



Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Çerçevesinde Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Müessesesine İlişkin Bir İnceleme (*)

An Examination Concerning the Institution of Deferral of the Announcement of Verdict Within the Framework of the Annulment Decision of the Constitutional Court

Doç. Dr. Can CANPOLAT (**)

Öz

Ceza uyuşmazlığının sona erdirilmesinde özel bir yöntem olan hükümün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) müessesesi, Anayasa Mahkemesi'nin (AYM), 1.8.2023 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan kararıyla iptal edilmiştir. Bu karar, çeşitli gerekçelerle hem maddi hem de usuli açılardan tartışmaya açıktır. Keza yasama organının, iptal kararının yürürlüğü sonrası ortaya çıkacak olan kanun boşluğuna ilişkin herhangi bir tasarrufta bulunup bulunmayacağı, şayet yeni bir düzenleme yoluna gidilecekse bunun mahiyetinin ne olacağı ve bu tür bir düzenlemenin zaman bakımından uygulamaya ilişkin sonuçları da başlı başına tartışma konusudur. Çalışmada, sözü edilen konular, HAGB'nin fonksiyonu ve bu çerçevede olumlu ve olumsuz yönleri dikkate alınarak incelenmiştir. Kanun koyucunun iptal edilenin yerine başka bir kural sevk etmesi olasılığında, ilgili kanunda, zaman bakımından uygulama sorunlarını giderecek tarzda geçici bir hüküm ile müsadere uygulamasında TCK m. 75'tekine benzer bir düzenlemeye yer verilmesi önerilmiş olup kamu görevlilerinin işledikleri işkence suçlarında HAGB uygulamasına yönelik AYM'nin iptal gerekçesinin ise kararda işaret edilen hukuki sorunun çözümüne doğrudan katkı sağlayacak mahiyette olmadığı değerlendirilmiştir.

* Makale Geliş Tarihi: 14/10/2023 - Makale Kabul Tarihi: 29/11/2023 - Makale Yayın Tarihi: 31/12/2023
DOI: 10.56701/shd.1375999

** Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Yalova – Türkiye
E-posta: canpolat@yalova.edu.tr,
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8729-0359>.

Anahtar Kelimeler

Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Askıda Mahkumiyet, Ceza Adaleti, Özel Önleme, Müsadere, Kanun Yolu.

Abstract

The institution of Deferral of The Announcement of Verdict (HAGB), which is a special method for ending criminal disputes, was annulled by the decision of the Constitutional Court (AYM) published in the Official Gazette dated 1.8.2023. This decision is open to discuss in terms of material and procedural aspects. Likewise, whether the legislator will take action regarding the gap that arises after the annulment, if a new regulation is to be adopted, what its scope is going to be and its practical consequences in terms of "ratione temporis" are also matters of debate themselves. The study aims to evaluate the issues that mentioned above by taking into account the function of HAGB and its positive or negative aspects within this framework. In case of the possibility of creating another rule instead of the annulled one, a temporary provision which is able to eliminate problems in terms of "ratione temporis" should be included in the relevant law. About the practice of confiscation, our suggestion is that a new rule should contain similar terms with Article 75 of the Turkish Criminal Code. It has been evaluated that the reason for the annulment of the Constitutional Court regarding the HAGB practice in the crimes of torture committed by public officials does not contribute to the solution of the problem pointed out in the decision.

Keywords

Deferral Of The Announcement Of Verdict, Pending Conviction, Criminal Justice, Special Prevention, Confiscation, Legal Remedy.

I. GENEL OLARAK

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB), en yalın haliyle yargılaması yapılan sanık hakkında verilen mahkumiyet hükmünün, kanunda öngörülen belirli şartların varlığı halinde açıklanmaması şeklinde tanımlanabilir. Bu müesseseye benzer uygulamalar, özellikle ilk kez suç işlemiş kimseler (first offender -probation-) ¹ ve suça sürüklenen çocuklar yönünden, hapis cezasının ortaya çıkarabileceği zararlı neticelerin bertaraf edilmesi, suç işleyen kişinin ıslahı düşüncesinin ürünü olarak Amerikan sisteminde ortaya çıkmıştır ².

¹ Halihazırda Amerikan hukukunda uygulanan ertelemenin bu türünde, sanık hakkındaki suçlamalar, belli süreyle mahkemece belirlenen şartlara infaz kurumu dışında kalınıp riayet edilmesi halinde düşürülmektedir (nolle prosequi/wish not to proceed).

² Suç işleyen kişi hakkında verilen hükmün infaz edilmemesine dayanan uygulama, bu müessesenin babası olarak anılan John Augustus'un, 1841 yılında Boston'da iki yıl hapis cezası alan bir suçluya gönüllü olarak kefil olmasıyla başlamış, kadın ve çocuklara yönelik benzer uygulamalarla genişlemiş ve XIX'uncu yüzyıl içerisinde önce Chicago'da, daha sonra diğer eyaletlerde de kabul görmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Charles Lindner-Margaret R.

Hukumumuzda HAGB, ilk defa 15.7.2005 tarihli 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 23 üncü maddesi ile suça sürüklenen çocuklar bakımından ve yargılama sonunda belirlenen en çok üç yıl -üç yıl dahil- hapis veya adli para cezaları yönünden uygulanmaya başlanmıştır. 5560 sayılı Kanun ile CMK m. 231'e ilave olunan düzenlemeyle HAGB uygulaması, yetişkinleri kapsayacak şekilde genişletilmiştir. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 23 üncü maddesi de 5560 sayılı Kanunla değiştirilerek koşullar yönünden CMK'ya atıf yapılmış, ancak denetim süresinin çocuklar yönünden üç yıl olacağı belirtilmiştir. 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun'un 562 nci maddesi ile yapılan düzenlemeler, HAGB'nin kapsamını genişletmiştir. 22.07.2010 tarih ve 6008 sayılı Kanun ile müessesenin tatbiki, sanığın kabulüne bağlanmıştır.

Neticeleri itibarıyla ihdasında Amerikan sistemindeki bazı uygulamalardan esinlenilmiş olsa da HAGB'nin, CMK'nın vazettiği genel muhakeme sistemine nazaran münferit yapıda olması, usulü ve kapsamı itibarıyla Türk hukukuna özgü olduğu söylenebilir. Ayrıca HAGB'ye ilişkin kanunlaştırma motivasyonunda, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 30.9.1999 tarihli kararında³ da belirtildiği üzere, cezaevi mevcudunda yaşanan enflasyonun etkili olduğu kabul edilmelidir.

HAGB'de, esasen CMK m. 223'e göre verilen ve fakat açıklanmayan bir mahkumiyet hükmü ve bu mahiyette olmayan, kanun koyucunun ceza adaleti politikasının bir ürünü olarak ortaya çıkan HAGB'ye ilişkin karar olmak üzere iki tip mahkeme kararı söz konusudur⁴. HAGB, bir yandan verildiği tarihte maddi açıdan ceza uyumsuzluğunun esasını çözen mahkumiyet kararının hukuki anlamda tüm etki ve sonuçlarını askıya almakta; öte yandan belli bir sürenin geçmesi ve yasanın yarattığı dar anlamda "iyi halli olmak" şartıyla yani koşula bağlı düşme kararı⁵ verilmesini öngörerek devlet ile fail arasındaki ceza hukuku ilişkisini ortadan kaldırmaktadır⁶.

Savarese, "The Evolution of Probation -Historical Contributions of the Volunteer-", *Federal Probation* (Washington D.C: June 1984), 3 vd.

³ Karar için bkz. <https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/198201915412711.pdf>. (Erişim:2.8.2023)

⁴ "Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, esas itibarıyla bünyesinde iki karar barındıran bir kurumdur. 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 mahkûmiyet hükmüdür. İkinci karar ise, bu ön hükmün üzerine inşa edilen ve önceki hükmün varlık kazanmasını engelleyen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıdır. Bu ikinci kararın en temel ve belirgin özelliği varlığı devam ettiği sürece, ön hükmün hukuken sonuç doğurma özelliği kazanamamasıdır." (Yargıtay CGK., 4.5.2023, 2021/162 E., 2023/255 K.)

⁵ HAGB'nin koşullu düşme nedeni olduğuna ilişkin bkz. Nur Centel-Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Beta, 2021), 885; Yener Ünver-Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Adalet, 2022), 685.

⁶ Bu yönüyle HAGB'nin, ceza kanununda düzenlenen ertelemeye göre daha lehe olduğu kabul edilmiştir. Bkz. Ünver-Hakeri, *Ceza Muhakemesi*, 684.

II. UYUŞMAZLIĞIN ÇÖZÜMÜNDE KANUN KOYUCUNUN USULE İLİŞKİN TAKDİR YETKİSİ NAZARINDA HAGB

Ceza muhakemesi hukuku, XX nci asrın ortalarına dek salt maddi ceza hukuku kurallarının uygulanmasına yarayan bir araç olarak değerlendirilmiş⁷, muhakeme sürecinde aktif rol oynayan sùjelerin icra ettiği işlemlerin, yalnızca bu uğurda bir karar verilmesini sağladığı kabul edilmiştir. Buna göre ceza muhakemesi, maddi ceza hukukunun özel hükümlerinde tanımlanan bir suçla ilişkin yaptırımın, o suçla işlediği sabit görùlen faile uygulanmasını sağlamaktadır. Muhakeme hukukunun, cezanın amaçlarını tesis etmek dışında münhasır bir amacı ve fonksiyonu yoktur.

Yukarıda kısaca izah olunan anlayış uyarınca ceza muhakemesi hukuku kuralları, muhakeme işlemlerinin ne şekilde gerçekleştirileceğini tespit edip düzenlemekte, buna karşılık sosyal düzenin tanzim ve korunmasında yalnızca maddi ceza hukuku kuralları etkili olmaktadır. Bu tespitten, insan haklarının gözetildiği yegane alanın maddi ceza hukuku olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Nitekim muhakemenin nasıl icra edileceğine ilişkin kurallar ihdas edilirken aydınlanma düşüncesi ve onun yansıması olarak tarihsel süreçte şekillenen insan hakları anlayışı dikkate alınmıştır. İspat hukukuna ilişkin olarak işkence ve kötü muamele yasağı, delil yasakları teorisi bu kapsamda zikredilebilir.

XX nci asrın sonlarına doğru ve hassaten XXI inci asrın başından itibaren ceza muhakemesi hukuku, kendi yapı ve sistemine özgü argümanlardan hareketle muhakeme edilen suçun işlendiği sübuta ermiş olsa dahi buna ilişkin maddi ceza hukukunda öngörùlen yaptırımın uygulanıp uygulanmayacağını yahut ne ölçüde uygulanacağını belirleyen bir fonksiyona kavuşmuştur. Bu süreçte elbette hukukun bir kültür ilmi olarak tabiat ilimlerine kıyasla “formel logic” değil “teleologic” bir metod benimsemesi⁸, insanın “var olmakla” değil, “bir arada yaşamak” dolayısıyla tabi olduğu kuralları belirlemesi ve bu nedenle kural koyarken birtakım gayelerden hareket etmesi etkili olmuştur.

Hukuk, sosyal ve ekonomik alanları göz ardı edemez⁹. Bu bakımdan kanun koyucunun, bir suçla sosyal ve ekonomik gerekçelerle nasıl ve ne ölçüde reaksiyon gösterileceğini belirlerken ceza muhakemesi hukuku kurallarını araç tutması mümkün ve meşrudur. Nitekim Anayasa

⁷ Ernst Beling, *Deutsches Reichsstrafprozeßrecht* (Berlin: Walter de Gruyter, 1928), 1.

⁸ Ferit Ayiter, “Sübjektif Hak -Hususi haklara ait tetkikler-“, *Adliye Ceridesi* 5 inci Sayı (1938), 686.

⁹ Ayiter, *Sübjektif Hak*, 686.

Mahkemesi'nin (AYM) 1.8.2023 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 2022/120 E., 2023/107 K. sayılı HAGB'yi iptal ettiği kararında; "...*Hukuk devletinde ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar Anayasa'ya aykırı olmamak üzere ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimlerini gözönüne alan suç ve ceza politikasına göre belirlenir. Kanun koyucu izlediği suç ve ceza politikası gereği cezalandırma yetkisini kullanırken ceza hukukuna ilişkin anayasal ilkelere bağlı kalmak koşuluyla toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımını ile karşılanacağı konularında takdir yetkisine sahiptir. Aynı şekilde ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihi bulunması, HAGB gibi ceza politikası araçlarına yer verilip verilmeyeceği, verilecek ise bu kurumun nasıl uygulanacağı konularında da kanun koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır...* (prg. 24)" şeklinde yer verilen tespit, ceza muhakemesinin, ceza adaleti politikasında sahip olduğu özerk konuma ilişkin bu hukuki zemin çerçevesinde değerlendirildiğinde anlam kazanmaktadır.

Bu izah doğrultusunda HAGB'nin, belli bir sınırın altında kalan hapis cezası ile adli para cezalarının kişi üzerinde beliren, toplumsal açıdan kişiye etki eden olumsuz tesirlerinin nazara alındığı, ekonomik ve sosyal açılardan bu türden cezalarla karşılanan basit, önemsiz haksızlıklardan doğan ceza uyumsuzluklarının çözümünde kullanılan bir yöntem olduğu söylenebilir.

III. HAGB'NİN CEZANIN AMACIYLA İLİŞKİSİ, FONKSİYONU VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Orta Çağ'da görülen, bireyin devlete karşı güçsüz konumu ve buna koşut olarak ortaya çıkan despot yönetimin ürünü olan uygulamalara karşı, zaman içerisinde ciddi bir sosyal birikim oluştuğu söylenebilir. Bu birikim, krallıkların ve imparatorlukların yıkılmasıyla, devlet ile birey arasındaki ilişkilerin yeniden inşa ve tanzim edildiği Aydınlanma Çağı'nda, insanların doğuştan özgür olduğu ve bu özgürlüğünü, sosyal yaşamın öngördüğü sınırlar içerisinde serbestçe kullanması gerektiği anlayışının ortaya çıkmasına vesile olmuştur¹⁰.

İrade özgürlüğüne büyük değer atfeden bu anlayışın ceza hukukundaki karşılığı, fail açısından haksızlık ve hukuka uygun davranış arasında seçim yapabilme, mağdur açısından ise hukuk düzenince kendisine tanınan özgürlük alanını serbestçe kullanabilme imkanı olarak vücut bulur. Aydınlanma Çağı'nda, Orta Çağ'daki bedensel cezaların yerini, irade özgürlüğünün suçun

¹⁰ Doğan Soyaslan, "Cezaların Tecili", *Ceza Hukuku El Kitabı* (İstanbul: Beta, Eylül 1989), 485.

işlenmesi yönünde kullanılmasının karşılığı olarak uygulanan hürriyeti bağlayıcı cezalar almıştır¹¹.

Bahsi geçen süreçte ortaya çıkan ve Orta Çağ düşüncesinden ayrılan bu anlayışın, ceza hukukunda Klasik Okul öğretisine karşılık geldiği söylenebilir¹². Yunan felsefesinden Aydınlanma Çağı'na kadar yazarların büyük çoğunluğu, cezanın ve cezalandırmanın hukuki dayanağına ilişkin derin tartışmalara girmeksizin, cezalandırmanın amacının; suçlunun caydırılması, yeniden suç işlemesinin önlenmesi ve suçluluğun ortadan kaldırılmasından ibaret olduğuna işaret etmiştir¹³. Buna karşılık Aydınlanma Çağında, ceza verme hakkının esasını, devlet ile birey arasında akdedilen bir toplumsal sözleşmeye dayandıranlar (sözleşmeciler) olduğu gibi mutlak adaletin tesisine yönelik olduğunu ifade edenler de mevcuttur.

Bu kapsamda *Franz von Liszt*'e göre bir hukukçu için cezanın meşruiyeti, hukuk düzeninin korunmasına ilişkin gereklilik ve amaca uygunluktan ibarettir¹⁴. Cezanın amacına ilişkin tartışmalar nazarında, mutlaklık/gereklilik teorisinin kabulü gerekir¹⁵. Bu manada ceza, suçun işlenmesiyle ortaya çıkan, doğrudan ve doğal bir sonuç olarak kabul edilmelidir. Bir suç işlendiyse, karşılığında mutlaka bir ceza gündeme gelir.

Geniş anlamda suç, bir kötülük olarak tarif edildiğinde, bunun karşılığı olarak tatbik edilen cezanın da bir kötülük içermesi, suç işleyen kişinin hukukça tanınan bir yararını objektif olarak ihlal etme özelliğine sahip olması gerekir¹⁶.

Mutlak ceza teorisi taraftarı olan *Kant*'a göre ceza, gerekli ve belli bir fayda sağladığı için değil, suç işlendiği için uygulanmalıdır. *Hegel* de suçun, bir hukuk kuralının reddi anlamına geldiği kabulüne paralel olarak cezanın, haksızlığın reddi ve karşılığı şeklinde tanımlanmasından

¹¹ Robert v. Hippel, *Deutsches Strafrecht -Band I Allgemeine Grundlagen-* (Aalen: Scientia Verlag, 1971), 284; Soyaslan, *Tecil*, 485.

¹² Klasik Okul'un serbest iradeyi kabul eden indeterminist anlayışına karşılık pozitivist okul, determinist bir yaklaşım üzerine inşa edilmiştir. (Okullara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Devrim Aydın, "Ceza Hukukunda Okullar", *Ceza Hukuku Dergisi* 6/15 (Nisan 2011), 47-56.

¹³ Franz v. Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (Berlin: J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1900), 67.

¹⁴ v. Liszt, *Lehrbuch*, 56/IV.

¹⁵ v. Liszt, *Lehrbuch*, 67.

¹⁶ v. Liszt, *Lehrbuch*, 230. Aynı yönde bkz. Friedrich Wachenfeld, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (München: C.H Beck, 1914), 214, 215. İyi bir cezalandırma aracında bulunması gereken genel özellikler için ayrıca bkz. Albert Friedrich Berner, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (Leipzig: Verlag von Bernard Tauchnitz, 1895), 178, 179.

yanadır. *Hälschner*'e göre ise ceza tehdidinin suç işleyen kişi bakımından değeri, suçun toplum açısından sebep olduğu tehdit ile eşdeğerdir¹⁷.

Ceza vermek hakkını, toplumsal fayda şartına veya adalet ve toplumsal yarar arasındaki telife bağlayanlar da vardır¹⁸. Bunlar içerisinde faydacılar, cezanın genel önleme amacından hareket etmek suretiyle, ceza tehdidinin sağladığı psikolojik bir cebir anlayışından yana olarak bu sayede, hukuki değerlere saygı duyulmasının sağlandığını ifade etmişlerdir¹⁹. Bu doğrultuda *Roxin*'e göre içinde bulunduğu bazı şartlar dolayısıyla iradesini özgürce kullanamayan ve bundan ötürü işlediği fiil nedeniyle kınanamayan bir kimsenin, cezanın genel önleme amacı çerçevesinde cezalandırılması ya gereksizdir yahut da akıl hastalarında olduğu gibi, cezanın genel önleme etkisi fail tarafından hissedilebilir olmadığından, cezalandırmaya gerek yoktur²⁰.

Genel/kolektif önlemenin antik Yunan filozofları tarafından da zikredildiği vaki olmakla birlikte, ceza hukukunda genel önlemeyi bir doktrin olarak ortaya koyanlar, klasik okul taraftarlarıdır²¹. Nitekim *Mezger*'e göre modern ceza hukukunun babası olarak kabul edilen *Feuerbach*, cezanın amacı ile ilgili teorisini, modern genel önleme prensibi üzerine inşa etmiştir²². *Feuerbach*'a göre her cezada bulunması zorunlu temel amaç, toplumu oluşturan herkesi suçtan caydırmaktır. Bununla birlikte uygun bir ceza tehdidi, farklı yan amaçlara da hizmet etmelidir. Bu yan amaçlar; suçluyu caydırmak, devleti suçludan korumak ve suçluyu hukuken iyileştirmektir²³. Bu itibarla *Feuerbach*'ın düşüncesine göre genel önleme, motive edici ve engelleyici etki gösteren, psikolojik bir iç zorlamayı gerektirir. Bu zorlama, "caydırıcı" bir etkiye sahip olması beklenen ceza tehdidinde yatmaktadır. Burada kastedilen, *negatif genel önlemedir*²⁴.

Belirtmek gerekir ki ceza tehdidinin, potansiyel failleri caydırıcı etkiye sahip olduğuna yönelik *Hobbes*'tan bu yana kabul edilen düşünce, *Hegel*'in bu tehdidin psikolojik olarak suçtan

¹⁷ Berner, *Lehrbuch*, 4.

¹⁸ Bkz. Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C. II* (İstanbul: Filiz, 1983), 51 vd.; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin, 2020), 76 vd. Mutlak ve nispi teorilerin izahı için ayrıca bkz. Havva Begüm Tokgöz, "Cezalandırmanın Amacı ve Bu Bağlamda Ütopyalar Üzerine Bir Değerlendirme", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 22/1 (2020), 442 vd.

¹⁹ Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım C. I* (İstanbul: Filiz, 1985), 53.

²⁰ Claus Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (Berlin: Walter de Gruyter, 1970), 33.

²¹ Bunlara örnek olarak *Romagnosi* ve *Feuerbach* zikredilebilir. Bkz. Dönmezer-Erman, *C. II*, 595.

²² Edmund Mezger, *Strafrecht -Ein Lehrbuch-* (Berlin: Duncker&Humblot, 1949), 20, 21.

²³ Paul Johann Anselm, Ritter von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* (Goldbach: Keip Verlag, 1997), 95 -§133-.

²⁴ Mezger, *Strafrecht*, 21.

kaçınmaya zorlama fonksiyonunun abartıldığına yönelik eleştirisi bir yana bırakılırsa neredeyse tüm ceza hukukçuları tarafından kabul görmüştür²⁵.

Cezalandırmada uslandırma ve özel önleme amaçlarını zikredenlerin de faydacılar içerisinde mütalaa edilmesi mümkündür²⁶. *Beccaria* tarafından cezaların amacına yönelik²⁷ ortaya konulan, “*O halde cezaların amacı, suçlunun kendi yurttaşlarına karşı zarar vermesini engellemekten ve başkalarının benzer eylemlerde bulunmalarını önlemekten başka bir şey değildir...²⁸*” şeklindeki ifade de bunu doğrular niteliktedir.

Modern anlayışa göre cezanın, önleme dışında diğer bazı amaçları bulunduğu da söylenebilir. Gerçekten kanun koyucu, cezanın farklı miktarlarda hükmedilmesine olanak sağlayacak düzenlemelere yer vermiştir. Bu kapsamda dikkate alınan hususlar, şöyle sıralanabilir²⁹;

- i. Korunan hukuki değer (Örneğin yaşam hakkı-malvarlığı hakkı).
- ii. Mevcut ceza normunun ihlalinin ağırlığı (icra-ihmal, teşebbüs, iştirakin türü).
- iii. Suçun kasten yahut taksirle işlenmesi.

Bu itibarla cezanın, bireylere, gerçekleştirdikleri davranışların haksızlığına ve cezaya müstahak oluşuna ilişkin bir farkındalık kazandırması da söz konusudur. Kademeli cezalandırma

²⁵ Wolfgang Frisch, “Zum Zweck der Strafandrohung -Ein Beitrag zur Theorie von der positiven Generalprävention-“, *Festschrift für Bernd Schönemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014* (Berlin: Walter de Gruyter, 2014), 57, 58. Genel önleme amacına yöneltilen en önemli eleştiri, böyle bir amacın, adaletle ilişkisinin tamamen kopmuş olduğuna yöneliktir. Bkz. Faruk Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku -C. I Genel Hükümler-* (Ankara: Sevinç, 1973), 160.

²⁶ Dönmezer-Erman, C. I, 53. Cezanın özel önleme amacı; adalet fikrinden uzak olduğu, geleceği teminat altına almaya odaklanarak geçmişin kefareti göz ardı ettiği ve suçlunun adaletle olan borcunun nedametle ödenmesi sonucunu doğurduğu gerekçeleriyle eleştirilmiştir. Söz konusu eleştiriler için bkz. Erem, *Ümanist Doktrin*, 163.

²⁷ Bu kapsamda altını çizmek gerekir ki *Beccaria*’nın görüşleri, suç teorisine ilişkin bir konseptte dayanmadığı gibi, suçun (sapma davranışı) nedenlerini ampirik-metodik bir araştırma çerçevesinde ortaya koyan ve bireysel yahut sosyal önleme imkanlarını tespit eden bir yaklaşım içermez. (Urs Kindhäuser, “Wie man Verbrechen vorbeugt -Zu Cesare Beccarias Konzeption der Kriminalprävention-“, *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011 Band 1* (Berlin: Walter de Gruyter, 2011), 39, 40. Onun cezaya ilişkin düşünceleri daha çok, diğer Aydınlanma Çağı düşünürleri gibi, ilk Çağ ve Orta Çağ boyunca dinsel ve siyasal baskıların bir ürünü olan, insan onurunu göz ardı eden, aşırı katı cezalara ve monarşinin keyfi cezalandırma sistemine karşı çıkışın sonucudur. (Eylem Aksoy Retornaz, “Beccaria’nın Hapis Cezasına Bakışı Üzerine Bir Değerlendirme”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 112 (2014), 94.)

²⁸ Cesare Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, çev. Sami Selçuk (İstanbul: İmge, Haziran 2004), 69, 70.

²⁹ Frisch, *Zum Zweck der Strafandrohung*, 63.

tehditleri yoluyla, kuralların önemi ve suç oluşturan eylemlerin hukuken değersizliği ortaya konularak vatandaşların hukuki farkındalığı güçlendirilebilir³⁰.

Ceza, devletin suçla mücadelede kullandığı en önemli araçlardan biri olmakla birlikte, bu bilgi, devletin cezalandırma tekeli bağlamında tek başına cezanın esası ve amacına ışık tutmaz³¹. Cezanın esası ve amacı, iki farklı bakış açısıyla ortaya konulabilir³². Bunlardan *birincisi*, cezanın önleyici etkisi çerçevesinde kriminolojiye ilişkin bakış açısıdır. *İkincisi* ise devletin suça karşılık verme yetkisini sistematik ve yeknesak hale getirerek nihai olarak hukukun üstünlüğünü temin etmeye yarayan -ve bu yönüyle ceza hukukuna dahil edilen- suç politikasının esaslarına göre şekillenen bakış açısıdır³³.

Bu bağlamda Aydınlanma Çağı'ndan itibaren etkisini gösteren suç politikası bilimi, toplumun ve onu oluşturan her bir bireyin korunması, suçlulukla mücadele ve suçluluğun engellenmesine ilişkin devlet tedbirlerinin bütününe ifade eder³⁴. Dolayısıyla ceza hukukunun, suç politikası araçlarının asli bir unsurunu oluşturduğu, bu bağlamda da cezanın, önemli bir role sahip olduğu şüphesizdir.

Genel ve özel önleme teorilerine göre cezanın tatbikiyle hürriyetinden yoksun bırakılan kişi, cezaevinde yalnızlığa itildiği için bir vicdan muhasebesi yapacak, nefsinin terbiye edecek; böylelikle bir yandan mahkûmun kişiliği düzeltilecek; diğer yandan mahkûm cezalandırılmış olacak; ayrıca muhtemel suçlu adaylarına gözdağı da verilmiş olacaktır.

Tarihsel süreç içerisinde, hürriyeti bağlayıcı cezadan umulan neticelerin elde edildiğini söylemek mümkün değildir³⁵. Nitekim ceza infaz kurumuna giren hükümlülerin yarısına yakınının, kurumdan çıktıktan sonra tekrar suç işlediğinin müşahade edilmesinin³⁶ yanı sıra,

³⁰ Frisch, *Zum Zweck der Strafandrohung*, 64.

³¹ v. Liszt, *Lehrbuch*, 2.

³² Roxin, *Kriminalpolitik*, 1.

³³ v. Liszt'e göre cezanın, devletin suçla mücadelede kullandığı bir araç olduğu bilgisi, devletin ceza verme yetkisinin hukuki esası ile suçun esası ve özelliklerinin nasıl belirleneceği sorusunu gündeme getirir. Bu soruya cevap vermek, suç politikasının görevidir. (v. Liszt, *Lehrbuch*, 2.)

³⁴ Demirbaş, *Genel Hükümler*, 64, 65.

³⁵ Soyaşlan, *Tecil*, 486.

³⁶ Türkiye'de cezaevlerinin nüfusu, TÜİK verilerine göre 2018 sonu itibarıyla 264.842 olup bunun 55.892'sini tutuklular, kalanını hükümlüler oluşturmaktadır. Bu rakamın güncelde toplam 300.000'e yaklaştığı, tutuklu sayısının 80.000'in üzerine çıktığı tahmin ediliyor...Yine TÜİK verileri, ülkemizde ceza infaz kurumu sayısının 389, toplam yatak sayısının ise 213.862 olduğuna işaret ediyor. Dolayısıyla 2018 Aralık itibarıyla cezaevlerindeki doluluk oranı, kapasiteyi neredeyse %20 aşmış durumda. Bugün itibarıyla bu oranın %25'e ulaştığını tahmin etmek güç değildir. Adalet Bakanlığı verilerine göre 2006 başından 2020 Mart ayına kadar 200 yeni ceza infaz kurumu yapılmış olup bu suretle 166.877 ek kapasite sağlanmıştır. 2010-2019 arasında ise mevcut infaz

nüfusun artması, ekonomik ve sosyal hayatın gündün güne daha karmaşık bir hal alması, şehirleşmenin ön plana çıkması, teknolojinin süratli gelişimi gibi etkenler, suç politikası esasları çerçevesinde, çeşitli alanlarda karşılaşılan haksızlıklardan bazılarının suç olarak düzenlenmesi ihtiyacını da beraberinde getirmiştir³⁷. Bu genel konsept, mükerrir suçluluk ile suç sayısının ve buna koşut olarak mahkemelerin iş yükünün artması sonucunu doğurmuştur.

Suç politikasının ana ilkelerinden biri olan Ümanizm ilkesi³⁸, suç işleyen kişiye uygulanacak yaptırımların ve bu yaptırımların infaz biçiminin, kişiyi sosyalleştirmesini ve topluma tekrar kazandırmasını amaçlar³⁹. Bu ilke, ceza hukukunun sadece zorlayıcı birtakım kurallardan ibaret bulunmadığı, çağlar boyunca oluşan insanlık şuurunun yansımalarını da barındırdığı fikrine dayanır⁴⁰. Bu bakımdan ilkenin en önemli etkilerinden biri, ceza kanunlarında ölüm cezasına yer verilmemesini sağlamak olmuştur. Cezaların insan onuru ile bağdaşır nitelikte olması gerekir. Kişi, yasada öngörülen cezalar dışında başka bir kötülüğe uğratılmamalı, dövülmemeli, aç ve uykusuz bırakılmamalıdır⁴¹.

Ölüm cezası dışlanarak bunun yerine uygulanan hapis cezası, bedensel cezalara göre daha insancıl olsa da bu ceza türünden beklenen faydanın sağlanamaması dolayısıyla XX nci

kurumlarına 36 bina ve açık birim ilave edilmiş ve bu suretle de yaklaşık 2.000 kişilik bir kapasite genişlemesi ortaya çıkmıştır. 2019 Haziran verilerine göre 114 cezaevi ise yapım aşamasındadır. Görüldüğü gibi devlet, yeni cezaevleri yapıp mevcutların kapasitelerini artırıyor ancak yine de bu çaba, hükümlü ve tutuklu sayılarını karşılamaya yetmiyor... veriler, infaz sistemimizin, suç işleyen kişinin kanunda belirtildiği gibi ıslah edilmesi amacını gerçekleştirmek noktasında başarılı olamadığını gösteriyor. Zira cezaevlerindeki tutuklu ve hükümlü sayısındaki artış nedeniyle oluşan kabarıklık, birkaç yılda bir azaltılmasına, cezaevlerinin kapasiteleri artırılmasına rağmen, birkaç yıl içerisinde yine aynı tablo ile karşı karşıya kalınıyor. Bunun ıslahtaki başarısızlıkla ilgisi şu, bu tablonun sürekli ortaya çıkmasında, ilk defa suç işleyenlerin sayısının artmasından ziyade, tahliye edilenlerin yeniden suç işleyerek infaz kurumuna geri dönmesi etkili oluyor. Örneğin 2016 yılında, 671 sayılı KHK ile getirilen ve 6757 sayılı Kanunun 28 inci maddesiyle Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanuna geçici madde ilavesiyle (m.6) yasalaştırılan düzenlemeyle, bazı suçlar istisna tutularak, 1 Temmuz 2016 tarihine kadar işlenen suçlar dolayısıyla hükmedilen 4 yıl hapis cezaları yönünden hükümlüler, koşullu salıverme ve denetimli serbestlik hükümlerinden yararlandırılmış ve tahliye edilmişlerdi. Bu suretle tahliye olanların sayısı yaklaşık 40 bin civarındaydı. Ancak şüphe yok ki bunların ve o dönemde ceza almış olmakla birlikte söz konusu düzenlemeden yararlanarak cezaevine “girdi-çıkı” yapanların büyük bir çoğunluğu, yeniden suç işleyerek cezaevine girdi. Bu, yakın döneme bakıldığında 1991’de ve 1999’da çıkarılan af yasaları bakımından da geçerlidir (Bkz. Can Canpolat, “7242 sayılı İnfaz Kanunu Yönünden Amaç ve Sistem Sorunu”, *Legalblog*, <https://legal.com.tr/blog/>, Erişim: 15.4.2021.

³⁷ Can Canpolat, “Ceza Muhakemesi Hukukunun Amacı, Objektif gerçeğin keşfi mi? Yargısal bir gerçeklik inşa etmek mi?”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15/2 (2020), 485.

³⁸ Ümanizm, rönesanstan kopup gelen fikirler topluluğu olarak mütalaa edilebilir. Dar anlamda ise ümanizm, insanı sadece biyolojik bir varlık olarak kabul etmemek, onda insan haysiyeti görmektir. (Erem, *Ümanist Doktrin*, 4.)

³⁹ Mustafa Özbek, “Çağdaş Ceza Adaleti Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları ve Arabuluculuk Uygulaması”, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma*, ed. Feridun Yenisey (İstanbul:Arıkan, Ekim 2005), 101.

⁴⁰ Erem, *Ümanist Doktrin*, 166.

⁴¹ Mehmet Emin Artuk, “Ceza Kanununun Suç Siyaseti Bilimi Açısından Değerlendirilmesi”, *Ceza Hukuku Dergisi* 1/2 (Aralık 2006), 13.

yüzyılda, ümanizm ilkesi çerçevesinde yeni arayışların başladığını söylemek mümkündür. Esasen bu arayışları, doğal kabul etmek gerekir. Çünkü ümanizm, Pozitivist Okul'a göre farklı bir anlayış ortaya koymaktadır. Nitekim Erem'e göre Ümanist Okul, Pozitivist Okul gibi suçluya önem verir. Ancak pozitivistlere göre suçlu, -kategorik olarak- "suçlu insan"dır (*uomo delinquente*). Ümanist Okul, suçluyu böyle bir kategorizasyona tabi tutmaksızın, "suç işlemiş insan" olarak kabul eder⁴².

Gerçekten günümüz toplumlarında, önemini arttırmayı sürdüren suçun önlenmesi çabaları, bu konuda yeni fikirler geliştirilmesine ve yeni çözümler aranmasına vesile olmaktadır⁴³. Bu arayışların en önemli sonuçlarından biri, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın olumsuz tesirlerini⁴⁴ bertaraf etmek adına gündeme gelen ve bu tür cezaya alternatif oluşturan müesseselerdir. Bir yıldan az süreli hapis cezalarının (kısa süreli) TCK m. 50 uyarınca seçenek yaptırımlara çevrilmesi, bu çerçevede değerlendirilebilir.

Hürriyeti bağlayıcı cezanın olumsuz etkileri, yalnızca TCK m. 49/2'de kısa süreli hapis cezası olarak tanımlanan bir yıldan az süreli cezalar bakımından ortaya çıkmaz. Bir yıldan fazla olmakla birlikte, göreceli olarak da olsa, suç politikası esasları çerçevesinde kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza olarak kabul edilen cezalar bakımından da aynı şekilde düşünmek gerekir. Bu nedenle birçok ülkede olduğu gibi ülkemiz ceza hukuku mevzuatında, düşünsel altyapıları farklı olsa da hürriyeti bağlayıcı cezanın ve dahi ceza mahkumiyetinin olumsuz sonuçlarını bertaraf eden bazı müesseseler ihdas edilmiştir. Bunlardan uzlaştırma, seri muhakeme ve basit yargılama, genel muhakeme sisteminden farklı ve özel bir usul işletilmesini öngörürken diğer bazıları, belli şartların gerçekleşmesi halinde uygulanmakta ve muhakemenin, soruşturma yahut kovuşturma safahatında sonlandırılmasında, metodolojik olarak genel muhakeme usulünden ayrılmaktadır. Adli para cezasına yahut seçenek yaptırımlara çevirme, cezanın infazının ertelenmesi gibi bireyselleştirme araçlarından biri ve erteleme bir türü olan⁴⁵ HAGB'nin de

⁴² Erem, *Ümanist Doktrin*, 10, 11.

⁴³ Somay Tümerkan, "Klasik, Pozitivist Okullarda ve Toplumsal Savunma Hareketinde Ceza Sorumluluğunun Esası", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 48/1-4 (1983), 51.

⁴⁴ Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların sakıncalarını ortaya koyan ve bu tür cezanın aleyhindeki fikirler için bkz. Mehmet Emin Artuk, "Türk Ceza Hukukunda Yaptırımlar Sistemi", *Ceza Hukuku Dergisi* 2/4 (Ağustos 2007), 67 vd.

⁴⁵ "Ceza Genel Kurulunun yerleşmiş kararlarında belirtildiği üzere erteleme; cezanın doğrudan doğruya sanığın kişiliğine uydurulmasını öngören yargısal bir kişiselleştirme müessesesidir." (Yargıtay CGK., 25.4.2023, 2023/36 E., 2023/237 K.). HAGB'nin, kapsama aldığı suçlar bakımından bir tür yumuşatılmış erteleme olduğu hususunda bkz. Feridun Yenisey-Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2022), 839. Bu yönde detaylı izah için ayrıca bkz. Akif Yıldırım, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması* (Ankara: Seçkin, 2018), 150 vd.

içinde bulunduğu son grubu, muhakemenin halinde özel yöntemler olarak kabul etmek ve hukuki niteliği böylece tespit etmek kanımızca doğru olmaktadır⁴⁶.

HAGB ile sonuçlandırılan ceza uyuşmazlığı bakımından öncelikle soruşturma (seri muhakeme açısından) ve kovuşturmanın, kanunda öngörülen muhakeme kurallarına uygun yürütülmesi ve tamamlanması gerekir. Bununla kastedilen, genel muhakeme usulü ile HAGB kararı verilmesine imkan tanıyan seri muhakeme ve basit yargılama usullerinin müşahhas yapısına göre kanun ve ceza muhakemesi hukuku prensiplerine, dürüst işlem ilkesine riayet ederek bir muhakeme yapılmasıdır. Nitekim AYM'nin 1.8.2023'te Resmi Gazetede yayımlanan ve aşağıda ayrıntılı değineceğimiz 2022/120 E., 2023/107 K. sayılı iptal kararında, "*HAGB'ye karar verilebilmesi için öncelikle; kovuşturmaya ilişkin yargılama usulünün uygulanarak iddia, savunma ve delillerin değerlendirilmesinden sonra isnat edilen eylemin sanık tarafından gerçekleştirildiğinin, eylemin suç teşkil ettiğinin ve bu suça göre hükmedilecek cezanın da iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası olduğunun saptanarak yargılamanın bitirilmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle yalnızca sanığın suçu işlediğinin sabit görülmesi hâlinde HAGB kurumunun uygulanma imkânı bulunmaktadır (prg. 10)*" denilmiştir. HAGB'nin, bu sisteme uyulmaksızın mahkumiyete şekli bir alternatif ve muhakeme sürecinin sonuçlandırılmasında "kestirme bir yol" olarak telakki edilmesi ihtimalinde, cezanın önleme amacıyla HAGB arasında gündeme gelen ve yukarıda izaha gayret ettiğimiz korelasyonun bozulacağı şüphesizdir. Keza yargılama konusu suça ilişkin soyut ceza üzerinden takdiren CMK m. 231'in yasal sınırı içerisinde ceza verme tevessül ve hatta alışkanlığı da aynı olumsuz sonucun ortaya çıkmasına sebep olacaktır. Öte yandan soruşturma ve kovuşturmanın gerektiği gibi icra edilmemesi, muhakemenin sonucunun adaletli olup olmadığından, diğer bir deyişle maddi adalet kaygılarından bağımsız olarak adil yargılama ilkesine uygun bir muhakeme yürütülmediği anlamına gelir. Türk ceza muhakemesi tatbikatında, bu türden olumsuz sonuçların yaşandığını söylemek mümkündür.

IV. ANAYASA MAHKEMESİNİN HAGB'YE İLİŞKİN İPTAL KARARI

A. Genel Olarak

⁴⁶ HAGB'yi, maddi ceza hukuku veya muhakeme hukuku müessesesi olarak tasniflemek, zaman bakımından uygulama çerçevesinde nasıl bir uygulama yapılması gerektiğiyle ilgilidir. Bu hususun hukuki nitelik bakımından değerlendirilmesine dair bkz. Ilgın Albayrak, *Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması* (Ankara: Adalet, 2021), 65 vd.; Can Yalçın, *Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması* (Ankara: Seçkin, 2021), 107 vd.

Yürürlük tarihinden itibaren gerek varlığı gerekse tatbiki açısından tartışmalı olan HAGB'ye ilişkin CMK'da yer verilen düzenlemeler, Anayasa Mahkemesi'nin 1.8.2023'te Resmi Gazetede yayımlanan 2022/120 E., 2023/107 K. sayılı ilamıyla Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Karardaki iptal gerekçeleri şöyle tasnif olunabilir:

i. Sanığa HAGB'yi kabul edip etmediğinin hangi aşamada sorulacağı hususunda⁴⁷, müsadere uygulamasına ilişkin ve işkence –kötü muamele- suçlarında HAGB'nin uygulanmasını sınırlayacak mahiyette herhangi bir kural bulunmaması/eksikliği.

ii. Kamu görevlilerinin işlediği işkence suçlarında HAGB yönünden kanunda sınırlayıcı hüküm bulunmamasının da etkisiyle ortaya çıkan ve bununla birleşen hatalı uygulama.

Mezkur iptal kararında AYM, henüz CMK sistemine göre yargılamanın hüküm aşamasına gelinmeden, istinaf kanun yolundan feragat anlamını da taşıyan HAGB'yi kabul iradesinin sanığa sorulmasının, bu hususta hukuk devleti ilkesi ve bunun bir yansıması olan kanunilik ile ölçülülük ilkeleri (AY m.13) yönünden Anayasal geçerlilik koşullarını sağlamadığına işaret etmiştir. Bu doğrultuda kararda; *“Mevcut durumda sanığın HAGB'yi kabule ilişkin irade beyanının ne zaman sorulacağı konusunda yasal bir düzenlemenin bulunmaması nedeniyle, sanığa hakkında HAGB kararı verilmesini isteyip istemediğinin yargılamanın sona ermesinden önce sorulması mümkündür. Bu durum ise henüz hakkında kurulmuş bir mahkûmiyet hükmü bulunmayan sanığı mahkûmiyet tehdidinin varlığı karşısında savunmasız duruma sokmakta ve henüz doğmamış olan istinaf kanun yoluna başvuru hakkından peşinen feragat etmeye zorlamaktadır. Bu itibarla sanığa HAGB'yi kabul edip etmediğine yönelik sorunun mahkûmiyet hükmünün ardından sorulmasına yönelik bir usule ilişkin güvencenin bulunmaması nedeniyle kuralın kanunilik şartını sağlamadığı, ayrıca sanığa aşırı bir külfet yüklediği ve ölçülü olmadığı sonucuna ulaşılmıştır (prg. 44)”* denilmiştir.

Belirtmek gerekir ki AYM'nin dile getirdiği bu koşullar, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) kararlarında da yer bulmuştur. Nitekim İHAM, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6 ncı maddesi kapsamında adil yargılanma hakkının bazı bileşenlerinden feragat edilmesini

⁴⁷ AYM'nin 22.9.2022 tarih ve 31961 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Atilla Yazar ve diğerleri kararında da sanıkların HAGB'yi kabule ilişkin beyanlarının alınmasındaki usule ilişkin kanunda güvence eksikliği bulunduğu belirtilmiştir.

mümkün görmekte birlikte⁴⁸ böyle bir feragatin, bazı özelliklere sahip olması gerektiğini vurgulamıştır. Bunların başında, feragatin hür iradeye dayalı olması gelmektedir⁴⁹.

HAGB'yi kabul edip etmediğinin sanığa yargılamanın başında sorulması, genel muhakeme usulü kurallarına göre yargılama sonucunda verilmesi gereken mahkumiyet hükmünün neticeleri dikkate alındığında, bu açıdan daha lehe olan HAGB'yi kabul etme noktasında bir baskı unsuru olarak değerlendirilebilir. AYM'nin iptal kararında haklı olarak işaret edildiği gibi 28.3.2023 tarih ve 7445 sayılı Kanun ile yapılan ilaveye göre itiraz merciinin esasa ilişkin hukuka aykırılık iddialarına matuf olarak HAGB kararını denetlemesini öngören yasal düzenleme de bu neticeyi değiştirecek bir fonksiyona sahip değildir. Belirtmek gerekir ki uygulamada, sanığa HAGB'yi kabul edip etmeyeceği yanında, yargılamanın niteliğine göre mağdurun yahut kamunun uğradığı zararı giderip gidermeyeceği de sorulmaktadır. Örneğin kaçakçılık suçlarına ilişkin kovuşturmada, gümrüklenen eşyanın değeri üzerinden muayene memuru tarafından belirlenen kamu zararının karşılanıp karşılanmayacağı, HAGB'nin uygulanma ihtimaline binaen sanığa sorulmaktadır. Bu tutar, ekseriyetle yüksek meblağlara karşılık gelmekte, yargılama yapıp suçun sübuta erdiği tespit edilmeden sanığa bu hususta sual yöneltilmesi, HAGB'nin kabul edilmemesiyle sonuçlanmaktadır. Bu tür olumsuz sonuçların, zararın giderilmesi açısından farklı yargılamalar açısından gündeme geldiği rahatlıkla ifade edilebilir.

Daha önce ifade edildiği üzere HAGB kararının konusunu, açıklanmayan/askıda bırakılan mahkumiyet hükmü oluşturduğuna göre CMK m. 231 uyarınca HAGB kararı verebilmek için yargılamanın CMK'nın öngördüğü kurallara göre icra edilip tamamlanması gerektiği açıktır. Kanunun sistemine göre bu aşamadan önce sanığa HAGB'yi kabul edip etmediğinin sorulmasına imkan bulunmamaktadır. Bu itibarla HAGB'yi kabul edip etmediği sualinin sorgu aşamasında sanığa yöneltilmesi, esasen kanundaki Anayasaya aykırı düzenleme tarzından değil, uygulamadan kaynaklanan bir sorundur. Diğer bir deyişle bu noktada mesele, kanuni düzenlemenin mahkemeye başvurma hakkı açısından Anayasa m. 13 kapsamında belirli ve öngörülebilir olmasından ziyade CMK m. 231 hükmünün doğru tatbik edilmemesiyle ilgilidir.

Hal böyleyken AYM'nin söz konusu iptal gerekçesinin, denetimin norma değil uygulamaya dayandığı eleştirisine muhatap olması anlaşılabilir bir durumdur. Bu vesileyle birçok alanda,

⁴⁸ Bkz. Deweer/Belçika, 21.2.1990, Başvuru no: 6903/75, prg. 49.

⁴⁹ Bkz. Mihaies/Fransa, 25.5.1998, Başvuru no: 36106/97.

ceza muhakemesi kurallarının üzerine kurulu olduğu sistemin esasını teşkil eden ilkelere aykırı şekilde gelişen ve “yerleşen” uygulamanın, ne denli problemlili olduğunun altını çizmek gerekir.

AYM iptal kararında, müsadereye ilişkin olarak “*Müsaderenin HAGB kararı verilmesi durumunda hangi aşamada infaz edileceğine ilişkin olarak ise açık bir kanun hükmünün bulunmadığı anlaşılmaktadır. Kanun koyucu müsadere kararı için farklı bir usul veya kanun yolu düzenleyebileceği gibi HAGB kararları yönünden de müsadereye ilişkin farklı bir mekanizma öngörebilir. Ancak yapılan düzenlemenin ve uygulamanın Anayasa'nın 35. maddesinde öngörülen mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin gerekliliklere uygun olması ve bu çerçevede yeterli usul güvencelerini içermesi zorunludur. Bu bağlamda mülkiyet hakkına müsadere yoluyla yapılan sınırlamanın keyfi veya hukuka aykırı olup olmadığının ileri sürülebileceği bir yol olarak öngörülen istinaf kanun yoluna başvuru imkânının askıya alınarak HAGB kararı ile birlikte müsadere kararının infazına yol açabilecek şekilde infaz zamanında belirsizliğin olduğu ve yeterli güvencelerin sağlanmadığı dikkate alındığında kuralın maliklere aşırı bir külfet yüklediği değerlendirilmiştir (prg. 47, 48)*” denilmiştir. Özellikle müsaderenin üçüncü kişiler açısından tesiri ve bu çerçevede kararda belirtildiği üzere mülkiyet hakkına esaslı müdahale oluşturan bu tedbire ilişkin kanun yolu denetiminin sorunlu olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Buna ek olarak müsaderenin ne zaman tatbik edileceğine dair kanunda bir düzenleme bulunmaması nedeniyle HAGB ile müsaderenin ayrılmasına dönük mahkemelerce geliştirilen uygulamalar göz önünde bulundurulduğunda, iptal kararının yerinde olduğu söylenebilir.

İkinci iptal gerekçesi kapsamında AYM, “*Anayasa'nın 17. maddesine aykırı muamelelerin kamu görevlileri tarafından değil de üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilmesi hâlinde devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında daha esnek davranma imkânı bulunmaktadır. Buna karşın failin kamu görevlisi olduğu durumlarda hukuka aykırı ve son derece ciddi bir fiilin hiçbir şekilde hoş görülemeyeceğinin gösterilmesi gerekir. Bu anlamda işkence veya kötü muamele gerçekleştirdiği tespit edilen kamu görevlisi fiilî olarak cezasız bırakılmamalıdır. HAGB kurumunun kamu görevlisinin görevi sebebiyle işlediği ve Anayasa'nın 17. maddesi anlamında işkence, eziyet ve kötü muamele kabul edilen suçlar bakımından uygulanmayacağına dair yasal düzenlemenin bulunmaması ve ceza mahkemelerinin uygulamalarının da bu sorunu çözememesi Anayasa'nın 17. maddesinin devlete yüklemiş olduğu faillere fiilleriyle orantılı cezalar verilmesi ve mağdurlar açısından uygun giderimin sağlanması şeklindeki usul yükümlülüğü ile bağdaşmamaktadır (prg. 55)*” şeklinde bir tespitle bulunmuştur. Devletin, kişilerin yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı yönünden

pozitif yükümlülüğü, bu hakkın işkence/eziyet teşkil eden eylemlerle ihlal edildiği iddiası söz konusu olduğunda, bu yönde etkili bir soruşturma yaparak hakikatin, hakkın ihlaline sebep olan kişilerin ortaya çıkarılmasını temin etmektir⁵⁰. Diğer bir deyişle bu tür ihlal iddiaları bakımından yapılacak muhakemenin, sorumluların cezalandırılmasına elverişli olması gerekir. İHAM'a göre aksi durumda, işkence, kötü ve gayri insani muamele yasağı ve bu yasağın ihlaline ilişkin cezalandırma, uygulamada etkisiz hale gelecek ve bazı durumlarda ortaya çıkan bu sonuç, kamu görevlilerinin cezadan muaf olduğu, soyut bir dokunulmazlıktan faydalandığı algısına sebep olacaktır⁵¹. Bu açıdan bakıldığında, kamu görevlilerince işlenen, Anayasanın 17 nci maddesi ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 3 üncü maddesine aykırılık teşkil eden ve suç oluşturan davranışların cezalandırılmaması sonucunu doğurmaya elverişli kanun düzenlemelerinin, Anayasaya ve Sözleşmeye aykırı olduğu söylenebilir. Nitekim İHAM, Zeynep Özcan/Türkiye kararında, kamu görevlisinin 3 üncü maddeye aykırı bir davranışta bulunmakla suçlandığı hallerde, yargılamanın veya mahkumiyetin zamanaşımına uğratarak hükümsüz bırakılmaması ve bu gibi davalarda af, bağışlama ya da cezanın infazının ertelenmesi gibi önlemlerin uygulanmasına izin verilmemesi gerektiğini belirtmiştir⁵².

İptal gerekçelerine ilişkin yaptığımız yukarıdaki tasnifte, bunların tamamının, mevcut yasal düzenlemenin Anayasaya aykırılığına değil, söz konusu düzenlemede eksiklik bulunduğu kabulüne dayandığına vurgu yapacak ifadelerle, bu hususun ayrıca tartışılması gerektiği düşüncesiyle hassaten yer verilmiştir. Bu kapsamda ön plana çıkan sorun, AYM'nin, yasada eksiklik bulunduğuna işaret etmesinin, kanun koyucunun yasama yetkisine müdahale oluşturup oluşturmadığıdır. Nitekim iptal kararına karşı oy gerekçesinde, 1961 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde AYM'nin vermiş olduğu 21.10.1963 tarih ve 1963/172 E., 1963/244 K. sayılı iptal kararına atıf yoluyla⁵³ “bir kuralın, uygulama alanının genişletilmesi amacı ile veya

⁵⁰ Bkz. Jasinski/Litvanya, 21.12.2010 (Final 21.3.2011), Başvuru no: 45744/08, prg. 72, son cümle.

⁵¹ Bkz. Labita/İtalya, 6.4.2000, Başvuru no: 26772/95, prg. 131, son cümle.

⁵² Tuğçe Duygu Köksal, *Kötü Muamele İddialarının Etkili Soruşturulması Yükümlülüğüne İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Kaynakçası* (Ankara: Altan Özyurt Matbaacılık, 2019), 83, 87. Bkz. <https://rm.coe.int/reference-guide-on-decisions-of-the-european-court-of-human-rights-eff/168096953c>, Erişim: 10.11.2023; Yenisey-Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi*, 840, 841; Ünver-Hakeri, *Ceza Muhakemesi*, 686.

⁵³ Kararda, “bir yasanın Anayasaya aykırılığı savı, söz konusu yasanın metin olarak Anayasa ilkelerine aykırı bir kural koyması durumunda ileri sürülebilir. Anayasa Mahkemesinden ancak Anayasaya aykırı olan bir yasa kuralının uygulama alanından kaldırılmasını sağlamak amacıyla iptal kararı istenebilir. Yoksa bir kuralın uygulama alanının genişletilmesi amacıyla değiştirilmesini sağlamak için iptali istenemez. Çünkü böyle bir istemde söz konusu kuralın iptali değil, daha kapsamlı olarak uygulanması amacı bulunmaktadır ki, istemin kendisi bile, mevcut kuralda Anayasaya aykırılık değil, ancak bir eksiklik bulunduğunu anlatmış olur” denilmiştir. Bu karar, AYM'nin 28.4.1983 tarihli kararında (ve 1981/13E., 1983/8 K.), 1475 sayılı İş Kanununun 5 inci maddesinin 10 uncu bendine ilişkin iptal istemi yönünden “itiraz konusu kuralın, diğer kamuya yararlı dernekler açısından bir

değiştirilmesini sağlamak için iptalinin istenemeyeceği, bu yöntemde mevcut hükümden Anayasa'ya bir aykırılık değil, ancak eksiklik bulunduğu tespit edileceği (prg. 35)” belirtilerek eksik düzenleme ile ilgili hususun iptal gerekçesi yapılması eleştirilmiştir.

Kanımızca bu konuda bir değerlendirmede bulunulurken iptal gerekçelerini ayrı ayrı ele almak gerekir. Müsadereye ilişkin iptal gerekçesi yönünden, müsadere, HAGB'nin uygulama alanına dahil olan bir suç bakımından, suçun varlığı tespit edildiği takdirde ve şartları mevcutsa uygulanması kanun gereği zorunlu bir kurum olduğu -TCK m. 54/3 istisna- göz önünde bulundurulmalıdır. Dolayısıyla HAGB'yi düzenleyen kurallar içerisinde, müsadere, infazına dair bir düzenleme bulunması, işin doğası gereğidir. Bu nedenle söz konusu gerekçenin yasama yetkisine müdahale oluşturduğu söylenemez. HAGB'yi kabul iradesinin sanığa sorulma zamanına ilişkin iptal gerekçesi açısından da benzer bir sonuca ulaşmak gerekir. Çünkü adil yargılama ilkesinin gözetildiği ceza muhakemesi sistemi açısından HAGB'nin esastan incelenmemesi söz konusu olamayacağı gibi kanundaki şartlar gerçekleşip de mahkumiyet hükmünün daha sonra açıklanması ihtimalinde istinafa konu edilebileceği yönündeki argüman da bu noktada itibari değere sahip değildir. Daha önce belirtildiği gibi HAGB kararı verilebilmesi, soruşturma ve kovuşturmayla ilişkin genel kuralların, kanunda öngörülen usule uygun şekilde yürütülerek sonuçlandırılmasına bağlıdır. Bu usule uyulmaksızın verilen HAGB kararıyla açıklanması ertelenen mahkumiyet, vicdani kanaate değil, şekli koşulların mevcudiyetine ve esas yönünden varsayımlara dayalı olacaktır. Buna karşılık kamu görevlilerinin işledikleri işkence suçlarında HAGB'nin uygulanmayacağına dair bir düzenlemeye kanunda yer verilmemesi, kanun koyucunun ceza adaleti politikaları kapsamında ortaya koyduğu tercihin sonucu olarak düşünülebilir. Ancak bu noktada İHAM'ın Sözleşmenin 3 üncü maddesinin ihlal edildiği iddiasına ilişkin ortaya koyduğu yaklaşım ve Anayasa m. 5'te yer verilen *“devletin temel amaç ve görevleri... kişinin temel hak ve hürriyetlerini... adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan... engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır”* şeklindeki düzenleme de dikkate alınmalıdır. Bu nazardan meseleye yaklaşıldığında, AYM'nin iptal kararının yerinde olduğu kabul edilmelidir. Kaldı ki AYM'nin, kanuni düzenleme eksikliği nedeniyle iptal talebinde belirtilenin dışında bir Anayasa normunu ölçü tutarak da değerlendirme yapması mümkün olup karşı oy yazısında *“elbette, eksik düzenlemenin başka bir Anayasa hükmüne*

eşitsizlik yarattığı savı ile Anayasaya aykırılığının ileri sürülmesine olanak bulunmadığına” ilişkin kanaate dayanarak gösterilmiştir.

aykırılık oluşturduğu değerlendirildiği takdirde bu eksiklik iptal gerekçesi yapılabilir” denilerek bu hususa işaret edilmiştir.

Öte yandan Anayasanın 17 nci maddesine aykırılık iddiası açısından AYM, işkence, eziyet, kötü muamele teşkil eden fiillerin konu edildiği yargılamalarda, mahkemelerin HAGB'nin dışlanması yönünde bir uygulama geliştiremediklerini belirtmiştir. Bunun kuvvetle muhtemel sebebi, İHAM'ın benzer yöndeki tespitleridir. Nitekim İHAM, Eski/Türkiye kararında⁵⁴, yerel mahkemelerin, Sözleşmenin 3 üncü maddesine aykırı davranışların hukuki sonuçlarını hafifletmek için takdir kullandıkları düşüncesiyle ve özellikle ilgili kamu görevlisi hakkında disiplin cezası da uygulanmadığına işaret ederek anılan maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Netice itibarıyla AYM, normatif düzenlemeyi zemin tutarak İHAM kararları nazarında uygulama hatalarına da işaret etmiş olduğundan, iptal kararında, ceza normunun Anayasaya aykırılığına ilişkin denetimde, normun tatbikine dair yargı mercilerince yapılan hataların değerlendirildiği gerekçesiyle AYM'nin yetkide sınırı aştığı şeklinde bir eleştiride bulunulması, kural olarak mümkün değildir.

Bununla birlikte kararda tartışmaya açık başkaca hususlar da mevcuttur. Örneğin somut norm denetimi yoluyla önüne gelen müracaatta ileri sürülen hususların, AYM tarafından uygulanan denetimin kapsamı açısından bir ayniyet gösterip göstermediği ve iptal kararının bu çerçevede hukukiliği bunlardan biridir.

Söz konusu tartışma, 6216 sayılı Kanun m. 43/3 çerçevesinde değerlendirilmelidir. Maddede; *“mahkemenin, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğüünün Anayasaya aykırılığı hususunda ileri sürülen gerekçelere dayanma zorunluluğu yoktur. Mahkeme, taleple bağlı kalmak şartıyla başka gerekçeyle de Anayasaya aykırılık kararı verebilir”* denilmiştir. Bu açıdan bakıldığında, öncelikle somut norm denetimi yoluyla itiraz başvurusunda bulunan Trabzon 2 nci Asliye Ceza Mahkemesinin talep konusunun *“CMK m. 231'e 6/12/2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanun'un 23 üncü maddesiyle eklenen (5), (6), (7), (8), (9), (10), (11), (12) ve (13) numaralı fıkraların, 231 inci maddenin 23/1/2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun'un 562 inci maddesiyle değiştirilen (14) numaralı fıkrasının... iptali”* olarak belirtildiği dikkate alınmalıdır. Kısaca burada talep, zikredilen hükümlerin iptaline ilişkindir. 6216 sayılı Kanun m. 43/3 anlamında gerekçeden kasıt ise iptali istenen düzenlemelerin Anayasaya maddi açıdan ne suretle ve hangi Anayasal kurallar bakımından

⁵⁴ Bkz. Eski/Türkiye, 5.6.2012, Başvuru no: 8354/04, prg. 36.

aykırı olduğudur. O halde bu noktada, Anayasa Mahkemesi kararında bir hukuka aykırılık bulunduğu söylenemez. Belirtmek gerekir ki bu konu ayrıca ve özellikle, iptal kararının yürürlüğe gireceği 1.8.2024'e kadar, kanun koyucunun HAGB'ye benzer bir müesseseyi yeniden ihdas etme iradesi göstermesi ihtimalinde, yeni düzenleme ile AYM'nin iptal gerekçelerinin uyumu nazarında önemlidir.

İptal kararı nezdinde değerlendirilmesi mümkün olan başka bir konu da daha önce HAGB'nin bazı düzenlemelerine yönelik başvurulara ilişkin AYM tarafından verilen red kararlarına rağmen mezkur kararlar müessesenin tümünün iptal edilmesinin maddi anlamda çelişki oluşturup oluşturmadığı; 6216 sayılı yasanın 41 inci maddesinde öngörülen yasağa, başvuruda bulunan Trabzon 2 nci Asliye Ceza Mahkemesinin değilse de AYM'nin, verdiği iptal kararının kapsamı itibarıyla uygun davranıp davranmadığıdır. Kanımızca özellikle 6216 sayılı Kanun m. 41 uygulamasına ilişkin tartışmada, bu düzenlemenin, incelemeye değil başvuruya dair bir sınırlama getirmesi, iptal kararının yalnızca bazı hükümlere değil aynı zamanda müessesenin tatbik sistemine ilişkin olması, AYM'nin önceki red kararlarının konusunu oluşturan hükümlere değinmemiş olması nedeniyle, bu noktada da kararda bir hukuka aykırılık olmadığı sonucuna varılmalıdır.

B. Kararın Muhtemel Sonuçları

İptal kararının tartışmalı yönleri bulunsa da netice itibarıyla verilen karar, 1.8.2024 tarihinde yürürlüğe girecek ve sonuç doğuracaktır. Dolayısıyla önümüzdeki süreç bakımından önem arz eden, yeni düzenleme ve bunun kapsamının nasıl belirleneceğidir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki Adalet Bakanlığı Mevzuat Genel Müdürlüğünün, AYM'nin verdiği iptal kararı sonrası HAGB'nin, ceza adaletinin fonksiyonel hale getirilmesi ve iş yükünün izalesi kapsamında ortaya çıkan olumlu yanlarını gözeterek bu müessesenin vazifesini üstelenecek ve bu manada onun yerine geçecek başka bir müessese ihdas etmek yahut AYM'nin iptal kararına gerekçe tuttuğu hususları göz önünde bulundurarak HAGB'yi yeniden tasarlamak iradesine sahip olduğu söylenebilir⁵⁵. Nitekim bakanlık bünyesinde oluşturulan bilim kurulu, AYM'nin iptal kararı sonrasında bu konuda bir görüş sunmak üzere mesaiye başlamıştır. Dolayısıyla 1.8.2024'te bir düzenleme yapılmazsa ne olacağını tartışmanın pratik açıdan

⁵⁵ Daha önce de AYM'nin 2021/121 E., 2022/88 K. sayılı ilamıyla HAGB kararına itirazı düzenleyen CMK m. 231/12'ye yönelik iptal kararının ardından, bu kararın yürürlüğe girmesine yaklaşık üç ay kala 7445 sayılı Kanun ile itiraz, yeniden düzenlenerek hükme bağlanmıştır.

manası yoktur. Ancak yine de bu ihtimale ilişkin olarak HAGB'nin zaman bakımından uygulamada karma bir müessese olduğuna ilişkin yerleşik yargı içtihatları dikkate alındığında, HAGB'nin, yürürlükteyken işlenen suçlara, geriye yönelik olarak ve devam eden yargılamalar kapsamında uygulanacağı söylenebilir⁵⁶.

İptal kararı yürürlüğe girene yahut kanun koyucu yeni bir düzenleme sevk edene kadar CMK m. 231'in HAGB'ye ilişkin düzenlemelerinin uygulanmasının önünde, pozitif hukuk açısından bir engel yoksa da Anayasaya aykırı bulunan ve iptal olunan düzenlemenin “maddi anlamda meşruiyetinin” tartışmalı olduğu ifade edilmelidir. İptal kararı sonrası uygulamalarda, özellikle sanığın HAGB'yi kabule yönelik iradesinin, AYM'nin iptal kararı ve esasen CMK sistemi dikkate alınarak yargılama sonunda alınması gerektiği açıktır.

İptal kararının ardından kanun koyucunun, HAGB'nin çatısını ve genel görünümünü koruyarak AYM'nin iptal kararında işaret ettiği hususlara uygun bir düzenleme ihdas etmesi söz konusu olabileceği gibi, HAGB'nin sonuçları itibarıyla sahip olduğu fonksiyonları başka kurumlara yükleyerek yetişkinler açısından HAGB düzenlemesinden vazgeçmesi de olasıdır. Örneğin bu kapsamda hapis cezasının ertelenmesi müessesesinin, 647 sayılı mülga infaz kanunu ve 765 sayılı TCK ile düzenlendiği haline dönüş yapılabilir. Böylece hükmedilen cezanın ertelenmesi durumunda, sanığın, hüküm tarihinden itibaren beş yıl içinde -kasten- işlediği diğer bir suçtan dolayı önceki verilen ceza türünden bir cezaya yahut hapis cezasına mahkum olmaması halinde, ertelenmiş olan ceza mahkumiyeti esasen vaki olmamış sayılabilir (mülga 765 sayılı TCK m.

⁵⁶ “Hükümün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinin ceza hukukuna mı yoksa ceza muhakemesine mi ait olduğunun belirlenmesi teorik bir tartışmadan ibaret değildir. Bu iki hukuk dalının yorumlanması ve uygulanmasında kabul edilen farklı ilkeler normun hangi alana ait olduğunun belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. Normun maddi ceza hukukuna ait olduğunu kabul etmenin sonuçları ile normun bir ceza muhakemesi normu olduğunu kabul etmenin sonuçlarının farklı olacağı açıktır. Bir normun ceza kanununda veya ceza muhakemesi kanununda yer alıyor olması bu normun hukuki niteliğinin belirlenmesinde kesin bir ölçüt teşkil etmez. 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 gelişmesi ve sona ermesinin dayandığı genel ve özel şartları belirler. Buna karşılık ceza normlarının ihlali hâllerinde bu ihlalleri ve faileri belirleme şartları başka bir deyişle ceza normlarının ihlali hâlinde buna ilişkin yaptırımın faile uygulanmasını sağlamaya yönelik normlar ise ceza muhakemesi normlarıdır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 19.09.2008 tarihli, 2008/25 Sayılı kararında, hükümün açıklanmasının ertelenmesi kurumunun kamu davasının düşmesi sonucunu doğurmasından hareketle sanık ile devlet arasındaki ceza ilişkisini sona erdiren düşme nedenlerinden biri olduğunu tespit etmiş ve konunun CMK'da yer almasının sonucu değiştirmeyeceğini belirtmiştir...Yukarıda izah edildiği şekilde kurumun maddi ceza hukukunu ilgilendiren yönünün de olduğu açıktır” (Yargıtay CGK., 2.5.2019, 2017/12-444 E., 2019/375 K.); “Gerek yasal düzenleme gerekse hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun hukuksal niteliği nazara alındığında, bu kurumun kesinleşmiş, infaz edilmekte olan ve hukuki yararı bulunmak koşuluyla infaz edilmiş hükümler yönünden de uygulanması zorunludur” (Yargıtay CGK., 2009/11-184 E., 2010/20 K., 9.2.2010).

95/2). HAGB ise yeniden düzenlenerek çocuk yargılamaları açısından geçerli olacak biçimde Çocuk Koruma Kanunu uygulamasına özgülenebilir.

Kanun koyucunun tercih edebileceği başka bir yol ise HAGB'nin, AYM'nin iptal kararında işaret edilen hususlar kaidesinde yeniden düzenlenmesidir ki bu doğrultuda yasama iradesi ortaya konulması kanımızca kuvvetli olan ihtimaldir. Zira öncelikle belirtmek gerekir ki yukarıda zikrettiğimiz ihtimalin gerçekleştiği varsayımında, HAGB'nin birçok hükmünün TCK m. 51'e ilave edilmesi ve maddenin, ertelemenin neticesi itibarıyla yeniden düzenlenmesi gerekir. Bunun dışında HAGB, seri muhakeme ve basit yargılama usullerinde, keza Askeri Ceza Kanunu, Sosyal Hizmetler Kanunu, TCK, Terörle Mücadele Kanunu, Adli Sicil Kanunu, Elektronik Haberleşme Kanunu, Çek Kanunu gibi farklı kanunlardaki hükümler çerçevesinde uygulanma imkanına sahiptir. Dolayısıyla bu müessesenin, ertelemenin yeniden düzenlenmesi ile revize edilmesi olasılığı, CMK'da ayrı bir hüküm ile muhafaza edilmesi olasılığına göre kanımızca daha düşüktür.

İptal kararı sonrası yapılacak yeni düzenlemenin mahiyeti ne olursa olsun, maddi ceza hukuku kurallarının ihlali ile ortaya çıkan ceza uyuşmazlığının sonlandırılmasında etkili olacağı düşünüldüğünde, zaman bakımından uygulama açısından bir uyarılama yargılamasına ihtiyaç duyulacağı kanaatindeyiz. Bu nedenle 5728 sayılı Kanun'un geçici 1 inci maddesinde yer verilene benzer nitelikte bir hükmün, yeni düzenlemeyi ihtiva eden kanunda yer alması gerekir. Buna göre yeni düzenleme nazarında, hükmün konusunun herhangi bir inceleme, araştırma, delil tartışması ve takdir hakkının kullanılmasını gerektirmemesi halinde inceleme, duruşma açılmaksızın dosya üzerinden yapılmalı, kanun yolu aşamasındaki dosyalar yönünden bir hükme yer verilmeli, kesinleşmiş kararlar açısından ise hükmü veren mahkemece 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 98 ila 101 inci maddeleri uyarınca dosya üzerinden karar verilmelidir. Sanığın HAGB'yi kabul iradesini, yargılamanın nihayete ermesinden önceki bir aşamada ortaya koymuş olduğu hallerde, uyarılama yargılamasının müracaata bırakılması söz konusu olabilir.

Bu kapsamda son olarak, yeni düzenlemenin dosya üzerinden yahut yargılama açarak uyarılama gerektirmesi ihtimali çerçevesinde, uygulamada mahkemelerin, mevcut HAGB hükümlerinin yürürlükte kalacağı süre boyunca bunları uygulamaktan imtina etmeleri, muhtelif usuli eksiklikleri gerekçe tutarak celse taliki yoluna gitme olasılıklarının yüksek olduğu da ifade edilmelidir. Bu nedenle kanun koyucunun, yeni düzenleme açısından acele değilse de hızlı davranması gerektiği düşüncesindeyiz.

SONUÇ

HAGB'nin gerek normatif açıdan gerekse uygulamaya ilişkin eleştirilecek birçok yanı bulunmaktaysa da bu müessese, objektif açıdan ceza adaletinin fonksiyonelliğini temin etmek ve yargının iş yükünü azaltmak noktasında işlev gören, sübjektif açıdan ise cezanın önleme amacına ikame teşkil eden bir özelliğe sahiptir. Bunun yanı sıra adli sicil yönünden lehe neticeleri bulunduğu da göz önüne alınarak HAGB'nin, günümüz ceza muhakemesinde vazgeçilemez bir yeri olduğu söylenebilir. Bu bakımdan AYM'nin iptal kararı sonrası kanun koyucunun, mahkemenin gerekçelerini de dikkate alarak HAGB'yi yeniden düzenlemesi ihtimali yüksektir. HAGB'nin yürürlüğe girdiği tarihten günümüze kadar bu müesseseyle ilişkin tartışmaların daha ziyade uygulamaya ilişkin olduğu yadsınamaz. Bu nedenle yeni düzenlemede, daha detaylı bir kanunlaştırma tekniği benimseneceğini öngörmek mümkündür. Örneğin kanun koyucunun, HAGB'nin cezasızlık uygulamasına dönüşmemesi adına, denetim süresinde bir daha HAGB kararı verilemeyeceğine ilişkin sevk ettiği kuralın, mahkemelerce işlenen suç tarihi dikkate alınarak daraltılıp uygulanması karşısında, bu hususta daha kısıtlayıcı bir düzenleme yapması muhtemeldir. Kanımızca bu amaç doğrultusunda, bağlantı nedeniyle birlikte görülen davalarda, bir sanığa isnat edilen birden fazla suçtan verilen cezaların toplamına ilişkin bir üst limit belirlenmesi ve bunu aşan hallerde hiçbir suç yönünden HAGB uygulanmaması gündeme gelebilir.

İptal kararı sonrası ihdas edilecek olası yeni düzenlemenin uygulanmasında, lehe hükümlerin tatbikine ilişkin dosya üzerinden uyarılama yapılması yahut ihtiyaç halinde yargılama açılarak sonuca ulaşılmasını teminen bir hüküm ihdas edilmesi yerinde olacaktır. Ancak bu hususta daha net bir görüş beyan edebilmek için yeni düzenlemenin mahiyetinin dikkate alınmasına ihtiyaç bulunduğunu kabul etmek gerekir.

Olası bir yeni düzenlemede, HAGB kararlarının istinaf denetimine açılması gündeme gelebilir. Ancak 7745 sayılı Kanun ile 2023'te getirilen düzenlemeyle HAGB'de itiraz, ağır ceza mahkemelerine verilmiş bir istinaf yetkisi mahiyetine kavuşmuştur. Bu durum, HAGB ile sonuçlanan yargılamalardaki ispat faaliyetinde müşahede edilen zayıflığın giderilmesine zaman içerisinde hizmet edecektir. Bu bakımdan itiraz kanun yolunun bu haliyle korunması yahut yeni düzenlemeyle HAGB'nin istinafa açılması arasında esaslı bir fark yoktur.

Müsadere uygulaması açısından yeni düzenlemede, TCK m. 75/5'tekine benzer biçimde *"bu madde gereğince hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi, kişisel hakkın*

istenmesine, malın geri alınmasına ve müsadereye ilişkin hükümlerin uygulanmasını etkilemez” şeklinde bir hükme yer verilmesi, müsadereye ilişkin olarak infaz zamanı, müsadereye tesiri ve kanun yolu ile müsadere yargılamasında usul açısından mevcut sorunları ortadan kaldıracaktır.

Kanımızca kamu görevlilerinin işledikleri işkence suçlarında HAGB'nin uygulanma imkanı oldukça düşüktür. Zira TCK m. 94'ün alt sınırı üç yıl hapis cezası olarak belirlenmiştir. Bunun dışında, kamu görevlisinin, zor kullanma yetkisinin şartlarının oluşmadığı ve söz gelimi üniformanın sağladığı güç ile gereksiz bir yaralama fiilini kasten işlediği (TCK m. 86/3-d) veya zor kullanma yetkisinde sınırın kasten aşıldığı hallerde (TCK m. 256), HAGB'nin cezasızlığa sebebiyet verip vermediği değerlendirilirken, infaz kanunundaki denetimli serbestlik ve koşullu salıverilmeye ilişkin düzenlemelerin tatbiki ile bu müesseselerde sıklıkla yapılan değişiklikler sonucunda, anılan suçlardan dolayı verilen HAGB kapsamında kalan cezaların, infaz kabiliyetinin bulunmadığı da dikkate alınmalıdır. Keza bu tip durumlarda HAGB'nin uygulanmaması, tek başına AYM'nin dile getirdiği anayasaya aykırılık gerekçelerinin ortadan kaldırılmasını sağlamayacaktır. Bunun için TCK m. 51'e göre erteleme de uygulanmaması lazım gelir. Ayrıca kamu görevlilerinin işledikleri HAGB sınırında kalan hürriyeti bağlayıcı cezaların HAGB uygulanmaksızın infazına nazaran, bu kişiler hakkında disiplin cezası uygulanması, cezasızlık algısı konusundaki endişelerin ortadan kaldırılmasında ve İHAM kararlarıyla uyumlu bir tatbikat geliştirilmesinde daha etkili olacaktır.

KAYNAKÇA

Aksoy Retornaz, Eylem. “Beccaria'nın Hapis Cezasına Bakışı Üzerine Bir Değerlendirme”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 112 (2014), 93-106.

Albayrak, Iğın. *Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması*. Ankara: Adalet, 2021.

Artuk, Mehmet Emin. “Ceza Kanununun Suç Siyaseti Bilimi Açısından Değerlendirilmesi”. *Ceza Hukuku Dergisi* 1/2 (Aralık 2006), 9-18.

Artuk, Mehmet Emin. “Türk Ceza Hukukunda Yaptırımlar Sistemi”. *Ceza Hukuku Dergisi* 2/4 (Ağustos 2007), 61-77.

Aydın, Devrim. “Ceza Hukukunda Okullar”. *Ceza Hukuku Dergisi* 6/15 (Nisan 2011), 47-56.

Ayiter, Ferit. “Sübjektif hak -Hususi haklara ait tetkikler-“. *Adliye Ceridesi* 5 inci Sayı (1938), 644-688.

Beccaria, Cesare. *Suçlar ve Cezalar Hakkında*. çev. Sami Selçuk. İstanbul: İmge, 2004.

Beling Ernst. *Deutsches Reichsstrafprozeßrecht*. Berlin: Walter de Gruyter, 1928.

Berner, Albert Friedrich. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. Leipzig: Verlag von Bernard Tauchniß, 1895.

Canpolat, Can. “Ceza Muhakemesi Hukukunun Amacı, Objektif gerçeğin keşfi mi? Yargısal bir gerçeklik inşa etmek mi?”. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15/2 (2020), 451-501.

Canpolat, Can. “7242 sayılı İnfaz Kanunu Yönünden Amaç ve Sistem Sorunu”. *Legalblog* (25.4.2020). <https://legal.com.tr/blog/>

Centel, Nur-Zafer, Hamide. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Beta, 2021.

Demirbaş Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin 2020.

Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Kısım C. I*. İstanbul: Filiz, 1985.

Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C. II*. İstanbul: Filiz, 1983.

Erem Faruk. *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku -C. I Genel Hükümler-*. Ankara: Sevinç, 1973.

Frisch Wolfgang. “Zum Zweck der Strafandrohung -Ein Beitrag zur Theorie von der positiven Generalprävention-“, *Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014*. Berlin: Walter de Gruyter, 2014.

Köksal Tuğçe Duygu. *Kötü Muamele İddialarının Etkili Soruşturulması Yükümlülüğüne İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Kaynakçası*. Ankara: Altan Özyurt Matbaacılık, 2019. (Metnin dijitali, <https://rm.coe.int/reference-guide-on-decisions-of-the-european-court-of-human-rights-eff/168096953c> adresinde yayımlanmıştır.)

Kindhäuser Urs. “Wie man Verbrechen vorbeugt -Zu Cesare Beccarias Konzeption der Kriminalprävention-“, *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*. Berlin: Walter de Gruyter, 2011.

Lindner, Charles-Savarese, Margeret. “The Evolution of Probation “Historical Contributions of the Volunteer”, *Federal Probation*. Washington D.C: June 1984.

Mezger, Edmund. *Strafrecht -Ein Lehrbuch-*. Berlin: Duncker&Humblot, 1949.

Özbek, Mustafa. “Çağdaş Ceza Adaleti Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları ve Arabuluculuk Uygulaması”, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma*. ed. Feridun Yenisey. İstanbul: Arıkan, 2005.

Ritter von Feuerbach, Paul Johann Anselm. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Goldbach: Keip Verlag, 1997.

Roxin, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. Berlin: Walter de Gruyter, 1970.

Soyaslan, Doğan. “Cezaların Tecili”, *Ceza Hukuku El Kitabı*. İstanbul: Beta, 1989.

Tokgöz, Havva Begüm. “Cezalandırmanın Amacı ve Bu Bağlamda Ütopyalar Üzerine Bir Değerlendirme”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 22/1, 2020, 431-467.

Tümerkan, Somer. “Klasik, Pozitivist Okullarda ve Toplumsal Savunma Hareketinde Ceza Sorumluluğunun Esası”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 48/1-4 (1983), 51-71.

Ünver, Yener-Hakeri, Hakan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet, 2022.

von Hippel, Robert. *Deutsches Strafrecht -Band I Allgemeine Grundlagen-*. Aalen: Scientia Verlag, 1971.

von Liszt, Franz. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. Berlin: J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1900.

Wachenfeld, Friedrich. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. München: C.H Beck, 1914.

Yalçın, Can. *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*. Ankara: Seçkin, 2021.

Yenisey, Feridun-Nuhoğlu, Ayşe. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2021.

Yıldırım, Akif. *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*. Ankara: Seçkin, 2018.