

TÜRK VE ALMAN HUKUKU'NDA HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI

WARNING COMBINED WITH DEFERMENT OF SENTENCE IN TURKISH AND GERMAN LAW

Ali Tanju SARIGÜL*

Özet: Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun Türk Hukukundaki uygulaması Alman Hukuku ile karşılaştırıldığında, en dikkate değer husus uygulama kapsamının belirgin bir şekilde genişliği- dir. Bu geniş uygulama kapsamı, objektif koşulların yanında özellikle sübjektif koşulların yorumlanmasındaki sorunu ön plana çıkarmaktadır.

Ceza Muhakemesindeki düzenleme, Alman Ceza Kanunu'ndaki (StGB) düzenlemeye benzer şekilde, “*bir daha suç işleyeceği/işlemeyeceği kanaatinin*” oluşturulması safhasında hâkime geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Sosyal öngörü niteliğinde bir değerlendirmeyi gerektiren bu takdir yetkisi, ancak fiile ve faile ilişkin özelliklerin eksiksiz bir şekilde tespit edilerek kişiselleştirmede dikkate alındığı ölçüde hukuka uygun kullanılmış olacaktır. Özellikle failin kişilik özelliklerinin, cezanın kişi üzerindeki beklenen etkileri de göz önüne alınmak suretiyle tespiti, kişiselleştirmenin olmazsa olmaz şartıdır.

Makalede, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, hukuki niteliği ve özellikle uygulanma koşulları yönünden StGB'deki düzenlemelerle karşılaştırmalı olarak incelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, ceza vermektен vazgeçme, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, bir daha suç işlemeyeceği kanaati, kişilik özellikleri.

Abstract: When warning combined with deferment of sentence in Turkish Law is compared with German Law, the most prominent point to note is significantly broad scope of application. This broad scope of application brought especially the problem of interpretation of the subjective conditions as well as the objective conditions, the foreground.

Regulation in the Code of Criminal Procedure, similar to the regulation of the German Criminal Code, in the creation of the “*to be of the opinion that the offender will commit/no further offences*” phase gives the judge a wide discretion authority.

* Dr., Askeri Yargıtay Başsavcı Başyardımcısı

This discretion authority, require an assessment of the nature of social prediction, will be used in accordance with the law, if identified the offence and perpetrator's traits in a complete manner, and taking into account the extent customization. In particular, perpetrator's personality traits must be determined by taking into account of the expected effects punishment on him/her is the *sine qua non* of customization.

In this article, the warning combined with deferment of sentence is examined in terms of the legal nature and especially the conditions of application in comparison with the legal rules in German Criminal Law.

Keywords: Warning combined with deferment of sentence, discharge, provisional dispensing with prosecution, to be of the opinion that the offender will commit no further offences, personality traits.

I. GİRİŞ

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, önce 03.07.2005 tarih ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun (ÇKK) 23. maddesiyle Ceza Hukuku mevzuatına dahil olmuş, daha sonra 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 231. maddesinin 5560 sayılı Kanunla değiştirilmesiyle, tüm sanıklar için uygulanabilir hale gelmiştir. Ayrıca bu Kanun ile ÇKK'da değişiklik yapılarak, CMK'nın 231. maddesine atıf yapılmış, ancak denetim süresinin çocuklar için üç yıl olacağı hüküm altına alınmıştır.¹

CMK'nın 231. maddesinde yapılan ilk düzenlemede; hükümün açıklanmasının geri bırakılması, sadece şikâyete tabi suçlar için ve bir yıl hapis cezasının altındaki cezalar için öngörülmüştü. CMK'da yapılan 5728 sayılı Kanun değişikliği ile ise işlenen suçun şikâyete tabi olma koşulu kaldırılmış, uygulanma sınırı da bir yıldan iki yıla çıkarılmıştır.

CMK'nın 231. maddesindeki düzenlemenin son haliyle; sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; diğer koşullar bulunmak suretiyle mahkemece, hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmektedir.

¹ Bu düzenleme ile çocuklar tarafından ÇKK'nın yürürlüğe girdiği 19.12.2006 tarihinden önce işlenen suçlar bakımından şikâyete tabi olma koşulu aranmayacak ve uygulamaya esas hapis cezasının üst sınırı üç yıl olarak kabul edilecektir.

Bu makalenin amacı, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunu bir bütün olarak incelemek değil, Alman Ceza Hukukundaki düzenlemeler ile karşılaştırma yaparak, özellikle hukuki niteliği, uygulanma kapsamı ve koşullarındaki farklılık ve benzerliklere değinmek, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun nasıl uygulanması gerektiğine öğretici ve uygulama açısından farklı bir bakış açısı getirebilmektir.

Ancak karşılaştırma için, öncelikle Alman Ceza Hukukundaki hükmün açıklanmasını geri bırakılması kurumuna ilişkin düzenlemelere değinmekte yarar görülmüştür.

II. ALMAN CEZA HUKUKUNDA HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

A. ALMAN CEZA KANUNU MD. 59: CEZA SAKLI TUTULARAK YAPILAN ADLİ TEVBİH

StGB'nin² 59. maddesinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuna yer verildiğini görmekteyiz. Kanun maddesinin başlığı, “ceza saklı tutularak yapılan adli tevbih” şeklindedir³.

Bu maddeye göre; yüz seksen gün birimine kadar adli para cezası verilmesi durumunda;

1. Cezaya mahkûm edilmeksizin de failin gelecekte başka suç işleme-yeceği beklenebiliyorsa,
2. Fiil ve failin kişiliği bir bütün olarak değerlendirildiğinde, cezaya hükmetmeyi gereksiz hale getiren özel sebeplerin varlığı tespit edilmiş olursa,
3. Hukuk düzeninin korunması için failin cezaya mahkûm edilmesi gerekli değilse,

Mahkûmiyet hükmü verilerek ceza belirlenmekte, ancak cezanın uygulanması saklı tutulmaktadır⁴.

² Strafgesetzbuch (StGB)

³ Verwarnung mit Strafvorbehalt. Kanun metninin tercümesi için bkz. Feridun Yenisey/Gottfried Plagemann, Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch (StGB), İstanbul, 2009, s.56 vd.

⁴ Kanun'un orijinal metni için bkz. <http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>

Mahkemece koşulların mevcut olduğu değerlendiriyorsa, hükümde failin kusuru belirtilerek adli tevbihte bulunulmakta, ceza belirlendikten sonra, bu cezaya hükmedilmesi saklı tutulmaktadır.

Ayrıca hükümlünün kişiliği, önceki hayatı, fiilin icrası sırasındaki durumlar, fiilden sonraki davranışı, yaşam koşulları ve cezanın ertelenmesiyle hükümlü hakkında doğması beklenecek sonuçların özellikle göz önünde bulundurulacağına ilişkin m. 56'nın 1. fıkrasının 2. cümlesinde düzenlenen ertelemeye ilişkin hükümlerin, hükümün açıklanmasının geri bırakılması yönünden kıyasen uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.⁵

Maddede ayrıca, adli tevbih ile birlikte, iyileştirme ve güvenlik tedbirlerine hükmedilmesinin mümkün olmadığı, ancak kazanç veya eşya müsaderesine hükmedilebileceği belirtilmektedir.

Kanun maddesinin diğer başlıklarında ise sırasıyla; denetim süresi, yükümlülükler ve talimatlar (m.59a), saklı tutulan cezaya hükmedilmesine ilişkin koşullar (m.59b), toplam ceza ve saklı tutularak yapılan adli tevbih hükümleri (m.59c) düzenlenmektedir.

StGB m.59a uyarınca, denetim süresi bir yıldan az, iki yıldan fazla olamaz. Saklı tutulan cezaya hükmedilmesi ile ilgili olarak, yukarıda belirtildiği gibi ertelemeye ilişkin hükümlere atıf yapılmakta, 56f maddesinin kıyasen uygulanacağı belirtilmektedir (m.59b).

(erişim tarihi:24.10.2014)

⁵ StGB m.56; Cezanın ertelenmesine ilişkin düzenlemeyi içermekte, atıf yapılan bentler ise sanık ve suçta konu eylem yönünden değerlendirilmesi gereken hususları içermektedir.

Md.56: Cezanın ertelenmesi (1) : Süresi bir yıldan fazla olmayan hapis ezasına mahkûm edildiği hallerde, hükümlü için yeterli ikaz olacağı ve cezası infaz ettirilmeden de, bundan sonra suç işlemeyeceği beklenirse, mahkeme cezanın infazını erteler. Bu arada hükümlünün kişiliği, önceki hayatı, fiilin icrası sırasındaki durumlar, fiilden sonraki davranışı, yaşam şartları ve cezanın ertelenmesiyle hükümlü hakkında doğması beklenecek sonuçlar, bu arada özellikle göz önünde tutulur. Kanun metninin tercümesi için bkz. Yenisey/Plagemann, s.45.

B. ALMAN GENÇ MAHKEMELERİ KANUNU (JGG) MD. 27: GENÇ CEZASININ HÜKMEDİLMESİNİN ERTELENMESİ⁶

Yetişkinler için StGB'deki mevcut yukarıdaki düzenlemenin yanı sıra, JGG'nin 27. maddesinde düzenlenen koşullar bulunduğu takdirde, gençler⁷ yönünden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmektedir.

Bu maddeye göre; mahkemenin yapmış olduğu tüm araştırmaların sonucunda, hürriyeti bağlayıcı cezanın verilmesi gerektirecek yoğunlukta zararlı eğilimleri (*suça meyilli, schädliche Neigungen*) bulunup bulunmadığı konusunda kesin bir karar verilemiyorsa, mahkeme önce sanığın suçlu olduğunu belirler (*Schuldspruch*) ve bu belirlemeyi yaptığı sırada da sanığa bazı emirler vererek ve yükümlülükler yükleyerek bir deneme süresi tayin eder ve genç için hapis cezasının belirlenmesini erteleyebilir.⁸

Mahkemenin JGG m.27'yi uygulayarak genç için hapis cezasının belirlenmesini erteleyebilmesi için, maddede sınırlı sayıda belirtilen koşulların gerçekleşmiş olması gerekir. Bu koşullar dışında bir gerekçeyle m.27'nin uygulanması mümkün değildir.⁹

JGG m.27'ye göre; öncelikle failin fiili işlemiş olduğu ve kast veya taksir şeklinde kusurunun bulunduğu ispat edilmiş olmalı, failin olaydaki kusuru ağır olmamalıdır. Failin zararlı eğilimleri bulunduğu dair emareler bulunmalı, ancak zararlı eğilimlerin kapsamına ilişkin, bu eğilimlerin bir genç cezasını gerektirdiği hakkında henüz nihai bir

⁶ Jugendgerichtsgesetz (JGG). Kanun'un orijinal metni için bkz. <http://www.gesetze-im-internet.de/jgg/> (erişim tarihi:24.10.2014)

⁷ Kanun'un 1. maddesi uyarınca, suça konu eylem tarihinde 14 yaşını doldurup, 18 yaşını doldurmamış olanlar "genç (Jugendlicher)" olarak tanımlanmıştır (JGG m.1). JGG, 18-24 yaş grubunu ise "genç yetişkin (Heranwachsende)" olarak tanımlamış ve bu yaş grubundakilerin prensip olarak yetişkinler için ceza hukukuna tabi olmasını ve ceza sorumluluğunun karine olarak varlığını kabul etmiştir. Bkz. Feridun Yenisey, Mukayeseli Hukuk Açısından Ceza Sorumluluğu Yaşı ve Ceza Sorumluluğu Olmayan Çocuklar ve Gençler için Ceza Hukukunda Uygulanan Alternatif Yapıtlar, 2007, s.11. http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/egitimbasvuru_basvuru/mukayeseli hukukta.pdf (erişim tarihi: 22.11.2014)

⁸ Yenisey, s.20.

⁹ Rudolf Brunner/ Dieter Dölling, Jugendgerichtsgesetz Kommentar, Berlin, 2011, s.191.

hüküm verilmemiş olmalıdır. Çünkü m.27, ancak zararlı eğilimlerin bulunduğu şüpheli olması halinde uygulanabilmektedir.¹⁰

Mahkeme bu kararı vermeden önce temel alacağı ceza, genç için hapis cezası olduğundan, daha az etkili alternatif yaptırımların yeterli olup olmayacağını denetlemiş olmalı ve alternatif yaptırımların yeterli olmadığı anlaşılmış olmalıdır. Mahkeme genç hapis cezasının belirlenmesini erteleme kararı alırsa, sanığa onun anlayabileceği bir şekilde, bu kararın bir seçenek yaptırım olduğunu ve önemini anlatır. Neticede bir erteleme söz konusu olduğu için, ulaşılmak istenilen başarının elde edilebilmesi için, sanığa deneme süresi içinde yerine getirebileceği bazı yükümlülükler yüklenmesi büyük önem taşır.¹¹

Eğer denetim süresinin neticesinde failde olumlu bir etki beklenmiyorsa m.27'nin uygulanmasının bir anlamı bulunmamaktadır. Failin kusurunun ağır olmadığı, ceza kararına hükmedilmesinin hakkaniyetli olmayacağı bazı hafif nitelikte suçlarda (z.B. *bei Bagatelledelikten*) cezanın belirlenmesinin ertelenmesi yoluna gidilmektedir.¹²

Genç cezasının hükmedilmesinin ertelenmesine ilişkin JGG'nin diğer hükümleri incelendiğinde ise; m. 28'de, denetim süresinin bir yıldan az, iki yıldan çok olamayacağı, bu sürenin kararın kesinleşmesiyle başlayacağı, bu sürenin sonradan bir yıla kadar kısaltılabileceği ve denetim süresinin bitiminden önce iki yıla kadar uzatılabileceği düzenlenmektedir.

Denetim süresi içinde gencin bir gözetmenin denetimi ve idaresi altında bulundurulacağı, bu sürenin iyi halli geçirildiği takdirde suçluluk tespitinin kaldırılacağı, aksi takdirde cezaya hükümlenacağı hususlarının da 29 ve 30. maddelerde düzenlendiğini görmekteyiz.

III. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KURUMUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması; sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının belirli bir süreyle ve öngörülecek koşullara bağlı olarak ertelenmesini, yani hükmün belirli

¹⁰ BGH 35, 288; OLG Oldenburg ZJJ 11, 91; Brunner/Dölling, s.191.

¹¹ Yenisey, s.20.

¹² Brunner/Dölling, s.191.

bir süre askıda kalmasını ve bu süre içinde konulan yükümlülüklerle uyulması halinde, sanık hakkında hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eder.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun, maddi ceza hukuku normu mu, yoksa usul hukuku normu mu olduğu özellikle kesinleşmiş ancak henüz infazı tamamlanmamış davalar ile henüz devam eden yargılamalarda lehe kanun uygulaması yönünden önem arz ettiğinden tartışma konusu olmuştur.

Öğretide kurumun bir ceza muhakemesi kurumu veya karma nitelikte olduğuna ilişkin görüşler bulunmaktadır. Mahmutoğlu, ceza muhakemesi kurumu olarak nitelendirmekte,¹³ Özgenç, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının hangi hukuk dalının kurumu olduğu hususunda kesin bir sonuca varmanın mümkün olmadığını, usul kurumu olduğu yönündeki gerekçelerin daha güçlü olarak değerlendirilebileceğini ifade etmektedir. Özgenç, kişi özgürlüğü ilişkisinden hareketle, maddi ceza hukuku yönünün de olduğunu, ancak sadece kişi özgürlüğünü ilgilendirdiği gerekçesiyle maddi ceza hukukunun zaman bakımından hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığını, bütün ceza muhakemesi kurum ve işlemlerinin kişi özgürlüğü ile bir biçimde ilgili olduğunu belirtmektedir.¹⁴ Ünver/Hakeri, bir tür erteleme olarak nitelendirmekte,¹⁵ Centel/Zafer ise maddi ceza hukuku ve usul hukukunu yakından ilgilendirdiğini, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının muhakeme engeli oluşturan durma kararı niteliğinde olduğunu belirtmektedir.¹⁶

Bir başka görüşe göre ise bu kurumun, CMK'da düzenlendiği ve kurulan hükümlerle ilgili olduğu için usul hukuku, sanık ile ceza arasındaki ilişkiyi askıya alıp, belirli koşullarda daha sonra da sona erdirdiği için ceza hukukunu ilgilendirdiği ifade edilmektedir.¹⁷

¹³ Fatih Selami Mahmutoğlu, "Kamu Davasının Açılmasının Ertelemesi ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması", Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar Sempozyumu, İstanbul 2009, s.356.

¹⁴ İzzet Özgenç, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması", Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, İstanbul, 3. Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 57.

¹⁵ Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2012, s.746.

¹⁶ Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2010, s.712.

¹⁷ Mustafa Artuç, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Ankara, 2009, s.7.

Yargıtay kararlarında, hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumu karma nitelikli bir kurum olarak nitelendirilmekte, CMK'da düzenlenmiş olmasının bu niteliğini değiştirmeyeceği belirtilmektedir. Kararlarda ayrıca "koşullu bir düşme kararı" niteliğinde olduğu da ifade edilmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 19.2.2008 tarihli Kararında hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumu; "Sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün, hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eden, denetim süresi içinde kasten yeni bir suçun işlenmemesi ve yükümlülüklerle uygun davranılması halinde, hükümün ortadan kaldırılarak kamu davasının düşmesi sonucunu doğuran, bu niteliği itibariyle sanık ve devlet arasındaki ilişkiyi sona erdiren düşme nedenlerinden birisi" olarak nitelendirilmiş ve karma nitelikli bir kurum olduğu vurgulanmıştır.¹⁸

Kanaatimizce; devletin cezalandırma yetkisinin belirli bir süre kullanılmamasına ve belirli koşullarda ortadan kalkmasına yol açan, cezanın ertelenmesi kurumuna, koşulları ve sonuçları itibariyle çok benzeyen, erteleme ve seçenek yaptırımlara çevirme gibi cezanın kişiselleştirilmesi kurumlarından biri olan bu kurum, maddi ceza hukuku normu niteliğindedir.¹⁹

Alman Ceza Mevzuatında bu kurumun; StGB'nin Genel Hükümler (*Allgemeiner Teil*) kitabında, Suçun Hukuki Sonuçları (*Rechtsfolgen der Tat*) başlıklı 3. bölümünde, cezalar, cezaların ertelenmesi gibi mad-

¹⁸ YCGK. 19.2.2008, 346-25; YCGK. 3.2.2009, 11-250/13 (UYAP).

¹⁹ Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasının, aynen erteleme ve kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar gibi hükümün ve cezanın kişiselleştirilmesi kurumlarından biri olduğu Anayasa Mahkemesi Kararlarında da belirtilmektedir (AYM. 17.1.2013, 2012/80, 2013/16).

Taner, hükümün açıklanmasının geri bırakılması (ertelenmesi) kurumunun saf bir maddi ceza hukuku normu olduğunu, ceza muhakemesinde ortaya çıkan etkilerin birer sonuç olduğunu, sebebin ise dava ve ceza ilişkisini ortadan kaldıran nedenin kendisi olduğunu belirtmektedir [Fahri Gökçen Taner, "Hükümün Açıklanmasının Ertelenmesinin (Geri Bırakılmasının) Hukuki Niteliği ve Ertellemeyi Kabul Edip Etmediğinin Sanığa Duruşma Evresinin Sona Ermesinden Önce Sorulmasının Hukuka Aykırılığı Üzerine", *Ankara Barosu Dergisi*, 2011/4, s.290].

Baştürk de benzer şekilde, hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun ortaya konuluş sebebi ile amaçlarından, tarihi gelişiminden, cezalar sistemi içindeki yerinden ve kuruma ilişkin normun içeriğinden (zamanaşımının durması gibi) kurumun maddi ceza hukukuna ait olduğunu ve buna ilişkin normların da cezalandırma hukuki ilişkisiyle ilgili olup, sonuçta bu normun da maddi ceza hukuku normu niteliği taşıdığını belirtmektedir. (İhsan Baştürk, *Hükümün Açıklanmasının Ertelenmesi*, Ankara, 2014, s.209, 211).

di ceza hukuku normları ile aynı bölüm içerisinde, cezaların erteleme-sinden hemen sonra 5. fasılda düzenlendiğini görmekteyiz.²⁰ Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun, StGB'de olduğu gibi, CMK yerine 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) düzenlenmesi, sistematik açıdan belki de daha isabetli olurdu.

Türk Ceza Mevzuatında 23.1.2008 tarihli 5728 sayılı Kanun deği-şikliği ile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının hangi hukuk dalının kurumu olduğu hususundaki tartışmalar; artık uygulamadan ziyade öğreti alanına dahil olmuştur.²¹

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 3.2.2009 tarihli Kararında da bu yasa değişikliğine atıf yapılarak; kurumun kesinleşmiş, infaz edil-mekte olan ve hukuki yarar bulunmak kaydıyla infaz edilmiş hü-kümler yönünden uygulanmasının zorunlu olduğu vurgulanmış,²² hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulama

²⁰ Bkz. <http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/> (erişim tarihi:24.10.2014)

²¹ İlgili Kanun düzenlemesi; Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte Yargıtay ilgili ceza dairesinde bulunan dosyalar hakkında bu Kanunun lehe hükümlerinin derhal uygulanabileceği hallerde, usule aykırılık bulunmadığı takdirde, dosya esastan incelenmek, acele işlerden sayılmak ve TCK'nın 7 nci maddesi dikkate alınmak suretiyle karar verileceğini, bu Kanun yürürlüğe girdiği tarihten önce kesinleşmiş ve infaz edilmekte olan mahkûmiyet kararları hakkında, lehe kanun hükümlerinin, hükmü veren mahkemece 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 98 ilâ 101 inci maddeleri dikkate alınmak ve dosya üzerinden incelenmek suretiyle belirleneceğini, ancak, hükmün konusunun herhangi bir inceleme, araştırma, delil tartışması ve takdir hakkının kullanılmasını gerektirmesi halinde inceleme, duruşma açılmak suretiyle yapılabileceğini, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce kesin hükümle sonuçlanmış olan davalarda lehe hükmün belirlenmesi ve uygulanması amacıyla, yapılan yargılama bakımından dava zamanlaşımı hükümleri uygulanmayacağını, içermektedir.

²² YCGK. 3.2.2009, 11-250/13. "Sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmasını ifade eden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, doğurduğu sonuçlar itibariyle karma bir özelliğe sahip olup, bu husus Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 19.02.2008 gün ve 346/25 sayılı kararında da açıkça vurgulanmıştır.

Karma bir niteliği bulunan bu kurumun, maddi ceza hukukuna ilişkin yönü nazara alındığında, 5237 sayılı Yasanın 7. maddesinde tanımlanan lehe yasanın geçmiş yürümesi ilkesi uyarınca, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun önceki hükümlere de uygulanması doğaldır. ... gerek yasal düzenleme, gerek Yargıtay Ceza Genel Kurulunun ve Özel Dairelerin yerleşmiş yargısal kararları, gerekse hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun hukuki niteliği nazara alındığında, bu kurumun kesinleşmiş, infaz edilmekte olan ve hukuki yarar bulunmak koşuluyla infaz edilmiş hükümler yönünden de uygulanması zorunludur".

esasları ayrıntılı olarak belirtmek suretiyle kesinleşmiş dosyalarda yeniden inceleme yapılamayacağına ilişkin görüşler uygulamada mesnetsiz kalmıştır.²³

Alman Ceza Hukukunda hükümün açıklanmasının geri bırakılması, Ceza Kanunu'nun en hafif ve aynı zamanda topluma kazandırma amaçlı "*yaptırım*" olarak tanımlanmaktadır.²⁴ Somut açıdan bir ceza olarak nitelendirilemeyeceği, aksine çoğu zaman bu kurumun uygulanmasıyla bir cezanın önüne geçildiği, "*kendine özgü bir yaptırım*" olduğu kabul edilmektedir.²⁵ Burada yapılan adli tevbihin hukuki niteliğinin açık olmadığı, ortada bir ceza bulunmakla birlikte, açıklanmadığı, eylemin ayıplanması (hukuka uygun bulunmaması) ve geri bırakma sonrası sanığın geleceğe yönelik Kanun'da belirtilen koşullara uyma yükümlülüğü göz önüne alındığında, "*kendine özgü yaptırım benzeri bir yöntem*" olarak da nitelendirilebileceği belirtilmektedir.²⁶ Uygulanma koşulları itibarıyla büyük ölçüde örtüştüğü göz önüne alındığında, Alman Ceza Hukukunda hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun, maddi ceza hukuku kurumu olan erteleme özel bir şeklini teşkil ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması StGB'de (yetişkinler yönünden), CMK'dan farklı olarak, hürriyeti bağlayıcı cezalarda uygulama alanı bulunmayıp, sadece yüz seksen gün birimine kadar adli para cezasını gerektiren suçlarda uygulanabildiğinden, kanun koyucu tarafından kriminal yönden tehlikesiz olarak nitelendirilebilecek sanıklar bakımından bir imkân tanınması amaçlanmıştır.²⁷ CMK' da

²³ Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin 10. fıkrasında belirtildiği üzere, denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hükümün ortadan kaldırılarak davanın düşmesi sonucunu doğurduğundan koşullu bir düşme nedeni olarak nitelendirilen hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, koşulların varlığı halinde erteleme ve diğer şahsileştirme kurumlarından önce uygulanması (değerlendirilmesi) gereken bir nitelik taşımakta ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda düzenlenen erteleme hükümlerine göre sanık lehine sonuçlar doğurmaktadır. Y.2.CD., 21.10.2009, E.2008/32723-K.2009/39449. (UYAP).

²⁴ Kristian Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, München, 2007, s.405.

²⁵ Marcel Arendt, Quo vadis, Geldstrafe, Möglichkeiten und Grenzen einer ambulanten Sanktion, Frankfurt, 2012, s.11.

²⁶ Kühl, s.406.

²⁷ Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, München, 2009, s.544.

olduğu şekilde, cezaya hükmolunmasından önceki bir basamağı teşkil etmekte, görece hafif suç işleyen kişilere denetim süresi sonunda hiç suç işlenmemiş gibi devam etmeleri için bir şans verilmektedir.

Sadece adli para cezasını gerektiren suçlar (yüz seksen gün birimine kadar) yönünden uygulanabilir olması ve mahkemece Kanun'da belirtilen bir dizi koşullar yönünden değerlendirilmesi sonucu, mahkemenin (hâkimin) takdirine taalluk eden yapısı nedeniyle kanun koyucu tarafından istisnai karakterde bir hüküm olduğu ve sınırlı sayıda mahkûmiyet hükmünü etkileyeceği belirtilmiştir. 2. Adalet Reform Kanunu değişikliği kapsamında, 2006 yılında JGG'de yapılan değişiklikle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulama alanı Genç Ceza Hukuku yönünden genişlemiş olmakla birlikte, istisnai niteliğini muhafaza etmiştir.²⁸

Rakamlarla somutlaştıracak olursak, Alman Hukukunda 2009 yılı verilerine göre yetişkinler yönünden toplam cezaların sadece % 1.08'ini hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları oluşturmakta, gençler yönünden ise bu oran % 2'ye tekabül etmektedir.²⁹ 1980 yılında (yetişkinler yönünden) hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı sayısı 1.309 iken bu rakam her geçen yıl artmış, 2009 yılı itibariyle 7.930 rakamına ulaşmıştır.³⁰ Alman Ceza Hukuku pratiğinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının kapsamı genişleme eğiliminde olmuştur.³¹

Ancak diğer taraftan, Alman Ceza Usul Kanunu (StPO)³² m.153a' da düzenlenen "*kamu davasının açılmasının ertelenmesi*" kurumu³³ (*Eins-*

²⁸ Fassung aufgrund des Zweiten Gesetzes zur Modernisierung der Justiz (2. Justizmodernisierungsgesetz) vom 22.12.2006 (BGBl. I S. 3416)m.W.v. 31.12.2006. Fischer, s.544, Kühl, s.405-406. Değişikliğin orijinal metni için bkz. http://www.bgbl.de/banzxaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl106s3416.pdf%27%5D__1416734125260 (erişim tarihi: 23.11.2014)

²⁹ Brunner/Dölling, s.189.

³⁰ Arendt, s.20-21. Alman yaptırım sistemine ilişkin istatistiki verilere göre toplam cezaların % 80.6' sını adli para cezaları, geri kalan 18.3'ünü ise hürriyeti bağlayıcı cezalar oluşturmaktadır.

³¹ Arendt, s.21.

³² Strafprozessordnung-StPO

³³ Kanunun orijinal metni için bkz. <https://dejure.org/gesetze/StPO/153a.html>(erişim tarihi:24.10.2014)

StPO 153a: " Kovuşturmada kamu yararı yoksa ve sanığın kusurunun ağırlığı söz

tellung nach Erfüllung von Auflagen); hafif ve orta dereceli suçlar açısından, henüz soruşturma aşamasında uygulanabilmesi nedeniyle, Alman Ceza Hukuku uygulamasında daha fazla yer bulmakta, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamında olan adli para cezasını gerektiren suçlar ile ilgili soruşturma süreci ekseriyetle, m.153a'da belirtilen koşulların oluşması durumunda hükmün açıklanması sürecine gelmeden sona ermektedir.³⁴

2009 yılı verilerine göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının sayısı yukarıda da belirtildiği üzere 7.930 iken, StPO m.153a kapsamında verilen kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararlarının sayısı 263.702'dir.³⁵

Maslahata uygunluk ilkesinin (*opportunitätsprinzip*) bir pratiği olan kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu,³⁶ sınırlı uygulama alanına sahip hükmün açıklanmasını geri bırakılması karşısında öncelikli ve geniş bir uygulanma alanına sahiptir. Savcılık soruşturma sonunda, yeterli delil yönünden yaptığı değerlendirme esnasında, StPO m. 153a gereğince maslahata uygunluk nedenlerinin bulunup bulunmadığını her zaman dikkate almak zorundadır.³⁷

konusu değilse, son soruşturmanın açılması yetkisine sahip olan mahkemenin ve sanığın rızaları ile Savcılık bir cürümden (Vergehen) dolayı kamu davası açılmasından geçici olarak sarfınazar edebilir. Sanığa aşağıda sayılan yükümlülük ve talimatlar yüklenebilir..."

Burada belli talimat ve yükümlülüklerin uyulması şartına bağlı olarak ceza muhakemesinin durması söz konusu olmaktadır (bedingte Einstellung des Strafverfahrens). bkz. Heinrich Jescheck/Ulrich Sieber, Alman Ceza Hukukuna Giriş, Kusur İlkesi, Ceza Hukukunun Sınırları, (tercüme eden: Feridun Yenisey), İstanbul, 2007, s.67.

StPO m.153a'nın devamında yükümlülükler ve talimatlar kapsamında; fiilden doğan zararın giderilmesi için belirli bir edimde bulunma, bir meblağın kamuya yararlı bir kuruma ya da devlet kasasına (hazineye) ödenmesi, diğer kamuya yararlı edimlerde bulunma, belli bir ölçüde kendi geçimini sağlama, sosyal bir eğitim programına katılma gibi edimler sayılmakta, bu edimlerin sürelerine ilişkin hükümleri içermektedir (Tercüme tarafımdan yapılmıştır. StPO' nun güncel bir çevirisi bulunmamaktadır).

³⁴ Fischer, s.544; Lutz Meyer Gossner/Jürgen Cierniak, Strafprozessordnung, München, 2009, s.692; Jescheck/Sieber, s.67.

³⁵ Bu kararların 199.572'si Savcılıklarca, 64.130'u ise Mahkemeler tarafından verilmiştir. Adli para cezası karar sayısı: 592.578; hürriyeti bağlayıcı ceza karar sayısı: 137.496; ceza vermekten vazgeçme (StGB m.60) karar sayısı ise sadece 398'dir (Arendt, s.23).

³⁶ Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, München, 1987, s.238.

³⁷ Hans Heiner Kühne, Strafprozessrecht, Heidelberg, 2003, s.2; Friedrich Christian

Savcılık ya da şüphelinin, StPO m.153a uyarınca soruşturmanın şartlı olarak durmasına rıza göstermemeleri durumunda, mahkeme çare olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması yoluna başvurmakta, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı vermektedir. Ayrıca Mahkeme ve Savcılık, mahkûmiyet kararından ve müeyyide uygulanmasından vazgeçmemekle birlikte, hafif bir yaptırım uygulanması eğilimindeyse hükmün açıklanmasının geri bırakılması söz konusu olmaktadır. Ayrıca gösteri suçu gibi haksızlık bilincinin (*Unrechtsbewusstsein*) az olduğu, sınırlı bir yaptırım uygulanmasına lüzum görülen durumlarda ve öncelikle ruhsal yönden tedavi gerektiren vakalarda (*bei primär therapeutischen Bedürfnissen*) bu kurumun uygulanması gündeme gelmektedir.³⁸

Alman Hukukunda orta derece kriminalitede, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu kamu davası açılmasının ertelenmesi kurumu karşısında, kanuni düzenlemedeki istisnai özelliğinin yanı sıra sınırlı pratik bir öneme sahiptir. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile karşılaştırıldığında, her durumda duruşma yapılmadan sürecin sonlandırılmasına imkân vermesi, duruşmanın yanında mahkeme kararı, denetim süresi ve bu sürenin sonundaki ikinci bir mahkeme kararına lüzum kalmaması, ayrıca şüpheliye özel önleyici (*caydırıcı, präventiv*) pek çok yükümlülük yüklenebilmesi imkânı tanınması nedeniyle daha mantıklı ve usul ekonomisine uygun çözüm sunmaktadır.

Ancak tüm bu olumlu yönlerine karşın kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu, hukuki sorunu çözmediğinden kısmen ilgili mercilerin suiistimaline açık bir niteliğe sahiptir.³⁹ Duruşma yapılmaksızın yeterli şüphe olduğuna ilişkin kabule varılması tartışma konusu olmakta, deliller yönünden bir şüphe söz konusu ise, StPO m.153a'nın uygulanmaması gerektiği vurgulanmaktadır.⁴⁰ Kural ola-

Schroeder, Strafprozessrecht, München, 1993, s. 37.

³⁸ Abschlussbericht der Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems, 2000, s.39, <https://www.bib.uni-mannheim.de/fileadmin/pdf/fachinfo/jura/abschlussber-der-komm-strafreform.pdf> (erişim tarihi 18.11.2014)

³⁹ Abschlussbericht, s.43.

⁴⁰ Konstantinos Diakonis, Die Geringfügigkeitsvorschriften als Teil der Problematik der Kollision zwischen primären und sekundären Prinzipien des Rechts, Frankfurt, 2012, s.47.

rak suçun ispatının ancak delillerin tartışıldığı kolektif bir muhakeme ile mümkün olması nedeniyle, suç şüphesine rağmen şüpheliye bir takım mükellefiyetler yüklenmesi veya talimatlar verilmesi durumunda İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6/2. maddesinde düzenlenen suçsuzluk karinesinin ihlal edeceği kaygısı dile getirilmektedir.⁴¹ Aksi yöndeki çoğunluk görüşüne göre ise, suç sorunu askıda kaldığından, mükellefiyet ve talimatlar yerine getirilse bile suçsuzluk karinesinin ihlal edilmeyeceği düşünülmektedir.

StGB m.59 (hükmün açıklanmasının geri bırakılması) ise buna karşılık, hukuk devleti ilkesine uygun bir muhakeme usulünü (*rechtsstaatliches Verfahren*) garanti altına almaktadır.⁴² Bu nedenle, hürriyeti bağlayıcı cezalar ile büyük bir çoğunluğunu adli para cezalarının teşkil ettiği Alman Ceza Hukuku müeyyide sisteminde kriminolojik açıdan iyi bir diversiyon (yargı dışına yönlendirme) düşüncesine dayanan, istisnai nitelikteki hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuna uygulamada daha fazla yer verilmesi gerektiği belirtilmektedir.⁴³

Türk Hukuk sistemine dönecek olursak; CMK'da düzenlenen kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu (m.171), soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olup, üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlar yönünden uygulanabilir olması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumundan farklı olarak, kamu yararı bulunması koşulu aranması nedeniyle, sınırlı bir uygulama alanı bulmaktadır⁴⁴.

Buna karşılık hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, hukukumuzda yeni olmakla birlikte, (Alman Ceza Hukuk sistemin-

⁴¹ Diakonis, s.48.

⁴² Abschlussbericht, s.43.

⁴³ Abschlussbericht, s.44; ARENDT, s.24.

⁴⁴ 2006 yılı değişikliği ile " kamu davasının açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması" olması koşulu ilk kez CMK'ya dahil olmuştur. Bkz. Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2010, s.101. Cumhuriyet Savcısı bu takdir yetkisini kendiliğinden kullanabilmekle beraber, uygulamada çoğunlukla kamu davası açılması yoluna gidilmektedir. StPO'da ise kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı kural olarak sanığın yanında mahkemenin de rızası ile olmaktadır. (StPO m.153a).

den farklı olarak) yaygın bir uygulama alanına sahiptir ve ceza muhakemesi süreci büyük bir oranda hükmün açıklanmasının geri bırakılması aşamasına kadar gelmektedir. 2012 yılı istatistiklerine göre, ceza mahkemelerinde verilen karar sayısı 4.442.282, mahkumiyet hükümlerinin toplam sayısı 1.514.825, hükmün açıklanmasının geri bırakılması toplam karar sayısı ise 697.662'dir. Bu istatistiki verilere göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları, toplam karar sayısının % 15'ini teşkil etmektedir. Mahkumiyet hükümleri ile kıyaslandığında ise, % 46 gibi hayli yüksek bir orana tekabül etmektedir.⁴⁵

Ceza muhakeme sürecinin çoğunlukla hükmün açıklanmasının geri bırakılması aşamasına kadar gelmesinin ve dolayısıyla muhakemenin bu aşamasına kadar yargı dışına yönlendirmenin sınırlı bir şekilde mümkün olmasının muhakeme sisteminde yarattığı yük ortadadır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasından farklı olarak, ceza muhakemesi sürecinin dava açılmadan sonlanmasını sağladığından failin damgalanmasını ve ceza muhakemesi sürecindeki aşınma etkisini engelleyen, faile yüklenen yükümlülükler nedeniyle de onarıcı adalet uygulamalarının gerçekleştirilmesine katkı sağlayabilecek bir diversiyon modeli olan kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun Türk Ceza Hukuku müeyyide sistemindeki yerinin ve kapsamının tartışılması gerektiği düşünülmektedir.⁴⁶

IV. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARI VERİLEBİLMESİ İÇİN GEREKLİ KOŞULLAR

A. SUÇA VE CEZAYA İLİŞKİN KOŞULLAR

1.Suç İlişkin Koşul

Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu; uygulanmayacağı açıkça düzenlenen suçlar haricinde tüm suçlarda uygulanır.

⁴⁵ Bkz. http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2012/34.pdf (erişim tarihi: 21.11.2014) Benzer düşünce ve istatistikî değerlendirme için bkz. Taner, s.295; Baştürk, s.148.

⁴⁶ Krş. Baştürk, s.182-183.

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun düzenlendiği CMK'nın 231. maddesinde; Anayasanın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarda uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir.⁴⁷

26.2.2008 tarihli 5739 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla;⁴⁸1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu (AsCK), 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun (DMK) ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu (TMK) kapsamına giren suçlarla ilgili olarak, CMK'nın 231 inci maddesine göre hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemeyeceğine ilişkin düzenleme yapılmıştır.

Ancak AsCK'da yazılı suçlar yönünden uygulanan istisna Anayasa Mahkemesince; askeri disiplinin tesisi gerekçesiyle suçların işleniş şekli, ağırlığı ve korunan hukuki menfaat gibi hususlarda herhangi bir ayırım gözetilmeksizin AsCK'da düzenlenen tüm suçlar yönünden hükümün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanamamasının, ceza adaleti ile güdülen amaca uygun olmadığı ve cezanın kişiselleştirilmesinde hâkime tanınan takdir hakkını ortadan kaldırdığı gerekçesiyle iptal edilmiştir.⁴⁹ Bu itibarla, Askeri Ceza Kanunu'nda yazılı suçlar hakkında hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi mümkün hale gelmiştir.

DMK m.63/2'de söz konusu istisna devam etmekle birlikte, 31/1/2013 tarihli ve 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu'nun 45 inci maddesi değişikliğiyle Disiplin mahkemeleri sadece savaş zamanında kurulup yargılama yapabileceğinden, hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmamasına ilişkin istisnanın pratikte uygulanabilirliği kalmamıştır.

⁴⁷ Söz konusu istisnai düzenleme, 23.1.2008 tarihli, 5728 sayılı Kanun ile değiştirilmek suretiyle bugünkü şeklini almıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 141. maddesinde öngörülen yöntemine uygun bir evlenme olmaksızın dinsel törenle evlenme suçunu işleyen sanık hakkında, mahkemenin verdiği hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararını, CMK'nın 231. maddesindeki sınırlayıcı hükümleri gözetmeden verdiği gerekçesiyle hukuka aykırı olarak nitelendirmiştir. Bkz. YCGK, 6.10.2009, E.4-169, K.223 (<http://www.kazanci.com>) <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5739.html> (erişim tarihi:24.10.2014)

⁴⁸ ⁴⁹ Anayasa Mahkemesi, istisnanın ceza hukukunun temel prensiplerinden olan cezanın kişiselleştirilmesi ile ölçülülük ilkesine ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturduğunu belirtmiştir (AYM. 17.1.2013, 2012/80, 2013/16).

TMK'nın m.13'deki hükmün açıklanmasının geri bırakılması, seçenek yaptırımlara çevirme ve erteleme yönünden olan istisna da 02/07/2012 tarihinde 6352 sayılı Kanun değişikliği ile mülga olmuştur. Dolayısıyla, TMK kapsamına giren suçlar hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi mümkün hale gelmiştir.

5941 sayılı Çek Kanunu'nun (ÇK) 5. maddesinin 11. fıkrasındaki düzenlemede de karşılıksız çek keşide etmek suçundan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceğine ilişkin istisna mevcuttu. 31.01.2012 tarihli ve 6273 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle bu istisna yürürlükten kalkmış, ancak karşılıksız çek keşide etmek fiili artık adli para veya hapis cezasını gerektiren bir suç olarak tanımlanmadığından, CMK m.231'nin uygulanabilirliğinin tartışılmasının da bir anlamı kalmamıştır.⁵⁰

TCK'nın 191. maddesinde düzenlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmamak suçları da, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanması yönünden özellik arz etmektedir. TCK'nın 191/2. maddesine göre; kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında hüküm vermeden önce, kullanan kişi hakkında tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine; kullanmamakla birlikte, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında sadece denetimli serbestlik tedbirine karar verebilir. 191/6. fıkraya göre ise, mahkemenin cezaya hükmedildikten sonra da tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine karar vermesi mümkündür. Bu durumda, hükmolunan cezanın infazı ertelenmektedir.

⁵⁰ Mülga 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'da hükmün açıklanmasının geri bırakılması konusunda herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı. Ancak Yargıtay, mülga Kanun döneminde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararında ek yükümlülükler (denetimli serbestlik gibi) nedeniyle 3167 sayılı Kanun'un 16. maddedeki hükümlerin sanığın lehine olduğu belirtilerek, hükmün açıklanmasının geri bırakılması hükümlerinin uygulanmayacağına karar vermişti. Ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılması hükümlerinin genel ilke olarak uygulanamayacağı kabul edilmesinin yanlış sonuçlara götürebileceği, olayın özelliğine göre mahkemece değerlendirilmesi gerektiği yönünde görüşler ve uygulamada tereddütler mevcuttu. Bkz. Artuç, s.21, Enver Kumbasar, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Ankara, 2012, s.142; Baştürk, s.279.

Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmeden önce, sanığın kendisine yüklenen suçu işlediğinin sabit görülmesi ve işlediği suç dolayısıyla hakkında cezaya hükümlenmesi gerekmektedir.⁵¹ TCK'nın 191/2.maddesi uyarınca cezaya hükmedilmeksizin tedaviye ve/veya denetimli serbestlik tedbirine karar verildiğinde, kararın hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının koşulu niteliğindeki olan, mahkûmiyet hükmünü ve dolayısıyla CMK'nın 231. maddesi kapsamında bir cezayı içermemesi nedeniyle hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi olanaklı değildir.⁵²

191/6. maddesi uyarınca, sanık hakkında kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmaktan dolayı cezaya hükmedildikten sonra ya da başka bir deyişle hürriyeti bağlayıcı ceza ile birlikte tedaviye ve/veya denetimli serbestlik tedbirine tâbi tutulması durumunda ise tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin geciktirilmesinin bu güvenlik tedbirlerinin niteliği ve amacıyla bağdaşmayacak olması ve anılan tedbirin uygulanmasını kısıtlayacak şekilde sonuç yaratması nedeniyle, hükümün açıklanmasının geri bırakılması hükümleri uygulanamaz.⁵³ Ancak burada gözden kaçırılmaması ve üzerinde önemle durulması gereken husus, hükümün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanamayacağına ilişkin istisnanın, TCK'nın 191/1. maddesinde tanımlanan, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alma, kabul etme veya bulundurma suçuna ilişkin olduğudur.⁵⁴ Buna karşın, izinsiz kenevir ekmek ve uyuşturucu ticareti yapmak,⁵⁵ uyuşturucu madde kullanmak için başkalarına yer temin etmek⁵⁶ suçlarında diğer koşullar mevcut oldu-

⁵¹ Y.4.CD.,17.2.2010, E.2010/1752, K.2010/2542. "Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükümlenen ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis cezası veya adli para cezası ise, mahkemece hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir, şeklindeki düzenleme karşısında, sanık hakkında öncelikle suçun sabit olması halinde ceza hükmü kurulması gerektiği nazara alınmadan, ... ceza hükmü kurulmaksızın doğrudan hükümün açıklanmasına karar verilmesi yasaya aykırı görüldüğünden..."

⁵² Aynı yönde Artuç, s.30.

⁵³ YCGK.3.6.2008,E.2008/7-133,K.2008/162 (<http://www.kazanci.com>).

⁵⁴ Y.10.CD.,7.7.2008,E.2006/8491,K.2008/11601;Y.10.CD.,22.1.2008,E.2007/11699, K.2008/929. (Artuç, s.31,35-36 naklen)

⁵⁵ YCGK.3.6.2008,E.2008/7-133,K.2008/162 (<http://www.kazanci.com>).

⁵⁶ Y.10.CD., 24.6.2008, E.2008/3316, K.2008/10566 (Artuç, s.31 naklen).

⁵⁶ Y.6.CD., 7.5.2008, E.2008/2733, K.2008/7300 (Artuç, s.31 naklen).

ğu takdirde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi mümkündür.

Uzlaşma kapsamındaki suçlarda ise; öncelikle uzlaşma hükümlerinin uygulanması gerekir. CMK'nın 253 ve 254. maddeleri uyarınca sanığa, sanık reşit değil ise, kanuni temsilcisine uzlaşma önerisi yapılmadan hüküm tesisi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi olanaklı değildir.⁵⁷

StGB ve JGG'deki düzenlemeler incelendiğinde ise herhangi bir suç yönünden istisna getirilmediği görülmektedir. Ancak, yukarıda belirtildiği üzere, kurumun istisnai nitelikte olması nedeniyle zaten sınırlı bir uygulama alanına sahip olduğunu, yetişkinler yönünden % 1, gençler yönünden ise % 2 gibi çok düşük bir uygulanma oranına sahip bir kurumun bir kısım suçlar yönünden uygulanmayacağını düzenlemenin pek de anlamlı olmayacağını hatırlatmakta yarar görülmektedir.

2. Hükmolunan Cezaya İlişkin Koşul

CMK'nın 231. maddesi 5. fıkrasında; yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebileceği belirtilmektedir. Burada esas alınacak olan ceza, hükmolunan sonuç cezadır.⁵⁸

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için adli para cezası bakımından bir sınırlama getirilmemiştir. Hapis ve adli para cezasına birlikte hükmedilmiş ise hapis cezasının süresinin dikkate alınması gerekmektedir.⁵⁹

⁵⁷ Y.6.CD.,29.4.2010, E.2010/11555,K.2010/5151; Y.5.CD.30.9.2010, E.2010/2229, K.2010/7067. "Mesken masuniyetinin ihlali suçunun takibi şikayete bağlı olsun veya olmasın, 5560 sayılı Yasanın 24. maddesi ile değişik CMK.nın 253. maddesine göre uzlaşma kapsamında kaldığı, uzlaşmanın ise bir kovuşturma şartı olduğu nazara alınarak 5271 sayılı Yasanın 253 ve 254. maddeleri uyarınca uzlaştırma işlemi yapılması ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiğinin gözetilmemesi..."

⁵⁸ Çocuklar tarafından, 5560 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 19.12.2006 tarihinden önce işlenen suçlar bakımından uygulamaya esas hapis cezasının üst sınırı üç yıl olduğundan, lehe kanun hükmünün tespiti açısından dikkat etmek gerekmektedir.

⁵⁹ CMK'nın 231. maddesinin 5. fıkrasında kast edilen adli para cezası, seçenek yap-

Birden fazla suçtan mahkûmiyet halinde; hükümün açıklanmasının geri bırakılması koşulları, her suç ve sonuç ceza yönünden ayrı ayrı değerlendirilmekle birlikte,⁶⁰ birden fazla suç işlenmesi durumu, sanığın kişilik özellikleri ile yeniden suç işlemeyeceği hususunda edinecek kanaat bakımından dikkate alınabilecektir.⁶¹

StGB m.59'daki düzenlemede ise daha önce de belirttiğimiz gibi, hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun hürriyeti bağlayıcı cezalarda uygulanma alanı bulunmayıp, sadece yüz seksen gün birimine kadar adli para cezasını gerektiren suçlarda uygulanabilmektedir.

Aynı kişi tarafından birden fazla suç işlendiği takdirde, hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için toplam cezanın adli para cezası olması ve kanunda belirtilen sınır içerisinde kalması (yüz seksen gün birimi) gerekmektedir. Bir başka deyişle, m.59c uyarınca adli para cezaları toplanmakta ve toplam cezaya göre değerlendirme yapılmaktadır.⁶²

Adli para cezasının yanında hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmolunması durumunda da hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi mümkün değildir. Bu hükümün istisnasını ise 41. maddedeki düzenleme oluşturmaktadır.⁶³ Bu madde uyarınca; failin kişisel ve

tırım olarak hükmedilen adli para cezası olmayıp, TCK'nın 52. maddesinde öngörülen ve hapis cezası ile birlikte veya yalnız hükmedilen adli para cezalarıdır. Sanık hakkında hükmedilen hapis cezası henüz seçenek yaptırım olarak adli para cezasına çevrilmeden, hükümün açıklanmasının geriye bırakılması koşulları olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

Bu nedenle, iki yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı cezanın adli para cezasına çevrilerek hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi olanaklı değildir. "...sanık hakkında hükmolunan hapis cezası, henüz seçenek yaptırım olarak adli para cezasına ve tedbire çevrilmeden hükümün açıklanmasının geri bırakılması koşullarının değerlendirilmesi zorunlu olup, ancak bu konuda olumsuz bir kanaate ulaşıldığı takdirde uygulanabilecek bir hükme dayanılarak sonuç cezanın çevrilen adli para cezası veya tedbir olduğundan hareketle taksirli suçlarda hükmolunan 2 yıldan fazla hapis cezalarında hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebileceğini kabul etmek olanaklı değildir." bkz. YCGK.2.3.2010, E.2010/9-42, K.2010/44.

⁶⁰ YCGK.27.1.2009, E.2009/1-274, K.2009/9; YCGK.30.6.2009,E.2009/1-95, K.2009/180.

⁶¹ Ünver/Hakeri, s.749-750; Kumbasar, s.127; Baştürk, s.260.

⁶² NStZ 82, 258; Kühl, s.406.

⁶³ Fischer, s.544.

ekonomik durumu göz önünde tutulduğunda, para cezasına hükmedilmesi yerinde ise ve fail fiil ile zenginleşmiş ya da zenginleşmeye teşebbüs etmişse, kanunda öngörülmüş olmamasına veya adli para cezası sadece seçimlik ceza olarak öngörülmüş olmasına rağmen, hapis cezası ile birlikte adli para cezasına hükmedilebilmektedir. Bu madde uyarınca hürriyeti bağlayıcı ceza yanında adli para cezasına hükümlenmesi durumunda, diğer koşulların bulunması kaydıyla, adli para cezasının açıklanmasının geri bırakılması mümkündür.

Ayrıca StGB uygulamasında; aynı Mahkeme kararında aynı sanıkla ilgili olarak, hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmesi ve adli para cezası nedeniyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi olanaklı değildir.⁶⁴

Feri cezalar hakkında da hükmün açıklanmasının geri bırakılması mümkün değildir.⁶⁵ Sözelimi araç sürme yasağı(*Fahrverbot*) kararının kendisi hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına konu olamaz.⁶⁶ Ayrıca m.59/son uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ile birlikte iyileştirme ve güvenlik tedbirine hükmedilemeyeceğinden, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ile birlikte kamu duyurusunda bulunma gibi güvenlik tedbirlerine de hükümlenmesi mümkün değildir.⁶⁷

B. SANIĞA İLİŞKİN KOŞULLAR

1. Sanığın Daha Önce Kasıtlı Bir Suçtan Mahkûm Olmamış Bulunması

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için, sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmaması gerekir (CMK m.231/6-a).

"Mahkûm olma" ifadesinden de anlaşılacağı üzere, başka bir kasıtlı suça ilişkin hükmün, hükmün açıklanması kararı verilmesine engel olabilmesi için, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına konu

⁶⁴ Kühl, s.406.

⁶⁵ Kühl, s.406

⁶⁶ Bay NJW 76, 301; Fischer, s.545.

⁶⁷ Kühl, s.406.

suç tarihinden önce kesinleşmiş olması gerekir. Bir başka deyişle, suç tarihinden sonra kesinleşen mahkûmiyet ilamı, hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesine engel teşkil etmeyecektir.⁶⁸ Mahkûmiyet hükmünün hapis ya da adli para cezasına ilişkin olmasının, cezanın süre ve miktarının bir önemi bulunmamaktadır, kasıtlı suçtan hükmolünmüş olması yeterlidir.⁶⁹

Kişinin adli sicil kaydında bulunan adli sicil bilgilerinin silinme koşullarının oluştuğu durumlarda, hükümün açıklanmasının geri bırakılması için sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması koşulunun gerçekleşmiş olduğu kabul edilmektedir.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu uyarınca, cezanın veya güvenlik tedbirinin infazının tamamlanması, ceza mahkûmiyetini bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıran şikâyetten vazgeçme veya etkin pişmanlık, ceza zamanaşımının dolması, genel af halinde Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğüne silinerek, arşiv kaydına alınmakta, arşiv kaydı ise ilgilinin ölümü, fiilin kanunla suç olmaktan çıkarılması gibi çok istisnai durumlarda silinmektedir. Bu nedenle; 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu çerçevesinde; arşiv kaydına göre, *“sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûmiyetinin bulunmaması”* koşulunun oluşmadığını söylemek, bu kişiler hakkında belki de tüm hayatları boyunca hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilememesi sonucunu doğuracaktır.

⁶⁸ Y.2.CD., 26.1.2010, 52002-1365; Y.2.CD., 9.3.2009, 18235-11171. Sanığın yargılamaya konu yeni suçu, mahkûmiyet kararından önce işlemiş olması nedeniyle, sözü edilen mahkûmiyet kararı, yargılama konusu suçla ilgili hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesine engel oluşturmayacaktır. Bkz. YCGK., 06.05.2008, E. 2007/4.MD 27, K.2008/95.

Öğretide; kasıtlı suçun ne kadar zaman önce işlenmiş olduğunun öneminin bulunmadığı, geçmişte bir kez kasıtlı suçtan mahkûmiyet hükmü bulunmasının hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesine engel teşkil edeceği görüşüne yer verilmiştir (Özgenç, s. 51).

5326 sayılı Kabahatler Kanunu kapsamındaki yaptırımlar ise; idari para cezası olarak nitelenmeleri ve Adli Sicil Kanunu'nun 5/1-C maddesi ve fıkrası uyarınca idari para cezasına ilişkin kararların adli sicile kaydedilmemesi nedenleriyle CMK. m.231/6-a maddesi kapsamında kasıtlı suçtan mahkûmiyet olarak kabul edilmemektedir (Y.4.CD., 14.4.2009, 21424-7779).

⁶⁹ Kumbasar, s.180; Erhan Günay, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Ankara, 2012, s.98; Hüseyin Turan, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Uygulaması, Ankara, 2012, s.83; Artuç, s.85.

Diğer taraftan CMK'nın gerekçesinde; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı konusunda hâkime tam bir takdir hakkı tanıdığı belirtilmektedir.⁷⁰ 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu kapsamında arşiv kaydı esas alındığı takdirde, *“samığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûmiyetinin bulunmaması”* koşulunun, kanun koyucunun amacıyla çelişecek şekilde uygulama alanını daraltılacağı açıktır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 6 Nisan 2010 tarihli Kararında bu husus tartışılmıştır.⁷¹ Yargıtay Kararında; hak yoksunluklarını kural olarak TCK'nın 53. maddesinde cezanın infazı ile sınırlandırılan, doğmuş hak mahrumiyetlerini ortadan kaldırmak için Adli Sicil Kanunu'na eklediği 13/a maddesi ile yasak hakların geri verilmesi kurumunu kabul eden ve TCK'nın 58. maddesinde tekerrür hükümlerinin uygulanması açısından infazdan itibaren beş ve üç yıllık süreler öngören kanun koyucunun, bir kez mahkûm olan bir kişinin ömür boyu bu mahkûmiyetinin olumsuz sonuçlarından etkilenmesi gerektiğini kabul ettiğinin düşünülemediği, bu nedenlerle, yeni yasa dönemindeki mahkûmiyetler açısından da, belirli sürelerin geçmesi ile bu mahkûmiyetlerin 231. maddenin uygulanmasına yasal engel oluşturmayacağını kabulde zorunluluk bulunduğu, bu itibarla, 01.06.2005 tarihinden sonra işlenen suçlardan dolayı mahkûm edilen sanıklar yönünden, TCK'nın tekerrür hükümlerinin uygulanması için 58. maddesinde öngörülen sürelerin nazara alınmasının ve bu sürelerin geçmiş olduğu hallerde önceki mahkûmiyetin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının objektif koşullarının değerlendirilmesi yönünden engel oluşturmayacağını kabulünün adalet ve hakkaniyete uygun olacağı belirtilmektedir. Ayrıca Yargıtay, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yasal engel oluşturmayan bu mahkûmiyetlerin yargılama mercilerince, sanığın suç işleme eğilimi açısından değerlendirmeye esas alınmasına da bir engel bulunmadığını belirtmektedir.⁷²

⁷⁰ Bkz. 5271 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı Madde Gerekçeleri, m.233 (<http://www.kazanci.com>).

⁷¹ YCGK., 06.04.2010, E. 2010/4-71, K.2010/76 (UYAP).

⁷² Kararda ayrıca, kanun koyucunun mahkûmiyetle ilgili olarak *“kasıtlı suçtan olması”* dışında bir ölçüt getirmemesi nedeniyle, adli sicilden silinen mahkûmiyetlerin, ertelenmiş ve vaki olmamış sayılan mahkûmiyetlerin ve üzerinden çok uzun sürelerin geçmesi nedeniyle tekerrüre esas oluşturmayan mahkûmiyetlerin hükmün açıklanmasının ertelenmesine engel oluşturup oluşturmayacağına ilişkin, gerek kanun metninde, gerekse gerekçede herhangi bir açıklık bulunmadığı vurgulan-

Yargıtay, 01.06.2005 tarihinden sonra işlenen suçlardan dolayı mahkûm edilen sanıklar yönünden, adalet ve hakkaniyete uygun bir çözüm bulabilmek saikiyle, tekerrür hükümlerinin uygulanmasına esas TCK'nın 58. maddesinde öngörülen sürelerin göz önüne alınacağını belirterek bir çözüm getirmiştir. Ancak öncelikle bu çözüm Kanun'daki düzenlemenin dışına çıkan bir çözüm olması nedeniyle tartışmalıdır. Öte yandan Kararda, tekerrür ve hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumları arasındaki farklılıkların ve tekerrüre esas sürelerin görece kısalığının göz önüne alınması ve tartışılması gerekirdi. Diğer taraftan, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararındaki çözümün, hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun (*mahkemece suç işleme eğilimi açısından değerlendirmeye esas alınmadığı takdirde*) uygulama alanını çok genişletmesi nedeniyle, kanun koyucunun amacı ile ne derece uyumlu olduğu da tartışmalıdır.⁷³

CMK'da 2014 yılı içinde yapılan değişikliklerle, hakkında hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen kişinin denetim süresi içinde, kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceği düzenlenmiştir (m.231/8-2).⁷⁴ Kanun değişikliğine ilişkin madde gerekçesinde, haklarında hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen sanıklar hakkında işledikleri diğer suçlardan dolayı da birçok kez hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiği, denetim süresi içinde sanık hakkında bir daha hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilememesinin amaçlandığı belirtilmektedir. Kişinin işlediği ikinci suçun denetim süresi içinde işlenip işlenmediğinin önemi bulunmamaktadır. Daha önceden işlenen suçlar bakımından da bu yasak uygulanacaktır.⁷⁵ Kanun koyucunun, hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının uygulanma alanının giderek genişleme eğiliminde olmasının-

muş, kanun koyucunun herhangi bir düzenleme getirmemesi nedeniyle, bu hükümü mutlak şekilde yorumlamanın adalet ilkesiyle bağdaşıp bağdaşmayacağı ya da kanun koyucunun gerçek amacının bu olup olmadığının da göz önüne alınması gerektiği ifade edilmiştir.

⁷³ Karşıt görüş için bkz. Baştürk, s.317-318.

⁷⁴ 18/6/2014 tarihli, 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, m.72, Resmi Gazete Yayın Tarihi 28/06/2014.

⁷⁵ Kanun'un madde gerekçeleri için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss592.pdf>, m.54 (erişim tarihi: 24.10.2014).

dan rahatsız olduğu, bu nedenle böyle sınırlayıcı bir düzenleme yapılması yoluna gittiği düşünülmektedir.

StGB'de; 22.12.2006 tarihli Kanun değişikliğine kadar, hükmün açıklanmasının geri bırakılması düzenleyen 59.maddesinin uygulanma koşulları arasında, “*son üç yıl içinde herhangi bir mahkûmiyet hükmü veya saklı tutulmuş mahkûmiyet hükmünün olmaması*” koşulu da bulunmaktaydı⁷⁶. Bu hükmün kaldırılmasıyla, sanığın kişilik özellikleri, geçmiş hayatı, suça konu eylemin koşulları, eylem sonrası tutumu, yaşam koşulları ve etkileri göz önüne alınarak bir daha suç işleyip işlemeyeceğini değerlendirme konusunda mahkemeye geniş bir takdir hakkı tanınmıştır⁷⁷. Ancak, özellikle yakın geçmişteki önemli bir suça ilişkin mahkûmiyet kararı geleceğe yönelik değerlendirmenin olumsuz olmasına neden olacaktır.⁷⁸

Mahkeme (hâkim) tarafından, sanık yönünden yapılacak bir sosyal öngörü (*günstige Sozialprognose*)⁷⁹ neticesinde sanığın tekrar suç işlemeyeceği düşünülüyorsa, hükmün tatbik edilmesi suretiyle mahkûmiyet hükmünün saklı tutulduğunu görmekteyiz.

Kanaatimizce, “*sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması*” koşulunun tek başına hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını engelleyen bir koşul olmaktan çıkarılarak, StGB'ye benzer şekilde, sanığın kişilik özellikleri kapsamında yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılmasında bir ölçüt olarak değerlendirilmesinin, kanun koyucunun ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun amacıyla daha uyumlu olacağı değerlendirilmektedir.

⁷⁶ Fassung aufgrund des Zweiten Gesetzes zur Modernisierung der Justiz (2. Justizmodernisierungsgesetz) vom 22.12.2006 (BGBl. I S. 3416) m.W.v. 31.12.2006. Kaldırılan madde; „ Fail hakkında, son üç yıl içinde mahkûmiyet hükmü ya da mahkûmiyet hükmünün saklı tutulması kararı mevcut ise ise, kural olarak mahkûmiyet hükmünün saklı tutulması olanaksızdır.” hükmünü içermekteydi. Değişikliğin orijinal metni için bkz. http://www.bgbl.de/banzxaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl106s3416.pdf%27%5D__1416734125260 (erişim tarihi: 23.11.2014)

⁷⁷ Fischer, s.545, 483.

⁷⁸ NStZ-RR 05, 200; OLGSt Nr.8; Karlsruhe VRS 50, 98; Fischer, s.484

⁷⁹ Fischer, s.545.

2. Sanığın Kişilik Özellikleri ile Duruşmadaki Tutum ve Davranışları Göz Önünde Bulundurularak Yeniden Suç İşlemeyeceği Hususunda Kanaate Varılması

Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması gerekmektedir. Mahkemenin bu husustaki kanaatin gerekçelerini somut verilere dayandırarak göstermesi gerekir.⁸⁰

Mahkemenin takdiri bu iki ölçüte dayanmak zorunda olduğundan, sanığın yargılamada gözlenen tutum ve davranışlarının duruşma tutanaklarında gösterilmesi gerekmektedir. Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığı kararına esas alınan sanığın hal ve tavırlarındaki olumsuzluklar, duruşma tutanaklarına yansımadağı sürece, Yargıtay tarafından gerekçe olarak kabul edilmemektedir.⁸¹

Mahkemenin burada önemle üzerinde durması gereken nokta, sanığın yeniden suç işleyip işlemeyeceği hususunda bir kanaate varabilmesidir. Kanaatimizce, sanığın kişilik özellikleri değerlendirilirken, "kişilik özellikleri" kavramı çok geniş bir içerikte ele alınmalıdır. Genel olarak geçmişi, sosyal ve ekonomik durumu, eğitimi ve mesleği, ailevi ve psikolojik durumu sanığın kişilik özelliklerinin birer parçası olarak değerlendirilmeli,⁸² mahkûmiyet kararının başta kendisi olmak üzere, aile çevresi ve toplumdaki konumu açısından oluşturacağı sonuçlar dikkate alınmalıdır.⁸³

⁸⁰ Y.5.CD., 29.1.2009, E.2009/356, K.2009/631; Ali Parlar, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Erteleme, Ankara, 2010, s.21.

⁸¹ Y.4.CD., 19.4.2010, E.2010/10727, K.2010/7390. "Sabıkası bulunmayan, talimat mahkemesince savunması alınırken tutanağa yansımış herhangi bir olumsuz davranışı olmayan ve duruşmalara katılmayan sanığın gözlemlenen tutum ve davranışları, suça eğilimi gerekçe gösterilerek 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 23. maddesi uyarınca hükümün açıklanmasının geri bırakılmasının yer olmadığına karar verilmesi, ayrıca oturum tutanaklarına yansıyan hal ve tavırlarındaki olumsuzluğun nelerden ibaret olduğu gösterilmeden, yasal olmayan gerekçe ile, TCK'nun 62.maddesinin uygulanmaması,..." (Parlar, s.38 naklen) Nitekim, bir başka dosya ile ilgili yargılamada, mahkemece sanıkların yargılama sırasındaki sergiledikleri ve zabıtlara da yansıyan laubali tutumları dikkate alınarak, suç işleme eğilimi nedeniyle hükmolunan cezaların ertelenmesine yer olmadığına ilişkin kararda hukuka aykırılık görülmemiştir. Karar için bkz.Y.2.CD.,17.1.2007, 6395-262.

⁸² Kumbasar, s.180.

⁸³ Baştürk, s. 364.

Ancak Yargıtay kararları incelendiğinde; “*sanığın kişilik özellikleri*” kavramının içeriğinin yeteri kadar açıklığa kavuşturulmadığını, bileşenlerinin vurgulanmadığını, ilk derece mahkemelerince de genellikle adli sicil kaydı dışında, kişilik özelliklerinin tespitine yönelik bir araştırma yapılmadığını ve temyiz merci tarafından bunun bir eksiklik (noksan soruşturma) olarak görülmediğini söylememiz sanırım yanlış olmayacaktır. Genellikle “*sanığın kişilik özellikleri*” ve “*duruşmadaki tutum ve davranışları*” kavramları birlikte kullanılmak suretiyle, bu iki ölçütün göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması gerektiğine vurgu yapıldığı görülmektedir.⁸⁴

Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararlarında; 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunu’nun (CİK) 4 ve 6. maddeleri ile kıyaslama yapılırken, CMK’nın 231. maddesindeki ölçütlerin daha geniş olup, hâkime daha geniş bir takdir yetkisi tanıdığına belirtilmesi, mahkeme tarafından kişilik özelliklerinin içeriğini kapsamlı bir şekilde doldurabileceğini,⁸⁵ duruşmada gözlenen tutum ve davranışla sınırlı bir değerlendirme yapılmaması gerektiğini göstermektedir.⁸⁶ Diğer

⁸⁴ Kumbasar, sanığın açık kimliği saptandıktan sonra kişisel ve ekonomik durumu hakkında kendisinden bilgi alındığını, duruşma hazırlığı aşamasında kolluk marifetiyle sanığın ekonomik ve sosyal durumunun tespit edilebileceğini, çoğunlukla da uygulamada bu şekilde yapıldığını belirtmektedir (Kumbasar, s.160). Ne yazık ki uygulamanın çoğunlukla bu şekilde olduğu görüşüne katılmıyoruz. Ayrıca kolluk tarafından yapılacak araştırmanın yeterli olmayacağı, sosyal hizmet uzmanlarından faydalanılması gerektiği düşüncesindeyiz. Aynı görüşte Baştürk, s.395.

⁸⁵ Aynı düşünce için bkz. Ali İhsan İpek, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Ankara, 2010, s.152-153; Baştürk, s.376.

⁸⁶ YCGK., 23.9.2008, E. 2008/9-147, K.2008/206. Karar metni için bkz.<http://www.kazanci.com>.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 26.5.2009 tarihli ve E.2009/9-54, K.2009/137 sayılı Kararına ilişkin karşı oy yazısında; tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu ölüme neden olmak suçundan sanık Ö.B.’nin olay sonrası davranışları ve olay esnasında aşırı alkollü olmasının kişiliğini yansıtan hususlar olduğu, keşif gününü bilmesine rağmen keşif mahalline gelmeyerek cezaı umursamaz tutum ve davranış sergilemesi hususunun da sanığın duruşmadaki tutum ve davranışının olumsuzluğunu ortaya koyduğu belirtilmiştir. “...5271 sayılı Yasanın 231/5.fıkrasının uygulanabilmesi için aynı maddenin 6.fıkra (b) bendinde iki hususun belirtildiği, 1. hususun sanığın kişilik özelliği, 2. hususun ise duruşmadaki tutum ve davranışlarının olumlu olması gerektiği, Mahkeme kararında belirtilen gerekçeye göre sanığın olay akabinde maktulü olay yerinde bırakıp kaçması, olayı 112 acil servise veya emniyete bildirmemesi, sanığın aşırı derecede alkollü (400 promil) olması gibi nedenler sanığın kişiliğini yansıtan hususlar olup, keşif gününü bilmesine rağmen keşif mahalline gelmeyerek cezaı umursamaz tutum ve davranış sergile-

tarafından CMK'nın gerekçesinde hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı konusunda hâkime tam bir takdir hakkı tanındığının ifade edilmesi de bu görüşümüzü destekler niteliktedir.

Failin kişiliğini tespit edebilmek için yetkili makamın, öncelikle gözlem yapması gereklidir. Failin kişilini ortaya koymak üzere sunulan delil araçları gözlemlenecek ve algılanacaktır. Ayrıca failin duruşmadaki hal ve tavırlarını da gözlemleyecektir. Failin kişiliğinin belirlenmesinde vicdani kanaati ile hareket ederek bir kanaate ulaşmaya çalışan hâkim, bu kanaatini bir gerekçeye bağlamak zorundadır. Failin kişiliğine ilişkin şüphe yenilemezse, bundan fail yararlanmalı, kişiliğiyle ilgili olumlu kanaate varılmalıdır.⁸⁷

Ceza Muhakemesi sistemimizde, sanığın duruşmada hazır bulunmadığı veya hâkimlerin sık sık değişmesi durumlarında sanığın duruşmadaki tutum ve davranışları hususundaki vicdani kanaatin nasıl oluşacağı da haklı olarak ayrı bir tereddüt konusudur.⁸⁸ Bu nedenle, failin kişiliğinin tespitinde, duruşmada edinilen sınırlı bir intiba ile yetinilmemesi, bunun yerine failin ailesi, toplum içindeki konumu, yaşadığı ve ilişkili olduğu çevresi, suçtan sonra mağdurla olan irtibatı, eğitim, şahsi ve ekonomik durumu, psikolojik yapısı ve diğer tüm kişisel verilerin bir uzman tarafından değerlendirildiği sosyal inceleme raporlarından faydalanılması gerektiği kanaatindeyiz.⁸⁹

Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi kurumu, mülga CİK'in 6. maddesi ve TCK'nın 51. maddesindeki erteleme kurumları ile sübjektif koşullar yönünden karşılaştırıldığında, her üç yasal düzenlemede de mahkemenin sanığın yeniden suç işlemeyeceği konusunda bir kaniya varması gerektiği belirtilmektedir. Ancak, bu kaniya ulaşırken dikkate alınacak ölçütlerde farklılık bulunmaktadır.

mesi hususunun da sanığın duruşmadaki tutum ve davranışının olumsuzluğunu ortaya koymakta olduğu, bu nedenlerle de mahkemece sanığa verilen cezanın bir daha suç işlemeyeceği kanaatiyle ertelenmemesine karar verildiği, bu kanaat nedeniyle hâkimin istese de artık hükümün açıklanmasını geri bırakamayacağı, bırakıldığı takdirde de aleyhe temyiz olduğunda gerekçelerde çelişki nedeniyle hükümün bozulması zorunluluğu olduğu ifade edilmiştir.

⁸⁷ Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat*, Ankara, 2002, s.188.

⁸⁸ Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara, 2011, s.393.

⁸⁹ Aynı görüşte Baştürk, s.367, 394-395.

Mülga CİK'de (m.6); "*sanığın geçmişteki hali ve suç işleme hususundaki eğilimi*", TCK (m.51)' da; "*suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık*", CMK m.231' de ise, "*sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları*" dikkate alınmaktadır.

Aynı kaniya farklı ölçütlerin uygulanarak ulaşılmaması öngörüldüğünden, CİK'in 6. maddesinin (veya TCK'nın 51. maddesinin) uygulanmaması, diğer bir ifadeyle sanığa verilen cezanın ertelenmemesi hususunda gösterilen gerekçenin, CMK'nın 231. maddesinde öngörülen sübjektif koşulların oluşmadığını ortaya koyan bir gerekçe olarak kabulü mümkün değildir. Bu nedenle, mahkemenin, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının gerekip gerekmediği hususunda, yasada öngörülen ölçütleri de göz önünde bulundurarak yeni bir değerlendirme yapmasında zorunluluk bulunmaktadır.⁹⁰

Mahkemelerin karar verirken dikkat etmeleri gereken bir diğer husus ise takdiri indirim nedenleri, hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi ve ertelenmesi gerekçeleri ile hükmün açıklanmasına yer olmadığına ilişkin gerekçeler arasında çelişkiye düşülmemesidir.⁹¹

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile ilgili Kararlarda, "*sanığın açık ikrarı ve pişmanlığı olmadığı*" gerekçesi Yargıtay tarafından haklı olarak yasal ve yeterli olmayan gerekçe olarak nitelendirilmiştir.⁹² Benzer şekilde, "*suçunu kabullenmediği, mağdure ile uzlaşmak istemediği, dosyaya yansıyan olumlu bir davranış sergilemediği*" biçimindeki gerekçelerin de yasal ve yeterli olmadığına karar verilmiştir.⁹³ Sanığın geçmişi ve iyi halliliği gözetilerek cezasının ertelenmesine karar verilmişken, (herhangi bir ekonomik zararın da bulunmadığı olayda) erteleme kararı ile de çelişecek şekilde, soyut olarak ve gerekçe gös-

⁹⁰ YCGK.,10.3.2009, E. 2009/11-41, K.2009/52; YCGK.,6.5.2008, E. 2007/4.MD-27, K.2008/95; Kararların metni için bkz.<http://www.kazanci.com>

⁹¹ Artuç, s.91. Gerekçeler arasında çelişkiye düşülmesi, Yargıtay'ın en yaygın bozma gerekçeleri arasında bulunmaktadır. "*Sanığın yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla bir daha suç işlemeyeceğine kanaat getirilerek cezasının ertelenmesine karar verildiği ve bu suretle duruşmadaki tutum ve davranışları olumlu değerlendirildiği halde, yine duruşmadaki tutum ve davranışları gerekçe gösterilerek 5395 sayılı Kanununun 23. maddesi uygulanmayarak gerekçede çelişkiye düşülmesinin yasaya aykırı olduğuna...*" Bkz. Y.5.CD., 6.7.2009, 14363-9269.

⁹² Y.2.CD., 30.3.2010, 8470-9931.

⁹³ Y.2.CD., 28.4.2010, 46307-14035.

termeden, “*takdire*” denilmek suretiyle hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi de doğal olarak hukuka aykırı bulunmuştur.⁹⁴

Daha önce de belirtildiği gibi; hükümün açıklanmasının geri bırakılmasının gerekip gerekmediği hususunda, yasada öngörülen ölçütlerin, diğer kişiselleştirme hükümlerinden önce ve mahkemece her bir suç için ayrı ayrı, hukuki gerekçeleri gösterilerek bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.⁹⁵

StGB'deki düzenlemeyi incelediğimiz takdirde ise; temel koşul olarak “*cezaya hükmolunmaksızın da failin gelecekte bir başka suç işlemeyeceği kanaatine ulaşılmaması*” gerekmektedir (m.59/1).

Sanığın bir daha suç işleyip işlemeyeceğine ilişkin bu takdirin kullanılması; aynı maddenin 2. bendinde belirtildiği üzere, fiile ve failin kişilik özelliklerine yönelik bütüncül bir değerlendirilmeyi gerektirmektedir.⁹⁶ Fiil ve fail ile ilgili değerlendirme neticesinde, öncelikle cezaya hükmetmeyi gereksiz hale getiren özel sebeplerin varlığının tespiti gerekmektedir. Ayrıca bu değerlendirmede cezanın ertelenmesine ilişkin StGB'nin 56. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesinin kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir (StGB 59/4).

56. maddede düzenlenen ve atıf yapılan bu değerlendirme kriterleri, hükümün açıklanmasının geri bırakılması yönünden de doğrudan uygulandığından önem arz etmektedir. Bu kapsamda; *sanığın kişiliği, geçmiş hayatı, suça konu fiilin koşulları, fiil sonrası tutumu, yaşam şartları ve cezanın açıklanmasının geri bırakılmasının kişi üzerindeki doğması beklenecek etkileri* göz önüne alınmaktadır⁹⁷. Bu değerlendirmenin kriminoloji yönünden belli bir tecrübeyi gerektirdiği, uygulamada hiç de kolay olmadığı kabul edilmektedir.⁹⁸

⁹⁴ Y.4.CD., 24.2.2009, 22299-3291.

⁹⁵ Yargıtay, yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda, her bir suç için ayrı ayrı durumunun değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekirken, “işlediği diğer suçlarla birlikte değerlendirildiğinde ertelemeye ve CMK'nın 231/5. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına” şeklindeki gerekçeyle ertelememeye ve hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesini hukuka aykırı olarak nitelendirmiştir. Bkz.Y.8.CD., 15.9.2009, 2009/7412, K.2009/11373.

⁹⁶ Fischer, s.545.

⁹⁷ Fischer, s.481; Helmut Pollähne, Kriminalprognostik, Berlin, 2011, s.71.

⁹⁸ Pollähne, s.71.

Sanığın geçmiş hayatı değerlendirirken, geçmişte önemli sayılabilecek bir ceza alıp almadığı,⁹⁹ yaşam şartları değerlendirilirken, aile ve meslek yaşamı, sosyal statüsü¹⁰⁰ (*soziale Einordnung*) göz önünde tutulmaktadır. Ayrıca sanığın davaya konu eylemi sonrası pişman olup olmadığı, mağdurun zararını karşılayıp karşılamadığı ya da en azından karşılama isteğinin olup olmadığı gibi¹⁰¹ hususlar da göz önüne alınmakta ve sanığa ilişkin tüm bu veriler, mahkemece bir bütün halinde değerlendirilmektedir.¹⁰² Erteleme kapsamında fail hakkında yapılan öngörü ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması yönünden yapılan öngörü büyük ölçüde örtüşmektedir.¹⁰³

Tespit edilen olgular (*Tatsachen*) için *in dubio pro reo* ilkesi geçerlidir.¹⁰⁴ Burada olgulardan hareket ederek sanığın bir daha suç işleyip işlemeyeceğine ilişkin bir sonuca varılmaktadır.¹⁰⁵ Bu nedenle sanığın bir daha suç işleyip işlemeyeceğine ilişkin değerlendirmenin olumlu ya da olumsuz olmasına esas alınan ölçütlerin hatasız olarak tespit edilmiş olması gerekmektedir ve bu tespitler kanun yolu merciince de denetlenmektedir.¹⁰⁶

Burada yapılan değerlendirme, kişinin bir daha suç işlemeyeceğine ilişkin bir kesinliğe ulaşılmasını gerektirmemektedir. Tespit edilen olgulara göre bir daha suç işlemeyeceği ihtimali, diğer ihtimale göre daha yüksek görülüyorsa, hükmün açıklanmasının geri bırakılması için bu yeterlidir.¹⁰⁷

Kişiyne yönelik bireysel değerlendirme yapılması gerektiğinden, benzer örneklerden sonuca gidilmesi kabul edilmemektedir.¹⁰⁸ Yapılacak öngörü, kişinin önceki yaşamını ve özellikle cezalarını (*Vorstra-*

⁹⁹ Koblenz VRS 40, 96; 51, 429.

¹⁰⁰ Fischer, s.486.

¹⁰¹ Sadece, sanığın eylem sonrası pişman olmaması ya da zararın karşılanmaması, olumsuz değerlendirme için yeterli kabul edilmemektedir. Bkz. StV 98, 482; 99, 602; NStZ-RR 03, 264; BGH 5, 238. Ancak, genel değerlendirmede birer ölçüt olarak değerlendirilebilir. (BGHR 56 III Vert.12).

¹⁰² Fischer, s.486.

¹⁰³ Fischer, s.486.

¹⁰⁴ MDR 73, 900; Bay StV 89, 395; Kühl, s.358.

¹⁰⁵ Kühl, s.358.

¹⁰⁶ NStZ-RR 98, 327.

¹⁰⁷ NStZ 97, 594; NStZ-RR 05, 38; Kühl, s.358.

¹⁰⁸ Düsseldorf JR 88, 72; Kühl, s.358.

fen) kapsamalıdır.¹⁰⁹ Önceki yaşamı kapsamında; özellikle kişinin vücut bütünlüğü, akli ve ruhsal özellikleri çerçevesinde değerlendirme yapılmalıdır.¹¹⁰ Ayrıca değerlendirme esnasında kişi hakkında uygulanmış iyileştirme tedbirleri (*Erziehungsmaßnahme*), sabıka kayıtları,¹¹¹ kesinleşmemiş olsa bile karar verilmiş mahkûmiyet hükümleri ve devam eden yargılamalar da göz önüne alınmalıdır.¹¹² Örneğin kişinin yakın geçmişindeki ağır (*gewichtig*) bir suça ilişkin sabıka kaydı geleceğe yönelik değerlendirmenin olumsuz olmasına neden olacaktır.¹¹³

Değerlendirme kriterlerinden bir diğerini oluşturan “*failin icrası sırasındaki durumlar*” kavramı ise, eylemin nedeni ve amacını, eylem esnasındaki kişinin irade (*Wille*) ve düşüncesini (*Gesinnung*) nitelemektedir.¹¹⁴

Yapılacak değerlendirmede “*failin fiilden sonraki davranışları*” da göz önüne alınmaktadır. Pişmanlığı, zararı karşılamaya yönelik çabaları ve mağdurla uzlaşmış olması dikkate alınmakta, ancak failin pişmanlık göstermemesi veya zararı karşılamaması hükümün açıklanmasının geri bırakılmasının reddi için tek başına yeterli bir neden olarak kabul edilmemektedir.¹¹⁵ Failin savunma psikolojisi içinde olması, cezadan kurtulmak için yapacağı bir davranış, kural olarak olumsuz nitelendirilemeyecektir.¹¹⁶

“*Yaşam şartları*” ile ise; aile, meslek yaşamı ile sosyal statüsü kastedilmekte,¹¹⁷ cezanın geri bırakılması ya da başka bir kamusal tedbirin uygulanmasıyla, farazi olarak kişinin yaşamında beklenen değişiklikler göz önünde tutulmaktadır.¹¹⁸

Son olarak da; *cezanın açıklanmasının geri bırakılmasının kişi üzerindeki doğması beklenenecek etkileri* göz önüne alınmaktadır. Bu kapsamda,

¹⁰⁹ Koblenz VRS 40, 96; 51, 429; 53, 338; 67, 30; Fischer, s.484.

¹¹⁰ BGHSt 10, 287; Kühl, s.358; Fischer, s.484.

¹¹¹ Koblenz MDR 71, 235; Kühl, s.359.

¹¹² BVerfG NSTZ 88, 21; Kühl, s.359.

¹¹³ NSTZ-RR 05, 200; OLGSt Nr.8; Karlsruhe VRS 50, 98; Fischer, s.484.

¹¹⁴ Fischer, s.485.

¹¹⁵ BGHSt 5, 238; Kühl, s.359; Fischer, s.485.

¹¹⁶ StV 98, 378, 482; NSTZ 97, 434; Kühl, s.359.

¹¹⁷ Fischer, s.486.

¹¹⁸ Kühl, s.359.

işine devam edebilmesi, ailesiyle yaşamını sürdürebilmesi gibi olası sonuçlar, diğer yandan açıklanmayan mahkûmiyet hükmünün fail tarafından bir adli tevbih (*Verwarnung*)¹¹⁹ olarak algılanmaması tehlikesi değerlendirilmektedir.¹²⁰ Bu aşamada cezanın olağandışı sonuçları da dahil olmak üzere, fail üzerindeki muhtemel etkileri göz önüne alınmaktadır. Söz gelimi; cezalandırma, amacının da ötesinde özellikle failin mesleki yaşamı açısından ağır sonuçlar doğuruyorsa (meslekten men gibi) ya da fail suça konu fiilden büyük bir zarar görmüşse cezanın açıklanmasından sarfınazar edilebilmektedir.¹²¹

Burada, cezaya hükmolunmaksızın da failin gelecekte bir başka suç işlemeyeceği kanaatine ulaşılmasına ilişkin olay mahkemesi hâkiminin takdire dayalı değerlendirmesi (*Würdigung*) söz konusu olduğundan, temyiz mahkemesinin sınırlı bir denetim yetkisi bulunmaktadır.¹²²

Bu bağlamda, Türk Ceza Muhakemesi açısından da; StGB'ye benzer şekilde, CMK.m.231 kapsamında sanığın kişilik özelliklerinin doğru tespit edilmesi, sadece adli sicil kaydı ya da duruşmada, kısa süre içinde edinilen ve yanılıcı olabilecek kanaatle yetinilmemesi önem arz etmektedir.

Sanığın tüm eylemlerinin ve sanığa ait olguların göz önünde bulundurulması suretiyle yapılacak değerlendirme sayesinde, sanığın bir daha suç işleyip işlemeyeceğine ilişkin, daha objektif bir sonuca ulaşabileceğini değerlendiriyoruz. Aksi takdirde mevcut takdiri indirim sebepleri ve erteleme kurumunda olduğu gibi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması da otomatik olarak uygulanan bir kurum haline gelecektir.¹²³

¹¹⁹ Kühl, s.359.

¹²⁰ Fischer, s.486.

¹²¹ Bay NJW 90, 58.

¹²² Düsseldorf NSTZ-RR, 96, 220; Bay StV 02, 427; Kühl, s.360.

¹²³ Benzer görüşte Bahattin Aras, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Uygulamadaki Sorunlar", *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Sayı: 28, Haziran 2008, s.77. Baştürk, benzer düşünceyle subjektif liyakat şartı, hükmün açıklanmasının geri bırakılması koşullarının arasında en önemlisi ve kurumun başarısında en etkili olanı olarak nitelendirmektedir.(Baştürk, s.357).

C. DİĞER KOŞULLAR

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için CMK'da düzenlenen iki koşul daha bulunmaktadır. Bunlar; *“suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi”* ve Kanun'a daha sonra eklenen *“Sanığın hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul etmeme halinin bulunmaması”* dır.¹²⁴

Alman Ceza Mevzuatı incelendiğinde ise hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilirken sanığın muvafakatinin aranmadığını (StGB m.59), ancak kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilirken şüphelinin kabulünün gerektiğini görmekteyiz. (StPO m.153a)

StPO'da düzenlenen kamu davasının açılması ertelenmesi kurumu incelendiğinde; sanığın, eylemi nedeniyle verdiği zararı tazmin etmesi, kâr amacı gütmeyen bir kuruma veya hazineye irat kaydetmek üzere belirlenecek bir meblağın ödenmesi, kamuya yararlı bir hizmetin yerine getirilmesi gibi bazı yükümlülükleri yerine getirmesi gerekirken, yerine getirdiği takdirde ceza muhakemesi sürecine son verilmektedir.¹²⁵ Burada şüphelinin kabulü koşulunun düzenlenmesindeki gerekçe, şüpheliye tevdi edilen yükümlülüğü/yükümlülükleri yerine getirmeyi kabul edip etmemesi hususunun tespit edilmesi gerektiğidir.¹²⁶ Şüpheliye yükümlülükleri kabul edip etmediği sorulmakta, soruşturmanın seyri, şüphelinin ve yetkili mahkemenin kabulüyle/kabul etmemesiyle şekillenmektedir.

Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın giderilmesi ise, StGB'de yukarıda belirtildiği gibi (CMK'dan farklı ola-

¹²⁴ 22 Temmuz 2010 tarihli ve 6008 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7'inci maddesiyle eklenmiştir.

¹²⁵ StPO içtihatlarında (m.153a) zararın tam olarak tespit edilememesi durumunda, zarar tahmini olarak hesaplanmaktadır. Şüphelinin, mağdurun doğrudan zararları yanında, dolaylı zararlarını da tazmin etmesi gerekmektedir. Zarar, sigorta şirketi tarafından karşılanmışsa, ortada bir zarar bulunmadığından ve mükerrer ödeme söz konusu olacağından zararın sanık tarafından karşılanması söz konusu değildir. Bkz.Gossner/Cierniak, s.697.

¹²⁶ Gossner/Cierniak, s.695-696. Şüphelinin yükümlülükleri kabul etmesi, suçun ikrar ettiği anlamına gelmemektedir ve ileride sanığın aleyhine delil olarak gösterilemez. (Düsseldorf StV 08, 123).

rak) koşul olarak düzenlenmemiştir. Ancak “failin fiilden sonraki davranışları” kapsamında, “cezaya hükmolunmaksızın da failin gelecekte bir başka suç işlemeyeceği kanaatine ulaştırılması” koşulunun değerlendirilmesinde göz önüne alınmaktadır. Ancak StGB’nin 59a maddesindeki düzenleme uyarınca; mahkeme adli tevbihte bulunulan sanığa, denetimli serbestlik tedbiri olarak bazı yükümlülükler yükleyebilmekte, talimatlar verebilmektedir. Bu kapsamda suçtan zarar gören kişiyle uzlaşma sağlama veya “ failin neden olduğu zararı gidermek üzere caba gösterme” yükümlülüğü yüklenebilmektedir.

Sanığın hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul etmeme halinin bulunmaması koşulu ise; suçsuzluk karinesi, mahkemeye başvuru hakkı ve adil yargılanma hakkı gibi Ceza Muhakemesi Hukuku ilkeleriyle doğrudan ilgisi nedeniyle ayrı bir makale konusu olacak kadar kapsamlı, sorulduğu evre itibarıyla aynı zamanda da tartışmalı bir konudur.¹²⁷ Buna ek olarak; hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının sonuçları ve kanun yolları ile birlikte incelenmesi gerektiğini değerlendirdiğimizden, kapsamın genişliği nedeniyle burada incelenmesi mümkün olmamıştır.

V. SONUÇ

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun Türk Hukukundaki uygulamasını Alman Hukuku ile karşılaştırdığımızda, en dikkate değer husus uygulama kapsamının belirgin bir şekilde genişliğidir. Ertelemenin özel bir şekli ve cezanın kişiselleştirilmesi araçlarından biri olarak nitelendirilebilecek bu kurumun uygulanma koşullarının doğru yorumlanması, bu nedenle daha bir önem kazanmıştır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasında, failin kişilik özelliklerinin, cezanın kişi üzerindeki beklenen etkileri de göz önüne alınmak suretiyle tespiti, kişiselleştirmenin olmazsa olmazıdır.

Failin kişiliği modern ceza hukukunun insanileştirici özelliğini oluşturur ve fiil failin kişiliğinin bir yansımasıdır. Bu nedenle ceza yaptırım sisteminin, failin kişilik özelliklerine göre ödetici, tedavi edi-

¹²⁷ Bkz. Taner, s.293 vd; Krş. Baştürk, s.221.

ci veya ıslah edici hale getirici bir işlevi yerine getirmeye elverişli olması gerekmektedir¹²⁸.

Ceza Muhakemesindeki düzenleme, StGB'deki düzenlemeye benzer şekilde, "bir daha suç işleyeceği/işlemeyeceği kanaatinin" oluşturulması safhasında hâkime geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Bu takdir yetkisinin sabıka kaydıyla sınırlı bir kullanımı, kişiselleştirmenin kanun koyucunun amaçladığı şekilde gerçekleştirilememesine ve nihayetinde bir süre sonra otomatik uygulanan ve kamu vicdanını rahatsız eden bir görünüm almasına neden olacaktır. CMK'nın 231. maddesindeki (m.231/8-2) 2014 yılı değişikliğinin de bu endişenin bir sonucu olduğunu değerlendirmekteyiz.¹²⁹

Ancak kanun değişiklikleri ile yapılan sınırlandırmaların çokluğu, kişiselleştirmeden uzaklaşmaya neden olabilecektir. Objektif yeni koşullar (engeller) yaratmak yerine, hâkimin takdir yetkisini kullanması modern ceza hukukunun bir beklentisidir.

Bu anlamda; hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumuna, benzer uygulanma koşullarını esas alan diğer kişiselleştirme kurumlarıyla karşılaştırma yaparak yaklaşılması, temyiz mercinin sınırlı bir denetim yetkisine sahip olduğu takdir yetkisinin, faile ve fiile ilişkin olguların doğru tespit edilmesi kaydıyla titizlikle kullanılması, kanımızca kurumu, ceza yaptırım sisteminde, kanun koyucunun amacıyla uyumlu bir yere taşıyacaktır.

Kaynakça

- Arendt Marcel, Quo vadis, Geldstrafe, Möglichkeiten und Grenzen einer ambulanten Sanktion, Peter Lang International Verlag der Wissenschaften, Frankfurt, 2012.
- Abschlussbericht der Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems, 2000, s.39, <https://www.bib.uni-mannheim.de/fileadmin/pdf/fachinfo/jura/abschlussber-der-komm-strafreform.pdf> (erişim tarihi 18.11.2014)
- Aras Bahattin, " Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Uygulamadaki Sorunlar", *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Sayı: 28, Haziran 2008, ss.71-88.
- Artuç Mustafa, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2009.

¹²⁸ Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku, Ankara, 2005, s.4.

¹²⁹ 18/6/2014 tarihli, 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, m.72, Resmi Gazete Yayım Tarihi 28/06/2014.

- Baştürk İhsan, Hükümün Açıklanmasının Erteleenmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Brunner Rudolf / Dölling Dieter, Jugendgerichtsgesetz Kommentar, Walter de Gruyter GmbH & Co.KG., 12. Baskı, Berlin, 2011.
- Centel Nur/Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım A.Ş., 7. Baskı, İstanbul, 2010.
- Diakonis Konstantinos, Die Geringfügigkeitsvorschriften als Teil der Problematik der Kollision zwischen primären und sekundären Prinzipien des Rechts, Peter Lang International Verlag der Wissenschaften, Frankfurt, 2012.
- Feyzioğlu Metin, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.
- Fischer Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Verlag C.H.Beck, 56. Baskı, München, 2009.
- Gossner Lutz Meyer/Cierniak Jürgen, Strafprozessordnung, Verlag C.H.Beck, 52. Baskı, München, 2009.
- Günay Erhan, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.
- İpek Ali İhsan, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- Jescheck Hans Heinrich/Sieber Ulrich, Alman Ceza Hukukuna Giriş, Kusur İlkesi, Ceza Hukukunun Sınırları, Beta Yayınevi, (tercüme eden: Feridun Yenisey), İstanbul, 2007.
- Kumbasar Enver, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.
- Kunter Nurullah/Yenisey Feridun/ Nuhoglu Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım A.Ş., 17. Bası, İstanbul, 2010.
- Kühl Kristian, Strafgesetzbuch Kommentar, Verlag C.H.Beck, 26. Baskı, München, 2007.
- Kühne Hans Heiner, Strafprozessrecht, C.F.Müller Verlag, 6. Baskı, Heidelberg, 2003.
- Mahmutoğlu Fatih Selami, "Kamu Davasının Açılmasının Erteleenmesi ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması", Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3 Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar Sempozyumu, TCHD Yayını, İstanbul, 2009, ss.349-368.
- Özgenç İzzet, "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması", Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, İstanbul, 3. Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, ss.49-59.
- Öztürk Bahri / Erdem Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınevi, 11. Baskı, Ankara, 2011.
- Parlar Ali, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Erteleme, Bilge Yayınevi, Ankara, 2010.
- Pollähne Helmut, Kriminalprognostik, Walter de Gruyter GmbH & Co.KG., Berlin, 2011.
- Roxin Claus, Strafverfahrensrecht, C.H. Beckische Verlagsbuchhandlung, 20. Baskı, München, 1987.

- Schroeder Friedrich Christian, *Strafprozessrecht*, C.H. Beckische Verlagsbuchhandlung, München, 1993.
- Taner Fahri Gökçen, "Hükümün Açıklanmasının Ertelenmesinin (Geri Bırakılmasının) Hukuki Niteliği ve Ertelemeyi Kabul Edip Etmediğinin Sanığa Duruşma Evresinin Sona Ermesinden Önce Sorulmasının Hukuka Aykırılığı Üzerine", *Ankara Barosu Dergisi*, 2011/4, ss.286-298.
- Toroslu Nevzat, *Ceza Hukuku*, Savaş Yayınevi, 7. Baskı, Ankara, 2005.
- Turan Hüseyin, *Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Uygulaması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- Ünver Yener/Hakeri Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, 2012, Ankara.
- Yenisey Feridun/Plagemann Gottfried, *Alman Ceza Kanunu*, Strafgesetzbuch (StGB), Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2009.
- Yenisey Feridun, *Mukayeseli Hukuk Açısından Ceza Sorumluluğu Yaşı ve Ceza Sorumluluğu Olmayan Çocuklar ve Gençler için Ceza Hukukunda Uygulanan Alternatif Yaptırımlar*, 2007, http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/egitimbasvuru_basvuru/mukayeselihukukta.pdf