaldırır(İçel, 2002, s.357), kanunda belirtilen sürelerin geçmesi halinde dava açılmaz, açılmışsa da davaya devam edilemez(Burgul, 2009, s.86). Bu doğrultuda 5237 Sayılı TCK'nın 66. maddesinde kamu davasının, aynı maddede belirlenen sürelerin geçmesi ile düşeceği hüküm altına alınmıştır.

Davanın zamanaşımına uğraması halinde; kesinleşmiş bir mahkumiyetten söz edilemeyeceğinden sonradan işlenen suç ile ilgili hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel bir durum söz konusu olmayacaktır. Ceza zamanaşımının dolması ile birlikte devletin o cezayı infaz edebilme yetkisi son bulur. Ancak bu durum infaza ilişkin olup, mahkumiyet hükmü tüm sonuçlarıyla varlığını devam ettirecektir. Dolayısıyla yeni işlenen suçla ilgili hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel teşkil edecektir(Erteleme ile ilgili aynı yöndeki görüş için bakınız: İçel, 2002, s.292; Özgenç, 2006, s. 649).

3.2.Af

Doğurduğu sonuçlar bakımından af; genel af ve özel af olarak ayrılmaktadır. Af işlemi ile ceza mahkumiyeti bütün sonuçları ile kamu davasını ortadan kaldırıyorsa genel af, buna karşılık yalnızca kesinleşmiş ceza mahkumiyeti ortadan kaldırılıyor, hafifletiliyor veya başka bir cezaya dönüştürülüyorsa özel af söz konusudur*. Affin doğurduğu hükümlere göre yaptığımız bu ayırım gerek Anayasa'da(m.87), gerekse TCK'da(Mülga TCK'da m.97 ve 98;Yeni TCK'da m.65 ve 74) öngörülmüştür(Sözuer, 2001, s.240).

Yani genel af sadece mahkumiyetin bütün sonuçlarını değil, aynı zamanda fiilin suç olma niteliğini yok eder. Oysa özel af fiilin suçluluk niteliğini değil fakat hükmedilmiş olan cezayı ortadan kaldırır, azaltır veya başka bir cezaya çevirir(Dönmezer, Erman, 1985, s.284-308).

Genel af neticesinde, ceza hukuku bakımından esas itibariyle kamu davası düştüğünden ve ceza mahkumiyeti bütün sonuçları ile ortadan kalktığından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel teşkil eden durum ortadan kalkmaktadır. Ancak özel af, sadece mahkumiyetin infazına ilişkin bir düzenleme olduğundan, cezayı bütünü ile ortadan kaldırmadığından, mahkum özel aftan yararlırsa dahi, daha sonra işleyeceği suçlarda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel teşkil edecektir.

* Ayırımın sonuçları ile ilgili olarak; TCK 65. madde gereğince " Genel af halinde, kamu davası düşer, hükmolunan cezalar bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalkar." Buna karşılık TCK 65/2 maddesine göre; "Özel af ile hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir ya da adli para cezasına çevrilebilir. Cezaya bağlı olan veya hükümde belirtilen hak yoksunlukları, özel affa rağmen etkisini devam ettirir."

3.3. 4616 Sayılı Kanun'a Göre Verilen Kararların Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına Etkisi

Öncelikle belirtmek gerekir ki, 4616 sayılı yasanın, kanaatimizce hukuki açıdan yasa tekniğine uygun olmaması ve düzenlemek istediği konuyu ayrıntılı ve ilgili kurumlarla bağlantılı olarak ele almamasının sonucu farklı düşünce ve uygulamaların ortaya çıkması da kaçınılmaz olmuştur(Aynı yöndeki görüş için; Güven, Özsoy, 2001).

4616 sayılı yasa uyarınca verilen erteleme kararları, ilgili yasaca belirlenen deneme süreleri içerisinde suç işlenip işlenmediğinin takibi bakımından adli sicile işlenmiştir. Bu nedenle sanığın sabıkasında 4616 sayılı yasa uyarınca verilen erteleme kararı bulunması durumunda, sanığın sabıkasına esas ilam mahkemesinden getirilerek erteleme süresi içerisinde suç işleyip işlemediği araştırılmalı, sonucuna göre karar verilmelidir.

4616 Sayılı Yasa'ya göre kesinleşmiş mahkumiyet durumunda, hükümlük tüm sonuçları ile ortadan kalkmamakta, sadece cezadan mahsup ya da cezanın on yıldan az olması halinde şartsız olarak salıverme öngörülmüştür. Bu nedenle sanık ceza kesinleştikten sonra 4616 sayılı yasa uyarınca şartla tahliye edilmiş ise, bu mahkumiyet hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel olacaktır*.

Hazırlık soruşturmaları ve henüz kesin hükme bağlanmamış davalarda ise öngörülen cezanın üst sınırının on yılı geçmemesi halinde hazırlık soruşturması ve davalar, suç kabahat ise bir yıl, cürüm ise beş yıl ertelenecek, dosya ve deliller öngörülen süre sonuna kadar muhafaza edilecek, süreler aynı cins ya da daha ağır şahsi hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren suç işlenmeksizin geçirildiğinde hakkında hazırlık soruşturması olanlar için kamu davası açılmayacak, davaların ise ortadan kaldırılmasına karar verilecekti. Bu durumda olanların hakkındaki soruşturma ve dava ortadan kalkacağı için af kurumunun sonuçlarını doğurmaktadır(Güven, Özsoy,

* Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 06.12.2011 tarih, 2011/4-217 Esas, 2011/244 Karar sayılı kararı(Uyap Sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

2001). Bu durumda ertelenmiş olan dava kasıtlı suçtan da olsa hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel oluşturmayacaktır*.

Mevcut hazırlık soruşturması ve davalarda, suç için öngörülen cezanın üst sınırının on yılı geçmesi durumunda ise, kamu davası açılacak derdest kamu davalarına devam edilecek ve hükmün kesinleşmesinden sonra cezanın miktarına göre yukarıdaki açıklamalara göre işlem yapılacağı için cezanın on yıldan fazla olması halinde cezasından mahsup, on yıldan az olması durumunda ise şartsız salıverme söz konusu olup, davanın tüm sonuçları ile ortadan kaldırılması sonucunu doğurmayacaktır(Güven, Özsoy, 2001). Bu durumda da mahkumiyet hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel olacaktır.

3.4. Askeri Mahkemelerce Verilen Mahkumiyet Hükümlerinin Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına Etkisi

5271 Sayılı CMK'nın 231. maddesinde askeri mahkemeler tarafından verilmiş önceki mahkumiyet kararlarının hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu ile ilişkisi hakkında her hangi bir düzenleme mevcut değildir. O halde askeri mahkemelerce verilmiş önceki mahkumiyet kararları sanık hakkında tesis olunacak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel teşkil edecek midir?

Askeri Ceza Kanunu'nda şöyle bir hüküm bulunmaktadır;" *Evvelki mahkumiyet askeri bir suç için verilmiş bir ceza olur ve bu askeri suç Türk Ceza Kanunu mucibince cezayı mucib bir fiil bulunmazsa ikinci fiilden dolayı Türk Ceza Kanunu mucibince verilecek cezanın teciline birinci fiil mani olamaz.*"(m.47, bent c). Buna göre askeri ceza mahkemelerinden verilen cezanın, cezanın ertelenmesine engel olabilmesi için bu cezanın ilişkin olduğu fiilin TCK'da suç olarak tanımlanmış olması gerekir yani "*sırf askeri suç*"tan dolayı verilmiş olan mahkumiyet hükümleri bilahare işlenen suçtan dolayı hükmolunan cezanın ertelenmesine engel teşkil etmemektedir(Özgenç, 2007, ss.649-650).

* Yargıtay 4. Ceza Dairesinin, 12.05.2009 tarih, 2009/3314 esas, 2009/9122 karar sayılı kararı(Uyap sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

Bu noktada yasa maddesini daha iyi yorumlamak adına askeri suçlar ile ilgili kısa bir açıklama yapmak faydalı olacaktır.

Türk doktrininde askeri suç tanımı üzerinde pek fazla durulmamakla birlikte tanım konusundaki genel eğilime göre; unsurları ve cezaları Askeri Ceza Kanunu'nda gösterilen suçlar ile unsur ve cezaları itibariyle Askeri Ceza Kanunu'nun TCK'na atıfta bulunduğu suçlar askeri suçlardır, bunlar dışında kalan suçlar askeri suç değildir(Akdeniz, 2007, s.15). Askeri suçlar genel olarak "*sırf askeri suçlar*", askeri sayılan suçlar yani "*askeri suç benzerleri*" diye ayrılabilir^{*}; birinci kategoriye giren askeri suçlar, bir asker kişi tarafından askeri bir hizmet veya görevin ihlali suretiyle işlenip de, bu sığata sahip olmayan kişiler tarafından işlenmesi mümkün olmayan ve TCK'nda ne kısmen ne de tamamen öngörülmemiş askeri suçlardır ki, bunlara "*sırf askeri suçlar*" adı verilebilir. İkinci kategori ise, asker olmayan kişiler tarafından da işlenmesi mümkün olup, askeri bir menfaati korumak gayesini güden, bütün veya bir kısım unsurları ile genel ceza kanununda öngörülen ve askeri ceza kanunları tarafından ayrıca belirtilen veya yapılan atıf dolayısıyla bu kanunların uygulama alanı içine alınan suçlardır ki, bunlara da "*askeri suç benzerleri*" demek mümkündür(Erman, 1983, s.151).

Sırf askeri suçların ayırıcı vasıfları; failin asker şahıs olması, fiilin yükletilmiş bir askeri hizmet veya vazifenin ihlali şeklinde olması, fiilin yalnız Askeri Ceza Kanunu veya kanunlarında suç olarak yer alması halleridir(Erman, 1983, s.153; Yertut,1970, s.52).

Doktrinde de sırf askeri suçların hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yasal engel teşkil etmemesinin CMK'nın 231. maddesinin getiriliş amacına ve ruhuna uygun olacağı(İpek, 2010, s.137) ve bunun adaletli ve hakkaniyetli bir çözüm olacağı ifade edilmiştir(Kıldan, 2009, s.4). Buna karşılık TCK'da suç olarak tanımlanmış bir fiilden dolayı verilen cezanın, askeri ceza mahkemesi tarafından verilmiş olsa bile yeni suçtan dolayı tesis olunacak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel teşkil etmesi gerektiği ifade edilmiştir(Erteleme ile ilgili mahkumiyet şartı yönünden aynı yöndeki görüş için; Özgenç, 2007, s.650). Söz konusu değerlendirmelere iştirak

^{*} "*Bugün askeri suçlar içinde yapılmakta olan sırf askeri suç*" ayrımının Roma Hukukunda mevcut olduğu bilinmektedir."(Erman, 1983, s.18).

etmekle birlikte, 07.05.2010 tarihli 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 15. maddesi* ile askeri mahkemelerin bu yöndeki yetkisinin oldukça kısıtlandığını düşünüyoruz. Değişiklik gerekçesinde de bu husus; “*Askeri Mahkemelerin görev alanının askeri suçların yargılanmasıyla çağdaş ülkelerde olduğu gibi sınırlandırıldığı ve asker kişilerin sadece askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri askeri suçlara ait davalarla sınırlı tutulduğu, asker olmayan kişilerin savaş hali haricinde, askeri mahkemelerde yargılanamayacağı*” şeklinde ifade edilmiştir (<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss497.pdf>, Erişim Tarihi: 22.06.2013).

Diğer yandan, kanun koyucunun 5352 sayılı Yeni Adli Sicil Kanunu'nun 5. maddesi hükmüne istinaden hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair düzenlemede sırf askeri suçlar ile ilgili ayrı bir düzenleme yapma gereği duymadığını düşünüyoruz. Nitekim 5352 sayılı Yeni Adli Sicil Kanunu'nun 5. maddesinin 1. fıkrasının a bendine göre “*Türk mahkemeleri tarafından verilmiş olsa bile, disiplin suçlarına ve sırf askerî suçlara ilişkin mahkumiyet hükümleri adli sicile kaydedilmez.*” Hukuk sistemimizde sanık hakkında daha önceden verilmiş bir mahkumiyet hükmünün olup olmadığı sabıka kayıtlarından anlaşılabilir. Şu halde askeri mahkemelerce daha önceden verilmiş disiplin suçlarına ve sırf askeri suçlara ilişkin mahkumiyet kararları sanığın sabıka kaydından anlaşılamayacağından sanık hakkında tesis olunacak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel teşkil etmeyecektir.

* **Madde 15;** Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 145 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Madde 145 – Askerî yargı, askerî mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür. Bu mahkemeler; asker kişilerin tarafından işlenen askerî suçlar ile bunların asker kişilerin aleyhine veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidir. Devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlara ait davalar her halde adliye mahkemelerinde görülür.

Savaş hali haricinde, asker olmayan kişiler askerî mahkemelerde yargılamaz.

Askerî mahkemelerin savaş halinde hangi suçlar ve hangi kişiler bakımından yetkili oldukları; kuruluşları ve gerektiğinde bu mahkemelerde adli yargı hâkim ve savcılarının görevlendirilmeleri kanunla düzenlenir.

Askerî yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askerî hâkimlerin özlük işleri, askerî savcılık görevlerini yapan askerî hâkimlerin görevli buldukları komutanlıkla ilişkileri, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.”

3.5. Yabancı Yargı Makamları Tarafından Verilen Mahkumiyet Kararlarının Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına Etkisi

5271 sayılı CMK'nın 231. maddesinde yabancı mahkemeler tarafından verilmiş önceki mahkumiyet kararlarının hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu ile ilişkisi hakkında her hangi bir düzenleme mevcut değildir.

5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 2. maddesine göre "*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.*" Yine aynı Kanunun "*Adli Sicile Kaydedilecek Bilgiler*" başlıklı 12. maddesinin 1-f bendinde "*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*" adli sicile kaydedilecek bilgiler arasında gösterilmiştir.

5271 sayılı CMK'da yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine dair her hangi bir düzenleme bulunmamaktadır. 5237 sayılı TCK'nın 17. maddesinde "*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.*"

Aynı Kanunun 58/4. maddesine göre "*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 tekerrüre esas olmaz.*"

3002 sayılı Türk Vatandaşları Hakkında Yabancı Ülke Mahkemelerinden ve Yabancılar Hakkında Türk Mahkemelerinden Verilen Ceza Mahkumiyetlerinin İnfazına Dair Kanun 4. maddesi uyarınca türk vatandaşları hakkında yabancı ülke mahkemelerinden verilip kesinleşen mahkumiyetlerin Türkiye'de yerine

getirilmesine Adalet Bakanı tarafından karar verilebilir. Aynı Kanununun 5. maddesine göre "*Yabancı mahkeme ceza ilamına Türkiye'de uygulanacak müeyyidenin tayin edilmesi konusunda karar vermeye, yabancı mahkumiyet ilamına esas teşkil eden suçun niteliği veya cezanın miktar ve mahiyetine göre görev yönünden tekabül eden Ankara mahkemesi yetkilidir.*" Yine aynı Kanununun 8. maddesine göre "*Kesinleşen yerine getirme kararları genel hükümler dairesinde infaz olunur ve adli sicile kaydedilir.*"

Daha önceden erteleme ile ilgili olarak, doktrinde fail hakkında yabancı mahkemelerden verilmiş olan cezaların yeni suçtan dolayı verilecek olan cezanın ertelenmesine engel olmayacağı kabul edilmekte idi (Önder, 1958, s.186). Ancak işaret etmek gerekir ki, bu konuda Türkiye'nin taraf olduğu "*Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi*"nde hüküm bulunmaktadır. Söz konusu sözleşmenin 56. ve 57. maddelerine göre taraf devletlerden birinde verilmiş bulunan mahkumiyet kararı bu ülkede hangi sonuçları doğuruyorsa diğer taraf devletlerde de aynı sonuçları doğurabilecektir. Ancak bunun için taraf devletler mevzuatında gerekli değişikliklerin yapılması gerekmektedir. Türkiye'de bu konuda her hangi bir düzenleme yapılmadığına göre yabancı mahkeme kararlarının hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel teşkil edici bir etkisi bulunmamaktadır(Erteleme ile ilgili mahkumiyet şartı yönünden aynı yöndeki görüş için bakınız: Özgenç, 2007, s.650).

3.6. Ceza Kararnamesi ile Verilen Kararlar ile Kesin Olarak Verilen Kararların Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına Etkisi

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını düzenleyen 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesinde ceza kararnamesiyle veya kesin olarak verilen mahkumiyet hükümleri ile ilgili açık bir hüküm bulunmamakta yalnızca sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmamış olması koşulu aranmaktadır.

Öğretide daha önceden işlenen suça ilişkin olarak ceza kararnamesi veya kesin olarak verilen mahkumiyet hükümlerinin silinme koşulları oluşmamış ise hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel olacağı ileri sürülmüştür(Artuç, 2010, s.107).

5271 sayılı CMK'da yer verilmeyen sulh ceza hakiminin ceza kararnamesi* , genel yargılama kurallarından farklı kuralları bulunan, kendine özgü hızlandırılmış bir yargılama yöntemidir. Bu yargılamanın en önemli özelliği, sanık davet edilip sorgusu yapılmadan ve kanıtlar ortaya konulup tartışılmadan, evrak üzerinden karar verilmesidir. Bir başka anlatımla duruşma açılarak yüz yüze yargılama yapılmadan, mevcut kanıtlarla yetinilmek suretiyle dosya üzerinden incelemeye karar verilmektedir. Bu yolla mahkemelerin iş yüklerinin hafifletilmesi ve basit suçların yargılamalarının hızlı bir şekilde sonuçlandırılması amaçlanmıştır**.

Anayasa Mahkemesi 22.10.2004 gün ve 25621 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 30.06.2004 gün ve 481-91 sayılı kararı ile 1412 sayılı CYUY'nın 390. maddesinin 3. fıkrasının iptaline karar verilmiştir. Söz konusu fıkra CMUK'nın 301, 302 ve 303. maddelerine atıfta bulunmak suretiyle ceza kararnamelerine itirazın duruşma yapılmaksızın incelenmesini öngörmekte idi.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 28.02.2012 tarih 2011/4-522 Esas, 2012/71 Karar ve 04.12.2012 tarih, 2012/10-1258 Esas, 2012/1830 Karar sayılı kararları ile, Anayasa Mahkemesi kararına atıfta bulunmak suretiyle, adil yargılanma hakkı çerçevesinde ceza kararnamesi ile verilmiş olan mahkumiyetlerin, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasına engel olmayacağına hükmetmiştir.

Her ne kadar söz konusu karar doğrultusunda kesin nitelikteki kararların da hükmün açıklanmasının geri bırakılması yönünden engel teşkil etmemesi gerektiği savunulabilir ise de ceza kararnamesinde sanık davet edilip sorgusu yapılmadan ve kanıtlar ortaya konulup tartışılmadan, evrak üzerinden karar verildiği halde kesin nitelikteki kararlarda sanığın sorgusunun yapılması ve delil tartışması yapılması zorunlu olmakla aralarında önemli farklar bulunmaktadır. Bu nedenle sanık hakkında

* 5271 sayılı CMK'da yer almayan ceza kararnamesine ilişkin 1412 sayılı CMUK'nın 386-391. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

** Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 19.04.2011 tarih ve 84-55 sayılı kararı.(Uyap sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

daha önceden verilen kesin nitelikteki mahkumiyet kararı kasıtlı suça ilişkin ise sanık hakkında kurulacak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel teşkil edecektir.

3.7. On Sekiz Yaşından Küçüklerin İşlediği Suçlar

Kanun koyucu suça sürüklenen çocukların işlediği suçlar bakımından tekerrür ve hak yoksunluklarının uygulanamayacağı yönündeki hükümlerin* aksine hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile ilgili olarak buna benzer ayrık bir düzenleme getirmediğinden, bu suçlardan dolayı verilen mahkumiyet kararları da hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel teşkil edecektir.

3.8. Daha Önceden Verilen Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarının Sabıka Koşulu Açısından Değerlendirilmesi

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının varlığı halinde kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmünün varlığından söz edilemez. Dolayısıyla sanık hakkında daha önceden verilmiş hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, ikinci suç açısından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının sabıka koşulu yönünden engel teşkil etmez. Her ne kadar, sabıka koşulu yönünden engel teşkil etmemekte ise de bu kararların sanığın suç işleme eğiliminin değerlendirilmesinde nazara alınması gerekir. Aksinin kabulü sanık hakkında ardı ardına defalarca hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi sonucunu doğurur ki, bu kurumun amacına aykırı olacak ve işlenen suçların cezasız kalması sonucunu doğuracaktır.

3.9. Adli Sicil Kaydından Silinme Koşulları Gerçekleşen Mahkumiyet Kararları

Gerek kanunda gerekse gerekçede sanığın daha önceden kasıtlı bir suçtan dolayı almış bulunduğu mahkumiyetin üzerinden uzun bir zaman geçmiş bulunması durumunda ve söz konusu mahkumiyetin sabıka kaydından silinme koşullarının oluşmuş bulunması durumunda, bu mahkumiyetin sanık hakkında tesis olunacak

* TCK'nın 58 .maddesinin 5. fıkrasına göre on sekiz yaşından küçüklerin işlediği suçlar tekerrüre esas alınmaz. Yine TCK'nın 53 maddesinin 4. fıkrasına göre fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında 53. maddenin 1. fıkrasında sayılan hak yoksunlukları uygulanmaz.

hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel teşkil edip etmeyeceği konusunda her hangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda doktrinde, kimi yazarlar kasıtlı suçun ne kadar süre önce işlendiğinin öneminin olmadığını, önemli olanın daha önceden sanığın kasıtlı bir suçtan mahkum olması olduğunu savunmakta(Günay, 2010, s.432; Meran, 2008, s.65; Aras; 2008, s.74; İpek, 2010, s.125) iken uygulamada Yargıtay Ceza Genel Kurulu 03.02.2009 tarih, 2008/11-250 esas, 2009/13 karar sayılı kararı* soruna çözüm getirmiştir.

Söz konusu CGK kararında özetle;"*Kanun koyucunun hak yoksunluklarını kural olarak 5237 sayılı yasanın 53. maddesinde cezanın infazı ile sınırlandığı, doğmuş hak mahrumiyetlerini ortadan kaldırmak için Adli Sicil Yasasına 13/a maddesini ekleyerek yasak hakların geri verilmesi müessesini kabul ettiği ve 5237 sayılı TCK'nın 58. maddesinde tekerrür hükümlerinin uygulanması açısından infazdan itibaren beş ve üç yıllık süreler öngördüğü bu nedenle kanun koyucunun bir kez mahkûm olan bir kişinin ömür boyu bu mahkumiyetinin olumsuz sonuçlarından etkilenmesi gerektiğini kabul ettiğinin düşünilemeyeceği, bu nedenlerle, yeni yasa dönemindeki mahkumiyetler açısından da, belirli sürelerin geçmesi ile bu mahkumiyetlerin 231. maddenin uygulanmasına yasal engel oluşturmayacağını kabulde zorunluluk bulunduğu" gerekçesine dayanılmış ve şu sonuca ulaşılmıştır; 01.06.2005 tarihinden önce işlenen suçlar yönünden, önceki mahkumiyetin 765 sayılı TCK'nın 95/2. maddesi uyarınca esasen vaki olmamış sayılacağı haller veya 3682 sayılı Adli Sicil Yasasının 8 ve 5352 sayılı Adli Sicil Yasasının geçici 2. maddesi hükümleri uyarınca silinme koşulları oluşan önceki mahkumiyetler, adli sicilden silinmiş olup olmadığına bakılmaksızın; 01.06.2005 tarihinden sonra işlenen suçlardan dolayı mahkum edilen sanıklar yönünden ise 5237 sayılı TCK'nda tekerrür hükümlerinin uygulanması için 58. maddesinde öngörülen sürelerin geçmiş olduğu haller, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının objektif koşullarının değerlendirilmesinde olumsuz koşul olarak belirtilen engel bir neden olarak kabul edilemeyecektir. Ancak, yasal engel oluşturmayan bu mahkumiyetlerin yargılama mercilerince, subjektif koşulun ele alınmasında sanığın suç işleme eğilimi açısından değerlendirmeye esas alınmasına da bir engel bulunmamaktadır."*

* Uyap sistemi üzerinden temin edilmiştir.

İfade etmek gerekir ki Yargıtay daha önceki yerleşik uygulamasında sabıka kaydından silinme koşulları oluşan mahkumiyetin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel olmayacağına karar vermekte* iken bu karar ile birlikte 1 Haziran 2005 tarihinden sonra işlenen suçlar yönünden 5237 sayılı TCK'nın 58. maddesinde tekerrüre esas alınma için öngörülen sürelerin geçmiş bulunması durumunda, söz konusu mahkumiyetin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel olmayacağına karar vererek bu koşulu oldukça esnetmiştir.

Söz konusu Yargıtay kararında 01.06.2005 tarihinden önce işlenen suçlardan dolayı mahkum edilen sanıklar yönünden öngörülen çözüm yerinde olmakla birlikte, 01.06.2005 tarihinden sonra işlenen suçlardan dolayı mahkum edilen sanıklar yönünden öngörülen çözüm zorlama bir yorum olmuştur. Nitekim ne hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile ilgili 5271 sayılı CMK'nın 231 maddesinde, ne tekerrür ile ilgili 5237 sayılı TCK'nın 58. maddesinde ne de bu yasa maddelerinin gerekçelerinde 01.06.2005 tarihinden sonra işlenen suçlardan dolayı verilen mahkumiyet kararları ile ilgili olarak, 5237 sayılı TCK'nın 58. maddesinde tekerrür hükümlerinin uygulanması için öngörülen sürelerin geçmiş olduğu hallerde, bu mahkumiyetlerin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının objektif koşullarının değerlendirilmesinde olumsuz koşul olarak değerlendirilemeyeceğine dair bir düzenleme mevcut değildir.

Anayasa Mahkemesi'nin aşağıda detaylı bir şekilde incelenecek olan 20/01/2011 tarih, 2008/44 esas, 2011/21 karar sayılı iptal kararı ve bu karar doğrultusunda yapılan 6290 sayılı Yasa değişikliği ile birlikte belirtilen kararın 1 Haziran 2005 tarihinden sonra işlenen suçlar ile ilgili kısmının uygulanma imkanı kalmamıştır.

Adli sicilde silinme koşulları oluşmuş bir mahkumiyet adli sicilden silinmiş olsun veya olmasın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yasal engel oluşturmayacaktır. 3682 sayılı Adli Sicil Yasası döneminde oluşan adli sicil kayıtlarında, silinme koşullarının oluşup oluşmadığı ve sanığın adli sicil kaydının

* Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin 31.03.2008 tarih, 2008/19739 Esas, 2008/5949 Karar sayılı kararı(Uyap Sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

bulunup bulunmadığı adli sicil kaydının incelenmesi suretiyle saptanabilmekte ise de, 5352 sayılı Adli Sicil Yasasının 9. maddesi uyarınca oluşturulan adli sicil kayıtları ceza veya güvenlik tedbirlerinin infazının tamamlanması ile Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünce silinerek bu kayıtlar arşiv kaydına alınacağından, sanığın daha önce suç işleyip işlemediğinin saptanabilmesi için adli sicil kaydının getirilmesi yeterli olmayıp, anılan Yasanın 9. maddesi uyarınca arşiv bilgilerinin de istenmesi gerekmektedir* .

Kimi durumlarda silinme koşulları oluşmasına rağmen sabıka kaydında yer alan bilgiler silinmemiş olabilir. Uygulamada Yargıtay bu tarz durumlarda mahkemece; ilgilinin sabıka kaydındaki mahkumiyet kararının kesinleşme ve infaz şerhini içerir suretinin, kararı veren mahkemeden getirtilerek silinme koşulları yönünden incelenmesini, söz konusu mahkumiyetin sabıka kaydından silinme koşulları oluşmuş ise hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel olarak kabul edilmemesi gerektiğine hükmetmektedir. Kanaatimizce Yargıtay uygulaması yerindedir. Zira aksine bir uygulama aynı hukuki statüde olacak kişiler arasındaki eşitliği bozar. Şöyle ki 3682 sayılı yasanın 8. maddesinde belirlenen süreyi iyi halli olarak geçirmiş ve sabıka kaydı silinerek hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel durum ortadan kalkmış olan kişi ile bekleme süresini iyi halli olarak geçirmiş olmasına rağmen idarenin geç harekete geçmesi sonucu sabıkası silinmemiş olan kişi arasında oluşabilecek eşitsizlik ancak bu yolla düzeltilebilir. Aynı gerekçe ile söz konusu sabıka kayıtlarının sanığın suç işleme hususundaki eğilimini belirlemek yönünden de yargı makamlarınca değerlendirmeye tabi tutulmaması gerektiğini düşünüyoruz.

Bu noktada, adli sicil ve arşiv kayıtlarının silinmesini incelemek faydalı olacaktır.

* Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 19.02.2008 tarih, 2006/6.MD-346 Esas, 2008/25 Karar sayılı kararı (UYAP sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

3.9.1. Adli Sicil ve Arşiv Kayıtlarının Silinmesi

1 Haziran 2005 tarihinde ceza hukuku alanında tüm temel kanunların değiştirilmesi ile mülga 765 sayılı TCK'nun sistemine göre hazırlanmış bulunan 22.11.1999 tarihli 3682 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun da değiştirilmesi bir gereklilik olarak ortaya çıkmıştır. Bu nedenle yeni TCK'nun yaptırım sistemine uyumu sağlamaya yönelik olarak hazırlanan 5352 sayılı yeni Adli Sicil Kanunu TBMM'ce 25/05/2005 tarihinde kabul edilmiş ve 01/06/2005 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

3682 ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanunları adli sicil ve arşiv kayıtlarının silinmesini farklı şekil ve koşullara bağlanmış bulunduğundan silinme koşullarının hangi yasaya göre değerlendirilmesi gerektiği önem arz etmektedir.

5352 sayılı yeni Adli Sicil Kanunu'nun Geçici 2. maddesindeki* "*suç tarihi*" ibaresi dikkat çekicidir. Burada suç tarihi adli sicildeki bir kaydın hangi kanuna göre silineceğini belirlemektedir. İşlenen suçun tarihi 1 Haziran 2005 tarihinden önce ise silme işlemi 3682 sayılı Adli Sicil Kanunu'na ve bu kanunun yönetmeliğine göre; suç tarihi 1 Haziran 2005 tarihinden sonra ise silme işlemi 5352 sayılı yeni Adli Sicil Kanunu'na ve bu kanunun yönetmeliğine göre yapılacaktır. Kanun koyucu sanığın aleyhine sonuç doğurmaması için bizce de doğru olarak kaydın yapıldığı tarihi değil suçun işlendiği tarihi esas almıştır. Zira kayıt tarihinin esas alınması aynı tarihte suç işleyen fakat cezaları farklı zamanlarda kayda işlenen kişilere, yeni ve eski kanun arasında özellikle kayıtların silinmesi konusunda aşağıda değinilecek olan önemli farkların bulunması nedeniyle, farklı uygulama yapılması sonucunu doğurarak eşitliğe aykırı bir durum ortaya çıkaracaktır(Artuç, 2008, s.772).

Şimdi farklı koşullara tabi olmaları nedeniyle adli sicil ve arşiv kayıtlarının silinmesini 1 Haziran 2005 tarihinden önce işlenen suçlar ve 1 Haziran 2005

* **5352 sayılı yeni Adli Sicil Kanunu Geçici Madde 2:** "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte, Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğüne toplanmış olsun veya olmasın, **suç tarihi** itibarıyla bu Kanunun yürürlük tarihinden önceki kayıtlar hakkında, 3682 sayılı Kanuna göre süre yönünden silinme koşulu oluşanlar silinir; diğer kayıtlar için bu Kanun hükümlerine göre işlem yapılır."

tarihinden sonra işlenen suçlar ile ilgili adli sicil ve arşiv kayıtlarının silinmesi olarak iki ayrı başlık halinde inceleyelim.

3.9.1.1. 1 Haziran 2005 Tarihinden Önce İşlenen Suçlarla İlgili Adli Sicil Kayıtlarının Silinmesi

3.9.1.1.1. 1 Haziran 2005 Tarihi İtibarı İle Silinme Koşulları Oluşan Kayıtların Silinmesi

5352 sayılı yeni Adli Sicil Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarih olan 1 Haziran 2005 tarihinden önce işlenen suçlarla ilgili kayıtlardan, yeni kanunun yürürlük tarihi olan 1 Haziran 2005 tarihi itibarı ile 3682 sayılı mülga Adli Sicil Kanunu'na göre silinme koşulları oluşan kayıtlar 5352 sayılı yeni Adli Sicil Kanunu'nun Geçici 2. maddesinin 1. Fıkrasına* göre Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nce re'sen silinecektir. Silinme koşulları oluşmayan kayıtlar ise adli sicil kaydından çıkarılarak arşiv kaydına alınacaktır. Bu konuda Anayasa'nın 76. maddesinde sayılan suçlar ve cezalar ile özel kanunlardaki düzenlemelerde "*affa uğramış olsa*" bile ifadesi bulunan suçlar ile ilgili olarak 5352 sayılı yeni Adli Sicil Kanun'unun Geçici 2. maddesinin 1. fıkrası ile getirilen istisnai düzenleme Anayasa Mahkemesi'nin 20/01/2011 tarih, 2008/44 esas, 2011/21 karar sayılı kararı ile iptal edilmiş olduğundan artık bu suçlar yönünden ayrık bir uygulama söz konusu olmayacaktır.

Bu tür kayıtların yeni adli sicil kanununa uyarlanması işlemi için 5352 sayılı Adli Sicil Kanununda bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 5 yıllık bir geçiş süreci öngörülmüş olup buna ilişkin yasal düzenleme de anılan kanunun geçici 1. maddesinde yer almıştır. Belirtilen süre Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü açısından yükümlülük getiren bir nitelik taşımaktadır. Bu durumda, bu tür kayıtların veri tabanından çıkartılması işlemi için getirilen yasal sürenin 1 Haziran 2010 tarihinde dolmuş olduğundan tereddüt bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla suç tarihi 1 Haziran 2005 tarihinden öncesine ait bulunan 1 Haziran 2005 tarihi itibarı ile

* **5352 sayılı yeni Adli Sicil Kanunu Geçici Madde 2/1. fıkrası:**Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte, Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğüne toplanmış olsun veya olmasın, suç tarihi itibarıyla bu Kanunun yürürlük tarihinden önceki kayıtlar hakkında, 3682 sayılı Kanuna göre süre yönünden silinme koşulu oluşanlar silinir; diğer kayıtlar için bu Kanun hükümlerine göre işlem yapılır. (İptal cümle: Anayasa Mah. 2008/44, 2011/21 K. ve 20/01/2011 tarihli iptal kararı ile).

3682 sayılı Adli Sicil Kanununa göre bu kanunun 8. maddesinde sayılan yasal süreler geçmiş olmak koşuluyla silinme şartları oluşan kayıtların tamamının en son 1 Haziran 2010 tarihinde Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünce resen kayıtlardan çıkartılmış ve silinmiş olması yasal bir zorunluluktur(Özkan, 2010, s.254).

Bu kapsamdaki kayıtlarla ilgili olarak Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü yanında mahkemelerce de silme kararı verilmesine engel bir durum yoktur(Özkan, Songür, 2005, s.164).

3.9.1.1.2. 1 Haziran 2005 Tarihi İtibarı İle Silinme Koşulları Oluşmayıp 5352 Sayılı Yeni Adli Sicil Kanunu'na Göre Arşive Alınan Kayıtların Silinmesi

Bu husustaki düzenleme 5352 sayılı yeni Adli Sicil Kanunu'nun Geçici 2. maddesinin 2. fıkrasında yer almaktadır*. Buna göre 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla mülga 3682 sayılı Kanunun 8. inci maddesinde öngörülen süreler yönünden silinme koşulları henüz dolmamış olan kayıtlar 5352 sayılı Kanun'un Geçici 2. maddesinin 1. fıkrasına gereğince aynı yasanın 9/1. ve 3. üncü madde ve fıkralarına göre Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından adli sicil kaydından çıkartılacak arşiv kaydına alınır. Bu kayıtlar infazı tamamlanmış olup, silinme koşulları 3682 sayılı mülga Adli Sicil Kanunu'na göre belirlenecek olan ancak 1 Haziran 2005 tarihi itibarı ile silinme koşulları oluşmadığından Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından arşive alınan kayıtlardır.

Bu kayıtlar için 5352 sayılı Adli Sicil Kanununun geçici 2/2. maddesi hükmü doğrultusunda ilgilinin Cumhuriyet Başsavcılığının veya Adli Sicil ve İstatistik Müdürlüğü'nün talebi üzerine hükmü veren mahkeme veya talep edenin bulunduğu yerdeki Asliye Ceza Mahkemesinin kararı ile arşiv kaydının silinebileceği hükmü bağlanmıştır. Bu konuda karar verme yetkisi münhasıran mahkemelere aittir, bu

* *5352 sayılı yeni Adli Sicil Kanunu Geçici Madde 2/2. fıkrası: "Birinci fıkraya gereğince işlem yapılarak arşive alınan kayıtlar hakkında, 3682 sayılı Kanunun 8 inci Maddesinde öngörülen sürelerin dolduğu veya ertelenmiş olan hükmün esasen vâki olmamış sayıldığı hallerde bu tarih esas alınarak, (İptal ibare: Anayasa Mah. 2008/44, 2011/21 K. ve 20/01/2011 tarihli iptal kararı ile) ilgilinin, Cumhuriyet Başsavcılığının veya Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünün talebi üzerine hükmü veren mahkemece veya talep edenin bulunduğu yer asliye ceza mahkemesince arşiv kaydının silinmesine karar verilir."*

konuda Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün silme yetkisi yoktur(Özkan, Songür, 2005, s.210). Yargıtay'ın kararı da bu yöndedir*.

3.9.1.1.3. Mülga 3682 Sayılı Adli Sicil Kanunu'na Göre Adli Sicil Kaydının Silinmesi

3.9.1.1.4. Süre Beklenmeksizin Adli Sicilden Çıkarılacak Kayıtlar

3682 sayılı mülga Adli Sicil Kanunu'nun 8. maddesinin son fıkrasına göre; *"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."* Bu konuda her hangi bir talebe gerek olmaksızın *Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü re'sen, süre beklemeksizin kaydı sicilden çıkaracaktır. Talep olması halinde mahkemelerce de silinme kararı verilebilir*(Artuç, 2008, s.777).

3.9.1.1.5. Erteli Cezaların Adli Sicilden Silinmesi

3682 sayılı mülga Adli Sicil Kanunu'nun 8. maddesinin 2. fıkrasına göre ertelenmiş olan hükümlerde hükmün esasen vaki olmamış sayıldığı tarih esas alınarak adli sicil kaydının silinmesine karar verilecektir.

765 sayılı TCK'ya göre verilen hapis ve para cezaları 657 CİK ve 2253 sayılı Çocuk Mahkemeleri Kanunu'na göre ertelenebiliyordu. Bu şekilde ertelenen cezalar için; ceza 657 CİK'nun 6. maddesine göre ertelenmiş ise suçun kabahat veya cürüm olmasına göre 765 sayılı TCK'nın 94. ve 95. maddelerinde 1 ve 5 yıllık süreler; ceza 2253 sayılı Çocuk Mahkemeleri Kanunu'nun 39. maddesine göre ertelenmiş ise 1 ve 3 yıllık süreler öngörülmüştü. Hükümlü bu süre içerisinde yeniden eski erteli cezası türünden veya daha ağır ceza gerektiren bir suç işlemediği takdirde almış olduğu ceza esasen vaki olmamış sayılıyordu. Bu süreler hükmün verilmesi tarihinden itibaren işlemeye başlıyordu. Bu durumda verilen erteli cezanın esasen vaki olmamış sayıldığı tarih itibarı ile 3682 sayılı mülga Adli Sicil Kanunu'nun 8. maddesine göre adli sicil kayıtları silinir hale gelmektedir. Burada hükümlünün suçu işlediği tarihteki

* Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun, 10.10.2006 tarih, 2006/8-186 esas, 2006/209 karar sayılı kararı(Uyap Sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

yaşının önemi olmadığı gibi hükümlünün işlediği suçun yüz kızartıcı olup olmamasının da önemi bulunmamaktadır. Her halde hükümlü deneme süresi içinde kasıtlı bir suç işlemez ise cezası adli sicilden silinmektedir(Artuç, 2008, s.778).

3.9.1.1.6. Erteli Olmayan Hürriyeti Bağlayıcı Ceza ve Para Cezalarının Adli Sicilden Silinmesi

Mülga 3682 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 8. maddesine göre adli sicil kayıtlarının silinmesi yönünden süreler cezanın çekildiği veya ortadan kalktığı veya düştüğü tarihten itibaren başlar. Hürriyeti bağlayıcı cezalarda cezanın infaz edildiği tarih bihakkın tahliye tarihidir. Para cezalarında ise, öngörülen ceza miktarının Maliye'ye tamamen yatırıldığı tarih infaz tarihidir.

3.9.1.1.7. Kabahatten Dolayı Verilen Mahkumiyete İlişkin Kayıtların Silinmesi

3682 sayılı mülga Adli Sicil Kanunu'nun 8. maddesinin 1. fıkrasının a bendine göre; kabahatten mahkumiyet halinde, diğer bir cürüm veya kabahatten dolayı bir yıl içinde, evvelce verilen ceza cinsinden bir cezaya veya daha ağır bir cezaya mahkum olunmadığı takdirde kişinin adli sicil kaydı silinir.

Bilindiği üzere 5237 sayılı TCK suçlarda cürüm-kabahat ayrımını kaldırmıştır. Bu durumda 1 Haziran 2005 tarihinden önce işlenen kabahatlerden dolayı verilen mahkumiyet kararlarına ilişkin adli sicil kayıtlarının silinmesi için 1 yıllık süre beklenecek midir, yoksa yeni TCK'da kabahatler ayrı bir şekilde düzenlenmediğinden süre beklenmeksizin silme işlemi yapılabilecek midir?

Kanaatimizce 765 sayılı TCK'nun 526 ve devamı maddelerinde tanımlanan kabahatlerden; yeni TCK ile suç olmaktan çıkarılan kabahatlere ilişkin kayıtlar 3682 sayılı mülga Adli Sicil Kanunu'nun 8. maddesinin son fıkrası gereğince re'sen ve 1 yıllık süre beklenmeksizin adli sicilden çıkarılmalıdır. Ancak işlenen kabahat yeni TCK 'da suç olarak düzenlenmiş ise 1 yıllık sürenin beklenmesi gerekir(Aynı yöndeki görüş için; Artuç, 2008, s.779).

3.9.1.1.8. Cürümden Dolayı Verilen Mahkumiyete İlişkin Kayıtların Silinmesi

3.9.1.1.9. On Sekiz Yaşından Büyüklerin Cürümle Mahkum Olmaları Halinde Silinme Süresi

Mülga 3682 sayılı Adli Sicil Kanunu bu konuda üçlü bir ayırım yapmaktadır:

* Beş yıldan fazla ağır hapis ve hapis cezasına mahkum olan kimse cezanın çekildiği veya düştüğü tarihten itibaren on yıl içinde, evvelce verilen ceza cinsinden bir cezaya veya daha ağır bir cezaya mahkum olmadığı takdirde adli sicil kaydı silinebilir hale gelir.

* Yüz kızartıcı suçlar nedeniyle verilen mahkumiyet kararlarına ilişkin kayıtlar verilen cezanın miktarı ne olursa olsun cezanın çekildiği veya düştüğü tarihten itibaren on yıl içinde, evvelce verilen ceza cinsinden bir cezaya veya daha ağır bir cezaya mahkum olmadığı takdirde adli sicil kaydı silinebilir hale gelir. Burada alınan cezanın türü veya miktarı önem arz etmemektedir. Adli para cezası veya hapis cezası olabilir. Ancak belirtmek gerekir ki yüz kızartıcı suçlara ilişkin ceza ertelenmiş ise bu mahkumiyetin vaki olmamış sayıldığı tarihte silinme koşulları gerçekleşmiş sayılır, on yıllık sürenin beklenmesi gerekmez.

Yüz kızartıcı suçlar 3682 sayılı mülga Adli Sicil Kanunu'nun 8. maddesinde basit ve nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma ve dolanlı iflas olmak üzere tahdidi değil tadadi olarak sayılmıştır. Yargıtay CGK'nun istikrar kazanmış içtihatlarına göre de bu sayma sınırlı değildir(Artuç, 2008, s.780).

* Beş yıl veya daha az ağır hapis veya hapis veya ağır para cezasına mahkumiyet halinde diğer bir cürümden dolayı beş yıl içinde cezanın çekildiği veya düştüğü tarihten itibaren beş yıl içinde, evvelce verilen ceza cinsinden bir cezaya veya daha ağır bir cezaya mahkum olmadığı takdirde adli sicil kaydı silinebilir hale gelir.

3.9.1.1.10. On Sekiz Yaşından Küçüklerin Cürümle Mahkum Olmaları Halinde Silinme Süresi

3682 sayılı yasa bu konuda ikili bir ayırım yapmıştır:

* Suçu işlediği zaman onsekiz yaşını doldurmamış olan küçüklerin yüz kızartıcı suçlardan dolayı mahkum olmaları veya diğer suçlardan dolayı beş yıldan fazla ağır hapis ve hapis cezasına mahkum olmaları durumunda 5 yıl içinde, evvelce verilen ceza cinsinden bir cezaya veya daha ağır bir cezaya mahkum olmadıkları takdirde adli sicil kayıtları silinebilir hale gelir.

*Suçu işlediği zaman onsekiz yaşını doldurmamış olan küçüklerin işledikleri suçtan dolayı beş yıl veya daha az ağır hapis veya hapis veya ağır para cezasına mahkum olmaları durumunda 2 yıl içinde, evvelce verilen ceza cinsinden bir cezaya veya daha ağır bir cezaya mahkum olmadıkları takdirde adli sicil kayıtları silinebilir hale gelir.

Burada hükümlünün karar veya silinme tarihindeki yaşı önemli değildir. Önemli olan suç tarihindeki yaşıdır.

3.9.1.1.11. Adli Sicil Kayıtlarının Silinmesi İçin Olumsuz Koşul

3682 Sayılı Mülga Adli Sicil Kanunu'na göre adli sicil kayıtlarının silinmesi için kişinin bekleme süresi içerisinde evvelce verilen ceza cinsinden bir cezaya veya daha ağır bir cezaya mahkum olmaması gerekir.

Burada ikinci suç için mahkumiyet değil suç tarihi önemlidir. Ayrıca önceki mahkumiyeti hapis cezası olan kimse para cezasını gerektiren bir suç işlese veya önceki mahkumiyeti ağır hapis cezası olan kimse hapis cezasını gerektiren bir suç işlese bu durumda silinme koşullarının oluşmasını engellemiş olmaz(Artuç, 2008, s.782).

3.9.1.2. 1 Haziran 2005 Tarihinden Sonra İşlenen Suçlarla İlgili Adli Sicil ve Arşiv Kayıtlarının Silinmesi

3.9.1.2.1. 1 Haziran 2005 Tarihinden Sonra İşlenen Suçlarla İlgili Adli Sicil Kayıtlarının Silinmesi

5352 sayılı yeni Adli Sicil Kanunu ile getirilen en önemli yenilik adli sicil ve arşiv kayıtlarının silinmesi ile ilgili olmuştur. Adli sicil bilgilerinin silinmesi yeni kanunun 9. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre adli sicil bilgileri sadece ilgilinin ölümü üzerine tamamen silinir. Maddede sayılan cezanın veya güvenlik tedbirinin infazının tamamlanması, ceza mahkûmiyetini bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıran şikayetten vazgeçme veya etkin pişmanlık, ceza zamanaşımının dolması, genel af hallerinde ise Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğüne adli sicil kaydı silinerek, arşiv kaydına alınır.

Yine aynı maddeye göre Türk vatandaşları hakkında yabancı mahkemelerce verilmiş olup 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.

Görüldüğü üzere yeni kanuna göre adli sicilden kayıt silme yetkisi ve görevi Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'ne verilmiş olup bu konuda mahkemeler yetkili ve görevli değildir. Silme işlemi Genel Müdürlükçe re'sen yapılacaktır.

3.9.1.2.2. 6290 sayılı Yasa Değişikliği Öncesinde, 1 Haziran 2005 Tarihinden Sonra İşlenen Suçlarla İlgili Adli Sicil Arşiv Kayıtlarının Silinmesi

5352 sayılı yeni Adli Sicil Kanunu ile getirilen en büyük yenilik adli sicil bilgilerinin silinmesi ile ilgilidir. 3682 sayılı mülga Adli Sicil Kanun'un 8. maddesi cezanın çekildiği, ortadan kalktığı veya düştüğü tarihten itibaren belli süreler geçtikten sonra, Anayasa'nın 76. maddesi ile özel kanunlarda sayılan suçlar hariç

olmak üzere, adli sicil bilgilerinin tamamen adli sicil kaydından çıkarılacağı ve bu çıkarmayla arşiv kaydı dahil olmak üzere tamamen silinebileceği hükmü getirilip silinme hususunun mahkemelerce yapılacağı bu yetkinin mahkemelere ait olduğu husus yer alırken; 5352 sayılı yeni Adli Sicil Kanunu'nda adli sicil kayıtlarının infaz ile birlikte hemen ve re'sen silinebileceği ancak adli sicilden silinen bilgilerin arşiv kaydına alınacağı, arşiv kayıtlarının ise 12. maddeye göre sadece genel af, ilgilinin ölümü, kaydın girildiği tarihten itibaren seksen yıl geçmesi, fiilin kanun ile suç olmaktan çıkarılması veya kayda konu mahkumiyetin kanun yararına bozma veya yargılamanın yenilenmesi sonucunda verilen beraat veya ceza verilmesine yer olmadığına dair karar ile ortadan kalkması ve bu kararın kesinleşmesi hallerinde Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nce re'sen silineceği hükme bağlanmış, mahkemelerce adli sicil ve arşiv kaydının silinmesi sistemine son vermiştir.

Görüldüğü üzere 5352 sayılı yeni Adli Sicil Kanunun'da, 3682 sayılı mülga Adli Sicil Kanun anlamında adli sicil kayıtlarının silinmesi söz konusu olmamaktadır. Bu durumun Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası ile Şanlıurfa 3. Asliye Ceza Mahkemesi ve Ankara 9. İdare Mahkemesi'nce yapılan başvurular üzerine Anayasa Mahkemesi 20/01/2011 tarih, 2008/44 esas, 2011/21 karar sayılı kararı ile 5352 Sayılı Kanun'un adli sicil ve arşiv kayıtlarının silinmesine ilişkin; 12. maddesinin 1. fıkrası ile Geçici 2. maddesinin, 1. fıkrasının "*Anayasanın 76'ncı maddesi ile özel kanun hükümleri saklıdır.*" biçimindeki son cümlesi ve 2. fıkrasının "*... Anayasanın 76'ncı maddesi ve özel kanunlarda sayılan suç ve mahkumiyetler dışındaki kayıtlar için ...*" bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi bu kararında, tüm suçlara ilişkin arşiv kayıtlarının kaydın girildiği tarihten itibaren seksen yılın geçmesiyle tamamen silineceğini, tüm suçlar için geçerli tek bir sürenin belirlenmesinin, arşiv kaydına alınmayı gerekli kılan amaçla orantılı ve makul olmaması nedeniyle adil ve hakkaniyete uygun bir düzenleme niteliğinde olmadığını ayrıca kişinin belli bir tarihte aldığı herhangi bir mahkumiyet kararına ilişkin kaydın kişinin ölümüne kadar ya da seksen yıl süreyle muhafaza edilmesinin, Anayasa'nın 5. ve 17. maddelerinde belirtilen kişinin maddi ve manevi varlığının geliştirilmesi ilkesi ve cezaların ıslah edici olma amacı ile bağdaşmadığını belirtmiştir. Diğer bir ifadeyle, Anayasa Mahkemesi tüm suçlar için

suçların ve cezaların ağırlıkları dikkate alınmaksızın bu kadar uzun ve tek bir süre öngörülmesini uygun bulmamıştır.

Mahkeme söz konusu iptal kararı nedeniyle doğacak hukuksal boşluğu kamu yararını ihlal edici nitelikte gördüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince iptal hükümlerinin, kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararının 14/04/2011 tarihli ve 27905 sayılı Resmi Gazetede yayımlanması nedeniyle kararda öngörülen süre dolmadan 11.04.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6290 Sayılı Yasa ile Adli Sicil Kanunu'nda Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda değişiklikler yapılmıştır.

3.9.1.2.3. 6290 sayılı Yasa Değişikliği Sonrasında, 1 Haziran 2005 Tarihinden Sonra İşlenen Suçlarla İlgili Adli Sicil Arşiv Kayıtlarının Silinmesi

6290 sayılı Yasa'nın 2. maddesi ile 5352 sayılı Adli Sicil Kanununun 12. maddesi Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda değiştirilmiştir. Buna göre; arşiv bilgileri; ilgilinin ölümü üzerine, Anayasanın 76 ncı maddesi ile Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunlarda bir hak yoksunluğuna neden olan mahkûmiyetler bakımından kaydın arşive alınma koşullarının oluştuğu tarihten itibaren, yasaklanmış hakların geri verilmesi kararı alınması koşuluyla onbeş yıl geçmesiyle, yasaklanmış hakların geri verilmesi kararı alınması koşulu aranmaksızın otuz yıl geçmesiyle, diğer mahkumiyetler bakımından kaydın arşive alınma koşullarının oluştuğu tarihten itibaren beş yıl geçmesiyle tamamen silinecektir.

O halde, bu noktada yasaklanmış hakların geri verilmesini incelememiz gerekecektir.

3.9.1.2.3.1. Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi

Suçla mücadele siyasetinin bir gereği olarak, bazı suçlardan ya da belirli bir süre ve türdeki ceza mahkumiyetinden hüküm giyenlerin, infazdan sonraki dönemde

de topluma zarar verebileceği düşüncesinden hareketle, temel hak olan kamu haklarının bir kısmını ya da tamamını kullanmaktan ya da bir meslek veya sanatı icra etmekten, mahkeme kararı ile ya da özel kanunlarda bulunan hükümler marifetiyle geçici bir süre ya da müebbeden yoksun bırakılmaları öngörülmüştür(Karaaslan, 2009, ss.128-129). İşlediği suç dolayısıyla toplumda kişiye karşı duyulan güven sarsıldığından suçlu kişi özellikle güven ilişkisinin varlığını gerekli kılan belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmaktadır.

Toplumsal yaşama uyum sağlayarak yaşamını iyi halli bir şekilde sürdürmekte olan hükümlünün, bir kısım haklarından yoksun kalmaya devam etmesinin, onun yeniden topluma kazandırılması gayesiyle çelişkili olacağı ayrıca cezanın amaçlarından birisinin de mahkumun ıslahı olması karşısında; bunu ispat eden kişinin ömür boyu hak yoksunluğuna muhatap olmasının, adil olmayacağı düşünceleri ile yasaklanmış hakların geri verilmesi kurumu ile bu hakları kullanma hakkını yeniden elde etmesine olanak sağlanmıştır(Arslan, 2007, s.3). O halde yasaklanmış hakların geri verilmesi(memnu hakların iadesi) müessesesi; ceza mahkumiyetinden doğan sürekli yasakların ve ehliyetsizliklerin ortadan kaldırılmasını sağlayan ve bu surette sözü geçen yasak ve ehliyetsizliklerden kurtulmak isteyen kimseyi hukuka uygun bir şekilde yaşamaya teşvik eden, bu yasakları geleceğe yönelik kaldıran adli bir muamele olarak tanımlanabilir(Karaaslan, 2009, s.129).

3.9.1.2.3.1.1. 5237 Sayılı TCK Döneminde Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi

“Yasaklanmış hakların geri verilmesi” mülga 765 sayılı TCK'nın 121–124. maddeleri ile mülga 1412 sayılı CMUK'nın 416–420. maddelerinde düzenlemiştir. 5237 sayılı TCK'da, belli bir suçu işlemekten dolayı cezaya mahkumiyetin sonucu olarak ömür boyu devam edecek bir hak yoksunluğu söz konusu olmadığı için, yasaklanmış hakların geri verilmesi müessesesine ilişkin düzenleme yapılmamıştır. 5237 sayılı TCK dışındaki çeşitli kanunlardaki süresiz hak yoksunluğu doğuran hükümlere rağmen, yasaklanmış hakların geri verilmesi yolunun kapalı tutulmasının, uygulamada ciddi sorunlara yol açacağı düşüncesi ile 06.12.2006 tarihinde yürürlüğe

giren 5560 sayılı Yasa'nın 38. maddesiyle 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'na 13/A maddesi eklenmek suretiyle kurum yeniden hukuk sistemimizdeki yerini almıştır.

3.9.1.2.3.1.2. Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesinin Konusu ve Koşulları

3.9.1.2.3.1.3. Konusu

İşlediği suç dolayısıyla toplumda kişiye karşı duyulan güven sarsıldığından özellikle güven ilişkisini gerektiren belli haklardan suç işleyen kişi yoksun bırakılmaktadır. Hak yoksunlukları mülga 765 sayılı TCK'da fer'i ceza olarak(20, 25, 31, 33, 34 ve 35. maddeleri) düzenlenmişti. 5237 sayılı TCK'da ise hak yoksunluklarına dair 53. madde, yaptırımlar başlıklı üçüncü kısmın, güvenlik tedbirleri başlıklı ikinci bölümünde düzenlenmiş ise de kanun maddesinde açıkça ceza mahkumiyetinin kanuni sonucu oldukları ifade edildiğinden bunlar güvenlik tedbiri değil, fer'i cezadırlar.

3.9.1.2.3.1.4. Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesine Konu Olabilecek Hak Yoksunlukları

5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 13/a maddesi hükmünden anlaşıldığı üzere, giderilmesi istenilen hak yoksunlukları, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunların belli bir suçtan dolayı veya belli bir cezaya mahkumiyete bağladığı hak yoksunluklarıdır. Burada TCK'nın kapsam dışı bırakılma nedeni TCK'da öngörülen hak yoksunluklarının süreli olmasıdır. Ancak doktrinde haklı olarak bu yöndeki istisnanın Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı olduğu ifade edilmiştir. Gerçekten 5237 sayılı TCK'da kural olarak sürekli hak yoksunluğu benimsenmemiş ise de, bunun istisnaları her zaman olabilecektir. Kaldı ki, 5237 sayılı TCK'nın 219/2. maddesinde hakkında mahkumiyet kararı verilen sanık hakkında ceza müeyyidesi yanında, “...*müebbeden veya muvakkaten bilfiil o vazifeyi icradan ve onun menfaat ve aidatını almaktan memnuiyetine hükmolunacağı*” düzenlenmiş olup, sürekli hak yoksunluğu söz konusu olabilecektir(Arslan, 2007, s.17).

Her ne kadar 765 sayılı mülga TCK'nın 121.maddesinin aksine 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 13/A maddesinde geri vermeye konu hak yoksunluklarının

“*sürekli*” olma niteliğinden açıkça söz edilmemekte ise de bu hususun kurumun özünde mevcut olduğu kabul edilmektedir. Zira süreli hak yoksunlukları zaten belirlenmiş sürelerin geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkacağından, geri verilmesi söz konusu olmayacaktır.

Geri verme talebine konu hak yoksunluğu (veya hak yoksunluğunu doğuran mahkûmiyet) Türk Mahkemelerince verilmiş olmalıdır. Bununla birlikte yabancı mahkeme hükümlerinin hak yoksunlukları yönünden geçerli olmasına karar verilmiş ise (5237 sayılı TCK md.17; 765 sayılı mülga TCK md.8) artık bu hak yoksunlukları da yasaklanmış hakların geri verilmesine konu olabilecektir(Arslan, 2007, ss.18-19).

3.9.1.2.3.1.5. Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesinin Koşulları

3.9.1.2.3.1.6. Cezanın İnfaz Edilmiş Olması veya İnfaza Hukuki Bir Nedenle Son Verilmiş Olması

3.9.1.2.3.1.7. Cezanın İnfaz Edilmiş Olması

Yasaklanmış hakların geri verilmesinin ilk koşulu mahkum olunan “*cezanın infaz edilmiş*” olmasıdır. Burada cezadan bahsedildiğine göre, TCK'nın 45. maddesi uyarınca hapis ve adli para cezaları bu kapsamda olup güvenlik tedbirleri kapsam dışındadır. Mahkumiyet süresi veya adli para cezasının miktarı önem arz etmemektedir.

Koşullu salıverme halinde ise koşullu salıverme süresince cezanın infazı devam etmektedir. Çünkü koşullu salıvermeden yararlanarak serbest bırakılan hükümlünün cezasının infazı, infaz kurumu dışında devam etmektedir. Koşullu salıverilen hükümlü, denetim süresini yükümlülüklerine uygun ve iyi halli olarak geçirdiği takdirde cezası infaz edilmiş sayılacaktır (CGTHİK madde 107/14). Adli para cezasına mahkumiyet halinde, cezanın infazının tamamlanmış sayılabilmesi için, mahkum olunan cezanın tamamen ödenmiş olması gerekir(Turhan, 2007, s.79).

Hapis cezaları “*ağırlastırılmış müebbet hapis*” veya “*müebbet hapis*” cezası ise infaz hükümlünün hayatı boyunca devam edeceğinden, yasaklanmış hakların geri verilmesi olanaklı değildir. Ancak bu ceza özel af ile süreli hapis cezasına çevrilmiş

ve infaz edilmiş ise diğer şartların da mevcudiyeti halinde yasaklanmış hakların geri verilmesi olasıdır(Arslan, 2007, s.20).

Cezanın ertelendiği durumlarda ise TCK'nın 51. maddesi uyarınca denetim süresinin yükümlülükler uygun veya iyi halli olarak geçirilmesi halinde ceza infaz edilmiş sayılmaktadır. Bu durumda 5352 sayılı Yasa'nın 13/A maddesi uyarınca deneme süresi cezanın infaz edilmiş sayıldığı tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.

3.9.1.2.3.1.8. Cezanın İnfazına Son Verilmiş Olması

3.9.1.2.3.1.9. Cezanın İnfazına “Genel Af veya Etkin Pişmanlık” Dışında Başka Bir Hukuki Nedenle Son Verilmiş Olması

5352 sayılı Yasa'nın 13/A maddesinin 2. fıkrasına göre; mahkum olunan cezanın infazına genel af veya etkin pişmanlık dışında başka bir hukuki nedenle son verilmiş olması halinde, yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebilmesi için hükmün kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl geçmesi gerekir. Bu durumda deneme süresi “*cezanın infazından*” değil, “*kesinleşmesinden*” itibaren başlayacaktır. Ancak, bu süre kişinin mahkum olduğu hapis cezasına üç yıl eklenmek suretiyle bulunacak süreden az olamaz. Genel af ve etkin pişmanlık dışında cezanın infazını sona erdirebilecek hukuki nedenler olarak ceza zamanaşımı ve özel af söz konusu olabilir. Bu durumlarda geçmesi gereken süre beş yıldır. Bu süre, infaza son verilmesi anından itibaren değil, hükmün kesinleşmesinden itibaren hesaplanacaktır. Ancak, bu süre kişinin mahkum olduğu hapis cezasına üç yıl eklenmek suretiyle bulunacak süreden az olmayacaktır. Cezanın zamanaşımına uğraması halinde hükmün kesinleşmesinden itibaren beş yıllık süre geçmesi gerekecektir. Örneğin; sanığın aldığı cezanın süresi 10 yıl ise geçmesi gereken süre, mahkum olunan hapis cezasına eklenecek üç yıllık bir süreden (13 yıl) az olamayacaktır(Turhan, 2007, s.80).

3.9.1.2.3.1.10. Cezanın İnfazına “Genel Af veya Etkin Pişmanlık” Nedeniyle Son Verilmiş Olması

5352 sayılı Yasa'nın 13/A maddesinde “*cezanın infazına genel af dışında başka bir hukuki nedenle son verilmiş olması halinde*” geçmesi gereken süre belirlenmiş, genel af halinde ne kadar bir sürenin geçmesi gerektiği ise düzenlenmemiştir. TCK 65. madde gereğince genel af, hükmolunan cezaları bütün neticeleri ile birlikte ortadan kaldırdığından ortada bir hak yoksunluğu kalmayacağından ve yasaklanmış hakların geri verilmesi de söz konusu olmayacağından bu yönde bir düzenleme yapılmış ise de, gerek Anayasanın 76. maddesinde, gerekse diğer bazı yasalarda “*affa uğramış olsa bile*” ibaresiyle sürekli hak yoksunluklarının genel af yoluyla ortadan kaldırılmasına istisna getirilen haller açısından aynı şey söylenemeyecektir. Bu istisnai hallerde, af yasasında özel bir düzenleme bulunmadığı takdirde yasaklanmış haklar varlığını sürdürecektir(Arslan, 2007, ss.24-25).

3.9.1.2.3.1.11. Deneme Süresinin Yeni Bir Suç İşlenmeden ve İyi Halli Olarak Geçirilmiş Olması

3.9.1.2.3.1.12. Deneme Süresi

Hakları iade edilen kimse ahlaken düzeldiğini ve topluma intibak ettiğini mahkeme kararı ile ispat eden kişidir. Mahkeme kararı bu durumun bir nevi tespiti, belgelendirilmesidir(Günel, 1966, s.264). Bu nedenle yasaklanmış hakların geri verilmesi için deneme süresi olarak adlandırılan ve failin iyi halli olarak geçirmesi gereken süreler bulunmaktadır. Mahkum cezasının infazından sonra bir süre, kanun, nizam ve toplumsal kurallara saygılı olduğunu, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimini benimsediğini ve böylece topluma uyum sağladığını kanıtlamak durumundadır(Arslan, 2007, s.27).

Deneme süresi;

a) Mahkum olunan ceza infaz edilerek tamamlanmış ise, “*infazının sona erdiği*” tarihten itibaren üç yıldır.

b) Mahkum olunan ceza infaz edilmemiş olmakla birlikte, cezanın infazına genel af veya etkin pismanlık dışında bir hukuki nedenle örneğin; ceza zamanasını nedeniyle son verilmiş ise, deneme süresi “*hükmün kesinleştiği*” tarihten itibaren beş yıldır. Ancak bu durumda deneme süresi mahkum olunan hapis cezasına üç yıl eklenmek suretiyle bulunacak süreden az olamaz.

3.9.1.2.3.1.13. Suç İşlememek ve Hayatını İyi Halli Olarak Sürdürmek

5352 sayılı Yasa'nın 13/1-b bendine göre yasaklanmış hakların verilmesi için mahkumun denetim süresi içerisinde yeni bir suç işlememiş olması ve hayatını iyi halli olarak sürdürdüğü hususunda mahkemede bir kanaat oluşturması gerekmektedir. Burada sadece yeni suç işlenmemiş olması yetmez ayrıca mahkum hayatını iyi halli olarak geçirdiği konusunda mahkemede bir kanaat oluşmalıdır. Bu kanaatin oluşması için başvuranın, gerektiğinde belge sunması ve tanık göstermesi gerekecektir(Turhan, 2007, s.81). Mahkumun deneme süresinde yeni bir suç işlememesi yanında, bir iş ile meşgul olması, çevresine güvensizlik ve huzursuzluk vermemesi, düzenli ve namuslu bir hayat sürmesi ve böylece üretken, kanun, nizam ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimini benimseyerek topluma uyum sağladığını gösteren düzgün bir kişilik ortaya koyması gereklidir(Arslan, 2007, s.29).

Kanunda yeniden işlenmemesi öngörülen suçun kasıtlı veya taksirli olması gerektiğine dair bir belirleme yapılmamıştır. Doktrinde hem kasıtlı hem de taksirli suçların bu kapsamda değerlendirilmesine dair görüşler(Erem, Danışman, Artuk, 1997, s.1041; Arslan, 2007, s.29) bulunmakta ise de biz sadece kasıtlı suçların bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyoruz(Bakınız aynı yönde; Akkaya, 2012, s.871).

Suçun işlenip işlenmediği kesinleşmiş bir hükümlerle ortaya çıkabileceğine göre deneme süresi içinde işlenmiş olması koşuluyla talep tarihinde bir soruşturma veya kovuşturma bulunduğu takdirde bunun akıbeti beklenmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir. Nasıl ki yasaklanmış hakları geri verilen bir kişinin tekrar suç işlemesi halinde geri verilen haklarının tekrar geri alınması söz konusu değilse, deneme

süresinin dolmasından sonraki dönemde işlenen suç, doğmuş bir hakkın geri alınmasına neden olmamalıdır(Arslan, 2007, s.30).

3.9.1.2.3.1.14. Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesinde Usul

3.9.1.2.3.1.15. Talep

Gerekli koşulların oluşması ile birlikte yasaklanmış hakların geri verilmesi mahkum için kazanılmış bir hak teşkil edip kendiliğinden bir netice meydana getirmez. Mahkemenin kararına ve takdirine bağlıdır(Günel, 1966, s.256). Bu nedenle mahkum tarafından mahkemeden talepte bulunulması gerekir. Dolayısıyla mahkumun ölmüş olması halinde, bu hakkı mirasçılar dahil başka kimselerin kullanması mümkün değildir. Ancak İcra ve İflas Kanunu'nun 316.maddesinde bu durumun istisnası vardır. Buna göre; hileli veya taksiratlı yahut adi müflisin itibarının yerine gelmesine, ölümünden sonra mirasçılardan birinin talebiyle de hükmolunabilir.

Talebin şekli konusunda bir açıklık yoksa da bunun ceza yargılamasında genel olarak benimsenen sisteme paralel şekilde dilekçe ile olması gerektiğini söyleyebiliriz. Talep açık olmalı ve yasaklanmış hakların tümüyle geri verilmesini içermelidir. Bazı cezaların çekilmiş bazılarının çekilmemiş bulunması halinde sadece çekilenler için yasaklanmış hakların geri verilmesi talebinde bulunulamaz(Günel, 1966, s.256).

3.9.1.2.3.1.16. Talep Hakkında Karar Verecek Mercii

Mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 416.maddesine göre talebi inceleyecek mercii, mahkumun ikametgahı olan yerin tabi bulunduğu ağır ceza mahkemesi idi*. 13/A maddesine göre ise, talebi inceleyecek mercii hükmü veren mahkeme veya hükümlünün ikametgâhının bulunduğu yerdeki aynı derecedeki mahkemedir. İcra ve İflas Kanunu'nun 313 ve 314. maddelerine göre taksiratlı ve adi müflis itibarının iadesi iflas kararını veren mahkemeden talep edebilecektir.

* Söz konusu düzenleme karşısında doktrinde hükümlünün Türkiye'de ikametgahının bulunmaması halinde, yasaklanmış hakların geri verilmesini talep edemeyeceği yönünde görüşler mevcuttu. Yeni düzenleme ile birlikte bu tartışmanın pratik bir önemi kalmamıştır. Zira mahkumun Türkiye'de ikametgahı bulunmama ise, talep hükmü veren mahkemeye yapılacaktır.

3.9.1.2.3.1.17. İnceleme Usulü

13/A maddesinin 4. fıkrasında mahkemenin inceleme usulü düzenlenmiştir. Buna göre; mahkeme kararını, dosya üzerinde inceleme yapmak ya da Cumhuriyet savcısını ve hükümlüyü dinlemek suretiyle verebilecektir. Hükümlü veya Cumhuriyet savcısının dinlenilmesi yoluna gidilmesi halinde talebin duruşma açılarak değerlendirilmesi zorunludur. CMK'nın 33. maddesi gereğince evrak üzerinde inceleme yapılarak karar verilmesi halinde Cumhuriyet savcısının görüşü alınmalıdır.

Mahkeme; mahkuma ait adli sicil kaydını, mahkumiyete ilişkin kesinleşmiş ilamı, ikametgah senedini vb. belgeler celbetmeli, deneme süresi içinde işlendiği iddia edilen bir suçtan dolayı hakkında soruşturma veya kovuşturma olup olmadığını araştırılmalı, gerekirse tanık dinlemeli ve kolluk marifetiyle araştırma yapmalıdır. Kanunda talepte bulunanın davayı takip etmesi yönünde bir zorunluluk öngörülmediğinden-duruşma açılması halinde- hükümlü duruşmalara katılmasa dahi dava re'sen sonuçlandırılmalıdır(Arslan, 2007, s.35).

3.9.1.2.3.1.18. İnceleme Neticesinde Verilecek Kararlar

Mahkeme, yapacağı inceleme sonucunda koşulların oluştuğunu tespit ederse talebi kabul ederek yasaklanmış hakların geri verilmesine karar verir ve kesinleşmesi halinde bu karar adli sicil arşivine kaydedilir.(5352 sayılı Sayılı Yasa 13/A/6. fıkra). Şayet koşulların oluşmadığı tespit edilir ise, mahkeme talebin reddine karar verecektir. 1412 sayılı CMUK'nın 419/1. maddesindeki düzenlemenin aksine, yeni düzenlemede deneme süresinin dolmaması nedeniyle ret kararı verilmesi halinde, deneme süresinin yeniden dolması beklenmeyecek, kalan sürenin tamamlanmış olması yeterli olacaktır.

Talebin hükmü veren veya mahkumun ikametgahının bulunduğu mahkemede yapılmaması halinde mahkeme yer itibariyle yetkisizlik veya görevsizlik nedeniyle ret kararı verilebilecektir.

3.9.1.2.3.1.19. Kararlara Karşı Başvurulabilecek Kanun Yolları

Mülga 1412 sayılı CMUK'nın 418/son fıkrasında yasaklanmış hakların geri verilmesi talebi üzerine verilecek kararlara karşı temyiz kanun yoluna başvurulacağı açıkça düzenlenmişti. 5352 sayılı Adli Sicil Kanun'unun 13/A-5. fıkrasında* ise açık bir düzenleme yer almamış, bu konuda 5271 sayılı CMK'ya atıf yapılmıştır. Bu durum tartışmalara neden olmuştur. Yargıtay bu kararlara karşı temyiz kanun yoluna başvurulabileceğini kabul etmektedir**.

3.9.1.2.3.1.20. Muhakeme Masrafları

13/A maddesinin 7. fıkrasında; yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna başvurulması nedeniyle oluşan bütün masrafların hükümlü tarafından karşılanacağı hüküm altına alınmıştır. Burada talebin kabulü veya reddi yönünden bir ayırım yapılmamış olup, kaanatimizce talebi kabul edilen hükümlünün giderlerden sorumlu tutulması isabetli olmamıştır.

3.9.1.2.3.1.21. Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesinin Sonuçları

Yasaklanmış hakların geri verilmesi mahkumiyeti ortadan kaldırmaz. Hükümlü hangi haklardan yoksun kalmış ise bu hakları kullanma hakkını geleceğe dönük olarak tekrar elde eder(Kayançiçek, 2011, s.196). Bu nedenle yasaklanmış hakların geri verilmesi hükümlünün önceki hukuki statüsüne otomatik olarak kavuşmasını sağlamaz. Örneğin memuriyetten çıkarılmış şahıs, bu karardan itibaren memur olma kabiliyet ve ehliyetini kazanmasına karşın eski memuriyetine döndürülmeyecektir. Daha doğrusu, bu talep açıktan atama talebi olarak nitelendirilecektir. Devlet memuru olmak için idareye başvuran hükümlünün, bu açıktan atama talebine, olumlu ya da olumsuz cevap verme konusunda, idarenin takdir yetkisi vardır. Bu durumda olan hükümlülerin memurluğuna engel herhangi bir durum olmamakla birlikte kadro, ihtiyaç ve mesleğin gerektirdiği şartlar göz

* “Yasaklanmış hakların geri verilmesi talebi üzerine mahkemenin verdiği karara karşı, hükümlü ilgili olarak Ceza Muhakemesi Kanununda öngörülen kanun yoluna başvurulabilir.”

** Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 01.11.2011 tarih, 2011/13027 Esas, 2011/56863 Karar sayılı, 7. Ceza Dairesi'nin 14.03.2013 tarih, 2010/10170 Esas, 2013/5857 Karar sayılı, 11. Ceza Dairesi, 27.11.2012 tarih, 2012/25090 Esas, 2012/20423 Karar sayılı kararları(Uyap Sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

önüne alınmak suretiyle yeniden ya da ilk defa memurluğa atanabileceklerdir(Karaaslan, 2009, s.132). Yasaklanmış hakların geri verilmesi ile mahkumiyet ortadan kalkmayıp, sadece mahkumiyetin sonucu olarak kaybedilen haklara yeniden kavuşulduğundan mahkumiyet tekerrür, af ve cezanın ertelenmesi açısından olumsuz sonuçlarını doğurmaya devam edecektir(Arslan, 2007, s.42).

Yasaklanmış hakların geri verilmesi kararı kesinleştikten sonra kesin hüküm ifade eder, hükümlü aleyhine sonuç doğuracak şekilde geri alınması mümkün değildir(Günel, 1966, s.256).

3.10. Diğer Özel Durumlar

5237 sayılı TCK'nın 184. maddesinin 5. fıkrasına göre;"*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.*" Bu durumda da mahkumiyet ortadan kalkacağından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel teşkil etmeyecektir.

Daha önceki mahkumiyetin sebebini oluşturan fiil kabahate dönüşmüşse* ya da suç olmaktan çıkarılmışsa hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel teşkil etmez.

Ayrıca şikayetten vazgeçme, önödeme ile sonuçlanma durumlarında ortada bir mahkumiyet hükmü bulunmayacağından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir(B. Öztürk, Erdem, Özbek,1998, ss.383-384).

C.Suçtan Kaynaklı Zararın Giderilmiş Bulunması

1.Genel Olarak

Sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için öngörülen diğer bir koşul 5271 sayılı CMK'nın 231/6-c maddesinde "*Suçun*

* Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin, 01.05.2008 tarih, 2006/10485 Esas, 4809 Karar sayılı kararı(UYAP Sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi" şeklinde ifadesini bulan suçtan kaynaklanan zararın giderilmesi koşuludur.

Bu koşulun niteliği, kapsamı ve uygulamada karşılaşılan sorunların çözümü noktasında faydalı olacağı düşüncesiyle öncelikle suçtan kaynaklanan zararların giderilmesi düşüncesinin temelleri üzerinde duracağız.

2.Suç Mağdurunun Yeniden Keşfi ve Onarıcı Adalet Anlayışı

2.1. Suç Mağdurunun Yeniden Keşfi

İkel toplumlarda işlenen suçlarda aile veya klanın reisi tarafından faile ceza verilmekte idi. Failin farklı bir klana mensup olması halinde ise, öç alma usulü geçerli idi ve mağdur veya suçtan zarar gören olarak, ailesi bizzat öç alma hakkına sahipti(Değirmenci, 2008, s.43). Bu sistemde suçu işleyen kişinin mensup olduğu topluluk veya klanın bütünüyle sorumlu tutulması anlamına gelen kolektif sorumluluk esası geçerliydi(Üzülmez, 2001, s.261).

Öç almada sınırın aşılması gibi olumsuzlukların ortaya çıkması üzerine uzlaşma kurumu doğmuştur. Uzlaşma kurumunun uygulamalarından biri olan “*diyət*” usulünde, öç alma veya kısas hakkına sahip olan kişi, aile veya klan, belli bir mal veya para karşılığında bu hakkından vazgeçmektedir. Her ne kadar bu usulde amaç öç alma işlevinin gerçekleştirilmesi olsa da, mağdurun uğradığı zararın esas alınması nedeniyle mağdur odaklı olduğu söylenebilir(Kafes, 2011, s.95).

Aydınlanma Dönemi ile birlikte, İtalya'da Cesare Beccaria (1738-1794), İngiltere'de Jeremy Bentham (1748-1832)ın öncülüğünde gelişen ve daha sonraları Klasik Okul olarak adlandırılan suç merkezli ceza hukuku anlayışının yerini, İtalya'da, Cesare Lombroso (1835-1909) ile başlayan ve Raffaele Garofolo (1852-1934) ve Enrico Ferri (1856-1921) ile devam eden, Pozitivist Okul veya İtalyan Okul'u olarak adlandırılan fail merkezli yaklaşım almış ve mağduru ikinci planda bırakan bir ceza hukuku anlayışı hakim olmuştur. Böylelikle eski ceza hukuku döneminde benimsenen mağdur merkezli yaklaşım değişmeye başlamış ve mağdur, ceza muhakemesinde ikinci plana düşmüştür. Cezai eylem, mağdur ile fail arasındaki

özel bir anlaşmazlıktan öte, devletle fail arasında cereyan eden sırf kamusal bir uyuşmazlık olarak algılanmış(Değirmenci, 2008, s.46), ceza, mağdura yapılan haksızlığa tepki olarak değil, kamu düzeninin bozulması ve kamu menfaatinin zarara uğramasından dolayı toplum adına verilmeye başlanmıştır.

Takriben 16. yüzyılda modern hukuktakine eş bir şekilde kuruluşunu tamamladığı kabul edilen savcılık kurumu(Keyman, 1970, s.60) da mağdurun ikinci planda kalmasında etkili olmuştur. Ceza muhakemesinde medeni muhakemeden farklı olarak mağdurun yerini savcı almış, mağdurların ceza muhakemesine katkıları kovuşturma için tanıklık yapma ile sınırlı kalmıştır.

Mağdurun ikinci planda kalmasına ceza hukukunun cezanın önleme amacını esas alan politikası da etkili olmuştur. Zira cezanın önleme amacına ağırlık veren bir ceza hukuk anlayışı, mağduru görmemiş; faili iyileştirmeyi, suçluyu ıslah etmeyi ve toplumdaki genel norm bilincinin kuvvetlendirmeyi amaçlamıştır. Bu anlayışa göre, mağduriyet, ceza hukukunun devreye girmesi için bir sebep değil, gelecekte oluşabilecek mağduriyetlerin olabilirliğini tahminde bir göstergedir(Yılmaz, 2007, s.20).

Ceza muhakemesinde mağdurun ikinci plana düşmesi ve devletle sanığın karşı karşıya gelmesi ile birlikte, güçlü devlet karşısında zayıf konumdaki failin haklarının korunması düşüncesi de mağdurun ihmal edilmesi ile sonuçlanan süreci derinden etkilemiştir. Bu düşüncelerin etkisi ile uluslar arası mevzuatta ve ulusal mevzuatlarda sanığın haklarını güvence altına alan düzenlemelere yer verilmiştir. Ceza muhakemesinin merkezine sanık oturtulmuş, birey olarak hep sanık ele alınmış, her şey onun suçluluğu ya da onun suçsuzluğu etrafında cereyan etmiştir*. Mağdur ceza muhakemesinde yalnızca bir tanık olarak görülmüş ve hukuk devletinden bahsedilirken dahi kavramlar hep sanık etrafından şekillendirilmiş, mağdurun mevcudiyeti göz ardı edilmiştir Failin yeniden topluma kazandırılması üzerinde sürekli durulmakta ve bunun için ciddi mali kaynaklar aktarılmakta iken mağdurun

* Nitekim, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde ceza davaları bakımından sadece kendisine karşı ceza takibatı yapılan kişinin haklarının korunması esas alınmış, mağdurun haklarına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

yeniden topluma kazandırılması gerektiği sorunu üzerinde durulmamış ve ceza muhakemesinde mağdura yeterli bir koruma sağlanamamıştır(Yılmaz, 2007, s.20).

Açıklanan süreç içerisinde bir nevi unutulmuş suç mağduru İkinci Dünya Savaşından itibaren kriminolojik araştırmaların konusu olmaya başlamıştır. Latince "*victima*"(mağdur) kelimesinden türetilen *Victimoloji*(Mağdur Bilimi) 1950'li yıllarda kriminoloji içinde doğmuş ve kendine özgü bağımsız bir disiplin olarak gelişmiştir. Victimolojinin doğması ve mağdurun rolünün araştırılmasıyla birlikte fiil ve fail merkezli ceza adaleti modelinin yanı sıra mağdur merkezli üçüncü bir ceza adaleti modeli ortaya çıkmıştır.

Mağdur haklarına yönelik ilk çalışmaların Amerika Birleşik Devletleri'nde yapıldığını görmekteyiz. Suç mağdurlarının mağduriyetini(zararını) gidermeye yönelik ilk kanunlar Yeni Zelanda(1963), İngiltere(1964), ABD'nin bazı eyaletleri(Newyork ve Kaliforniya-1966) Kanada'nın çeşitli bölgeleri(Saskatchewan-1967), Avustralya ve Avusturya'da(1972) yürürlüğe girmiştir. Ayrıca mağdurun korunması ve mağduriyetin giderilmesine yönelik bir çok uluslararası çalışma yapılmış ve belgeler yayımlanmıştır*.

Mağdurun "*yeniden keşfedilmesi*" olarak da ifade edilebilecek bu anlayışın, mağdurun uğradığı zararların giderilmesine yönelik aygıtların benimsenmesinde etkili olduğunu söyleyebiliriz. Söz konusu anlayış ya da akımın failin topluma kazandırılmasına ve sanık haklarına odaklanmış ceza ve ceza muhakemesi hukuku yaklaşımlarına tepki olarak geliştiği söylenebilir(Katoğlu, 2012, s. 659.) Bunun sonucu olarak, XXI. Yüzyıla gelindiğinde, ceza adaleti yerine getirilirken, mağdurun tatmin edilmesi de ön plana çıkmış ve ceza adalet sisteminde mağdurun da haklarının korunması yönünde anlayış değişikliğine gidilmiştir. Suça karşı sadece ceza yaptırımının tek başına yeterli olmadığı, onarımın ceza adaleti sisteminin en başta

* 29 Mayıs 1985 tarihli Birleşmiş Milletler Deklarasyonu, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Suç Mağdurlarına Tazminat Ödenmesi Hakkında 1977 Tarihli ve 27 Sayılı Tavsiye Kararı, Şiddet Mağdurlarının Zararlarının Tazmin Edilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Hukuki Durumunun İyileştirilmesine İlişkin R(85) 11 Sayılı Tavsiye Kararı, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Mağdura Yardım Edilmesi ve Mağduriyetin Önlenmesi Hakkında R(87) 21 Sayılı Tavsiye Kararı, Avrupa Konseyi Kriminoloji Kongresi Sonuç ve Tavsiyeleri(26-29 Kasım 1990), Ceza Muhakemesinde Mağdurun Korunmasına İlişkin 15 Mart 2001 Tarihli Konsey Çerçeve Kararı gibi.

gelen amaçlarından sayılması ve sanığın bir hukuk devletinde mutlaka sahip olması gereken haklarına dokunulmadan mağdurun korunması gerektiği yönündeki düşünceler suç politikasını da etkilemiş, bu etki kendini ülke mevzuatlarında göstermiştir(Gültekin, 2012, s.123). 5271 sayılı CMK'nın 231/6-c madde ve fıkrasında öngörülen suçtan kaynaklı zararın giderilmesi koşulunu da bu kapsamda değerlendirmek gerekir(Yılmaz, 2007, s.1).

Suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi uzun yıllar boyunca suçtan zarar gören ile suç faili arasındaki kişisel bir mesele olarak görülmüş, mağdura özel hukuk kurallarına göre dava açarak uğradığı zararı failden talep etme hakkı tanınmakla yetinilmiştir(Doğan, 2011, s.208). Zararın giderilmesi usulleriyle zararın tespiti ve hükme bağlanması devletin adli organlarının kararlarına bağımlı olmakla beraber, bu olanakları sağlayabilmek, kovuşturmak, hükme bağlanan hakları takip etmek tamamen kişiye ait birer faaliyet ve seçenek olarak kabul edilmiştir. Doğrudan doğruya devlet suçtan zarar görenin zararının giderilmesiyle ilgili kamusal nitelikte bir fonksiyonu kabullenmemiş; bu şekilde bir yükümlülük kabul edilse dahi bu kısmi kalmıştır(Özek, 1984, s.32).

Ceza hukuku alanında suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi kurumunun kabulünde ceza sorumluluğunun esasını sosyal sorumluluğa dayandıran pozitivist okulun etkisi bulunmaktadır. Klasik okul, ceza hukuku ile medeni hukuk arasında keskin bir ayrım olduğunu ve suçun ilk sonucunun ceza olduğunu kabul etmiştir. Pozitivistlerin öngördüğü tedbirlerden olan onarıcı araçlardan bir tanesi de suçun yol açtığı zararın giderilmesidir(Doğan, 2011, s.208).

Suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinde özel hukuk kurallarının yetersiz kaldığı ve uygulamada sorunlar yaşandığı geçtiğimiz yüzyıldan beri görülmeye başlanmıştır. Bu gelişmeler bir yandan tazminata ulaşmanın mümkün olabilmesi için ceza hukukunun faili bu yönde zorlaması gerektiğini, öte yandan suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinde devletin sorumluluğunu gündeme getirmiştir(Doğan, 2011, s.198). Bu noktada, suçtan doğan zararların giderilmesi hususunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş; suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinin, devlete ait ceza vermenin yerine geçirilmesi gerektiğini, mağduriyeti gidermesi halinde fail hakkında ceza hukuku yaptırımlarını uygulamaya gerek kalmayacağını

savunmaktadır. Buna karşı çıkan diğer görüş; ceza hukukundan vazgeçilmesinin mümkün olmadığını ancak mağduriyetin giderilmesinin ceza hukukunun yaptırımlar sistemi içine bağımsız bir yaptırım olarak yer alması gerektiğini savunmaktadır. Geleneksel görüş olarak ifade edilen görüşe göre ise, suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi ceza hukuku yaptırımlarının yerine geçirilemez ve bağımsız bir yaptırım türü olarak düzenlenemez. Mağduriyetin giderilmesi, medeni hukuka ilişkin özelliğine dokunulmadan, etkinliğini arttıracak şekilde ceza hukuku içine alınmalıdır. Mağduriyetin giderilmesi, ceza hukuku tarafından dikkate alınmalı ve hapis cezası ile para cezasının uygulamasını azaltmalı veya gereksiz kılmalıdır. Açıklanan teorilerden geleneksel görüşün ceza hukuku sistemimizde etkilerini görmek mümkün mümkündür(Doğan, 2011, ss.209-211).

Doktrinde *Özek*; ceza hukukunun toplumun çıkarlarını korumayı amaçladığını, mağdurun zararlarının giderilmesinin ise, kişisel zararın giderilmesine yönelik olduğunu, bu iki değişik yönelişin, mantık ve amacın aynı bütün içinde birleştirilmesinin genellikle sağlıklı sonuçlar vermediğini ve failin karşılayabileceği bir meblağa hükmedilmesinin mağduru tatmin etmekten uzak kalacağını, mağdurun tüm zararlarının giderilmesine yönelik bir hükmün ise, failin mağdura çalışması ve bu cezanın fail dışında kalanları, ailesini de etkilemesi gibi sonuçlar doğuracağını, bunun sanığın ıslahı amacı ile bağdaşmayacağını(Özek, 1984, s.35) ifade etmek suretiyle ceza muhakemesi çerçevesinde mağdurun zararının giderilmesine yönelik haklı bir itirazda bulunmaktadır. Kanaatimizce de, CMK'nın 231. maddesinde öngörülen zararın giderilmesi koşulu her ne kadar mağdur hakları çerçevesinde önemli bir gelişme olarak değerlendirilmekte ise de sanığın sosyo-ekonomik durumu nedeniyle zararı ödeyemediği durumlarda lehine olan hükümlerden yararlandırılmaması hakkaniyete ve ceza adaletine uygun olmayacaktır. Bu nedenle söz konusu yasal düzenlemeye sanığın sosyo-ekonomik durumunun elvermemesi halinde mahkemece bu koşulun aranmayabileceğine dair bir düzenlemenin eklenmesi yerinde olacaktır.

2.2.Onarıcı Adalet Anlayışı

İngilizcede "*Restorative Justice*", Almancada "*wiedergutmachend, aufarbeitend*" Fransızca'da "*justice reparative, justice rehabilitative*"(Jahıç,

Yeşiladali, 2008, s.22) olarak ifade edilen ve dilimize "*Pozitif Adalet, İlişkisel Adalet, Düzeltici Adalet, Toplum Temelli Adalet* (Miers, s.88, Aktaran: Onarıcı Adalet Programları El Kitabı www.unodc.org/documents/justice-andprisonreform/HB_Restorative_Justice_Turkish.pdf), *Toplumsal Adalet, Gayriresmi Adalet*"(Özbek, 2005, s. 135) gibi terimlerle çevrilen "*Onarıcı Adalet*"* kavramının gelişmeye devam eden bir kavram olması nedeniyle üzerinde anlaşma sağlanan bir tanımı bulunmamaktadır. Ancak kısaca; "*failin cezalandırılmasından ziyade suç teşkil eden fiilin sorumluluğunu üstlenmesini ve topluma yeniden kazandırılmasını, mağdurun ceza adaleti sürecine aktif katılımı ile suçtan doğan zararların giderilmesini, bu suretle bozulan toplumsal barışın yeniden tesisini amaçlayan uygulamaların bütünü*" olarak tanımlayabiliriz.

Geleneksel ceza adalet sisteminin suçu önlemede ve fail ile mağdurun topluma yeniden entegrasyonunu sağlayarak sosyal barışın tesisi noktasında yetersiz kalması toplumsal düzen ve barışın tehlikeye girmesine ve ceza adalet sistemlerinin bir çıkmazın içinde kalmasına neden olmuş, bu açmazdan çıkmak için ceza hukukçuları tarafından yapılan çalışmalar neticesinde Anglo-Sakson sistemi kökenli bu kavram ortaya çıkmıştır.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere Klasik ceza adalet sisteminde süreci belirleyen devlet iken Onarıcı Adalet anlayışında süreci belirleyen anlaşmazlığın tarafları fail ve mağdurdur(Uludağ, 2011, s.133). Onarıcı adalet fikrinin temelinde, suçtan doğrudan etkilenen kişilere (mağdur, fail ve toplum) suça verilecek tepkinin belirleneceği sürece doğrudan katılma imkanı verilmesi ve mağdurun uğradığı zararların giderilmesi yatmaktadır**. Bu düşünce sisteminde mağdur sürecin ortasındadır.

Suçu bireylerin bilerek ve isteyerek gerçekleştirdikleri eylemler olarak gören ve mevcut adalet sistemlerinin temelini oluşturan Klasik Okul, bireylerin suç

* Kavram ilk defa Albert Eglash'un 1958 yılında yazdığı bir dizi makalede kullanılmış, düşünsel temelleri Howard Zehr tarafından ortaya konulmuş ve bu çerçevede geliştirilmiştir. Günümüzde başta Yeni Zelanda, Kanada, Avustralya, Amerika Birleşik Devletleri, Birleşik Krallık, Finlandiya olmak üzere 80'in üzerinde ülkede uygulama alanı bulmaktadır.

** Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, Ceza Uyuşmazlıklarında Uzlaşma El Kitabı, Ankara 2009, s.11.

işlemeye karar vermeden önce kar-zarar hesabı yaparak suç islemenin "*karlı*" bir eylem olarak ağır basması durumunda suç işleyeceklerini öngörmüş, suçları önlemenin yolunun, bireylerin işledikleri suçlar neticesinde maruz kalacakları cezaları suçtan elde edecekleri faydalardan daha yüksek seviyelere getirerek "*suçu karlı bir eylem olmaktan çıkarmakta*" görmüştür(Dolu, 2009, s.91). Ayrıca bu düşünce sisteminde suç esasen devletin koyduğu kurallara ve devlete karşı yapılan bir hareket olarak değerlendirilmiş, kişilere karşı işlenmiş olsa bile suçun asıl ve gerçek mağduru devlet olarak kabul edilmiştir. Failin cezalandırılması ve bu yolla ıslah edilerek yeniden topluma kazandırılması, bu mümkün olmadığı takdirde de ceza yoluyla toplumdan tecrit edilerek yeniden suç işlemesinin önlenmesi temel amaç olarak benimsenmiştir. Caydırıcılığın olabilmesi için cezaların kesin ve şiddetli olması ayrıca hızlı bir şekilde tatbik edilmesi gerektiği savunulmuştur.

Görüldüğü üzere Cezalandırıcı Adalet Anlayışında suçun vukuundan sonra temel amaç suçun meydana getirdiği zararların giderilmesi değil, failin cezalandırılmasıdır. Failin cezalandırılması ile birlikte adaletin sağlanacağı ve devletin sorumluluğunun sona ereceği kabul edilir. Mağdurun suçtan kaynaklı zararının giderilmesi mağdur ile fail arasındaki bir mesele olarak görülür. Dolayısıyla failin, mağdurun ve bunların yakınlarının ve de toplumun suçtan doğan maddi ve manevi zararlarının giderilmesi bu ceza adalet sisteminin temel kaygılarından değildir(Uludağ, 2011, s.140).

Onarıcı Adalet düşüncesinde ise, suç öncelikle hukuk düzenini ihlal eden bir eylem olarak görülmez. Burada suç öncelikle taraflar arasındaki bir uyuşmazlık olarak kabul edilmekte ve suçun mağduru olarak devlet değil haksızlığa uğrayan kişi olarak görülmektedir (Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, Ceza Uyuşmazlıklarında Uzlaşma El Kitabı, 2009, s.11). Ayrıca ceza adaleti sisteminin amacının, cezalandırma değil suç nedeniyle ortaya çıkan zararın giderilmesi ve kişisel ve toplumsal ilişkilerin onarılarak mümkün olduğunca eski hale getirilmesi olduğu kabul edilir. Faillere davranışlarının kabul edilemez olduğu anlatılmaya çalışılmak suretiyle hareketlerinin sorumluluğunu kabul etmeleri, mağdurlara ihtiyaçlarını ifade etme ve failin verdiği zararın giderilmesi için en iyi yolun bulunmasına katkıda bulunma fırsatı verilerek suça verilecek yanıtın uğradığı zararı mümkün olduğunca gidermesinin sağlanması ve ayrıca toplumun da bu sürece

katkıda bulunması gerektiği ifade edilir(United Nations Office of Drugs and Crime;Handbook on Restorative Justice Programmes, Criminal Justice Handbook Series, 2006, s.8).

Cezalandırıcı Adalet Anlayışında failin pişmanlığını ifade etmesi, sorumluluğunu kabul etmesi, yaraların sarılması için faaliyete geçmesi ve af dilemesi için kendiliğinden adım atması beklenilmemektedir. Failin yaptığı eylem sonucu cezasını çekmesi sistem için yeterli görülmektedir. Verilen cezayı çekmek sureti ile failin sorumluluklarını yerine getirdiği kabul edilir. Pişmanlık, af, özür, çekilen acıların hafiflemesi, tarafların birbirine saygı duyması, geleceğe dair ilişkileri düzeltme arzusu gibi kavramların yargılama açısından çok büyük bir karşılığı bulunmamaktadır(Uludağ, 2011, s.143).

Onarıcı Adalet Anlayışında ise failin pasif olarak sürece katılması yerine davranışlarının sonuçlarını algılayarak yanlış olduğunu kabul etmesi ve meydana gelen olumsuz sonuçları ortadan kaldırmak için çabalaması beklenmektedir(Akçay, 2011, s.132). Suça karşılık verilecek tepkinin amacı sırf faile ceza vermek değildir. Faile eyleminin sorumluluğunu üstlenme ve verdiği zararları giderme imkanı sağlanması, failin davranışlarına sosyal koşulların da katkıda bulunduğu, bu nedenle toplumun da bu konuda sorumluluğu bulunduğunun kabul edilmesi; failin ıslah edilerek topluma yeniden kazandırılması ve yeniden suç işlemesinin önlenmesi, zor kullanma ve tecritten ziyade, işbirliği ve toplumsal bütünleşmenin teşvik edilmesi; bozulan sosyal dengenin ve toplumsal barışın yeniden sağlanması ve adaletin gerçekleştirilmesi sürecine suçtan etkilenen toplumun katılması ve toplumun suçun toplumsal nedenlerini anlama ve buna karşı tepki verme yeteneğinin geliştirilmesi hedeflenmektedir(Usta, Öztürk, 2010, s.4).

Onarıcı Adaletin ayırıcı bir diğer özelliği yalnızca geçmişe değil geleceğe odaklı da olmasıdır. Her ne kadar Cezalandırıcı Adalet Anlayışında da gelecekte tekrar suç işlenmemesi amaçlanmakta ise de odaklanılan zaman dilimi geçmiş eylemlerdir. Zira bu sistemde adalet süreci suçun işlenmesi ile başlar failin cezalandırılması ile son bulur. Gelecek zaman dilimi yargılama sisteminin dışındadır. Oysa ki bireylerin geçmişteki davranışları ve onların sonuçları kadar failin gelecekteki davranışları da onarıcı uygulamanın temel kaygılarından. Failin

onarıcı süreç ile ıslah edilerek tekrar suç işlenmesinin önlenmesi sürecin meşru bir amacıdır* .

Klasik Okul ile birlikte Ortaçağ'ın zalimane cezalandırma yöntemleri** yerine suçluların hapsedilmesinin daha makul ve daha insancıl bir cezalandırma yöntemi olacağı savunulmuş ve dikkatler hapisaneler üzerine yoğunlaşmıştır(Dolu, 2009, s.103). Suç işleyen kişilerin hürriyetlerinin kısıtlanması suretiyle yeniden suç işlemelerinin önlenmesi ve bu uygulama sayesinde suç işleme niyetinde olan diğer insanların suç işlemekten vazgeçecekleri, böylece sistemin insanları suç işlemekten vazgeçirerek bu surette onları rehabilite edeceği kabul edilmiş, diğer taraftan topluma zarar verme potansiyeli olan kişilerin toplumdan tecritinin sağlanacağı ifade edilmiştir. Ancak, mevcut sistemin en büyük cezalandırma aracı olan hapisanelerin teorikte kendinden beklenen faydayı sağlamadığı, tam aksi yönde etkilerinin olduğu görülmüştür(Uludağ, 2011, s.141).

Şöyle ki aldıkları ceza neticesinde hapisanelere sokulan insanların cezalarını çekmenin yanında bu ortamın negatif etkilerine de maruz kaldıkları, fiziki ve psikolojik şiddete maruz kaldıkları, damgalanma neticesinde hapis sonrası normal hayata devam edememe, hapisanelerde uzun süre kalarak oradaki hayata alışmakla dışarıya çıktıklarında yeniden sosyal yaşama adapte olmakta sorun yaşama gibi rehabilite edilmeyi ciddi manada engelleyen bir çok olumsuzlukların olduğu görülmüştür. Bu olumsuzluklar karşısında suçlular hakkında zorunlu haller dışında hürriyeti bağlayıcı cezaların uygulanmaması, bunlar yerine geçecek alternatif çözümlerin bulunarak kullanılması gerektiği dile getirilmeye başlanmıştır(Uludağ, 2011, s.130).

Onarıcı adalet süreci içerisinde geleneksel ceza adalet sistemlerinin en önemli infaz yöntemi olan hapis cezasından ziyade fail ve mağdurun karşılıklı mutabakat içerisinde olmaları kaydı ile suçun doğurduğu yaraların sarılmasına yönelik,

* United Nations Office of Drugs and Crime; Handbook on Restorative Justice Programmes, Criminal Justice Handbook Series, New York 2006, s.11.

** Ortaçağ Avrupasında suçların kaynağı ve sebebi olarak doğüstü güçler ile cinler, periler, şeytanlar ve benzeri insanüstü varlıklar olarak gösterilmiş, suç bir çeşit günah olarak ele alınmış ve bu batıl inançlar neticesinde XV. ve XVI. Yüzyıllarda Avrupa'da 100,000'in üzerinde insan cadı avları sonucunda mahkemelere sürüklenmiş ve yalnızca bir Alman şehri olan Trier'de 6,500 kişi yakılmış veya türlü işkencelerle öldürülmüştür(Detaylı bilgi için bakınız: Dolu, 2009).

içerisinde af edilmek dahil çok çeşitli seçenek yaptırımlar üzerinde anlaşma ihtimali mevcuttur. Onarıcı adalet uygulamalarının bu durumu failin hapisanelere düşmesini ve hapisane ortamı yukarıda ifade edilenlere benzer birçok olumsuzluktan uzak kalmasını sağlayabilecektir. Hapis cezasını devre dışı bırakması ile onarıcı adalet sadece hapse giren failin değil aynı zamanda o failin bakmakla yükümlü olduğu eş, çocuk ana baba gibi aslında suçla ilgisi olmayan kişilerin de ayrıca mağdur olmasını engelleyebilecektir(Dolu, Sözer, Başbüyük, Karakuş, Geleri, Uludağ, 2012, s.124).

Şunu ifade etmek gerekir ki Onarıcı Adalet Anlayışı, Klasik Okul olarak da adlandırılan cezalandırıcı adalet anlayışına yeni bir anlayış getirmeyi hedeflemektedir, yani mevcut ceza adalet sisteminin yerini almak gibi bir iddiası yoktur (United Nations Office of Drugs an Crime, s.15). Günümüzde tamamen onarıcı adalet veya tamamen cezalandırıcı adalet anlayışının hakim olduğu bir adalet sistemi bulunduğu iddia edilemez, her sistemde iki anlayışın etkisi ile kabul edilmiş unsurlar vardır(Akçay, 2011, s.134). Geleneksel ceza adalet sisteminin tıkandığı ve aşamadığı sorunlarla karşılaştığı durumlarda onarıcı adalet uygulamaları önemli seçenekler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Böylelikle suçtan kaynaklı zararların giderilmesi kavramının düşünsel temellerini ortaya koyduk. Bu aşamada, mevcut yasal düzenleme çerçevesinde koşulu değerlendireceğiz.

Yasa metninden anlaşıldığı üzere bu koşul açısından iki önemli kavram karşımıza çıkmaktadır. Mağdur ve zarar kavramları. Bu kavramları kısaca inceleyelim.

3.Mağdur ve Zarar Kavramları

3.1.Mağdur ve Suçtan Zarar Gören Kavramları

Farklı anlamlar ifade etmekte olan "*suçun mağduru*" ve "*suçtan zarar gören*" kavramları CMK'da tanımlanmamıştır. Suçun mağduru çoğunlukla, suçtan zarar gören kişi olmakla birlikte, bazı hallerde suçtan zarar gören ile suçun mağduru farklı kişi ya da kişiler olabilmektedir. Örneğin insan öldürme suçunda, mağdur yok edilen yaşam hakkının sahibi iken, suçtan zarar gören, ölenin yakınlarıdır.

Suçun pasif sujesi olarak da ifade edilen suçun mağduru kavramını ceza normu tarafından korunan, suç fiili ile ihlal olunan varlık ya da menfaatin hamili olarak tanımlayabiliriz(Katoğlu, 2012, s.661). Suçtan zarar gören kavramı ise kullanım şekline göre kapsamı genişleyip daralabilen bir kavramdır. Kimi yazarlar suçtan doğrudan zarar gören kişinin mağdur olduğundan hareketle suçtan zarar gören kavramını, suçtan dolaylı biçimde zarar gören kişi olarak kabul etmektedirler(Sadak, 2010, s.216). Suçun mağdurunun suçtan doğan ceza ilişkisinin tarafı olduğu, suçtan zarar görenin ancak hukuk ilişkisinin tarafı olabileceği kabul edilmektedir(Doğan, 2011, s.204).

Öğretide her iki kavramın farklı anlamlar ifade ettiği kabul edilmesine karşın, yasal düzenlemelerde iki kavram arasındaki anlam farklılığının gözardı edildiği görülmektedir. Örneğin; CMK'da, mağdur ve zarar gören kavramlarının kullanılma biçimi bu açıdan eleştirilmiştir. Mağdur, şikayetçi ve suçtan zarar gören kavramları farklı kanun maddelerinde tereddütlere yol açacak biçimde kullanılmıştır. CMK'nın 234. maddesinde mağdur ile şikayetçinin kamu davasına katılma hakkı öngörülürken, kamu davasına katılmayı düzenleyen 237. maddesinde, mağdur, suçtan zarar gören ve malen sorumlu olanların davaya katılma hakkına sahip oldukları hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenlemeler, Kanun'da, mağdur, şikayetçi ve suçtan zarar gören kavramlarının "*belirli bir anlayış çerçevesinde kullanılmadığı*" gerekçesi ile eleştirilmiştir(Katoğlu, 2012, s.689). Kanaatimizce CMK'nın 231/6-c fıkrasında sadece "*mağdur*" kavramına yer verilmesi de bunun göstergesidir. Söz konusu yasal düzenlemede geçen "*mağdur*" kavramını "*usulüne uygun şekilde kamu davasına katılan kişi*" olarak anlamak gerektiğini düşünüyoruz. Zira sanık hakkında şikayetçi olmayıp kamu davasına katılmak istemeyen mağdurun sanıktan zarar talebinde bulunması beklenemez. Diğer yandan kamu davasına katılma hakkı bulunmayan kişinin de zarar talebinin kabulü mümkün değildir.

Kamu davasına katılabilmek için suçtan zarar görmek, sağ olmak ve dava ehliyetine sahip olmak gerekir. Dava ehliyetine sahip olmak için temyiz gücüne sahip olmak, reşit bulunmak ve kısıtlı olmamak gerekir(Bakıcı, 1991, ss.909-916). Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve Özel Dairelerin yerleşmiş kararlarında, kamu davasına katılmak için aranan "*suçtan zarar görme*" kavramının "*suçtan doğrudan doğruya zarar görmüş bulunma hali*" olarak anlaşılması gerektiği, buna bağlı olarak

da dolaylı veya olası zararların, davaya katılma hakkı vermeyeceği kabul edilmektedir*.

3.2.Zarar Kavramı

Medeni hukukta zarar kavramını tanımlarken iki ayrı tanımlama yapılmaktadır. Dar anlamda zarar kavramı bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen, iktisadi bir kıymeti olan ve para ile ölçülebilen eksilmeyi, yani maddi zararı, ifade eder. Maddî zarar, malvarlığının azaltılması şeklinde olabileceği gibi çoğalmasına engel olunması şeklinde de gerçekleşebilir. Buna karşılık geniş anlamda zarar ise maddi zararla birlikte manevi zararı da içine alacak şekilde, mal ve şahıs varlığına yapılan bir tecavüzün vukuundan önce ve sonraki halleri arasındaki fark olarak tanımlanır. Zararın maddi mi manevi mi olduğunun tespitinde ihlal edilen menfaatten ziyade, zararın niteliğine bakmak gerekir. Şayet zarar para ile ölçülebilen bir nitelik taşıyorsa maddi, aksi halde manevidir(Ünal, 1978, s.399).

3.2.1.CMK'nın 231/6-c Maddesi Kapsamında Giderilmesi Gereken Zarar

Yasa maddesinde mağdurun suçtan kaynaklı zararının kapsamına ilişkin her hangi bir belirleme yapılmadığından zararın kapsamı ile ilgili özellikle manevi zararların kapsama dahil olup olmadığı hususunda doktrin ve uygulamada farklı düşünce ve uygulamalar ortaya çıkmıştır. Doktrinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılabilmesi için, sanığın suç işlemesi sonucu mağdurun uğradığı maddi ve manevi bütün zararlarını karşılanması gerektiği ileri sürülmüştür(Özgenç, 2009, s.53).

Uygulamada Yargıtay Ceza Genel Kurulu; suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tamamen giderilmesinde zarar yönünden, kanat verici basit bir araştırma ile belirlenecek maddi zararların esas alınması, manevi zararların bu kapsama dahil edilmemesi gerektiğine hükmetmiştir. Söz konusu kararda; zararın belirlenmesinde hakimin, ceza yargılamasında şahsi hak davasına yer verilmediği gerçeğini de

* Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 05.06.2012 tarih, 2011/1-519 Esas, 2012/224 Karar sayılı ve 27.03.2012 tarih, 2011/8-263 Esas, 2012/118 Karar sayılı kararları(Uyap Sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

gözönünde bulundurmak koşuluyla, kanaat verici basit bir araştırma yapması, hukuk hakimi gibi gerçek zararı tam anlamıyla saptamaya çalışmaması gerektiği, zira 5271 sayılı Yasanın 231. maddesindeki düzenlemenin, kişinin ileride hukuk mahkemesinde şahsi hak davası açmasına ve giderilmediğini düşündüğü gerçek zararının saptanarak kalan kısmına da hükmedilmesini isteme yönünden bir engel oluşturmayacağı ifade edilmiştir*. CMK'nın 231/6-c hükmünde yer alan zararın giderilmesi usulleri (aynen iade, suçtan önceki hale getirme) nazara alındığında Yargıtay kararının isabetli olduğunu söyleyebiliriz. Diğer yandan maddi zararların belirlenmesi noktasında dahi ciddi sorunların yaşandığı gerçeği karşısında, manevi zararların da kapsama dahil edilmemesinin uygulayıcılar yönünden kolaylık sağlandığını ve ayrıca kararların itiraza tabi olması nedeniyle uygulamada manevi zararın belirlenmesi konusunda ortaya çıkabilecek farklı uygulamaların önlenmesi açısından yararlı olduğunu ifade edebiliriz. Burada zararın karşılanmasından maksat suç nedeniyle oluşan maddi ve ekonomik mağduriyetin ortadan kaldırılmasıdır. Yoksa zararı tazmin suretiyle maddi yönden de suçluyu cezalandırmak değildir.(İ. Çolak, Özdemir, 2011, s.100).

Bazı suçlar zarar suçu niteliğinde olup, suç mağdurunun veya kamu idaresinin suçtan maddi zarar görmesi söz konusu olabilmektedir. Buna karşın bazı suçlarda ortada somut olarak gerçekleşen bir zarardan söz edilememektedir. 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesinde kastedilen zarar yalnızca zarar suçları bakımından uygulama yeteneği bulan maddi zarardır. Manevi zararlar bu kapsamda değerlendirilemez. Ortada somut maddi bir zarar yoksa bu koşulun gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Bu nedenle hakaret, tehdit, konut dokunulmazlığını ihlal etme** gibi maddi bir zarara neden olmayan suçlar yönünden bu koşulun sanık lehine gerçekleştiği kabul edilmelidir. Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir.

Doktrinde *Kafes*; CMK'nın 254/2. maddesinde yer alan "*Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksitide bağlanması veya süreklilik arzemesi*

* Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 03.02.2009 tarih, 2008/11-250 Esas, 2009/13 Karar Sayılı Kararı(Uyap Sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

** Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 24.04.2012 tarih, 2011/2-461 Esas, 2012/168 Karar sayılı kararından; "...Konut dokunulmazlığının ihlali suçu kişi özgürlüğü aleyhine işlenen suçlardan olduğundan, bu suçu oluşturan eylem sonucunda maddi bir zararın oluştuğundan bahsetmek olanaklı olmayacaktır. "(Uyap Sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

halinde; sanık hakkında, 231 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir." hükmü uyarınca, uzlaşma kapsamında kalan suçlar yönünden hükmün açıklanmasının geri bırakılması için suçtan doğan maddi ve manevi tüm zararların karşılanması gerektiğini, buna karşın hükmün açıklanmasının geri bırakılması için sanığı sadece maddi zarardan sorumlu tutmanın, uzlaşma kurumunun işlerliğini de etkileyebileceğini ve sanığın uzlaşma yoluyla mağdurun tüm zararını karşılamak yerine bu yolu tercih etmesine neden olabileceğini ifade etmektedir(Kafes, 2011, s.141).

Madde kapsamında yer alan kamu zararı; devlet zararı ile birlikte kamu hizmeti yürüten tüm kamu kurumu ve kamu idarelerinin suç sebebiyle uğradıkları zararları içeren geniş bir kavramı ifade etmektedir(Günay, 2010, s.131). Kamu idaresinin doğrudan zarar görmediği ve dolayısı ile kamu davasına katılma hakkının bulunmadığı durumlarda kamu tüzelkişisinin zarar talebi kabul edilmeyecektir(Artuç, 2010, s.117).

3.2.2.Zararın Tespiti

Sanık tarafından giderilmesi gereken zarar aşağıda değineceğimiz ayrık durumlar dışında ceza mahkemesince tespit edilecektir. Bu noktada ceza muhakemesi yapan hakimin tazminat hesaplamasının teknik bilgiyi gerektireceği, ayrıca daha fazla çalışmayı gerektireceği, bu nedenle hakimin isteksizliği sorunu ile karşılaşılacağı ifade edilmektedir(Kafes, 2011, s.94).

Bazı olaylarda zararın miktarının herkes tarafından kolaylıkla belirlenebilmesi olanaklı ise de bazı olaylarda, zararın tespiti teknik bilgi gerektirdiğinden, ancak konunun uzmanı bilirkişiler aracılığıyla belirlenebilmektedir. Bu gibi durumlarda zararın miktarı hakim tarafından belirlenemiyorsa, bilirkişi incelemesi yaptırılmalı ve sanıktan, belirlenen bu miktar zararı giderip gidermeyeceği açıkça sorulduktan sonra sonucuna göre hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağı tartışılmalıdır*.

* Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 21.06.2011 tarih, 2011/7-135 Esas, 2011/140 Karar sayılı kararı(Uyap Sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

Mahkemece tespiti yapılan zararın mağdur tarafından kabulü zorunlu değildir. Nitekim ceza mahkemesinin belirleyeceği zarar Ceza Genel Kurulu'nun kararına göre basit bir araştırma ile belirlenecek olan zarar olup, hukuk mahkemesindeki gibi zararın tam karşılığı olması gibi bir zorunluluk yoktur. Eğer mağdur mahkemenin belirlediği miktarın gerçekten uğramış olduğu zarardan az olduğunu düşünüyorsa hukuk mahkemesine başvurma hakkı vardır.

Sanığın açıkça zararı gidermek istemediğini beyan etmesi veya mağdurun zarar talebinin olmadığını belirtmesi halinde zarar araştırmasına girmek gereksiz olacaktır. Ancak henüz zarar belirlenmeden zararı ödemediği şeklindeki beyanı alınmak suretiyle sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilemez. Bununla birlikte, katılanın suçtan kaynaklanan ve mahkemece belirlenen zararı hakkında bilgi sahibi olan ve bu zararın giderilmesi hususunda çaba sarf etmeyen sanık açısından bu koşulun gerçekleşmediği kabul edilmelidir**.

Mağdurun, sanık hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını engellemek amacıyla suçtan kaynaklı zararının bulunduğunu ancak sanık tarafından giderilmesini talep etmediğini beyan etmesi durumunda zarar koşulunun gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Öğretide, bu durumda Borçlar Hukukundaki alacaklının temerrüdü hükümleri kıyasen uygulanmak suretiyle mahkemece mağdur adına banka hesabı açtırarak bu hesaba veya mahkeme veznesine, belirleyeceği makul sürede zararı yatırması gerektiği ifade edilmiştir(Koyuncu, 2009, ss.9-11; İpek, 2010, s.196). İfade etmek gerekir ki bu çözüm tarzının, aynen iade ve suçtan önceki hale getirme durumlarında uygulanması mümkün görünmemektedir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile ilgili temel tartışma konularından bir tanesi olan zararın giderilmesi koşulu yönünden; 5560 sayılı Yasa değişikliği öncesinde Çocuk Koruma Kanunu'nun 23. maddesinde yer alan; suçun işlenmesiyle kamunun uğradığı zarar miktarının belirlenememesi halinde, mahkemece takdir edilecek bir miktarda paranın bir defada Maliye veznesine yatırılması koşulu ile

** Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 19.06.2012 tarih, 2012/3-97 Esas, 2012/245 Karar, 08.05.2012 tarih, 2011/3-449 Esas, 2012/ 186 Karar, 27.03.2012 tarih, 2011/3-457 Esas, 2012/128 Karar, 25.12.2012 tarih, 2012/13-1315 Esas, 2012/1871 Karar sayılı kararları(Uyap Sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

zararın giderildiğinin kabulü şeklindeki düzenlemeye benzer bir düzenlemeye yer verilmesinin özellikle zararın tespitinin güçlük arzettiği durumlarda uygulayıcılar açısından bir rahatlama sağlayacağını düşünüyoruz. Böylelikle ceza yargılaması çetrefilli hesaplamalar gerektiren zararın tespiti nedeniyle gereksiz yere uzamayacak, mağdur da kalan zararını esasen bu işin uzmanlık mahkemeleri olarak değerlendirebileceğimiz hukuk mahkemesinde açacağı dava ile elde edebilecektir.

3.2.3.Zararın Giderilmesi

Öncelikle ifade etmek gerekir ki ilgili yasal düzenlemede zararın bizzat sanık tarafından giderilmesi gerektiğine dair açık bir kayıt bulunmadığından, sanık adına onun bilgisi ve rızası dahilinde üçüncü kişiler tarafından zararın giderilmesi halinde koşulun sanık lehine gerçekleştiği kabul edilmelidir*.

Mağdurun zararının tazmin edildiği şeklindeki beyanı zararın tazmin edilmiş sayılması için yeterli kabul edilecektir. Esas olan mağdurun zararının giderilmesi suretiyle maddi mağduriyetinin ortadan kaldırılması olduğu için mağdurun zararının giderildiği şeklindeki beyanı yeterlidir. Ayrıca beyana rağmen mahkeme tarafından zararın gerçekten tazmin edilip edilmediğinin araştırılması gereksizdir. Mahkemenin araştırması gereken husus zararın taksitlendirme suretiyle giderilmesine karar verildiği durumlarda mağdurun zararının giderilmediği şikayeti üzerine zararın gerçekten giderilip giderilmediğidir(İ. Çolak, Özdemir, 2011, s.100).

Burada özellik arzeden bir diğer durum; birden fazla kişi tarafından iştirak halinde veya iştirak iradesi olmaksızın işlenen suçlarda, zararın sanıklardan biri tarafından karşılanması halinde diğer sanık veya sanıkların bu zarar gideriminden yararlanıp yararlanamayacağıdır. Doktrinde haklı olarak, maddi imkanı olduğu halde zararın giderimini açıkça reddeden sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmemesi gerektiği, buna karşın zararı giderme iradesini ortaya koyan ancak maddi imkanının bulunmaması nedeniyle zararın giderilmesine katkıda bulunamayan sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu durumda karşımıza çıkacak bir diğer sorun

* Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 21.06.2011 tarih, 2011/7-135 Esas, 2011/140 Karar sayılı kararı(Uyap Sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

suç faillerinden birinin sadece kendi payına düşen kadar zararı gidermesi halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilir verilemeyeceğidir. Doktrinde bu durumda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için mağdurun suçtan kaynaklı (maddi)zararının tümünden giderilmesi gerektiği ifade edilmek suretiyle bu durumda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemeyeceği ifade edilmiştir(Töngür, 2009, s.249). Kanaatimizce bu durumda ikili bir ayrıma gidilmesi gerekir. Şayet sanıklar arasında iştirak iradesi bulunmakta ise tüm sanıkların zararın tamamından sorumlu tutulması ve zararın tümünden giderilmemesi halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmemesi gerekir. Bununla birlikte iştirak iradesi bulunmayan hallerde sanığın, diğer sanıkların neden olduğu zarardan sorumlu tutulmasının cezaların şahsiliği ilkesini zedeleyeceğini düşünüyoruz.

5560 sayılı Yasa ile 5395 sayılı ÇKK'nun 23. maddesinde suça sürüklenen çocuklar yönünden öngörülen hükmün açıklanmasının geri bırakılması düzenlemesi yürürlükten kaldırılmış, CMK'na atıf yapılmak suretiyle söz konusu Yasa'nın hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin-denetim süresi dışındaki-hükümleri suça sürüklenen çocuklar hakkında da uygulanır hale getirilmiştir. Söz konusu değişiklik ile birlikte 5395 sayılı Yasa'nın 23/2-d maddesinde düzenlenen "*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.*" şeklindeki hüküm yürürlükten kalkmıştır. Suça sürüklenen çocukların sosyo-ekonomik durumları ve yaşları itibariyle zararı giderecek ekonomik gücü sahip olmadıkları gerçeği nazara alındığında, söz konusu yükümlülüğün çocuğun yasal temsilcileri tarafından yerine getirilmesi gerekecektir ki bu durumun cezaların şahsiliği ilkesini zedelediği kanaatindeyiz. Ayrıca şu detayı atlamamak gerekir, ÇKK'nun yürürlük tarihi olan 03.07.2005 ile 5560 sayılı Yasa değişikliğinin yürürlük tarihi olan 19.12.2006 tarihleri arasında işlenen suçlar yönünden suça sürüklenen çocuklar hakkındaki bu hükmün uygulanma imkanı bulunduğundan suça sürüklenen çocuğun ailesinin ve kendisinin ekonomik durumunun elverişli olmaması halinde zararın giderilmesi koşulu

aranmayabilecektir*. Suça sürüklenen çocuklar lehine olan bu düzenlemenin aleyhe değiştirilerek, yetişkin suçlular bakımından aranan koşulların suça sürüklenen çocuklar bakımından da aranması, uluslararası belgelerde yer alan küçüklerin ceza yargılamasında daha hafif yaptırım ve önlemlere tabi tutulmasına dair tavsiyelere de aykırılık oluşturmuştur(Töngür, 2009, ss.196-197).

CMK'nın 231. maddesinin 9. fıkrasında sanık tarafından zararın derhal giderilememesi durumunda, sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebileceği hüküm altına alınmıştır. Kanunda yer alan "*denetim süresi*" ibaresi suça sürüklenen çocuklar yönünden dolaylı olarak aleyhe sonuç doğurmaktadır. Nitekim CMK'nın 231. maddesinin 8. fıkrasına göre yetişkinler için denetim süresi 5 yıl olduğu halde 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 23. maddesi uyarınca suça sürüklenen çocuklar yönünden denetim süresi 3 yıl olması, suça sürüklenen çocuklar yönünden taksitlendirme süresi yetişkinlere göre 2 yıl daha kısa olması sonucunu doğurmaktadır.

3.2.4.Zararın Giderilmesi Usulleri

Doktrinde, CMK'nın 231/6-c maddesinde kullanılan "*veya*" ibaresinin ilgili fıkra da sayılan zararın giderilmesi yöntemlerinden her hangi birine öncelik tanınmadığını gösterdiği ve bu nedenle tazmin yöntemini belirleme noktasında sanığın seçimlik hakkının bulunduğu ifade edilmektedir(Töngür, 2009, s.254). Kanaatimizce burada amaç mağdurun en iyi şekilde tatmini olmalı ve aynen tazmin veya suçtan önceki hale getirmenin mümkün olduğu hallerde bu yol öncelikle tercih edilmeli, tazmin suretiyle giderim bunların mümkün olmadığı hallerde gündeme gelmelidir.

Bu noktada hukuk mahkemelerinde belirlenen bir yargı kararına bağlı olarak zararın giderilmesi şeklindeki uygulamanın hükmün açıklanmasının geri bırakılması

* Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin 23.12.2008 Tarih, 2006/8806 Esas, 2008/22324 Karar sayılı kararı(Uyap sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

kararının verilmesini zorlaştıracacağı hatta bir çok zaman da imkansız kılacağı açıktır(Meran, 2008, s. 68).

3.2.4.1.Aynen İade

Zararın aynen iade edilmesi; hükümlünün işlediği suç nedeniyle haksız olarak ele geçirdiği şeyi aynen ya da satın almak suretiyle suçtan zarar görene iade etmesidir*. Nakden tazminde malvarlığında meydana gelen kayıpların belli bir miktarda paranın ödenmesi suretiyle giderilmesi söz konusu iken, aynen (iade)tazmin yönteminde zarar verici olay hiç meydana gelmese idi, mağdurun içinde bulunulacağı farazi durumun para ödenmesi dışındaki bir yolla tesis edilmesi amaçlanmaktadır. Zarar gören malın yerine yenisinin alınması ya da tahrip edilen malın tamir edilmesi aynen tazmin için verilebilecek en klasik örneklerdir. Nakden tazminde zarar verici olay olmasa idi içinde bulunulacak farazi durum sadece değer olarak, aynen tazmin de ise eylemli olarak sağlanmaktadır. Bu nedenle aynen tazminde zarar verici olay sonrası ve öncesi malvarlığında meydana gelen farkın tespitine ilişkin çetrefilli hesaplamalar yapılması gerekmez. Özel hukuk uygulamasında Alman hukukunda aynen tazmin yöntemine öncelik verilmesine karşın(Ergüne, 2006, ss.31-33) hukukumuzda tazmin şeklini belirleme noktasında hakime takdir hakkı tanınmıştır**. Ayrıca ifade etmek gerekir ki misli olmayan şeylerin suçtan önceki hali ile iadesi, misli olan şeylerin ise mislen iadesi yeterli olacaktır.

3.2.4.2.Suçtan Önceki Hale Getirme

Suçtan önceki hale getirme; suç nedeniyle verilen zararın, hükümlü tarafından ya da başkası aracılığıyla çalışmak, çalıştırılmak, tamir etmek veya buna benzer faaliyetlerle giderilmesidir†.

* Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük, madde 51.

** 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, madde 51/1; "*Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.*"

† Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük, madde 51.

3.2.4.3.Tazmin

Zararın tazmin edilmesi; suç nedeniyle verilen zararın bedelinin suçtan zarar görene ödenerek tazmin edilmesidir**. Tazmin, suç olayı nedeniyle, hukuka aykırı ve haksız bir biçimde mağdura veya kamuya verilen zararın karşılığının parasal olarak ödenmesini ifade etmektedir. Burada söz konusu olan, parayla ölçülebilen maddi zarardır. Tazmin yoluyla giderim, aynen iade veya önceki hale getirme olanağının bulunmadığı durumlarda ortaya çıkabilir.

D.Liyakat Koşulu

Öğretide "*subjektif koşul, öznel koşul, ehliyet koşulu, manevi koşul, liyakat koşulu*" gibi değişik şekillerde ifade edilen bu koşul 5271 sayılı CMK'nın 231/6-b. maddesinde "*hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için, mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması gerekir.*" şeklinde düzenlenmiş bulunmaktadır.

Yasalarımızda mevcut, takdiri indirim nedenleriyle, erteleme ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması birbirinden ayrı, bağımsız kurumlardır. Bu kurumların uygulanmasında öznel koşullar bakımından benzerlikler bulunmakla birlikte, temelde farklılık vardır ve bu farklılık, kurumların uygulanıp uygulanmamasında gösterilecek gerekçe bakımından dikkate alınmalıdır. Bir ceza davasında takdiri indirim sebebini kabul eden hakimin takdire bırakılan bütün kurumları aynı açıdan değerlendirmesi ise düşünülemez. Ancak TCK'nın 62. maddesinin uygulanması için değerlendirilen hal, erteleme için yasada aranan koşulları da kapsayan ortak bir neden teşkil ederse bu takdirde olayın özelliğine göre hakimin hükmün açıklanmasının geri bırakılması yetkisini de sanık lehine kullanması gerekir. Aksi takdirde, kurduğu hükümle çelişkiye düşeceği ve bu halin güven sarsıcı bulunacağı açıktır*.

** Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük, madde 51.

* Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun erteleme ile ilgili 07.06.1976 tarih,1976/3-4 Esas,1976/3 Karar sayılı kararından uyarlanmıştır.(Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası'ndan temin edilmiştir.)

5237 sayılı TCK'nun 51. maddesinin uygulanmaması, diğer bir ifadeyle sanığa verilen cezanın ertelenmemesi hususunda gösterilen gerekçenin, CMK'nun 231. maddesinde öngörülen subjektif şartın oluşmadığını ortaya koyan bir gerekçe olarak kabulü mümkün değildir. Mahkemenin, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının gerekip gerekmediği hususunda, kanunda öngörülen ölçütleri de göz önünde bulundurarak yeni bir değerlendirme yapması zorunludur**. Yine aynı şekilde hapis cezasının ertelenmesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile ilgili gerekçenin birbiri ile çelişmemesi gerekir***.

Bu koşul açısından iki önemli hususun bulunduğu görülmektedir; biri sanığın kişilik özellikleri, diğeri ise sanığın duruşmadaki tutum ve davranışlarıdır. Mahkemece, sanığın yeniden suç işlemeyeceği hususundaki kanaate ulaşmada, maddede yer alan bu iki unsur dışında herhangi bir ölçüt, örneğin, sanığın suç işleme sebep ve güdüsü(saik), suç işleme amacının esas alınıp alınamayacağı tartışmalıdır. Diğer bireyselleştirme kurumlarında benzer veya farklı ölçütler kullanıldığından söz konusu ölçütlerin çatışma veya örtüşme ihtimali bulunduğundan sanığın kişilik özellikleri ve duruşmadaki tutum ve davranışları ile sınırlı bir değerlendirme yapılmalıdır. Bunlar dışında herhangi bir unsura bakılarak olumlu veya olumsuz bir sonuca varılması olanaklı olmamalıdır(İpek, 2010, s.144; Günay, 2010, s.131).

1.Sanığın Kişilik Özellikleri

Suçlunun kişiliği, çağdaş ceza hukukunun temel kavramlarından birisidir. Ceza ve güvenlik tedbirlerinin sanığın kişiliğine uydurulması gerekiyor ise her şeyden önce suçlunun kişiliğinin bütün özellikleriyle belirtilmesi ve bu hususta çeşitli yöntemlere başvurulması gerekir. Hiç şüphesiz bu yöntemler çağdaş psikoloji,

** Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 15.01.2013 tarih, 2012/12-1308 Esas, 2013/8 Karar sayılı kararı(Uyap Sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

*** "...Sabikasız olan sanık hakkında verilen hapis cezası "daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemesi, suçu işledikten sonra yargılama sürecinde göstermiş olduğu pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği hususunda mahkemede bir kanaat oluşması" şeklindeki gerekçe ile ertelenmesine rağmen, "kişilik özelliklerine göre yerinden suç işlemeyeceği hususunda mahkememizde kanaat oluşmaması" şeklindeki, erteleme uygulamasıyla çelişkili, yasal ve yeterli olmayan gerekçeyle CMK'nın 231. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi.."(Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 11.06.2012 tarih, 2011/11638 Esas, 2012/6517 Karar sayılı kararı;Uyap sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

psikiyatri ve sosyal çalışma bilimlerinin verilerine dayanır ve kişiliğin bütününe incelemeye yönelmiş bütünleştirici bir görüşe dayanır. Söz konusu olan suçlu hakkında hakimın psiko-sosyal verilere dayalı kanaatinin belirlenmesine katkıda bulunulmasıdır(Yerli, 2003, s.41).

Kişilik kişinin, kişi olması nedeniyle sahip olduğu hak ve fiil ehliyetleri ile hayatı, vücut bütünlüğü, şerefi haysiyeti, sırları, adı vb. üzerindeki hakların tümüdür. TMK'nın 28. maddesine göre; kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer(Bulut, 2006, s.5).

Kişisel değerler; maddi(bedensel) değerler olarak ifade edilen; yaşam, sağlık, vücut bütünlüğü, manevi değerler olarak ifade edilen; özgürlükler, onur, saygınlık, ad ve resim üzerindeki haklar, aile bütünlüğünün korunması, sır çevresi gibi değerler ile mesleki ve ekonomik değerler olarak ifade edilen; mesleki onur, ekonomik özgürlük ve varlık, mesleki ve ticari gizlilik gibi değerlerden oluşmaktadır(Bulut, 2006, s.6).

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu bakımından “*sanığın kişilik özellikleri*” ifadesi, yasada her hangi bir açıklama ve sınırlama bulunmaması karşısında geniş bir içerikte ele alınmalıdır. Sanığın yalnızca ruhsal özellikleri, tutum ve davranışları değil, sahip olduğu bütün bireysel yetenekler, toplum içindeki konumu ve benzeri özellikler, kişisel özellikler bağlamında göz önünde bulundurulmalıdır.

Mahkemece; sanığın kişilik özellikleri değerlendirilirken, kişilik hakkına dahil tüm unsurlar; sanığın yaşı, olgunluğu, sağlık durumu, cinsiyeti, medeni hali, eğitimi, mesleği, maddi ve ekonomik durumu, karakter özellikleri ve kişilik yapısı, ahlaki eğilimleri, yaşadığı sosyal çevre, toplumsal saygınlığı gibi unsurlar üzerinde durulmak suretiyle, alacağı cezanın başta kendisi olmak üzere ailesi, sosyal çevresi üzerindeki sonuçları dikkate alınarak, mahkeme huzurunda sergilenen tavır ve davranışlar da dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerekir(Gündüz, 2008, s.163).

Adli sicil kaydından silinme koşulları oluşmakla birlikte, henüz Genel Müdürlük tarafından silme işlemi gerçekleştirilmediğinden adli sicil kaydından

anlaşılan kasıtlı suçlara dair önceki mahkumiyetlerin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun mahkumiyet koşulu yönünden engel olarak değerlendirilmesinin yanısıra kişilik özellikleri bağlamında liyakat koşulunun değerlendirilmesinde de nazara alınmaması gerektiğini düşünüyoruz. Aksine bir kabul aynı durumda olup adli sicil kaydı silinen kişiler ile silinmeyen kişiler yönünden farklı uygulamalara neden olacaktır.

Yeni ceza adaleti sistemimizde cezaların ıçtımamüessesine yer verilmemesi ve düşme sebeplerinin her suç yönünden ayrı ayrı dikkate alınması zorunluluğu nedeniyle, birden fazla suçtan mahkumiyet halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması koşulları her suç yönünden ayrı ayrı değerlendirilmeli, ancak mahkemece, bu olguların sanığın suç işleme hususundaki eğilimi kapsamında değerlendirilmesi gerekir*.

Sanığın yargılanmakta olduğu başka dosyaların bulunması da liyakat koşulunun değerlendirilmesinde nazara alınması gereken unsurlardandır.

2.Sanığın Duruşmadaki Tutum ve Davranışları

Ceza muhakemesinin kovuşturma evresi esas olarak dört devreden oluşmaktadır. Bunlar, duruşma hazırlığı, duruşma, hüküm ve kanun yolu devreleridir. Ceza muhakemesinde duruşma, kovuşturma evresinde mahkemenin delillerle, doğrudan doğruya temas edip maddi gerçeğe ulaşmaya çalıştığı en önemli devreyi ifade etmektedir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının gündeme gelebileceği bir davada, ikinci devre olan duruşma devresinin sonunda sanığın suçlu olduğu mahkemece kabul edildikten sonra üçüncü devre olan hüküm devresine geçilir(G.Taner, 2011, s.296). Hakimin, CMK'nın 231/6-b maddesi kapsamında değerlendirme yapmak amacıyla hazır bulunan sanığın duruşma sürecindeki tutum ve davranışlarını dikkatlice gözlemlemesi gerekir. Bu bağlamda; sanığın duruşma çağrısına uyması, sanığın duruşmalar sırasındaki tutumu, yargılama sujelerine karşı saygılı tutumu, pişmanlığı ve mahkemeye gerçeklerin aydınlatılması yönündeki samimi yardımları bu koşulun değerlendirilmesi açısından önemli unsurlar olup

* Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 27.01.2009 Tarih, 2008/1-274 Esas, 2009/5 Karar sayılı kararı(Uyap Sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

ileride oluşacak kanaati bakımından değerlendirmek ve yasa yolu denetimine esas olmak üzere tutanağa geçirmesinde yarar bulunmaktadır. Hemen belirtelim ki hakimin bu bulgulardan hareketle izlenimini veya kanaatini tutanağa geçirmesi doğru değildir. Böyle bir durum görüş açıklamak anlamına gelir ki bu durum, hakimin tarafsızlığı ile bağdaşmadığı gibi hakimin reddi sebebi yapılabilir(Kumbasar, 2012, s.161).

Madde metninde yargılama aşamasındaki tutum ve davranışları yerine, sanığın sadece duruşmadaki tutum ve davranışlarının değerlendirme kapsamına alınması gerektiği düzenlenmiştir. Bu nedenle sanığın soruşturma evresindeki tutum ve davranışları bu kapsamda değerlendirilemez. Hiç şüphesiz bu hususların madde metnindeki diğer unsur "*sanığın kişilik özellikleri*" bağlamında değerlendirme konusu yapılmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır(İpek, 2010, s.147).

Çağrılmasına karşın duruşmalara katılmayan, zorla getirme veya yakalama kararlarına bu nedenle muhatap olan sanığın bu davranışı, hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasına engel olup olmayacağı tartışmalıdır. Duruşmaya katılmak sanık için bir hak olduğu kadar, bir yükümlülüktür. "*Sanığın duruşmadaki tutum ve davranışları*" ifadesini geniş anlamak gerekir ve duruşmaya katılıp katılmama yönündeki davranışları da bu kapsamda değerlendirmek gerekmektedir. O nedenle çağrılara mazeretsiz uymayan, yakalama ve zorla getirme kararlarına muhatap olan ve duruşmalara devam etmeyen sanıklar bakımından, mahkemenin, sanığın yeniden suç işlemeyeceği yönündeki kanaatinin olumlu olamayabileceğini kabul etmek gerekmektedir. Bu husus değerlendirirken, ülkemizde davaların uzun sürmesi, sanıklar için zaman zaman bıktırıcı duruma gelen duruşmaların çokluğu göz önünde bulundurulmalı ve katı bir uygulamadan kaçınılmalıdır(Kumbasar, 2012, s.162).

Sanığın hükmü veren hakimle yüz yüze gelmediği, örneğin mahkeme hakiminin değiştiği veya savunmasının 5271 sayılı CMK'nın 196. maddesi uyarınca istinabe suretiyle tespit edildiği durumlarda artık "*sanığın duruşmadaki tutum ve davranışları*"nın değerlendirilmesi olanaksız hale geleceğinden yasa metninde düzenlenen diğer unsur "*sanığın kişilik özellikleri*" yönünden değerlendirme yapılması gerekir. Mahkeme bu durumda dosya kapsamında yer alan bütün belge ve

bilgilerden yararlanarak sanığın kişilik özelliklerini belirlemeye çalışarak olumlu veya olumsuz bir kanaate varacaktır(Aksoy, 2008, s. 147).

Bu noktada bir diğer sorun susma hakkını kullanması durumunda "*sanığın duruşmadaki tutum ve davranışlarının*" ne şekilde değerlendirileceğidir. 5271 sayılı CMK'nın 147. maddesinin 1/e bendinde şüpheli veya sanığın yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu belirtilmiş olup, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak, Anayasamızın 38. maddesinde de temel hak olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu durumda kişinin kendisine tanınmış olan bir hakkı kullanmamasının, cezanın belirlenmesinde onun aleyhine değerlendirilmemesi gerekir.

3.Sanığın Yeniden Suç İşlemeyeceği Yönündeki Kanaat

Yasalarımızın sanığın geçmiş halini ve ahlaki temayüllerini saptamak üzere uzman kişilerce yapılan anket usulünü kabul etmemiş bulunması nedeniyle duruşma sırasında sanığı izleyen, suç öncesi ve sonrası davranışlarını değerlendiren, soruşturma aşamasında temas ettiği kişilerden sanık hakkında bilgi alan hakim, sanığın ruhsal yapısını da dikkate alarak en iyi değerlendiren kişi olması gerekir ve yasa maddelerinin yalnız objektif koşulla yetinmeyip, sanıkta subjektif şartın mevcudiyetini de öngörmesi, ilk defa suç işleyen herkesin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına layık bulunmadığını kabul etmesinden ileri gelmektedir* .

Kanun metninde belirtilen iki ölçütün içeriğinin nelerden ibaret olduğu hususunda her hangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu ölçütlerin içeriğini tayin etmede hakime geniş takdir hakkı tanımıştır. Hakim takdir yetkisi kapsamında bir değerlendirme yapacak, kanaatin olumlu olması durumunda, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına aksi halde gerekçesini göstermek koşuluyla kurumun uygulanmasına yer olmadığı kararı verecektir.

Takdir kavramının öğretide "*serbest takdir*" ve "*bağlı takdir*" olarak ikili bir ayrıma tabi tutulduğu görülmektedir. Serbest takdir, hakim kanun koyucunun

* Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 07.06.1976 tarih,1976/3-4 Esas,1976/3 Karar sayılı erteleme ile ilgili kararı(Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası'ndan temin edilmiştir.)

etkisinde kalmadan yasanın içeriğine ilişkin düşüncesini ya da istediği olasılığı seçip uygulayabilmesidir. Bağlı takdir ise hakim kendi kişisel görüşünü göz önünde bulundurmadan kanun koyucunun iradesini ve amacını gerçekleştirir(Kumbasar, 2012, ss.75-76). Bu açıklamalar ışığında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının bu koşulu yönünden hakime tanınan "*bağlı takdir*" yetkisi olduğunu ifade edebiliriz. Zira kanun koyucunun iradesiyle sınırlandırılmıştır. Kanun koyucu, kullanılacak ölçütleri göstermek suretiyle hakim takdir yetkisinin sınırlarını çizmiş olup hakim bu alan içerisinde takdir yetkisini kullanacak ve detayı aşağıda açıklanacağı üzere gerekçesini denetime olanak verecek şekilde kararına yansıtacaktır.

Kanun koyucu, hakim edineceği kanaati, yalnızca "*sanığın suç işlemeyeceği hususu*" ile sınırlı tutmuştur. Bu bakımdan örneğin, mahkumiyetin sanık üzerindeki etkisi, cezaya hükmedilmesinde kamusal yarar olup olmadığı, suçun toplumsal önemi ile meydana getirdiği tehlikenin ve zararın ağırlığı gibi konular bu değerlendirmede dikkate alınmamalıdır(İpek, 2010, s.148).

Belirtildiği gibi bu karar, tamamıyla mahkemenin takdirine bağlı bir karardır. Ancak, yalnızca sanığın duruşmalardaki tutum ve davranışlarından hakim bir sonuca gitmesini beklemek, çok da gerçekçi değildir. Yargılanmanın getirdiği psikolojik baskı neticesinde duruşmada insanların genellikle daha sakin, pişmanlık belirten davranışlar sergiledikleri izahattan varestedir. Bu nedenle sanıkları kendi yaşam ortamlarında, toplum içerisinde gözlemleyecek, psikolojik tahlil yapabilecek, mahkemenin bu yöndeki kanaatinin oluşmasına yardımcı olabilecek unsurları değerlendirerek rapor halinde mahkemeye sunacak denetim memurlarının görevlendirilmesi bu koşul yönünden daha sağlıklı sonuçlar elde edilmesi noktasında önemli katkılar sağlayabilecektir(Töngür, 2009, s.239). Uygulamada, yeterli sayıda istihdamın sağlanması suretiyle, denetimli serbestlik uzmanlarınca suça sürüklenen çocuklar hakkında düzenlenen sosyal inceleme raporu benzeri raporların düzenlenmesi yoluna gidilmesinin bu noktadaki ihtiyacı karşılayacağını düşünmekteyiz.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması cezanın doğrudan doğruya sanığın kişiliğine uydurulmasını öngören yargısal bir kişiselleştirme kurumu olmakla iştirak

halinde işlenen suçlarda suç ortaklarından biri hakkında tesis olunan hükmün açıklanmasının geri bırakılması diğerleri hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını gerektirmemektedir* .

4.Kanaatin Gerekeçesi

1982 Anayasası'nın 141. maddesinin 2. fıkrası ile 5271 sayılı CMK'nın 34. maddesinin 1. fıkrasında hakim ve mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılacağı hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde mahkeme kararlarının gerekçeli olması zorunluluğu açıkça düzenlenmemiştir ancak bu durum mahkeme kararlarının gerekçelerini öğrenme hakkının adil yargılanma hakkının bir unsuru olmadığı anlamına da gelmemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, hakkaniyete uygun yargılanma hakkına istinaden maddede açıkça belirtilmeyen ancak adil yargılanma hakkının zımni gerekleri olduğu kabul edilen unsurları da tespit etmiştir. Bunlardan birisi de mahkeme kararlarının gerekçeli olması kuralıdır. Bu şekilde, mahkeme kararlarının gerekçeli olması kuralı da hakkaniyete uygun yargılanma hakkının zımni unsurlarından biri olarak adil yargılanma hakkına dahil edilmiştir(Turan, <http://www.nevsehir.adalet.gov.tr>, Erişim Tarihi: 22.06.2013)

Mahkemelerin karar ve hükümlerinde gerekçenin eksiksiz ve tam olarak bulunması gerekmektedir. Zira sanığın kendisi hakkında verilen karara itiraz edebilmesi için mahkeme kararının gerekçeli olması ve usulüne uygun olarak sanığa tebliğ edilmesi şarttır. Ancak, bu durumda temyiz hakkı amacına uygun bir şekilde etkili olabilir (Uluslararası Af Örgütü: Adil Yargılanma Hakkı, 2000, s.254). Karardan talebin red yahut kabul nedenleri açıkça anlaşılmıyorsa, bu durumun karardan öğrenilmesi imkansız gözükmekte ise karar gerekçesiz kabul edilmekte ve 6/1. madde ihlal edilmiş sayılmaktadır(Higgins ve Diğerleri Kararı, s.160; Aktaran, Turan). Belirtilen gerekçelerle ilk derece mahkemelerince hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile ilgili olarak değerlendirme yapılırken, sanığın yeniden suç işlemekten çekineceği hususunda olumsuz kanaate varılması durumunda, bu kanaate ne şekilde varıldığıının gerekçesinin denetime olanak verecek şekilde açıklanması, bu

* Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 07.06.1976 gün ve 4-3 sayılı erteleme ile ilgili kararı(Uyap Sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

yöndeki kararın etkili şekilde denetiminin sağlanması ve adil yargılanma hakkına riayet açısından önem arz etmektedir*. Özellikle de diğer koşulların sanık lehine gerçekleşmiş olması halinde, bu koşul ile ilgili gerekçe daha önemli hale gelmektedir**.

Yüksek mahkeme kararlarında, gerekçenin akla ve mantığa dayalı, tarafları tatmin edici ve denetime olanak sağlayıcı nitelikte olması gerektiğini, içeriği tatmin edici biçimde açıklanmadan salt yasa metninin tekrarının gerekçe olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir***.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı mahkumiyet kararı olmamakla, sanık hakkında daha önceden verilerek kesinleşen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kararlar sabıka koşulu yönünden engel olarak değerlendirilmeyecek ise de* liyakat koşulu yönünden değerlendirme konusu

* Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 15.01.2013 tarih, 2012/6-1314 Esas, 2013/9 Karar sayılı kararından; "...Yerel mahkemeye suçunu ikrar eden ve dosyaya yargılama sürecine ilişkin herhangi bir olumsuz davranışı yansımayan sanık hakkında takdiri indirim hükümleri uygulanırken; "geçmiş, eylemden sonraki ve yargılama sırasındaki davranışları" lehine değerlendirilmiş, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 23. maddesinin uygulanmamasına yönelik olarak ise, "yasal koşulların bulunmadığı" şeklinde soyut bir gerekçe gösterilmiş olup, hangi şartların ne şekilde oluşmadığı açıklanmamıştır.

Bu nedenle, yerel mahkeme kararının Özel Dairece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanma şartlarının bulunup bulunmadığı yönünde yasal ve yeterli gerekçe gösterilerek değerlendirilmesi gerektiğinden bahisle bozulmasında bir isabetsizlik yoktur."(Uyap Sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

** Bakınız: Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 20/12/2012 tarih, 2011/10416 Esas, 2012/13411 Karar ve 06/03/2012 tarih 2011/9207 Esas, 2012/1578 Karar sayılı kararları "...Kayden sabıkasız olup, duruşma tutanaklarına yansımış olumsuz bir hali bulunmayan ve yargılama sürecindeki davranışları nedeniyle de cezasından TCK'nın 62. maddesi uyarınca indirim yapılan sanık hakkında, hangi somut veri ve olgulara dayanıldığı gösterilmeden, "yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaat oluşmadığından" şeklindeki yasal ve yeterli olmayan gerekçeyle CMK'nın 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi..."(Uyap Sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

*** Bakınız: Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 20.12.1993 tarih, 1993/10-290 Esas, 1993/327 Karar, 13.05.2003 tarih, 2003/2-129 Esas, 2003/154 Karar ve 27.05.2003 tarih, 2003/2-130 Esas, 2003/167 Karar sayılı kararları ile 11. Ceza Dairesi'nin 14.02.2011 tarih, 2010/16869 Esas, 2011/868 Karar sayılı, 2. Ceza Dairesi 'nin 13.05.2003 tarih, 2003/2-129 Esas, 2003/154 Karar sayılı kararları(Uyap Sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

* Aynı yöndeki Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 26.12.2012 tarih, 2012/13831 Esas, 2012/32342 Karar sayılı kararı; "...Suça sürüklenen çocuğun adli sicil kaydında yer alan ilamın hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına ilişkin olması, böylece kasıtlı suçtan bir mahkumiyeti bulunmamasına karşın, bahse konu ilam sebebiyle, hükmolunan hapis cezası ertelenen suça sürüklenen çocuk hakkında, CMK'nın 231. maddesinin uygulanmaması..."(Uyap sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

yapılabilecektir. Uygulamada kimi sanıklar yönünden birden fazla hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiği görülmektedir, kurumun ilk defa suç işleyenler yönünden kabul edilmiş bulunduğundan, bu yöndeki uygulamanın isabetli olmadığını, daha önceden kasıtlı suçlardan verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kararların liyakat koşulu yönünden olumsuz olarak değerlendirilmesinin, yasal düzenlemenin amacı ile uyumlu olacağı kanaatindeyiz.

E.Sanığın Kabulü

22.07.2010 tarihli 6008 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile 5271 Sayılı CMK'nın 231/6. fıkrasının c bendine "*Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez.*" cümlesi eklenmek suretiyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi için sanığın kabulü koşulu öngörülmüştür^{**}. Değişiklik öncesinde bu yönde bir yasal düzenleme bulunmaması denetim süresince sanıklık sıfatının devam edeceği ve sanığın sürekli zan altındaki kişi konumunda kalacağı, bunun masumiyet karinesi, mahkemeye erişim hakkı ve adil yargılanma ilkesiyle bağdaştırılamayacağı gerekçesiyle sakıncalı görülmüş ve eleştirilmiştir(Kumbasar, 2012, s.166). Doktrinde Donay; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları yönünden temyiz kanun yolunun açık olduğuna dair bir düzenleme içermemesi nedeniyle yapılan değişikliğin yetersiz olduğu görüşündedir(Donay, 2012, s.155).

Söz konusu değişikliğin gerekçesi Adalet Komisyonu Raporunda; "*Uygulamada hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesiyle yargı yoluna müracaat halinde beraat edeceğini düşünen sanığın bu hakkı elinden*

^{**} Değişikliğe ilişkin Anayasaya aykırılık itirazı Anayasa Mahkemesi'nin 16.02.2012 tarih, 2011/41 Esas, 2012/25 Karar sayılı kararı ile yerinde görülmeyle oy birliği ile reddedilmiştir. İlgili kararda özetle; "*Ceza sistemimizde yer alan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilebilmesi koşullarına ilaveten getirilen ve sanığa kararı temyiz incelemesine götürübilme hakkı tanıyan kuralın Anayasanın ve ceza hukukunun genel ilkelerine aykırı olmayıp, yasakoyucunun takdir yetkisi kapsamında kaldığı, itiraz konusu kuralda sanığın kendi aleyhine beyanda bulunmaya zorlanmasının söz konusu olmadığı gibi, iptali istenilen kuralın 231. maddeye eklenmesinden sonra, sanığın iradesine önem verilerek, sanığın iradesi dışında hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinin uygulanması engellendiği, sanığa, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı olduğunu beyan etme ve dolayısıyla hakkında verilen kararı temyiz incelemesine götürübilme imkânı veren kuralın, Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen, kendisini suçlama ve bu yolda delil göstermeye zorlanma olarak değerlendirilemeyeceği*" ifade edilmiştir.

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.” şeklinde ifade edilmiştir(23. Dönem 4. Yasama Yılı, 526 sayılı Adalet Komisyonu Raporu, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss526.pdf>, s.32, ErişimTarihi: 02.06.2013).

Değişiklik temelde sanığın aklanmayı isteme yani adil yargılanma hakkına saygı gösterilmesine yönelik ise de uygulamada özellikle özel hukuk alanındaki davalarda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kararların delil olarak kullanılması nedeniyle sanığın zor durumda kalmasına neden olduğu hususu da nazara alındığında yerinde bir düzenleme olmuştur(G.Taner, 2011, s.293).

Yasal değişiklik ile birlikte hükmün açıklanmasının geri bırakılması için yasada aranan diğer tüm koşullar gerçekleşmiş olsa dahi sanığın kabul etmemesi halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemeyecektir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının uygulanmasını kabul etmeme, sanığa tanınmış bir hak olmakla birlikte yasal düzenlemede bu hakkın ne şekilde kullanılacağına dair bir açıklık bulunmaması beraberinde tartışmaları da getirmiştir. Doktrinde yaygın görüş, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için sanığın bunu açıkça kabul etmiş olması gerektiği yönündedir. Uygulamanın da bu yönde geliştiği görülmektedir. Bununla birlikte yasada sanığın kabul etmesinden değil, kabul etmemesinden söz edildiği, kurumun uygulanmasının değil, uygulanmamasının koşula bağlandığı, kanun koyucunun kurumun uygulanabilmesi için sanığın kabulünün gerektiği yönünde bir düzenleme yapmadığı ifade edilmek suretiyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için sanığın açık rızasının alınmasının gerekmediği, sanığın açıkça hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul etmediğini beyan ettiği haller dışında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebileceği ifade edilmiştir(Kumbasar, 2012, ss.186-187). Sanığın her hangi bir zorlama olmaksızın

ıslah sürecine kendi rızası ile dahil olmasının kurumdan elde edilmesi düşünülen suçluyu ıslah ederek yeniden topluma kazandırma amacının gerçekleşmesi noktasında önemli olduğunu, bu nedenle sonuçları açıklanmak suretiyle sanığın hakkında tesis olunacak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul ettiğine dair açık rızasının alınması gerektiğini düşünüyoruz.

Bu noktada uygulamada karşılaşılan bir diğer sorun CMK'nın 196. maddesi uyarınca sorgusu yapılarak duruşmada hazır bulunmaktan bağışık tutulan veya yine aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca istinabe suretiyle sorgusu yapılan veya yakalama kararı ile sorgusu yapılan sanığın sorgusu sırasında bu husustaki rızası alınmamış ise sadece bu husustaki rızasının alınması amacıyla yakalama kararı çıkartılıp çıkartılmayacağıdır. Bunun gibi istisnai durumlarda artık sanığın kabule dair açık rızasının aranması yargılamanın gereksiz yere uzamasına neden olacağından ve de denetim süresinin geç başlaması nedeniyle sanık aleyhine bir sonuç doğuracağından, sanığın kararı öğrendiği tarihinden itibaren yedi günlük itiraz süresi içerisinde mahkemeye başvurarak hakkında tesis olunan karar ile ilgili olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına muvafakati olmadığı yönünde açıkça itiraz etmesi halinde hükmün açıklanmasına karar verileceği şeklindeki bir kayıt ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Sanığa hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul edip etmeyeceğinin duruşmanın hangi aşamasında sorulması gerektiği hususu da tartışmalıdır. Uygulamada çoğunlukla sanıkların sorguları sırasında bu hususun sorulduğu görülmektedir. Doktrinde hakim tarafından duruşmanın başında daha deliller dahi ortaya konmamışken, sanıktan ne olduğunu bilmediği hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını isteyip istemediğinin sorulmasının mantıksız olduğu ayrıca bu aşamada rızasına dair soruya, sanıkça hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul etmesinin mahkeme üzerinde suçu işlediği yönünde bir kanaat oluşturacağı düşünüldükçe olumsuz cevap verilebileceği, sanığın duruşmanın başındaki kabulünün ise hakimi sanığın suçu işlediği hususunda etki altında bırakabileceği, bu durumun sanığın savunmasını serbestçe belirlemesi imkanını elinden aldığı ve onu iki bilinmez arasında bir seçim yapmaya yönlendirdiği, bu nedenle söz konusu uygulamanın adil yargılanma hakkına aykırı olduğu ifade edilmiştir(Taner, 2011, s.294). Söz konusu uygulamanın sanıkların duruşmalara katılma hususunda

gösterdikleri isteksizlik, duruşmaya katılımın çoğunlukta zorla getirme müzekkereleri ile sağlandığı gerçeği karşısında pratik bir çözüm olduğu, sanığın rızaya ilişkin beyanının hüküm verilinceye kadar değiştirme imkanının bulunduğu ayrıca rızanın ceza alması durumunda hakkında tesis olunacak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına muvafakat edip etmeyeceği şeklinde koşullu olarak alındığı nazara alındığında doktrinde ifade edilen çekincelere katılmadığımızı ifade etmek isteriz.

Bu koşul yönünden sanık müdafinin sanık adına muvafakat beyanında bulunup bulunamayacağı hususunda da görüş ayrılığı bulunduğu görülmektedir. Sanık müdafinin sanık adına bu yönde beyanda bulunabileceğini savunanlar ek savunma hakkını sanık adına kullanan müdafinin bu hakkı evleviyetle kullanabileceğini belirtmektedirler. Sanık müdafinin sanık adına ek savunmada bulunabileceği CMK'nın 226. maddesinde açıkça düzenlenmiş* bulunduğundan ek savunma hakkına atıfta bulunmak suretiyle müdafinin sanık adına bu yönde beyanda bulunabileceğini savunmak zorlama bir yorum olacaktır. Nitekim ilgili fıkrada açıkça sanığın muvafakatının alınması gerektiği düzenlendiğinden** bu hususta beyanda bulunma yetkisinin münhasıran sanığa ait olduğu kanaatindeyiz. Bu noktada sanığa ulaşılamayan durumlarda sadece bu nedenle sanık hakkında yakalama kararı çıkarılıp çıkarılmayacağı sorunu ile karşılaşacaktır. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere bu durumda sanığın itiraz süresi içerisinde açıkça itiraz etmesi halinde hükmün açıklanacağı şerh düşülmek suretiyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Sanığın, hakkında CMK'nın 231. maddesinin uygulanmasını kabul etmesi koşulu da itiraz merciinin hukuka uygunluk denetiminin kapsamı içerisinde kalmaktadır. Mahkemece 25.7.2010 tarihinde yürürlüğe giren ek cümle gereğince sanığa hükmün açıklanmasının geri bırakılması hükmünün uygulanmasını isteyip istemediğinin sorulması ve sonucuna göre hukuki durumunun belirlenmesi gerekmektedir. Objektif uygulama koşulu kapsamında kalan, sanığın CMK'nın 231.

* **CMK madde 226/son;**"Yukarıdaki fıkralarda yazılı bildirimler, varsa müdafie yapılır. Müdafii sanığa tanınan haklardan onun gibi yararlanır."

** **CMK madde 231/6;**"Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez."

maddesinin uygulanması isteği bulunup bulunmadığı, mahkemece, itiraz merciinin denetimine olanak sağlayacak biçimde saptanmalıdır* .

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARLARININ KANUN YOLU DENETİMİ VE SONUÇLARI

L.HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARLARININ KANUN YOLU DENETİMİ

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itiraz kanun yoluna başvurulabileceği CMK'nın 231. maddesinin 12. fıkrasında açıkça düzenlenmiştir. Söz konusu yasal düzenlemede itirazın süresi, mercii, inceleme şekli ve kararın nasıl verileceğine ilişkin hükümler bulunmadığından, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itirazın Yasanın genel hüküm niteliğindeki 267-271. madde hükümlerine göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle bu bölümde öncelikle kanun yollarından itiraz kanun yolunu inceleyecek ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması yönünden itiraz kanun yolu muhakemesinde yapılacak incelemenin ne şekilde olacağı üzerinde duracak, son olarak da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ile olağanüstü kanun yolları ilişkisini inceleyeceğiz.

A.Kanun Yolları

1.Genel Olarak

Bir yargılama makamının verdiği kararların hukuka aykırı olabileceği ihtimali karşısında, bir başka yargılama makamı tarafından incelenmesini talep etme hakkı hukuk devletinin bir gereğidir. Nitekim bu husus ülkemizin de taraf olduğu Medeni

* Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 25.05.2011 tarih, 2011/8671 Esas, 2011/7073 Karar sayılı kararı (Meş'e İçtihat ve Mevzuat Bankası Programından temin edilmiştir.)

ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 14/5. maddesinde* ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 7 nolu Protokolün 2. maddesinde** adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak düzenlenmiştir. Söz konusu gerekliliği karşılamak üzere hukuk sistemimizde ceza yargılamasında kanun yolu denetimi kabul edilmiştir. Kanun yolu denetimi ile kararlardaki maddi olaya ilişkin yanlışlıklar ile hukuk kurallarının uygulanmasına ilişkin yanlışlıkların giderilmesi amaçlanır. Yani kanun yolu denetiminde *maddi ve hukuki* denetim yapılmaktadır(B. Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar, Alan, 2009, s.540).

CMUK'da kanun yolları ile ilgili bir tasnif bulunmazken, CMK'da kanun yolları olağan ve olağanüstü kanun yolları olarak ikiye ayrılmıştır. Kesinleşmemiş kararlara karşı başvuru kanun yolları "*olağan*", kesinleşmiş kararlara karşı başvuru kanun yolları ise "*olağanüstü*" kanun yolları olarak adlandırılmaktadır. Buna göre; itiraz, istinaf ve temyiz olağan kanun yolları, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın itiraz yetkisi, kanun yararına bozma, yargılamanın yenilenmesi ise olağanüstü kanun yollarıdır. CMUK'da yer alan "*karar düzeltme*" yolu CMK'da yer almamıştır. Ayrıca 5320 sayılı CMK'nın Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 8. maddesi uyarınca Bölge Adliye Mahkemeleri göreve başlayınca kadar Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun temyize dair 322'nci maddesinin dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraları hariç olmak üzere, 305 ila 326'ncı maddeleri uygulanmaya devam edilecektir.

2.İtiraz Kanun Yolu

CMK'nın 267-271. maddeleri arasında düzenlenmiş bulunan itiraz, olağan kanun yolu olmakla kesinleşmemiş kararlara karşı gidilebilen bir kanun yoludur.

CMK'nın 267. maddesinin "*Hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir*" hükmü uyarınca kural olarak itiraz incelemesinin konusunu hakim kararları oluşturmaktadır. Ancak istisnai olarak mahkeme kararları da itiraz incelemesine konu olabilir. Mahkeme kararlarına karşı

* "*Bir suçtan hüküm giyen herkes, mahkumiyet ve cezanın yasalara uygun olarak daha yüksek bir yargı organınca yeniden incelenmesi hakkına sahip olacaktır.*"

** "*Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkum edilen her kişi, mahkumiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkını haiz olacaktır.*"

itiraz kanun yolunun kural olarak kapalı olmasının nedeni, mahkemenin verdiği hükme karşı temyiz kanun yolunun açık olması ve mahkemece verilen ara karar niteliğindeki kararların da temyiz incelemesinde son kararlarla birlikte incelenmesidir(D. Aydın, 2006, s.64).

İtiraz, hukuki veya fiilî sebeplerden birine dayanabileceği gibi yeni olaylara ve delillere de dayanabilir. İtiraza konu olan kararı veren mahkemede ileri sürülmemiş olaylar ve deliller itiraz merciine getirilebilir ve itiraz merci de bunları inceleyerek hatta gerekirse yalnız yeni olaylara ve yeni delillere dayanarak karar verebilir(D. Aydın, 2006, s.64).

2.1.İtiraz Yoluna Başvurabilecekler

Olağan kanun yollarına başvurma hakkı olanlar, doğal olarak itiraz kanun yoluna başvurma hakkına da sahiptirler. Bu kişiler CMK'nın 260. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre; cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık ve CMK'na göre katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar kanun yollarına başvurma hakkında sahiptir. Avukat, müdafiliğini veya vekilliğini üstlendiği kişilerin açık arzusuna aykırı olmamak koşuluyla kanun yollarına başvurabilir.(CMK madde 261) Şüpheli veya sanığın yasal temsilcisi ve eşi de şüpheli veya sanığa açık olan kanun yollarına süresi içinde kendiliklerinden başvurma hakkına sahiptirler.(CMK madde 262)Bunlar dışında yargılama faaliyeti ile ilgili olan diğer kişiler de sadece kendileri ile ilgili olan konularda alınan kararlara karşı itiraz edebilirler. Örneğin; yasal bir sebep olmaksızın tanıklıktan veya yeminden çekinen tanık hakkında verilen disiplin hapsi kararına karşı tanığın itiraz hakkı bulunmaktadır(Sarıgedik, 2009, s.163).

2.2.Süresi ve Usulü

CMK'nın 268. ve 35. maddelerindeki düzenlemeler doğrultusunda; itiraz, yüze karşı verilen kararlarda tefhim, yoklukta verilen kararlarda ise tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içerisinde kararı veren mercie verilecek bir dilekçe veya tutanağa geçirilmek koşulu ile zabıt katibine beyanda bulunmak suretiyle yapılacaktır. Beyanın tutanakla tespit edilmesi halinde tutanakla tespit edilen beyanı ve imzayı mahkeme başkanı veya hakimin onaylaması gerekir.(CMK madde 268/1)

2.3.İtirazın İncelenmesi

Kararına itiraz edilen hakim veya mahkeme, itirazı yerinde görürse kararını düzeltecek; yerinde görmezse en çok üç gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderecektir.(CMK madde 268/2)

Kanunda yazılı olan haller saklı kalmak üzere, itiraz hakkında duruşma yapılmaksızın karar verilir. Ancak, gerekli görüldüğünde Cumhuriyet savcısı ve sonra müdafî veya vekil dinlenir. Ayrıca itirazı inceleyecek merci, yazı ile cevap verebilmesi için itirazı, Cumhuriyet savcısı ve karşı tarafa bildirebilir. Mercî, inceleme ve araştırma yapabileceği gibi gerekli gördüğünde bunların yapılmasını da emredebilir(CMK madde 270-271).

İtirazı inceleyecek merciiler CMK'nın 268/3. maddesinde kararı veren mahkemeye göre tek tek belirtilmiştir. Söz konusu yasal düzenlemede; ağır ceza mahkemesi bulunmayan ilçelerde tek hakimin bulunması ve bu hakim tarafından sulh ceza mahkemesi yetkisiyle karar verilmesi halinde bu karara karşı yapılan itirazları inceleyecek merci konusunda bir belirleme yapılmamıştır. Bu durumda en yakın asliye ceza mahkemesinin veya söz konusu mahkemenin yargı çevresi içerisinde bulunduğu ağır ceza mahkemesinin itirazı karara bağlaması gerektiğine dair iki ayrı düşünce olduğu görülmektedir. Kanaatimizce, en yakın asliye ceza mahkemesinin yer bakımından yetkili olmaması nedeniyle inceleme yapması mümkün olmadığından itirazı ağır ceza mahkemesinin karara bağlaması gerekir(Sarıgedik, 2009, s.165).

2.4.İtirazın Etkisi

İtiraz, kararın yerine getirilmesinin geri bırakılması sonucunu doğurmaz. Ancak kararına itiraz edilen makam veya kararı inceleyecek merci geri bırakılmasına karar verebilir.(CMK madde 269)

2.5.Merci Tarafından Verilecek Karar

Merci tarafından itirazın haklı görülmemesi halinde itirazın reddine karar verilecektir. İtirazın haklı görülmesi halinde ise merci tarafından itiraz konusu

hakkında da karar verilecektir. İtiraz merciinin karar vermesi ile ilgili kanunda her hangi bir belirleme yapılmamış, mümkün olan en kısa sürede verileceği ifade edilmiştir.(CMK madde 271/2)

İlk defa merci tarafından verilen tutuklama kararları hariç merciin itiraz üzerine verdiği kararları kesindir.(CMK madde 271/son)

B.Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararları Açısından Kanun Yolu Denetimi

231. maddede, açıkça hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının itiraza tabi olduğu belirtildiğinden, açıklanması geri bırakılan mahkumiyet hükmü itiraza tabi değildir. İtiraza tabi bulunan mahkumiyet hükmü değil, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıdır. Maddede açıklanması geri bırakılan mahkumiyet hükmü için yasa yolu konusunda bir düzenleme getirilmemiştir.

CMK'nın 231. maddesinde itiraz merciinin inceleme şekli ve kararın nasıl verileceğine ilişkin düzenleme yapılmamıştır. Ayrıca CMK'nın 267-271. ve 231. maddelerinde; itiraz nedenleri, itiraz yasa yolunda hangi konuların incelenebileceği de gösterilmiş değildir. İtiraza tabi kararların türünün çeşitliliği karşısında bu hususa ilişkin bir düzenleme yapılması da uygun ve de mümkün değildir.

CMK'nın 272/2. maddesinde düzenlenen, itirazın yerinde görülmesi halinde merciin, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar vereceğine dair düzenlemenin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları ile ilgili itirazlarda uygulanamayacağı hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Zira CMK'nın 231. Maddesinde itirazın duruşmalı olarak incelenmesi öngörülmediğinden bu konudaki itirazın duruşma yapılmaksızın inceleneceği anlaşılmaktadır. CMK'nun 271. maddesi uyarınca gerçekleştirilen işlemin duruşmalı bir inceleme olmadığı açıktır. Çünkü, yargılamanın asıl tarafı olan sanık ve katılanın hazır bulunması istenmemiş, Cumhuriyet savcısı ile müdafii veya vekilin dinlenmesi dahi zorunlu tutulmamıştır. Belirtilen nedenlerle, itiraz merciince hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılmasına ve gerekli işlemlerin yapılması ve kararın verilmesi için dosyanın yargılamayı yapan mahkemeye gönderilmesine karar vermesi gerekmektedir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesin olduğundan yargılamayı yapan

mahkemenin mercii kararına direnme yetkisi bulunmamaktadır. Mercii kararı üzerine yargılamayı yapan mahkeme duruşma açmak suretiyle davayı sonlandırıcı nitelikteki kararı (hükmü) vermeli, böylece temyize tabi olan bu hükümlerin temyiz incelemesinden geçirilmesi sağlanmalıdır. Diğer yandan, itirazın kabulü üzerine itiraz konusu hakkında verilecek karar bir mahkumiyet hükmü olacağından, sanıkla yüzyüze gelmeyen merci mahkemesinin yapacağı bireyselleştirme sağlıklı olmayacaktır*.

Öğretide itiraz merciinin inceleme usulü ve kapsamına ilişkin çok çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. “*Yargılama makamı, temyizden farklı olarak, gerekiyorsa, hukuki sorun yanında maddi sorunu da ele alabileceğinden, lüzumlu gördüğü soruşturma işlemlerinin yapılmasını emredebilir veya bu soruşturmayı bizzat yapabilir. Bu soruşturma dolayısı ile mesela keşif yapılır veya tanık dinlenir. İtiraz konusunu incelerken mercii sadece dosya ile bağlı değildir. Kendisi de konu ile ilgili araştırma yapabilecektir*(Kunter, Yenisey, Nuhoglu, 2009, s.1401).” “*İtiraz incelemesi kararın hem maddi ve hem de hukuki yönden ele alınmasını ve bunun hukuka uygunluğunun denetlenmesini gerektirir...itiraz yasayolunda bir karara temel teşkil eden deliller ve maddi olgular ile bunu doğuran hukuki durum birlikte değerlendirilir*(Yurtcan, 2007, s. 481; Yurtcan, 2008, s. 923).” “*İtiraz incelemesi yapılırken, incelenen kararın hem maddi hem de hukuki yönünün ele alınması ve her yönden hukuka uygunluğunun denetlenmesi gerekir... İtirazı inceleyecek mercii naip hakim veya istinabe yolunu da kullanabileceği gibi kolluk ve savcıya da emir verebilecektir*(B. Öztürk, Erdem, 2007, s.840). “*İtiraz olağan bir kanun yoludur ve kararın hem maddi hem de hukuki açıdan tek tek incelenmesini gerektirir* (Özbek, Yeni CMK’nın Anlamı, s. 1065).”

Uygulamada hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına yapılan itirazlar ve bunların incelenmesi usulüne ilişkin olarak Ceza Genel Kurulunca 03.02.2010 gün ve 13-12 sayılı karar ile; “*itiraz merciince, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin karara dair itirazın incelemesinin, 231. maddenin 6.*

* Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 26.10.2010 gün ve 182-209 sayılı kararında da; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına yapılan itirazı inceleyen mercii, itirazı yerinde görmesi halinde dosyayı hükmün açıklanması için yargılamayı yapan asıl mahkemesine göndermesi gerektiği kabul edilmiştir.(Uyap Sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

*fikrasında yer alan suça ve sanığa ilişkin objektif uygulama koşullarının var olup olmadığı ile sınırlı olarak yapılması gerektiği**** kabul edilmiş ve bu uygulama Özel Dairelerce istikrarlı olarak sürdürülmüştür.

Yargıtayın bu yöndeki uygulaması öğretilerde eleştirilmiş; itiraz merciinin sadece CMK'nın 231. maddesindeki koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği hususuyla sınırlı bir inceleme yapmaması gerektiği savunulmuştur. Yukarıda itiraz kanun yolu incelememizde, öğretilerde itiraz merciinin hem maddi hem de hukuki denetim yapması gerektiğine dair genel bir kaanatin bulunduğu değinmiştik. Öğretilerde; itiraz merciinin, sübute ilişkin değerlendirme de yapabileceği, örneğin sanığa yüklenen suçun oluşmaması sebebiyle hakkında beraat kararı verilmesi gerektiğinden bahisle itirazın kabulü ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılması yönünde karar verilebileceği; keza, itiraz merciinin, vasıf değişikliği nedeniyle de hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılmasına karar verebileceği ifade edilmiştir. Örneğin kasten yaralama olarak nitelendirilen fiilden dolayı sanık hakkında kurulan mahkumiyet hükmüyle ilgili olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde; itiraz merciinin, sanığa yüklenen fiilin kasten yaralama suçunu değil de kasten öldürme suçuna teşebbüs olarak nitelendirmek suretiyle de itirazın kabulü yönünde karar verebileceği savunulmuştur(Özgenç, 2008, s.54-55; Şahin, Göktürk, 2012, s.159-161, 203).

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 22.01.2013 tarih, 2012/10-534 Esas, 2013/15 Karar sayılı kararı ile öğretilerdeki bu yöndeki eleştirileri nazara alarak, önceki uygulamaları ile tamamen zıt yönde bir karar almış ve itiraz merciine kararın esasını inceleme yetkisinin bulunduğu karar vermiştir. Söz konusu kararda, itiraz merciinin, o yer Cumhuriyet savcısının suç vasfına yönelik aleyhe başvurusu üzerine

** İlgili kararda; *"İtiraz yasa yolu ile; hükmün açıklanmasının geri bırakılması için maddenin 6. fıkrasında belirtilen koşulların bulunup bulunmadığı, mahkumiyet hükmündeki cezanın tür ve miktar olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamında kalıp kalmadığı (2 yıl ve altında hapis cezasına hükmedilip hükmedilmediğini) incelenebileceği, mahkum olunan hapis cezasının ertelenmesi veya kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilmesi yasağına uyulup uyulmadığı, deneme süresinin yasaya uygun tayin edilip edilmediği ve denetim süresi içinde yüklenecek denetimli serbestlik tedbirinin ve yükümlülük süresinin yasaya uygun olup olmadığının itiraz yasa yolu ile incelenebileceği"* kabul edilmiştir.(Uyap Sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

incelemesini sadece şekli olarak değil, hem maddi olay hem de hukuki yönden yapması, gerekli gördüğünde cevap vermesi için itirazı sanık müdafisine tebliğ etmesi ve Cumhuriyet savcısı ile sanık müdafisini dinlemesi, yine ihtiyaç duyduğu konular varsa gerekli araştırma ve incelemeyi yapması ya da bunların yapılmasını sağlaması ve bunun sonucunda da TCK'nun 191/2. maddesi gereğince verilen tedavi ve denetimli serbestlik kararının isabetli olup olmadığına karar vermesi gerektiğine hükmetmiştir. Görüldüğü üzere her ne kadar söz konusu karar TCK'nın 191. maddesi kapsamında tedavi ve denetimli serbestlik kararına yapılan itiraz ile ilgili ise de, belirtilen kararda itiraz merciinin inceleme yetkisinin kapsamı değerlendirilmek suretiyle* karar verildiğinden söz konusu kararın itiraz kanun yoluna tabi tüm kararlar yönünden ve dolayısı ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları yönünden de geçerli olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim Yargıtay 3. Ceza Dairesi 13.03.2013 tarih, 2013/7150 Esas, 2013/11495 Karar sayılı kararı** ile itiraz merciinin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını esastan inceleyebileceğine karar vermiştir.

Kanaatimizce; merciince evrak üzerinde inceleme yapılabildiğinden, itiraza konu karar yönünden yapılacak incelemenin ancak 231. maddenin objektif koşullarının belirlenmesi ile ilgili sınırlı bir inceleme olması gerekir. Duruşmada kanıtlarla doğrudan temas etme olanağı bulunmayan merciin, kanıt değerlendirmesi yapmak suretiyle yapacağı inceleme sağlıklı olmayacaktır. İtiraz merciince, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının koşullarının bulunup bulunmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılmadan, bu karara konu olan ve 231. maddenin 5. fıkrası uyarınca henüz hukuki varlık kazanmamış olan hükmün değerlendirilmesi, 231 ve 271. maddelerdeki düzenlemelere aykırıdır. İtiraz merciince, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin karar, 231. maddenin 6. fıkrasında yer alan suça ve sanığa ilişkin objektif uygulama koşullarının var olup olmadığı ile sınırlı olarak yapılmalıdır.

* İlgili kararda bu husus açıkça ifade edilmektedir; "*Yerel mahkeme kararının itiraza tabi olduğunun kabulünden sonra Ceza Genel Kurulu Başkanı ile bazı Genel Kurul Üyeleri tarafından itiraz merciinin yapacağı incelemenin kapsamı üzerinde de durulması gerektiğinin belirtilmesi üzerine bu konunun değerlendirmesine geçilmiştir.*" (Uyap Sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

** Uyap Sistemi üzerinden temin edilmiştir.

Mahkumiyet kararının bünyesine dahil olan hususlar itiraz yasa yolu ile incelenemez. Aksine kabul, temyiz merciinin görevinin itiraz merciince yerine anlamına gelecektir. Diğer yandan itiraz üzerine, açıklanmayan mahkumiyet hükmünün incelenebileceğinin kabulü, CMUK'nun 305. maddesi uyarınca temyiz edilemez nitelikteki-kesin hükümlerin itiraz yasa yolu ile incelenmesini mümkün hale getirecektir.

Bu noktada, itiraz kanun yolunda “*kazanılmış hak*” ve “*aleyhe bozma yasağı*” söz konusu olamayacağından, sadece sanık tarafından veya sanık lehine itiraz kanun yoluna başvurulması halinde kararın itiraz merciince esastan incelenip sanık aleyhine olacak şekilde kaldırılması da sorun teşkil edecektir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına müteakip, denetim süresi içinde veya sonunda CMK'nun 231. maddesinin 10 ve 11. fıkralarında belirtilen koşulların gerçekleşmesi durumuna göre hükmün açıklanması veya yeni bir mahkumiyet hükmü kurulması ya da düşme kararı verilmesi halinde, bu kararların hüküm olması nedeniyle-adli para cezası yönünden yasada öngörülen kesinlik sınırı ayırık tutulmak şartıyla-temyize tabi bulunduğu hususunda ise bir tereddüt bulunmamaktadır.

C.Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı ve Olağanüstü Kanun Yolları

1.Kanun Yararına Bozma

Öğretide “*olağanüstü temyiz*”, Mülga 1412 sayılı CMUK'da ise “*yazılı emir*” olarak adlandırılan “*kanun yararına bozma*” kanun yolu, 5271 sayılı CMK'nun 309 ve 310. maddelerinde düzenlenmiş olup, temyiz ve istinaf incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar veya hükümlere karşı başvurulabilen olağanüstü bir kanun yoludur. Amacı, ülke sathında uygulama birliğine ulaşılması, hakim ve mahkemelerce verilen cezaya ilişkin karar veya hükümlerdeki ciddi boyutlara ulaşan hukuka aykırılıkların toplum ve birey açısından hukuk yararına giderilmesidir. Bu yasa yoluna başvurabilmenin ilk ve temel koşulu, verilen hüküm veya kararın istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşmiş olmasıdır.

Sanık hakkında kurulan mahkumiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmasını ifade eden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının, esas itibariyle bünyesinde iki karar barındıran bir kurum olduğuna yukarıda değinmiştik. İlk 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 mahkumiyet hükmü, ikinci 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.

Bu kapsamda, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının itiraz kanun yoluna tabi bulunması nedeniyle, gerek itiraz edilerek gerekse itiraz kanun yoluna başvurulmaksızın kesinleşmesi halinde, olağanüstü bir kanun yolu olan kanun yararına bozma konusu yapılabileceğinde kuşku bulunmamaktadır. Ancak, kanun yararına bozma kanun yolunda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesinde aleyhe bozma yasağının sadece davanın esasını çözümlen 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 mahkumiyet, zararın giderilip giderilmediği, suçun İnkılap Yasasında belirtilen suçlardan bulunup bulunmadığı 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 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. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının dayanağını oluşturan mahkumiyet hükmü ise hükmün açıklanması, düşme kararının verilmesi veya yeni bir mahkumiyet hükmünün tesisinden sonra temyiz incelemesine

konu olabilecek ve ancak bu aşamadan sonra temyiz yasa yoluna başvurulmadan kesinleşmesi halinde, koşulları bulunduğu takdirde yasa yararına bozma yasa yolu ile denetlenebilecektir. Hükmün içeriğindeki hukuka aykırılıklar ancak hükmün hukuken varlık kazanması halinde olağan ve olağanüstü yasa yolları denetimine konu olabileceğinden, henüz hukuken varlık kazanmayan bir hükmün ne olağan ne de olağanüstü kanun yolu denetimine konu edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verildiği ahvalde hükmün içeriğine dahil bulunan hukuka aykırılıkların, kanun yararına bozma yasa yoluyla denetlenmesi olanağı bulunmamaktadır*.

2.Yargılamanın Yenilenmesi

CMK'nın 311-323. maddelerinde, yine bir olağanüstü kanun yolu olarak "*yargılamanın yenilenmesi*" düzenlenmiştir. Yargılamanın yenilenmesi hukuksal barış ve güvenliği garanti eden "*kararın kesinliği*" ilkesi ile "*maddi anlamda adalet*" ilkesi arasında bir dengeleme işlevi görmektedir. Hukuksal kesinlik kural, onun adalet yararına sınırlandırılması ise istisnadır. CMK'da yargılamanın yenilenmesi nedenleri sınırlı olarak sayılmış olup bu nedenler muhakeme hukukuna veya olayın tespitine ilişkin hatalardır. Buna karşılık bir hukuk kuralının yanlış uygulanması yargılamanın yenilenmesi nedeni değildir(Erdem, Korkmaz, 2003, s.199).

Burada temyiz incelemesinden geçerek veya geçmeyerek kesinleşen veya kesin olarak verilmiş bir "*hükmün*" bulunması gerekmektedir. Hükümler ise 5271 sayılı CMK'nın 223. maddesinde sınırlı olarak sayılmış olup hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları bunlar arasında yer almadıklarından hüküm niteliğinde değildir. Dolayısı ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarında kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmü bulunmadığından yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemez.

* Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 29.06.2010 tarih, 2010/11-70 Esas, 2010/159 Karar sayılı kararı(Uyap Sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

3.Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtiraz Yetkisi

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın itiraz yetkisi CMK'nın 308. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; Yargıtay ceza dairelerinden birinin kararına karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, re'sen veya istem üzerine, ilamın kendisine verildiği tarihten itibaren otuz gün içinde Ceza Genel Kurulu'na itiraz edebilir. Sanığın lehine itirazda süre aranmaz. İtiraz üzerine dosya, kararına itiraz edilen daireye gönderilir. Daire, mümkün olan en kısa sürede itirazı inceler ve yerinde görürse kararını düzeltir; görmezse dosyayı Yargıtay Ceza Genel Kuruluna gönderir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı temyiz kanun yolu kapalı olduğundan, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itiraz kanun yoluna başvurması olanağı bulunmamaktadır.

II. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARLARININ SONUÇLARI

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını veren mahkemenin öncelikle vermesi gereken mahkumiyet kararını inceledik. Bu bölümde ise söz konusu mahkumiyet kararının açıklanmasının geri bırakılmasına dair ikinci kararı inceleyeceğiz.

Mahkeme bu karar ile tesis ettiği mahkumiyet kararının açıklanmasının geri bırakılmasına ve sanığın denetim süresine tabi tutulmasına karar verecektir. Her ne kadar yasa metninde hükmün açıklanmasının geri bırakılacağı ifade edilmekte ise de esasen karar tefhim edilmekte ve yukarıda detaylı şekilde incelediğimiz üzere mahkemece öncelikle bütün unsurlarını ihtiva eden bir mahkumiyet kararı kurulmakta ancak ikinci karar ile bu mahkumiyet kararının açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmektedir. Burada açıklanmasının geri bırakılması kararı, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade etmektedir(CMK madde 231/5).

Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkum olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara

çevrilemez(CMK madde 231/7). Bununla birlikte, 5395 sayılı ÇKK'nun 23. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun ilk halinde, 5271 sayılı CMK'nın 231/7. fıkrasındaki hükme benzer sınırlayıcı bir hüküm bulunmadığından, çocuklar tarafından 19.12.2006 tarihine kadar işlenen suçlarda, lehe olması nedeniyle uygulanabilecek olan 5395 sayılı Yasanın 23. maddesinin ilk hali uyarınca hükmedilen kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın paraya veya tedbire çevrilmesi zorunludur*.

A.Denetim Süresi

Mahkumiyet kararının açıklanmasının geri bırakılmasına karar veren mahkeme sanığın denetim süresine tabi tutulmasına karar verecektir. Denetim süresi yetişkinler için beş yıl, çocuklar için 3 yıl olup bu süre değiştirilemez. Ayrıca denetim süresine karar verilmesi zorunludur; bu hususta hakimin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Bu süre hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kararın kesinleşmesi ile işlemeye başlayacaktır. Denetim süresi belirlenmesi hususunda mahkemeye takdir hakkı tanınmamakla birlikte bu süre içerisinde CMK'nın 231. maddesinin 8. fıkrasında sayılan denetimli serbestlik tedbirlerinin uygulanması konusunda takdir hakkı tanınmıştır, ilgili fıkra “...*karar verilebilir.*” denilmek suretiyle bu husus açıkça düzenlenmiştir. Bu nedenle ikili bir ayırım ile inceleme yapacağız.

B.Denetimli Serbestlik Tedbirine Hükmedilmemesi

Mahkemece, sanık hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanması kararı verilmemesi durumunda, 5 ve 3 yıl süre ile denetim süresine tabi tutulacağı, bu süre içerisinde kasten yeni bir suç işlemediği takdirde, açıklanması geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak, davanın düşmesine karar verileceği, denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi halinde ise açıklanması geri bırakılan hükmün açıklanmasına karar verileceği hususları sanığa bildirilmeli ve bu hususlar karara yazılmalıdır. Bu durumda sanığa yüklenen herhangi bir yükümlülük

* Yargıtay Ceza Genel Kulu'nun 10.03.2009 tarih2008/2-41 Esas, 2009/57 Karar sayılı kararı(Uyap Sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

bulunmadığından denetim süresi içerisinde kasten yeni bir suç işlememesi hakkındaki davanın düşmesi için yeterlidir.

C.Denetimli Serbestlik Tedbirine Hükmedilmesi

Mahkemece denetimli serbestlik tedbirine hükmedilmesi halinde, sanığın denetim süresi içerisinde yeniden kasıtlı bir suç işlememesi yetmez ayrıca denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükler uygun davranması gerekir. Bu durumda mahkeme, denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükler uygun davrandığı ve denetim süresi içerisinde kasten yeni bir suç işlemediği takdirde açıklanması geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak, davanın düşmesine, denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükler aykırı davranması halinde ise açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükmün açıklanacağı hususlarını sanığa bildirmeli ve kararına yazmalıdır. 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. Burada dikkat edilmesi gereken husus; sadece yükümlülükler uyulmaması halinde söz konusu hükmün uygulanabileceğidir. Denetim süresi içerisinde yeniden kasıtlı bir suç işleyen sanık bu hükümden yararlanamaz.

1. Denetimli Serbestlik Tedbiri

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. İngilizce’de “*probation measures*” olarak adlandırılan denetimli serbestlik tedbirleri ise hapis cezasına seçenek olan ve cezalar sistemini tamamlayan tedbirler olup yaptırımlar arasında en önemli yeri ve konumu işgal etmektedir. Denetimli serbestlikte, kişinin ıslahı ve topluma kazandırılması esastır. Denetimli serbestlik ve benzeri kurumlar suçluya karşı merhamet duygularından esinlenen lütuflar niteliğinde değildir; suçluluğu azaltmada suçluyu iyileştirmede etkili tecrübe

ve birikimlerin getirdiği ceza hukuku tedbirleridir ve ceza hukukunun faydacı karakterine tamamen uygun bulunmaktadır. Bunların ortak noktaları taşıdıkları diğer amaçlar dışında hapis cezalarına seçenek olmalarıdır(Çolak, Altun, 2006).

Denetimli serbestlik tedbiri, sanığın belirli bir süre ile bir şeyi yapma veya yapmamakla yükümlü kılınması şeklinde olabilir. Burada yükümlülüğün bir cezaya dönüşmemesine, sanığın ıslahına ve topluma kazandırılmasına yönelik olmasına dikkat edilmelidir. Denetimli Serbestlik tedbirinin bu nitelikte olup olmadığının kanun yararına bozma yolu ile denetlenebileceği kabul edilmektedir*.

2. Denetimli Serbestlik Tedbirinin Süresi

Denetimli serbestlik tedbiri için 8.fıkra üst sınır olarak 1 yıl belirlemiştir. Burada “*bir yıla kadar*” gibi bir ibare ile yetinilmemesi tedbirin süresinin kararda açık bir şekilde gösterilmesi infaz aşamasında tereddüde mahal vermemek adına önemlidir.

3. Denetimli Serbestlik Tedbirlerinin Türleri

231. maddenin 8. fıkrasında 3 bent halinde çeşitli tedbirler sayıldıktan sonra c bendinde “*takdir edilecek başka yükümlülükler*” ibaresine yer verilmek suretiyle hakime takdir yetkisi tanınmıştır.

* Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 03.04.2012 tarih, 2011/3-334 Esas, 2012/130 Karar sayılı kararından; “...Adalet Bakanlığının “*fidan diktirme yükümlülüğünün para sarfi ile 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.”(Uyap Sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

3.1. Kanunda Sayılan Denetimli Serbestlik Tedbirleri

**Sanığı bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine dair denetimli serbestlik tedbiri;*

Eğitim programına devam etme; 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.

Eğitim programına devam etme yükümlülüğünün infazında; sanığın yaşı, eğitim ve sağlık durumu, bilgi ve becerileri ile kurumların yürüttükleri eğitim programları dikkate alınacaktır. Bu yükümlülük kararları, örgün eğitime devam eden çocuk ve gençlerin eğitimlerine, fiziksel ve duygusal gelişimlerine engel olmayacak şekilde yerine getirilecektir. Eğitim programına devam etme yükümlülüğünün infazı, sanığın denetim planında belirlenen programa başlaması ile başlayacak ve mahkeme kararında belirtilen sürenin tamamlanmasıyla sona erecektir.(Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği, madde 58)

**Sanığın 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 dair denetimli serbestlik tedbiri;*

Bu tedbir Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği'nin 59. maddesinde “gözetim altında çalışma yükümlülüğü” olarak ifade edilmektedir. Buna göre; bu yükümlülük, bir meslek veya sanat sahibi sanığın, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasını ifade etmektedir.

Söz konusu Yönetmelik hükmüne göre; günlük çalışma süresi, sanığın çalıştığı kurumun bu konuda tabi olduğu mevzuata göre belirlenecektir. Sanığın mevcut işi, eğitime devam durumu gibi hususlar dikkate alınarak, çalıştırılacağı kurumla iş birliği içerisinde farklı çalışma rejimleri de uygulanabilecektir. Her halükarda sanık günde en az iki, en fazla sekiz saat çalıştırılacaktır. Gözetim altında

çalışma yükümlülüğünün infazı, sanığın çalışmaya başladığı tarihte başlayacak ve mahkemece belirlenen sürenin bitiminde sona erecektir.

Yönetmeliğin son fıkrası; bu yükümlülüğün yerine getirilmesinde, bu Yönetmeliğin 66. maddesindeki ilgili diğer hükümlerin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Bu maddede kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlardan “*kamu hizmeti cezası*” düzenlenmiştir. İlgili maddenin birinci fıkrasında; söz konusu yaptırımın, hükümlünün topluma verdiği zararı kamu hizmetinde *ücretsiz* çalışarak geri ödemesini ve bu şekilde kamu düzeninin sağlanmasını esas alan bir seçenek yaptırım olduğu ifade edilmektedir. 231. maddenin 8/b bendinde ise; bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak; bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında *ücret* karşılığında çalıştırılmasına karar verilebileceği düzenlemiştir. Görüldüğü üzere CMK'da ve 59. maddenin birinci fıkrasında sanığın *ücret* karşılığında çalıştırılabileceği açıkça düzenlendiğinden burada 66. maddedeki *ücretsiz* çalıştırmaya dair hükmün uygulanma imkanının bulunmadığını düşünüyoruz. Kanaatimizce, denetimli serbestlik tedbirinin infazını düzenleyen maddede, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımların yerine getirilmesine dair hükme atıf yapılması hatalıdır. Zira 66. madde hapis cezasının yerine hükmedilen seçenek yaptırımın infazını düzenlemekte iken, 59. madde esasen(açıklanması geri bırakılan) cezaya ek olarak hükmedilen tedbirin infazını düzenlemektedir. Seçenek yaptırım ve denetimli serbestlik tedbirini aynı infaz koşullarına tabi kılmak, hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen sanığın durumunun, hakkında seçenek yaptırım uygulanan sanıktan daha ağır hale getirilmesi sonucunu doğurur. Zira seçenek yaptırımı yerine getiren sanık cezasını infaz etmiş sayılırken hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen sanık sadece denetimli serbestlik tedbirini infaz etmiş sayılacak ve açıklanması geri bırakılan hüküm varlığını sürdürecektir.

**Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına dair denetimli serbestlik tedbiri;*

Belirli yerlere gitmekten yasaklama veya belirli yerlere devam yükümlülüğü; mahkemece belirlenen süreyle sanığın kişisel, sosyal ve eğitim durumu ile suç

işlemesindeki nedenler göz önüne alınarak iyileştirilmesini ve suçun tekrarını önlemeyi esas alan bir yükümlülüktür. *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 etmektedir. Yükümlülüğün infazı, hazırlanan denetim planının sanığa tebliği ile başlayacak, mahkemece belirtilen sürenin tamamlanmasıyla sona erecektir(Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği, madde 60).

3.2.Mahkemece Takdir Edilecek Başka Yükümlülüğü Yerine Getirmesine Dair Denetimli Serbestlik Tedbiri

Burada hakime geniş takdir yetkisi tanınmıştır. Ancak takdir edilecek yükümlülüklerin hukukun genel ilkelerine, kamu düzen ve güvenliği ile sağlığına uygun, meşru ve etik olması gerekir. İşlenen suçla ilgisi olmayan, iyileştirme (ıslah) amacı taşımayan tedbirlere hükmedilmemelidir. Ayrıca tedbirin infaz kabiliyetinin de bulunması gerekir(Kumbasar, 2012, s.211). Yönetmeliğin 61. maddesine göre, bu yükümlülüğün yerine getirilmesinde, yükümlülüğün içeriğine göre bu Yönetmeliğin ilgili maddeleri esas alınacak ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin tedbirlerin yerine getirilmesine ilişkin hükümler uygulanacaktır.

3.3.Suçta Sürüklenen Çocuklar Bakımından Denetimli Serbestlik Tedbirleri

5560 sayılı Yasa değişikliği öncesinde, 5395 sayılı Yasa'nın 23. maddesinde; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde, suça sürüklenen çocuğun, beş yıl süreyle denetimli serbestlik tedbirine(süresine) tabi tutulacağı ve 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 verilebileceği düzenlenmiş idi. 5560 sayılı Yasa'nın 40. maddesi ile 23. madde “Çocuğa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda, CMK'daki koşulların varlığı halinde,

mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Ancak, bu kişiler açısından denetim süresi üç yıldır.” şeklinde değiştirilmiş ve denetim süresi haricinde CMK'nın hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair hükümleri suça sürüklenen çocuklar hakkında da uygulanır hale getirilmiştir. Bununla birlikte 5395 sayılı Yasa'nın 36. maddesinde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. İlgili maddede, hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen çocuğun denetim altına alınmasına karar verilebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu konuda hakime takdir yetkisi tanınmıştır. Denetimin ne şekilde yerinde getirileceği ilgili yasanın 37-41. maddeleri arasında düzenlenmiş bulunmaktadır.

III. KARARIN SONUÇLARI

A.Genel Olarak

Kesinleşen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları bunlara mahsus sisteme kaydedilmek üzere Adli Sicil İstatistik Genel Müdürlüğü'ne gönderilir (CMK m.231/13). Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.(5352 sayılı Yasa madde 6/1. fıkra)

B.Yeniden Kasıtlı Bir Suç İşlenmesi veya İşlenmemesi

Sanığın denetim süresi içerisinde yeniden kasıtlı bir suç işlemesi halinde mahkemece açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen (mahkumiyet) hüküm açıklanacaktır. Sanığın yeniden kasıtlı bir suç işlediği ancak kesinleşmiş mahkeme kararı ile sabit olduğundan hükmün açıklanması için ikinci suç nedeniyle verilen mahkumiyet kararının kesinleşmiş olması gerekir. İkinci suçun denetim süresi içerisinde işlenmesi yeterlidir, kararın bu süre içerisinde işlenmiş olması zorunlu değildir. Burada denetim süresi içerisinde işlenen kasıtlı suçun cezasının türü ve miktarı önemli değildir. Denetim süresinde işlenen kasıtlı suç ile ilgili hükmü veren mahkemenin, kararı kesinleştiğinde, açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen

hükmü açıklaması için, kararının kesinleşme şerhini içerir onaylı bir suretini eklemek suretiyle kararı veren mahkemeye ihbarda bulunması gerekir.

C.Yükümlülükler Uyulması veya Uyulmaması

Hakkında denetimli serbestlik tedbirine hükmedilmesi halinde, sanık denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükler uygun davranır ve denetim süresi içerisinde yeniden kasıtlı bir suç işlemez ise açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.

Denetimli serbestlik tedbirleri, Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği hükümleri çerçevesinde Denetimli Serbestlik Müdürlüğü tarafından infaz edilecektir. Söz konusu Yönetmeliğin 41. maddesine göre; denetimli serbestlik yükümlülüğünün infaz edilmesi halinde kayıt kapatılarak durum Cumhuriyet Başsavcılığı aracılığıyla mahkemeye bildirilecektir. Bu bildirim ile birlikte sanığın denetimli serbestlik tedbirini usulüne uygun şekilde yerine getirdiği anlaşılacak ve denetim süresi içerisinde yeniden kasıtlı bir suç işlemediği de anlaşılır ise kamu davasının düşmesine karar verilecektir.

D.Verilecek Kararlar

1.Denetim Döneminin İyi Halli Olarak Geçirilmesi

Sanık denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükler uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir. Düşme kararı CMK'nın 223. maddesinde sayılan hüküm türlerinden olmakla bu karara karşı temyiz kanun yoluna başvurulabilir.

2.Denetim Döneminin İyi Halli Olarak Geçirilmemesi

Sanığın denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi ve denetimli serbestlik tedbirine hükmedildiği durumlarda buna dair yükümlülükler aykırı davranması halinde mahkemece açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hüküm açıklanacaktır(CMK madde 231/11. fıkra-ilk cümle).

Suçtan kaynaklı zararın giderilmesinin taksite bağlanması suretiyle koşullu olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği durumlarda, taksitlerin tamamen ödenmemesinin yaptırımı yasa maddesinde belirtilmemiştir. Ancak bu durumda zararın giderilmesi koşulu gerçekleşmeyeceğinden geri bırakılan mahkumiyet hükmünün açıklanması söz konusu olacaktır. Kanaatimizce, bu durumda mahkemece erteleme ve seçenek yaptırıma çevirme gibi diğer kişiselleştirme nedenleri nazara alınabilecektir.

CMK'nın 254. maddesine göre; uzlaşma sonucunda edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksite bağlanması veya süreklilik arzetmesi halinde; sanık hakkında 231. maddedeki şartlar aranmaksızın hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilecektir. Bu durumda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde mahkeme tarafından 231. maddenin onbirinci fıkrasındaki şartlar aranmaksızın hüküm açıklanacaktır.

Mahkemenin, geri bırakılan hükmü ne şekilde açıklayacağı konusunda Yasa'da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak bir mahkumiyet kararının açıklanmasına karar verileceğinden taraflar çağrılmak suretiyle, duruşma açılarak verilmesi gerekir. Mahkemece mahkumiyet kararı bütün unsurları ile yeniden kurulmalı daha önceden açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen karara atıf yapmak ile yetinilmemelidir.

Bu noktada hükmün açıklanması amacıyla açılan duruşmada, yeniden sanığın savunmasının alınmasının zorunlu olup olmadığı sorunu gündeme gelecektir. Kanaatimizce; denetim süresi içerisinde yeniden kasıtlı bir suç işlenmesi nedeniyle hükmün açıklanması söz konusu ise “*duruşmaya katılmadığı taktirde yokluğunda karar verileceği*” ihtarını içeren davetiyenin tebliği suretiyle sanığın yokluğunda hüküm açıklanabilecektir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere; hükmün açıklanmasının geri bırakılması CMK'nın 223. maddesinde hüküm türleri arasında sayılmamaktadır ve mahkemenin dosyadan el çekmesi sonucunu doğurmamaktadır. CMK'nın 194/2. maddesinin “*Sanık ... ara vermeyi izleyen oturuma gelmezse, önceden sorguya çekilmiş ve artık hazır bulunmasına mahkemece gerek görülmezse, dava yokluğunda bitirilebilir.*” hükmü karşısında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair karar

öncesinde savunması alınan sanığın yeniden savunmasının alınması zorunlu değildir. Diğer yandan kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanık hakkındaki hükmün açıklanması söz konusu ise sanığın neden denetimli serbestlik tedbirinin gereklerini yerine getirmediği hususundaki beyanının tespiti zorunludur. Aşağıda detaylı olarak inceleyeceğimiz üzere kanun sanığın yükümlülükleri yerine getirememesinden söz etmektedir. Sanığın elinde olmayan nedenlerle yükümlülüğü yerine getirememiş olması gerekir. Yükümlülükleri kasıtlı olarak yerine getirmeyen sanık bu imkandan yararlanamayacaktır. Bu nedenle sanığın tedbire uymama gerekçesinin tespiti ve mazeretinin kabul edilebilir nitelikte olup olmadığı hususunda değerlendirme yapılması amacıyla yeniden beyanına başvurulması gerektiğini düşünüyoruz.

Mahkemece açıklanacak olan hükümde değişiklik yapıp yapılamayacağı veya beraat kararı verilip verilemeyeceği hususunda görüş ayrılığı bulunmaktadır. Daha önceden açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen kararın aynen açıklanması gerektiğini ifade edenler, kanun metnindeki “...mahkeme hükmü açıklar.” ibaresinden önceki hükmün aynen açıklanması gerektiği sonucuna ulaşılması gerektiğini savunmaktadırlar. Mevcut yasal düzenlemeler ve yerleşik uygulama nedeniyle söz konusu mahkumiyet kararlarının esastan incelenemediği, beraat kararı verilmesi gereken hallerde mahkemelerce yeterli inceleme yapılmaksızın hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları verildiği yönündeki serzenişler nazara alındığında; mahkemece yeniden dosyanın ele alınması durumunda önceki hükümle bağlı kalınmaksızın yeni bir hüküm kurulması gerektiğini düşünüyoruz. Aksi durumun kabulü açık hukuka aykırılıklar içeren kararların dahi aynen açıklanması, Yargıtay incelemesinden geçerek bozulması ve yerel mahkemece yeniden bir hüküm kurulması anlamına gelecektir ki bu durum yargılamanın gereksiz yere uzamasına neden olacaktır. Ayrıca aynen açıklanan ve açık hukuka aykırılıklar içeren kararın kesin nitelikte olması veya temyize tabi ise temyiz kanun yoluna başvurulmaması, temyiz süresinin kaçırılması suretiyle kesinleşmesi ve mevcut hali ile infaz edilmesi hakkaniyete uygun düşmeyecektir. Her ne kadar bu gibi durumlarda kanun yararına bozma kanun yoluna başvurulabileceği savunulabilir ise de söz konusu kanun yoluna ciddi hukuka aykırılıkların bulunduğu istisnai hallerde başvurulması ve farklı bir prosedüre tabi

olması nedeniyle bu yöndeki sorunlara çözüm getirmeyeceğini düşünüyoruz. Diğer yandan bir hakimi içeriğine katılmadığı kararı imzalamaya zorlamak Anayasamızın 141. maddesinin “*hakimlerin Anayasa'ya kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatine göre hüküm vereceklerine*” şeklindeki hükmünün ihlali anlamına gelecektir.

Ayrıca hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi halinde mahkeme esasında dosyadan el çekmemektedir. Ceza yargılamasında amaç maddi gerçeğin araştırılması olduğuna göre mahkemenin el çekmediği bir dosyada maddi gerçeği araştırmaktan vazgeçerek daha önceden verilen hükmü aynen açıklamakla yetinmesi düşünülemez.

Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükmün değişiklik yapılmaksızın aynen açıklanması gerektiğine dair düşünce şu örnekler karşısında yetersiz kalmaktadır. Örneğin; şikayete tabi suçlarda hükmün açıklanması aşamasında müştekinin şikayetinden vazgeçmesi halinde önceki hüküm aynen açıklanacak mıdır? Hükmün açıklanması aşamasında duruşmaya katılan ve mahkemeye karşı saygısız tutum ve davranışlarda bulunan sanık lehine daha önceki hükümde uygulanan TCK'nın 62. maddesi yeniden uygulanacak mıdır? Sanığın vefat ettiğinin anlaşılması halinde düşme kararı verilemeyecek midir? Hükmün açıklanmasının geri bırakılması sonrasında, karara konu suç ile ilgili kanun değişikliği yapılması halinde önceki hükümde kanun değişiklikleri doğrultusunda değişiklik yapılamayacak mıdır?

Bu noktada hükümde değişiklik yapılması halinde kazanılmış hakkın söz konusu olup olmayacağı sorunu ortaya çıkacaktır. Kanaatimizce temyiz kanun yoluna ilişkin ayırık düzenleme haricinde kazanılmış hak söz konusu olamayacağından; mahkemece, kurulacak olan hükümde önceki hükümden daha ağır şekilde bir hüküm kurulması mümkündür.

Doktrinde hükmün açıklanması halinde önceki hükmün herhangi bir değişiklik yapılmaksızın açıklanması gerektiğini savunanlar, açıklanması gereken hükmün TCK'nın 50/3. maddesi kapsamında kalması halinde hükmün seçenek yaptırıma çevrilebileceğinin ifade etmektedirler(Kumbasar, 2012, s.249). Yukarıda

açıkladığımız düşünceler karşısında bu durumda mahkemece açıklanacak hükümde değişiklik yapılabileceğini evleviyetle söyleyebiliriz.

3.Tedbirlerin Yerine Getirilememesi

CMK'nın 231. maddesinin 11. fıkrasının ikinci cümlesine göre; 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. Burada kanun sanığın yükümlülükleri yerine getirememesinden söz etmektedir. Sanığın elinde olmayan nedenlerle yükümlülüğü yerine getirememiş olması gerekir. Bu nedenle yükümlülükleri kasıtlı olarak yerine getirmeyen sanık bu imkandan yararlanamayacak ve mahkemece açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hüküm açıklanacaktır(Kumbasar, 2012, s.249-250).

Yasal düzenlemeden de anlaşıldığı üzere; açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen mahkumiyet kararı adli para cezası ise mahkeme, sadece cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine karar verebilir ancak hapis cezası ise buna ek olarak koşullarının bulunması halinde erteleme ve seçenek yaptırıma çevirme kararı verebilir. Cezanın yarısına kadar belirlenecek bir kısmının infaz edilmemesine karar verilmesi durumunda, mahkemece yeniden hüküm bütün unsurları ile kurulmalı ve infaz edilmemesine karar verilen cezanın miktarı kararda açıkça gösterilmelidir.

E.Koşullu Olarak Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması

CMK'nın 231. maddesinin 9. fıkrasına göre; “*Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi*” 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. Söz konusu koşulu suçtan kaynaklı zararların giderilmesi başlığı altında incelemiştik.

İlgili yasa maddesinde taksit sayısı ile ilgili her hangi bir sınırlama öngörülmemiş ise de taksitlerin aylık olarak belirlenmesi gerektiği kayıt altına alındığından hakim denetim süresini aşmamak ve aylık olmak kaydı ile taksit sayısını belirleyecektir.

Bu durumda infazda tereddüde mahal vermemek için mahkeme kararında ödenmesi gereken zararın miktarı, taksit sayısı ve miktarı, ilk taksidin ne zaman, nereye ödeneceği açıkça yazılmalıdır. Mahkeme kararında zarar miktarını ve hükümlünün nereye yatırılacağını belirtmemiş ise 5275 Sayılı Kanunun 98. maddesi uyarınca infazda tereddüt bulunduğundan Cumhuriyet Savcısı uğranılan zararın tespiti ve sanığın zararı yatıracağı yerin belirlenmesi için mahkemesinden karar verilmesi talebinde bulunmalıdır(Atalay, <http://www.infazhukuku.org/>, Erişim Tarihi: 02.06.2013). Mahkemece taksitlerden birinin ödenmemesi durumunda dosyanın yeniden ele alınacağı ve hükmün açıklanacağı, taksitlerin tamamen ödenmesi durumunda ise zararın giderilmesi koşulunun gerçekleşmiş sayılacağı sanığa ihtar edilmeli ve bu hususlar da kararda ayrıca gösterilmelidir.

Taksitlerin ödenmemesi halinde CMK'nın 231/11. maddesi uyarınca hükmün açıklanması gündeme gelecektir. Diğer yandan sanığın taksitleri elinde olmayan nedenlerle zamanında ödeyememesi halinde mahkeme CMK'nın 231/11. maddesi hükmü uyarınca o zamana kadar yapılan ödemeleri göz önünde bulundurarak cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmın infaz edilmemesine ya da koşulları bulunmakta ise cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar verebilir(İpek, 2010, s.199).

F.Tekerrür

Denetim süresi içerisinde yeniden kasıtlı bir suç işlenmesi halinde ikinci suçtan mahkumiyet hükmü kurulurken açıklanan mahkumiyet hükmü tekerrüre esas alınamaz. Zira hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı kesinleşmiş mahkumiyet kararı olarak değerlendirilemez.

G.Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Zamanaşımına Etkisi

1.Zamanaşımı Kavramı

Suç teşkil eden fiilin üzerinden zaman geçmesiyle, suç ve failin unutulduğu, ispat vasıtalarının kaybolması nedeniyle delil toplamanın güçleştiği ve geçen zaman nedeniyle devletin dava açma veya verilmiş cezayı uygulama konusundaki menfaatinin azaldığı düşüncesiyle ceza muhakemesinde dava ve ceza zamanaşımı kurumları benimsenmiştir(Güngör, Okuyucu, 2009, s.68). Gerçekten de artık modern ceza kanunlarında zamanaşımı hemen hemen bütün suçlarda uygulanmaktadır(Özar, 2010, s.183). Dava zamanaşımı, açılmamış davanın açılmasına, açılmış davanın görülmesine engel olmaktadır. Ceza zamanaşımı ise mahkeme tarafından verilmiş olan kesin hükmün infazına engel olmaktadır.

Dava zamanaşımı suçun işlendiği tarihten kararın kesinleştiği tarihe kadar geçen sürede söz konusu olur. Ceza zamanaşımı ise kanunda kesinleşen hükümdeki cezanın tür ve miktarına göre öngörülen sürelerin geçmesi ile cezanın infaz kabiliyetini yitirmesi sonucunu doğurmaktadır.

2.Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Etkisi

CMK'nın 231/8. maddesinde denetim süresi içerisinde dava zamanaşımının duracağı hüküm altına alınmıştır. Denetim süresinin uzunluğu nazara alındığında bu yöndeki bir düzenlemenin isabetli olduğunu söyleyebiliriz.

Dava zamanaşımının kesilmesi ve durması farklı kavramlardır. Dava zamanaşımının kesilmesi halinde, o zamana kadar işlemiş bulunan zamanaşımı süresi ortadan kalkarak yeniden işlemeye başlamaktadır. Dava zamanaşımının durması halinde ise o ana kadar işleyen zamanaşımı süresi hesaba katılır, zamanaşımını durduran sebebin ortadan kalkması ile birlikte zamanaşımı kaldığı yerden işlemeye devam eder. Dolayısıyla dava zamanaşımının durması zamanaşımı süresini uzatmamaktadır.

231. maddeye göre, zamanaşımın durması söz konusudur. Bu nedenle, denetim süresi içinde hükmün açıklanmasını gerektirir bir halin ortaya çıkması durumunda, dava zamanaşımı da kaldığı yerden işlemeye devam edecektir.

Zamanaşımı süresinin, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleştiği tarihte duracağı hususunda ihtilaf bulunmamaktadır. Ancak zamanaşımının denetim süresinde yeniden suç işlenmesi halinde, işlenen ikinci suçun işlenme tarihine kadar mı, yoksa ikinci suça ilişkin kararın kesinleşme tarihine kadar mı duracağı hususunda görüş ayrılığı bulunmaktadır. Birinci görüşe göre; sanığın denetim süresinde yeniden kasıtlı bir suç işlediği ancak kesinleşen bir mahkeme kararı ile sabit olacağından, zamanaşımının bu tarihe kadar durması gerekir. Karşı görüştekiler ise zamanaşımının ikinci suçun işlenme tarihine kadar durması gerektiğini savunmaktadırlar.

Yargıtay kararlarının ise çelişkili olduğu görülmektedir. Zamanaşımının; ikinci suçtan verilen mahkumiyet kararının kesinleştiği tarihe kadar*, ikinci suçun işlenme tarihine kadar*, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılması için tensip kararının verildiği tarihe kadar**, denetim süresi içinde işlenen suçtan dolayı verilen hükümlülük kararının kesinleşmesi koşuluyla suçun işlendiği tarihe kadar duracağı şeklinde çok farklı kararlar verildiği görülmektedir***.

Kanaatimizce kesinleşen mahkeme kararı olmadıkça kimsenin suçlu olarak kabul edilemeyeceğini ifade eden masumiyet karinesi uyarınca ikinci mahkeme kararının kesinleşmesi koşulunun aranması gerekir. Ancak zamanaşımının durma

* Yargıtay 13. Ceza Dairesi'nin 08.05.2013 tarih, 2013/13831 Esas, 2013/13604 Karar sayılı ve 17.04.2013 tarih, 2013/12973 Esas, 2013/11369 Karar sayılı kararları; 4. Ceza Dairesi'nin 05/06/2012 tarih, 2012/8021 Esas, 2012/13441 Karar sayılı kararı(Uyap Sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

* Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 31.10.2012 tarih, 2012/20879 Esas, 2012/32191 Karar ve 06/12/2012 tarih, 2012/13585 Esas, 2012/37455 Karar sayılı kararları(Uyap Sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

** Yargıtay 15. Ceza Dairesi'nin 23.01.2013 tarih, 2012/17814 Esas, 2013/1068 Karar sayılı kararı(Uyap Sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

*** Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin 27.02.2013 tarih, 2013/1621 Esas, 2013/4017 Karar ve 12.06.2013 tarih, 2013/14348 Esas, 2013/15572 Karar sayılı kararları(Uyap Sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

süresinin sonu olarak ikinci suçun işlenme tarihi kabul edilmelidir. Aksi halde ülkemizdeki yargılama sürelerinin uzunluğu nazara alındığında, durma süresi uzayacak ve sanık aleyhine bir durum ortaya çıkacaktır.

Diğer yandan denetimli serbestliğe ilişkin tedbirlere uyulmaması nedeniyle hükmün açıklandığı durumlarda duran zamanaşımı süresinin, denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranıldığına bildirildiği tarihte yeniden işlemeye başlayacağı kabul edilmelidir****.

H.Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarının Adli Sicile Kaydı

Denetim süresinin başlama tarihi, sanığın bu süre içinde yeniden suç işleyip işlemediği, süre sonunda davanın düşmesine karar verilmesi, mahkemelerce söz konusu kararların sanıkların suç işleme eğilimlerinin değerlendirilmesinde dikkate alınması gibi ihtiyaçların karşılanmasını temin amacı ile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kararların bir sisteme kaydı gerekir. Bunu temin amacı ile; CMK'nın 231. maddesinin 13. fıkrasında; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının, bunlara mahsus bir sisteme kaydedileceği ve bu kayıtların ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabileceği hüküm altına alınmıştır. Aynı doğrultuda 5352 sayılı Adli Sicil Yasası'nın 6. maddesinde; hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararların ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak mahkeme, hakim, askeri hakim, Cumhuriyet Başsavcılığı veya askeri savcılık tarafından istenmesi halinde verilmek üzere kaydedileceği hüküm altına alınmıştır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kararın kesinleşmesi durumunda, Adli Sicil Yönetmeliği'nin 6. maddesi uyarınca kararı veren mahkeme tarafından bu karara ilişki tanzim edilecek tali karar fişleri, ilgili yasal düzenlemeler

**** Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin, 03.06.2013 tarih, 2013/9181 Esas, 2013/14260 Karar sayılı kararı(Uyap Sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

doğrultusunda kayıt yapılmak üzere Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'ne gönderilecektir.

Söz konusu kayıtların adli işlemler hariç gizli olması; kurumunun hafif suçları işleyen kişilerin suçlu olarak damgalanmalarını önleyerek onları ıslah etmek ve yeniden topluma kazandırılmak şeklinde özetleyebileceğimiz amacı ile uyumlu olduğunu ifade etmeliyiz.

IV. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI ve GÜVENLİK TEDBİRLERİ

A.Güvenlik Tedbirleri Kavramı, Ortaya Çıkışı ve Gelişimi

Yukarıda detaylı olarak incelediğimiz üzere Klasik Okula göre, iyiyi kötünden ayırt etme erkine sahip olan ve iyiyi seçme imkanı varken kötüyü seçen insan, serbest seçiminden sorumlu tutulmalı ve cezalandırılmalıdır. Kusur failin manevi sorumluluğuna, failin manevi sorumluluğu da irade serbestisine dayanmaktadır. İrade serbestisi, ceza sorumluluğunun esasını teşkil ettiğinden, faile verilecek ceza miktarı da kusura göre yani failin irade serbestisinin derecesine göre belirlenmelidir. İrade serbestisini engelleyen haller, kusurlu sayılmayı da engeller. Bir kişinin cezalandırılabilmesi için kusurlu, kusurlu sayılabilmesi için de irade serbestisine sahip olması gerekir(Zafer, <http://hamidezafer.com/> Erişim Tarihi: 02.06.2013).

Pozitivist Okula göre ise, irade serbestisi temelsiz bir faraziyedir. İrade, sıkı sıkıya, içinde cereyan ettiği psikik ve toplumsal nedenlerle bağımlıdır. Böyle olunca, artık bireysel sorumluluktan söz etmemek, ama toplumsal veya kanuni sorumluluktan söz etmek gerekmektedir. Öyleyse, isnat yeteneği olan insan ve olmayan insan ayırımı yapılamaz. Her insan, suç işlediğinde, hiçbir ayırıma tabi tutulmaksızın, mutlaka topluma hesap vermelidir. Toplum, kim olursa olsun, suç işleyene karşı; kendisini ceza, yani ödeticisi olan bir tedbirlerle değil, ama iyileştirici ve güven sağlayıcı tedbirlerle, yani güvenlik tedbiri denen tedbirlerle savunmalıdır(Hafizoğulları, www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/fail.doc Erişim Tarihi: 02.06.2013). Pozitivistlerin tedbire ilişkin düşünceleri mevzuatları etkilemiş ve özellikle birinci dünya savaşını müteakip, Devletler güvenlik tedbirlerini mevzuatlarına kabul etmeye başlamışlardır(Artuk, 2008, s.465).

Güvenlik tedbirlerini, geleneksel ve klasik cezanın uygulanmasının söz konusu olmadığı veya uygulanmakla beraber toplum savunmasında yetersiz kaldığı hallerde, cezayı tamamlamayan suçluluğa karşı önleyici savunma vasıtaları(Günel, 1965, s.715) olarak tanımlayabiliriz. Bu tedbirler failin kötü eğilimlerinden kurtulmasını ve onun topluma yararlı bir insan olarak yetiştirilmesini sağlar.

Suçlulukla mücadelede cezayı tamamlamaya çalışan güvenlik tedbirleri ile cezalar arasında, kanunilik ilkesi, konu, gerçekleştirilen fiil ve yetkili makam bakımından benzerlikler söz konusudur. Az sayıda karşı görüş bulunsa da, günümüzde güvenlik tedbirlerinde de cezalarda olduğu gibi kanunilik ilkesinin geçerli olduğu kabul edilmektedir. Buna göre; hakim, suç teşkil eden bir fiil işlenmedikçe ve kanunen belli hal ve durumlar mevcut olmadıkça tedbire karar veremeyeceği gibi, kanunda yazılı olmayan bir güvenlik tedbirinin uygulanmasına karar veremez. Bu husus TCK'nın 2. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde; *“Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz”* şeklinde ifadesini bulmuştur.

“Kusursuz ceza olmaz” ilkesi uyarınca, ceza ancak iradesi serbest olanlara uygulanan bir müeyyide olduğu halde emniyet tedbirlerinin uygulanması için irade serbestisinin varlığına gerek yoktur, failin tehlikeli olması yeterlidir. İşlenen suç nedeniyle hükmedilen cezanın türü ve süresi, suçlunun manevi sorumluluk derecesi ve suçun ağırlığı ile orantılıdır. Buna karşılık failin manevi sorumluluğunun ve suçun objektif ağırlığının güvenlik tedbirleri üzerinde bir etkisi yoktur. Cezaya suçun ağırlığı ile orantılı olarak hükmolunurken, güvenlik tedbirlerine failin toplum bakımından gösterdiği tehlike halinin derecesine göre hükmedilir(Özgenç, 2007, s.649). Tedbirin süresi failin tehlikeli hali ile orantılıdır; tehlikeli halin yok edilmesi gayesini güden tedbir, bu halin ortadan kalkmasıyla yani amacın elde edilmesiyle sona erer. Bu bakımdan tehlikeli halin devamına bağlı olan tedbirin süresi baştan itibaren tespit edilmez, tedbirlerin bir türü ile infaza başlandıktan sonra kişinin bu tedbire gösterdiği tepkiye göre, diğerlerine geçilebilir veya bir tedbir yerini başka bir tedbire bırakabilir. Bu nedenle, cezalar objektif bir nitelik taşıdığı halde, güvenlik tedbirleri subjektif bir özelliğe sahiptir, cezalara oranla türü ve süreleri daha esnekler(Artuk, 2008, s.478).

Her ne kadar isnat yeteneği güvenlik tedbirleri açısından önem arz etmemekte ise de güvenlik tedbirleri de bir çeşit yaptırım oldukları için muhakkak işlenmiş bir suçun bulunması gerekir. Suçun, tamamlanmış olması şart değildir. Suçun icra hareketlerine başlanmış olması failin tehlikeli halinin tespiti için yeterlidir.

Geçmişte işlenen bir fiile karşılık hükmedilen cezanın amaçları arasında kefarete, ödetme gayesinin de bulunmasına karşılık, güvenlik tedbirlerinin bizatihi amacı kişiye acı ve ızdırap çektirmek değildir; toplum bakımından tehlikeli şahışların ileride suç işlemelerinin önlenmesi ve dolayısıyla toplumun koruması amaçlanır. Acı ve ızdırap, tedbirlerin tatbiklerinin zorunlu bir sonucudur(Artuk, 2008, s.473). Dolayısı ile güvenlik tedbirleri cezadan farklı olarak “*bastırma*” değil, “*nleme*” tedbirleridir(Hafizoğulları, 1996, s.235); failin gösterdiği tehlike sebebiyle gelecek için uygulanır ve suç işlenmesini engellemeyi amaçlarlar.

B.Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı ve Müsadere

1.Genel Olarak Müsadere

Ceza hukuku terminolojisinde “*zoralm*” terimi ile de ifade edilen “*müsadere*” işlenen bir suç karşılığı olarak, suçlunun mal varlığının tamamı ya da bir bölümü üzerindeki mülkiyetine son verilmesi ve bu mülkiyetin kamusal karakter gösteren bir teşekküle devredilmesi anlamına gelmekte olup batıda Fransız İhtilaline kadar uygulanan en etkili cezalardan biri olmuştur(Yılmaz, 2003, s.32).

Ceza kanunumuzda müsadere, iki ayrı maddede düzenlemiş bulunmaktadır. Eşya msaderesini düzenleyen 54. maddede; iyiniyetli nc kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşya ile üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşyanın müsaderesi düzenlemekte iken, kazanç msaderesini düzenleyen 55. maddesinde; 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 müsaderesi düzenlenmiştir.

Kazanç müsadereyi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile birlikte Ceza Kanunumuza dahil olmuştur. Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu suçtan elde edilen kazançların müsadereyi açıkça düzenlememişti. Kanunda bulunan bu boşluk 36'ncı maddesiyle doldurulmaya çalışılmaktaydı. Ancak suçtan elde edilen menfaatlerin bu maddeye göre müsadere edilip edilemeyeceği konusunda doktrinde tartışma mevcuttu. 5237 sayılı TCK'da kazanç müsadereyi açıkça düzenlenerek bu boşluk doldurulmuştur(Genç, 2010, s.165).

Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya bir ceza mahkumiyeti olmasa ve faile ait olmasa bile mutlaka müsadere olunur. Failden başkası da olsa kimsenin objektif suçluluk teşkil eden bir şey üzerinde hakkı olduğu iddia edilemez(Ö. Aydın, 1993, s.155).

Mülga 765 sayılı TCK döneminde, öğretide suçta kullanılan eşya yerine kaim olan değerın müsadereyi karar verilemeyeceği kabul edilmekte idi. 5237 sayılı TCK'nın 54. ve 55. maddelerinin ikinci fıkralarında kaim değerın müsadereyi karar verileceği açıkça düzenlenmek suretiyle bu husustaki eksiklik giderilmiştir.

Yine Mülga 765 sayılı TCK'da kabul edilen mecburi müsadere sistemi yeni TCK'da kabul edilen “*orantılılık*” ilkesi ile yumuşatılmıştır. Ayrıca 54. maddenin 5. fıkrasında “*kısmi müsadere*” kararı verilebileceği açıkça düzenlemiş, 60. maddenin 2. fıkrasındaki düzenleme ile özel hukuk tüzel kişileri hakkında müsadere kararı verilmesi uygulanmasına olanak sağlanmıştır.

Mülga 765 sayılı TCK döneminde taksirli suçlarda müsadere kararı verilir verilemeyeceği hususu da tartışmalı idi. 36. maddede “*cürüm veya kabahat*” ve “*mahkumiyet*”ten bahsedilmekte; mahkumiyetin kasıtlı veya taksirli bir suç sebebiyle verilmiş olması bakımından bir açıklık bulunmamakta idi, bu da farklı görüşler ileri sürülmesine neden olmaktadır. Bu konuda bir görüş taksirli suçlarda müsadereyi mümkün görmekte iken, baskın olan diğer görüş müsadereyi mümkün görmemekte idi. Uygulamada ise, taksirli suçlarda kullanılan eşyanın müsadere edilemeyeceği, müsadereyi yalnızca kasten işlenen suçlar bakımından uygulanabileceği kabul edilmekteydi(Gedik, 2007, ss.16-17). Yeni TCK'nın 54'üncü maddesinde,

müsaderenin yalnız kasten işlenen suçlarda uygulanacağı hüküm altına alınarak bu husustaki tartışmalara da son verilmiştir.

54. maddenin 6. fıkrasında; birden fazla kişinin paydaş olduğu eşya ile ilgili olarak, sadece suça iştirak eden kişinin payının müsaderesine hükmolunacağı düzenlenmek suretiyle, mülga 765 sayılı TCK döneminde tartışmalı olan konulardan biri daha açıklığa kavuşturulmuştur.

2.Müsaderenin Hukuki Niteliği

Mülga 765 sayılı TCK'nın 36. maddesinde düzenlenen müsaderenin hukuki niteliği tartışmalı idi; bir görüş, müsaderenin hukuki niteliği itibariyle “*güvenlik tedbiri*” olduğunu kabul etmekte iken, diğer bir görüş sözkonusu maddenin 1'inci fıkrasında düzenlenen müsaderenin hukuki niteliğinin “*ceza*”, ikinci fıkrasında düzenlenen müsaderenin “*güvenlik tedbiri*” olduğunu kabul etmekte idi(Yılmaz, 2003, ss.37-38).

5237 sayılı TCK suç karşılığı uygulanacak yaptırımları ceza ve güvenlik tedbirleri olarak belirlemiştir*. Bu kapsamda; yaptırımlar başlıklı üçüncü kısmın, güvenlik tedbirleri başlıklı ikinci bölümünde 54. maddede eşya müsaderesi, 55. maddede kazanç müsaderesi düzenlemiş bulunmaktadır. Görüldüğü üzere yeni TCK müsaderenin hukuki niteliğini güvenlik tedbiri olarak açıkça düzenlemiş, eski TCK dönemindeki müsaderenin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalara son vermiştir.

Mülga 765 sayılı TCK'nın 36/1. maddesinde “...*mahkumiyet halinde ... müsadere olunur.*” hükmünü içeriyordu. Bu nedenle 36/1. maddenin uygulanabilmesi için her şeyden önce yapılan yargılama sonunda sanığın mahkumiyetine karar verilmesi zorunlu idi. Bu durum uygulamada bir takım sıkıntılara neden olduğu için 5237 sayılı TCK'da müsadere için mahkumiyet şartı kaldırılmıştır(Certel, 2008, s.25). Bunun sonucu olarak müsadereye hükmedilebilmesi için bir suçun işlenmesi zorunlu olmakla birlikte bu suçtan bir kimsenin cezaya mahkum edilmesi

* **TCK madde 3:** Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur.

gerekmemektedir. Bu durum müsadereenin güvenlik tedbiri olmasından kaynaklanmaktadır.

Müsadere bir güvenlik tedbiri olduğundan ancak bir mahkeme kararına dayalı olarak uygulanabilir.

3.Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Halinde Müsadere

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararında, öncelikle bütün unsurları ile mevcut bir mahkumiyet kararının bulunması gerektiğine yukarıda detaylı olarak değinmiştik. Bu nedenle, açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen mahkumiyet kararında bir güvenlik tedbiri olan müsadere kararına yer verilmesi gerektiği hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Burada görüş ayrılığı, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı içinde yer alan müsadere kararının ne zaman infaz edileceği hususundadır. Bu konuda ikili bir ayırım yapıldığı görülmektedir. 55. maddedeki düzelemeden de anlaşıldığı üzere müsadere edilecek iki tür eşya bulunmaktadır. Birinci tür eşya, üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşyadır. Örneğin, ruhsatsız tabanca. Yasal düzenlemeden de anlaşıldığı üzere bu tür eşyalar, bir suçta kullanılıp kullanılmadığına bakılmaksızın müsadere edilmektedir. İkinci tür eşya ise; ise, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyadır. Örneğin, kasten yaralama suçunda kullanılan niteliği itibariyle müsadereye tabi olmayan bıçak.

Niteliği itibariyle müsadereye tabi eşyanın, müsadereesine dair kararı içeren hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleşmesiyle infaza edilebileceği genel olarak kabul görmektedir*. Zira bu tür eşyalar yönünden sanık hükmün açıklanması sonrasında beraat etse dahi eşyanın kendisine iadesi söz konusu olamaz. Örneğin; ruhsatsız silah bulundurma suçundan hakkında hükmün

* Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 15.6.2010 tarih, 2010/7065 Esas, 2010/8569 Karar sayılı kararı ile suçta kullanılan ve taşınması suç olan sanığa ait tabancanın 5237 sayılı TCK'nın 54. maddesi uyarınca müsadere yerine, denetimli serbestlik süresince adli emanette muhafazasına karar verilmesi nedeniyle ilk derece mahkemesi kararını bozmuş ve mahkeme kararındaki “denetimli serbestlik süresince emanette muhafazasına” dair kısmın “müsadereesine” şeklinde düzeltilmesine karar vermiştir.(Uyap Sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen sanık sonradan açıklanan hükmün bozulması neticesinde beraat etse dahi silahın kendisine iadesi mümkün değildir.

Kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelmiş eşyanın müsadere kararını içeren hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararındaki müsadere kararının infazı ile ilgili ise görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bir görüş, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının müsadere kararını da kapsadığını, bu nedenle müsadere kararının infazının denetim süresi boyunca mümkün olmadığını savunmaktadır. Bu görüşü savunanlar müsadere kararının derhal infazının, delil niteliğinde olan müsadereye konu eşyanın yargılama kesin hükümle sonlanmadan dosyadan çıkartılmasına neden olarak yargılama açısından zararlı sonuçlara neden olacağını iddia etmektedirler(Kumbasar, 2012, s.228). Karşı görüşte olanlar ise müsadere kararının mahkumiyet kararının bir sonucu olmayıp eşya ile ilgili olarak verildiğini, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleşmesiyle birlikte infaz edilmesi gerektiğini ifade etmektedirler.

Yukarıda açıkladığımız üzere 5237 sayılı TCK müsadereyi güvenlik tedbiri olarak düzenlemiştir. Bunun sonucu olarak müsadereye hükmedilebilmesi için kasıtlı bir suçun işlenmesi ve eşyanın suçun işlenmesinde kullanılması zorunlu olmakla birlikte, bu suçtan bir kimsenin cezaya mahkum edilmesi gerekmemektedir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı mahkumiyet olarak değerlendirilmemekte ise de esasında sanığın atılı suçu işlediği tespiti yapılmaktadır ancak ceza uygulanmasına dair hüküm sonucunun açıklanması geri bırakılmaktadır. Bu nedenle biz hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının sadece hükmün cezaya ilişkin kısmını kapsadığını, suçta kullanıldığı sabit olan eşyanın müsadere kararına dair hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleşmesi ile birlikte infaz edilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Bu doğrultuda; mahkemelerce hüküm tesis edilirken, cezaya ilişkin hükmün açıklanmasına karar verildikten sonra müsadereye ilişkin hüküm fıkrasına yer verilmesi suretiyle müsadere kararının açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükme dahil edilmemesinin daha isabetli olacağı kanatindeyiz.

C.Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Hak Yoksunlukları

1.Hak Yoksunlukları

Hak yoksunluklarını(memnu haklar); işlemiş oldukları bir suç sebebi ile kişilerin temel hak olan kamu haklarının bir kısmını ya da tamamını kullanmalarının ya da bir meslek veya sanatı icra etmelerinin mahkeme kararı ile ya da özel kanunlarda bulunan hükümler marifetiyle geçici bir süre ya da sürekli şekilde ellerinden alınması olarak tanımlayabiliriz(Karaaslan, 2009, s.128). İşlediği suç dolayısıyla toplumda kişiye karşı duyulan güven sarsılmaktadır. Bu nedenle, suçlu kişi özellikle güven ilişkisinin varlığını gerekli kılan belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmaktadır.

Mülga 765 sayılı TCK döneminde öğretide, cezalar “*aslî, fer’î ve mütemmim*” olmak üzere tasnif edilmekte idi. Asli cezanın, kanun koyucunun o suça mahsus ve doğrudan doğruya suçun karşılığı olmak üzere koyduğu yaptırım olduğu konusunda genel bir uzlaşma sağlanmıştır. Fer’î ve mütemmim cezalar konusunda ise farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir kısım yazarlar, fer’î cezaların herhangi bir hükme ve hakim kararına gerek olmaksızın asli cezaya eklenen cezalar olduğunu, mütemmim cezaların ise, hakim hükmünde ayrıca gösterilmesinin zorunlu bulunduğu, diğer bir kısım yazarlar ise; yukarıdaki tanımların tam aksine olarak, asıl cezaya eklenen ve infazı hükmedilmesine bağlı olan cezaların fer’î; hükme gerek kalmaksızın, mahkumiyetin yasal sonucu olarak kendiliğinden mahkumiyete eklenen cezaların ise mütemmim cezalar olduğu görüşünde idiler.

Yargısal kararlarda da, memuriyetten yoksunluk, kamu hizmetlerinden yasaklılık, belirli bir meslek ve sanatın tatili veya yasal kısıtlılığı gerektiren diğer hallerde, başka bir anlatımla 765 sayılı Yasanın 20, 25, 31, 33, 34 ve 35. maddelerinin uygulanma koşullarını gösteren kararlarda, kavram birliği bulunmama ile birlikte ek ceza, mütemmim ceza ve fer’î ceza terimlerine yer verilmiştir.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Yasada “*cürüm-kabahat*”, “*aslî-fer’î*” ceza ayrımı kaldırılarak, yaptırım olarak cezalar ve güvenlik tedbirlerine yer verilmiştir. Mülga 765 sayılı Yasanın 20, 25, 31,33, 34 ve 35.

maddelerinde düzenlenen hak mahrumiyetleri 53. madde kapsamında “*Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma*” başlığı altında güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemede yasaklar listesi daha geniş olmakla birlikte, süre yönünden sanık lehinedir. Kanun koyucu, gerekçede, bir kimse hakkında güvenlik tedbirlerine hükmedilebilmesi için “*suçun işlenmesi zorunlu olmakla birlikte, bu suçtan dolayı cezaya mahkum edilmesi gerekmemektedir*” diyerek; bu tedbirlerin, cezadan farklı olarak, ihlale tepki olmadıklarını, sadece ihlal vesilesi ile verildiklerini birçok yerde açıkça belirtirken; 53. madde metninde “*kasten işlenmiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkumiyetin kanuni sonucu*” hak yoksunluklarına karar verileceğini kayıt altına almıştır. Bu nedenle her ne kadar adına güvenlik tedbirleri de denmiş ise de ceza mahkumiyetinin kanuni sonucu olduklarından, bunlar güvenlik tedbiri değil, fer’i cezadırlar. Bunların geri alınabilir, değiştirilebilir olmamaları, bir tedbir olmadıklarının, ama bir ceza olduklarının kanıtıdır(Hafizoğulları, 2007, s.93).

53. maddenin 1. fıkrasında beş bent halinde düzenlenen bu yoksunluklar, mahkumiyetin doğal sonucu olduğundan, kararda gösterilmemiş olsa bile hükümlü açısından kazanılmış hakka konu olamazlar*, 1. fıkrada belirtilen hak yoksunlukları esasen Mülga 765 sayılı TCK'nın 20. maddesinde düzenlenen hak yoksunlukları ile paralellik arz etmekte ise de 5237 sayılı TCK'da hak yoksunlukları kural olarak hapis cezasının infazı ile sınırlandırılmış, infaz tamamlanmakla, herhangi bir yargı kararına gerek olmaksızın, bu hak yoksunluklarının kendiliğinden ortadan kalkacağı öngörülmüştür. Hak yoksunlukları kararın kesinleşmesi ile başlayıp, cezanın infazı tamamlanıncaya kadar devam edecektir.

Hak yoksunluklarının infazın tamamlanmasıyla sona ermesi kural ise de aynı maddenin 5. fıkrasındaki düzenleme uyarınca, 1. fıkrada sayılan hak ve yetkilerin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlarda, infazın sona ermesinden sonra da, kararda ayrıca hükmedilmesi koşuluyla, hak yoksunluğunun bir süre daha devam etmesi sağlanmıştır. Yine maddenin 3. fıkrası uyarınca mahkum olduğu hapis cezası ertelenen veya koşullu salıverilen hükümlü hakkında 1. fıkranın (c) bendinde yer

* Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 11.04.2013 Tarih, 2012/3995 Esas, 2013/3094 Karar, 18/03/2013 Tarih, 2012/5159 Esas, 2013/1960 Karar, 02/04/2013 Tarih, 2012/5359 Esas, 2013/2630 Karar sayılı kararları(Uyap Sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

alan kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayımlık yetkilerinin kullanılmasına ilişkin yasaklama hükmü uygulanamayacak, ayrıca cezası ertelenen hükümlü hakkında, 1. fıkranın e bendindeki hak yoksunluğunun uygulanmamasına da karar verilebilecek, ancak kısa süreli hapis cezası ertelenenler ile suçu işlediği sırada 18 yaşını doldurmamış kişiler hakkında, 1. fıkradaki hak yoksunluğuna hiçbir şekilde karar verilemeyecektir.

Onsekiz yaşını doldurmamış kişilerin birinci fıkrada sayılan hak ve yetkilerden birini kötüye kullanılmak suretiyle işledikleri suçlar dolayısıyla hapis veya adli para cezasına mahkum olması halinde, dördüncü fıkradaki çocuk sanıkların birinci fıkrada yazılı hak ve yetkilerinden yoksun bırakılmayacağı hükmü karşısında, bu yoksunluğun süresini uzatan beşinci fıkranın da uygulanma imkanının bulunmadığını düşünüyoruz(Otacı, 2011, s.422).

Birinci fıkranın uygulanmasında, hakime takdir hakkı tanınmadığından sadece bir kısım hakların yoksunluğuna karar verilemez, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkum olan kişi hakkında söz konusu fıkra kapsamındaki bütün hak ve yetkileri kullanmaktan hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar yoksun bırakılma kararı verilmelidir.

53. madde temelde kasten işlenen suçlardan dolayı mahkumiyet haline ilişkin hak yoksunluklarını düzenlemiştir. Taksirli suçlar ilişkin düzenleme maddenin son fıkrasında yer almaktadır. Belirttiğimiz üzere maddenin birinci fıkrasının uygulanmasında hakime takdir hakkı tanınmadığı halde altıncı fıkranın uygulanması hakim takdirine bırakılmıştır.

Maddenin beşinci fıkrası uyarınca cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükümlü hak yoksunluğunun hükümde açıkça gösterilmesi gerekmektedir. Her ne kadar hak yoksunluğu, hapis cezasının kanuni sonucu ise de 53/5 fıkrada gösterilen hak yoksunluğu, cezanın infazından sonraki zamana tekabül ettiğinden ve hak yoksunluğu süresini uzattığından, fer'i ceza olması yönüyle aleyhe bozma yasağına konu olacağı kabul edilmektedir* .

* Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 06/02/2013 Tarih, 2012/2704 Esas, 2013/893 Karar, 14/02/2013 Tarih, 2012/3342 Esas, 2013/1191 Karar sayılı kararları(Uyap Sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

5. fıkranın uygulanmasında maddenin birinci fıkrasında gösterilen hak ve yetkilerden hangisinin ya da hangilerinin kötüye kullanımı ile suç işlenmiş ise hükümde sadece o hak ve yetkiye münhasır olarak cezanın infazından sonra işlemek üzere bir süre belirlenir. Maddenin birinci fıkrasında gösterilen bütün hak ve yetkileri kapsayacak şekilde uygulama yapılamaz.

Kural olarak adli para cezasına mahkumiyet halinde hak yoksunluğuna karar verilememektedir. Bunun istisnası 53. maddenin beşinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, maddenin birinci fıkrasında gösterilen hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlardan dolayı sadece adli para cezasına mahkumiyet halinde, hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Dolayısıyla burada da hangi hak veya yetki kötüye kullanılarak suç işlenmiş ise bu hak veya yetkinin kullanılması yasaklanabilir.

53 maddenin 5. fıkrasında bahsedilen adli para cezasının, doğrudan verilen gün adli para cezası olduğunu, kısa süreli hapis cezasına seçenek olarak 50. madde gereğince hükmolunan adli para cezalarının fıkra kapsamında olmadığı görüşündeyiz. Çünkü fıkra da “*hükümde belirtilen gün sayısının...*” denilmektedir. 5739 sayılı Kanun 4. maddesi ile 5237 sayılı TCK'nın 50/6. maddesinde yer alan “*yaptırımın*” ibaresi “*tedbirin*” olarak değiştirilmiştir. Kanun değişikliği, doğrudan hükmedilen ve hapisten çevrilen adli para cezalarının infazına ilişkin farklı rejimleri ortadan kaldırmak amacıyla gerçekleştirilmiş olup, değişiklik ile birlikte her iki halde de verilen adli para cezaları, 5275 sayılı Kanun'un 106. maddesi uyarınca infaz edilecektir. Anılan değişiklikten sonra hapisten çevrilen adli para cezalarının yerine getirilmemesi durumunda 5237 sayılı Kanununun 50/6. maddesinin uygulanamayacağı, bir başka deyişle hükmü veren mahkemenin kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen çektirilmesine karar veremeyeceği açıktır. 5275 sayılı Kanun'un 5739 sayılı Yasa'nın 5. maddesi ile değişik 106. maddesinin 9. fıkrasına göre “*hapse çevrilmiş olmasına rağmen hak yoksunlukları bakımından esas alınacak olan adli para cezasıdır.*” Bu nedenle ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrilmesi halinde

53. maddede yazılı hak yoksunluğunun uygulanmasına imkan kalmamıştır(Otacı, 2011, s.428).

Kısa süreli hapis cezasının TCK'nın 50/1-b,c,d,e,f bentlerindeki seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi halinde de hak yoksunluğuna hükmolunamayacaktır. Ancak hüküm kesinleştikten sonra Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde seçenek tedbirin gereklerinin yerine getirilmesine başlanmaması veya başlanıp da devam edilmemesi halinde, 50/7. fıkra gereğince tedbir değiştirilmemişse, hükmü veren mahkeme, kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir ve bu karar derhal infaz edilir. Bu durumda, asıl mahkumiyetin tedbir olduğunu düzenleyen 50. maddenin beşinci fıkrası hükmü uygulanamayacağından, kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar veren mahkeme, hapis cezasının kanuni sonucu olarak 53. maddedeki hak yoksunluğuna da hükmetmelidir(Otacı, 2011, s.429).

Burada dikkat edilmesi gereken bir nokta da Mülga 765 Sayılı TCK hükümlerinin lehe olduğu kabul edilerek uygulama yapılması halinde, 5237 sayılı TCK'nın 53. maddesindeki güvenlik tedbirlerine değil, karma uygulama yasağı uyarınca 765 sayılı yasanın 31 ve 33. maddelerindeki fer'i cezalara hükmedilmesi gerektiğidir*.

2.Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Hak Yoksunlukları

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi halinde hak yoksunlukları konusunda nasıl uygulama yapılacağına dair CMK'nın 231. maddesinde ve TCK'nın 53. maddesinde herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Öğretide, TCK'nın 53. maddesinin 4. fıkrasında hapis cezası ertelenen kişi hakkında belli haklardan yoksun bırakılma tedbirinin uygulanmayacağı belirtilmiş olması, ayrıca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının amacının, sanığa işlediği suçtan dolayı verilen mahkumiyet hükmünün ve doğurduğu sonuçların askıya alınmasına yol açtığı gerekçeleriyle, mahkemenin hak yoksunluklarına ilişkin bir karar vermemesi gerektiği ileri sürülmüştür(Kumbasar, 2012, s.196).

* Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 1.04.2006 tarih, 2006/9-55 Esas, 2006/115 Karar sayılı kararı(Uyap Sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararında açıklanması geri bırakılan mahkumiyet hükmünün bütün unsurları ile bulunması gerektiğini yukarıda ifade etmiştir. Bu nedenle açıklanması geri bırakılan mahkumiyet hükmünde hak yoksunluklarına da yer verilmelidir. Ancak 53. maddenin 1. fıkrasında beş bent halinde düzenlenen yoksunluklar, mahkumiyetin doğal sonucu olduğundan, kararda gösterilmemiş olsa bile hükümlü açısından kazanılmış hakka konu olamazlar. 5. ve 6. fıkra kapsamındaki hak yoksunluklarının ise kararda açıkça gösterilmesi gerekir.

Güvenlik tedbirleri, sanığın tehlikelilik halini esas aldığından ertelenemeyeceklerine yukarıda değinmiştik. 5237 sayılı TCK'da hak yoksunlukları güvenlik tedbirleri olarak kabul edilmiş bulunduğundan, ertelenemeyecekleri düşünülebilir ise de kanunun bu yöndeki kabulünün hatalı olduğuna değinmiştik. Zira hak yoksunlukları için mahkumiyet kararı verilmesi gerektiği kanunda açıkça düzenlenmiştir. CMK'nın 231/5. maddesine göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade eder. Bu durumda açıklanması geri bırakılan mahkumiyet kararı hukuken varlık kazanmadığından, bu karar içeğinde yer alan hak yoksunluğu kararı da denetim süresi içerisinde askıda kalacak, hükmün açıklanması halinde ise açıklanan mahkumiyet kararının kesinleşmesi ile birlikte infaz edilecektir(Aynı yönde görüş için bakınız; Özgenç, 2007, s.576; Otacı, 2011, s.452; Pınar, 2008, s.87).

V.HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI VE YARGILAMA GİDERLERİ

A.Genel Olarak

Yargılama giderlerinin nelerden ibaret olduğu CMK'nın 324. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre; 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.

Ceza yargılamasında soruşturma evresinde; maddi gerçeğe ulaşılması amacıyla yapılan işlemlere ilişkin tüm masraflar suçüstü ödeneğinden karşılanır ve soruşturmanın, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlar sonuçlanması halinde, yapılan tüm giderler Hazine üzerinde bırakılır. İddianame düzenlenmesi ve iddianamenin kabulü ile birlikte kamu davasının açılması durumunda ise mahkemece hükümde yargılama giderlerinin kimlere yükletileceği gösterilecektir.

324. maddenin son fıkrasında türkçe bilmeyen ya da engelli olan şüpheli, sanık, mağdur veya tanık için görevlendirilen tercümanın giderlerinin, yargılama gideri sayılmayacağı ve bu giderlerin Devlet Hazinesince karşılanacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme; duruşmada kullanılan dili anlamayan veya konuşamayan sanığın bir tercümanın yardımından meccanen(ücretsiz) faydalanmasını adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendiren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 3-e bendinin bir gereği olarak yasamızda yer almıştır. Diğer yandan 6411 sayılı Yasa'nın 1. maddesi ile CMK'nın 202. maddesinde yapılan değişiklikle sanığın iddianamenin okunması ve esas hakkındaki mütalaanın verilmesi üzerine sözlü savunmasını, kendisini daha iyi ifade edebileceğini beyan ettiği başka bir dilde yapabileceği düzenlenmiş ve bu durumda tercümanın giderlerinin Devlet Hazinesince karşılanmayacağı yasa metninde açıkça düzenlenmiştir.

Yapılan yargılama giderleri, temyiz incelemesine tabi tutulmaktadır. Kararın sadece yargılama gideri yönünden bozulması halinde, karar ikiye bölünerek; cezaya ilişkin bölümünün kesinleştiği, masrafla ilgili bölümün bozulduğu ileri sürülemez. Mahkeme kararı; ceza ve mahkumiyete bağlı diğer hükümlerle birlikte bir bütündür, bölünerek ayrı ayrı infaz edilemez* .

B.Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Halinde Yargılama Giderleri

CMK'nın 325. maddesinin ikinci fıkrasına göre; hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde yargılama giderleri sanığa yüklenecektir. Bu düzenleme ile

* Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 26.4.1993 Tarih,1993/4-95 Esas,1993/122 Karar Sayılı kararı(Uyap Sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

yargılama giderleri, açıklanması geri bırakılan mahkumiyet kararının bir parçası olmaktan çıkarılmış, mahkumiyet kararının açıklanmasının geri bırakılmasına dair kararın unsuru haline getirilmiştir. Bu hüküm, söz konusu maddenin birinci fıkrasındaki “*cezaya veya güvenlik tedbirine hükmedilmesi halinde yargılama giderleri sanığa yüklenir*” kuralının bir istisnasını oluşturmaktadır. Zira hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı sanık hakkında “*ceza veya güvenlik tedbiri*” uygulanmasına dair bir “*hüküm*” olmamasına karşın, yargılama giderleri sanığa yüklenecektir(Kumbasar, 2012, s.203).

Anayasa Mahkemesi 03.11.2011 tarih, 2010/1 Esas, 2011/149 Karar sayılı kararında söz konusu hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşmış ve itirazın reddine karar vermiştir**.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararında, yargılama giderlerinin sanığa yüklenmesine karar verilmesi gerektiği belirtilen hükümle açıklığa kavuşturulmuş ise de yargılama giderlerinin ne zaman tahsil edilmesi gerektiği noktasında tereddüt bulunmaktadır. Birinci görüş, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade ettiğine dair CMK'nın 231. maddesinin 5. fıkrası hükmü karşısında yargılama giderlerinin hüküm açıklanmadığı sürece tahsil edilemeyeceği yönündedir. Diğer

** **Karardan;** “*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. Suç ve suçlulukla mücadelede, caydırıcılık ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla, bir suç işleyen ve hakkında mahkûmiyet kararı verilen kişinin yeniden topluma kazandırılması için verilen hükmün, belirli koşulların varlığı hâlinde açıklanmasının geri bırakılmasının bir beraat kararı şeklinde değerlendirilmesi ve bir beraat kararı sonuçlarını doğurması beklenemez.*

...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.

...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.” (http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000164&content= adresinden temin edilmiştir.)

görüş ise 325. maddenin 2. fıkrası hükmüne vurgu yapmak suretiyle kanun koyucunun söz konusu hususu açıkça düzenlemesi nedeniyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararında hükmedilen yargılama giderinin sanıktan tahsil edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Uygulamanın ikinci görüş doğrultusunda geliştiği görülmektedir.

Kanaatimizce, kanun koyucu 325. maddenin ikinci fıkrasında açıkça düzenleme yapmak suretiyle yargılama giderlerini, açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen mahkumiyet kararının kapsamından çıkarmayı amaçlamıştır. Zira açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen karar, mahkumiyet kararı olduğuna göre yargılama giderlerini de ihtiva etmesi gerekecekti. Kanun koyucu ayrıık düzenleme ile yargılama giderlerini hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kararın unsuru haline getirmiştir. Bu nedenle uygulamada, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair karar tesis edilirken; öncelikle mahkumiyet kararı ile bu kararın açıklanmasının geri bırakılmasına dair kararın ve gerekli ihtaratların yazılması, daha sonra yargılama giderlerine dair hüküm fıkrasının yazılması isabetli olacaktır. Böylelikle yargılama giderlerine dair hüküm fıkrası, açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen mahkumiyet kararının kapsamından çıkarılmış olacaktır. Ayrıca hükmün açıklanması durumunda, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kararın kesinleşmesi ile birlikte infaz edilen yargılama giderlerinin yeniden sanığa yüklenmemesine dikkat edilmeli sadece hükmün açıklanması aşamasında yapılan yargılama giderlerinin sanığa yüklenmesine karar verilmelidir.

VI. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARLARININ HUKUK DAVALARINA ETKİSİ

Hukukumuzda ceza mahkemesi kararlarının hukuk davasına etkisi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 74. maddesinde*(Mülga Borçlar Kanunu'nun 53. maddesi) düzenlenmiş olup, kural olarak; hukuk hakimi ceza mahkemesi kararları

* **6098 sayılı Borçlar Kanunu Madde 74:** " Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz."

karşısında bağımsız kılınmıştır. Bu bağımsızlık ilkesi, ceza kurallarının kamu yararı yönünden bir yasağın yaptırımını olması, aynı uyumsuzluğu kapsamına alan hukuk kurallarının ise kişi ilişkilerinin medeni hukuk alanında düzenlenmesi, özellikle tazmin koşullarını öngörmesi esasına dayanmaktadır.

Yasanın açık hükmü karşısında ceza mahkemesince verilen, beraat kararı, kusur ve derecesi, zarar tutarı, temyiz gücü ve yükletilme yeterliği, illiyet gibi esasların hukuk hakimini bağlamayacağı konusunda duraksama bulunmamaktadır.(6098 sayılı Borçlar Kanunu madde 74) Bununla birlikte hukuk hakiminin bu bağımsızlığı sınırsız değildir.

Gerek öğretide ve gerekse Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında, ceza hakiminin tespit ettiği maddi olaylarla ve özellikle "*filin hukuka aykırılığı*" olgusu ile hukuk hakiminin tamamen bağlı olacağı kabul edilmektedir. Diğer bir anlatımla, maddi olayları ve yasak eylemleri saptayan ceza mahkemesi kararı, taraflar yönünden kesin delil niteliğini taşıyacağından hukuk hakimini de bağlayacaktır. Yani hukuk hakiminin kural olarak ceza mahkemesinin beraat kararı ile bağlı olmadığı ancak aynı olay nedeniyle ceza yargılamasında hükme dayanak alınan maddi olgular ile bağlı olduğu yargısal uygulamada yerleşik biçimde kabul edilmiştir. Buna göre bir eylemin davalı tarafından gerçekleştirildiği tespit edilmişse bunun suç teşkil edip etmemesi hukuk hakimini bağlamayacak; hukuk hakimi suç teşkil etmemekle birlikte eylemin gerçekleştiği vakıasıyla bağlı olarak hukukun diğer normlarına aykırılığın olup olmadığı noktasında değerlendirme yapabilecektir.

Şayet ceza mahkemesi, isnat olunan eylemin sanık (hukuk davasında davalı) tarafından gerçekleştirilmediğini tespit etmişse, bu tespite ilişkin ceza mahkemesi kararı maddi vakıa açısından hukuk hakimini bağlayacaktır.

Davalının eyleminin hukuk hakimini ilgilendiren yanı davanın dayanağı olan yasal düzenlemeler olup, bu eylemin ceza yargılaması açısından suçun unsurlarını taşımaması hukuk hakimini bağlayıcı bir özellik değildir. Bu nedenle de, hukuk hakiminin ceza mahkemesince verilecek beraat kararı ile bağlı olduğu düşünülemez.

Bundan ayrı, hukuk mahkemesinin, ceza mahkemesinde görülmekte olan bir ceza davasının sonuçlanmasının bekletici sorun yapması halinde, ceza mahkemesinin

bu konuda vereceği kararı peşinen kabul etmiş olacağından, bekletici sorun yapılan ceza davası hakkında verilen karar, hukuk davasında kesin delil teşkil edecektir (Kuru, 2001, s.51-53).

Şu halde ceza mahkemesi kararının hukuk hakimini bağlaması için maddi olgu yönüyle kesinleşmiş olması gerekir. Eğer bu yönden kesinleşmiş bir ceza mahkemesi kararı bulunmuyorsa, hukuk hakimini bağlayacak bir ceza mahkemesi kararından da söz etmek mümkün değildir.

Diğer yandan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, 5271 sayılı CMK'nın 223. maddesinde belirtilen hükümlerden değildir. Kurulan hükmün sanık hakkında hukuksal bir sonuç doğurmamasını ifade eden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, davayı sonuçlandıran ve uyuşmazlığı çözen bir "hüküm" değildir. Yani hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı kesin bir mahkumiyet kararı değildir. Kaldı ki CMK'nın 231/5. maddesinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmayacağı açıkça ifade edilmiştir. Belirtilen nedenlerle ortada ceza hukuku anlamında kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmü bulunmadığından Türk Borçlar Kanunu'nun 88. maddesi uyarınca hukuk hakimini bağlamayacaktır.

Aksi düşünülmesi takdirde beş yıllık deneme süresi içinde bir suç işlendiğinde mahkemece hüküm açıklanacak ve temyiz hakkı doğacak; şayet yapılan temyiz incelemesinde ceza mahkemesi kararı bozulursa hukuk mahkemesinin kararının da dayanağı ortadan kalkacak ve yargılamanın yenilenmesi gündeme gelecektir. Bu durum ise adalete olan güven ve saygıyı zedeleyecektir.

Diğer taraftan, beş yıllık denetim süresi bittikten sonra menfi tespit davası açıldığında ortada ceza mahkemesi kararı bulunmadığından BK'nun 53. maddesi uyarınca hukuk hakimini bağlayıcı bir karardan da söz edilemeyecektir. Aksine, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının hukuk hakimini bağlayacağı kabul edildiğinde hukuk hakimince verilecek karar davanın beş yıllık deneme süresi içinde ve sözü edilen süre bittikten sonra açılması veya kararın sözü edilen süre bittikten sonra verilmesi hallerinde farklı farklı hukuki sonuçlara ulaşılacaktır. Daha da ötesi, bir olayda birden fazla sorumlu olup da bunlardan biri hakkında beş yıllık süre

içinde, diğeri hakkında beş yıllık süre geçtikten sonra hukuk mahkemesinde dava açılması halinde her iki davalı hakkında da aynı olay nedeniyle farklı kararlar verilebilecektir ki bu durum adalete olan güveni sarsacaktır.

Sonuç olarak maddi olgunun belirlenmesi yönünden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının, kesinleşmiş bir ceza hükmü olmadığından, hukuk hakimini bağlamayacağına kabulü gerekir*. Bununla birlikte hukuk hakiminin ceza mahkemesinin ulaştığı sonucu tümenden yok sayması ceza yargılamasının tamamen anlamsızlaştırılması anlamına gelir ki bu isabetli olmayacaktır. Söz konusu kararın hukuk mahkemesince aksi kanıtlanabilir güçlü bir delil olarak değerlendirilmesi, şayet karara itibar edilmemiş ise gerekçesinin karar yerinde gösterilmesi yerinde bir uygulama olacaktır(İpek, 2012, s.88)**.

VII. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARLARININ KAMU PERSONEL HUKUKUNA ETKİLERİ

A. Genel Olarak

Kamu görevlisi olarak istihdam edilmek bir hakır***. Ancak herkese kamu görevine girme hakkının verilmiş olması, her bir meslek için genel ve objektif koşulların öngörülmesine engel değildir. Türk kamu personel rejiminde memur olabilmek için Devlet Memurları Kanunu'nda belirtilmiş olan genel ve özel şartları taşımak gerekmektedir(DMK m.48). Bu şartların, memuriyete girişte olması yanında, memuriyet süresince de muhafaza edilmesi gerekmektedir (DMK m. 98). Bu şartları taşımayanların memur olması mümkün olmadığı gibi memuriyet sırasında bu

* Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 01.02.2012 tarih, 2011/19-639 Esas, 2012/30 Karar sayılı kararı(Uyap sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

** Nitekim Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 19.12.2011 tarih, 2010/11397 Esas, 2011/13671 Karar sayılı kararı ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararındaki hataya atıf yapmak suretiyle söz konusu kararın hukuk hakimini bağlamayacağı sonucuna varmıştır; "...*Şu halde, davacının ceza dosyasında bulunan şikayet dilekçesi ve beyanları, tanıkların aşamalarda değişen çelişkili beyanları dikkate alındığında davalının davacıya yönelik tehdit eyleminin sabit olmadığı kabulü gerekir. Davalı ceza mahkemesinde davacıya karşı tehdit suçunu işlediği gerekçesiyle cezalandırılmış ise de, "hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına" karar verildiğinden, bu ceza kararı hukuk hakimi yönünden bağlayıcı değildir.*"(Uyap sistemi üzerinden temin edilmiştir.)

*** T.C. Anayasası'nın 70. maddesine göre; "*Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.*"

koşullardan herhangi birinin kaybedilmesi durumunda da memuriyete son verilmektedir.

B. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarının Kamu Görevine Girmeye Etkisi

Türk hukuk sisteminde kamu görevlilerinin hukuki statüsüne ilişkin birden fazla yasal düzenleme vardır. Bu düzenlemeler arasında kapsam itibariyle en geniş olan düzenleme 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'dur.

Devlet memuriyetine girişe ilişkin temel kuralların belirlenmiş olduğu 657 sayılı DMK'nın 48. maddesinde memuriyete girişte kişilerin taşıması gereken koşullar belirtilmiştir. Kanunda öngörülen şartlar, devlet memurluğuna alınma için aranan asgari şartlar olup, bu şartlardan birine ya da bir kaçına sahip olmayan kişiler memuriyete alınmazlar. Memuriyete girdikten sonra da bu şartların devam ettirilmesi gerekir. Bu şartların sonradan yitirilmesi memuriyeti sona erdiren sebeplerdendir. Kanunda genel ve özel olmak üzere iki tür şart öngörülmüştür. Genel şartlar tüm memurlar için geçerlidir. Özel şartlar ise hizmet görülecek sınıf için kanunda belirtilen eğitim ve öğretim kurumlarının birinden diploma alma ve kurumların özel kanun veya diğer mevzuatında aranan koşullardır(Sezer, İpek, 2010, s.58).

Kanun koyucu getirmiş olduğu düzenlemede bir yandan görevin gerektirdiği genel ve özel niteliklerin göreve alınacak kişilerde aranmasını şart koşarken, diğer yandan kamu görevine atanacak kişilerde bulunmaması gereken nitelikleri ortaya koymuştur. Devlet memuru olabilmek için DMK'nın 48. maddesinde belirtilen suçlardan birisiyle hükümlü olmamak gerekir. Bu bölümde hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının bu şart üzerindeki etkileri üzerinde duracağız.

C. Mahkum Olmamak

DMK'nın 48. maddesinin 5. fıkrasına göre devlet memurluğuna girmek isteyen kişilerin, “ *Türk Ceza Kanununun 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 iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkum” olmamaları gerekir (DMK, m.48/5).

DMK, kusurluluk durumu yönünden yalnızca kasıtlı suçları kamu görevine girmeye engel olarak kabul etmiştir. Kanun bilinçli ya da bilinçsiz olmalarına bakmaksızın taksirle işlenen suçları memuriyete girmeye engel görmemiştir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun devlet memuriyetine girmeye engel suçları düzenleyen DMK 48/A–5 maddesi yürürlüğe girdiği 14.07.1965 tarihinden itibaren birçok defa değiştirilmiştir*. 48. maddenin A bendinin 5. fıkrasında yapılan değişiklikleri sırasıyla incelememiz hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının etkisini açıklamak hususunda yol gösterici olacaktır.

1. 5728 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklik Öncesi

1.1.DMK 48/A–5. Maddesinin 3697 Sayılı Kanunla Değiştirilmeden Önceki Durum

10.01.1991 tarih ve 3697 sayılı yasa ile değişiklik yapılmadan önce ceza mahkemesince mahkumiyetine karar verilip de cezası tecil edilenlerin memur olup olamayacağı konusunda kanunda net bir ifade olmaması sebebiyle, mahkum olup cezası tecil edilenlerin, memur olup olamayacağı sorunu ortaya çıkmıştı.

Mevzuatta açık bir düzenleme olmaması ve Danıştay kararlarında meydana gelen çelişki sonucu, Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu 15.11.1990 tarih E.1990/2, K1990/2 sayılı kararı** ile tecilde suç ayrımı yapılamayacağını, tecilin mahkumiyete bağlı ehliyetsizlikleri de kapsamına aldığını ve tecil edilmiş mahkumiyete bağlı ehliyetsizliğin deneme süresi içinde uygulanamayacağını ve deneme süresinin iyi halle geçirilmesi durumunda, mahkumiyetin esasen vaki

* 12.05.1982 tarih 2670 sayılı yasa, 29.11.1984 tarihli 243 sayılı KHK ve 29.09.1987 tarih ve 276 sayılı KHK ile 24.02.1988 tarih ve 3409 sayılı yasa, 10.01.1991 tarih ve 3697 sayılı yasa ve son olarak 23.01.2008 ve 5728 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir.

** Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun 15.11.1990 Tarih, 1990/2 Esas,1990/2 Karar sayılı kararı(Meşe İçtihat ve Mevzuat Programından temin edilmiştir.)

olmamış sayılacağını, böylece bu mahkumiyete bağlı ehliyetsizliklerin de ortadan kalkacağını belirterek, tecil edilmiş mahkumiyete dayanarak DMK. 48/A-5 ve 98/b maddeleri gereğince memurun görevine son verilemeyeceğine karar vermiştir. Danıştay'ın bu kararlar getirmiş olduğu çözümün, eşitlik ilkesine ve eski ceza sistemimizde uygulanan tecilin (şarta bağlı mahkumiyet sisteminin) gayesine daha uygun olduğunu söylemekte yarar vardır(Toroslu, 1991, s.94).

3697 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği 18.01.1991 tarihinden önce işlenmiş ve tecil edilmiş olan suçlar dolayısı ile memurun görevine son verilemeyeceği gibi, bu suçlar memuriyete alınmaya da engel değildir. İçtihadı Birleştirme Kurulu kararından sonra tecilin memur hukukuna bu kadar geniş etki yapmasının önüne geçmek ve memuriyetle bağdaşmayacak suçlar olarak belirlenen 657 sayılı kanunun 48/A-5 maddesinde sayılan suçları tecil kapsamından çıkarmak amacıyla madde 10.01.1991 tarih ve 3697 sayılı kanun ile değiştirilmiştir.

1.2. 3697 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikten Sonraki Durum

3697 sayılı yasa ile 657 sayılı DMK 48/A-5 maddesinde değişiklik yapılmış bu değişikliğe göre “*taksirli suçlardan*” sonra gelmek üzere “*aşağıda sayılan suçlar dışında tecil edilmiş hükümler hariç olmak üzere*” ibaresi ilave edilmiştir. Bu kanun 10.01.1991 tarihinde kabul edilmiş ve 18.01.1991 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Değişiklikle birlikte, Danıştay'ın söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararının uygulama olanağı, bu tarihten sonrası için kalmamıştır(Karaaslan, 2009, s.124).

Bu değişiklikle, Kanunda daha önce var olan boşluk doldurulmuş ancak eski ceza sisteminin benimsediği tecil müessesesinin amaçları ile çelişen bir düzenleme yapılmıştır(Toroslu, 1991, s.96). Buna göre, 18.01.1991 tarihinden sonra 657 sayılı DMK 48/A-5. maddede sayılan suçlardan hüküm giymiş ve cezası tecil edilmiş olanların artık memur olma imkanı kalmamıştır. Ayrıca, memur iken böyle bir suç işlemiş olanların da DMK'nın 98/b fıkrasına göre görevlerine son verilmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır.

Eski Ceza Kanununa göre tecil edilmiş olan ceza deneme süresi iyi halle geçirilmek şartıyla hiç verilmemiş kabul ediliyor ve tüm hüküm ve sonuçlarıyla ortadan kalkıyordu. Bunun sonucu olarak; DMK m.48/A-5 de tek tek sayılan suçlar

dışında bir suç işlemiş ve cezası tecil edilmiş olanlar memur olabiliyorlardı. Hakeza memur iken böyle bir suç işlemiş ve cezası tecil edilmiş olanlar da memuriyetlerine devam edebiliyorlardı(Toroslu, 1991, s.102).

2. 5728 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklik Sonrası

Yeni Türk Ceza Kanunu tecil müessesesine ilişkin sistemi değiştirdiğinden cezası tecil edilmiş olan hükümlünün işlemiş olduğu suç, DMK 48/A-5. maddede tek tek sayılan suçlar olmasa bile, işlediği suç bir yılın üzerinde bir hapis cezasını gerektirmişse, bu hükümlünün memur olma ehliyeti sona ermektedir. Buna karşın bir yıl ve altındaki mahkumiyetler memuriyete engel değildir.

Ceza mevzuatındaki bu sistem değişikliğinin sonucu olarak ceza mevzuatıyla diğer kanunlar arasında çelişki ve uyumsuzluklar ortaya çıkmış bu nedenle 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile başta DMK olmak üzere birçok kanunda* değişiklik yapılmıştır. Bu kanunlarla, gerek memuriyet gerekse serbest meslek faaliyetlerini yürütebilme koşulları bakımından aranan şartlarda DMK 48/A-5. maddeye paralel düzenlemeler yapılmıştır. Memuriyet bakımından bir yıl olarak öngörülen kasten işlenen bir suçtan dolayı mahkum edilmemiş olma şartı hekimlik, diş hekimliği gibi bazı meslekleri icra edebilmek bakımından beş yıl, avukatlık gibi bazı serbest meslekler bakımından ise iki yıl olarak öngörülmüştür. Avukatlık gibi bir serbest mesleği icra edebilmek için konulan sürenin eczacılık ya da hekimlikten daha farklı olarak öngörülmesinin mantığını açıklamak zordur(Karaaslan, 2009, s.124).

5728 sayılı yasa ile eski düzenleme de yer alan “*tecil edilmiş hükümler hariç olmak üzere*” ibaresi çıkarılmıştır. Bunun sonucu olarak, DMK 48/A-5 de sayılan suçlar bakımından alınacak her türlü mahkumiyet tecil edilmiş olsun ya da olmasın memur olma ehliyetini kaybettirecektir. Aynı şekilde, kasten işlenen bir suçtan

* Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, Avukatlık Kanununun, Kooperatifler Kanununun, Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanununun, Sermaye Piyasası Kanununun, Sendikalar Kanununun, Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanunun, Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimleri Birliği ile Odalarının Teşekkül Tarzına ve Göreceği İşlere Dair Kanunun gibi.

dolayı bir yılın üzerindeki mahkumiyetlerde, tecil edilmiş olsun ya da olmasın memur olma ehliyetini kaybettirecektir.

D. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarının Etkisi

657 sayılı Yasanın 48'inci maddesinin A-5 numaralı alt bendinde belirtilen suçlardan dolayı mahkumiyetin, memuriyete/kamu görevine alınmaya engel oluşturabilmesi için bu mahkumiyetlerin kesinleşmiş olması şarttır. T.C. Anayasası'nın 38. maddesine göre; *“Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz”*. Dolayısıyla mahkumiyet kararları belirli aşamalardan geçtikten ya da yasal süreler geçirildikten sonra kesinleşir ve hukuki sonuç doğurur. Mahkumiyetle sonuçlanmayan adli kovuşturma memuriyete atanmaya engel değildir**.

Bu bağlamda hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının kasıtlı olarak işlenen suçlar nedeniyle hükmedilen bir yıl ya da daha fazla hapis cezasına dayanması halinde, memuriyet ve kamu görevine girmeye engel teşkil edip etmeyeceği, aydınlığa kavuşturulması gereken önemli konulardan biridir.

CMK'nın 231/5. madde hükmü uyarınca, hükümün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükümün sanık hakkında bir sonuç doğurmamasını ifade eder. Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi durumunda hüküm açıklanıp aleniyet kazanmadığından, kanunda mahkumiyet hükmüne bağlanan sonuçlar ortaya çıkmaz. Bu kararlar, adli sicil kaydına işlenmez. Sonuçlarını halihazırda gösteren bir hüküm bulunmadığından, hak yoksunlukları meydana gelmez(Özgenç, 2009, s.49). Denetim süresinin sona ermesine kadar ceza dosyası derdest kalmaya devam eder. Bu durumun bir sonucu olarak, *“sanık”* sıfatı devam eder (Özgenç, 2009, s.54).

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı, yüklenen suçtan dolayı kurulan hükümün, sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade etmekte, denetim süresinin koşulları uygun olarak geçirilmesi durumunda da açıklanması geri

** Danıştay 5.Dairesi, 1986/435 Esas,1987/1328 Karar sayılı kararı, (www.danistay.gov.tr: 24.04.2005).

bırakılan hüküm ortadan kalkmakta ve ceza davası düşmektedir. Bir başka anlatımla, kişinin sanıklık durumu devam etmekte ve hakkındaki mahkumiyet kararı hiç açıklanmaksızın denetim süresi sonunda ceza davası ortadan kalkmaktadır. Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümler ile 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanununun 95 inci maddesinde düzenlenen tecil hükümleri karşılaştırıldığında; beş yıllık denetim süresi sonunda, birinde kişi hakkındaki ceza davası düşmekte, diğerinde ise mahkumiyet esasen vaki olmamış sayılmakta ve denetim süresince hak yoksunluğu uygulanmamaktadır. Bu bakımdan doğruduklan hukuki sonuç itibariyle her iki müessese arasında benzerlik vardır* .

Buna göre; hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararları, yukarıda ifade edilen hukuki niteliği dolayısıyla, memuriyete ya da kamu görevine girmeye engel teşkil etmez(Artuç, 2010. s.415; Karaaslan, 2009, s.108).

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması, bir kurum olarak ele alındığında 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiş olan tecil kurumunun sonuçlarına benzer sonuçlar doğurduğu görülmektedir. Dolayısıyla tecile ilişkin 657 sayılı DMK'nın 1992 öncesi durumunun söz konusu olduğu söylenmelidir. Bu nedenle tecil edilmiş olan cezaların memur olmayı engellemediğine ilişkin 15.11.1990 tarih ve E.1990/2-K.1990/2 sayılı Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararının öngördüğü çözüm bu kurum için de uygulanmalıdır(İ. Çolak, Özdemir, 2011, s.114). Zira bu kararı veren Kurul; deneme süresinin iyi halle geçirilmesi durumunda, mahkumiyetin esasen vaki olmamış sayılacağını böylece bu mahkumiyete bağlı ehliyetsizliklerin de ortadan kalkacağını belirtmiştir. Dolayısıyla hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumunda da deneme süresinin iyi halle geçirilmesi bir başka ifadeyle kasten işlenen yeni bir suç işlenmediği ve mahkemece verilen tedbirlere uygun hareket edildiği takdirde açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak davanın düşmesi sağlanır. Böylece hakkında açılmış olan dava sebebiyle hükümün açıklanması geri bırakılan kişi hiç suç işlememiş sayılır(Karaaslan, 2009, s.108).

* Danıştay 1. Dairesi'nin 25.3.2009 Tarih, 2009/221 Esas, 2009/535 Karar sayılı kararından(Açıklamalı Kanun-İçtihat Programından temin edilmiştir.)

Nitekim Danıştay 12. Dairesi, dolandırıcılık suçundan dolayı hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen kişinin memur olma şartını yitirmediğine karar vermiştir* .

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin CMK' nın 231. maddesinin 5560 Sayılı Yasa ile eklenen (5) numaralı fıkrasının son cümlesinde “*Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.*” hükmü ile kurulan hükmün yani verilen hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmayacağı açıklanmıştır. Bu durumda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildikten sonra bu karara itiraz edilmediği için veya itirazın reddine karar verilmesiyle kesinleştiği tarihten itibaren hakkında mahkumiyet kararı verilen ancak bu mahkumiyet hükmünün açıklanması ertelenen kimsenin memuriyete ya da kamu görevine atanabilmesi olanaklı olduğu gibi, bu kimsenin memur ya da kamu görevlisi ise işlediği suç nedeniyle hakkında verilen mahkumiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılması kararı üzerine görevine son verilemez(Pınar, Eylül 2008).

Bu durumda olanların memuriyete/kamu görevine alınmaları için denetim süresinin geçmesinin beklenmesine gerek bulunmadığı gibi memur/kamu görevlisi olanların da görevine son verilemez. Bu nedenle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu eski hükümlerdeki “*cezaların ertelenmesi*” kurumuna nazaran memuriyete alınma ya da memuriyetten çıkarılma açısından memur lehine bir çok önemli durum yaratmıştır(Pınar, 2008, s.87).

Sanığın denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülöklere aykırı davranması halinde, mahkemenin CMK'nın 231. maddesinin 11. fıkrası gereğince hükmü açıklaması durumunda, açıklanan hüküm DMK'nın 48/A-5. maddesinde belirtilen şartları taşıyor ise memuriyete ve kamu görevine girmeye engel teşkil eder.

O halde DMK'nın 48. maddesine “*affa uğramış olsa bile*” memuriyete engel olarak düzenlenen suçlar hakkında da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı

* Danıştay 12. Dairesinin, 09.07.2008 tarih, 2007/2534 Esas, 2008/4502 Karar Sayılı Kararı(Açıklamalı Kanun-İçtihat Programından temin edilmiştir.)

verilmesi halinde ilgili kişiler devlet memurluğuna girebilirler. Doktrinde memuriyetle bağdaşmayan söz konusu suçlardan birini işleyen kişilerin hükmün açıklanmasının geri bırakılması nedeniyle memuriyetine devam ettirilmesinin kabul edilemez ve toplum vicdanını zedeleyen bir durum olduğu, kamu hizmetinin memuriyetle bağdaşmayacak derecede yüz kızartıcı suç işlemiş kişiler tarafından sürdürülmesinin toplumun kamu görevi görenlere dolayısıyla devlete güvenini sarsacağı ifade edilmiştir ve yeniden yasal düzenleme yapılmak suretiyle haklarında tesis edilen hükmün açıklanması geri bırakılmış olsa dahi DMK'nın 48. maddesinde “*affa uğramış olsa bile*” memuriyete engel olarak kabul edilen suçlardan birini işleyen kişiler hakkında tesis edilen kararlarının memuriyete girişte dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir (İ. Çolak, Özdemir, 2011, s.115). Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının sadece adli bir kovuşturma ile ilgili istenebilecek şekilde gizli sicile kayıt edilmek suretiyle ilk defa suç işleyen kişilerin damgalanmalarını önleyerek, yeniden topluma kazandırılmalarını sağlama yönündeki amacını nazara aldığımızda, haklarında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen kişilerin çalışma hayatından dışlanmalarının bu amaçla bağdaşmayacağını düşünüyoruz.

SONUÇ

Hukuk sistemimizde, 15.07.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu ile ilk kez suça sürüklenen çocuklar yönünden uygulanması kabul edilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, yaklaşık olarak bir buçuk yıl sonra Ceza Muhakemesi Kanunumuzda düzenlenmek suretiyle tüm sanıklar yönünden uygulanır hale gelmiştir. Aradan geçen sekiz yıla yakın sürede kurum gerek yapılan yasal değişiklikler gerekse uygulamada Yargıtay'ın kararları doğrultusunda hukuk sistemimizde önemli ölçüde yerleşmiş ise de aksayan yönlerin olduğu gerçeği yadsınamaz.

Özellikle kurumun hukuki niteliği, uygulanma koşulları ve sonuçları üzerinde görüş ayrıkları bulunmaktadır. Doktrinde kurumun hukuki niteliği tartışmalı ise de Yargıtay yerleşik uygulamasında kurumun karma nitelikte olduğunu kabul etmektedir. Kanaatimizce de her ne kadar kurum usul yasamızda düzenlenmiş ise de sanık ile devlet arasında ceza ilişkisini sona erdiren düşme nedenlerinden birisini

oluşturması nedeniyle aynı zamanda maddi ceza hukuku normu niteliği de bulunan karma nitelikte bir kurumdur.

Uygulamada özellikle sanığın adli geçmişine ilişkin koşul ve suçtan kaynaklı zararın giderilmesine ilişkin koşul yönünden sıkıntılar olduğu görülmektedir. Bu nedenle tezimizde bu iki koşul daha kapsamlı incelenmiştir. Sanığın adli geçmişine ilişkin koşul yönünden, adli sicil kayıtlarına dair yasa değişiklikleri ile oldukça karmaşık hale gelen sistem özetlenmeye çalışılmıştır.

Suçtan kaynaklı zararların giderilmesi koşulu her ne kadar mağdur haklarının gözetilmesi noktasında olumlu karşılanmakta ise de sanığın sosyo-ekonomik durumu nedeniyle zararı ödeyemediği durumlarda lehine olan hükümlerden yararlandırılmamasının hakkaniyete ve ceza adaletine uygun olmayacağını bu nedenle istisnai hallerde sanığın bu koşuldan muaf tutulmasına dair mahkemeye takdir hakkı tanınmasına dair yasal değişiklik yapılması gerektiğini düşünüyoruz.

Diğer yandan Çocuk Koruma Kanunu'nda yer alan suça sürüklenen çocuklar yönünden, ailelerinin veya kendilerinin ekonomik durumunun elverişli olmaması halinde zararın giderilmesi koşulunun aranmayabileceğine dair hükmün yürürlükten kaldırılması ve yetişkinlere dair hükümlerle aynı hükümlere tabi kılınması uluslararası belgelerde yer alan küçüklerin ceza yargılamasında daha hafif yaptırım ve önlemlere tabi tutulmasına dair tavsiyelere aykırılık oluşturmaktadır.

Her ne kadar Yargıtay'ın suçtan kaynaklı zarardan anlaşılması gerekenin; kanat verici basit bir araştırma ile belirlenecek maddi zararlar olarak değerlendirilmesi yönündeki kararları ile uygulayıcılarda bir nebze rahatlama sağlamış ise de basit bir araştırma ile zararın belirlenmesinin mümkün olmadığı, nitelikli hesaplamalar yapılması gereken hallerde problemin devam ettiği görülmektedir. Bu nedenle 5560 sayılı Yasa değişikliği öncesinde yasada yer alan suçun işlenmesiyle kamunun uğradığı zarar miktarının belirlenmemesi halinde, mahkemece takdir edilecek bir miktarda paranın bir defada Maliye veznesine yatırılması ile koşulun gerçekleşmiş sayılmasına benzer bir hükme yer verilmesinin sadece uygulayıcılar açısından değil, yargılamanın gereksiz yere uzamasını önlemek suretiyle taraflar açısından da önemli bir rahatlama sağlayacaktır.

Liyakat koşulu açısından; Yargıtay'ın genel olarak ilk derece mahkemelerinin takdirine fazla müdahale etmediği görülmektedir. Yasa maddesinde sanığın duruşmadaki tutum ve davranışlarından açıkça bahsedilmesi karşısında sanık ile yüzyüze gelen ilk derece mahkemesinin takdirine müdahale edilmemesini isabetli bulmaktayız. Ancak bu durumun keyfi uygulamalara neden olmaması amacıyla, koşula dair kanaatin mutlaka gerekçelendirilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Kurum için öngörülen kanun yolunun itiraz olarak kabul edilmesi ve uygulamada ortaya çıkan sorunlar karşısında 6008 sayılı Yasa değişikliği ile sanığın kabul etmemesi halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmeyeceği düzenlenmiş ise de yeterli hukuki bilgiye sahip olmayan sanıklar açısından söz konusu değişikliğin pratikte pek bir fayda sağlamadığını düşünüyoruz. Kaldı ki sanıkların ceza tehdidi altında sağlıklı karar vermelerini beklemek rasyonel olmasa gerek.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 22.01.2013 tarihli kararı ile yerleşik uygulamalarının aksine itiraz merciinin kararın esasını inceleyebileceğine karar vermiş ise de bir nevi Yargıtay'a ait temyiz yetkisinin itiraz merciine verilmesinin daha ciddi sorunlar doğuracağını düşünüyoruz. Yakın zamanda faaliyete geçirilmesi düşünülen İstinaf Mahkemelerinin fiilen göreve başlamalarını müteakiben kurumun istinaf incelemesine tabi kılınmasının mevcut pek çok sorunu çözeceğini düşünmekteyiz.

Kurumun hukuki sonuçlarına dair görüş ayrılıkları özellikle güvenlik tedbirlerine etkisi ve zamanaşımına etkisi noktasında toplanmaktadır. Yargıtay'ın kurumun zamanaşımına etkisi bakımından kararları farklı ve çelişkilidir. Kimi dairelerin kabul ettiği üzere; zamanaşımının denetim süresi içerisinde işlenen ikinci suçtan dolayı verilen hükmün kesinleşme tarihine kadar durmasının kabulü sanık aleyhine sonuç doğurmaktadır ki bunun yasaya uygun olmağını düşünüyoruz. Kanaatimizce zamanaşımının hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleşme tarihinden itibaren durduğunun, denetim süresi içinde işlenen suçtan dolayı verilen kararın kesinleşmesi koşulu ile ikinci suçun işlenme tarihinden itibaren yeniden işlemeye başladığının kabul edilmesi yasaya uygun bir çözüm olacaktır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ile birlikte güvenlik tedbirlerine özellikle de müsadere hükmedilmesi halinde, bu kararların infaz edililmeyeceği, infaz edilecek ise ne zaman infaz edileceği de tartışmalıdır. Kimileri bu kararların hüküm açıklanmadığı sürece infaz edilemeyeceğini savunurken, karşı görüştekiler güvenlik tedbirlerinin ertlenemeyeceğini savunmaktadır. Kanaatimizce, yeni TCK'da müsadere kararı verilebilmesi için kasıtlı bir suçun işlenmesi ve eşyanın suçun işlenmesinde kullanılması zorunlu olmakla birlikte, mahkumiyet kararı verilmesi gerekmediğinden ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı esasında suçun işlendiğine dair bir tespit içerdiğinden ayrıca bu karar sadece hükmün cezaya ilişkin kısmını kapsadığından suçta kullanıldığı sabit olan eşyanın müsaderesine dair kararın hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleşmesi ile birlikte infaz edilmesi gerekir.

Aynı şekilde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleşmesi ile birlikte yargılama giderlerinin infaz edilip edilmeyeceği ve ne zaman infaz edileceği hususunda da tereddütler bulunmaktadır. Kanun koyucu 325. maddenin ikinci fıkrasında açıkça düzenleme yapmak suretiyle yargılama giderlerini, açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen mahkumiyet kararının kapsamından çıkarmış ve bu kararın açıklanmasının geri bırakılmasına dair kararın bir unsuru haline getirmiş bulunduğundan kararın yargılama giderlerine dair kısmın da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleşmesi ile birlikte infaz edilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Uygulamada, kurumun ilk defa suç işleyenler yönünden kabul edildiği gerçeği göz ardı edilmek suretiyle aynı sanık hakkında sayıları onları bulan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları verildiğini görmekteyiz. Bu durum daha önceden verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının, sabıka koşulu açısından engel olarak kabul edilmemesinden sadece liyakat koşulu açısından değerlendirme konusu yapılabilmesinden kaynaklanmaktadır. Zira gerek Yargıtay gerekse itiraz merciileri bu koşul açısından karar mahkemesinin takdirine müdahale etmemektedirler. Ancak denetim süresi içerisinde yeniden kasıtlı suç işleyen veya denetim süresi içerisinde olmasa dahi çok kısa süre içerisinde defalarca suç işleyen sanıkların bu şekilde birden fazla kez hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilerek cezasız bırakılmaları kabul edilemez bir durumdur. Mevcut Uyap

sisteminin imkanları dahilinde sanık hakkında tüm ülke çapında devam eden davaları görmek mümkündür. Bu nedenle suç tarihi itibariyle sabıkasız olsa dahi devam eden dosyalar nazara alınmak suretiyle liyakat koşulunun daha dikkatli değerlendirilmesi gerekir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması esasında Probasyon olarak adlandırılan denetimli serbestlik sisteminin temelini teşkil ettiği halde, uygulamamızda denetimli serbestlik tedbirine hükmedilmesi mahkemenin takdirine bırakılmış olduğundan ve infazının ek külfet getirmesi nedeniyle mahkemeler tedbire hükmetme hususunda mesafeli davrandıklarından kurum esasında denetimsiz olarak uygulanır hale gelmiştir. Bu durumda, sistem esasında önceki erteleme sisteminden çok da farklı değildir. Sanıkların belirli bir süre içerisinde denetlenmeleri, kendilerine yardım edilmesi ve ıslah edilmelerinin sağlanması gibi amaçları sağlamaya yönelik denetimli serbestlik sistemimizin henüz yeni olması, tam olarak kurumsallaşmamış olması nedeniyle mahkemelerce isteksiz davranıldığını düşünüyoruz. Teşkilatın, kurumsallaşmasının tamamlanması ile birlikte, denetim süresi içerisinde sanıkların kendi hallerine bırakılması şeklindeki uygulamaya son verilerek kurumun esasını teşkil eden denetim kavramına gereken önemin verilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Netice itibariyle, iyi bir ceza politikası aracı olduğunu düşündüğümüz kurum, aradan geçen süre zarfında yapılan ıslah çalışmaları ve uygulamada alınan kararlar ile birlikte kısmen oturmuş bir uygulama doğrultusunda tatbik edilmekte olup, kimi noktalarda yeniden yasal düzenleme yapılması kimi noktalarda ise uygulayıcılar tarafından daha dikkatli değerlendirme yapılması suretiyle istikrarlı bir uygulamanın ortaya çıkması ile hedeflenen amaçlara ulaşılabileceğini düşünüyoruz.

KAYNAKÇA

Akbulut, İlhan: Cezaların Tecili, Yargıtay Dergisi, Cilt:21, Ocak-Nisan 1995, Sayı:1-2.

Akçay, Püren: Onarıcı Adalet Modeli Çerçevesinde Uzlaştırma ve Çocuk Mahkemelerinde Uygulanması, Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı:9, Denizli-Nisan 2011.

Akdeniz, Yasin: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Asker i Ceza Hukukunda Firar Suçları(Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2007.

Akgün, Fatmanur: Suç Davranışı Konusunda Klasik Okul ile Pozitivist Okulun Yaklaşımları, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:7, Sayı: 19, Ağustos 2012.

Akkaya, Çetin: Cezaların İnfazı ve İnfaz Hukuku, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara-2012.

Aksoy, M. Ramazan: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Dergisi, Mayıs 2008, Sayı:31.

Aktaş, Sururi: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cezalandırmanın Amacı Üzerine, Cilt:13, Sayı1-2, Yıl:2009.

Aras, Bahattin: Hükümün Açıklanmasını Geri Bırakılması Kurumu ve Uygulamadaki Sorunlar, Terazi Aylık Hukuk Dergisi Haziran 2008, Sayı:22.

Arslan, Çetin: Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:56, Sayı:4, Yıl:2007.

Artuç, Mustafa: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.

Artuç, Mustafa: Hüküm Kurma Esasları, Adalet Yayınevi, Ekim 2008, Ankara.

Artuk, Mehmet Emin/ **Tan**, Umran Sölez: Hükümün Ertelenmesi Müessesesi, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt:47, Sayı:1, Yıl:1992.

Artuk, Mehmet Emin: Güvenlik Tedbirleri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:XII, Yıl:2008, Sayı: 1-2.

Artuk, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Yenidünya**, Ahmet Caner: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

Aydın, Devrim: Ceza Muhakemesi Kanunu'nda İtiraz, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:65, Yıl:2006.

Aydın, Öykü D.: Malvarlığına İlişkin Bir Emniyet Tedbiri Olarak Türk Ceza Yasasında Müsadere, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:1993, Cilt :43, Sayı 1-4.

Bakıcı, Sedat: Kamu Davasına Katılma, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:48, Sayı:6, Aralık 1991.

Bıyıklı, Hasan İsmet: Ceza Adaletinin Değişen Çehresi, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:1974, Sayı:2.

Bulut, Harun: Yargıtay Kararları Doğrultusunda Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarına Saldırıdan Kaynaklanan Hukuk Davaları, Beta Yayınevi, İstanbul-2006.

Burgul, Ferhat: Türk Ceza Kanunu'nda Dava ve Ceza Zamanaşımı(Yüksek Lisans Tezi),İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2009.

Centel, Nur/ Zafer, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Bası, Beta, İstanbul, Ekim 2011.

Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Çakmut: Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayıncılık, 6. Bası, İstanbul 2010.

Centel, Nur:Türkiyenin Önceliği Yeni Yasalar Mı?

(<http://www.nurcentel.com/makaleler/guncelhukukcmk.pdf>,
Görüntüleme:15.06.2013)

Certel, Abdulkadir: Müsadere, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2008.

Çalkın, Fahri: Ertelemenin Muhtelif Şekilleri ve Bunların Fayda ve Mahzurları, Adalet Dergisi, Sayı:5, Ankara-1946.

Çolak, Haluk/Altun, Uğurtan: Yeni Türk Ceza Kanununda Cezaların Ertelenmesi, Adalet Dergisi, Sayı:25, Mayıs 2006.

Çolak, Haluk/Altun, Uğurtan: Denetimli Serbestlik Kavramının Yaptırım Teorisi ve Penolojik Bakımdan Tahlili ile Pozitif Hukukumuzdaki Düzenlemeler, Adalet Dergisi, Sayı:25, Mayıs 2006.

Çolak, Nusret İlker/Özdemir, Dursun: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Memuriyete Etkisi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı:5, Nisan 2011.

D. Miers: An International Review of Restorative Justice, Crime Reduction Research Series Paper 10, İngiltere, Londra, Home Office, s.88.(**Aktaran:** Onarıcı Adalet Programları El Kitabı- www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/HB_Restorative_Justice_Turkish.pdf linkinden temin edilmiştir.)

Değirmenci, Olgun: Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:77, Yıl:2008.

Doğan, Fatma Karakaş: Suçtan Doğan Mağduriyetin Devlet Tarafından Giderilmesi ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt:95, Yıl:2011.

Dolu, Osman: Rasyonel Bir Tercih Olarak Suç; Klasik Okul Düşüncelerinin Suçu Açıklama ve Önleme Kapasitesinin Değerlendirilmesi, Polis Bilimleri Dergisi, Yıl:2009, Cilt:14, Sayı:4.

Dolu, Osman/**Büker**, Hasan/**Uludağ**, Şener: Türk Ceza Adalet Sisteminin Caydırıcılık Kapasitesine İlişkin Eleştirisel Bir Değerlendirme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:61, Sayı:1, Yıl: 2012.

Dolu, Osman/ **Sözer**, Mehmet Alper/**Başbüyük**, Oğuzhan/ **Karakuş**, Önder/**Geleri**, Aytekin/**Uludağ**, Şener: Kriminoloji, Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Yayını, Kasım 2012, 1. Bası.

Donay, Süheyl: Hükümün Açıklanmasının Ertelenmesi, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:86, Sayı:2012/5, Eylül-Ekim 2012.

Dönmezer, Sulhi/ **Erman**, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt:II, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 1994.

Dönmezer, Sulhi: Cezai Sorumluluğun Esası Bakımından Klasik Teori ve Bu Teorinin Karşılaştığı İtirazlar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:11, Sayı:3-4, Yıl:1945.

Dönmezer, Sulhi/ **Erman**, Sahir:Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku:İstanbul, Beta, 10. Baskı, İstanbul 1985, Cilt:3.

Dönmezer, **Sulhi**/Erman Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt:3, Beta Basım Yayım, 12. Bası, İstanbul 1997.

Duman, Fatih: Akılcılık Bağlamında İki Aydınlanma Geleneği:Fransız Aydınlanması Versus İskoç Aydınlanması, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt:61, Sayı:1, Yıl:2006.

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 Öntasarı Metinleri, Yargıtay Dergisi, C.22, Ekim 1996.

Erdem, Ali: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, İzmir Barosu Dergisi, Yıl:78, Ocak 2013, Sayı:1.

Erdem, Mustafa Ruhan: Ceza Hukukunda Cezaların Ertelenmesine İlişkin Düzenlemelere Anayasal Bakış, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt:18, Yıl:2001.

Erdem, Mustafa Ruhan/**Korkmaz**, Ömer: Yargılamanın Yenilenmesi Nedeni Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İhlali, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt:5, Sayı:2.

Erem, Faruk/ Danışman, Ahmet/Artuk, Mehmet Emin: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku-Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 14. Baskı, Ankara 1997.

Ergüne, Mehmet Serkan: Alman Hukukunda Aynen Tazminin Önceliği İlkesinin Yumuşatıldığı Hallere Genel Bir Bakış, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, KÜ Yayınları, C.5, 1-2, Aralık 2006.

Erman, Sahir: Askeri Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul, B.7, İstanbul 1983,s.18.

Feyzioğlu, Metin: Suçsuzluk Karinesi; Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:48, Sayı:1-4, Yıl:1999.

Gedik, Doğan: Karşılaştırmalı Hukukta ve 1999 Tarihli Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısında Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kurumu, Adalet Dergisi, Sayı:10, Ocak-2002.

Gedik, Doğan: Müsadere, Adalet Yayınevi, Ankara-2007.

Genç, Sinan: Kazanç Müsaderesi ve Medeni Kanun Anlamında İyiniyetin Rolü, Adalet Dergisi, Adalet Bakanlığı Yayını, Sayı:39, Ocak 2010.

Geyik, Faruk: Suçun Manevi Ögesi (Kast - Olası Kast - Bilinçli Taksir - Taksir) Ayırımı, Anlamı ve Sonuçları, Adalet Dergisi, Sayı:25, Mayıs 2006.

Gültekin, Özkan: Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı:11, Yıl:3, Ekim 2012.

Günal, Yılmaz: Ceza ve Emniyet Tedbirleri, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Sayı: 2, Cilt: 20, 1965.

Günal, Yılmaz: Adli Sicildeki Hükümlülük Kaydının Silinmesi ve Neticeleri Bakımından Adli Yolla Memnu Hakların İadesi, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt:21, Sayı:2, Yıl:1966.

Günay, Erhan: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010.

Gündüz, Bilal: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılma, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:66, Sayı:1, 2008.

Güngör, Devrim/Okuyucu, Güneş Ergün: Ceza Muhakemesinde Bekletici Sorun Kararının Dava Zamanaşımının Durmasına Etkisi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:83, Yıl:2009.

Güven, Özcan/ Özsoy, Nevzat: 4616 Sayılı Yasanın Uygulama Açısından Değerlendirilmesi, Adalet Dergisi, Sayı:9, Ekim 2001.

Hafizoğulları, Zeki: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:1, Yıl:65, 2007.

Hafizoğulları, Zeki: Ceza Normu, Ankara -1996, US-A Yayıncılık.

Hafizoğulları, Zeki: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Fail, İsnat Yeteneği, İsnat Yetenegini Azaltan veya Kaldıran Nedenler, s.9. (www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/fail.doc internet adresi üzerinden 02.06.2013 tarihinde temin edilmiştir.)

İçel, Kayıhan :Yaptırım Teorisi, 2. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2002.

İpek, Ali İhsan: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarının Hukuk Muhakemesine Etkisi, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl;7, Sayı;67, Mart 2012.

Jahic, Galma/ Yeşiladalı, Burcu: Onarıcı Adalet, Mağdur-Fail Arabuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları;Türkiye ve Avrupa Bakışı, İstanbul Bilgi Üniversitesi, 1. Baskı, İstanbul, Ekim 2008.

Kafes, Veli: Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:60, Sayı:1, Yıl:2011.

Kamay, Behçet Tahsin: Kriminolojik Determinizm, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:1953, Sayı:1

Karaaslan, Mehmet: Suç ve Cezaların Memuriyet Etkisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:58, Sayı:1, Yıl:2009.

Karakurt, Ahu: Ceza Muhakemesi Hukukunda Muhakemenin Yenilenmesi(Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Kamu Hukuku Programı, İzmir 2008.

Katoğlu, Tuğrul: Ceza Hukukunda Mağdur Kavramının Sınırları, Cilt:61, Sayı:2, Yıl:2012.

Kayanççek, Murat: 5941 Sayılı Çek Kanunu'nda Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi; “Yasak Kararlarının Kaldırılması”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt:1, Yıl:2, Sayı:6, 20 Temmuz 2011.

Keskinsoy, Ömer: Hapis Cezalarının Ertelenmesi, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:2006, Sayı:2.

Keyman, Selahattin: Ceza Muhakemesinde Savcılık, Sevinç Matbaası, Ankara-1970.

Kıldan, İsmail Turgut: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Yargıtay Kararları Işığında İncelenmesi, Adalet Dergisi, Sayı:35.

Koparan, Mehmet Reşat: TCK Genel Hükümler Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:64, Yıl:2006.

Koyuncu, Ali: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Denizli Barosu Bülteni, Eylül-Ekim 2009.

Köni, Burhan: Ceza Hukukunda Tenkil ve Önleme Meselesi, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, Yıl:1943.

Köse, Burcu: Hapis Cezasının Ertelenmesi ve Koşullu Salıverilme, İzmir Barosu Dergisi, Yıl:76, Sayı:1, Ekim 2010-Ocak 2011.

Kumbasar, Enver: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.

Kunter, Nurullah/**Yenisey**, Feridun/**Nuhoğlu**, Ayşe: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap, 16. Bası, İstanbul, Ocak 2008.

Kunter, Nurullah/**Yenisey**, Feridun/**Nuhoğlu**, Ayşe: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap, 17. Bası, İstanbul, Kasım 2009.

Kurşun, Günal: Ceza Muhakemesinde Hüküm, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza ve Ceza Usulü Hukuku) Anabilim Dalı(Doktora Tezi), Ankara 2011.

Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı 2001, Cilt:V.

Meran, Necati: Hükümün Açıklanmasını Geri Bırakılması Konusunda Bazı Çözüm Önerileri, Terazi Aylık Hukuk Dergisi Temmuz 2008, Sayı:23.

Nursal, Necati/**Ataç**, Selcen: Denetimli Serbestlik ve Yardım Sistemi(Probation), Yetkin Yayıncılık, Ankara-2006.

Osmanoğlu, M. Kerem: Ceza Hukukunda Geriye Yürüme Yasağı, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:14, Sayı:3-4, Yıl:2010.

Otacı, Cengiz: Suçun Kan,uni Sonucu Olarak Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt:2, Yıl:2, Sayı:4, Ocak-2011.

Önder, Ayhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.III, İstanbul 1992.

Önder, Ayhan; Müeccel Cezaların Adli Sicildeki Durumu, Adalet Dergisi, Sayı:3-4, Yıl:1958.

Özar, Süleyman: Türk Ceza Hukukunda Zamanaşımı, Adalet Dergisi, Sayı:37, Mayıs 2010.

Özbek, Mustafa: Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin “Ceza Uyusmazlıklarında Arabuluculuk” Konulu Tavsiye Kararı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt : 7, Sayı : 1, 2005.

Özbek, Veli Özer: Yeni CMK'nın Anlamı.

Özek, Çetin: Suç Mağdurunun Korunması İle İlgili Bazı Sorunlar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:50, Sayı1-4, Yıl:1984.

Özgenç, İzzet: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 3. Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi, (Ed:Öztürk, Bahri), Ankara, 2009.

Özgenç, İzzet: Türk Ceza Hukuku, 2. Bası, Ankara-2007, Seçkin Yayıncılık.

Özgenç, İzzet: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 3. Yılında Ceza Adalet Sistemi- Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, İstanbul Kültür Üniversitesi, Seçkin, 2008.

Özgenç, İzzet :Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi(Genel Hükümler),Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara-Ocak 2006.

Özkan, Nejat: Adli Sicil ve Arşiv Kayıtlarının 5352 Sayılı Yasaya Göre Silinmesi, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 68 Sayı: 2010/3.

Özkan, Nejat/ **Songür**, Muharrem: Teknik ve Hukuki Yönleriyle Türk Adli Sicil Sistemi, Emre Kitabevi Yayınları, Ankara-2005.

Öztürk, Bahri/ **Erdem**, Mustafa Ruhan/ **Özbek**, Veli Özer: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 4. Bası, İzmir 1998.

Öztürk, Bahri/ **Erdem**, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 11. bası, Ankara, 2007.

Öztürk, Bahri/**Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sırma**, Özge/**Saygılar**, Yasemin F./**Alan**, Esra: Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.

Pınar, İbrahim: Disiplin Suç ve Cezaları ve Sicil Hukuku, 7. bölüm, Sözkese Matbaası, Eylül 2008, Ankara.

Pınar, İbrahim:Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma, Cezaların Ertelenmesi ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarının Memuriyete/Kamu Görevine Alınmaya ve Memuriyetin/Kamu Görevinin Devamına Etkileri, Terazı Aylık Hukuk Dergisi, Sayı:26, Yıl:2008.

Sadak, Murat: Mağdurun Kanun Yollarına Başvurma Hakkı, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Nisan 2010, Sayı:1.

Sancar, Türkan Yalçın: 3 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartlı Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'un Hukuksal Niteliği ve Sonuçları, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt:18, Yıl:2001.

Sarıgedik, Mustafa: Denetim Muhakemesi Olarak İtiraz, Adalet Dergisi, Sayı:34, Mayıs 2009.

Sezer, Yasin/İpek Ali İhsan: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Kamu Personel Hukukuna Etkileri, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt:1, Yıl:1, Sayı:3, 20 Ekim 2010.

Soyaslan, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayıncılık, Ankara 1998.

Sözür, Adem:Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 Sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverilme ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği ile Bu Hükümlerin Anayasaya Uygunluğu Sorunu, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt:18, 2001.

Şahbaz, İbrahim: Cezanın Ertelenmesinde İçtima Sorunu, Yargıtay Dergisi, Yıl:27, Sıra Sayı: 103, Ocak 1975.

Şahin, Cumhur/ Göktürk, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Seçkin, C:2.

Şahin, Cumhur/ Özgenç, İzzet: CMUK Tasarısı(2002) Üzerine Düşünceler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı1-2, Yıl: Haziran-Aralık 1999.

Şenses, Erkan: Ceza Muhakemesi Hukukunda Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:105, Yıl:2013.

Şenses, Erkan: Ceza Muhakemesinde Hüküm Kavramı ve Hükümün Unsurları, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:7, Sayı:65, Ocak 2012, Seçkin Yayıncılık.

Tamer, Vehbi Kadri: Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı Dergisi, Yıl:2, Sayı:5, Mayıs 2008.

Taner, Fahri Gökçen: Hükümün Açıklanmasının Ertelenmesinin (Geri Bırakılmasının) Hukuki Niteliği ve Ertelemeyi Kabul Edip Etmediğinin Sanığa Duruşma Devresinin Sona Ermesinden Önce Sorulmasının Hukuka Aykırılığı Üzerine, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:4, Yıl:2011.

Taner, M. Tahir: Ceza Hukuku Umumi Kısım, İsmail Akgün Matbaası, 3. Basım, İstanbul 1953.

Toroslu, Nevzat: Ertelenmiş Mahkumiyetin Memuriyete Etkisi, Prof. J. Akipek'e Armağan, Selçuk Ü. Hukuk Fakültesi.

Töngür, Ali Rıza: Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.

Turabi, Selami: Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Haller, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:101, Yıl:2012.

Turan, Hüseyin: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İhtihatlarında Mahkeme Kararlarında Gerekçe(<http://www.nevsehir.adalet.gov.tr> adresinden temin edilmiştir; görüntüleme:22.06.2013)

Turhan, Faruk: Anayasa ve Milletvekili Seçimi Kanununa Göre Seçilmeye Engel Suç ve Cezaların Yeni Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:XI, Sayı:1-2, Yıl:2007.

Turhan, Faruk: Yeni Türk Ceza Kanunu'na Göre Cezaların Ertelenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:10, Sayı:3-4, Yıl:2006.

Tümerkan, Somay: Klasik, Pozitivist Okullarda ve Toplumsal Savunma Hareketinde Ceza Sorumluluğunun Esası, Cilt:48, Sayı:1-4, Yıl:1982-1983.

Uludağ, Şener: Onarıcı ve Cezalandırıcı Adalet: Paradigma Değişikliğini Tetikleyen Şartlar, Polis Bilimleri Dergisi Cilt:13.

Usta, İbrahim/ **Öztürk**, Hakan: Denetimli Serbestlik, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:5, 13.08.2010, Seçkin Yayıncılık.

Uma, Hakkı: Probation Rejimi Hakkında Rapor, Adalet Dergisi, Sayı:6, Yıl:1953, s.565;

United Nations Office of Drugs and Crime; Handbook on Restorative Justice Programmes, Criminal Justice Handbook Series, New York 2006.

Ünal, Mehmet: Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:35, Sayı:1-4, Yıl:1978.

Üzülmez, İlhan: Ceza Sorumluluğunun Esası ve Cezalandırmanın Amacına Dair Düşünce Hareketleri(Ceza Hukukunda Okulla Mücadelesi), Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:5, Sayı:1-4, Yıl:2001

Veldet, Hıfzı : Cezai Sosyoloji, Cezaların Şahsileştirilmesi ve Enrico Ferri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:6, Sayı:1, Yıl:1940.

Yarsuvat, Duygun : Ceza ve Yeni İçtimai Müdafaa Doktrini, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:32, Sayı:1, Yıl:1966.

Yenidünya, Ahmet Caner: Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Şartla Salıverme, Legal Yayıncılık, İstanbul-2002.

Yerli, Fahrettin Kemal: Cezanın Kişiselleştirilmesi Açısından 647 Sayılı Kanunun 4'üncü Maddesinin Uygulanması, Adalet Dergisi, Sayı:16, Temmuz 2003.

Yılmaz, Zekeriya: Teoride ve Uygulamada Müsadere, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2003.

Yılmaz, Zekeriya: Ceza Muhakemesinde Mağdur Hakları Davaya Katılma Yargılama Giderleri ile Mağdurun veya Suçtan Zarar Görenin Hukuk Mahkemelerinde Açabileceği Maddi ve Manevi Tazminat Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2007.

Yertut, Salahattin: Askeri Yargıya Tabî Olma Şartları, 1970.

Yurtcan, Erdener: CMK Şerhi, 5. bası, Beta, İstanbul, 2008.

Yurtcan, Erdener: Ceza Yargılaması Hukuku, 12. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, Ocak 2007.

Yüce, Tufan: Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, Ankara 1985.

Yücel, Mustafa T.: Türkiye'de Suç Bilimine Doğru, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:3, Yıl:1995.

Zafer, Hamide: Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı-Normatif Teorinin Öne Çıkışı-Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukukunun Ayrılmazlığı,s.7.(<http://hamidezafer.com/> internet adresi üzerinden 02.06.2013 tarihinde temin edilmiştir.)

<http://tdkterim.gov.tr/bts/>(Türk Dil Kurumu İnternet Sitesi)

<http://www.infazhukuku.org/>

Ulusal Yargı Ağı Projesi(UYAP) Sistemi

Meşe İçtihat ve Mevzuat Programı

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Adı Soyadı : Mehmet Balık
Doğum Yeri ve Tarihi : Çelikhane/10.05.1984

Eğitim Durumu

Lisans Öğrenimi : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yüksek Lisans Öğrenimi : Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Bildiği Yabancı Dil : İngilizce(orta düzeyde)

İş Deneyimi

Çalıştığı Kurum : Yargıtay 5. Ceza Dairesi(Tetkik Hakimi)

İletişim

E-Posta Adresi : ankarahukuklu@hotmail.com