

İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ PROGRAMLAR ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KURUMUNUN
ADİL YARGILANMA HAKKI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dilara SEVİMLİ

114614042

Dr. Öğr. Üyesi İdil Işıl GÜL

İSTANBUL

2020

Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Adil Yargılanma Hakkı
Bakımından Değerlendirilmesi
Assesment of Suspension of the Pronouncement of the Judgement in Terms of the
Right to Fair Trial

Dilara SEVİMLİ

114614042

Tez Danışmanı : **Dr. Öğr. Üyesi İdil Işıl GÜL**
İstanbul Bilgi Üniversitesi

Jüri Üyeleri : **Doç. Dr. Ulaş KARAN**
İstanbul Bilgi Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi Aysun ALTUNKAŞ
Kadir Has Üniversitesi

Tezin Onaylandığı Tarih : 23.06.2020

Toplam Sayfa Sayısı : 117

Anahtar Kelimeler (Türkçe)

- 1) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması
- 2) Adil yargılanma hakkı
- 3) Ceza Hukuku
- 4) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
- 5) Anayasa Mahkemesi

Anahtar Kelimeler (İngilizce)

- 1) Suspension of the Pronouncement of the verdict
- 2) Right to Fair Trial
- 3) Criminal Law
- 4) The European Court of Human Rights
- 5) Supreme Court

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	v
ABSTRACT	vi
ÖZET.....	vii
GİRİŞ.....	1
I. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KURUMU.....	3
1. GENEL OLARAK	3
2. TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ, GELİŞİMİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ	7
2.1. Türk Hukukundaki Yeri ve Gelişimi.....	7
2.2. Hukuki Niteliği.....	14
3. MUKAYESELİ HUKUK	16
3.1. İngiltere.....	16
3.2. Amerika Birleşik Devletleri	18
3.3. Fransa	20
3.4. Almanya.....	21
3.5. İsviçre.....	22
4. KURUMUN UYGULANMASI.....	23
4.1. Şartları.....	23
4.1.1. Objektif Şart	23
4.1.2. Sübjektif (Sanığa İlişkin) Şartlar	25
4.1.2.1. Sanığın Daha Önce Kasıtlı Bir Suçtan Mahkûm Olmamış Bulunması.....	25
4.1.2.2. Mahkemece Sanığın Yeniden Suç İşlemeyeceği Yönünde Kanaate Varılması.....	26
4.1.2.3. Suçun İşlenmesiyle Meydana Gelen Zararın Giderilmesi .	29
4.1.2.4. Sanığın Kabulü	30
4.2. Kararın Denetimi.....	33
4.2.1. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına Karşı Başvurulacak Kanun Yolu	33
4.2.1.1. İtiraz ve İtiraz İncelemesinin Kapsamı	33

4.2.1.2. Olağanüstü Kanun Yolları.....	35
4.2.1.2.1. Kanun Yararına Bozma	35
4.2.1.2.2. Yargılamanın Yenilenmesi	39
4.2.2. Düşme/Hükmün Açıklanması Kararlarına Karşı Başvurulacak Kanun Yolu	40
4.2.2.1. İstinaf/Temyiz	40
4.3. Kararın Sonuçları.....	42
4.3.1. Kararın Hukuki Sonuç Doğurmaması	42
4.3.2. Sanık Hakkında Denetimli Serbestlik Tedbirinin Uygulanması	47
4.3.3. Erteleme ve Seçenek Tedbirlere Çevirme Yasağı	48
4.3.4. Açıklanması Geri Bırakılan Kararın Mahsus Bir Sisteme Kaydedilmesi	49
4.3.5. Sanığın Yargılama Giderleri ve Vekâlet Ücretinden Sorumlu Tutulması	52
4.3.6. Müsadere	55
4.3.7. Zamanaşımına Etkisi	61
4.3.8. Tekerrüre Etkisi	62
II. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KURUMUNUN ADİL YARGILANMA HAKKI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ 64	
1. GENEL OLARAK ADİL YARGILANMA HAKKI VE HAGB İLE İLİŞKİSİ.....	64
2. KAPSAM VE NORM ALANI	65
3. MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKI.....	69
4. HAKKANİYETE UYGUN YARGILANMA HAKKI	74
4.1. Yargılamaya Etkili Katılım ve Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı	74
4.2. Aklanma (Beraat Etme) Hakkı.....	79
4.3. Gerekçeli Karar Hakkı.....	84
5. MASUMİYET KARİNESİ.....	89
6. MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKI	98
SONUÇ	104
KAYNAKÇA	108

KISALTMALAR

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYİM	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYMK	: Anayasa Mahkemesi Kararı
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
HAGB	: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YCD	: Yargıtay Ceza Dairesi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi

ABSTRACT

Suspension of the pronouncement of the judgement is an institution that has taken a place in Turkish Law with the understanding of the restorative justice of modern criminal law. This institution which is based on the improvement of the accused and bringing him to the society; has brought some problems in practice since it has been adopted.

Considering this problematic structure of the institution in terms of one of its fundamental rights, the right to a fair trial, it is in violation of the principles of the right to a fair trial as set out in Article 6 of the European Convention on Human Rights and Article 36 of the The Constitution of the Republic of Turkey and the case law of the European Court of Human Rights and The Constitutional Court of Republic of Turkey will be able to constitute.

With this study, it has been tried to touch on the violations of the right to a fair trial, which may or may arise during the results and implementation of the institution of revocation of the announcement of the judgment; how these violations of rights can be prevented has been tried to be revealed. By giving place to the precedent decisions of The Constitutional Court of Republic of Turkey, related to the subject, it was also tried to reflect the point of view against the decisions to be left behind the suspension of the pronouncement of the judgement.

ÖZET

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, çağdaş ceza hukukunun onarıcı adalet anlayışı ile Türk Hukuku'nda yer edinmiş bir kurumdur. Sanığın ıslah edilmesi ve topluma kazandırılması temeline dayanan bu kurum, kabul edilişinden itibaren uygulamada bir takım sorunları da, beraberinde getirmiştir.

Kurumun bu sorunlu yapısı, temel haklardan biri olan adil yargılanma hakkı bakımından ele alındığında, AIHS'nin 6. ile Anayasa'nın 36. maddesinde ve AIHM ve AYM'nin içtihatları ile belirlenmiş olan adil yargılanma hakkının ilkelerine aykırılık teşkil edebilecektir.

Bu çalışma ile de hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun sonuçları ve uygulanması esnasında ortaya çıkan ya da çıkabilecek olan adil yargılanma hakkının ihlallerine değinilmeye çalışılmış olup; bu hak ihlallerinin ne şekilde önlenebileceği ortaya konulmaya çalışılmıştır. AYM'nin konu ile ilgili olan emsal kararlarına yer verilerek, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı bakış açısı da yansıtılmaya çalışılmıştır.

GİRİŞ

Geçmişten günümüze, suç ve ceza kavramları sürekli bir değişim içerisinde. Bu değişim, ceza hukukunda yeni bir sistem anlayışının da benimsenmesine neden olmuştur. İşlenen suçlara karşılık, cezai yaptırım kavramı korunurken; faillerin kişilik özelliklerini de içine alan bu yeni sistem, faillerin ıslah yahut tedavi edilerek topluma yeniden kazandırılmasını amaçlamıştır. Cezai yaptırımların en ağır uygulama biçimi olan hapis cezası da, bu değişim ve yaklaşım kapsamında, tamamıyla ortadan kaldırılmasa da, belirlenmiş fiiller dâhilinde, hapis cezasının fiilen yerine getirilmesi yerine; erteleme, seçenek yaptırımlara veya adli para cezasına çevirme, koşullu salıverilme, denetimli serbestlik gibi alternatif yollara dönüştürülmüştür¹.

Bu alternatif yollardan birisi de hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumudur. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, öncelikle Anglo-Sakson hukuk sisteminde benimsenmiş ve sonrasında da Kara Avrupası hukukunu da etkisi altına almıştır. Türk Hukuku'nda da, kuruma, ilk kez 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanun'u² ile yer verilmiştir. Sonrasında ise kurum, yetişkin sanıklar hakkında da uygulama alanı bulmuştur.

Çalışmamız iki ana bölümden oluşmakta olup; ilk bölümde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuna ilişkin genel olarak bilgiler paylaşılmış ve sonrasında Türk Hukuku'nda ve mukayeseli hukuktaki gelişimine yer verilmiştir. Kurumun uygulanabilmesi için, Kanun'da öngörülen şartlara da değinilmiş ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının denetimi ve sonuçları detaylıca tartışılmıştır.

Çalışmamızın diğer bölümünde ise hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun adil yargılanma hakkı bakımından değerlendirilmesi yer bulmuştur. Bu konunun çalışma konusu olarak seçilmesinin nedeni de; kurumun uygulamada

¹ DÖNMEZER, Sulhi – Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II, Beta, İstanbul 1986, s. 668.

² 15.07.2005 tarih ve 25876 sayılı Resmi Gazete, www.resmigazete.gov.tr, E.T.: 27.05.2020.

doğurduğu sorunlar olup, temel bir insan hakkı olan adil yargılanma hakkı bakımından daha evvel kapsamlı bir çalışma yapılmamış olmasıdır.

Bu nedenle, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu adil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendirilmiş; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun çalışmamızı aşan kısımlarına değinmekten imtina edilmiştir. Zira hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun tüm yönleriyle tartışıldığı pek çok değerli eser bulunmaktadır. Fakat bu eserler, konu seçimi nedeniyle, kurumun yapısının adil yargılanma hakkı ihlallerine konu olabilecek yönlerine, yüzeysel bir biçimde değindiğinden; adil yargılanma hakkına etki eden sorunlar tartışmasız bırakılmıştır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, adil yargılanma hakkı bakımından değerlendirilirken, AİHS'nin 6. maddesinde ve AİHM tarafından belirlenen ilkeler ışığında tartışılıp; kurumun işleyişi ve yapısı nedeniyle bu ilkelerden hangilerinin ihlale konu olabileceğine yer verilmiştir. Özellikle, kurumun itiraz kanun yoluna tabi olması nedeniyle, Yargıtay içtihatları ve AYM'nin konuya yaklaşımı üzerinde durulmuş ve AYM'nin yaklaşımı da yer yer eleştirilmiştir.

I. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KURUMU

1. GENEL OLARAK

3 Temmuz 2005 yılında kabul edilen 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu daha evvelce Türk Ceza Hukukunda bulunmayan kavramlar ve kurumlar ile tanışmamızı sağlamıştır. Bu kurumlardan birisi de hükmün açıklanmasının geri bırakılmasıdır. Öğretide kimi yazarlar, ‘hükmün açıklanmasının ertelenmesi’ terimini kullanmayı tercih etmektedir³. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, anılan bu kanun ile ilk kez suça sürüklenen çocuklar için uygulanmaya başlanmıştır.

2006 yılında ise 5560 sayılı Kanun⁴ ile 5271 sayılı CMK’da⁵ değişiklik yapılarak, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu yetişkinler için de uygulama alanı bulmuştur.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, 5271 sayılı CMK’nın Hükümet Tasarısı’nın 233. maddesinde düzenlenmiş ve kurumun getiriliş amacı hakkında bilgi verilmiştir⁶.

³ Bkz. ÜNVER, Yener-HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 16. Baskı, Ankara 2019; BAŞTÜRK, İhsan, Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2014; TANER, Fahri G., *Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesinin (Geri Bırakılmasının) Hukuki Niteliği ve Ertelemeyi Kabul Edip Etmediğinin Sanığa Duruşma Devresinin Sona Ermesinden Önce Sorulmasının Hukuka Aykırılığı Üzerine*, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:4, 2011.

⁴ 19.12.2006 tarih ve 26381 sayılı Resmi Gazete, www.resmigazete.gov.tr, E.T: 28.05.2020.

⁵ 17.12.2004 tarih ve 25673 sayılı Resmi Gazete, www.resmigazete.gov.tr, E.T: 28.05.2020.

⁶ T.C. Başbakanlık, “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı”, 1/525, Dönem: 22, Sayı: B.02.0.KKG.0.10/101-508/1020, Tarih: 07.03.2003, s. 93, www.tbmm.gov.tr, E.T: 21.05.2020.

“Maddede yer alan ‘hükmün geri bırakılması’, bugün hemen bütün batı ülkelerinin ceza mevzuatında yer alan bir kurumdur. Özellikle 1950’li yıllardan sonra Kara Avrupa’sı ceza hukukuna girmiş ve bugün gerek Batı gerek Doğu Avrupa ülkelerinde yerini almıştır. ‘Hükmün geri bırakılması’ kurumu önce Anglo-Sakson hukukunda ortaya çıkmış ve daha sonra Kara Avrupa’sı hukukunu etkileyerek ceza kanunlarına girmiştir. Nitekim Fransız hukukunda bu kurum, ilk önce 2.2.1945 tarihli Kanunla çocuk suçlular hakkında uygulanmaya başlanmış, daha sonra 1975 yılında yapılan değişiklikle yetişkinleri de kapsamına almıştır. Belçika’da aynı kurum 29.6.1964 tarihli bir Kanunla hukuk sistemine getirilmiştir. Bu örneği, Hollanda, Japonya, Polonya, İsviçre gibi ülkelerde de görmek olanaklıdır.

Hükmün geri bırakılması kurumu, Anglo-Sakson hukuk sisteminde yargılanması tamamlanmış olan ve sanığın belli bir süre denetim altında tutulması ‘probation’ (Suçluların gözetim altında özgür bırakılması, denetimli özgürlük) esasına dayanır. Hâkim sanığın suçluluk ve kusurluluğunu saptamakla beraber cezaya hükmetmeyi geri bırakmakta ve onu belirli bir süre içinde denetim

Hükümet Tasarısı'nın gerekçesinde de izah edildiği üzere sanığın lekelenmeme hakkı temeline dayanan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, hakkında, maddenin kapsamına giren bir mahkûmiyet hükmü verilen kişinin, cezasını infaz etmeden, yeniden suç işlemesini önlemek suretiyle ıslah edilmesini amaçlamaktadır⁷.

Hürriyeti bağlayıcı ceza yaptırımını, kamunun güvenliğini önemli ölçüde zedeleyen suçlar dışında, failin ıslah edilmesi ve yeniden topluma kazandırılması açısından fayda göstermediğinden; kısa süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda, hapis cezasına alternatif yaptırım müesseselerinin uygulanmaya başlanması çağdaş ve yapıcı bir yaklaşımdır⁸.

5271 sayılı CMK'da ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nda kabul edilmiş olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, sanık hakkında yargılama nihayete erdirildikten sonra sanığın suçluluğunun tespit edilmesi ve hükmün, 2 yıl ve daha az süreli hapis cezasını veya adli para cezasını gerektirmesi ve Kanun'da sayılı tüm diğer şartların da birlikte gerçekleşmesi halinde, sanığın belirlenmiş olan denetim süresini iyi halle tamamlamış olması koşulu ile ertelenmesidir⁹.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu ile yargılama neticesinde, mahkemece, mahkûmiyet yönünde kanaat oluştuğunda, iki karar verilmektedir: İlk

altında tutmaktadır. Davranışları, tabii olduğu denetim süresi içinde olumlu bulunduğu takdirde suçlu için bir mahkûmiyet kararı verilmemektedir. Böylece denetim süresini başarıyla geçirmiş olan suçlu, damgalanma süreci dışına çıkarılmakta, bir yargı kararına muhatap olmamaktadır. Bu kurum çağdaş ceza hukukunun amaçlarından biri olan kişiyi mümkün olduğu kadar damgalamamayı ve toplum ile uyum sağlamasını gerçekleştirici bir uygulama niteliğindedir.

İşte çağdaş ceza hukukunda vatandaşlık hakkını kazanmış olan bu kurum, bu Tasarıyla Türk hukukuna getirilmektedir. Böylece Türk ceza uygulamasında yeni bir döneme girildiğini söylemek olanağı vardır.

Tasarının bu maddesinde yer aldığı şekliyle hükmün geri bırakılması konusunda hâkime tam bir takdir hakkı verilmiştir. Maddede, hükmün geri bırakılması ile ilgili koşulların somut olayda gerçekleşmiş olması sanık hakkında hükmün geri bırakılması için bir hak oluşturmamaktadır."

⁷ TOROSLU, Nevzat – FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, 19. Baskı, Ankara 2019, s. 363.

⁸ EPÖZDEMİR, Rezan, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2017, s. 5.

⁹ TURAN, Hüseyin, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Uygulaması, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 3.

karar, mahkûmiyete dair hüküm fıkrası (kısa karar veya gerekçeli karar); ikinci karar ise bu mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasıdır¹⁰.

Mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için, Kanun'da sayılmış olan sübjektif ve objektif şartların gerçekleşmesi gerekmektedir (CMK m. 231/5-6). Hemen yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun ilk uygulama şeklinde, sanığın kabul şartı aranmayıp; bu husus hâkimin takdirine bırakılmış idi. 22.07.2010 tarihinde kabul edilmiş olan 6008 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile artık tüm şartlar gerçekleşmiş dahi olsa, sanığın kabul etmemesi halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceği düzenlenmiştir (CMK m. 231/6-son cümle).

Fakat Kanun'a göre, tüm şartlar oluşmuş ve sanık da hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul etmiş dahi, kurumun uygulanıp uygulanmayacağı yine yargılamayı yürüten hâkimin/mahkemenin takdirindedir (CMK m. 231/6-b).

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiğinde, bir denetim süresi öngörülmekte olup; bu süre suça sürüklenen çocuklar için 3, yetişkin sanıklar için 5 yıldır. Ayrıca, denetim süresi içerisinde sanığa denetimli serbestlik tedbiri olarak bir takım yükümlülükler de yüklenmesi mümkündür. Hâkimin bu noktadaki takdir yetkisi, suç ve suçlulukla mücadele ve caydırıcılık ve suçun işlenmesinin önlenmesi amacıyla kabul edilmiştir¹¹.

Kuşkusuz, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun Türk hukukuna girmesi ile pek çok tartışma gündeme gelmiş ve kurumun uygulanması halinde suç patlamasına yol açacağı ve af niteliğinde olduğu düşüncesi öne sürülmüştür¹². Bu tartışmalara açıklık getirmek amacı ile Adalet Bakanlığı tarafından bir duyuru

¹⁰ CENTEL, Nur – ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, 9. Baskı, İstanbul 2012, s. 701.

¹¹ TURAN, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması...*, s. 8.

¹² Hürriyet, "Yeni bir 'Rahşan Affi'", 15.02.2008, <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/yeni-bir-rah-san-affi-8241103>, E.T.: 21.05.2020.

yayınlanmış¹³ ve Meclis Adalet Komisyonu tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na bir rapor sunulmuştur¹⁴.

Diğer yandan 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 21. maddesi ile değiştirilen 04.12.2004 tarihli 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesinin değiştirilen başlığında yer alan '*...ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması*' ibaresinin, eklenen 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 13 ve 14. fıkralarının Anayasa'nın 2., 5., 10.,11.,13., 36., ve 90. maddelerine aykırılığı iddiası ile AYM'ye iptal başvurusunda bulunulmuştur. Fakat AYM söz konusu bu istemi reddetmiştir. Ret gerekçesinde ise yukarıda değindiğimiz Hükümet Tasarısı madde gerekçesine atıf yapılarak, kurumun ceza hukukundaki yeri ve önemi vurgulanmıştır¹⁵.

Her ne kadar hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu hakkında aleyhe pek çok görüş ileri sürülebilecekse de, nihayetine bakıldığında kurumun yapısı itibariyle, suçlunun ıslahı ve toplumun korunması için yararlı olduğu söylenebilecektir¹⁶.

Ancak ne var ki hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, yürürlüğe girdiği tarihten bu yana uygulanmasında pek çok sorunu da beraberinde getirmiştir. Kurumun bir nevi Yargıtay'ın iş yükünü hafifletmek adına da getirildiği ileri sürülebilse¹⁷ bile bizce bu düşüncenin kabulü mümkün değildir¹⁸. Yargıtay'ın iş yükünün hafifletilmesi amacıyla, hükmün açıklanmasının geri bırakılması

¹³ Adalet Bakanlığı'nın 15.02.2008 tarih ve "*Medyada mini af şeklinde yorumlanan Ceza Muhakemesi Kanunu değişikliği hakkında açıklama*" başlıklı duyurusu, www.adalet.gov.tr, E.T.: 21.05.2020.

¹⁴ 22.02.2008 tarih ve 2008/2 E. ile 2008/152 K. sayılı Adalet Komisyonu Raporu.

¹⁵ AYMK, T.12.03.2009, E.2997/4, K.2009/48, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T: 28.05.2020. "*Hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile ilgili kurallar, kurumun tamamı gözetilerek değerlendirilmelidir. Kurum yalnızca sanığın menfaat ve çıkarları düşünülecek getirilmiş olmayıp, önemli ölçüde toplum menfaati ve kamu düzeninin korunması amaçlanmıştır. Mukayeseli hukukta suç ve suçlu ile mücadele, suç işlenmesinin önlenmesi ve caydırıcılık açısından bu ve buna benzer kurumlara geniş biçimde yer verildiği görülmektedir.*"

¹⁶ GÜNAY, Erhan, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin, 1. Baskı, Ankara 2010, s. 6.

¹⁷ KAYA, Emir, İnsan Hakları Açısından Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:3, Mayıs 2013, s. 411.

¹⁸ Aynı yönde bkz. TURAN, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması...*, s. 10.

kararlarına karşı temyiz yolu kapatılmış ise de; bu kararların itiraz kanun yoluna tabi olması bile başlı başına temel hak ve özgürlüklerin ihlali olarak karşımıza çıkabilecektir. Çalışmanın ilerleyen kısımlarında bu meseleye etraflıca yer verilecektir.

Bu nedenle mahkemelerin, sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ya da yer olmadığına dair karar verirken, sanığın uzunca bir süre denetim altında kalması ile ceza tehdidi altında bulunması meselesi nedeni ile son derece titiz davranmaları gerekmektedir.

İleride daha detaylı yer verileceği üzere, uygulamada, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, hâkimler tarafından beraat kararının alternatifi olarak da görülebilmektedir. Özellikle kararın esasını teşkil eden mahkûmiyet hükmü, esasında hukuken hatalı tesis edilmiş ise kurum, sanığın lehine olmaktan çok mağduriyetine yol açmaktadır. Hak ihlallerinin önüne geçilebilmesi amacıyla, öncelikle kurumun neticeleri iyi değerlendirilmelidir. Ancak bu hali ile kurumun getiriliş amacından beklenen fayda tamamıyla sağlanabilecektir.

2. TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ, GELİŞİMİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

2.1. Türk Hukukundaki Yeri ve Gelişimi

Türk ceza hukukunun çağdaşlaşma eğilimi, sanık ve mağdur arasındaki dengeyi sağlamaya yönelik onarıcı adalet anlayışı ile birlikte sanığın yeniden topluma kazandırılabilmesi için ıslah etme düşüncesi, mukayeseli hukukta olduğu gibi, hapis cezasına alternatif arayışların yolunu açmıştır.

Ceza yargılamasının süjesi olan sanığın, işlediği suç neticesinde meydana gelen zararın kişisel ve insani boyutunu nadiren anladığı ve sistem içerisinde suçun işlenmesi ile oluşan durumu düzeltmesi için ona bir fırsat verilmediği ileri

sürülmektedir. Bunun bir sonucu olarak da, sistemin, faili suçunu kabul etmemesi ve dava ile ilgisini inkâr etmesi için cesaretlendirdiği ifade edilmektedir¹⁹.

Onarıcı adalet, suç teşkil eden bir eylemin neden olduğu zararın ön plana çıkarılmasını sağlayan ve bu bağlamda klasik ceza adaleti yaklaşımına alternatif ve tamamlayıcı bir yaklaşım olarak görülür²⁰. Fazlasıyla resmileştirilmiş bir ceza adalet sistemine alternatif olan onarıcı adalet anlayışı, suçlama ve suçluluktan ziyade sorumluluk ve zararın onarımına odaklanır²¹.

Türk Ceza Hukuku'nda da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuna yer vermenin, onarıcı adalet anlayışından faydalanmak suretiyle fail ve mağduru sistem dışına çıkararak, suçlulukla mücadelede önemli kazanımlar elde edilmesine fayda sağladığı söylenebilecektir²².

Onarıcı adalet anlayışının, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun resmi olarak kabul edilmeden evvel de Türk ceza hukukunda yer edinmeye başladığını söylemek yanlış olmayacaktır. Zira TCK'nın 1989 tarihli Ön Tasarısı'nda '*Hükmün geri bırakılması*' başlığı altında bu kuruma yer verildiği görülmektedir²³. Fakat bu tasarı kanunlaşmamıştır.

¹⁹ JAHİC, Galma – YEŞİLADALI, Burcu, “Onarıcı Adalet: Yeni Bir Yaklaşım” Onarıcı Adalet Mağdur-Fail Arbuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları: Türkiye ve Avrupa Bakışı, Derleyenler: JAHİC, Galma – YEŞİLADALI, Burcu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s. 16.

²⁰ JAHİC-YEŞİLADALI, s. 16.

²¹ JAHİC-YEŞİLADALI, s. 16.

²² BAŞTÜRK, s. 91.

²³ 1989 tarihli Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısının 80. maddesi: “*Sanığa isnat olunan suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda fiilin cezası, para cezası veya en çok bir yıla kadar (bir yıl dâhil) hapis veya hafif hapis cezasından ibaret bulunduğu hakim, bir yıl ile iki yıl arasında tespit edeceği bir denetim süresi içinde suçluyu denetimli serbestlik tedbirine tabi tutarak hükmün tefhimini geri bırakabilir. Hükmün geri bırakılması için gerekli şartlar şunlardır: a) Kasıtlı bir cürüm nedeniyle sanık aleyhinde ilk defa kamu davası açılmış olması; b) Sanığın yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaat gelmiş olması; c) Sanık hakkında kişilik özellikleri itibarıyla bir cezaya hükmedilmesin eğerek görülmemesi; d) Suçun sebebiyet verdiği zararların telafi edilmiş olması; e) Suçla bozulan huzur ve sükûnun avdet etmiş bulunması. Bu karara karşı acele itiraz yolu açıktır. Hakkındaki hüküm geri bırakılmış olan sanık, denetim süresi içinde kasıtlı bir cürüm işler veya denetimli serbestlik tedbirinde kendisine yüklenen davranış kurallarını ısrarla ihlal edecek olursa hakim geri bıraktığı hükmü açıklar. Denetim süresi kanun ve nizamla uygun olarak geçirildiğinde davanın düşmesine karar verilir. Müsadere olunan veya mülkiyeti Devlete geçmiş olan şeyler iade olunmaz.*” şeklindedir.

Sonrasında Türk Ceza Kanunu 1997 Ön Tasarısı'nda da aynı şekilde '*Hükmün geri bırakılması*' başlığı altında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuna yer verildiği görülmektedir²⁴. Ancak bu tasarı da kanunlaşmamıştır. Bu her iki ön tasarı, hali hazırda yürürlükte olan CMK'nın 231. maddesindeki hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu ile kıyaslandığında, önemli farklılıklar göze çarpmaktadır²⁵. Örneğin, söz konusu tasarılar, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun adli para cezası veya en çok bir yıla kadar (bir yıl dâhil) hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından uygulanacağını öngörmektedir. Denetim süresi de hâkimin, bir ya da iki yıl arasında öngöreceği bir süre olarak belirlenmektedir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuna, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 1999 ve 2002 tarihli tasarılarında da yer verildiği görülmektedir.²⁶ 1999 ve 2002 tarihli tasarıların 1989 ve 1997 tarihli TCK'nın ön tasarılarından farkı ise; kurumun, üç yıla kadar hafif hapis ya da adli para cezası alan kişiler hakkında uygulama alanı bulabilmesidir.

Nihayet hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, Türk Ceza Hukuku'na ilk kez 15.07.2005 tarih ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu ile birlikte suça sürüklenen çocuklar için getirilmiştir.

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun ilk düzenlenmesindeki '*Hükmün açıklanmasının geri bırakılması*' başlığını taşıyan 23. maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir: "*Çocuğa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda belirlenen ceza, en çok üç yıla kadar (üç yıl dâhil) hapis veya adli para cezası ise; mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir.*"²⁷ Madde devamında,

²⁴ 1997 tarihli Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı'nın 82. maddesinde kuruma yer verilmiştir. Düzenlemedeki metin 1989 tarihli Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı'nın neredeyse aynısıdır. Tek fark "*Bu süre içerisinde zamanaşımı durur.*" hükmü eklenmiştir.

²⁵ Aynı görüşte bkz. BAŞTÜRK, s. 144.

²⁶ EPÖZDEMİR, s. 30, dn. 55. Her iki tasarıda da kurum '*Hükmün Geri Bırakılması ve Denetimli Serbestlik*' başlığı altında düzenlenmiştir.

²⁷ Maddenin devamı şu şekildedir: "*(2) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilebilmesi için gerekli koşullar şunlardır a) Çocuğun daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması. b) Çocuğun yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaat gelmiş olması. c) Çocuk hakkında, kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları itibarıyla bir cezaya hükmedilmesine gerek görülmemesi. d) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı*

hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için bir takım koşullar sayılmıştır. Bu sayılan şartların varlığı halinde, kurumun uygulanıp uygulanmayacağına dair takdir yetkisi, yargılamayı yürüten mahkemededir. Madde incelendiğinde, suça sürüklenen çocuk hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiğinde, beş yıllık bir denetim süresi ön görüldüğü anlaşılmaktadır.

2006 yılına gelindiğinde ise 5560 sayılı Kanun ile 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nda ve 5271 sayılı CMK'da değişiklik yapılmıştır. Böylece, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, yetişkinler için de uygulama alanı bulmuş ve çocuklar bakımından da yeniden düzenlenmiştir. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun ilk haline göre, yeni düzenlemenin çocuklar aleyhine bir takım hükümler getirdiği söylenebilecektir²⁸.

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

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

(4) İkinci fıkranın (d) bendinde belirtilen koşulun yerine getirilememesi hâlinde; denetimli serbestlik süresince sanığa aşağıdaki yükümlülüklerden biri yüklenerek, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir: a) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aylık taksitler hâlinde ödenerek tamamen giderilmesi. b) Suçun işlenmesiyle kamunun uğradığı zarar miktarının belirlenememesi hâlinde, mahkemece takdir edilecek miktarda paranın aylık taksitler hâlinde Maliye veznesine yatırılması.

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

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

(7) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.

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

²⁸ Aynı görüşte bkz. EPÖZDEMİR, s. 34; BAŞTÜRK, s. 147. Düzenlemenin ilk haline bakıldığında, üç yıla kadar hapis ve adli para cezası için hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilirken; bir yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezaları için kurumun uygulanması yoluna gidilmiştir. Ayrıca işlenen suçun şikâyete tabi bir suç olma şartı da eklenmiştir. Denetim süresinin ise, çocuklar yönünden üç yıla indirilmesi lehe bir düzenlemedir.

23.01.2008 tarihinde kabul edilen ve 08.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5728 sayılı Kanun'un 562. maddesi ile 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesinin 5. ve 14. fıkralarında değişiklik yapılmıştır²⁹. Hemen akabinde 5739 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulama alanı daraltılmıştır³⁰.

2010 yılında da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu hakkında yine değişiklik yoluna gidilmiştir. 6008 sayılı Kanun'un³¹ 7. maddesi ile 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesinin 6. fıkrasına "*Sanığın kabul etmemesi halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez.*" hükmü eklenmiştir. Aynı Kanun'un geçici 2. maddesi ile de "*Bu kanun yürürlüğe girdiği tarihe kadar hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olanların, bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren on beş gün içinde mahkemeye başvurmaları halinde, mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı geri alınır ve CMK'nun 231. maddesinin 7. fıkrasındaki kayıtla bağlı olmaksızın, başvuruda bulunan sanık hakkında yeniden hüküm kurulur.*" hükmüne yer verilmiştir.

Sanığın kabul etmemesi halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceğine ilişkin eklenen cümlelerin Anayasa'nın 2.,5., 10., 11., 12., 13., 36., ve 38., maddelerine aykırılığı iddiası ile AYM'ye iptal başvurusunda bulunulmuş ise de AYM söz konusu istemi reddetmiştir³².

²⁹ 08.02.2008 tarih ve 26781 sayılı Resmi Gazete, www.resmigazete.gov.tr, E.T: 28.05.2020. Yapılan yeni düzenleme ile sanık hakkında sonuç olarak hükmedilen iki yıl veya daha az hapis veya her miktarda adli para cezasına ilişkin hükmün açıklanmasının geri bırakılabileceği belirtilmiştir. Şikâyet şartı kaldırılmış; herhangi bir suç türü ve kanun açısından istisna getirilmemiştir. Yalnızca, Anayasa'nın 174. maddesinde belirtilen inkılap kanunları hakkında bu kurumun uygulanmayacağı ifade edilmiştir.

³⁰ 01.03.2008 tarih ve 26803 sayılı Resmi Gazete. www.resmigazete.gov.tr, E.T: 28.05.2020. Bu Kanun'a göre; 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nda düzenlen suçlar, 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkındaki Kanun'da düzenlenen suçlar ve 15 yaşından büyük sanıkların 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun kapsamına giren suçlar hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanamayacağı belirtilmiştir.

³¹ 25.07.2010 tarih ve 27652 sayılı Resmi Gazete, www.resmigazete.gov.tr, E.T: 28.05.2020.

³² AYMK, T.16.02.2012, E.2011/41, K.2012/25. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020. Söz konusu bu iptal başvurusunda, itiraz konusu kuralın sanığı hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını ya da hapis veya adli para cezası veyahut hapis cezasını tercih etmek zorunda bıraktığı, sanığın suçsuz olduğunu düşünse bile mahkûmiyet hükmünün Yargıtay tarafından onanma ihtimali bulunduğu, bu nedenle mevcut kuralın sanığa temyiz hakkı tanırken aynı

Belirtmek gerekir ki maddede yapılan bu değişiklik, kurumun yapısı ve kararın denetimi bakımından, sanığın lekelenmeme hakkı doğrultusunda olumlu bir gelişmedir. Diğer yandan değişiklikten önce verilmiş olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının esas yönünden denetlenme imkânı da bulunmadığından, hak arama özgürlüğüne yönelik bu müdahale de ortadan kaldırılmış ve AİHS'nin 6. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı ile uyumlu bir düzen sağlanmıştır³³.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun kapsamına ilişkin pek çok değişiklik daha yapılmıştır³⁴. Ancak son olarak 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un³⁵ 72. maddesi ile 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesinin 8. fıkrasına “Denetim süresi içerisinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez.” ibaresi eklenmiştir. Aynı kanunun 68. maddesi ile 5237 sayılı TCK'nın 191. maddesinde önemli bir değişiklik yapılarak 8. fıkra hükmü eklenmiştir. TCK m. 191/8; sanık hakkında uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (TCK m. 188) veya uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (TCK m.190) suçlarından ötürü açılmış olan bir kamu davasında,

zamanda mahkûmiyet hükmü ile karşı karşıya bıraktığı ileri sürülmüştür. Mahkeme ise ret gerekçesinde şu ifadeleri kullanmıştır: “...İtiraz konusu kuralda sanığın kendi aleyhine beyanda bulunmaya zorlanması söz konusu olmadığı gibi, iptali istenilen kuralın 231. maddeye eklenmesinden sonra, sanığın iradesine önem verilerek, sanığın iradesi dışında hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinin uygulanması engellenmiştir. Sanığa, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı olduğunu beyan etme ve dolayısıyla hakkında verilen kararı temyiz incelemesine götürebilme imkânı veren kural, Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen, kendisini suçlama ve bu yolda delil göstermeye zorlanma olarak değerlendirilemez...”

³³ Aynı yönde bkz. EPÖZDEMİR, s. 35; BAŞTÜRK, s. 150.

³⁴ Bkz. 15.12.2011 tarih ve 28143 sayılı Resmi Gazete, www.resmigazete.gov.tr, E:T.:28.05.2020. 6259 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle, 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'un 11. maddesine 9, 10 ve 11. fıkralar eklenmiş ve ‘Şike ve Teşvik Primi’ suçlarında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceği belirtilmiştir. Bu değişikliğin ceza siyasetinden uzak, popülist bir yaklaşım olduğuna ilişkin ayrıca bkz. ÖZEN, Muharrem – YILMAZ, Sacit, Şike ve Teşvik Primi Suçları, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:2, Yıl:2012, s. 36-37.

Diğer bir değişiklik ise 05.07.2012 tarih ve 28344 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanun ile yapılmıştır. Bu kanun uyarınca 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 13. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükten kaldırılan maddede 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçları işleyen 18 yaşından büyük sanıklar hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceğini düzenlemekteydi.

³⁵ 28.06.2014 tarih ve 29044 sayılı Resmi Gazete, www.resmigazete.gov.tr, E:T.:28.05.2020.

sanığın eyleminin münhasıran kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak eylemlerinden biri olduğunun anlaşılması halinde, sanık hakkında bu madde hükümleri çerçevesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verileceği şeklinde bir düzenleme içermektedir. Söz konusu düzenleme, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanması noktasında hâkime takdir yetkisi vermediği gibi CMK'nın 231. maddesindeki şartların oluşumunu da aramaz. Yine aynı Kanun'un 85. maddesi ile 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'a geçici 7. madde eklenmiştir³⁶. Bu değişiklik uyarınca da, hakkında daha önce denetimli serbestlik veya tedbiri uygulanmayan sanıklarla ilgili hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verileceği emredici bir biçimde düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, Türk Ceza Hukuku'na girdiği ilk günden bu yana pek çok değişikliğe uğramıştır. Bu değişikliklerin önemli bir bölümü toplumdan af niteliğinde olduğu ile ilgili gelen tepkiler nedeniyle gerçekleştirilmiştir. Fakat hala daha hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, topluma iyi anlatılabilmiş değildir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, çoğu kesim tarafından algılandığı gibi bir af mekanizması değil; koşullu olarak Devlete yükümlü olma nedenidir. Bu nedenle, toplum aydınlatılırken, kurum, amacı ve neticeleri ile birlikte bir bütün halinde açıklanmalıdır. Bununla birlikte, yargılama makamının da, kurumun neticeleri ve etkileri noktasında tam bir bilince sahip olması için gerekli bilgilendirmelerin yapılması sağlanmalıdır. Uygulamadaki sorunların hali hazırda devam ediyor olması nedeniyle, kurumun işleyişinin gereği gibi kavranmadığını söylemek çok da yanlış olmayacaktır. Nitekim yargılama aşamasında, kurum, sanıklara anlatılırken tüm yönüyle anlatılmadığı da pekâlâ bilinmektedir. Sanığa, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının kabul edilip edilmediği sorulurken,

³⁶ Eklenen bu geçici maddeye göre, bu kanun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla TCK'nun 191. maddesinde tanımlanan suç nedeniyle yürütülen kovuşturmalarda, hakkında daha önce denetimli serbestlik veya tedavi tedbiri uygulanmayan kişilerle ilgili olarak 191. Madde hükümleri çerçevesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir.

kurumun uygulanmasını kabul ettiği takdirde, belirlenen beş yıllık denetim süresi içerisinde suç işlememesi halinde Devletin kendisini affedeceğine ilişkin ya da buna benzer bir açıklama yapılmaktadır. Fakat kurum, bu açıklamanın çok ötesinde bir yerde olup; içinde tercih ile birlikte pek çok yükümlülük de barındırmaktadır.

Bu nedenle de, kurumun yeniden ele alınarak, sorunların esasına yönelik çözümlerin üretilmesi kanun koyucunun görevidir. Kurumun, yarattığı insan hakları ihlallerinin tespit edilerek, buna yönelik kanuni çözümlerin üretilmesi halinde, kurumun getiriliş amacından beklenen fayda elde edilebilecektir.

Diğer yandan, uygulamadan doğan ihtiyaçlar ile suç ve ceza siyasetinin gerektirdiği müdahale etme zorunluluğu da kanundaki değişikliklere neden olmuştur. Ancak bugüne dek yapılmış olan değişikliklerin kurumun esas sorunlu yapısını çözmeye hiçbir zaman yaklaşmadığı ortadadır. Zira hangi suçların kurumun yapısına dâhil edilip hangi suçların bu kapsamdan çıkarılacağı meselesinden önde gelen sorunlar bulunmaktadır. Bunların en başında, kurumun, temyiz/istinaf kanun yoluna tabi tutulmayı; itiraz merci tarafından denetiminin yapılması meselesi gelmektedir. İleride çok daha ayrıntılı aktaracağımız üzere, bu durum da uygulamadaki ana sorunun fitilini ateşlemektedir.

2.2. Hukuki Niteliği

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, CMK'nın 231. maddesinin fıkrasının üçüncü bendi uyarınca, kurulan hükmün sanık hakkında hukuki sonuç ifade etmemesi demektir.

Sanık hakkında, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına hükmedilmesi ve sanığın belirlenen denetim süresinde kasten yeni bir suç işlememesi ve yüklenen yükümlülüklere aykırı davranmaması halinde; sanık hakkında açılmış olan kamu davasının düşmesine karar verilecektir (CMK m.231/10).

Doktrinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun, ertelemenin bir türü olduğu ve mahkûmiyet hükmünün hukuki sonuç doğurmasının ertelenmesi anlamına geldiği belirtilmekte ve kararın, yargılamaya son verici bir özellik gösteren hüküm olmadığından, durma niteliğinde olduğu savunulmaktadır³⁷. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesiyle birlikte, sanık hakkında verilen mahkûmiyet hükmü belli bir süre boyunca askıda kalmaktadır³⁸. Diğer bir deyişle koşullu bir düşme nedenidir³⁹.

Diğer yandan, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının durma niteliğinde olmadığı, kararın durma kararına benzese bile farklı özellikler arz ettiğinden durma kararı olarak nitelemenin mümkün olmadığını savunan yazarlar da bulunmaktadır⁴⁰.

Yargıtay ise, sanık hakkında verilen mahkûmiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmamasına rağmen; sanığın denetim süresi içerisinde kasten yeni bir suç işlememesi ve yükümlülüklerine uygun davranması halinde açıklanması geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak, CMK'nın 223. maddesi uyarınca kamu davasının düşmesi sonucunu doğuracağından, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının karma nitelikte bir karar olduğuna hükmetmiştir⁴¹. Yargıtay'a göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, koşullu bir düşme nedenidir.

Öte yandan, CMK'nın 231. maddesindeki hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulama kapsamını genişleten 5728 sayılı Kanun ile bir tür af getirildiğine ilişkin kamuoyunda bir takım tartışmalara neden olduğuna daha önce değinilmiştir. Af ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun nitelik olarak benzer hiçbir yanı olmadığı gibi usulen de uygulaması birbirinden çok farklıdır⁴².

³⁷ CENTEL - ZAFER, s. 702; BAŞTÜRK, s. 200.

³⁸ TOROSLU – FEYZİOĞLU, s. 363.

³⁹ ÜNVER - HAKERİ, s. 666.

⁴⁰ EPÖZDEMİR, s. 52.

⁴¹ YCGK, E.2008/346, K.2008/25, 19.02.2008, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

⁴² Af ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun karşılaştırması hakkında detaylı bilgi için bkz. BAŞTÜRK, s. 194-197.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının hukuki niteliğinin karma nitelikte bir kurum olduğu görüşünü isabetli görünmektedir. Zira hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının özünde bir mahkûmiyet hükmü bulunmakta fakat bu hükmün ertelenmesi neticesinde, denetim süresi içerisinde sanığın yeniden bir suç işlememesi veya denetim yükümlülüklerine uygun davranması halinde kamu davasının düşmesi ile sonuçlanmaktadır.

3. MUKAYESELİ HUKUK

Daha evvel değinildiği üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu hemen hemen bütün Avrupa ülkelerinin mevzuatında bulunmaktadır. Fakat kurum öncelikle Anglo-Sakson hukukunda ortaya çıkmış ve sonrasında Kara Avrupası hukukunu da etkilemiştir. Bu nedenle erteleme ve benzeri kurumların gelişimi aktarılırken İngiliz-Amerikan, Belçika-Fransız sistemleri olarak bir ayırım yapılarak ele alındığı görülmektedir⁴³. Fakat biz bu ayırmadan ziyade ilk olarak ortaya çıktığı ülkeden başlayarak mukayeseli hukuktaki kurumun yapısına ve işleyişine yer vereceğiz.

3.1. İngiltere

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, kaynağını 1360 yılında İngiltere’de yapılan kanundan almaktadır. Bu kanuna göre, suç işlemeye eğilimi bulunan kişi, bir daha suç işlemeyeceği yönünde taahhüt vererek, devlete karşı yükümlülük altına girmektedir⁴⁴. Kişi, bu taahhüdün gereğini yerine getirmesi karşısında serbest bırakılırdı. Bu kişi herhangi bir denetime tabi olmazdı. Fakat

⁴³ ÖNDER, Ayhan, *Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler (Mukayeseli Hukukta ve Hukukumuzda)*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No:1011, Hukuk Fakültesi No:209, İstanbul 1963.

kişi, taahhüdüne aykırı davranır ise taahhüt ettiği para kendisinden alınır, taahhüdüne uygun davranması ve belirlenen süre içerisinde iyi hal koşulunu gerçekleştirmesi halinde ise hiç suç işlememiş sayılırdı. Bu kuruma da İngiltere’de “*Taahhüt Altında Hükümün Ertelenmesi*” denmekteydi⁴⁵.

Denetimli serbestlik (*probation*) kurumu İngiltere’de ilk kez, 19. yüzyılda hâkim Mathew Davenport Hill tarafından uygulanmıştır⁴⁶. Esasında kökü 1360 yılına dayanan hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, 11.08.1879 yılında çıkartılmış olan “*Summary Jurisdiction Act*” kanunuyla tamamıyla yasal bir kurum haline gelmiştir⁴⁷. Daha sonra ise Amerika Birleşik Devletleri’nde uygulanan ‘*failin denetim süresinde gözetime tutulması*’ konusunun tatbik edilmesi teklifini içeren “*Probation of First Offender Act*” 1887 yılında kabul edilmiştir⁴⁸.

1907 yılında ise “*Probation of Offenders Act*” kanunuyla, 1879 ve 1997 tarihli Kanun ile yürütülen usul ortadan kaldırılmış ve bütün yaş gruplarını içeren bir düzenleme getirilerek denetimli serbestlik sistemi benimsenmiştir⁴⁹. Bu kanun ile birlikte, az önemli davalarda, hâkim, kişinin suçluluğunun tespitine kadar gitmeden hükmü tecil edebilmekteydi⁵⁰. Yine bu düzenleme ile fail hakkında gözetim altında serbestlik emri (*probation order*) verilebilmesi için öncelikle sanığın muvafakati gerekmektedir. Bu karar verildikten sonra ise kişi 1 ilâ 3 yıl arasında bir denetim süresi ve denetim süresinin tamamı veya bir kısmı için gözetim süresi belirlenmektedir. Bunlar yanında, aynı zamanda kişiye uyması gereken bir takım tedbirler de belirleyerek, kişiye bir gözetim memuru (*probation officer*) atamaktadır⁵¹. 1908 yılında ise söz konusu bu kanun “*Children Act*” kanunu ile genç suçlular için de kurumun uygulanmasını mümkün kılmıştır⁵².

⁴⁵ EPÖZDEMİR, s. 36.

⁴⁶ ÖNDER, s. 21.

⁴⁷ ÖNDER- s. 21-23.

⁴⁸ ÖNDER, s. 21-23.

⁴⁹ Probation of Offenders Act ile ilgili daha detaylı bilgi için bkz. BAŞTÜRK, s. 214, dn.1006.

⁵⁰ ÖNDER, s. 23-24.

⁵¹ ÖNDER, s. 111.

⁵² ARTUK, Mehmet Emin - TAN, Umran Solez, Çocuk Ceza Hukuku Açısından Hükümün Ertelenmesi Müessesesi, AÜSBFD, Prof. Dr. Gündüz Ökçün’e Armağan içinde, C:47, S: 1-2, 1992, s. 47.

1969 yılına gelindiğinde ise “*Children and Young Persons Act*” ile gençler yönünden gözetim altında serbestlik emri uygulaması kaldırılmış, gözetim emri (*supervision order*) uygulamasına başlanmıştır⁵³. Yürürlükte olan bu uygulamaya göre, mahkeme, gencin gözlem altına alınmasına karar verdikten sonra, kendisine bazı yükümlülükler yükleyebilmektedir. Gelişmiş iyileştirme (*intermediate treatment*) adı verilen bir takım özel yükümlülüklerle gencin kamu ve özel kuruluşların etkinliklerine katılma zorunluluğu getirilebilmektedir⁵⁴.

Sonuç olarak probation kurumunun başarılı bir şekilde işleminin koşulu gözetim fonksiyonunun gereği gibi yerine getirmesi ile doğru orantılıdır. Bunun için de gözetim tedbirini yerine getirecek kuruluşların oluşturulması gerekmektedir.⁵⁵ 2007 tarihli “*Offender Management Act*” kanunu ile suçlulukla mücadelede yeni bir dönem açılmıştır. Bu kanuna bağlı olarak 2008 tarihli düzenlemeyle “*probation trusts*” olarak nitelenen gözetim altında serbestlik ortaklarının kurulması mümkün hale gelmiştir⁵⁶.

İngiltere’deki gelişime bakıldığında, ülkemizdeki hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun tıpa tıp benzeri bir uygulamanın şu an hâkim olduğu söylenebilecektir. Mahkeme tarafından verilen ve *probation* kurumunun bir sonucu olan gözetim altındaki serbestlik, bu konuda oluşturulan kurumlar eliyle denetlenmektedir.

3.2. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletleri de, 17. yüzyıldan itibaren gelişmeler karşısında, hâkimlerin daha önce hiç karşılaşmamış oldukları durumlarla ilgili olarak kişilerin özgür olmaları gerektiği düşüncesinin hâkim olduğu ülkelerden biridir⁵⁷.

⁵³ ARTUK- TAN, s. 47.

⁵⁴ ARTUK- TAN, s. 48

⁵⁵ BAŞTÜRK, s. 215.

⁵⁶ BAŞTÜRK s. 216.

⁵⁷ BAŞTÜRK, s. 211.

Probation kurumu ilk defa 1869 yılında Massachussetts Eyaletinde uygulanmaya başlanmıştır⁵⁸. Bu kurum ilk başta 17 yaşından küçükler hakkında uygulanmıştır. Söylemek gerekir ki bu uygulama İngiltere’de 1887 yılında kabul edilen ve yukarıda değinilen “*Probation of First Offenders Act*” kanununa kaynak olmuştur⁵⁹.

Amerika Birleşik Devletleri’ndeki bu kural, failin suçluluğunun tespit edilmesinden sonra hükmün ertelenmesi şeklinde uygulanmakta; fakat sanığın suçu kabul etmesiyle (*plea of guilty*) ve hatta sanığın hakkındaki suçlamaya cevap vermek istemediğini belirtmesi durumunda (*plea of nolo contendere*) kişinin suçluluğunun tespitine kadar gitmeden de, hükmün ertelenmesi müessesesi uygulanabilmektedir⁶⁰.

1878 yılında çıkartılan bir kanun ile bu sistem ise yalnızca Boston şehrinde yetişkinler hakkında da uygulanmaya başlanmıştır. Sonrasında ise 1880 yılında ise bu kurum bütün ülkeye yayılmıştır. Düzenlemelere göre, hâkim, failin suçluluğunu kabul ederek cezaya hükmetmeyi geri bırakmakta ve ardından, failin belli bir süre denetim altında tutulmasına karar vermektedir. Failin bu süreyi iyi halli geçirmesi halinde ise fail hakkına mahkûmiyete hükmedilmez⁶¹.

Her ne kadar Amerika Birleşik Devletleri’nde farklı eyaletlerinde birbirinden değişik uygulamalar görülse⁶² bile *probation* sisteminin alternatif yaptırımların en önemlilerinden biri olduğu söylenebilecektir. Fakat bu kurumun devlet bütçesinde fazlaca mali yük getirmesi sebebiyle, kurumun uygulama alanı daraltılmıştır. Ancak buna karşılık, Yoğun Gözetim Programı (*Intensive Supervision Program*) düşük risk grubundaki failere uygulanmış ve bu uygulamaya göre gözetim

⁵⁸ ÖNDER, s. 26.

⁵⁹ ÖNDER, s. 22-23.

⁶⁰ HOROZGİL, Denizhan. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Savaş Yayınevi, Ankara 2017, s. 21.

⁶¹ KUMBASAR, Enver, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmış Doktora Tezi, İstanbul 2011, s. 22.

⁶² BAŞTÜRK, s. 213.

altındaki kişilerin çalışma zorunluluğuna tabi tutulması öngörölmüş, çalışmama durumunda ise hapis cezası ile karşı karşıya kalmaları sağlanmıştır⁶³.

Göröldüğü üzere ilk başta 16 yaşından küçükler sonrasında yetişkinler için uygulanmaya başlanan bu kurumun kişi hakkında uygulanması halinde, bir denetim süresi belirlenir ve bu denetim süresi 3-5 yıl arasında olabilir. Faile, İngiltere'deki uygulamadaki gibi bir gözetim memuru atanır ve bu gözetim memuru failin ıslahı açısından, fail ile sıkı bir bağ kurar. Belirlenen yükümlere fail tarafından harfiyen uyulması halinde ise, hâkimce geri bırakılan hüküm açıklanmaz⁶⁴.

3.3. Fransa

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumu 1912 tarihli “*Çocuklara ve Olgunluk Çağındaki Çocuklara Mahsus Mahkemeler ile Gözetim Altında Serbesti Hakkındaki Kanun*” ile ilk kez düzenlenmiş olup, şu an bu kanun yürürlükte değildir⁶⁵.

1912 tarihli Kanun'da değişiklik yapan 02.02.1945 tarihli Emirname (*ordonance*) ile de bu kuruma yer verilmiştir⁶⁶. Bu kanuna göre, mahkeme öncelikle çocuğun suçu işleyip işlemediğini saptayacak, suçu işlediğinin sabit bulunması halinde ise cezai ehliyetinin bulunup bulunmadığına yönelik de bir araştırma yapması gerekecektir. Şayet çocuğun cezai ehliyetinin bulunduğu tespit edilirse, çocuk hakkında bir denetim süresine karar verilerek kendisine bir gözetim memuru atanması sağlanacaktır. Denetim süresinin iyi halli geçirilmesi halinde, mahkemece çocuk hakkında beraat kararı verecektir⁶⁷.

⁶³ Detaylı bilgi için bkz. BAŞTÜRK, s. 213, dn. 998.

⁶⁴ ÖNDER, s. 112.

⁶⁵ ARTUK- TAN, s. 51 Bu kanun, 13 yaşından büyük ve fakat 18 yaşından küçükler hakkında uygulanabilmektedir.

⁶⁶ ARTUK – TAN, s. 51

⁶⁷ ARTUK-TAN, s. 51.

Tüm bu düzenlemelerden sonra, 1972 ve 1975 tarihli Kanunlar ile mahkemeye yetişkin sanıklar hakkında da sanığa ceza verilmemesi ya da verilen cezanın bir yıla kadar geri bırakılması yetkisi verilmiştir⁶⁸.

1994 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nda 'Cezanın Açıklanmasının Geri Bırakılması' başlığı ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuna yer verilmiştir⁶⁹. Bu kurumun uygulanabilmesi için de, failin 5 yıldan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması gerekmektedir. Fail hakkında 18 ay ile 3 yıl arasında bir denetim süresi öngörülür ve rızası bulunması şartı ile kişi hakkında bir yükümlülüğe karar verilebilir; denetim süresinde öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde verilmiş olan geri bırakma kararı geri alınır⁷⁰.

3.4. Almanya

04.08.1953 tarihli Alman Genç Mahkemeleri Kanunu'nda (Jugendgerichtsgesetz-JGG) düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, çocuk suçlular için ilk olarak uygulama alanı bulmuştur⁷¹. Bu kanun uyarınca, hâkim, tüm araştırma imkânlarının kullanılmasına rağmen, kişinin suçluluğunu kesin olarak belirleyemezse, kişinin suçluluğunu tespit ederek hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûmiyet kararını kendisi tarafından belirleyeceği bir denetim süresinin sonuna kadar geri bırakabilir⁷². Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesiyle, 1 ila 2 yıl arasında bir denetim süresi öngörülür. Denetim süresi içerisinde fail gözetim altında tutulurken, failin öngörülmüş olan şartlara uygun

⁶⁸ BAŞTÜRK, s. 217.

⁶⁹ TATLI, Yakup, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019. Bu kurumun Anlgo-Sakson sistemindeki probation kurumuna benzese bile tam olarak örtüşmediği ileri sürülmektedir. Zira kanun gereği, kişinin suçluluğu sabit bulunduktan sonra, şartların oluşması halinde, esas hakkında bir karar verilmemekte, yani sanık hakkında suçluluğunu tespit eden bir karar verilmeden durma kararı verilerek kişi hakkında bir denetim süresi öngörülmektedir. Bknz. TATLI, s. 29, dn. 138.

⁷⁰ HOROZGİL, s. 23.

⁷¹ SARIGÜL, Ali Tanju, Türk ve Alman Hukuku'nda Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, TBBD, Sayı:118, Mayıs – Haziran 2015, s. 129.

⁷² ARTUK- TAN, s. 72

davranıp davranmadığı kontrol edilir. Belirlenmiş olan bu denetim süresi içerisinde, öngörölmüş olan yükümlölöklere uygun davranılmaması halinde, hâkim kişinin suçlu olduğunu tespit ettiğinde nasıl bir cezaya hükmedecek idiyse, bu cezaya hükmedilmesine karar verir⁷³. Denetim süresinde iyi halli olunması halinde ise, kişi hakkında tespit edilmiş olan mahkûmiyet hükmü silinir⁷⁴.

3.5. İsviçre

1937 tarihli İsviçre Federal Ceza Kanunu'nun 'müeyyidelerin ertelenmesi' 15 yaşından büyük fakat 18 yaşından küçükler hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu ilk kez kabul edilmiştir⁷⁵. Hâkim, belirtilen yaş aralığındaki kimseler hakkında, tedbir veya cezanın konusu olup olamayacağı noktasında kesin bir karar veremeyecek durumda ise kararını erteleyebilmekte ve 6 ay ile 3 yıl arasında bir denetim süresi de öngörmektedir. Bu denetim süresi içerisinde, olgunluk çağındaki çocuk izlenir. Denetim süresi başarı ile geçirilmiş ise, hâkim tedbir veya cezanın hükmedilmesinden vazgeçer; başarı ile geçirilmediği takdirde de hapis veya para cezasına yahut bunlar hakkında öngörölen tedbirlerden birine hükmeder⁷⁶.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, yetişkinler bakımından ise İsviçre Federal Kanunu'nun 41. maddesinde düzenlenmiştir. Hukukumuzdaki uygulamaya paralel bir düzenleme öngöröldüğü söylenebilecektir. İlgili düzenlemeye göre 18 aya kadar olan hapis cezalarının ertelenmesi, sanığın 5 yıl içerisinde kasıtlı bir suçtan ötürü 3 aydan fazla ceza almış olmaması, mağdurun zararını gidermesi ve yeniden suç işlemeyeceği yönünde kanaat uyandırmasına bağlıdır. Sanık hakkında iki ile beş yıl arasında bir denetim süresi de belirlenebilmektedir⁷⁷.

⁷³ HOROZGİL, s. 23.

⁷⁴ ARTUK – TAN, s. 72.

⁷⁵ ARTUK – TAN, s. 66-67.

⁷⁶ HOROZGİL, s. 22, dn. 67-68.

⁷⁷ HOROZGİL, s. 22.

4. KURUMUN UYGULANMASI

4.1. Şartları

Sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanabilmesi için, şartların kümülatif olarak bulunması gerekmektedir. Tüm bu şartlar CMK'nın 231. maddesinin 5 ilâ 14. fıkralarında belirtilmiştir. Aynı zamanda belirtmek gerekir ki, bu kurumun uygulanabilmesi için, sanık tarafından işlenen suçun hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamına giren suçlardan da olması gerekmektedir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması şartları, objektif şart ve sübjektif şartlar olmak üzere iki grupta incelenmektedir. Objektif şarta bakıldığında, bu şartın işlenen suça ve cezaya ilişkin şart olduğu görülmektedir. Sübjektif şartlar ise sanık tarafından yerine getirilmesi gereken ya da sanıkta bulunması gereken şartları ifade etmektedir.

4.1.1. Objektif Şart

Öncelikle belirtmek gerekir ki bir takım suç tiplerinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunu uygulamak mümkün değildir⁷⁸. Objektif ve diğer tüm sübjektif şartlar gerçekleşmiş dahi olsa, bu suç tipleri için hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyecektir.

Diğer yandan CMK'nın 231. maddesinin 5. fıkrası uyarınca, hangi tür ve süredeki cezalar bakımından kurumun uygulanacağına yer verilmiştir. Bu hükme göre, yürütülen yargılamanın neticesinde, sanık hakkında hükmolunan cezanın iki yıl veya daha az süreli hapis cezası veya her miktarda adli para cezası olması halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilecektir; bu objektif

⁷⁸ Tüm suç tipleri için ayrıntılı bilgi için bkz. EPÖZDEMİR, s. 108 – 140; BAŞTÜRK, s. 260 – 288; HOROZGİL, s. 48-67, TURAN, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması...*, s.48 -87.

şarttır. Bu hüküm ile kastedilen, sanığa verilecek olan sonuç ceza miktarıdır⁷⁹. Diğer bir deyişle, sanık hakkında yapılan yargılama neticesinde belirlenen hapis cezası 2 yıl 1 gün olarak belirlenmiş ise hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermek mümkün olamayacaktır. Kanundaki ‘her miktardaki’ adli para cezası ibaresinden ise adli para cezaları için bir sınır getirilmediği anlaşılmaktadır.

Her ne kadar kurum, daha evvelce suça sürüklenen çocuklar için bu ceza miktarı 3 yıl veya daha az hapis cezaları için uygulanabilmekte ise de 19 Aralık 2006 tarihinden itibaren, yetişkin sanıklarda olduğu gibi suça sürüklenen çocuklar da CMK’nın 231. maddesinin 5. fıkrasındaki ceza miktarına tabiidir.

Burada değinilmesi gereken en önemli husus, sanığın birden fazla suç işlemiş olması hali ve yargılama neticesinde verilen cezalar bakımından bir kısmının hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamında olup, bir kısmının ise bu kapsama girmediği durumda nasıl bir uygulama yapılacağıdır. Bu durumda, birden fazla suçtan mahkûmiyet halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması koşulları için her suç yönünden ayrı ayrı değerlendirilme yapılması zorunludur⁸⁰. Takdir olunacak sonuç cezaların hükmün açıklanmasının geri bırakılması sınırına tekabül etmesi ve varsa şayet zararın da giderilmiş olması koşulu ile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilip verilmeyeceği ayrıca değerlendirilmelidir. Hemen burada belirtmek gerekir ki, belirli bir suçtan ötürü cezalandırılmasına karar verilen sanık hakkında, ceza miktarı, kurumun uygulanma sınırları dâhilindeyse, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilip verilmeyeceğine ilişkin karar denetime imkân sağlayacak şekilde gerekçeli olarak gösterilmelidir⁸¹.

⁷⁹ TURAN, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması...*, s. 94.

⁸⁰ YCGK, T.03.02.2009, E.2009/11-250, K.2009/13, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

⁸¹ YCGK, T.13.11.2007, E.2007/8-171, K.2007/235, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

4.1.2. Sübjektif (Sanığa İlişkin) Şartlar

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için objektif şartların yanında, sanıkta bulunması gereken ya da sanık tarafından yerine getirilmesi gereken bir takım koşullar da bulunmaktadır. Tüm bu koşullar CMK'nın 231. maddesinin 6. fıkrasında sayılmıştır. Bu hükme göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

- Sanığın daha önceden kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,
- Sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,
- Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi ve
- Sanığın, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasını kabul etmesi gerekir.

4.1.2.1. Sanığın Daha Önce Kasıtlı Bir Suçtan Mahkûm Olmamış Bulunması

Hükmün açıklanmasına karar verilebilmesi için, CMK m. 231/6-a uyarınca sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan ötürü mahkûm olmamış bulunması gerekmektedir. Bundan anlaşılması gereken, 'doğrudan' kast olup; daha önceden sanık basit ya da bilinçli taksir ile bir suç işlemiş ise bu durum hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel oluşturmaz⁸².

Daha önceden işlenmiş bir kasıtlı suçtan ötürü mahkûmiyet kararının kesinleşmiş olması gerekmektedir⁸³.

Sanığın daha önceki mahkûmiyetine dair cezasının süresi veya türü önem arz etmemektedir. Diğer bir deyişle, sanık daha evvelce kasıtlı bir suçtan ötürü adli

⁸² HOROZGİL, s. 69.

⁸³ TURAN, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması...*, s. 101; HOROZGİL, s. 69.

para cezasına çarptırılmış ve bu hüküm kesinleşmiş ise hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumundan faydalanması mümkün olmayacaktır.

4.1.2.2. Mahkemece Sanığın Yeniden Suç İşlemeyeceği Yönünde Kanaate Varılması

Sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için mahkemenin, sanığın kişilik özellikleri ve duruşmadaki tutum ve davranışlarını göz önünde bulundurarak yeniden suç işlemeyeceği yönünde kanaate varması da gerekmektedir⁸⁴. Burada bir takdir yetkisi söz konusudur; fakat bu yetki sınırsız da değildir⁸⁵.

Nitekim diğer objektif şartların var olması halinde, sanığın kişilik özellikleri ve davranışlarının olumsuz olduğuna kanaat getiren hâkim, bireyselleştirme kurumunun temeline riayet ederek, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına dair karar verebilir⁸⁶. Fakat mahkeme, son tahlilde, bu husustaki kanaatini somut verilere dayandırarak, gerekçesini göstermek zorundadır⁸⁷.

Yargıtay, ‘sanığın kişilik özellikleri ve duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği yönünde kanaate varılmadığından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına’ şeklinde gerekçe ihtiva eden kararları gerekçesiz olması ve kanun metninin tekrar edilmiş olması nedeni ile hukuka aykırı bulmaktadır⁸⁸.

⁸⁴ CENTEL-ZAFER, s. 705.

⁸⁵ ŞEN, Ersan – MAVİŞ, Mert, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 22.

⁸⁶ EPÖZDEMİR, s. 167.

⁸⁷ PARLAR, Ali, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Erteleme*, Bilge Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 16; TURAN, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması...*, s. 110; ŞEN-MAVİŞ, s. 22.

⁸⁸ YCGK, T.26.05.2009, E.2009/95-54, K.2009/137; Y14CD, T.18.01.2020, E.2018/7988, K.2020/275; Y8CD, T.26.09.2019, E.2017/24093, K.2019/11401; Y2CD, T.16.04.2019, E.2018/620, K.2019/7389; Y17CD, T.11.04.2019, E.2019/1334, K.2019/5285, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına dair kararın gerekçesi, TCK m. 62’de düzenlenen ve net bir biçimde ifade edilen takdir yetkisinden daha ayrıntılı ve somut bir biçimde ortaya koyulmalıdır⁸⁹.

Sanığın duruşmadaki tutum ve davranışları meselesi ele alındığında, sanığın maddi gereceğe ulaşma ve adaleti sağlama yolunda çaba harcayan ve birebir sanığı gözlemleyen yerel mahkeme önündeki davranışları akla gelmelidir; duruşma dışında edinilen sanığın tutum ve davranışları değerlendirmeye esas alınmamalıdır⁹⁰. Örnelemek gerekirse, sanık, usule uygun tebliğe rağmen duruşmaya iştirak etmiyor ve duruşmalara katılmaktan kaçınıyor ise, duruşmalara katılıyorsa ve duruşmalarda disiplinsiz tutum ve davranışlar sergiliyorsa, bu halde sanığın tutum ve davranışlarını olumsuz olduğundan bahsedilebilir⁹¹.

Fakat burada, yargılamayı yürüten hâkim, usul kurallarına riayet edilmesi/edilmemesinden öte, sanığın duruşmadaki davranışlarını dosyanın esası ile birlikte değerlendirmelidir. Yargılanan bir sanık, duruşmalara iştirak etmiyor olabileceği gibi, iştirak ettiğinde de CMK’da belirlenmiş usul kurallarına uygun hareket etmeyebilir. Uygulamada çok sık rastlandığı gibi, nasıl ki mağdur, sanık ile karşılaşmak istemeyebiliyor ise, sanık da mağdur ile karşılaşmak istemeyebilir. Bu nedenle de sanık, duruşmalara iştirak etmekten imtina ediyor olabilir. Yine, söz konusu yargılamada, duruşmalara iştirak eden sanık, mağdur ile yüz yüze geldiğinde yargılamaya konu olay yüzünden münakaşa yaşadıkları için duruşma düzeni bir şekilde bozulabilmektedir. Bu nedenle sanığın duruşmadaki tutum ve davranışları, olayın esası ile birlikte değerlendirilerek bir sonuca varılmalıdır.

Sanığın işlediği suçtan ötürü pişmanlık duymadığına dair mahkeme huzurundaki söylemi, bu çerçevede değerlendirilmemelidir. Zira sanığın kendisini suçlayıcı bir ifade kullanmama hakkının bir sonucu olarak, üzerine atılı suçu işlemediğini düşünen sanık, suç işlemediğini ve bu nedenle de pişmanlık duymadığını pekâlâ

⁸⁹ ŞEN-MAVİŞ, s. 22.

⁹⁰ EPÖZDEMİR, s. 174.

⁹¹ TURAN, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması...*, s. 110-111.

dile getirebilir; bu husus ancak TCK m. 62, takdir indirimi sebepleri konusunda, sanığın aleyhine gündeme gelebilecektir.

Diğer yandan sanığın kişilik özellikleri hususunda ilk akla gelen sanığın suç durumu ya da geçmişidir. Bu ifadenin tercih edilmesinin sebebi, silinme koşulları oluşmasına rağmen sanığın adli sicil kaydının bulunması ve devam eden soruşturma ve kovuşturmalarının olması ihtimaline dayanmaktadır. Devam eden soruşturma ve kovuşturmalarının dikkate alınarak, sanığın olumsuz bir kişilikte olduğuna kanaat getirilmesi, evvela masumiyet karinesinin ihlalidir⁹². Elbette ilk bakışta sanığın adli sicil kayıtlarının, hali hazırdaki soruşturma ve kovuşturma dosyalarındaki sanık sıfatı, olumsuz bir yargının oluşmasına neden olabilecektir. Ancak hemen bu noktada Themis'in gözlerinin kapalılığı, Justitia'nın ise gözlerinin bağlılığı akla gelmelidir.

Yargılamayı yürüten mercii, bu noktada, sanığın adli sicil kayıtlarını bir kenara bırakarak, sanığın toplum için kazanılıp kazanılamayacağına bakmalı ve sanığın iyileşme yolunda ciddi adımlar atıp atmadığını değerlendirmelidir⁹³. Sanığın yaşı, aile yaşantısı, suç işleme noktasındaki motivasyonu, eğitim durumu, suç işlemeden önceki ve sonraki yaşantısı, her ne kadar cezai ehliyetine hanel gelmesi bile suç işlemesine neden olabilecek psikolojik tepkimeleri ve buna ilişkin nedenler de hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı noktasında değerlendirilmelidir.

Her ne kadar uygulamadaki eğilim, tüm objektif şartların taşınması halinde, sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi yönünde olsa bile; karar mercii takdir hakkını, vicdani gerekçelerle, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına dair karar vermek yönünde de kullanabilir. Bu konudaki vicdani kanaat, sadece gerekçeye yansıyan ifadelerle sorgulanabilir.

⁹² BAŞTÜRK, s. 370.

⁹³ BAŞTÜRK, s. 370-371.

4.1.2.3. Suçun İşlenmesiyle Meydana Gelen Zararın Giderilmesi

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanması için bir diğer şart ise, suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesidir (CMK m. 231/6-c ilk cümle).

Belirtilmelidir ki bu zararın karşılanmasının ön koşulu, ortada bir zararın bulunmasıdır⁹⁴. Ancak herhangi bir zararın doğmadığı veya zarar doğurmaya elverişli bulunmayan suçlar yönünden bu koşul aranmayacaktır⁹⁵.

Yargıtay ve uygulamadaki kabul edilen yaygın görüşe göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinin uygulanma şartlarından olan zararın giderilmesi hususu, manevi zararı kapsamamaktadır⁹⁶.

Mahkeme, basit bir araştırma yapmak suretiyle zararı tespit etmelidir⁹⁷. Fakat basit bir araştırma ile zararın miktarının tespiti mümkün değilse; bilirkişi incelemesinden yararlanılması mümkündür⁹⁸. Fakat bu noktada, mahkemece araştırılan ve tespit edilen zararı giderip gidermeyeceği sanıktan sorulmalı ve sanık kabul ettiği takdirde zarar miktarı mağdura bildirilmelidir. Ancak, mahkemece belirtilen zararı mağdurun kabul etmemesi sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir⁹⁹.

Kural olarak suç dolayısıyla ortaya çıkan zararın derhal giderilmesi gerekmele beraber, bu koşul derhal yerine getirilemediği takdirde; sanık hakkında, mağdura

⁹⁴ ÜNVER-HAKERİ, s. 673.

⁹⁵ MERAN, Necati, Yargıtay Kararlarında Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:5, Sayı:44, Nisan 2010, s.120 dn.10: YCGK, T.03.02.2009, E.2008/11-250, K.2009/13. Ayrıca güncel kararlar için bkz. Y5CD, T.21.01.2020, E.2018/5188, 2020/529; Y11CD, T.11.12.2019, E.2017/8228, K.2019/9188; Y17CD, T.03.12.2019, E.2019/13143, K.2019/15265, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

⁹⁶ ŞEN-MAVIŞ, s. 30; TURAN, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması...*, s. 114; BAŞTÜRK, s. 336; GÜNAY, s. 132; EPÖZDEMİR, s. 192; YCGK, T.03.02.2009, E.2008/11-250, K.2009/13, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

⁹⁷ HOROZGİL, s. 86.

⁹⁸ TURAN, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması...*, s. 115.

⁹⁹ TURAN, s. 120.

veya kamuya verdiği zararı denetim süresi boyunca, aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilecektir (CMK m.231/9). Bu halde mahkemenin hüküm kurarken, giderilecek toplam zararın miktarını ve zararın kaç taksit halinde ödeneceğini göstermesi gerekir.

4.1.2.4. Sanığın Kabulü

Öncelikle ve önemle belirtmek gerekir ki, CMK m. 231 çerçevesinde, kişi hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesinin şartlarından birisi de sanığın kabulüdür; sanığın kabulü yoksa kişi hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun 2005 yılında hukukumuzda girdiği ilk dönemde, sanığın kabulü aranmaksızın, şartlar oluştuğunda re'sen uygulanması söz konusu idi. Sanığın kabulü aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesinin, hukuk devleti ilkesi, adil yargılanma hakkı, hak arama özgürlüğü ve masumiyet karinesine aykırı olduğu gerekçesi ile birçok kez AYM'ye başvurulmuş ise de, Mahkeme, Anayasa'nın belirtilen ilkelerine aykırı bulmamış ve iptal istemlerini reddetmiştir¹⁰⁰.

Fakat nihayet, sanığın kabulü olmadan, verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının hak arama hürriyeti ve aklanma hakkına doğrudan bir

¹⁰⁰AYMK, T.12.03.2009, E. 2007/48 K. 2009/48, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T: 28.05.2020. "Öte yandan, (12) numaralı fıkrada hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebileceği belirtilmekte ise de, bu kuralla temyiz incelemesi yolu kapatılmış değildir. İtiraz yolu da verilen kararın bir üst merci tarafından yeniden gözden geçirilmesini sağlayan ve kararın sağlığı bakımından güvence oluşturan kanun yollarından biridir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları sanık hakkında hukuki sonuç doğuran kesin hüküm niteliğinde olmadığından, deneme süresi sonunda verilecek düşme kararı veya geri bırakma koşullarına uyulmaması halinde verilecek karar hakkında esas hükümle birlikte temyiz denetimi olanaklı bulunmaktadır.

Belirtilen nedenlerle hükmün açıklanması ile ilgili kuralları oluşturan 231. maddenin (5) numaralı fıkrasının birinci tümcesinde yer alan "bir yıl" ibaresi dışında kalan bölümünün, başlığında yer alan "ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması" ibaresi ile maddenin (6), (7), (8), (9), (10), (11), (12) ve (13) numaralı fıkraları Anayasa'ya aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir."

etkisi olduğu eleştirileri dikkate alınmış ve 6008 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile CMK'nın 231. maddesinin 6. fıkrasına sanığın kabul şartı eklenmiştir¹⁰¹.

6008 sayılı Kanun ile yapılan değişlikle, CMK m. 231/6. maddesinin son cümlesine eklenen normun devrik bir anlatım içerdiği belirtilmektedir. Kanun hükmün lafzından, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için sanığın kabul şartının arandığı değil; sanığın, açıkça, hükmün ertelenmesini istememesi durumunda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceği sonucu çıktığı belirtilmektedir¹⁰². Diğer bir deyişle, mahkemece sanığa hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul edip etmediği açık bir biçimde sorulmalı, sanık tarafından 'kabul edilmediğine ilişkin' açık beyan verilmesi halinde bu kurumun tatbiki yoluna gidilmemelidir¹⁰³.

Yargıtay ise sanığın hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesini kabul edip etmediği hususunda susması veya açıkça reddettiğine dair bir beyanda bulunmaması durumunda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebileceği görüşündedir¹⁰⁴. Diğer yandan, sanığın hazır bulunmadığı durumlarda ise adil yargılanma hakkı ve duruşmanın temel ilkelerinden olan yüz yüzelik ve doğrudanlık ilkeleri ile sözlülük kuralı gereğince; sanığın duruşmada hazır edilip, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun hukuki anlam ve sonuçları hakkında bilgilendirilerek bu husustaki beyanı alındıktan sonra karar verilmesi gerektiği vurgulanmaktadır¹⁰⁵.

¹⁰¹ 6008 sayılı Kanun'un 7. maddesine ilişkin Adalet Komisyonu Raporu'nda değişikliğin amacı şu şekilde ifade edilmektedir: "Uygulamada hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesiyle yargı yoluna müracaat halinde beraat edeceğini düşünen sanığın bu hakkı elinden alınmaktadır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları itiraza tabi olup; uygulamada itiraz mercii kararları şeklen incelenmektedir. Her iki durumda da sanığın suçsuzluğunu ispat amacıyla kararı temyiz incelemesine götürmesi mümkün değildir. Bu sebeple sanığın, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı olduğunu beyan etme ve dolayısıyla temyiz mahkemesinde beraat etme hakkının elinden alınmaması düşüncesiyle anılan hükmü ihdas eden madde eklenmiştir.", www.tbmm.gov.tr, E.T:22.05.2020.

¹⁰² BAŞTÜRK, s. 251.

¹⁰³ ŞEN – MAVİŞ, s. 39.

¹⁰⁴ YCGK, T.07.12.2010 E.2007/234 K.2007/252, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

¹⁰⁵ YCGK, T.03.03.2018, E.2017/479, K.2018/327, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

Burada değinilmesi gereken diğere bir husus, hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinden yararlanılıp yararlanılmayacağına dair iradenin şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olup olmadığı meselesidir. Öncelikli iradenin, hazır bulunması halinde sanığa ait olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁶. Hemen burada değinilmelidir ki, sanık, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanmasını mahkemeden talep edip, daha sonra karar verilmeden bu talebinden vazgeçebilir, bu duruma yasal bir engel mevcut değildir¹⁰⁷. Diğer yandan, vekâletnamede özel bir yetkiye gerek bulunmaksızın, CMK'nın 226. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, müdafinin de, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanmamasını kabul etmeme yetkisi olduğu ileri sürülmektedir¹⁰⁸.

Yargıtay ise CMK m.231/6'daki şartın, sanığa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğunu ve bu hakkın müdafiyeye devredilemeyeceğini belirtmektedir¹⁰⁹.

¹⁰⁶ ŞEN - MAVİŞ, s. 38.

¹⁰⁷ TURAN, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması...*, s. 127.

¹⁰⁸ TURAN, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması...*, s. 129; ŞEN-MAVİŞ, s. 37; EPÖZDEMİR, s. 104;

¹⁰⁹ YCGK, T.22.10.2019, E.2015/12-225, K.2019/616, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020. “...Sanığın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul etmediği yönündeki beyan hakkı tıpkı ifade ve sorgu gibi şahsi bir haktır ve sanık tarafından kullanılmalıdır. Sanık müdafisi nasıl ki temsilcisi olduğundan bahisle sanığın yerine sorgulanamaz ise sanığın yerine hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul etmediğine dair bir beyanda da bulunamaz. CMK'nın 231.Maddesinin altıncı fıkrasının (c) bendinin 'Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez.' şeklindeki düzenleme ve aynı Kanun'da, duruşmalarda sanığı temsil eden sanık müdafisinin sanık adına hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul edip etmediğine dair beyanda bulunabileceğine ilişkin bir usul kuralının yer almaması, kanun koyucunun hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul etmeme yetkisini münhasıran sanığa vermesinin bilinçli bir tercih olduğunu göstermektedir. CMK'nın 226/4. maddesinde ek savunma hakkına ilişkin olarak müdafisinin sanığa tanınan haklardan onun gibi yararlanacağını kabul eden kanun koyucu, sanık müdafisin de hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul etmediğine dair bir beyanda bulunabileceğine ilişkin olarak benzer bir düzenleme yapma imkânına sahipken bu yola başvurmamak suretiyle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının kabul etmeme hakkının sanığa ait olduğunu belirtmiştir. Ceza muhakemesi hukukunda kural olarak kıyas yapılabilmesi mümkün ise de suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak hak ve özgürlükleri sınırlayıcı hükümler ile yalnızca belli kişi veya durumlar için öngörülen istisnai nitelikteki hükümlerin uygulanmasında kıyas veya kıyasa yol açacak şekilde genişletici yorum yapılamaz.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul etmeme de yalnızca sanığa tanınan şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olup vekâletnamede buna ilişkin özel yetki bulunmadığı sürece söz konusu hakkın kullanılması müdafiyeye devredilemez. Zira şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarda hakkın devredilemeyeceğine dair kurala ancak yasal düzenleme ile istisna getirilmesi mümkündür...”

müdafinin de, sanığın menfaatlerini korumakla görevli olduğundan bahisle; sanığın muvafakati de olması halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanmamasını talep etme hakkı olduğu kabul edilmelidir.

4.2. Kararın Denetimi

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararlara itiraz edilebileceği açıkça madde metninde düzenlenmekle, bu kararlara karşı itiraz kanun yoluna başvurulacağı konusunda kuşku yoktur (CMK m. 231/12).

Bu nedenle öncelikle, itiraz kanun yolu ve inceleme usulüne yer verilerek bu konudaki tartışmalara değinilecektir. Diğer yandan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının CMK m. 223 bağlamında hüküm olarak sayılmaması karşısında, temyiz yahut istinaf kanun yoluna konu yapılamayacağına kuşku yoktur. Fakat HAGB kararlarının hüküm niteliğinde olmadığı dikkate alındığında, kanun yararına bozma ya da yeniden yargılamaya konu yapıp yapılamayacağı tartışmalı bir konudur. Bu nedenle de bu tartışmalara ve güncel içtihatlar çerçevesinde uygulamadaki duruma da yer verilecektir.

4.2.1. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına Karşı Başvurulacak Kanun Yolu

4.2.1.1. İtiraz ve İtiraz İncelemesinin Kapsamı

Öncelikle altını çizmek gerekir ki, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları hüküm niteliğinde olmadığından ve CMK'nın 223. maddesinde açıkça belirtilen hükümlere karşı temyiz yoluna başvurulabileceğinden bu karara karşı temyiz kanun yoluna başvurulması mümkün değildir¹¹⁰. Fakat hükmün

¹¹⁰ YCGK, T. 28.06.2011, E. 2011/2-108, K. 2011/148, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına veya reddine karşı, istinaf ve temyiz edilebilirliğine göre bu kanun yolları açıktır; HAGB'nin şartlarının gerçekleşip de yerel mahkemece uygulanmadığı kanaatinde olan sanık veya avukatı ve cumhuriyet savcısı, kararın bu yönünün de hukuka aykırı olduğu gerekçesi ile istinaf veya temyiz kanun yoluna başvurabilecektir¹¹¹.

CMK m. 231/12 uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı itiraz kanun yoluna başvurulacağına yukarıda değinmiştik¹¹². Hemen yeri gelmişken, itiraz mercii tarafından verilen kararların kesin nitelikteki kararlar olduğunu da belirtmek gerekmektedir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının denetimi için itiraz kanun yolunun belirlenmesi, itiraz incelemesinin usuli ilkeleri bakımından birçok tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Nitekim bu konu AYM'nin önüne de gelmiş ve CMK'nın 231. maddesinin 12. fıkrasının Anayasa'nın 10. ve 11. maddelerine aykırılığı iddiası ile iptal talebinde bulunulmuştur¹¹³.

İtiraz mercii, hükmün açıklanması geri bırakılması kararının objektif ve sübjektif şartlarının somut olayda oluşup oluşmadığını denetlemektedir. Fakat itiraz mercii, esas hakkında denetim yapıp yapamayacağı, yapacaksa bu denetimi ne şekilde yerine getireceği tartışmaların en başında gelmiştir¹¹⁴.

¹¹¹ ŞEN – MAVİŞ, s. 56.

¹¹² Ayrıca CMK'nun 231/12 maddesinin gerekçesinde de uygulamada çıkan tereddütlerin önüne geçmek amacıyla açıkça belirtildiğine vurgu yapılmıştır.

¹¹³ AYMK, T. 07.05.2009, E. 2009/22, K. 2009/55, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020. Söz konusu bu kararda Mersin 4. Asliye Ceza Mahkemesi, anılan fıkra nedeniyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi halinde, buna ilişkin kararların itiraza tabi olması nedeniyle, itiraza ilişkin incelemenin hükmün açıklanmasının geri bırakılması koşullarının bulunup bulunmadığıyla ilgili sınırlı bir inceleme yapılacağından; daha az cezaya hükmedilen ve cezası ertelenen kimselerin kararlarının temyize tabi olmasının Anayasa'nın 10. ve 11. Maddelerine aykırı olduğu iddia etmiştir. Ancak AYM: "... (12) numaralı fıkra hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebileceği belirtilmekte ise de, bu kuralla temyiz incelemesi yolu kapatılmış değildir. İtiraz yolu da verilen kararın bir üst merci tarafından yeniden gözden geçirilmesini sağlayan ve kararın sağlığı bakımından güvence oluşturan kanun yollarından biridir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları sanık hakkında hukuki sonuç doğuran kesin hüküm niteliğinde olmadığından, deneme süresi sonunda verilecek düşme kararı veya geri bırakma koşullarına uyulmaması halinde verilecek karar hakkında esas hükümle birlikte temyiz denetimi olanaklı bulunmaktadır..." şeklindeki gerekçesi ile söz konusu istemi reddetmiştir.

¹¹⁴ BAŞTÜRK, s. 477-478.

Yargıtay önceleri, itiraz merciinin, CMK'nın 231. maddesinin şartlarıyla sınırlı bir inceleme yapabileceğini, işin esasının itiraz mercii tarafından denetlenemeyeceği yönünde karar vermiştir¹¹⁵.

Fakat hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı yapılacak incelemenin yalnızca şartların oluşup oluşmadığıyla sınırlı tutulmasının hukuka aykırılığı Yargıtay tarafından görülmüş ve AİHS'nin 13. maddesinde hükme bağlanmış olan etkili başvuru hakkının ihlali olan bu görüşten dönülerek içtihadı değiştirme yoluna gidilmiştir¹¹⁶. Böylece itiraz mercii, CMK'nın 231. maddesinin şartları ile sınırlı bir inceleme ile yetinmeyip, hükümdeki hukuka aykırılıkları da denetleyebilecektir.

Ne var ki, uygulamada 22 Ocak 2013 tarihli Ceza Genel Kurulu kararının dikkate alınmadığı, dosyaların esasına girilmediği, yalnızca CMK m. 231 şartlarına ilişkin sınırlı bir incelemenin yapıldığı görülmektedir. Bu noktada, itiraz mercii tarafından verilen kararların da kesin nitelikte kararlar olduğu dikkate alındığında, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin itiraz merciince verilen kararların etkili başvuru hakkının gereklerini yerine getiren kararlar olmadığını söylemek gerekmektedir

4.2.1.2. Olağanüstü Kanun Yolları

4.2.1.2.1. Kanun Yararına Bozma

Kanun yararına bozma, hâkim veya mahkeme tarafından verilen, istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar ya da hükümlerdeki hukuka aykırılıkların denetlenebilmesi ve giderilebilmesi için olağanüstü bir kanun yoludur (CMK m. 309 – 310).

¹¹⁵ YCGK, T. 03.02.2009, E. 2008/11-250, K. 2009/13; YCGK, T. 06.10.2009, E. 2009/4-169, K. 2009/223, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

¹¹⁶ YCGK, T.22.01.2013, E.2012/10-534, K.2013/15, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının, kanun yararına bozma yolu ile denetlenmesi noktasında ikili bir ayırım yapılması doğru olacaktır. Yukarıda değinildiği gibi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, esasında bir mahkûmiyet hükmü barındıran ve bu hükmün üzerine kurulan mahkûmiyet hükmünün ertelenmesi kararıdır.

Öncelikle, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının uygulanabilme şartlarındaki hukuka aykırılıkların kanun yararına bozmaya konu edilip edilemeyeceği tartışılmalıdır.

Yargıtay, kanun yararına bozma yolunda, CMK'nın 231/5-14 maddelerindeki şartlar kapsamında denetleme yapılarak; söz konusu olayda hükmün açıklanmasının geri bırakılması şartlarının bulunup bulunmadığının incelenebileceği görüşündedir¹¹⁷. Yargıtay, bu kanun yolunda, denetlenenin hüküm olmayıp, hükmün üzerine inşa edilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı olduğuna özellikle vurgu yapmaktadır. Yargıtay'a göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının şartları ile sınırlı denetim sonunda hukuka aykırılık tespit edilirse; bu durumda da ilgili dairenin, kanun yararına bozma ile yetinerek müteakip işlemlerin yerel mahkemesince yapılmasına karar verilmesi gerekmektedir¹¹⁸.

¹¹⁷ YCGK, T. 07.12.2010, E. 2010/6-234, K. 2010/252, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020. "...Ancak yasa yararına bozma yasa yolunda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı sadece 5271 sayılı CMK'nın 5-14. (somut olaya göre 5395 sayılı Çocuk Koruma Yasasının 23. md.) fıkralarındaki koşullar kapsamında denetlenecek, hükmün açıklanmasının geri bırakılması koşullarının bulunup bulunmadığı, ceza miktarı, daha önceden kasıtlı bir suçtan mahkûmiyet, zararın giderilip giderilmediği, suçun İnkılap Yasasında belirtilen suçlardan bulunup bulunmadığı, Askeri Ceza Yasası ile 15 yaşından büyükler açısından 3713 sayılı Yasa kapsamındaki suçlardan olup olmadığı, denetim süresinin doğru tayin edilip edilmediği gibi hususlara ilişkin hukuka aykırılıklar nedeniyle bozulabilecek, saptanan hukuka aykırılıkların yeni bir yargılamayı gerektirdiği ahvalde yeniden yargılama yapılarak karardaki hukuka aykırılığın giderilmesi için dosyanın mahkemesine iadesine karar verilecek, yargılama gerekmeyen durumda ise hukuka aykırılık Yargıtay ilgili ceza dairesince veya Ceza Genel Kurulunca giderilecektir..."

¹¹⁸ YCGK, T. 06.10.2009, E. 2009/4-169, K. 2009/223, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020. "...Kurulan hükmün sanık hakkında hukuksal bir sonuç doğurmamasını ifade eden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, davayı sonuçlandıran ve uyumsuzluğu çözen bir "hüküm" değildir. Bunun sonucu olarak, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararlar, CYY'nın 223. maddesinde sayılan hükümlerden olmadığından, bu tür kararların yasa

Diğer sorun ise, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının dayandığı mahkûmiyet kararının esasına ilişkin hukuka aykırılıkların kanun yararına bozma konusu yapıp yapılamayacağıdır. *İtiraz* kısmında Yargıtay'ın içtihat değişikliği yoluna gitmeden evvel, itiraz merciiin, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının dayandığı mahkûmiyet hükmünün esasına ilişkin inceleme yapamayacağını görüşünde olduğuna değinmiştik. Yargıtay önceleri, kanun yararına bozma hususunda da, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının henüz doğmamış bir hüküm olduğunu ve Kanun'un, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının mahkûmiyete ilişkin kısmının temyiz incelemesini dahi yasaklamışken; olağanüstü kanun yolu olan kanun yararına bozma yolu ile denetlenebileceğini kabul etmenin kanun yollarında hâkim olan temel ilkelere açıkça aykırı olacağı görüşünü ortaya koymuş ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının dayandığı mahkûmiyet kararının esasına ilişkin hukuka aykırılıkların kanun yararına bozmaya konu edilemeyeceğini belirtmiştir¹¹⁹.

Yargıtay'ın 22 Ocak 2013 tarihli Genel Kurul kararının, itiraz mercilerince dikkate alınmadığı da göz önüne alındığında; her ne kadar hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının sanık hakkında hüküm doğurmamasını ifade etse bile, sanığın belirli bir süre denetime tabi tutulmasının öngörülmesi, adli sicile işlenmesi dahi kendine mahsus bir sisteme kaydedilmesi, yargılama neticesinde, müsadere, yargılama giderleri ve bu kapsamda vekâlet ücretinin sanığa yüklenmesi gibi hukuki etkileri gözetildiğinde esasında kesin bir hükmün bir kısım hukuki sonuçlarını doğurduğu alenen ortadadır.

Nitekim Yargıtay da, ülke sathında uygulama birliğine ulaşmak ve ciddi boyutlara ulaşan hukuka aykırılıkların toplum ve hukuk yararına giderilmesi amacıyla görüş değiştirerek; istinaf ve temyiz kanun yollarından geçmeksizin kesinleşen hükmün

yararına bozulması durumunda yargılamanın tekrarlanması yasağına ilişkin kurallar uygulanamayacağı gibi, davanın esasını çözen bir karar bulunmadığı için verilecek hüküm veya kararlarda lehe ve aleyhe sonuçtan da söz edilemeyecektir...”

¹¹⁹ YCGK, T.01.06.2010, E.2010/8-102, K.2010/135, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararların, olağanüstü kanun yolu olan kanun yararına bozma konusu yapılabileceğini belirtmiştir¹²⁰.

Görüldüğü üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına ilişkin başvurulacak kanun yolunun Kanun'da *itiraz* olarak düzenlenmiş olması, kurumun niteliğine ters düşmekte ve hukuka aykırılıklara neden olmaktadır. Kanun yolunda değişiklik yoluna gidilmeden, sorunların içtihat değişiklikleri ile çözülmeye çalışılmasının da etkili başvuru hakkının gereklerinin yerine getirmediği aşikârdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı kanun yararına bozma yolunun açılması söz konusu ise bu kararların denetiminde başvurulacak olağan kanun yolunun (itiraz) bir kanun değişikliği ile değiştirilerek, temyiz/istinaf incelemesine tabi tutulması zaruridir.

¹²⁰ YCGK, T.02.10.2018, E.2015/392, K.2018/389, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

4.2.1.2.2. Yargılamanın Yenilenmesi

Kesinleşmiş hükümlerin, bir nedenle yanlış verildiğinin anlaşılması karşısında, cezanın infazı tamamlanmış dahi olsa gerek hükümlünün lehine gerekse de aleyhine olarak vuku bulan yeni durumlar nedeniyle, kesinleşmiş bir hükme rağmen, adaletin tecelli etmesi ve maddi hakikate ulaşılması amacıyla hükmün yeniden ele alınmasına olanak sağlayan kanun yolu yargılamanın yenilenmesidir¹²¹.

Yargılamanın yenilenmesi müessesesi, CMK m. 311 ve 323'de, olağanüstü bir kanun yolu olarak düzenlenmiştir. CMK'nın 311. maddesinde, kesinleşen bir hükümle sonuçlanan bir yargılamanın hangi hallerde hükümlü lehine, CMK'nın 314. maddesinde ise hükümlü aleyhine yenilenebileceği düzenlenmiştir.

Yargılamanın yenilenmesi, sadece son kararlara karşı açık olan bir kanun yolu olup¹²²; kesin 'hüküm' halini almış kararlar için başvurulabilir¹²³.

Yukarıda müteaddit kereler değinildiği üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, teknik anlamda bir hüküm değildir. Yargıtay da bu nedenle, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının hüküm niteliğini haiz olmadığı için, bu karara karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulamayacağını ifade etmektedir¹²⁴.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ile her ne kadar ilan edilen bir mahkûmiyet hükmü bulunmasa bile askıda sayılan ve hukuki bir sonuç doğurmadığı farz edilen bu mahkûmiyet kararına karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabileceğini savunan görüşler bulunmaktadır¹²⁵.

¹²¹ ÜNVER- HAKERİ, s. 794; ŞEN-MAVİŞ, s. 57; CENTEL-ZAFER, s. 770.

¹²² CENTEL- ZAFER, s. 771;

¹²³ TOROSLU- FEYZİOĞLU, s. 448.

¹²⁴ Y15CD, T.28.11.2019, E.2019/7452, K.2019/13271; Y12CD, T.24.11.2015, E.2015/2608, K.2015/18086.

¹²⁵ ŞEN- MAVİŞ, s. 59. Aksi yönde bkz. BAŞTÜRK, s. 486; EPÖZDEMİR, s. 342; HOROZGİL, s. 126.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı teknik anlamda bir hüküm olmasa dahi, içerisinde mahkûmiyet hükmünü barındırmaktadır. Kararın kesinleşmesi ile birlikte, denetim süresi içerisinde, hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına kara verilen bir kimsenin beraat etmesine yarayacak yeni bir delilin ortaya çıkması, hükümle sonuçlanan yargılamalarda olduğu gibi, muhtemeldir. CMK'nın 311. maddesinde hükümlü lehine sonuç doğurabilecek diğer yargılama nedenlerinin de gündeme gelmesi söz konusu olabilir. Bu gibi ihtimallerin ortaya çıktığı durumlarda, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının hüküm niteliğini haiz bir karar olmadığı gerekçesi ile yargılamanın yenilenmesi yoluna başvuramayacağını kabul etmek; bu müessese için sanığın adil yargılanma hakkının en önemli unsurlarından olan aklanma hakkının yok sayılması anlamına gelecektir. Nitekim ceza yargılamasının yegâne amacı hakkaniyete uygun bir biçimde maddi gerçeğe ulaşmaktır; bu gaye doğrultusunda da doktrindeki aksi görüşlerin ve Yargıtay'ın konu hakkındaki kararlarının tarafımızca kabulü mümkün değildir.

4.2.2. Düşme/Hükmün Açıklanması Kararlarına Karşı Başvurulacak Kanun Yolu

4.2.2.1. İstinaf/Temyiz

İstinaf, 5271 sayılı CMK ile hukukumuzda tekrar bir kanun yolu olarak düzenlenmiştir. İstinaf kanun yolu, ilk derece mahkemesi tarafından verilmiş olan hükmün, üst derece mahkeme tarafından maddi ve hukuki açıdan yeniden gözden geçirilmesi anlamına gelmekte; maddi meselenin yeniden inceleme konusu yapılabilmesine imkân vermektedir¹²⁶. İstinaf kanun yolunda; doğrudanlık ve sözlülük ilkeleri hâkim olduğundan, temyiz kanun yolundan ayrılmaktadır¹²⁷.

¹²⁶ CENTEL-ZAFER, s. 749; TOROSLU-FEYZİOĞLU, s. 392.

¹²⁷ CENTEL-ZAFER, s. 749.

İstinaf kanun yoluna başvurulabilmesi için, kararın hüküm niteliğini haiz olması gerekmektedir, düşme kararı da hüküm niteliğindedir¹²⁸. Daha evvel değinildiği üzere, hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen bir sanığın denetim süresini iyi halli olarak geçirmesi halinde, açıklanması geri bırakılan hüküm kaldırılarak, düşme kararı verilecektir (CMK m.231/10). Aksi halde de, açıklanması geri bırakılan hüküm açıklanacaktır (CMK m. 231/11). Bu nedenle de düşme kararına karşı, istinaf kanun yoluna başvurulabilecektir. Diğer yandan, açıklanması geri bırakılan hükmün açıklanması halinde de istinaf kanun yoluna başvurulabilecektir¹²⁹. Böylece, düşme kararına konu olan mahkûmiyet hükmünün esası da incelenebilecektir.

Açıklanması geri bırakılan hükmün açıklanmasına karar verilmesi halinde, istinaf kanun yoluna başvurulduğunda, Bölge Adliye Mahkemesi tarafından beş yıl ve daha az hapis cezaları ve miktarı ne olursa olsun adli para cezalarına karşı verilmiş olan esastan ret kararlarına karşı temyiz kanun yoluna başvurmak mümkün değildir¹³⁰.

¹²⁸ TOROSLU-FEYZİOĞLU, s. 395.

¹²⁹ CMK m. 272/3-a hükmü uyarınca, sonuç olarak belirlenen üçbin Türk Lirası dâhil adli para cezasına hükmedilmişse, bu hükme karşı istinaf kanun yolu kapalıdır.

¹³⁰ Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için verilen hapis cezasının 2 yıl ve altında olması gerektiğinden; ilk derece mahkemesi tarafından açıklanacak olan hüküm de 2 yıl ve altında olacağından bu hükmün açıklanması halinde istinaf kanun yoluna başvurulması ve başvuruya karşı esastan ret kararı verilmesi halinde, temyiz kanun yoluna başvurmak mümkün olmayacaktır. Fakat belirtmek gerekir ki, sanık ile birlikte açıklanan hüküm hakkında, cumhuriyet savcısı ya da katılanın da istinaf başvurusunda bulunması halinde, Bölge Adliye Mahkemesi tarafından, ilk derece mahkemesinin hükmünün kaldırılıp da sanığın daha fazla cezaya mahkûm edilmesi halinde; işbu hükme karşı temyiz kanun yolu açıktır (AYM'nin 27.12.2018 tarih ve 2018/71 E. ile 2018/118 K. sayılı iptal kararı ile CMK'nın 286. maddesinin 2. fıkrasının d bendinde yer alan *İlk derece mahkemelerinin görevine giren ve kanunda üst sınırı iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezasını gerektiren suçlar ve bunlara bağlı adli para cezalarına ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları hükmü anayasaya aykırılığı nedeni ile iptal edilmiştir*).

4.3. Kararın Sonuçları

4.3.1. Kararın Hukuki Sonuç Doğurmaması

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesinin en önemli sonucu, verilen kararın sanık hakkında hukuki bir sonuç doğurmamasıdır. Nitekim bu husus, 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesinin 5. fıkrasının son cümlesinde açıkça ifade edilmiştir.

Daha evvelce değinildiği üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği halde, sanık hakkında verilmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunmakla birlikte, bu hüküm askıdadır. Askıda olan bu süre içerisinde de, her ne kadar bazı hukuki sonuçlar doğsa da, CMK'nın 223. maddesinde sayılan hükümlerin sonuçlarının doğmaması anlaşılmalıdır¹³¹.

Denetim süresi içerisinde kasten yeni bir suç işlenip işlenmemesi ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere uygun davranılıp davranılmamasına göre, kurumun farklı sonuçları olabilecektir¹³².

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği durumda, mahkeme sanık hakkında denetimli serbestlik tedbirine ilişkin bir yükümlülük de belirlemiş olabilir. Denetim süresinin sanık tarafından iyi halli olarak geçirilmesi, başka bir deyişle denetim süresi içerisinde kasten yeni bir suç işlememesi ve belirlenen tedbirlerin gereklerine uygun davranılması halinde açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılır ve kamu davasının düşmesine karar verilir (CMK m. 231/10).

Suçta sürüklenen çocuklar için öngörülmüş olan üç sene ve yetişkin sanıklar için öngörülen beş senelik denetim süresi sona erdiğinde, mahkemece dava dosyası re'sen ele alınarak, öncelikle denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlenip

¹³¹ TURAN, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması...*, s. 151. Hüküm niteliğinde olan beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararlarının hukuki sonuçlarının doğmaması anlamına gelir.

¹³² ÜNVER-HAKERİ, s. 681.

işlenmediği değerlendirilecektir¹³³. Fakat uygulamada, denetim süresi içerisinde yeniden bir suç işleyen ve bu suç nedeniyle mahkûmiyet kararı kesinleşen kişi hakkında, ikinci suçun yargılamasını yürüten mahkeme tarafından, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar veren mahkemeye ihbar yapılarak denetim süresi beklenmeksizin, dosyanın ele alınması ve dolayısı ile açıklanması geri bırakılan hükmün açıklanması sağlanmaktadır. Mahkeme aynı zamanda, sanığa yüklenmiş bir yükümlülük varsa bunun yerine getirilip getirilmediğine dair ilgili denetimli serbestlik müdürlüğüne yazı yazarak, yükümlülüklerin yerine getirildiğine dair cevabi yazı ile birlikte düşme kararı verecektir. Ancak yine uygulamada, şayet sanık yükümlülüklerine uygun davranmıyorsa, bu durumda denetimli serbestlik müdürlüklerince, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar veren mahkemelere bildirimde bulunmaktadır.

Diğer olasılık ise, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra sanığın denetim süresi içerisinde kasten yeni bir suç işlemesi ya da denetimli serbestlik tedbirlerine aykırı davranması halidir. CMK'nın 231. maddesinin 11. fıkrasına göre bu her iki durumda açıklanması geri bırakılan hükmün açıklanmasına karar verilecektir.

Bu noktada hükümde geçen '*denetim süresi içerisinde*' kasten yeni bir suç işlenmesi ibaresini değerlendirmek ve uygulamadaki durumdan söz etmek gerekmektedir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği halde, bu hüküm ancak denetim süresi içerisinde işlenen kasıtlı bir suçtan mahkûmiyet ve bu mahkûmiyetin kesinleşmesi halinde mümkündür¹³⁴. Bunun anlamı, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi ve kesinleşmesinden önce,

¹³³ Sanık hakkında denetim süresi içerisinde işlediği bir suçtan ötürü mahkûmiyet kararı verilmiş ve fakat bu hüküm, denetim süresi bittiğinde kesinleşmemiş ise düşme kararı verilmesinin önünde bir engel yoktur. Bkz. YCGK, T. 04.10.2018, E. 2017/8-952, K. 2018/403, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

¹³⁴ CENTEL-ZAFER, s. 707.

denetim süresinin başlamasından önce, işlenen ve sonradan mahkûm edilen suç nedeniyle hükmün açıklanmasına karar verilemeyeceğidir¹³⁵.

Denetimli serbestlik tedbirlerine aykırı davranması halinde ise hükmün mahkeme tarafından açıklanacağına kuşku yoktur. Ancak, burada mahkemeye tanınmış bir takdir yetkisi söz konusudur. Mahkeme takdir ettiği takdirde, hükmü açıklamadan önce somut olayı ve sanığın durumunu gözeterek cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşulları varsa hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine ya da seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir hüküm kurabilecektir (CMK m.231/11-son cümle).

Hükmün açıklanmasına ilişkin şartların gerçekleşmesi halinde şu soru gündeme gelmektedir: Daha evvelce mahkemece açıklanması geri bırakılan hüküm dışında başka bir hüküm kurulması mümkün müdür? Bu sorunun ardından gündeme gelecek ilk soru, sanık aleyhine olacak şekilde başka bir hüküm kurulabilir mi? ve hemen onu izleyen ikinci soru açıklanması geri bırakılan mahkûmiyet hükmüne karşı beraat kararı verilebilir mi? olacaktır.

Belirtmek gerekir ki, doktrinde bu konuya ilişkin bir fikir birliği bulunmamaktadır. CMK m. 231/11 hükmü karşısında, delillerin yeniden değerlendirilerek, sanığın üzerine atılı suçun unsurları oluşmadığından bahisle beraat kararı verilemeyeceğini mahkemenin daha önce kurulmuş olan mahkûmiyet hükmünü olduğu gibi açıklayacağını, açıklanan bu hükme karşı başvurulacak kanun yolu incelemesi neticesinde bozulması halinde yeni bir hüküm kurulabileceğini ileri süren görüşler bulunmaktadır¹³⁶. Bu görüşe göre; hükümde CMK'nın 231. maddesinin 11. fıkrasının son cümlesi uyarınca, bununla sınırlı olarak, mahkûm olunan ceza miktarı veya süresinde bir değişiklik yapılmaksızın yalnızca hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilebilmesine olanak bulunmaktadır.

¹³⁵ Y2CD, T.07.05.2014, E.2013/21469, K.2014/12390, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

¹³⁶ BAŞTÜRK, s. 451; ÜNVER-HAKERİ, s. 682; EPÖZDEMİR, s. 272.

Yargıtay ise en yakın tarihli kararın da ise denetim süresi içerisinde kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen¹³⁷ sanığın durumunun, mahkemece yeniden değerlendirilerek, CMK m. 231/11 ile sınırlı olarak hükmün açıklanması sırasında değişiklikler yapılmasının mümkün olduğu; ancak denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işleyen sanık açısından, kanunda bu yönde herhangi bir ibareye yer verilmediği görüşündedir. Anılan hükmün düzenleniş şekline rağmen ‘açıklanması geri bırakılan hükmün hatalı olması, değiştirilen hükmün sonuç itibarıyla doğru olması, usul ekonomisi ve davanın uzamasının önlenmesi’ gibi sebeplerle hükmün değiştirilmesinin mümkün olup olmayacağına Ceza Muhakemesi Hukuku’nun izin verdiği ölçüde yorumlamak suretiyle çözümlenmesi gerektiği şeklinde karar vermiştir¹³⁸.

Öte yandan, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının CMK’nın 223 maddesinde sayılan hükümlerden olmadığı ve buna bağlı olarak davanın esasını çözen bir hüküm de olmadığından bir ‘ara karar’ niteliği taşıdığı, mahkemenin de henüz dosyadan el çekmediği gerekçesi ile önceki verilen kararda değişiklik yapılarak beraat kararı verilebileceği de ileri sürülmüştür¹³⁹.

Bu görüşün isabetli olduğunu söylemek mümkündür. CMK’nın 231. maddesinin 11. fıkrası uyarınca, kanunen hükümde değişiklik yapılamayacağı ve yalnızca kanunda belirtildiği şekli ile bir değişikliğin yoluna gidilebileceği görüşünü kabul edebilmek mümkün değildir. Zira kanunda bunu açıkça yasaklayan bir hüküm yoktur; var olsa dahi bunun hukuka uygunluğu da tartışmalı olacaktır. Öyle ki, sanığın kasten yeni bir suç işlemiş olması veyahut denetimli serbestlik yükümlülüklerine aykırı olması halinde, açıklamaya konu olacak daha evvelce verilmiş olan mahkûmiyet hükmü hatalı tesis edilmiş olabilir, üzerine atılı suç, sonradan suç olmaktan çıkarılmış ya da daha lehe hükümler getirilmiş olabilir. Keza yürütülen yargılamada mağdur söz konusu ise, mağdurun şikâyetinden

¹³⁷ Kanun koyucu burada özellikle ‘getiremeyen’ ifadesini tercih etmiştir. Bu ifadeden anlaşılması gereken, kasıtlı olarak kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getirmeyen değil de, elinde olmayan sebeplerden ötürü yerine getiremeyen sanık anlaşılmalıdır.

¹³⁸ YCGK, T.07.11.2019, E.2016/4-1034, K.2019/647, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

¹³⁹ TURAN, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması...*, s. 159.

vazgeçmesi de gündeme gelebilir. Bu gibi durumlarda, sanık lehine yorum yapmak en doğrusu olacak ve dosyanın esasının yeniden ele alınarak sanık lehine olabilecek değişikliklerin hükümde yapılabilmesi ve en önemlisi beraat kararı verilebilmesi adaletin ve hukukun bir gereğidir.

Fakat bu noktada, daha evvelce açıklanması geri bırakılan mahkûmiyet hükmünde hata yapıldığı fark edilerek, sanık aleyhinde hükmün değiştirilmesi bizce mümkün değildir. Örneğin, nitelikli bir halin uygulanması gerekirken suçun basit halinin sanığa uygulanarak mahkûmiyet hükmü tesis edilip bu hükmün açıklanmasının ertelenmesine karar verilmiş ve eksik ceza tayin edilmiş olabilir. Bu gibi durumlarda kazanılmış hak müessesesi gündeme gelmeli ve önce verilmiş hükmün aynen olduğu gibi açıklanması ile yetinilmelidir.

Nitekim Yargıtay da, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun, kişilerin işlediği bir takım suçlardan ötürü adli yönden lekelenmemeleri için bir fırsat olduğunu ve bu anlamda kurumun Devlet ile sanık arasında imzalanmış bir sözleşme ihtiva ettiğini belirtmektedir. Zira Yargıtay'a göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu ile sanık bir daha suç işlemeyeceğini taahhüt ederken; Devlet de, deneme süresinin suç işlemeyen geçirilmesi halinde kamu davasının düşürülmesi suretiyle sanığa lekelenmeme hakkı sağlanacağını, aksi durumda hükmün 'aynen' açıklanacağını taahhüt etmektedir. Bu nedenle de Devlete ve adalete olan güvenin sarsılmaması ve hükümdeki aykırılıkların ileride sanık açısından kazanılmış hak konusu olma ihtimali nedenleriyle sanık aleyhine olacak şekilde hükmün düzeltilemeyeceği ifade edilmiştir¹⁴⁰.

¹⁴⁰ Bkz. YCGK, T.07.11.2019, E.2016/4-1034, K.2019/647, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

4.3.2. Sanık Hakkında Denetimli Serbestlik Tedbirinin Uygulanması

Yukarıda ayrıntılı olarak izah edilen şartların gerçekleşmesi halinde, sanık hakkında, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiğinde, yetişkin sanık 5, suça sürüklenen çocuk ise 3 yıl süre ile denetime tabi tutulacaktır. Belirtmek gerekir ki, hâkim tarafından bu sürenin kısaltılması ya da uzatılması söz konusu değildir. Bu süreler kanun tarafından emredici bir biçimde düzenlenmiştir. Sanık hakkında verilmiş olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleşmesi ile sanık hakkında öngörölmüş olan denetim süresi de işlemeye başlayacaktır. Bunun yanında, hâkim, denetim süresi içerisinde, bir yıldan fazla olmamak üzere, belirlenecek sürede, denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına da karar verebilir. Denetim süresinin aksine, burada hâkime tanınmış bir takdir yetkisi söz konusudur. Hâkim dilerse, denetimli serbestlik tedbirlerinin uygulanmasına karar vermeyebilecektir¹⁴¹.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde, denetimli serbestlik tedbiri olarak bir meslek veya sanat sahibi olmayan sanığın, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine, bir meslek veya sanat sahibi olan sanığın, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına, sanığın belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine, karar verebilir (CMK m.231/8).

Sanık hakkında, denetimli serbestlik tedbirlerine hükmedilmesi halinde, bu kararların infazı 5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu gereğince, denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğü tarafından yerine getirilecektir¹⁴².

¹⁴¹ Aynı görüşte bkz. BAŞTÜRK, s. 416. Hâkimin denetimli serbestlik tedbirine karar verme konusunda takdir yetkisi olmadığı, belirli bir tedbiri seme konusunda takdir yetkisine sahip olduğu görüşü için bkz. CENTEL –ZAFER, s. 706.

¹⁴² GÜNAY, s. 148.

Daha evvelce de belirtildiği üzere sanığın denetim süresi içerisinde belirlenmiş olan denetimli serbestlik tedbirlerine harfiyen uyması ve kasıtlı bir suç işlememesi halinde, dava hakkında düşme kararı verilecektir. Sanığın hükmedilen denetimli serbestlik tedbirlerine uymaması halinde, mahkeme dosyayı yeniden ele alarak sanığın durumunu değerlendirerek bir hüküm kuracaktır.

4.3.3. Erteleme ve Seçenek Tedbirlere Çevirme Yasağı

Sanık hakkında, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği takdirde, mahkeme tarafından mahkûm olunan hapis cezasının ertelenemeyeceği veyahut seçenek yaptırımlara çevrilemeyeceği CMK'nın 231. maddesinin 7. fıkrasında açıkça düzenlenmiştir.

TCK m. 50 ve 51'de kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi ve erteleme kurumuna yer verilmiştir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu ile yukarıda bahsedilen kurumlar kıyaslandığında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun sanığın daha lehine olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Zira sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği takdirde; sanık belirlenen denetim süresini iyi halli geçirirse ve bu süre içerisinde kasıtlı bir suç işlemezse, denetim süresi sonunda hakkında düşme kararı verilecektir. Diğer yandan, sanık hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedildiğinden; adli sicil kaydına da işlenmemekte ve aşağıda ayrıntılı olarak değinileceği üzere tekerrüre esas teşkil etmemektedir. Hapis cezasının ertelenmesi ve seçenek yaptırımlara çevrilmesi durumunda ise adli sicil kaydına işlenme söz konusu olduğu gibi tekerrür hükümlerinin de uygulanması söz konusu olabilecektir.

Yargılamayı yürüten mahkeme, öncelikli olarak koşulların oluşması halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun tatbiki yoluna gitmelidir. Fakat şartlar oluşmamış ise TCK m. 50 ve 51'deki müesseselerin somut olayda

tatbik edilip edilmeyeceği değerlendirilmelidir. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması şartları oluşmuş ise CMK m. 231/7 uyarınca kurumun uygulanması halinde, tekrardan hapis cezasının ertelenmesi veyahut seçenek tedbirlere çevrilmesi mümkün olamayacaktır.

4.3.4. Açıklanması Geri Bırakılan Kararın Mahsus Bir Sisteme Kaydedilmesi

CMK m. 231/13 *“Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.”* hükmüne amirdir. Amir olan bu hüküm uyarınca, kesinleşen hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararları adli sicile değil adli sicilde bunlara mahsus bir sisteme kaydedilecektir¹⁴³.

Bu düzenlemenin amacı ise, hakkında hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen sanığın hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunmaması dolayısı ile sanık sıfatının devam etmesi nedeniyle failin masumiyet karinesinden yararlanmasını sağlayarak, mahkûmiyet hükmünün hukuki sonuçlarından korunmasıdır¹⁴⁴.

CMK m. 231/13 ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun¹⁴⁵ 6. maddesi uyarınca, hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının bir soruşturma veya kovuşturma ile bağlantısı olmadığı müddetçe savcı, hâkim veya mahkeme tarafından istenemeyecektir. Belirtmek gerekir ki soruşturma veya kovuşturma ile ilgili bir bağlantısı olsa bile kolluk, kaymakamlık gibi kurumların bu kararı istemesi söz konusu olamayacaktır¹⁴⁶. Kamu kurumlarından, bu konuya ilişkin bir

¹⁴³ 5352 Sayılı Adli Sicil Kanunu m. 6

¹⁴⁴ BAŞTÜRK, s. 461; EPÖZDEMİR, s. 299.

¹⁴⁵ 01.06.2005 tarih ve 25832 sayılı Resmi Gazete, , www.resmigazete.gov.tr, E:T.:28.05.2020.

¹⁴⁶ GÜNAY, s. 180.

talep olduğunda da bu talep doğrultusunda, hükmün açıklanmasının ger, bırakılmasına ilişkin kararlar paylaşılabilir¹⁴⁷. Paylaşılması halinde, AYM bu durumu özel hayata saygı hakkının ihlali kapsamında değerlendirmektedir.

Uygulamada durumun bu şekilde olmadığı tarafımızca bilinmektedir. Nitekim kamu kurumlarıyla bu kayıtların paylaşılmaması gerekirken paylaşıldığı durumlar AYM'ye yapılan bir bireysel başvuruya konu edilmiştir.

*Turgut Duman*¹⁴⁸ başvurusunda, başvuru hakkında mahkûmiyet kararı bulunmadığı ve GBT kayıtlarının, adli sicil ve arşiv kayıtlarının silindiğinin kendisine bildirilmesine rağmen kişisel veri olan söz konusu bilgilerin tekrar ortaya çıkarıldığını ve ceza infaz kurumuna şoför olarak atanmasının engellendiğini ve böylelikle özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğini iddia etmektedir. AYM, bu iddiaları Anayasa'nın 20. maddesinde hükme bağlanan *özel hayata saygı hakkı* çerçevesinde ele almıştır. Anılan bu maddeye göre koruma altına alınan kişisel veriler kapsamına ceza mahkûmiyeti ile ilgili verilerin de girdiğini kabul etmiştir¹⁴⁹. Mahkeme esas yönünden yaptığı incelemede, 5352 sayılı Kanun'un 6.

¹⁴⁷ TURAN, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması...*, s. 164.

¹⁴⁸ *Turgut Duman Başvurusu*, B. No: 2014/15365, 29.05.2019, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020. Başvurucu hakkında açılmış kamu davasında, davanın kesin hükme bağlanmasının ertelenmesine karar verilmiş ve belirlenmiş olan beş yıllık denetim süresi içerisinde başvuru başka bir suç işlemediğinden de hakkındaki kamu davasının ortadan kaldırılmasına karar verilmiştir. Başvurucu, sözleşmeli infaz kurumu şoförlüğü alımı için sınava başvurmuş ve yapılan yazılı sözlü ve sınavlar sonucunda 3. sırada başarılı olmuştur. Bu sınav dolayısı ile Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nden temin ettiği 'adli sicil ve arşiv kaydı yoktur' belgesini de kuruma sunmuştur. Sözleşmeli ceza infaz kurumu şoförlüğüne yerleştirilmesi düşünülen başvuru hakkında, Komisyon Başkanlığınca güvenlik soruşturması işlemlerine başlanmıştır. İlgili valiliğin emniyet müdürlüğü aracılığı ile yürütülen soruşturmada başvurunun yargılamasına dair hüküm fıkrası gönderilmiş ve Komisyon Başkanlığı tarafından, başvurunun yargılamaya konu eylemin niteliği nedeni ile istihdam edilmesinin uygun olmadığına karar verilmiştir. Başvurucu, atama işleminin yapılmaması nedeni ile İdare Mahkemesi nezdinde iptal davası açmıştır. Mahkeme de "Bu durumda, davacının, üzerine atılı eyleminden dolayı hakkında yapılan yargılamada davanın kesin hükme bağlanmasının ertelenmesine karar verildiği, bu kararın davacının üzerine atılı suçu işlemediği anlamına gelmeyeceği, davacının üzerine atılı suçu işlemediği yönünde verilmiş bir beraat kararı da bulunmadığı, kaldı ki, güvenlik soruşturmasında elde edilen bilgiler ve davacının atanmak istediği görevin nitelikleri ve hassasiyeti göz önüne alındığında, atama yapıp yapmamak konusunda idarenin takdir yetkisinin olduğu ve bu yetkinin kamu yararı ve hizmet gerekleri gözetilerek kullanıldığı anlaşıldığından davacının istihdam edilmesinin uygun görülmediğine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamıştır." gerekçesi ile dava reddedilmiştir. Başvurucunun temyiz istemi de Danıştay tarafından reddedilmiştir.

¹⁴⁹ *Turgut Duman*, §58.

maddesinde kamu davasının açılmasının ertelenmesine ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararların ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak mahkeme, hâkim, Cumhuriyet başsavcılığı tarafından istenmesi hâlinde verileceği düzenlemesine atıf yapmıştır. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünün 25.06.2018 tarihli yazısında¹⁵⁰ anılan Kanun hükmü ve ilgili genelgeler uyarınca 4616 sayılı Kanun'a göre verilmiş erteleme kararlarının kamu görevlerine yapılacak atamalar dolayısıyla güvenlik soruşturması kapsamında ilgili kamu kurumlarına verilemeyeceğini vurgulamıştır¹⁵¹. Bu nedenle de ortadan kaldırılmış olan erteleme kararının 5352 sayılı Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrasında yer alan hükme açıkça aykırı şekilde idari makamlara verilmiş olduğundan özel hayata saygı hakkına yönelik müdahalenin bu yönüyle de kanuni dayanaktan yoksun olduğu gerekçesi ile Anayasa'nın 20. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁵².

Görüldüğü üzere CMK m. 231/13 ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 6. maddesi gereğince, hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş kişiler hakkında, bu kararların adli sicilde başkaca bir sisteme kaydedileceği izahattan varestedir. Bu düzenlemeler karşısında, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kayıtların, kamu kuruluşlarınınca, 'güvenlik soruşturması' gibi gerekçelerle dahi paylaşılması mümkün değildir. Zira kurumun, getirdiği güvencelere aykırı olarak bu tür kayıtların paylaşılması, özel hayata saygı hakkının

¹⁵⁰ Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından AYM'ne sunulan 25.06.2018 tarihli yazının ilgili kısmı aynen şöyledir: "Açıklanan nedenlerle; 5352 sayılı Adli Sicil Kanununun 6 ncı maddesinde ve söz konusu Genelgede 4616 sayılı Kanuna göre verilmiş erteleme kararlarının kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü niteliğinde bulunmadığından bir sicil kaydı olmadığı, bilgi mahiyetinde kayda alınıp, sadece soruşturma ve kovuşturma kapsamında mahkeme, hâkim, askeri hâkim, Cumhuriyet başsavcılığı veya askeri savcılık tarafından istenmesi hâlinde verilmek üzere sicil kayıtlarından ayrı bir yerde, mahsus sistemde tutulmakta olup, kamu görevlerine yapılacak atamalar dolayısıyla güvenlik soruşturması kapsamında ilgili kamu kurumlarına verilmemesi gerektiği, Genel Müdürlüğümüzce yapılan değerlendirme sonucunda, konuya ilişkin olarak ilgili mevzuat hükmü uygulamanın yukarıda zikredildiği şekilde olduğu hususunu, Bilgilerinize arz ederim."

¹⁵¹ Turgut Duman Başvurusu, §89.

¹⁵² Turgut Duman Başvurusu, §90. Aynı yönde bkz. Fatih Saraman Başvurusu, B. No:2014/7256, 27.02.2019, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

ihlali olduğu gibi ‘hukuki bir sonuç ifade’ etmeme garantisinin de yerine getirilmemesi diğer bir deyişle devletin verdiği taahhüdün ihlali anlamına gelir.

4.3.5. Sanığın Yargılama Giderleri ve Vekâlet Ücretinden Sorumlu Tutulması

CMK’nun ‘*Sanığın Yükümlülüğü*’ başlıklı 325. maddesi; “ (1) Cezaya veya güvenlik tedbirine mahkûm edilmesi halinde bütün yargılama giderleri sanığa yüklenir. (2)Hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve cezanın ertelenmesi hallerinde de birinci fıkra hükmü uygulanır.” hükmüne havidir.

İşbu hüküm uyarınca, hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilip de sanığın yargılama giderlerinin ödeme yükümlülüğünün doğması için, kararın kesinleşmesi yeterli olup; denetim süresinin beklenmesi gerekmez¹⁵³.

Her ne kadar işbu hükmün (CMK m. 325/2) Anayasa’nın 2., 10. ve 38. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla iptal talebi ile AYM’ye başvurulmuş ise de AYM, anılan hükmün Anayasa’ya aykırı olmadığı gerekçesi ile iptal istemini reddetmiştir¹⁵⁴.

¹⁵³ ŞEN - MAVİŞ, s. 60.

¹⁵⁴AYM, T. 03.11.2011, E. 2010/1, K. 2011/149. “Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı bir beraat hükmü olmayıp, yapılan yargılama sonunda eylemin suç ve sanığın suçlu olduğu tespit edilmekte ve bir mahkûmiyet hükmü kurulmaktadır. Mahkûmiyet hükmü mevcut olmakla birlikte sanığın kabulüyle sanık ile ceza arasındaki bağlantı belirli şartlarla kesilmekte ve açıklanması askıya alınmakta, geri bırakılmaktadır. Suç ve suçlulukla mücadelede, caydırıcılık ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla, bir suç işleyen ve hakkında mahkûmiyet kararı verilen kişinin yeniden topluma kazandırılması için verilen hükmün, belirli koşulların varlığı hâlinde açıklanmasının geri bırakılmasının bir beraat kararı şeklinde değerlendirilmesi ve bir beraat kararı sonuçlarını doğurması beklenemez. Zira yasakoyucu, hâkim tarafından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen sanık hakkında bir denetim süresi belirlenerek bu süre içinde sanık hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanabilmesini mümkün kılmıştır. Ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunulması Devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu bağlamda ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından yasakoyucu Anayasa’nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, soruşturma ve yargılamaya ilişkin olarak hangi yöntemlerin uygulanacağı, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılaşmaları gerektiği, hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. Yasakoyucunun takdir yetkisi kapsamında ilk defa suç işleyen ve suçu sabit görülen kimseleri toplum barışını sağlamaya yönelik olarak hükümlü olma süreci dışına çıkaran hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararında yargılama giderlerinin sanığa yükletilmesine ilişkin itiraz konusu kuralda, Anayasa’da belirtilen

AYM'nin iptal isteminin reddi gerekçesinde bulunan, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının esasında bir beraat hükmü olmadığı ve sanığın suçluluğunun sabit bulunduğu ifadelerine katılıyoruz. Ancak biz de CMK m. 231/5 hükmünün sanığa verdiği hukuki bir sonuç ifade etmeme taahhüdü karşısında, söz konusu CMK'nın 325/2 maddesinin bu hükümle çeliştiğini düşünüyoruz¹⁵⁵.

Nitekim mahkûm olan sanık, yargılama giderlerinin ödenmesinden sorumludur. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararında kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmünden söz edilmesi mümkün değildir. Her ne kadar, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesiyle denetim süresini iyi halli geçiren sanık hakkında düşme kararı verilmesi akabinde tahsil edilen yargılama giderlerinin sanığa iade edilmesi gerektiği ileri sürülse bile¹⁵⁶ hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen sanık hakkında yargılama giderlerine hükmedilmesi de hükmün kesinleşmesi ile birlikte bunun sanıktan tahsil edilmesi de Anayasa ve kurumun yapısına aykırıdır¹⁵⁷. O halde, tüm şartların varlığı sabitken, bu anlamda da sanığın hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunu kabul etmesinin ne manası kalacaktır? En azından açıklanması geri bırakılan mahkûmiyet hükmünün bir neticesi olarak, yargılama giderlerine hükmedilmesi ve söz konusu yargılama giderlerinin sanıktan tahsil edilebilmesi için, sanık hakkında verilmiş olan mahkûmiyet hükmünün açıklanması beklenmelidir.

Tüm bu yargılama giderleri konusunda anlatılanların yanında, vekâlet ücreti meselesine de değinmek elzemdir. CMK'nın 324. maddesinin 'Yargılama giderleri' başlığı uyarınca 'avukatlık ücretleri' yargılama giderlerinden kabul edilmektedir. Belirtmek gerekir ki, söz konusu yargılamanın hükmün

hukuk devleti ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itiraz kanun yolu öngörülmüştür, ayrıca deneme süresi sonunda verilecek düşme veya geri bırakma koşullarına uyulmaması halinde verilecek karar hakkında esas hükümle birlikte temyiz denetimi olanaklı bulunmaktadır. Hakkında mahkûmiyet hükmü kurulduktan sonra sanığın kabulüyle verilen ve kanun yoluna başvurmanın mümkün olduğu hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararında, yargılama giderlerinin sanığa yüklenmesine ilişkin itiraz konusu kuralda eşitlik ilkesine aykırılık yoktur. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 10. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir."

¹⁵⁵ Aynı görüşte bkz. BAŞTÜRK, s. 409.

¹⁵⁶ ŞEN - MAVİŞ, s. 60.

¹⁵⁷ Aksi görüş için bkz. EPÖZDEMİR, s. 250.

açıklanmasının geri bırakılması ile neticelendirildiği vaziyette, şayet varsa katılan lehine, avukatlık ücretine hükmedilip hükmedilmeyeceğine ilişkin yasal bir düzenleme mevcut değildir. Fakat ‘avukatlık ücretinin’ yargılama giderlerinden sayılması münasebeti ile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilip ve katılan lehine vekâlet ücretine hükmedildiği halde, söz konusu kararın kesinleşmesi ile bu ücretin sanıktan tahsil edilmesi gerektiği söylenebilir¹⁵⁸. Nitekim uygulamadaki durum da, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleşmesi ile birlikte sanıktan tahsil edilmesi yönündendir.

Tüm yukarıda yaptığımız açıklamalar ek olarak, burada katılan sıfatını haiz kimsenin vekilliğini üstlenen kimse lehine, fail hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde, vekâlet ücretine hükmedilmesini de kurumun yapısına ve Anayasa’ya aykırı bulduğumuzu belirtiyoruz. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, her ne kadar içerisinde bir mahkûmiyet hükmü barındırsa bile teknik anlamda bir mahkûmiyet hükmü değildir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiği takdirde, bu kararın kesinleşmesi ile sanıktan tahsil edilecek olan avukatlık ücreti, sanığın sosyoekonomik durumuna göre aşırı bir yaptırım haline geleceği de gözetilmelidir.

Fakat AYM’nin yukarıda değinilen iptal kararı gerekçesinde olduğu gibi hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde sanık aleyhine vekâlet ücretine hükmedilmesini masumiyet karinesine aykırı kabul etmemekte, başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle bireysel başvuruları kabul edilemez bulunmaktadır¹⁵⁹.

¹⁵⁸ ŞEN - MAVİŞ, s. 61.

¹⁵⁹ M.H.H. Başvurusu, B.No:2014/12350, 08.06.2017, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

4.3.6. Müsadere

Daha evvelce değinildiği üzere, HAGB kararı, karma niteliği itibari ile içerisinde bir mahkûmiyet hükmü barındırmakta ve bu mahkûmiyet hükmü sanık hakkında hukuki bir sonuç doğurmamaktadır.

HAGB kararı verilebilmesi için, Mahkemece önce bir mahkûmiyet hükmü tesis edilmesi gerekmektedir¹⁶⁰. Fakat mahkemece müsadere kararı verilebilmesi için kasıtlı bir suç işlenmesi zorunlu iken, bu suçtan ötürü mahkûmiyet hükmü tesis edilmesi mecburi değildir¹⁶¹.

Kişi hakkında müsadere tedbirini de içinde barındıran bir mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakıldığı halde, HAGB kararının müsadere tedbirine nasıl etki edeceği, derhal infaz edilip edilmeyeceği hususları tartışmalıdır.

Doktrinde, HAGB kararı verilmesi halinde, müsadere edilen eşyanın münhasıran müsadereye tabi olup olmadığına göre ikili bir ayırım yapılmasını ön gören görüşler bulunmaktadır¹⁶². Fakat bu ikili ayırımdan hareket etmenin, bizi doğru sonuca götüreceğinden kuşku duyan yazarlar, HAGB ve güvenlik tedbiri kurumlarının amaçları ile HAGB kurumuna bağlanan sonuçlardan yola çıkarak bir sonuca varmanın daha doğru olacağını savunmaktadır¹⁶³.

Bu görüşe mensup yazarlar, HAGB kararının, sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün sanık hakkında hukuki bir sonuç doğurmamasına ilişkin açık normdan (CMK m. 231/5) yola çıkarak; mahkûmiyet hükmünün kesinleşmeksizin müsadere kararının infaz edilmesinin mümkün olmadığını, müsadere kararının da HAGB

¹⁶⁰ EPÖZDEMİR, s. 234.

¹⁶¹ BAŞTÜRK, s. 403.

¹⁶² Belirtilen görüşler için bkz. KUMBASAR, s.199-200. Bu düşünceye göre, tek başına müsadereye tabi bir eşyanın (TCK m. 54/4) söz konusu olması halinde, müsadere kararı denetim süresi sonunda verilen düşme kararının kesinleşmesi ile ya da denetim süresi içerisinde kasten yeni bir suç işlendiğinin ya da yükümlülüklerine aykırı davrandığının tespit edilmesi halinde infaz edileceği ileri sürülmektedir. Diğer yandan TCK m.54/1. 1. Cümle uyarınca müsadere kararı verilecekse, ancak sanığın denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlemesi veya denetim yükümlülüklerine aykırı davranması halinde açıklanan mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesi ile infaz edileceği belirtilmektedir.

¹⁶³ BAŞTÜRK, s. 404.

kararı ile birlikte askıda olduğunu belirtmektedir. Diğer bir deyişle, HAGB kararı ile birlikte, müsadereye konu eşya veya kazanç yönünden, denetim süresinin iyi halli geçirilmesi ve denetim yükümlülüklerinin yerine getirilmesi halinde düşme kararı verilecektir (CMK m. 231/10). Düşme kararı ile birlikte, ortada bir mahkûmiyet hükmü mevcut olmadığından, müsadere hükmü infaz edilemeyecek ve suç eşyasının veya kazancın sanığa iade edilmesi gerekecektir¹⁶⁴. Bu noktada, HAGB kararıyla beraber verilen müsadere tedbirine ilişkin kararın da HAGB kararının tabi olduğu itiraz kanun yoluna tabi olduğu noktasında da bir parantez açmak uygun olacaktır¹⁶⁵.

Biz de, HAGB kararlarının, niteliği itibariyle içerisinde askıda olan bir mahkûmiyet hükmünü barındırması sebebiyle, denetim süresi içerisinde müsadere kararının infazının mümkün olmayacağı görüşünü destekliyoruz. Aksi görüşün kabulü, HAGB kurumunun amacı ve niteliğine ters düşecek olup, mülkiyet hakkının da ihlaline konu olabilecektir.

HAGB kararı ile birlikte verilen müsadere kararı AYM'nin bireysel başvuru kararlarına da konu olmuş ve Mahkeme konuyu mülkiyet hakkı ve adil yargılanma hakkı kapsamında ele almıştır.

Mahkeme, başvurucuların, müsadere kararı verilemeyeceği, buna dayanak olarak gösterdiği isnat edilen suçların unsurlarının oluşmadığı veya ilgili sevk uygulama maddelerinin yanlış uygulandığı ile ilgili iddialarını adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirmektedir. Fakat HAGB kararı verilmesi ile İlk Derece Mahkemesi önündeki yargılama nihai bir biçimde sonlandırılmadığından (ancak düşme kararı ya da hükmün açıklanması ile birlikte nihayete ereceğinden), bu tür

¹⁶⁴ ŞEN - MAVİŞ, s. 84; EPÖZDEMİR, s. 236; BAŞTÜRK, s. 405; GÜNGÖR, Devrim - TOROSLU Haluk, *Müsadere ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme*, AÜHFD, Cilt: 65, Sayı: 4, Aralık 2016, s.1977. Bizatihi müsadereye konu malın suç olması (TCK m. 54/4) halinde, HAGB kararına bakılmaksızın müsadere edileceğinde kuşku yoktur. Söz konusu yazarlar, bu tür eşyaların suçun delili olduğunu bu nedenle de denetim süresinin iyi halle sona ermesi halinde düşme kararının kesinleşmesi ile veya denetim süresi içerisinde sanığın yeniden suç işlemesi nedeniyle açıklanacak hükmün kesinleşmesi ile birlikte müsadere infaz edileceğini ileri sürmektedir.

¹⁶⁵ YCGK, T. 15.04.2014, E. 2012/6-1452, K. 2014/195, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020. Aynı yönde bkz. EPÖZDEMİR, s. 240.

iddiaların temyiz incelemesinde de ileri sürülebileceği, dolayısı ile bireysel başvuru kapsamında inceleme olanağı bulunmadığını değerlendirmekte ve adil yargılanma hakkı bakımından bu iddiaların açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesi ile kabul edilemezlik kararı vermektedir¹⁶⁶.

Ancak, bir eşyanın ya da kazancın mahkemece müsadere karar verilerek hükmün açıklanmasının geri bırakıldığı durumlarda, HAGB kararının kesinleşmesi ile birlikte müsadere kararının infazına girişilmesini ise mülkiyet hakkı kapsamında ele almaktadır. Burada da öncelikle, başvuru yollarının tüketilip tüketilmediğine ilişkin bir değerlendirmeye yer vermekte ve yukarıda değinmiş olduğumuz Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına atıf yaparak; başvuru yolunun itiraz kanun yolu olduğunu belirterek, itirazın reddedilmesi halinde başvuru yollarının tüketildiğini kabul etmektedir¹⁶⁷.

AYM, müsadere tedbirinin mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin iddialarını esas yönünden, Anayasa'nın 35. maddesine ve Sözleşme'nin EK 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesindeki düzenlemeye paralel şekilde değerlendirmekte ve ilgili maddelerdeki sınırlandırmaların ölçütlerini dikkate almaktadır.

Mahkeme öncelikle, bireysel başvuru yolu ile mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasının ileri sürülebilmesi için '*sahip olunan bir mülk*'e ihlal sonucunu doğuracak bir müdahalenin varlığının bulunmasını şart saymaktadır¹⁶⁸. Mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri süren başvuruçunun, öncelikle böyle bir hakkının var olduğunu, en azından meşru bir beklenti içinde olduğunu kanıtlaması gerekmektedir.

Mahmut Üçüncü Başvurusu'nda da AYM, mülkün varlığı konusunda bir değerlendirme yapmış ve müsadereye konu olan '*maden ocağı tesisleri*' bakımından Anayasa'nın 35. maddesi bakımından korunması gereken bir menfaatinin mevcut olduğu kanaatine varmıştır. Sonrasında ise, başvuruçunun

¹⁶⁶ Mahmut Üçüncü Başvurusu, B. No: 2014/1017, 13.07.2016 §49, 52, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

¹⁶⁷ Mahmut Üçüncü, §56.

¹⁶⁸ Selçuk Emiroğlu Başvurusu, B. No: 2013/5660, 20.03.2014, §26; Osman Bayrak Başvurusu, B. No: 2013/3803, 25.02.2015, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

mülkiyetinde bulunan 'maden ocağı tesislerinin' müsadere edilmesinin, bu mülklerin başvuru sahibinin elinden alınmasına yol açtığını fakat bu yoksun bırakma işleminin mülkün suça konu edildiği gerekçesine dayalı olarak mülkiyetin kamu yararına kullanılmasının kontrolü amacıyla yapıldığını ve bu nedenle de müsadere işleminin mülkiyet hakkına müdahale oluşturduğunu belirtmiştir. Mahkeme müdahalenin, kanunilik, meşru amaç ve ölçülülük ilkelerine riayet edip etmediğinin değerlendirmesini de yaparak tüm bu ilkeleri somut olaya uygulamış; ormanların korunması ve orman alanlarında izinsiz yapılaşmanın önlenmesi amacıyla orman içinde yapılan izinsiz bina ve tesislerin müsadere edilmesinin öngörülebileceğini belirtmiştir. Fakat müsadere tedbirinin ölçülü olduğundan bahsedilebilmesi için Anayasa'nın 35. maddesinde öngörülen güvencelerin sağlanmış olması gerektiğine de vurgu yapmıştır¹⁶⁹.

Mahkeme, her ne kadar adil yargılanma hakkı bakımından, başvuru sahibinin yakınmalarını kabul edilemez bulmuş olsa bile, başvuru sahibinin, müsadere kararının adil olmayan bir yargılama neticesinde keyfi olarak verildiğine ilişkin yakınmalarının bu güvenceler kapsamında ele alınması gerektiğini belirtmiştir. Ve devamla, başvuru sahibinin müsadere kararının kanuna aykırı olarak veya keyfi ya da makul

¹⁶⁹ Söz konusu kararda başvuru sahibinin yönetim kurulu başkanı ve ortağı olduğu Şirket tarafından Yalova ili Armutlu ilçesi Fıstıklı köyü Çiftlik mevkiindeki izinli sahada izin almadan 224 m2 yakıt depolama tesisi, 1190 m2 taş kırma ve eleme tesisi, 646,25 m2 beton santrali ve stok alanı olmak üzere toplam 2.060,25 m2 alanda izinsiz tesis kurulduğundan bahisle 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 17. maddesi delaletiyle 93. maddesinin birinci fıkrası uyarınca cezalandırılması istemi ile hakkında kamu davası açılmıştır. İddianamede, müsadereye ilişkin TCK'nın ilgili maddesinin uygulanması talep edilmemiştir. Yargılama neticesinde Yerel Mahkemeye "*orman alanlarının işgali ve orman içine yerleşilmesi*" suçunu işlediği gerekçesiyle 6831 sayılı Kanun'un 93. maddesinin birinci fıkrası, aynı maddenin ikinci fıkrası ile 5237 sayılı Kanun'un 62. maddeleri uygulanarak başvuru sahibinin 10 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına, aynı karar ile ayrıca bilirkişi raporu ile belirlenen ve suça konu yerde bulunduğu belirtilen ek bilirkişi raporunda (A1) ve (A2) olarak gösterilen akaryakıt dolun tesis alanının, (B 1) ve (B2) olarak gösterilen taş kırma ve eleme tesis alanının, (C 1) ve (C2) olarak gösterilen beton santrali alanı ile stok ambarı alanlarının 6831 sayılı Kanun'un 108. maddesinin dördüncü fıkrası yollaması ile 5237 sayılı Kanun'un 54. maddesi gereğince müsadere kararını verilerek hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir. Başvuru sahibi mahkûmiyet ve müsadere kararına ilişkin itirazlarını sunmuş ise de; itirazları reddedilmiştir. Başvuru tarihinden sonra ise müsadere kararının gereğinin yerine getirilmesi hususunda Gemlik Orman İşletme Şefliğine yazı yazılmış, Umurbey Orman İşletme Şefliğinin 1/6/2015 tarihli yazısıyla, müsadere kararı verilen sahanın infazının 9/6/2014 tarihinde yerine getirildiği belirtilmiş, orman muhafaza memurlarınca düzenlenen infaz tutanağı Mahkemeye gönderilmiştir. İnfaz tutanağında "*... Mahkeme kararıyla müsadere hükmüyle akaryakıt dolun tesisinin, taş kırma eleme tesisinin, beton santralin firma tarafından yıkılarak kaldırıldığı, dolayısıyla infazın yapılmış olduğu görülmektedir ...*" hususları belirtilmiştir.

olmayan şekilde uygulandığına ilişkin itirazlarını ve savunmalarını sorumlu makamlar önünde etkin bir biçimde ortaya koyabilme olanağı tanınip tanınmadığının değerlendirilmesi gerektiğini söylemiştir¹⁷⁰. Mahkeme, son olarak HAGB kararlarının niteliğine atıf yaparak, hükmün henüz hukuken varlık kazanmadığını belirtmiş ve yargılamanın nihai olarak sona ermesi beklenmeden HAGB kararının kesinleşmesi ile birlikte müsadere kararının infazına girişilmesini, müsadere yoluyla mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin başvuruçunun menfaatleri ile kamunun yararı arasında olması gereken adil dengeyi başvuruçuy aleyhine bozduğu ve mülkiyet hakkının gerektirdiği güvencelerin sağlanmadan müsadere kararı verilmekle başvuruçuya yüklenen külfetin aşırı ve orantısız olduğu sonucuna vararak mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır¹⁷¹.

AYM'nin konu ile ilgili içtihatlarına bakıldığında, konuyu iki koldan ele aldığı anlaşılmaktadır. Mahkemece, kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü olmamasına rağmen müsadere kararı verilmiş olması başlı başına mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirilemezken¹⁷²; HAGB kararının kesinleşmesi ile müsaderenin infazına geçilmesi mülkiyet hakkının ihlali olarak kabul edilebilecektir.

AİHM'nin konu ile ilgili direkt olarak bir kararı olmamasına rağmen; müsadere kurumu ile ilgili içtihatlarına bakıldığında AYM ile benzer görüşlere sahip olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Zira AİHM'nin de, müsadere yolu ile

¹⁷⁰ Mahmut Üçüncü, §94. Somut olayda iddianamede Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından, müsadere ile ilgili bir talepte bulunulmamış olması, kovuşturma sırasında Mahkemece sanığa, müsadere hükümleri bakımından, ek savunma hakkı verilmemesi, sanık müdafî tarafından, maden ocağı tesislerinin müsadere edilmesinin ölçüsüz olacağına belirtilmesine rağmen Mahkemenin bu beyanlara itibar etmeyerek, iddianamede yer alamamasına rağmen müsadere kararı vermesi ve gerekçesinde 'tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde' ifadelerinin kullanılarak müsadere kararının verilme gerekçesinin açıklanmaması, başvuruçunun itiraz merciiine vermiş olduğu dilekçesinde müsadere kararının kaldırılmasını da talep etmesi karşısında, müsadereye ilişkin herhangi bir değerlendirmede bulunulmadan, salt itiraza konu karardaki mahkûmiyete ve HAGB koşullarına ilişkin değerlendirmelere yer verilmesi gibi hususlar değerlendirilmiş ve yargılamanın mevcut aşaması itibarıyla bütününe bakıldığında başvuruçuya müsaderenin keyfi olduğuna veya kanuna aykırı olduğuna ya da makul biçimde uygulanmadığına yönelik itirazlarını ortaya koyabilme olanağının etkin bir şekilde tanınmadığı sonucuna varılmıştır.

¹⁷¹ Aynı yönde ihlal kararı için bkz. Süleyman Başmeydan Başvurusu, B. No: 2015/6164, 20.06.2019, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

¹⁷² Bkz Osman Bayrak Başvurusu.

yapılan müdahalelere ilişkin genel yaklaşımı; müsaderenin mülkten yoksun bırakmayı içermesine rağmen Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin 2. paragrafı kapsamında mülkiyetin kullanımının kontrolü olarak değerlendirilmesi gerektiği yönündedir¹⁷³.

Bunun yanında AİHM yine mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin Sözleşme'ye uygunluğunu denetlerken yapılan müdahalenin kamu yararını ya da genel yarar amaçlamasının yanı sıra toplumun genel yararı ile birey haklarının korunması arasında adil bir dengenin de gözetilmesi gerektiğine atıf yapmaktadır¹⁷⁴.

AİHM'ye göre de, müsadere kurumunun bir suç isnadına bağlı olarak uygulandığı durumlarda, yapılan ceza soruşturması ve kovuşturması neticesinde davanın mahkûmiyetle sonuçlanması gerekmektedir¹⁷⁵. Fakat söz konusu mülkün yasa dışı olarak ele geçirildiği ya da yasadışı eylemlerde kullanıldığı durumlarda mahkûmiyetten bağımsız olarak da müsadere kararı verilebileceği kabul edilmektedir¹⁷⁶.

Ve son olarak AİHM, Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin keyfi müdahalelerden kişilerin korunması, mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden bu tedbirlerin, kanuna aykırı olarak veya keyfi yahut makul olmayan şekilde uygulandığına ilişkin iddiaların, yetkili makamlar önünde etkin bir biçimde ortaya konulabilmesi olanağının da tanınması güvencesini kapsadığını vurgulamaktadır¹⁷⁷.

¹⁷³ Frizen v. Russia, no. 58254/00, §31, ECHR 2005; Veits v. Estonia, no. 12951/11, §70, ECHR 2015; Agosi v. The United Kingdom, no. 9118/80, §51, ECHR 1986, <https://hudoc.echr.coe.int>, E.T.: 28.05.2020.

¹⁷⁴ Sporong and Lönnroth v. Sweden [GC], no. 7151/75, 7152/75, §69, ECHR 1982; James and Others v. The United Kingdom [GC], no. 8793/79, §54, ECHR 1986; Papachelas v. Greece, [GC] no. 31423/96, §48, ECHR 1999; Lithgow and Others v. The United Kingdom, [GC], no. 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81, § 120, 121, ECHR 1986, <https://hudoc.echr.coe.int>, E.T.: 28.05.2020.

¹⁷⁵ Phillips v. The United Kingdom no. 41087/98, §52-54, ECHR 2001, <https://hudoc.echr.coe.int>, E.T.: 28.05.2020, <https://hudoc.echr.coe.int>, E.T.: 28.05.2020.

¹⁷⁶ Riela and Others (dec.)v. Italy, no. 52439/99, ECHR 2001; Arcuri and Others v. Italy (dec.), no. 52024/99, 05.06.2001, <https://hudoc.echr.coe.int>, E.T.: 28.05.2020.

¹⁷⁷ Agosi v. The United Kingdom, §60; Saccocia v Austria, no. 69917/01, §89, ECHR 2008; Microintellect Ood v. Bulgaria, no.34129/03, §48, ECHR 2014; Ünspeid Paket Servisi San. Ve Tic.A.Ş. v. Bulgaria, no. 3503/08, §38, ECHR 2015, <https://hudoc.echr.coe.int>, E.T.: 28.05.2020.

4.3.7. Zamanaşımına Etkisi

5271 sayılı CMK'nın 231. maddesinin 8. fıkrasının son cümlesi uyarınca, sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği durumda, denetim süresi içerisinde dava zamanaşımı durur. Fakat Kanun'a bakıldığında zamanaşımın ne zaman durup ne zaman başlayacağına dair açık bir hüküm bulunmamaktadır.

Doktrinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleşmesi ile zamanaşımının duracağı görüşü yaygındır¹⁷⁸. Fakat denetim süresi içerisinde duran zamanaşımının ne zaman başlayacağı konusunda ise aynısını söylemek pek mümkün değildir. Dava zamanaşımının, denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlenmesi ya da denetimli serbestlik yükümlülüklerine aykırı davranılması halinde, hükmün açıklanması ile işlemeye başlamasının yerinde olacağı ileri sürülmektedir¹⁷⁹. Diğer bir görüşe göre ise hükmün açıklanmasını gerektiren sebeplerin ortaya çıkması halinde zamanaşımın işlemesi gerektiği savunulmaktadır¹⁸⁰.

Yargıtay'ın ise daha evvelce çeşitli dairelerince verilmiş değişik kararları bulunmaktadır¹⁸¹. Fakat Yargıtay Ceza Genel Kurulu, dava zamanaşımının ikinci suçun kesinleşmesine kadar duracağı görüşünü benimseyerek, tüm bu tartışmalara son vermiştir. Böylece yargılamanın uzun sürmesi sebebiyle oluşacak hukuki güvenlik ilkesini zedeleyici sonuçları bertaraf etmeyi amaçlamıştır. Nihai olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi durumunda, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleştiği tarihte dava zamanaşımının

¹⁷⁸ EPÖZDEMİR, s. 298; TURAN, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması...*, s. 142; GÜNAY, s. 158.

¹⁷⁹ BAŞTÜRK, s. 461; ŞEN - MAVİŞ, s. 63.

¹⁸⁰ EPÖZDEMİR, s. 298; TURAN, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması...*, s. 144; GÜNAY, s. 158; HOROZGİL, s. 145-146.

¹⁸¹ Yargıtay'ın zamanaşımının ikinci suçun, kesinleşmesi koşulu ile işlendiği tarihe kadar duracağı yönündeki kararları için bkz. Y3CD, T. 27.02.2015, E. 2014/34855, K. 2015/2783; Y8CD, T. 06.12.2012, E. 2012/13585, K.2012/37455. Kesinleştiği tarihe kadar duracağı yönündeki kararları için bkz. Y13CD, T. 17.04.2013, E. 2013/13831, K. 2013/13604; Y4CD, T. 05.06.2012; E. 2012/8021, K. 2012/13441.

durmaya başlayacağını, denetim süresi içerisinde kasten bir suç işlenmesi veya denetimli serbestlik tedbirine aykırı davranılması halinde yeni suç işlendiği veya denetimli serbestlik tedbiri yükümlülüklerine aykırı davranıldığı tarihte dava zamanaşımı süresinin yeniden başlayacağını belirtmiştir¹⁸².

Bu noktada, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği durumda, bu hükmün kesinleşmesi ile dava zamanaşımının duracağı ve denetim süresi içerisinde kasten yeni bir suç işlenmesi halinde veya denetimli serbestlik yükümlülüklerine aykırı davranıldığı tarihte dava zamanaşımının yeniden başlayacağı görüşü isabetlidir. Aksi düşüncenin kabulü, yargılamanın da uzun yıllar sürmesi nazara alındığında, sanığın yıllarca ceza tehdidi altında kalması sonucunu doğuracaktır.

4.3.8. Tekerrüre Etkisi

5237 Sayılı TCK'nın 58. maddesinde güvenlik tedbiri olarak düzenlenen tekerrür, daha önceden suç işleyen kişinin hakkında verilmiş olan hükmün kesinleşmesinden sonra tekrar bir suç işlemesini ifade etmektedir. Kişi hakkında daha evvel, belli bir cezaya hükmedilmiş olmasına rağmen, suç işlemede kararlılık göstermekte ve toplum açısından tehlike arz etmektedir¹⁸³.

Belirtmek gerekir ki tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için üç temel şartın gerçekleşmesi gerekmekte olup; bunlar önceden işlenmiş bir suç ve bu suça ilişkin kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunması, yeni bir suç işlenmesi ve bu yeni ikinci suçun belirli süreler içerisinde işlenmesidir¹⁸⁴.

¹⁸² YCGK, T. 17.01.2017, E. 2014/5-193, K. 2017/15, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

¹⁸³ MERAN, Necati, *Suçta Tekerrür ve Yargıtay Uygulaması*, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:11, Sayı:116; Nisan 2016, s. 128.

¹⁸⁴ YILMAZ, Sacit, *Türk Ceza Kanununda Tekerrür ve Yargıtay Uygulaması*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:5, Sayı:19, Ekim 2014, s. 552.

İkinci suçun belirli süreler içerisinde işlenmesi meselesine TCK m. 58/2 hükmü ışık tutmaktadır. Bu hükme göre, beş yıldan fazla süreyle hapis cezasına mahkûmiyet halinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren beş yıl; beş yıl veya daha az süreyle hapis ya da adli para cezasına mahkûmiyet halinde ise bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren üç yıl geçtikten sonra işlenen suçlar nedeni ile tekerrür hükümleri uygulanmayacaktır. Hemen değinilmelidir ki, tekerrür hükümlerinin uygulanması için önceki cezanın infaz edilmiş olması gerekmekte, önceki suçtan alınmış olan mahkûmiyet hükmünün kesinleşmiş olması yeterli olmaktadır (TCK m. 58/1-son cümle).

Fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış olan kişilerin işlediği suçlar bakımından tekerrür hükümlerinin uygulanması söz konusu değildir (TCK m.58/5).

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu ve tekerrür hali değerlendirilmesine gelince, daha evvel suç işlemiş bir kimsenin hakkında tekerrür hükümleri uygulanacak ise zaten hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesinden söz edilemeyeceğinde kuşku yoktur¹⁸⁵. Unutulmamalıdır ki, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için sanığın daha önceden kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış olması gerekmektedir.

Fakat buradaki sorun, hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen bir kimsenin, denetim süresi içerisinde yeni bir suç işlemesi halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının, işlenmiş olan yeni suç için tekerrüre esas olup olamayacağıdır.

Bu noktada, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının, kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü olmadığı daima hatırlanmalıdır. Her ne kadar sanık hakkında özünde bir mahkûmiyet hükmü tesis edilmiş dahi olsa bu hüküm henüz açıklanmadığından hukuki bir sonuç ifade etmemektedir. Hüküm açıklanmamış ise de, kesin bir hüküm vazifesi göremeyeceğinden, açıklanması geri bırakılan

¹⁸⁵ BAŞTÜRK, s. 242.

mahkûmiyet hükmü, daha sonra işlenmiş suç için tekerrüre esas alınamayacaktır¹⁸⁶. Bu durum, sanık hakkında açıklanmasına karar verilen hükmün henüz kesinleşmemesi nedeniyle, sanığın aklanma hakkının ve masumiyet karinesinin doğal bir sonucudur¹⁸⁷.

II. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KURUMUNUN ADİL YARGILANMA HAKKI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. GENEL OLARAK ADİL YARGILANMA HAKKI VE HAGB İLE İLİŞKİSİ

İnsan hakları kavramı, Magna Carta Libertatum ve Habeas Corpus Act gibi belgelerle resmileşmiş ve tarihte önemli bir yer edinmiştir. Özellikle 2. Dünya Savaşı nedeniyle mağduriyetlerin artması ile insan hakları kavramı daha da önemli bir konuma yerleşmiştir. Bu kavramın yerleşmesi ile birlikte, insan hakları konusunda ortak ve uluslararası bir düzenleme ihtiyacı da doğduğundan öncelikle bağlayıcılığı bulunmayan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile adım atılmıştır. Ve devamında bağlayıcılığı ve bir denetim mekanizması da bulunan AİHS ile insan haklarının korunması hedeflenmiştir.

AİHS'nin 6. maddesi, hakkaniyetli ve adil bir yargılamanın gerçekleşmesi için gerekli olan temel ilkeleri ortaya koyarken, Sözleşme'nin denetim mekanizması olan AİHM de uygulaması ile bu hakkı geliştirip, madde metninde açıkça yer almayan ilkelerle adaletin hakkaniyete uygun bir biçimde tecelli etmesine hizmet etmiştir.

¹⁸⁶ TURAN, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması...*, s. 165. Aynı yönde bkz. BAŞTÜRK s. 462; EPÖZDEMİR, s. 242.

¹⁸⁷ BAŞTÜRK, s. 462.

Belirtilmelidir ki, adil yargılanma hakkı, kanunla kurulmuş tarafsız, bağımsız bir mahkemede yargılanma, aleni olarak yargılanma, makul sürede yargılanma, gerekçeli karar hakkı, susma hakkı, masumiyet karinesi gibi pek çok hakkı da içeriğinde barındırmaktadır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, hukukumuzda girdiği günden beri pek çok tartışmayı beraberinde getirdiği gibi kurumun uygulanmasına dair sorunlar hali hazırda bertaraf edilebilmiş değildir. Bu nedenle araştırma konumuz olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanması aşamasında adil yargılanma hakkının hangi unsurları ya da alt haklarına etki edebileceğine ilişkin değerlendirmelere aşağıda yer vermek gerekmiştir.

2. KAPSAM VE NORM ALANI

AİHS'nin, 6. maddesinin 1. fıkrasının resmi çevirisi aynen şöyledir: “***Her şahıs gerek medeni hak ve vecibeleriyle ilgili nizalar gerek cezai sahada kendisine karşı serdedilen bir isnadın esası hakkında karar verecek olan kanuni, müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından davanın makul bir süre içinde hakkaniyete uygun ve aleni surette dinlenilmesini isteme hakkını haizdir...***”¹⁸⁸

Sözleşmenin bu ifadesine bakıldığında, adil yargılanma hakkının norm alanının daraltıldığı görülmektedir. Yani, adil yargılanma hakkına ilişkin hak ve ilkeler *medeni hak ve yükümlülük ile ilgili uyumsuzlukların ve bir suç isnadının* esasının karara bağlanması esnasında geçerlidir. Anılan bu kavramlar, bireysel başvuru kapsamında Mahkemece, özerk olarak yorumlanır¹⁸⁹. Diğer bir deyişle, bu iki alanın dışında kalan iddialar, AİHM tarafından adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmemektedir. Fakat AİHM, bu iki kavramı yorumlarken, devletlerin iç hukuktaki tasniflerinden ziyade tüm taraf devletlerin uygulamasını uyumlaştıracak

¹⁸⁸ 19.03.1954 tarih ve 8662 sayılı Resmi Gazete, , www.resmigazete.gov.tr, E:T.:28.05.2020.

¹⁸⁹ Boulois v. Luxembourg [GC], no. 37575/04, §90, ECHR 2012; Engel and Others v. The Netherlands [GC], no. 5100/71 5101/71 5102/71, §81, ECHR 1976, <https://hudoc.echr.coe.int>, E.T.: 28.05.2020.

biçimde bu bölümlere ortak anlamlar vermek suretiyle yorum yapmıştır¹⁹⁰. Genel olarak Sözleşme'nin konusu ve amacı ile diğer taraf devletlerin hukuk sistemi dikkate alınsa bile; *medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyumsuzluklar* ya da *cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası* kavramı özerk kavramlar olup, taraf devletlerin nitelermelerinden bağımsızdır¹⁹¹.

AİHM, suç ve cezanın özerk yorumunda bir takım kriterleri dikkate almakta ve bir suçun veya cezanın cezai niteliği olup olmadığını belirlemektedir¹⁹². Özerk yorum kriterlerini dillendirdiği ilk ve en temel davalardan olan *Engel* kararına bakarak, suç isnadına ilişkin unsurları kavrayabilmek mümkündür¹⁹³.

Anayasa'daki düzenlemeye de burada değinmek gerekmektedir. Anayasa'nın 36. maddesinin 1. fıkrası şöyle demektedir: “*Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*”

Anayasa'ya göre herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde *davacı veya davalı olarak* iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, Anayasa'da adil yargılanma hakkının bu yönden norm alanı daraltılmamıştır¹⁹⁴.

Fakat AYM, Anayasa'da adil yargılanma hakkının kapsamı düzenlenmediği gerekçesi ile bu hakkın kapsam ve içeriğinin Sözleşme'nin 6. maddesi olan adil yargılanma hakkı çerçevesinde belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁹⁵. Bu nedenle de hak arama hürriyetinin ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda

¹⁹⁰ İNCEOĞLU, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, Beta, 4. Baskı, İstanbul 2013, s. 12.

¹⁹¹ König v. Germany, no. 6232/73, § 9, ECHR 1978, <https://hudoc.echr.coe.int>, E.T.: 28.05.2020.

¹⁹² Bu konudaki ölçütler ve kararlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında...*, s. 83-104.

¹⁹³ *Engel and Others v. Netherlands*, no. 5100/71, 5101/71, §82, ECHR 1976, <https://hudoc.echr.coe.int>, E.T.: 28.05.2020.

¹⁹⁴ İNCEOĞLU, Sibel, “Adil Yargılanma Hakkı”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında bir İnceleme*, ed. Sibel İNCEOĞLU, (İstanbul, Beta, 2013), s. 214.

¹⁹⁵ *Adnan Oktar Başvurusu*, B.No: 2012/917, 16.04.2013, §20; *Onurhan Solmaz Başvurusu*, B.No:2012/1049, 26.03.2013, §22, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

bulunulabilmesi için, başvuruçunun ya medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili bir uyuşmazlığın tarafı olması ya da başvuruçuya yönelik bir suç isnadı hakkında karar verilmiş olmasını aramakta ve bu haller dışında kalan adil yargılanma hakkının ihlali iddiasına dayanan başvuruların AİHS ve Anayasa kapsamı dışında kalacağından bireysel başvuruya konu yapılamayacağını kabul etmektedir¹⁹⁶.

AYM, AİHM'nin içtihatlarına atıfla bir ceza davasında üçüncü kişilerin suçlanması ya da cezalandırılmasını talep eden mağdur, suçtan zarar gören, şikâyetçi veya katılan sıfatını haiz kişilerin Sözleşme'nin 6. maddesinin koruma alanının dışında kaldığını kabul etmiştir¹⁹⁷. AİHM bu kuralın istisnasını ceza davasında medeni hak talebine imkân veren bir sistemin benimsenmesi veya ceza davası sonucunda verilen kararın hukuk davası açısından etkili ya da bağlayıcı olması halleri olarak belirlemiştir¹⁹⁸.

AYM de AİHM'nin bu kararlarından yola çıkarak, 5271 sayılı CMK'nın 04.12.2004 tarihinde yürürlüğe girmesi ile ceza mahkemesinde şahsi hak iddiasında bulunma imkânının ortadan kalktığını; bu nedenle de başvuruçuların ceza mahkemesi sürecinde medeni haklarını ileri sürme imkânı bulunmadığından, başvuruya konu edilen ceza muhakemesi ile ilgili süreci ilgilendiren kararların, hukuk mahkemeleri açısından bağlayıcı bir etkisi olmadığını da ifade etmektedir¹⁹⁹

Konu ile ilgili olarak da suçun mağdurunun, suçun faili olan kişiler hakkında hürriyeti bağlayıcı ceza verilmesi gerekirken, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesinin adil yargılanma hakkının ihlali olduğu iddiaları da AYM'nin önüne gelmiştir²⁰⁰. *Mustafa Ergin Nalbant* başvurusunda, başvuruçucu, sanığa hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi ile sanığın cezasız bırakıldığından yakınmış ve Mahkeme adil yargılanma hakkının ihlal edildiği

¹⁹⁶ *Adnan Oktar*, §21; *Onurhan Solmaz*, §23.

¹⁹⁷ *Perez v. France*, [GC], no. 47287/99, §23, ECHR 2004, <https://hudoc.echr.coe.int>, E.T.: 28.05.2020.

¹⁹⁸ *Perez v. France*, §70..

¹⁹⁹ *Rahil Dink ve Diğerleri Başvurusu*, B. No: 2012/848, 17.07.2014, §93; *Musa Erdem ve Diğerleri Başvurusu*, B. No:2013/1845, 07.11.2013, §38; *Murat Durmaz Başvurusu*, B. No:2013/5956, 15.04.2014, §20, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

²⁰⁰ *Mustafa Ergin Nalbant Başvurusu*, B. No: 2013/3339, 06.02.2014, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

iddiasına ilişkin bu yakınmaları, önceki içtihatlarına atıfla değerlendirmiştir. Bu bağlamda, AYM, başvurucunun talebinin, üçüncü bir kişinin cezalandırılması ile sınırlı olduğunu, üçüncü bir kişinin fiili nedeniyle medeni haklarına yönelik bir müdahalenin bulunduğunu düşünüyor ve buna ilişkin zararının giderilmesini istiyor ise hukuk mahkemeleri önünde dava açma imkânının bulunduğu altını çizmektedir²⁰¹. Bir ceza davasında mağdur, suçtan zarar gören, şikâyetçi veya katılan sıfatını haiz kişilerin, kendilerine bir ‘suç isnadı’ yapılmamış olmaması nedeniyle Anayasa’nın 36. Maddesinin koruma alanı dışında kaldıklarını fakat Anayasa ve Sözleşme’nin ortak koruma alanı içinde kalan bir başka hak ihlali iddiasını bireysel başvuru konusu yapabilecekleri belirtilmiştir²⁰². Netice itibari ile de bir ceza davasında üçüncü kişiye verilen cezanın daha fazla olması gerektiğini ileri süren mağdur sıfatını haiz başvurucunun yalnızca Anayasa’nın 36. maddesine dayanan ihlal iddiasının konusu, başvurucuya bir ‘suç isnadı’ yapılmamış olduğundan, Anayasa’da güvence altına alınmış ve Sözleşme kapsamında olan temel hak ve özgürlüklerin koruma alanı dışında kaldığından, konu bakımından yetkisizlik nedeni ile kabul edilemez olduğuna karar vermiştir²⁰³.

AYM’nin bu içtihatları karşısında, bir ceza davasında mağdur, suçtan zarar gören, şikâyetçi veya katılan sıfatını haiz kişilerin Anayasa’nın 36. maddesinin koruma alanının dışında kaldıkları sabittir. Bu nedenle de, bir ceza yargılamasında, suçun failinin, mağdur ya da katılana karşı işlemiş olduğu fiil nedeniyle suçu sabit bulunarak hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi karşısında; suçun mağdurunun ya da katılan sıfatını haiz kimselerin, sanığın hürriyeti bağlayıcı ceza alması gerekirken, HAGB kurumunun uygulanması ile cezasız bırakıldığı iddiaları adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirilmemektedir.

²⁰¹ *Mustafa Ergin Nalbant*, §29.

²⁰² *Mustafa Ergin Nalbant*, §30.

²⁰³ Aynı yönde bkz. *Ali Rıza Baran Başvurusu*, B. No: 2013/1779, 10.03.2015; *K.G. Başvurusu*, B. No:2015/2108, 12.06.2018, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

Oysa AİHS'nin 53. maddesi karşısında, Anayasa'da daha geniş norm alanına sahip hakların AİHS çerçevesinde daraltılması mümkün değildir²⁰⁴. Anayasa'nın 36. maddesindeki *davacı veya davalı olarak* ifadesi, ceza davaları özelinde, bizce mağdur, suçtan zarar gören, şikâyetçi veya katılan sıfatlarını da içerisinde barındıran geniş bir tanımdır. Bu nedenle, konu özelinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına ilişkin, yargılamanın adil ve tarafsız olmadığı, kovuşturmadaki eksiklikler nedeniyle veya şartları oluşmamasına rağmen sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmış olduğu durumlarda, ceza adaleti bakımından mağdur veya katılanın bu hakkına hanel geleceği tartışmasızdır. HAGB kararlarına karşı itiraz kanun yolunun etkili bir başvuru olmadığı, dosyanın esasına girilmeden yapılan değerlendirmeler de nazara alındığında, adil yargılanma hakkına hanel geldiğini düşünen kimselerin AYM'ye bireysel başvuru yapmaktan başka yasal bir iç hukuk yolu bulunmadığı da gözetilmelidir.

Bahsini ettiğimiz tüm bu nedenler dolayısı ile AYM'nin, Anayasa'ya aykırı olarak adil yargılanma hakkının kapsamını daraltmasını hukuka uygun olmadığı gibi AİHS'nin de 53. maddesine aykırıdır.

3. MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKI

AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenmiş olan adil yargılanma hakkı hükmünde, mahkemeye erişim hakkı açıkça düzenlenmemiştir²⁰⁵. Fakat buna rağmen AİHM içtihatları doğrultusunda, mahkemeye erişim hakkı olmaksızın, adil yargılanma hakkının getirmiş olduğu hakkaniyete uygun ve aleni, bir yargılamadan da söz edilemeyeceği vurgulanmıştır²⁰⁶. Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasındaki

²⁰⁴ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa...*, s. 214.

²⁰⁵ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi...*, s. 215.

²⁰⁶ Bkz. *Golder v The United Kingdom*, no. 4451/70, §35, ECHR 1975; *Roche v. The United Kingdom* [GC], no. 32555/96, §117, ECHR 2005; *Stanev v. Bulgaria* [GC], no.36760/06, §229, ECHR 2012, <https://hudoc.echr.coe.int>, E.T.: 28.05.2020.

“herkes... bir mahkeme tarafından davasının dinlenilmesini isteme hakkına sahiptir ”ifadesinden, mahkemeye erişim hakkının zımnen korunduğu anlaşılır²⁰⁷.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının denetim yolu ve bu bağlamda itiraz kanun yolunun benimsenmiş olması öncelikle adil yargılanma hakkının bir parçası olan mahkemeye erişim hakkı bakımından değerlendirilmelidir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun denetim yolunun mahkemeye erişim hakkı kapsamında değerlendirilebilmesi için, öncelikle bu hakkın getirdiği güvencelere değinmek gerekmektedir. Nitekim adil yargılanma hakkının ayrılmaz bir koşulu olan mahkemeye erişim hakkı, fiilen ve etkili bir biçimde kişilerin mahkeme önünde hak arama hürriyetlerinin gereği gibi yerine getirilmesini güvence altına almaktadır. Fakat bu güvencelerden bahsetmeden evvel daha evvel değinmiş olduğumuz hususlara bir kez daha değinmek zaruridir.

Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Denetimi kısmında değindiğimiz üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı başvurulacak kanun yolu (itiraz) başlı başına uygulamada bir sorun halini almaktadır. Bu nedenledir ki önceleri itiraz kanun yolunun inceleme kapsamı hakkında, esas denetimini içermeyeceği şeklinde görüş hâkim iken, 22 Ocak 2013 tarihli Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı ile bu görüş ilga edilmiş ve kararların esasına da girilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Hukuken hatalı olan bu görüşten dönülmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının esasında bir mahkûmiyet kararı üzerine inşa edilmiş olmasından mütevellit, mahkemeye erişim hakkının da bizce bir nebze gözetilmesi anlamını taşımaktadır.

Bununla da yetinilmeyerek, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının hukuki niteliği itibari ile bir hüküm olmadığından bahisle olağanüstü kanun yoluna (kanun yararına bozma) başvuru imkânı olmadığı görüşü terk edilerek, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı kanun yararına bozma yoluna gidilebileceği kabul edilmiştir. Esasında Yargıtay da 2 Ekim 2018 tarihli Ceza Genel Kurulu kararında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı

²⁰⁷ TURAN, Hüseyin, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2016, s. 130.

başvurulan itiraz kanun yolunda yapılan incelemenin yetersiz ve bazen de hukuka aykırılıklar içerebileceğini görmüş olacak ki böyle bir görüş değiştirme yoluna gitmiştir. Nitekim bu husus, kararın içeriğinde de etkili bir biçimde dile getirilmiştir²⁰⁸. Yine bu değişikliğin sebebi, adil yargılanma hakkının olmazsa olmaz koşulu mahkemeye erişim hakkının etkili bir biçimde kullanılmasına hizmet etme gayesi ile ilintilidir. Ne var ki kanun yararına bozma yolunun olağanüstü bir kanun yolu olduğu unutulmamalıdır. Öncelikli olarak olağan kanun yolunun (itiraz) etkili ve fiili olarak işletildiği bir hukuk düzeninde, olağanüstü kanun yoluna başvurmaya ihtiyaç kalmayacağı ya da kalmaması gerektiği dikkate alınmalıdır.

Tüm bu değerlendirmelerden sonra mahkemeye başvurma hakkı ile ilgili açıklamalara yer vermek gerekmektedir. Sözleşme'ye göre, Mahkemeye başvurma hakkının varlığından bahsedebilmek için kişinin hak aramak için mahkeme önüne gidebilme olanağının gerçekten, fiilen ve etkili olarak mevcut olması gerekmektedir. Bunun anlamı, yalnızca bir hakkın aranabilmesi için kanuni düzenlemenin var olması değil; kanunen tanınmış olan hukuki yolun etkili bir biçimde kişiye hukuki bir sonuç vadediyor olması demektir. Kuşkusuz ki mahkemeye erişim hakkı mutlak bir hak değildir. Devletlerin bu konuda düzenleme yaparken bir takdir hakkının var olduğu kabul edilir²⁰⁹.

Anayasa'nın 36. maddesine bakıldığında ise meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Bu sebeple de mahkemeye başvurma

²⁰⁸ “...Adil yargılama, ceza muhakemesi hukukunda, sanığa ve mağdura tanınan hakların tümü ve insan hakları ihlal edilmeden yapılan yargılama olarak tanımlanmakta olup, soruşturma ve kovuşturma evrelerinin tamamında geçerli olan bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Daha önce soruşturma veya kovuşturmaya tabi tutulmuş olan bireyin, aynı fiilden dolayı tekrar soruşturmaya veya kovuşturmaya tabi tutulması ve hatta buna tâbi tutulabileceği endişesi taşınması adil yargılanma hakkı ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Anayasamızın 36. maddesinde güvence altına alınan bu ilkenin temelinde insan onurunun korunması yatmaktadır. Kişinin daha önce soruşturma ve kovuşturmaya tabi olduğu fiilden dolayı, önceden kanunla belirlenmiş istisnai şartlar gerçekleşmeden tekrar şüpheli veya sanık statüsüne sokulması, insan olmasından kaynaklanan varlığını yani onurunu zedeleyici niteliktedir...”

²⁰⁹ Fakat bu takdir hakkı her hakta olduğu gibi meşru bir amaca vakıf olmalı, hakkın özünü zedelememeli ve güdülen amaçla orantılı olmalıdır.

hakkının açık bir biçimde düzenlendiği söylenebilecektir. Nitekim AYM de, AİHM gibi, mahkemeye başvurma hakkının adil yargılanma hakkının ön koşulu olduğunu açıkça ifade etmektedir²¹⁰.

Mahkemeye erişim hakkı çerçevesinde, dava açmaya yönelik sınırlamalar²¹¹ olabileceği gibi mahkemenin yargı yetkisine dair de bir takım sınırlamalar olabilir. Nitekim konumuzla ilintili olan kısım tam da budur. Gerçekte, yargı ve itiraz/temyiz yolu açık olabilmesine rağmen; fiiliyatta bu yargı yolu tam bir yargı yetkisine sahip olmayabilir. Diğer bir deyişle, davanın hem esasına hem de hukuki yönüne ilişkin bir inceleme yapma yetkisini haiz olmayabilir. Bu durumda mahkemeye erişim hakkının ihlali de gündeme gelebilir. AİHM, bu noktada değerlendirme yaparken, ihtilafın konusunu, mahkemenin yetkisi sınırlı bile olsa, anlaşmazlık konusu olan meselelerin yeterli bir biçimde değerlendirilip değerlendirilmediğini dikkate almaktadır²¹².

AİHM, mahkemeye erişim hakkının, sadece ilk derece mahkemesinde dava açma hakkını değil, eğer iç hukukta itiraz, istinaf veya temyiz gibi kanun yollarına başvurma imkânı tanınmış ise üst mahkemelere başvurma hakkını da içerdiğini kabul etmektedir²¹³. AYM de mahkemeye erişim hakkının ceza davalarında da uygulanabilir bir hak olduğunu kabul etmekle, hakkında suç isnadı bulunan bir kimsenin, bu isnat hakkında mahkeme tarafından isnadın yerinde olduğu ya da olmadığı yönünde bir karar isteme hakkı olduğunu ifade etmektedir²¹⁴.

Yukarıda değinildiği üzere, 22 Ocak 2013 tarihli Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı sonrasında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı yapılan itiraz başvurusunu değerlendiren merci, kararı sadece hukuki yönden değil, esasına da girerek incelemelidir. Fakat uygulamada durumun böyle olmadığı, itiraz

²¹⁰ AYMK, T. 09.02.2012, E. 2010/41, K. 2012/19, <https://www.normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, E.T.: 28.05.2020.

²¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi...*, s. 216-218.

²¹² TURAN, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde...*, s. 148.

²¹³ *Bayar and Gürbüz v. Turkey*, no. 37569/06, §42, ECHR 2012, <https://hudoc.echr.coe.int>, E.T.: 28.05.2020.

²¹⁴ *Ali Atlı Başvurusu*, B. No:2013/500, 20.03.2014, §49, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, E.T.: 28.05.2020.

mercilerinin esasa girmekten imtina ettiği bilinmektedir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı temyiz kanun yoluna başvurulmadığı gerekçesi ile mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine ilişkin yapılan başvuruda; AİHM, kurumun sanık tarafından kabul edilmesiyle, temyiz kanun yoluna başvurmayı kendisinin tercih etmediği gerekçesi ile mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır²¹⁵.

AYM de sanık kabul etmediği takdirde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemeyeceğini, sanığın kurumun uygulanmasını kabul ederek hakkında verilen kararın Yargıtay'da yapılacak esas ve usul incelemesini talep etme hakkından vazgeçtiğini belirterek başvuruçunun şikâyetlerinin temyiz incelemesinde ileri sürülebilecek şikâyetlerden olduğunu (esasa ilişkin) belirterek mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmaktadır²¹⁶.

Ayrıca, Anayasa'da tüm mahkeme kararlarının temyiz edilebilmesi hakkını içeren bir kurala da yer verilmediği vurgulanmaktadır²¹⁷.

Fakat AYM'nin bu yaklaşımı mahkemeye erişim hakkı çerçevesinde bizce tutarlı değildir. Nitekim Yargıtay'ın 22 Ocak 2013 tarihli kararının AYM tarafından hiçbir surette dikkate alınmadığı da ortadadır. Mahkeme, sanığın talebi doğrultusunda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiğini ve sanığın bu talebi doğrultusunda esasa ilişkin bir inceleme yapılmasından (temyiz) feragat ettiğini kabul etse de, söz konusu Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı doğrultusunda, itirazı inceleyen mercii, başvuruçuların dosyanın esasına ilişkin itirazlarını değerlendirmediğine ilişkin iddiaları mahkemeye erişim hakkı çerçevesinde ele alması gerekir; bu iddialar itiraz mercii tarafından hiçbir surette dikkate alınmamış ise mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine hükmetmesi gerekmektedir. Zira hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı yapılan

²¹⁵ *Erkuş v. Turkey* (dec.), no. 61196/11, §22, ECHR 2012, <https://hudoc.echr.coe.int>, E.T.: 28.05.2020.

²¹⁶ *Emine Karagülmez Başvurusu*, B. No: 2013/3673, 11.12.2014, §29, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

²¹⁷ *Tufan Şahin Başvurusu*, B. No:2012/799, 26.03.2013, §19, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020; *Emine Karagülmez*, §30.

itiraz neticesinde verilecek olan karar kesin nitelikte bir karar olduğundan, başvurucunun bu iddialarını dile getirebileceği başka bir makam bulunmamaktadır.

İçtihat yolu ile hukukilik denetiminin yanında esasa ilişkin de denetim yolu açıldığı halde itiraz mercilerin bunu dikkate almaksızın yaptığı değerlendirmelerin her biri bizce mahkemeye erişim hakkının ihlali niteliğindedir.

4. HAKKANİYETE UYGUN YARGILANMA HAKKI

4.1.Yargılamaya Etkili Katılım ve Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı

Yargılamaya etkili katılım ve duruşmada hazır bulunma hakkı AİHS’de açıkça düzenlenmiş bir hak değildir. Fakat AİHM kararları ile yargılamaya etkili katılımın ve duruşmada hazır bulunma hakkının, hakkaniyete uygun yargılanma hakkının bir parçası olduğu kabul edilmektedir.

Mahkeme, *Stanford – Birleşik Krallık*²¹⁸ davasında, etkili katılımın, sadece sanığın duruşmada hazır bulunma hakkını değil, duruşmayı izleme ve konuşulanları duyma hakkını da içerdiğini, bu hakların hali hazırda çelişmeli usul içerisinde zımni olarak bulunduğunu vurgulamaktadır.

Yargılamaya etkili katılım ve duruşmada hazır bulunma hakkı Anayasa’da da açıkça düzenlenmiş olmamasına rağmen, 36. madde kapsamında ele alınmaktadır.

Daha evvel, HAGB kararı verilebilmesinin şartlarından biri olan sanığın muvafakatine değinilmiştir. Fakat uygulamada, sanığın kabulünün ne zaman sorulacağı ve ne şekilde sorulacağına dair açık bir hüküm mevcut bulunmadığından, konu tartışmalı hale gelmektedir. Bu nedenle, sanığa hakkında HAGB kurumunun uygulanmasına ilişkin rızasının olup olmadığının ne zaman

²¹⁸ *Stanford v. The United Kingdom*, no. 16757/90, §26, ECHR 1994, <https://hudoc.echr.coe.int>, E.T.: 28.05.2020.

sorulacağına, yargılamaya etkili katılım ve duruşmada hazır bulunma hakkı çerçevesinde değinmek gerekmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, CMK’da, sanığa, hakkında HAGB kurumunun uygulanmasına ilişkin rızasının yargılamanın hangi aşamasında sorulacağına dair açık bir hüküm mevcut değildir. Fakat uygulamada, CMK’nın 191. maddesine göre yapılan sorgu aşamasında yani duruşmanın en başında sanığa sorulduğu görülmektedir.

Doktrinde, HAGB’nin sorulma zamanına ilişkin iki görüş ön plana çıkmaktadır: Bu görüşlerden ilki, sanığa bu sorunun en baştan sorulması gerektiği ve verilen cevaba göre HAGB’nin diğer şartlarının değerlendirilmesi gerektiğidir. Bu görüş zaten uygulamadaki durumun ta kendisi olup; ikinci görüşü benimseyen yazarlar tarafından eleştirilmektedir.

İkinci görüş ise HAGB’nin tüm şartları, yargılamanın son aşamasına gelmeden değerlendirilmesi gerektiğini belirtmekte ve tüm diğer şartların varlığı halinde, mahkûmiyet hükmü aşamasına gelindiğinde, en son sanığa rızasının olup olmadığının sorulması gerektiğini savunmaktadır²¹⁹.

Bu görüşü benimseyen yazarlar, sanığın henüz ortaya çıkmamış bir hükmün açıklanmasının istenilip istenilmediğinin sorulmasının, kurumun amacıyla çeliştiğini değerlendirmekte²²⁰ ve sanığı bir tahmin yapmaya ve tabiri caizse geleceği hakkında kumar oynamaya mecbur bıraktığı şeklinde yorumlamaktadır²²¹.

Diğer yandan, sanığın daha baştan HAGB kurumunu kabul etmesinin, Mahkeme gözünde aleyhe bir ön yargıya neden olabileceği, Mahkemenin tarafsızlığını yitirebileceği ve sanığın mahkûm olabileceği endişesi ile HAGB’yi kabul yönünde bir seçime zorlanabileceği de ileri sürülebilecektir²²².

²¹⁹ ŞEN- MAVİŞ, s. 40.

²²⁰ TANER, Fahri Gökçen, *Hükmün Açıklanmasının Ertelelenmesinin (Geri Bırakılmasının) Hukuki Niteliği ve Ertelemeyi Kabul Edip Etmediğinin Sanığa Duruşma Evresinin Sona Ermesinden Önce Sorulmasının Hukuka Aykırılığı Üzerine*, Ankara Barosu Dergisi, 2011/4, s. 295.

²²¹ BAŞTÜRK, s. 254; TANER, s. 296.

²²² ŞEN - MAVİŞ, s. 40.

Bu görüşe göre, HAGB kurumunun uygulanmasının mümkün olduğu bir yargılamada, duruşma devresinin sonunda, sanığın üzerine atılı suçu işlediği sabit bulunduktan sonra hüküm devresine geçilip, hüküm sanığa okunduktan sonra bu hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını isteyip istemediği sanığa sorulmalıdır²²³.

HAGB talebinin sanığa sorulma zamanı AYM'nin bireysel başvuru kararına da konu olmuştur²²⁴. Başvurucu, henüz delillerin ortaya konmadığı duruşmanın başında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin talebinin sorulmasının savunmasını serbestçe yapma imkânını elinden aldığını, nasıl sonuçlanacağını bilmediği bir yargılamaya dair seçim yapmak zorunda bırakıldığını, Mahkemenin hükmünü verdikten sonra HAGB'ye muvafakatinin olup olmadığını sorması gerektiğini, hâkimin HAGB talebinde bulunmasının, atılı suçun işlendiğine dair etki altında bırakabileceğini, Kanun'da bu konudaki muvafakatinin hangi aşamada sorulacağına dair bir netlik olmadığını, sonuçlarını öngöremeyeceği bir aşamada talebinin sorulması nedeniyle temyiz hakkını kullanamadığını ileri sürerek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir²²⁵.

AYM, başvurunun bu iddialarını HAGB'nin *uygulanma şeklinin adil olmadığına* dair iddia kapsamında kabul edilebilirlik incelemesine tabi tutmuştur. AYM, CMK'nın 231. maddesinin 6. fıkrası uyarınca HAGB kararı verilebilmesi için sanığın muvafakatinin şart olduğunu, ancak bu yöndeki rızanın ne zaman sorulacağına ilişkin bir sınırlama getirilmediğini, dolayısı ile bu konunun mahkemelerin takdirine bırakıldığını ve her yargılamanın kendi şartlarını gözeterek sanığın iradesinin alınacağı zaman noktasında mahkemelere hareket alanı tanındığını kabul etmiştir²²⁶. Aynı zamanda, başvurucuya ilk duruşmada HAGB kurumunun uygulanmasını isteyip istemediği sorulduğunda başvurunun bu husustaki iradesini koyma noktasında bir çekince belirtmeksizin ve itiraz

²²³ TANER, s. 296.

²²⁴ *Asım Arı Başvurusu*, B. No: 2013/9381, 03.03.2016, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

²²⁵ Asım Arı, §22.

²²⁶ *Asım Arı*, §42.

etmeksizin HAGB talebinde bulunduğuna vurgu yapmıştır²²⁷. Diğer iddialarla ilgili olarak ise İlk Derece Mahkemesi önündeki yargılamayı nihai biçimde sonlandıran bir karar verilmediğinden ve ancak düşme kararıyla ya da ceza hükmünün açıklanmasıyla birlikte İlk Derece Mahkemesindeki yargılama nihayete varacağından anılan iddiaların mevcut aşama itibariyle bireysel başvuru kapsamında incelenme olanağı bulunmadığından, başvurucunun iddialarının açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle oyçokluğuyla kabul edilemezlik kararı vermiştir.²²⁸

Tarafımızca da kabul edilen görüşe göre, sanığın sorgusunun yapıldığı ilk duruşmada, HAGB kurumunun uygulanmasını kabul edip etmediğinin sorulması usulen mümkün olmadığı gibi adil yargılanma hakkına da hanel getirebilecektir.

Ceza muhakemesinde, kovuşturma evresi, dar anlamda duruşma hazırlığı, duruşma, duruşmadan sonuç çıkarma olmak üzere üç devreden meydana gelir ve kanun yolu aşaması da geniş anlamda kovuşturma evresinin bir devresidir²²⁹. Kanun sistematığına bakıldığında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun, CMK'nın 231. maddesinde "Hükmün Açıklanması ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması" ismi ile 'Üçüncü Bölüm'de yer alan 'Karar ve

²²⁷ Asım Arı, §43.

²²⁸ Söz konusu kabul edilemezlik kararına, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Celal Mümtaz AKINCI ve Rıdvan GÜLEÇ karşı oy kullanmışlardır.

Serdar ÖZGÜLDÜR ve Serruh KALELİ, CMK'nın 231. maddesi olan HAGB kurumunun, 'Karar ve Hükmün' başlığını taşıyan 'Üçüncü Bölüm'de yer aldığı bu nedenle uygulamanın da bu evrede (karar tesisi sırasında) yapılmasının gerekli ve zorunlu olduğunu belirtmiştir. Zira bu aşamadan önce yer alan delillerin ikamesi ve kovuşturmanın genişletilmesi aşamalarında cereyan edecek olaylara göre sanığın HAGB kurumunun uygulanmasından ziyade temyiz kanun yolunu tercih edebilme imkânı olabileceğine vurgu yapılmıştır. CMK kurallarına uyulmadan, sanığın daha ilk duruşmada HAGB hususunda bir tercih yapmaya zorlanmasını adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmişlerdir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Rıdvan GÜLEÇ Celal Mümtaz AKINCI ise HAGB kararı verilmesinin kabul edilip edilmediğinin yargılamanın henüz başında sorulmasının ve sanığın daha baştan HAGB'yi kabul etmesinin delillerin tam olarak tartışılmasına gerek kalmadan yargılamanın sonlandırılabilmesi yönünde hem sanıkta hem de mahkemede yanıltıcı bir anlayış doğabileceğini ileri sürmektedir. Bu konuda, mahkemeler arasında yeknesak bir uygulamanın olmadığından bahisle, sanığın baştan HAGB'yi kabul etse bile, sonradan bunu kabul etmeme hakkı olduğunu bilmesini de adil yargılanmanın bir gereği olarak değerlendirmektedir. HAGB'nin kabul edilip edilmediğinin sanığa ne zaman sorulacağı konusunda bir belirsizlik ve öngörülemeyizlik halinin mevcut olması nedeniyle, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği belirtilmektedir.

²²⁹ CENTEL- ZAFER, s. 609.

Hüküm Başlığı Altında' yer aldığı görülmektedir. İlgili maddede, sanığa, HAGB kurumunun uygulanmasını kabul edip etmediğinin ne zaman sorulacağına açık bir şekilde düzenlenmemiş olması eksiklik ve bu eksiklik açık bir düzenleme ile giderilmelidir²³⁰.

CMK m. 191 uyarınca sanığın sorgusunun dahi yapılmadan, sanığa, yargılama sonunda mahkûm olacağına HAGB kurumunun uygulanmasını isteyip istemediğinin sorulması, delillerin ortaya konulmadan ve tartışılmadan, sonucunu bilmediği bir sürecin sonunda kaderini tayin etmesini istemekten başka bir şey değildir. Uygulamadaki tutum düşünüldüğünde; daha baştan kurumun uygulanmasını kabul ettiğini beyan eden sanıkta, şayet kabul ederse, mahkemenin objektifliğini yitirebileceği düşüncesi uyanabilecektir. Nitekim HAGB kurumunu, beraat kararının alternatifi olarak uygulayan, hatta sırf sanığın kabul edeceği varsayımı ile duruşma zaptına, sanığın haberi dahi olmaksızın, matbu bir ifadeyle sanığın HAGB hükümlerinin uygulanmasını kabul ettiğini beyan eden ifadeleri derç eden²³¹ yargı sùjelerinin varlığı düşünüldüğünde, sanıkta bu düşüncenin uyanması pek de haksız olarak nitelenemeyecektir.

Bu nedenle, sanığın sorgusunun yapıldıktan sonra delillerin ortaya konması ve tartışılması gerekmekte, Mahkeme tüm dosya kapsamına göre sanığın üzerine atılı suçu işlediğine kanaat getirdikten sonra, sanığa mahkûmiyet hükmünü okumalıdır. Mahkûmiyet hükmünün sanığa okunmasından sonra, bu aşamada HAGB kurumunun ve sonuçlarının ne olduğunu, hatta uygulamayı kabul etmesi halinde temyiz kanun yoluna başvuramayacağını da açıklayıcı bir dille sanığa anlatmalıdır. Sanığın AİHS'nin 6. maddesindeki *davanın hakkaniyete uygun dinlenilmesini isteme hakkı* çerçevesinde, hâkimin, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunu kabule teşvik etmemesi, onu etkileyebilecek davranışlardan da kaçınması gerekmektedir²³². Nihai olarak da, HAGB kurumunun tüm anlam ve sonuçlarını kavrayan sanığa, uygulamayı kabul edip etmediği sorularak; sanığın

²³⁰ Aynı görüşte bkz. BAŞTÜRK, s. 257.

²³¹ ŞEN- MAVİŞ, s. 41.

²³² BAŞTÜRK, s. 257.

açıkça kabul ettiğini beyan etmesi halinde duruşma bitirilmelidir. Böylelikle, uygulamadaki tartışmaya konu tereddütler ve öngörülemez durumlar, adil yargılanma hakkının ihlali sonuçlarını doğurmayacak, kurumun amacına uygun bir şekilde işlemesine de vesile olacaktır.

Son olarak duruşmada hazır bulunma hakkı çerçevesinde, yargılama aşamasında sanığa kurumun uygulanmasına dair muvafakatının olup olmadığının sorulması unutulabilecektir. Böyle bir durumda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilip verilemeyeceği tartışmalı bir hal alabilir. Bu halde, mahkeme, sanığa meşruhatlı davetiye çıkartarak, HAGB müessesesinin uygulanıp uygulanmayacağına dair iradesini bildirmek üzere bizzat ya da avukatı aracılığı ile mahkemeye başvuru yapmasını; aksi takdirde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına muvafakatının olmadığı kabul edilerek kurumun lehine tatbik edilmeyeceğinin bildirilmesi gerektiği ileri sürülebilir²³³. Biz de bu görüşün isabetli olduğunu düşünüyoruz. Nitekim duruşmada hazır bulunarak, kurumun uygulanıp uygulanmama noktasında, iradesini ortaya koyması gereken sanık; usulüne uygun bir biçimde duruşmaya davet ediliyorsa, yargılamayı yürüten mahkeme, sanığın duruşmada hazır bulunabilmesi için gerekli özeni göstermiş demektir. Bu halde sanık, katılım göstermeyerek, bu hakkından kendisi feragat ettiğinden, hakkında kurumun uygulanmaması hukuken adil yargılanma hakkına hanel getirmeyecektir.

4.2. Aklanma (Beraat Etme) Hakkı

Aklanma (beraat etme) hakkı, ceza yargılamasında, davayı düşüren ya da davanın ilerlemesine engel olan durumlar karşısında sanığın, üzerindeki suç şüphesinin esastan verilecek bir kararla kaldırılmasını istemesidir²³⁴.

²³³ ŞEN – MAVİŞ, s. 38.

²³⁴ YILDIRIM, *Akif, Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi Kurumunun Aklanma Hakkı Açısından Değerlendirilmesi*, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Cilt:0, Sayı:3, 2013, s. 133.

Kişinin, kanun önünde aklanmayı istemesi, Anayasal bir hak olan savunma hakkının doğal sonucudur²³⁵. Masum olduğuna inanan bir kimseye aklanma imkânının tanınması masumiyet karinesinin de bir gereğidir²³⁶.

Anayasa'nın 17. maddesi: “*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir...*” hükmüne amirdir. Amir olan bu hüküm uyarınca, bireylerin şeref ve itibarı manevi varlık olarak gösterilmekte olup, Devlet, bireylerin manevi varlıklarına keyfi olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin de saldırılarını önlemekle yükümlü tutulmuştur²³⁷. Devletin bu yükümlülükleri karşısında da, bireylerin şeref ve itibarı olan manevi varlığının korunması için aklanma hakkının tanınması, hukuk devletinin bir gereğidir²³⁸.

Aklanma hakkı genel olarak, genel af, yasama dokunulmazlığı, dava zamanaşımı, şikâyetin geri alınması gibi durumlar için tartışılmış olsa da; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı da aklanma hakkı ile doğrudan ilintilidir.

Yukarıda incelendiği üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı 6008 sayılı Kanun ile sanığın kabulüne bağlanmıştır. Böylece sanık, kurumun uygulanmasını istemediğini beyan ederek, temyiz incelemesinde aklanma (beraat etme) hakkını kullanmayı tercih edebilecektir. 22.07.2010 tarihinden önce ise kurumun uygulanması tamamen hâkimin takdirine bırakılmıştır. Aklanma hakkı açısından ihlal oluşturan bu durum, yapılan değişiklik ile kısmen giderilmiş bulunmakta ise de itiraz merciin denetimi, iştirak halinde işlenen suçlar bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasını istemeyen sanığın temyiz kanun yoluna başvurusu halinde beraat etmesi durumunda, kurumun uygulanmasını isteyen diğer şerike etkisi ve sonradan ortaya çıkabilecek nedenlerden ötürü denetim süresi içerisinde mahkemeden hükmün

²³⁵ ODYAKMAZ, Zehra, *1982 Anayasası Açısından Bireyin Aftan Yararlanmayı Reddetme Hakkı*, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt:18, 2001, s. 367.

²³⁶ TANER, Fahri Gökçen, *Orda Bir Hak Var Uzakta: Sanığın Aklanmayı İsteme (Aklanma) Hakkı*, Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan içinde, C:1, Ankara 2013, s. 618.

²³⁷ *Adanan Oktar Başvurusu*, §32-33.

²³⁸ Aynı görüşte bkz. YILDIRIM, Akif, *Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi Kurumunun...* s. 135.

açıklanmasının isteyip isteyemeyeceği aklanma hakkı açısından değerlendirilmelidir.

Mahkemeye erişim hakkı kısmında da değinildiği üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiğinde buna karşı itiraz kanun yoluna başvurulması halinde; itiraz mercii, verilmiş olan kararı son Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı uyarınca hukukilik denetiminden geçirecek olması yanında, dosyanın esasına ilişkin de bir değerlendirme yapması gerekmektedir. Esasa ilişkin bir değerlendirme yapamayacağının kabul edildiği durumda, sanık denetim süresini iyi halli geçirip, hakkında düşme kararı verilmeden dosyanın esasının incelenemeyeceği sonucu çıkmakta; böylece aklanma hakkına da hanel gelecektir.

Uygulamada itiraz kanun yoluna başvurulması halinde olumlu bir sonuç alınması ihtimali düşüktür²³⁹. Bu nedenle AYM ve AİHM nezdinde, itiraz kanun yolunun etkili bir başvuru yolu olmadığı ve bu nedenle de aklanma hakkının gereğinin yerine getirilmediği iddiası ile bireysel başvuruya konu olabilmesi muhtemeldir. Ancak bu ihtimalde de AYM, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun sanık tarafından tercih edilmesini gerekçe göstererek aykırılık bulmamaktadır²⁴⁰.

Diğer yandan AİHS'nin Ek 7 No.'lu Protokolü²⁴¹'nin cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkını düzenleyen ikinci maddesi gereğince, bir suçtan ötürü mahkûm edilen her kişi, mahkûmiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye inceletme hakkını haizdir. İtiraz merciin, esasa ilişkin de bir değerlendirme yapması içtihat yolu ile benimsenmişken, yalnızca şeklen bir inceleme yapması halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen yargılamadaki hukuka aykırılıklar hiçbir zaman denetlenemeyeceğinden Ek 7 No.'lu Protokol'ün 2. maddesinin 1. fıkrasına da aykırılık teşkil edecektir²⁴².

²³⁹ YILDIRIM, Akif, *Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi Kurumunun...*, s. 148.

²⁴⁰ *Ali Gürsoy Başvurusu*, B. No: 2012/833, 26.03.2013, §23, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

²⁴¹ Bu Protokol'ü Türkiye Cumhuriyeti, 14 Mart 1985 tarihinde imzalamış ve Potokol'ün onaylanmasının uygun bulunduğuna dair Kanun, 25 Mart 2016 tarih ve 29664 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. 1 Ağustos 2016 tarihinde de yürürlüğe girmiştir.

²⁴² ÖZBEK, Veli Özer – MERAKLI, Serkan, "*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarına İtiraz Üzerine Yapılacak Denetim*" (Karar İncelemesi), Prof. Dr. Nur Centel'e

Sanığın kabul etmemesine rağmen, hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişki başvurusu²⁴³ değerlendiren AYM, bu konuyu iki dereceli yargılanma hakkı bakımından ele almıştır. Başvuru tarihi itibari ile Sözleşme'ye Ek 7 No.lu Protokol'ün 2. Maddesinde tanınmış olan cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkının yürürlüğe girmediği gerekçesi ile başvurunun iddiaları konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulunmuştur²⁴⁴.

Görüldüğü üzere aklanma hakkının bir getirisi olan cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı çerçevesinde, itiraz merciin denetim kapsamının esas incelemesini de kapsayacak şekilde genişletilmesi olumlu bir gelişme olmakla birlikte sorunların tamamını çözmektedir²⁴⁵. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı denetim yolunun açılması elzem olup, aklanma hakkının bir gereğidir²⁴⁶.

Kurumun uygulanmasından kaynaklanan sebepler de kimi zaman sanığın aklanmasına imkân vermemektedir. Uygulamada, maddi gerçeğe ulaşılmadan daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiğini söylemek yanlış olmayacaktır²⁴⁷.

Sanığın, yargılama aşamasında, ceza alacağını düşünerek, kurumun uygulanmasını isteyip istemediği sorulduğunda “Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını istiyorum” şeklinde cevap vermesi, kurum hakkında bilgili ve bilinçli şekilde varılan bir sonucun ürünü olmayabilir²⁴⁸. Ceza yargılamasında, her sanığın müdafisi olmadığı ve zorunlu müdafilik sisteminin de sınırlı suç tipleri ve bazı sanıklar hakkında uygulandığı da dikkate alındığında, sanıkların hükmün

Armağan İçinde, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Özel Sayı), Cilt:19, Sayı:2, Yıl:2013, s. 234.

²⁴³ Serkan Koç Başvurusu, B. No:2015/10401, 18.07.2018, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

²⁴⁴ Serkan Koç, §18.

²⁴⁵ Aynı görüşte bkz. YILDIRIM, Akif, *Mayınlı Bir Alan: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Denetimi*, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı:11, Yıl:2018, s. 454.

²⁴⁶ YILDIRIM, *Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi Kurumunun...*, s. 149.

²⁴⁷ Aynı yönde bkz. YILDIRIM, *Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi Kurumunun...*, s. 149.

²⁴⁸ KAYA, s. 416.

açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesine bilinçsizce rıza gösterdikleri de gözetilmek zorundadır.

Hâkimler açısından değerlendirildiğinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı temyiz yolunun kapalı olması, kurumu bir beraat alternatifi olarak görmelerine neden olabildiği gibi, delillerinin tümünün toplanmasına ihtiyaç kalmadan da kurumun uygulanmasına meylettikleri gözlemlenmektedir. Sanığın bilinçli bir iradeye dayanmayan, kurumun uygulanmasına göstermiş olduğu rıza, hâkimler tarafından örtülü bir ikrar olarak değerlendirilebileceği gibi beraat ile mahkûmiyet hükmü arasında kalanlar açısından da çözüm yolu olarak görülebilmektedir²⁴⁹.

Durum aklanma hakkı açısından değerlendirildiğinde, esas mahkemesinde yargılanan sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün esastan denetlenmemesi, sanığın uzunca bir süre belki de hak etmediği halde denetim altında tutulmasına neden olmakta ve aklanma hakkından mahrum kalmaları ile neticelenmektedir.

AYM'nin bakış açısında olduğu gibi sanığın kurumun uygulanmasına rıza göstermiş olması ve dolayısı ile temyiz kanun yoluna başvurmayı kendisinin tercih etmediği savı aklanma hakkını tatmin edecek düzeyde değildir. Kurumun karmaşıklığı ve yargılama makamlarının da kuruma olan tutumları değerlendirilerek, aklanma hakkı bağlamında, bu kararlara karşı temyiz kanun yolunun derhal açılması sağlanmalıdır.

²⁴⁹ KAYA, s. 417; YILDIRIM, *Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi Kurumunun...*, s.150.

4.3. Gerekçeli Karar Hakkı

Adil yargılanma hakkını düzenleyen AİHS'nin 6. maddesinde, hakkaniyete uygun yargılanma hakkının olmazsa olmaz koşulu olan gerekçeli karar hakkı açıkça düzenlenmemiştir. Fakat hakkaniyete uygun yargılama ilkesi uyarınca mahkeme kararlarının gerekçeli olması da, AİHM kararları doğrultusunda, adil yargılanma hakkına zımnen dâhil edilmiştir²⁵⁰.

Mahkeme kararlarının gerekçeli olma zorunluluğu 6. maddenin kapsamı gereği, medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklar ve ceza yargılamaları bakımından da geçerlidir. Gerekçeli karar hakkı, özellikle kanun yollarına başvurunun mevcut bulunduğu durumlarda, hakkaniyete uygun yargılanma hakkının en önemli gerekliliğidir²⁵¹. Nitekim sanık hakkında verilmiş olan kararın, gerekçeli olarak sanığa tebliğ edilmesi gerekir ki, sanık bu karara karşı itiraz/temyiz hakkını etkili ve amacına uygun bir biçimde kullanabilsin.

Anayasa'nın 141. maddesinin 3. fıkrası da “*Bütün mahkemelerin her türlü kararı gerekçeli olarak yazılır.*” hükmüne havidir. AYM de tıpkı AİHM gibi, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının, gerekçeli karar güvencesini de kapsadığını kabul etmektedir²⁵².

Gerekçeli karar hakkı, mahkemelere kararlarını hangi temele dayandırdıklarını yeterince açık bir biçimde belirtme yükümlülüğü yükler. Bu yükümlülük, gerek tarafların temyiz hakkını kullanabilmeleri için gerekli olup, gerekse de hem tarafların yargılama esnasında ileri sürdükleri iddialarının kurallara uygun bir biçimde incelenip incelenmediğini bilmelerinin hem de demokratik toplumda

²⁵⁰ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi...*, s. 322; TURAN, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde...*, s. 352. Bknz. *Hadjianastassiou v. Greece*, no.12945/87, §33, ECHR 1992; *H. v. Belgium* [GC], no. 8950/80, ECHR 1987, <https://hudoc.echr.coe.int>, E.T.: 28.05.2020.

²⁵¹ TURAN, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde...*, s. 353.

²⁵² *Abdullah Topçu Başvurusu*, B. No: 2014/8868, 19.04.2017, §75, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

toplumun kendi adına verilen yargı kararlarının sebeplerini öğrenmelerini sağlanması için gereklidir²⁵³.

AYM, bir kararda tam olarak hangi unsurların bulunması gerektiğini, davanın niteliğine ve koşullarına göre değerlendirmektedir. Gerekçeli karar hakkının güvencesinin yerine getirilmesi için, gerekçeli kararda, yargılamada sürülen tüm iddialara ayrıntılı şekilde yer ve yanıt verilmesini de aramaktadır²⁵⁴. Ancak yargılama esnasında, taraflarca açık ve somut bir biçimde ileri sürülen iddiaların, davanın sonucunu değiştirebilecek nitelikte olması halinde, tüm bu hususlara makul bir gerekçe ile yanıt verilmemesinin gerekçeli karar hakkının ihlaline neden olabileceğini belirtmektedir²⁵⁵.

Anayasa Mahkeme'si, gerekçenin, davaya konu olan olayların yargılamayı yürüten mahkeme tarafından nasıl nitelendirilip, hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyacak, olay ve hüküm ile bağlantıyı gösterecek nitelikte olmasını aramaktadır²⁵⁶.

Tüm bu açıklamalar ışığında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının da gerekçeli karar hakkının gerekliliklerine uygun olması gerektiğinde kuşku bulunmamaktadır. Aynı şekilde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilecekse de bunun gerekçesi de gerekçeli karar hakkının gerekliliklerini yerine getirmek zorundadır.

Fakat uygulamada, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilirken, karara konu olan mahkûmiyet hükmünün ne şekilde sübut bulunduğu, uygulama maddelerinin neye göre tatbik edildiğine, artırım ve indirim maddelerinin neye göre tespit edildiği yeterli gerekçe ile belirtilmemektedir²⁵⁷. Diğer bir sorun ise, mahkeme tarafından açıklanması geri bırakılan hükmü içeren kısa karar ile daha

²⁵³ *Sencer ve Başat ve Diğerleri Başvurusu*, B. No:2013/7800, 18.06.2014, §34, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

²⁵⁴ *Mehmet Yavuz Başvurusu*, B. No: 2013/2995, 20.02.2014, §51, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

²⁵⁵ *Sencer ve Başat ve Diğerleri*, §35-39.

²⁵⁶ *İbrahim Ataş Başvurusu*, B. No: 2013/1235, 18.06.2013, §24, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

²⁵⁷ ŞEN –MAVİŞ, s. 41.

sonra yazılacak gerekçeli kararın çelişmesi halidir. Mahkeme, gerekçeli kararını denetime olanak verecek şekilde ve açıkça belirtmelidir. Aksi halde, adil yargılanma hakkının bir unsuru olan gerekçeli karar hakkının ihlali gündeme gelebilecektir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun, gerekçeli karar hakkını ilgilendiren en önemli mesele ise, karara karşı yapılan itirazlar neticesinde, itiraz mercileri tarafından verilen kararlardır. İtiraz mercii tarafından verilen kararların genel niteliği itibarıyla “İtiraza konu mahkeme kararında açıklanan gerekçelere, yargılama aşamasında alınan beyanlara, itiraz dilekçesinde ileri sürülen sebeplere, itiraz edenin yargılamadaki sıfatına ve tüm dosya kapsamına göre, itiraza konu kararın CMK'nın 231. maddesinde öngörülen yasal unsurları taşıdığı ve bu hali ile kararın usul ve yasaya uygun bulunduğu görülmekle yerinde olmayan itirazın reddine...” şeklinde kısa bir gerekçeyi ihtiva ettiği bilinmektedir.

Fakat itiraz mercii tarafından verilen kararların matbu bir biçimde kararı veren mahkeme kararında açıklanan gerekçelere atıf yapması AYM tarafından ihlal olarak görülmemektedir. Mahkeme, kanun yolu incelemesi yapan merciiin, yargılamayı yapan mahkeme ile aynı sonuca ulaşması ve bunu aynı gerekçeyi kullanarak veya aynı atıfla kararına yansıtmasını kararın gerekçelendirilmiş olması bakımından yeterli bulmaktadır²⁵⁸.

Yine bir başvuru tarafından, hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı yapmış olduğu itirazın ret gerekçesinde “...dosya kapsamına göre sanıkların kasıtlı bir suçtan mahkûmiyetlerinin bulunmadığı, eylemlerinden doğrudan ekonomik zararın oluşmadığı, sanıkların haklarında verilebilecek hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını kabul ettikleri ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde suç işlemeyecekleri yönünde kanaat oluştuğu...” ifadelerinin kullanılması nedeniyle, gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği iddiası ile AYM’ye başvurulmuş ise de Mahkeme, kararın gerekçesiz

²⁵⁸ Yasemin Ekşi Başvurusu, B. No: 2013/5486, 04.12.2013, §57., <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

olduğundan söz edilemeyeceğini belirterek, başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesi ile kabul edilemez bulmuştur²⁵⁹.

Bir başka başvuruda ise, mahkemece sanıklar hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmiş ve gerekçede “*sanıkların kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları*” gösterilmiştir. Bu kararın temyiz edilmesi üzerine karar da onanmıştır. AYM, yapılan açık yargılama sonunda tarafların davanın sonucuna etkili olabilecek tüm iddia ve savunmalarının tartışılarak karar verildiğini bu nedenle de gerekçenin yeterli olduğunu belirtmiştir. Kanun yolu incelemesi neticesinde verilen kararda da, değerlendirme konusu hüküm ve gerekçesinin uygun bulunulduğu belirtilerek gerekçeli karar hakkına yönelik bir ihlalin olmadığı sonucuna varılmıştır²⁶⁰. Fakat tarafımızca, AYM’nin bu kararına katılmak mümkün değildir. Sanık hakkında, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi yönünde mahkemenin bir takdir hakkının bulunduğu belirtilmiştir. Mahkeme de bu takdir hakkını kullanırken, şayet hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verecekse, bu kararı denetime açık bir şekilde ifade etmek zorundadır. Sanığın kişilik özellikleri ve duruşmadaki tutum ve davranışları ifadesi soyu bir ifade olup, sanığın davranışları ve özellikleri ile bütünleştirilmediğinden ve bu durum da temyiz kanun yolu tarafından dikkate de alınmadığından, bizce burada gerekçeli karar hakkının ihlali söz konusudur.

Bir başka başvuru ise hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kendisine tefhim edilmesi sonrasında verilen itiraz dilekçesi üzerine gerekçeli karar tebliğ edilmeden dosyanın itirazının incelenmesi için yetkili mahkemeye gönderilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçesi ile AYM’ye başvurmuştur. Mahkeme, bu başvuruyu gerekçeli karar hakkı bağlamından değerlendirmemiştir. Başvurucunun mahkemenin gerekçesini bilmediği için itiraz nedenlerini sunamadan yargılamanın sonuçlandırılması

²⁵⁹ *Özer Yılmaz ve Ahmet Yılmaz Başvurusu*, B. No: 2013/2146, 07.05.2015, §35, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

²⁶⁰ *Mehmet Gezginoğlu Başvurusu*, B. No: 2014/4679, 08.06.2017, §19, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

nedeniyle, savunma için gerekli kolaylıklar ve itiraz hakkını etkili bir şekilde kullanma imkânı sağlanmadan yargılamanın sonuçlandırılması nedeniyle mahkemeye erişim hakkı ve savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı bakımından değerlendirerek, ihlal kararı vermiştir²⁶¹.

Koşulları oluşmasına karşın, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmemesi nedeniyle gerekçeli karar hakkının ihlali iddiası ile AYM'ye yapılmış bir diğer başvuruda, ilk derece mahkemesinden talep edilmesine rağmen, mahkemenin gerekçeli kararında, başvurucunun daha önce adli sicil kaydı da bulunmamasına rağmen, HAGB kurumunun uygulanmamasına dair bir nedene yer verilmediği vurgulanmıştır. AYM, başvuru hakkında verilen hükmün kesin nitelikte olması nedeniyle temyiz incelemesine de tabii olmadığı nedeniyle, gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır²⁶².

Görüldüğü üzere, AYM'nin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının gerekçeli olması gerektiği hususunda, tutarlı bir kararı bulunmamaktadır.

Oysaki uygulamadaki en önemli sorunlardan biri de budur. Mahkeme'nin, ilk derece mahkemelerinin kararlarında yeterli gördüğü gerekçeler, geçerli kabul edilebilecek nitelikte değildir. Bu bağlamda, ilk derece mahkemelerinin kararlarına atıf yapmak suretiyle, kararların uygun bulunduğunu belirten itiraz merciin kararları da hukuka uygun düşmemektedir. Biz bu noktada, AYM'ye yapılan bireysel başvurularda, mahkemeler tarafından verilen gerekçelerin, kurumun niteliği itibari ile daha titizlikle denetlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. İtiraz merciin, HAGB kararlarına karşı verdiği kararların kesin nitelikte olması, esasa ilişkin değerlendirmede de bulunmadığı özellikle gözetilmelidir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasını isteyen sanık hakkında, HAGB kararı verilmesine yer olmadığına ilişkin kararlarda, özellikle hâkimin takdiri nedeniyle verilmediği durumlarda, sanıkla özdeşleştirilen somut

²⁶¹ *Ayşe Eşlik Başvurusu*, B. No: 2014/15969, 21.06.2017, §43, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

²⁶² *Emre Ongurlar Başvurusu*, B. No: 2016/9607, 10.01.2019, §26, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

gerekçelere yer verilmemesi halinde, gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna varılması gerekmektedir.

Diğer yandan, mahkeme tarafından kurumun uygulanmasına karar verildiği halde, mahkûmiyete esas teşkil eden gerekçenin de denetlemeye elverişli olması, olayla hüküm arasındaki bağlantıyı haiz olması gerektiğinde kuşku bulunmamaktadır.

5. MASUMİYET KARİNESİ

Masumiyet karinesi, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ayrılmaz bir parçası olup; Anayasa'nın 38. maddesinin 4. fıkrasında, AİHS'nin ise 6. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir.

Sözleşme, “kendisine bir suç isnat edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır” ifadesini kullanırken; Anayasa “suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz” demektedir.

Görüldüğü üzere, Anayasa, masumiyet karinesini daha geniş kapsamda ele almakta, yalnızca suç isnadı içeren durumları değil; aynı zamanda kamu gücünü kullanan diğer görevli ve makamların da kişilere suçlu muamelesinde bulunmasını yasaklamaktadır.

AİHM, masumiyet karinesini şu şekilde tanımlamaktadır: “*Masumiyet karinesi, diğer bazı gerekliliklerin yanında, bir mahkemenin üyelerinin, sanığın kendisine isnat edilen suçu işlemiş olduğu önyargısıyla hareket etmemelerini güvence altına alan bir ilkedir.*”²⁶³ Mahkeme, sanığın suçlu olduğunun daha önce hukuken ortaya konulmamasına rağmen, sanık hakkında verilen bir adli kararın ilgilinin suçlu olduğu hissi uyandırması halinde, masumiyet karinesinin ihlal edildiğine kanaat

²⁶³ *Barbera, Messegue and Jabardo v. Spain*, no. 10590/83, §77, ECHR 1988, <https://hudoc.echr.coe.int>, E.T.: 28.05.2020.

getirmekte; kesin bir tespit bulunmasa da, hâkimin ilgiliyi suçlu olarak değerlendirdiğini düşündürecek bir gerekçenin var olmasını yeterli görmektedir²⁶⁴.

AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesinin 2. fıkrasında güvence altına alan masumiyet karinesinin iki unsuru bulunduğunu kabul etmektedir. İlk unsur, klasik anlamda bildiğimiz, kişiye ceza gerektiren bir suç isnadında bulunulmasından, ceza yargılamasının sonuçlanmasına kadar geçen süreyi kapsamaktadır. İkinci unsur ise, ceza yargılaması mahkûmiyetten başka bir şekilde sonuçlandığı zaman devreye girmekte ve sonraki yargılamalarda ceza gerektiren suç ile ilgili olarak kişinin masumiyetinden şüphe duyulmaması gerekliliğini içermektedir. Bu yönüyle de, AİHM, masumiyet karinesinin yalnızca ceza yargılamaları bağlamında değil; ceza yargılamaları ile eş zamanlı olarak yürütülen diğer davalarda ya da disiplin incelemelerinde de ihlal edilebileceğini kabul etmektedir²⁶⁵.

AİHM'nin, HAGB ile ilgili olarak direkt bir kararı mevcut olmasa da konu ile ilgili benzer içtihatlarında, ceza gerektiren herhangi bir suç isnat edilen kişiye ilişkin bir hukuki kararın, şahsın kanuna göre suçu kanıtlanmadan önce suçlu olduğu yönünde bir görüşü yansıtması halinde masumiyet karinesinin ihlal edilmiş olacağını belirtmekte ve herhangi bir resmi bulgu olmadığı halde, mahkemenin sanığı suçlu olarak gördüğünü gösteren muhakeme yapılmış olmasını da yeterli görmektedir²⁶⁶.

²⁶⁴ *Yaşar Kemal Gökçeli v. Turkey*, no. 227215/95, 361947/97, §45, ECHR 2003, <https://hudoc.echr.coe.int>, E.T.: 28.05.2020.

²⁶⁵ *Kemal Coşkun v. Turkey*, no. 45028/07, §41-42-43, ECHR 2017; *Seven v. Turkey*, no. 60392/08, §42, ECHR 2018; *Allen v. The United Kingdom* [GC], no. 25424/09, §93-94, ECHR 2013, <https://hudoc.echr.coe.int>, E.T.: 28.05.2020.

²⁶⁶ *Erkol v. Turkey*, no. 50172/06, §33, ECHR 2011, <https://hudoc.echr.coe.int>, E.T.: 28.05.2020. Ceza Mahkemesince söz konusu davada, başvuranın suçu işlediğine hükmetmiş ise de; kendisini mahkûm etmeye karar vermemiştir (Kovuşturmanın ertelenmesine karar verilmiştir). AİHM, söz konusu kararın bir mahkûmiyet kararı olmadığına vurgu yapmaktadır. İş Mahkemesi tarafından verilen kararda “suçu işlediğine” ve “parayı zimmetine geçirdiğine” ilişkin ifadelerin kullanılmasını, hukuk yargısının sınırlarının aşılması olarak nitelemiş ve davayı inceleme görevinin ötesine geçtiği şeklinde yorumlamıştır. Nihai olarak kullanılan ifade şekli ve İş Mahkemesinin olaylara ilişkin yeni bir değerlendirme yapmamış olmasını, başvuranın masumiyetine şüphe düşürmek olarak tanımlamış ve hiçbir zaman isnat edilmemiş bir suçtan suçlu bulunduğunu tespit ederek Sözleşme'nin 6/2 maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Aynı yönde bkz. *Fazlı Diri v. Turkey*, no. 4062/07, ECHR 2012, <https://hudoc.echr.coe.int>, E.T.: 28.05.2020.

Diğer yandan, AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesinin 2. fıkrasının uygulama alanı bulabilmesi için, biten ceza yargılaması ile sonraki yargılama arasında bir bağın varlığını aramaktadır. Sonraki yargılamada, önceki ceza yargılamasındaki kararın incelenmesi gerekiyorsa ve özellikle sonraki yargılamayı yürüten mahkeme, önceki ceza yargılamasının kararının incelenmesi, ceza dosyasındaki delillerin değerlendirilmesi, olası suçun var olan belirtileri hakkında yorum yapılması gibi konularda yükümlü kılınmışsa; böyle bir bağlantının mevcut olduğu değerlendirilir²⁶⁷.

*Fazlı Diri ve Erkol, Çelik (Bozkurt)*²⁶⁸ davalarındaki kovuşturmanın ertelenmesi kararlarına ilişkin dâhilinde vermiş olduğu ihlal kararları, kanımızca, HAGB kararlarının değerlendirilmesi noktasında AİHM'nin bakış açısının anlaşılabilirliği için yol gösterici olabilecektir.

AİHM, ceza yargılaması ile bağlantılı bir idari yargılamada İdare Mahkemesince, ceza mahkemesinde alınan bir ifadeye atıf yapılması veya bir delile istinat edilmesini ise tek başına Sözleşme'nin 6. maddesinin 2. fıkrasına aykırılık olarak değerlendirmemektedir. Fakat bu istinat neticesinde Mahkemenin, davalının cezai sorumluluğu hakkında yorum yapması veya bu bağlamda uygun olmayan çıkarımlarda bulunmaması gerektiği de vurgulanmaktadır²⁶⁹.

²⁶⁷ *Allen v. The United Kingdom*, §104.

²⁶⁸ *Çelik (Bozkurt) v. Turkey*, no. 34388/05, ECHR 2011, <https://hudoc.echr.coe.int>, E.T.: 28.05.2020. AİHM bu kararda, Başvurucunun yargılanmış olduğu ceza davasında Hizbullah örgütüne yardım ve yataklık etme suçunun kesin olarak saptanmamış olmasına rağmen (kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilmiştir) İdare Mahkemesi kararında, Ceza Mahkemesi kararının ifadelerinin aynısına yer verilmiş olması, yeni bir değerlendirme yapılmaması ve Mahkemenin, başvuranın öğretmenlikten çıkarılma kararının kanuna uygunluğunu inceleme görevini aşarak, hiçbir Ceza Mahkemesi tarafından bu yönde bir karar verilmediği halde başvuranı yasadışı bir örgüte yardım ve yataklıktan ötürü suçlu bulan ifadelerini masumiyet karinesinin ihlali olarak değerlendirmiştir.

²⁶⁹ *Güç v. Turkey*, no. 15374/11, ECHR 2018, <https://hudoc.echr.coe.int>, E.T.: 28.05.2020. Başvuran, Halk Eğitim Merkezinde çalışmakta iken, bir ilkökul öğrencisi ile uygunsuz vaziyette yakalandığı iddiası ile hakkında soruşturma başlatılmış ve sonrasında çocuğa yönelik cinsel istismar, cinsel taciz ve çocuğu kanuna aykırı şekilde alıkoyduğu suçları nedeniyle hakkında ceza davası açılmıştır. Ceza yargılaması devam ederken, MEB tarafından, soruşturma başlatılarak; görevinden ihraç edilmiştir. İdare Mahkemesinde dava açılmış ise de bu dava reddedilmiştir. Başvuran ise, disiplin makamlarının ve idari makamların kararlarında belirttikleri ifadelerin masumiyet karinesini zedelediğini iddia etmektedir. Fakat AİHM, disiplin raporunda, başvuran hakkında yürütülen soruşturmayı yürüten müfettişlerin, ceza yargılaması devam ederken, erken çıkarımlarda bulunduğunu işaret eden bir hususun bulunmadığını tespit etmiş ve başvuranın öğrenciye tacizde

Her ne kadar AİHM'nin, HAGB kararları akabinde devam eden yargılamalarda da masumiyet karinesinin korunmasının gerekliliğine ilişkin özellikli bir kararı mevcut değilse de; mevcut kararlarına bakarak, olası bir başvuruda değerlendirmesinin hangi ölçütlere dayanacağını söylemek pek güç değildir.

AİHM'nin, Sözleşme'nin 6. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen masumiyet karinesinin ihlal edildiği sonucuna varması için; HAGB kararı ile sonuçlanan bir ceza davası ile ilintili bir disiplin, hukuk yahut idari bir yargılamanın var olması ve bu iki yargılama arasında öncelikle bir bağ olması gerekmektedir. Sonraki yargılamada, Mahkemece veya resmi makamca kullanılan dilin, ceza isnadı içeren ifadeler içermesi, gerekmediği halde yargılamanın sınırlarının aşılması, kişi hakkında 'suçlu' olduğu hissini uyandıracak değerlendirmelerin bulunması, suçluluğu mahkûmiyet hükmü ile tespit edilip, kesinleşmemesine rağmen, kişinin 'suçlu' bulunduğu tespit edilmesi halinde masumiyet karinesinin ihlal edildiği sonucuna varılacaktır.

AYM'ye göre bu ilke, kişinin suç işlediğine dair, kesinleşmiş bir yargı kararı olmadan suçlu olarak kabul edilmemesini güvence altına almaktadır. Bunun sonucu olarak, kişinin masumiyetini 'asıl' kabul ederek suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar yargılama makamları ve kamu otoriteleri tarafından hiç kimsenin suçlu olarak nitelendirilip ve suçlu muamelesine tabi tutulamayacağını belirtmektedir²⁷⁰.

Masumiyet karinesi, isnat anından itibaren ceza yargılamasının tüm evrelerini kapsamakla birlikte, tüm resmi makamlar önünde geçerlilik arz ettiğinden; hali hazırda yürütülmekte olan ceza yargılamalarının yanında ceza davasını takip eden

bulduğu hususunda güçlü izlenimler edindiğini belirtmiştir. 'Taciz' teriminin tek başına kullanılmasının sorun teşkil etmeyeceğini, söz konusu terimin sadece ceza hukukuna giren eylemler nedeniyle kullanılmadığını, disiplin makamlarının taciz eyleminin ceza hukuku bakımından cinsel taciz olarak sınıflandırdıklarına ilişkin bir yorumda bulunmadığını bu nedenle disiplin soruşturmasının, hukuk yargılaması kapsamında kalan sınırlarını, eş zamanlı olarak yürütülen ceza yargılamasında masum sayılma hakkını ihlal edecek nitelikte aşmadığına karar vermiştir. Diğer yandan İdare Mahkemesinin yalnızca, daha önce başvuranın daha önce çalıştığı okullarda da bu tür uygunsuz davranışlarda bulunduğu söylentilerine de atıfta bulunan ifadesinin de cezai suç isnadı niteliğinde olmadığını belirtmiştir.

²⁷⁰ *Kürşat Eysel Başvurusu*, B. No:2012/665, 13.06.2013, §26, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

ve fakat ceza yargılaması niteliğinde olmayan (hukuk, idari, disiplin gibi) diğer yargılamalarda da yargılamanın adilliğine hanel gelmemesi için özen gösterilmesi gereken bir ilkedir²⁷¹. Masumiyet karinesi, diğer yönleri dışında, daha çok mahkeme aşamasında önem kazandığından²⁷² konu ile ilgili kısımlarına değinmekte fayda vardır.

AYM, ceza davasının herhangi bir nedenle düştüğü, belirli bir süre sonra şarta bağı olarak düşeceği veya sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmaksızın davanın ertelendiğı durumlarda, ortada henüz verilmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunmadığından, masumiyet karinesinin devam ettiğini kabul etmektedir²⁷³. Zira böyle durumlarda Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü ve Sözleşme'nin 6. maddesinin 2. fıkraları anlamında kişinin suçluluğı sabit bulunmamıştır ve bu nedenle suçlu sayılması mümkün değildir²⁷⁴.

Daha evvelce değinildiğı üzere HAGB kararı hüküm niteliğini haiz bir karar olmayıp, ceza yargılamasını sona erdiren düşme nedenlerinden birisidir²⁷⁵. Fakat AYM, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen durumlarda, sanığın suçlu olduğı konusunda ulaşılmış bir vicdani kanaatin bulunduğunu ve bu kanaatin 'kasten yeni bir suç' işlenmemesi şartına bağı olarak hüküm ifade etmediğini belirtmektedir²⁷⁶.

Ceza davası dışında, fakat ceza davasına konu olan eylemler nedeniyle idari ve hukuki yargılamalar da gündeme gelebilmektedir. Ceza ve ceza muhakemesi hukuku ile disiplin hukukunun farklı kural ve ilkelere tabi disiplinler olduğunu da unutmamak gerekir²⁷⁷. Bu bağlamda, ceza yargılamasına konu olan eylemler

²⁷¹ YILDIRIM, Akif., *Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Masumiyet Karinesi*, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl:5 Sayı: 9, Haziran 2017, s. 495.

²⁷² İNCEOĞLU, Sibel, "Adil Yargılanma Hakkı", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, ed. İnceoğlu Sibel s. 258.

²⁷³ Kürşat Eyol, §28.

²⁷⁴ Ramazan Tosun Başvurusu, B. No: 2012/998, 07.11.2013, §61, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020; Ali Gürsoy, §21.

²⁷⁵ Oğuz Tiftikçier Başvurusu, B. No:2013/2091, 04.11.2015, §41, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

²⁷⁶ Hüseyin Şahin Başvurusu, B. No:2013/1728, 12.11.2014, §40, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

²⁷⁷ Hüseyin Şahin, §41.

nedeniyle, devam eden diğer uyuşmazlıklarda açıklanması geri bırakılan mahkûmiyet hükmüne dayanılması masumiyet karinesi ile çelişebilecektir²⁷⁸ Ancak uyuşmazlığın, çözümüne esas teşkil etmesi bakımından, kişinin sadece yargılanmış olmasından ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair karardan bahsedilmesi, masumiyet karinesinin ihlal edildiğinden söz edebilmek için yeterli değildir²⁷⁹.

Masumiyet karinesinin ihlal edildiğinden söz edebilmek için, söz konusu kararın gerekçesinin bir bütün halinde ele alınması ve nihai kararın münhasıran hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen fiillere dayanıp dayanmadığının incelenmesi gerekmektedir²⁸⁰.

Kürşat Eyol Başvurusu'nda Mahkeme, bireysel başvuruya konu olan AYİM kararının gerekçesine atıf yaparak; uygulanan disiplin işleminin hukuka uygun olduğu sonucuna ulaşılırken, ceza davasının sonucundan bağımsız olarak ve diğer nedenlerle birlikte ortaya çıkan disiplin durumu dikkate alınarak işlem tesis edildiğine vurgu yapıldığını belirtmiştir. AYİM kararında yer alan “yargılanmasına, mahkûmiyetine neden olan suçun vasıf ve mahiyeti dikkate alındığında” ifadesi davasının sonucuna değil, sadece yargılanmasına neden olan suçun vasıf ve mahiyeti ile davacının disiplin durumuna atıf yapılan bir ibare olarak değerlendirilmiştir. Sonuç itibariyle gerekçenin bütünü dikkate alınarak, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair karar, AYİM kararının dayanağı olmadığından, Mahkemenin ulaştığı sonuç bakımından masumiyet karinesine yönelik bir müdahale olmadığı kanaatine varılmış ve başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir²⁸¹. Mahkeme kararlarında, kişi hakkında HAGB kararı

²⁷⁸ Oğuz Tiftikçier, §41.

²⁷⁹ Oğuz Tiftikçier, §42.

²⁸⁰ Kürşat Eyol, §28, 29; Oğuz Tiftikçier, §42.

²⁸¹ Kürşat Eyol, §32; YILDIRIM, Akif., *Disiplin Soruşturmalarda “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması” Kararlarına Dayanılması Masumiyet Karinesinin İhlali Sayılır mı?*, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 95, Temmuz 2014, s.123.

verilmiş olması halinde; yalnızca yargılama sürecine dikkat çekilmiş olması da ihlal olarak değerlendirilmediği de bilinmelidir²⁸².

Oğuz Tiftikçier Başvurusu'nda ise, işe iade talepli davanın kararında geçen "Burhaniye Ağır Ceza Mahkemesinin ilgili ceza dosyası sureti ve ilamlar dosya içine celp edilmiş olup, davacının yukarıda açıklanan olay sonucu mahkûmiyetine karar verildiği, ancak ceza yasaları gereği hükmün açıklanmasının geri bırakıldığı sabittir. Feshe dayanak olay, ceza davası dosyası ile doğrulanmıştır." ifadesi değerlendirilmiştir. Mahkeme, yalnızca ceza dosyası kapsamında verilen mahkûmiyet kararının esas alındığını belirterek; Ceza Mahkemesinin eyleme yönelik yaptığı tespite bağlı olarak olayın gerçekliğine kanaat getirtildiği, İş Mahkemesince, Ceza Mahkemesindeki tespitten bağımsız, kendi görüşünü ortaya koyacak herhangi bir delilin kararında irdelemediği, olay ve olgular hakkında yeni bir değerlendirme yapılmadığı, münhasıran HAGB kararına esas olan fiillere dayanılarak hüküm tesis edildiği sonucuna varmış ve kullanılan ifadelerin başvurunun masumiyetini ihlal ettiğini kabul etmiştir²⁸³.

*Ömer Aybar Başvurusunda*²⁸⁴ hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının, öğretmenlik mesleğinin gerektirdiği vasıflar yönünden değerlendirildiği Danıştay kararında "ceza mahkemesince yapılan yargılama sonucunda sanığın suçluluğu sabit görülerek hüküm kurulduğu ve suç işlediği sabit olan davacının bu vasıfla ihtisas mesleği olduğu özel kanununda belirtilen öğretmenlik için gereken özel vasıfları kaybettiği sonucuna varıldığı" ifadeleri değerlendirilmiş ve özellikle

²⁸² Aynı yönde bkz. *Mustafa Kıvrak Başvurusu*, B. No: 2013/3175, 20.02.2014, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020. Söz konusu kararda terfi ettirilmeme işlemine ilişkin İdare Mahkemesine başvurulmuş ve Mahkeme, kararında, söz konusu işlemin hukuka uygun olduğu neticesine varırken; ceza davasının sonucundan bağımsız olarak soruşturma ve disiplin belgelerinin ve sicil takdir ve taltif belgelerinin ve sicil durumlarının birlikte değerlendirilmesi neticesinde varılan kanaate göre işlem tesis edildiği sonucuna varılarak; masumiyet karinesinin ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

²⁸³ *Oğuz Tiftikçier*, §46. Söz konusu kararda, Üye Necip Oğlu tarafından karşı oy kullanılmış ve karşı oy gerekçesinde, İş Mahkemesince kullanılan dilin önemli olduğunu vurgulanmıştır. Şayet İş Mahkemesi aynı fiillere dayanarak sonuca ulaşırken kişinin suçlu olduğunu açıkça söylemiyorsa veya ima etmiyorsa, varılan sonucu aktarmanın veya olay ve olgulara ilişkin yapılan tespitle yetinmenin masumiyet karinesine hanel getirmeyeceği savunulmuştur.

²⁸⁴ *Ömer Aybar Başvurusu*, B. No:2013/6974, 14.04.2016, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

karardaki suç işlediği sabit olan davacının ifadesini masumiyet karinesini ihlal edici nitelikte olduğu belirtilerek yargılamanın yenilenmesine karar verilmiştir.

*Nejat Yurdunkulu Başvurusu*²⁸⁵’nda, başvuru hakkında Askeri Mahkemede yurtdışına firar suçunu işlediği iddiası ile dava açılmış ve dava neticesinde hakkında HAGB kararı verilmiştir. Ceza davasından evvel, başvuru subaylık rütbesinden binbaşı rütbesine terfi ettirilmiştir. HAGB kararının kesinleşmesinin ardından ise başvuru kişinin yurtdışında geçirdiği süre kıdeminden düşürülerek binbaşılık nasbı daha ileri bir tarihe götürülmüştür. Başvuru söz konusu işlem için AYİM nezdinde iptal davası açmış ve dava reddedilmiştir. AYİM’nin kararının gerekçesinde; “*Davacının firarda bulunduğu sabit olduğunun mahkeme kararı ile anlaşılması karşısında...*”, “*...davacının birliğinden ayrılırken izin alarak ayrılmış olması durumu, ayrıca yurt dışına çıkış izni alınmadığı sürece müsnet yurt dışına 'firar' suçunun oluşumunu etkilemeyecektir*” ifadelerinin kullanılmış olmasını idare hukukunun alanının aşıldığı, bu tespitin ceza hukuku alanına ilişkin bir değerlendirme mahiyetinde olduğu tespit edilmiş ve kararda cezai sorumluluk tespitine yönelik bir dilin kullanıldığı kabul edilerek masumiyet karinesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır²⁸⁶.

AYM’nin de konu ile ilgili değindiğimiz içtihatlarına bakıldığı zaman, AİHM ile aynı bakış açısına sahip oluğu ve masumiyet karinesinin iki yönlü (ceza yargılamasının sonuna kadar geçen süreç ve sonraki yargılamalardaki süreç) bir koruma sağladığı görülecektir. AYM de Anayasa’nın 38. maddesinin 4. fıkrasındaki masumiyet karinesinin ihlal edildiğinden bahsedilebilmesi için HAGB kararı ile sonuçlanan ceza yargılamasından sonraki yargılama süreçlerindeki (idare, hukuk, disiplin gibi) kararların gerekçesindeki dile önem vermekte ve

²⁸⁵ *Nejat Yurdunkulu Başvurusu*, B. No: 2015/1672, 13.09.2018, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

²⁸⁶ Aynı yönde bkz. *Mehmet Akif Korkmaz Başvurusu*, B. No: 2015/16027, 13.09.2018, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020. Ceza davasında hakkında HAGB kararı verilen başvuru kişinin açmış olduğu devlet memurluğundan çıkarılma işleminin iptali istemiyle açılmış olan davada, İdare Mahkemesinin ret kararında; “*...davacının suçunun sabit görüldüğü...*”, “*...bir iş için yarar sağlama suçunu işlediği yapılan incelemeler sonucu tespit edilen ve bu suçtan ağır ceza mahkemesinde yapılan yargılama sonucunda işlediği suç sabit görülen davacının...*” ifadelerinin kullanılmış olması masumiyet karinesinin ihlali olarak değerlendirilmiştir.

gerekçeyi bir bütün olarak ele almaktadır. Sonraki yargılamadaki kararlarda, ceza yargılamasından bağımsız, kendi görüşünü ortaya koyacak bir değerlendirme yapılmadan, münhasıran HAGB kararına konu olan fiillere atıf yapılmasını ve kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı olmamasına rağmen kişinin ‘suçlu’ olduğunu belirten yorumlar barındırmasını masumiyet karinesinin ihlali olarak değerlendirmektedir²⁸⁷.

AİHM ve AYM’nin konu ile ilgili görüşleri, genel olarak isabetli olmakla birlikte bir hususta AYM’nin yaklaşımı eleştiriye açıktır.

Anayasa’nın 15. maddesinin 1. fıkrasında milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmemesi kaydıyla hangi hallerde temel hak ve özgürlüklerin kısmen ya da tamamen kullanımının durdurulacağına yer verilmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasında, dokunulamayacak hak ve ilkelere yer verilmiş ve bu ilkeler arasında da *masumiyet karinesi* de sayılmıştır. Dolayısı ile işbu madde ile Anayasa’nın masumiyet karinesine atfetmiş olduğu önemi kavrayabilmek mümkündür. HAGB kararlarının niteliği itibari ile hukuken kişi hakkında bir sonuç ifade etmemesi anlamına geldiğinin kabul edildiği yerde; HAGB kararı ile

²⁸⁷ Aynı yönde bkz. *K.Ş. Başvurusu*, B. No: 2016/3267, 28.01.2020; *Emre Canik Başvurusu*, B. No: 2015/19678, 19.04.2018; *Mahmut Acerce Başvurusu*, B. No: 2015/19048, 24.05.2018. Ayrıca bkz. *Hüseyin Şahin Başvurusu*. Bu kararda, AYM, başvurunun masumiyet karinesinin ihlal edilmediğine oyçokluğu ile karar vermiştir. Karara muhalefet eden Serruh KALELİ ve Erdal TERCAN; AYM’nin kararının gerekçesindeki “...hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olmasının davacının mahkemece sabit bulunan eylemlerini değiştirmeyeceği ve bu eylemleri gerçekleştirmemiş sonucunu doğurmayacağı, buna bağlı olarak davacının ceza yargılamasına atıfta bulunulduğu, suçluluğu kesinleşmiş mahkeme kararı ile sabit olmayan başvurunun yargılamaya konu eylemleri işlediği varsayımından hareketle, suçlu olduğu kabulüyle hareket edildiğini gerekçe göstererek masumiyet karinesinin ihlal edildiği kanaatindedir. Engin YILDIRIM, karardaki gerekçelerde geçen ifadelerde HAGB kararı üzerine inşa edilen bir dil ve söylemin mevcut bulunmasından bahisle karara muhalefet etmiştir. Zühtü ARSLAN ise, söz konusu AYİM’nin kararında geçen ifadelerin, HAGB kararının sanık hakkında hiçbir hukuki sonuç doğurmayacağına yönelik kanun hükmü ile bağdaşmadığını, kullanılan bu dilin, kişilerin damgalanmasını engellemeyi amaçlayan HAGB kurumunu işlevsiz hale getirebilecek nitelikte olduğunu belirtmiştir. Hasan Tahsin GÖKCAN da, gerekçelerde açıkça, HAGB kararına atıfla ve bu karardaki maddi olgunun (suçun ve failliğin sübutunun) tespit edilmiş olduğu vurgusuyla başvurunun suçlu olarak kabul edildiğini belirterek; kararda başkaca delil ve değerlendirilmelere yer verilmesini de masumiyet karinesinin ihlal edilmesi durumunu ortadan kaldırmayacağını vurgulamıştır.

sonuçlanan ceza yargılamasından sonraki yargılamalarda, kişi hakkında HAGB kararı verilmiş olmasından bahsedilmiş olmasının, masumiyet karinesinin ihlali için yeterli kabul edilmeyebileceği görüşüne katılmak mümkün değildir. Aksine, kişi hakkında HAGB kararı verilmiş olduğundan öyle ya da böyle bir şekilde bahsedilerek, hakkındaki diğer yargılamanın kişi aleyhinde neticelendirilmesi, kesin olarak masumiyet karinesinin ihlali. Nitekim HAGB kararı verilmeden önce, sanığın karara muvafakat etmiş olması şartının da önemi burada devreye girmektedir. Kişi, hakkında HAGB kurumunun uygulanmasını isterken, işbu kararın sonrasında, hakkında, hukuken bir sonuç ifade etmeyeceğine de güven duymakta ve bunu teminat olarak görmektedir. Dolayısı ile ceza yargılaması ile eş zamanlı olarak yürütülen disiplin, hukuk ve idari yargılamalardaki kararlarda kişinin daha evvel yargılanmış olduğu ceza davasında hakkında HAGB kararı verilmiş olduğundan zikredilmesi, aleyhe sonuçlanan diğer yargılamalarda dolaylı yoldan kişi hakkında hukuken bir sonuç ifade etmesi anlamına geldiğinden, masumiyet karinesinin ihlali olduğu kabul edilmelidir.

6. MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKI

Yargılamaların uzun sürmesi, adalet duygusunun zedelenmesine neden olduğundan, pek çok ülkede bu konuda yakınılmaktadır. AİHS’de de bu konuyu adil yargılanma hakkının bir parçası olarak düzenlenmiş ve 6. maddenin 1. fıkrası uyarınca yargılamaların ‘*makul bir süre*’ içerisinde sona erdirilmesi devletler için yükümlülük olarak öngörülmüştür. Sözleşme’nin 6. maddenin 1. fıkrası uyarınca, devletler, hukuk sistemlerini adil yargılanma hakkının gerekliliklerine uygun bir biçimde düzenleme yükümlülüğü belirlendiğinden; adaletin sağlanmasında, etkililiği ve güvenilirliğini tehlikeye atacak gecikmelerin de olmaması gerekir²⁸⁸. AİHM’nin önüne gelen başvuruların büyük bir çoğunluğu, adil yargılanma

²⁸⁸ *Apicella v. Italy* [GC], no. 64890/01, § 116, ECHR 2006, <https://hudoc.echr.coe.int>, E.T.: 28.05.2020.

hakkının ihlal edildiği iddiasını içermekte; bu iddiaların yine çoğunluğunu da makul sürede yargılanma hakkı oluşturmaktadır²⁸⁹.

Belirtmek gerekir ki AİHS'te 'makul süre' kavramı hem kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını düzenleyen 5. maddenin 3. fıkrasında hem de adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddenin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu iki maddenin koruma alanları farklılık arz ettiğinden, birbiriyle karıştırılmaması gerekmektedir. Bir başka söyleyiş ile konumuz ile ilgili olan 6. maddenin 1. fıkrasındaki 'makul süre' kavramı hem medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyumsuzlukların hem de suç isnadının karar bağlanması ile ilgili yargılamalarda geçerlidir²⁹⁰. Yargılanan kişi, tutuklu olmasa dahi, adil yargılanma hakkının bir gereği olarak, hakkındaki yargılamanın makul bir süre içerisinde neticelendirilmesi gerekmektedir. Diğer yandan, kişi tutuklu olarak yargılanıyor ise bu davalarda mahkemelerin daha özel bir gayret göstererek daha süratli hareket etmeleri gerekmektedir²⁹¹.

Bu hükmün amacı, yargılanan kişileri, yargılama işlemlerinin sürüncemede kalmasına karşı korumak; özellikle ceza davalarında, suçlanan kişinin, davasının nasıl sonuçlanacağı kaygısı ile uzun süre yaşamasını önlemektir²⁹².

Anayasa'da da, makul sürede yargılanma hakkı, adil yargılanma hakkını güvence altına alan 36. maddede zımni şekilde yer almaktadır. Bunun yanında, 141. maddenin son fıkrasında da "*Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.*" denilmek suretiyle makul sürede yargılanma hakkına yer verilmiştir.

Bu düzenlemeler ışığında, makul süreden ne anlaşılması gerektiği açık bir şekilde düzenlenmediği, kesin ölçütlerin belirlenmediği görülmektedir. Zira her yargılama birbirinden farklı özellikler taşıdığından, her türlü olasılığı kapsayacak şekilde, makul bir sürenin tespitini yapabilmek de mümkün değildir²⁹³.

²⁸⁹ TURAN, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde...*, s. 222.

²⁹⁰ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi...*, s. 277.

²⁹¹ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi...*, s. 371; Ayrıca bkz. *Wemhoff v. Germany*, no. 2122/64, §17, ECHR 1968, <https://hudoc.echr.coe.int>, E.T.: 28.05.2020.

²⁹² *Stogmüller v. Austria*, no. 1602/62, §5, ECHR 1969, <https://hudoc.echr.coe.int>, E.T.: 28.05.2020.

²⁹³ TURAN, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde...*, s. 226.

Makul sürenin değerlendirilmesinde süre, ceza davalarında, hakkında ceza davasının açıldığı tarihten değil, çoğu zaman bundan çok önce savcılık soruşturmasının başlatıldığı tarihte veya yetkili makam tarafından kişinin suç işlediğine dair iddianın resmi şekilde bildirilmesi ile başlayıp; hakkındaki suç isnadının veyahut verilen cezanın kesinleşmesi ile sona erer²⁹⁴. Dolayısı ile sürenin başlamasından, sona ermesine kadar geçen zamanın makul olup olmadığı değerlendirilmektedir. Makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçesi ile yapılacak olan bireysel başvurularda, iç hukuk yollarının tüketilmiş olması şartı ancak makul sürede yargılama yapma yükümlülüğüne ilişkin etkin bir başvurunun bulunması halinde geçerlidir. Başka bir deyişle, yargılamanın makul sürede bitirilmemesi neticesinde oluşan zararları tespit ve tazmin eden bir idari veya yargısal bir başvuru yolu mevcut değilse; bireysel başvuruda bulunabilmek için kişi hakkında verilmiş olan hükmün kesinleşmesinin beklenmesi gerekmez²⁹⁵.

AİHM kendi kriterlerine göre, her davanın özelliklerine göre makul sürenin aşılp aşılmadığını incelemektedir. Bu bağlamda ‘*davanın karmaşıklığı*’, ‘*başvurucunun ve yetkililerin tutumları*’, ‘*uyuşmazlık kapsamında başvuru yönünden tehlikede olan şey*’ şeklindeki kriterleri dikkate alarak, sadece devlete yüklenebilecek gecikmeleri makul sürede yargılama hakkının ihlali saymaktadır²⁹⁶.

Nitekim AYM de bireysel başvurularda bu üç ölçütü esas alarak, adil yargılanma hakkını düzenleyen 36. ve 141. maddeleri birlikte yorumlayıp; yargılama sürecindeki her bir gecikme dönemini değerlendirmektedir²⁹⁷.

AYM, bir davanın süresinin makul olup olmadığını değerlendirirken, davanın karmaşıklığını, yargılamanın kaç dereceli olduğunu, tarafların ve ilgili makamların yargılama sürecindeki tutumunu ve başvuruçunun davanın hızla

²⁹⁴ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi...*, s. 378-379.

²⁹⁵ *Ezel Tosun v. Turkey*, no. 33379/02, §18-19, ECHR 2006, <https://hudoc.echr.coe.int>, E.T.: 28.05.2020.

²⁹⁶ *Idalov v. Russia* [GC], no. 5826/03, §186, ECHR 2012, <https://hudoc.echr.coe.int>, E.T.: 28.05.2020.

²⁹⁷ İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi...*, s. 284; Ayrıca bkz. *Selahattin Akyıl Başvurusu*, B. No:2012/1198, 07.11.2013, §39.

sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliğini dikkate almaktadır²⁹⁸. Yukarıda değinildiği üzere, bu belirlenen ölçütlerin hiçbirisi makul sürenin değerlendirilmesinde AYM tarafından da tek başına yeterli görülmemekte; yargılama sürecindeki tüm gecikme dönemlerini ayrı ayrı tespit edip bu ölçütlerin toplam etkisini değerlendirmek suretiyle, hangi unsurun yargılamanın gecikmesi açısından daha etkili olduğunu saptamaktadır²⁹⁹. Bu saptamayı yaparken de uyuşmazlığın türüne göre, sürenin başlangıç ve bitişini belirlemektedir. Ceza muhakemesi yargılamaları için sürenin başlangıcını, bir kişiye suç işlendiği iddiasının yetkili makamlar tarafından bildirilmesi veya isnattan ilk olarak etkilendiği bir takım tedbirlerin (arama, gözaltı gibi) uygulanma anı; sürenin sona erdiği tarihi ise suç isnadına ilişkin nihai kararın verildiği, yargılaması devam eden davalar yönünden ise AYM'nin makul süre ile ilgili şikâyeti ile ilgili kararını verdiği tarih olarak kabul etmektedir³⁰⁰.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları verilmesi ile sonuçlanan ceza yargılamalarının süresi de makul sürede yargılanma hakkının ihlaline konu olabilecektir. İlk derece mahkemesinde yapılan yargılama neticesinde, kişi hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilip, bu karar karşı itiraz edilmesi ve itiraz neticesinde verilen nihai karar arasında geçen süre dikkate alınarak, AYM'nin yukarıda değinilen kriterleri doğrultusunda bir sonuca varılması mümkündür. Nitekim bir takım başvuru da, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi sonrasında itiraz kanun yoluna başvurulması neticesinde verilen itirazın reddine ilişkin kararlardan sonra, makul sürenin aşıldığı iddiası ile AYM'ye bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

AYM, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen bir yargılamanın 1 yıl 9 ay sürmesi nedeni ile yapılan başvuruda yaptığı değerlendirmede; iki dereceli bir yargılama sisteminde yargılamanın bütünü dikkate alarak haklarını ihlal

²⁹⁸ *Güher Ergun ve Diğerleri Başvurusu*, B. No:2012/13, 02.07.2013, §41-45, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

²⁹⁹ *Güher Ergun ve Diğerleri*, §46.

³⁰⁰ *Ersin Ceyhan Başvurusu*, B. No:2013/695, 09.01.2014, §35, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

edecek bir gecikme olmadığı sonucuna ulaşarak, başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermiştir³⁰¹. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ile sonuçlanan bir başka yargılamanın ise 5 yıl 8 ay sürmesi nedeniyle makul sürenin aşıldığına kanaat getirerek, başvurucaunun adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir³⁰².

Daha evvel değinildiği üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için öncelikle bir mahkûmiyet hükmü kurulmakta ve bu hükmün geri bırakılmasına karar verilebilmektedir. Sanık, bu mahkûmiyet hükmüne karşı temyiz kanun yoluna başvuramamakta; ancak denetim süresini iyi halli geçirmesi halinde (yetişkinler için beş, suça sürüklenen çocuklar için üç yıl sonra) verilecek olan düşme kararı ile birlikte temyiz edebilmektedir. Her ne kadar, itiraz kanun yoluna başvurulması halinde, esas denetimi yapılması da zorunlu olduğundan makul süre yönüyle adil yargılanma hakkı ihlallerinin önüne bir nebze olsun geçilebileceği ileri sürülse de³⁰³; itiraz mercii tarafından esas denetiminin hala daha yapılmadığı göz ardı edilmemelidir. Diğer yandan, denetim süresinin iyi halli geçirilmesi neticesinde verilen düşme kararının temyiz edilmesi sonrasında, verilmiş olan mahkûmiyet hükmü, beraat kararı verilmesi gerektiği sebebiyle bozulmuş ve yerel mahkemece de bu bozmaya uyularak beraat kararı verilmiş olsa dahi, beraat kararının makul sürede verilmemesinden ötürü adil yargılanma hakkına hanel gelmesi muhtemeldir³⁰⁴.

Bu konuda, AYM'nin henüz emsal bir kararı mevcut değildir. Buna rağmen, Mahkeme'nin bugüne kadar, makul sürede yargılanma hakkına ilişkin ilke kararlarına bakarak, nasıl bir karar vermesi gerektiği noktasında bir değerlendirme yapmak güç olmayacaktır.

³⁰¹ *M.Y. Başvurusu*, B. No:2015/18673, 18.07.2019, §20, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

³⁰² *S.T. Başvurusu*, B. No:2014/19931, 24.05.2018, §34, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020. 5 yıl 7 ay süren yargılamadaki makul sürenin aşıldığına hükmettiği başka kararı için bkz. *A.M.H. Başvurusu*, B. No:2014/14028, 06.12.2017, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 28.05.2020.

³⁰³ KAYA, s. 421, dn.25.

³⁰⁴ GÜNAY, s. 438.

İlk derece mahkemesi önünde süren yargılamanın karmaşıklığı ve yargılanan sanığın tutumları dikkate alınarak geçen sürenin makullüğü noktasında bir değerlendirme yapılacağı aşikârdır. Bu noktada, yargılama dosyasının tek sanıklı olması, yazılı delillerin hacmi ve tanık sayısı da olayın özelliklerine göre fazla denemeyecek düzeyde ise, ilk derece mahkemesi önünde 2 yılı aşan bir yargılamanın süresinin makul olduğundan bizce bahsedilmesi mümkün değildir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi akabinde bu karara karşı yapılan itiraza ilişkin nihai karar da uygulamada makul bir sürede verilmektedir. Bu nihai kararın verilmesi ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı kesinleşip de denetim süresi başlamaktadır. 5 yıllık denetim süresinin iyi halli tamamlanması ile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar veren mahkemede dosya yeni esas alınarak, bir yargılama yapılıp düşme kararı verileceği nazara alınmalıdır.

Düşme kararı sonrası, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına esas olan mahkûmiyet kararının hatalı olduğunu düşünen sanık, bu karar için temyiz kanun yoluna başvurduğunda, Yargıtay'da geçecek süre de bu hesaba katılacaktır. Yargıtay'da dosyaların incelenmesinin iki üç yılı bulduğu bilinen bir gerçektir. Başvuru sonrasında, iki üç yılı aşkın bir süre sonunda, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dayanak olan mahkûmiyet hükmünün hatalı bir şekilde tesis edildiği sonucuna varılırsa, dosya yeniden ilk derece mahkemesine gönderilecek ve sanık hakkında bozma kararı üzerine yeniden bir yargılama yürütülecektir.

Bozma kararı sonrasında, yerel mahkemece bozmaya uyularak beraat kararı verilmesi, katılan varsa bu beraat kararının katılan tarafından temyiz edilmesi ya da mahkemenin direnme kararı vermesi ihtimaller dâhilindedir. Tüm bu ihtimaller dâhilinde bile kişinin aklanması için en iyi ihtimalle bir 10 yılın geçmesi gerekmektedir.

AYM'nin kişinin aklanması yolunda geçen bu sürenin makul olup olmadığını değerlendirirken, kurumun yapısı ve işleyişini dikkate alarak, başvuru tarafından 'tercih edilen bir yol' olduğundan öte adalete ve maddi gerçeğe ulaşılmasındaki

geçen zorlu ve uzun süreci hesaba katarak makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermesi gerekmektedir.

SONUÇ

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, tüm yönleri ile ele alındığında esasında sanık yararına olan bir kurumdur. Ne var ki, kurumun Türkiye’de kabul edilmiş zamanından, günümüze kadar pek çok sorunu da beraberinde getirdiğini söylemek çok da yanlış olmayacaktır.

Öncelikli olarak, kurumu düzenleyen CMK’nın 231. maddesi, kurumu uygulayanlar bakımından tüm amaçları ve neticeleri ile iyi kavranmalıdır. Yargı makamları tarafından, tüm sonuçları ile birlikte bir bütün olarak ele alınıp kavranmadan, kurumun tatbiki yoluna gidilmesi, uygulamada pek çok sorunu da doğurmaktadır. Bu sorunların en başında, hâkimler tarafından kurumun bir beraat alternatifi olarak görülmesi gelmektedir. Yargının iş yükü de hesaba katıldığında, tüm dosya kapsamındaki tüm delillerin değerlendirilmesi yoluna gidilmeden de, kişinin suçluluğu saptanmakta ve HAGB kararı verilebilmektedir. Böyle bir uygulamada, HAGB kurumundan beklenen faydadan çok, sanığın zararı doğabilecektir. Nitekim mahkûmiyet hükmü, istinaf/temyiz yoluna tabi olacağından sanık için daha lehe bir sonuç doğurabilecektir. Bu sorunun önüne geçebilmek için bugüne dek bir çalışma yürütülmüş ya da bir çözüm üretilmiş değildir. Kurumun işleyişini, amacı ile doğru orantılı bir şekilde yürütebilmek adına, kurumun yapısında bir takım değişiklikler yapılması gerekmektedir. Örneğin, yargılamayı yürüten makam, kişinin üzerine atılı suçu işleyip işlemediği değerlendirmesini, lehe ve aleyhe olan tüm deliller ile birlikte yaparak kişinin suçlu olduğu yönünde bir kanaate sahip olursa, mahkûmiyet hükmü tesis eder. Burada yargılamayı yürüten makamdaki bağımsız, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunu uygulayacak uzlaştırma kurumu gibi ara bir süreç oluşturulabilir. Kişi hakkında mahkûmiyet hükmü tesis edildikten sonra, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanması için tüm şartların olduğu halde, bu ara süreci

uygulayacak makam tarafından, kurumun tüm sonuçları ile sanığa anlatılması sonrasında kurumun uygulanmasını isteyip istemediği sorularak, kurum tatbik edilebilir.

Haklı olarak, bu uygulamanın, yargılama sürecini daha da uzatabileceği ileri sürülebilir. Bu noktada ara bir uygulayıcı kuruma ihtiyaç duymaksızın da, yargılama esnasında, hâkimin/mahkemenin sanığa tüm sonuçları ile kurumu anlatmasının sağlanması daha pratik bir çözüm olacaktır.

Diğer yandan, sanığa, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasını isteyip istemediği sorusunun, yargılamanın en başında değil; ilgili bölümde izah edildiği üzere, kişinin suçluluğunun tespit edilip hüküm verildikten sonra sorulması Kanun'a daha uygun olacağı gibi, oluşabilecek bir takım ön yargıların da bertaraf edilmesine de yardımcı olacaktır. Bu noktada, Kanun'a sanığın rızasının hüküm verildikten sonra sorulacağına dair bir hüküm eklenmesiyle bu tartışmalara da son verilebilir.

Çalışmanın *“Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumunun Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi”* kısmında ayrıntılı olarak değindiğimiz üzere, AYM adil yargılanma hakkının kapsam ve norm alanını, Anayasa'nın 36. maddesinde daraltma öngörülmemesine rağmen Anayasa'ya aykırı bir biçimde daraltmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin bugüne kadar, kapsam ve norm alanı ile ilgili (mağdur, suçtan zarar gören, katılan sıfatını haiz kimselerin) adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddialarının konu bakımından yetkisiz bulunduğu dair kararları, Anayasa'ya ve AİHS'nin 53. maddesine aykırıdır. Bu aykırılığın önüne geçilebilmesi için AYM'nin içtihadını değiştirmesi gerekmektedir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı başvurulacak kanun yolunun da Kanun'da itiraz olarak belirlenmiş olması, hakkaniyete uygun yargılanma hakkının bir gereği olan aklanma hakkı ve mahkemeye erişim hakkı çerçevesinde ele alınarak değerlendirilmiştir. İtiraz kanun yolunda yapılan incelemenin, esasa ilişkin incelemeyi de içermesi gerektiğine ilişkin Yargıtay

içtihadı doğrultusunda, itiraz merciin yalnızca şekli bir inceleme yapması, aklanma hakkı ve mahkemeye erişim hakkı bakımından ihlallere neden olmaktadır. Ancak AYM, çalışmada yer vermiş olduğumuz tüm kararlarında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına konu olan mahkûmiyet hükmünün esasına ilişkin itirazları, kurumun uygulanmasını sanığın tercih etmesi sebebiyle kabul edilemez bulmaktadır. Burada da AYM'nin değerlendirmesi hatalıdır. Her ne kadar sanık, kurumun uygulanmasına rıza göstermiş dahi olsa, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı, itiraz kanun yoluna başvurduğunda, itiraz merci tarafından verilen kararların da kesin olması karşısında; sanığın başvurabileceği olağan bir kanun yolu bulunmamaktadır. Bu bağlamda, AYM, bu sorunu da ele alarak içtihat değiştirmelidir. Zira itiraz kanun yolu, etkili ve çözüm üreten bir yol değildir. AYM'nin pek çok kararında mahkemeye erişim ve aklanma hakkının ihlal edildiğine karar vermesi gerekirken, bu tür iddiaları dayanaktan yoksun olduğu nedeni ile kabul edilemez bulması, hakkaniyetle bağdaşmamaktadır.

Fakat sorunun çözümünü AYM'den beklemek yerine mahkemeye erişim ve aklanma hakkı çerçevesinde, kanun hükmünde değişiklik yapılarak, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı istinaf/temyiz kanun yolunun açılması gerektiğini düşünüyoruz.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının, kişi hakkında hukuki bir sonuç ifade etmemesi anlamına geldiğine değinmiştik. Bu bağlamda, ceza yargılamasında, hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen bir kimse hakkında, sonraki yargılamada (hukuk/idari) daha evvel verilmiş olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararından bahsedilmesi masumiyet karinesinin de ihlali olabilecektir. AYM her ne kadar yalnızca atıf yapılmış olmasını masumiyet karinesinin ihlali olarak görmeyip, kararda geçen ifadelerin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürüyor ise de bu noktada bu düşünceye katılmak mümkün değildir. Zira, kurumun niteliği itibarıyla, denetim süresini iyi halli geçiren sanık hakkında, düşme kararı verildiğinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı tüm yönleriyle ortadan kalkacağından; ceza

yargılamasından sonraki yargılamanın, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararından bağımsız yürütülmesi gerekmektedir.

Son olarak, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları makul süre yönünden de adil yargılanma hakkının ihlaline neden olabilmektedir. Bunun en önemli nedeni, yine kararın itiraz kanun yoluna tabi olması ve itiraz kanun yoluna başvurunun reddedildiği durumda; sanığın ancak düşme kararı verilmesi ile söz konusu hükmü temyiz edebilmesidir. Burada bu sorun hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına konu olan mahkûmiyet hükmünün hatalı tesis edildiği durumda belirgin olarak kendini gösterecektir. Hukuken beraat kararı verilmesi gereken bir kimse hakkında hatalı bir şekilde mahkûmiyet hükmü tesis edilmiş ve bu hükmün de açıklanması geri bırakılmış ise sanık en iyi ihtimalle 10 sene sonra aklanabilecek ve bu durum da makul sürede yargılanma hakkına hanel getirebilecektir.

Sonuç itibari ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumundan beklenen faydanın elde edilebilmesi ve adil yargılanma hakkının ihlaline neden olan sorunlu yapının çözümü için öncelikle kanun değişikliği yoluna gidilmeli, sonrasında Yargıtay'ın son dönemdeki içtihatları da dikkate alınarak kurum tatbik edilmelidir. AYM de önüne gelen bireysel başvurular açısından, kuruma yaklaşımını değiştirerek, sorunun çözümüne katkı sağlamalıdır.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- BAŞTÜRK, İhsan** Hükümün Açıklanmasının Ertelenmesi, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2014.
- CENTEL, Nur – ZAFER, Hamide** Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, 9. Baskı, İstanbul 2012.
- DÖNMEZER, Sulhi Erman, Sahir** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II, Beta, İstanbul 1986
- EPÖZDEMİR, Rezan** Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2017.
- GÜNAY, Erhan** Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin, 1. Baskı, Ankara 2010.
- HOROZGİL, Denizhan** Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Savaş Yayınevi, Ankara 2017.
- İNCEOĞLU, Sibel** İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, Beta, 4. Baskı, İstanbul 2013. (*İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında...*)
- İNCEOĞLU, Sibel** İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında bir İnceleme, ed. Sibel İNCEOĞLU, Beta, İstanbul 2013. (*İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi...*)
- JAHIĆ, Galma** “Onarıcı Adalet: Yeni Bir Yaklaşım”

YEŞİLADALI, Burcu

Onarıcı Adalet Mağdur-Fail Arabuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları: Türkiye ve Avrupa Bakışı, Derleyenler: JAHİC, Galma – YEŞİLADALI, Burcu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008.

PARLAR, Ali

Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Erteleme, Bilge Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2015.

**ŞEN, Ersan
MAVİŞ, Mert**

Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2014.

**TOROSLU, Nevzat
FEYZİOĞLU, Metin**

Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, 19. Baskı, Ankara 2019.

TURAN, Hüseyin

Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Uygulaması, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2014.
(Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması...)

TURAN, Hüseyin

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2016.
(İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde...)

**ÜNVER, Yener
HAKERİ, Hakan**

Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 16. Baskı, Ankara 2019.

Makaleler

**ARTUK, Mehmet Emin
TAN, Umran Sölez**

Çocuk Ceza Hukuku Açısından Hükmün Ertenmesi Müessesesi,

- AÜSBFD, Prof. Dr. Gündüz Ökçün'e Armağan içinde, C:47, S: 1-2, 1992, s. 47.
- GÜNGÖR, Devrim**
TOROSLU, Haluk
- Müsadere ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme, AÜHFD, Cilt: 65, Sayı: 4, Aralık 2016.
- KAYA, Emir**
- İnsan Hakları Açısından Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:3, Mayıs 2013.
- MERAN, Necati**
- Yargıtay Kararlarında Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:5, Sayı:44, Nisan 2010.
- MERAN, Necati**
- Suçta Tekerrür ve Yargıtay Uygulaması, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:11, Sayı:116; Nisan 2016.
- ODYAKMAZ, Zehra**
- 1982 Anayasası Açısından Bireyin Aftan Yararlanmayı Reddetme Hakkı, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt:18, 2001.
- ÖNDER, Ayhan**
- Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler (Mukayeseli Hukukta ve Hukukumuzda), İstanbul Üniversitesi Yayınları, No:1011, Hukuk Fakültesi No:209, İstanbul 1963.
- ÖZBEK, Veli Özer**
MERAKLI Serkan;
- Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarına İtiraz Üzerine Yapılacak Denetim (Karar İncelemesi), Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan İçinde, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Özel Sayı), Cilt:19, Sayı:2, 2013.
- ÖZEN, Muharrem**
YILMAZ, Sacit
- Şike ve Teşvik Primi Suçları, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:2, 2012.

SARIGÜL, Ali Tanju

Türk ve Alman Hukuku'nda Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, TBBD, Sayı:118, Mayıs – Haziran 2015.

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.

TANER, Fahri Gökçen

Orda Bir Hak Var Uzakta: Sanığın Aklanmayı İsteme (Aklanma) Hakkı, Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan içinde, C:1, Ankara 2013.

YILDIRIM, Akif

Hükümün Açıklanmasının Ertelenmesi Kurumunun Aklanma Hakkı Açısından Değerlendirilmesi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Cilt:0, Sayı:3, 2013.

YILDIRIM, Akif

Mayınlı Bir Alan: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Denetimi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı:11, 2013.

YILDIRIM, Akif

Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Masumiyet Karinesi, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl:5 Sayı: 9, Haziran 2017.

YILDIRIM, Akif

Disiplin Soruşturmalarında “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması” Kararlarına Dayanılması Masumiyet Karinesinin İhlali Sayılır Mı?, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 95, Temmuz 2014.

YILMAZ, Sacit

Türk Ceza Kanununda Tekerrür ve Yargıtay Uygulaması, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:5, Sayı:19, Ekim 2014.

Tezler

TATLI, Yakup

Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.

KUMBASAR, Enver

Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul 2011, s. 22.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Agosi v. The United Kingdom, no. 9118/80, ECHR 1986.

Allen v. The United Kingdom [GC], no. 25424/09, ECHR 2013.

Apicella v. Italy [GC], no. 64890/01, ECHR 2006.

Arcuri and Others v. Italy (dec.), no. 52024/99, ECHR 2001.

Barbera, Messegue and Jabardo v. Spain, no. 10590/83, ECHR 1988.

Bayar and Gürbüz v. Turkey, no. 37569/06, ECHR 2012.

Boulois v. Luxembourg [GC], no. 37575/04, ECHR 2012.

Çelik (Bozkurt) v. Turkey, no. 34388/05, ECHR 2011.

Engel and Others v. The Netherlands [GC], no. 5100/71 5101/71 5102/71, ECHR 1976.

Erkol v. Turkey. no: 50172/06, ECHR 2011.

Erkuş v. Turkey (dec.), no. 61196/11, ECHR 2012.
Ezel Tosun v. Turkey, no. 33379/02, ECHR 2006.
Frizen v. Russia, no. 58254/00, ECHR 2005.
Golder v The United Kingdom, no. 4451/70, EHCR 1975.
Güç v. Turkey, no. 15374/11, ECHR 2018.
H. v. Belgium [GC], no. 8950/80, ECHR 1987.
Hadjianastassiou v. Greece, no.12945/87, ECHR 1992.
Idalov v. Russia [GC], no. 5826/03, ECHR 2012.
James and Others v. The United Kingdom [GC], no. 8793/79 ECHR 1986.
Kemal Coşkun v. Turkey, no. 45028/07, ECHR 2017.
König v. Germany, no. 6232/73, ECHR 1978.
Lithgow and Others v. The United Kingdom, [GC], no. 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81, ECHR 1986.
Microintelect Ood v. Bulgaria, no.34129/03, ECHR 2014;
Papachelas v. Greece, [GC] no. 31423/96, ECHR 1999.
Perez v. France, [GC], no. 47287/99, ECHR 2004.
Phillips v. The United Kingdom, no. 41087/98, ECHR 2001.
Riela and Others v. Italy (dec.), no. 52439/99, ECHR 2001.
Roche v. The United Kingdom [GC], no. 32555/96, ECHR 2005.
Saccocia v Austria, no. 69917/01, ECHR 2008.
Seven v. Turkey, no. 60392/08, ECHR 2018.
Sporrong and Lönnroth v. Sweden [GC], no. 7151/75, 7152/75, ECHR 1982.
Stanev v. Bulgaria [GC], no.36760/06, ECHR 2012.
Stanford v. The United Kingdom, no. 16757/90, ECHR 1994.
Stogmüller v. Austria, no. 1602/62, ECHR 1969.
Ünsped Paket Servisi San. Ve Tic.A.Ş. v. Bulgaria, no. 3503/08, ECHR 2015.
Veits v. Estonia, no. 12951/11, ECHR 2015.
Wemhoff v. Germany, no. 2122/64, ECHR 1968.
Yaşar Kemal Gökçeli v. Turkey, no. 227215/95, 361947/97, ECHR 2003.

Anayasa Mahkemesi Kararları

E. 2018/71, K. 2018/118, T. 27.12.2018.

E. 2007/48, K. 2009/48, T. 12.03.2009.

E. 2009/22, K. 2009/55, T. 07.05.2009.

E. 2010/1, K. 2011/149, T. 03.11.2011.

E. 2010/41, K. 2012/19, T. 09.02.2012.

E. 2011/41, K. 2012/25, T. 16.02.2012.

Abdullah Topçu Başvurusu, B. No: 2014/8868, 19.04.2017.

Adnan Oktar Başvurusu, B. No: 2012/917, 16.04.2013.

Ali Atlı Başvurusu, B. No: 2013/500, 20.03.2014.

Ali Rıza Baran Başvurusu, B. No: 2013/1779, 10.03.2015.

A.M.H. Başvurusu, B. No:2014/14028, 06.12.2017.

Asım Arı Başvurusu, B. No: 2013/9381, 03.03.2016.

Ayşe Eşlik Başvurusu, B. No: 2014/15969, 21.06.2017.

Emine Karagülmez Başvurusu, B. No: 2013/3673, 11.12.2014.

Emre Canik Başvurusu, B. No: 2015/19678, 19.04.2018.

Emre Ongurlar Başvurusu, B. No: 2016/9607, 10.01.2019.

Ersin Ceyhan Başvurusu, B. No:2013/695, 09.01.2014.

Fatih Saraman Başvurusu, B. No: 2014/7256, 27.02.2019.

Güher Ergun ve Diğerleri Başvurusu, B. No:2012/13, 02.07.2013.

Hüseyin Şahin Başvurusu, B. No:2013/1728, 12.11.2014.

İbrahim Ataş Başvurusu, B. No: 2013/1235, 18.06.2013.

K.G. Başvurusu, B. No:2015/2108, 12.06.2018.

Kürşat Eyol Başvurusu, B. No:2012/665, 13.06.2013.

K. Ş. Başvurusu, B. No: 2016/3267, 28.01.2020.

Mahmut Acerce Başvurusu, B. No: 2015/19048, 24.05.2018.

Mahmut Üçüncü Başvurusu, B. No: 2014/1017, 13.07.2016.

Mehmet Akif Korkmaz Başvurusu, B. No: 2015/16027, 13.09.2018.

Mehmet Gezginoglu Başvurusu, B. No: 2014/4679, 08.06.2017.

Mehmet Yavuz Başvurusu, B. No: 2013/2995, 20.02.2014.

Murat Durmaz Başvurusu, B. No:2013/5956, 15.04.2014.

Musa Erdem ve Diğlerleri Başvurusu, B. No:2013/1845, 07.11.2013.

Mustafa Ergin Nalbant Başvurusu, B. No: 2013/3339, 06.02.2014.

Mustafa Kıvrak Başvurusu, B. No: 2013/3175, 20.02.2014.

M.Y. Başvurusu, B. No:2015/18673, 18.07.2019.

Nejat Yurdunkulu Başvurusu, B. No: 2015/1672, 13.09.2018.

Oğuz Tiftikçier Başvurusu, B. No:2013/2091, 04.11.2015.

Onurhan Solmaz Başvurusu, B. No: 2012/1049, 26.03.2013.

Osman Bayrak Başvurusu, B. No: 2013/3803, 25.02.2015.

Ömer Aybar Başvurusu, B. No:2013/6974, 14.04.2016.

Özer Yılmaz– Ahmet Yılmaz Başvurusu, B. No: 2013/2146, 07.05.2015

Rahil Dink ve Diğlerleri Başvurusu, B. No: 2012/848, 17.07.2014.

Ramazan Tosun Başvurusu, B. No: 2012/998, 07.11.2013.

Selahattin Akyıl Başvurusu, B. No:2012/1198, 07.11.2013.

Selçuk Emiroğlu Başvurusu, B. No: 2013/5660, 20.03.2014.

Serkan Koç Başvurusu, B. No: 2015/10401, 18.07.2018.

Sencer Başat ve Diğlerleri Başvurusu, B. No:2013/7800, 18.06.2014.

S.T. Başvurusu, B. No:2014/19931, 24.05.2018.

Süleyman Başmeydan Başvurusu, B. No: 2015/6164, 20.06.2019.

Tufan Şahin Başvurusu, B. No:2012/799, 26.03.2013.

Turgut Duman Başvurusu, B. No: 2014/15365, 29.05.2019.

Yasemin Ekşi Başvurusu, 2013/5486, 04.12.2013.

Yargıtay Kararları

YCGK, E. 2007/8-171, K. 2007/235, T. 13.11.2007

YCGK, E. 2008/346, K. 2008/25, T. 19.02.2008.

YCGK, E. 2008/11-250, K. 2009/13, T. 03.02.2009.

YCGK, E. 2009/95-54, K. 2009/137, T. 26.05.2009.

YCGK, E. 2009/4-169, K. 2009/223, T. 06.10.2009.

YCGK, E. 2010/8-102, K. 2010/135, T. 01.06.2010.

YCGK, E. 2007/234 K. 2007/252, T. 07.12.2010.

YCGK, E. 2010/6-234, K. 2010/252, . T. 07.12.2010.

YCGK, E. 2011/2-108, K. 2011/148, T. 28.06.2011.

YCGK, E. 2012/10-534, K. 2013/15, T. 22.01.2013.

YCGK, E. 2012/6-1452, K. 2014/195, T. 15.04.2014

YCGK, E. 2014/5-193, K. 2017/15, T. 17.01.2017.

YCGK, E. 2017/479, K. 2018/327, T. 03.03.2018.

YCGK, E. 2015/392, K. 2018/389, T. 02.10.2018.

YCGK, E. 2017/8-952, K. 2018/403, T. 04.10.2018.

YCGK, E. 2015/12-225, K. 2019/616, T. 22.10.2019.

YCGK, E. 2016/4-1034, K. 2019/647, T. 07.11.2019.

Y4CD E. 2012/8021, K. 2012/13441, T. 05.06.2012

Y8CD, E. 2012/13585, K. 2012/37455, T. 06.12.2012

Y13CD, E. 2013/13831, K. 2013/13604, T. 17.04.2013

Y2CD, E. 2013/21469, K. 2014/12390, T. 07.05.2014.

Y3CD, E. 2014/34855, K. 2015/2783, T. 27.02.2015
Y12CD, E. 2015/2608, K. 2015/18086, T. 24.11.2015.
Y17CD, E.2019/1334, K.2019/5285, T. 11.04.2019.
Y2CD, E. 2018/620, K. 2019/7389, T. 16.04.2019.
Y8CD, E. 2017/24093, K. 2019/11401, T. 26.09.2019.
Y15CD, E. 2019/7452, K. 2019/13271, T. 28.11.2019.
Y17CD, E. 2019/13143, K. 2019/15265, T. 03.12.2019.
Y11CD, E. 2017/8228, K. 2019/9188, T. 11.12.2019.
Y14CD, E. 2018/7988, K. 2020/275, T. 18.01.2020.
Y5CD, E. 2018/5188, K. 2020/529, T. 21.01.2020.

Web Siteleri

www.adalet.gov.tr

www.anayasa.gov.tr

www.hudoc.echr.coe.int

www.hurriyet.gov.tr

www.resmigazete.gov.tr

www.tbmm.gov.tr

www.yargitay.gov.tr