

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

HAPİS CEZASINA VE İNFAZINA SEÇENEK KURUMLAR

Doktora Tezi

Duygu Çağlar DOĞAN

Ankara, 2020

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

HAPİS CEZASINA VE İNFAZINA SEÇENEK KURUMLAR

Doktora Tezi

Duygu Çağlar DOĞAN

DANIŞMAN

Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR

Ankara, 2020

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
(KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI)
(CEZA ve CEZA MUHALEMESİ HUKUKU BİLİM DALI)

HAPİS CEZASINA VE İNFAZINA SEÇENEK KURUMLAR

DOKTORA TEZİ

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

İmzası

1- Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

2- Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR

3- Prof. Dr. Tuğrul KATOĞLU

4- Doç. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ

5- Dr. Öğr. Üyesi Haluk TOROSLU

Tez Savunması Tarihi: 09.11.2020

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR danışmanlığında hazırladığım “Hapis Cezasına ve İnfazına Seçenek Kurumlar (Ankara, 2020) ” adlı doktora tezindeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

Tarih:
Adı-Soyadı ve İmza

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
KISALTMALAR CETVELİ.....	V
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZA KAVRAMI VE CEZALANDIRMANIN EVRİMİ

I. CEZANIN DOĞASI	4
II. CEZANIN AMAÇLARI	6
A. Genel Olarak.....	6
B. Tarihi Gelişim	9
1. Aydınlanma Öncesi Cezalandırma	9
2. Aydınlanma Dönemi'nde Cezalandırma	19
a. Faydacılar, Soyut Ceza ve Negatif Genel Önleme	19
b. İdealistler, Somut Ceza ve Ödetme	23
C. Önlemeye Dayalı Diğer Teoriler	27
1. Özel Önleme	27
a. Pozitif Özel Önleme.....	32
b. Negatif Özel Önleme	36
2. Yeni Bir Yaklaşım: Pozitif Genel Önleme	39
III. MODERN CEZANIN CEZALANDIRMA YÖNTEMİ OLARAK HAPİS CEZASI	43
IV. HAPİS CEZASINA ALTERNATİF ARAYIŞI.....	49
A. Tarihsel Süreç	49
B. Öngörülen Alternatif Modeller	54
C. Aykırı Bir Görüş: Şok Ceza Eğilimi	61
V. HAPİS CEZASINA ALTERNATİFLERİN GELİŞİMİ VE BUGÜNÜ	62
A. Karşılaştırmalı Hukuk – Yatay Mekanizmalar	66
1. Yatay Mekanizma Örneği: İtalya	68
a. Cezanın Amaçları Çerçevesinde Modern İtalyan Ceza Hukukunun Gelişimi 70	
i. Cezanın Çok İşlevli Olması Anlayışı (1. Dönem).....	70
ii. Topluma Yeniden Kazandırmanın, Ceza İnfazının Amacı Olarak Gelişmesi (2. Dönem).....	71
iii. Özel Önleme Amacının İnfaz Dışında da Değer Kazanması (3. Dönem) 72	
iv. Cezanın Çok Amaçlılıktan Sıyrılması (4. Dönem)	73

b. İtalya’da Hapis Cezasına Alternatif Arayışında İzlenen Yollar ve Günümüzde Geline Nokta.....	76
B. Hapis Cezasına Alternatifler Konusundaki Uluslararası Düzenlemeler - Dikey Mekanizmalar	80
1. Tokyo Kuralları	81
2. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi.....	84
3. Avrupa Konseyi Tavsiye Kararları.....	89

İKİNCİ BÖLÜM

SUÇUN HUKUKİ SONUÇLARININ VE HAPİS CEZASINA SEÇENEK KURUMLARIN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

I. GENEL OLARAK	95
A. Müeyyide (Yaptırım).....	96
B. Tedbir	114
II. CEZALANDIRMA VE SUÇUN HUKUKİ SONUÇLARI	120
A. Genel Olarak.....	120
B. Cezalandırma Kavramı	121
C. Suçun Hukuki Sonuçları	123
1. Asıl (Aslî) Ceza	124
2. Ek Ceza.....	130
3. Mahkumiyetin Cezai Nitelikteki Diğer Sonuçları	135
4. Suçun Özel Hukuka İlişkin Sonuçları	136
5. Güvenlik Tedbiri	137
a. Kavramsal Belirleme ve Tarihsel Gelişim.....	137
b. Hukuki Niteliği	142
c. Ceza ve Güvenlik Tedbirinin Birleştirilmesi Meselesi.....	154
d. Değerlendirme	162
III. HAPİS CEZASINA SEÇENEK KURUMLARIN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ.....	167
A. Genel Olarak.....	167
B. Kapsam ve Terminoloji	168
C. Tasnif	175
1. Maddi (Öz Yönünden) Tasnif	177
a. Malvarlığına Yönelik Tedbirler	177

b. Kişi Özgürlüğünü Sınırlandıran Tedbirler.....	186
i. Özgürlük içinde kontrol.....	188
ii. Özgürlük içinde pozitif edimlerin yüklendiği gözetim	192
iii. Bir gruba ya da kuruma yerleştirme	193
c. Çalışma İçerikli Tedbirler	195
d. Yasaklayıcı Tedbirler	198
e. Sembolik Tedbirler	199
2. Şekli Tasnif.....	201
a. Erteleme Tedbirleri	201
b. Dar Anlamda (Hapis Cezasına Bağımlı) Seçenekler.....	205
c. (Hapis Cezasından) Bağımsız Seçenekler	206
D. Seçenek Kurumların Etkinliği	206
1. Yerine Geçtikleri Hapis Cezasına Dönüşme	206
2. Bir Başka Seçenek Kuruma Dönüşme.....	208
3. Tedbire Uymamanın Suç Teşkil Etmesi	210

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YAPTIRIM TEORİSİ AÇISINDAN TÜRK HUKUKUNDA HAPİS CEZASINA VE İNFAZINA SEÇENEK KURUMLAR

I. GENEL OLARAK	214
II. KISA SÜRELİ HAPİS CEZASINA SEÇENEK YAPTIRIMLARI	
(TCK m. 50)	223
A. Hukuki Nitelik ve Terminoloji Sorunu.....	223
B. Hapis Cezasına Seçenek Olmaları Bakımından Değerlendirilmesi ve Tasnifi....	236
III. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI (CMK m. 231)	241
A. Hukuki Nitelik	241
B. Uygulama Koşulları	249
C. Hapis Cezasına Seçenek Olma Bakımından Değerlendirilmesi ve Tasnifi	252
IV. HAPİS CEZASININ ERTELENMESİ (TCK m. 51)	258
A. Hukuki Nitelik	258
B. Hapis Cezasının İnfazına Seçenek Olma Bakımından Değerlendirilmesi ve Tasnifi	261
V. KISA SÜRELİ HAPİS CEZALARININ ÖZEL İNFAZ USULLERİ (CGİHK m. 110)	266
A. Genel Olarak.....	266

B. Kurumun Hukuki Niteliği ve Türk Hukuku'ndaki Serüveni	269
B. Hapis Cezasının İnfazına Seçenek Olmaları Bakımından Değerlendirme ve Tasnif	274
VI. DENETİMLİ SERBESTLİK TEDBİRİ UYGULANARAK CEZANIN İNFAZI (CGTİHK m. 105/A).....	277
A. Türk Ceza Adaletinde Denetimli Serbestlik Kavramı	277
B. CGTİHK m. 105/A'da Öngörülen Kurumun Hukuki Niteliği	280
C. Hapis Cezasının İnfazına Seçenek Olma Bakımından Değerlendirilmesi ve Tasnifi	284
VII. KOŞULLU SALIVERİLME (CGTİHK m. 107).....	291
A. Hukuki Nitelik	291
B. Hapis Cezasının İnfazına Seçenek Olma Bakımından Değerlendirilmesi ve Tasnifi	294
SONUÇ	306
KAYNAKÇA.....	315
ÖZET	332
SUMMARY	333

KISALTMALAR CETVELİ

art.	: article/articolo
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz	: bakınız
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CGTİHK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CHD	: Ceza Hukuku Dergisi
CGK.	: Ceza Genel Kurulu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	: Çeviren
Ç. N.	: Çeviren notu
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Ed.	: Editör
En.	: İngilizce
eTCK	: 765 sayılı (mülga) Türk Ceza Kanunu
E.	: Esas
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İt.	: İtalyanca
İHAM	: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
İHAS	: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
İtCK	: İtalyan Ceza Kanunu

İÜHFM : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

K. : Karar

m. : madde

Riv. It. Dir. Proc. Pen.: Rivista italiana di diritto e procedura penale

s. : sayfa

S. : sayı

sec. : section

TBB : Türkiye Barolar Birliği

TCK : Türk Ceza Kanunu

vb. : ve benzeri

vd. : ve devamı

vs. : ve saire

Y. : Yıl

GİRİŞ

Ceza hukuku, genel olarak, ceza kanunu ile suç arasındaki ilişki ve suç ile suçun sonuçları arasındaki ilişki olmak üzere iki tür ilişki üzerine kuruludur.

Soyuttan somuta doğru giden bu hat üzerindeki ilk ilişkinin yoğun şekilde incelendiği ceza hukuku öğretisinde, suçun sonuçları, bunlara hükmedilmesi ve yerine getirilmesi konuları, teorik açıdan aynı değeri görmemektedir. Açıkçası ceza, suç kadar incelenmemektedir. Buna bağlı olarak ceza hukuku öğretisinde, bir ülkedeki ceza adalet sisteminin veya genel olarak ceza hukuku anlayışlarının özgürlükçü, ayrıcalıkçı, baskıcı veya hümanist olduğu yönünde ayrımlar yapılırken hangi fiil (veya düşüncenin) suç haline getirildiği ölçütünden hareket edilmektedir. Bu yüzden, cezanın amacı ve işlevi ile hangi ceza türlerinin benimsenip bunların nasıl yerine getirildiğine ilişkin tercihler, bir ülkedeki ceza hukuku anlayışının belirlenmesi bakımından, neyin suç olarak kabul edildiği ölçütünün gölgesinde kalmıştır. Oysa ceza hukukunu, hukukun diğer disiplinlerinden ayıran temel unsuru, hukuk dalına adını veren tek yaptırım türü olan cezanın kendisidir. Bu nedenle ceza hukuku, “ceza” ile başlamalıdır.

Bu çalışmada, öncelikle, ceza kavramına, cezaya ilişkin tarihi ve felsefi incelemelere; ardından da, cezalandırma anlayışının, günümüzde ve uluslararası ölçekte sahip olduğu görünümüne yer verilmiştir. Bu çerçevede, “Neden cezalandırma?” ve “Nasıl cezalandırma?” sorularının rehberliğinde, “olan” ve “olması gereken” cezanın izi sürülerek, ödetme ve önleme paradigmaları arasındaki salınımlar incelenmiş ve sonuçta, topluma yeniden kazandırma temelli pozitif özel önleme düşüncesine ulaşılmıştır.

İlk bölümde, hapis cezasından kaçışın farklı sebeplere dayanan bir akım olduğu; ancak özü itibarıyla, cezanın amacına yönelik anlayışların evrimi sonunda cezadan beklentilerin hapsetme yoluyla gerçekleşmediğinin anlaşılması ve başa çıkılamayan cezaevi enflasyonu olmak üzere iki temele dayandığı ortaya çıkmaktadır. Biri ideal, diğeri pragmatik ve ekonomik temele dayanan akım, özellikle İkinci Dünya Savaşı’nın

ardından hızla terk edilen ölüm cezasının ceza sisteminde yarattığı boşluğun hapis cezasıyla doldurulmasının da bir sonucudur.

Çalışmanın ikinci bölümünde, hapis cezasına hükmedilmesine ve infazına seçenek kurumlara geçmeden önce, yaptırım teorisine ilişkin kavramsal bir çerçeve çizilmiştir. “Müeyyide” ve “tedbir” kavramlarının mercek altına alındığı, hukukun genel teorisine ilişkin kısmın ardından, suçun işlenmesi karşısında hukuk sisteminin öngördüğü tüm sonuçlar incelenmiştir. Oluşturulan bu temelin üzerine, hapis cezasına ve infazına seçenek kurumların teorik ve karşılaştırmalı analizi yerleştirilmiştir. Böylece seçenek kurumların her birinin kavramsal çerçeve içindeki konumları tespit edilmiştir.

Çalışmanın son bölümünde ise, hapis cezasına ve infazına seçenek kurumların Türk hukukunda ne şekilde öngörülüp uygulandığı incelenmiş ve inceleme konusu olan her bir kurum, önceki bölümde oluşturulan tasnife yerleştirilmiştir.

Kısacası, birinci bölümde edinilen felsefi ve tarihi birikimle, ikinci bölümde dünya turuna çıkarak genel bir sınıflandırma oluşturulmaya çalışılmış ve bu rehber, üçüncü bölümde, ülkemizdeki seçenek kurumlar üzerinde uygulanmıştır.

Ceza hukuku doktora tezi olan bu çalışmanın hazırlık sürecinde, hapis cezasına alternatif düşüncesinin temeli olacak şekilde, öncelikle “hapishane” teması üzerine ve ceza hukuku dışında kalan okumalar yapılmıştır. Böylece, yüzyıllara, geniş coğrafyalara ve büyük kitlelere yayılan hapishane gibi bir mekana temas edildiği için, yolların sıklıkla kesiştiği felsefe, sosyoloji ve edebiyat dünyasındaki zengin literatürden, çalışmanın kapsamı elverdiği ölçüde, yararlanılmıştır. Bu çalışmanın hazırlanış süreci boyunca, okunan tüm metinlerin, yapılan tartışmaların, akıldan geçip de yazıya ve söze dökülemeyen düşüncelerin tümünün harmanıyla ortaya çıkan bir demi vardır. Buna göre, ödetici adalet anlayışı, kapitalist ekonomi ve ataerkil toplum düzeni, bir bütün oluşturacak şekilde birbiriyle bağlantılı olup, hakimiyeti hala tartışmasız olan dünya kurgusudur. Bu çalışmayla, yaratıcı ve onarıcı başka bir zihniyetin tohumu olan topluma yeniden

kazandırıcı adalet anlayışı, uygun koşullar oluştuğunda yeşermesi umuduyla, bugünden atılmaktadır.

Belirtelim ki, hürriyeti bağlayıcı cezadan kaçış, bütün dünyadaki ceza reformu önerilerinin en sık tekrarlanan “nakaratıdır¹” ve buna paralel olarak hukukçunun, yeni ceza ve infaz modellerine ilişkin yaratıcılığı sürekli sınanmaktadır. Oysa “yeni” bir ceza politikası sadece yeni araçların bulunmasıyla değil; eski araçların, içerik ve amaçları uygun düştüğü ölçüde, yeni politikaya uyacak şekilde gözden geçirilip geliştirilmesiyle de mümkün olabilir. Bu çalışmada, farklı modeller mümkün olduğunca incelenmiştir; ancak temel amaç, okuyucunun çeşitli modeller hakkında bilgilendirilmesinden ziyade cezaya ilişkin köklü kalıpların yıkılıp yeni ceza politikalarının inşa edilebileceği zihni bir temel yaratmaktır.

Nitekim bu çalışma bünyesinde yapılan araştırmalar sonucu ortaya çıkan gerçek, hapis cezasına ve infazına alternatifler konusunda, gelişmiş ülkelerde de, mucizevi formüllerin bulunmadığıdır. Asıl önemli olan, kanun koyucunun, hukuk teorisini ile uygulayıcısının ve nihayetinde toplumun, cezaya ilişkin sahip olduğu zihniyetidir. Bu nedenle mucizevi formül ve çözüm arayışına girmek yerine, öncelikle, bu sùjelerin ceza kavramına olan bakış açılarının geliştirilmesi hedeflenmelidir.

¹ Nakarat benzetmesi için bkz. BRICOLA, Franco: “*Le Misure Alternative alla Pena nel Quadro di Una ‘Nuova’ Politica Criminale*”, Riv. It. Dir. Proc. Pen. 1977, s. 13.

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZA KAVRAMI VE CEZALANDIRMANIN EVRİMİ

I. CEZANIN DOĞASI

“Ceza, adalettir².” Günümüzde yaşayan dinlerin en eskisi olan Hinduizm’in kabul ettiği ilk insan, Hint mitolojisinde insan ırkının atası olan ilk kral ve ilk kanun yapıcı *Manu*’nun³ Kanunnamesi’nde yer alan bu kadim söz, ceza ile adalet arasındaki ezeli ve ebedi bağı en yalın ifadesidir. Gerçekten, insanlığın cezanın ne olduğuna ilişkin bilgi ve fikir repertuarı, aslında adalete ilişkin tarihi birikime denktir. Bu nedenle ceza, tıpkı adalet gibi, tanımı güç ve belki de tanımlanmaktan çok tanınması gereken bir kavramdır.

Cezayı tanımak için, öncelikle, bu kavramın doğasına ait üç görünümünden bahsetmek, yani cezanın üç karakteristik özelliğine değinmek gerekir. Bunlardan ilki, *cezalandırılan* özneye verilen **acı**, ikincisi de *cezalandıran* özne açısından **iktidarın ifadesi/dışavurumu** olarak şekillenirken; cezalandırma ilişkisinin kendisine işaret eden görünüm ise, cezanın **stratejik** doğasıdır⁴.

Cezanın acı verici doğasında *yoksunluk* söz konusudur. Cezalandırılan öznenin cephesinden bakıldığında ceza kavramı, birtakım haklardan (hukuki) ve ihtiyaçların tatmin vasıtalarından (fiziksel) yoksunluk görünümüne bürünmektedir⁵. Bu yoksunluğun yarattığı

² MANAVRA – DHARMA – SASTRA: Le Leggi di Manu, Istituzioni Religiose e Civili dell’India Primitiva (Çev. Carlo VICENZI), Milano 1904, s. 113.

³ Cezalandırmaya ilişkin anlayışından bağımsız şekilde, genel olarak Hinduizm ve *Manu* figürü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ERDOĞAN, Emine: Hinduizmin Kutsal Metinlerinden Manu Kanunnamesi (Manusmriti), Konya 2015.

⁴ PAVARINI, Massimo – GUAZZALOCA, Bruno: Corso di Diritto Penitenziario, Bologna 2004, s. 3.

⁵ PAVARINI – GUAZZALOCA: s. 3. “Ceza, her zaman, muhatabı kişinin bizzat şahsında etkilerini gösteren bir yoksunluktur.” Bkz. HAFIZOĞULLARI, Zeki – ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 431.

acı, cezanın en temel özelliğidir. Öyle ki, acı verici olmayan bir ceza, karanlık ışığa yahut soğuk ateşe benzetilmiştir⁶. Ancak cezanın doğasındaki bu yoksunluk, daima bir fazlalık olarak ortaya çıkmaktadır. Oysa ihlalden önceki hale dönmeyi amaçlayan, tazmin edici nitelikteki müdahaleler, eşitleyicidir⁷. Örneğin, özel hukuk yaptırımları tazmin edici işleve sahip olup; içerik itibarıyla, telafisi gereken zararın miktarına eşittir⁸. Ceza ise, genellikle, zararın telafisi amacından bağımsız olarak ya da onun ötesine geçerek, ama daima acı verecek şekilde, bireyin hak ve özgürlüklerine dokunur.

Cezanın, cezalandıran cephesinden bakıldığında ortaya çıkan görünümünde ise vurgu, iktidara aittir ve bu yönüyle ceza, cezalandıran süjenin iktidar iddiasının dışavurumudur⁹. Cezanın, zamana ve mekana bağlı olarak geçirdiği dönüşüm ne denli büyük olursa olsun, doğasındaki iktidar teyidi bakidir. İktidar iddiasının dışavurumu, kimi zaman ayinsel bir tören, herkes tarafından izlenen görkemli bir şölen; kimi zaman da matemli bir içerikle, bizzat devlet aygıtının gövdesiyle bütünleşen karanlık ve karmaşık mimari yapılarda sahnelenen gizli bir tiyatrodur¹⁰.

Belirtilen bu iki görünüm, sosyal bir olgu olarak cezanın barındırması gereken karakteristik özellikleri olup; cezayı hukuki bir kurum haline getiren ise, cezalandırma ilişkisini ele alan ve bunun nereden/kimden kaynaklandığına ilişkin stratejik görünümüdür. Buna göre ceza, ancak hukuka uygun olarak, devletten kaynaklandığında meşrudur. Modern çağda Batı medeniyetinin ürünü olan hukuk devleti modeli çerçevesinde, cezai ilişkinin kaynağına ve içeriğine işaret eden bu özelliği sayesinde ceza, hukuki bir olgu haline gelmiş ve böylece tarihi süreçte kanunilik, orantılılık, kusur, bireyselleştirme gibi

⁶ ANTOLISEI, Francesco: Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, Milano 1997, s. 671.

⁷ AGTAŞ, Özkan: Ceza ve Adalet, İstanbul 2013, s. 137.

⁸ PULITANÒ, Domenico: Diritto Penale, Torino, 2015: s. 6.

⁹ PAVARINI – GUAZZALOCA: s. 3.

¹⁰ FOUCAULT, Michel: Hapishanenin Doğuşu (Çev. Mehmet Ali KILIÇBAY), Ankara 2015, s. 74-75 ve 182.

temel ilkelerin yanında, ceza verilmesi için gereken ve önceden belirli olan ceza muhakemesi kuralları doğmuştur¹¹.

II. CEZANIN AMAÇLARI

A. Genel Olarak

Her ne kadar ceza uygulamayan bir toplum düşünülemezse de, insan yaşamını ve özgürlüğünü korumayı görev edinen devletin, insanın yaşamına ve özgürlüğüne yönelen yaptırımları ceza olarak kullanabilmesinin bir gerekçesi olmalıdır¹². Nitekim ceza, hak ve özgürlükleri koruma iddiasıyla, yine hak ve özgürlüklere zarar vermektedir; ki bu yönüyle iki ucu keskin kılıca benzetilmiştir¹³. Sadece hukuki değil, ahlaki dünyanın da genel kuralı haksız yere başkasına zarar vermemek ise, cezanın acı verici doğasının meşru kabul edilebilmesi için özel koşullar gerekmektedir ve bu da, tüm ceza teorileri ile ceza politikalarının yüzleşmek zorunda olduğu *cezai problemi* teşkil eder¹⁴. Bu problem, “*neden cezalandırma*” sorusu ile başlayıp “*nasıl ve ne ölçüde cezalandırma*” sorusu ile gelişmektedir ve yüzyıllardır olduğu gibi, günümüzde de tartışılmaktadır¹⁵.

Bugünü aydınlatma bakımından değerli olduğu kanaatiyle bu çalışmanın temeline de cezai problemin soruları yerleştirilmiştir. Nitekim hapis cezası ve buna seçenekler

¹¹ PAVARINI – GUAZZALOCA: s. 3.

¹² ÖNDER, Ayhan: Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s. 477.

¹³ Bkz. V. LISZT: Der Zweckgedanke in Strafrecht, 1883 (İtalyanca çevirisi: La Teoria dello Scopo nel Diritto Penale, Milano, 1962, s. 46 (aktaran PULITANÒ: s. 15).

¹⁴ PULITANÒ: s. 15 ve 50.

¹⁵ Ceza hukukunda şüphecilik (*agnosticismo penologico*) düşüncesine göre ise, bağımsız bir bilim olarak çağdaş ceza hukukunun, hala “*ius puniendi*” yani (güçlü olanın) cezalandırma hakkının meşruiyetini açıklamaya çabalamak yerine, ceza ve ceza muhakemesi sistematüğını kurmak, dikey güç ilişkilerine dayanan polis devleti eğilimine karşı yatay güç ilişkileriyle şekillenen hukuk devletini savunmak ve cezalandırma iktidarının yaşama geçirilmesiyle tehdit edilen hakları korumak gibi amaçları ve görevleri olması gerektiğı hakkında bkz. PAVARINI: Corso di Istituzioni di Diritto Penale, Bologna 2013, s. 28-30.

konusunun, cezalandırmanın nedenine inmeden incelenmesi söz konusu olamaz. Ancak diğer yandan, cezalandırma üzerine geliştirilen tüm teorilerin derinlemesine incelendiği bir tez, bir ceza hukuku çalışması olmaktan uzaklaşma tehlikesi barındıracaktır. Bu nedenle çalışmamızda, cezanın amaçlarına ilişkin temel teorilerden oluşan çekirdek bir alanın dışına çıkmamaya özen gösterilmiştir.

Neden cezalandırma sorusu, tarihi ve felsefi anlamlar yüklü bir sorudur. Bu sorunun cevabının, cezalandırmaya ilişkin felsefi düşünceler ve tarihi altyapı olmaksızın verilmesi mümkün değildir. Cezaya ilişkin ideolojiler, siyasi çıkarlardan, ahlaki kavramlardan, teorik ve bilimsel bilgiden bağımsız düşünülemez¹⁶. Nitekim ceza hukuku, ideolojik, felsefi, siyasal ve kültürel tabanın izlerini en fazla ölçüde taşıyan hukuk dalıdır¹⁷. Bu konuda *Bettiol* daha da ileri giderek, ceza hukukunun felsefe olduğunu, şayet bu kabul edilmiyorsa da, ceza hukukunun felsefe olarak doğduğunu belirtmiştir¹⁸.

Ceza, yüzyıllar boyunca inşası süren bir mimari yapı gibidir. Dış cephesinde yeni ve çağa uygun çizgiler görünse de, hem bunların altında antik kalıntılar, hem de dış cephede dahi görünür olan tarihi izler mevcuttur. Öte yandan, cezalandırmanın nedeni meselesi, esas itibarıyla, (siyaset bilimi, felsefe, sosyoloji gibi) hukuk dışı disiplinler ve sosyo-kültürel akımlarla şekillenmiştir.

Teoriler içerisinde zihin karışıklığına yol açmamak bakımından, incelemenin henüz başında, öze ilişkin şu tespit yapılabilir: Cezanın en temel teorik tartışmaları, cezanın geçmişe dönük olması (ödetici) ve geleceğe yönelmesi (önleyici, düzeltici ya da toplumsal savunmacı) sarkacından türemiştir. Fakat bu sarkaç belirli bir dönem biri lehine

¹⁶ PULITANÒ: s. 16.

¹⁷ ERSOY, Yüksel: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002, s. 13. *Yücel'e* göre “ceza nedir sorusunun yanıtı felsefi veya kavramsalıdır.” Bkz. YÜCEL, Mustafa Tören: Hukuk Felsefesi, Ankara 2014, s. 167.

¹⁸ BETTIOL, Giuseppe: Il Problema Penale, Palermo, 1948, s. 15. Yazar, çağdaş dünya için de, felsefesiz ceza hukuku olmayacağı kanaatindedir. Bkz. BETTIOL: Ceza Hukukunun İnsanileştirilmesi ve Klasizm ile Pozitivizm Arasındaki Tezadın Bugünkü Durumu (Çev. Faruk EREM), Ankara 1949, s. 4.

salındığında diğlerinin reddedilmesi, yani hakim paradigmanın çok katı biçimde benimsenmesi söz konusu değildir. Geçirilen tarihi süreçler boyunca bunlar birbirine eklemlenmiş ve süreçlerin sonunda artık farklı ceza anlayışları birbirleriyle çelişmekten ziyade, genellikle birbirlerini tamamlar hale gelmişlerdir.

Cezanın geçmişe (*punitur quia peccatum est*) veya geleceğe (*punitur ne peccetur*) yönelmesine ilişkin ayrım, ilk olarak Romalı *Seneca*'ya ait bir tasnif olup; bunun Alman öğretisindeki karşılığı, mutlak (*absolute Straftheorie*) ve nisbi (*relative Straftheorie* veya *Zwecktheorie*) adalet teorileridir. Anglo-Sakson dünyası ise ceza teorilerini, ödetici ve faydacı teoriler olarak sınıflandırmaktadır. Bu ayrımların hepsinde de ilk kategoriye teşkil eden, yani geçmişe yönelen, mutlak adaleti temini amaçlayan ve ödetici nitelikteki ceza, aynıdır. Ancak ikinci grup ceza anlayışları kendi içlerinde farklı öğretileri barındırmaktadır, ki bunlar da esas itibarıyla, önleyici, düzeltici ve toplumsal savunmacı teoriler olarak ayrılmaktadır¹⁹.

Hemen belirtelim ki, bu ana tezler de, aslında nitelik olarak birbirinin aynı değildir. Önleyici tezler, ideolojik içeriğe sahip olup, cezanın soyut olarak amaçlarını yansıtmaktayken; ödetici ceza düşüncesi esasen cezanın fonksiyonunu, yani somut cezanın sahip olduğu işlevi açıklamaktadır. Yani bu tezlerin kullandıkları *ceza* terimi, tam olarak aynı kavramları karşılamamaktadır. Bu noktada soyut ceza ve somut ceza ayrımı önemlidir. Buna bağlı olarak çalışmamızda, ödetme-önleme meselesi, soyut ve somut ceza ayrımı gözetilerek açıklanmaya çalışılacaktır.

¹⁹ CATTANEO, Mario A.: “*Pena (Filosofia del Diritto)*”, *Enciclopedia del Diritto*, XXXII, s. 702.

B. Tarihi Gelişim

1. Aydınlanma Öncesi Cezalandırma

Ceza sözcüğünün, Avrupa medeniyetinin yükseldiği temellerden biri olan Yunanca'daki karşılığının (*thémis*) kökünde, sabit durmak anlamına gelen *thizemi* fiili yer almaktadır²⁰. M.Ö. 600'lerde doğan Yunan felsefesindeki bu sözcük seçimi, cezanın özüne ilişkin önemli ipuçları vermektedir. Ceza ve kefare, barış halini bozan bütünün parçalarının yeniden yerleştirilmesi suretiyle orijinal dengeye dönüşü ve adaletin "sabit kılınmasını" temin ederek, adeta topluma olan borcun ödenmesidir²¹. *Aristoteles* de bu yönde, "Adalet, kazanç sağlamakla zarar etmenin ortasıdır." dedikten sonra, adaletin kelime olarak orta anlamına da geldiğini; hakim, bir şey eşit olarak bölünmediği zaman, eşitliği sağlamak için büyük parçanın bir kısmını küçük parçaya ekleyerek ortayı bulabileceğini ve tam anlamıyla ikiye bölündüğü zaman herkesin payını almış olmasıyla adaletin tesis edileceğini belirtmiştir²². Bu sistem içerisinde ceza, suç ile ihlal edilen dengesizliği telafi etmeye yarar ve yargıç, haksız kazanılmış olanı, ceza yoluyla kişinin elinden alarak eşitliği yeniden tesis etmeye çalışır²³. Dolayısıyla cezanın antik formu, dengeleme yoluyla adaletin yeniden tesisi düşüncesinden ayrı düşünülemez. Suçla

²⁰ PAVARINI: Istituzioni, s. 12.

²¹ PAVARINI: Istituzioni, s. 12.

²² ARISTOTELES: *Nikomakhos'a Etik* (Çev. Furkan AKDERİN), İstanbul 2015 (Say Yay.), s. 111 vd. Eşitliğe dayanan adaletin gerektirdiği matematiksel kesinlik düşüncesi, çok sonraları, suçların verdiği zarar ve cezalar arasında oran bulunması gereğini ısrarla savunan *Beccaria*'da da görülmektedir. Bkz. BECCARIA, Cesare: *Suçlar ve Cezalar Hakkında* (Çev. Sami SELÇUK), s. 45 vd. Böylece esasında beşeri adaletin sınırları içinde imkansız olan bu katı eşitlik prensibini mümkün olduğunca hayata geçirmek için cezanın ödetme fonksiyonunun işleminde ölçüt olarak **suçlu** yerine, suç teşkil eden **fiil** ele alınmış ve manevi sorumluluk esası, yalnızca suç fiiline dayandırılmıştır. Bu tutum suçlunun bilimsel olarak ele alınmasını epeyce geciktirmiştir. Aynı yönde bkz. GÖLCÜKLÜ: s. 14. Nitekim *Aristoteles* de bunu şu şekilde ifade etmiştir: "İyi insanın kötü insanı kandırmasıyla, kötü insanın iyi insanı kandırması arasında hiçbir fark yoktur (...) Yasalar kimin ne yaptığına değil sadece suçla bakarak ceza verirler." Bkz. ARISTOTELES: s. 111.

²³ ARISTOTELES: s. 112.

bozulduğu düşünölen düzene dönüşü ve onu korumayı amaçladığı için, antik cezanın muhafazakar bir refleks olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Ancak bunun öç alma ve kısas düşöncesinden farklı olduğuna dikkat çekmekte fayda vardır. Nitekim *Aristoteles*, “Size yapılanın aynısını yapmak adalettir.” diyen *Pythagoras*çıları ve “Yaptığınız şeyin aynısını yaşıyorsanız adalet sağlanmışır.” diyen *Rhadamanthys*’i eleştirmiştir²⁴. Zira *Aristo*’nun orantılama ve eşitleme esasına dayanan adalet anlayışı, yapılan şeyin karşılığını aynen vermek değil, yapılan karşısında doğan zarar ve elde edilen fayda arasında denge kurmaktır. Salt öç almaya dayalı ilkel ceza ise, zarardan doğan hincin, öfkenin yatıştırılma aracı olup; bu yönüyle adalet adı altında yapılan şey, görölen zarar ölçüsünde ve bazen de ötesinde, bir tür intikam almaktır²⁵. Hane içerisinde babanın, diğer topluluklarda ise yaşlı üyelerin sahip olduğu uyumsuzluk çözme yetkisinin özü bundan ibarettir.

Bir görüşe göre ise, ilkel ceza diye incelendiğimiz ve şahsi öç duygusunun dışavurumu olan tepki, aslında ceza olarak nitelenemez. Alman ceza hukukunun ve modern ceza düşöncesinin en önemli yazarlarından *von Liszt*’e göre, bu tepki, bireylerin ve sosyal grupların yaşam koşullarını düzenleyen kurallara aykırı davranışlar karşısında verilen, herhangi bir amaçtan bağımsız, içgüdüsel bir tepkidir ve her içgüdüsel davranış gibi etik ile herhangi bir bağlantısı yoktur. Ancak zaman içinde siyasal organizasyonun değişimi ile bu tepki, kural koyma ve bunlara uyulmadığı takdirde şiddet barındıran yaptırımlar

²⁴ Bkz. ARISTOTELES: s. 113. Misliyle mukabele anlayışını sert biçimde eleştiren *Aristoteles* ayrıca, bireye karşı işlenen bir suçun cezasının mağdur tarafından değil, yasalar tarafından verilmesi gerektiğini; fakat bu arada yapılacak tek şeyin suçun karşılığını vermek olmadığını, aynı zamanda ilgili kurumların suçu işleyene dönük bir eğitim sürecini başlatmaları gereğini özellikle belirterek günümüz cezalandırma anlayışına da çok yaklaşmıştır. Bu konuda bkz. TOPAKKAYA, Aslan: “*Aristoteles*’te Adalet Kavramı”, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi (The Journal of International Social Research), S. 2/6 (Winter 2009), s. 631.

²⁵ BÜYÜKDÜVENCİ, Sabri: “*Adalet, Suç ve Ceza Üzerine: Nietzsche*”, Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Faköltesi Felsefe Bölümü Dergisi, Y. 2007, C. 18, s. 4.

uygulama yetkisine sahip üstün iktidarın düzenlemesi olan “ceza” karakterini kazanmaya başlar²⁶.

Weber’e göre de ceza hukuku, intikam ve öç alma döneminde değil; bundan bir aşama sonra, yani hane veya topluluk dışına çıkıldıkça önemi artan değerleri ihlal eden, özellikle askeri ve dini itaatsizlik gibi davranışlarla, sadece bir öznenin değil de, tüm hane halkı veya topluluk üyeleri için tehlike olduğu düşünülen durumlarda doğmaya başlamıştır. Özel hukuktan farklı olarak, büyü inancını (yani bir tabunun çiğnenmesiyle sadece günahkar/suçlu üzerinde değil; büyüsel güçlerin, ruhların veya tanrıların öfkesinin tüm topluluk üzerine indiğine dair inanç) ceza hukukunun temelinde gören bu düşünceye göre, bilgeler ya da rahiplerce teşvik edilen üyeler, suçlu hakkında sürgün, linç ya da kefaret türü dini bir çileye tabi tutma gibi cezalandırma yöntemleri uygulamıştı ve bu da intikamın cezaya dönüşümüydü. Buna benzer bir yaklaşım, başta askeri, sonra siyasi alanda da yaşanmıştır: Kolektif savaş güçlerinin güvenliğini tehlikeye sokan herkes, komutanın veya ordunun tümünün iradesinin, intikamdan farklı nitelikteki cezai tepkisine maruz kalmıştır²⁷.

Ceza hukukunun doğumunu, cezanın içeriği veya saikinden ziyade, hükmedilmesine ilişkin kurumsal organizasyonun varlığına bağlayan bir görüş de, cezanın belirlenmesi, hükmedilmesi ve infazına ilişkin kurumsal bir organizasyonun yokluğunda ceza hukukunun da var olmadığını ileri sürmüştür²⁸.

Cezalandırmanın kökenini öç alma ve kısasta arayan görüşlerle arasına mesafe koyan bir diğer yaklaşım da, genel olarak hukukun, özelde de ceza hukukunun, ilişkinin taraflarından farklı birinin müdahalesine muhtaç olduğunu belirten, üçüncü taraf nosyonudur. Bu görüşe göre ceza, ancak hukuksal bir tahakkümün görünümü olduğu, yani

²⁶ V. LISZT: La Teoria dello Scopo nel Diritto Penale, Milano, 1962, s. 46 (aktaran PULITANÒ: s. 50).

²⁷ WEBER, Max: Hukuk Sosyolojisi (Çev. Latif BOYACI), İstanbul 2014 (Yarın Yay.), s. 24.

²⁸ FLETCHER, George P.: Basic Concepts of Criminal Law, New York 1998, s. 25.

üçüncü tarafın müdahalesiyle şekillenen bir sürecin içerisinde geçtiği takdirde bir adalet pratiği olabilir²⁹.

İntikam almayı cezalandırma olarak görmeyip, ceza hukukunun doğumunu sonraki evrelere taşıyan görüşler benimsensin yahut benimsenmesin, cezalandırmanın ilkel yapısındaki esas değişmemektedir. Bu arkaik form, önce kısastan diyete, oradan da kefarete^{30, 31} geçişte farklı görünüm kazansa da, öz itibarıyla aslında cezanın, ödetme olduğu temeline dayanmaktadır. Kısas fikrinin hakim olduğu dönemde, yani devletin

²⁹ Ayrıca cezanın, zararı telafi edici bir yaptırımdan farklı olarak, her zaman bir fazlalık olarak göreve çağrılan ve fiilden ziyade, fiilin ardındaki istenci, yani failin iradesini hedef alan bir eşitleyici pratik olduğuna dair *Kojève*'e ait görüş hakkında detaylı bilgi için bkz. AGTAŞ: s. 122-146.

³⁰ Suça karşı ilk beşeri tepki olan ve toplumun adeta suçludan öğ aldığı ödetme düşüncesinin kefareten farklı olduğu belirtilerek; kefaretin, ödetmeye ek olarak suçluyu terbiye etme unsurunu da barındırdığı ve bu nedenle kefarete dayalı ceza anlayışında suçlunun moral yönden temizlendiği ileri sürülmüştür. Buna göre, cezasını çekmek suretiyle suçunun yükünden kurtulduğuna inanan suçlunun ceza *tretmanına** vereceği cevap, bu inanca sahip bulunmayanındakinden farklı olacağı gibi; cezasını çekerek suç lekesinden temizlendiğine inanılan suçluya karşı toplumun takınacağı tavır da değişik olacaktır. Bkz. GÖLCÜKLÜ: s. 14-15. Aynı yönde görüşler için ayrıca bkz. DÖNMEZER, Sulhi – ERMAN, Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. II, İstanbul 1981, s. 684; ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2017, s. 34 ve 687. Esasında bu düşüncede, ilk olarak *Platon*'un ortaya koyduğu ve bu çalışmanın ilerleyen aşamalarında ele alınacak olan “ilaç ceza” anlayışının izleri mevcuttur. Buna karşılık, kefaretle ödetmeyi eş görenler de mevcuttur. Bkz. TOROSLU, Nevzat – TOROSLU, Haluk: *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2018, s. 434-435.

(* “tretman” sözcüğü, iyileştirici muamele anlamına gelen *treatment* (En.) ve *trattamento* (It.) sözcüklerinin karşılığı olarak Türkçede kullanılmaktadır. Ancak hem Türkçe bir karşılık olmaması hem de henüz yeterince yerleşik bir kullanımı bulunmaması nedeniyle bu çalışmada mümkün olduğunca sınırlı ölçüde kullanılacaktır.)

³¹ Buradaki kavramı karşılamak için, Türkçe olan “kefaretle” sözcüğü yerine, Arapça “*keffaret*” sözcüğünün kullanıldığı da olmuştur. Bkz. AVCI, Mustafa: *Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenekler* (Yayımlanmamış doktora tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1994, s. 6-10. Sözcüğün orijinali “*qeffare*”dir. Bkz. ÖZGENÇ: s. 34 (62 no.lu dipnot). Ancak “*Cezanın yegane özelliği keffaret teşkil etmesidir.*” diyen Özgenç, bu sözcüğü, Türkçede ve Türk ceza hukukçuları arasında genel olarak kabul edildiği anlamıyla kullanmamaktadır. Keffareti, kişinin suç işlemek dolayısıyla içinde bulunduğu kusurluluk durumundan ibra olmasını sağlamak, yani işlediği suç nedeniyle sorumlu olduğunu hissedip resosyalize olması anlamında kullanmakta ve bu açıklamaya dayanarak, cezanın -kural olarak- asıl amacının pozitif özel önleme olduğunu belirtmektedir. Bkz. ÖZGENÇ, İzzet: “*Bir Ceza İnfaz Rejimi Olarak Erteleme*”, *anayasa Yargısı Dergisi*, Y. 2001, C. 18, s. 100 ve 101.

henüz mevcut olmadığı ya da yargılama erkini bütünüyle kendi bünyesinde toplamadığı ve ailelerin -küçük çapta olmakla beraber- birer müstakil devlet oldukları devirde intikam, yani yapılan kötülüğe misli veya daha fazla kötülükle karşılık vermek, zarurî bir adalet tarzı olup; bunun yöntemi “dişe diş, kana kan” olarak deyimlenen kısas yöntemi (*Lex Talionis*) olmuştur³². Daha sonra bu müstakil aileler birleşip tabi olacakları bir siyasi organizasyon yaratmaya başladıkça, adalet anlayışı da şahsi öç almadan sıyrılmaya başlayıp gitgide kamusallaşmış; ancak bu geçiş bir çırpıda olmamış, öncelikle mağdura bir miktar paranın ödendiği diyet fikri kabul görmüş³³; hatta bunların bir arada uygulandığı da olmuştur³⁴. Son olarak, şahsi cezalandırma tümüyle ortadan kalkmış ve kamusal adalet tekeli ilan edilmiştir.

Örneğin, biçimsel bir ceza yasası bulunmadığı için ahlaki ödev temeline dayalı Roma ceza hukukunda, ahlaki buyruğu ihlal eden davranış kimin çıkarını zedeliyorsa cezalandırmaya da o özne yetkiliydi ve bu düşünce, Roma ceza hukukunu kamusal ve özel olmak üzere ikiye ayırmıştır. Günümüzdeki gibi haksız fiil ve suç ayrımının bulunmadığı Roma hukukunda, On İki Levha Yasaları’nda yazılı hale getirilen esas kural, *delicta publica* (*crimen*) ve *delicta privata* ayrımıydı ve bu ayrım, kamu düzenine karşı işlenmiş (devlete veya Tanrı’ya karşı işlendiği için kamu düzenini ilgilendirdiği kabul edilen) fiiller *delicta publica* (kamusal suç) iken; sadece bireysel çıkarları ihlal eden fiiller *delicta privata* (özel suç) kategorisindeydi. Bu ikinci kategoride yer alan suçların zarar göreni olan kişi, yakalama, tutuklama, suçlama, cezalandırma ve bunun infazı yetkilerine bizzat sahipti ve suç ne kadar ağır olursa olsun, devlet bu alana müdahale etmezdi. Roma özel ceza hukukunun bu ilk aşamasına, kişisel öç almaya dayalı kısas düşüncesi hakim olmuş; ancak

³² SEVİĞ, Vasfî Raşit: “*Cezanın Tarihi Menşei*”, AÜHFD, Y. 1955, C. 12, S. 3, s. 11.

³³ SEVİĞ: s. 11.

³⁴ Siyasi organizasyonların kendi içindeki bu gelişmeye rağmen, farklı topluluklar arasındaki adalet mekanizmasında ise kısas anlayışı varlığını korumuştur. Bugün dahi bağımsız devletlerin birbirleriyle olan ilişkilerinde kısas prensibi geçerlidir. Bkz. SEVİĞ: s. 11.

bir önceki paragrafta aktarılan gelişim sürecine paralel olarak zamanla yargılama yetkisinin *magistralara* devri ve özel suçlar için bile ihkakı hakkın terk edilmesiyle birlikte cezalandırma işlemi, hukuksal bir yargılamaya dönüşmüştür. Bu aşamada ise özel suçtan zarar gören kişi, bunun kovuşturulmasını özel hukuk mahkemelerinden istemekteydi ve bu mahkemeler eliyle verilen cezalar, kişinin zarara uğrayan çıkarını yerine koyma amacını taşıırken; kamusal suçlarda ceza, kamu vicdanını tatmin etmeye yönelmiştir. Bu çerçevede Roma’da, hem özel suçlar hem de kamusal suçlar için verilebilen, zamana göre değişen ve çok çeşitli cezalar uygulanmıştır. Bunlara örnek olarak, ölüm (*poena capitis*), sürgün (*exilium*), para cezası³⁵ (*damnum* ya da *duplum*), kırbaçlama (*verbera* ve *fustuarium*), şerefsizlikle lekeleme, zincire vurma, madenlerde zorunlu çalışma veya arenada dövüşme/gladyatörlüğe mahkum etme cezaları verilebilir³⁶.

Nihayet, cezalandırmanın tarihi temelini özetlemek gerekirse, Batı medeniyetini şekillendiren dini ve etik değerler dünyasının yüzyıllar boyunca tartışılmaz kabul edilen adalet anlayışı, ödetici adalet olmuştur. Burada herhangi bir amaç taşımadan cezalandırma, daha açık ifadeyle, yapılan kötülüğe kötülükle karşılık verme³⁷ ve sadece bundan dolayı doğru ve adil olma düşüncesi hakimdir³⁸. Dolayısıyla ödetme, cezanın amacı değil³⁹,

³⁵ Devlet aleyhine işlenen suçun cezası kural olarak ölüm olmakla birlikte, Roma ceza hakimleri, vatana ihanet dışındaki devlet aleyhine suçlar bakımından kimi zaman İtalya dışına sürgün veya para cezası şeklindeki alternatif cezalara da hükmetmişlerdir. Bkz. OKANDAN, Recai: “*Romalıların Suç Telakki Ettikleri Fiiller ve Bunlara Terettüp Eyleyen Cezalar*”, Tahir Taner’e Armağan, İstanbul 1956, s. 329.

³⁶ Roma ceza hukukunun gelişimi, ceza türleri ve cezanın amaçları hakkında daha detaylı bilgi için bkz. KAYAK, Sevgi: “*Roma Ceza hukukunda Sorgulama ve Cezalandırma Yöntemleri*”, Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan (Der.: Doç. Dr. Murat İNCEOĞLU), İstanbul 2011, s. 155-185; TÜRKOĞLU, Halide Gökçe: *Roma Hukukunda Suç ve Ceza*, Ankara 2017, s. 79 vd. Ayrıca bkz. *Il Carcere e La Pena* (İtalyan Devlet Arşivi’ne ait, yazarı belirtilmemiş belge) http://www.ristretti.it/commenti/2008/agosto/pdf1/carcere_pena.pdf (Erişim tarihi: 24.10.2016).

³⁷ “*Ceza, bir kötülüğün yine bir kötülükle ödetilmesidir.*” Bkz. HAFIZOĞULLARI – ÖZEN: s. 431.

³⁸ EUSEBI: s. 371.

³⁹ “*Ödetme, cezanın kendisidir. Bir şeyin kendisi, o şeyin amacı olamaz. Bu demektir ki, ödetme, cezanın amacı değildir.*” Bkz. HAFIZOĞULLARI – ÖZEN: s. 431.

işlevidir⁴⁰. Ödetici adaletin ahlaki görünümü, bütün bu dönemlerin edebi, dini ve bilimsel eserlerine sinmiş; örneğin İlahi Komedya'nın metafizik ve dindar ifadesinde baskın olarak işlenmiştir⁴¹. Esasında, tarihi akış boyunca, cezalandıran aktör (şahıs, aile, değişik siyasal formlardaki insan toplulukları veya devlet⁴²) ve cezanın türü ile konusu değişse de, yukarıda da belirtildiği gibi, cezalandırmanın tepkisel yönüne vurgu yapan ve ödeticiliğe dayanan özü, Aydınlanma'ya kadar baskınlığını korumuştur. Ödetici ceza, Aydınlanma'dan sonra da, bu kez seküler görünümüyle ve özellikle Alman idealizmi ile yoğrulmuş olarak yeniden önem kazanacaktır ve adil ceza arayışında “kusur” kavramı keşfedilecektir. Ancak Aydınlanma'nın etkisiyle yukarıda belirttiğimiz sarkaç, önce faydacı düşünce akımı sayesinde, genel önleme amacı taşıyan ceza anlayışına doğru salınmıştır. Ödetme düşüncesine karşı çıkanlar, cezanın, suçla doğan zararı ortadan kaldırma gibi işlevinin olamayacağını, kaldı ki işlenen bir şeyi işlenmemiş gibi düşünmenin mantıksız olacağını belirterek, cezanın geçmişe dönük bir misilleme değil de; kötülük edenlerin sayısını azaltmak, hukuki nizama karşı isyan fikrini önlemeye yönelik olması gerektiğini belirtmişlerdir⁴³. Yani ödetici anlayış bakımından muhafazakar bir tepki olarak nitelendirdiğimiz ceza; önleyici bakış açısında, geleceğe yönelmiş bir projedir. Aydınlanmacı faydacılar olarak adlandırılan düşünürler de bu fikri benimsemiş ve geliştirmişlerdir. Böylece ceza tehdidinin suçu işlemekten alıkoyma işlevi üzerinde bu dönemde daha çok durulmuşsa da, önleyici ceza düşüncesinin Aydınlanma öncesinde de

⁴⁰ *Hafizoğulları – Özen*, ödetmenin, cezanın işlevi de olmadığını savunmakta ve cezanın işlevini, tehdit olarak öngörülme anında “korkutma”; cezanın verilmesi ve infazı anında ise “bastırma” olarak belirlemektedir. Bkz. HAFIZOĞULLARI – ÖZEN: s. 432-436.

⁴¹ PULITANÒ: s. 51.

⁴² Siyaset biliminde, her ne kadar Antik Yunan'da *polis*, Roma'da *res publica*, Ortaçağ'da kent devletlerini ifade eden *civitas* ve yine Ortaçağ'ın zirvesinden itibaren şekillenmeye başlayan *regnum* ile belirli bir tarihi döneme kadar çizilen tabloda eksik kalan tek terim “devlet” (Latincesi *status*) olsa da; bu kavramı, tarih boyunca ortaya çıkmış bütün siyasal formların kategorik adı gibi kullanmak konusunda neredeyse yerleşik bir kabul vardır. Bkz. AGTAŞ: s. 150-152.

⁴³ HONIG, Richard: “*Taksir ve Ceza*” (Çev. Doç. Dr. Yavuz ABADAN), İÜHF, Y. 1938, C. 4, S. 14, s. 218; HEINRICH, Bernd: *Ceza Hukuku, Genel Kısım-1*, (Ed. Yener ÜNVER), Ankara 2014, s. 11.

izleri derindir. Önleme, en ana hatlarıyla genel ve özel önleme olarak ayrılmakta olup; tarihi perspektifte bu iki düşüncenin de kökleri yer almaktadır. Örneğin kefareti reddeden Yunan *Protagoras*, Romalı *Seneca* ve 16. yüzyılın ilk yarısında yaşamış olan ünlü düşünür *Hugo Grotius* tarafından⁴⁴, bir suç işlendiğinden dolayı değil de, bir daha böyle bir suçun işlenmesini önlemek maksadıyla ceza verilmesi gerektiği; zira geçmişin telafisine imkan olmadığı, ancak belki gelecektekinin önüne geçilebileceği yönünde, yani özel önlemenin temeli sayılabilecek görüşler ileri sürülmüştür⁴⁵. Esasında bu anlayış, teoloji tarafından da 1600’lü yıllara kadar kullanılmıştır⁴⁶.

Yine, ceza tehdidinin caydırma fonksiyonuna dayanan genel önleme fikri de antik dünyada yer alırken, bu öğretiye ilk kez Aydınlanma felsefesiyle eklenen nosyon, liberalizm olmuştur⁴⁷. Sosyal sözleşme düşüncesini temel alarak doğan liberalizm, genel önleme ile bağ kurarak, bireysel hak ve özgürlüklerin korunduğu birlikte yaşam düzeninin kurulması için cezayı bir araç olarak görmüştür. Liberalizmin hukuki ve siyasi anlamda etkinliği azaldığında ise, bir yandan idealizm akımıyla ödetici ceza anlayışı yeniden güç

⁴⁴ Aslında *Grotius*, adeta slogan haline gelen meşhur (Latince) sözün de sahibidir: “*malum passionis quod infligitur ob malum actionis*” (işlenen kötülüğe karşılık çektilen acı). Bu nedenle ödetici ceza anlayışı savunucusu olarak değerlendirilen (örneğin bkz. ANTOLISEI: s. 679) *Grotius*, aslında cezanın geçmişteki bir fiilden kaynaklanma özelliğine işaret etmişse de, amaç itibarıyla, geleceğe yönelmesi gerektiğini de belirtmiştir. Zira cezanın en genel anlamıyla, “bir kötülük işlemiş olana, bu yüzden kötülük çekirmek” olduğunu, yani failin suç işlemekle cezayı hak ettiğini kabul etmekle birlikte; kötülüğe karşı kötülük verme isteği şeklinde tezahür eden ve aslında hayvansal kan kızıışmasından başka bir şey olmayan öç alma içgüdüsüne dayanarak verilen cezanın insan doğasına aykırı olduğunu savunmuştur. Bunun üzerine, cezayı haklı kılan yararlı amaçların bulunması gerektiğini ve bunların da, fail, mağdur ve toplum için faydalı olmak şeklinde üç amaçtan ibaret olduğunu ileri sürmüştür. GROTIUS, Hugo: *Savaş ve Barış Hukuku (De Iure Belli Ac Pacis)* (Çev. Seha L. MERAY), Ankara 1967, s. 137 vd. Kısaca *Grotius*, cezanın sebep unsurunu geçmişe; amaç unsurunu ise geleceğe konumlandırmıştır.

⁴⁵ HONIG: “*Ceza Gayeleri*”, s. 419.

⁴⁶ Bkz. PAVARINI: *Istituzioni*, s. 12.

⁴⁷ PULITANÒ: s. 18.

kazanırken; diğer yandan önleme düşüncesinin, yani suç işleyen kişi özelindeki ıslah⁴⁸ içerikli ceza anlayışının yıldızı parlamıştır. Suçlu üzerine yoğunlaşılın bu dönemde, düzeltilebilir olan suçlunun ıslahı, düzeltilemez olanın da etkisiz hale getirilmesi esastır. Önleme fikrinin, her bir suçlu tekil kişiye odaklanan bu kısmı, yani ıslah ve bunun mümkün olmaması halinde etkisiz hale getirme, pozitivizmin her alandaki hakimiyeti altındaki 19. yüzyılın ikinci yarısında, ceza hukukuna damga vuran Pozitif Okul tarafından geliştirilmiş ve cezalandırmaya ilişkin tarihi sahnede bambaşka bir gösteri yaşanmıştır. Sentezlerin, karma görüşlerin ve uzlaştırıcı düşüncelerin çağı olan geçtiğimiz yüzyıl ise, cezalandırmanın meşruiyeti hususunda, önce ödetici-önleyici ikileminde varılan senteze ve ardından da bu senteze, topluma yeniden kazandırma amacının eklenişine şahit olmuştur.

Bu çalışmada, cezanın amaçlarına ilişkin teoriler, yukarıda kısaca özetlenen ekseninde ele alınmıştır. Diğer bir deyişle, ceza hukuku eserlerinde yaygın olan “Okullar” ayrımı yerine, belirli çağlara ait felsefi ve ideolojik paradigmalarn ceza kavramına bakışları üzerinden ilerleme sistemi tercih edilmiştir.

Belirtelim ki, Aydınlanma öncesi dönemlerin hiçbirinde hapis, yaygın bir cezalandırma biçimi olmamıştır. Bu noktada, yerel örf ve adetlere dayanan süreli ve müebbet hapis cezalarının varlığını istisna olarak belirtmekte fayda vardır⁴⁹. Ama genel olarak hapsedme, ceza yelpazesi içinde yer almayan ve *ad continendos homines, non ad puniendos* (hapsetmek değil, tutmak için) prensibi gereğince yalnızca kişinin bir süreliğine elde tutulmasını sağlayan bir yöntemdi⁵⁰. Yargılama sürecindeki tutmanın yanında,

⁴⁸ Bu kavramı karşılamak için “ıslah” sözcüğü de tercih edilmektedir. Bkz. HAFIZOĞULLARI – ÖZEN: s. 432. Ancak “düzeltme, iyileştirme” anlamına gelen ve olan Arapça “ıslah” sözcüğünün Türkçe karşılığı, “ıslah” olduğundan (Bkz. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&kelime=%C4%B1slah&uid=23711&gid=TDK.GTS.5cc033fa1eb882.57753303, Erişim tarihi: 5.11.2018), bu çalışmada Türkçe kullanım tercih edilmiştir.

⁴⁹ Bkz. FOUCAULT: s. 185.

⁵⁰ “Il Carcere e La Pena”, http://www.ristretti.it/commenti/2008/agosto/pdf1/carcere_pena.pdf (Erişim tarihi: 24.10.2016).

hapsetmenin, kurallara uymayan kimseleri disipline davet etmeye yönelik bir idari önlem olarak kullanıldığı da olmuştur⁵¹. Son olarak, haklarında verilen ölüm cezasının infaz edilmesi beklenen mahkumların tutulduğu zindanlar da, antik hapishane formları olarak karşımıza çıkmaktadır⁵².

Öte yandan ödetme fikri, zamanla cezanın amaçları içindeki önemini yitirse de, yahut teorik olarak yitirmesi gerektiği kanaati yaygınlaşsa da, hapis cezasının infazı sürecine kendini eklemlenmiştir. Böylece infaz rejimleri ve cezaevi hayatı ödetme temelinde şekillenmiştir⁵³. Oysa özgürlükten yoksun bırakmanın kendisi bir ceza olmalı, cezaevi koşulları ceza olarak kullanılmamalı ve kişi özgürlüğünden yoksun mahkumun, diğer tüm insan hakları kendisine garanti edilmelidir⁵⁴. Bu anlayışa ilişkin gelişmelere ve günümüzde varılan noktaya çalışmanın ilerleyen bölümlerinde değinilecektir. Şimdi, yukarıdaki

⁵¹ KAYAK: s. 180.

⁵² “Aydınlanma öncesi ve sonrası” ayrımı, şüphesiz, sadece Avrupa’ya özgüdür. Ancak farklı coğrafyalarda Aydınlanma’nın da epey sonrasına kadar, hapis, nihai ceza olarak değil, “tutma” formu olarak kullanılmıştır. Bu tutma, bazen yıllarca ve hatta ömür boyunca sürse de, tam olarak şimdiki anlamıyla tutuklamayla örtüşmemektedir. Yargılama sırasında el altında tutma, yani şimdiki tutuklama tedbiri ya da kimi zaman idari tedbir olarak kullanılmasının yanında ayrıca, genel olarak siyasi gerekçelerle, yargılama yapılmaksızın özgürlükten yoksun kalma da söz konusudur. Özellikle taht mücadelelerinde kardeş ya da yeğenlerin zindana atılması, buna örnek olarak verilebilir.

Osmanlı’da herhangi bir suçtan mahkum olan kimsenin kale surları içinde ikamete tabi tutulup, hisarların dışına çıkmasına müsaade edilmediği ceza türleri olan kalebentlik, cezirebentlik ve zindanbentlik cezalarına 17. yüzyılın son çeyreğine kadar rastlanmamış; yaygın uygulanması ise 18. yüzyılda başlamış ve 1688-1750 yılları arasında Çanakkale Boğazı’ndaki Limni Adası’nda bu cezalara çarptırılan 324 mahkum tespit edilmiştir. Bilgi için bkz. İŞBİLİR, Ömer: XVIII. Yüzyılın İlk Yarısında Osmanlı Devletinde Limni Kalebentleri, Zindanlar ve Mahkumlar (Haz. Emine GÜRSOY-NASKALI ve Hilal Oytun ALTUN) içinde, İstanbul 2006, s. 48. Esasında bu cezaları da, hapis cezası olarak nitelenmek güçtür. Ancak özgürlüğü bağlayıcı ceza kavramının doğuşu bakımından, bu örnekler de önemlidir. Sözü edilen dönem, Osmanlı’da ilk ceza infaz kurumlarının yapıldığı 19. yüzyıla kadar geçiş süreci olmuştur.

⁵³ GÖLCÜKLÜ: s. 15.

⁵⁴ OTHMANİ, Ahmed: Hapishaneden Çıkış, Dünyadaki Cezaevi Sistemlerinde Reform Mücadelesi (Haz. Sophie BESSIS, Çev. Işık ERGÜDEN), İstanbul 2003, s. 59.

tarihsel özetle kısaca değinilen ve çağdaş cezalandırma anlayışının mihenk taşı olan Aydınlanma felsefesinin cezanın amaçları üzerindeki etkilerini inceleyelim.

2. Aydınlanma Dönemi'nde Cezalandırma

a. Faydacılar, Soyut Ceza ve Negatif Genel Önleme

1700'lü yıllarda Avrupa'da başlayan ve ceza hukukunun modernleşmesi sürecinin de mimarı olan Aydınlanma felsefesi, başta iki temel kavram üzerine inşa edilmiştir: Toplum sözleşmesi ve faydacılık⁵⁵. Bunun siyasal düşünce dünyasını ve sistemleri nasıl derinden etkilediğinin detaylarına girmeksizin, ceza hukukundaki yansımasının özünün, cezanın amacındaki değişim olduğunu belirtmeliyiz. Tarih boyunca ödetici ceza anlayışının hakimiyetinin ardından, bu dönemde sarkacın yönü önleyici ceza lehine değişmiştir.

Faydacı düşüncede ceza, laikleşme sürecinden süzölmüş olarak kaşımıza çıkar⁵⁶ ve bizatihi kendisi olarak adaleti sağladığı fikrinden güç almaz. Aksine, yöneldiği nihai amaç(lar) ile meşruiyet kazanır: Ceza, geçmişteki saldırıyı hedef almaktan ziyade, gelecekteki potansiyel işlenişe yönelmeli, onun muhtemel tekrarlanışını önlemelidir. Buradan hareketle cezalandırma, suçun ve cezanın sonuçlarını yönetme sanatı olarak görölmektedir⁵⁷. Ödetici cezanın, mutlak adalet teorisine denk gelmesine ve cezanın

⁵⁵ PAVARINI: s. 16.

⁵⁶ Kendisi de Aydınlanmacı bir düşünür olan *Francesco Verturi*, binlerce yıldır, her bir ilmiğiyle adeta bir kördüğüm olmuş günah ve suç arasındaki bağı, keskin bir vuruşla koparanın *Beccaria* olduğunu belirtir. Onun döneminden itibaren günahlarla Kilise ilgilenirken; devletten beklenen, sadece, kanun ihlali ile doğan kişisel ve toplumsal zararı belirleyip, bunun telafisini sağlaması olmuştur. Ceza da, bundan böyle kefarete değildir. Bkz. MARINUCCI, Giorgio – DOLCINI, Emilio: *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale* (E. DOLCINI e G. L. GATTA tarafından güncellenmiş), Milano 2015, s. 6. Ahlak ve hukuk ayrımının sonucunda günah ve suç kavramlarının ayrılmasını sağlayan asıl düşünürün *Cristiano Thomasius* olduğu yönünde ise bkz. CANEPA, Mario – MERLO, Sergio: *Manuale di Diritto Penitenziario*, Milano 2010, s. 24.

⁵⁷ FOUCAULT: s. 152.

kendinde (*per se*) değerli bir kavram olmasına karşılık, burada ifade edilen ve cezanın bir başka amacı bulunduğu dair aksi yöndeki eğilim, nisbi adalet teorileri içindedir.

“*Neden cezalandırma?*” sorusuna cevap olarak Aydınlanmacı faydacılar, cezalandırmanın nedenini, cezanın barındırdığı kötülük tehdidi aracılığıyla toplumsal düzeni korumak olarak açıklamışlardır. Genel olarak faydacı felsefeye göre insanın rasyonel bir varlık olduğu ve davranışlarını karşılaşılabileceği muhtemel sonuçları tartarak ayarlayabileceği iddiası, ceza hukuku alanında da muhtemel faillerin, sonunda ceza alacakları fiilleri işlemekten vazgeçecekleri şeklinde tezahür etmiştir.

Bu dönemin, *birey* kavramının ve *homo economicus* figürünün doğup, egemen olduğu bir tarihi evre olduğu unutulmamalıdır. Bu figürün ceza hukukundaki karşılığı ise *homo penalist*⁵⁸. Tıpkı *homo economicus* gibi, *homo penalis* de sonuçlarını tartarak davranışlarını belirleme kudretine sahiptir. Şayet *homo penalis*, suç karşılığında alacağı cezayı öngörmesine rağmen suç işlemeyi seçiyorsa, suç işleyerek elde edeceği fayda, işlememeye nazaran daha yüksek demektir. Öyleyse ceza sisteminin, bireyi suç işlemekten imtina ettirecek ölçüde zarar verici olması gerekmektedir⁵⁹. Böylece ceza sistemi, telkin ettiği dehşet vasıtasıyla suçu önleyebilecektir⁶⁰. Cezaların ağırlığı, suç işleme seçiminin “fiyatını” arttırmak suretiyle suçu önlemeyi sağlayacaktır⁶¹. Diğer bir deyişle, suç işlemenin bedeli ne kadar ağır olursa, birey de hukuka uygun davranmaya o kadar çok ikna olacaktır. Böylece, önleme odaklı bir teoride bu amacı sağlamaya dönük her ceza, hatta en

⁵⁸ PAVARINI – GUAZZALOCA: s. 8.

⁵⁹ Ancak kendisi de bir faydacı olan *Beccaria*, cezanın adil olabilmesi için, diğer vatandaşları suç işlemekten vazgeçirecek kadar şiddetli olması gerektiğini kabul etmekle birlikte, önleyicilik ve etkililik için, cezaların kesinliğini, şiddetine tercih etmektedir. Bkz. AKTAŞ, Sururi: “*Cezalandırmanın Amacı Üzerine*”, EÜHFD, Y. 2009, C. XIII, S. 1–2, s. 5. Nitekim *Beccaria*’ya göre, suçları önleyen en önemli fren, cezaların ağırlığı değil, cezaların kesinliğidir. Cezanın yararsız ölçüde dehşet içerikli olması hem ona alışılmasına ve bu yüzden korkutuculuk özelliğinin yitirilmesine ve hem de yargıçların merhameti nedeniyle cezasız kalmaya yol açmaktadır. Bkz. BECCARIA: s. 129-133.

⁶⁰ GÖLCÜKLÜ: s.16.

⁶¹ PAVARINI – GUAZZALOCA: s. 8.

zalim olanı dahi, cezalandırma ekonomisine göre faydalı ceza olduğu kesin olduğu müddetçe uygun görülebilecektir⁶². Görüldüğü üzere, tarihi kökleri zaten derin olan korkutmaya dayalı caydırıcılık düşüncesinin Aydınlanma döneminde yeniden gelişmesi, insan davranışlarının ekonomik yönden okunmasıyla sağlanmıştır. Bu dönemin faydalı ceza anlayışı, cezalandırma ekonomisine bağlı sınırları nedeniyle, eskinin faydalı cezasından ayrılmaktadır. Artık iktidarın, görkemli ve ölçüsüzce dışavurumu olan, azap çektirmeye dayalı cezaların hakimiyeti sona ermiş⁶³; belirli bir öngörü ve plan sonucu nicelik ve nitelik itibarıyla yeterli olduğu belirlenen cezaların ideolojik olarak savunulduğu döneme geçilmiştir.

Ancak insan psikolojisini bu denli basite indirgeyen bir analiz, suç işleme seçiminin “fiyatını” arttırmak için cezaların sürekli artırılması gibi bir *yaptırım terörizmi* yaratma tehlikesi barındırır ve ne yazık ki bunun bir sınırı yoktur⁶⁴. Bu çerçevede cezai sistemin gündemini her daim meşgul eden cezaları artırma eğilimi, ekonomide fiyatın arttırılmasına ve teorik olarak bunun bir sınırının olmayışına benzetilebilir. Nihayet pratikte, yaptırım tehdidi ile potansiyel suçları engelleme fikri başarılı olamamıştır. Zira cezaların ağırlığı, suçluluk oranını hiçbir zaman azaltamamıştır.

Kötülük tehdidi ve korkutma üzerine kurulu olduğu için “negatif”, toplumun tümünü hedef kitlesi olarak belirlediği için “genel” ve nihai amacı suçları önlemek olduğu için **negatif genel önleme** olarak adlandırılan bu tez, esas itibarıyla kanunda öngörülen cezaya, yani *soyut ceza* üzerine yoğunlaşmaktadır ve soyut cezanın temelinde de toplum sözleşmesi yer almaktadır. Nitekim cezalandırma iktidarı, yöneten ve yönetilen arasında akdedilmiş olan, toplumun genel çıkarlarını koruyan ve aynı zamanda bunun için feda edilebilecek bireysel değerleri düzenleyen, diğer yandan da aralarındaki hiyerarşiyi belirleyen bir

⁶² YÜCEL: Hukuk Felsefesi, s. 168.

⁶³ FOUCAULT: s. 153.

⁶⁴ PAVARINI – GUAZZALOCA: s. 8.

sözleşmeye dayanmaktadır⁶⁵. Kanunlarla açıkça öngörülen suçlar ve yalnızca suç teşkil eden fiiller esas alınarak belirlenen cezalar⁶⁶ da, bu ana sözleşmenin birer parçası olup; bunlar sayesinde devlet, kötülük tehdidi vasıtasıyla toplumsal düzeni sağlamakta, yani toplumsal bir yarar elde etmektedir.

Esasında korku hissinin, beşeri varlığın toplumsal eğitiminde oynadığı rolün gücü ve bu nedenle korkutucu ceza sisteminin olumlu etkisi küçümsenmemelidir. Bu nedenle korkutma yoluyla suçların önlenmesi, yani korkutmaya dayalı caydırıcılık, eski zamanlardan beri uygulanan bir yöntemdir. Kaldı ki, ceza yaptırımından korku hissini koparmak da mümkün değildir. O nedenle yalnızca saldırgan korku hissinden kuvvet alan bir ceza ve infaz sisteminden uzaklaşmak gerekse bile, ceza hukukunda korkutucu unsurdan tümüyle arınmak söz konusu değildir⁶⁷.

Faydacı düşünür *Bentham*, cezanın bir kötülük olduğunu ve ancak gelecekteki diğer kötülükleri önleme amacını barındırdığı takdirde meşru olabileceğini ve bunu devamında, temelsiz, etkisiz veya gereksiz olduğu takdirde, cezaya asla hükmedilmemesi gerektiğini belirtmiştir⁶⁸. Ünlü Filozof, cezaların önleme amacını ikiye ayırmakla birlikte, esas itibarıyla genel önleme amacının altını çizmiştir ve bunu da şu şekilde ifade etmiştir: *“Genel önleme, cezalandırmanın meşruluk temeli olduğu gibi, temel amacı da olmalıdır. Eğer bir suçu, benzeri asla gerçekleşmeyen tecrit edilmiş bir eylem olarak mülhaza edebilsaydık cezalandırma faydasız olacaktı. Bu, sadece bir kötülüğün diğerine eklenmesi olacaktı. Fakat biz, cezalandırılmamış bir suçun, sadece aynı fail için değil ve fakat aynı*

⁶⁵ PAVARINI – GUAZZALOCA: s. 5.

⁶⁶ Bu düşüncede cezaların ölçüsü, failin niyeti ya da içinde bulunduğu somut koşullardan bağımsız olarak sadece fiilin topluma verdiği zarara göre belirlenmelidir. Dolayısıyla cezaların belirlenmesinde esas alınan tek ölçüt fiildir. Ancak bu, cezanın ağırlığının suçun vahşetine bağlı olması demek değildir. Ceza, suç fiili ile çığnayan toplumsal antlaşmanın, toplumsal düzen üzerindeki etkisine göre belirlenmektedir. Bkz. FOUCAULT: s. 152.

⁶⁷ Bkz. GÖLCÜKLÜ: s. 16.

⁶⁸ YILDIZ, Elif Çağla: *Jeremy Bentham’ın Ceza Teorisi* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2014, s. 88.

*zamanda suç işleme güdü ve fırsatlarına sahip olanlara da suç işleme yolunu açtığını düşündüğümüz zaman, bir kişiye verilen cezanın herkes için bir güvenlik kaynağı olacağını anlarız.*⁶⁹

Buna ek olarak, bu çalışmanın konusuna da temel oluşturacak şekilde, *Bentham*, cezalandırmadaki önleyici amacın daha ucuz bir maliyetle ve etkili bir şekilde sağlanabileceği durumlarda, cezalandırma yerine eğitimi önermiştir⁷⁰. Fayda - maliyet analizine dayanan bu yaklaşımla birlikte cezalandırmaya seçenek düşüncesi de doğmuştur. Hemen ekleyelim ki, cezalandırmaya seçenek, hapse seçenek demek değildir. Kaldı ki, *Bentham*'ın bu düşünceleri ifade ettiği dönemde hapis cezası, henüz bu ölçüde yaygınlaşmış bir ceza türü de değildir. Üstelik aşağıda daha detaylı şekilde açıklanacak olan ünlü cezaevi mimari projesi *Panoptikon* da bizzat *Bentham*'a aittir. Ancak her halükarda, cezalandırmaya seçenek geliştirme düşüncesi, hapse seçenek geliştirme için de önemlidir.

Beccaria da cezanın amacının hem tekil suçlu bakımından tekrerrü önleme (özel önleme), hem de toplumun genelini suçtan caydırma (genel önleme) olduğunu düşünmüş ve fakat teorisini, esas itibariyle, genel önleme ekseninde geliştirmiştir. Cezaların siyasi amacının başkalarını korkutmak ve korkutmaya dayalı caydırıcılık için cezaların ağırlığından ziyade, cezaların kesin ve hızlı olması gerektiğine ilişkin olan meşhur teorisi, *Beccaria*'nın genel önlemeye ağırlık verdiğinin göstergesidir⁷¹.

b. İdealistler, Somut Ceza ve Ödetme

Aydınlanmacı idealistlere göre ise, iktidarın cezalandırma hakkının dayanağının *ne olduğu* sorusuna faydacılar tarafından verilen cevap, suçlunun hayat, özgürlük ve mülkiyet

⁶⁹ BENTHAM, Jeremy: The Rationale of Punishment, London 1830, s. 19 (aktaran: AKTAŞ: s. 9).

⁷⁰ AKTAŞ: s. 13.

⁷¹ AKSOY RETORNAZ, Emine Eylem: “*Beccaria'nın Hapis Cezasına Bakışı Üzerine Bir Değerlendirme*”, TBB Dergisi, 2014 (112), s. 97-98.

haklarına *hangi sınırlara kadar* müdahale edilebileceği sorusunu yanıtlamaya yetmemektedir. Bunun için, sorunun şu şekilde sorulması gerekmiştir: “**Ne kadar cezalandırma?**”⁷² İşte idealistler, bu ikinci sorunun cevabı olarak sunulan “hak edilen ve adil ceza” meselesi ile ilgilenmişlerdir.

Böyle olunca da sarkaç, yine ödetici adalet yönüne salınmıştır. Zira burada ceza, başka amaca dönük bir gelecek projesi olarak görülmemekte; ancak geçmişte yapılan fiile karşılık, ama en *adil* karşılık olarak verilmektedir. Anlaşıldığı üzere idealistler, kanunda öngörülen soyut cezadan ziyade; suçluya verilmesi gereken *somut ceza* ile ilgilenmişlerdir.

Burada idealistlerin üzerinde durduğu en temel husus, yalnızca *fiil* esas alınarak verilen cezai karşılığın, eşit durumda olanlara eşit cezanın verilmesini engellediği tespittir. Faillerin içinde bulunduğu somut koşulların farklılıklarına bakılmaksızın, örneğin hırsızlık fiillerinin tümünün aynı şekilde cezalandırılmasının adaletsiz olduğunu tespit eden idealistler, hak edilen ve adil ceza arayışında, **kusurun** keşfini gerçekleştirmişlerdir. Böylece faydacıların asıl referans noktası olmuş olan suçun maddi unsuruna manevi unsur eklenmiş ve ceza hukukuna sübjektif nosyon katılmıştır. Suçun hukuki karşılığı olarak cezanın meşruiyeti, failin kusurlu iradesine dayandırılmış ve cezanın miktarının da, yine kusurun derecesine göre belirlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Esas eşitliğin, aynı ölçüde kusurlu irade ile aynı fiili işleyen kişilere aynı cezanın verilmesi ile sağlanacağı ve bu sayede hak edilen cezanın, aynı zamanda adil de olacağı savunulmuştur. Böylece idealistler sayesinde, bunu izleyen dönemlerde titizlikle incelenecek ve geliştirilecek olan, kusur ve kusurlu irade kavramları ceza hukuku dünyasına kazandırılmıştır⁷³.

Bu dönemde ortaya çıkan cezanın derecelendirebilir ve böylece bireyselleştirilebilir olma özelliği, modern cezanın, yani seküler ceza hukukunun enstrümanı olan cezanın,

⁷² PAVARINI – GUAZZALOCA: s. 5.

⁷³ Bkz. PAVARINI – GUAZZALOCA: s. 5-6; PAVARINI: Istituzioni, s. 21.

kendi içindeki ilk kırılma noktasıdır. Bundan sonra, somut cezanın tespitinde objektif kriterlerin belirleyiciliğinden gittikçe uzaklaşan bir sürece girilmiştir⁷⁴.

Buna karşın idealistler de, “*Neden / Ne için cezalandırma?*” sorusuna ilgi göstermemiş, yani soyut cezanın amacını tatmin edici ölçüde açıklamamışlardır. Bu meseleye, “yasa ihlali olan kötülüğün eşit ölçüdeki kötülükle karşılandığı takdirde, iyiliğin temsilcisi yasanın onaylanacağı” şeklinde diyalektik bir yanıt verilmişse de; bu yanıt, cezanın neye hizmet edeceği meselesini çözüme kavuşturmaktan uzak kalmıştır. Dolayısıyla idealistler, amaç arayışından çok, cezanın sonuç olma niteliğine ve nasıl olması gerektiğine yoğunlaşmıştır⁷⁵.

Daha önce de belirtildiği gibi, mutlak adalet teorisinde ceza, kendinde değerli, yani başlı başına bir amaç ve bunun dışında başka bir amacı bulunmayan bir kavram; cezanın temel işlevi de, ödetme olarak görülmektedir⁷⁶. Her ne kadar idealistlerin Aydınlanma sonrası geliştirdiği bu teoride de ceza, toplumsal denge ve adaletin tesisi için araçsallaşmış gibi gözüксе de, aslında, mutlak adalete dayanan cezalandırma gereksinimini yansıtır.

İdealist düşüncede ödetme, ahlaki ve hukuki olarak ikiye ayrılır. Ahlaki ya da manevi ödetme, kötülüğe kötülükle cevap verme ve iyiliği de iyiyle ödüllendirme şeklindeki insan doğasının temel bir ihtiyacından kaynaklanmaktadır. Bundan hareketle, etik düzeni ihlal eden suça da cezalandırma ile karşılık verilmelidir. Hukuki ödetme ise, kanunun iradesine başkaldırının, devlet otoritesini yeniden teyit edecek bir telafiye ihtiyaç duyduğu ve bu telafi yönteminin ceza olduğu fikrine dayanır.

Hukuki ve ahlaki ödetme teorilerinin en klasik temsilcileri *Kant* ve *Hegel*’dir. *Kant*, suç karşılığında ceza öngören yasayı, her halükârda uyulması gereken *kategorik emir* olarak görür ve ceza yasasının, amaçtan bağımsız olarak geçerli olduğunu ve sırf bu

⁷⁴ PAVARINI – GUAZZALOCA: s. 6.

⁷⁵ PAVARINI – GUAZZALOCA: s. 5-6.

⁷⁶ PULITANÒ: s. 50; ÖNDER: Ceza Hukuku Dersleri, s. 478.

nedenle suç işlendiği takdirde, yasada öngörülen cezanın uygulanması gerektiğini savunur. *Hegel* ise, cezalandırmaya ilişkin öğretisini, ünlü diyalektiği ile açıklar: “Suç, hukukun inkarı; ceza ise, suçun inkarıdır. İnkârın inkarı olarak ceza, hukukun yeniden yapılandırılmasıdır⁷⁷.”

Esasında hukuki ödetme, bir yönüyle genel önleme düşüncesinin zorunlu bir sonucu olarak da görülmektedir. Şayet Devlet, kendine itaat ettirmek için ceza ile tehdit ediyorsa, emirleri ihlal edenler karşısında hareketsiz kalamaz ve önceden tehdit aracı olarak kullandığı cezayı somut olarak uygulamalıdır. Hukuku inkar edene karşı Devletin iradesini teyit edecek olan tepki, inkarın vehametine uygun, yani orantılı olmalıdır⁷⁸.

Ödetmeyi, salt ödetmek için ödetmek, yani kötülüğe kötülükle karşılık vermek olarak görmeyip; bunun adalete ulaşmada bir araç olduğunu belirten görüşler de mevcuttur. Zira adalet, iyiliğin iyilikle, kötülüğün de kötülükle ödetilmesini emretmektedir. Ancak burada adalete ulaşmada araç olan ödetme, cezanın amacı değil; cezanın bizzat kendisi, özü ve varlık sebebidir⁷⁹.

Geçtiğimiz yüzyılda İtalyan hukukçular arasında ödetici ceza düşüncesini ve idealist felsefeyi temel alan en önemli temsilci *Bettiol*’e göre faydacı görüşler, kişiyi, kendisi dışındaki bir amaç uğruna araçsallaştırmaktadır; oysa toplumsal ihtiyaçların gerektirdiği ölçüdeki, yani suça ve suçlu kişiye uygun ağırlıktaki ceza, insan onurunun da gereğidir⁸⁰. Ödetme temeline dayanıyor oluşu nedeniyle ceza kavramını ahlak dünyasına sabitleyen *Bettiol*’un kefarete eksanli teorisinde kefarete, kısas prensibinin hukuken tanınması değil;

⁷⁷ ANTOLISEI: s. 679; CATTANEO: s. 702.

⁷⁸ ANTOLISEI: “Ceza ve Emniyet Tedbirleri” (Çev. Yılmaz GÜNAL), SBFD, Y. 1965, C. XX, S. 2, s. 724.

⁷⁹ Bu görüşler için bkz. HAFIZOĞULLARI, Zeki: Ceza Normu, Ankara 1987, s. 198.

⁸⁰ Bkz. RONCO, Mauro: “L’attualità di Giuseppe Bettiol nel 100° Anniversario della Nascita e nel 25° Anniversario della Morte”, http://www.edizioniets.com/criminalia/2007/009_Ronco_147.pdf (Erişim tarihi: 31.3.2017), s. 161.

aksine, cismani zarar üzerine kurulu kisasın reddidir ve bedensel cezaların yavaş yavaş kaybolarak ceza hukukunun insanileşmesinin anahtarıdır⁸¹.

Bu noktada, büyük resme bakıp şu hususu görmek gerekir: Aydınlanma'nın iki temel siyasi – felsefi – hukuki düşüncesi olan faydacı ve idealist anlayışların ortak ürünü haline gelen modern cezanın⁸² asıl hedefi, cezalandırma iktidarına her açıdan sınırlar çizmektir. Gerek cezalandırmaya meşruiyet kazandırılması zorunluluğu ve gerekse cezanın suç fiili ve failin kusuru ile ölçülü olması prensibi, cezalandırma iktidarının sınırlandırılması niyetinin ürünüdür.

Öte yandan bu çalışmanın konusuyla doğrudan ilgili olduğu için vurgulanması gereken husus, faydacı ve idealist yaklaşımların üzerinde uzlaştığı ceza türünün hapis cezası olduğudur. Ancak bunun detaylarına, özgürlükten yoksun bırakmanın ceza olarak öngörülmesinin tarihine ilişkin açıklamalarda girilecektir.

Negatif genel önleme içerikli faydacı teori ve ödetmeye dayanan mutlak adalet teorisinin sağladığı tarihi zeminin üzerine, önleme düşüncesini geliştiren diğer cezalandırma anlayışlarının sundukları tezler yerleştirilebilir.

C. Önlemeye Dayalı Diğer Teoriler

1. Özel Önleme

Özel önleme düşüncesi, cezanın, toplumun geneline değil, üzerinde uygulandığı kişi üzerindeki etkilerine yoğunlaşmaktadır. Daha önce de belirtildiği gibi, eski çağlardan beri kimi düşünürlerce savunulmuş olan bu görüşün yeniden değer kazanması ve geliştirilmesi, pozitivistimin altın çağı olan 19. yüzyılın sonlarına rastlar ve bunda, İtalyan Pozitif Hukuk

⁸¹ BETTIOL: Ceza Hukukunun İnsanileştirilmesi, s. 8.

⁸² Hem faydacı, hem de idealist düşüncelerin biraraya gelerek modern cezanın temellerinin atıldığı düşünsel topluluk, daha sonra Pozitif Okul mensuplarıncı “Klasik Okul” olarak adlandırılmıştır. Burada bahsettiğimiz modern ceza, Klasik Okul’un eseridir. Bkz. KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür: “Aydınlanma ve Ceza Hukuku”, TBB Dergisi, Y. 2014, S. 113, s. 57-98 (özellikle s. 58-59).

Okulu'nun ve Pozitif Okul'un Almanya'daki temsilcisi *Franz von Liszt*'in rolü büyüktür. Temel hedefi tekerrürle mücadele olan özel önleme amacı, cezanın, suçlunun ileride tekrar suç işlememesini temin eden bir araç olduğunu kabul eder⁸³. Bu çerçevede, suçlunun suçtan aldığı hazzın azaltılması, uslandırılması ve iyileştirilmesi; ıslahı mümkün olmayan suçlunun da etkisiz hale getirilmesi esas alınmaktadır⁸⁴. Kişinin tedavisinden, fiziksel tasfiyesi veya etkisizleştirmesine kadar uzanan; ancak her halükarda acıya dayanan ve kronolojik yönden daha eski olan bu teori, *negatif özel önleme* olarak adlandırılmaktadır. Buna karşın, 20. yüzyılın refah devleti projesinde, cezanın artık ıstırap içerikli değil de, eğitim ve iyileştirmeye, topluma yeniden kazandırmaya dönük bir rehabilitasyon süreci olması gerektiğini belirten anlayış ise *pozitif özel önleme*dir. Bu çalışmada, belirtilen ayrım esas alınmakla birlikte, öncelikle, üst başlık olarak özel önleme fikrine genel bir bakışa yer verilecektir.

Suçun, tedavi edilebilir bir (sosyal) hastalık ve cezanın da ilaç olarak görüldüğü özel önleme anlayışında ceza, tıpkı *ilaç*⁸⁵ gibi kötü bir şey olmakla birlikte, aynı zamanda iyileştiricidir. Bu düşüncede önemli olan bir diğer husus da *teşhistir*. Suça tıbbi-psikolojik bakışla yaklaşıldığında ve bunun tedavi edilebilir olması düşüncesi savunulduğunda, şüphesiz, öncesinde bunun teşhisi gerekmektedir. Tam da bu noktada, suç öncesine de müdahale etme ihtimali belirmiş ve işlenmiş bir suçun varlığı şartı, yani Aydınlanmacı klasik ceza hukukunun olmazsa olmazı olan, fiilin garanti edici işlevi ortadan kalkmıştır⁸⁶.

⁸³ ÖNDER: Ceza Hukuku Dersleri, s. 481.

⁸⁴ HEINRICH: s. 13.

⁸⁵ “İlaç” kelimesinin Yunancası olan *farmacum* aynı zamanda zehir anlamına da gelmektedir. Bkz. PAVARINI: Istituzioni, s. 33.

⁸⁶ Bettiol bunu şöyle özetlemiştir: “Liberalizm hukukun müeyyidelendirdiği ‘fiil’ demektir, pozitivizm ise ‘ferdin tehlikeliliği’ demektir.” Bkz. BETTIOL: Ceza Hukukunun İnsanileştirilmesi, s. 7.

Zira “teşhis” için illa fiilin işlenmesi şart değildir. Bu da *fiil* ceza hukukundan *fail* (ya da tehlikelilik) ceza hukukuna geçiş⁸⁷ demektir.

Aslında “ilaç ceza” (*pena medicinale*) fikrinin kökleri *Platon*’a kadar uzanmaktadır. *Platon*’a göre, insanın ya kendisi ya da yakınlık duyduğu başka biri bir haksızlık yapmışsa, o kimse, adaletsizlik hastalığının kök salmasından ve insanın ruhunda onulmaz bir yara açmasından korkup, aynen bir hekime başvuruyormuş gibi, cezasını hemen çekebileceği yere gitmeli, yani yargıç önüne çıkmalıdır. Tıpkı maddi yönden yoksul düşenin ticarete, hastalanan birinin tıbbi başvurması gerektiği gibi, doğruluktan ayrılıp kötülük eden biri de, yargıçların kendilerini adil biçimde cezalandırmaları için adalete başvurmalıdır. Suç işleyip cezasız kalan kimse, düşünüldüğünün aksine, mutlu olamaz. Cezasız kalan, ceza çekenden; yanlışlık yapan da kendisine yanlışlık yapılan kişiden daha mutsuzdur. Hekimin verdiği ilaçlar da hastanın hoşuna gitmez, ama bu ilaçlar onun sağlığına kavuşması için zorunludur. Aynı şekilde, yargıcın vereceği cezalar da, kötülük ve haksızlıklar yaparak suç işlemiş olan birinin hoşuna gitmez; ancak bu, kişinin ruhsal yönden sağlığına kavuşması için de gereklidir⁸⁸.

Antik çağda ileri sürülen bu düşüncenin yıldızı, 19. yüzyıla gelindiğinde yeniden parlamıştır. Bu yüzyılda her ne kadar suçu, hukuken korunan bir değer ihlali olarak tanımlayan, fiil ve buna eklenen kusur eksenli klasik anlayışa sadık kalan kodifikasyon hareketleri hız kazanmış olsa da, hareket noktası kriminoloji olan ve hukuki kurumları

⁸⁷ Bu geçiş, Alman ceza hukukçusu Franz von Liszt’in şu ünlü sözüyle özetlemek mümkündür: “Cezalandırılan, suç değil, suçludur.” Bkz. ANDENSES, Johs: “General Prevention – Illusion or Reality?”, Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Sciences, S. 43 (Issue 2), Y. 1952, s. 176.

⁸⁸ PLATON: Gorgias (Çev. Furkan AKDERİN), İstanbul 2011 (Say Yay.), s. 30-32 ve s. 93-98. Aynı düşünce Russel tarafından da şöyle ifade edilmiştir: “Bulaşıcı bir hastalığa yakalanmış bir kişi toplumu için tehlikeli olduğundan seyahat özgürlüğü kısıtlanmalıdır. Kimse bu durumla suçluluk fikrini ilişkilendirmemektedir. Aksine, o, arkadaşlarının ilgisine mazhar bir objedir. Hastalığının tedavisi için bilimin önerdiği adımlar atılmakta ve hasta genelde duraksamasız özgürlüğünün kısıtlanmasına rıza göstermektedir. Aynı yöntem suçluların tedavisinde de uygulanmalıdır.” Bkz. RUSSEL, Bertrand: Roads to Freedom, London 1918, s. 135 (aktaran YÜCEL: Hukuk Felsefesi, s. 166, 33 no.lu dipnot).

bilimsel çerçeveye yerleştirmeyi hedefleyen yeni bir akım doğmuştur. Suça değil, suçluya yönelen, onla mücadelede yeni yöntemler arayan ve bunun için suçluyu antropolojik ve tıbbi olarak incelediği gibi, sosyolojik olarak da inceleyen bu bilim insanları, Pozitif Okul'u yaratmışlardır. Sosyolojik incelemeler, toplumun dezavantajlı sınıflarına mensup bireylerin suça eğilimlerini gözlemleyip bununla mücadelede yeni araçlar geliştirilmesini sağlamıştır⁸⁹ ve bu değerli bilgi birikimi üzerine, sonraları pozitif özel önleme teorisi de inşa edilecektir. Ancak daha çok tıbbi ve antropolojik çalışmaların üzerine yerleştirilen *sosyal hijyen* kavramı⁹⁰; ceza yerine önerilen ve süresi önceden belirli olmayıp sadece tehlikeliliğin azaltılmasına bağlı olarak sonradan değişebilen *tedavi* fikri; hatta ceza kanununun “*Sosyal yönden tehlikeli olan her kişinin, tehlikeliliği giderilmelidir.*” şeklindeki tek bir maddeden ibaret olabileceği önerisi gibi aşırı düşünceler, negatif özel önleme düşüncesini oluşturmaktadır. Bu düşüncenin aşırılıkları, 19. yüzyılın sonlarındaki tıbbi-psikolojik yaklaşımları ceza hukukuna uyarlama çabasına giren İtalyan Pozitif Okulu'un kurucularının dahi frene basmalarıyla sonuçlanmıştır⁹¹.

Her ne kadar, özel önleme düşüncesi açıklanırken “ağır suçları işleyen tehlikeli kişi” üzerindeki vurgu yoğunlaşsa da aslında bu düşüncenin, basit ihlaller karşısında, (kişiyi *tedavi* etmeyi amaçlamayan) sadece gelecekteki potansiyel ihlalleri önleyici nitelikteki cezalar ile de açıklanabileceğini belirtmek gerekir. Söz gelimi, trafik cezası alan bir sürücü,

⁸⁹ HONIG, Richard: “*Ceza Gayeleri Nazariyesinin Tarihine Dair*” (Çev. Dr. Yavuz ABADAN), İÜHFM, C. 2, Y. 1936, s. 415.

⁹⁰ YÜCEL: Hukuk Felsefesi, s. 167.

⁹¹ Örneğin Pozitif Okul'un İtalya'daki en önemli temsilcilerinden *Ferri* ve *Grispigni* ile Almanya'daki temsilcisi *Franz von Liszt*, suçun semptomatik bir kavram haline getirilmesini eleştirmişler; Aydınlanmacı ceza hukukunun klasik formülasyonu haline gelmiş temel prensiplerden vazgeçişin hızlanması üzerine frene basma ihtiyacı hissetmişlerdir. *Von Liszt*, devletin, içerik ve şartlar bakımından hukuken sınırlandırılmış bir cezalandırma gücü olduğunu; bireysel özgürlüklere ilişkin bu sınırların, örneğin “*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*” prensibinin, muktedir devlet, çoğunluğun kör gücü veya *Leviathan* karşısındaki savunmasız yurttaşın siperi olduğunu belirtip; klasik ceza hukukunun bu temel prensiplerine bağlı kaldığını ilan etmiştir. Bkz. MARINUCCI – DOLCINI: s. 7-8.

bu ceza sayesinde daha az zararlı hale gelmiş değildir. Ancak burada ceza, gelecekte yeniden kural ihlali yapmaması için kişiyi daha dikkatli hale getirebilmektedir⁹². Hatta bu şekilde yasak içeren genel kuralın ne anlamına geldiğini, kendi üzerinde uygulanması suretiyle daha iyi anlayan kişi özelinde, bu kuralın caydırıcılık özelliği arttığından aslında çatışır gibi görünen iki düşünce, yani caydırıcı genel önleme ile önleyici özel önleme amaçları da birleşebilmektedir⁹³.

Özel önlemeye önem veren bir diğer çağdaş akım da Toplumsal Savunma Okulu'dur. Kurguladığı sistemin dayanak noktasının özne (fail) olması ve böylece özel önleme amacı ve bireyselleştirme ilkesi bakımından Pozitif Okul'a benzer olan Toplumsal Savunma Okulu, irade özgürlüğünü reddeden katı determinist tez yönünden Pozitif Okul'dan ayrılmaktadır⁹⁴. Kusura dayalı ödetici nitelikteki geleneksel ceza yerine, geleceğe yönelen ve kişiye göre değişen önleyici uygulamaları önerdiği için, adeta hastalığın tedavisinde kullanılan ilaç gibi, suç öznesinin iyileştirilmesine, topluma dönmesine; böylece hem bireyin yeniden kazanılmasına hem de toplumun savunmasına hizmet etmeyi esas almaktadır.

Şüphesiz *ilaç ceza* anlayışının yeniden değer kazanmasında Pozitif Okul ve Toplumsal Savunma Okulu başrolü oynamaktadır; ancak cezanın birincil amacının ibret vericilik yoluyla toplumu caydırma (negatif genel önleme) olduğunu savunan faydacı düşünür *Bentham*'da da, özel önleme, cezanın yan amacı olarak kendine yer bulmuştur⁹⁵. Tüm felsefesinde olduğu gibi, ceza hukuku teorisinin merkezine de, en büyük sayıda insanın en büyük mutluluğunu yerleştiren *Bentham*'a göre kişi, suç işlediğinden dolayı

⁹² ANDENSES: s. 180. Verilen örnek her ne kadar teknik anlamda ceza hukukunun alanına girmese de, cezalandırmanın özel önleme amacına ilişkin olarak, ağır suçlar ve tehlikelilik gibi kavramların yarattığı dar kalıplara sıkışmamak açısından önemlidir.

⁹³ ANDENSES: s. 180.

⁹⁴ GRAMMATICA, Filippo: Toplumsal Savunma İlkeleri (Çev. Sami Selçuk), Ankara 2005, s. 35, aynı eser içinde ayrıca bkz. "Sunuş" (çevirene ait), s. 27-28.

⁹⁵ YILDIZ: s. 80 ve 103.

değil de, bir daha suç işlememesi için cezalandırıldığında bütün insanlar fayda elde edeceklerdir⁹⁶. Dolayısıyla cezanın türü ve miktarı, suçluyu uslandıracak, yeniden suç işlemekten alıkoyacak tür ve miktarda olmalıdır. Ünlü *Panoptikon* projesi de böyle doğmuştur. Herkesin (*pan*) gözlenmesi (*opticon*) anlamına gelen bu tasarım, daire şeklindeki bir cezaevi mimarisine ve dairenin merkezinde yer alıp, her mahkumun gözlemlenmesine olanak veren bir gözlem kulesine dayanmaktadır⁹⁷. *Bentham*, mahkumların kulenin içini göremediği, ancak bunun tersinin, yani kuledeki gardiyanlar tarafından mahkumların izlenmesinin mümkün olduğu *panopticon* cezaevi mimarisi üzerinden, gözetim yoluyla disiplin ve düzeltme tezini savunmuştur. Çünkü kendilerinin görmedikleri gardiyanlar tarafından her daim izlendiklerini bilen mahkumlar, davranışlarına dikkat etmek ve düzeltmek zorunda kalacaklardır⁹⁸.

Kısaca açıklanan anlayışların tümü “özel önleme” çatısı altında teorik olarak buluşturulabilirse de, aslında birbirlerinden oldukça farklı çizgilerde yer almaktadırlar. Özel önlemeye ilişkin bu genel açıklamanın ardından, bunun bir türü olan pozitif özel önleme teorisi hakkındaki bilgilere yer verilebilir.

a. Pozitif Özel Önleme

Sosyal bir hukuk devleti projesi olan pozitif özel önleme teorisi, suçluların genellikle, ekonomik, sosyal, kültürel ve entelektüel yönden yoksunluk yaşayan, kısacası dezavantajlı sınıflara mensup oldukları ipotezi üzerine kurulmuştur. Bu düşüncenin hareket noktası, toplum içinde ötekileştirilen, suç makinası olarak görülen ve sosyal sistemin en alt kademesi olan yoksullar olmuştur. Ancak bu yoksulluk sadece ekonomik değil, kültürel ve entelektüel olarak da anlaşılmalıdır. Cezaevleri pek çok anlamda yoksunluk yaşayan bu

⁹⁶ YILDIZ: s. 79-80.

⁹⁷ SEYHAN, Kazım: *Klasik Okul Teorileri, Kriminoloji* (Ed. M. Alper SÖZER – Ercan BALCIOĞLU) içinde, Ankara 2016, s. 45.

⁹⁸ SEYHAN: s. 45.

nitelikte insanlardan oluşmaktadır⁹⁹. Esasında yoksunluk yaşayan bu sınıf, 1800’lü yıllardan itibaren “tehlikeli” görülmeye başlanmıştır. Bu sınıfın tehlikeliliği, yoksunluklarından kaynaklandığına göre, bu yoksunlukları gidererek suçun ya da yeniden suç işlenmesinin önlenebileceği ileri sürülmüştür. Suç artık ontolojik olarak hukuki bir kurum değil; doğal, psikolojik ve sosyal bir kurumdur. Böylece suç, bir sosyal mesele halini almakta; çözüm de cezalandırma aracılığıyla iyileştirme ve topluma yeniden kazandırmaya dönük bir proje olarak sunulmaktadır. Artık *Beccaria* ve genel olarak aydınlanmacı ceza hukukçularının *homo penalis* figürü yerine, *homo criminalis* yerleştirilmiştir. *Homo penalis* aslında (yararı çoğaltma derdinde olan) bir *homo economicus* iken, *homo criminalis* tehlikeli bir kişidir, çünkü onda hep daha “az” vardır¹⁰⁰. İşte bu yoksunluk halini ortadan kaldırmanın suçu önleyeceği; bunun için de az ile çok arasında farkı azaltmak gerektiği belirtilmiştir¹⁰¹.

Pozitif özel önlemenin çağdaş görünümü, topluma yeniden kazandırmadır¹⁰². Hapis cezasının kökeninde, sosyal marjinalliğin disiplini ve kontrolü yer aldığı kabul edildiğinde, hapis cezasının infazı da, disiplin yoluyla suçluyu, dürüst ve çalışkan vatandaş haline

⁹⁹ Bunun sosyolojik nedenlerine ilişkin olarak, esasında yukarıda sayılan anlamlarda yoksunluk içinde olanların, diğer insanlar kadar suç işlemelerine rağmen, sistemin öncelikle onları cezalandırdığı; çünkü ceza sisteminin eleyici olduğu ve kendi “müşterilerini” seçtiği hakkında bkz. PAVARINI: Istituzioni, s. 30, 31 ve 41.

¹⁰⁰ PAVARINI: Istituzioni, s. 33.

¹⁰¹ PAVARINI: Istituzioni, s. 40-43.

¹⁰² Topluma yeniden kazandırma, İngilizce’deki *reintegration* kelimesinin karşılığı olarak kullanılmaktadır. Bu kelimenin Türkçe çevirisi olarak “yeniden bütünleşme” ifadesinin daha uygun olduğu belirtilmiştir. Ayrıca topluma yeniden kazandırma yerine, “topluma yeniden uyum sağlama” ifadesi de önerilmiştir. Bkz. YAVUZ, Hakan: Ceza İnfaz Sistemi ve Denetimli Serbestlik, Ankara 2018, s. 13. Topluma yeniden kazandırma, *resocialisation* kelimesinin karşılığı olarak da kullanılmaktadır. Bkz. BACAŞIZ, Pınar: “Cezalandırma ve Topluma Yeniden Kazandırma”, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan), Y. 2014 (Basım yılı: 2015), s. 4921. Bu çalışmada, yabancı literatürde sıklıkla karşılaşılan yeniden sosyalleşme (*resocialisation*) ve yeniden eğitim (*rieducation*) kavramlarını da kapsayacak şekilde, Türkçeye daha uygun olduğu düşüncesiyle, *topluma yeniden kazandırma* terimi tercih edilecektir.

getirme şeklindeki pedagojik bir proje olarak görülmektedir¹⁰³. Dolayısıyla hapsetme pratiği cezalandırma sisteminin temeline yerleşmeye başladıkça artık elde edilmesi umulan “yarar” da yalnızca topluma salınan ceza tehdidi ile suçların önlenmesi olarak kalmamış, halihazırda suç işlemiş olanların da “düzeltmesi” yönünde gelişmiştir. Böylece cezaevinin de sırf cezanın çekilmesi amacıyla girilen, ödetme içerikli bir kurum olmaktan ziyade, suçlunun iyileştirilmesinde ve topluma yeniden kazandırılmasında yeni metotların uygulanabildiği bir ıslah kurumu olduğu düşüncesine geçilmiştir¹⁰⁴. Böylece hapis cezasının yol açtığı tıkanıklık da giderilebilecektir.

Bu teze göre, binlerce yıllık ceza hukuku düşüncesinin gelişimi, artık mantıksal ve ahlaki olarak bizleri yeniden düşünmeye sevk etmektedir. Sorgulanan şudur: “Suçun negatifliği karşısında, aynı doğaya ve aynı negatifliğe sahip bir tepki bu kez faile verildiğinde, olumsuzluğun yarattığı toplam ağırlık artmaz mı¹⁰⁵?”

Bu dönemin siyasi altyapısında Avrupa refah devletlerinin gelişmesi vardır. Özellikle bu devletler, cezaların, ödetici ve acı verici içerikten arındırılması, esas itibariyle eğitici ve iyileştirici olması yönünde ciddi adımlar atmışlardır. Bu yönde İtalya, 1948 tarihli Anayasası’nda, cezaların, insanlık dışı muamele içermeyeceğini ve hükümlünün topluma yeniden kazandırılmasını esas alması gerektiğini açıkça anayasal norm haline getirerek (İtalyan Anayasası m. 27) ilk adımı atmıştır¹⁰⁶.

Ancak bu yöntemlerin suçu ve tekrarı engellediği ampirik delillerle kanıtlanamamıştır. Bu nedenle pozitif özel önleme, gerçekleşebilir olmaktan uzak, yalnızca ideolojik bir teori olmakla eleştirilmiştir¹⁰⁷. Bu sistemin felsefi eleştirisi, özgürlüğün

¹⁰³ PAVARINI – GUAZZALOCA: s. 6.

¹⁰⁴ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: Türk Ceza Sistemi (Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar), Ankara 1966, s. 31.

¹⁰⁵ EUSEBI, Luciano: “Pena”, Dizionario Sistematico, Diritto Penale (Ed. Fausta GIUNTA) içinde, 2008, s. 371.

¹⁰⁶ Cezalar bakımından insanlık duygusundan ilk defa bahseden anayasanın, İtalyan Anayasası olduğu yönünde bkz. BETTIOL: Ceza Hukukunun İnsanileştirilmesi, s. 9.

¹⁰⁷ (Bu görüşleri aktaran) PAVARINI: Istituzioni, s. 34 vd.

yüceltildiği bir dünyada, aslında iyi ve kötü arasında özgür iradesiyle seçim yapma hakkı bulunan ve bunun sorumluluğunu üstlenebilen insanı, sürekli “iyi” olmaya zorlamanın çelişkili olduğu; sosyolojik eleştirisi ise iyileştirmeyi ve düzeltmeyi amaçlarken pratikte sonuçların daha da kötüleştiği, özellikle tekerrür oranının arttığı üzerine olmuştur¹⁰⁸. Hatta bu düşünce, özgürlük esasına dayanmadığı için kabul edilemez, çoğulcu bir toplumda uygulanabilirliği olmadığı için gerçek dışı ve totaliter çağrışımlar yaptığı için de korkutucu bulunmuştur¹⁰⁹. Şayet eğitim, “kendine benzetme” olarak tanımlanır¹¹⁰ ve cezalandırmanın topluma yeniden kazandırma) amacı, kişilik asimilasyonu¹¹¹ derecesine vardırılırsa, ütopya olarak kurgulanan sistemin distopyaya dönüşümü kaçınılmazdır. Dolayısıyla pozitif özel önleme teorisinin benimsenmesinde bu noktalarda hassasiyet gösterilmesi gerekmektedir.

Teorik eleştirilerin ötesinde, gerçekte de, bu teorinin içine doğup geliştiği sosyo-ekonomik yapı olan refah devleti anlayışının da zamanla terk edilmesi, bunun yerine küreselleşme, neo-liberalizm, neo-muhafazakarlık ya da yeni sağ gibi kavramlarla ifade edilen¹¹² yeni bir politik döneme geçilmesi, pozitif özel önlemenin, cezalandırmanın asıl amacı olarak görülmesi düşüncesinden uzaklaşılmasına yol açmıştır. Ekonomik açıdan verimliliğin, karlılığın ve rekabet edilebilirliğin artması olarak özetlenebilecek olan yeni yaklaşımla¹¹³, refah devleti modelinden uzaklaşılırken, bu dönüşüme eşlik eden ceza hukukunda da değişik yaklaşımlar güç kazanmaktadır. Bu noktada öncelikle ceza adaleti kurumlarının devlet tekelinden çıkmasına ilişkin bir analiz yapılmaktadır. Buna göre, refah devleti modelinden farklı olarak devlet, kendi cezalandırma iktidarını, yeni dönemde

¹⁰⁸ Bkz. BERTACCINI, Davide: *Fondamenti di Critica della Pena e del Penitenziario*, Bologna 2019, s. 27.

¹⁰⁹ Bkz. PAVARINI – GUAZZALOCA: s. 10.

¹¹⁰ Tanım için bkz. AYDIN, Öykü Didem: *Emniyet Tedbirleri* (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1994, s. 299.

¹¹¹ Terim için bkz. AYDIN: *Emniyet Tedbirleri*, s. 70.

¹¹² KETİZMEN, Muammer: “*Ceza Hukukunda Metalaşma ya da Yeni Ceza Adalet Sistemi?*”, Türkiye’nin Hukuk Sisteminde Yapısal Dönüşüm (Der. Ali Murat ÖZDEMİR – Muammer KETİZMEN) içinde, Ankara 2014, s. 153.

¹¹³ KETİZMEN: s. 153.

bireyle paylaşmaya başlamış; örneğin, teorik temelleri onarıcı adalet ve cemaatçi yaklaşımlara dayanan uzlaşma ve arabuluculuk gibi kurumlar ile ceza hukukundaki devlet-birey ilişkisi tekeli yıkılarak, bireyler arası ilişkilerle de suç ve cezaya ilişkin problemler çözülmeye başlanmıştır¹¹⁴. Bunun dışındakiler içinse, yani devletin cezalandırma tekeli modelinin korunduğu hallerde, ödetme eksenli cezalandırma anlayışına farklı bir meşruiyet temeliyle dönüş gözlemlenmektedir. Bu çerçevede, neo-liberal politikaların ödetmeci cezalandırma anlayışı, Aydınlanmacı idealistlerin savunduğu kusura oranlı cezadan ziyade, suç olgusu karşısında toplumun korku duygusu ve sürekli art(tırıl)an güvenlik ihtiyacına oranlı bir ceza olarak değerlendirilmektedir¹¹⁵.

b. Negatif Özel Önleme

Yukarıda belirtildiği gibi, sonradan Klasik Okul olarak adlandırılan akıma dahil olan faydacı ve idealist düşüncelerin senteziyle gerçekleşen ceza hukuku aydınlanmasının büyük ideali, *fiil ceza hukuku* idi. Normatif olarak öngörölmüş fiilleri işleyen bireyin yargılanıp cezalandırıldığı bu sistemde ceza, hukuki değer ihlaline karşı (tehlikeli kişiye karşı değil), işlenen fiildeki (gelecekte işleneceğinden şüphe edilen fiildeki değil) kusur oranında verilen bir tepki idi.

Oysa tehlikelilik üzerine kurulu ceza hukuku sistemi (*tehlikelilik ceza hukuku* ya da *fail ceza hukuku*), gelecekte işlenecek suçlarla mücadele etmektedir. Bu durumda bilimsel olarak bir kişinin yeniden suç işleyeceği yönünde güçlü bir teşhis (elbette kesin olması mümkün değildir) konulabiliyorsa, onu yeni suçlar işlemeye göndermek yerine, toplumun, onu bir daha asla suç işlemeyecek hale getirmesine, hatta gerekirse yok etmeye hakkı olduğu savunulmaktadır.

¹¹⁴ Bu konuda daha detaylı analiz için bkz. KETİZMEN: s. 161 vd.

¹¹⁵ BERTACCINI: s. 34.

Verilen örnek şudur: Şayet daha önce yirmi beş kişiyi öldürmüş bir seri katil yakalanabiliyorsa, ceza yoluyla kendisini eğitime fikrine inanarak, kendimizi kandırmış olmaz mıyız? Cezaevinden çıkar çıkmaz yirmi altıncısını da öldürmeyecek midir? Bunun gerçekleşmesini beklemek mi, yoksa önceden bu tehlikeyi bertaraf etmeyi mi seçmek doğrudur¹¹⁶?

Bu tarz sorunların çözümü olarak geliştirilen cezalandırma anlayışı olan negatif özel önleme, suçlunun yeniden suç işlemesinin, fiziksel olarak olanaksız hale getirilmesi için etkisizleştirilmesi, kapasitesizleştirilmesi, nötrleştirilmesi düşüncesi üzerine kuruludur.

İtalyan Pozitif Okulu, tehlikeli kişiler arasından “düzeltilemez” olanların etkisizleştirilmesini önermiştir. Çünkü onlara göre esas mesele, toplumun korunmasıdır. Şüphesiz “düzeltilebilir” olan suçluların, pozitif özel önleme başlığında belirtilen yöntemlerle ıslah edilmesi, bu düşüncede de yer almaktadır. *Lombroso*, *Ferri* ve *Garofalo*’nun öncüsü olduğu bu hukuk akımının benimsediği teoriye göre, pedagojik bir müdahale ile topluma yeniden dahil edilebilecek olan faillere bu yöntemler uygulanmalıdır. Ancak her halükarda toplumun savunulması gerektiğinden, topluma yeniden kazandırmanın mümkün olmadığı suçlular bakımından tek çözüm, etkisiz hale getirmedir¹¹⁷.

İlk olarak 1800’lerin sonundaki pozitivist dünyada yeşeren fail ceza hukukunu, yirminci yüzyılda düşman ceza hukuku teorisine taşıyan ise *Günther JAKOPS*¹¹⁸ olmuştur. Tehlikelilik kavramını merkezine alan fail ceza hukukunu aşırı ölçüde sertleştiren bu teori, tehlikeli olanı, belirli hakların sahibi bir *kişi* olarak dahi kabul etmemekte ve ona karşı her

¹¹⁶ PAVARINI: Istituzioni, s. 37.

¹¹⁷ Bkz. PAVARINI: Istituzioni, s. 36.

¹¹⁸ Böyle bir teorinin, dünya üzerinde, insan hakları ihlallerinin belki de en az olduğu Almanya’da ve *Claus ROXIN* gibi ceza hukukunun gelişimine büyük katkısı olan bir hukukçunun öğrencisi tarafından üretilmesi şaşkınlıkla karşılanmıştır. Bkz. PAVARINI: Istituzioni, s. 59.

türlü muamelenin mümkün olduğunu ileri sürmektedir¹¹⁹. Teoride bile korkunç görünen bu düşünce, esasında, günümüz güvenlik politikaları gerekçesiyle dünya üzerinde yaygın biçimde kabul edilmiştir. Özellikle 11 Eylül sonrası dünyada değişen iklimde, uluslararası terörün yarattığı iç ve dış düşmanlardan korunma ve onlarla mücadele ortamında uygulanan pek çok tedbir, örneğin *Guantanamo* Hapishanesi¹²⁰ yahut hazırlık hareketlerini cezalandıran ceza normları¹²¹ bu tez ile meşrulaştırılmaktadır. Ancak, devletlerin kendini savunma hakkından güç alarak düşmanına saldırmasının suç eksenli uzantısı olan bu anlayış benimsendiğinde bilinmelidir ki, ceza hukukunun dışına çıkılmış; artık savaş hukukuna girilmiştir¹²².

Ayrıca bu teoride tehlikelilik, sadece tekerrür tehlikesinden ibaret olmayıp, ilk defa işlenecek potansiyel suçları da kapsamaktadır. Bu mesele, özellikle terörizm çağında realist ve çözümü zor bir soruyla karşımıza çıkmaktadır: “Terör örgütüne mensup olduğu bilinen ya da kuvvetle tahmin edilen bir kişiye müdahale etmek için, bir meydanda bomba patlatmasını mı beklemek zorundayız?”

Liberal demokratik bir ceza hukuku siteminde, muhtemel faillerin “yok edilmesi” radikal bir görüş olarak görülse de, yok etmenin birçok farklı yolu olduğu akla gelmelidir. Etkisizleştirme adına en işlevsel cezalar, ölüm ve müebbet hapis cezasıdır. Esasında salt negatif özel önlemeci bir pencereden bakıldığında, infaz müddetince mahkumun infaz kurumu dışında suç işlemesi mümkün olmayacağından, müebbet olmayan hapis cezalarının da -kısmi ve süreli olarak- etkisiz hale getirici bir işlevi olduğu görülmektedir.

¹¹⁹ PAVARINI: Istituzioni, s. 58-59.

¹²⁰ *Guantanamo*’nun fiil ceza hukuku anlayışıyla meşrulaştırılmasının mümkün olmadığı, ancak düşman ceza hukuku teorisiyle kusursuz biçimde uyumlu olduğu olduğu hakkında bkz. PAVARINI: Istituzioni, s. 59.

¹²¹ JAKOPS, Günther: “*Düşman Ceza Hukuku? - Hukukiliğin Şartlarına Dair Bir İnceleme*” (Çev. M. Cemil OZANSÜ), Terör ve Düşman Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi – 8, (Proje Yön. Kayıhan İÇEL, Haz. Yener ÜNVER) içinde, Ankara 2008, s. 522.

¹²² PAVARINI: Istituzioni, s. 36.

Öte yandan, şayet bir düşman belirlenmiş ve asıl amaç onun silahlarını elinden almak ise, sürekli gözetleme ve kontrol etme de, aslında bir nevi yok etmedir. Üstelik korku duygusunun yarattığı baskı sayesinde, bütün bu müdahaleler toplum nezdinde rahatlıkla onaylanmaktadır. Bu teorinin önerdiği çözümler içinde radikal olanları, liberal-demokratik bir ceza hukuku sisteminde etik-politik açıdan elbette kabul edilemez. Buna karşın, modern cezalandırma pratiklerinin pek çoğunun, aslında negatif önleme düşüncesinin uzantıları olduğunu da görmek gereklidir. Örneğin yüksek güvenlikli ceza infaz kurumları, cinsel suçlar için kimyasal hadım ve sürekli gözetimi sağlayan (elektronik kelepçe gibi) araçların kullanımı, bu anlayışın izlerini taşıyan uygulamalardır.

2. Yeni Bir Yaklaşım: Pozitif Genel Önleme

Özel önlemeye ilişkin son iki alt başlıktaki açıklamaların ardından, kitlesel söyleme sahip genel önleme düşüncesine yeniden salınıp, bu düşünceye, görece yeni eklenen pozitif nosyona değinmekte fayda vardır.

Aydınlanma ile benimsenen negatif genel önlemede, cezanın, suç işleme potansiyeli taşıyan toplum üyelerini korkutma ve caydırma fonksiyonu olduğunu hatırlatarak belirtelim ki; geçtiğimiz yüzyıl geliştirilen pozitif genel önlemede cezalandırma aracılığıyla verilen mesaj, kurallara uyan, suç işleme eğilimi barındırmayan toplum üyelerine yöneliktir. Yani negatif genel önleme, suç işleme potansiyeli bulunan azınlığa hitap etmekte iken; pozitif genel önlemenin odağında, toplumsal kurallara uyan çoğunluk yer almaktadır¹²³. Modern sosyolojinin kurucusu olarak görülen *Durkheim*'ın, bu tezin de ilk savunucularından olduğu kabul edilmektedir¹²⁴.

Pozitif genel önleme düşüncesinde cezanın meşruiyeti açıklanırken, öncelikle, hukukun, sosyal sistemi yerleştirme (stabilize etme), davranışları yönlendirme ve

¹²³ PAVARINI – GUAZZALOCA: s. 9.

¹²⁴ Bkz. PAVARINI: Istituzioni, s. 44.

beklentileri kurumsallaştırmaya hizmet ettiğine işaret edilmektedir. Önceki tezler kişisel psikolojik seçimler üzerine kuruluyken, bu tez norma duyulan güven ekseninde sosyolojik bir yaklaşımla hareket etmektedir.

İlkel toplumlarda toplumu oluşturan bireylerin birbirine duydukları rastlantısal ve karşılıklı güvenin ötesinde, günümüz gelişmiş toplumlarında, artık, hukuki norm ve kurumlara olan güven esastır¹²⁵. Önemli olan, hukuki düzenleme ve kurumların vatandaşlara sunduğu güvendir. Pozitif genel önleme düşüncesinin yeşerdiği sistemin referans noktası, Aydınlanma'nın merkezindeki *birey* değil, yirminci yüzyılın ikinci diliminden itibaren yerleştirilmeye çalışılan *kurumsallıktır*. Bu düşünceye göre ceza normu, muhtemel suçlulara yönelik korkutma ve caydırmadan ziyade, kendisine duyulan güven sayesinde toplumun tümüne yönelik bütünleştirici bir işleve sahiptir. Zira suç, norma duyulan kurumsallaşmış toplumsal güveni tehdit etmekte ve bunun karşılığında verilen ceza ile bu güven yeniden tesis edilmektedir. Yani ceza sayesinde normun yeniden tanınması ve hukuka güvenin temini sağlanmaktadır. Bu yönüyle, pozitif genel önleme, “bütünleştirici önleme¹²⁶” ya da “toplumsal entegrasyon teorisi¹²⁷” olarak da adlandırılmış ve geçtiğimiz yüzyılda, özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra geliştirilmiştir.

Pozitif genel önleme, korkuya değil, pedagojik yönlendirmeye ve öğrenmeye odaklanan bir sosyal psikoloji mekanizması öngörmektedir. Teorinin temel düşüncesi, cezalandırmanın, ortalama bir vatandaş ve böylece toplumun çoğunluğu nezdinde, kanunlarla korunan toplumsal değerlere uyma bilinci yarattığıdır. Bu bakış açısında, ceza hukuku sosyal bir kurum olarak görülmekte ve bir kolektif eğitim malzemesi olmakta; tekil suçludan ziyade (veya ondan daha önce) toplumun geniş bir kesimi için yararlı bir araç haline gelmektedir. Suçun, ceza ile karşılanmaması halinde ise, genel olarak herkesin

¹²⁵ PAVARINI – GUAZZALOCA: s. 9.

¹²⁶ PAVARINI – GUAZZALOCA: s. 9.

¹²⁷ PAVARINI: Istituzioni, s. 43.

içinde bulunan kuralları çiğneme eğilimi, itici güç kazanacak ve yayılacaktır. Nitekim suç, potansiyel olarak bulaşıcılık riski taşımaktadır.

Bu teze göre belirli ihlaller karşılığında ceza tehdidini öngören kanunlar ve somut olayda bu cezanın verilmesi sayesinde, her seferinde, toplumun temel değerlerinin herkes tarafından öğrenilmesini ve bunların yeniden hatırlanmasını sağlar. Böylece birbiri ile bağlantılı üç etki yaratılır. Bunlardan birincisi, hukuka uymamanın sonuçlarını gören vatandaş için *sosyal-pedagojik etkidir*. Normun ihlal edilmezliğini teyit eden ikinci etki ise, *güven etkisidir*. Toplum penceresinden bakıldığında da, toplum ile fail arasındaki anlaşmazlığın ceza yoluyla giderildiğini gören toplum nezdinde *tatmin etkisi* oluştuğu düşünülür¹²⁸.

Alman ceza hukuku öğretisinde yaygın biçimde benimsenen pozitif genel önleme anlayışının da en önemli dayanaklarından biri, şaşırtıcı biçimde, düşman ceza hukuku doktrininin kurucusu olan *Günter Jakobs*'tur. *Jakobs*'a göre ceza hukukunun amacı, insanların davranışlarında örnek alacağı normun varlığını sürdürmesidir. Failin, normu küçümsemeye yönelik yahut normun geçerliliğine saldıran eylemine karşılık ceza da, failin iddialarını hükümsüz kılma, normu teyit etme ve toplumun varlığını korumaktadır¹²⁹. Suç işleyerek hata yapmış da olsa hukuka sadık kalan, yani prensip olarak hukuk düzenine sırtını çevirmemiş olan ve gerektiğinde cezalandırılarak normun geçerliliğini teyit eden kişiler, *Jakobs*'un terminolojisinde "yurttaş"tır.

Düşman ceza hukukunda iki tanım çok önemlidir: Yurttaş ve düşman. Bu teori bakımından *yurttaş*, anayasalardaki yurttaş ya da vatandaş tanımından farklıdır. Burada *yurttaş* ile ifade edilmek istenen, hukukun sınırları içinde kalan kişidir. Bunlar, suça

¹²⁸ ÖZTÜRK, Bahri – ERDEM, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2017, s. 450.

¹²⁹ JAKOPS: "Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku" (Çev. M. Cemil OZANSÜ), Terör ve Düşman Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi – 8, (Proje Yön. Kayıhan İÇEL, Haz. Yener ÜNVER) içinde, Ankara 2008, s. 490.

bulaşmış ve hatalı hareket etmiş de olabilirler. Bu durumda, yukarıda ifade edilen amaçla cezalandırılmalıdırlar. Suç işlemek suretiyle toplumu hayal kırıklığına uğratan kişinin yanlış hareket ettiği kendisine gösterildiği müddetçe halkın norma olan inancı sabit kılınır ve suç işleyen kişi de, normun geçerliliğine verdiği zararı telafi etmeye çağırılmış olur. İşte bu düşünce pozitif genel önleme teorisidir. *Jakops*'un teorisinde buraya kadarki açıklamaların özneleri, yani hem suç işleyen hem de kurallara uyan *kişi*, yurttıştır. Ancak bu iki kategorinin de dışında kalıp, ilkesel olarak hukuka sırt çeviren ve hukuk düzenini yıkmayı hedef edinenler “düşman”dır. Düşmana ise *kişi* muamelesi yapılamaz. Bunların zor yoluyla ve henüz hedeflerini gerçekleştirecek fiilleri işlemekten engellenmesi gerekir. Düşman ceza hukuku, düşmana karşı duranların hukuku olup, düşmanla savaşı da barındıran geniş kapsamlı bir fiziksel kuvvet uygulamasıdır¹³⁰.

Sonuç itibarıyla, düşman ceza hukuku teorisinde, yurttışa uygulanan rejim pozitif genel önleme teorisi çerçevesinde şekillenirken, düşmana yönelik muamelede bu çerçevenin dışına çıkılmakta ve negatif özel önleme başlığında açıklanan etkisizleştirme devreye girmektedir¹³¹. Böylece pozitif genel önleme ile negatif özel önleme düşünceleri, yöneldikleri öznelerin birbirinden farklı olmasına bağlı olarak, aynı devletin hukuk düzeninde bir arada barınabilmektedirler. Esasında burada söz konusu olan birbiri ile çelişen iki ayrı ceza hukuku düzlemi değil, -fikri altyapısı Batı Avrupa Demokrasileri olan- tek bir dünyanın iki kutbu¹³², bir madalyonun iki yüzüdür.

¹³⁰ JAKOPS: “*Yurttış*”, s. 495-505.

¹³¹ Henning, ROSENAU: “*Jakops’un Düşman Ceza Hukuku Kavramı Hukukun Düşmanı*” (Çev. Erhan TEMEL), AÜHFD, Y. 2008, S. 4, s. 394.

¹³² JAKOPS: “*Yurttış*”, s. 489.

III. MODERN CEZANIN CEZALANDIRMA YÖNTEMİ OLARAK HAPİS CEZASI

Son üç yüzyılı hariç tuttuğumuzda, ceza hukuku tarihi, ünlü hukuk tarihçisi *Jhering*'in deyimiyle, yok etmenin tarihidir¹³³. Hapis cezasının 18. yüzyıl Avrupası'nda hala insancıl bir ceza hukuku özlemiyle savunuluyor olması, bu dönemin öncesine dair tüyler ürpertici bilgiler sunar. Azap çektirmeye dayanan eski sistemde, ıstırapın niteliğinin, süresinin ve yoğunluğunun suçun ağırlığına göre belirlenmesi, kimi zaman azabın ölüm sonrasında dahi sürdürülmesi (suçlunun bedeninin yakılması, küllerinin rüzgara savrulması vs.)¹³⁴ karşısında; yerine ikame edilmesi önerilen hapis cezasının, suçun ağırlığına bağlı olarak yalnızca süresinin değişmesi, şüphesiz çok daha az katı bir ceza sistemine işaret etmekteydi. Demek ki, her şeyden önce, ölüm ve bedene yönelik diğer cezaların vahşiliği karşısında hapis cezası, “tatlı ceza”¹³⁵ olarak da savunuldu¹³⁶. Hunharca infaz edilen ölüm cezaları; kör etme, burun veya dil kesme gibi bedensel cezalar; kürek cezası¹³⁷; teşhir edilerek infaz edilen onur kırıcı cezalar, 1700'lü yıllarda hala baskınlığını korumaktaydı ve bunu izleyen iki yüzyıl boyunca, pek çok ülkede ölüm cezasının kesin olarak ortadan kaldırılmasına kadar uzanan süreçte, cezalar, aşama aşama vahşiliklerinden

¹³³ Bkz. Aktaran MARINUCCI – DOLCINI: s. 3.

¹³⁴ PAVARINI: Istituzioni, s. 16.

¹³⁵ PAVARINI: Istituzioni, s. 21.

¹³⁶ Ancak hapis cezasının insancıl ceza türü olarak önerilip savunulduğu dönemde dahi, bu görüşün istisnasız biçimde paylaşıldığı da düşünülmemelidir. Nitekim çağdaşı *Diderot*, ölüm yerine hapis getirildiğinde ceza hukukunun daha insancıl olmayacağı ve bu nedenle kendisiyle çeliştiği savıyla *Beccaria*'yı eleştirmiştir. Bkz. AKSOY RETORNAZ: s. 103.

¹³⁷ Kürek cezası, özellikle denizciliğin geliştiği ve deniz savaşlarının yoğunlaştığı çağlarda en yaygın ceza türü halini almıştı. Örneğin İtalyanca'da, 1800'lü yıllara kadarki dönemin en yaygın savaş gemilerinden biri olan *galera* (ya da *galea*) kelimesi, günümüzde cezaevini ifade etmek için kullanılmaktadır. Çünkü bu gemilerde, köleler ve savaş esirleri ile birlikte, kürek cezası mahkumları çalıştırılmaktaydı.

arınmışlardır¹³⁸. Böylece hapisane, daha barbar başka cezalara alternatif olarak doğmuş ve o da kendi içinde zamanla insanileşmiştir¹³⁹.

Hapis cezası, sadece daha insancıl olduğu için değil, aynı zamanda daha yararlı ve adil olduğu için de savunulmuştur. Nitekim Aydınlanma çağında, bu döneme hakim fikirlerle bağdaşan ceza türünün ne olduğu sorusu sorulmaktaydı: Hem *faydalı*, hem de *adil* olacak şekilde, modern çağın cezalandırma yöntemi nasıl olmalıydı? Birbiri ile çelişmemekle birlikte ağırlık verdikleri noktalar (Faydacılar için “neden cezalandırma”; İdealistler için “nasıl/ne kadar cezalandırma”) arasında fark olan bu iki tezin de üzerinde uzlaşabileceği bir ceza türü bulunması gerekiyordu. Aydınlanma felsefesinin ürünü olan “birey” kavramının doğumu ve gelişimiyle, bireyin hürriyeti de paha biçilemez bir değer haline gelmiş ve bunun neticesinde hürriyetten mahrumiyet, ceza sisteminin temel taşı olarak kabul edilmiştir. Diğer yandan hapis cezası, herkes için aynı değerde olduğu kabul edilen özgürlüğe yöneldiği için, acı vericilik bakımından eşitlikçi bir ceza olarak görülmüştür. Oysa bedensel cezaların acı vericiliği, suçlunun yaşı, dayanıklılığı gibi fiziksel özelliklerine bağlı olarak değişmekteydi. Üstelik hapis cezası, sadece bedensel cezalarla yapılan kıyasta galip gelmekle yetinmemiş; kaybedilmesi herkes için aynı bedele mal olacak olan özgürlüğü hedef alması itibariyle malvarlığına yönelik cezalardan da daha

¹³⁸ MARINUCCI – DOLCINI: s. 3. Bu konudaki ilk adım, *Beccaria*’nın ünlü eseri Suçlar ve Cezalar Hakkında (*Dei Delitti e Delle Pene*)’nin ilk basımının (1764) ardından, 30 Kasım 1786 tarihinde Toskana Grandükü *Pietro Leopoldo* tarafından yapılan ceza reformu ile atılmıştır. Bu reform ile işkence yasaklanmış; ölüm cezası ile uzuv kesme cezaları kaldırılmış; bütün mahkumiyet hükümlerinin fiilen ve hukuken gerekçelendirilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Bunu izleyen yıl, dünyanın ilk modern ceza kanunu olarak bilinen 1787 Avusturya Ceza Kanunu yürürlüğe girmiştir. Toskana Ceza Kanunu gibi işkence ile ölüm cezasını kaldıran ancak sonradan ölüm cezasını yeniden öngören ve ayrıca ceza hukukunda kıyası yasaklayan bu Kanun’a göre cezalar şu şekildeydi: Malvarlığına yönelik cezalar (para cezası ve müsadere), düzeltici cezalar (kırbaqlama, ateşle damgalama, küçük düşürme), hapis cezaları (zaman bakımından geçici, uzun ve çok uzun; içerik bakımından da tek kişilik hücre hapsi, kamu yararına çalışma ile birlikte hapis ve zincire bağlı hapis cezası) Bkz. CANEPA – MERLO: s. 26.

¹³⁹ OTHMANİ: s. 57.

eşitlikçi bir ceza olarak görülmüştür¹⁴⁰. Ceza yaptırımlarının türleri arttıkça, özgürlüğü dışında sunabileceği değerleri olanlar ile sadece özgürlüğünü sunabilenler arasında temel bir eşitsizlik sorunu doğduğu kabul edilmiştir¹⁴¹. Böylece hapis cezası, bir yandan, sosyo-ekonomik sınıf ayırt etmeksizin herkes için eşit ölçüde değerli olan hürriyetin sınırlandırılması tehdidi ile bir yandan *yararlı*, zaman bakımından ölçülebilirliği yani derecelendirilebilirliği yönünden de *adil* bir ceza türü olarak görülmüştür¹⁴². İşte cezalandırma formu olarak hapis, bu dönemde tarih sahnesine çıkmış ve hukuk sistemlerine hızlıca yerleşmiştir.

Esasında hapisane, hukukun icadı değildir. Yukarıda da işaret edildiği üzere, bir ceza türü olmayan hapsedilmeye, disiplin ve kontrol ihtiyacı nedeniyle tarih boyunca başvurulmuştur. Hapsedilme kavramına zaten bu nedenle yabancı olmama halinin dışında, bir de 16. yüzyılda başlayan “kapatma” akımının, cezalandırma yöntemi olan hapsin altında yatan temel neden olduğu da ileri sürülmektedir. Bu teori, o dönem gelişmekte olan çalışma, maaşlı iş kavramı ve zamanın ekonomik bir değer haline gelmesi anlayışıyla birlikte okunmalıdır. Bu teoriye göre, 17. yüzyılda tüm gelişmiş kapitalist ülkelerde kendine yer edinen çalışma evleri (*work house*) de, cezalandırma formu olarak hapsedilmeye geçişte köprü vazifesi görmüşlerdir. Bir yandan feodal sistemin zayıflayıp kentleşmenin başlaması, yani insanın toprağa bağlılıktan sıyrılıp kente göçü nedeniyle ilk kez ortaya çıkan “serserilik” kavramı ve buna bağlı olarak artan suçluluk olgusu, diğer yandan da yeni üretim çağıının iş gücüne duyduğu ihtiyaç karşısında parçalar birbirine oturuyordu. Böylece, geçmişte toprağı işleyen eski köylü - yeni kentli bu grubun artık boş kaldığı için suça sürüklendiğine dair nedensellik bağı kurmak kaçınılmazdı. Örneğin 1572’de İngiltere’de yürürlüğe giren bir düzenleme, hasta, yaşlı, akıl hastası gibi kimseleri, kısacası çalışma yeteneğinden yoksun olanları “masum fakirler” olarak değerlendirmekte;

¹⁴⁰ FOUCAULT: s. 337.

¹⁴¹ BRICOLA, Franco: “*Le Misure Alternative alla Pena nel Quadro di Una ‘Nuova’ Politica Criminale*”, Riv. It. Dir. Proc. Pen. 1977: s. 18.

¹⁴² PAVARINI – GUAZZALOCA: s. 7.

oysa çalışabilir durumda olmasına rağmen, meşru bir gerekçesi olmaksızın çalışmayan “serserilere” iş edindirilmesi ve bu yolla, içinde bulundukları sosyal marjinalliğin düzeltilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bundan dört yıl sonra, kraliyete ait bir kaleden dönüştürmek suretiyle ilk çalışma (ve “düzeltme, ıslah”) evi kurulmuştur. Londra’da açılan bu kurumun adı, kraliyet kalesiyle aynı adı taşıyacak şekilde *Bridewell* olmuştur. Çalışma yoluyla düzeltme temalı bu kurumlardan bir diğeri de Amsterdam’da 1596’da açılmıştır. Dilenci ve genç suçluların, ücreti mukabilinde zorunlu olarak çalıştırıldığı; katı zaman kullanımı, yasak ve zorunluluk sistemi içerisinde sürekli olarak gözetlendikleri; bir yandan da ruhani metin okumaları yoluyla manevi gelişimin hedeflendiği; kısacası “kötülükten uzaklaştırıp iyiye çekme” öğretisine dayanan¹⁴³ *Rasp Huis* adlı bu kurum, 1600’lerin başında da kadınlara yönelik bir çalışma evine dönüştürülmüştür¹⁴⁴.

İşte bu nedenle hapishaneler salt cezalandırma kurumları olmayıp, baştan itibaren düzeltme, ıslah, iyileştirme gibi amaçları bünyesinde barındıran kurumlar olarak ortaya çıkmışlardır. Bu yönü, toplumun disiplin altında tutulması için hapishaneyi, iktidar bakımından vazgeçilmez bir araç haline getirmiştir. Hapishane, *Foucault*’un deyiimiyle “sıkı bir askeri kışla, hoşgörüsüz bir okul, iç karartıcı bir atölyedir”¹⁴⁵. Bu, salt zihni bir ortaklığa değil, özellikle 17. yüzyıldaki geçiş döneminde, sosyal marjinalliği gidermeye dönük (hastane, akıl hastanesi, çalışma evi, hapishane gibi) kurumların fiziksel birlikteliğine de işaret etmektedir. Ancak 18. yüzyıla gelindiğinde, bağımsız kurumlar olarak hapishaneler ortaya çıkmaya başlamıştır.

Batı dünyasının başka bir coğrafyasında ise, Pensilvanya Eyaleti’nin Philadelphia Şehri’nde, 1700’lerin sonlarında, bilinen ilk hapishane kurulmuştur. Bir ceza infaz kurumu olarak kurulan bu hapishanenin hikayesi oldukça ilginçtir. Hristiyan Protestan mezhebinin

¹⁴³ FOUCAULT: s. 190.

¹⁴⁴ Kapatılma ile ceza olarak hapsedme arasındaki ilişki üzerine detaylı bilgi için bkz. PAVARINI: Istituzioni, s. 25.

¹⁴⁵ FOUCAULT: s. 338.

bir kolu olan ve İngiltere’de doğan *Quaker* dini topluluğu, krala biat etmeyi reddetmeleri, savunma amaçlı dahi olsa askeri hiçbir vazifeyi yerine getirmemeleri gibi nedenlerle siyasi sorunlar yaşamaya başlayınca, 1682 yılında, Amerika’ya göç etmiştir. Bu topluluğa ve onların Amerika’da yerleştiği bölgeye, sonradan kendileri gibi bir *Quaker* olan aristokrat *William Penn*’in onuruna *Pennsylvannia* adı verilmiştir. Çalışma ve tefekkürü ibadet kabul eden Lutheran öğretisinin bir türü olarak *Quakerlar*, hücre sistemi içinde, devamlı çalışma, dış dünyadan soyutlama ve ibadete dayalı bir ceza infaz kurumuna hayat vermişlerdir¹⁴⁶.

Bundan kısa bir süre sonra (1820’lerde) New York’ta, *Auburn* adıyla bilinen sistemin hakim olduğu hapishane kurulmuştur. Bu sistem, mahkumların kısmen yalnız kısmen de topluluk halinde bulundukları bir yapıda, mutlak bir sessizlik içerisinde çalışma esası üzerine kuruludur. Böylece, yaklaşık yarım yüzyıllık dönem içinde iki temel hapishane anlayışı oluşmuştur: biri yalnızlık ve dini meditasyon aracılığıyla yeniden yapılanmayı esas alırken; diğeri, kısmen topluluk halinde bulunma imkanıyla birlikte, esas olarak çalışma yoluyla iyileşme temellidir. Bu iki sistemin belirli yönlerinin birleştirilmesiyle ortaya çıkan karma sistemler de elbette oluşturulmuş ve sonuçta bu sistemler Avrupa kıtasında da uygulanmıştır¹⁴⁷.

Hapis cezasının Batı hukuk sistemlerinde kendine yer edinmesi öylesine hızlı gerçekleşmiştir ki, örneğin Fransa’da, 1670 Kararnamesi’nde hapis cezası hiç zikredilmemişken; 1810 Ceza Kanunu’nda ölüm ve para cezalarından teşkil küçük bir bölüm dışındaki ceza alanının tümünü hapis cezaları işgal etmiştir¹⁴⁸. Hatta suç tiplerine

¹⁴⁶ PAVARINI: Istituzioni, s. 26. Pensilvanya Hapishanesi hakkında ayrıca bkz. KARAKAŞ DOĞAN: s. 115-117; DEMİRBAŞ, Timur: İnfaz Hukuku, Ankara 2019, s. 129; ARTUK, Mehmet Emin – GÖKCEN, Ahmet: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017, s. 760-762.

¹⁴⁷ LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio – NUOTIO, Kimmo: Crime and Punishment, Nordic Law in European Context, Zürih 2019 (Ed. Pia LETTO VANAMO – Ditlev TAMM – Bent Ole Gram MORTENSEN) içinde, s. 184-185. *Auburn* sistemi hakkında ayrıca bkz. KARAKAŞ DOĞAN: s. 117-118; ARTUK – GÖKCEN: s. 763-764.

¹⁴⁸ FOUCAULT: s. 182 ve 185.

uygun ve çeşitlendirilmiş ceza türlerini önerenler bakımından, cezalandırma sisteminin o dönem geldiği nokta şu keskin ifadelerle eleştirilmiştir: “*Ülkeme nasıl ihanet edersem edeyim beni hapsederler; babamı öldürürsem beni hapsederler; düşünülebilecek bütün suçlar, olabilecek en tekdüze şekilde cezalandırılmaktadır. Bana sanki bütün hastalıklara aynı ilacı veren bir hekim görüyormuşum gibi geliyor*¹⁴⁹.”

Kendi aralarındaki uzun süreli işbirliği sayesinde hukuki yaklaşımlarının benzerliği ve temelden getirdikleri kültürel ortaklıkları nedeniyle Avrupa’nın diğer ülkelerinden ayrılan İsveç, Norveç, Finlandiya, Danimarka gibi Nordik ülkelerde de cezalandırma ve hapisaneye ilişkin süreç, başlangıçta benzer şekilde ilerlemiştir¹⁵⁰. Hapsedilmenin bir cezalandırma yöntemi olarak henüz keşfedilmediği dönemlerde, başta para cezasının, ardından bedensel cezaların yaygınlaştığı ve ölüm cezasının da sınırlı şekilde uygulandığı Nordik ülkelerde; 1800’lü yılların ikinci yarısında başlayan ve Alman hukukundan etkilenecek yürütülen kanunlaşma hareketleriyle¹⁵¹ birlikte, hapis cezası, cezalandırma sisteminin merkezine yerleşmiştir¹⁵². Hapis cezasının benimsenmesi bakımından başlangıçta Batı dünyasının diğer ülkeleriyle benzer olan Nordik ülkelerinde sonradan beliren anlayış farkı, hapis cezasına alternatif geliştirme konusunda, özellikle de yirminci yüzyılın ikinci yarısında kendini hissettirmiştir. Bu farklı anlayışın gelişimine ileride değinilecektir.

Hapsedilmenin, çok kısa bir zaman içinde kendisine en çok başvuru ceza türü haline gelmesi, ekonomik acı verme şeklindeki bakış açısıyla da okunmuştur. Buna göre hapisane, özgürlükten yoksunluk aracılığıyla, mahkumun elinden zamanı da çekip

¹⁴⁹ Bkz. (Fransız Parlamentosu’nun o döneme ait arşivlerinden aktaran) FOUCAULT: s. 184.

¹⁵⁰ LAPPI-SEPPÄLÄ– NUOTIO: s. 179-180.

¹⁵¹ Norveç Ceza Kanunu (1842), İsveç Ceza Kanunu (1864), Danimarka Ceza Kanunu (1866), Finlandiya Ceza Kanunu (1889).

¹⁵² LAPPI-SEPPÄLÄ– NUOTIO: 184.

almaktadır¹⁵³. Zaman, çalışmak yoluyla ekonomik kazanca dönüştürebileceği yerde, hapsedildiği için çalışamayan mahkumun ekonomik yönden mahvına yol açmaktadır. Böylece ekonomik acı, kapitalizm ile birlikte cezanın acı verici doğasına eklenmiştir.

Yukarıda kısaca sayılan birçok farklı etkenin bir arada rol oynamasıyla modern cezalandırma yöntemi olarak doğan hapis cezası, 18. yüzyılın sonlarından, ölüm cezalarının yürürlükten kaldırılmaya başlandığı İkinci Dünya Savaşı'nın sonuna kadar, dünya üzerindeki hakim cezalandırma yöntemi olarak benimsendi. Hapis cezasını merkeze alan bu sistemin tamamlayıcıları da, en ağır suçlar için ölüm cezası ve hafif suçlar için de para cezası olarak öngörülmüştür. İkinci Dünya Savaşı'nın ardından ölüm cezaları kaldırılmaya başlandığında, hapis cezasının uygulama alanı daha da genişleyecekti. Ama o dönemde, bir yandan da hapis cezasına alternatifler öngörülmeye başlanacaktı.

IV. HAPİS CEZASINA ALTERNATİF ARAYIŞI

A. Tarihsel Süreç

Öncelikle belirtmek gerekir ki, hürriyeti bağlayıcı olmayan ceza türleri ile hapis cezasına alternatifler arasında ince bir fark bulunmaktadır. Bunların birbiriyle örtüşen kavramlar olduğu sanısı, her ikisinin de yerine getirilmesinin hapislihanenin dışında olması şeklindeki ortak noktalarından kaynaklanmıştır. Oysa hürriyeti bağlayıcı cezalara, cezalandırma tarihinin görece geç bir evresinde rastlanmakta ve bunlara alternatif geliştirilmesinin ön aşamasında, hapis cezasının asıl ceza olarak benimsenmesi yer almaktayken; hürriyeti bağlayıcı olmayan ceza türleri, tarihin çok daha eski zamanlarından beri mevcuttur¹⁵⁴. Bu çerçevede örneğin para cezası, ilk doğal seçenek yaptırım olarak kabul edilmekteyse de; üst başlık olarak para cezası, hapis cezasına alternatif bulma

¹⁵³ FOUCAULT: s. 337.

¹⁵⁴ SEVDİREN, Öznur: Alternatives to Imprisonment in England and Wales, Germany and Turkey, (Springer) 2011, s. 14.

akımının ürünü değildir. Oysa para cezasının gelişmiş bir türü olan “gün para cezası sistemi”, özellikle kısa süreli hapis cezasının tartışılmaya başlandığı dönemde ve ona alternatif olarak icat edilmiştir.

Geçtiğimiz yüzyılın ikinci yarısından itibaren düşünsel açıdan önem kazanan ve özellikle son çeyreğinden itibaren de pek çok ülkenin ceza adalet sistemine kazandırılan hapis cezasının alternatifleri, esasında, Avrupa ceza hukuku tarihinde önceden dillendirilmiş eski fikirlerin canlandırılmasıdır¹⁵⁵. Hapis cezasına yönelik ilk eleştiriler, bu ceza türünün Batı Avrupa ülkeleri ceza kanunlarında başlıca ceza olarak kabul edilmesinin üzerinden yüz yıl dahi geçmeden yapılmaya başlanmıştır. Bir yüzyıllık süreç, hapis cezasından beklentilerin karşılanamayacağına anlaşılmaya başlandı. 1800’lü yıllarda, cezaevlerinin neredeyse tamamının aşırı kalabalık hale gelmesi; özgürlüğünden yoksun kalan nüfusun çoğunluğunun, sosyo-ekonomik yönden yoksunluk yaşayan kesimden oluşması; fiziksel koşulların tahammül edilemez ölçüde kötüleşmesi nedeniyle mahkum ölümlerinin artması; küçük haksızlıklar için de -örneğin borç yüzünden bile- hapse girilmesi gibi nedenlerle, hapishaneden “daha iyi bir şey” veya alternatif bir yöntem bulma ya da en azından cezaların esnetilmesi düşünceleri dillendirilmeye başlanmıştır¹⁵⁶. Ancak alternatif bulma sürecinin başarıyla ilerlemesi için, o dönem yeşeren bu düşüncelerin olgunlaşması ve yirminci yüzyılın ortalarının beklenmesi gerekecekti.

Hapis cezasına alternatif tartışmalarının başladığı dönem, esas itibarıyla, hapis cezalarının kısa süreli olanlarının yararsızlığına ilişkin tartışmalara başlandığı dönem olmakla birlikte, net bir tarih için 1864 yılı seçilebilir¹⁵⁷. Bu yıl içinde biri Fransa’da diğeri Almanya’da olmak üzere, özellikle kısa süreli hapis cezasına yönelik sert eleştiriler açıkça

¹⁵⁵ KALMTHOUT, Anton M. Van: “*Kamu Yararına Çalışmadan ‘Toplumsal Yaptırımlara’: Karşılaştırmalı Bir Bakış Açısı*” (çev: Burhan ALICI), Küresel Bakış, Nisan 2011, Y. 1, C. 1, S. 1, s. 71.

¹⁵⁶ PAVARINI: Istituzioni, s. 21.

¹⁵⁷ DOLCINI, Emilio – PALIERO, Carlo Enrico: *Il Carcere Ha Alternative?*, Milano 1989, s. 1.

dillendirilmiştir. *Bonneville de Marsangy*, ceza siyasetine dair hazırladığı geniş programda hapis cezasına ilişkin köklü değişimler önermiş ve bunun hemen ardından *von Holtzendorf* ise, kısa süreli hapis cezasının tümüyle kaldırılmasını önermiş; aksi halde tüm ceza sisteminin genel önleyicilik işlevini kaybedeceği riskine vurgu yapmıştır¹⁵⁸.

Kısa süreli hapis cezalarına yönelik eleştiriler, zaten hapis cezasının başlıca ceza olduğu cezalandırma sistemi içinde kendisine en çok başvurulanın, kısa süreli hapis cezaları haline gelmesiyle başlamıştır. 1886 yılına ilişkin olarak *von Liszt*'in verdiği istatistiklere göre, Almanya'da tüm hapis cezası mahkumiyetleri arasında, bir yıla kadar olan hapis cezalarının oranı %96; tüm mahkumiyet türleri arasında ise (ölüm cezası, hapis cezası ve para cezası dahil) üç aya kadar olan hapis cezalarının oranı ise %79,9'dur¹⁵⁹. Fransa'da ise, 1883-1886 arası istatistiklerine göre bir yıla kadar olan hapis cezalarının, tüm mahkumiyetler arasındaki oranı %93,88; bir yıla kadar olan kısa süreli hapis cezaları arasında da, en fazla on beş güne kadar olan hapis cezalarının oranı %43'tür¹⁶⁰. Bu oran 1900 yılında %95,8, 1919'da %94,2 ve 1930 yılında %95,5 olacaktır¹⁶¹. Bu dönemde

¹⁵⁸ Bkz. BONNEVILLE DE MARSANGY, Arnould: De l'amélioration de la loi criminelle en vue d'une justice plus prompte, plus efficace, plus généreuse et plus moralisante, Paris 1864 (2. Cilt), s. 263 vd. ve VON HOLTZENDORFF, Franz: "Die strafrechtlichen Vorschläge von Bonneville de Marsangy", Allgemeine Deutsche Strafrechtszeitung içinde, 1864, s. 652 (Her ikisini de aktaran: DOLCINI – PALIERO: Il Carcere, s. 1).

¹⁵⁹ VON LISZT, Franz: Kriminalpolitische Aufgaben, (1889-1892), Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge içinde, Berlin 1905, s. 347 (Aktaran: DOLCINI – PALIERO: Il Carcere, s. 2).

¹⁶⁰ ROSENFELD, Ernst: Welche Strafmittel können an die Stelle der kurzzeitigen Freiheitsstrafe gesetzt werden?, Berlin 1890, s. 139 (Aktaran: DOLCINI – PALIERO: Il Carcere, s. 3).

¹⁶¹ RUSCHE, Georg – KIRCHHEIMER, Otto: Pene e Struttura Sociale (Haz. Dario MELOSSI – Massimo PAVARINI), Bologna 1978, s. 247. Gerçi Almanya'da her zaman, hapis cezaları arasında en büyük paya, kısa süreli hapis cezaları sahip olmuştur. Nitekim günümüzde de, dokuz aya kadar olan hapis cezasına mahkum olanların sayısı, daha uzun hapis cezalarına mahkum olanların sayısına nazaran fazladır. 21.12.2019 tarihi itibarıyla, dokuz aya kadar hapis cezasına mahkum kişi sayısı 17.403 iken; dokuz ay ile iki yıl arası hapis cezasına mahkum olanların sayısı 13.113; iki ila beş yıl arası hapis cezasına mahkum olanların sayısı ise 10.466'dır. Beş ile on beş yıl arası hapis cezasına mahkum olan toplam 3581 kişinin bulunduğu ülkede, ömür boyu hapis cezasına mahkum olanların sayısı ise 1796 kişidir.

İtalya’da da, kısa süreli hapis cezaları, cezai yaptırım sistemi içerisinde kendisine en çok başvurulmuş ceza türü idi. 1893 ile 1930 yılları arasında, en fazla bir yıla kadar olan hapis cezaları, tüm mahkumiyetler içinde %72-73 civarında olup; bunlar arasında da %68’lik payı, altı aya kadar olan hapis cezaları oluşturmaktaydı¹⁶².

Öte yandan hapis cezası, ölçülebilirlik özelliği sayesinde bir dönemin önerilen ceza türü olduysa da; yirminci yüzyıla kadar, kesinleşmesinin ardından çekilecek ceza süresinde esneklik söz konusu olmadığı için en kısa süreli hapis cezası için bile mutlaka cezaevine girilmekte ve son güne kadar bu ceza çekilmekteydi. Böylece kısa süreli hapis cezaları, yararsız görülmelerinin yanında, aşırı kalabalıklaşmanın da sorumlusu olmuşlardı.

Yukarıdaki verilerin hakim olduğu yıllarda, kısa süreli hapis cezasının sakıncaları yaygın biçimde kabul edildikten sonra, yanıtı aranmaya başlanan (ve günümüzde de hala net olarak bulunamayan) sorulardan biri de, özel önleme amacını sağlayacak bir cezanın en az ne kadar süreli olması gerektiği idi. Kısa süreli hapis cezası kavramının tam olarak hangi sınırları ifade ettiğinin belirsiz olduğu dönemde ilk olarak *von Liszt*, kısa süreli hapis cezasını, altı haftaya kadar olan hapis cezası olarak tanımlamıştır. Geçtiğimiz yüzyılın başlarına gelindiğinde ise, Alman doktrininde bu sürenin üç ay olması gerektiği dillendirilmeye başlanmış ve bu eğilim 1924’teki Alman ceza reformuna yansımıştır. Bunu izleyen dönemde ise altı aya kadar olan hapis cezasının, *kısa süreli* olduğu görüşü ağırlık kazanmıştır¹⁶³.

[Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Strafverfolgung-Strafvollzug/strafvollzug-2100410197004.pdf?__blob=publicationFile](https://www.rechtspflege.de/Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Strafverfolgung-Strafvollzug/strafvollzug-2100410197004.pdf?__blob=publicationFile) (Erişim tarihi: 9.6.2020)

¹⁶² Bu sorunun üzerine orta ve uzun süreli hapis cezaları öngörmek suretiyle giden *Rocco Kanunu*’nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, İtalya’da kısa süreli hapis cezalarının toplam cezalar arasındaki oranı azalmaya başlamıştır. Bkz. RUSCHE – KIRCHHEIMER: s. 249.

¹⁶³ DOLCINI – PALIERO: *Il Carcere*, s. 4 ve 5. Belirtelim ki, bu dönemlerden günümüze gelene kadar, hapis cezasına alternatif bulma eğilimi geliştikçe, kısa süreli olduğu düşüncesiyle alternatif kurumlara dönüştürülebilen hapis cezasının süresi de uzamıştır. Bu konuda ilginç bir görüş ise, eğilimin şu şekilde olduğunu belirtmektedir: Şayet cezalandırmaktan tümüyle vazgeçiliyorsa, sistemin genel önleyiciliğinden taviz vermemek için, kendisinden vazgeçilen hapis cezasının süresi azaltılmakta; buna

Ancak bu süreçte *von Listz*'i yorumlayan *Heilborn*, tartışmaya farklı bir boyut kazandırmıştır. *Heilborn*'a göre *von Listz*, kısa süreli hapis cezalarının, -şayet süreler aynı kalacaksa- tümüyle kaldırılmalarını önermiş; kaldırılmak istenmiyorsa da, sürelerin uzatılması suretiyle bunlara alternatif geliştirilmesi gerektiğini savunmuştur. Kısa süreli hapis cezalarının yararsızlığı, hatta zararlı olduklarına yönelik düşüncelerin, bu cezalara alternatif geliştirilmesi düşüncesine evrimi işte bu noktada gerçekleşmiştir¹⁶⁴.

Kısa süreli hapis cezalarına yönelik tartışmaların başlamasıyla 19. yüzyılın son çeyreğinde, ceza ve infaz hukuku alanında çok sayıda önemli konferans düzenlenmiş; buralarda hapis ve özellikle kısa süreli hapis cezalarına yönelik eleştiriler sunulup, alternatifler tartışılmıştır. Bunlar, I. ve II. Uluslararası Ceza ve İnfaz Hukuku Kongresi (Londra, 1872 ve Roma, 1885), 1890'da Brüksel'de düzenlenen Uluslararası Kriminoloji Derneği'nin (*Internationale Kriminalistische Vereinigung*) ilk oturumu, ayrıca Uluslararası Ceza Hukuku Birliği (*Union Internationale de Droit Pénal* - U.I.D.P)¹⁶⁵ tarafından Brüksel'de düzenlenen 1889 tarihli toplantıdır. Bu sonuncu toplantının konusu, tam olarak kısa süreli hapis cezaları ile mücadele ve bu mücadelede benimsenecek

karşın hapis cezasının infaz yöntemi, hapis dışı olacak şekilde değiştiriliyorsa kapsama giren hapis cezasının süresi uzatılmaktadır. Bkz. MANNOZZI, Grazia: “*Sanzioni Sostitutive*”, Dizionario Sistematici, Diritto Penale (Ed. Fausta GIUNTA), 2008, s. 394. Bu konuda bir başka korelasyon da, seçenek kurumun kişi özgürlüğüne müdahalesi arttıkça, yerine geçtiği hapis cezasının da süresinin arttığı şeklinde kurulabilir. Örneğin İtalya'da cezanın verilmesi aşamasında hapis cezasının yerine geçen yaptırımların (*sanzioni sostitutive*) ilk kez öngörüldüğü 689/1981 sayılı Kanun'un benimsediği prensip budur. Bkz. “*Le Misure Alternative alla Detenzione e Le Sanzioni Sostitutive*”, Trattato di Diritto Penale (Ed. Alberto CADOPPI, Stefano CANESTRARI, Adelmo MANNA, Michele PAPA), Parte Generale-III (Le Punibilità e Le Conseguenze del Reato), Torino 2014, s. 154.

¹⁶⁴ DOLCINI – PALIERO: *Il Carcere*, s. 5 ve 6.

¹⁶⁵ *Franz von Listz*, *Gérard van Hamel* ve *Adolphe Prins* tarafından 1889 yılında kurulan, o dönemde bile Avrupalı, Amerikalı ve Asyalı birçok ceza hukukçusunu düzenli olarak buluşturan ve ceza hukuku dünyasının en eski örgütü olan bu oluşum Birinci Dünya Savaşı sonunda dağılmış; ancak 1924'te Uluslararası Ceza Hukuku Derneği (*Association Internationale de Droit Pénal* - A.I.D.P) adıyla yeniden kurulmuştur. Bkz. <http://www.penal.org/en/node/168> (Erişim tarihi: 24.11.2016).

yöntemlerdi¹⁶⁶. Bu uluslararası düzeydeki etkinlikler sayesinde kısa süreli hapis cezasına alternatif arayışları hızla yayılmış ve bu yöndeki ortak irade güçlenmiştir¹⁶⁷. Böylece Avrupa’da suç ve ceza siyasetinde yeni bir sayfa açılmıştır.

B. Öngörülen Alternatif Modeller

Avrupa ceza sistemlerinde, günümüzden bir buçuk asır önce açılan bu yeni sayfayla birlikte düşünülüp tartışılmaya başlanan alternatif modeller, temel olarak üç türe ayrılmaktaydı:

Bunlardan ilki, erteleyici tedbirlerdir. Erteleme eksenli tedbirler, mahkumiyetin ertelenmesi (*Common-law* bölgesinde) ve infazın ertelenmesi veya şartlı ceza (Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde) şeklinde düzenlenmişlerdir. Bunlar, hapis cezasına alternatif “ilk kuşak yaptırımlar” olarak da adlandırılmaktadır¹⁶⁸. Bu ertelemeler, herhangi bir yükümlülüğe bağlı olmaksızın veya *probation* (denetimli serbestlik) gibi destek ve kontrol mekanizmalarını içerecek şekilde hayata geçirilmiştir. Bu tarz düzenlemelere, 1879’da İngiltere’de, 1888’de Belçika’da, 1891’de Fransa’da, 1904’te İtalya’da, 1906’da İsveç’te rastlanmaktadır¹⁶⁹.

İkinci model, hapis cezası yerine geçen diğer cezalara ilişkindir. Bu kategoride, malvarlığına ilişkin veya ev hapsi nev’inden cezalardan, adli kınama şeklindeki sembolik cezalara ve çalışma cezalarına kadar geniş bir yelpaze mevcuttur.

İkinci model içerisinde en büyük alanı ise para cezaları kaplamaktadır. Kısa süreli hapis cezasının kaldırılması tartışmalarını başlatan *Bonneville de Marsangy, von Liszt* gibi önemli isimlerin esas olarak önerdikleri model budur. *Bonneville de Marsangy*, hapis

¹⁶⁶ BERNARDI, Alessandro: “*L’evoluzione in Europa delle alternative alla pena detentiva tra comparazione e impulsi sovranazionali*”, Riv. It. Dir. Proc. Pen. , 2016/1, s. 58.

¹⁶⁷ DOLCINI – PALIERO: *Il Carcere*, s. 8.

¹⁶⁸ ALICI, Burhan: “*Belçika Ceza Hukukunda Çalışma Cezası*”, GÜHFD, Y. 2011, C. XV, S. 3, s. 133.

¹⁶⁹ DOLCINI – PALIERO: *Il Carcere*, s. 8-9.

cezalarının tümüyle kaldırılıp yerine para cezalarının öngörülmesi gerektiğini belirterek adeta bir ütopya kurgularken; *von Liszt*, daha ileri görüşlü ve sağduyulu bir tutumla, hafif suçlar için kısa süreli hapis cezası yerine para cezası uygulanması gerektiği kanaatini ileri sürmüştür¹⁷⁰. Bu görüşler, geçtiğimiz yüzyılın ilk çeyreğinde normatif düzenlemelere de yansımaya başlamıştır. Örneğin 1921-24 arasındaki Alman kanun koyucusu sayesinde, kısa süreli hapis cezaları, oldukça dar bir uygulama alanına sıkıştırılmıştır.

Alternatif modeller içindeki üçüncü kategori ise, hapis cezasının infazının tümünün ya da bir kısmının özgürlük içinde geçirilmesini sağlayan alternatif infaz modelleri ya da İtalyan hukukundaki yerleşik adıyla, hapis cezasının infazına seçenek tedbirlerdir (*misure alternative alla detenzione*)¹⁷¹.

Belirtelim ki bundan yüz elli yıl önce, hapse alternatif eğilimi esas itibariyle kısa süreli hapis cezasıyla mücadele adına doğmuşsa da; bu hareket, genel olarak hapis cezasına alternatif arayışına dönüşmüştür. Bu dönüşüm, alternatif ceza ve tedbirlerin yerine geçtiği hapis cezaları sürelerinin sürekli olarak uzatılması, kısa süreli sayılamayacak ölçüdeki hapis cezalarının da yerine alternatifler üretilmesi eğiliminde açıkça gözlemlenmektedir.

Dolayısıyla hapis cezasına alternatif geliştirme fikrinin, başta kısa süreli hapis cezalarına yönelik eleştirilerden ve ardından hapis cezalarının geneline ilişkin olan bütünsel eleştirilerden beslenen bir damarı bulunmaktadır.

Aydınlanma ile birlikte hapis cezası, hem daha insani oluşu ve sonraki dönemlerde de hükümlünün iyileştirilmesine hizmet edeceği iddiasıyla savunulmuştu. Başlıca ceza olarak benimsenmesinden kısa bir süre sonra, hapis cezasının bu beklentileri karşılayamadığı, umut edilen ile gerçekte olan arasındaki derin çelişkiler sayesinde ortaya çıkınca, özellikle uluslararası çapta, hapis cezasına karşı görüşler ivme kazanmaya

¹⁷⁰ DOLCINI – PALIERO: *Il Carcere*, s. 9-10.

¹⁷¹ Bu üçlü tasnif için bkz. PAVARINI: *Le Conseguenze Giuridiche del Reato, Introduzione al Sistema Penale* içinde, V. II, Torino 2001, (Haz. Alberto CADOPPI vd.), s. 455.

başlamıştır. Çünkü hapis cezası pratiği, gerçekten, umulduğu kadar insancıl ve suçlunun iyileştirilmesini temin eden bir cezalandırma modeli olamamıştır. Cezaevleri aşırı kalabalıklaşmış ve buralardaki sağlıksız koşullar, mahkum ölümlerini çok yüksek oranlara çıkarmıştır. Bir yandan, cezaevlerinin adeta bir ıslah yuvası olacağı iddiası da, hapsetme ile rehabilitasyonun çelişik kavramlar olması nedeniyle, başarıya ulaşamamış; zira yapay bir atmosfer içinde, bireyin, hürriyet için eğitilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmıştır¹⁷². Dolayısıyla hapis cezası, zamanında kendi ileri sürdüğü, ceza infazının insanileşmesi ve cezanın suçları önleme amacı taşıması iddialarına kısa süre içinde yenilmiştir.

Tüm bu gelişmeler, aslında, cezanın amacı olarak özel önlemenin hakim paradigma haline gelmesiyle olmuştur. Özel önleme hegemonyası, düzeltici ceza adaleti adına cezalandırmanın yeni modelleri olarak, hapis cezasının bir bölümüne ya da tümüne alternatifler üretme arayışına girmiştir.

Esasında, hapsedilmenin ceza olarak öngörülmeğe başlamasından itibaren her zaman ulaşılması arzulanan bir ideal olarak zikredilen rehabilitasyon kavramından anlaşılan da, zamana ve coğrafyaya bağlı olarak farklılaşmıştır¹⁷³. Örneğin yirminci yüzyılda Alman hukukunun etkisinden sıyrılıp kendi hukuki anlayış ve kurumlarını oluşturan Nordik ülkelerde hakim olan daha insancıl, rasyonel ve hoşgörülü cezalandırma politikası ile öncelikle rehabilitasyon odaklı bir sistem benimsenmiştir. Burada, bir önceki yüzyılın dini

¹⁷² GÖLCÜKLÜ: s. 31.

¹⁷³ Rehabilitasyon kavramı, önceleri, suçluyu suç işlemeye iten alışkanlıklarının, fırsatların, karakter özelliklerinin ve hatta dış görünümünün değiştirilerek kriminal aktivitenin durdurulması olarak tanımlanmaktaydı. Ancak zamanla *social (re)integration* yani topluma (yeniden) kazandırma olarak tanımlanmaya başlamıştır. Bkz. SNACKEN, Sonja – VAN ZYL SMIT, Dirk: Principles of European Prison Law and Policy, New York 2009, s. 83. Rehabilitasyon kavramı hakkında ayrıca bkz. MARTUFI, Adriano: “The Paths of Offender Rehabilitation and the European Dimension of Punishment: New Challenges for an Old Ideal?” Maastricht Journal of European and Comparative Law, Y. 2018, S. 6, s. 1-2; MONTALDO, Stefano: “Offenders’ Rehabilitation: Towards a New Paradigm for EU Criminal Law”, European Criminal Law Review (EuCLR), 2/2018, V. 8, s. 223-243.

rehabilitasyon odaklı anlayışının yerine, uzman desteğinin alındığı, bilimsel, tedavi ve iyileşmeye dayalı rehabilitasyon düşüncesi yerleşmiştir. 30’lu yıllarda başlayıp 60’lı yılların sonlarına kadar süren dönem, bu ülkelerde ceza politikasını şekillendiren rehabilitasyon paradigmasının “altın çağı” olarak nitelendirilmektedir. Bu dönemde ceza kanunlarında önemli reformlar yapılmış, modern infaz servisleri kurulmuş, hücre sistemi terk edilmiş, her suçlu grubu için farklı ve her suçlu için bireyselleştirilmiş *tretman* (iyileştirici muamele) sistemi oluşturulmuştur. Tüm Nordik ülkeler için ortak olacak şekilde cezalandırmada şu dört temel ilke benimsenmiştir: İnsan onuru, kanunilik, rehabilitasyon ve en az zarar. 70’li yıllardan itibaren ise kapalı ortamda tedavi ve iyileştirme üzerine kurulu rehabilitasyon düşüncesi, yerini (toplum içinde) topluma yeniden kazandırma paradigmasına bırakmıştır. Yeni ceza politikasında ise artık büyük, kapalı ceza infaz kurumları ve akıl hastaları veya madde bağımlıları için tedavi merkezleri değil, küçük ölçekli ve açık ceza infaz kurumlarına yer verilmiş; süresi belirli olmayan mahkumiyetler tamamen ortadan kaldırılmış ve ceza süreleri azaltılmıştır. İnsan hakları düşüncesiyle yoğrulan bu yeni politikanın temel ilkesi şudur: “*Cezalandırmak için değil, cezanın sadece kendisi olarak hapisane!*” Hapishanenin sadece ve sadece özgürlüğün kaybı olarak görüldüğü; bunun ötesinde hak kısıtlayıcı, zorlayıcı hiçbir tedbire yer verilmemesi gerektiğini savunan bu anlayışa göre, mahkum da hukuk tarafından hakları korunan bir süjedir. Bu anlayış, mahkum hakları kavramının doğup gelişmesine ve mahkum dernekleri kurulmasına sağlıklı bir zemin oluşturmuştur¹⁷⁴.

Hapis cezalarına seçenekler öngörme ihtiyacı, hapis cezasına yönelik teorik eleştirileri içeren, ideolojik yaklaşımın yanında; cezaevlerindeki aşırı kalabalıklaşma sorunundan da ciddi ölçüde beslenmektedir. Nitekim hapse alternatif öngörme süreci, cezalandırma ile elde edilmesi umulan amaca uygun olan yararlı ve ideal ceza türü

¹⁷⁴ Yukarıda kısaca özetlenen, Nordik ülkelerdeki cezalandırma politikaları hakkında detaylı bilgi için bkz.

LAPPI-SEPPÄLÄ– NUOTIO: s. 186 vd.

arayışının ötesinde, ayrıca ekonomik ve daha insancıl yöntemlerin peşinde koşma sürecidir. Dolayısıyla meselenin altyapısını, cezalandırmanın amacına dair tarihi ve çağdaş anlayışlara ek olarak, ayrıca aşırı kalabalıklaşma ve bunları önlemeye dönük diğer tedbirlerin iflası, cezaevlerinin devletlere ekonomik yükleri gibi pragmatik sebeplerle birlikte değerlendirmek gerekmektedir.

Cezaevlerindeki aşırı kalabalıklaşma, özellikle geçtiğimiz yüzyılın son çeyreğinde Avrupa’da ve tüm dünyada tehlikeli boyutlara ulaşmıştır. Bu durum, önce gittikçe sıklaşan af uygulamalarını; bu aflara yönelik tepki arttıkça da, isimleri farklı olmakla birlikte özü itibariyle af olan kurumları beraberinde getirmiştir. Af ve cezalandırmadan vazgeçmeyi esas alan af benzeri kurumlar, acı vericiliğin tamamen ortadan kalkması nedeniyle genel önleme amacından, failin tehlikeliliğine ilişkin teşhise ve onun topluma yeniden kazandırılmasını sağlayacak *tretman* uygulamasına imkan bırakmadığı için özel önleme amacından uzaktır¹⁷⁵. Kanunen af olarak öngörülen, yahut adı farklı olmasına rağmen özü af olan uygulamalara ek olarak; esasen özel önleme amacıyla öngörülmüş (koşullu salıverilme ve hapis cezasının ertelenmesi gibi) kurumların uygulamada adeta otomatikleşmesi de mevcut sorunu derinleştirmiştir. Kısacası hapis cezasının “olumsuz simetriği” olan bağışlama içerikli uygulamalar, ceza adalet sistemini derin bir krize sokmuştur¹⁷⁶. Sanıldığıının aksine, cezanın acı vericiliği ile bağışlama fikri, birbiri ile çelişkili değildir; çünkü toplumsal barış zamanlarında devreye giren af ve af benzeri kurumlar, aslında sistemin acı vericiliğini ve ödeticiliğini teyit etmektedir¹⁷⁷. Bu nedenle af, ancak kefarete dayalı bir ceza hukuku sisteminde mümkün ve meşru olabilir.

Anılan bu müesseselerin, otomatikleştikleri için toplumsal tepki doğurmaları dışında yol açtığı ve ilkinden daha önemli olan diğer sorun ise, hapishaneye alternatif yaratmak

¹⁷⁵ MANTOVANI, Ferrando: “*Pene e Misura Alternative*”, Riv. It. Dir. Proc. Pen., Y. 1977, s. 83.

¹⁷⁶ MANTOVANI: “*Pene*”, s. 82; FLORA, Giovanni: “*Misure Alternative alla Pena Detentiva*”, Novissimo Digesto Italiano, appendice Vol. V, Torino 1984, s. 97.

¹⁷⁷ BRICOLA: s. 16.

düşüncesiyle yola çıkmışlarken, bundan bambaşka bir noktaya vararak, özgürlüğe alternatif haline gelmeleridir. Bu durum, ülkemizde de tutuklama ve adli kontrol yahut mahkumiyet ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması arası ilişkide olduğu gibi, aslında özgürlük lehine atılan adımların, özgürlüğü eskisinden daha kısıtlayıcı hale getirmesinde de gözlenmektedir. Nitekim tam da bu noktadan hareket eden eleştirel kriminolojik yaklaşımlar, hapis cezasına alternatiflerin, cezaevlerini boşaltmaktan ziyade, cezai kontrol ağının¹⁷⁸ genişlemesine yol açtığını savunmaktadır. “*Net-widening*” olarak adlandırılan olguya¹⁷⁹ dayanan eleştirel yaklaşımlara göre, hapishaneye alternatif yaratma eğilimi, toplumun daha fazla kontrol altında tutulması ve gözetlenmesini beraberinde getirmiştir¹⁸⁰. Konutta infaz edilen cezalar, denetimli serbestlik bünyesinde izlenen kişiler, kamu yararına işlerde çalıştırılan mahkumlar vs. düşünüldüğünde cezai kontrol ağının, ceza infaz kurumlarında tutulanların sayısından kat be kat daha fazla olduğu ortaya çıkmaktadır¹⁸¹. Cezai kontrol ağını genişletmesine ek olarak ayrıca, hapis cezasına ve infazına seçenek kurumların, uygulama koşulları ve kişilere yüklediği yükümlülükler bakımından, gün

¹⁷⁸ Tutuklu, hükümlü ve hapis cezasına seçenek kurum rejimi altındaki kimselerin tümünü kapsamak üzere “cezai kontrol ağı” ifadesi kullanılmıştır.

¹⁷⁹ *Net-widening* olgusu, hapis dışı alternatiflerin uygulandığı kişi sayısındaki artışın, hapsedilen kişi sayısındaki düşüşten daha fazla olduğu verisine dayanmaktadır. Türkçede “yaygınlaştırma” olarak çevrilebilecek *net-widening* hakkında detaylı bilgi için bkz. MCMAHON, Maeve: “‘*Net-Widening*’ Vagaries in the Use of a Concept”, *The British Journal of Criminology*, 1990, V. 30, N. 2, s. 121-149. Ayrıca bkz. TORRENTE, Giovanni: “*La Popolazione Detenuta in Italia tra Sforzi Riduzionisti e Nuove Tentazioni Populiste*”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 27.10.2016, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/4934-la-popolazione-detenuta-in-italia-tra-sforzi-riduzionisti-e-nuove-tentazioni-populiste>, s. 8 (Erişim tarihi: 4.10.2017) ve bkz. <http://restorativejustice.org/restorative-justice/about-restorative-justice/tutorial-intro-to-restorative-justice/lesson-5-implementation-issues/diversion-or-net-widening/#sthash.Wyg4Wpb9.dpbs> (Erişim tarihi: 4.10.2017).

¹⁸⁰ KARAKAŞ DOĞAN: s. 121.

¹⁸¹ CAVALIERE, Antonio: “Il Diritto Penale Minimo in Alessandro Baratta: per un’Alternativa alla ‘Cultura del Penale’”, *Archivio Penale*, Y. 2018, S. 3 (Settembre-Dicembre), s. 5. (Çevrimiçi erişim için bkz. <http://archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=916afacb-f744-43a0-b23e-e39eb8769d84&idarticolo=17490>, Erişim tarihi: 30.03.2020)

geçtikçe daha “cezalandırıcı” bir içeriğe bürünmesi de eleştiriler arasındadır¹⁸². Tüm bu eleştirilere göre, mahkumun iyileşmesine hizmet etme iddiasıyla doğan hapse seçenек kurumlar, var oluş sebeplerine ihanet etmiştir.

Özetlenecek olursa, hapis cezasına seçenек kurumlar, özel önleme ve topluma yeniden kazandırma amacının öne çıktığı bir iklimde doğmuştur. Öte yandan her zaman var olan rehabilitasyon kavramının içinin, önce tedavi ve iyileştirme, sonra da topluma yeniden kazandırma anlayışıyla doldurulması sayesinde hapis cezasına seçenек kurumlar da yeniden şekillenmiştir. Başka bir açıdan ya da geniş bir perspektifle bakıldığında ise, bunların bir yandan da cezaevlerindeki aşırı kalabalıklaşma olgusu ve bunun yansımalarını hafifletmeye dönük çabalar olan af ve af benzeri uygulamalara da karşı duruş olduğu görülmektedir. Zira seçenек kurumlar, hapis cezasına olduğu kadar, aslında affa ve adı af olmamakla birlikte, özü itibariyle af olan uygulamalara da seçenektir. Ayrıca hapis cezasına seçenек kurumların gelişim sürecinin sağlıklı ilerleyebilmesi için, bunlar ile elde edilmesi umulan asıl amacın, özgürlüğe değil, hapsedilmeye alternatif yaratmak olduğu hiçbir aşamada unutulmamalıdır.

Hapis cezasına alternatif cezalar ve diğer kurumlar hakkındaki tartışmaların, ceza yaptırımının gerçekten son çare (*extrema ratio*) olduğu hukuk sistemlerinde daha akılcı olacağı gözden kaçırılmamalıdır. Ancak böyle bir sistemde, duygusal önerilerden arınan rasyonel bir çaba gösterilebilir. Oysa bu araçları salt cezaevi nüfusunu düşürmek için kullanan sistemlerde hapis dışı tedbirlerin, suçun toplumda yarattığı olumsuz değere adil bir karşılık teşkil etmediği düşünülür¹⁸³ ve toplum nezdinde ceza adalet sistemine yönelik güvensizlik oluşur veya halihazırda var olan güvensizlik derinleşir.

¹⁸² Bkz. MARTUFI, Adriano – SLINGENEYER, Thibaut: “*Soft Law Instruments of the Council of Europe and Community Sanctions: Criminal Policy Issues*”, Prison Overcrowding and Alternatives to Detention, European Sources and National Legal Systems (Ed. Alessandro BERNARDI, Koord. Adriano MARTUFI) içinde, Napoli 2016, s. 4.

¹⁸³ Bkz. BRICOLA: s. 15.

C. Aykırı Bir Görüş: Şok Ceza Eğilimi

Her ne kadar hapis cezalarına alternatif arayaşını başlatan tartışmalar, esas olarak, kısa süreli hapis cezalarına yönelmiş olsa da; aradan geçen yüz yılın ardından kısa süreli hapis cezaları, Neo-Klasizm etkisindeki çarpıcı bir argümanla yeniden savunulmaya başlanmıştır. Neo-Klasik ceza hukuku, topluma yeniden kazandırma, eğitim ve iyileştirme anlayışının da yaşadığı kriz üzerine, suç siyasetinin modern bir aracı olarak kısa süreli hapis cezalarının korunması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu anlayışa göre, kısa süreli hapis cezaları, suçlunun cezaevinin “tadına bakması”, suçunun ağırlığı konusunda ikna edilmesi ve özellikle medya aracılığıyla kamuoyuna bir şekilde cezanın çekildiğinin gösterilmesi için gereklidir¹⁸⁴. Şok cezanın süresi, altı ay, üç ay, altı hafta veya sadece birkaç gün dahi olabilir. Önemli olan bu cezanın, uygun bir cezaevi içerisinde ve suçtan hemen sonra çekilmesidir.

Farklı gerekçeyle aynı sonuca varan benzer bir görüş de, şayet ceza siyaseti gereği belirli bir suçu işleyen cezaevine gireceği kabul edilmişse cezanın süresine bakılmaksızın o kişinin mutlaka cezaevine girmesi gerektiği açıklamasıyla meseleye yaklaşmaktadır. Buna göre, kanun koyucunun cezaevine girmesini lüzumlu gördüğü bir suçluyu, cezası kısa diye cezaevine koymamak, kısa sürede iyi olacak hastayı hastaneye kabul etmemekle birdir¹⁸⁵.

Şayet bu anlayışın doğruluğu kabul edilse bile, şok cezadan beklenen amaç, ancak ceza muhakemesinin hızlı işlediği ülkelerde yerine getirilebilir. Cezaların, suçun işlenmesinin üzerinden yıllar geçtikten sonra kesinleşip infaz edildiği (bizimki gibi) hukuk sistemlerinde, şok cezanın anlamı ve işlevi yoktur.

¹⁸⁴ Bkz. DOLCINI – PALIERO: *Il Carcere*, s. 10-12.

¹⁸⁵ GÜRELLİ, Nevzat: “*Ceza Kanunumuzun Elli Yıllık Uygulamasında Ölüm Cezası ve Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar*”, *Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu* (22-26 Mart 1976), İstanbul 1977, s. 214 (Tartışmalar kısmı).

Bu konuda son olarak değinilmesi gereken de, bir koruma tedbiri olan tutuklamanın, esasında şok ceza olarak uygulandığı gerçeğidir. Tutuklama, özellikle toplumsal alarm yaratan durumlarda, bu alarmı harekete geçiren kişiye hızlıca cezai bir karşılık vermek için “muhakeme öncesi ceza” yahut “muhakemesiz ceza” olarak kullanılmaktadır¹⁸⁶.

V. HAPİS CEZASINA ALTERNATİFLERİN GELİŞİMİ VE BUGÜNÜ

Günümüzde, özellikle de uluslararası ve uluslararası kaynakların eşliğinde, hapis cezasından uzaklaşma ve ona alternatif geliştirme eğilimi geçmişe nazaran çok daha ön plandadır. Ancak ceza hukukunun gelişimi ve geleceğine ilişkin öngörüler, salt hapis cezasından uzaklaşma ve ona alternatifler bulma eğiliminden ibaret değildir. Genel olarak suç ve ceza politikaları, suç olmaktan çıkarma (*depenalisation/decriminalisation*) ya da çevirme (*diversion*)¹⁸⁷ akımları, onarıcı adalet mekanizmaları, ceza pazarlıkları ve alternatif çözüm yolları ile cezai alanın dışına çıkarma gibi ve hatta ceza hukukunun ortadan kaldırılmasına kadar varan çok çeşitli modellerle¹⁸⁸ günümüzde yeniden yoğrulmaktadır. Bu noktada çalışmamızın çerçevesini netleştirmekte fayda vardır.

¹⁸⁶ BERTACCINI: s. 45.

¹⁸⁷ Suç olmaktan çıkarmanın mümkün olmadığı noktalarda, özellikle hafif suçlar bakımından kamu davası açılmadan, genellikle savcı tarafından verilen şekli mahkumiyet kararları ile kamuya yararlı yükümlülüklerin yerine getirilmesi veya zararın tazmin edilmesi gibi uygulamalardan oluşan ceza politikasına verilen ad. 1960’lı yıllarda Amerikan ceza adaletinde doğan ve tartışılan bu kavram için bkz. SEVDİREN: s. 36-40; ROXIN, Claus: Ceza Hukukunun Bir Geleceği Var Mıdır? (Çev. Yener ÜNVER), Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi – 5 (Proje Yön. Kayıhan İÇEL, Haz. Yener ÜNVER) içinde, s. 62; KARAKAŞ DOĞAN: s. 63.

¹⁸⁸ Bkz. ROXIN: s. 55-70; AYDIN, Devrim: “Ceza Hukukunun Geleceği ve Yeni Yaptırım Biçimleri”, Ceza Hukuku Dergisi, Nisan 2010, S. 12, s. 87-101. Klasik ceza ve ceza muhakemesi hukukundan sapan bütün bu alternatif modellerin ortak amacı, ceza muhakemesi, mahkumiyeti ve infazı enflasyonunu düşürmektir. Ancak klasik ceza kavramının etrafı bu şekilde kuşatılırken, ödetici cezalandırma anlayışından sıyrılıp, topluma yeniden kazandırma amacına doğru geçirmesi gereken evrimin yavaşlaması tehlikesi gözden uzak tutulmamalıdır. Daha açık bir anlatımla, cezanın ve ceza

Hukukun suç karşılığında verdiği tüm cevaplar, bunların öngörülme, hükmedilme ve yerine getirilme süreçlerinin tümü olarak, bir büyük çark mekanizmasını teşkil etmektedir. Bu çarkı çalıştıran en büyük parça uzunca bir süredir hapis cezası olmuştur. Fakat artık hem tüm mekanizmanın tıkanıdığı gerekçesiyle yeni sistem arayışına gidilmekte, hem de sistem değişikliğinden ziyade parça değişikliği veya onarımıyla mekanizma tamir edilmeye çalışılmaktadır. Bu çerçevede çarkın en büyük parçasının da değişmesi, değişmese bile bütün mekanizma içindeki rolünün azaltılması yönünde çabalar ağırlık kazanmıştır.

Mekanizmanın tümüne yönelik değişim fikirlerinde, cezanın toplumsal sorunları çözen bir araç olamayacağı, zira cezanın kendisinin başlı başına toplumsal bir sorun olduğu iddiası ve devletin cezalandırma tekeline isyan düşüncesi vardır¹⁸⁹. Bu tez, ceza hukukunun, kurumsal bir acı çektirme yönetimi olduğunu ve bu yüzden hiçbir zaman pozitif bir amaca hizmet edemeyeceğini iddia eden ceza hukukunda şüphecilik (*agnosticismo penologico*)¹⁹⁰ düşüncesinin de bir uzantısıdır. Modern cezalandırma sistemini topyekûn reddeden bu aşırı tezin (*abolizionismo radicale*) bir adım gerisinde, modern ceza sisteminin içinde kalmakla birlikte, kurumsal olarak hapis cezasına karşı çıkan düşünceler (*abolizionismo istituzionale*) yer almaktadır. Bu ikinci düşünce, özellikle ekonomik ve politik gelişmelerle suçların sayısının ve ceza hukukunun alanının kontrol edilemez ölçüde genişlediğinden yakınlıkla, orijine dönmeyi, yani doğal suçlar dışındaki kategorileri sistemden çıkarmayı ve bunlara medeni hukuk veya idare hukuku gibi alanların çeşitli karşılıklar vermesini; diğer yandan, çekirdek alanla sınırlandırılan suçların

muahakemesinin alternatifleri geliştirilirken ve bu modeller sürekli olumlanırken, alanı gittikçe daralan klasik cezanın da ödetici cezalandırma anlayışının kalıplarına sıkışmaması için gayret edilmelidir.

¹⁸⁹ PAVARINI – GUAZZALOCA: s. 21.

¹⁹⁰ Daha önce de kısaca değinilen (bkz. yukarıda 15 no.lu dipnot) ceza hukukunda şüphecilik, ceza hukuku biliminin, sadece eleştirel olan, adeta bir “partizan” ceza hukuku bilimini ifade etmediğini; ancak diğer yandan her türlü güce kolaylıkla meşruiyet kazandırabilecek salt teknik bir bilim de olmaması gerektiğini savunmaktadır. PAVARINI: Istituzioni, s. 29 ve 30.

karşılığındaki cezaların da hapis cezası dışında geniş bir seçenekler yelpazesine yayılmasını önermektedir¹⁹¹. Buna benzer bir görüş de, minimum ceza hukuku (*diritto penale minimo*) olarak adlandırılmaktadır¹⁹².

Bu anlayışın da bir adım gerisinde, “azaltıcı ceza politikası” olarak çevrilebilecek *reductionist penal policy* (Eng.) / *riduzionismo* (It.) akımı yer almaktadır. Burada da hem suça hem cezaya yönelik azaltıcı müdahaleler söz konusudur. “Suç olmaktan çıkarma” (*decriminalisation*) suça yönelikken; “çevirme” (*diversion*) ise suça verilen tepkide adli organların rolünün azalması şeklinde, ceza hukukunu klasik yolundan saptıran müdahalelerdir. Böylece ceza hukuku, bir yandan suç teşkil eden bazı fiilleri başka hukuk dallarına gönderirken, diğer yandan başka disiplinlere özgü yaptırımları bünyesine katmakta ve cezai uyumsuzluktan yargı süjesini çıkarmakta, yani ceza hukukunun kamusal nosyonunu azaltmaktadır¹⁹³. Bu politika günümüzde genel olarak benimsenmiştir. Böylece ceza hukukunun modern dünyası, deyim yerindeyse, “suç ihracına” ve “yaptırım ithaline” sahne olmaktadır.

Azaltıcı ceza politikasının, hapis cezasını hedef alan penceresinden bakıldığında, şu karakteristik özellikleri ortaya çıkmaktadır:

(1) Hapsedilmenin olumlu etkileri bulunduğu düşüncesindeki kanun koyucu ve uygulamacılara yönelik şüpheli yaklaşım,

¹⁹¹ Buna yakın bir düşünce olarak, ceza hukukunu gerçek anlamda antisosyal olmayan önemsiz fiillerden arındırma ve gereğinden fazla genişlemesini önleme önerisi ülkemizde de paylaşılmıştır. Bkz. TOROSLU, Nevzat: Nasıl Bir Ceza Kanunu, Ankara 1987, s. 4-5.

¹⁹² *Alessandro Baratta* tarafından ilk olarak 80li yılların başında ortaya atılan bu eleştirel teorisinin savunucularından biri de *Massimo Pavarini* olmuştur. Ceza hukuku öğretisinde geniş taraftar toplayan bu teori, günümüz ceza hukukunun “maksimum ceza hukuku” olduğu, yani gereksiz ölçüde fazla suçun öngörüldüğü ve cezalandırma sisteminin yozlaştığı tespitiyle yola çıkmakta ve sistemin özüne dönüp, gerçekten “extrema ratio” prensibi üzerine kurulmasını savunmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. CAVALIERE: “Il Diritto Penale Minimo”.

¹⁹³ Örneğin, uzlaştırma kurumu sayesinde, suçun karşılığında, özel hukuka ait bir yaptırım olan tazminat ile yetinilmesi söz konusu olabilmektedir.

(2) Hapishanelerdeki aşırı kalabalıklaşma olgusuna ve bu sorunun çözümü olarak cezaevlerinin kapasitesinin artırılması görüşüne karşı çok güçlü bir karşı duruş¹⁹⁴.

Azaltıcı ceza politikasının etkisiyle tıkanmış çark mekanizmasını onaracak öneriler arasında, büyük bir hızla tüm ülkelerde benimsenmekte olan, hapis cezasına ve infazına alternatifler kategorisi yer almaktadır. Bu çalışmanın konusu da, öncelikle, ceza hukukunun çerçevesi içinde kalan hapis dışı tedbirlerden, yani *ceza ve ceza benzeri yaptırımlar*¹⁹⁵ ile hapis cezasının infazına alternatif yöntemlerden ibaret olan bu kategoridir. Diğer kategorilerden farklı olarak, buradaki tüm mekanizmalar ceza hukukunun içindedir. Genel olarak hapsedilmenin alternatifleri, ceza hukukunun reddini dahi kapsayan çok geniş bir çerçeve olduğundan, çalışma alanını belirleme girişimi, öncelikle ceza hukukunun içinde kalma sınırlamasıyla başlamaktadır. Yani ceza sisteminin tümüne, ceza kavramına ve ceza muhakemesine alternatif yol ve araçlar, bu çalışmanın çerçevesinin dışında kalmaktadır. Ceza hukukunun alanı içinde ve hapsedilmeye alternatif tüm kurumlar da, inceleme konumuzu aşmaktadır. Zira ceza muhakemesinin başlangıcından infazın tamamlanmasına kadar pek çok kurum, hapsedilmenin alternatifi olarak uygulanabilmektedir. Bu nedenle ikinci bir sınırlamaya daha ihtiyaç vardır. Öncelikle ceza hukuku içerisindeki seçeneklere ilişkin olduğu belirlenen çalışmamızın özel çerçevesi de, sadece cezanın verilmesi aşamasındaki ve onun infazındaki seçenek kurumlardır. Kapsamı belirlemede ölçütümüz, hapsedilmenin alternatifi olan kurumun, suçluluğun sabit olmasından sonra devreye girip girmemesidir. Özetle bu çalışma, suçluluğun sübutundan sonra devreye giren seçenek kurumlara ilişkindir.

Bu itibarla, hapis cezasına ve infazına seçenek kurumların, klasik ceza anlayışı ile ceza hukukuna alternatif (ve ceza hukuku içinde cezaya alternatif) çözüm yolları arasında yer aldığının yeniden altını çizmekte fayda vardır. Böylece hapis cezasına seçenek

¹⁹⁴ SNACKEN – VAN ZYL SMIT: s. 87.

¹⁹⁵ Terim için bkz. ROXIN: s. 66.

kurumların, cezalandırmanın meşruiyeti tartışmasından sıyrılması mümkün değildir. Bu kategori, salt hapis cezasının meşruiyeti tartışmasından bağımsızlaşabilir; ancak genel olarak cezalandırmanın meşruiyeti temeli üzerine inşa edilmesi gereği, hapis cezasına seçenек kurumlar için de geçerlidir.

Cezanın günümüzdeki amacı, suçluya, toplum içine döndüğü zaman kanunlara uyarak yaşama arzu ve imkanının verilmesi olarak kabul edildiğinden ceza ve cezanın infaz sisteminin, kişiyi toplumdan uzaklaştırmak yerine bilakis kendisini toplumun bir üyesi olarak görmesini sağlayacak şekilde düzenlenmesi savunulmaktadır¹⁹⁶. Bu çerçevede, hapse alternatifler üretme gayretine ek olarak, mevcut ceza ve infaz mekanizmasının içeriğinin de iyileştirici muamele (*tretman*) ekseninde doldurulmasına çalışılmaktadır. Çalışmamızda yeri geldikçe bu gelişmelere de değinilecektir.

Hapis cezasına alternatif tedbirlerin gelişiminde yatay ve dikey olmak üzere iki farklı mekanizma söz konusudur¹⁹⁷. Şimdi bunları sırasıyla inceleyelim.

A. Karşılaştırmalı Hukuk – Yatay Mekanizmalar

Yatay mekanizma, bir hukuki kurumun, bir başka ülkede var olan düzenlemesi örnek alınarak iç hukuka aktarılmasıdır. Bugüne kadar yaşanan gelişim, daha çok karşılaştırmalı çalışmalarla, diğer ülkelerde benimsenen alternatif ceza ve tedbirlerin incelenmesiyle, tablolarla, sınıflandırmalarla ve devletten devlete yayılan alternatif modellerle tarif edilebilecek olan **yatay** gelişim olmuştur¹⁹⁸. Devletler, bir başka devlette benimsenen

¹⁹⁶ GÖLCÜKLÜ: s. 19.

¹⁹⁷ BERNARDI: “*L’evoluzione*”, s. 53.

¹⁹⁸ Bkz. BERNARDI: *The Development of Alternative Sanctions in Europe and the Issue of Prison Overcrowding*, Prison Overcrowding and Alternatives to Detention içinde, s. XII; ayrıca bkz. BERNARDI: “*Le alternative alla pena detentiva tra comparazione e impulsi sovranazionali*”, “*La Lotta al Sovraffollamento Carcerario in Europa*” başlığıyla, 14-15 Nisan 2016 tarihinde Ferrara’da düzenlenen konferansta sunulan bildiri. Belirtelim ki, bizzat katıldığımız bu Konferans’ta sunulan bildirilerin tümü aynı dilde ve aynı şekilde basılmamıştır. Ancak Konferans, “*Prison Overcrowding and Alternatives to Detention*” başlıklı iki yıllık Avrupa Komisyonu araştırma projesinin kapanış

alternatif yaptırım sistemini seçmekte ve/veya üzerinde değişiklikler yaparak benimsemekte özgür olmuş, ama 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren başlayan ve hızla ortak bir kaygıya dönüşen “hapis cezasından kaçış (*de-carcerazione*¹⁹⁹)” sürecinde üretilen çözümler arasından bazıları örnek model²⁰⁰ olarak benimsenmiştir. Kuşkusuz yatay gelişimin, özellikle günümüze kadar oynadığı tarihi rol büyüktür. Ancak her ne kadar bu mekanizma, iç hukuk düzenlemelerini birbirine yakınlaştırsa da; kurumların devletten devlete geçerken yaşadığı değişim ve her bir devletin seçeceği modelde ve bunun üzerinde değişiklik yapıp yapmamakta tamamen bağımsız olması nedeniyle, hukuk sistemlerinin birbiriyle uyumunda yetersizdir²⁰¹.

toplantısıdır. Anılan projenin nihai yayını olarak, Aralık 2016’da, yukarıda kendisine atıf yapılan kitap yayımlanmıştır. *Bernardi*’nin kitapta yer alan İngilizce makalesinde, konferansta İtalyanca olarak sunduğu bildiri ile (aynı olmasa da) benzer hususlara yer verilmiştir. Öte yandan Konferans’ın ses kaydı da <http://www.radioradicale.it/scheda/472282/la-lotta-al-sovrappollamento-carcerario-in-europa-modelli-di-pena-e-di-esecuzione> internet sitesinde yer almaktadır. Bu nedenle çalışmamızda atıflar, hem İtalyanca metnin ses kaydının yer aldığı internet sitesine, hem de İngilizce metnin yayımlandığı kitaba yapılmıştır.

¹⁹⁹ İfade için bkz. MANTOVANI: “*Pene*”, s. 83.

²⁰⁰ Örneğin, Portekiz’de de oldukça gelişmiş bir doktrini bulunmasına rağmen, esas itibarıyla İskandinav Ülkeleri ve Almanya kökenli kabul edilen “gün para cezası sistemi” (*il modello della pena pecuniaria a tassi giornalieri*), karşılaştırmalı çalışmalar sayesinde kısa sürede Avrupa’da birçok ülkede benimsenmiştir. Bkz. BERNARDI: “*L’evoluzione*”, s. 61. Bir başka örnek de ertelemeye ilişkin olarak verilebilir. Avrupa’daki hapis cezasının ertelenmesi (şartlı mahkumiyet) düzenlenmelerinin çoğu Fransız-Belçika kökenli *sursis simple* kurumundan yayılmış olup; bunun da kökeni Anglo-Sakson dünyasına ait *probation* kurumudur. Bkz. BERNARDI: “*L’evoluzione*”, s. 62. Gerçi her iki kurum arasında ciddi farklar bulunmaktaydı. Anglo-Sakson dünyasındaki *probation*, hapis cezasına hükmedilmesini ertelerken; Kıta Avrupası’nda yayılmaya başlayan erteleme ise, hapis cezasının infazını ertelemektedir. Ayrıca *probation* gözetim şartını barındırmaktayken; Kıta Avrupası’nın erteleme düzenlemeleri, başta gözetim şartı öngörmemektedir. Bu husus, yani erteleme için gözetim sürecinin şart koşulması, -kurumun kökü olan *probation* kurumuna gittikçe yaklaşılması ile birlikte- sonradan Kıta Avrupası’nda da yerleşmiştir. Ertelme kurumunu 1888’de ilk olarak benimseyen Belçika’yı, 1891’de Fransa, 1893’te Portekiz ve 1904’te İtalya izlemiştir. Bkz. PADOVANI, Tullio: *Diritto Penale*, IX. Edizione (9. Bası), Milano 2008, s. 323-324.

²⁰¹ Hapsetmeye alternatif bulma sürecinde keşfedilen bir kurumun, ülkeden ülkeye geçerken nasıl değiştiğine dair verilebilecek en iyi örneklerden biri de mağdurun zararının karşılanmasıdır. Alman Ceza Kanunu (StGB) §46’da cezanın belirlenmesinde ve hatta cezadan vazgeçilmesinde bir ölçüt olan

1. Yatay Mekanizma Örneği: İtalya

İtalyan Anayasası m. 27/3'te²⁰², cezaların insanlık dışı muamele barındıramayacağı ve hükümlünün topluma yeniden kazandırılmasına hizmet etmesi gerektiği kaydı yer almaktadır. 1 Ocak 1948'de yürürlüğe giren Anayasası'ndaki bu emredici hükümle birlikte İtalya, cezanın topluma yeniden kazandırma amacından bahseden ilk Avrupa devleti olmuştur. Bu nedenle çalışmamız bakımından İtalya'nın önemi büyüktür. İtalya'nın ardından, anayasal pozitif bir hak olarak, topluma yeniden kazandırmadan bahseden bir diğer Avrupa ülkesi, 1978 Anayasası ile İspanya olmuştur²⁰³. Almanya'da ise bu prensip,

zararın karşılanması, İtalya'da cezanın ertelenmesi (İtCK art. 165) ve koşullu salıverilme (İtCK art. 176/4) için gereken bir şarttır. Fransa'da zararın giderilmesi, bağımsız bir ceza formu olarak düzenlenmiştir. Bkz. BERNARDI: "L'evoluzione", s. 64-66. Ülkemizde ise, zararın giderilmesi, hapis cezasının ertelenmesi (TCK m. 51/2), hükmün açıklanmasının geri bırakılması (CMK m. 231/5 vd.) ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi (CMK m. 171/3-d) için aranan bir şart olduğu gibi; kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırım (TCK m. 50/1-b) ve malvarlığına karşı kimi suç tipleri bakımından etkin pişmanlık şartı (TCK m. 168/1 ve m. 248/1 ve 2) olarak da düzenlenmiştir.

²⁰² İtalyan Anayasası m. 27:

"1. Ceza sorumluluğu şahsidir.

2. Şüpheli/sanık kesin mahkumiyet hükmüne kadar suçlu sayılamaz.

3. Cezalar, insanlık dışı muamele içeremez ve hükümlünün yeniden eğitime* yönelik olmalıdır.

4. Ölüm cezası verilemez."

(*Her ne kadar Türkçeye daha uygun olduğu düşüncesiyle bu çalışmada *yeniden eğitim* yerine *topluma yeniden kazandırma* terimi tercih edilmiş olsa da, Anayasa'da yer alan düzenlemenin çevirisinde ifadenin aslına sadık kalınmıştır.)

²⁰³ 1978 İspanya Anayasası m. 25/2'de, ceza ve güvenlik tedbirlerinin yeniden eğitim ve sosyal rehabilitasyonu amaçlaması gerektiği düzenlenmiştir. Böylece İtalya ve İspanya'da, yeniden eğitim ve yeniden sosyalleşme, anayasal pozitif bir hak olarak devlete karşı ileri sürülebilmektedir. Bu iki ülke dışındaki ülkelerde de yeniden eğitim ve yeniden sosyalleşme, kısacası topluma yeniden kazandırma prensibi, cezanın ya da ceza infazının amacı olarak benimsenmiş olsa da, bunun şekli hukuk kaynakları çeşitlidir. Örneğin Belçika'da, topluma yeniden kazandırma amacı, 2005 tarihli Ceza İnfaz Yasası'nda zikredilmiştir (m. 9/2). Anayasasında açık hüküm bulunmamakla birlikte Anayasa Mahkemesi tarafından içtihat yoluyla bu temel ilkenin benimsenmiş olduğu Almanya'da ise, İnfaz Kanunu §2'ye göre cezanın infazı ile failin topluma yeniden kazandırılmasının amaçlandığı belirtilmiştir. Ülkemizde de hükümlünün yeniden suç işlenmesini engellemek ve yeniden sosyalleşmesini sağlamak, ceza infazının temel amaçları arasında, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 3. maddesinde sayılmıştır.

Anayasa tarafından korunan insan onuru ve kişiliği serbestçe geliştirme hakkından türetilmiştir. Alman Anayasa Mahkemesi'nin tarihi önemi haiz bir içtihadı sayesinde, topluma yeniden kazandırmanın, cezanın öncelikli amacı olduğu, bu sayede sosyal devletin bir pozitif yükümlülüğü ve hatta mahkumun devlete karşı ileri sürebileceği bir hakkı olduğu düşüncesi benimsenmiştir²⁰⁴. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda ise bu yönde açık bir düzenleme mevcut değildir²⁰⁵. Yine de bu durum, hukukumuzda cezalandırmanın topluma yeniden kazandırma esasına dayalı olmadığı anlamına gelmemektedir. Öncelikle ceza infazının temelinde yer alması gereken bir ilke olarak insan onurunun düzenlendiği Anayasa'nın 17. maddesi, infaz hukuku ile Anayasa'nın ilk bağlantı noktasını teşkil etmektedir²⁰⁶. Öte yandan aynı maddede yer alan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile bunu pozitif bir yükümlülük olarak devlete yükleyen m. 5 de, cezaların topluma yeniden kazandırma amacının anayasal temelleri olarak görülmelidir.

İtalya'da cezalandırma kavramına yönelik yaklaşımda yaşanan gelişim ve bu gelişimin hapis cezasına alternatif üretme eğilimi üzerindeki etkileri, yatay gelişim yoluyla, ülkemiz ceza ve ceza infaz hukukuna da ışık tutabilecek niteliktedir. Bu nedenle cezalandırmaya ve hapis cezasına alternatif üretmeye ilişkin İtalya'daki teorik gelişimi daha detaylı şekilde incelemekte fayda bulunmaktadır.

²⁰⁴ Bkz. BVerfGE 35, 203, 235. 5 Haziran 1973 tarihli bu önemli içtihata ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. SNACKEN – VAN ZYL SMIT: s. 79.

²⁰⁵ 1982 Anayasası hazırlanırken Danışma Meclisi Tasarısı'nda ve Danışma Meclisi'nin kabul ettiği metinde yer alan “(...) kişi hürriyetini kısıtlayıcı ceza yahut bu nitelikteki güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi öncelikle hükümlünün ıslahı ve eğitilmesi amacıyla yönelik olarak düzenlenir.” biçimindeki 37. madde (dördüncü fıkra) hükmü Milli Güvenlik Konseyi tarafından çıkarılmıştır. Danışma Meclisi Tasarısı, Danışma Meclisi tarafından kabul edilen metin ve Milli Güvenlik Konseyi'nde kabul edilen metin için bkz. <https://anayasa.tbmm.gov.tr/1982.aspx> (“1982 Anayasası Danışma Meclisi Sırasıyla” Başlığı, Erişim tarihi: 23.12.2018). Bu ifade Anayasamızda yer alsaydı dahi cezanın sadece yerine getirilmesini, yani infazını ilgilendirdiği ve cezanın öngörülmesi ile hükmedilmesinde topluma yeniden kazandırma amacını dışarıda bıraktığı için yetersiz kalacaktı.

²⁰⁶ BACAŞIZ: s. 4926-4927.

a. Cezanın Amaçları Çerçevesinde Modern İtalyan Ceza Hukukunun

Gelişimi

İtalyan Anayasası m. 27/3'teki ifadede, olan ve olması gerekene dair iki hususa yer verilmiştir: cezaların insanlık dışı muamele içermemesi, “olan”a; hükümlünün topluma yeniden kazandırılmasına yönelmesi ise “olması gereken”e ilişkindir²⁰⁷.

Bu hüküm, İtalyan Anayasa Mahkemesi tarafından 60'lı yıllardan itibaren farklı anlayışlarla yorumlanmıştır. Bu evrimi, dört farklı evreye ayrılarak incelemek mümkündür.

i. Cezanın Çok İşlevli Olması Anlayışı (1. Dönem)

60'lı ve 70'li yılları kapsayan ilk aşamada, İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin 12/1966 ve 12/1974 künyeli kararları belirleyicidir²⁰⁸. İlki para cezasının, ikincisi ise müebbet hapis cezasının, mahkumun topluma yeniden kazandırılması ilkesine aykırı oldukları iddiası üzerine verilen kararlarda Yüksek Mahkeme, her iki ceza türünün de Anayasa'ya uygun olduğu yönünde karar vermiştir. Kararların gerekçesinde, bu iki ceza türünün de özel önleyici nitelik barındırmadığı kabul edilmekle birlikte; vatandaşların ve kamu düzeninin suçtan korunmasının, buna bağlı olarak sosyal yaşamın kendisinin korunmasının da cezanın işlevlerine dahil olduğu, bu hususun da Anayasa'nın ikinci maddesinde yer alan ve devletin, siyasi, ekonomik ve sosyal dayanışmayı temin etme ödevinden kaynaklandığı belirtilmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre ceza, önleme amacını taşıdığı sürece anayasalıdır. Bu önleme, Anayasa m. 27/3'teki topluma yeniden kazandırma vurgusuyla açıkça belirtilen özel önleme olabileceği gibi; toplumun suçtan korunmasını esas alan ve Anayasa'da açıkça yazılı olmamasına rağmen, yukarıda bahsedildiği gibi, Anayasa'nın

²⁰⁷ PAVARINI – GUAZZALOCA: s. 11.

²⁰⁸ Bkz. PAVARINI – GUAZZALOCA: s. 12. İtalyan AYM, 4.2.1966 tarih ve 12 sayılı (12/1966) kararı ve 7.11.1974 ve 264 sayılı (264/1974) kararı. Kararların tam metni için bkz. <http://www.cortecostituzionale.it> (Erişim tarihi: 28.10.2016).

ikinci maddesine dayandırılan genel önleme şeklinde de olabilir. Bu gerekçelerle Yüksek Mahkeme, para cezası ve müebbet hapis cezasının, anayasal olduğunu kabul etmek gerektiğini belirtmiştir.

ii. Topluma Yeniden Kazandırmanın, Ceza İnfazının Amacı Olarak Gelişmesi (2. Dönem)

Cezanın, birbiri arasında hiyerarşi bulunmayan birden çok amacı ve fonksiyonu olduğu anlayışından sonra, 70’li yılların ortalarından itibaren Anayasa Mahkemesi’ne hakim olan yeni anlayışta, öncelikle cezalandırma meselesi, kronolojik olarak üç aşamaya ayrılmıştır: Ceza normunun yapılışı, cezanın verilişi (muhakeme ve hüküm süreci) ve cezanın infazı. Topluma yeniden kazandırmaya dönük faydacı anlayışın, belirtilen bu aşamalardan yalnız infaza ilişkin olduğu; buna karşın norm koyma aşamasındaki esas amacın genel önleme olduğu fikri, bu dönemde Anayasa Mahkemesi’ne hakim anlayıştır.

İtalyan infaz hukukunun dönüm noktası olan 354 sayılı İnfaz Kanunu (1975) ile bu anlayışın yeşerdiği dönemin örtüşmesi tesadüf değildir. Bu doğrultuda esas referans noktası olan içtihat, Anayasa Mahkemesi’nin koşullu salıverilme kurumuna ilişkin olarak verdiği 204/1974 künyeli kararıdır²⁰⁹. Anılan karar, koşullu salıverme yetkisinin idari değil, adli mercilerde olması gerektiğini belirterek; o döneme kadar bu kurumun Adalet (ve Af) Bakanlığı tarafından mahkumlara, takdire bağlı biçimde uygulanmasının temelinde yer alan kanuni düzenlemeyi iptal etmiştir. Böylelikle Yüksek Mahkeme, kanun koyucuyu, koşullu salıverilmeyi tüm mahkumlar için geçerli bir hak olarak öngören ve bu kararı verme yetkisini de mahkemelere veren 15 Şubat 1975 tarihli ve 6 sayılı Kanun’u yapmaya sevk etmiştir²¹⁰.

²⁰⁹ İtalyan AYM, 27.6.1974 tarih ve 204 sayılı (204/1974) kararı.

²¹⁰ PAVARINI – GUAZZALOCA: s. 13.

Esasında bu Karar ile infaz hukukuna ilişkin önemli bir dönüm noktası aşılmıştır. Bu tarihten önce, sadece karara konu olan koşullu salıverilme kurumu değil, ceza infazının tümü idari bir süreç olarak görülmekteyken; bu karar sonrası infaz hukuku adli karaktere kavuşmuştur. Bu da sadece infaza ilişkin görev ve yetkilerin adli makamlara geçmesiyle değil; özgürlüğünden yoksun kimselerin özel durumlarını ilgilendiren ya da onların haklarını korumak gibi amaçlar taşıyan birtakım önlemlerin uygulanmasına, yargının üç temel ayağı olan hakim-savcı-savunma üçlüsü tarafından tartışılarak karar verilmesinin öngörüldüğü yeni bir sistemle gerçekleştirilmiştir²¹¹.

Bu karar ile Yüksek Mahkeme, ilk defa, mahkumun topluma yeniden kazandırılma hakkı olduğundan bahsetmiştir. Bireysel iyileşmeye bağlı, tam ve gerçek anlamda bir hak olarak görülmesi sayesinde koşullu salıverilme, eskiden olduğu gibi ihtiyari değil, şartları olduğu takdirde uygulanması zorunlu bir kurum haline gelmiştir. O dönemde cezanın süresine etki edebilecek çok az kurumdan biri olan koşullu salıverilmenin, mahkumun iyileştiği takdirde elde edebileceği bir hak olarak görülmesi, cezanın bir kez verildikten sonra artık değişmez olduğu anlayışını da yıkmıştır. Böylece mahkumun iyileşmesi ölçütüne bağlı olarak ve onun topluma yeniden kazandırılması amacıyla cezanın infaz aşamasında değişebileceği fikri doğmuş ve gelişmiştir. Bundan sonra da, infaz döneminde cezanın maksimum ölçüde esnetilebileceği görüşünün benimsendiği diğer evreye geçilmiştir²¹².

iii. Özel Önleme Amacının İnfaz Dışında da Değer Kazanması (3. Dönem)

Sadece infaz aşamasında değil; özel önleme amacının infaz dışındaki evrelerde de değer kazanması, Anayasa Mahkemesi'nin 1988 yılında verdiği çok önemli bir kararla gerçekleşmiştir²¹³. Hukuki hatanın mazeret kabul edilmemesi ilkesinin katılığını azaltan,

²¹¹ CANEPA – MERLO: s. 6.

²¹² PAVARINI – GUAZZALOCA: s. 13 ve 14.

²¹³ PAVARINI – GUAZZALOCA: s. 14.

bu tür hataya düşmenin kaçınılmaz olması halinde failin kusurunun bulunmadığı ve bu nedenle cezalandırılmaması gerektiği ile açıklayan 364/1988 künyeli²¹⁴ bu tarihi kararda Anayasa Mahkemesi'nin yargıçları, failin kusuru ile topluma yeniden kazandırma arasında ilişki kurmuşlardır. Mahkeme'ye göre fail, kaçınılmaz bir hukuki hataya düşmüş ise gerçekleştiği fiil bakımından kusurlu değildir. Fiili işlemekte en ufak bir kusuru olamayan failin de, topluma kazandırılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Öyleyse topluma yeniden kazandırma amacını taşıması Anayasa tarafından zorunlu tutulan cezaya hükmedilmesi, söz konusu fail bakımından anlamsız olacaktır. Bu Karar'da, cezaya hükmedilebilmesi için, Anayasa'nın cezalara ilişkin temel ilkelerinin yazılı olduğu 27. maddesinin ilk (ceza sorumluluğunun şahsiliği – kusursuz ceza olmaz ilkesi) ve üçüncü fıkrası (cezanın insanlık dışı muamele içermeyeceği ve topluma yeniden kazandırmayı amaçlaması zorunluluğu) arasında her somut olayda bağ kurulması gerektiği gerekçelendirilmiştir.

Görüldüğü üzere bu döneme hakim anlayışta sadece infaz sürecine yoğunlaşma söz konusu değildir. Rehabilitasyon ve topluma yeniden kazandırma vurgusu, ceza muhakemesi süreci içinde daha geriye (hüküm verme aşamasına) çekilmiştir.

iv. Cezanın Çok Amaçlılıktan Sıyrılması (4. Dönem)

Yüksek Mahkeme, 1990 yılında verdiği kararda²¹⁵, öncelikle, geçmiş içtihatlarında (yukarıda belirtilen 1988 tarihli son kararı hariç), topluma yeniden kazandırmanın, daha ziyade infaz aşamasını ilgilendiren bir amaç olarak değerlendirildiği; bu nedenle geleneksel caydırıcılık, ödeticilik ve toplumsal savunma amaçlarının hala etkinliğini koruduğu; her ne kadar topluma yeniden kazandırmada bahsedilse de bu hususun, infaz sürecinin dar kalıplarına sıkıştırıldığı tespitinde bulunmuştur.

²¹⁴ İtalyan AYM, 23.3.1988 tarih ve 364 sayılı (364/1988) kararı.

²¹⁵ İtalyan AYM, 26.6.1990 tarih ve 313 sayılı (313/1990) kararı.

Bunun üzerine Yüksek Mahkeme, topluma yeniden kazandırma dışındaki diğer amaçlar da cezayı şekillendirdiğinde, cezai yaptırımlar üzerinden bireylerin feda edilmesi riskinin oluştuğunu belirtmiştir. Zira bu durumda, genel amaçlar uğruna (genel önleme) veya güvenlik adına, toplumsal ihtiyaçların tatmininin bireysel ihtiyaçlara nazaran öncelenmesi (toplumsal savunma) söz konusudur. Oysa gelişmiş bir devlet, cezanın meşruiyetini ve hayata geçirilişini, yalnızca topluma yeniden kazandırma amacına dayandırmak zorundadır. Karar’da yer alan ilgili kısım şöyledir: *“Yaşanan deneyimler gösterdi ki, Anayasa’da yer alan ve cezanın topluma yeniden kazandırmasına yönelik olmasını öngören norm, sadece hükümlüye yönelik muamelede esas alınacak bir ilke değildir. Yeniden eğitim ve topluma kazandırma, cezanın ontolojik içeriğini şekillendiren; cezanın, soyut norm olarak doğuşundan başlayıp, uygulanmasının sonuna kadar geçerli olan bir ilkedir. Bu nedenle Anayasa m. 27/3’te yer alan ilke, infaz sürecinden sorumlu yargısal organların yanında, kanun koyucuyu, davaya bakan hakimi ve infaza ilişkin idari otoriteleri de bağlar.”*²¹⁶

Cezalandırmada, topluma yeniden kazandırmayı esas alan pozitif özel önlemeden başka bir amacın bulunmayacağına ilişkin bu mesaj, Yüksek Mahkeme’nin verdiği bu kararla birlikte, suçun karşılığında öngörülen yaptırımın türü ve miktarına ilişkin soyut seçimi yaptığı sırada kanun koyucuya, kanunda öngörülen yaptırıma hükmederken de hakime yönelik bir mesaj haline gelmiştir²¹⁷.

Böylece İtalyan Anayasa Mahkemesi, cezanın tek amacının topluma yeniden kazandırma olduğunu vurgulamış; üstelik bu amacın, topluma yeniden kazandırma çabasının başarıya ulaşması mümkün görünmeyen (iyileştirilemez) hükümlüler için dahi geçerli olduğunu, yine aynı kararda belirtmiştir.

²¹⁶ Bkz. Anılan Karar, 8 no.lu paragraf (Çeviri, tarafımıza aittir).

²¹⁷ BERTACCINI: s. 32.

Bu kararlar sayesinde İtalya’da, topluma yeniden kazandırma amacıyla bağdaştırılması zor olan hapis cezasından mümkün olduğundan uzaklaştırılması; hapsin zorunlu görüldüğü hallerde de bu cezanın, mümkün olduğunca, topluma yeniden kazandırmaya yönelik içerikle doldurulması anlayışı yerleşmiştir.

Yukarıda özetlenen süreç, “olan” cezanın çoklu amacından, “olması gereken” cezanın tek amacına doğru uzanan bir yola işaret etmektedir. Ancak bu yolun sonuna geldiği düşünülürken, İtalyan Anayasa Mahkemesi tarafından 1993 yılında verilen ve organize suç örgütleriyle mücadelede cezanın çoklu amacının benimsenebileceğine ilişkin bir içtihat²¹⁸, mevcut kazanımlardan geriye dönüldüğü yorumlarına yol açmıştır²¹⁹. Anılan kararda Anayasa Mahkemesi, ceza infaz sürecindeki alternatif tedbirlerden, mafya tipi suç örgütlerine mensup olan mahkumların, adaletle işbirliği yapmamaları halinde yararlanamayacaklarına ilişkin normatif düzenlemeyi denetlemiştir. Yüksek Mahkeme, topluma yeniden kazandırma vurgusunu burada da yinelemekle birlikte; cezanın, genel önleme ve toplumsal savunma amaçları ile ödetici ve acı verici karakterine de değinerek, örgüt mensubunun, adaletle işbirliği yapmaması gibi istisnai hallerde, toplumun savunmasının tercih edilebileceğini kabul etmiş ve sonuçta bu düzenlemeyi iptal etmemiştir.

Yalnızca mafya tipi suç örgütlerine yönelik istisnai karakter taşıması nedeniyle, anılan son içtihadın verildiği dönem, önceki gelişim sürecinden sapmayı gerektiren, ayrı bir başlık olarak değerlendirilmemiştir.

²¹⁸ İtalyan AYM, 11.6.1993 tarih ve 306 sayılı (306/1993) kararı

²¹⁹ BERTACCINI: s: 32-33.

b. İtalya’da Hapis Cezasına Alternatif Arayışında İzlenen Yollar ve

Günümüzde Geline Nokta

Tüm dünyada olduğu gibi İtalya’da da, hapis cezasına alternatif geliştirme, iki temel sebebe dayanmaktadır: Bunlardan ilki, hapis cezasının cezadan beklenen amacı gerçekleştirmemesi, yani mahkumun hapis yoluyla topluma yeniden kazandırılmamasıdır. İtalya’da yukarıda belirtilen Anayasa Mahkemesi kararlarında da açık biçimde görüldüğü üzere, hapse alternatif yaratmada cezanın amacına ilişkin olan ilk sebep, özellikle son yirmi-otuz yıllık dönemde yeterince olgunlaşmıştır. Ancak, yukarıda da belirtildiği gibi, hapse alternatif geliştirmenin, cezaevlerindeki aşırı kalabalıklaşma ile mücadele, yani tıpkı para da geçerli olduğu gibi “enflasyonu düşürmek” gibi ilkin nazaran çok daha pragmatik bir amacı daha vardır. Yıllar içinde gelişen ve cezanın topluma yeniden kazandırmaya hizmet etmesi gerektiği anlayışına uygun olarak yürürlüğe giren düzenlemelere rağmen, İtalya’da son yıllara kadar, cezaevleri nüfusunun artışına engel olunamamıştır.

İtalyan cezaevlerindeki aşırı kalabalıklaşmanın önemli bir sebebi de, cezaevlerindeki nüfus ile mücadeledeki en geleneksel ve en hızlı, ama bir o kadar da en geçici çözüm olan af yönteminin, 1992 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile pratik olarak neredeyse imkansız hale gelmesidir. 6 Mart 1992 tarihli Anayasa değişikliği ile af kanunu çıkarılmasına ilişkin usulü düzenleyen Anayasa’nın 79. maddesi değiştirilmiş ve parlamentonun her iki kanadında, hem her madde ve hem de yasanın tümü üzerinde, en az üçte iki çoğunluğun onayı aranır hale getirilmiştir. Oysa bu değişiklik öncesinde af düzenlemesi için hükümetin çoğunluğunun onayı yeterliydi. Devlet başkanı seçiminden dahi daha zor olan bu yeni yöntemin benimsenmesiyle, o döneme kadar aşağı yukarı iki yılda bir kullanılan geleneksel “hapishane boşaltma aracı”, artık uygulanamaz hale gelmiştir. Bu radikal değişikliğin cezaevleri üzerinde yarattığı etkilerin ortaya çıkması uzun zaman almamış ve İtalyan Cumhuriyet tarihinin adı “af” olan son kanunu (1990 tarihli

ve 75 numaralı Kanun)²²⁰ üzerinden henüz bir yıl geçtikten sonra hapsedilen toplam kişi sayısı 35.469 olmuş, bunu izleyen yıl ise bu sayı 55 bin kotasını da aşmıştır²²¹.

2000’li yıllarda ise, %150’ye kadar ulaşan kalabalıklaşma (yüz kişilik maksimum kapasiteye karşın yüz elli mahkum) oranı karşısında iki strateji önerilmiştir: Bunlardan ilki yeni ceza infaz kurumları inşa ederek kapasiteyi arttırmak, diğeri ise ev hapsinin kullanım alanını genişleterek cezaevi nüfusunu azaltmaktır. 2010 yılında çıkarılan 199 sayılı Yasa, ikinci yöntemi izlemiş ve on sekiz aya kadar olan hapis cezalarının evde infaz edilmesi imkanını getirmiştir. Ancak bu düzenleme kalıcı olarak değil, 31 Aralık 2013’e kadar yürürlükte kalacak şekilde öngörülmüştür. 2013 yılına gelindiğinde ise, İtalyan ceza ve infaz hukukunun dönüm noktası olan *Torreggiani* Kararı verilmiş ve cezaevlerindeki aşırı kalabalıklaşma meselesinde artık radikal adımların atılması için kaybedilecek zamanın bulunmadığı kavranmıştı. Bu nedenle öncelikle evde infaza ilişkin anılan geçici düzenleme kalıcı hale getirildi²²².

İtalya’da hapis cezasına alternatif yaratma düşüncesi son on yıllar içinde sürekli gelişmekle birlikte; bulunan hiçbir çözüm, cezaevlerindeki kalabalıklaşmayı giderme bakımından, 2013 yılında İHAM nezdinde İtalya’nın mahkum edildiği *Torreggiani* Kararı

²²⁰ Bu tarihten sonra, tıpkı Türkiye’de olduğu gibi, başlığında af ifadesini barındırmamakla birlikte, af benzeri etki yaratacak şekilde, affa benzer kurumların kullanıldığı düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin 2003 yılında *Berlusconi* Hükümeti tarafından çıkarılan 207 sayılı Yasa’da, en fazla iki yıla kadar hapis cezasına mahkum olanlar arasından, bu cezanın en azından yarısını çekenler için hapis cezasının ertelenmesi öngörülmüştür. “*Indultino* (küçük af)” olarak da bilinen bu Yasa, söz konusu erteleme otomatik uygulanmasını öngördüğü için, İtalyan Anayasa Mahkemesi tarafından 2006 yılında Anayasa’ya aykırı bulunmuştur. İtalyan AYM, 21.06.2006 tarih ve 255 sayılı (255/2006) kararı için bkz. <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do> (Erişim tarihi: 16.9.2017).

²²¹ Veriler, *Openpolis* Derneği’nin, İtalyan ceza infaz sisteminin 26 yıllık gelişimini, toplam 193 ceza infaz kurumunu, 25 farklı ülkedeki ceza infaz sistemi ile karşılaştırarak analiz ettiği, 9 Kasım 2016 tarihli “*Dentro o Fuori*” adlı Rapor’dan alınmıştır. Bkz.

http://minidossier.openpolis.it/2016/09/dentro_o_fuori.pdf (Erişim tarihi: 5.12.2016).

Değerlendirmeler için ayrıca bkz. <http://blog.openpolis.it/2016/11/11/amnistie-indultini-svuota-carceri-il-sovrappollamento-carcerario-in-ventanni/10407>, Erişim tarihi: 1.12.2016).

²²² Bkz. http://minidossier.openpolis.it/2016/09/dentro_o_fuori.pdf (Erişim tarihi: 6.12.2016).

kadar etkili olamamıştır. *Torreggiani* Kararı'nı bu meselede dönüm noktası kılan husus, İtalyan cezaevlerindeki aşırı kalabalıklaşmanın tahammül edilemez boyutlara ulaşması ve bu nedenle insanlık dışı muamele (m. 3 ihlali) teşkil ettiğinin altının çizilmesi, bu soruna çözüm getirilmesi için kanun koyucuya bir yıllık sürenin verilmiş olması ve aksi halde bundan sonraki mahkumiyet kararlarının kaçınılmaz olduğunun belirtilmesidir²²³. Anılan kararın verildiği yıl İtalyan cezaevlerindeki toplam tutuklu ve hükümlü sayısı 62.536'ya dayanmıştır²²⁴. Bu ciddi İHAM “tehdidi” üzerine İtalya’da derhal çalışmalar başlatılmış, pek çok yasal değişiklik yürürlüğe konmuş²²⁵, alternatif ceza ve tedbirler alanında sayısız akademik çalışma, proje ve toplantı yapılmıştır. Ayrıca mahkum haklarının ihlali halinde başvurulacak hukuki yolların sayıları ve işlevi arttırılmıştır. Bu çerçevede 2013 yılında Özgürlüğünden Yoksun Kalan İnsanların Hakları Ombudsmanlığı (*Il Garante nazionale*

²²³ Bkz. *Torreggiani* ve diğerleri – İtalya (8 Ocak 2013). Kararın, İHAM internet sitesinde yer almakla birlikte resmi olmayan Türkçe çevirisi özetle şu şekildedir: Başvuranların uygun hapisane koşullarına sahip olma haklarının ihlali, istisnai olaylardan değil; çok sayıda insanı etkileyen ve etkilemeye devam edecek gibi görünen, İtalyan hapisane sisteminin kronikleşmiş fonksiyon bozukluğundan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle şikâyet konusu olan durum, Sözleşme’ye uygun olmayan bir uygulamaya işaret etmektedir. Ayrıca, pek çok İtalyan hapisanesinin fazlasıyla kalabalık oluşu ile ilgili aynı mahiyette İtalya aleyhine yapılmış yüzlerce başvuru Mahkeme önünde derdesttir ve bu sayı giderek artmıştır. Ek olarak, İtalyan hapisanelerinde bulunan kişilerin yüzde kırkı, yargılamaları süren tutuklulardır. Bu bağlamda Mahkeme, Devletleri, artan hapisane nüfusu problemiyle başa çıkmak için, hâkim ve savcılarının mümkün hallerde tutuklama yerine alternatif tedbir kullanmaya teşvik edecek ceza politikaları geliştirmeye davet eden Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu tavsiye kararlarına işaret etmiştir. Son olarak, mevcut davalarda, şikâyet konusu olan hapisane koşullarını iyileştirme gücüne sahip olan davalı Hükümet’in işaret ettiği tek hukuk yolu olan cezaların infazından sorumlu olan hakime başvuru, 3. madde ihlalinde bir kişinin tutukluluğunu hemen sonlandırma olasılığını garanti altına almadığından, uygulamada etkin değildir. Sonuç olarak, ulusal makamlar bir yıl içinde İtalyan hapisanelerindeki kalabalıktan kaynaklanan Sözleşme ihlalleriyle ilgili olarak gerçek ve etkili bir çözüm getiren koruyucu ve telafi edici etkiye sahip bir hukuk yolu veya hukuk yollarını devreye sokmalıdır. Bkz. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":\["TUR"\],"appno":\["43517/09","35315/10","37818/10","46882/09","55400/09","57875/09","61535/09"\],"documentcollectionid2":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-170305"\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (Erişim tarihi: 9.12.2016).

²²⁴ Bkz. “*Dentro o Fuori*”, s. 16, http://minidossier.openpolis.it/2016/09/dentro_o_fuori.pdf (Erişim tarihi: 6.12.2016).

dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale)²²⁶ kurulmuş; izleyen yıl ise, insanlık dışı muamele halinde iç hukuk çerçevesinde tazminat ödenmesi hususu yasal altyapıya kavuşturulmuştur. Bu yoğun çalışmalar kısa sürede sonuç vermiş ve *Torreggiani* Kararı'ndan bir yıl sonra bile, İtalya'nın geldiği nokta İHAM tarafından takdirle karşılanmıştır²²⁷.

²²⁶ Sadece hapis cezasına mahkum olanların değil, herhangi bir devlet tasarrufuyla özgürlüğünden yoksun bırakılanların (örneğin polis nezarethanesinde tutulan kişilerin ya da geri gönderme merkezinde tutulan yabancıların) tümünün haklarının garantörlüğünü yapan bu bağımsız organ, kişilerin dört duvar arasında tutulabilmesine rağmen, kanunilik ilkesinin ve adaletin asla tutuklanamayacağı ilkesiyle hareket etmekte; özgürlükten yoksunluğu öngören kurumlarda yaşanan insan hakkı ihlalleri hakkında bilgi edinip, bunları görünür kılmakta ve kamuoyu baskısı oluşturup meseleye müdahale edilmesini sağlamaktadır. Tutuklu, hükümlü ve genel olarak özgürlüğünden yoksun kalan insanların haklarını korumak üzere dünya üzerinde ombudsmanlığa ilişkin var olan düzenlemeler ve kurumun İtalya'da hayata nasıl geçirildiğine dair detaylı bilgi için bkz. BRUNO, Desi – BERTACCINI, Davide: *I Garanti (dalla Parte) dei Detenuti, Le Istituzioni di Garanzia per i Privati di Libertà tra Riflessione Internazionale ed Esperienza Italiana*, Bologna 2018.

²²⁷ 2014 tarihli *Stella* – İtalya Kararı'nda İHAM şu ifadelerle yer vermiştir: “Torreggiani ve diğerleri Kararı'nın ardından İtalya Devleti, ceza infaz kurumlarındaki aşırı kalabalıklaşmaya ilişkin yapısal sorunları çözmeye yönelik belirli sayıda yasal önlem almış ve buna paralel olarak, tutuklu ve hükümlülere, ihlalin gerçekleşmesinden önce derhal adli bir otoriteye başvuru yapma imkanı sunmuştur. İç hukukta tanınan bu yeni başvuru imkanı ile tutuklu ve hükümlüler, cezaevlerindeki olumsuz koşullar hakkında, adli bir otoriteye şikayette bulunma hakkına sahip olmuşlardır. Bunun dışında İtalya Devleti, cezaevindeki süreçte, İHAS'te tanınan hakların ihlal edilmesinden sonra da, bu defa tazminat talebiyle gidilebilecek bir hukuki yol daha öngörmüştür. Böylece İtalyan otoriteleri, bu alana ilişkin olarak İHAM içtihatlarında belirlenen temel ilkeleri benimsemiş; Torreggiani Kararı'nda belirtilen yükümlülükleri de, İHAS m. 46'ya uygun olarak, yerine getirmiş ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin tavsiye kararlarına uymuştur. İHAM, İtalya Devleti'nin, cezaevlerindeki aşırı kalabalıklaşma ile İHAS'te öngörülen hak ve özgürlüklere ilişkin sorunlarını, İHAS m. 1'den kaynaklanan yükümlülüklerine uygun olarak ulusal düzeyde çözdüğünü görmektedir.” Bkz. DOLCINI, Emilio: “‘Ceza İnfazı Meselesi’: Bir Ceza Hukukçusu Gözüyle Ara Bilanço” (Çev. Duygu Çağlar DOĞAN), AÜHFD, Y. 2016, C. 65, S. 4, s. 3370.

B. Hapis Cezasına Alternatifler Konusundaki Uluslararası Düzenlemeler -

Dikey Mekanizmalar

Günümüzde önem kazanan ve gelecekte daha baskın olacağı öngörülen gelişim modeli ise, uluslararası ve uluslarüstü kuruluşlara işaret eden **dikey** modeldir²²⁸. Bu mekanizma, birden fazla devletin üyesi olduğu bir veya birden fazla uluslarüstü kuruluşu gerektirir ve bu kuruluş(lar) tarafından öngörülen kuralların, üye devletlerce benimsenmesiyle işlemektedir.

Hapsedilmeye alternatif kurumlar alanındaki uluslararası düzenlemelerin pek çoğu, uluslararası kaynaklara ilişkin *hard law* (bağlayıcı nitelikteki metinler)²²⁹ - *soft law* (bağlayıcı olmayan, tavsiye niteliğindeki metinler) ayrımında, çoğunlukla ikinci kategoriye dahildirler. Bir kısmı *hard law*, çoğunluğu ise *soft law* olan ve ortaya çıkışı oybirliği ya da oyçokluğuna bağlanan bu metinlerin ortak yönü, ortak bir standart oluşturma ve yöneldikleri devletler nezdinde birtakım kurum, norm da ya da modelleri, bu standartlara uydurma amacını taşımalarıdır²³⁰. İşte bu nedenle, bağlayıcı olmayan pek çok düzenleme içerdiği için henüz gerçek anlamıyla bir normlar hiyerarşisinden bahsedilemese de, uluslararası ve uluslarüstü hukuk kaynakları ile ulusal hukuk arasında ilişki kurması nedeniyle bu tür gelişim mekanizması, *dikey* olarak adlandırılmaktadır.

Önceki başlıkta incelenen yatay gelişim mekanizması, benimsenecek düzenlemenin türü ve zamanı açısından devletleri gereğinden fazla özgür bırakmaktadır. Karşılaştırmalı çalışmalara dayanan örnek alma modeli olan yatay gelişim mekanizması, bu yüzden, farklı hukukların uyumlaşmasında yetersiz kalmaktadır. Bunun üzerine özellikle Avrupa Konseyi'nin, yani 28 ülkeden oluşan "küçük Avrupa" değil, 47 üyeli "büyük Avrupa"

²²⁸ BERNARDI: "Le alternative alla pena detentiva", <http://www.radioradicale.it/scheda/472282/la-lotta-al-sovraffollamento-carcerario-in-europa-modelli-di-pena-e-di-esecuzione>.

²²⁹ Ancak bağlayıcı nitelikte olması, uluslararası veya uluslarüstü bu metinlerin her zaman iç hukukun önüne geçtiği anlamına gelmemektedir. Bkz. BERNARDI: "L'evoluzione", s. 57.

²³⁰ BERNARDI: "L'evoluzione", s. 57.

nezdindeki, uluslarüstü ama bağlayıcı olmayan tavsiye kararları aracılığıyla *uyum* çabaları arttırılmıştır. Zamanla ve örneğin bir Avrupa Birliği üye devletinden diğerine nakledilen mahkumun cezasının infazı gibi pratik sorunlar karşısında ise, uyumun yanında ihtiyaç duyulan bir diğer hususun da *işbirliği* olduğu görülünce, bu kez de Avrupa Birliği'nin bağlayıcı kararları ile meseleye müdahale edilmiştir. Ortak bir Avrupa ceza hukukundan henüz bahsedilemeyen, ama ceza hukukunun gittikçe dinamikleşen şekilde Avrupalılaştığı²³¹ günümüzde, hapis cezasına alternatif bulma eğiliminin özellikle milenyum sonrası gelişimi ile birlikte, yatay mekanizmaların yerini dikey mekanizmalara bıraktığı söylenebilir. Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi nezdindeki kurumsal çabalar, bağlayıcı niteliği olan metinlerin gelecekte de daha baskın olacağı ve bu alandaki uyum ve iş birliğinin artacağı öngörülerini güçlendirmektedir.

Ancak Avrupa'ya eğilmeden önce, yargılama ve cezalandırmada hapse alternatif alanında evrensel nitelikteki en önemli düzenlemeye değinmek gerekmektedir: Tokyo Kuralları.

1. Tokyo Kuralları

Tokyo Kuralları olarak bilinen ve 14 Aralık 1990'da Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından (45/110 sayılı kararla) kabul edilen bu düzenlemenin asıl adı, Hapis Dışı Tedbirlere İlişkin Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları'dır. Bu kuralların kabulündeki amaç, devletlerin yaptırım politikalarında, insan hakları ile sosyal adalet ve mahkumların topluma yeniden kazandırılması gereksinimini temel almaları, hapis cezalarını azaltmaları ve ayrıca hapis dışı alternatiflere ilişkin uygulamalarda minimum

²³¹ “Avrupa ceza hukuku” ve “Ceza (ve Ceza Muhakemesi) Hukukunun Avrupalılaşması” terimleri hakkında bkz. ERDEM, Mustafa Ruhan: “*Lizbon Antlaşması ve Avrupa Ceza Hukuku'nun Geleceği*”, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, Özel Sayı, s. 1021-1024.

standartları temin etmeleridir²³². Bu düzenlemede, bir dizi hapse alternatif çözüm listesi de öngörülmüştür²³³.

Tokyo Kuralları'nda bundan başka, hapis dışı tedbirlerin kanuniliği prensibi açıkça düzenlenmiştir²³⁴. Zira hapsedeninin, özgürlüğün kaybı gibi bariz bir cezalandırma ögesi varken; alternatif yaptırımlardaki cezalandırma ögesi bu kadar kolaylıkla görülmeyebilir ve şayet seçenек ceza veya tedbir kanunen tanımlanmamış ise hapis dışı cezanın keyfi uygulanmasına yol açabilir²³⁵.

Tokyo Kuralları, devletlere yönelik olarak her ne kadar net ve emredici bir dille kaleme alınmış olsa da, hukuki niteliği itibariyle, taraf devletler için bağlayıcı değildir.

²³² Bu amaçların vurgulandığı başlıca hükümlere yer vermekte fayda vardır: Tokyo Kuralları **m. 1.1**: Bu Asgari Standart Kurallar, hapis dışı önlemlerin kullanılmasını geliştirmek için temel prensipleri ve hapse alternatif bir cezaya tabi olan kimseler için minimum korunmaları düzenler. **m. 1.5**: Üye devletler, hapse alternatif başka önlemler sağlamak ve böylece hapis cezasının uygulanmasını azaltmak ve insan haklarına uygunluğu, sosyal adalet şartlarını ve suçlunun ihtiyacı olan rehabilitasyonu dikkate alarak ceza adalet sistemini modernleştirmek için kendi hukuk sistemlerinde hapis dışı önlemler geliştireceklerdir. **m. 2.3**. Ceza adalet sistemi, suçun niteliğine ve ağırlığına, suçlunun kişiliğine ve geçmiş yaşamına, toplumun suça karşı korunmasına daha fazla uygunluk sağlamak ve hapis önlemlerinin gereksiz yere kullanılmasından kaçınmak için, dava öncesinden hüküm sonrasına kadar her aşamada, bir dizi hapis dışı önlem öngörmelidir. Getirilen hapis dışı önlemlerin sayısı ve türü, hükmün infazını mümkün kılacak biçimde belirlenmelidir. **m. 2.4**. Yeni hapis dışı önlemlerin geliştirilmesi teşvik edilmeli, bunlar yakından izlenmeli ve uygulamaları sistematik olarak değerlendirilmelidir.

²³³ Bu çözümler, hüküm sırasında ve hüküm sonrasında olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Hüküm sırasında hapis yerine hükmedilebilecek ceza türleri **m. 8.2**'de, (a) Tembih, ihtar ve kınama gibi sözlü yaptırımlar; (b) Şartlı tahliye; (c) Statü cezaları; (d) Para cezası ve günlük para cezası gibi ekonomik yaptırımlar ve mali cezalar; (e) El koyma ve kamulaştırma kararı; (f) Mağdura iade ya da tazminat kararı; (g) İnfazı durdurulmuş ya da ertelenmiş ceza; (h) Denetimli gözetim ya da yargısal denetim; (i) Kamu hizmetlerinde çalıştırma kararı; (j) Kampa gönderme; (k) Ev hapsi; (l) Kurum dışı muamele yöntemlerinin başka her hangi bir türü; (m) Yukarıda sıralanmış olan önlemlerden bir kaçının beraber uygulanması olarak belirtilmiştir. Hüküm sonrası alternatif tedbirler ise **m. 9.2**'de, (a) Memlekete gitme izni ve geçici yurtlarda kalma; (b) Çalışma ya da eğitim amaçlı salıverme; (c) Şartlı tahliyenin çeşitli türleri; (d) Cezada indirim; (e) Af olarak sayılmıştır.

²³⁴ **m. 3.1**. Hapis dışı tedbirlerin konulması, tanımlanması ve uygulanması kanunla tayin edilmelidir.

²³⁵ Hapsedeninin Alternatifleri (Haz. Dirk van ZYL SMIT, Çev. Danende Zeynep ALPAR), Ceza Adaleti El Kitapları Dizisi, 2013, s. 27.

Nitekim m. 1.3'te de açıkça belirtildiği üzere bu kurallar, her ülkenin kendi siyasal, ekonomik ve sosyal ve kültürel koşulları ve o ülkenin ceza adalet sisteminin amaç ve hedefleri göz önüne alınarak uygulanmak üzere kabul edilmiştir. Yine de Tokyo Kuralları, dünya kamuoyunun ilgisini, hapse alternatif ceza ve tedbirler meselesine çekme başarısını göstermiştir. Kaldı ki, ceza hukuku veya genel olarak hukuki yaptırımlar alanında uluslararası ölçekli böyle düzenlemeler oldukça nadirdir. Bu nedenle Tokyo Kuralları'nın önemi azımsanmamalıdır²³⁶. Öte yandan bu kurallar, Avrupa Kıtası'nda hâlihazırda başlamış olan gelişmeleri daha da tetiklemiş ve hızlandırmıştır.

Avrupa'da ise bu alanda en fazla sayıda metin, Avrupa Konseyi (Bakanlar Komitesi) tarafından üretilmiştir²³⁷. Sayıca çok olmalarına rağmen Avrupa Konseyi'nin hapis cezasına alternatifler konusundaki çoğu metni, tavsiye kararı olarak çıkarıldığı için üye ülkeler nezdinde bağlayıcı niteliği haiz değildir. Buna karşın, bu metinlerin -yazıldığı konjonktüre göre kendi aralarında farklar barındırsalar da- ortak bir karakteri ve üye devletleri yönlendirmek istediği ortak bir ideali vardır. Bu ideal, hapis cezasının ceza adaleti içindeki son çare olması ve artık cezalandırmanın asıl amacı olarak kabul edilen “topluma yeniden kazandırma” prensibine uygun ceza ve muamelelerin uygulanmasını temin etmedir.

Avrupa Konseyi bünyesinde kabul edilmiş olan bir düzenleme ise, genel olarak insan hakları yanında, hapis cezası ve ona alternatifler alanında da temel ve bağlayıcı referanstır: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS). İHAS'ın birtakım maddeleri, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) tarafından hapis cezası ve buna alternatif kurumları

²³⁶ Aynı yönde bkz. BERNARDI: “*L'evoluzione*”, s. 68.

²³⁷ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin bu alandaki tüm tavsiye kararlarının (gayriresmi) Türkçe çevirisi için bkz. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Ceza İnfaz alanındaki Tavsiye Kararları (Avrupa Konseyi/ Avrupa Birliği Ortak Programı “Türkiye’de Model Cezaevi Uygulamalarının Yaygınlaştırılması ve Cezaevi Reformunun Desteklenmesi Projesi” kapsamında basılmıştır), Ankara 2011. http://www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/uluslararasi/tavsiye_kararlari.doc (Erişim tarihi: 25.9.2017).

ilgilendiren konularda referans alınacak niteliktedir. Bu çerçevede öncelikle İHAS'ta yer alan ilgili düzenlemelerin İHAM tarafından nasıl yorumlandığı incelenecek, ardından Avrupa Konseyi'nin bu alana ilişkin olarak tavsiye niteliğindeki düzenlemelerine değinilecektir.

2. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi

Sözleşme'de, hapsin alternatiflerine ilişkin açık bir düzenleme mevcut olmasa da, pek çok maddesinde bu konudaki içtihatlarla dayanak teşkil edebilecek düzenlemeler vardır. Bunlar arasında öncelikle m. 3'te yer alan, *işkence ile insanlık dışı ve onur kırıcı muamele yasağı* gelmektedir. Bunun yanında Sözleşme'de öngörülen ve ceza hukukunu ilgilendiren tüm haklar, ve hatta 8. maddede yer verilen özel hayatın ve aile yaşamının korunması hakkı dahi, bu alanda uygulanabilir niteliktedir²³⁸. Ayrıca Mahkeme, sadece 3. maddeye ilişkin değil, 2. maddede öngörülen yaşam hakkına ilişkin kararlarında da hapis cezasına alternatiflere ilişkin görüşlerine yer vermiştir. Öte yandan İHAM tarafından cezada, topluma yeniden kazandırma amacının önemsendiği vurgusu da yapılmaktadır²³⁹. Özellikle son yıllardaki kararlarında, taraf Devletlerin ceza politikalarının, failleri rehabilite etmek üzerine kurulması zorunluluğunu ve bu yönde devletin pozitif bir yükümlülüğü olduğunu belirten Mahkeme, mahkumun topluma yeniden kazandırılması imkanının tanınmadığı ceza uygulamalarını insanlık dışı muamele olarak değerlendirmektedir²⁴⁰. Tüm bu kararların gerekçelerinde şüphesiz Avrupa Konseyi'nin *soft law* düzeyindeki düzenlemelerinden de yararlanılmaktadır. Bu vesileyle, her ne kadar Avrupa Konseyi düzenlemeleri genellikle bağlayıcı nitelik taşımadığından *soft law* olarak

²³⁸ BERNARDI: “*L'evoluzione*”, s. 70 (62 no.lu dipnot).

²³⁹ Bkz. *Mastromatteo* – İtalya Kararı (24.10.2002), 72. paragraf.

²⁴⁰ Bkz. MARTUFI: “*The Paths*”, s. 4.

nitelendirilseler de, İHAM tarafından yapılan hukuksal yorum aracılığıyla bu düzenlemeler adeta *hard law* haline dönüştürülmektedir²⁴¹.

İHAM içtihatları esas itibariyle hapsedici ve hapsedici olmayan yaptırım seçimine ilişkin olup; genellikle ceza infaz kurumlarındaki somut koşulların insanlık dışı olduğu ve bu nedenle İHAS m. 3'e aykırılığı iddiasıyla İHAM önüne taşınan davalara ilişkindir. Bu noktada karşımıza *sussidiarietà* ilkesi, yani hapis cezasının ikincil olması, bir diğer deyişle *extreme ratio* (son çare) olma özelliği çıkmaktadır.

İHAM'ın, hapis cezasının somut olarak infaz edilme koşullarını incelediği kararları da kendi aralarında, cezaevlerindeki aşırı kalabalıklaşma vurgusunu öne çıkaran²⁴² veya hücrelerdeki hijyen koşulları, hücre içinde gözetlenme ve ceza infaz kurumu içinde kötü muameleye maruz kalma gibi diğer konulara ilişkin olmalarına bağlı olarak ayrılabilir. Bunlar arasında, üye devletleri, hapis dışı alternatif ceza ve infaz modelleri benimsemeye iten kararlar, genellikle, aşırı kalabalıklaşmaya ilişkindir. Zira ceza infaz kurumlarındaki nüfus yoğunluğu sorunun çözümü hapis cezasına alternatif kurumların sayısını arttırmaktan ve uygulamasını yaygınlaştırmaktan geçmektedir²⁴³.

İHAM, önceleri, cezaevlerinde m. 3 ihlali olup olmadığını tespit etmek için, kümülatif birçok ölçütten yararlanmaktaydı. Bunların içinde, “hapsedilen kişiye ayrılan asgari yaşam alanı” ölçütü de vardı, ama bu tek başına ihlal kararı vermeye yeten bir ölçüt olmayıp, diğer somut faktörlerle birlikte değerlendirmeye alınıyordu²⁴⁴. Daha yakın

²⁴¹ BERNARDI: “*L'evoluzione*”, s. 70.

²⁴² Örneğin *Mandic ve Jovič* – Slovenya (20 Ekim 2011), *Stručl* ve diğerleri – Slovenya (20 Ekim 2011), *Torreggiani* ve diğerleri – İtalya (8 Ocak 2013), *Varga* ve diğerleri – Macaristan (10 Mart 2015).

²⁴³ Bunun yanında, şüphesiz, yeni ceza infaz kurumu inşa etmek veya af gibi kalıcı olmayan çözümler de mevcuttur.

²⁴⁴ Bkz. MARIOTTI, Marco: “*Ancora sul Sovraffollamento Carcerario: nel Calcolo della Superficie della Cella È Compreso lo Spazio del Letto? La Cassazione Interprete la Giurisprudenza di Strasburgo in modo Particolarmente Favorevole ai Detenuti*”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 29.03.2017, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/5310-ancora-sul-sovrappollamento-carcerario-nel-calcolo-della-superficie-della-cella-e-compreso-lo-spazi> (Erişim tarihi: 26.9.2017), s. 1 ; ALBANO,

zamanlarda ise Mahkeme için cezaevlerinde aşırı kalabalıklaşma hali, tek başına, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamelenin ölçütü haline geldi²⁴⁵. Şüphesiz aşırı kalabalıklaşmanın bağımsız bir ölçüt olabilmesi için kişi başına düşen asgari yaşam alanına ilişkin somut bir standarda ihtiyaç vardı ve İHAM bu standardı “üç metrekare” olarak belirledi²⁴⁶. Bu noktada, Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Komitesi’nin (CPT) 1990 yılından beri belirlediği ve güncellediği standartların bulunduğunu da belirtmek gerekir²⁴⁷. Öte yandan kişi başına düşen minimum üç metrekare kuralı, 2013 yılında verilen ve pilot karar niteliğindeki *Torreggiani* - İtalya Kararı ile de teyit edilmiştir. Bu karara göre, hapis cezasının infaz koşullarına ilişkin bu minimum standart sağlanamıyorsa, otomatik olarak, yani başka ölçütlere bakılmaksızın, cezaevinde aşırı kalabalıklaşma gerçekleşmiş demektir ve bu durum Sözleşme’nin 3. maddesinde yasaklanan insanlık dışı muamele sayılmaktadır. Aşırı kalabalıklaşmayı derhal çözmek yönünde devletin pozitif yükümlülüğü olduğu belirtilen bu kararda, çözümün iki yolu

Alessandro – PICOZZI, Francesco: “*Contrasti Giurisprudenziali in Materia di (Misurazione dello) Spazio Detentivo Minimo: lo Stato Dell’Arte*”, Archivio Penale, 2015 (1), s. 2 (Bu Makale, Archivio Penale Dergisi’nin çevrimiçi olarak erişilebilir makalelerinden olduğu için yalnızca Makale’nin kendi içinde sayfa numarası mevcut olup; Dergi içinde sayfa numarası bulunmamaktadır). Bkz. [http://www.archiviopenale.it/contrasti-giurisprudenziali-in-materia-di-\(misurazione-dello\)-spazio-detentivo-minimo-lo-stato-dell-arte/articoli/9360](http://www.archiviopenale.it/contrasti-giurisprudenziali-in-materia-di-(misurazione-dello)-spazio-detentivo-minimo-lo-stato-dell-arte/articoli/9360) (Erişim tarihi: 5.10.2017).

²⁴⁵ Bu eğilimin başlangıcı, 2009 yılında verilen *Sulejmanovic* – İtalya (16 Temmuz 2009) kararıdır.

²⁴⁶ *Sulejmanovic* – İtalya Kararı’nda İHAM, kişi başına düşen yaşam alanının üç metrekarenin altında olması halini, başka hiçbir ölçüte bakılmaksızın, m. 3 ihlali olarak değerlendirmiştir. Ceza infaz kurumundaki yaşam alanı üç ile dört metrekare arasında olduğunda ise, somut yaşam koşullarındaki diğer faktörlere bakılarak değerlendirme yapılacağı belirtilmiştir.

²⁴⁷ Komite’nin 2015 yılında yeniden belirlediği standartlara göre asgari yaşam alanı, tek kişilik odalarda minimum 6 metrekare, başkalarıyla paylaşılan odalarda ise minimum 4 metrekaredir. Bkz. Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Komitesi (CPT), Ceza infaz kurumlarındaki yaşam alanı standartları, m. 9, CPT/Inf (2015)44|Section:1/2|Date: 15/12/2015, [http://hudoc.cpt.coe.int/eng#{"sort":\["CPTStateOrderDescending"\],"CPTKeywords":\["fkmc"\],"CPTSectionID":\["p-standards-inf-2015-44-en-1"\]}](http://hudoc.cpt.coe.int/eng#{) (Erişim tarihi: 22.11.2016). Böylece İHAM’in 2009 yılında verdiği *Sulejmanovic* – İtalya Kararı’nda belirlediği asgari yaşam alanı ölçüsünün (3 metrekare) ardından 2015 yılında CPT, standardı daha da yükseltmiştir.

olduğuna da işaret edilmiştir: Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılmayan alternatif cezalara başvurulması ile tutuklama oranının azaltılması.

Bu konudaki en yakın tarihli *Mursic - Hırvatistan Kararı* (2016) ise, cezaevinde kalabalıklaşmaya ilişkin olarak, asgari yaşam alanı dışında iki şartın daha önemine işaret etmiştir. Bir ceza infaz kurumu, minimum üç metrekairelik yaşam alanının dışında mahkuma, tek başına uyuma ve kurum içinde serbestçe hareket etme imkanlarını da temin etmelidir. Şayet bu üç koşuldan biri ya da daha fazlası yerine getirilmediğinde, m. 3’ün ihlali yönünde ciddi bir karine oluşmuş demektir. Fakat bu olumsuz değerlendirme otomatik bir ihlal kararına yol açmamakta; mahkumun koğuş/hücre dışındaki etkinliklere katılımı, güneş ışığından yararlanma miktarı, kişisel hijyen koşulları gibi diğer faktörlerin baskınlığı ile tersine dönebilmektedir²⁴⁸.

Bu alana ilişkin olarak Sözleşme’nin 2. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkına referans yapılan kararlar da mevcuttur. 2002 yılından itibaren Mahkeme, prensip olarak hapis cezasına alternatiflere ilişkin politikaların geliştirilmesine önem verdiğinin, hatta bu politikaların şiddet suçları failleri için de geçerli olması gerektiğinin altını çizmekle; ancak bir yandan da toplumun korunması için tehlikeli suçluların hapsedilmeleri ve tehlikeli olmaya devam ettikleri sürece hapsedilmelerine devam edilmesi gerektiğini belirtmektedir²⁴⁹. Yaşam hakkına yönelik açık tehlikenin bulunduğu istisnai hallerde, toplumun korunması adına hapis cezasının tercih edilmesi gerektiğini düşünen İHAM tarafından, toplum için tehlikeli olduğu somut olarak belirlenebilen kişilerin taşıdığı riskleri önlemekte gereken tedbirleri almayan devletin, yaşam hakkının (m. 2) korunması için yerine getirmesi gereken pozitif yükümlülükleri ihlal ettiği kabul edilmiştir²⁵⁰. Devlete

²⁴⁸ Bkz. MARIOTTI: s. 1.

²⁴⁹ VOYATZIS, Panayotis: “Alternative Measures to Detention in the European Court of Human Rights’ Case-law”, European Criminal Law Review (EuCLR), 2014/2, V. 4, s. 176.

²⁵⁰ İHAM, 15.10.2009 tarihli *Maiorano - İtalya* (28634/06) Kararı’nda, ağır ve vahşice işlenmiş birçok suçtan mahkum olan ve müebbet hapis cezası çekmekte olan *Angelo Izzo*’nun, tehlikelilik halinin

yüklenen bu pozitif yükümlülük, “ağır suçlar işledikleri için hapis cezası çeken kişilerin olası eylemlerine karşı genel olarak toplumu koruma yükümlülüğü” şeklinde ifade edilmektedir²⁵¹. Ancak devletin bu konuda sorumluluğunun kabul edilebilmesi için, potansiyel ölüm neticesinin yetkili ulusal makamlarca bilinmesi veya bilinmesinin gerekmesi, gerçek ve yakın tehlike arz eden ciddi riski önlemek için devletin yapılması gerekenleri yapmamış olması ve suçun bu nedenle işlenmiş olduğunun kanıtlanması gerekir²⁵². Buna karşın, önceki ağır suçları nedeniyle çektiği hapis cezasının ardından koşullu salıverilmeden yararlanan failin bu süre içinde işlediği cinayet fiili bakımından, sırf koşullu salıverilme döneminde olduğu gerekçesiyle, devletin pozitif yükümlülüğünü ihlal etmiş olduğu kabul edilemez²⁵³.

Hapis cezasına seçenek yaptırım ve alternatif infaz usullerine özgü olarak, toplumu koruma şeklindeki devletin pozitif yükümlülüğünü vurgulayan iki önemli içtihat,

devam ettiğine dair somut verilerin, savcı tarafından bilinmesine rağmen, infazdan sorumlu gözetim hakimiyiyle paylaşılması ve bu bilgiden yoksun gözetim hakimince, *Izzo*’nun yıllar içinde gösterdiği olumlu gelişim düşüncesi ve adaletle işbirliği yaptığı gerekçesiyle, alternatif bir infaz tedbiri olan ve gündüzleri ceza infaz kurumundan çıkışını öngören yarı özgürlük (*semilibertá*) uygulamasından yararlandırılması, hapse alternatif bu uygulamanın başlamasından kısa bir süre sonra da *Izzo*’nun o dönem yakın ilişki içerisinde olduğu bir anne ve kızını öldürmesi üzerine İHAM, İtalya’yı, m. 2’de yer alan yaşam hakkına ilişkin pozitif yükümlülükleri yerine getirmediği gerekçesiyle mahkum etmiştir.

²⁵¹ Bkz. *Mastromatteo* – İtalya Kararı, 69. paragraf.

²⁵² *Maiorano* – İtalya Kararı, 108 ve 109. paragraflar.

²⁵³ Bkz. İHAM, 17 Ocak 2012 tarihli *Choreftakis ve Choreftaki* – Yunanistan (46846/08) Kararı. Bu Karar’a konu olayda, Z. L., önceden işlediği ağır suçları yüzünden mahkum olduğu çok sayıda cezasının toplamının beşte üçünü cezaevinde geçirdikten sonra ve cezaevindeki son yıllarında iyi halli olduğuna dair raporlara istinaden Yunan kanunlarına uygun olarak koşullu salıverilir. Z. L. tahliye edildikten sonra, 21 yaşındaki tanımadığı bir kişiyi sokakta öldürür. Öldürülen *Emmanuel Choreftakis*’in anne ve babası tarafından yapılan başvuru üzerine İHAS, dörde karşı üç oyla, somut olaydaki cinayet ile Yunan kanunlarının koşullu salıverilmeye ilişkin düzenlemeleri ve bunların uygulanması arasında doğrudan bağlantı bulunmadığı gerekçesiyle m. 2’nin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Buna karşın çoğunluk görüşüne katılmayan yargıçlar ise, Yunanistan’da koşullu salıverilme kurumunun adeta otomatik şekilde uygulandığını, “iyi hal” tespiti konusunda muğlak düzenlemelerin bulunduğunu, idari ve adli otoritelerin, koşullu salıverilme öncesinde tehlikelilik ve iyi halin değerlendirilmesi için kullanabileceği somut kriterlerin öngörülmediğini belirtmişlerdir. Bu ikinci görüşün doğru olduğu hakkında bkz. VOYATZİS: s. 177.

bireylerin yaşam hakkını korumak için devletin pozitif edimler yerine getirmekle yükümlü olduğunun belirtildiği diğer yaygın içtihattan ayrılmıştır. Burada bahsedilen, potansiyel olarak ölümcül bir eylemin hedefi olduğu önceden bilinebilir bir veya birden fazla bireyin kişisel olarak korunması ödevi değil; halihazırda ağır suçlar işlemekten hapis cezası çeken kişiler hakkında hapse seçenek kurumların uygulanmasıyla ortaya çıkacak olası suç riskine karşı toplumun genel olarak korunmasıdır²⁵⁴. Nihayetinde farklı sonuçlara yönelmiş olsalar da, bu kararlar, hapis cezası veya buna alternatif kurumlar seçeneğine ilişkindir.

Belirtelim ki, İHAM’ın hapis cezası ve alternatifleri konusundaki bugüne kadarki kararları, hapis cezası ile hapis cezasına seçenek kurumlar arasındaki seçime ilişkin olmakla birlikte; bundan sonraki kararlarının, seçenek kurumların içeriklerine ilişkin sınırlar ve bunların nasıl infaz edildikleri ekseninde ilerleyeceği öngörülmektedir²⁵⁵.

3. Avrupa Konseyi Tavsiye Kararları

İHAS dışında, bu alanda bağlayıcı nitelikte olmayan Avrupa Konseyi metinlerine de değinmekte fayda vardır. Hapis cezasına alternatif kurumları doğrudan konu alan tavsiye kararlarına geçmeden önce, esas olarak hapis cezası ve infazını konu alan temel bir metin üzerinde analiz yapmak, Avrupa kıtasında yirmi yıllık süreçte yaşanan zihniyet değişikliğini gözlemlemek adına yararlı olacaktır.

Avrupa Konseyi üyesi devletler arasında cezaevlerinin yönetimine ilişkin müşterek ilkeler belirlemek amacıyla, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nce 12 Şubat 1987 tarihinde kabul edilen R (87) 3 sayılı Tavsiye Kararı ile “Avrupa Cezaevi Kuralları” oluşturulmuştur. Bu kararın ilk kısmında “*Suçlular için hürriyeti bağlayıcı cezaya alternatiflerin gelişmesinde önemli ilerlemeye karşın, hürriyetten yoksunluğun ceza adaleti*

²⁵⁴ Maiorano – İtalya Kararı 107. paragraf.

²⁵⁵ BERNARDI: “*Le alternative alla pena detentiva*”, <http://www.radioradicale.it/scheda/472282/la-lotta-al-sovraffollamento-carcerario-in-europa-modelli-di-pena-e-di-esecuzione>.

sistemlerinde gerekli bir yaptırım olarak kaldığı” ifadesine yer verilmiştir. Bu düzenlemeden yaklaşık yirmi yıl sonra, eskisinin yerine geçmek üzere oluşturulan Avrupa Cezaevi Kuralları’nın (Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin 11 Ocak 2006 tarih ve 2006 (2) sayılı Tavsiye Kararı) giriş bölümünde ise “(...) *başvurulan son tedbir olarak uygulanması dışında hiçbir kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağı* (...)” ifadesi bulunmaktadır. İlk metinde, hapis cezasına alternatif kurumlara ilişkin olarak geçtiğimiz yüzyılın ikinci yarısından itibaren yaşanan gelişmeler önemli bulunmakla birlikte, bu yönde ısrarcı bir yönlendirme yapılmamıştır. Oysa aradan geçen yirmi yıl içinde, Avrupa Cezaevi Kuralları gibi esasında hapis cezasının infaz edildiği cezaevinin yönetimine ilişkin hususları düzenleyen bir metinde bile, hapis cezasının “son çare (*extreme ratio*)” vurgusu keskin biçimde ifade edilecek kadar ciddi bir anlayış değişikliği gerçekleşmiştir. 2006 tarihli Avrupa Cezaevi Kuralları, özellikle hücre hapsinin üst sınırı ile uygulama rejimi, hassas durumları bulunan tutuklu ve hükümlülere özgü birtakım değişiklikler yapılmak suretiyle 1 Temmuz 2020’de güncellenmiş ve yeni düzenlemede de hapis cezasının son çare olması vurgusu korunmuştur. Bu gelişim sürecinin günümüzde olduğu nokta ise, alternatif kurumlar içinde önemli bir kapsama sahip olan denetimli serbestliğe özgü olarak Avrupa Cezaevi Kuralları’na benzer biçimde çıkarılan, Rec (2010) 1 sayılı Avrupa Denetimli Serbestlik Kuralları ve tüm kamusal yaptırım ve tedbirler için ayrıca çıkarılan 2017 (3) sayılı Kamusal Yaptırımlar ve Tedbirlere İlişkin Avrupa Kuralları’dır.

Hapis cezasına seçenек kurumlar konusunu doğrudan ele alan ilk karar ise, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin Cezanın Ertelenmesi, Denetimli Serbestlik ve Hapis Cezasına Diğer Alternatifler Hakkındaki R (65) 1 sayılı İlke Kararı²⁵⁶’dır. 22 Ocak 1965 tarihinde kabul edilen ve çok kısa bir metin olan bu Karar’da, özellikle ilk defa suç

²⁵⁶ Karar’ın gayri resmi Türkçe çevirisi için bkz.

http://www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/uluslararasi/dsm_tavsiyekararlari/2.pdf (Erişim tarihi: 5.10.2017).

işleyenler ve özel bir ağırlığı bulunmayan suçlar üzerinde durulmuş; bu kategorideki suçlular hakkında hapis dışı cezaya hükmedilmesi veya hapis cezasına hükmedilse bile, bunun hapis dışında infaz edilecek bir tedbire çevrilmesi tavsiye edilmiştir. Bu Karar, her ne kadar hapis cezasının son çare olması gereği ile seçenek kurumların önemini vurgulamışsa da, belirli suç tipleri ve belirli bir suçlu profili açısından çizdiği çerçeve nedeniyle sınırlı bir alternatif önerisi olduğu izlenimi uyandırmaktadır.

Bundan sonra, 9 Mart 1976 tarihinde, Hapis Cezasına Alternatif Cezai Tedbirler Hakkındaki R (76) 10 sayılı Tavsiye Kararı çıkarılmıştır. Hapis cezasından mümkün olduğunca uzaklaşmanın altının çizildiği bu Karar, öncekine göre daha detaylı ve uzun bir içeriğe sahiptir. Halihazırda gözlemlenen hapis cezasına alternatif yaptırım öngörme ve uygulama eğiliminin, toplum güvenliğini tehlikeye atmaksızın daha ileri götürülebileceğinin belirtildiği bu Karar’da üye devletlere, güvenlik gerekçesiyle hapsin alternatiflerinden korkmamaları gerektiği mesajı verilmiştir. Bu Karar ile ayrıca, hapis dışı tedbirlerin benimsenmesi tavsiyesinin gerekçeleri arasına ilk defa ekonomik saikler de girmiştir. Hapis cezasının maliyetinin yüksekliği, esasında Avrupa Konseyi’nin önceliği olmasa da, 70 ve 80’li yıllardan itibaren üye devletlerin verdiği önem nedeniyle sürekli daha fazla vurgulanan bir mesele halini alacaktır²⁵⁷. Anılan Karar, ayrıca bir dizi alternatif tedbir listesi sunmuş; üye devletlere bunların da dışında yeni alternatifler üzerine çalışmalarını tavsiye etmiştir.

²⁵⁷ PONCELA, Pierretta: “*La Politica del Consiglio d’Europa in Materia di Alternative al Carcere*”, <http://www.radioradicale.it/scheda/472282/la-lotta-al-sovraffollamento-carcerario-in-europa-modelli-di-pena-e-di-esecuzione> (Erişim tarihi: 3.10.2017). Belirtelim ki, Avrupa Konseyi’nin ilk tavsiye kararlarında, özellikle kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalara getirilen eleştiriler insani ve ideolojik temelli düşünceler iken; sonraki kararlarda ekonomik ve faydacı saikler daha çok öne çıkarılmaya başlanmıştır. Bkz. KALMTHOUT: s. 79.

Konumuz bakımından önem taşıyan bir diğer Avrupa Konseyi tavsiye kararı ise, 19 Ekim 1992 tarihinde kabul edilen Kamusal Cezalar ve Tedbirler²⁵⁸ Hakkındaki R (92) 16 sayılı Karar'dır. Bu düzenlemede, toplum içinde infaz edilen ceza ve tedbirlerin kanuniliği, orantıllığı, usule ilişkin ilkeler, yerine getirilmediğinde doğrudan hapis cezasına çevirme yasağı ve içeriklerine ilişkin sınırlar düzenlenmiştir. Bunlara ek olarak, suça verilen uygun ve inandırıcı karşılık olarak toplum içinde infaz edilen cezaların toplum nezdinde benimsenmesi ve toplumun üyelerinin, örgütlü ve bireysel olarak, aktif şekilde bu süreçlere dahil olmasının da önemi vurgulanmıştır. Bu Karar, aynı organ tarafından aynı konu hakkında sonradan çıkarılan 2017 (3) sayılı Tavsiye Kararı ile geçersiz kılınmıştır.

Bundan başka, aynı organ tarafından 30 Eylül 1999 tarihinde Cezaevinin Aşırı Kalabalıklaşması ve Cezaevi Mevcudu Enflasyonu Hakkındaki R (99) 22 sayılı Tavsiye Kararı verilmiştir. Bu Karar'ın temel ilkeler bölümünün birinci maddesi şöyledir: *“Özgürlükten mahrumiyet bir ceza veya tedbir olarak en son başvuru yeri olarak düşünülmesi ve bu nedenle yalnızca suçun ağırlığının başka bir tedbir veya cezayı açıkça yetersiz hale getirdiği durumlarda kullanılmalıdır.”* Bu düzenlemede ayrıca kamusal cezaların, daha sistematik ve geniş bir yelpazede hukuk sistemlerinde öngörülmesi ve hakim-savcılarının bunları mümkün olan en geniş biçimde uygulamaları tavsiye edilmiştir.

Bundan bir yıl sonraki Kamusal Cezalar ve Tedbirler Hakkında Avrupa Kuralları'nın Uygulanmasının Geliştirilmesi konulu Rec (2000) 22 sayılı Tavsiye Kararı'yla Avrupa Konseyi, hapis cezasına alternatif ceza ve tedbirlere ilişkin örnek niteliğinde bir liste

²⁵⁸ “Kamusal cezalar ve tedbirler ifadesi”, “community sanctions and measures” kavramının karşılığı olarak kullanılmıştır. Bu ve benzeri kavramlar hakkındaki terminoloji sorununa ileride yer verilecektir. Bkz. aşağıda II. Bölüm, III – B (Kapsam ve Terminoloji Başlığı). Ancak burada belirtelim ki, bu Tavsiye Kararı'nın çevirisinde “Toplum Yaptırımları” ifadesinin tercih edildiği olmuştur. Bkz. DURSUN, Selman – ATLIHAN, Özen: “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlere Toplum Yaptırımları ve Tedbirleri Hakkında Avrupa Kuralları Üzerine (92) 16 Sayılı Tavsiyesi”, Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi – 5, (Proje Yön. Kayıhan İÇEL, Haz. Yener ÜNVER) içinde, Ankara 2006, s. 307-322.

sunarak, bunların hukuken öngörülmesi, uygulamada hükmedilmesi ve bunun sürekliliğinin sağlanması hususlarını yeniden vurgulamıştır. Anılan Karar’da, bu alandaki *genişleme* ve *etkinleştirme* konularına dikkat çekilmiş; bunların başarılması adına rehber ilkeler oluşturulmuştur. Bu önemli düzenleme de, 2017 (3) sayılı Tavsiye Kararı ile sonradan geçersiz kılınmıştır.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin bu konuda günümüze en yakın tarihli Tavsiye Kararı ise Kamusal Yaptırımlar ve Tedbirlere İlişkin Avrupa Kuralları olarak bilinen CM/Rec (2017) 3 sayılı karardır²⁵⁹. Hapis cezasına ve infazına seçenek kurumlar için temel rehber niteliğindeki bu düzenlemede de kanunilik ilkesinin üzerinde önemle durulmuştur. Geçersiz kıldığı önceki iki düzenlemeden farklı olarak bu Karar’da, kamusal yaptırım ve tedbirlere ilişkin bir liste sunulmamış ve bunun gerekçesi olarak, zaten eski düzenlemelerdeki listelerin de sınırlı şekilde sayılmadığı ve üye devletlerin yeni alternatif türleri geliştirmelerinin umulduğu belirtilmiştir. Ayrıca kamusal yaptırım ve tedbirlerin, yerine getirilmedikleri takdirde otomatik olarak hapis cezasına dönüşmemeleri gerektiği burada da yinelenmekle birlikte, koşullu salıverilme sırasında uygulanan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi hali bundan istisna tutulmuştur. Kamusal yaptırım ve tedbirlere karar vermeye yetkili organ, kararın süresinin önceden belirli olması, karara itiraz hakkı gibi usuli düzenlemeler de, bu düzenlemede detaylı şekilde yer almıştır.

Avrupa Konseyi bünyesindeki uyum çabalarına ek olarak, uyumun yanında *iş birliğinin* de vurgulandığı, hatta “küçük Avrupa” (Avrupa Birliği) üyesi ülkelerin buna zorlandığı bağlayıcı düzenlemeler de mevcuttur. Konumuza ilişkin bu nitelikteki en önemli düzenleme, Avrupa Birliği Konseyi tarafından 27 Kasım 2008 tarihinde kabul edilen

²⁵⁹ 23 Mart 2017 tarihli Tavsiye Kararı’nın orijinal ve gerekçeli metni için bkz. <https://rm.coe.int/168070c09b> (Erişim tarihi: 15.12.2017). Karar’ın Türkçesi için bkz. Kamusal Yaptırımlar ve Tedbirlere İlişkin Avrupa Kuralları (Çev. Hakan YAVUZ), Küresel Bakış Dergisi, Y. 8, S. 23, Aralık 2017, s. 149-165.

Çerçeve Kararı'dır²⁶⁰. Denetimli serbestlik tedbirleri ve alternatif yaptırımlar hakkındaki bu Karar'da, Avrupa Birliği'ne üye devletlerin birinde verilen denetimli serbestlik ve alternatif yaptırım kararının, bir başka üye ülkede tanınması ve infazı hakkında düzenlemeler öngörülmüştür. Bu usul, serbest dolaşım hakkının geçerli olduğu Birlik içinde, vatandaşı olduğu ülkenin dışında okuyan, çalışan veya başka bir ülkede aile üyesi bulunan kişiler hakkında verilen denetimli serbestlik ve hapis dışı alternatif yaptırım kararları için uygulanmaktadır. Bunun dışında, Çerçeve Kararı'nda, konumuzla ilgili olan kurumların tanımları yapılarak ve üye devletlerin bu Karar'da sayılan bazı tedbir ve yaptırımları öngörmeleri zorunlu tutularak, uyum yönünde de çaba gösterilmiştir.

Sonuç olarak, özellikle Avrupalılaşıma çerçevesindeki uyum ve iş birliği sürecinde, ceza hukukunda hapsedici olmayan seçenek kurumlar alanındaki çabaların iki amacı bulunmaktadır: Bunlardan ilki bahsedilen kurumların çeşitliliğinin artması, ikincisi de hukuki çerçevede kullanım alanlarının genişlemesi ve uygulamada yaygınlaşmasıdır. Bu anlamda genişleme ve derinleşme sağlanırken, şüphesiz hapis cezasına seçenek kurumların hukuki çerçeveleri, infaz usulleri, bunlara hakim ilkeler de, mevzuat, içtihat ve pratik dünyanın gerekleri ile şekillenerek zamanla yerleşecektir.

²⁶⁰ Bkz. Council Framework Decision 2008/947/JHA, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:02008F0947-20090328> (Erişim tarihi: 13.3.2019).

İKİNCİ BÖLÜM

SUÇUN HUKUKİ SONUÇLARININ VE HAPİS CEZASINA SEÇENEK

KURUMLARIN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

I. GENEL OLARAK

Bilimsel açıdan hukukta teknik, yani hukuk tekniği, tüm olarak hukukun veya hukuktaki belirli bir alanın araştırılması, bunların sistemleştirilmesi ve çözümlemelerde uyumluluğunun sağlanması olup; bunun için o alana ilişkin temel kavramların tanımlanması ve sistemin bu tanımlar üzerine kurulması gerekmektedir²⁶¹. Bu nedenle hukuk tekniği, hukuk uygulamasını da kapsamakla birlikte, esas itibariyle kuramsaldır.

Bu çalışmada, hapis cezasına seçenek kurumların neler olduğu ve bunların uygulamasına geçmeden önce, hukuk tekniğine uygun olarak, kuramsal bir temel oluşturma gayesi güdülmektedir. Bu çalışmanın kuramsal temeli yaptırım teorisine ilişkin olup, bu da genel olarak hukukta ve ardından ceza hukuku alanında müeyyide (yaptırım), tedbir ve ceza kavramlarının incelenmesini gerektirmektedir. Terim meselesi önemlidir²⁶² ve bu yüzden temel kavramları karşılayan terimlerin seçimine büyük önem verilmelidir. Oysa yukarıda zikredilen terimler bakımından hukukumuzda birlik mevcut değildir. Terminoloji karışıklığı hem mevzuatta²⁶³ hem uygulamada ve hem de öğretilerde

²⁶¹ ÖZYÖRÜK, Mukbil: İdare Hukuku Dersleri, Ankara 1973, s. 5. (Çevrimiçi erişim için bkz. <http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/793.pdf>, Erişim tarihi: 14.12.2018)

²⁶² Bu cümlede, kendisi de isim meselesine büyük önem veren Nurullah KUNTER'in temel eseri Ceza Muhakemesi Hukuku'nun başlangıç bölümünün başında, kendisinin "büyük hukukçu" diyerek tanıttığı Francesco CARNELUTTI'ye ait şu ifadeden esinlenilmiştir: "İsim meselesi. Bir zamanlar ben de, bana öğretildiği gibi, 'önemsiz' derdim. Kelimelerin değerini şimdi ve her gün biraz daha fazla anlıyorum." KUNTER, Nurullah: Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989, s. 1.

²⁶³ Mevzuata ilişkin, bu çalışmanın konusuyla da yakından ilgili bir örnek sunalım: Türk Ceza Kanunu'nun "Yaptırımlar" başlıklı üçüncü kısmının, "Cezalar" başlığını taşıyan birinci bölümünün (ikinci bölümünün başlığı da "Güvenlik Tedbirleri"dir) altında yer alan m. 50, "Hapis cezasına seçenek yaptırımlar" kenar başlığını taşımaktadır. Bu maddenin üçüncü fıkrasında "(...) birinci fıkra yazılı

gözlennmektedir. Üstelik bu terimler, birer basit ifade biçiminden ibaret olmayıp, hukukta ve özellikle ceza hukukundaki önemli kavramların karşılıkları olduğundan, terminolojik karışıklık esasında kavramsal karışıklığın göstergesi olmuştur.

Bu kavramların tanımlanması (veya belirlenmesi) ve onları karşılayan terimlerin seçiminin ardından, suçun hukuki sonuçlarının incelenmesine geçilecektir. Suçun “hukuki sonuçları” kavramı ile ifade edilen, cezanın da dahil olduğu, ancak ondan çok daha geniş şekilde, suçun neden olduğu ve hukuk sisteminin öngördüğü yaptırım nevinden sonuçlardır²⁶⁴. Hukuk sistemi içerisinde, suç olarak adlandırılan fiilin ardından ve ona karşılık olarak uygulanacağı öngörülen tüm sonuçların incelenmesiyle oluşturulacak bu temelin üzerine, hapis cezasına ve infazına seçenek olan her bir kurumun, kavramsal çerçeve içerisindeki yeri belirlenebilecektir.

A. Müeyyide (Yaptırım)

Hukuk teorisi bakımından yaygın ve klasik öğretiyeye göre, hukuk normunu, pozitif bilimlerin kanunlarından ve normatif bir sistem olan hukuk sistemini diğer normatif

seçenek yaptırımlardan birine çevrilir” demek suretiyle başlıkta yer alan terimin aynısının kullanıldığı görülmektedir. Buraya kadarki kısımdan anlaşılan, yaptırımların üst bir başlık olduğu, bunun ceza ve güvenlik tedbiri olarak ikiye ayrıldığı, seçenek yaptırımların da ceza kategorisi içerisinde yer alan yaptırım türleri olduğu ve m. 50’nin birinci fıkrasında yazılı olan tüm kurumların, birer yaptırım niteliği taşıdığıdır. Oysa m. 50’nin beşinci fıkrasında “Uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbirdir.” ifadesi ile karşılaşılmaktadır. Bunu izleyen altıncı fıkra da ise, “(...) yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde seçenek tedbirin gereklerinin yerine getirilmesine başlanmaması (...)” düzenlemesi yer almaktadır. Maddenin son fıkrası olan yedinci fıkra da şöyledir: “Hükmedilen seçenek tedbirin hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi durumunda, hükmü veren mahkemece tedbir değiştirilir.” Bu çalışmanın ana konularından biri olması nedeniyle bu maddeye ilişkin detaylı açıklamalara ileride yer verilecektir. Burada sadece terminolojik karışıklığına işaret edilmiştir. Keza “denetimli serbestlik tedbiri” tabirine ilişkin olarak da mevzuatta birlik yoktur. Bu konuda ayrıca bkz. YAVUZ, Hakan A: Ceza İnfaz Sistemi ve Denetimli Serbestlik, Ankara 2018, s. 161-166.

²⁶⁴ Bu nedenle, “suçun hukuki sonuçları” ifadesinden, “suçun özel hukuka ilişkin sonuçları” gibi bir anlam çıkarılmamalıdır.

sistemlerden ayıran temel ölçüt müeyyidedir. Her şeyden önce genel olarak davranış normunun ve özelde de hukuk normunun özünde yer alan *ihlal edilebilirlik* ölçütü, onu bilimsel kanunlardan ayırmaktadır.

Bilimsel bir sistemde yer alan kanunlardaki neden ve sonuç ilişkisi “doğal” niteliktedir. Yani bir durum gerçekleştiğinde, onun öngörülen sonucu gerçekleşmekte ve şayet bu gerçekleşmediği takdirde o bilimsel kanun gerçek olmaktan çıkmaktadır. Oysa normatif bir sistemde kendisine riayet edilmeyen bir norm, sistemde var olmaya devam etmekte ve onun cevabı da yine normatif sistemin kendisi tarafından öngörülen şekilde verilmektedir. Buradaki neden ve sonuç ilişkisi, bilimsel sistemlerdeki gibi doğal değil, “isnadi”²⁶⁵ niteliktedir. Yani müeyyide, norm ihlalinin doğal sonucu değil, normatif sistemin ona verdiği cevabi sonucudur²⁶⁶. Normatif bir sistem olarak hukuk sistemini, diğer normatif sistemlerden ayıran ölçüt de yine müeyyidedir. Burada ise müeyyidenin cevabi niteliği değil, biçimsel özellikleri ayırt edici olmaktadır. Zira müeyyide, sadece hukuk

²⁶⁵ Bu terim Kelsen’e aittir. Yazar’a göre, “*Nasıl ki doğa yasaları bazı maddi olayları neden, diğerlerini de sonuç olarak birbirine bağlar, pozitif yasalar da [temel formlarıyla] hukuki koşulu, hukuki sonuca (sözde hukuka aykırı eylemin sonucuna) bağlar. Maddi olayları bağlama tarzı birincide kozalite ise, ikinci durumda isnattır ve isnat, Saf Hukuk Kuramı’nda hukuka has yasallığı sağlayan şey olarak kabul edilmiştir.*” Bzk. KELSEN, Hans: *Saf Hukuk Kuramı*, Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş (Çev. Ertuğrul Uzun), İstanbul 2016, s. 24-25.

²⁶⁶ Belirtelim ki, hukuku da doğal nedensellikle açıklama girişimleri olmuştur. Hukuk anlamındaki kanunlarla fizik kanunları arasında benzerlik kurulmaya çalışılmış ve fizik dünyada olduğu gibi hukuk dünyasında da bazı durum ve ilişkilerde bir değişiklik olmaması, diğer bazı durum ve ilişkilerde de bir değişiklik olmamasına; bazı değişikliklerin varlığının da, başka değişikliklerin varlığı sonucunu doğurduğuna işaret edilmiştir. Buna göre, suç denilen olay gerçekleşmedikçe, ceza denilen olay da gerçekleşmez. Birinci gerçekleştiğinde ikinci de gerçekleşir. Hukuku mekanikleştiren bu düşünceler, hukuku nedensellik ilkesi ile bilimselleştirmek istemişlerse de başarıya ulaşamamışlardır. KEYMAN: “*Tipiklik ve Ceza Hukuku*”, AÜHFD, C. 37, S. 1, Y. 1980, s. 61 (7 no.lu dipnot). Günümüzde de, hukuku bilimselleştirme çabaları sürmektedir. Hatta hukuku matematiksel olarak ifade etme denemeleri dahi yapılmaktadır. Bkz. EMİROĞLU, Haluk – GÖRGÜLÜ, Nisan: “*Hukukun Matematiksel Olarak İfade Edilmesi*”, AÜHFD, C. 62, S. 1, Y. 2013, s. 73-92. Bu çalışmalar ilgi çekici olmakla birlikte, hukukun kendine özgü nedenselliği ile doğal nedensellik arasındaki farkı göz ardı etmek suretiyle, kanaatimizce, temel bir hata üzerine kuruludur.

normlarında değil, diğer davranış normlarında da mevcuttur; ancak hukuki müeyyide, ahlaki müeyyidelerden farklı olarak dışsallaşmış; sosyal müeyyidelerden farklı olarak da kurumsallaştırılmış ya da diğer bir ifadeyle düzenlenmiştir. Müeyyidenin düzenlenmesi, onun öngörülmesini, nitelik ve nicelik bakımından belirlenmesini, sınırlarının çizilmesini ve kim tarafından uygulanacağını tespit edilmiş olmasını gerektirir. Nitekim hukukun, müeyyidenin düzenlenmesi ile doğduğu belirtilmektedir²⁶⁷.

Buna bağlı olarak da hukuk, önceden belirlenmiş maddi müeyyideleri, devlet tarafından uygulanmak suretiyle geçerli kılınmış sosyal düzen kuralları olarak tanımlanmaktadır²⁶⁸.

Demek ki, normatif bir sistemin en önemli özelliği, barındırdığı her bir normun ihlal edilebilir olmasıdır. İhlal edilen bir norm söz konusu olduğunda, yani gerçek hayattaki fiil ile norm arasında uyumsuzluk doğduğunda, iki farklı çözüm düşünebilir. Birincisi normu, fiile uyduracak şekilde değiştirmek; ikincisi ise fiili, norma uydurmaya çalışmaktır. Bu yöntemlerden birincisini seçen bir sistem *değişimi* öngörürken; ikincisi *muhafaza etmeyi* esas alır. Normatif bir sistem olarak hukuk, özü itibariyle muhafazakardır. Yani norm ile uyumsuz eylem (ve işlem) söz konusu olduğunda normu eyleme değil, eylemi norma uydurma yolunu seçer.

Ceza hukuku ise bütün sosyal düzen kuralları içerisinde, hukukun en keskin ifadesi olarak, tarih boyunca ortaya atılan hukuk teorilerinin ortak hareket noktası olmuş ve bunun neticesi olarak hukuk, daha çok ceza hukuku olarak algılanmıştır²⁶⁹. Bu algının muhtemel bir diğer sebebi de, dışsallaşmış ve düzenlenmiş olmakla hukuk sistemini yaratan müeyyideler içinde en iyi organize edilmiş olanların ceza müeyyideleri²⁷⁰ olmalarıdır. Bu

²⁶⁷ HAFIZOĞULLARI, Zeki: Ceza Normu, Ankara 1987, s. 152-166; KEYMAN, Selahattin – TOROSLU, Haluk: Hukuka Giriş, Ankara 2012, s. 36-39.

²⁶⁸ ÖZYÖRÜK: s. 8.

²⁶⁹ GÜRİZ, Adnan: Hukuk Başlangıcı, Ankara 2005, s. 1.

²⁷⁰ HAFIZOĞULLARI: s. 164.

durum hukuku diğer normatif sistemlerden ayıran müeyyide kavramının, çoğunlukla ceza müeyyidesi ile özdeşleştirilmesine yol açmış ve müeyyidenin, **hukukun emrine uyulmaması halinde devlet tarafından verileceği öngörülen karşılıklar** olduğu kanaatini yerleştirmiştir.

Genel olarak müeyyide, ihlalle bağlantılı olarak kabul edilmekte ve ihlale gösterilen bir tepki, ihlale verilen bir cevap olarak tanımlanmaktadır²⁷¹. Ancak müeyyide, üzerinde etraflıca düşünülmeyi hak eden bir kavramdır. Zira neyin müeyyide olduğunun belirlenmesi çetin bir meseledir.

Bu konuda akıl yürütmeye başlarken öncelikle, normatif sistemin ihlal edilebilirlik özelliğine eğilelim: “İhlal edilebilirlik, hem potansiyel olarak ihlal edilebilirlik, hem de gerçekten ihlal edilmişlik olarak anlaşılması gereken geniş bir kavramdır²⁷².” Bu detaylı analizin sebebi, potansiyel olarak ihlal edilebilirlik ile gerçekten ihlal edilmişlik bakımından öngörülen çarelerin birbirinden farklı olmasıdır. Zira normatif sistemlerde, sadece norma uymayan eylemin gerçekleşmesinden sonra tepki vermekle yetinilmeyip, aynı zamanda böyle bir eylemin hiç gerçekleşmemesi için de gayret edilir. Başka bir anlatımla, normatif bir sistem, sadece öngörmüş olduğu kuralların ihlali halinde tepki göstermemekte; ayrıca gerçekleşmesi muhtemel, yani potansiyel ihlallerin hiç gerçekleşmemesine ve/veya mümkün olduğunca az gerçekleşmesini amaçlayan mekanizmaları da öngörmektedir.

Buradan hareketle, hukuka ve müeyyideye ilişkin öncelikle şu soruyu sormak gerekir: Normatif bir sistem olarak hukukun en temel enstrümanı olan müeyyide, şüphesiz

²⁷¹ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN: s. 425-427; HAFIZOĞULLARI: Ceza Normu, s. 156-160; TOROSLU, Haluk: Ceza Müeyyidesi, Ankara 2010, s. 5-6; AYDIN: Emniyet Tedbirleri, s. 62.

²⁷² Yaptırım konusunda edilecek her kelam şu iki temel önermeden hareket etmek zorundadır:

- 1) Herhangi bir normatif sisteme dahil her bir norm ihlal edilebilir.
 - 2) Belirlenen bir normatif sistemin çoğunluğunu oluşturan normlar, fiiliyatta, az ya da çok ihlal edilmiştir.
- Bkz. BOBBIO: s. 530.

belirli ihlallerin ardından verilen karşılıklardır. Ama müeyyide, sadece hukukun öngördüğü kuralların (emir ve yasakların) ihlali halinde verilen karşılıklar mıdır?

Bu soruya ilişkin akıl yürütme faaliyetinde -bir ihtimal olarak- müeyyidenin, sadece ihlale yönelik olmadığı ihtimali akla gelebilir. Nitekim hukuk sistemi içinde, sadece hukuka aykırı işlem ve eylemler ile bunlara karşı verilecek tepkilerin düzenlenmediği; hukuka uygun eylem ve işlemlerin ardından verileceği öngörülen karşılıkların da bulunduğu bilinmektedir. Bu karşılıklar, kimi zaman ödül mahiyetinde yahut sadece tespit edici veya geçersiz kılıcı nitelikte; kimi zaman da zorlayıcılıktan uzak olabilir. Özel hukukta veya kamu hukukunun çeşitli dallarında, hukuka **uygun** davranışlara, yine hukuk tarafından (olumlu şekilde) karşılık verildiğine dair sayısız örnek mevcuttur. Şayet müeyyide, hukuk kurallarına uygun veya aykırı hareket için hukuk kuralları tarafından öngörülen maddi tepki olarak tanımlanırsa, sıkıntı verici müeyyidelerin yanında, ödüllendirici ve tespit edici müeyyideler de var olabilecektir. Bu durumda, örneğin medeni hukuktaki yokluk ve kesin hükümsüzlük (butlan)²⁷³, ilk bakışta, tespit edici bir müeyyide olarak nitelendirilebilir. Benzer şekilde, kurala uygun şekilde gerçekleştirilen eylem ve işlemin ardından istenen sonucun elde edilmesinin, örneğin evlenme işleminin, evlendirmeye yetkili kamu görevlisi önünde yapılmasını buyuran hukuk kuralına uygun davranıldığı takdirde evlenmenin geçerli olmasının da ödül mahiyetindeki bir yaptırım olabileceği ileri sürülmüştür²⁷⁴. Kamu hukukunun öngördüğü ödüllendirici karşılıklara örnek olarak da, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un “Ödüllendirme” kenar başlıklı 51. maddesi verilebilir. Buna göre, hükümlüler, kurum

²⁷³ Bir hukuki işlemin kurucu unsurlarının tamam olmaması halinde, o işlemin varlık kazanamaması ve hukuki ilişkinin hiç kurulamaması yokluk iken; bir hukuki ilişkinin kurucu unsurları tamam olmakla birlikte, geçerlik şartları arasından kamu düzenini ilgilendirecek kadar önemli olanların gerçekleşmemesi halinde o işlemin kesin olarak geçersizliği butlan (veya mutlak butlan) ile sonuçlanmaktadır. Bkz. OĞUZMAN, M. Kemal – BARLAS, Nami: Medeni Hukuk, İstanbul 2002, s. 140 ve 141.

²⁷⁴ AYBAY, Aydın – AYBAY, Rona – PEHLİVAN, Ali: Hukuka Giriş, İstanbul 2018, s. 19 ve 20.

içindeki veya dışındaki genel durumları, eğitim ve iyileştirme faaliyetlerine etkin katılımları, kurum düzenine karşı tutumları ve kendilerine verilen işlerdeki gayretleri dikkate alınarak teşvik esaslı ödüllerden yararlandırılabilirler. Bu madde ve devamındaki düzenlemeler de, hukukun, ceza infaz kurumunda asayişin sağlamak amacını taşıyan ve gerçekleşmesi istenen bir eyleme verilen karşılıktır. Bu noktada, cevabı aranan soruyu hatırlayalım: Acaba ödül de, müeyyide olarak değerlendirilebilir mi?

Belirtelim ki, bu soruya, müeyyidenin sadece ihlale ilişkin olmadığı görüşü ile yanıt verildiği olmuştur²⁷⁵. Bu durum ayrıca, devletin adeta gece bekçisi olduğu algısıyla negatif bir tutum sergilediği liberal devlet anlayışından, devletin pozitif çabalarının arttığı refah devleti anlayışına geçişle birlikte de düşünülebilir²⁷⁶. Zira refah devletinde hem devletin hem de vatandaşların pozitif ödevleri artmaktadır. Daha açık bir anlatımla pozitif anlayışta devletin vatandaşlarına sundukları, bir şeyi yapmama yasağının ve yapma emrinin sınırlarının ötesine geçmekte ve bunların yanında ayrıca (başta ekonomi ve vergisel alanlarda olmak üzere) pek çok farklı alandaki teşvik yasaları gibi ödüllendirici uygulamaları da kapsamaktadır. Devlet artık, Fransız İhtilali'nin ortaya çıktığı devlet yapısına nazaran çok daha büyük bir faaliyet topluluğu olarak, sadece toplumun muhafazasını temin etmekle kendini sınırlı görmeyip düzeltme, iyileştirme, halkın maddi ve moral şartlarını mükemmelleştirmeye de teşebbüs etmekte; seyirci olmakla yetinmeyip aktör haline gelmektedir²⁷⁷. Bu da, aslında klasik müeyyide anlayışıyla toplum için zararlı eylem ve işlemlere müdahale etmek yanında, faydalı eylem ve işlemlerin artmasını

²⁷⁵ *Bentham*, hukuka aykırı davranışlar karşılığında sıkıntı verici müeyyidelerin ön plana çıktığını; ancak hukuka uygun davranışların da ödüllendirilebileceğini ve ödülün de pekala müeyyide sayılabileceğini belirtmiştir. Bkz. (aktaran) MADEN: s. 80.

²⁷⁶ BOBBIO, Norberto: "Sanzione", *Novissimo Digesto Italiano*, Torino 1969, C. XVI, s. 533.

²⁷⁷ ANTOLISEI: "Ceza ve Emniyet Tedbirleri", (Çev. Yılmaz GÜNAL), SBFD, C. XX, S. 2, Y. 1965, s. 724.

sağlayarak yine olası ihlalleri önlemeye yönelik vazgeçirici bir formüldür²⁷⁸. Böylece, son kertede, bir sosyal kontrol aracı olma yönünden cezaya benzeyen ve bu noktada aynı amacı taşıyan ödülün de müeyyide kavramına dahil edilmesi mümkün görülmüştür.

İlk soruya ilişkin değerlendirmeye varmadan önce, sorunun ikinci kısmı, yani müeyyidenin sadece karşılıktan ibaret olup olmadığı analiz edilecektir. Buraya kadarki kısım tekrar edilecek olursa, hukuk, normatif bir sistem olması nedeniyle daima ihlal edilebilir normlar içerir, bu doğrudur. Ancak hukuk, bünyesinde barındırdığı *ihlal edilebilirlik* özelliği nedeniyle, sadece norm ihlaline verilecek karşılığı öngörmez; aynı zamanda ihlalin hiç gerçekleşmemesi ya da mümkün olduğunca az gerçekleşmesi için de birtakım çareler arar. Bu ikincisi, normatif sistemin potansiyel ihlaller karşısında öngördüğü tepkilerin, yani klasik anlamda müeyyidelerin yarattığı korkutucu psikolojik etkiyle (caydırıcılık) bir ölçüde sağlanmaktadır. Yani ihlale verilecek karşılıktan çekinilmesi, ihlalden kaçınmanın sebeplerinden biridir²⁷⁹. Böylece klasik müeyyide tanımı içinde kalarak dahi, sadece ihlal meydana geldiği takdirde onun zararlı sonuçlarının giderilmesine değil, norma aykırı fiilin hiç meydana gelmemesine de hizmet edilmektedir. Ancak hukuk sistemi bununla yetinmemekte ve -gittikçe artan ölçüde- ihlalin gerçekleşmesini önlemeye dönük çarelere de başvurmaktadır. Henüz herhangi bir ihlal gerçekleşmeden önce uygulanan ve ihlalin gerçekleşmesini engellemeye ya da mümkün olan en az seviyeye indirme gayesini taşıyan bu çareler, kendi içinde psikolojik ve maddi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır²⁸⁰. Kontrol, gözetim ve eğitim araçları ile zora dayalı

²⁷⁸ BOBBIO: s. 534. *Beccaria* da, erdemli davranışı ödüllendirmeyi, suçu önlemede bir yöntem olarak önermektedir. Bkz. BECCARIA, s. 213.

²⁷⁹ İnsanların hukuk kurallarına saygı gösterip hukuka aykırı davranışlardan kaçınmalarında, karmaşık pek çok nedenin rol oynadığı, örneğin kişinin hırsızlık yapmamasının altına yatan sebebin, kişinin kendi değer yargıları, ahlaki veya dini inancı yahut sadece yakalanmak ve cezalandırılmak korkusu olabileceği yönünde bkz. AYBAY – AYBAY – PEHLİVAN: s. 18.

²⁸⁰ BOBBIO: s. 531.

engelleyici tedbirler maddi iken, vazgeçirmeye ilişkin araçlar psikolojiktir. Peki acaba bu önleyici mekanizmalar hukuk teorisinin neresinde konumlanmaktadır?

Eğer müeyyide, hukukun en önemli ve kendisinden vazgeçilemez unsuru olarak kabul edilirse, normdaki emrin ya da yasağın (hukuk kuralının) ihlali öncesindeki çabaları da kucaklayacak şekilde daha geniş bir müeyyide tanımıyla bir an için bu soruya yanıt verilebileceği düşünülebilir. Müeyyide tanımını genişletmeksizin bulunabilecek çözüm ise müeyyideyi, hukukun, kendisinden vazgeçilemez unsuru olarak kabul etme eğiliminden vazgeçmek olabilir.

İkinci çözüm halihazırda ileri sürülmüştür. Bir normatif düzeni hukuk düzeni haline getiren kurucu unsurlardan biri olarak müeyyidenin belirlendiği teoriye karşı ileri sürülen en yaygın iddia, her hukuk düzeninde ihlal halinde hangi kötü sonucun isnat edileceğinin gösterilmediği, yani müeyyidesiz normların bulunduğu ve bu nedenle müeyyidenin, kendisinden vazgeçilemez bir unsur olmadığıdır²⁸¹. Bu iddiaya verilen en tutarlı yanıt ise, hukukun kurucu unsuru olarak belirlenen kurumsallaşmış müeyyide zorunluluğunun, illa her münferit hukuk normunun müeyyide barındırma zorunluluğu olarak değil, hukuk sistemini teşkil eden normların büyük kısmının müeyyideye sahip olması gerektiği şeklinde anlaşılabileceğidir²⁸². Buna göre, geneli itibariyle kurumsallaşmış müeyyideler bütünü olan hukuk sistemi bir kez oluştuktan sonra artık her bir norm bakımından müeyyide, geçerlilik değil, etkinlik şartı haline gelmekte iken; münferit normları geçerli kılan ise, bunların hukuk sistemine ait meşru normatif kaynaklardan birinden doğmuş olmasıdır²⁸³.

²⁸¹ HAFIZOĞULLARI: Ceza Normu, s. 167.

²⁸² HAFIZOĞULLARI: Ceza Normu, s. 169.

²⁸³ HAFIZOĞULLARI: Ceza Normu, s. 167-172. *Keyman* da müeyyidenin her bir normda değil, bütünü oluşturan sistemde aranması gerektiğini şu şekilde ifade etmiştir: “*Hukuk düzeni, en elemanter parçaları normlar olan, karmaşık ve örgütlenmiş bir bütün, bir sistemdir. Bu nedenle, normla sistem arasında, bütün ile parça arasındaki ilişki vardır. Bir sistem oluşturan hukuk düzeninin kendine özgü parçaları (normlar), bu parçaları birbirine bağlayan unsurları, iç bölümleri bulunmaktadır. Bütün*

Ancak müeyyide kavramının, nasıl daha geniş hale getirilebileceği üzerinde hukuk dünyasında²⁸⁴ -tespit edebildiğimiz kadarıyla- hiç durulmamıştır. Esasında etimolojik bir incelemeyle bile daha geniş bir tanıma ulaşmak mümkündür. Arapça bir kelime olan ve “güç, kudret” anlamını taşıyan *eyd* kökünden türetilen *müeyyide*, teyit eden, güçlendiren, pekiştiren, kuvvetlendiren, destekleyen anlamını taşımaktadır²⁸⁵. Aksi görüşler bulunmakla birlikte²⁸⁶ müeyyidenin Türkçe’deki karşılığı *yaptırım* sözcüğü olarak genelde kabul görmüştür²⁸⁷ ve bu da, yasa, ahlak gibi kurumların buyruklarının yerine getirilmesini

bunlar, tutarlı bir bütün oluştururlar. Bir sistem oluşturan bu bütünü parçalara bölmeğe başladığımızda, ulaşılan en son unsur normdur. Oysa geleneksel düşünce, normu adeta sistemin atomu olarak gördüğü için, hukuki sonuçları da normun içinde arar. Ancak bu doğru değildir. Hukuki sonucu belirleyen, herhangi bireysel bir norm değil de, bütün sistemdir.” Bkz. KEYMAN, Selahattin: “Tipiklik ve Ceza Hukuku”, AÜHFD, C. 37, S. 1, Y. 1980, s. 69 ve 70.

²⁸⁴ Örneğin İslam’da fıkıh alanında müeyyide, hukuktaki müeyyide anlayışını aşan bir çerçeveye sahiptir. İslam alimleri, dini, ahlaki, hukuki bir kuralı ihlal düşüncesine yani niyete sahipken, henüz fiile dönüştürmeden bundan vazgeçilmesinin önemi üzerinde durarak irade eğitiminin de bir tür müeyyide olduğuna işaret etmişlerdir. Bkz. “müeyyide” başlığı, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Y. 1988, C. 31, s. 487. Aşağıdaki açıklamaların anlamlı olabilmesi için bu bilginin akılda tutulmasında fayda vardır.

²⁸⁵ Bkz. Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 31, s. 486. Örneğin Mustafa Kemal ATATÜRK’ün, Ankara Hukuk Mektebi’nin açılışında kullandığı “*Cumhuriyetin müeyyidesi olacak bu büyük müessesenin küşadında hissettiğim saadeti hiç bir teşebbüste duymadım.*” cümlesinde de müeyyide kelimesi bu anlamıyla kullanmıştır. “Cumhuriyetin müeyyidesi” ile ifade edilmek istenen, cumhuriyetin koruyucusu, güçlendiricisi, teyit edenidir.

²⁸⁶ *Müeyyide* kelimesinin Türkçe karşılığı olarak kullanılan *yaptırım* teriminin doğru bir seçim olmadığı savunulan *Özyörük*, bunun gerekçesi olarak da, “yaptırmak” kelimesinde bir başkasını, belirli bir fiile, bir harekete, bir işe zorlamak ve o fiilde, harekette, bulundurmak anlamı bulunduğunu, yani bir eylemi ifade ettiğini; oysa, örneğin, butlan müeyyidesi bakımından bir eylemin söz konusu olmadığını belirtmiştir. Yazar’a göre, butlan halinde kimsenin kimseye birşey yaptırdığı yoktur. Burada bir hukuki işlem ile kanuna, hukuka aykırı bir durum yaratılmışsa, bu hükümsüz sayılmakta, sonuç doğuramamaktadır. Öte yandan, bu görüşlerin sahibi, “müeyyide” yerine “müeyyede” kelimesini tercih etmektedir. Bkz. ÖZYÖRÜK: s. 9. Müeyyide ile yaptırım kavramlarının birbirinden farklı olduğuna ilişkin bir başka görüş de, müeyyideyi, hukuk kurallarına uygun veya aykırı hareket için hukuk kuralları tarafından öngörülen maddi tepki olarak tanımladıktan sonra, yaptırım kavramının, yukarıdaki tanımın sadece hukuka aykırılıklara ilişkin kısmı olduğunu savunmaktadır. Böylece müeyyide bir üst başlık haline gelmekte; her yaptırım bir müeyyide iken, her müeyyidenin yaptırım olması gerekmemektedir. Bkz. MADEN: s. 78-81.

²⁸⁷ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN: s. 491.

sağlayan güç olarak tanımlanmıştır²⁸⁸. Müeyyide sözcüğünün Latince kökenli dillerdeki karşılığının kökeninde (*sancito*) de kutsal kılma, ihlal edilemez hale getirme anlamı bulunmaktadır²⁸⁹. Demek ki müeyyide sözcüğünün dildeki anlamı, sadece ihlale karşı sonradan verilen tepki olma niteliği ile sınırlandırılmayacak kadar geniş olup; genel olarak kuvvetlendirmeyi ve istenmeyen sonucun gerçekleşmemesi amacıyla önceden gösterilen çabaları da kucaklamaktadır. Eğer anlamında bir eksiltme yapılmaksızın dildeki müeyyide olarak alınırsa, hukuktaki müeyyide de sadece birtakım ihlallerin ardından verilen karşılık olmaktan daha fazlası olacaktır.

Bu açıklamaları aydınlatmaya elverişli ve basit bir örnek verilebilir. Bir ağacın yaşamı ve sağlığı birçok yöntemle kuvvetlendirilebilir. Bunların bir kısmı, ağacın gövdesine çubuklar bağlamak ya da muhtemel hastalıklara karşı ağacı ilaçlamak gibi herhangi bir tehdidin gerçekleşmesinden önceki adımlar olabilir. Keza potansiyel bir tehdidin öncesinde, ağacın kesilmesinin yasak olduğuna dair bir uyarı panosunun yerleştirilmesi de ağacın korunmasını temin edecektir. Şüphesiz bu yasağa uyulmaması halinde doğabilecek sonuçların da aynı veya yakınındaki bir panoda yahut o alandaki tüm ağaçları koruyan bir genel düzenlemede yer alması gerekecektir. Aksi halde ağacın kesilmemesine ilişkin ifade, bir temenniden ibaret kalacaktır. Bu sırada, belirli aralıklarla, birinin gidip ağacın kesilip kesilmediğini kontrol etmesi ya da ağacı sürekli görüntüleyen bir kameranın yerleştirilmesi de, yine onun yaşamını koruyan bir çare olabilir. Hatta ağacı kesme amacını belli eder şekilde, örneğin elinde balta ve ipe, ağaca doğru yaklaşan biri tespit edildiğinde, bu kişinin, panodaki ceza işaret edilerek uyarılması ve/veya balta ve ipin elinden alınması da, ağacın yaşamına sağlıklı şekilde devam edebilmesine katkı sunacaktır.

²⁸⁸ Bkz. “yaptırım” sözcüğüne ilişkin açıklamalar, HANÇERLİOĞLU, Orhan: Türk Dili Sözlüğü, İstanbul 2000.

²⁸⁹ Kutsal anlamına gelen *sacer* sözcüğünden türetilen *sancire* kutsal kılma fiili karşılamakta, *sancito* ise kutsal kılınmış, güvence altına alınmış, ihlal edilemez hale getirilmiş anlamına gelmektedir. Bkz. PALAZZO: s. 13. Ayrıca bkz. <http://www.treccani.it/vocabolario/sancire/> (Erişim tarihi: 9.2.2019).

İhlal gerçekten meydana geldiğinde, yani ağaç kesildiğinde ise, önceden belirtilen acı verici karşılık verilecektir. Ağaca destek çubukları bağlanmasından başlanıp, kesilmesi halinde karşılığının verilmesine kadar sayılan bu aşamaların tümünde, ağacın sağlıklı yaşamının sürdürülmesi için kuvvetlendirici mekanizmalar mevcuttur. Bu örnekteki tüm mekanizmalar gibi, acaba toplumsal düzenin korunması ve sürdürülebilirliğini sağlamaya yönelik tüm çabalar da hukuk dünyasına mı aittir ve şayet öyleyse bunların hepsi müeyyide olarak değerlendirilebilir mi?

Bu soruyu daha da somutlaştırmak gerekirse, toplum üyelerinin mümkün olduğunca yüksek oranda kurallara uymasının sağlanması için günlük hayatı şekillendiren sayısız uygulama, örneğin kent güvenliği amacıyla yaygınlaşmış elektronik gözetim mekanizmaları, kişisel verilerin toplanması, cinsel eğitim, kamu spotları gibi önleyici pek çok araç hukuka dahil midir?

Bu noktada, belirtilen mekanizmaların uygulayıcıları bakımından yukarıdaki sorgulamadan sapan, önemli bir kayıt koyalım. Bahsedilen önleyici mekanizmalara, bunları uygulayan özne -çoğunlukla devlet- açısından bakıldığında, hukukun tanıdığı yetki ya da verdiği görevin kullanımı olarak değerlendirileceklerdir. Şüphesiz bu yetki kullanımı veya çoğu kamu hizmeti olan görevlerin icrası da belirli ilke ve kurallara tabiidir. Böylece, bu normların uygulayıcıları açısından bakıldığında yine klasik teorideki “kural-ihlal-cevap” zinciri görülmektedir. Daha açık bir anlatımla, yukarıda örnekleri verilen önleyici mekanizmaların uygulayıcıları, uygulama sırasında önceden belirli kurallara uymadıkları takdirde, söz gelimi, uyuşturucu ve uyarıcı maddelere ilişkin liselerde yapılan bir eğitimin, kim tarafından, ne zaman, nasıl verileceğine ilişkin kurallara uyulmadığında, eğitimin planlanması ve icrasından sorumlu ilgili kişiler, yine hukukun öngördüğü cezai, idari veya özel hukuk alanına ait cevap(lar)la karşılaşacaklardır. Demek ki, eğitimin ve onu öngören hukuk normunun, eğitimin plan ve icrasına ilişkin öngörülmüş kurallara uymadığı takdirde birtakım hukuki cevaplarla karşılaşabilecek olan görevlilere yönelik bir mesajı mevcuttur.

Dolayısıyla bu tedbirleri öngören normların, sadece bunları uygulayan idari (ya da nadiren yargısal) organlara hitap etmekte olduğu düşünülebilir ve hatta bu, bir noktaya kadar yeterli bir cevap da olabilir.

Ancak yukarıda asıl olarak sorgulanan, bu uygulamaların, topluma ya da uygulamaya maruz kalanlara yönelik mesajıdır. Yukarıdaki örnekten ilerlenecek olursa, uyuşturucu ve uyarıcı maddelere ilişkin liselerde yapılan bir eğitimin ve bunu öngören hukuk normunun mesajı, esas olarak, eğitimin üzerinde yapıldığı kişiye yöneliktir. Bu kişi(ler) penceresinden bakıldığında, bir başka hukuki normun, örneğin uyuşturucu kullanımını yasaklayan ceza normunun ihlal edilmesi engellenmeye çalışılmakta; yani hukukun yasak biçiminde öngördüğü kural henüz hiç ihlal edilmeden önce eğitim yoluyla güçlendirilmektedir.

Hemen fark edilebileceği üzere, bahsi geçen bu tür tedbirler, halihazırda bir ihlal gerçekleşikten sonra uygulanan ve amacı gelecekte işlenmesi muhtemel yeni ihlalleri önlemek olan -güvenlik tedbiri gibi- diğer hukuki tedbirlerden farklıdır. Bu konuda da yine uyuşturucuya ilişkin örnekle devam edelim. Bir hukuk sistemi içerisinde uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımı hukuka aykırı görülmeyip özgürlük alanına dahil edilebileceği gibi, karşılığında ceza ve/veya güvenlik tedbiri gerektiren bir suç yahut karşılığında idari yaptırım ve/veya tedbir gerektiren kabahat olarak düzenlenmiş olabilir. Bu maddelerin kullanımının hukuka aykırı olduğunu kabul eden hukuk sistemlerinde ise çoğunlukla, ihlali ilk kez gerçekleştirenler için bir şans daha vermek amacıyla, hukuk sisteminin öngördüğü ilk cevap eğitim ve/veya tedavi olabilmektedir²⁹⁰. Belirtelim ki, böyle bir hukuk sistemi, bir ihlal üzerine devreye giren ama bunun devamında tekrarr etmesi muhtemel diğer

²⁹⁰ Hukukumuz bakımından uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanımı fiili üzerine ve kullanımı gerçekleştiren kişiye verilecek tepki konusunda, Türk kanun koyucusunun kararsızlık yaşadığı gözlemlenmektedir. Ancak bu uzun soluklu hukuki serüvene, çalışmanın akşını bozmamak bakımından, “tedbir” bahsine ilişkin aşağıdaki başlıkta yer verilecektir. Bkz. aşağıda 314. numaralı dipnot.

ihlaller “olmasın diye” uygulanan, güvenlik tedbiri veya idari tedbir niteliğinde bir çare öngörmüştür. Böyle bir uygulama çerçevesinde -bir kez de olsa- uyuşturucu madde kullanmış birine verilen eğitim ile henüz hiçbir ihlal gerçekleştirmemiş olan lise öğrencilerine verilen eğitim, amaç bakımından benzer olmakla birlikte, hukuki nitelik itibariyle farklıdır. Biri, hukuka aykırılık henüz hiç gerçekleşmeden uygulanırken; diğeri, uygulanmak için önceden gerçekleşmiş bir hukuka aykırılığa muhtaçtır. Birinin amacı suçun önlenmesi iken, diğerrinin amacı suçta tekerrürün önlenmesidir²⁹¹. Her iki uygulamanın ortak özelliği ise, hukuk normlarındaki kuralı güçlendiren mekanizmalar oluşudur.

Kaldı ki, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde daha detaylı incelenecek olmakla birlikte yeri gelmişken kısaca değinilmesi gereken bir diğerr husus ise, öğretime savunulan temel görüşlerden birinin, bir ihlal üzerine devreye girmelerine rağmen güvenlik tedbirlerinin de hukuki nitelik itibariyle “müeyyide” olmadığı, çünkü ihlale doğrudan bir cevap, bir tepki teşkil etmediğidir²⁹².

Bu aşamada sorgulanan ise, güvenlik tedbiri dahi olmayan, onun da öncesindeki önleyici mekanizmaların hukuksal konumudur. Yani burada sorulan soru şudur: Müeyyide kelimesinin dildeki anlamından hareket ederek, acaba hukuki müeyyide kavramını da tüm bu mekanizmaları kapsayacak şekilde genişletmek mümkün müdür?

²⁹¹ Farklı ifadeyle aynı çıkarım için bkz. HAFIZOĞULLARI: Ceza Normu, s. 246.

²⁹² Bu görüşe göre güvenlik tedbirleri, ihlalle bağlantılı olan “tehlikelilik” esasına dayanan ve ihlali bastırmayla değil sadece ilerideki muhtemel ihlalleri önlemeyle ilgili olan tedbirleri içeren hükümler olarak, ifade ediliş biçimleri bakımından, kategorik ceza normlarıdır. Bu tür normlar, genel olarak, belirli bir fiilin mutlak yerine getirilmesi gerektiğini saptayan normlar olup; müeyyide içermezler. Güvenlik tedbirlerinin esası olan tehlikelilik de, bir emrin ihlali olamayacağından, yani hukuk düzeninde “tehlikeli olmama” emredilemeyeceğinden güvenlik tedbirleri öngören normlar, ihlal edilebilirlikten yoksundur. Bu nedenle müeyyide de içermezler. Bkz. HAFIZOĞULLARI: Ceza Normu, s. 314-316. Kanaatimizce, bu pencereden bakıldığında, güvenlik tedbirleri ile önleme tedbirleri arasında kategorik norm olma bakımından fark bulunmamaktadır.

Bunca akıl yürütmenin ardından varılan değerlendirmeye göre, bu sorunun cevabı olumsuzdur. Öncelikle, bahsedilen güçlendirici mekanizmaların bir kısmının hukuk dünyasının içerisinde bile olmadığı tespiti yapılmalıdır. İhlalin henüz hiç gerçekleşmemesinden önceki tedbirlerin bir kısmı hukuk dünyasında yer alırken, diğer bir kısmı hukukun dışında kalmakta ve sosyal bilimler içerisinde başka disiplinler alanına girmektedir. Bu çerçevede, örneğin, kontrol ve gözetim mekanizmalarının çoğunlukla sosyolojinin, vazgeçirici mekanizmaların da genellikle psikolojinin konusu olduğunu belirtmek gerekir. Dolayısıyla, yukarıdaki örneğe dönülecek olursa, liselerde verilen uyuşturucu ve uyarıcı maddelere ilişkin eğitim, -eğitimin plan ve icrasına ilişkin hukuki düzenlemeler ve bunlarla sorumlu olanlara yönelik görev ve/veya yetki içeren kurallar dışında- eğitim bilimleri, sosyoloji, psikoloji ve bir parça da kriminoloji alanlarına aittir. Hukukun alanı ise buradan bir adım sonrasında, ihlal ihtimalinin bir aşama daha somutlaşmasıyla başlamaktadır.

Buna karşın, ihlalin öncesindeki sahada kalmakla birlikte hukuk alanına ait olan oldukça geniş bir yelpaze mevcuttur. Bu aşamada karşılaşılan ilk hukuk dalı da idare hukukudur. İdare hukukunda, idarenin, kamu düzenini korumak ve sağlamak için giriştiği faaliyetlerin tümü “kolluk” olarak ifade edilirken, kolluk faaliyetinin bir türü olan idari kolluk, kamu düzenini bozan ihlalin öncesinde, ihlalin gerçekleşmesini önleyici çarelerin hukuk sistemi içinde somutlaşmasıdır²⁹³. Gümrük, trafik, orman gibi çeşitli uzmanlık alanlarına göre de ayrılan idari kolluğun görevi, öngörülen birtakım ihlaller gerçekleştiğinde idari ceza gibi karşılıklar vermek yanında; ayrıca gerçekleşmesi muhtemel ihlalleri önlemektir²⁹⁴. Ancak idari kolluk, kamu düzenini tehdit eden veya

²⁹³ GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, Ankara 2017, s. 289; AKYILMAZ, Bahtiyar – SEZGİNER, Murat – KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, Ankara 2019, s. 589.

²⁹⁴ Örneğin bir trafik polisi sadece trafik cezası keserek değil, trafik düzenini bizzat yöneterek de trafik kurallarına uyulmasını sağlamaktadır. Bkz. BOBBIO: s. 532.

tehlikeye düşüren durumların ortaya çıkması halinde yürütülen bir faaliyettir²⁹⁵. Demek ki, önleme sahasında yer alan idare hukukunda bile, idari kolluğun harekete geçerek gerekli tedbirleri alması için kamu düzenini tehlikeye düşüren veya tehdit eden bir durumun ortaya çıkması gerektiğine göre, genel olarak hukukun alanına girebilmek için ihlal ihtimalinin az da olsa somutlaşması gerekmektedir. Bununla birlikte, ihlal ihtimalinin somutlaşmasına ilişkin sınırlar sürekli geriye çekilmekte ve önleyici uygulamaların yelpazesi, dünyada ve ülkemizde gün geçtikçe genişlemektedir. Özellikle, suç alanında önleme konusu gittikçe artan bir önemi haiz olmakta ve sayıları hızla artan önleyici uygulamalar, yine idari önleyici tedbir (yahut polis tedbiri) olarak sınıflandırılmaktadır. Bu konuya ilişkin olarak dünya genelinde köklü bir paradigma değişikliğine işaret edilmektedir. Geleneksel olarak insan hakları metinleri ve anayasalar, devletin cezalandırma iktidarını, şüpheli, sanık veya mahkum lehine sınırlandıran düzenlemeler içerirken; artık devletler, genellikle masum vatandaşlar çoğunluğunu, suçlu azınlık karşısında koruma anlayışına yönelmektedir. Bu da ceza hukukunda suçlu (yahut suç şüphesi altındaki) azınlığın çoğunluğa karşı korunması paradigmasından, masum çoğunluğun suçlu azınlığa karşı korunması paradigmasına geçişi göstermekte ve önleyici mekanizmaları meşrulaştırmaktadır²⁹⁶. Ancak bu gelişim, hukuk tarafından, diğer disiplinler kadar dikkatle izlenememektedir. Bu zaafiyetin sebeplerinden belki de en önde geleni, klasik müeyyide anlayışının dışında kalan bu uygulamaların, hukukun hangi alt disiplinine dahil oldukları noktasında fikir birliğinin bulunmamasıdır. Aslında bir önceki bölümde açıklanan, ceza hukukunda Klasik Okul yanında yeni okulların doğması ve cezanın amaçlarındaki evrim de, ceza hukukunun “suç adındaki hukuka aykırı

²⁹⁵ GÜNDAY: s. 294; AKYILMAZ – SEZGİNER – KAYA: s. 589.

²⁹⁶ Bkz. KLAUS, Günter: Responsibility to Protect and Preventive Justice, Prevention and the Limits of the Criminal Law (Ed. Andrew ASHWORTH - Lucia ZEDNER - Patrick TOMLIN) içinde, Oxford 2013, s. 69-90. Kanaatimizce bu paradigma değişikliği, ceza hukukunun unutulmuş figürü olarak sunulan “mağdur” eksenli çalışmaların gittikçe artması, viktimoloji gibi bir alanın doğup gelişmesi, ülkelerin mağdur haklarına ilişkin günden güne artan bir çaba içerisine girmesi gelişmeleriyle birlikte okunmalıdır.

fiillere verilen cevap niteliğinde olma” sınırlamasını aşmaya yönelik çabaların ürünüdür. Ceza hukuku, klasik pencereden bakıldığında, hukukun sadece ihlallerle ilgilenen dalı ve bu ihlaller karşısında verilen cevaplara ilişkin bir disiplin olarak görülmüştür. Bir süre sonra klasik cevabın (ceza) yanına, halihazırda gerçekleşmiş ihlalle ortaya çıkan tehlikeliliği gidermeyi amaçlayan başka bir cevap (güvenlik tedbiri) daha eklenmiştir; ancak son kertede bu da ihlal sonrası bir karşılıktır²⁹⁷. Oysa henüz hiç gerçekleşmemiş potansiyel ihlallerin önlenmesi, teknolojik yönden gelişen çağda daha da çok ivme kazanan alanlardan biridir. Elbette ceza hukuku, önleme adı altında bireyin temel hak ve özgürlükleri bakımından endişe verici gelişmelere, yüzyıllar boyunca oluşturulan ilkelerinden taviz vermeksizin karşı çıkmakla yükümlüdür. Ancak diğer sosyal bilimlerle hukuk arasındaki bazı muğlak sınırlara rağmen, bir noktadan sonra hukukun alanına girmeye başlayan önleyici mekanizmalar ile başta ceza hukukunun ilgilenmesi, temel hak ve özgürlüklere ciddi ölçüde dokunan bu mekanizmaların sınırlarının da yine aynı disiplin tarafından çizilmesi, hayatidir²⁹⁸. Çünkü suç ve ceza alanında yaşanan evrim, hem

²⁹⁷ Buna karşın güvenlik tedbirlerinin, suç teşkil eden fiilden sonra uygulanmasına rağmen asla o fiile verilen bir cevap veya bir tepki olmadığı; çünkü suç teşkil eden fiille nedensel veya isnadi ilişki içinde bulunmadığı yönünde bkz. HAFIZOĞULLARI: Ceza Normu, s. 244.

²⁹⁸ İtalyan öğretisinde, önleme tedbirleri (ya da polis tedbirleri) hukuku, bizdekinden daha sistematik şekilde ve ceza hukukçuları tarafından ele alınmaktadır. Bunun çeşitli sebepleri vardır. Örneğin İtalyan (siyasi) birliğinin kurulduğu 1861 yılından itibaren yürürlüğe giren kanunlarda resmi uyarı, özel gözetim usulleri, belirli yerlerde ikamet etme ya da belirli yerleri terk etme yasakları gibi kişi özgürlüğünü sınırlayan ve bir süre sonrasında da malvarlığına yönelik birtakım polis tedbirleri öngörülmeye başlanmıştır. Bilgi için bkz. PULITANÒ: Diritto Penale, s. 534. Önleme tedbirlerine ilişkin öğretinin sistemli ve köklü olmasının ilk sebebi, faşizm döneminde sayıları artmakla birlikte, bu tedbirlerin aslında epeydir hukuk düzeninde var olmalarıdır. Bu tedbirlerin ceza hukukçularınca ele alınmasının kanaatimizce önemli sebeplerinden biri de, İtalyan Anayasa Mahkemesi’nin verdiği kararlardır. Örneğin 1956 yılında verdiği 11 sayılı ve 1980 yılında verdiği 177 sayılı kararlarında Yüksek Mahkeme, kişi özgürlüğünü sınırlandıran önleme tedbirlerinin, yargısal karara dayanma, kanunilik gibi ceza hukukuna ait temel güvencelere sahip olması gerektiğinin altını çizmiştir. Bundan daha farklı sosyolojik ve hukuki geçmişe sahip olmakla birlikte, ülkemizde de, bu alanın ceza hukukuna ait olduğunu belirten hukukçulara işaret etmek gerekir. Örneğin suçlulukla mücadelede ceza hukukuna ait üç temel silahını, önleme tedbiri, emniyet tedbiri ve ceza olarak sayan görüş için bkz. AYDIN: Emniyet Tedbirleri, s. 50. (Vurgu tarafımıza aittir.)

cezaların amacının önleme-topluma yeniden kazandırma eksenine doğru dönüşümüne ve böylece bir kez suç işleyerek tehlikeliliği ortaya çıkan faillerin yeni suçlar işlemesine engel olunmasını sağlayacak araçların icadına sahne olurken; hem de henüz hiç işlenmemiş potansiyel suçların önlenmesine doğru ilerlemektedir. Bu gelişim karşısında, önceden ceza ve güvenlik tedbirinden oluşan klasik mekanizmalarıyla çift hat (*doppio binario*)²⁹⁹ olarak adlandırılan ceza hukuku sisteminde, önleme tedbirlerinin “yüksek hızlı üçüncü hat³⁰⁰” olduğu kabul edilmektedir.

Buraya kadar alınan yolun özeti şudur: Hukuk, çoğunlukla muhafazakar bir normatif sistem olduğundan, davranışı norma (normu davranışa değil) uydurma gayesindedir. Bu amacı gerçekleştirmek için bünyesinde barındırdığı bazı mekanizmalar geçmişteki bir eylem veya işlemi bastırma, ödetme, geçersiz kılma, telafi etme gibi amaçlar taşırken; yine hukuka ait diğer bazı araçlar da belirli bir eylem veya işlem “gerçekleşmesin diye” vardır. Bu ikinci gruptakiler, yani önleyici mekanizmalar, hukukun alanına girmek ve hukukun öngördüğü kuralları güçlendirmek bakımından hukukun cevap niteliğini taşıyan mekanizmalarıyla benzerdir. Bunların klasik müeyyide düşüncesinden farklı yönü ise, birer karşılık veya cevap niteliği taşımamaları ve kronolojik olarak ihlal öncesi evreye ait olmalarıdır. Üstelik müeyyide kelimesinin dildeki anlamı ve başka disiplinlerdeki kullanımı esas alınır, bunların müeyyide olarak adlandırılmaları dahi (teorik olarak) mümkün görünebilir.

Buna rağmen yerleşik bir hukuki terim ile onun karşılığı olan kavramın zihinlerdeki yerinin sağlamlığı göz önünde bulundurularak; ayrıca bunun çok önemli ve içinden

²⁹⁹ Detaylı bilgi için bkz. aşağıda 2. Bölüm, II – C – 5 (Güvenlik Tedbiri)

³⁰⁰ DE LIA, Andrea: “La sconfinata giovinezza delle misure di prevenzione”, Archivio Penale, Y. 2017 (Gennaio-Aprile), S. 1, s. 3 ve 23. (Çevrimiçi erişim için bkz. <http://www.archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=8e8be60a-4613-4410-bd7c-88d8e13affe7&idarticolo=15091>, Erişim tarihi: 11.1.2019)

ıkılması g hukuki sonuçları doğurabileceğinin farkındalıęıyla³⁰¹, bu çalışmada, hukukun önleyici mekanizmaları için *müeyyide* teriminin kullanımından kaçınılacaktır. Müeyyidenin hukuktaki karşılığının daha geniş olup olamayacağı sorusuyla başlayan bu uzun ve detaylı analiz sonucunda vardığımız değerlendirmeye göre; hukuki müeyyidenin, dildeki kelime anlamı kadar geniş anlaşılması, yani toplumsal düzenin sürekliliği ve genel olarak birlikte yaşamın devamını sağlamak için var olan tüm mekanizmaların müeyyide olarak değerlendirilmesi doğru değildir. Bu nedenle müeyyidenin, dildeki karşılığı ile hukuki kavram olarak karşılığı arasında ciddi farklar bulunan bir kelime olduğu kabul edilmelidir. *Bobbio*'ya göre de, hukuk düzenini koruyan tüm mekanizmalar üç temel niteliğe göre tasnif edilmekte olup; bunlardan ilki ihlalin öncesindeki engelleme-alıkoyma araçları, diğeri ihlale cevap niteliğindeki ödetme-onarma araçları ve sonuncusu da ihlalin sonrasındaki ıslah-düzeltme araçlarıdır. Bunlardan sadece ikinci kategori, yani ihlale karşılık verilen ödetici ya da onarıcı araçlar meyyidedir³⁰². Yapılan tüm akıl yürütmelerin ardından, müeyyidenin özünde ihlal ve ihlale cevap olma niteliği bulunduğunu savunan bu görüşe katılıyoruz.

³⁰¹ Müeyyide kavramının genişletilmesi halinde, rneğin, Anayasa'nın 38. maddesinin dokuzuncu fıkrasında yer alan "*İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz.*" hükmünün yasakladığı alan da anayasa koyucunun amacını aşar şekilde genişleyecektir. İdare, kanunun kendisine yetki vermesi halinde kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran çok sayıda tedbiri uygulayabilmektedir. Örneğin, 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, hakkında sınır dışı edilme kararı alınan (m. 57) ve uluslararası koruma başvurusunda bulunan (m. 68) yabancıların, belirli şartların gerçekleşmesi halinde idari gözetim altına alınıp geri gönderme merkezlerinde tutulmasını öngörmektedir. İdare tarafından verilen kararlar uygulanan idari gözetim, kişi özgürlüğünü çok ciddi ölçüde kısıtlamaktadır. Ancak kanunun verdiği yetkiye dayandığı için, kanunla belirlenen sınırlar aşılmadığı müddetçe, bu uygulamanın hukuka aykırı olduğu iddia edilemeyecektir. Oysa Anayasa'nın hükmünde yer alan müeyyide kavramının, ihlal öncesi tedbirleri de kapsayacak şekilde geniş anlaşılması halinde böyle bir uygulama Anayasa'ya aykırı olacaktır.

³⁰² Bkz. BOBBIO: s. 536 ve 537.

Yukarıda yapılan bütün açıklamalar, müeyyide kavramının sınırlarını zorlama çabaları ve bunun birtakım tehlikeleri bünyesinde barındırdığının anlaşılması, müeyyideden başka bir hukuki kavramın daha incelenmesini gerektirmektedir: **Tedbir**.

B. Tedbir

Günümüzdeki yaygın kullanımının aksine, *tedbir* terimi sadece ihlalin öncesindeki mekanizmalara özgü değildir. Tedbir, Arapça bir kelime olup; arka, son anlamına gelen *dbir* kökünden türetilmiştir³⁰³. Kelime anlamı sevk ve idare etmek, bir işin sonunu düşünmek ve hesap etmek, iyi yönetmek, bir hususun yürütülmesi için çalışıp yollar aramak olan tedbir, genellikle Türkçe karşılığı olarak kabul edilen “önlem” kelimesinden çok daha geniş bir kavramı karşılamaktadır ve -önlemden farklı olarak- sadece ihlalin öncesine ait değildir³⁰⁴. Bu çerçevede müeyyide de esasında bir tedbirdir. Oldukça geniş olan anlam çerçevesine sadık kalınarak bu çalışmada, tedbir, hukuk sistemini koruyan, yani kendisini oluşturan normlara uyulmasını sağlayan, ihlalin öncesine veya sonrasına ait tüm zorlayıcı araçları kucaklayan bir terim olarak kullanılmaktadır³⁰⁵. Böylece hukuki tedbirleri, çeşitli ölçütlere göre tasnif etmek mümkündür.

Öncelikle kronolojik ölçüte göre tedbirler, ihlal öncesi ve ihlal sonrası olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kronolojik olarak ihlal öncesi ve sonrası şeklinde ayrıldıktan sonra, tedbirin niteliğine göre bir alt ayrımın daha yapılması mümkündür. Buna göre ihlal öncesi tedbirler, psikolojik ve maddi olmak üzere iki türlü olabilmektedir. Bunlardan ilki

³⁰³ Bkz. “tedbir” başlığı, İslam Ansiklopedisi, İslam Alemi, Tarih, Coğrafya, Etnografya ve Biyografya Lügatı, İstanbul 1974, C. 12, s. 108-109; Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 40, s. 258-259.

³⁰⁴ Zira tedbir, önlem anlamına geliyorsa hukukumuzda yaygın şekilde kullanılan önleme tedbiri, önleyici tedbir gibi terimler anlatım bozukluğu olacaktır. Biz tedbir kelimesini “enstrüman, araç” anlamında kullandığımız için önleme tedbiri anlamlı bir ifade halini almaktadır. Tedbirin, önlemek yanında koruma işlevi de olduğu için tedbir yerine önlem kelimesinin kullanılamayacağı gerekçesiyle aynı yönde görüş için bkz. KUNTER: Ceza Muhakemesi, s. 655, 363 no.lu dipnot.

³⁰⁵ Bu kullanımı itibarıyla tedbir kelimesi, yabancı dildeki *measure* (En.), *misura* (İt.) kelimelerinin karşılığıdır.

caydırma ve tehditi esas alan vazgeçirici tedbirler; ikinciler ise kontrol ve engellemeyi esas alan gözlem tedbirleridir. İhlalin öncesindeki maddi tedbirler ayrıca, tedbir vasıtasıyla konulan engelin aşılabılır veya aşılamaz olmasına göre, zorlaştıracı ve engelleyici (men edici) olmak üzere de birbirinden ayrılabilir. Şayet gerçekleşmesi öngörülen ihlali zorlaştırıyor ancak imkansız kılmıyorsa³⁰⁶ zorlaştıracı bir tedbirden; bunu imkansız hale getiriyorsa³⁰⁷ engelleyici (men edici) bir tedbirden söz edilebilir. İhlal sonrası tedbirler ise, kötülük veren ya da kötülüğü azaltan (veya ortadan kaldıran) niteliklerine bağlı olarak iki kategoride incelenmektedir. Birinci kategori tedbirler ödetici/cezalandırıcı; diğerleri ise onarıcı/telafi edicidir. Ödetici tedbirler, hukuk normunun ihlali olan kötülüğe kötülük ile karşılık verme düşüncesine; onarıcı tedbirler ise bu kötülüğü ortadan kaldırma üzerine kuruludur. İhlal öncesi ve sonrası kategorilerinin alt ayrımları içinde ve bu iki ana kategorinin kendileri arasında genellikle dereceli bir geçişkenlik mevcuttur. Yani ihlalin öncesinde, kontrol ve gözetimin olanaksız ya da yetersiz olduğu hallerde vazgeçirmeye başvurulurken; bunların ikisi de yeterli olmadığında ve ihlal gerçekleştiğinde genellikle önce onarıcı tedbirler ile çare aranmakta, onun da imkansızlığı ya da işlenen fiilin kötülüğünün karşısında yetersiz kalması halinde ödetici tedbirlere başvurulmaktadır. Ancak bazı tedbirler aynı anda birden fazla niteliği bünyesinde barındırabilir. Üstelik tüm bu belirleme çabalarına karşın aslında hukukta var olan tedbirlerin büyük çoğunluğu bakımından keskin çizgiler çizilememektedir. Vazgeçirme (veya kontrol), özünde ödetme (ya da onarma) tehdidini barındırmakta iken; ödetme de başarısız olmuş bir vazgeçirme çabasının sonucu olmaktadır. Üstelik ödetmenin içinde de toplumun diğer fertleri için vazgeçirme mesajı barınmaktadır. Sonuçta ödetme geçmişte denenmiş bir vazgeçirmenin sonucu, gelecekteki bir vazgeçirmenin de başlangıcıdır³⁰⁸.

³⁰⁶ Örneğin yabancıların idari gözetim altına alınması. Bkz. yukarıda 301 numaralı dipnot.

³⁰⁷ Örneğin sürücü belgesinin belirli süreyle alınması.

³⁰⁸ *Tedbir* kavramının tasnifi hakkında detaylı bilgi için bkz. BOBBIO: s. 531-532.

İhlal sonrası tedbirler, ayrıca, homojen ve heterojen olmak üzere de ikiye ayrılmaktadır. Heterojen tedbirler, ihlal edilmesi istenmeyen davranış modeli ile aynı doğada yer almayan hukuki sonuçlar olup, acı verici veya engelleyici nitelikte olabilirler. Örneğin ceza, uyulmasını temin etmeye çalıştığı emir veya yasakla aynı karakterde değildir. Bu nedenle ceza, heterojen bir tedbir olup, aynı zamanda acı vericidir. Yokluk da, keza, istenmeyen davranış modeliyle aynı mahiyette olmadığından heterojen bir tedbir olup, niteliği itibariyle de engelleyicidir. Homojen tedbirler ise ihlali istenmeyen davranış ile aynı doğadadır. Örneğin maddi zararın tazmin edilmesi böyledir³⁰⁹.

İhlalin öncesindeki tedbirler için hukukumuzda yeknesak biçimde kullanılan bir terim ne yazık ki bulunmamaktadır. Kanaatimizce bu kategori genel olarak “tehlike tedbiri”³¹⁰ olarak adlandırılmalıdır. Esasında bu terim ilk kez *Kunter* tarafından kullanılmıştır. Yazar, yabancı hukuklarda dahi karşılığı bulunmayan bir “tehlike tedbiri genel teorisi” oluşturmuş³¹¹ ve sadece ceza ve ceza muhakemesi alanında değil; hukukun,

³⁰⁹ Homojen ve heterojen tedbir ayrımı için bkz. NUVOLONE: “*Pena (in generale)*”, s. 787. Ayrıca bkz. TOROSLU, Haluk: s. 10 ve 11.

³¹⁰ Bu terim, İtalyanca’daki “*le misure preventive*” ya da “*le misure di prevenzione*” ifadelerinin Türkçe karşılığı olarak kullanılmaktadır. Dilimizde bu kategori, *polis tedbiri* olarak da adlandırılmaktadır. Örneğin bkz. AYDIN, Öykü Didem: “*Malvarlığına İlişkin Bir Emniyet Tedbiri Olarak Türk Ceza Yasası’nda Müsadere*”, AÜHFD, Y. 1993, C. 3, s. 146 ve 147. Gerçi içerik bakımından aynı olmakla birlikte önleme tedbirleri ile polis tedbirlerinin birbirinden farklı kavramlar olduğu; nitekim önleme tedbirlerinin yargısal usullerle, polis tedbirlerinin ise polis tarafından alınan bir kararla ve polisçe uygulandığı savunulmuştur. Bkz. AYDIN: *Emniyet Tedbirleri*, s. 86-88.

³¹¹ Burada özetlenecek olan teorinin detayları için bkz. KUNTER, Nurullah: “*Tehlike Tedbiri’ Genel Teorisi ve Para Cezaları için İcrai ve İhtiyati Haciz*”, İÜHFM, C. 34, S. 1-4, Y. 1969, s. 17-41 (özellikle s. 27-32); KUNTER: *Ceza Muhakemesi*, s. 655 ve 656. Hukukun tüm disiplinlerine hitap eden bu bütünlükçü bakış açısı kanaatimizce çok değerlidir. Bu nedenle benimsenmeli ve geliştirilmelidir. Ancak bunu yaparken dikkat edilmesi gereken husus, özel hukuk ile ceza ve ceza muhakemesi hukuku alanındaki tedbir kavramları arasında, tedbirin uygulandığı hukuki ilişkinin mahiyetinden doğan farktır. Nitekim medeni usul hukukunda geçici hukuki koruma (ve bunu yerine getiren ihtiyati tedbir ile ihtiyati haciz gibi araçlar) bir hakkın kullanılması ya da bir ihtilafın çözülmesine dayanmaktayken; ceza ve ceza muhakemesindeki tedbirlerde (ve buna ek olarak örneğin 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’da yer alan koruyucu ve önleyici tedbirlerde) bir

tehlikeli halleri göz önünde tutarak önden başvurduğu tüm çareleri *tehlike tedbiri* olarak adlandırmıştır. Bu görüşe göre, zarar ihtimali anlamına gelen tehlikeye karşı müdafaa aracı olarak kullanılan tehlike tedbirlerini, tehlikenin uzak ya da yakın olmasına göre iki grupta toplamak mümkündür. Zira tehlike uzakken bunun önlenmesine; tehlike yakınlaştıkça ve artık onu önlemek için geç kalınmışsa, bu tehlikeli sonuçtan korunmaya çalışılır. Bu teoride, uzak tehlikenin önlenmesine yönelik tedbirler “önleme tedbiri”, yakın tehlikeden korunmaya yönelik olanlar ise “koruma tedbiri” olarak adlandırılmış³¹² ve *önleme tedbirleri* için suç işlenmesi tehlikesine karşı yolların aydınlatılması, polis devriyeleri gezdirilmesi, hakimlerin gizli kapaklı kötü işler yapmaları tehlikesine karşı duruşmaların açıklığı gibi örnekler; *koruma tedbirleri* için de suç işlemeleri tehlikesine karşı akıl hastalarının hastaneye konulması, bulaşıcı hastalık mikrobu taşıdıklarından şüphe edilenlerin karantinaya alınması, yanmakta olan binaya kimsenin sokulmaması gibi gecikmeksizin alınması gereken tedbirler örnekleri verilmiştir. Yazara göre, kaçmaları veya delilleri karartmaları tehlikesine karşın sanıkların (ve şüphelilerin) yakalanmaları ve tutuklanmaları da, bu nedenle *koruma tedbiridir*. Tehlikenin yakın ve uzak olmasına ilişkin ayrımın önemli sonuçları vardır. Bir kere, uzak tehlikeyi esas alan tedbirlerin (önleme tedbirlerinin) hepsi zorlayıcı değildir. Örneğin borçlunun borcunu ödememesi tehlikesi uzaksa, bu tehlikeli sonucun önlenmesi için malını rehnetmesi veya kefil göstermesi kendisinden istenebilir ve bunlar zorlayıcı olmayan önleme tedbirleridir. Ancak örneğin haciz, zora dayalı bir önleme tedbiridir. Yazara göre, hak ve hürriyetlerin sınırlanması sonucu doğuran bu tür önleme tedbirlerinin alınabilmesi için de tehlike şartının yanında “haklılık” şartı da aranmaktadır. Ortada hak yok, sadece hak iddiası varsa; yani salt uzak

hukuki ilişki ya da duruma devletin müdahalesi söz konusudur. Bkz. ERİŞİR, Evrim: Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul 2013, s. 264.

³¹² Ancak ne yazık ki “koruma tedbiri” terimi, ceza muhakemesinde uygulanan geçici tedbirlere hukuk sisteminde verilen yerleşik bir ad olarak, burada açıklanan kavram için kullanıldığında zihin karışıklığına yol açmaktadır.

bir tehlikenin varlığı halinde, hak ve hürriyetlerin zorla sınırlandırılması meşru değildir. Buna bağlı olarak, haczin uygulanabilmesi için alacağın ilama bağlanması ya da ödeme emrine borçlunun itiraz etmemesi, ederse de itiraz merciince bunun kabul edilmemesi şarttır. Bu süreçlerde haciz tedbiri isteyen haklı olup olmadığı araştırılmaktadır. Oysa koruma tedbirlerinin hepsi hak ve hürriyetleri sınırlamakta ve artık burada haklılık değil, haklı görünüş devreye girmektedir. Zira burada tehlike yakın olup gecikmeye tahammül yoktur ve tedbir alınmasını gerektiren bir hak olup olmadığını araştırmaya da vakit bulunmamaktadır. Bu çerçevede örneğin (ceza muhakemesinde) koruma tedbirlerine karar verirken haklılık şartı aranmaz ve haklı görünüş ile yetinilir. İhtiyati haciz de böyledir³¹³.

Sonuç itibarıyla *tedbir* kavramı, belirli bir hukuki niteliğe işaret etmek için yetersizdir. Hukuki niteliğin tespiti için tedbirin, kanunda nasıl düzenlendiğine, ne zaman, hangi usulle ve hangi organ tarafından karar verilip uygulandığına bakmak gerekmektedir³¹⁴.

³¹³ Kunter'in, kısaca özetlenen bu görüşleri ortaya koyarken kullandığı terminoloji, Türk ceza hukuku öğretisi ve uygulamasına yerleşmemiştir; ancak tedbir kavramına ilişkin olarak yaptığı analiz kıymetlidir.

³¹⁴ Bu konuda hukukumuzda ait ilginç örneklerden biri, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımına ilişkindir. Yukarıda (290 numaralı dipnotta) da belirtildiği gibi hukukumuzda, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanımı fiili üzerine ve kullanımı gerçekleştiren kişiye verilecek tepki konusunda az zamanda çok değişiklik yaşanmıştır. Bu süreci kısaca özetlemek için 2005, 2006 ve 2014 yıllarında Türk Ceza Kanunu'nda yapılan değişikliklere bakmak gerekmektedir. 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe girdiğinde Türk Ceza Kanunu, 191. maddesinde, uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi (sadece) kullananlara denetimli serbestlik ve tedavi tedbiri uygulanacağını öngörmekteydi. Hukuki niteliğinin güvenlik tedbiri olduğunun hükümde açıkça belirtildiği (mülga m. 191/3) tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri, hapis cezasının infazına şartlı bir alternatif bir olarak öngörülmüştü. Böylece TCK m. 191, **hapis cezasının infazının ertelenmesi** kurumunun özel bir düzenlemesi halini almıştı. Kanun'un yürürlüğe girmesinden iki ay sonra, 8.7.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5377 sayılı Kanun ile anılan maddede önemli değişiklikler yapılmış (örneğin kullanmamakla birlikte, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında da denetimli serbestlik tedbirine hükmolunacağı öngörülmüş) ancak salt kullanım fiilinin yaptırımı (güvelik tedbiri niteliğindeki) tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri olarak varlığını korumuştur. Bundan yaklaşık bir buçuk yıl sonra, 19.12.2006'de yürürlüğe giren 5560 sayılı Kanun ile kullanım fiiline ilişkin tedavi ve denetimli serbestlik uygulamasının kronolojisi değiştirilerek, kararın verilmesi hüküm öncesine alınmış; böylece kurumun hukuki niteliği de değişmiştir. Başka bir anlatımla, tedavi ve denetimli

Bu çalışmanın terminolojisinde *tedbir*, ceza da dahil olmak üzere, hukukun emir ve yasaklarını güçlendiren ve gerektiğinde cebri olan tüm araçları bünyesine alan geniş bir kavramı karşılamaktadır. Hukukun önleyici, bastırıcı, ödüllendirici, tazmin edici, ödetici veya onarıcı tüm enstrümanları, araçları, mekanizmaları olarak kullanılan tedbir terimine ceza hukuku penceresinden bakıldığında, cezanın da esasında bir tedbir olduğu ortaya çıkmaktadır. İhlal sonrası bir tedbir olduğu şüphe götürmeyen cezanın, modern dünyada sahip olduğu ya da taşıması gerektiği kabul edilen amaçları düşünüldüğünde, yani cezanın ödetici özden mümkün olduğunca sıyrılarak önleyici, eğitici, yeniden topluma kazandırıcı işlev kazanmasıyla artık salt ödetici ve acı verici bir tedbir olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Ayrıca ceza, heterojen bir tedbirdir.

serbestlik tedbirine başvurma zamanı, cezalandırmada bir aşama geriye çekilmiş ve bu kurum, hapis cezasının infazına değil, hükmedilmesine alternatif haline gelmiştir. Bu yönüyle de TCK m. 191, **hükmün açıklanmasının geri bırakılması** kurumunun özel bir düzenlemesi haline almıştır. Bu düzenlemenin de ömrü ancak sekiz yıl olabilmektedir. 28.6.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanun ile ilgili maddede yeniden köklü bir değişiklik yapılmış ve daha önce infaz aşamasından kovuşturmaya çekilen tedbire karar verme zamanı, bu kez soruşturma evresine taşınmış; buna paralel şekilde, kararı verecek mercii de hakim yerine Cumhuriyet savcısı olarak belirlenmiştir. Halen yürürlükte bulunan düzenlemeye göre, uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi kullanan ve buna ek olarak, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişiler için, bu fiilin ilk kez tespit edilmesi halinde, soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısı tarafından kamu davasının açılmasının ertelenmesine ve kişi hakkında denetimli serbestlik (ve gerekli görülmesi halinde tedavi) tedbirinin uygulanmasına karar verilecektir. Bu tedbir, henüz soruşturma aşamasındayken Cumhuriyet savcısı tarafından verilen bir karara dayandığından hukuken güvenlik tedbiri olarak nitelendirilemeyecektir. Zira güvenlik tedbiri niteliğindeki bir kurumun ceza muhakemesinin sonunda ve suçun işlendiği yönünde vicdani kanaati oluşan hakim tarafından verilmesi gerekmektedir. Belirli bir ihlalin sonrasında olmakla birlikte (Her ne kadar soruşturmanın başında ya da delillerin toplanmasının ardından verileceğine dair kanunen bir belirleme yapılmamış olsa da, bilindiği kadarıyla uygulamada bu karar, en azından kan testi sonucu kişinin bünyesinde uyuşturucu madde bulunması şartıyla uygulanmaktadır.), henüz suç sübuta ermeden önce, savcı kararıyla uygulanan bu tedbirin hukuki niteliğinin tespiti güç hale gelmiştir. Bu tartışmalara şimdilik daha fazla girmeksizin belirtelim ki, düzenlemenin ilk hali hapis cezasının ertelenmesinin ve ikinci hali hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının özel birer görünümü iken; son hali de **kamu davasının açılmasının ertelenmesi** kurumunun özel bir düzenlemesi haline gelmiştir. Görüldüğü üzere, her bir düzenlemede “tedbir” olarak ifade edilmesine rağmen, ne zaman, hangi usulle ve hangi mercii tarafından uygulandığına bağlı olarak hukuki nitelik de değişmektedir.

Ceza hukukunun yelpazesinde yer alan tedbirler ele alındığında, cezanın yanındaki ikinci kategori olarak güvenlik tedbiri karşımıza çıkmaktadır. Bu bölümde güvenlik tedbiri kavramına özel bir ağırlık verilecektir. Ancak çalışmanın bütünlüğü adına, önce cezalandırma kavramı ve suça bağlanan tüm hukuki sonuçların incelenmesinde fayda vardır. Zira çalışmanın ilerleyen aşamalarında hapis cezasına seçenек kurumların hukuki niteliklerinin tespiti yapılırken, bu bölümdeki incelemelerin sonuçlarından yararlanılacaktır.

II. CEZALANDIRMA VE SUÇUN HUKUKİ SONUÇLARI

A. Genel Olarak

Hukuki-teknik anlamı bakımından ceza, öncelikle bir tedbir ve ardından bir müeyyide türüdür. Suçu, diğer hukuka aykırı fiillerden ayıran, kanun koyucunun, karşılığında ceza adındaki müeyyideyi öngörmüş olmasıdır³¹⁵. Hukuk sistemi içinde, bir hukuki fiil karşısında zorlayıcılığı ve acı vericiliği en yoğun hukuki cevapların verildiği ve bu nedenle hukuka aykırı fiilin değil de, bunun karşılığında verilen müeyyidenin hukuk dalına ad verecek kadar önem taşıdığı ceza hukukunda³¹⁶, ceza teorisinin, suç teorisi kadar fazla incelenmemiş olmaması bu nedenle şaşırtıcıdır.

Ancak ceza hukukunda dahi suça verilen cevapların tümü cezadan ibaret değildir. Nitekim ceza, suçun tek karşılığı değildir. Bu başlık altında, başta ceza olmak üzere, suç

³¹⁵ “(...) genel kanaat, bugün, suç denen hukuka aykırı fiilin, aslında haksız bir fiilden başka bir şey olmadığı yolundadır. Gerçekten, bu düşünelere göre; suçun, öteki haksız fiillerden farkını, fiilin mahiyetinde değil, ama müeyyidenin türünde aramak gerekir.” HAFIZOĞULLARI – ÖZEN: s. 450.

³¹⁶ Ne yazık ki yaygın şekilde benimsenmemiş olsa da, bugün ceza hukuku diye adlandırılan hukuk dalının genel olarak “suç ve ceza hukuku” olarak adlandırılması gerektiği; ilkinin suç ve suçluları; ikincisinin de cezai müeyyideleri konu alması gerektiği de savunulmuştur. Buna bağlı olarak bugün “ceza hukuku” denilen dalın “suç hukuku”; “infaz hukuku” olarak bilinen dalın da aslında “ceza hukuku” olarak adlandırılması gerektiği ileri sürülmüştür. KUNTER: Ceza Muhakemesi, s. 14-15 ile s. 18-19. Aynı yönde bkz. TOSUN, Öztekin: Suçluların Gözlemi, İstanbul 1966, s. 295. Ayrıca bkz. Rocco’nun “suç hukuku” terimin kullanılmasını savunduğuna ilişkin açıklamalar, 321 numaralı dipnot.

fiilinin karşılığında hukukun verdiği tüm tepkiler incelenecektir. Bu inceleme, çalışmanın esas konusu olan hapis cezasına ve infazına alternatif tedbirlerin her birinin hukuki niteliğinin ve tabi olacağı rejimin belirlenmesinde rehber olacaktır.

B. Cezalandırma Kavramı

Cezalandırma kavramı, suç ve ceza arasındaki neden-sonuç ilişkisi olup, çeşitli görünümlere sahiptir. Cezalandırma, ilk olarak kanun koyucunun, gerçekleşmesini öngördüğü birtakım varsayımlara ilişkin tehdidinin soyut bir sonucudur. Burada somut olarak o hipotezlerin gerçekleşmesinden, yani kanunda öngörülen suç fiilinin gerçekte işlenmesinden bağımsız bir olgu olarak, cezalandırmanın kanuni görünümünden bahsedilmektedir. Kanunda öngörülen bu fiil, gerçek hayatta ete kemiğe bürünmüş bir fail tarafından işlendiği takdirde, cezalandırılabilirlik de kanuni ve soyut görünümünden çıkıp gerçek ve somut hale gelir, ki bu da cezalandırmada ikinci aşamayı teşkil eder. Modern ceza hukukunda bu geçiş, geçmişte ne olduğunu öğrenme amacını taşıyan ve ceza muhakemesi adı verilen sürecin işletilmesiyle gerçekleşir. Bu sürecin sonunda kesinleşen mahkumiyet kararının ardından, cezalandırmanın üçüncü ve son perdesi olan infaz aşaması başlar. Burada ise, yargılama sonunda ceza hakimi tarafından belirlenip hükümlüye dayatılan cezanın gerçekten uygulanması söz konusu olur. Dolayısıyla cezalandırma kavramı, kronolojik açıdan birbirini izleyen ve her aşamasında soyuttan bir adım daha somuta, her aşamasından biraz daha gerçeğe geçişi yansıtan üç farklı görünüme sahiptir³¹⁷.

Cezalandırmanın somutlaşma yolundaki ilerleyişine paralel olarak ve onunla aynı anda, kişinin de cezalandırılabilmesi somutlaşmaktadır. Nitekim öngörülen soyut cezanın somut fiili işleyen gerçek faille “eşleştirilmesi”, bir kişinin soyut olarak cezalandırılabilirliğinin, o kişi gerçekten fiili işlediğinde hayata geçirilmesidir. Daha açık

³¹⁷ PALAZZO: s. 556. Cezanın tehdit (veya korkutma) ve tehdidin fiilen gerçekleşmesi (veya cezanın bilfiil verilmesi) olmak üzere iki evresi olduğu yönünde benzer görüş için bkz. HAFIZOĞULLARI – ÖZEN: s. 430 vd.

bir ifadeyle kişinin, herhangi bir somut fiilden bağımsız haldeki cezalandırılabilirliği ile fiili işlediği yönünde şüphe altındayken ancak hakkında henüz kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı verilmeden önceki cezalandırılabilirliği ve son olarak mahkumiyet kararının verilmesinin ardındanki cezalandırılabilirliği aynı değildir³¹⁸.

Bu noktada ayrıca ceza hukuku ile cezalandırıcı hukuk kavramları³¹⁹ arasındaki farka da değinmekte yarar vardır. Zira ceza terimi sadece ceza hukukunda kullanılmamaktadır. Ceza, sosyal hayatta yahut ahlak ve din gibi başka normatif sistemlerde de sıklıkla kullanılmaktadır; ancak burada işaret edilen ayrım, hukukun diğer dallarında yer alan ceza ile ceza hukukundaki ceza arasındadır.

Ceza, emrin ihlali karşılığında verilen acı olarak tarif edildiğinde sadece hukukun bir dalı olan ceza hukukunu değil, vergi düzenlemelerini, disiplin hukukunu, idari yaptırımları kapsayan ve hatta sadece bazı ülkelerde yer alan cezalandırıcı tazminat gibi uygulamalar sayesinde özel hukuka dahi ulaşan çok daha geniş bir hukuki sahaya nüfuz etmektedir. Gerçekten günümüz ceza hukuku, hem önleyici sahayı kapsadığı için genişlemekte; hem de diğer hukuk dallarındaki ödetme niteliğindeki müeyyideler nedeniyle, medeni ceza hukuku ya da idari ceza hukuku gibi, yeni disiplinlerin doğmasına yol açmaktadır³²⁰. Belirtilen diğer hukuk alanlarının müeyyideleri, her ne kadar pozitif hukuka göre aksi mümkün olsa da, aslında ceza ile aynı varoluş amacını paylaşmaktadırlar. Bu durumda cezalandırıcı hukuk ile ceza hukuku, sadece pozitif düzenlemeler yoluyla birbirinden ayrılmıştır. Dar anlamda ceza hukukunu, cezalandırıcı hukuktan ayıran ölçütler, cezanın, suç teşkil eden bir fiilin karşılığında ve suçun işlendiğinin yargısal olarak kabul edilmesinin ardından verilmesi ve cezaya mahkum edilmesiyle birlikte kişinin statüsünün değişmesi ile “cezai etkiler” adı verilebilecek birtakım sonuçların (tekerrür, adli

³¹⁸ PALAZZO: s. 556-560.

³¹⁹ NUVOLONE, Pietro: “*Pena (in generale)*”, Novissimo Digesto Italiano içinde, Torino 1969, C. XVI, s. 787.

³²⁰ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN: s. 447.

sicil kaydı, cezanın belirlenmesi gibi) ortaya çıkmasıdır³²¹. Cezalandırıcı hukuka ait diğer dallarda ise, özellikle yargısal unsur ve cezai etkiler unsuru bulunmamaktadır.

Ceza, suçu inşa eden temel ve kendisinden vazgeçilemez olan unsurdur, ancak suçun sonuçları sadece cezadan ibaret değildir. Hukuk düzeni, diğer hukuka aykırı fiillerde olduğu gibi, suça da çok çeşitli sonuçlar bağlamıştır. Suçun, ceza dışındaki diğer hukuki sonuçları arasında, teknik olarak ceza olmamakla birlikte, doğasında cezai karakter barındıranlar veya özel hukuka ilişkin sonuçlar yer almaktadır³²². Tüm bu hukuki sonuçların hukuki hayatları da, cezalandırmanın üç aşamasında (kanunda öngörülme, muhakeme-mahkumiyet ve infaz) varlık gösterebilmektedir³²³.

C. Suçun Hukuki Sonuçları

Suçun hukuki sonuçları, suç fiilinin gerçekleşmesinin karşılığı olarak kanun koyucunun öngördüğü yaptırım nevinden sonuçlardır. Bu sonuçlar, her zaman cezalandırıcı ya da bastırıcı bir işleve veya doğaya sahip olmayabilir, ama suçu işleyen kişi bakımından daima negatif bir içerik taşırlar. Suç olarak öngörölmüş bir fiilin, ödöl mahiyetinde yahut sadece tespit edici bir sonucu olması mümkün değildir. Hukuki sonuçların fiili gerçekleştiren için olumsuz nitelikte olması, ceza hukukunun özünü oluşturan suç kavramının daima hukuka aykırı bir fiil olmasından kaynaklanmaktadır. Diğer hukuk dallarındaki hukuki sonuçlar, -ilgili hukuk dalları, hukuka aykırı olan fiiller

³²¹ NUVOLONE: s. 787-788. Bu ayrım üzerinde düşündükçe, ceza hukukunun da kendi içinde cezalandırıcı olmayan sahasının varlığı ortaya çıkacaktır. Nitekim Rocco da, ceza hukukunu karşılamak üzere daha geniş ve doğru bir kavram olarak “suç hukuku”nu (*diritto criminale*) kullanmış ve bunu da “cezai suç hukuku” (*diritto criminale penale*) ile “cezai olmayan suç hukuku” (*diritto criminale non penale*) olmak üzere ikiye ayırmıştır. Bkz. (aktaran) KUNTER: “Bugünün Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirlerinin Yeri”, İÜHFİM, C. XIII, Y. 1947, S. 4, s. 1337. Hafızogulları - Özen ise, dar anlamda, yani gerçek anlamda ceza (*pena criminale*) ve ceza hukuku (*diritto criminale*) ifadelerini benimsemiştir. Bkz. HAFIZOĞULLARI – ÖZEN: s. 447.

³²² PALAZZO: s. 555-556.

³²³ PALAZZO: s. 560.

yanında aynı zamanda hukuka uygun olan eylem ve işlemlere de sonuç bağladığı için- eylem ve işlemin sahibi açısından olumsuz bir içerik taşımak zorunda değillerdir. Oysa ceza hukukunun temeli olan suça bağlanan tüm sonuçlar, suçun faili bakımından negatif içerikli sonuçlardır.

Bu başlık altında suçun tüm sonuçları, asıl ceza, ferî ceza, güvenlik tedbiri ile suçun diğer cezai ve hukuki sonuçları sıralamasıyla ele alınacak ve ardından yine suçun cezai bir sonucu olarak, hapis cezasına ve infazına seçenekler bahsine geçilecektir.

1. Asıl (Aslî) Ceza

Felsefî ve tarihi derinliği karşısında çok kısa sayılabilecek açıklamalar ile cezanın doğasına, işlev ve amacına ilişkin bilgi ve değerlendirmelere, çalışmanın birinci bölümünde yer verilmişti. Burada sadece, cezanın bir türü olarak asıl ceza incelenecektir.

Hukuki-teknik anlamıyla ceza, kanunda suç olarak düzenlenmiş hukuka aykırı fiiller karşılığında yine kanunda öngörülen ve suçun işlenmesi halinde yargı organı tarafından hükmedilen müeyyide olarak tanımlanabilir. Bu tanımda, ceza hukukunun sadece hukuka aykırı fiillerle ilgilendiği, kanunilik ilkesinin suç ve ceza bakımından vazgeçilmezliği ve cezayı vermeye yetkili tek organın yargı olduğu hususlarının altı çizilmektedir.

Adlandırıcı ya da kimliklendirici ölçüte göre ceza, suçu (diğer hukuka aykırı fiillerden) ayıran temel unsur olup bu vasfı bünyesinde taşıyan ceza da, sadece asıl cezadır³²⁴. Yani kanunda suç olarak yer alıp da, karşılığında (asıl) ceza öngörülmeyen bir fiil söz konusu olamaz³²⁵. Asıl ceza, kanun koyucu tarafından suça özgü olarak ve

³²⁴ MARINUCCI – DOLCINI: s. 173-174.

³²⁵ PALAZZO: s. 560-561.

doğrudan bu suçun karşılığı olmak üzere belirlenir; ardından hakim tarafından, başka cezadan bağımsız olarak ve süresi de gösterilmek suretiyle tayin edilir³²⁶.

Asıl ceza(lar), kural olarak, ceza kanununda yer almaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda asıl cezalar, hapis ve adli para cezası olarak sayılmıştır (m. 45). İşlenen her suçun kanuni tanımında, belirtilen bu iki tür cezadan, bazen sadece biri yahut ikisi birbirine alternatif şekilde, kimi zaman da her ikisi birlikte öngörülmektedir. Kanunda soyut olarak belirtilen cezanın, somut olarak belirlenmesine ilişkin ise, Türk Ceza Kanunu'nun "Cezanın belirlenmesi" başlıklı 61. maddesi yol göstericidir. Buna göre, somut olayda hakim, suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, failin güttüğü amaç ve saiki göz önünde bulundurarak, temel cezayı³²⁷ belirler.

Hapis cezasının, tek başına asıl ceza (ya da adli para cezası ile birlikte iki seçenekten biri) olarak öngörüldüğü bir sistemde hapis cezasına seçenekler, hüküm aşamasında önce hapis cezasına hükmedip sonra onun yerine geçecek şekilde seçenek cezaya dönüştürme ve/veya kesinleşmiş hapis cezasının infazının başka bir yöntemle çevrilmesi şeklinde olmaktadır. Böylece ne kadar fazla seçenek kurum öngörülürse öngörülürse, hapis cezası, ceza sisteminin merkezinde kalmaya devam etmektedir. Bu sistemlerde, hapis cezasına hükmedildikten sonra onu dönüştüren seçeneklerin hukuki nitelik olarak ceza olduğu kabul edildiği gibi³²⁸; bunların çoğunluğunun güvenlik tedbiri olduğu da savunulmuş yahut bunların, ceza ve güvenlik tedbiri dışında yeni bir tür yaptırım olduğu ileri sürülmüştür³²⁹. Bu üçüncü görüş benimsendiğinde suçun hukuki sonuçları

³²⁶ DÖNMEZER – ERMAN: C. II, s. 715.

³²⁷ Asıl ceza, ceza türlerinden biri iken; temel ceza, somut cezanın belirlenmesindeki ilk aşamadır.

³²⁸ DOLCINI – PALIERO: "*Sanzioni sostitutive (dir.pen.)*", Enciclopedia del Diritto, XLI, Milano 1989, s. 488.

³²⁹ PALAZZO: s. 506.

arasına, asıl ceza, ek ceza, güvenlik tedbiri ve diğer sonuçlar dışında bir de seçenek cezalar eklenmektedir.

Bazı ülkelerin ceza kanunlarında ise, hapis cezası ve adli para cezasının yanında, asıl ceza olarak denetimli serbestlik veya toplum hizmetinde çalışma cezaları yer almaktadır. Bunların dışında, ayrıca hapis cezasının verilmesine ve infazına alternatifler de yine öngörülmüştür³³⁰. Böylece hakime, suçluluğun tespitini yaptıktan sonra verilecek cezayı tespit ederken, sadece hapis ve para cezasından oluşan bir tarife değil, daha geniş bir yelpaze sunulmaktadır. Hakim buna rağmen hapis cezasını tercih ederse öncelikle hüküm aşamasında bunu başka bir tedbire dönüştürme, bu da olmazsa, infazın başında ya da ilerleyen aşamalarında (çoğunlukla infazdan sorumlu yargısal organın kararıyla) seçenek kurumun devreye girmesi mümkün olmaktadır. Bu konudaki çeşitliliğin zengin olduğu ülkelerden biri Fransa'dır. Fransa'da öncelikle, hapis cezasının son çare olması ilkesi, diğer cezalar yerine neden hapis cezasının tercih edildiğinin ve bunun neden ertelenmediğinin mahkeme tarafından gerekçelendirilmesi zorunluluğu öngörülerek güçlendirilmiştir (Fransız Ceza Kanunu *art.* 132-19). Bunun yanında cezaların bireyselleştirilmesi ilkesi de, Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 8. maddesine dayandırılmakta ve ayrıca Fransız Ceza Kanunu'nda açıkça öngörülmektedir³³¹. Bu temel ilkelerin gereği olarak da, hakim in cezaya hükmederken seçebileceği ceza türleri çeşitlendirilmiş ve kendisine geniş bir takdir yetkisi sunulmuştur. Bir yandan genel hükümlerdeki asıl ceza ve hapis cezasına alternatif asıl ceza listesinin genişliği³³², diğer

³³⁰ Onlar içinde de, parasal yaptırımlar ile vatandaşlık eğitimi, meslek edindirme veya boş zaman değerlendirme kurslarına katılım gibi çok çeşitli eğitimler, tedavi içerikli tedbirler veya kişi özgürlüğünü ortadan kaldırmayıp sadece sınırlandıran çeşitli cezalar yer almaktadır.

³³¹ Bkz. Fransa Raporu (Haz. Julie ALIX – Geneviève GIUDICELLI-DELAGE – Cristina MAURO – Raphaële PARIZOT – Juliette TRICOT), Prison Overcrowding and Alternatives to Detention, European Sources and National Legal Systems (Ed. Alessandro BERNARDI, Coord. Adriano MARTUFI) içinde, s. 186 ve s. 205 (59 no.lu dipnot).

³³² Fransa'da suçlar, (ağırlıklarına göre) üç türe ayrıldığı için her biri için öngörülen asıl ve alternatif asıl cezalar ile ek cezalar da birbirinden farklıdır. En ağır suçlar için öngörülen asıl cezalar, (on yıldan

yandan özel hükümlerde (her bir suç karşılığında uygulanabilecek asıl cezaların, hapis ve adli para cezası olarak belirlenmesine rağmen) bunlara eklenebilecek veya yerine geçebilecek cezaların geniş ölçüde çeşitlendirilerek düzenlenmiş olması ve hapis cezasına hükmedildikten sonra devreye giren alternatif tedbirler karşısında³³³ Fransız ceza adaleti politikası, hapis cezasına seçenek kurumlar konusunda ilginç bir örnek teşkil etmektedir. Örneğin toplum hizmetinde çalışma, hem bir bağımsız asıl ceza, hem hapis cezasının alternatifi şeklindeki asıl ceza ve hem de ek ceza olarak düzenlenmiştir. Ayrıca ek ceza olarak öngörülen pek çok tedbire, kanunun izin verdiği hallerde, hapis cezasının yerine geçecek şekilde tek başına da hükmedilebilmektedir. Böylece günümüzde tüm hukuk düzenlerinin odağında yer alan hapis cezasının, Fransa’da öngörülen bu yapı sayesinde, sistemin merkezinden bir adım da olsa uzaklaştırılabildiği tespiti yapılabilir. Buna benzer şekilde, Hollanda’da da çalışma cezası, hapis ve adli para cezasının yanında, asıl ceza olarak öngörülmüştür³³⁴. Ayrıca İngiltere’de toplum içinde infaz edilen toplam on iki adet tedbir, bir ya da birden fazlasına hükmedilmesine imkan verilecek şekilde, tek bir başlık altında (*community order*), bağımsız bir asıl ceza türünü teşkil etmektedir³³⁵.

başlayıp müebbet hapse kadar uzanan) hapis ve para cezasıdır. Orta ağırlıktaki suçların karşılığında verilebilecek asıl cezalar, (iki aydan on yıla kadar) hapis cezası, para cezası ve toplum hizmeti cezasıdır. Bu kategori suçlar için hapis cezasına alternatif olarak verilebilecek asıl cezalar ise, para cezası, gün para cezası, vatandaşlık kursu, toplum hizmeti ve kişi özgürlüğünü sınırlayan diğer (*art. 131-6’da* sayılan) tedbirlerdir (Fransız Ceza Kanunu *art. 131-3*).

³³³ Fransa’daki denetimli serbestlik tedbirleri ve alternatif yaptırımlar hakkında oldukça karışık olan kanuni düzenlemelerin derlenip bir tablo halinde sunulduğu rapor için bkz. https://www.euprobationproject.eu/national_detail.php?c=FR (Erişim tarihi: 13.3.2019). Bu internet sitesi, Avrupa Birliği üye ülkelerinin denetimli serbestlik ve alternatif yaptırımlar hakkındaki düzenlemelerine ilişkin sistematik raporların ve karşılaştırmalı çalışmaların yapıldığı bir Avrupa Birliği projesine ait olup, diğer üye ülkeler hakkında da bilgi edinilebilecek bir rehberdir.

³³⁴ Fransız ceza sisteminin karışık düzenlemelerine nazaran daha basit bir sisteme sahip olan Hollanda’da asıl cezalar hapis, para cezası ve toplum hizmeti cezası ve ek cezalar da müsadere, birtakım haklardan yoksunluk ve mahkumiyet hükmünün yayımlanması olarak belirlenmiştir. Bkz. Hollanda Ceza Kanunu sec. 9.

³³⁵ Bkz. *Criminal Justice Act 2003 sec. 177*. Ayrıca bkz. SEVDİREN: s. 100-103.

Biz de, olması gereken ceza adaleti kurgusunda, sisteminin belkemiğinin hapis cezası olmasına karşı çıkıyor, ancak bunun henüz ütopya olarak görüldüğü günümüzde öncelikle asıl ceza yelpazesinin mümkün olduğunca genişletilmesi gerektiği savunuyor ve zaten ceza hukukunun geleceğinin bu yönde şekilleneceğini öngörüyoruz.

Öte yandan, anayasal bir engel olmadığı müddetçe asıl cezaların, mutlaka ceza kanununda öngörülme zorunluluğu kanaatimizce yoktur³³⁶. Ceza hukuku sisteminin karmaşıklaşması tehlikesi karşısında, böyle bir kanun yapma yönteminin sakıncalı olduğu kuşkusuz savunulabilir; ancak sonraki tarihli bir kanunun, ceza kanununda öngörülmeyen yahut ceza kanununun ek ceza veya güvenlik tedbiri niteliğinde öngörmüş olduğu bir tedbiri, asıl ceza olarak benimsemesi mümkündür. Bu çıkarım, bizimki gibi, temel kanun (*code, codice*) kültürü olmayan hukuk düzenlerinde daha fazla geçerlidir. Her ne kadar ceza kanununda asıl cezalar hapis ve adli para cezası olarak sınırlı sayıda belirtilmiş olsa da; sonradan yürürlüğe girecek özel bir ceza kanununda asıl ceza olarak, örneğin, ruhsat iptali, denetimli serbestlik yahut kamu yararına çalışma cezasının öngörülmesi kural olarak mümkündür.

5237 sayılı TCK'dan görece daha geniş bir asıl ceza yelpazesine sahip olan ve asıl ceza – ek ceza (asli - ferî ceza) ayırımına dayanan 765 sayılı mülga TCK'da yer alan cezalar, cürümlere ve kabahatlere mahsus olmak yönünden ayrılmaktaydı. Kanun'un ilk halinde

³³⁶ Buna karşın, mülga Kanun döneminde, cürüm ve kabahatlere ilişkin cezaların ağırlıklarına göre bir düzen ve sıra içinde Türk Ceza Kanunu'nda gösterilmiş olmasından hareketle ilgili maddede (m. 11) yer almayan bir kurumun ceza değil, ancak güvenlik tedbiri olabileceği savunulmuştur. Bkz. DÖNMEZER – ERMAN: C. II, s. 722. Yargıtay ise, verdiği bir kararda bunun aksi yönde görüş ortaya koymuştur: “*Modern yaşamın icapları, mehz kanunun ve TCK.nun yürürlüğe girmesinden sonra kabul edilen bazı özel kanunlarla, daha önce öngörülmemiş yeni bir takım "ceza" "fer'i ceza" ve "emniyet tedbirleri"nin kabulüne yasa koyucuyu zorlamıştır. Niteliği itibariyle "ceza" veya "fer'i ceza" olan bir müeyyideyi TCK.nun 11. maddesinde sayılmadı diye "emniyet tedbiri" diye vasıflandırmak ziyadesiyle şekilci bir düşünüş tarzıdır; bu kabul kavram kargaşalığına ve çelişkili uygulamaların yapılmasına zemin yaratır.*” Bkz. YCGK 28.11.1983 tarih ve E. 1983/1-265, K. 1983/385 künyeli kararı, www.kazanci.com (Erişim tarihi: 10.2.2019).

cürümlere mahsus cezalar, idam, ağır hapis (müebbet ve muvakkat), hapis, sürgün, ağır para cezası ve hidameti ammeden memnuiyet (kamu hizmetlerinden yasaklılık) olarak belirlenmişti (eTCK m. 11). Kabahatler karşılığında ise hafif para ile hafif hapis cezaları yanında bir de muayyen bir meslek veya san'atın tatili cezası öngörülmüştü (eTCK m. 11)³³⁷.

Sürgün cezası, Kanun'daki ilk halinde müebbet ve muvakkat (altı ay ila beş sene) olarak öngörülmüş ve 1936'da müebbet olanı kaldırılmıştı. 1965 yılında yürürlüğe giren 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun³³⁸ ile sürgün cezası, Türk ceza hukukundan tümüyle kaldırılmıştır³³⁹.

Hidameti ammeden memnuiyet cezası da müebbet ve muvakkat (üç aydan beş seneye kadar) olmak üzere iki türlü idi (eTCK m. 20). Muayyen bir meslek veya san'atın tatili cezası ise sadece muvakkat olup, üç günden iki seneye kadardı (eTCK m. 25). Ancak bu ikincisi her ne kadar kabahatler için öngörülmüş asıl bir ceza olsa da, müstakil bir ceza olarak hiç uygulanmamış; mevzuat ve uygulamada nitelik itibariyle ek ceza olarak kabul edilmiştir³⁴⁰.

Bu konuda son olarak belirtelim ki, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun ceza türlerine yer verdiği 11. maddesinde ve Kanun'un genelinde asıl ceza – ek ceza ayrımı ya da ek cezaların sayıldığı bir liste açıkça öngörülmemiştir; ancak bu ayrıma dayalı bir sistemin kurgulandığı, Kanun'un muhtelif maddelerinden anlaşılmaktaydı.

³³⁷ *Gölcüklü*'nün aktardığına göre, bu sistem içerisinde öngörülen ceza türleri arasında %70'lik pay, çeşitli şekilleriyle hapis cezasına aitti. Bkz. GÖLCÜKLÜ: s. 22.

³³⁸ RG. 16.07.1965, S. 12050.

³³⁹ 647 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesine göre "Türk Ceza Kanunu ile hususi kanunlarda yazılı sürgün cezaları kaldırılmıştır."

³⁴⁰ UÇKAN, Özcan: Türk Hukukunda Meslek ve Sanatın Tatili Müeyyidesi ve Uygulama Sorunları, Eskişehir 1983, s. 31-35.

2. Ek Ceza

Ek ceza, asıl cezaya eklenen cezadır. Bağımsızlık ve zorunluluk özelliği sadece asıl cezada mevcut iken³⁴¹; ek ceza böyle değildir.

Bu kategorideki cezalar genellikle ferî ve mütemmim olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Öğretide çoğu zaman ferî cezanın zorunlu olduğu ve hükümde belirtilmese dahi kendiliğinden uygulanacağı, mütemmim cezanın ise hakimnin takdirinde olan ve uygulanabilmesi için de hükümde açıkça belirtilmesi gerektiği ayrımı yapılmıştır³⁴². Bir de ferî cezanın kendiliğinden uygulanmak zorunluluğu bulunmadığı, bazı ferî cezalara da hakimnin hükmetmesi gerektiği; buna karşın mütemmim cezalara hakimnin hükmedip hükmetmemekte serbest olduğu da belirtilmiştir³⁴³. Bu çalışmada ferî ve mütemmim ceza, her ikisini de kapsayan şekilde, ek ceza adı altında incelenecektir.

Neyin ek ceza olduğunun belirlenebilmesi için yukarıda sayılan özellikler yeterli değildir. Bir kurumun hukuki niteliğini ortaya koyan onun içeriği ve işlevidir. Ek cezanın doğasında, yani içeriğinde yasaklayıcılık mevcut olup; yaptırım niteliğindeki tüm hukuki sonuçlarda olduğu gibi, ek cezalar da, acı verici işleve sahiptir. Ama acı vericilik, ek cezanın yegane ve temel karakteri değildir. Buna bağlı olarak, asıl ceza ve ek ceza, birbirinden acı vericilik ölçütüne göre ayrılmaz. Eğer kanun koyucu salt acı vericiliği arzulasaydı asıl cezayı ağırlaştırmakla yetinebilirdi. Oysa ek cezada, asıl cezaya eklenen bir başka fonksiyon vardır³⁴⁴. Örneğin damgalamak bunlardan biridir ve akademik unvanın kullanımının yasaklanması, seçme ve seçilme hakkının kaldırılması böyle bir ek işleve sahiptir. Kimi ek cezada ise, suçun işlenmesine zemin sağlayan koşulların ortadan

³⁴¹ NUVOLONE: s. 792.

³⁴² KARAKAŞ DOĞAN: s. 80.

³⁴³ DÖNMEZER – ERMAN: C. II, s. 717; ALPASLAN, M. Şükrü: Türk Ceza Kanunu'nda Fer'i ve Mütemmim Cezalar, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu (22-26 Mart 1976) içinde, İstanbul 1977, s. 225.

³⁴⁴ NUVOLONE: s. 792.

kaldırılarak gelecekte yenilerinin işlenmesine engel olmak, yani özel önleme amacı ağır basmaktadır. Kamu hizmetinden yasaklılık veya spor müsabakalarının yapıldığı yerlere gitmekten yasaklanma böyledir³⁴⁵.

Ek ceza, hem doğma hem de ortadan kalkma bakımından asıl cezanın akıbetine tabidir. Bu çerçevede ek ceza da, kanunda aksi öngörülmediği müddetçe, asıl cezaya bağlı olarak zamanaşımına uğrar, ertelenir yahut affedilir³⁴⁶.

5237 sayılı TCK, 765 sayılı TCK döneminde öngörülen bazı ferî cezaları güvenlik tedbiri olarak öngörmüş, diğer bazılarını da yaptırım sisteminden çıkarmıştır³⁴⁷. Asli ve ferî ceza ayrımı meselesi, TCK'nın hazırlanması sırasında, Bakanlar Kurulu tarafından sunulan Hükümet Tasarısı ile TBMM Adalet Komisyonu (ve sonradan oluşturulan Alt Komisyon) tarafından kabul edilen metin arasındaki farklardan birini teşkil etmektedir. Hükümet Tasarısı'nda asli-ferî ceza ayrımı korunmuş (Tasarı m. 57 ve 58), hatta ferî cezaların sayısı da arttırılmıştı. Bu çerçevede kamu hizmetlerinden yasaklanma, bir meslek veya sanat veya ticaretin icrasının durdurulması, müsadere, işyerinin kapatılması, sürücü belgesinin geri alınması ve suç nedeniyle mülkiyetin Devlete geçmesi ferî ceza olarak sayılmıştı (Tasarı m. 72-78). Tasarı'nın Adalet Komisyonu'na sunulduğu gün, öncelikle Alt Komisyon kurulmuş³⁴⁸ ve Tasarı buraya havale edilmiştir. Alt Komisyon tarafından yeniden kaleme alınan metinde ise asli-ferî ceza ayrımı kaldırılmış³⁴⁹, daha önce ferî ceza

³⁴⁵ PALAZZO: s. 569 ve 570.

³⁴⁶ Erteleme ve zamanaşımı bakımından aynı, ancak af bakımından farklı yönde görüş için bkz. DÖNMEZER – ERMAN: C. II, s. 724.

³⁴⁷ İÇEL: Genel Hükümler, s. 659.

³⁴⁸ Kurulan Alt Komisyon'un daimi üyeleri, ana muhalefetten iki ve iktidar partisinden üç milletvekili, üç öğretim üyesi, bir Yargıtay üyesi ve Adalet Bakanlığı'ndan iki tetkik hakimi olarak belirlenmiştir.

³⁴⁹ Adalet Komisyonu Raporu'nda, bu kararın gerekçesi olabilecek nitelikte sadece iki ifadeye rastlanmaktadır:

1. "Ondokuzuncu yüzyıl ceza hukuku anlayışının kalıntısı olan 'asli ceza' ve 'ferî ceza' ayrımı kaldırılmıştır. Suç olgusu dolayısıyla uygulanabilen yaptırımlar, ceza ve güvenlik tedbiri olarak belirlenmiştir."

olarak öngörölmüş yaptırımlara “güvenlik tedbiri” adı altında yer verilmiştir³⁵⁰. Bu tercihin doğru olmadığı kanaatindeyiz.

Bu konuda değinilmesi gereken bir diğer husus da, ek cezanın, bir fiili suç haline getirmede yeterli olup olmayacağıdır. Adlandırıcı ölçüt sayesinde bir fiili suç haline getiren unsurun ceza olduğu, bunun da sadece asıl cezaya ait bir özellik olduğu yukarıda belirtilmişti. Bu durumda, bir fiil karşılığında salt ek cezanın öngörölmesi, fiili suç olarak kabul etmek için yeterli değildir³⁵¹. Fakat böyle bir durumla karşılaşıldığında, ek cezanın asıl ceza haline gelip gelmediği düşünülebilir. Keza yukarıda da incelenen 765 sayılı TCK döneminde meslek ve sanatın tatili cezasında olduğu gibi, asıl ceza olarak kanunda öngörölmüş bir cezanın ek ceza olarak uygulanabilmesi mümkündür.

Demek ki bir suçta asıl ceza olarak öngörülen ceza, diğer bir suçta ek ceza fonksiyonu görebilir³⁵². Şüphesiz bu önermenin tersi de, yani kural olarak ek ceza niteliğindeki bir cezanın, bir suçta asıl ceza olarak öngörölmesi de mümkündür. Yani kanun koyucu, suç ve ceza politikasına uygun olarak, ek ceza niteliğindeki bir cezayı isterse asıl ceza şeklinde de düzenleyebilir³⁵³.

Nitekim mevzuatımızda ikinci hipoteze ilişkin örnek de mevcuttur. Öncelikle belirtelim ki, Türk Ceza Kanunu’nda asli-feri ceza ayrımı kaldırılmış olsa da, özel

2. “Hükümet Tasarısında, bir taraftan ‘fer’i ceza’lara, diğer taraftan da güvenlik tedbirlerine yer verilmiştir. Ancak, öngörülen ‘fer’i ceza’larla güvenlik tedbirleri arasında kabul edilebilir somut ölçüt belirlenmemiştir. (Bu düzenleme 765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki erteleme hükümlerinin ortaya çıkardığı sorunların devam etmesine olanak tanıyabilecek nitelikte görüldüğü için; Komisyon çalışmalarında, erteleme kurumunun hukuki yapısında değişiklik yapıldığı gibi,) ‘fer’i ceza” kavramı terk edilmiş ve güvenlik tedbirleri bir sistematik çerçevesinde yeniden düzenlenmiştir.” (Metindeki parantezler tarafımızdan eklenmiştir).

³⁵⁰ Bkz. Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593), TBMM 22. Dönem, 2. Yasama Yılı, Sıra sayısı: 664 (Çevrimiçi erişim için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm>, Erişim tarihi: 9.2.2019).

³⁵¹ PALAZZO: s. 567.

³⁵² DÖNMEZER – ERMAN: C. II, s. 717.

³⁵³ KARAKAŞ DOĞAN: s. 80.

kanunlardaki ek cezalar varlıklarını korumaktadır. Bahsedilecek bu örneği hukuki-teknik bakış açısıyla ilginç kılan husus ise, normalde suç olarak öngörülmemeyen fiiller karşılığında sadece ek cezaların öngörülmüş olmasıdır. Bu düzenleme 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nda³⁵⁴ yer almaktadır. Anılan Kanun'un 153. maddesine göre *“ıffetsizliği anlaşılmış olan bir kimse ile bilerek evlenen veya evlilik bağını devam ettirmekte veya böyle bir kimseyi yanında bulundurmakta veya karı koca gibi herhangi bir kimse ile nikahsız olarak devamlı surette yaşamakta ısrar eden asker kişiler hakkında Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezasına, erbaşlar hakkında rütbenin geri alınmasına hükmolunur. Bir kimseyle gayri tabii mukarenette bulunan yahut bu fiili kendisine rızasıyla yaptıran asker kişiler hakkında, fiilleri başka bir suç oluştursa bile, ayrıca Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası, erbaşlar için rütbenin geri alınması cezası verilir.”*

Normalde Askeri Ceza Kanunu'nun “Fer'i Askeri Cezalar” kenar başlıklı 29. maddesine göre, askeri şahıslar hakkında hükmolunacak ek cezalar şunlardır: Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma, rütbenin geri alınması ve askeri öğrencilik hukukunu kaybettirme. Görüldüğü üzere, Kanun'un genel hükümlerinde ek ceza olarak sayılan Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası, özel hükümlerde herhangi bir asıl cezaya mahkumiyetten bağımsız olarak, adeta bir asıl ceza gibi öngörülmüştür. Bu durumda kanun koyucu genel hükümlerde ek ceza olduğunu belirtse de, benimsediği suç politikası gereği bu madde bakımından Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma ve rütbenin geri alınması cezalarını asıl ceza olarak benimsemiş ve maddede öngörülen fiilleri suç haline getirmiş olabilir. Bir diğer ihtimal de, bu düzenlemeye rağmen belirtilen fiillerin suç haline gelmediği, karşılığında öngörülen müeyyidenin de esasen (ek veya asıl) ceza değil, bu Kanun'da öngörülmesine rağmen bir disiplin cezası olduğudur.

Bu düzenlemeyle korunmaya çalışılan hukuki değer, böyle bir ceza normunun çağın gerisinde kalmış olması veya madde metninin barındığı ifadelerin muğlaklığı gibi

³⁵⁴ RG. 15.6.1930, S. 1520.

hususlar ciddi ölçüde tartışılmalıdır ve kanaatimizce böyle bir düzenlemenin Askeri Ceza Kanunu'ndan kesinlikle çıkarılması gerekmektedir. Kanun koyucunun izlediği suç ve ceza politikası penceresinden bakıldığında dahi, esasında suç değil, en fazla disiplin tedbirlerini gerektiren bir fiil olması icap eden bu düzenlemede, ölçülülük ilkesine riayet edilmediği değerlendirilmesi de yapılabilir. Üstelik 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu³⁵⁵ m. 20/g'ye göre yukarıda belirtilen fiil, bir disiplin cezası olan Silahlı Kuvvetler'den ayırmayı gerektiren bir disiplinsizlik olarak da sayılmıştır. Ayrıca TSK Disiplin Kanunu'nun 5. maddesine göre herhangi bir fiilden dolayı ilgili hakkında yapılan adli soruşturma veya kovuşturma, aynı fiilden dolayı ayrıca disiplin soruşturması ve tahkikat yapılmasını, disiplin cezası verilmesini ve bu cezanın yerine getirilmesini engellemez. Böylece aynı fiil için hem ceza hem de disiplin cezası öngörülmesi, üstelik kanun koyucunun açık düzenlemesiyle bu durumun *non bis in idem* ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceğinin belirtilmesi karşısında, Askeri Ceza Kanunu'nun 153. maddesi, sadece yukarıda sayılan gerekçelerde değil, hukuken de eleştiriye açık hale gelmiştir³⁵⁶.

Belirtmek gerekir ki, Kanun'un genel hükümlerinde ek ceza olarak sayılan bir cezanın, özel hükümlerde asıl ceza gibi öngörüldüğü; dahası, bu cezanın esasında suç olmayan bir fiilin karşılığında öngörüldüğü oldukça ilginç bir örnek teşkil etmesi nedeniyle detaylı şekilde incelenen bu düzenlemedeki ceza, 5237 sayılı TCK yürürlüğe girdikten sonra asıl ceza olarak kabul edilemez. Zira TCK m. 45'te, asıl cezaların hapis ve adli para cezalarından ibaret olduğu belirtilmiştir. Her ne kadar özel bir ceza kanununun, TCK m. 45'te sayılanlar dışındaki bir tedbiri asıl ceza olarak öngörmesinde engel bulunmadığı düşünülse de, bu durum ancak 5237 sayılı TCK'nun yürürlüğünden sonraki kanunlar için geçerli olabilecektir. Yani TCK m. 5 ile birlikte değerlendirildiğinde, TCK'ndan önceki

³⁵⁵ RG. 16.2.2013, S. 28561.

³⁵⁶ Buna karşın, Anayasa Mahkemesi, görece yakın zamanda anılan düzenlemeye ilişkin olarak yaptığı anayasal norm denetiminde aynı kanaate ulaşmamış ve normu iptal etmemiştir. Bkz. AYM 29.11.2017 tarih ve E. 2015/68, K. 2017/166 künyeli kararı.

tarıhlı bir kanun olan Askeri Ceza Kanunu'nda öngörölen Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma ve rütbenin geri alınması cezalarının, asıl ceza haline geldiği savunulamayacaktır. Sadece ek cezanın varlığı halinde ise, bir fiilin suç olarak öngörölmüş sayılması mümkün olmayacaktır. Tüm bu sebeplerle, AsCK m. 153'ün zımni olarak ilga edildiğinin ve bu fiillerin sadece TSK Disiplin Kanunu'nda öngörölen disiplin cezasına tabi disiplinsizlik teşkil ettiğinin kabulü gerekmektedir.

Öte yandan ek cezaların, genişletilmesi umulan ceza yelpazesinde asıl ceza olarak yer alması gerektiği savunulmuştur. Örneğin dikkatsizce araç kullanarak ölüme yol açan birinin hürriyeti bağlayıcı cezaya çarptırılıp da koşullu salıverilme ve benzeri birçok kurumla fiilen infaz edilmeyen yahut çok az bir kısmı gerçekten infaz kurumunda geçirilen bir cezaya mahkum olmasındansa sürücü belgesinin ömür boyu elinden alınmasının çok daha etkili olduğu açıktır³⁵⁷.

Bu nedenle ölkemizde, ek cezaların kaldırılması ve hatta bunların bir kısmının güvenlik tedbiri olarak öngörölmesi isabetli olmamıştır. Bu kanaatin sebebi, güvenlik tedbirlerine ilişkin aşağıda yer alan açıklamaların ardından daha iyi anlaşılacaktır.

3. Mahkumiyetin Cezai Nitelikteki Diğer Sonuçları

Cezai sahaya dahil olmakla birlikte, diğerlerinden ayrı bir kategoride toplanan bu sonuçlar, mahkumiyet hükmünde açıkça belirtilmese bile uygulama kabiliyetlerine sahip olan, örneğin, belirli suçların işlenmesi halinde koşullu salıverilmeden yararlanamamak ya da denetim süresi içerisinde yeniden suç işlenmesi nedeniyle açıklanması ertelenen hükmün açıklanması ve yeniden hükmün açıklanmasının ertelenmesinden yararlanamamak gibi sonuçlardır.

³⁵⁷ PAVARINI: Istituzioni, s. 93. Etkili olması bir yana, sürücü belgesinin herhangi bir geri verme umudu bulunmaksızın ömür boyu kişinin elinden alınması da, hiçbir cezanın ömür boyu sürmemesi gerektiği düşüncesiyle tartışmaya açıktır.

Cezai nitelikteki diğ er sonuçların, kanunda sınırlı sayıda belirtilen asıl cezalarla veya hukuki nitelik itibariyle farklı olan güvenlik tedbirleriyle karış tırılması zordur. Ancak, bu kategorinin, ek cezalarla karışıma ihtimali mevcuttur. Cezai nitelikteki diğ er sonuçların ek cezalardan ayrıldığı nokta, mahkumun derhal katlanması gereken bir yükümlülük veya yasaklılık olmaktan ziyade, onun statüsünde bir değ işiklik yaratması özelliğidir.

4. Suçun  zel Hukuka İlişkin Sonuçları

Bu kategoride yer alan sonuçların önemli bir kısmı, suçun mağduru veya suçtan zarar gören ya da devlet lehine öngörülen yükümlülüklerdir.

Suçun mağduru veya suçtan zarar görene ilişkin olanlar, suçun aynı zamanda haksız fiil olmasından kaynaklanan ve özel hukuka ilişkin genel düzenlemelerde de yer alan zararın tazmini yükümlülüğüdür. Çağdaş hukuk düzenlemelerinde, hapis cezasına seçenek bir ceza türü olarak, mağdura ödenen tazminatın önem kazandığı g r lmektedir. Ancak bu durumda ceza mahkemeleri tarafından, ceza müeyyidesi olarak hükmedilen tazminatın hukuki niteliğ  de, asıl ya da ek cezaya dönüşmektedir. Bu başlık altında açıklanan ise, ceza muhakemesinden ayrı olarak, suç fiilinin aynı zamanda haksız fiil teşkil etmesinden kaynaklanan ve tazminat hukuku rejiminin çerçevesinde kalan özel hukuka ilişkin yükümlülüklerdir.

Özel hukuk karakteri taşıyan devlet lehine öngörülen yükümlülükler ise,  rneğ n yargılama masrafları ya da ceza infaz kurumuna ilişkin giderler gibi yükümlülüklerdir.

5. Güvenlik Tedbiri

a. Kavramsal Belirleme ve Tarihsel Gelişim

Güvenlik tedbiri³⁵⁸ kavramı, İtalyan Pozitif Okulu'nun, cezaların toplumsal savunmada yeterli olmadığı tezinin ürünü olarak doğmuştur. Hatırlanacağı üzere, Pozitif Okul öncesinde temel olarak iki ceza akımı mevcut olup, bunlardan ilki olan kefaretçi ceza anlayışında ceza kusura dayandırılmakta ve kusura oranlı olarak verilmekte iken; genel önlemeye dayalı ikinci anlayışta ceza caydırıcı, korkutucu, yıldırıcı bir araç olarak görülmekteydi³⁵⁹. Buna karşın bilim dünyasının tümündeki pozitivist etkinin suç ve ceza alanına da yansması ile antropoloji ve ceza sosyolojisinin gelişimi, suçun oluşumunda toplumsal ve bireysel birçok karmaşık nedenin varlığının keşfine yol açmış ve irade

³⁵⁸ Bu kategori, Türk ceza hukuku öğretisinde uzunca bir dönem **emniyet tedbiri** olarak ifade edilmiştir. Örneğin bkz. NUHOĞLU, Ayşe: Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri, Ankara 1997; AYDIN: Emniyet Tedbirleri; EREM, Faruk: “*Türk Ceza Kanununda Emniyet Tedbirleri*”, AÜHFD, C. I, Y. 1944, S. 3, s. 351-378; DÖNMEZER – ERMAN: 7. Bası, C. II s. 691 vd. Muhtemelen 1982 Anayasası'nda (Milli Güvenlik Konseyi'nde kabul edilen metinde) **güvenlik tedbiri** ifadesinin tercih edilmesiyle öğretinin de terim tercihi zamanla değişmiştir. Anayasa'nın hazırlanışı sırasında Danışma Meclisi'nin kabul ettiği metinde ise **güvenlik önlemi** ifadesi kullanılmıştı. Bkz. <https://anayasa.tbmm.gov.tr/1982.aspx> (“1982 Anayasası Danışma Meclisi Sırası” Başlığı, Erişim tarihi: 9.1.2019). Öğretide de güvenlik önlemi terimini tercih edenler olmuştur. Bkz. ÖNDER: Ceza Hukuku Dersleri, s. 544; İÇEL (vd.): s. 127 vd. Güvenlik önlemi ya da güvenlik tedbiri ifadesi ile failin iyileştirilmesinden çok, toplumun güvenliğinin ve emniyetinin sağlanmasının vurgulandığı görüşü için bkz. NUHOĞLU: Emniyet Tedbirleri, s. 5. Bunun öncesinde 1961 Anayasası ise 33. maddenin ikinci fıkrasında “cezalar ve **ceza tedbirleri**” ifadesine yer vermişti. Doğru bir terminoloji olmamakla birlikte, mevzuatımızda güvenlik tedbirlerinin ilk kez açıkça öngörülmesi, Anayasal seviyedeki bu düzenlemeyle olmuştur. Her ne kadar hukuki nitelik değerlendirmesine katılmasak da kanun koyucuya ve öğretideki yaygın görüşe göre, bu kavramın genel olarak ve ilk kez öngörülmesi, 1965 yılında çıkarılan 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un 4. maddesinde öngörülen kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine uygulanabilecek ceza ve tedbirler ile olmuştur. Bkz. İÇEL (vd.): s. 131-132. Günümüzde çoğunlukla güvenlik tedbiri tercih edilmekle birlikte, emniyet tedbiri veya güvenlik önlemi ifadelerinin de kullanıldığı görülmektedir.

³⁵⁹ GRISPIGNI, Filippo: “*Ceza ve Emniyet Tedbirlerinin Birleştirilmesi Sorunu*” (Çev. Hasan İsmet BIYIKLI), Ankara Barosu Dergisi, Y. 1974, S. 6, s. 1084.

özgürlüğü, kusur, kefare, genel önleme gibi ceza hukukunun temel kavramlarını alt üst etmiştir.

Pozitif Okul'un dayandığı temel düşünce irade özgürlüğünün bulunmadığıdır. İrade ve hareket serbestisi bulunmayan suçlular hakkında ceza tehdidinin bir tesirinin bulunmadığını savunan pozitivistler, suçun, toplumsal ve kişisel pek çok nedenin bir araya gelmesiyle oluştuğunu ve suçu önlemek için bu sebeplere müdahale edilmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Bu determinist tez, kefare düşüncesine dayalı cezanın ancak manevi sorumluluğu bulunan kimselere uygulanabileceğini, oysa suçlunun daima anormal bir kimse olduğunu³⁶⁰, yani serbest iradesi bulunmayan suçlunun manevi sorumluluğunun da olmadığını; bununla birlikte toplum içinde yaşadığı için toplumsal sorumluluğundan söz edilmesinin pekala mümkün olduğu³⁶¹ üzerinde durur. Cezanın, kusurun varlığı şartıyla ve kusurun ağırlığıyla orantılı olarak verilmesi yüzünden kusursuz ancak tehlikeli faille uygulanamıyor oluşu ve az kusurla hareket eden suçlular bakımından da azaltılarak uygulanması, bu görüşe göre, tehlikelilik karşısında toplumu savunmasız bırakmıştır³⁶². Bu tespit üzerine inşa edilen teze göre, her türlü cezalandırma reddedilmeliydi ve bunu yerine suçlunun tehlikeliliği ile mücadelede elverişli, yani ıslah edici tedbirlerin uygulanması, ıslahı mümkün olmayan suçluların da bertaraf edilmesi gerekmektedir³⁶³. Cezanın, suçla mücadelede yetersiz kaldığını ortaya koyma başarısını gösteren Pozitif Okul'un bir diğer önemli başarısı da, suç fiili yerine, suçlunun göz önüne alınmasını sağlamasıdır³⁶⁴.

³⁶⁰ ANTOLISEI: "Ceza ve Emniyet Tedbirleri", s. 716.

³⁶¹ ARTUK: s. 463.

³⁶² NUHOĞLU: Emniyet Tedbirleri, s. 1.

³⁶³ ANTOLISEI: "Ceza ve Emniyet Tedbirleri", s. 716.

³⁶⁴ "(...) cezai müesseselerin reformuna yönelen hareketi, neticeleri ve yankısı mektebin eseri olup, hiç mübalağa etmeden bütün medeni milletlerce kabul edildiği söylenebilir. Toplum daha olumlu bir şekilde savunabilmek için en uygun tenkili tedbirleri belirtip geleneksel vasıtaların suçlulukla mücadelede yetersizliğini gün ışığına çıkarmış, sadece suçu değil, fakat herşeyden önce suçlu şahsı nazarı itibare almanın zorunluluğuna değinmiştir." Bkz. ANTOLISEI: "Ceza ve Emniyet Tedbirleri", s. 716.

Pozitif Okul'un determinist tezine karşı çıkan, ancak insan doğasını yakından tanıma hedefini paylaşan ve bunun üzerine inşa edilen öznel bir ceza hukuku kurmayı hedefleyen Toplumsal Savunma Okulu ise, "her suça bir ceza değil, her bireye uygun bir tedbir" ilkesini temeline almıştır³⁶⁵. Suçluyu anlamak konusunda hemfikir olduğu pozitivistlerden, bu anlama sürecinin nasıl olması gerektiği bakımından ayrılan, yani pozitivistlerin yaptığı gibi suçluyu önceden belirli suçlu profillerine yerleştirmenin doğru olmadığını savunan toplumsal savunmacılara göre önemli olan, suçlunun içinde bulunduğu somut koşullarda neden o suçun işlendiğini anlamaya çalışmak ve her bir öznel durumun biricikliği karşısında kişiye en uygun tedbiri uygulamaktır³⁶⁶. Bu görüş taraftarları, güvenlik tedbirlerinin pozitivistler tarafından bulunduğuna karşı çıkmış, pozitivistlerin yaptıklarının, zaten idari nitelikte olup halihazırda kanunlarda öngörülen önleyici düzenlemeleri ceza hukuku alanına taşımaktan ibaret olduğunu vurgulamışlardır³⁶⁷. Toplumsal Savunma Okulu'nun önerisi, ceza kavramının ortadan kaldırılıp, bunun yerine, ihlalin öncesini ve sonrasını kapsayan, pratikte çok çeşitli (*her özneye uygun tedbir*) ancak hukuki-teorik açıdan tekçi, kişiliğin sürekli denetimine ve tehlikeliliğin azaltılmasına bağlı olduğu için de tür ve süre bakımından esnek, ancak kanunilik ve kıyas yasağı gibi teminatları da barındıran tedbirlerin öngörülmesidir³⁶⁸.

Fiil ve kusura oranlı, kefarete ve genel önlemeye dayalı yüzyılların klasik ceza anlayışı, tehlikelilik ve özel önlemeye dayalı bu iki düşünce akımı karşısında sarsılmış; ancak zamanla karşılıklı tavizler verilmek suretiyle aradaki mesafe, geçtiğimiz yüzyılda azalmıştır. Bu yakınlaşmanın en somut sonucu, güvenlik tedbirinin ceza yanında

³⁶⁵ GRAMMATICA: s. 38.

³⁶⁶ Üstelik somut koşullara ilişkin bu analizin, suçlunun geçmişine ve sosyal çevresine ilişkin statik verilerin incelenmesiyle değil, suç fiilini ve suçluyu dinamik bir anlayışla ele alan modern kriminolojiden yararlanarak yapılması gerekmektedir. Bkz. ANCEL, Marc: Social Defence, A Modern Approach to Criminal Problems (Çev. J. WILSON), London 1965, s. 103.

³⁶⁷ Bkz. Çevirenin notu, GRISPİGNI: "Ceza ve Emniyet Tedbirlerinin" içinde, s. 1085.

³⁶⁸ GRAMMATICA: s. 279 vd.

öngörüldüğü kanuni düzenlemelerdir³⁶⁹. Bu sayede en öz ifadesiyle “kusurluluk ve tehlikelilik arasındaki bağdaşmazlık” sorunu aşılmaya çalışılmıştır.

“Okullar” arası tartışmaların ve teorik kutuplaşmaların ötesinde, güvenlik tedbiri kavramının doğuşu, 19. yüzyıl sonu ve 20. yüzyıl başındaki suç ve ceza politikasının penceresinden de okunmaktadır. Bu analizin hareket noktasında, pek çok Batı ülkesinin o dönem içinden geçtiği ceza kanunu reformu süreçlerinin en önemli sebebi olarak, özellikle 20. yüzyılın başında korkunç ölçüde artan suç işleme ve tekerrür oranı görülmektedir. Belirtilen tarihi evrede garanti niteliğindeki birtakım katı prensiplerle (kanunilik, geçmişe uygulanma yasağı, kusurla orantılılık gibi) sınırlandırılmış bir mekanizma olan cezanın yetersiz kaldığı ileri sürülmüş ve çözüm yolu olarak, adeta “cezaya eklenecek sonraki ceza” niteliğindeki güvenlik tedbiri bulunmuştu. Bu yeni tip yaptırım, süresi belirli olmayan, esnek, geçmişe de uygulanabilir (en azından kanun koyucuların niyeti öyleydi) yapısı sayesinde suçluluk ile daha çetin bir mücadele gerçekleştirmeye elverişliydi³⁷⁰.

Güvenlik tedbiri kavramının ilk kez, İsviçreli hukukçu *Carl Stoss*’un eseri olan 1893 tarihli İsviçre Ceza Kanunu Tasarısı’nda öngörüldüğü, genellikle paylaşılan bir bilgidir³⁷¹. Ancak buna itiraz eden *Grispigni*, kavramın, kamuoyu önünde ve hukukçular arasında tartışılmasını sağlayan ve bugün de kullanılan adını veren kişinin *Stoss* olduğunu kabul etmekle birlikte, ilk olarak İtalyan hukukçu *Luigi Lucchini*’nin etkisiyle 1889 İtalyan (*Zanardelli*) Ceza Kanunu’na girdiğini savunmuştur³⁷². Cezalar ve güvenlik tedbirlerinden

³⁶⁹ Örneğin İtalyan Ceza Kanunu (1930) kanun koyucusu, dönemin Adalet Bakanı’nın ifadesiyle “Her mektepten gerçek ve iyi olanı alarak, mekteplerin daha yüksek bir organizmada birliğe ulaştıkları bir sistemi kurmaya uğraştı.” Bkz. ANTOLISEI: “*Ceza ve Emniyet Tedbirleri*”, s. 717.

³⁷⁰ MARINUCCI – DOLCINI: s. 714.

³⁷¹ DÖNMEZER – ERMAN: C. II, s. 692 ve 693; ARTUK: “Güvenlik Tedbirleri”, s. 465; ANTOLISEI: *Parte Generale*, s. 796, ANTOLISEI: “*Ceza ve Emniyet Tedbirleri*”, s. 717; KUNTER: “*Bugünün Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirlerinin Yeri*”, İÜHF, C. XIII, S. 4, s. 1327; AYDIN: *Emniyet Tedbirleri*, s. 1.

³⁷² GRISPIGNI: “*Ceza ve Emniyet Tedbirlerinin*”, s. 1085.

oluşan düalist yaptırım modelini ilk ifade edenin *Von Liszt* olduğu da belirtilmektedir³⁷³. Dahası, güvenlik tedbirlerinin ilk defa 1902 yılında yürürlüğe giren Norveç Ceza Kanunu ile kanuni düzenlemeye kavuştuğunu belirtenler³⁷⁴ olduğu gibi, ilk olarak 1933 tarihli eski Alman Ceza Kanunu’nda yer aldığı³⁷⁵ ya da sistemli biçimde ilk kez 1930 tarihli İtalyan (*Rocco*) Ceza Kanunu tarafından öngörüldüğü³⁷⁶ de ileri sürülmüştür.

Güvenlik tedbiri, teorik olarak, cezanın karşısı olarak ve ceza yerine geçmek üzere doğmuş; ancak zamanla ceza hukuku düzeninde ceza yanında, ona eklenen şekilde³⁷⁷ veya ondan bağımsız olarak ayrıca yer almaya başlamıştır³⁷⁸. Demek ki, cezanın “yerine” geçme iddiasıyla doğmuş olsa da, güvenlik tedbiri, daha çok cezanın “yanına” geçebilmiştir. Böylece ceza hukukunda ihlale tepki olarak ve kusura karşılık gelmek üzere ceza tedbiri, ihlalle ortaya çıkan tehlikeliliği giderme çaresi olarak da güvenlik tedbiri uygulanmasını öngören çift hat sistemi (*doppio binario*) doğmuştur³⁷⁹. Çift hat sistemi, belirli bazı cezaların yasal sonucu olarak güvenlik tedbirine de hükmedildiği³⁸⁰ yahut genel olarak cezaya eklenen ve çoğunlukla cezanın infazından sonra uygulanan güvenlik tedbiri

³⁷³ OZANSÜ, Mehmet Cemil: Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk, Ankara 2007, s. 41, 90 no.lu dipnot.

³⁷⁴ GRAMMATICA: s. 307.

³⁷⁵ ÖZTÜRK – ERDEM: s. 445.

³⁷⁶ ANTOLISEI: Parte Generale, s. 796.

³⁷⁷ Cezanın yanına ve ona ek olarak yerleşen güvenlik tedbiri sisteminin, klasik ve pozitivist ekoller arasındaki çatışmayı azaltmak için bulunan, ancak çelişkili bir çözüm olduğu görüşü için bkz. GRISPIGNI: “Ceza ve Emniyet Tedbirlerinin”, s. 1088.

³⁷⁸ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN: s. 454.

³⁷⁹ Bu ifadenin Türkçe çevirisinde “ikili yol”, “ikili hat” ya da “ikili tedbir” kullanımları için bkz. HAFIZOĞULLARI – ÖZEN: s. 454. “İkinci sistem” ifadesi için bkz. TOROSLU – TOROSLU: s. 436 vd. “İkilisistem” ifadesi için bkz. İÇEL: Genel Hükümler, s. 725. “İki izlilik” ifadesi için bkz. NUHOĞLU: Emniyet Tedbirleri, s. 143 vd. “İki şeritli yaptırım sistemi” için bkz. ÖZTÜRK – ERDEM: s. 445. *Aydın* ise, “ceza-tedbir sistemi” ya da “ikili sistem” ifadesini tercih etmiştir. Bzk. AYDIN: Emniyet Tedbirleri, s. 2.

³⁸⁰ İÇEL: Genel Hükümler, s. 725.

sistemidir³⁸¹. Çift hat sisteminde ceza ile güvenlik tedbiri arasında ikame imkanı bulunmamaktadır. Biri diğerinden önce veya ikisi aynı anda uygulanmakta, nihayetinde bu iki tür cezai sonuç birbirine eklenmektedir.

Ancak bazı ceza kanunları, çoğunlukla isnat edilebilir olmayanlara yönelik güvenlik tedbirleri bakımından, cezanın öncesinde ya da sonrasında uygulanan güvenlik tedbirlerini değil, cezanın yerine geçen güvenlik tedbirlerini öngörmüşlerdir. Çift hat sisteminden farklı olan bu sisteme de ikame veya temsil sistemi (Almanca *wicarierung*, İtalyanca *fungibilità*) adı verilmektedir³⁸².

Ceza ve güvenlik tedbiri arasındaki ilişkinin nasıl düzenliğine bağlı olarak genelde yukarıdaki ayrım kabul edilmekle birlikte, çift hat sisteminin (*doppio binario*), hem birbirine eklenme sistemini hem de birbirine alternatifli olan ikinci sistemi kapsayacak şekilde açıklandığı da olmuştur³⁸³.

Hukukumuzda, çift hat ve ikame sistemleri arasından, ikinci sistemin varlığını çağrıştıran Anayasal bir düzenleme mevcuttur. Anayasa m. 38/3'te yer alan “ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri” ifadesi, esasında ikame sisteminin geçerli olduğu haller sınırlı sayıda olmasına rağmen, eleştiriye açık biçimde varlığını korumaktadır³⁸⁴.

b. Hukuki Niteliği

Suçun sonuçlarının tamamının fail için negatif içerik taşıdığı kabul edilmekle birlikte, her birinin cezalandırıcı doğasının bulunmadığı yukarıda belirtilmişti. Güvenlik

³⁸¹ PALAZZO: s. 571. Nadiren de olsa (örneğin akıl hastaları için İtCK art.220/2) güvenlik tedbirinin cezadan önce uygulandığı haller vardır. Bkz. ARTUK: “Güvenlik Tedbirleri”, s. 490.

³⁸² 1975 Alman Ceza Kanunu temsil sistemini kabul etmiştir. Buna göre, ceza yerine güvenlik tedbiri uygulanabilmesi ve infaz edilen güvenlik tedbirinin ceza süresinden mahsup edilmesi kuralları getirilmiştir (m. 67). Bu sistem İsviçre ve Polonya’da da benimsenmiştir. Bkz. NUHOĞLU: Emniyet Tedbirleri, s. 155.

³⁸³ PAVARINI – GUAZZALOCA: s. 56.

³⁸⁴ Bu ifadeye ilişkin eleştiriler için bkz. HAFIZOĞULLARI: “Emniyet Tedbirleri”, AÜSBFD, C. 46, S. 3-4, Y. 1991 (Haziran Aralık), s. 51; AYDIN: Emniyet Tedbirleri, s. 40-41.

tedbirleri de, suçun yaptırım niteliğindeki sonuçlarından sayılmakta iken, cezalandırıcı bir doğaya sahip değildirler³⁸⁵. Ancak yaptırım niteliğinde sonuç sayılma noktasında da, öğretilerde görüş birliği bulunduğu söylenemez. Aslında sadece hukuki niteliğinin tespiti bakımından değil, tüm yönleriyle güvenlik tedbirleri, ceza hukukunun en karmaşık konularından biridir. Bunun sebebi, ceza hukuku dünyasında görece yeni bir kurum olarak güvenlik tedbirlerinin, henüz teorik temeli oturmadan önce ceza kanunlarında hızlıca kendine yer edinmiş olmasıdır. Bu nedenle hakkında süregelen tartışmalar azalacağı yerde gün geçtikçe artmıştır.

Öğretilerde güvenlik tedbirlerini müeyyide olarak kabul eden yazarların varlığına karşın³⁸⁶, bunların müeyyide olmadığını ve hatta işlenen suçtan sonra uygulanmakla birlikte asla ona bir cevap veya bir tepki olmadığını savunanlar³⁸⁷ ve bu tedbirlerin müeyyide olmadığına katılmakla birlikte, bir önceki görüşten farklı olarak, güvenlik tedbirlerinin de birer cezai sonuç olduğunu düşünenler³⁸⁸ bulunmaktadır. Hatta, artık neredeyse tükenmekle birlikte, bir dönem güvenlik tedbirlerinin (idari) önleme tedbiri olduğu da savunulmuştur³⁸⁹. Güvenlik tedbirlerinin idari nitelikte olduğu görüşü, cezanın, sadece kusurla işlenen fiilin karşılığının ödettirilmesine dayanan eski anlayışının doğal uzantısıdır; çünkü cezaya önleme amacının yüklenmesinin düşünülmendiği o dönemde güvenlik tedbiri, idari önleme (polis) tedbirlerinin suçtan sonra uygulanan türü olmaktan

³⁸⁵ PALAZZO, Francesco: Diritto Penale Parte Generale, Torino 2006, s. 570.

³⁸⁶ İÇEL (vd.): Yaptırım Teorisi, s. 129 ve 130; DÖNMEZER – ERMAN: C. II, s. 691 vd.; MARINUCCI – DOLCINI: s. 713; NUHOĞLU: Emniyet Tedbirleri, s. 23; AKBULUT, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017, s. 754 ve 805 vd.; ÖZTÜRK – ERDEM: s. 445 ve 446. Güvenlik tedbirlerinin, suç işlediği sabit olan kişiye suç işlemesi nedeniyle verildiği için geniş manada ceza olduğu görüşü için bkz. KUNTER: Ceza Muhakemesi, s. 959.

³⁸⁷ HAFIZOĞULLARI: Ceza Normu, s. 244; TOROSLU, Haluk: Ceza Müeyyidesi, s. 26; HAFIZOĞULLARI – ÖZEN: s. 462.

³⁸⁸ TOROSLU – TOROSLU: s. 19; ANTOLISEI: Parte Generale: s. 797 ve 801.

³⁸⁹ İdari tedbire ilişkin görüşler hakkında kısa bilgi ve bu kavramın ceza hukukuna ait olduğunun yakında herkes tarafından kabul edileceği öngörüsü için bkz. ANTOLISEI: Parte Generale, s. 798-802.

başka bir şey değildi³⁹⁰. Oysa köprünün altından çok sular akmış ve zamanla güvenlik tedbirleri cezaya benzerken, cezalar da güvenlik tedbirine benzemiştir³⁹¹. Bu konuya ileride daha detaylı olarak değinilecektir.

Anayasa Mahkemesi ise, güvenlik tedbirlerinin müeyyide olduğu görüşündedir. Yüksek Mahkeme, bir kararında, güvenlik tedbirine ilişkin şu açıklamalara yer vermiştir: *“Emniyet tedbirleri, ‘suç karşılığı olarak ve suçludaki tehlike haliyle orantılı bir biçimde hükmedilen ve esas itibariyle suça ve suçluya karşı toplum savunması amacına yönelmiş bulunan yaptırımlardır’ diye tanımlanabilir. Suçları önlemek ve suç işleyenlerin yeniden suç işlemelerine engel olmak için çok kez ceza yaptırımları yetmemekte, kimi suçlular çeşitli kanuni nedenlerle sorumsuz olduklarından cezalandırılmamakta veya yerine getirilen ceza yaptırımları suçluların düzelmesini tek başına sağlayamamaktadır. Toplumun tehlikeden korunması ise, suçluları, olabildiğince eğitmek, ıslah ve hatta toplumsal ve psikolojik yönlerden tedavi etmek ve dolayısıyla onları topluma yeniden zarar vermiyecek ve bir tehlike de teşkil etmiyecek hale sokmakla kabildir. Bu sonuçların gerçekleşmesini sağlamak için de bazı suçlular hakkında, ceza yaptırımlarından ayrı veya onlarla birlikte olmak üzere, suç ve dolayısıyla suçluya karşı bazı toplum savunması tedbirlerinin alınması gerekebilir. İşte bunlara ceza hukuku alanında emniyet tedbirleri denmektedir. Bu bakımdan, emniyet tedbirleri, cezaların yanında veya onların yerini tutmak üzere kabul edilmiş olan ve sosyal korunma ile birlikte başka yarar ve nedenlere de dayanan ve dolayısıyla ceza hukuku alanında ayrı ve özel bir yer alan yaptırımlardır.”*³⁹²

³⁹⁰ PAVARINI – GUAZZALOCA: s. 55-56.

³⁹¹ PAVARINI – GUAZZALOCA: s. 56.

³⁹² Bkz. AYM 9.3.1971 tarih ve E. 1970/42, K.1971/30 künyeli kararı.

Hukuki niteliğin tespiti, sadece teorik bir tartışmanın meselesi değildir. Hukuki nitelik farkı, ceza ve güvenlik tedbirinin, özellikle kanunilik ve zaman yönünden uygulama ilkeleri bakımından farklı rejimlere tabi olmalarına yol açabilmektedir.

5237 sayılı TCK'da da “Güvenlik Tedbirleri”, Kanun’un “Genel Hükümler” başlıklı birinci kitabının, “Yaptırımlar” başlıklı üçüncü kısmı altında, “Cezalar”dan sonra gelen ikinci bölümü teşkil etmektedir. Kanun koyucunun, güvenlik tedbirini yaptırım olarak değerlendirme yönündeki açık iradesi, Kanun’un yapım aşamasında sunulan



Hükümet Tasarısı'nda³⁹³ ve bunun üzerine hazırlanan Komisyon Raporu'nda³⁹⁴ da görülmektedir. Öte yandan, hem Anayasa m. 38'de hem de TCK m. 2'de kanunilik ilkesi bakımından güvenlik tedbirleri ile cezalar bir arada zikredilmiştir. Ancak kanunumuzda güvenlik tedbiri rejimine ilişkin, cezadan ayrılan özel düzenlemeler bulunmamaktadır. Bunun sonucu olarak, cezaya ilişkin ilkeler güvenlik tedbiri için de geçerlidir. Örneğin

³⁹³ Örneğin Hükümet Tasarı'sının gerekçesinde güvenlik tedbirlerinin “ceza hukukunda önemli bir yaptırım türü ve suçlunun iyileştirilmesi aracı” olduğu belirtilmiştir. Güvenlik tedbirlerine ilişkin olarak Tasarı'da yer alan diğer açıklamalar ise şu şekildedir: “Güvenlik tedbirleri, suçludaki tehlike hâliyle orantılı olarak hükmedilen veya hükmedilebilen ve esas itibarıyla sosyal savunma amacına yönelmiş bulunan bir yaptırım çeşididir. Bu tedbirler, suçluyu iyileştirme yoluyla sosyal yararı sağlama amacını güder. Ancak Tasarı, yukarıda açıklandığı üzere güvenlik tedbirlerinde de suçta ve cezada kanunilik esasını uygulamaktadır. Bu nedenle Tasarının kabul ettiği sistemde, güvenlik tedbirleri ancak kanunun belirlediği veya hâkime yetki verdiği hâllerde uygulanacaktır. Böylece güvenlik tedbirlerinin hükmedilişlerinde yargı sistemi uygulanacaktır. Güvenlik tedbirleri failin bir suç işlediği yargı usulleriyle saptandıktan sonra uygulanabilecektir. Ancak güvenlik tedbirlerinin infazı da, cezalar gibi idarî niteliktedir. Bu nedenle, güvenlik tedbirlerinin esas nitelik, amaç ve sonuçlayacakları yoksunluk ve sağlayacakları olanaklar değişik maddelerde belirtilmektedir. Bu suretle kanunilik esasına sadık kalınmakla birlikte, Tasarının 99 uncu maddesi, güvenlik tedbirlerinin infazında uygulanacak usul ve esasları Ceza ve Tedbirlerin İnfazı Hakkında Kanun ile özel tüzüğüne bırakmıştır.

Tasarı, 94 üncü maddesinde, güvenlik tedbirlerinin ‘hürriyeti bağlayıcı olanlar’, ‘haklardan yoksunluğu gerektirenler’ ve ‘önleyici kefalet’ olmak üzere üçe ayırmış, böylece diğer bazı kanunların tutumundan farklı olarak, mameleke ilişkin güvenlik tedbirlerine yer vermemiştir. Maddenin değişik bentlerinde üç grup hâlindeki güvenlik tedbirleri gösterilmiştir.

Tasarı, güvenlik tedbirlerinin, esas itibarıyla, suçlular ve suçlar hakkında asıl cezaya ek olarak uygulanması sistemini kabul etmiş bulunmaktadır. Ancak 96 ncı maddenin ikinci fıkrasında da belirtildiği üzere, mahkûmiyet süresi iki yılı aşmayan bir hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edilmiş suçlunun, kişilik özellikleri göz önüne alınarak cezasının aynı süreyle bir ‘eğitim-iş evinde veya tarım işletmesinde ıslah edilme’ veya ‘denetimli serbestlik’ tedbirlerinden birine çevrilmesine mahkemece karar verilebilecektir. Böylece, Anayasanın 38 inci maddesi çerçevesinde cezalar yerine, güvenlik tedbirlerine hükmedilebilmesi olanağı elde edilmiş olmaktadır.” Bkz. Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593), TBMM 22. Dönem, 2. Yasama Yılı, Sıra sayısı: 664 (Çevrimiçi erişim için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm> , Erişim tarihi: 9.2.2019).

³⁹⁴ Adalet Komisyonu tarafından kabul edilen metnin 45. maddesine göre “Suç karşılığı olarak uygulanabilecek yaptırımlar, ceza ve güvenlik tedbirleri olarak belirlenmiştir.”

zaman yönünden uygulama bakımından ayrı bir düzenleme yer almadığından³⁹⁵ Türk hukukunda güvenlik tedbirlerinde de aleyhe değişikliğin geçmişe uygulanması yasaktır³⁹⁶.

İtalyan hukukunda ise güvenlik tedbirleri, “idari güvenlik tedbirleri” başlığı altında İtalyan Ceza Kanunu’nun 199 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Ancak buna hükmetme yetkisi ceza yargıcına verilmiştir. Bu durum geçmişte güvenlik tedbirlerinin temelde idari, biçimde yargısal bir kurum olduğu düşüncesini beslemiştir³⁹⁷. Ancak bir süredir, kanunda yer alan “idari” sıfatı, güvenlik tedbirlerini ceza hukukunun teminatlarından uzaklaştıran ve salt savunmacı bir ufka kaydıracağı için ciddiye alınmamakta³⁹⁸ ve bu tedbirlerin cezai sahada olduğu kabul edilmektedir. İtalyan Temyiz Mahkemesi’nin, güvenlik tedbiri ve cezanın aynı hukuki niteliğe sahip ceza müeyyidesi olduğu yönünde kararları olduğu gibi, bunun aksi yönünde kararları da mevcuttur³⁹⁹. Mevzuat bakımından ise, İtalyan Anayasası 25. maddesinde ceza ile güvenlik tedbirinin -her ikisi bakımından da geçerli olacak şekilde- kanuniliği prensibinden bahsettikten sonra; geçmişe uygulanma yasağı kapsamında sadece cezayı zikrettiği için, bu iki tür tedbir arasında zaman yönünden uygulanmada farklı rejimlere tabi olma ihtimaline anayasal zemin yaratılmıştır. Bunun uzantısı olarak, İtalyan Ceza Kanunu’nun 200. maddesinin birinci fıkrası, güvenlik tedbirlerinin, hüküm anında yürürlükte bulunan kanunla düzenleneceğini öngörmekte ve böylece geçmişe uygulamanın önü açılmış gibi bir izlenime yol açmaktadır. Kanun tarafından aksi öngörülmediği sürece,

³⁹⁵ Hükümet Tasarısı’nın 5. maddesinde ise bu yönde açık bir düzenleme mevcuttu: “*Güvenlik tedbirleri hakkında, infaz rejimi yönünden hüküm zamanında yürürlükte bulunan kanun uygulanır.*”

³⁹⁶ KATOĞLU, Tuğrul: Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, Ankara 2008, s. 217. Buna karşın, normalde güvenlik tedbirlerinin cezalardan farklı olarak geriye yürüyebilmesi gerektiği, ancak kanun koyucunun özü ceza olan bir yaptırıma güvenlik tedbiri adı vermek suretiyle etiket değişikliği yapma tehlikesinin daha ağır basması nedeniyle geriye yürürlük ilkesinin endişe yarattığı hakkında bkz. AYDIN: Emniyet Tedbirleri, s. 44 ve 79-81.

³⁹⁷ GRAMMATICA: s. 298; Sadece İtalyan hukuku bakımından değil, güvenlik tedbirlerinin genel olarak “maddi bakımdan idari, şekli bakımdan kazai” tedbirler olduğu nitelemesi için bkz. HAFIZOĞULLARI – ÖZEN: s. 467-468; AYDIN: Emniyet Tedbirleri, s. 99-100.

³⁹⁸ PULITANÒ: s. 520.

³⁹⁹ Bkz. ANTOLISEI: s. 802, 9. no. lu dipnot.

güvenlik tedbirlerinin, hüküm anındaki kanuna göre uygulanacağını belirten, İtalya'dakine benzer bir düzenleme, Alman Ceza Kanunu'nun ikinci maddesinin altıncı fıkrasında da mevcuttur. Zaman yönünden uygulamaya ilişkin rejim farkının gerekçeleri, güvenlik tedbirinin cezalardan mahiyet itibarıyla farklı olduğu için kendi aralarında lehe-aleyhe olmak bakımından sıralanamayacakları yahut failin tehlikeliliğinin ancak infaz aşamasında doğru tayin edilebileceği, bu nedenle doğru tedbirin o tarihte tespitinin yapılması gerektiği yönünde argümanlardır⁴⁰⁰. Ancak öğretide ve içtihatlarda, çoğunlukla, bu hükmün dar yorumlanması gerektiği, işlendiği tarihte karşılığında güvenlik tedbiri öngörülme fiilin hüküm zamanında güvenlik tedbirini gerektirmesi halinde uygulanmasının mümkün olmadığı ve hatta bir adım daha ileri gidilerek, işlendiği zaman karşılığında öngörülen güvenlik tedbiri ile hüküm anındaki birbirinden farklı olmasında dahi aleyhe değişikliğin geçmişe uygulanamayacağı savunulmuştur. Zaman yönünden uygulanma açısından, biri, işlendiği zaman suç teşkil etmeyen fiilin sonradan suç haline gelip karşılığında güvenlik tedbiri öngörülmesi hali, diğeri de hem suç anında hem de hüküm verilirken güvenlik tedbiri öngörülmeyle birlikte bu iki tedbirin birbirinden farklı olması şeklinde ve birincisi, ikinci hipoteze nazaran ilk basamağı teşkil eden iki boyut vardır. İtalyan öğretisinde bir kesim⁴⁰¹, İtalyan Temyiz Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi, çoğunlukla bu ilk basamağı benimsemiş görünmektedir. Elbette bu ilkenin doğal sonucu olarak, işlendiği zaman karşılığında güvenlik tedbiri öngörülen fiilin, hüküm zamanına kadar suç olmaktan çıkması halinde güvenlik tedbirinin de artık uygulanamayacağının kabulü gerekmektedir. Ancak nadiren de olsa bunun aksi yönde, örneğin, fiilin sonradan suç olmaktan çıkarılmasına rağmen müsadereenin uygulanabileceğine dair içtihatlar da mevcuttur. Bir sonraki basamak, yani her iki tarihte de suç olmasına rağmen, karşılığında

⁴⁰⁰ Güvenlik tedbirlerinin zaman yönünden uygulanmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. KATOĞLU: s. 208-217.

⁴⁰¹ Bu görüşü benimseyen yazarlar için bkz. COCCO Giovanni (Ed.): *Punibilità e Pena, Manuale di Diritto Penale Parte Generale II*, Padova 2009, s. 400.

sonradan güvenlik tedbiri öngörülmeğe başlanan veya her iki tarihte de güvenlik tedbiri öngörülmeğe birlikte bu tedbirlerin birbirinden farklı olması hipotezine ilişkin ise, geçmişe uygulanma yasağını kabul eden içtihatların sayısı ilk hipoteze nazaran daha azdır⁴⁰².

İtalya’da uzun zamandan beri çift hat sistemi yerine, isnat yeteneğı bulunanlar ve bu yeteneğı azalmış olanlar bakımından şayet hem güvenlik tedbiri hem cezaya hükmedilecekse infaz edilecek ceza ya da güvenlik tedbirinin diğlerinden mahsubu yahut tek bir yaptırıma hükmedilmesi esası savunulmaktadır⁴⁰³ ve bunu hayata geçirmek üzere, 1992’de, 1996’da, 2000 ve 2005 yıllarında kanun değışikliğı projeleri üretilmiştir⁴⁰⁴. Bu projeler tam olarak hayata geçirilememiş olsalar da, İtalyan hukukunda güvenlik tedbiri kavramı, *Rocco Kanunu*’nun ilk halinde öngörülenden oldukça farklıdır⁴⁰⁵.

Güvenlik tedbiri konusunda teori, mevzuat ve uygulamaya ilişkin yukarıda kısaca tarif edilen zemine sahip olan İtalya’da, çok yakın zamanda, güvenlik tedbirleri hakkında kapsamlı bir reform yapma imkanı daha doğmuş, fakat bu fırsat iyi değerdendirilememiştir. Ceza Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu ve Ceza İnfaz Kanunu’nda değışiklikler öngören 23 Haziran 2017 tarihli⁴⁰⁶ ve 103 numaralı Kanun ayrıca, Hükümet’e, bir yıllık süre içerisinde, güvenlik tedbirleri hakkında önemli değışiklikler yapacak bir kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermişti⁴⁰⁷. Bu Yetki Kanunu’nun güvenlik tedbirlerine ilişkin

⁴⁰² MARINUCCI – DOLCINI: s. 105-107. Yazarlar, ikinci basamağın da kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Birazdan incelenecek olan 2017 reform hareketi de, geçmişe uygulanma yasağının sadece ilk basamağını kabul etmiş, ikinci basamağı ilişkin bir düzenleme öngörmemiştir. Bu nedenle reform girişiminin eksik kaldığı değerdendirmeleri yapılmıştır.

⁴⁰³ PULITANÒ: s. 534.

⁴⁰⁴ MANTOVANI, Ferrando: *Diritto Penale, Parte Generale*, Padova 2011, s. 844.

⁴⁰⁵ PULITANÒ: s. 534.

⁴⁰⁶Yürürlük tarihi 3.8.2017 olan bu Kanun’un tam metni için bkz. <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2017/07/4/17G00116/sg> (Erişim tarihi: 20.1.2019)

⁴⁰⁷ Anılan Kanun’un 16. maddesinin ilgili bölümü şöyledir: “*Hükümet, bu Kanun’un yürürlük tarihinden itibaren bir yıl içerisinde Ceza Kanunu’nda yer alan ve aşağıda belirtilen hususlarda değışiklik yapma konusunda yetkilendirilmiştir: (...) c) işlendiğı zamanın kanununa göre suç sayılmayan fiillerden dolayı*

kısmı, beklentileri tam olarak karşılamamakla birlikte, özellikle çift hat sistemine müdahalesi ve zaman yönünden uygulama bakımından sınırlandırıcı hükmü sayesinde yine de olumlu karşılanmıştı⁴⁰⁸. Fakat Hükümet’e tanınan bir yıllık süre dolduğunda, İtalya’da hükümet değişmişti. Bu süre içinde ceza infaz reformuna ilişkin kararname çıkarılmışsa da; ne önceki hükümet (*Gentiloni*), ne de yenisi (*Conte*) tarafından yukarıda zikredilen Yetki Kanunu’nun güvenlik tedbirlerine ilişkin olan kısmının gereği yerine getirildi. Esasında bu süreç, birinci bölümde kendisine değinilen *Torreggiani* kararı sonrası İtalya’da yapılagelen ceza ve ceza muhakemesi hukuku ile ceza infaz hukuku alanlarına ilişkin bir dizi değişikliğin tamamlayıcısıdır. 2014’te çift hat sisteminin ana hattı, yani ceza üzerine gidilmiş ve -bu çalışmanın temel konusu olan- hapsedici olmayan ceza türleri üzerine önemli reformlar yapılmıştır. 2017’de ise sıranın, çift hattın ikinci hattı olan

güvenlik tedbiri uygulanmasını yasaklayacak şekilde düzenlenmesi; isnat yeteneği bulunanlar bakımından, çift hat sistemi olarak bilinen ve ceza ve güvenlik tedbirlerinin birbirine eklenerek uygulanmasını öngören rejimin, kişi özgürlüğünden fedakarlığı mümkün olduğunca aza indirecek şekilde ve sınırlı ölçüde düzenlenmesi; bu kurala sadece Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 407/2-a maddesinde sayılan ağır suçlar (Ç.N. Bunlar, mafya tipi örgüte ilişkin suçlar, terör suçları ve kamu düzenini sarsmaya yönelik katliam yapma, iç savaş çıkarma gibi devletin güvenliğine yönelik ağır suçlar ile öldürme, mafya örgütü üyesi tarafından yağma veya şantaj gibi kişilere karşı işlenen ağır suçlardır.) ile Devletin güvenliğine karşı işlenen ağır suçlar için istisna tanınabilmesi; (...) isnat yeteneği azalmış kişiler bakımından da çift hat sisteminin ortadan kaldırılarak, isnat edilebilirliği azaltan nedenleri aşmayı hedefleyen, rehabilite ve tedavi edici uygulama veya alternatif tedbir şeklindeki tek bir yaptırımın öngörülmesi (...).” (Çeviri, tarafımıza aittir.)

⁴⁰⁸ GATTA, Gian Luigi: “*Riforma Orlando: La Delega in Materia Di Misure Di Sicurezza Personali. Verso Un Ridimensionamento Del Sistema Del Doppio Binario*”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 6/2017, s. 253-255. (Çevrimiçi erişim için bkz. <https://www.penalecontemporaneo.it/d/5498-riforma-orlando-la-delega-in-materia-di-misure-di-sicurezza-personali-verso-un-ridimensionamento-de>, Erişim tarihi: 20.1.2019). Ayrıca bkz. COLLICA, Maria Teresa: “*La Delega Della Legge Orlando Sulle Misure Di Sicurezza*”, *La Legislazione Penale*, Commenti alla L. 103/2017, 20.02.2018. (Çevrimiçi erişim için bkz. <http://www.la-legislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2017/12/M.-Collica-misure-di-sicurezza-ultimo.pdf>, Erişim tarihi: 22.1.2019). Reform paketini genel olarak sertçe eleştirmekle birlikte güvenlik tedbirlerine ilişkin kısım hakkında görece olumlu ifadeler içeren bir başka değerlendirme için bkz. AMBROSETTI, Enrio Mario: “*La Riforma Orlando: Profili Di Diritto Penale Sostanziale*”, *Processo Penale e Giustizia*, 6-2017, s. 1064 ve 1065.

güvenlik tedbirine geldiği düşünölmüş; ancak belirtildiği üzere, bu düşünce hayata geçirilememiştir. Aslında daha da geniş pencereden bakıldığında, ceza alanına ilişkin bu gelişmeler, İtalyan hukuk dünyasında 2014'ten beri yaşanan hareketliliğin bir parçasıdır. Bu hareketlilik, İtalya Cumhuriyeti'nin 63. Hükümeti (*Renzi*) ve 64. Hükümeti (*Gentiloni*) Adalet Bakanı olan *Andrea ORLANDO* tarafından başlatılan ve hukukun pek çok alanına etki eden, çok kapsamlı bir reform paketi olduğu için “*Orlando Reformu*” olarak adlandırılmakta ve çok sayıda kanun, yetki kanunu, kanun hükmünde kararname gibi yasama işlemlerini kapsamaktadır.

Güvenlik tedbirinin doğasına bakıldığında acı vericiliğin, burada da mevcut olduğu görölmektedir⁴⁰⁹. Ancak burada, geçmişte işlenen suç ve buna ilişkin kusurun cezalandırılması anlayışının yerine, gelecekte işlenmesi muhtemel suç ve buna ilişkin tehlikeliliğin önlenmesi fikri geçmektedir. Şüphesiz “fiilsiz suç olmaz” ilkesini temel alan modern ceza hukukunda güvenlik tedbiri, dünyaya gelmesini sağlayan pozitivist teorilerin ilk önerilerinin aksine, fiilin işlenmesinden önce değil, suça verilen bir yanıt olarak, yani cezai bir sonuç olarak suçun işlenmesinden sonra uygulanmaktadır. Dolayısıyla, güvenlik tedbirine hakim fikirden bahsederken, bir suçun işlenmesinin ardından ortaya çıkan tehlikelilik nedeniyle işlenmesi muhtemel gelecekteki suçların önlenmesi gibi açık bir ifadenin kullanılması gerekir.

Güvenlik tedbiri, ihlalin ardından uygulanmak suretiyle ihlal sonrası tedbir olarak değerlendirilmelidir. Ancak geçmişteki ihlal üzerine inşa edilse de, varlık sebebi ve amacı, tıpkı tehlike tedbiri gibi gelecekteki bir zarar ihtimalinin önlenmesi veya bu tehlikeden korunmadır. Güvenlik tedbirinde tehlike yakındır, zira kişinin tehlikeliliği halihazırda

⁴⁰⁹ HAFIZOĞULLARI – ÖZEN: s. 454; ANTOLISEI: “*Ceza ve Emniyet Tedbirleri*”, s. 725. Hatta, kanunlarda aksi öngörölebilmekle birlikte, kural olarak süresi belirsiz olduğundan güvenlik tedbiri, cezadan çok daha fazla acı verici olabilmektedir. COCCO: s. 399. Aynı yönde bkz. ANTOLISEI: *Parte Generale*, s. 796.

ortaya çıkmış, gelecekte zararlı sonuçlar doğurmaya elverişli potansiyeli somutlaşmıştır⁴¹⁰. Bu noktadan sonra artık tehlikeli sonuçtan yani tekrardan korunmanın yolları aranmaktadır.

Güvenlik tedbirlerinin çeşitli tasnifleri bulunmaktadır. Örneğin güvenlik tedbirinin üzerinde etki ettiği hakkın türü bakımından, kişi hürriyetine, malvarlığına veya diğer haklara (siyasi haklar, velayet hakkı gibi) yönelik olma tasnifi yapılmaktadır. Yine aynı ölçüt kullanılarak sadece kişi özgürlüğüne ve malvarlığına yönelik güvenlik tedbirleri ayrımı da yapılmış ve kişi özgürlüğüne yönelik olanlar da kendi içinde hapsedici ve hapsedici olmayan şeklinde ayrılmıştır⁴¹¹. Örneğin akıl hastanesine ya da çalışma evine gönderilme tedbirleri kişiye yönelik ve hapsedici tedbirler iken; gözetim altında özgürlük⁴¹², belirli yerlere gitmekten veya belirli yerleri terk etmekten yasaklanma ya da sınır dışı edilme gibi tedbirler hapsedici olmayan kişisel tedbirlerdir. Malvarlığına yönelik tedbirler de genellikle teminat amaçlı belirli bir miktar paranın belirli bir süreyle yargısal ya da idari mercilere yatırılması yahut -her ne kadar hukuki niteliği tartışmalı olsa da- en yaygın şekilde müsadere tedbiri⁴¹³ olarak ortaya çıkmaktadır. Amaçları göz önüne alınarak ise, iyileştirme-ıslah amacına yönelen, faili topluma zarar vermeyecek hale getirme amacına yönelen ve hem iyileştirme hem de zararsızlaştırma amacına yönelen olmak üzere

⁴¹⁰ Güvenlik tedbirleri söz konusu olduğunda zarar tehlikesinin gerçek ve fiili olduğu hakkında bkz. HAFIZOĞULLARI – ÖZEN: s. 455.

⁴¹¹ PALAZZO: s. 573 vd.; MARINUCCI – DOLCINI: s. 713 vd.

⁴¹² İtalyan ceza hukukunda güvenlik tedbirlerinden biri olan *la libertà vigilata* (İtCK art. 228) kurumu “gözetim altında özgürlük” olarak çevrilmiştir. Bu kurum, kısa süreli hapis cezasına seçenек ceza olarak 689 sayılı Kanun art. 56’da öngörülen kontrollü özgürlük (*la libertà controllata*) ile karıştırılmamalıdır.

⁴¹³ Müsaderenin hukuki niteliğinin, güvenlik tedbiri mi yoksa ceza mı olduğu tartışmalıdır. Bkz. AYDIN, Öykü Didem: “Malvarlığına İlişkin Bir Emniyet Tedbiri Olarak Türk Ceza Yasası’nda Müsadere”, AÜHFD, Y. 1993, C. 3, s. 143-155; GÜNGÖR, Devrim – TOROSLU, Haluk: “Müsadere ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme”, AÜHFD, Y. 2016, 65(4), s. 1968-1972.

üç türe ayrılmaktadır⁴¹⁴. 1928 yılında Roma’da toplanan Ceza Hukukunu Birleştirme Konferansı’nda benimsenen ayırım ise şu şekildedir: Hürriyeti bağlayıcı tedbirler, kısıtlayıcı tedbirler ve diğer tedbirler⁴¹⁵. Toplumsal savunma tedbirleri adı altında ceza ve güvenlik tedbirlerinin yerine geçme iddiasıyla kurgulanan sistem önerisi için *Marc Ancel* tarafından düşünülen tedbirler demeti ise, eleyici (dışlayıcı), eğitici veya tedavi edici, küçük ve gençler için tedbirler ve önleyici tedbirler olarak üst kategoride ayrılmakta, ardından her bir kategori kendi içinde, özgürlükten yoksun kılan, özgürlüğü ya da hakları sınırlandıran ve özgürlük sınırlandırmasını içermeyen tedbirler olmak üzere ayrılmakta, önleyici tedbirler de ayrıca malvarlığına yönelik olanlar ve fizik önlemleri şeklinde iki alt kategoriye de barındırmaktadır⁴¹⁶.

Güvenlik tedbirinin en önemli özelliği, diğer hukuki sonuçlardan farklı olarak, isnat yeteneği bulunmayan faillere de uygulanabilmesidir. Yaş küçüklüğü nedeniyle isnat edilebilir olmayan failler bakımından eğitici-öğretici nitelikte iken; psikolojik nedenlerle isnat edilebilir olmayan failler için genellikle tedavi edicidirler⁴¹⁷. Toplumsal savunma önlemleri olarak önerilen tedbirlerin ise, toplum yaşamına karşıt kişilerden anlama ve isteme yeteneği bulunanlar için eğitsel ve düzeltici; bu özelliği bulunmayanların ise tedavi edici nitelikte olması gerektiği belirtilmiştir⁴¹⁸.

Ceza ve güvenlik tedbiri konusunda, teori ve uygulamaya ilişkin çok önemli bir mesele de, “etiket hilesi” olarak adlandırılan⁴¹⁹ husustur. Şüphesiz suçla etkili şekilde mücadele iradesine sahip kanun koyucular⁴²⁰, güvenlik tedbiri kavramının sağladığı esnek

⁴¹⁴ NUHOĞLU: Emniyet Tedbirleri, s. 6-7.

⁴¹⁵ DÖNMEZER – ERMAN: C. II, s. 697.

⁴¹⁶ Bkz. (aktaran) GRAMMATICA: s. 308-309.

⁴¹⁷ PALAZZO: s. 571.

⁴¹⁸ GRAMMATICA: s. 291.

⁴¹⁹ MARINUCCI – DOLCINI: s. 107-108; MANTOVANI: Parte Generale, s. 847; KATOĞLU: s. 213.

⁴²⁰ Suçla etkin mücadele, faşist rejimler tarafından güçlü devletin en önemli unsurlarından biri olarak görülmektedir. Bkz. COCCO: s. 398. Zaten bu nedenle 20’li ve 30’lu yılların faşist İtalyası’nın suç ve

koşulların cazibesine kapılmaktadır. Ancak kanun tarafından güvenlik tedbiri olarak öngörülse dahi ulusal ve uluslararası mahkemelerce etiket hilesi ihtimali göz önünde bulundurularak, tedbirin maddi içeriğine göre değerlendirme yapılmaktadır. Örneğin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne göre, kanun koyucu tarafından nasıl adlandırıldığından bağımsız olarak, suçu takip eden ve özünde cezalandırıcı-bastırıcı nitelik taşıyan, yegane amacı önlemeden ibaret olmayıp kısmen veya tamamen de olsa işlenen fiili telafi etmeye yahut yeni suçlar işlenmesinden caydırmaya yönelik tüm yaptırımlar ceza olarak kabul edilmektedir⁴²¹. Benzer yönde değerlendirmeler Yargıtay⁴²² tarafından da yapılmıştır. Keza öğretide de, isnat yeteneği olan kimselere uygulanan aygıtların, güvenlik tedbiri olarak adlandırılırsalar dahi aslında ceza olduğu savunulmuştur⁴²³. Aşağıda açıklanacağı üzere, biz de bu değerlendirmeye katılıyoruz.

c. Ceza ve Güvenlik Tedbirinin Birleştirilmesi Meselesi

Ceza ve güvenlik tedbirinin nasıl bir ilişki içerisinde düzenlenip uygulanacağı sorunu, geçtiğimiz yüzyılda ceza hukukunun en temel tartışma konularından biri olmuştur. Hatta ünlü hukukçu *Antolisei*, ceza ve güvenlik tedbirini birleştiren bir teorinin bulunmasına ilişkin araştırmayı, ceza siyasetinin en önemli problemi olarak nitelendirmiştir⁴²⁴.

Belirtelim ki, ceza hukukunun gelişimi, bir yandan çift hat sistemini kaldırıp birleştirici yollar aramaktayken; diğer yandan da üçüncü yol teorilerini ortaya çıkarmıştır.

ceza politikasının uzantısı olarak güvenlik tedbirlerini sistematik şekilde öngörmesini anlamak mümkündür.

⁴²¹ Bkz. MARINUCCI – DOLCINI: s. 107-108.

⁴²² Örneğin YCGK 28.11.1983 E. 1983/1-265 K. 1983/ 385 (Aktaran: KATOĞLU: s. 212, 78 no.lu dipnot) Kararın tam metni için ayrıca bkz. www.kazanci.com (Erişim tarihi: 10.2.2019).

⁴²³ KATOĞLU: s. 213.

⁴²⁴ ANTOLISEI: “Ceza ve Emniyet Tedbirleri”, s. 721.

Ceza ve güvenlik tedbirini birleştirmeye ilişkin kuramlara geçmeden önce, *üçüncü hat* düşüncelerine kısaca değinmekte fayda vardır.

Ceza hukuku öğretisinde bir kısım teorisyene göre üçüncü hat, önleme (polis) tedbirleri ile ilişkilendirilir⁴²⁵. Suçlulukla savaşta ceza hukukunun üç temel silahı olduğunu vurgulayan *Aydın*, bunların, suç işlemeden önce “önleme tedbiri”, suç işlendiğinde “ceza” ve suç işlendikten sonraki tehlikelilik durumu için “güvenlik tedbiri” olacak şekilde kronolojik bir sırayla uygulandığını belirtmiştir⁴²⁶. Bu çerçevede, yukarıda da belirtildiği üzere, önleme tedbirleri ceza hukukunda üçüncü hat olarak kabul edilmektedir⁴²⁷. Bundan uzak bir başka teori de, üçüncü hattı, onarıcı adalet mekanizmalarında ve mağdurun korunmasına yönelik düzenlemelerde (örneğin mağdurun uğradığı zararı tazmin şartı öngören TCK m. 50, 51, 168) inşa etmektedir⁴²⁸.

Bir yandan üçüncü hat tartışılırken, diğer yandan, hatta daha eski ve çetin bir tartışmayla, baştaki iki hattı birleştirme üzerinde durulmaktadır. Ancak ceza ve güvenlik tedbirinin, her ikisinin de özelliklerini taşıyan tek bir tedbir türü olarak birleştirilip birleştirilemeyeceği meselesi hakkındaki görüşler çok çeşitlidir.

Güvenlik tedbirlerinin bir kısmının -sadece isnat yeteneği olmayanlara değil- cezalandırılabilir faillere de uygulanması ve güvenlik tedbirlerinin infazının cezaların infazından pek de farklı olmaması⁴²⁹; üstelik zamanla cezanın da amaç ve işlevinin

⁴²⁵ GRAMMATICA: s. 298.

⁴²⁶ AYDIN: Emniyet Tedbirleri, s. 50.

⁴²⁷ Bkz. yukarıda 300 numaralı dipnot (DE LIA, Andrea: “*La sconfinata giovinezza delle misure di prevenzione*”, Archivio Penale, Y. 2017 (Gennaio-Aprile), S. 1, s. 3 ve 23).

⁴²⁸ MADEN: s. 104; KOCA, Mahmut – ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018, s. 557.

⁴²⁹ Güvenlik tedbirlerinin infazı için tesis edilen yerler ile ceza infaz kurumlarının “*bir su damlası gibi birbirine benzediği*” betimlemesi için bkz. ANTOLISEI: “*Ceza ve Emniyet Tedbirleri*”, s. 718.

güvenlik tedbirine yaklaşacak şekilde değişmesi⁴³⁰ güvenlik tedbiri kavramının doğduğu zamanki ceza ile arasındaki mesafeyi azaltmıştır. Birinci bölümde üzerinde durulan topluma yeniden kazandırma amacı taşıyan ceza anlayışıyla birlikte, özellikle isnat edilebilir failere uygulanan güvenlik tedbirlerinin teorik altyapısı zayıflamış; buna bağlı olarak varlık ve meşruiyet sebeplerini büyük ölçüde yitiren (müsadere dışındaki⁴³¹) güvenlik tedbirlerinin uygulaması da azalmıştır⁴³². *Mantovani*, güvenlik tedbirlerinin alanını gittikçe daraltan bu eğilime işaret ederken çift hat sistemini ikiye ayırarak isimlendirmiştir: Güvenlik tedbirlerinin (isnat yeteneği bulunan, bulunmayan ve bu yeteneği azalmış) herkese uygulandığı “melez” çift hat sistemi (*doppio binario spurio*) ile gittikçe daha çok benimsenen ve güvenlik tedbirlerinin sadece isnat yeteneği bulunmayanlara yönelik olmasını öngören “saf” çift hat sistemi (*doppio binario puro*)⁴³³.

Ceza ve güvenlik tedbirlerinin birleştirilmesi fikrinin en hararetli savunucusu *Grispigni*’nin bu tezi, tekçi bir sistem kurgusuna değil, işlevsel anlamda tek olmakla birlikte, suçlunun kişiliğinin çeşitliliği karşısında, yaptırımlarda da aynı çeşitliliğin yaratıldığı bir sisteme dayanmaktadır. Sahip olduğu pozitivist bakış açısıyla cezada kefaretilerini külliye reddeden Yazar, ceza ve güvenlik tedbirinin peş peşe ya da birlikte uygulandığı çift hat sistemini, ceza adaleti ilkelerini alt üst etmesi yönünden eleştirmektedir. Buna göre, cezanın da, güvenlik tedbiri gibi, suçlunun yeniden topluma katılması amaçlandığı kabul edildiğine göre, cezanın hala geçmişe dayandığını savunmak mümkün değildir. Zira modern dünyada, bütün yaptırımların iki temel özelliği

⁴³⁰ “(...) onu çekene sadece bir fenalık demek olan sırf ceza, artık ölmüştür. Hakkında bir cenaze marşı söylenebilir. Modern cezanın da suçluyu yeniden toplum hayatına intibak ettirme gayreti vardır.”
ANTOLISEI: “Ceza ve Emniyet Tedbirleri”, s. 726.

⁴³¹ Müsaderenin de, malvarlığına yönelik bir güvenlik tedbiri olmasına rağmen yapı ve işlev açısından ceza olduğu yönünde bkz. PULITANO: s. 534.

⁴³² PALAZZO: s. 575 ve 576. Örneğin İtalyan Anayasa Mahkemesi, küçüklerin ıslah evine gönderilmesi (*il ricovero dei minori in un riformatorio giudiziario*) tedbirinin uygulama alanını yıllar içinde ciddi ölçüde daraltmıştır. Bkz. MARINUCCI – DOLCINI: s. 716.

⁴³³ MANTOVANI: Parte Generale, s. 690.

bulunmaktadır: Bütün yaptırımlar, uslandırma (ve topluma yeniden kazandırma) amacını taşır ve suçlunun kişiliğine göre seçilir ve uygulanır. Demek ki, cezanın asıl amacının özel önleme olarak benimsendiği ülkelerde her iki yaptırım “toplumsal korunma tedbirleri” veya “ceza yaptırımları” ortak adı⁴³⁴ altında birleştirilebilir. Oysa cezaya suçun ve kusurun karşılığı gözüyle bakan veya cezadaki temel amacın genel önleme olduğunu savunan ceza hukuku düzenlerinde ceza ve güvenlik tedbirleri iki ayrı kurum olarak kalmak zorundadır⁴³⁵.

İkili yol sisteminin başarısını kabul etmekle birlikte, bu sistemin geçici olduğunu savunan *Antolisei*, yakın gelecekte, tek müeyyide esasına dayanan birlik sistemine boyun eğileceğini öngörmektedir. Birleştirici sistem, cezaların olduğu kadar, emniyet tedbirlerinin de niteliklerini bünyesinde toplayacaktır⁴³⁶. Bu çerçevede Yazar’ın önerisi, suçun vahametine uygun olarak belirlenmiş asgari sınırı bulunan, fakat suçlunun tehlikeliliğini gidermeyi amaçladığı için üst sınırı belirlenmemiş, böylece hem cezanın hem güvenlik tedbirinin niteliklerini bünyesinde buluşturan tek bir müeyyidedir⁴³⁷.

Güvenlik tedbirlerinin hukuk sistemlerinde muhafaza edilmesini savunan İtalyan ceza hukukçusu *Vassalli* ise şu soruyu sormuştur: “Ceza, emniyet tedbirine dönüşmeden nasıl topluma yeniden kazandırmaya yönelebilecek ve özel önlemeye hizmet

⁴³⁴ *Grispigni*’nin aktarılan bu görüşlerini yansıttığı çalışması, 1953 yılında Roma’da düzenlenen VI. Uluslararası Ceza Hukuku Derneği Konferansı’nda sunduğu genel raporudur. Pek çok ülkeden ceza hukukçusunun, ceza ve güvenlik tedbirlerinin birleştirilmesine ilişkin görüşlerinin derlendiği raporda, Türkiye’den görüş bildiren *Prof. Dr. Nurullah KUNTER*’in birleşmeye taraftar olduğu ve bu birleşen yaptırımları ifade etmek üzere “toplumsal korunma tedbirleri” veya “ceza yaptırımları” şeklinde yeni ve ortak bir terim kullanılmasını önerdiği zikredilmiş ve bu terim seçimi *Grispigni* tarafından da benimsenmiştir. Bkz. GRISPIGNI: “*Ceza ve Emniyet Tedbirlerinin*”, s. 1094 ve 1096.

⁴³⁵ GRISPIGNI: “*Ceza ve Emniyet Tedbirlerinin*”, s. 1083-1096.

⁴³⁶ ANTOLISEI: “*Ceza ve Emniyet Tedbirleri*”, s. 718.

⁴³⁷ ANTOLISEI: “*Ceza ve Emniyet Tedbirleri*”, s. 728 ve 732.

edebilecektir?⁴³⁸ Bu sorunun sorulduğu tarihte⁴³⁹ de cezanın amacındaki dönüşüm, kefareten çok topluma yeniden kazandırma lehine gelişmekteydi. Buna rağmen cezanın (müeyyide safhasında) ontolojik olarak, özel önleyici değil genel önleyici, eğitici değil bilakis ödetici olduğu zihniyetinden sıyrılınamamıştı ve tüm gelişimine rağmen cezada, gelecekle bağlantı kurmaksızın, yapılarına oranla bir ızdırıp, bir reaksiyon ve suçla bozulmuş dengenin yeniden kurulmasının söz konusu olduğu düşüncesi hakimdi⁴⁴⁰. Bu nedenle -birleştirici görüş taraftarlarında dahi- ödetmenin, ceza hukukundan tasfiye edilemez bir kriter olduğu savunulmuştur⁴⁴¹.

O günden bugüne topluma yeniden kazandırma düşüncesi, evrensel ölçekte çok daha fazla yerleşmişse de; ceza kavramından kefaret düşüncesini silmek kolay değildir. Birinci bölümde de incelenen bu mesele, köklü ceza hukuku geleneğine 1948'den beri Anayasası'nda cezanın topluma yeniden kazandırmayı amaçlamak zorunda olduğuna dair açık düzenlemesi bulunan İtalya'da⁴⁴² bile, İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin reformist içtihadı sonrası ancak yakın zamanlarda benimsenebilmiştir.

Cezanın amacının kefaret niteliğın gittikçe kaybetmesi ve her gün biraz daha fazla uslandırma ve önlemeye yönelmesi ile birlikte ceza ile güvenlik tedbirinin birbirine çok yaklaştığı Türk ceza hukuku öğretisinde de ifade edilmiştir⁴⁴³. Cezanın amacındaki bu değişimin doğal sonucu olarak cezanın bireyselleştirilmesi de hız kazanmıştır⁴⁴⁴. Cezanın

⁴³⁸ VASSALLI, Giuliano: “İtalya’da Emniyet Tedbirleri Deneyi” (Çev. Süheyl DONAY), İÜHFİM, C. 36, S. 1-4, s. 516.

⁴³⁹ Metnin orijinali 1968 yılında yayımlanan “L’evoluluoın Du Droit Criminel Contemporain” kitabında yer alan “L’expérience des mesures de surete en Italie” adlı makaledir.

⁴⁴⁰ VASSALLI: s. 516. Aynı yönde bkz. AYDIN: Emniyet Tedbirleri, s. 52.

⁴⁴¹ ANTOLISEI: “Ceza ve Emniyet Tedbirleri”, s. 723.

⁴⁴² Antolisei, İtalya’nın “ceza hukukunun vatani” olarak nitelendirildiğini aktarmaktadır. Bkz. ANTOLISEI: “Ceza Emniyet Tedbirleri”, s. 717.

⁴⁴³ Bkz. DÖNMEZER – ERMAN: C. II, s. 700.

⁴⁴⁴ Cezanın bireyselleştirilmesinin, yasama bireyselleştirmesi, idari bireyselleştirme ve yargısal bireyselleştirme olmak üzere üç şekli bulunmaktadır. Çeşitli suçlu kategorileri için belirli yaptırım türlerinin ya da süresinin kanunen öngörölmesi yasama bireyselleştirmesi olarak değerlendirilmelidir.

bireyselleşmesinde ileri gidildikçe ceza ve güvenlik tedbiri arasındaki farkın iyice azalacağı belirtilmiştir⁴⁴⁵.

Erem, infaz biliminin cezayı azap verici olmaktan çıkarıp ıslah edici vasıflar verdiği modern dünyada, (asli ve ferî) hiçbir cezanın, yalnız ceza olmak vasfını koruyamayıp birer emniyet tedbiri haline geldiğini, nitekim eskiden işkence halinde infaz edilen hürriyeti bağlayıcı cezaların bile ıslaha yöneldiğini tespit etmiş; ancak cezaların topyekûn kaldırılıp yerine güvenlik tedbirlerinin gelmesi gerektiğini savunan görüşe de, zaten gerçekleşecek olan bu dönüşüm sürecinin doğal akışının beklenmesi gerektiğini öğütlemiştir⁴⁴⁶.

Belirtelim ki, ceza ile güvenlik tedbirinin birleştirilmesi görüşünün benimsenebilmesi için Anayasa’da cezaların topluma yeniden kazandırıcı işlev taşıması zorunluluğunun öngörülmesi önemlidir. Birinci bölümde de belirtildiği gibi, ne yazık ki Anayasamız bu yönde açık bir düzenleme ihtiva etmemektedir. Güvenlik tedbiri ile cezanın birleştirilmesi tezi ancak o zaman açık bir anayasal dayanak bulmuş olur⁴⁴⁷ ve Türk ceza hukuku öğretisinde daha yaygın biçimde tartışılabilir.

İdari bireyselleştirme ise, cezanın infazı aşamasında hükümlünün kişiliğinin gözlenerek ceza infazının türünün veya süresinin buna göre değiştiği hallerde söz konusudur. Hakimin takdir yetkisinin devreye girdiği bireyselleştirme türü ise yargısal bireyselleştirmedir. Bu bireyselleştirme türü bakımından kanuni olarak hakime tanınan enstrümanlar, temel cezanın belirlenmesinin ardından takdiri hafifletici nedenlerin uygulanması, cezanın veya infazının ertelenmesi yahut başka bir ceza veya tedbire çevrilmesidir. Bu tasnif hakkında bkz. DÖNMEZER – ERMAN: C. II, s. 702; YURTCAN, Erdener: Ceza Yaptırımı ve Bireyselleştirme, Ceza Hukuku Günleri (26-27 Mart 1987) 70. Yılında Türk Ceza Kanunu – Genel Hükümler içinde, s. 262 ve 263; KÖNİ, Burhan: “Cezanın Tayininde Suçlunun Şahsiyeti”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Y. 1956, S. 11(3), s. 55, 10 no. lu dipnot.

⁴⁴⁵ DÖNMEZER – ERMAN: C. II, s. 703. Aynı yönde bkz. AYDIN: Emniyet Tedbirleri, s. 80.

⁴⁴⁶ “*Mademki ceza hakkındaki telâkkilerin değişmesi üzerine bugün ceza ve emniyet tedbirleri arasındaki fark yavaş yavaş belirsiz bir hale gelmektedir, o halde tatbiki kıymetlerinden şüphe edilmesine imkân olmıyan ceza tedbirlerinin ilgası doğru olamaz. Bu sahadaki fıkri tekâmül ceza tedbirlerini, emniyet tedbirleri gibi bir cemiyeti koruma vasıtası haline getirecektir. Kâfi süratle ilerliyen bu tekâmülü tacil etmek, vaktinden evvel doğan bir çocuk gibi, ortaya zayıf ve cılız bir müessese atmaya münker olabilir.*” Bkz. EREM: “Emniyet Tedbirleri”, s. 355.

⁴⁴⁷ AYDIN: Emniyet Tedbirleri, s. 52.

“Cezalar, insanlık dışı muamele içeremez ve hükümlünün yeniden eğitime yönelik olmalıdır.” ifadesini barındıran Avrupa’daki ilk anayasa olan İtalyan Anayasası, güvenlik tedbiri ve ceza arasındaki ilişkiye dair zengin tartışmalara zemin sağlamaktadır. Bu sayede öğretilerde kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakan güvenlik tedbirlerinin Anayasa’ya aykırı olduğu dahi ileri sürülebilmektedir. Bu görüşün dayandığı gerekçeler, İtalyan Anayasası’nın 27. maddesinin 3. fıkrasındaki bu düzenlemenin özelliğinin, sadece cezanın niteliklerini belirtmekten ibaret olmadığını, aynı zamanda güvenlik tedbiri ile cezanın nitelik farklarına işaret ettiğini; buna bağlı olarak güvenlik tedbirinin ancak cezadan farklı bir amacı olduğu takdirde özgürlüğe ağır müdahalede meşru olabileceğidir. Buna karşın İtalyan uygulamasında görülen özgürlükten yoksun bırakan güvenlik tedbirlerinin, anayasal olarak özel önleme amacını taşımak zorunda olan ceza ile tıpatıp aynı amacı taşımakla birlikte, cezanın garanti edici prensiplerinden (kanunilik ve kusur ilkesi, bunlara bağlı olarak süresinin önceden belli olması, geçmişe uygulanma yasağı...) kurtulmak için yaratılmış olan “maskelenmiş cezalar” olduğu savunulmaktadır⁴⁴⁸.

Güvenlik tedbirlerinin varlığını koruması yönündeki görüşlerin en önemli dayanağı, her ne kadar topluma yeniden kazandırma ve iyileştirme amacı taşırsa taşırsın, nihayetinde cezanın suçun ağırlığına orantılı olarak öngörüldüğü ve hükmedildiğidir. Bu çerçevede ölüm cezası veya müebbet hapse mahkum edilenlerin diğerlerinden daha fazla tehlikeli oldukları için değil, işledikleri suçun ağırlığı nedeniyle bu cezaya mahkum oldukları belirtilmiştir⁴⁴⁹. Cezanın süresinin önceden belirli olmasının, suçlunun topluma yeniden kazandırılmasını amaçlaması zorunluluğu ile çelişki içinde bulunduğunu savunan bu düşünceye göre, her ne kadar erteleme veya koşullu salıverme gibi kurumlar sayesinde modern kanun koyucular bu çelişkiyi aşmaya çalışsalar da tüm bu kurumların da yine önceden belli (ertelemenin suçun ağırlığı ile koşullu salıvermenin de çekilecek ceza ile

⁴⁴⁸ MARINUCCI – DOLCINI: s. 715.

⁴⁴⁹ VASSALLI: s. 517.

orantılı olması gibi) sınırları olduğu ifade edilmiştir⁴⁵⁰. Bu durum, cezanın özündeki kefareti fıkriyeden hiçbir zaman ayıramayacağı yönünde değerlendirilmekte ve suçun ağırlığı ile orantılı olmak gibi bir niteliği bulunmayan, sadece tehlikelilik halini esas alan güvenlik tedbirlerinin varlığına meşruiyet kazandırmaktadır.

Buna karşın, her ne kadar teoride suçun ağırlığı ile değil sadece failin tehlikeliliği ile orantılı olduğu belirtilse de,⁴⁵¹ kanunlarda öngörülen güvenlik tedbirlerinin pek çoğunun da aslında suçun tipi veya ağırlığı ile bağlantılı şekilde öngörüldüğü tespit edilmektedir. Bazı kanunlar sadece para cezası gerektiren suçlarda, diğer bazıları taksirle işlenen suçlarda ve bazıları da basın ve siyasi suçlar için güvenlik tedbiri uygulanmasını yasaklarken; istisnaları bulunmakla birlikte, güvenlik tedbiri uygulanması için genel olarak suçun belli bir ağırlıkta olması aranmıştır⁴⁵². Örneğin Alman Ceza Kanunu'nun, güvenlik tedbirlerine ilişkin olarak "orantılılık prensibi" başlıklı 62. maddesinde, kişinin toplum için arz ettiği tehlikenin ciddiyeti yanında işlenen (ya da işlenmesi beklenen) suçun ağırlığının da güvenlik tedbiri ile orantılı olma zorunluluğu açıkça belirtilmiştir. İtalyan Ceza Kanunu'nda ise fiilin ağırlığına ilişkin açık bir hüküm kanunda bulunmamakta, ancak öğretide güvenlik tedbirlerinin uygulama koşulları belirtilirken fiilin ağırlığının da (kişinin suç işleme kapasitesinin yanında) aranan şartlardan biri olarak sayıldığı görülmektedir⁴⁵³. Ayrıca İtalya'da 2014'te yapılan değişiklik sonrası özgürlüğü kısıtlayan güvenlik tedbirlerinin üst sınırının, ilgili suçun karşılığında kanunda öngörülen ceza süresini

⁴⁵⁰ AYDIN: Emniyet Tedbirleri, s. 52 ve 53.

⁴⁵¹ ANTOLISEI: Parte Generale, s. 796.

⁴⁵² HERMANN, Horst: Die mit Freiheitsentziehung verbundenen Massnahmen der Sicherung und Besserung in: Materialien zur Strafrechtsreform, c. II, Rechtsvergleichende Arbeiten, Bonn 1954, s. 193. (Aktaran: ARTUK, Mehmet Emin: "Güvenlik Tedbirleri", GÜHFD, C. XII, Y. 2008, S. 1-2, s. 469 ve 470). Ancak, güvenlik tedbirinin süresi için fiilin türü ve ağırlığının önem taşımadığı İngiltere ve Danimarka gibi ülkeler de bulunmaktadır. Bkz. HERMANN: s. 197 ve 198 (Aktaran: ARTUK: s. 477).

⁴⁵³ Örneğin bkz. PULITANÒ: s. 522.

aşamayacağı kuralı da getirilmiştir⁴⁵⁴. Aynı yönde düzenleme 1995 tarihli İspanyol Ceza Kanunu'nun 104. maddesinde de yer almaktadır. Ancak çürütülmesinin güç olduğunu kabul ettiğimiz bir görüş de, güvenlik tedbirleri için suçun belli bir ağırlıkta olmasının aranmasının yine faile ilişkin olduğunu, zira uygulama birliği ve eşitlikçi adalet gerekleri için ağır suç işlenmesinin failin tehlikeliliğine ilişkin yasal bir karine teşkil ettiğini belirtilmiştir⁴⁵⁵.

d. Değerlendirme

Ceza ve güvenlik tedbirinin birleştirilmesi tartışmasında benimsenen tavır, cezanın amacı ve kusurluluk konusunda alınan pozisyonla doğrudan ilgilidir. Kanaatimizce ülkemizde, ceza politikasının popülist yaklaşımı ve bu yöndeki toplumsal talebe ek olarak, ceza hukuku öğretisinin fikri zemininde Alman öğretisinin hakimiyeti yüzünden cezada kefarete dayalı ve ödetici öz diri kalmaktadır. Özellikle İkinci Dünya Savaşı'nın acı deneyimlerinin hukuki faturasının Nazi Almanyasının etkili silahı haline gelen pozitivizme kesilmesinin ardından, idealizmin topraklarında yeniden değer temelli anlayışların filizlenip yeşermesiyle⁴⁵⁶, yani ceza hukukunun kusur prensibini temeline alması ve bu prensibin açıklanmasında öne çıkan ödev anlayışı (normatif kusur), cezada kefaret esasından uzaklaşılmasını güçleştirmektedir. Oysa İtalya, -her ne kadar günümüz uygulaması açısından örnek bir ülke modeli sergilemese de- tarihi süreçte edindiği hukuk kültürü bakımından, cezanın amaçlarının, geçmişten çok geleceğe dönük olmasına daha uygun bir iklimdir. Zira İtalya, ödetici zihniyet temelinde dahi, *Beccaria* ile başlayan

⁴⁵⁴ Bu değişiklik, 31.03.2014 tarihli ve 52 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (30.05.2014'te 81 sayılı Kanun ile kanunlaşmıştır) ile yapılmıştır.

⁴⁵⁵ AYDIN: Emniyet Tedbirleri, s. 301 ve 302.

⁴⁵⁶ Almanya'da *Hegelyen* idealizmin ceza hukukuna yansıması olan idealist ceza hukukunun 19. yüzyılın ilk üç çeyreğine hakim olduktan sonra, anılan yüzyılın son çeyreğinden başlayıp İkinci Dünya Savaşı'nın sonuna kadar süren pozitivist eğilimin ardından yeniden değer kazanması serüveninin öz bir anlatımı için bkz. OZANSÜ: s. 34-42.

“sadece gerçekten hak edildiğinde hapsedilme” anlayışının tohumlarının, yüzyıllar içinde, faydacılık ve pozitivizm ile harmanlanması sonucunda hapsedilmenin alternatiflerinin gelişmesine, güvenlik tedbiri niteliğinde ceza türlerinin üretilmesine ve genel olarak ceza adaletinin, topluma yeniden kazandırma amacıyla bütünleşmesine ⁴⁵⁷ sahne olmuştur. Ülkemizde Alman hukuk kültürüne olan bu bağlılığın sonucu olarak, çağdaş Türk ceza hukukçuları, cezanın önleme ve yeniden eğitime fonksiyonunu tanımakla ve hatta bazen buna ağırlık vermekle birlikte, -kimi zaman bunun yanında yardımcı bir fonksiyon olarak da olsa- cezanın amacı olarak kefareten; yani eza, cefa çektirme, suçluya acı verme amacından söz etmektedirler⁴⁵⁸. Örneğin, güvenlik tedbirinin müeyyide olmadığı tezi savunulurken dahi acı ve ızdırap çektirmeye dayalı olmayan ve kefaret, ödetme amacı taşımayan tedbirleri bir ceza müeyyidesi olarak nitelemenin mümkün olmadığı açıklaması yapılmaktadır⁴⁵⁹. Cezanın ödetici nitelik taşıdığı ve amacının da genel olarak kefaret, genel ve özel önleme şeklinde belirlendiği bu çok yaygın düşüncede ceza, özündeki kınama düşüncesinin uzantısıdır⁴⁶⁰. Oysa evrensel ölçekte günümüzde ulaşılmaya çalışılan nokta, cezanın, önce zihni altyapısında kefareten arındırılmasıdır. Şüphesiz kusur, cezalandırma için kendisinden vazgeçilemez unsurdur ve savunduğumuz husus, kusurun reddi değildir. Ancak kusura dayanılarak ve ona uygun biçimde verilen cezanın amacı, kefaret ya da

⁴⁵⁷ İtalya’nın, *Beccaria*’dan başlayıp *Cattaneo*, *Filangieri* gibi faydacılar ve ardından *Ferri*, *Sighele* ve *Eilero* gibi pozitivistler sayesinde tarihsel ve felsefi açıdan sahip olduğu hukuk kültürü itibarıyla, hapsedilmenin alternatifleri için uygun bir zihinsel altyapısı olduğu analizi için bkz. RUGGIERO, Vincenzo – VASS, Antony A.: “*Alternatives to Custody and Punitive Cultures In England And Italy*”, Laboratory of Criminological Sciences, Faculty of Law, Democritus University of Thrace, V. 9, Eylül 1996. Çevrimiçi erişim için bkz. https://www.researchgate.net/publication/240639855_ALTERNATIVES_TO_CUSTODY_AND_PUNITIVE_CULTURES_IN_ENGLAND_AND_ITALY (Erişim tarihi: 15.03.2019)

⁴⁵⁸ İÇEL: Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2017, s. 654 ve 655; AYDIN: Emniyet Tedbirleri, s. 81. Ülkemizde cezanın anlamı ve amacının kefaret niteliğini kaybetmediği vurgusu için bkz. ÖNDER: Ceza Hukuku Dersleri, s. 9 ve 547.

⁴⁵⁹ ARTUK: “*Güvenlik Tedbirleri*”, s. 474.

⁴⁶⁰ ÖNDER: Ceza Hukuku Dersleri, s. 547. Bu düşünceye göre, güvenlik tedbiri kınama duygusu içermediğinden “renksiz yaptırım” olarak nitelendirilmiştir.

ödetme değil; sadece topluma yeniden kazandırma olmalıdır. Öyleyse Türk ceza hukuku öğretisinde hala ağırlıklı olarak belirtilen ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na da hakim olduğu anlaşılan kefaret düşüncesi, zamanla terk edilmelidir.

Öte yandan, ceza yelpazesinin genişlemesi, özellikle kısa süreli hapis cezası ve infazı için öngörülen seçenek bir çok kurumun mevcudiyeti, bunların günden güne alanının genişletilerek daha uzun cezalar için de uygulanabilir hale getirilmesi eğilimi ve bunlara ek olarak, cezaların bireyselleştirilmesi ilkesinin önem kazanması gibi gelişmelerin tümü birlikte değerlendirildiğinde vardığımız sonuç, isnat edilebilir olmayan faillere uygulananlar dışındaki güvenlik tedbirlerine artık ihtiyaç kalmadığıdır. Bu iddiamız, aslında yıllardır ifade edilen, cezanın güvenlik tedbirine dönüşümü düşüncelerinin benzeri olup, bu önermelerin bir nevi tersten okunmasıdır. Biz, kavramsal olarak cezanın güvenlik tedbiri niteliği kazanması ile birlikte cezaların ortadan kaldırılmasını değil, güvenlik tedbirlerinin sadece isnat edilebilir olmayan dar bir kategori için, yani akıl hastaları, çocuklar ve madde bağımlıları⁴⁶¹ nezdinde uygulanmasıyla sınırlı kalması; geri kalan tüm failler için çok çeşitlendirilmiş ceza (ve ek ceza) yelpazesinin geçerli olması gerektiği kanaatindeyiz. Ancak bu tezi, bir yüzyıl kadar önce ceza ve güvenlik tedbiri arasında fark görmeyen bazı pozitivistlerin ileri sürdüğü “*her ceza bir güvenlik tedbiridir, her güvenlik tedbiri ise bir cezadır*”⁴⁶² önermesinden ayırmak lazım gelir. Bizim ileri sürdüğümüz tez, birbirine karşıt iki tezin (özellikle Klasik ve Pozitif Okul), sentezler yüzyılı olan geçtiğimiz yüzyıl boyunca çarpışmasının ardından süzülüp gelen “güvenlik tedbirinin iyileştirici özelliklerini ve cezanın güvencesini taşıyan ceza” tezidir. Bu tezin kurgusu, cezanın kanuniliği, fiil ve kusur ile orantılı olması gerektiği, kesinliği, geçmişe uygulanmazlığı gibi garantilerden ödün verilmeksizin; varlık sebebi ve amacı, kişinin yeniden topluma

⁴⁶¹ Burada kişi özgürlüğüne müdahale eden güvenlik tedbirleri ele alındığı için tüzel kişilere uygulanan güvenlik tedbirleri sayılmamıştır.

⁴⁶² RABINOWICZ, Léon: Mesures de Sûreté, Etude de politique criminelle, Paris 1929, s. 130. (Aktaran: ARTUK: “Güvenlik Tedbirleri”, s. 475, 37 no.lu dipnot.)

kazandırılması ve sadece ciddi tehlike halinde toplumun korunması olan ceza hukukuna ait tedbirlerin, yani cezaların öngörülüp uygulandığı bir sistemdir.

Güvenlik tedbiri kavramı, ceza hukukunun en önemli dönüm noktalarından birini yaratmış; cezanın, hep yeni amaçlar edindiği, ancak arkaik yapısında kefareti saklı tuttuğu yüzyılların ardından kefaret fikrinden kopuşu başlatmış; cezanın esas amacının özel önleme ve topluma yeniden kazandırma olarak belirlenmesini sağlamıştır. İşte bu sayede güvenlik tedbiri, bir yüzyıllık işlevini tamamlamış ve artık zafer kazanmış komutan edasıyla köşesine çekilebilir durumdadır. Öte yandan zaten güvenlik tedbiri de, doğduğu koşulların savunmacı-korumacı anlayışından sıyrılıp zamanla daha fazla tedavi ve iyileştirme eksenine kaymıştır. Ceza ile güvenlik tedbirleri, birbirlerinden çok farklı zamanlarda ve farklı iklimlere doğmakla birlikte, zamanla aynı hedefe yönelmişlerdir. Bu durumda yan yana ilerleyen iki hattın, (büyük oranda) birleştirilmesinde artık engel yoktur.

Özetle güvenlik tedbirleri, sadece isnat edilebilir olmayan faillere uygulanmakla sınırlı tutulmalı; cezai sorumluluğu bulunanlara yönelik her türlü önleyici, tedavi edici, onarıcı düzenleme, “yeni anlayışıyla ceza” kavramına dahil olmalıdır. Kefaret düşüncesinden arınmış ceza anlayışının yansıması olan ideal bir sistemde, hürriyeti bağlayıcı cezanın mümkünse bulunmaması, ancak kendisinden vazgeçilemiyorsa da, sadece toplumdan uzak tutulması zorunlu görülen kimseler bakımından “son çare” olarak uygulanması, yani ceza adalet sisteminde mümkün olduğunca az yer alması gerekmektedir. Hapis cezasının denklemde çıkmasıyla ya da kapladığı alanın azalmasıyla oluşacak boşluğun, çok çeşitli tedbirlerin yer aldığı bir cezalandırma yelpazesiyle kapatılabileceği gerektiği kanaatindeyiz. Buna göre, hapis ve para cezasına ilişkin asgari ve azami sınırlar öngörmekten ibaret olan ceza normlarının yerine, her bir suçun karşılığında seçenekli veya birbirine eklemeli birkaç çeşit tedbirin öngörüldüğü ceza normlarının varlığı gerekmektedir. Cezalandırmada çeşitliliğin kanuni aşamasının ardından yargısal aşamada çeşitlendirme gündeme gelecek ve burada, tıpkı cezaların belirlenmesi ve

bireyselleştirilmesinde hakime tanınan takdir yetkisinde olduğu gibi, kanuni olarak suça uygunluğu belirlenmiş ceza türleri içerisinde, suçu işlediği sabit olan kişiye uygun olanın takdiri, hakime ait olacaktır. Bu ideal sistem kurgusu içerisinde, günümüzde güvenlik tedbiri olarak kabul edilen pek çok tedbirin ceza yelpazesi içerisindeki seçenekler olarak kabul edilmesi söz konusudur. Ancak bu kurgu gerçekleşme dahi, özellikle Türk hukukunda mevcut sistem içerisindeki “güvenlik tedbirleri” başlığının, teoride karşıladığı kavramın kendisinden daha geniş bir alanı kapsadığı ve bu seçimin yanlış olduğu kanaatindeyiz. Sonuç itibarıyla hem kurgulanan ideal sistemde ve hem de mevcut sistemde, güvenlik tedbiri bakımından çekirdek alana dönüşü, yani güvenlik tedbirlerinin sadece isnat edilebilir olmadıkları için cezalandırılmayan kimseler nezdinde uygulanacak bir kurum olmasını öneriyoruz. Buna bağlı olarak, belirtilen dar çerçevenin dışındaki tedbirlerin, mevzuatta ve/veya öğretide güvenlik tedbiri olarak adlandırılırsalar dahi hukuki nitelik itibarıyla ceza olduğunu kabul ediyoruz.

Bu meselenin, çalışmamızın esas konusu olan hapis cezasına ve infazına seçenek kurumlarla önemli bağlantısı vardır. Nitekim hapis cezası ve infazına seçenek kurumlar hem acı verici doğaya hem de topluma yeniden kazandırıcı işleve sahip olmaları; bir yandan cezaya özgü garantileri barındırırken diğer yandan faili iyileştirici ve bazen de toplumu suçtan koruma özellikleri sayesinde, güvenlik tedbiri ile cezanın birleştirilmesi sorunsalı için de kısmi fakat önemli bir çıkış yoludur.

Öte yandan bu bölümde yapılan teorik değerlendirmeler, hapis cezasına ve infazına seçenek kurumlara ilişkin hukukumuzda yer alan düzenlemelerin hukuki niteliğine ilişkin, bir sonraki bölümde yer alacak analizlere de zemin teşkil etmektedir. Hukuki niteliğin belirlenmesinde, varoluş amacı ve işlevine ek olarak, kullanılması gereken diğer ölçüt de, bunların cezalandırmanın hangi aşamasında devreye girdiğidir. Hapis cezasının, bu çalışmanın kapsamı içerisindeki alternatifleri, yargılama sonunda, hakimin vicdani kanaate ulaşıp mahkumiyet yönünde karar vermesi sırasında gündeme gelebileceği gibi, bir kere

hapis cezasına mahkum edildikten sonra bunun infazı aşamasında da söz konusu olabilmektedirler. Bu iki farklı aşamadaki alternatiflerin hukuki niteliği de şüphesiz farklılaşmaktadır. Ancak hapis cezasının alternatifleri ile hapis cezasının infazının alternatiflerini birbirinden ayırarak incelemeye başlamadan önce, hapis cezasına ve infazına seçenек tüm kurumlara bütüncül bir pencereden bakmak gerekir.

III. HAPİS CEZASINA SEÇENЕК KURUMLARIN KAVRAMSAL

ÇERÇEVESİ

A. Genel Olarak

Hapis cezasına ve infazına seçenек kurumlar, hapis cezasının yararsızlığı hatta zararlı oluşu iddiası üzerine ve cezaların bireyselleştirilmesi bağlamında, suçun karşılığında, suçlunun kişisel özellikleri, suç işleme kapasitesi gibi sübjektif hususların değerlendirilerek ve elbette suçun ağırlığı da ölçüt alınarak verilen hapis dışı karşılıklardır. Bu karşılıkların en baskın özelliği özel önleme amacına hizmet etmeleriye de, genel önleme ve ödetme amaçlarından tamamen ari olmadığı da ileri sürülmüştür⁴⁶³. Suçun tüm hukuki sonuçlarında olduğu gibi bu karşılıklar da negatif içeriğe ve acı verici bir doğaya sahiptir; ancak hapis cezası gibi acı vericiliğin çok yüksek olduğu bir ceza türünün yerine geçtikleri için adeta ödül gibi algılanmaktadır. Ayrıca cezanın bireyselleştirilmesi ilkesinin de gerçekleştiricisi olarak suçluya ait öznel koşullarla sıkı bağlantı içinde bulunan seçenек kurumlar, suça ve suçluya verilen negatif içerikli bir karşılık olmaktan ziyade, suçun hafifliği ve failin “iyi karakterinin” pozitif içerikli yanıtı olarak da görülebilmektedir. Ancak belirtilen bakış açısı, bu kurumların hukuki niteliğinin tespitini zorlaştırmaktadır. Dolayısıyla, hapis cezasına ve infazına seçenек kurumların, genel olarak cezanın modern dünyada sahip olduğu topluma yeniden kazandırma amacı çerçevesinde fiile ve faile uygun

⁴⁶³ PALAZZO: s. 594.

ve cezanın doğasına özgü görünümlere sahip birer cezai karşılık olduğu düşüncesi, fikri altyapıda daima korunmalıdır. Aksi halde bu kurumların, devletin cezalandırmadan vazgeçmesinden, yani cezaya seçenек bir kurum olan aftan (parlamento affı veya devlet başkanının affı şeklindeki tüm görünümlerinden) farkı anlaşılamayacaktır⁴⁶⁴.

B. Kapsam ve Terminoloji

Hapis cezasına seçenек kurumların, bu çalışma bakımından belirlenen çerçevesinde iki sınır mevcuttur: Bunlardan biri kronolojik, diğeri ise özneye ilişkindir. Kronolojik sınırlandırma sonucunda bu çalışmanın kapsamı, suçun sübutunun ardından devreye giren seçenекlerden ibaret olarak belirlenmiştir. Bu nedenle, sonunda hapis cezasına ulaşması muhtemel yola çıkmadan devreye giren (örneğin suç olmaktan çıkarma) yahut henüz yolun başındaki seçenекler (örneğin fail-mağdur arabuluculuğu ya da uzlaştırma) ile ceza muhakemesinin sübut öncesi aşamasında söz konusu olan alternatif kurumlar (örneğin kamu davasının açılmasının ertelenmesi), bu çalışmanın kapsamının dışındadır. Özneye ilişkin olarak ise, bu çalışmada, ceza adaletinin sadece yetişkinlere ilişkin penceresinden bakılmaktadır. Gerek medeni hukuk gerekse ceza hukuku ve bunların muhakemeleri ile infazı alanlarında barındırdığı özel düzenlemeleri sayesinde adeta bağımsız bir hukuk dalına dönüşen çocuk hukuku çerçevesinde öngörülen, çocuk ceza adaleti sistemindeki seçenек kurumlar rejimi, çalışma alanımızın dışında kabul edilmiştir. Nitekim hürriyeti bağlayıcı cezanın sakıncalarının yetişkinlere nazaran çok daha fazla geçerli olduğu bu alanda var olan ve olması gereken seçenек kurumlar, başlı başına bir çalışmanın konusunu oluşturabilecek kadar geniş kapsamlıdır.

Hapis cezasına alternatif geliştirme eğilimi, hem yeni hem de çok hızlı gelişen bir alan olduğu için, aynı zamanda, gelişmeleri takip etmek, mevcut seçenекleri tasniflemek

⁴⁶⁴ Fakat şartlı adli af kurumu, bunun dışındadır. İleride de değinileceği gibi, içeriğinde belirli yükümlülüklerin ya da kontrol veya destek tedbirlerinin bulunduğu af düzenlemeleri, aslında, hapis cezasına veya infazına seçenек kurum olarak erteleme tedbirleri arasında yer almaktadır.

ve terim birliği sağlama konusunda zaafların da yaşıandığı bir alandır. Sadece bir çeyrek yüzyıllık geçmişle kıyaslandığında dahi önceden var olan basit, açık ve az sayıdaki yaptırım tarifesinin hemen hemen tüm ülkelerde terk edildiği görölmektedir. Terk edilen basit şema, ana hatlarıyla, hürriyeti bağlayıcı ceza ve (adli) para cezası seçenekleri ile mahkumiyetin ertelenmesi, infaz sürecinde koşullu salıverilme ve tahliye sonrası denetimli serbestlik takibinden oluşmaktaydı. Oysa artık gittikçe zenginleşen bir ceza yelpazesinin hakimiyeti söz konusudur⁴⁶⁵. Bunlar, kamu yararına hizmet, tazminat ve telafî, bir kısım hakların sınırlanması veya belli izin ya da ruhsatların iptali, eğitim-öğretim ve tedavi programları, hareket özgürlüğünü kısıtlayan veya belli bir yerde bulunmayı/belli bir yerden ayrılmayı yasaklayan ya da genel olarak kontrol içerikli tedbirler, topluma kazandırma kurumlarına veya belli kurallar çerçevesinde bir arada yaşamayı öngören merkezlere yerleştirme, ev hapsi, elektronik takip, yarı serbestlik, yarı hapis, cezanın denetimli olarak ertelenmesi gibi kurumların genişletilmiş çeşitleri ya da bunların kombinasyonundan oluşan kabarık bir liste olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁶⁶.

Hapis cezasına seçenek olan tüm bu kurumlar demeti için ortak terim bulmak güçtür. Böylece her ülkenin ve her çalışmanın kendi çerçevesine uygun terminolojisi ortaya çıkmıştır. Bu gerekçelerde hapis cezasına seçenek kurumlar bakımından evrensel bir dil yaratmak güçleşmiştir.

Örneğin Türk ceza hukuku öğretisinde, TCK m. 50'nin etkisiyle “(kısa süreli hapis cezasına) seçenek yaptırımlar” başlığı genellikle benimsenmiştir. Bundan başka, “hapse seçenek cezalar”, “hapis cezasına alternatif yaptırım ve tedbirler”, “hapsedici olmayan ceza

⁴⁶⁵ 90'lardan itibaren kurulmaya başlanan “yeni demokrasiler” ile gittikçe zenginleşen ve karmaşılaşan ceza yaptırımları öngörme eğilimi arasındaki bağlantıya işaret eden bir değerlendirme için bkz. DURNESCU, Ioan: “*Some Reflections on Community Sanctions and Measures in Europe*”, *Journal of Criminal Justice and Security*, Y. 11, S. 4, s. 549.

⁴⁶⁶ KALMTHOUT: s. 80-81.

hukuku yaptırımları⁴⁶⁷”, “özgürlüğü sınırlandıran hapis dışı cezalar⁴⁶⁸” ya da “hapis cezasına seçenekler⁴⁶⁹” gibi başlıklar da türetilir. Ancak bunlardan sadece “hapis cezasına seçenekler” ifadesi, hem hapis cezasının verilmesine hem de bunun infazına seçenekleri karşılamakta⁴⁷⁰; diğerleri ise sadece hapis cezasının verilmesine alternatiflere ilişkin görünmektedir. Bu çalışmanın konusu, sadece hapis cezasının verilmesine değil, hapis cezasının infazına seçenekleri de kapsadığı için yukarıda sayılan ifadeler, bu çalışma bakımından yetersiz kalmaktadır. Hapis cezasının infazına seçenek kurumlar ise, ülkemizde daha az çalışmakta ve genel olarak, CGTİHK m. 110’un etkisiyle “(kısa süreli hapis cezasının) özel infaz usulleri” olarak adlandırılmaktadır. Ancak bu da, hapis cezasının sübutunun ardından devreye giren tüm seçenekler için fazlasıyla dar bir kavramdır. Zira hapis cezasının infazının ertelenmesi, koşullu salıverme ve denetimli serbestlik çerçevesinde erken tahliye gibi mevzuatımızda yer alan infaz sürecindeki seçenek tüm kurumları kapsamaktan uzaktır. Açıklanan nedenlerden ötürü, bu tezin başlığı da “hapis cezasına ve infazına seçenek kurumlar” olarak belirlenmiştir. Üst başlık sorunu bu şekilde aşıldıktan sonra, seçenek kurumların alt kategorilerini karşılayan ifadeler bakımından da ortak terimler bulmanın güçlüğü karşımıza çıkmaktadır.

Esasında terminolojiye ilişkin sorun, Anglo-Sakson ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin, bu alanda kendilerine özgü ve birbirinden farklı kavram ve terimler üretmesi nedeniyle evrensel bir sorundur. Her ne kadar hapis cezasından kaçış eğilimi aynı noktadan başlamışsa da, iki farklı hukuk sistemindeki görünümleri itibarıyla, birbirine yakın, ancak aynı olmayan iki anlayış hayat bulmuştur. Bunlar, genel olarak hapis cezasına alternatif ceza müeyyideleri anlayışı ile Anglo-Sakson hukuk dünyasının öncüsü olduğu toplum

⁴⁶⁷ *Sanzioni penali non detentive* (It.)

⁴⁶⁸ *Pene detentive non carcerarie* (It.)

⁴⁶⁹ Örneğin, *Avcı*’nın eserinin başlığı bu şekildedir.

⁴⁷⁰ Bu ifadenin, hapis cezası dışında uygulanan yaptırımlara ek olarak ayrıca bir yaptırım uygulanmasının tercih edilmediği halleri de kapsadığı hakkında bkz. MADEN: s. 75.

içinde cezalandırma anlayışlarıdır⁴⁷¹. Günümüzde bu iki anlayış birleştirilmeye çalışılmaktadır.

Bu nedenlerle, özellikle Avrupa Konseyi'nin 90'lı yıllardan itibaren terim birliğini sağlama çabaları olduğu gözlemlenmektedir. Örneğin, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin hapis cezasına alternatif yaptırım ve tedbirlere ilişkin olarak çıkardığı (92) 16 sayılı Tavsiye Kararı'nda⁴⁷² ve (2010) 1 sayılı Avrupa Konseyi Denetimli Serbestlik Kuralları'nda⁴⁷³ ve bu iki düzenlemenin yerine geçecek şekilde kabul edilen (2017) 3 sayılı Kamusal Yaptırım ve Tedbirlere İlişkin Avrupa Kuralları'nda⁴⁷⁴, “*community sanctions*

⁴⁷¹ İki anlayış arasındaki bu fark, bazı somut tedbirler aracılığıyla daha görünür hale gelmektedir. Örneğin ev hapsi böyledir. Hapis cezasına seçenек kurum olmak için hapislinin dışında olma ölçütü yeterli kabul edildiği takdirde, bir ceza türü ya da infaz yöntemi olarak ev hapsinin de seçenек kurumlara dahil olduğu kabul edilecektir. Ancak buradaki analize amaçsal bir bakışın da eklenmesi gerekmektedir. Nitekim hapis cezasından kaçışın, biri hapisanelerdeki aşırı kalabalıklaşmanın yarattığı sorunlar ve diğeri cezalandırmanın amacının evrimi karşısındaki yetersizliğin belirginleşmesi olmak üzere, bir arada bulunması gereken, iki temel ayak üzerinde durduğunu hatırlatalım. Ev hapsi cezası ya da hapis cezasının konutta infazı, hapisane nüfusunu düşürme amacı bakımından yararlı olmakla birlikte, cezanın topluma yeniden kazandırma amacı bakımından işlevsizdir. Bu pencereden bakıldığında ev hapsinin tek faydası, diğeri suçlularla bir arada olmanın engellenmesi sayesinde suçun bulaşıcılığından korunmak olabilir. Bu nedenle ev hapsi, hapis cezasına seçenек kurum olarak kabul edilebilirse de, toplum içinde cezalandırma anlayışını yansıtan bir yaptırım veya tedbir değildir. Bunun tersi bir analiz de, açık ceza infaz kurumunda infaz (veya başka ülkelerde buna benzer ceza veya infaz modelleri) için yapılabilir. Burada topluma yeniden kazandırma amacı ön plana çıkmakta ve açık ceza infaz kurumlarında infaz edilen cezalar, büyük oranda, toplum içinde cezalandırma anlayışına uygun gibi görünmektedir. Fakat bu kez hapisane ile arasında var olmaya devam eden yoğun bağ nedeniyle, hapis dışı cezadan söz edilememektedir. Çünkü cezanın bir kısmında da olsa, ceza infaz kurumu içinde özgürlükten yoksun kalma hali mevcuttur. Hatta İtalya'da, 1981 yılında İtalyan kanun koyucusunun yarı hapis (*semidetenzione*) kurumunu, kısa süreli hapis cezasına seçenек ceza olarak öngörmesine rağmen, bunun tam bir “etiket hilesi” olduğunu düşüncesi ileri sürülmüştür. Bu değerlendirme için bkz. DOLCINI – PALIERO: *Il Carcere*, s. 174.

⁴⁷² Bkz. Karar'ın ekinde yer alan terimler sözlüğü (*Appendix – Glossary*) n. 1.

⁴⁷³ Aynı kavram, aynı tanımla, Karar'ın I ve II no.lu eklerinde ayrı ayrı yer almıştır.

⁴⁷⁴ Bu Karar'da yer alan tanımın diğeri iki düzenlemedeki tanımdan tek farkı, mahkumun yanında şüphelinin de zikredilmesidir.

and measures (En.)⁴⁷⁵” kavramı, mahkumu (ve şüpheliyi) toplum içinde tutan ve belli şartlar altında ve/veya kendisine birtakım yükümlülükler yüklemek suretiyle özgürlüğünü belli ölçüde kısıtlayan yaptırım ve tedbirler olarak tanımlanmıştır⁴⁷⁶. (92) 16 sayılı Tavsiye Kararı’na göre bunlar, mahkeme veya hakim tarafından, hüküm verilmeden önce, hüküm sırasında veya hükmün kesinleşmesinden sonraki infaz aşamasında devreye giren hapisane kurumu dışındaki yaptırım ve tedbirleri kapsamaktadır. Ancak parasal yaptırımlar bu kapsamın dışında tutulmuştur. Esasında bu kavram, hapis dışı veya hapis cezasına “alternatif” cezalandırma anlayışının yerini “toplum içinde cezalandırma” anlayışına bıraktığı ve bunun eskiden olduğu gibi seçenek bir tarifiede yer almak yerine, kendi başına bağımsız bir yaptırım türü olması gerektiği anlayışının geliştiği 80’li yıllarda, Anglo-Sakson hukuk dünyasında doğmuştur⁴⁷⁷. Böylece “*community sanctions and measures*” kavramı “*non-custodial sentence*” (hapis dışı mahkumiyet) kavramının yerine geçmiştir. Görece yeni bu kavramın (*community sanctions and measures*) Türkçe karşılığı olarak da “toplum içinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları⁴⁷⁸” veya “kamusal yaptırımlar⁴⁷⁹”, “toplumsal yaptırımlar” yahut “toplum yaptırımları⁴⁸⁰” gibi çeviriler

⁴⁷⁵ Avrupa Konseyi nezdinde genellikle *community sanctions and measures* ifadesinin benimsenmesine karşılık, Birleşmiş Milletler literatüründe *alternatives to imprisonment* (hapsedilmenin alternatifleri) ifadesinin tercih edildiği hakkında bkz. DURNESCU: s. 549.

⁴⁷⁶ Bu tanım, Adalet Bakanlığı’nın gayri resmi çevirisinde şu şekildedir: “**Kamusal yaptırım ve tedbirler:** Hükümlüleri toplumda tutan, şartlar ve/veya yükümlülüklerin verilmesi yoluyla hürriyetlerine bazı kısıtlamalar getiren yaptırımlar ve tedbirler anlamına gelir. Terim, adli veya idari bir makam tarafından verilen herhangi bir yaptırımı ve bir yaptırıma ilişkin bir karardan önce veya karar yerine alınan herhangi bir tedbiri, ve ayrıca bir cezaevi kurumu dışında hapis cezasının uygulanması yollarını tanımlar. ” Bkz. http://www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/uluslararası/dsm_tavsiyekararlari/AB_DS_kurallari_turkce.pdf (Erişim tarihi: 25. 02. 2019).

⁴⁷⁷ İngiltere ve Galler’de “hapsedilmeye seçenek” anlayışından “toplum içinde cezalandırma” anlayışına geçiş hakkında daha detaylı açıklamalar için bkz. SEVDİREN: s. 74 vd.

⁴⁷⁸ Bkz. MADEN: s. 73-74.

⁴⁷⁹ Bkz. YAVUZ: s. 12 ve 13.

⁴⁸⁰ Bkz. DURSUN – ATLIHAN.

kullanılabilir, ancak ifadenin anadilinde sahip olduğu ve yansıttığı anlam, bulunan Türkçe karşılıklarda değişmekte yahut Türkçe ifade, fazla uzun olmaktadır. Üstelik mevzuatımızda bu kavramı karşılayan mekanizmalar dağınık halde olup, içine doğduğu hukuk zihniyetinden farklı olarak bağımsız bir yaptırım türü şeklinde de düzenlenmemiştir. Türk ceza adaleti içerisinde, hapis cezasına seçenek yaptırımlar altında düzenlenen bazı cezalar ve infaz sürecinde erken tahliye sağlayan imkanlardan yararlandıktan sonra devreye giren tedbirlerden bazıları, toplum içinde infaz edilmektedir. Bu nedenle, Türk ceza adaleti içerisinde, toplum içinde infaz edilen yaptırım ve tedbirler şeklindeki bir başlığa ulaşmak, kapsamlı bir çalışma bünyesinde, hapsedilmeye seçenek her bir kurumu ayrı ayrı inceledikten sonra varılabilecek bütünlükçü bir bakış açısıyla mümkündür. Öğretide de bu kavram henüz yerleşmemiş ve bu başlık altında yer alan kurumları bütünlükçü bakış açısıyla ve diğer yaptırımlardan ayrı olarak inceleme eğilimi henüz yaygınlaşmamıştır.

Terminolojiye ilişkin olarak yukarıda verilen örneğin yarattığı sorun İtalyan hukukunda da mevcuttur. İtalya’da “*community sanctions*” ifadesinin evrensel boyuttaki yayılcı etkisiyle “hapis cezasına alternatif veya toplumsal tedbirler (*misura alternativa alla detenzione o di comunità*⁴⁸¹)” olarak ifade edilmeye başlanan kurumların, esasında çok daha yaygın olarak, “hapis cezasına alternatif tedbirler (*misura alternativa alla detenzione*)” adıyla bilindiği ve kullanıldığı görülmektedir. Ancak İtalyan hukukundaki “hapis cezasına alternatif tedbirler” kavramının özelliği, hapis cezasına hükmedildikten ve cezanın bir kısmı çekildikten sonra devreye giren hapis dışı infaz yöntemlerine özgü oluşudur. Bu seçenek kurumlar, 1975 tarihli ve 354 sayılı İnfaz Kanunu’nda düzenlenen sosyal hizmet içerikli denetimli serbestlik (*l’affidamento in prova al servizio sociale*), ev hapsi (*la detenzione domiciliare*) ve yarı özgürlük (*la semilibertà*) olarak sayılmıştır.

⁴⁸¹ İtalyan Adalet Bakanlığı tarafından bu ifade kullanılmaktadır. Bkz. https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_3_1_4.page (Erişim tarihi: 19. 2. 2019).

Bunlar, hapis cezasının kendisine değil, sadece infazına alternatif olan tedbirlerdir. Kısacası, İtalyan hukukunda “hapis cezasına alternatif tedbirler” ile ifade edilen sadece infaz sürecinde devreye giren seçenek kurumlardır. Bunların, “tedbir (*misura*)” olarak adlandırıldıklarının ve burada kullanılan “tedbir” ifadesinin, güvenlik tedbiri anlamında değil, -bu çalışmada da benimsenen- araç, enstrüman, kurum anlamında kullanıldığının altını çizelim. Kronolojik olarak daha geride, yani hüküm verme aşamasında söz konusu olan hapis cezasına seçenek kurumlar ise, yaptırım (*sanzione*) veya ceza (*pena*) olarak nitelendirilmektedir. Çoğunlukla “[Hapis cezası] yerine geçen yaptırımlar” ve bazen de “yerine geçen cezalar⁴⁸²” (*le sanzioni sostitutive* veya *le pene sostitutive*) adıyla bilinen ve maddi ceza hukuku alanına giren esas olarak üç yaptırım türü olan yarı hapis (*la semidetenzione*), kontrollü özgürlük (*la libertà controllata*), hapis cezası yerine geçen para cezası (*la pena pecuniaria sostitutiva*) ve ödenmeyen para cezası yerine geçmek üzere diğer üç yaptırıma eklenen çalışma cezası (*il lavoro sostitutivo*), 1981 yılında çıkarılan 689 sayılı Kanun ile düzenlenmiştir. Bu yaptırımların doğasında da, cezanın sahip olduğu özelliklerin mevcut olduğu, sahip oldukları acı verici karakteri ve her daim geçerli olan ceza yaptırımına dönüşme tehdidi vesilesiyle asıl ceza ile hiç kopmayan sıkı bağı nedeniyle, İtalyan öğretisinde hapse seçenek yaptırımların gerçek anlamda birer ceza olduğu görüşü hakimdir⁴⁸³. Ancak hapis cezası yerine geçen bu yaptırımların ceza değil, yeni bir tür yaptırım olduğu da savunulmuştur⁴⁸⁴. Cezanın suçu adlandırması (kimliklendirmesi) vasfının, hapis cezası yerine geçen yaptırımlarda bulunmadığını belirten bir başka görüş ise, şu üç hususun altını çizerek, İtalyan hukukunda öngörüldüğü

⁴⁸² PAVARINI: *Le Conseguenze*, s. 454-458; CRISTILLO, Antonio: *Le Pene Sostitutive*, *Trattato di Diritto Penale Parte Generale içinde, C. II (La Punibilità e Le Conseguenza Giuridiche del Reato)*, (Ed. Paolo Veneziani), Milano 2014, s. 157-204.

⁴⁸³ DOLCINI – PALIERO: “*Sanzioni Sostitutive*”, s. 488. İtalyan Temyiz Mahkemesi de aynı görüştedir. Bkz. CRISTILLO: s. 161 ve 162.

⁴⁸⁴ PALAZZO: s. 506.

şekliyle, hapis cezası yerine geçen yaptırımların bağımsız bir ceza türü olarak değerlendirilmemeleri gerektiğini belirtilmiştir:

- Yerine geçecekleri hapis cezasına muhtaç oluşları,
- Hakim tarafından hapis cezasının belirlenmesinin ardından ona seçenek olarak devreye girmeleri,
- Kanunun sadece genel hükümlerinde öngörülmesi, yani özel hükümlerdeki ceza normları arasında bulunmamaları⁴⁸⁵.

Sonuç olarak, hukuki niteliğe ilişkin tartışma bir kenara bırakılıp meseleye terminolojik açıdan bakıldığında, İtalyan öğretisi ve uygulamasında, hapis cezasına alternatif tedbirler (*misure alternative alla detenzione*) ve (hapis cezası) yerine geçen yaptırımlar (*sanzioni sostitutive*) olarak ifade edilen bu iki kavramın, bizdeki ifade biçimlerinden çok daha yerleşik olduğu görülmektedir.

C. Tasnif

Hapis cezasına seçenek kurumlara ilişkin pek çok tasnif yapılmıştır. Kimi yazarlar bu kurumları, içerik ve yapısal yönden (maddi – şekli) ayırırken; kimileri ise bunların yarattığı hukuki sonuca odaklanarak, cezaevine girişe engel olan ve burada kalış süresini azaltan tedbirler olarak tasnif etmiştir. Tabi oldukları yargısal rejime göre de bu kurumlar, hapis cezasını tadil eden tedbirler, hapsedici olmayan cezalar ve hapis cezasının infazını engelleyen tedbirler olarak üçe ayrılmaktadır. Yine, dar ve geniş anlamda seçenek kurumlar ayrımı ya da kişinin hareket etme özgürlüğünü kısıtlayan ve özgürlüğünü kısıtlamayan ama hayat tarzını değiştirmeye yönelik alternatif kurumlar gibi başka ayrımlar da bulunmaktadır⁴⁸⁶.

⁴⁸⁵ MARINUCCI – DOLCINI: s. 174.

⁴⁸⁶ Bu tasnifler hakkında bkz. BERNARDI: “*L’evoluzione in Europa delle alternative alla pena detentiva tra comparazione e impulsi sovranazionali*”, s. 59 ve 60. Ayrıca bkz. aynı Yazar:

Bir başka eğilim ise, tasnife çok daha üst bir başlıktan başlayıp hapsedmeye alternatif kavramını çok geniş ele alarak, bunun cezai sistemin içinde olduğu kadar dışında da olabileceğini kabul etmekte; böylece faile uygulanabilecek hapsedici olmayan idari tedbir ve yaptırımları da bu kapsama dahil etmektedir⁴⁸⁷. Bundan başka, seçeneği oldukları hapis cezasının kısa, orta veya uzun süreli olmasına göre de seçenek kurumların tasnif edildiği olmuştur⁴⁸⁸.

Yapılan tasnifler arasında en muteber olanı ise, kronolojik ayırımdır. Bu temel ayırma göre, genel olarak hapsedilmenin alternatifleri, hüküm öncesinde, hükmün verilmesi anında ve hüküm sonrasında, yani infaz aşamasında olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Böylece, hüküm öncesindeki süreçte hapsedme formuna seçenek olan araçların incelenmesi ceza muhakemesi hukukuna, hüküm aşamasındaki seçenekler maddi ceza hukukuna ve mahkumiyet hükmünün ardından uygulanan seçenekler ise ceza infaz hukuku alanına girmektedir. Bu çalışmanın merkezinde hapis cezası ve ona seçenekler yer almaktadır. Bu durumda henüz suçun sübutu ve bunun karşılığında ceza verilmesi aşamasına gelmeden önceki, yani ceza muhakemesi sürecinde hürriyetten yoksun kılmayı gerektiren tedbirlerin alternatifleri, konumuzun dışında kalmaktadır. Bu nedenle inceleme alanı, mahkemenin hüküm aşamasında hapis cezası yerine hükmedebileceği seçenekler ile hapis cezasının kesinleşmesinin veya bir kısmının infaz edilmesinin ardından, somut cezanın, ceza infaz kurumları dışında başka bir forma dönüştürülmesidir.

<http://www.radioradicale.it/scheda/472282/la-lotta-al-sovraffollamento-carcerario-in-europa-modelli-di-pena-e-di-esecuzione> (Erişim tarihi: 24.11.2016)

⁴⁸⁷ Bkz. PONCELLA, Pierrette – ROTH, Robert (Haz.): *La fabrique du droit des sanctions pénales* au Conseil de l'Europe, Giriş kısmı, Paris 2006, s. 6. (Aktaran: BERNARDI: “*L’evoluzione in Europa delle alternative alla pena detentiva tra comparazione e impulsi sovranazionali*”, s. 60).

⁴⁸⁸ İÇEL, Kayıhan: *Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Olan Müesseselerdeki Gelişmeler ve Türk Ceza Sisteminin Bu Yönden Değerlendirilmesi*, *Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu* (22-26 Mart 1976) içinde, s. 323-344.

Ceza muhakemesinin kronolojisine dayanan tasnif, ceza hukukunun alt disiplinleri arasındaki alan paylaşımını sağlamakla birlikte, her bir seçenek kurumun içerik ve işlevini kavramak için yeterli değildir. Bunun için, içeriklerine ve yapısal özelliklerine göre yapılan maddi ve şekli ayrımların da incelenmesi gerekmektedir. Böylece kronolojik tasnife ek olarak bu çalışmada benimsenen diğer model, maddi (öze, içeriğe ilişkin) ve şekli (hukuki formülasyona ve hapis cezası ile olan ilişkisine bağlı) ölçüte göre yapılan sınıflandırmadır.

1. Maddi (Öz Yönünden) Tasnif

Bu başlık altında hapis cezasına alternatifler, içerikleri itibariyle, malvarlığına yönelik, kişi özgürlüğünü sınırlandıran, çalışma içerikli, yasaklayıcı ve sembolik tedbirler olmak üzere beşe ayrılmaktadır⁴⁸⁹.

a. Malvarlığına Yönelik Tedbirler

Suçun cezai sonucu olarak malvarlığına yönelik tedbirler, para cezası veya müsadere'dir. Para cezası, asıl ceza ve hapis cezasına seçenek kurum olarak, neredeyse tüm hukuk düzenlerinde öngörülmüştür. Buna karşın müsadere (zorallım), bağımsız bir asıl ceza olarak hiçbir yerde öngörülmediği gibi, hapis cezasının yerine geçen seçenek ceza olarak öngörülmesi de nadirdir. Bunun örneklerinden biri Fransa'dır⁴⁹⁰.

İşlenen bir suçun karşılığı olarak mahkumun malvarlığı üzerindeki mülkiyet hakkının devlete devredilmesi olan müsadere, malvarlığının bütününe veya bir kısmına yönelmesi itibariyle genel ve özel müsadere olarak ayrılmaktadır. Günümüz dünyasında, tıpkı ölüm cezası gibi, genel müsadere de hukuk sistemlerinden çıkarılmaktadır. Hukukumuz bakımından bu kural, Anayasal teminat altındadır (AY m. 38/8).

⁴⁸⁹ DOLCINI – PALIERO: *Il Carcere*, s. 157 vd.; MANNOZZI: s. 395-397.

⁴⁹⁰ Fransa'da müsadere, esas itibariyle ek ceza niteliğinde öngörülmüştür. Ancak belirli ağırlığın altındaki suçlar bakımından, hakimin hapis cezası yerine verebileceği seçenek ceza listesi arasında da yer almaktadır (bkz. Fransız Ceza Kanunu *art.* 131-6).

Müsaderenin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bu durum, kurumun kendi içinde çok çeşitli olması ve hem ceza hem de güvenlik tedbiri şeklinde öngörülebilir olmasından kaynaklanmaktadır. Bir suçta kullanılan, suçun işlenmesi için hazırlanan, suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan elde edilen eşyanın müsaderesinin, başta mahkumiyetin bir sonucu olması ve suçla ilgisi bulunmayanlar üzerine uygulanamaması itibariyle ceza olarak değerlendirilmesine⁴⁹¹ karşın, ülkemizde özellikle 80’li yıllardan itibaren müsaderenin güvenlik tedbiri niteliğinde olduğu görüşler ağırlık kazanmış⁴⁹² ve 2005 yılında Türk Ceza Kanunu’nun 54. maddesinde açıkça güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiştir. Ancak bu konudaki derin tartışmalara girmenin bu çalışma bakımından faydası bulunmamaktadır. Nitekim hukuki niteliği ne olursa olsun, çoğunlukla müsadere, hapis cezası veya infazına seçenek olan (bağımsız) bir kurum olarak görülmemektedir. Ek ceza veya güvenlik tedbiri yahut hem ek ceza hem güvenlik tedbiri⁴⁹³ olabilen, ancak neredeyse hiçbir yerde bağımsız asıl ceza olarak düzenlenmeyen bir kurumun, hapis cezasına alternatif olma niteliğine az rastlandığı için çalışmamızda ayrı bir başlık olarak incelenmemektedir.

Para cezası, suç işleyen kişiden, işlediği suç nedeniyle bir miktar paranın alınarak kanun tarafından gösterilen yere ödenmesidir⁴⁹⁴.

⁴⁹¹ DÖNMEZER – ERMAN: C. II, s. 854 ve 855.

⁴⁹² ÖNDER: Ceza Hukuku Dersleri, s. 537.

⁴⁹³ Örneğin Hollanda Ceza Kanunu, müsadereye geniş ve detaylı şekilde yer vermiş; bu kurumu, hem ek ceza hem de güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiştir.

⁴⁹⁴ DÖNMEZER – ERMAN: C. II, s. 810. Para cezalarının tanımını verebilmek için tüm nakdi cezalara ilişkin birleştirici özelliğin temel alınması gerektiğini savunan *Donay*’a göre tanım şu şekilde olmalıdır: “*Para cezası, suç teşkil etsin veya etmesin, bir hukuk normunu ihlal eden kişinin devlete veya kanunda belirtilen başka bir yere, bir zararın tazmini amacı taşımaksızın ödemek zorunda olduğu belli bir miktar paradır.*” Bkz. DONAY, Süheyl: Türk Hukukunda Para Cezalarında Gelişmeler, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu (22-26 Mart 1976) içinde, s. 269.

Para cezaları, ölüm cezası ve bedensel cezalar ile birlikte, tarihsel olarak en eski ceza türlerindendir. Diğer ikisinin çağdaş ceza hukukunun sahnesinden ayrılmasıyla birlikte, (özellikle kısa süreli) hapis cezasından kaçış hareketinin de başrolüne, ilk olarak, para cezası geçmiştir.

Para cezasının tercih edilmesi, özellikle kısa süreli hapis cezası ile mücadelesi bakımından, birçok sebepten ileri gelmektedir: Öncelikle ölçülebilir ve derecelendirilebilir olması sayesinde cezanın bireyselleştirilmesi bakımından elverişlidir. Buna ek olarak para cezası, hapis cezası gibi devlete ekonomik bir yük değil, aksine kamusal finans kaynağıdır. Ayrıca uzun zamandır temel bir ceza türü olarak deneyimlenmiş olduğu için, uygulanması için kanun koyucunun yaratıcı düşünce faaliyetlerine ya da yeni kurumsal organizasyonlara ihtiyaç duymamaktadır⁴⁹⁵. Olası bir adli hata halinde rahatlıkla tamir edilebilir olma özelliği ve suçlunun alışmasına elverişli olmaması nedeniyle tekrür açısından hürriyeti bağlayıcı cezaya nazaran daha etkili oluşu da, para cezalarının olumlu yanlarıdır⁴⁹⁶.

Buna karşın, para cezasının acı vericilikten uzak olması geleneksel olarak hep eleştirilmiştir. Failin içinde bulunduğu ekonomik koşullara bağlı olarak özel önleme işlevini yerine getirememesi mümkündür. Buna bağlı olarak caydırıcılık niteliği de taşımadığı da düşünülebilir. Bu durumda, toplum içindeki bazı sosyal sınıflar bakımından uygulanamaz nitelikte veya uygulansa bile etkili olmaktan uzaktır⁴⁹⁷. Ayrıca para cezasının illa suçlunun kendisi tarafından ödendiğinden emin olunamayacağı, ne kadar engellenmeye çalışılırsa çalışılsın, diğer ceza türlerinden farklı olarak para cezası, üçüncü bir kişi

⁴⁹⁵ Belirtilen olumlu özelliklere ek olarak, para cezasının, fail bakımından da bir çeşit sosyal damgalamaya yol açtığı hakkında bkz. DOLCINI – PALIERO: *Il Carcere*, s. 158.

⁴⁹⁶ DÖNMEZER – ERMAN: C. II, s. 811. Para cezalarının lehindeki görüşler hakkında daha detaylı bilgi için bkz. ÇOLAK, Haluk – ALTUN, Uğurtan: “*Bir Yaptırım Türü Olarak Para Cezalarının Teori ve Uygulamadaki Analizi*”, TBB Dergisi, S. 69, Y. 2007, s. 246 ve 247.

⁴⁹⁷ DOLCINI – PALIERO: *Il Carcere*, s. 159.

tarafından da ödenebileceği ihtimaline binaen eleştirilmiştir⁴⁹⁸. Öte yandan, ailenin geçim kaynağı olan paradan yoksun kalma halinde olduğu gibi, suçla ilgili olmayan kişiler üzerinde yıkıcı etki yapabilmesi⁴⁹⁹ nedeniyle para cezası, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine dokunabilir.

Bu sorunların etrafında şekillenen evrimin sonunda, bireylerin ekonomik durumlarını dikkate almayan klasik para cezası modelinden vazgeçilmiş ve ekonomik şartların değerlendirildiği bir para cezası sistemi olan gün para cezası (birim ceza) sistemine yönelinmiştir⁵⁰⁰. Daha önce de belirtildiği gibi para cezası, hapis dışı bir ceza türü olarak çok eskiden beri mevcut olduğundan, hapis cezasına alternatif arayışında icat edilen yenilik, para cezası değil, gün para cezası (*day-fine*) sistemidir. Bu sistemde suçun ağırlığı ile failin ekonomik koşullarından oluşan iki farklı ölçüte bağlı olarak bireyselleştirilmiş bir cezaya hükmedilmektedir. Gün para cezası sisteminin ilk modeline on dokuzuncu yüzyılın sonlarında Portekiz’de rastlanmakla birlikte, bu sistem, günümüzdeki haliyle, ilk olarak, 1921’de Finlandiya’da benimsenmiştir. Bunu 30’lu yıllarda İsveç ve Danimarka, 70’li yıllarda Almanya, Avusturya ve Macaristan, 80’li yıllarda Fransa ve (çağdaş formuyla) Portekiz, 90’lı yıllarda İspanya ve Polonya izlemiş; 2000 yılında İsviçre ve Slovenya’nın dahil olduğu bu gruba⁵⁰¹, 2005’ten itibaren ülkemiz de katılmıştır. Gün para cezası sistemi, failin ekonomik düzeyine bağlı olarak değiştiği için cezanın acı verici özelliğini ve bireyselliğini korur.

⁴⁹⁸ Hatta bu yönü nedeniyle birçok yazar, para cezasının, suçluya bağlı kişisel bir ceza değil, mala karşı uygulanan bir ceza olduğunu belirtmiştir. Bkz. ÖNDER: Ceza Hukuku Dersleri, s. 511.

⁴⁹⁹ DÖNMEZER – ERMAN: C. II, s. 812.

⁵⁰⁰ Bir de nispi para cezası sistemi mevcuttur. Failin ekonomik durumunu dikkate almaması itibariyle esasında nispi para cezası da, klasik para cezası türü olarak kabul edilmektedir. Burada suç nedeniyle verilen zarar veya elde edilen yarara yahut suçun maddi konusuna oranlı bir para cezasına hükmedilmektedir. Bkz. TOROSLU, Haluk: Ceza Müeyyidesi, s. 137 ve 138; DÖNMEZER – ERMAN: C. II, s. 820.

⁵⁰¹ Gün para cezasını benimseyen ülkeler ve bunun tarihlerine ilişkin bilgi için bkz. GOISIS, Luciana: La Pena Pecunaria, un’Indagine Storica e Comparata: Profili di Effettività, Milano 2008, s. 46.

Para cezası, tek başına hükmedilebilen⁵⁰², hapis cezasına seçenek olan yahut ona eklenen asıl ceza şeklinde olabileceği gibi, ek ceza da olabilir⁵⁰³. Bundan başka, hapis cezasına hükmedildikten sonra, onun paraya çevrilmesi şeklinde bir model de öngörülebilir. Bu sayılanlar içinde sonuncusu, (kısa süreli) hapis cezasına alternatif arayışıyla en yakın bağlantılı olan modeldir.

Para cezası, özü itibariyle, devlete ödenen ceza türü olarak, tazminattan ayrılmaktadır. Bu sebeple tazminat, verilen zarar ile orantılı iken, para cezası böyle değildir ve failin ölümü haline mirasçılardan da istenemez⁵⁰⁴. Ancak bu temel farka rağmen, suç karşılığında ve suçun yargılandığı davada hükmedilebilen (adeta bir ceza yaptırımı olarak) tazminat, yani mağdura ödenen para cezaları⁵⁰⁵ yaygınlaşmaktadır. Şüphesiz, bir ceza yaptırımı olarak mağdurun zararının karşılanması, sadece mağdurun malvarlığı üzerinde zarara yol açan suçlarda mümkündür⁵⁰⁶. Mağdura ödenen tazminat şeklindeki para

⁵⁰² Para cezalarının, müstakil bir asıl ceza olarak öngörülmemesi ve sadece hapis cezasına seçenek olması gerektiği de savunulmuştur. bkz. İÇEL: Hürriyeti Bağlayıcı, s. 303 (Tartışmalar kısmında *Nevzat TOROSLU* tarafından savunulan görüş).

⁵⁰³ Özellikle kazanç hırsı ile işlenen suçlarda asıl cezanın yanında para cezası da hakimın takdirine bağlı bir ek ceza olarak eklenebilir. Ancak kazanç hırsı ile işlenen suçların neler olduğunun tek tek özel hükümlerde sayılması yerine, genel hükümlerde hakime verilen genel bir takdir yetkisi şeklinde düzenlenmesi daha uygun olacaktır. Hakim, kazanç hırsı ile işlenen suçlarda bu cezanın suçlunun kişiliğine uyması ve temel cezanın yetersiz kalması halinde ek olarak para cezasına hükmedebilmelidir. Bkz. DONAY: s. 271 ve 274. Belirtelim ki, İtalyan Ceza Kanunu'nun 24. maddesinin ikinci fıkrası ile Alman Ceza Kanunu'nun 41. maddesi bu yönde genel bir düzenleme içermektedir. Hukukumuzda ise para cezası, ek ceza olarak (765 sayılı TCK döneminde de fer'î veya mütemmim ceza olarak) düzenlenmemiştir.

⁵⁰⁴ DÖNMEZER – ERMAN: C. II, s. 817.

⁵⁰⁵ Bunun dışında bir de “tazminat kabilinden para cezaları” olarak adlandırılan ve genellikle mali suçlar karşılığında hazineye verilen zararı gidermek amacıyla hükmedilen, özellikle gümrük ve vergi alanlarındaki cezalar vardır. Bkz. DÖNMEZER – ERMAN: C. II, s. 818 ve 819. Ayrıca bkz. ÖNDER: Ceza Hukuku Dersleri, s. 517 ve 518.

⁵⁰⁶ Bu çerçevede zararın tazmin edilmesi yaptırımının, mala zarar verme, hırsızlık, dolandırıcılık, karşılıksız faydalanma, tefecilik gibi suçlarda uygulanabileceği belirtilmiştir. Bkz. AYDIN, Devrim: s. 99. Biz bu sınırlamanın dar olduğunu ve tazmin yaptırımının (ek ceza olarak), şiddete dayalı ancak malvarlığı üzerinde etki doğuran suçlarda da, örneğin terör suçlarında, uygulanabileceğini düşünüyoruz. Ancak manevi zararın bu kapsama girmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

cezasının esasında bir ceza müeyyidesi olmadığı da savunulmuştur⁵⁰⁷. Buna karşın bazı ülkelerde⁵⁰⁸ bu yönde düzenleme ve uygulama mevcuttur⁵⁰⁹. Bir cezai yaptırım türü olarak mağdura ödenecek tazminat (veya iade), uluslararası hukukun dikey gelişim mekanizmalarına ilişkin düzenlemelerinde de, hapis cezasına alternatifler arasında tavsiye edilmektedir^{510, 511}.

⁵⁰⁷ DONAY: s. 305 (Tartışmalar kısmı).

⁵⁰⁸ Örneğin İngiltere’de *Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000*, sec. 130.

⁵⁰⁹ Esasında bu ülkelerin hangi hukuk sisteminde yer aldığına bağlı olarak, suç nedeniyle mağdura ödenecek tazminata hükmedilme usulü değişmektedir. Anglo-Sakson sisteminde [zaten hukuk ve ceza mahkemeleri ayrımı bulunmadığı için], suç mağdurunun zararı, aynı hukuki rejim çerçevesinde tazmin ettirilebilir. Avrupa ülkelerinin çoğunluğunda kabul edilen diğer yöntem ise, mağdurun, ceza mahkemesi önünde ve iddia makamının yanında davaya katılması, böylece hem iddia faaliyetine dahil olması hem de zararının bu mahkemece tazminini isteyebilmesi olanağıdır. Detaylı bilgi için bkz. KAFES, Veli: “*Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi*”, AÜHFD, Y. 2011, 60 (1), s. 102 ve 103.

⁵¹⁰ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin Rec (2000) 22 sayılı Tavsiye Kararı’nın 2 no.lu ekinde yer alan örnek alternatif yaptırım ve tedbirler listesi içerisinde mağdura tazminat ödenmesi, fail-mağdur uzlaşması ile birlikte aynı maddede sayılmıştır. Aynı düzenleme R (99) 22 sayılı Tavsiye Kararı’nda da yer almıştır. Tazminatın toplumsal bakımından yapıcı bir ceza ve ıslah için önemli bir fırsat olduğu hakkında ayrıca bkz. Hapsetmenin Alternatifleri, (Ceza Adaleti El Kitapları Dizisi), s. 32.

⁵¹¹ Mağdurun zararının karşılanması konusunun gelişmiş bir yöntemi de, fail tarafından mağdura ödenecek tazminatın mahkeme kararı ile kesinleşmesinin beklenmeden, devletin idare ettiği veya bağımsız bir fon sayesinde mağdurların zararlarının hızlıca giderilmesidir. Esasında, mağdur haklarının hızlı gelişimi ile birlikte mağdurların zararlarını karşılamak üzere kurulan fonlar Avrupa Birliği’ne dahil ülkelerin çoğunda mevcuttur. Avrupa Birliği üye ülkelerinde belirli hukuki konular hakkında benimsenen modellerin anlatıldığı Avrupa Hukuk Portalı’nda (*The European e-Justice Portal*), mağdurlara yönelik muamele ve suçtan kaynaklanan zararlarının karşılanmasına ilişkin her bir ülkenin sahip olduğu sistemin incelenebileceği bir başlık da bulunmaktadır. Bkz. https://e-justice.europa.eu/content_if_my_claim_is_to_be_considered_in_this_country-491-en.do?clang=en (Erişim tarihi: 22.2.2019). İtalya, bu modelin hala ulusal düzeyde benimsenmediği az sayıdaki Avrupa ülkesinden biridir ve bu husus ciddi ölçüde eleştirilmektedir. Ancak bu konuda bölgesel düzeyde girişimler mevcuttur. Örneğin *Emilia-Romagna* Bölgesi’nde, 2004 yılından beri suç mağdurlarına maddi ve manevi destek sağlayan kurumsal bir mekanizma vardır. Bkz. <http://www.regione.emilia-romagna.it/fondazione-per-le-vittime-dei-reati/> (Erişim tarihi: 27.2.2019).

Hukukumuzda mağdurun zararının giderilmesine, ceza yaptırımını olarak⁵¹², sadece bir düzenlemede yer verilmiştir: Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırım olarak TCK m. 50/1-b. Onun dışında, mağdurun zararının giderilmesi, hapis cezasına veya infazına seçenek kurumlardan bir kısmının uygulanmasının, takdiri⁵¹³ veya zorunlu⁵¹⁴ bir şartı olarak mevzuatımızda yer almaktadır.

Ceza hukuku alanındaki para cezası, idari para cezasından da ayrılır ve bunu vurgulamak üzere “adli para cezası” olarak adlandırılır. Adli para cezalarının kapsamı, bir yandan özellikle kısa süreli hapis cezalarının yerine geçmek suretiyle genişlerken, diğer yandan, suç olmaktan çıkarma hareketleriyle birlikte, idari para cezaları karşısında daralmaktadır.

Para cezasının hapis cezasına alternatif olma özelliği ile ilgili en önemli hususlardan biri, ödenmediği takdirde otomatik olarak hapis cezasına dönüşmemesi gereğidir. Bu durum, para cezasının yoksulluk nedeniyle ödenememesi halinde, kişilerin ekonomik durumlarındaki farkın, herkes için aynı değerde olan hürriyet üzerinde etki doğurması nedeniyle kabul edilemez bir eşitsizlik yaratır⁵¹⁵. Bu sakıncayı önlemek için, bir yandan ödenmeyen para cezasını kamu yararına çalışma gibi bazı tedbirlere çevirmek, diğer yandan ödemenin gerçekleşmesi için mehil vermek ya da taksitlendirme imkanı tanımak gibi yöntemler üretilmiştir⁵¹⁶. Ancak hürriyeti bağlayıcı cezaya dönüşme

⁵¹² Bu düzenlemenin, “onarıcı adalet yaptırımı” adıyla, ceza ve güvenlik tedbirlerinden farklı, üçüncü bir tür yaptırım olduğu görüşü için bkz. MADEN: s. 75 ve 97-104.

⁵¹³ Örneğin hapis cezasının (infazının) ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi şartına bağlı tutulabilir (TCK m. 51/1-a).

⁵¹⁴ Hükmün açıklanmasının geri bırakılması (ertelenmesi) için, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi gerekir (CMK m. 231/6-c).

⁵¹⁵ Aynı yönde bkz. DÖNMEZER – ERMAN: C. II, s. 812 ve 813; DONAY: s. 286 ve 287. Anayasa Mahkemesi de bu görüşü benimsemiştir. Bkz. AYM 20.6.1967 tarih ve E. 967/7, K. 967/19 künyeli kararı.

⁵¹⁶ DÖNMEZER – ERMAN: C. II, s. 816.

tehdidinin canlı tutulmasını, para cezasının infaz edilebilmesi için zorunlu olduğunu savunanlar da mevcuttur⁵¹⁷.

Türk hukukunda para cezaları 765 sayılı TCK döneminde suçlunun ekonomik durumunu göz önüne almayan klasik sistem çerçevesinde, diğer cezalar gibi fiilin ağırlığı ve failin kusuruna göre tayin edilmekteydi⁵¹⁸. Bu dönemde 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesiyle (1965), suçlunun ekonomik durumu, para cezalarının tayininde bir ölçüt olarak devreye girmişti. Mülga Kanun'un 5. maddesinde para cezasının tayininde dikkate alınmak üzere tahdidi olarak sayılmamış ölçütlerden bir diğeri de, cezadan beklenen amaçların elde edilebilmesiydi. Türk ceza hukukunun gün para cezası sistemi ile tanışması ise, 2005 yılında, 5237 sayılı TCK ile gerçekleşmiştir.

İtalya'da suçlar, cürümler (*delitti*) ve kabahatler (*contravvenzioni*) olmak üzere ikiye ayrılmakta; cürümler için öngörülen para cezası *multa*; kabahatler için öngörülen para cezası ise *ammenda* olarak adlandırılmaktadır. Para cezası, 1981 yılında çıkarılan 689 sayılı Kanun ile hapis cezasına seçenek kurum olarak öngörülmüştür. Ondan önceki dönemde sadece asıl ceza formunda öngörülmüştü. Bu reforma kadar para cezası İtalya'da ciddi ölçüde az kullanılan bir ceza türü olabilmiştir. Örneğin, 1900 ile 1930 arasında tüm ceza mahkumiyetleri içinde para cezaları, ortalama %20'lik bir dilimi teşkil etmekteydi. Oysa aynı dönemde, başka Avrupa ülkelerinde durum farklıydı. Örneğin Fransa'da bu oran %35 ile %50 arasında değişirken, Almanya'da 1928 yılında %69'a dahi ulaşmıştı⁵¹⁹. Bir görüş, İtalya'da para cezasının son on yıllara kadar uygulanamamasını, ülkenin, uzunca bir dönem tarıma dayalı olmayı sürdüren sosyo-ekonomik yapısına dayandırmıştır⁵²⁰. İkinci

⁵¹⁷ DONAY: s. 295 (Tartışmalar kısmında *Muhtar ÇAĞLAYAN* tarafından savunulan görüş) ve s. 311-313 (Tartışmalar kısmında *Sulhi DÖNMEZER* tarafından savunulan görüş).

⁵¹⁸ DONAY: s. 280.

⁵¹⁹ RUSCHE – KIRCHHEIMER: s. 246-248.

⁵²⁰ Bu görüşe göre, Avrupa'nın genelindeki kentleşme döneminde, İtalyan toplumunun çoğunluğu, hala kent dışında ve "para" kavramından uzak yaşamını sürdürmekteydi. Bu nedenle para cezası, tıpkı

Dünya Savaşı'nın ardından, para cezaları, toplam mahkumiyetler arasında biraz artış göstermişse de, yine diğer Avrupa ülkelerinin çok gerisinde kalmıştır⁵²¹. Ancak para cezalarında özellikle 70'li yıllardan itibaren başlayan yayılma, 80'li yıllardaki reformla birlikte hız kazanmıştır⁵²². Kendine yakın diğer Avrupa ülkelerine nazaran hep daha az para cezası uygulayabilen İtalya'da, günümüzde ulaşılan oran, toplam mahkumiyetlerin üçte birinden de azdır⁵²³. İtalya'da para cezalarına ilişkin zaafın en önemli sebeplerinden biri, mevzuatta kapladığı alanın genişlemiş olmasına rağmen, bu tür cezaların konusu olan paranın, uygulamada etkin biçimde tahsil edilememesidir. Öte yandan İtalya, gün para cezası sistemini hala benimsememiş olan nadir ülkelerdendir. Doğrusu, sadece bağımsız para cezaları bakımından İtalya'da henüz gün para cezası sistemi benimsenmiş değildir. Ancak 2003 yılında 134/2003 sayılı Kanun ile 689 sayılı Kanun *art. 53/2*'de yapılan değişiklik sayesinde, (kısa süreli) hapis cezasına seçenek olan para cezaları bakımından gün para cezası sistemi kabul edilmiştir. Buna göre hakim, mahkumun ve çekirdek ailesinin ekonomik koşullarına uygun bir günlük birim belirler⁵²⁴ ve bu rakamı, para cezasına çevrilecek olan hapis cezasının süresi ile çarpar. Esasında, güvenilir bir maliye sistemi olmayan ülkeler için gün para cezası sistemine geçiş önerilmemektedir ve İtalyan öğretisi

Ortaçağ'da olduğu gibi, orta ve üst ekonomik sınıfa mensup kişilere yönelik ve sadece belirli suçlar için uygulanabilir nitelikteydi. Bkz. RUSCHE – KIRCHHEIMER: s. 285.

⁵²¹ Örneğin 60'lı yıllarda Almanya'da %70, Fransa'da %50 civarında olan oranlar karşısında İtalya'da para cezaları, toplam mahkumiyetlerin ancak %30'a yakınıni teşkil ediyordu. Bkz. MARINUCCI – DOLCINI: s. 611.

⁵²² DOLCINI – PALIERO: *Il Carcere*, s. 185 ve 186.

⁵²³ Almanya'da ise günümüzde, para cezaları, toplam mahkumiyetlerin %80'i civarındadır. Bkz. MANNOZZI: s. 395.

⁵²⁴ 2003 tarihinde değiştirilen bu hükümde, İtalyan Ceza Kanunu *art. 135*'e atıf yapılmış ve günlük para miktarının, orada belirtilen rakamın altına düşmeyeceği ve bu miktarın on katının üzerine çıkmayacağı belirtmiştir. Ancak İtalyan Ceza Kanunu *art. 135*'te 2009 yılında kadar 38 *Euro* olarak öngörülen bir günlük hapis cezasına denk kabul edilen para cezası miktarı, 2009 yılında fahiş bir artışla 250 *Euro*'ya çıkarılmıştır. Bu durumda hapse seçenek ceza olan para cezasında, hapis cezası süresi ile çarpılacak olan minimum günlük limit 250 *Euro* olmuştur. Hüküm, bu haliyle, bireylerin ekonomik koşullarını gözetmekten uzaktır.

de, kanun koyucunun dikkatini bu noktaya çekmiştir⁵²⁵. Zira vatandaşlarının gelir durumuna ilişkin yeterli ve doğru bilgileri bulunmayan bir devletin, gelir durumuna oranlı bir ceza adaleti kurgulaması, adaletsizliği körükleyecektir.

b. Kişi Özgürlüğünü Sınırlandıran Tedbirler

Kişi özgürlüğünü ortadan kaldırmak yerine sınırlandıran tedbirlerin oluşturduğu yelpaze oldukça geniştir. Bunların tümü için geçerli ortak özelliklerden biri, genel olarak kişi özgürlüğünü, özelde de konaklama, dolaşım ve boş zamanları değerlendirme özgürlüklerini etkilemeleri; diğeri de, tedbirin uygulandığı kişi üzerinde deneme rejimi uygulanmasını öngörmesi ve bunun başarıyla geçirilmesi halinde ceza verilmesinden veya bunun infazından kurtulma imkanı sağlamasıdır⁵²⁶. Ayrıca bu tür tedbirler genellikle ilgilinin rızasına dayanmak zorundadır.

Kişi özgürlüğünü ortadan kaldırmayıp, belli şart ve yükümlülükler altında kişinin denetimini sağlayan ve kendi içinde çok çeşidi bulunan bu modellerin icat edilmesiyle birlikte, (Türkçe'ye denetimli serbestlik olarak kazandırılan⁵²⁷) *probation* kavramı karşımıza çıkmaktadır. Latince kökenli bu kelimenin (*probo, probare, probavi, probatus*) anlamı, denemek, test etmek, kabul edilmek, doğru veya gerçek olduğunu göstermek, kanıtlamaktır⁵²⁸. Kimi kaynaklara göre Amerika Birleşik Devletleri'nde⁵²⁹ kimilerine göre

⁵²⁵ GOISIS: s. 31.

⁵²⁶ DOLCINI – PALIERO: Il Carcere, s. 160.

⁵²⁷ Bu tercihin yerindeliliğine ilişkin değerlendirme için bkz. YAVUZ: s. 60.

⁵²⁸ Bkz. <http://latin-dictionary.net/definition/31683/probo-probare-probavi-probatus> (Erişim tarihi: 01.03.2019)

⁵²⁹ Dünyanın ilk denetimli serbestlik görevlisinin, *Massachusetts*'te yaşayan ABD vatandaşı *John Augustus* olduğu genellikle kabul edilmektedir. Kendiliğinden suç failleriyle ilgilenmeye başlayan ve mahkemeye belirli taahhütler vermeleri karşılığında cezalandırılmamalarını sağlamak için onlara bizzat kefil olarak bu işi yürüten *Augustus*, yargılamanın amacının intikam duygusuyla kişileri cezalandırmak değil, onları düzeltmek ve yeniden suç işlemelerini önlemek olduğunu savunuyordu. Bu amaca ulaşmanın yolunun da, samimi ilgi ve rehberliğe dayalı bir destek sürecinden geçtiğini belirtiyordu. Herhangi bir resmi altyapı olmaksızın hayatını buna adanmış *Augustus*'un ardından gerekli düzenlemeler

de İngiltere’de⁵³⁰ doğduğu kabul edilen denetimli serbestlik kurumu, özü itibariyle, deneme rejimine dayalı bir ceza erteleme fikrine dayanmaktadır.

Denetimli serbestliğin amacı, rehabilitasyonu mümkün görünen faile, belli şartlar ve belli yükümlülükler altında, topluma yeniden uyum sağlama imkanını tanımaktır⁵³¹. Bu kurumun tanımı yapılabilir, ancak –özellikle günümüzde büründüğü yapı itibariyle- hukuki niteliğini belirlemek şeklinde bir çaba göstermek anlamsızdır. Çünkü denetimli serbestlik, hapis cezasının olumsuz etkilerinden uzaklaşılmasını, belli şartlar ve yükümlülükler çerçevesinde ve özgürlük içinde deneme süreci geçirilmesini sağlayan farklı hukuki nitelikteki kurumları bünyesinde barındıran bir üst yapıdır. Bu nedenle, kavram olarak denetimli serbestliğin, bir yaptırım türü yahut infaz rejimi niteliğinde kabul edilmesi mümkün değildir⁵³². Bununla birlikte denetimli serbestlik, her bir ülkenin mevzuatında

yapılarak denetimli serbestlik kurumu resmîyete kavuşturuldu ve 1878 yılında ilk resmi denetimli serbestlik görevlisi görevine başladı. Bkz. YAVUZ: s. 68-70.

⁵³⁰ Denetimli serbestlik kurumunun 19. yüzyılda İngiltere gibi, hakime -özellikle hüküm verirken- geniş takdir yetkisinin tanındığı bir ülkede doğmasının tesadüf olmadığını belirten *Pavarini* ise, tıpkı masallarda anlatılageldiği gibi, denetimli serbestliğin ilk örneğine ilişkin şu hikayeyi aktarır: Bir hakim, her Pazartesi sabahı, hafta sonları ölçüyü kaçırın bir hemşerisini, sarhoşluk suçlamasıyla yargılamak zorunda kalmaktadır. Her seferinde çok kısa süreli hapis cezalarına mahkum olan bu kimse, her hafta sonu özgür kalmakta ve hafta sonları da alkol aldığı için bu senaryo düzenli olarak tekrarlanmaktadır. Bu arada hakim, boş zamanlarında gittiği bir kulüpte tanıdığı bir ayakkabıcı vardır ve yaşanan senaryonun tekrarlanmasını önlemek için hakim, onun da içinde yer aldığı bir çözüm bulur. Buna göre, alkolik kimsenin, Cuma akşamından Pazar sabahına kadar ayakkabıcıda çalışmasına hükmedilecek, böylece alkol alma ihtimali olan tek zaman dilimini çalışarak geçirmesi sağlanacaktır. Bkz. PAVARINI: Istituzioni, s. 103.

⁵³¹ YAVUZ: s. 94.

⁵³² “[D]enetimli serbestlik, ceza veya tedbir niteliğinde bir yaptırım değil, ceza hukukunda bireyselleşmenin zorunluluğuna dayanan, kişinin özgürlük içinde ve mensup bulunduğu sosyal çevrenin koşullarından ayrılmaksızın rehabilitasyonunu mümkün kılacak tedbirlerin uygulanmasını ifade eden kendine özgü bir kurumdur.” Bkz. YAVUZ: s. 92. Benzer şekilde, denetimli serbestliğin, cezanın yerini alan veya suç karşılığında uygulanan bir tedbir değil, “kendine özgü bir kurum olduğu” hakkında bkz. CENTEL, Nur: “Denetimli Serbestlik”, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Ankara 2008, C. I, s. 533. Aktarılan değerlendirmelere katılarak ekleyelim ki, denetimli serbestliğin, bu çalışmada benimsenen mekanizma, araç, kurum anlamıyla tedbir şeklinde nitelendirilmesi mümkündür.

benimsenen farklı görünümüleri itibariyle, asıl ceza, güvenlik tedbiri yahut infaz modeli olabilir.

Bir ceza yaptırımı yahut infaz yöntemi olarak kişi özgürlüğünü sınırlandıran tedbirler üçe ayrılmaktadır:

i. Özgürlük içinde kontrol

Mahkumun sürekli olarak hapishane dışında bulunduğu, ancak belirli bir dönem için kontrol edildiği modeldir. Özgürlük içinde gerçekleştirilen bu kontrol, polis tarafından yürütülen basit bir izleme olabileceği gibi (Örneğin İtalya’da *libertà controllata*⁵³³), içeriğinde birtakım yükümlülükleri barındıran, uzman bir ekip ve teçhizat ile yürütülen, kapsamlı bir izleme süreci şeklinde de gerçekleşebilir. Bu yükümlülükler ise, belirli dönemlerde belirli kontrol organlarında hazır bulunmak gibi, şekli ve salt bürokratik nitelikte ya da muhtemel tekerrürü engelleyecek şekilde işlevsel yükümlülükler olabilir. İşlevsel olanlara örnek olarak, belirli yerde kalmaya, belirli bir alandan ayrılmamaya, belirli yer veya kimselerden uzak durmaya zorlama yahut belirli kişilerle iletişim kurmayı, belirli mekanlara gitmeyi, silah bulundurmaya, araç sürmeyi yasaklama gibi tedbirler verilebilir⁵³⁴.

Belirli bir yerden ayrılmamaya zorlama içinde en müdahaleci, yani özgürlüğü en fazla kısıtlayıcı olan, ev hapsi⁵³⁵ ya da hapis cezasının tümünün ya da bir kısmının konutta

⁵³³ Kontrollü özgürlük (*libertà controllata*), 689 sayılı Kanun’un 56. maddesinde öngörülen, hapsedici değil, ama kişinin hareket etme özgürlüğünü kısıtlaması nedeniyle yasaklayıcı nitelik taşıyan ve kısa süreli hapis cezasının yerine geçebilecek şekilde öngörülmüş bir seçenek ceza türüdür. Bir yıla kadar olan hapis cezaları yerine hükmedilebilen kontrollü özgürlük rejiminde mahkumdan, günde en az bir defa belirtilen saat ve yerde (çoğunlukla polis merkezi) bulunması beklenir. Ayrıca bu ceza türünde, mahkumun yerleşim yerinden ayrılmama zorunluluğu vardır. Bu zorunluluk, ancak gözetim hakimi tarafından iş, aile, sağlık veya eğitim nedeniyle özel izinlerin verilmesi halinde aşılabılır.

⁵³⁴ DOLCINI – PALIERO: Il Carcere, s. 161.

⁵³⁵ Bu kavramın karşılığı olarak mukayeseli hukukta ve Türk hukukunda kullanılan “ev hapsi”, “konutta hapis”, “evde infaz”, “hapis cezasının konutta çektirilmesi” gibi farklı terimler mevcuttur. Bunlar içinde

infaza dönüştürülmesidir. Kişinin konutundan, belirli istisnalar dışında ayrılmaması üzerine kurulu bu yöntem, seçenek bir asıl ceza yahut hapis cezasına alternatif bir infaz yöntemi olarak öngörülebilir⁵³⁶. Ev hapsi veya konutta infazın en önemli avantajları, devletin hapis cezasının infazının yüksek maliyetinden kurtulması, mahkumun ise suçluluğun bulaşıcı olduğu hapishane ortamından uzak kalması ve yeni bir suç işleme ihtimalinin, belirli bir süreyle de olsa, fiziksel olarak önlenmesidir. Ancak bu yol, toplumsal ölçekte, yani toplumun savunması bakımından etkili iken; bireysel gelişim, yani mahkumun topluma yeniden kazandırılması yönünden çok da etkili değildir. Bu nedenle konuttan çıkmanın hiç mümkün olmadığı modeller yerine, belirli zamanlarda, çalışma, eğitim, sağlık veya ibadet gibi önceden belirlenmiş gerekçelerle dışarı çıkıp, toplumsal hayata katılmanın mümkün olduğu modeller daha işlevseldir⁵³⁷.

Ceza adalet sistemi içindeki farklı aşamalarda, özgürlük içinde kontrol tedbirlerinin yerine getirilmesinde kendisinden yararlanan ve özellikle 1990’ların başından itibaren hızla gelişen bir uygulama yöntemi⁵³⁸ olan elektronik izleme, tedbirlerin etkinliği noktasında büyük önem taşımaktadır. Elektronik izlemenin, hukuki niteliği bakımından bağımsız bir ceza türü olduğu yönündeki değerlendirmelerin varlığına karşın, çoğunlukla, kontrol içerikli tedbirlerin uygulanmasına yarayan bir gözetim biçimi olduğu kabul edilmektedir⁵³⁹.

sonuncusunun Türk kanun koyucusu tarafından tercih edilmesinin nedenini, kurumun hukuki niteliğinin özel infaz usulü olması vurgusu şeklinde açıklayan görüş için bkz. KOÇ, Ziya: “*Elektronik İzleme ile Hapis Cezasının Konutta Çektirilmesi*”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2013, S. 2, s. 174 ve 175.

⁵³⁶ Kanaatimizce, seçenek ceza olarak öngörülen hallerde “ev hapsi”, hükmedilmiş hapis cezasının infazını dönüştüren bir rejim olması halinde de “konutta infaz” ifadesinin kullanılması daha uygundur.

⁵³⁷ İÇEL (vd.): Yaptırım Teorisi, s. 94 ve 95.

⁵³⁸ YAVUZ: s. 121.

⁵³⁹ Bkz. YAVUZ: s. 122; KOÇ: s. 117 ve 118. Amerika Birleşik Devletleri’nde cezanın konutta infazı ve hükümlünün elektronik yöntemlerle izlenmesi 1980’li yıllardan beri uygulanmakta olup; pek çok eyalette, elektronik izleme yöntemleriyle evde infaz, denetimli serbestliğin koşulu olarak veya alternatif bir ceza olarak uygulamaktadır. Bkz. ÇOLAK, Haluk - ALTUN, Uğurtan: “*Kısa Süreli Hapis Cezaları, Seçenekli Yaptırımlar ve İnfaz Rejimleri*”, TBB Dergisi, Y. 2006, S. 67, s. 224.

Ülkemizde elektronik izlemenin kanuni dayanağı, 5402 sayılı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu’na 2012 yılında⁵⁴⁰ eklenen 15/A maddesidir. Bu maddenin birinci fıkrası, “*Şüpheli, sanık ve hükümlülerin toplum içinde izlenmesi, gözetimi ve denetimi elektronik cihazların kullanılması suretiyle de yerine getirilebilir.*” şeklindeki kısa cümleden ibaret olup, ikinci ve son fıkrasında da, ayrıntıların yönetmelik⁵⁴¹ ile düzenleneceği belirtilmektedir. Kanuni altyapısı bu şekilde oluşturulduktan sonra, 20 Ocak 2013 tarihinde Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü bünyesinde, aynı anda beş bin kişiyi takip etme kapasitesine sahip teknik donanımı bulunan Elektronik İzleme Merkezi kurulmuştur⁵⁴². Böylece, ceza muhakemesi sürecinde adli kontrol tedbiri olarak ya da hükümle birlikte yahut infaz sürecinde verilen denetimli serbestlik kararları içinden, belirli yerlere gitmekten yasaklama veya belirlenen konut, yer veya bölgeden çıkmama ya da belirlenen kişilere yaklaşmamaya dair olanlar elektronik izleme yoluyla da yerine getirilmeye başlanmıştır (Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği m. 104/1). Ancak burada özellikle belirtilmesi gereken sorun, mevzuatımıza göre, tedbirin kendisine yargı tarafından karar verilmesine rağmen, tedbirin yerine getirilmesinde elektronik izleme yoluna başvurulmasının idari bir kararla⁵⁴³ gerçekleşecek şekilde kurgulanmış olduğudur. Kişi özgürlüğüne yönelik ağır

⁵⁴⁰ RG. 11.4.2012, S. 28261. Bu Kanun ile birlikte, o tarihe karar adı “Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu” olan 5402 sayılı Kanun’un da adı “Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu” olarak değiştirilmiştir.

⁵⁴¹ Bu Yönetmelik, 5.3.2013 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan (S. 28578) Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği olup; elektronik izlemeye ilişkin bölümler, Yönetmelik’te Yedinci Kısım’da (m. 101 vd.) yer almaktadır.

⁵⁴² http://www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/elektronik_izleme/sergi_resim/resim.asp (Erişim tarihi: 23.4.2019)

⁵⁴³ Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği’nin 104. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarına göre, “*Mevcut risk durumu, tedbir, yükümlülük ve denetimin gereklilikleri, mağdurun veya toplumun korunma ihtiyacı dikkate alınarak, vaka sorumlusunun talebi üzerine komisyon, yükümlünün elektronik cihaz ile takibini elektronik izleme şube müdürlüğüne önerir. Elektronik cihaz takılması önerilen yükümlünün bilgileri elektronik izleme şube müdürlüğüne iletilir. Şube müdürlüğünce, izleme*

müdahalesi göz önünde bulundurularak, elektronik izlemeye ilişkin kararların da hakim kararına bağlanması gerektiği savunulmaktadır⁵⁴⁴. Elektronik izleme uygulanması veya uygulanmasına son verilmesine ilişkin kararların yargısal makamlar tarafından alınması ya da bu kararların yargı makamlarınca gözden geçirilmesi gereği, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Elektronik İzleme ile ilgili 2014 (4) sayılı Tavsiye Kararı'nda da vurgulanmıştır⁵⁴⁵.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının hakim güvencesine dayanmasına ilişkin bu prensibe uyulması gerektiği görüşüne katılarak, mevcut durumun yarattığı bir tehlikeye daha dikkat çekmek istiyoruz. Ülkemiz uygulamasına göre, hakim veya mahkemenin, tutukevi veya ceza infaz kurumunda bulunması zorunlu olmadığı kanaatiyle (denetimli serbestlik çerçevesinde) özgür bıraktığı şüpheli, sanık ya da hükümlüler içinden bir kısmı, idari bir kararla elektronik araçlarla gözetime tabi tutulmaktadır. Kanaatimizce, kişinin ceza infaz kurumunda kalıp kalmayacağı ve toplum içerisinde hayatına devam edecek ise özgürlüğüne hangi sınırların konulacağı konusunda yetki sahibi olan adli makamlar, serbest bırakılan kişinin, elektronik izleme altında olmaksızın da salıverilmesine rıza gösterdiklerine göre; adli makamların öngörmediği ve kişi hak ve hürriyetleri bakımından ilave kısıtlayıcı sonuçlar doğuran bir izleme metodunun, idari makamlar tarafından uygulanmasının yerindeliği sorgulanmalıdır. Kişilik özelliklerinin ve mevcut risk durumunun denetimli serbestlik teşkilatının uzman personeli tarafından değerlendirilmesi üzerine idarece, kimlerin elektronik izlemeye tabi tutulacağının belirlenmesi, ilk bakışta doğru görülebilir. Ancak burada, hapsedilen değil, denetimli de olsa serbest bırakılan şüpheli, sanık veya hükümlülerin elektronik araçlarla

merkezinin kapasitesi, yükümlünün durumu, mahkeme kararının niteliği ve infaz kabiliyeti teknik yönden değerlendirilerek yükümlünün elektronik cihaz ile izlenip izlenmemesine karar verilir.”

⁵⁴⁴ YAVUZ: s. 199. Konutta infaz bakımından aynı yönde görüş için bkz. KOÇ: s. 217.

⁵⁴⁵ Anılan Tavsiye Kararı'nın gayri resmi Türkçe çevirisi için bkz. <https://rm.coe.int/16806f4087> (Erişim tarihi: 24.4.2019)

izlenmesi söz konusu olmaktadır. Örneğin, hapis cezasının konutta infazına karar veren hakim veya mahkeme, bunun elektronik cihazların kullanılması suretiyle mi takip edileceğini (Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği m. 75/11), yoksa denetim bürosunda görevli denetimli serbestlik memuru veya kolluk tarafından bizzat eve gidilmek suretiyle mi kontrol edileceğini (Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği m. 75/7) belirlememektedir. Böylece hakimin, halihazırda tutukluluğa, hapis cezasına veya infazına seçenек bir kuruma başvurmayı uygun gördüğü kişiler arasından, idarece yapılan seçim üzerine uygulanan bir mekanizmaya dönüşen elektronik izlemenin, tutukluktan yahut hapis cezasından çok, özgürlüğe alternatif olması kaçınılmazdır. Bu durum, aynı zamanda, kısıtlı kaynakların etkin kullanımı prensibinden uzaklaşılması anlamına da gelmektedir.

Sonuç olarak, gerek kişi özgürlüğüne yönelik ağır müdahalenin hakim güvencesine tabi olması gerekse hapsedilmeye gerçekten alternatif olması gerekçesiyle, elektronik izlemeye ilişkin kararların da, elektronik izlemeye konu olan tedbire karar veren hakim veya mahkeme tarafından verilmesi ve bu yöntemin, tutuklamaya veya hapis cezasına, karar anında alternatif olacak şekilde hakimin takdirine sunulması gerekmektedir⁵⁴⁶.

ii. Özgürlük içinde pozitif edimlerin yüklendiği gözetim

Mahkumun pedagojik gelişimi üzerine şekillendirilen bu modelde, bir önceki kontrol modeli ile topluma yeniden kazandırılmasında mahkuma destek olma işlevi birleştirilmiştir. Destek sürecinde failin kişisel ve sosyal sorunlarını anlaması ve bunların

⁵⁴⁶ Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde, hükümlünün elektronik yöntemlerle izlenmesinin hedef kitlesinin, normalde cezaları cezaevinde çektirilmesi gereken hükümlüler olduğundan hareketle, elektronik izleme yöntemiyle evde infazın, hapis cezasına gerçek anlamda bir seçenек olduğu belirtilmektedir. ÇOLAK – ALTUN: s. 224.

üstesinden gelmesi, yargıya ve idareye güvenmesi, topluma entegre olması amaçlanır⁵⁴⁷. Bu modelde, topluma yeniden kazandırma amacıyla sosyal bir faaliyet yerine getirme, bir meslek veya sanat öğrenmeyi sağlayacak şekilde eğitim alma ya da çalışma⁵⁴⁸ yahut tedavi-terapi eksenli bir içerikle failin rehabilite edilmesi söz konusu olabilir. Bu sonuncusu, psikolojik terapi gruplarına katılım, uyuşturucu veya alkol bağımlılarına özel terapiler gibi içeriklerle sağlanmaya çalışılır.

Birbirinden farklı içeriklerle doldurulmakla birlikte, genel olarak belirtilen bu model, denetimli serbestlik çatısı altında, temel veya ek ceza yahut hapis cezasının tümü veya bir kısmına⁵⁴⁹ alternatif infaz yöntemi görünümünde, tüm dünyada yaygın şekilde uygulanmaktadır.

iii. Bir gruba ya da kuruma yerleştirme

Diğerlerine nazaran daha az uygulanan üçüncü model ise belirli, sabit ve küçük bir gruba geçici olarak girip, kurallara dayalı birlikte yaşam düzenine uyum sağlamayı amaçlar. Bu modelin hayata geçirildiği merkezler, çoğunlukla devlet tarafından değil,

⁵⁴⁷ DOLCINI – PALIERO: Il Carcere, s. 161.

⁵⁴⁸ Buradaki çalışma, aşağıda incelenecek olan çalışma içerikli tedbirlerden farklı olarak, ona bir meslek edindirmeyi sağlayacak şekilde eğitim benzeri bir faaliyettir. Her iki çalışma formu da kamunun yararına olup, çalışan bireyin topluma kazandırılmasına hizmet etmekle birlikte, birinde kişinin iş gücünden yararlanma söz konusuysen, diğerinde, onun belirli bir meslek ya da sanatı öğrenmesine odaklanılmıştır.

⁵⁴⁹ Örneğin İtalya’da, mahkumiyet sonrasındaki dönemde devreye giren ve (infazda) denetimli serbestlik içerikli bir kurum olan *l’affidamento in prova al servizio sociale* (İtalyan Ceza İnfaz Kanunu art. 47) hapis cezasının infazına genellikle kısmi bir alternatiftir. Zira -istisnaları bulunmakla birlikte kural olarak- başlangıçta, failin kişiliğinin gözlemlenmesi amacıyla da olsa, belirli bir süre hapsedilmeyi öngörür ve asıl davaya bakan hakimin değil, ceza infaz sürecinden sorumlu olan gözetim mahkemesinin (*tribunale di sorveglianza*) kararıyla uygulanır. Bu nedenle, İtalyan ceza hukukunda düzenlenen denetimli serbestlik kurumu, hapis cezasının infazına (genellikle kısmi olarak) alternatiftir. İtalyan Anayasa Mahkemesi 12 Haziran 1985 tarihli ve 185 sayılı kararında *affidamento in prova al servizio sociale* kurumunun, cezaya alternatif bir tedbir değil, cezanın amaçlarına ulaşmaya elverişli şekilde hapis cezasına alternatif olarak öngörülen başlı başına bir ceza veya ceza infazının bir yöntemi olarak kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Bkz. DOLCINI – PALIERO: Il Carcere, s. 164 ve 165.

belirli bir sivil toplum örgütü, dini grup yahut gönüllü organizasyonlar tarafından açılıp idare edilmekte; ancak devlet tarafından onay aldığı takdirde hizmet verebilmektedir.

Bir dönem (Batı) Almanya’da uygulanan ve deneme sürecindeki mahkumlar ile diğer vatandaşların (öğrenci veya çalışan) birlikte bir evi paylaşmasını sağlayan *Wohngemeinschaften* (paylaşımlı ev) kurumu⁵⁵⁰ ile günümüzde yine Almanya’da (çoğunlukla çocuk ve genç) mahkumların bir arada yaşayıp eğitim gördükleri alternatif ceza infaz modelleri⁵⁵¹, mahkumların bir süreliğine, hapis dışında ama denetim altında, belirli bir program dahilinde, belirli bir grup halinde ve hatta bazen diğer vatandaşlarla bir arada yaşam deneyimi kurmasını öngörmektedir.

Buna benzer bir örnek de, 70’li yılların başlarında, İngiltere ve Galler’de ve ardından Amerika Birleşik Devletleri’nde kurulan, suçlular için hapsedilmeye alternatif ve failin rehabilitasyonunu ön plana çıkaran ceza infaz yöntemlerine hayat veren merkezlerdir (*day-training centres, approved probation hostels* veya *probation day centres*). Bu yapıdaki kurumlara ilişkin detaylar, zaman içinde ve ülkeye göre elbette değişmektedir. Ancak temel olarak, denetimli serbestlik uzmanları ile birlikte ve kimi zaman eski mahkumların da rehberliği eşliğinde eğitim, iş edindirme, tedavi ve iyileştirme içerikli programların yürütüldüğü bu merkezlerde, topluma yeniden girişin yaratacağı sorunları aşmayı amaçlayan bir sistem kurulmuştur. Bu nedenle içeride kurgulanan yaşam da olabildiğince “normal” olmalıdır ve sadece kurumun dışında iş bulmaya yardımcı olmak değil, ayrıca boş zamanlarda toplumun hizmetine sunulmuş servislerden normal şekilde yararlanma da mümkün kılınmaktadır. Bu kurumların, bulunduğu yerdeki yerel halkla da

⁵⁵⁰ DOLCINI – PALIERO: *Il Carcere*, s. 163.

⁵⁵¹ Örneğin çocuk ve genç suçluların, bir çiftlik içerisinde, daimi olarak orada konaklayan rehberleri ile birlikte aile yaşamını tatmalarına olanak sağlayan, yoğun bir eğitim programı, çalışma düzeni ile sanat ve spor aktiviteleriyle dolu bir süreci geçirdikleri *Seehaus* (Göl evi) modeli için bkz. <https://seehaus-ev.de/prisonfellowship/> (Erişim tarihi: 4.3.2019)

kolay bağlantı kurulabilir şekilde, genellikle şehir merkezlerinde yer alması tercih edilmelidir.

c. Çalışma İçerikli Tedbirler

Çalışma içerikli tedbirler, yani kamuya yararlı bir işte ya da toplum hizmetinde çalışma, işlenen suç nedeniyle topluma olan borcu ödeme, yani topluma verilen zararın, topluma yararlı bir işte çalışma suretiyle telafi edilmesi⁵⁵² düşüncesiyle ceza hukukunun alanına girmiştir.

Öncelikle kapsama ilişkin olarak belirtelim ki, hükümlülük halinde gerçekleştirilen her tür çalışma formu bu kapsamda değerlendirilmemelidir. Aksi halde, ceza infaz kurumları içinde yahut kısmi de olsa mahkumun ceza infaz kurumunda yaşadığı sırada gerçekleştirilen çalışma da, doğru olmayan bir şekilde, bu kategoriye girecektir. Buradaki çerçeve, başlı başına ceza niteliğindeki veya hapis cezasının infazına alternatif olan çalışma modelleriyle sınırlıdır.

Çalışmanın bir ceza yaptırımı olarak öngörülmesi, cezanın amaç ve işlevlerine sahip olması ve cezanın doğasına ait görünümleri bünyesinde barındırmasıyla mümkün olmuştur. Çalışma cezasının acı vericiliği, kişinin kaybettiği boş zamandan (ve çoğunlukla ücretten mahrum kalmaktan) kaynaklanmakta ve topluma yeniden kazandırıcılığı ise, bu vaktin, toplumsal anlamı yüksek bir aktiviteye dönüşümünden ileri gelmektedir⁵⁵³. Çalışma veya toplum hizmetinin topluma yeniden kazandırma amacıyla bütünleşmesi ve diğer cezalar gibi bireyselleştirilmesi, işlenen suça uygun çalışma cezalarının üretilmesini de sağlamıştır. Bu doğrultuda örneğin, trafik suçları nedeniyle verilen toplum hizmeti cezasının, trafik kazalarının mağdurlarına hizmet veren merkezlerde yürütülmesi çekilmesi

⁵⁵² ALICI: s. 132.

⁵⁵³ DOLCINI – PALIERO: Il Carcere, s. 166.

mümkün olabilmektedir⁵⁵⁴. Esasında kamu yararına veya toplum hizmetinde çalışmanın, ceza değil de, bir infaz modeli olarak benimsenmesinde de aynı özellikler söz konusudur. Çalışma içerikli tedbirlerin olumlu bir diğer özelliği de, zamanla ve bunun ekonomik karşılığıyla olan ilişkileri sayesinde “ölçülebilir” nitelikte olmalarıdır.

Kamunun yararına ve ücretsiz olarak çalışmayı öngören tedbir veya yaptırım türü öncelikle, İngiltere’de ve ondan on yıl kadar sonra ikinci olarak Hollanda (1981⁵⁵⁵) tarafından benimsenmiş; bunları da Fransa, İrlanda ve Danimarka (1982), Portekiz (1983) ve Norveç (1984) takip etmiştir⁵⁵⁶. Günümüzde Avrupa Konseyi’ne (“büyük Avrupa”) üye ülkelerin tamamı, çalışma içerikli bir tedbiri, bir şekilde ceza hukuku alanına dahil etmiştir. Her ne kadar köklerini Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson hukuk kültüründen alıyorsa da, kamunun yararına karşılıksız çalışma, dünyanın diğer kıtalarında da hızla yayılmıştır⁵⁵⁷. Çoğu ülkede, çalışma cezasının yeni bir yaptırım olarak öngörülmesi denetimli serbestlik teşkilatlarının kuruluşu ile birlikte olmuştur⁵⁵⁸. Ancak ülkemiz bunun aksi bir örnektir. 1965 yılında yürürlüğe giren 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun’un 4. maddesinde kısa süreli hapis cezasının çevrilebileceği seçeneklerden biri olarak “altı ayı geçmemek üzere Devlet, belediye hizmetlerinde İktisadi Devlet, Teşekküllerinde çalıştırma” tedbiri, denetimli serbestlik teşkilatının kurulmasından çok önce öngörülmüştü. Ancak bu tedbir, uygulamada işlerlik kazanamadığı gerekçesiyle 1973 yılında yürürlükten kaldırılmıştır⁵⁵⁹. Bunun üzerine kurumun yeniden hayat bulması, ülkemizin, denetimli serbestlik kurumuyla resmi olarak tanıştığı 2005 yılından sonra mümkün olmuştur.

⁵⁵⁴ Bu örneğe ilişkin düzenleme Fransa’da mevcuttur (Fransız Ceza Kanunu *art.* 131-22).

⁵⁵⁵ Aynı yıl, İtalya’da hapis cezasına değil ama para cezasına seçenek olarak; daha doğrusu ödenmeyen para cezasının yerine geçmek üzere çalışma cezası öngörülmüştür.

⁵⁵⁶ KALMTHOUT: s. 76.

⁵⁵⁷ Örnekler için bkz. KALMTHOUT: s. 77.

⁵⁵⁸ KALMTHOUT: s. 83.

⁵⁵⁹ Bkz. 1712 sayılı Kanun (RG. 11.5.1973, S. 14532) m. 1.

Günümüzde pek çok ülke tarafından benimsenmiş olsa da, kamu yararına çalışmanın bir ceza yaptırımı olarak öngörülmesinin karşısında ciddi itirazlar sunulmuştur. Bunlar, temel olarak, çalışmanın bir hak olduğu ve ceza olarak öngörülmeyle değerinin düşürülemeyeceği, iş pazarındaki rekabet dengesini bozma tehlikesi, angarya yasağı ile çelişmesi, uygulamada eşit davranamama ve yaygınlaştırma (*net-widening*) potansiyeli barındırması, hapis cezasına alternatif olarak ortaya konan çalışma yaptırımının hafif seçenek olarak takdiri nedeniyle toplumdan ve yargı erkinden gerekli desteği bulamayacak olması ve mahkumun rızasına dayansa bile burada irade özgürlüğünün bulunduğundan söz edilemeyeceği yönündedir⁵⁶⁰.

Çalışma cezası, mevzuatta farklı şekillerde düzenlenebilir: İlk olarak, ceza kanunlarının genel hükümlerinde öngörülen ceza türleri arasında sayılan, bağımsız bir asıl ceza olabilir^{561, 562}. İkinci olarak, yine genel hükümlerde öngörülen ve (genellikle kısa süreli) hapis cezasının çevrilebileceği seçenek ceza⁵⁶³ veya onun yerine geçen bir infaz yöntemi⁵⁶⁴ olabilir. Ayrıca hapis cezasının sadece bir kısmına alternatif olacak bir infaz yöntemi şeklinde de öngörülebilir⁵⁶⁵. Çalışma cezası, bunlardan başka, hapis cezasının değil, para cezasının yerine geçecek şekilde⁵⁶⁶ öngörülmüş (ikincil) ceza şeklinde olabilir.

⁵⁶⁰ KALMTHOUT: s. 75.

⁵⁶¹ Örneğin, Hollanda Ceza Kanunu *sec. 9 ve sec. 22c – 22k*; Fransız Ceza Kanunu *art. 131-3*; (İngiliz) *Criminal Justice Act 2003 sec. 177*.

⁵⁶² Çalışma cezasının müstakil bir ceza olarak benimsenmesi, kamu yararına çalışmanın ileri bir adımı, onun “olgunlaşmış” hali olarak nitelendirilmektedir. Bkz. ALICI: s. 142.

⁵⁶³ Örneğin, Türk Ceza Kanunu m. 50/1-f.

⁵⁶⁴ Örneğin, İsviçre Ceza Kanunu *art. 77a*.

⁵⁶⁵ Örneğin, Türk CGTİHK m. 105/A/5-a.

⁵⁶⁶ Çalışma cezası, para cezalarının yerine geçecek şekilde öngörüldüğünde, çoğunlukla “öde(ye)meme” şartına bağlanmaktadır. Ancak ödenmeyen para cezasından çevrilmekle birlikte, ödeme aczi şartına bağlanmayan çalışma cezası da mümkün olabilir. Bu durumda, para cezasına mahkum olan kişiye sunulan bir alternatiften, yani mahkumun ödeme gücünden bağımsız ve onun özgürce tercih edebileceği bir modelden söz edilebilecektir. Burada, çalışmanın karşılığı kişiye ödenmelidir ve bunun altında yatan mantık da aslında para cezasını ödeme imkanının devlet tarafından mahkuma sunulmasıdır. Kamu kurum ve kuruluşlarında, hafta içi veya sonu, ücret karşılığındaki bu çalışma yaptırımı, mahkum olunan

Örneğin, İtalya bu modeli benimsemiştir⁵⁶⁷. Ülkemizde de, (2014 yılında CGTİHK m. 106’da yapılan değişiklikten itibaren) kamuya yararlı bir işte çalışma, ödenmeyen para cezasının yerine geçen bir yaptırım haline gelmiştir. Son olarak, kamu yararına çalışma, cezanın veya infazın ertelenmesinin (zorunlu veya takdiri) bir şartı olarak da öngörülebilir^{568, 569}.

Sonuç itibariyle günümüzde, çalışma eksenli tedbirler, parasal tedbirlerle (özellikle gün para cezası) birlikte, hapis cezasına seçenekler yelpazesindeki en geniş alanı kapsamaktadır.

d. Yasaklayıcı Tedbirler

Bu kategori, meslekten men, ruhsat iptali ve birtakım yetkiler tanıyan belgelerin geri alınması gibi yasaklayıcı yaptırımlara ilişkindir. Bu yaptırımlar da asıl veya ek ceza olarak öngörülebilmektedir.

Bu ceza türü, öteden beri, güvensizlik ve endişeyle karşılanmıştır. Örneğin İtalyan öğretisinde yasaklayıcı cezaları destekleyenlerden çok eleştiren görüşler mevcuttur. Bu kurumu reddedenler, mahkum üzerindeki kriminojen karakterinden ve acı vericiliğinin ağırlığından dem vurmakta; üstelik bu cezanın, cezai sorumluluğu bulunanın dışındaki

para cezasını ödemeye yardımcı olma amacıyla öngörülebilir. Bkz. DOLCINI – PALIERO: Il Carcere, s. 166. Esasında, aynı mantık, ödeme aczinin varlığı halinde daha da önem kazanmaktadır. Böylece para cezasını ödeyemeyen mahkuma, çalışması karşılığında ücret verilerek hem kendine geçim kaynağı yaratması ve hem de mahkum olduğu para cezasını ödeme imkanı tanınmaktadır. Örneğin eskiden ülkemizde, buna benzeyen bir olanak olarak, 647 sayılı Kanun’un 5. maddesinin 11. fıkrasında şu düzenleme mevcuttu: “*Kendi isteği üzerine hükümlü, para cezasından çevrilen hapis yerine Devlet mahalli idare, kamu iktisadi teşebbüsü ve sair kamu kurumlarının hizmetlerinde çalıştırılabilir. Rayice göre emsallerine ödenen ücret tutarından hükümlünün iâşesi için lüzumlu miktar ayrıldıktan sonra bakiyesi hükmolunan cezadan mahsup edilir.*”

⁵⁶⁷ Bkz. aşağıda 2. Bölüm, III – D – 2 (Bir Başka Seçenek Kuruma Dönüşme)

⁵⁶⁸ Örneğin, Fransız Ceza Kanunu art. 132-54.

⁵⁶⁹ Bu görünümünün dışında, çalışma cezasının, kimi zaman affedilme şartı ya da bazı suçlar bakımından ek ceza olduğu; bazen de hapis cezasının infazının son kısmına karşılık gelen pişmanlık programlarının içeriğini doldurduğu hakkında bkz. KALMTHOUT: s. 84.

üçüncü kişiler üzerinde de hoş görülemez yankıları bulunduğunu belirtmektedirler. Üçüncü kişilerden kasıt, örneğin, meslekten men edilenin aile üyeleri yahut kapatılması dayatılan işyerinin çalışanlarıdır. Bunun yanında görüşleri bu kadar sert olmayan ve hapis cezasına seçenek olarak işyeri kapatma, meslekten men cezasının kabul edilebileceğini ileri süren bir kanat buna şart olarak şunu ileri sürmektedir: Bahsedilen profesyonel faaliyet öyle koşulları yaratmış olmalı ki, şayet bu koşullar olmasaydı, somut olayda işlenen suç, somut olaydaki suçlu tarafından işlenemez olsun. Ancak bu koşul altında yasaklayıcı ceza, genel ve özel önleme işlevini yerine getirebilir⁵⁷⁰.

e. Sembolik Tedbirler

Bu kategori, hapis cezasına seçenek kurumlar arasında, af sınırına en yakın olanlardır. Bunlar arasındaki ilk olarak kınama içeriği taşıyan tedbirler bulunur. Önemsiz sayılabilecek fiiller için geçerli olan bu yaptırımlar, suçluluğun ilan edildiği, ancak çekilecek cezaya hükmedilmediği, kimi zaman mağdurun zararının karşılanması şartına bağlanabilen bir türdür. İtalyan ceza hukukunda günümüzde bulunmamakla birlikte 1889 tarihli (*Zanardelli*) Ceza Kanunu'nda öngörülen ve bu sayede 765 sayılı TCK'da (ihtiyari ve zorunlu şekliyle) düzenlenmiş olan adli tevbih⁵⁷¹ (*ripreensione giudiziale*), sembolik

⁵⁷⁰ Bu görüşler için bkz. DOLCINI – PALIERO: *Il Carcere*, s. 168.

⁵⁷¹ 765 sayılı TCK'da, ihtiyari adli tevbihin düzenlendiği 26. madde şu şekildeydi: “*Kanunda gösterilen cezanın yukarı sınırı bir ay hapis veya hafif hapis ya da üçbin lira ağır veya hafif para cezasını geçmediği takdirde, hafifletici sebep bulunur ve fail önceden bir cürümden veya bir aydan fazla hafif hapsi gerektiren bir kabahatten dolayı mahkûm olmamış bulunursa, mahkeme, verdiği cezanın yerine hüküm giyen kişiye adli tevbih yapılmasına karar verebilir.*

Tevbihi adli mahkûmun ahvali mahsusasına ve cürmün işlenmesindeki şekil ve suret ve hususiyete göre yapılan bir tekdirdir ki ihlal olunan madde kanuniyenin ahlaki ciheti ve irtikap olunan fiilin neticeleri izah olunmak suretiyle hakim tarafından mahkeme huzurunda mahkûma alenen tevcih edilir.

Eğer mahkûm tevbih için mahkemeye davet olunduğu halde icabet etmez veya tevbihi hürmetle telakki eylemez ise işlediği cürüm için mahkemenin tayin ettiği ceza tamamıyla icra olunur.” Zorunlu adli tevbih ise, cezaların belirlenmesine ilişkin genel düzenleme olan 29. maddenin yedinci fıkrasında, hafif hapis ile (ağır veya hafif) para cezalarının kanunda öngörülen alt sınırının da altında verilmesi gereken hallere özgü olarak öngörülmüştü.

tedbirler kategorisine girmektedir. Hakim tarafından yöneltilen kınama ya da uyarı niteliğindeki bu tedbir, muğlaklığı nedeniyle eleştirilmiş ve bir yönüyle ceza, bir yönüyle af içerikli olması yüzünden çelişkili görülmüştür⁵⁷². Bu kurum, günümüzdeki ceza adalet sistemimizde yer almamaktadır. Alman Ceza Kanunu’nun 59. maddesinde ise, adli tevbihle birleşmiş bir erteleme kurumu düzenlenmiştir. Buna göre, yüz seksen gün birimine kadar adli para cezasına mahkumiyete karar verilen hallerde, failin gelecekte başka suç işlemeyeceği kanaati oluştuğunda, işlenen fiil ile failin kişiliği bir bütün olarak değerlendirilip cezaya hükmetmeyi gereksiz hale getiren özel sebeplerin varlığı tespit edilmiş olursa ve hukuk düzeninin korunması için bu ceza mahkumiyeti mutlaka gerekli değilse, belirlenen mahkumiyet hükmü belirli şartlarla saklı tutularak, cezadan vazgeçilmektedir⁵⁷³. Esasında, Almanya’da öngörülen bu halinde ertelemeyle birleşik adli tevbih, yeniden topluma kazandırıcı veya kontrol-gözetim eksenli (59a maddesinde öngörülen) birtakım yükümlülüklerle doldurulabilme imkanı nedeniyle, sembolik bir tedbir olmaktan uzaktır. Ancak sembolik tedbirleri diğerlerinden ayırt edebilmek için adlandırmanın değil, içeriğin önem arz ettiğini örneklemek amacıyla burada kendisine yer verilmiştir. İngiltere’de ise hapis cezasına seçenek kurum olarak sembolik tedbirin bariz bir örneği mevcuttur: İngiliz hukukunda geçerli en hafif mahkumiyet türü olan *absolute discharge* kurumu, -gelecekte suç işlememe de dahil- herhangi bir şart dahi aranmaksızın verilen ve sadece bir yıllık süreyle adli sicil kaydına işlenen sembolik bir cezadır⁵⁷⁴.

Sembolik tedbir olarak sınıflandırılan seçenek kurumların çoğunluğu ertelemeye dayalıdır ve bunlar “potansiyel” acı vericilik temeli üzerine oturur. Herhangi bir özgürlük kısıtlamasına neden olmayan, ancak sürekli olarak cezaya dönüşme tehdidini barındıran,

⁵⁷² DOLCINI – PALIERO: *Il Carcere*, s. 171.

⁵⁷³ Alman Ceza Kanunu’nda yer alan ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması niteliğinde olduğu belirtilen bu kurum hakkında bilgi için bkz. SARIGÜL, Ali Tanju: “*Türk ve Alman Hukuku’nda Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*” TBB Dergisi, Y. 2015, S. 118, s. 127 ve 128.

⁵⁷⁴ Bu yönü itibarıyla, kurumun sadece isim itibarıyla ceza ya da göstermelik yaptırım (Yazar’ın ifadesiyle “*nominal penalty*”) olduğu belirtilmiştir. Bkz. SEVDİREN: s. 96.

belirli süre içinde yeni bir suç işlenmemesi dışında herhangi bir pozitif yükümlülük, destek yahut kontrol tedbiri içermeyen, en basit haliyle, şartlı mahkumiyet böyledir⁵⁷⁵. Herhangi bir içerikle doldurulmadığı için bu kuruma, kuru erteleme (*sospensione secca*⁵⁷⁶) adı da verilmektedir. Ancak İngiltere örneğinde olduğu gibi, ertelemeye dayalı olmayan sembolik tedbirler de bulunmaktadır.

2. Şekli Tasnif

Bu başlık, hapis cezasına seçenek kurumları, yöneldikleri değerler bakımından ya da sahip oldukları işlevlerine göre değil, hukuk düzenindeki görünüm biçimlerine göre kategorilendirmektedir. Bu çerçevede geniş anlamda seçenek kurumları, üç ana kategoride toplayabiliriz: Erteleme tedbirleri, dar anlamda (hapis cezasına bağımlı) seçenekler ve (hapis cezasından) bağımsız seçenekler.

a. Erteleme Tedbirleri

Ertelemeye dayalı tedbirler, hapis cezasına alternatif geliştirme fikrinin ortaya çıktığı zamanlarda bulunan ilk enstrümanlardan olup, zaman içinde çok çeşitlenmiştir. Çeşitleri arasında önemli farklar bulunmakla birlikte, tüm erteleme tedbirlerinin ortak noktası, üzerinde uygulandığı kişinin sınava tabi tutulduğu ve hapishanede geçecek olan sürecin yerine geçen bir deneme süreci öngörmesidir. Bu deneme sürecinin içeriğine bağlı olarak zorluk seviyesi belirlenen sınavdan başarılı geçildiği takdirde, tüm erteleme tedbirlerinin ortak bir sonucu olarak, hapishaneden uzak kalınmaktadır. Uzak kalma, sadece bir süreliğine durdurma şeklinde değildir. Nitekim sadece durdurma veya ara verme durumunda, hapishaneye alternatif olan bir ertelemeden söz edilemez. Hapis cezasına veya infazına seçenek kurum olarak ertelemeden bahsedilmek için, erteleme bünyesinde

⁵⁷⁵ DOLCINI – PALIERO: Il Carcere, s. 172.

⁵⁷⁶ DOLCINI – PALIERO: Il Carcere, s. 172; MANNOZZI: s. 395.

öngörülen ve iyi halli geçirilen deneme süresinin, yerine geçtiği cezanın süresinden sayılması veya hukuki bir sonuç olarak, cezanın hiç vaki olmamış kabul edilmesi gerekmektedir. Süreden sayılma, erteleme tedbirinin, cezanın ya da infazın tümüne veya bir kısmına seçenek olmasına göre değişkenlik gösterebilir⁵⁷⁷. Buna karşın, hapis cezasının süresinden sayılmayan veya onu ortadan kaldırmayan, ama infaza başlanmasını geciktiren ya da ara veren tedbirler, hapis cezasına seçenek kurum sayılmamaktadır.

Genel olarak erteleme tedbirleri, hapis cezasına veya infazına alternatif olmaktan daha geniş bir alana sahiptir. Nitekim erteleme tedbiri ve onunla birlikte öngörülen deneme süreci, ceza muhakemesinin başında veya ilerleyen aşamalarında ama henüz suçun işlendiği tespitinden önce⁵⁷⁸, hapis cezasına hükmedildiği sırada ve halihazırda hükmedilmiş cezanın infazının başında veya sonunda devreye girebilir. Bu çerçevede erteleme kurumunun çeşitleri olarak, kamu davasının, duruşmanın, mahkumiyet hükmünün ve cezanın infazının ertelenmesinden söz edilebilir. Bu çalışmanın alanına dahil olan türler ise, hapis cezasına mahkumiyet hükmünün ve hapis cezasının infazının ertelenmesidir.

⁵⁷⁷ Örnek olarak, hapis cezasının ertelenmesinde iyi halli olarak geçirilen deneme süresi, cezanın tümünün infazı yerine sayılırken; koşullu salıverilmede, kısmi şekilde yerine geçme söz konusudur.

⁵⁷⁸ Hapis cezasına ulaşması muhtemel yola henüz yeni çıkmışken devreye giren erteleme tedbirleri, dünya üzerinde de gittikçe yayılan, çok önemli bir kategoridir. Örneğin, İtalya’da hapishanelerdeki aşırı kalabalıklaşma ile mücadelede (özellikle bu konudaki dönüm noktası olan *Torreggiani* Kararı sonrası) benimsenen en etkili araçlardan biri, 28 Nisan 2014 tarih ve 67 sayılı Kanun ile İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu’na eklenen 464-bis maddesi ile yürürlüğe giren ve ceza muhakemesini erteleleyen bir kurum olan *sospensione del processo con messa alla prova* yani ceza muhakemesinde denetimli serbestlik olmuştur. Ancak bu çalışmanın alanı, suçun sübutundan sonra söz konusu olan seçenek kurumlar ile sınırlı olduğundan, ceza muhakemesinin başında veya ilerleyen aşamalarında, ama her halükarda muhakeme tamamlanmadan önce hayat bulan erteleme tedbirleri konumuzun dışındadır.

Hükmün ertelenmesi *Anglo-Sakson* kökenli iken, ceza infazının ertelenmesi (yahut şartlı adli af, şartlı mahkumiyet ya da infazın ertelenmesi⁵⁷⁹) Kıta Avrupası menşeilidir⁵⁸⁰. İkinci kategorinin hepsi, suçun işlendiğinin tespitinin ve hapis cezasına hükmedilmesinin ardından, belli şartlar altında, onun hüküm ve sonuç doğurmasını engeller ya da infazını dönüştürecek şekilde devreye girerler. Bu tip tedbirler, devreye girdikleri anda cezanın kendisini ya da infazını ortadan kaldırmaz, ama öngörülen deneme süresi boyunca adeta “ay tutulmasına” uğrattır⁵⁸¹. Başka bir hukuk kültüründe doğan ertelemenin ise, suçluluğun tespitinden sonra devreye giren ve suçluluğa ilişkin mahkemenin tespitini gerektirmeyen iki türü mevcuttur⁵⁸². Belirtelim ki, Anglo-Sakson ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerindeki erteleme kurumlarının farkı, bunların hukuki sonuçlarına ilişkin değildir. Daha açık bir anlatımla, ertelemedeki deneme süresinin başarılı geçirilmesinin ardından “mahkum olmamış sayılma” veya “cezanın infaz edilmiş kabul edilmesi” şeklindeki iki farklı hukuki sonuç, kökenleri farklı olan iki tür erteleme kurumu arasındaki ayırıcı ölçüt değildir⁵⁸³. Her

⁵⁷⁹ Belirtelim ki, bu kurumlar farklı ülkelerde, farklı adlandırmalara sahip olsa da, özü itibarıyla Belçika ve Fransa kökenli olan infazın ertelenmesidir. Örneğin, İtalyan *Zanardelli Kanunu*’nda “şartlı mahkumiyet” (*condanna condizionale*) olarak adlandırmışken, *Rocco Kanunu*’nda “cezanın ertelenmesi” (*sospensione condizionale della pena*) ifadesi tercih edilmiştir. Bkz. DOLCINI – PALIERO: *Il Carcere*, s. 187. Uzun olduğu için kısaltılarak kullanılmakla birlikte, kurumun asıl adının, cezanın infazının şartlı ertelenmesi (*sospensione condizionale dell’esecuzione della pena*) olduğu belirtilmektedir. Bkz. MARINUCCI – DOLCINI: s. 688.

⁵⁸⁰ PADOVANI: s. 102.

⁵⁸¹ DOLCINI – PALIERO: *Il Carcere*, s. 175.

⁵⁸² ÖNDER, Ayhan: *Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler*, İstanbul 1963, s. 16-17. Yazar, “tecil” kavramını, suç işleyen kimse hakkında tespit edilen cezanın, belirli bir müddet içinde iyi hal gösterilmesi şartıyla infazına engel olunması olarak tanımlamaktadır. Buna karşın “tecile benzer” müesseseleri, suç işlemiş fail hakkında cezanın tespiti ve mahkumiyeti yoluna gidilmeden, ileride iyi hal göstermesi şartıyla serbest bırakılması olarak değerlendirmektedir. Bkz. ÖNDER: *Tecil, Giriş bölümü*, s. 1. Bu tanıma göre tecile benzer müesseseler, çalışma alanımızın dışında kalmaktadır.

⁵⁸³ Örneğin, 765 sayılı TCK’nın yürürlüğe ilk girdiği 1926 yılında, tecilde deneme müddetinin iyi hal ile geçirilmesinin sonucu, “evvelki mahkumiyeti esasen vaki olmamış sayılır” şeklinde düzenlenmişti. 1937 yılında, 95. maddedeki ifade, “evvelki mahkumiyeti infaz edilmiş sayılır” olarak değiştirildi. Ancak infaz edilmiş sayılma tercihinin ömrü kısa sürdü. 1941 yılında (4055 sayılı Kanun ile) yapılan değişiklik sayesinde, tecilde deneme süresinin yeni bir suçtan mahkum olmaksızın geçirilmesi halinde

iki hukuk sisteminin kendine özgü erteleme türleri arasındaki asıl fark, ertelemenin konusu ve içeriğine ilişkindir. İngiliz-Amerikan hukuk çevrelerindeki erteleme tedbirlerinde öngörülen deneme süresi, gözetim ve iyileştirme içeriğiyle doldurulmakta (*probation*) ve buna ek olarak, kimi durumlarda, bu kuruma suçluluğun tespitinden önce de -sanığın kabul etmesiyle⁵⁸⁴ - başvurulabilmekte iken; Kıta Avrupası'nda doğan cezanın ertelenmesi kurumunun doğuşunda, gelecekte yeni bir suç işlememe şartı dışında, deneme süresinin ek yükümlülüklerle, denetim veya iyileştirme tedbirleri ile doldurulması söz konusu olmamıştır⁵⁸⁵.

Bununla birlikte, iki farklı hukuk sistemi içinde doğdukları ilk haliyle, iki erteleme türünün farklarına ilişkin olan yukarıdaki açıklamalar, zamanla geçerliliğini yitirmiştir. Nitekim günümüzde, dünya üzerinde uygulanmakta olan çoğu erteleme türü ile *probation* kurumu arasında bağlantı kurulmuştur. Yine de, güçlü bir Roma hukuku geleneğinden gelen ülkelerde, toplum içinde infaz edilen cezalar, genellikle, halihazırda hükmedilmiş olan hapis cezasının ertelenmesi şeklindeki alternatif infaz yöntemi olarak görünüm kazanmaktadır⁵⁸⁶. Demek ki, ertelemelerde deneme süresinin içeriğinin doldurulması eğilimi yayılmakta; ancak Kıta Avrupası'nda doğan erteleme kurumunun köklerine bağlılık, “*önce mahkumiyet, sonra erteleme*” formülünde varlığını korumaktadır.

Böylece erteleme tedbirlerinin içeriklerine ilişkin, yani *maddi* tasnife göre bir çeşitlendirme daha yapılabileceği ortaya çıkmıştır: Ertelemenin, hiçbir yükümlülük

mahkumiyetin ortadan kalkması sonucunun öngörüldüğü sisteme dönmüştür. Bkz. ÖNDER: Tecil, s. 331-333. Sistem, bu haliyle, 765 sayılı TCK'nın yürürlükten kalktığı 1.6.2005'e kadar muhafaza edilmiştir. Günümüzde mevcut sistemde ise deneme süreleri başarılı geçirildiği takdirde, biri, infaz edilmiş sayılacak şekilde hapis cezasını erteleyen (TCK m. 51) ve diğeri, ceza mahkumiyetini tüm sonuçlarıyla ortadan kaldıran (mahkemenin hüküm verme aşamasında devreye giren) iki tür erteleme tedbiri öngörülmüştür.

⁵⁸⁴ YENİDÜNYA, Ahmet Caner: Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Şartla Salıverme, İstanbul 2002, s. 39.

⁵⁸⁵ ÖNDER: Tecil, s. 21; YILDIRIM, Akif: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Ankara 2018, s. 127; GÜNEŞ, Seyithan: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, İstanbul 2018, s. 65.

⁵⁸⁶ DURNESCU: s. 552.

öngörülmezsizin sadece cezanın ya da infazın ertelenmesi şeklindeki “kuru” erteleme (*sospensione secca*), mahkuma birtakım yükümlülüklerin yüklendiği ve/veya onun kontrol altında tutulduğu (*sospensione controllata*) yahut erteleme rejimi altında bulunduğu süreçte bir uzman vasıtasıyla desteklendiği (*sospensione assistita*) türleri mevcuttur⁵⁸⁷. Kuru erteleme, içerik itibariyle sembolik bir tedbir iken; diğerleri, kişi özgürlüğünü sınırlandıran, yasaklayıcı veya çalışma içerikli tedbirlerdir.

Erteleme tedbirlerinin öngördüğü deneme süreleri ise, çoğunlukla, yerine geçtiği hapis cezasının süresine denk değildir ve hatta bu konudaki genel eğilim, deneme süresinin hapis cezasından daha uzun olması yönündedir⁵⁸⁸. Ancak deneme süresi boyunca öngörülen yükümlülüklerin süresi, deneme süresinin kendisinden daha kısa olabilmektedir.

b. Dar Anlamda (Hapis Cezasına Bağımlı) Seçenekler

Bunlar, suçun işlendiği sabit olduktan ve onun karşılığında öngörülen hapis cezasının somut olarak belirlenmesinin ardından, hapis cezasının yerine geçen, hükmedilme yahut infaz aşamasında onu dönüştüren seçeneklerdir. Somut cezayı hüküm aşamasında dönüştüren ve hükmü veren mahkeme tarafından karara bağlanan seçenekler, hukuki nitelikleri itibariyle ceza iken; infazın başında ya da ileri aşamasında, genellikle infazdan sorumlu organın kararıyla uygulanabilecek olan tedbirler, infaz yöntemidir. Gerçi, kimi zaman, infaz yöntemi niteliğinde olan seçenek kurumlara da, hükmü veren mahkeme tarafından karar verilebilmektedir.

Bu kategoride yer alan tedbirlerin, yapısal açıdan hapis cezasına bağımlılığının sonucu olarak, yerine getiril(e)medikleri takdirde, alternatifi olduğu hapis cezasının tümüne ya da geri kalan kısmına dönüşebilir olma özelliği vardır.

⁵⁸⁷ MANNOZZI: s. 395.

⁵⁸⁸ DOLCINI – PALIERO: Il Carcere, s. 175.

c. (Hapis Cezasından) Bağımsız Seçenekler

Yapısal olarak diğer kategorilerden ayırabileceğimiz diğer bir tür hapsedme alternatifi ise, ceza kanunlarının genel hükümleri içinde asıl ceza olarak yer verilebilen yahut özel ceza normlarında da öngörülebilen hapis dışı tedbirlerdir. Bu tip tedbirlerin karakteristik özelliği, süre ve hükmedilme usulü bakımından hapis cezasından tamamen bağımsız oluşudur. Günümüzde, mevzuatta nadiren de olsa asıl ceza olarak yer almakta ve daha çok güvenlik tedbiri ya da ek ceza niteliğinde öngörülmektedir. Buna karşın ceza hukukunun geleceğine dair öngörümüz, bu kategorinin asıl ceza niteliğinde zenginleşip yayılacağı yönündedir.

D. Seçenek Kurumların Etkinliği

Bu mekanizmaların uygulanmasını sağlamak için çeşitli formüller üretilmiştir. Aslında bunlar, hapis cezasına veya infazına seçenek kurumların gereklerinin yerine getiril(e)memesinin müeyyideleridir. Bu formüller, seçenek kurumun, yerine geçtiği hapis cezasının soyut ceza mı yoksa somut ceza mı olduğu ölçütüne ve büründüğü hukuki biçime, yani şekli tasnifte nerede yer aldığına bağlıdır. Bazen de bu formüller kanun tarafından sabitlenmemiş ve seçenek kuruma karar veren yargı organının takdirine bırakılmıştır. Burada, hapis cezasına ve infazına alternatiflere ilişkin olarak en çok karşılaşılan üç etkinlik modeli incelenecektir.

1. Yerine Geçtikleri Hapis Cezasına Dönüşme

Hapis cezasından uzaklaşma eğilimi hapis cezasına bağlı olmayı sürdürdükçe ve ceza adaletinin merkezinde hapis cezası yer almaya devam ettiği müddetçe, en yaygın etkinlik aracının da, hapis cezasına dönüşme tehdidi olması doğaldır. Belirlenmiş (henüz hükmedilmemiş veya hükmedilmiş) hapis cezasına seçenek olarak, yani somut cezanın tespitinin ardından ona alternatif şekilde devreye giren kurumların çoğunun etkinliği,

yerine geçtiği hapis cezasının yeniden canlanmasıyla sağlanmaktadır. Dar anlamda seçenek kurumlar, yani hapis cezasına bağımlı alternatifler içinde para cezası dışında kalanların etkinliği için bu çözüm öngörülmektedir. Ayrıca erteleme tedbirleri de, bir bütün olarak, bu başlık altında yer almaktadır. Nitekim mahkumiyeti veya infazı erteleyici kurumlar için deneme süresinde öngörülen yükümlülüklerin/şartların yerine getirilmemesi halinde, önceden belirlenen hapis cezasına dönüşme söz konusu olmaktadır.

Bu canlanma hali, tam veya kısmi olabilir. Yani, hapis cezasının tümüne veya bir kısmına dönüşme şeklinde öngörülebilir. Genellikle bunun ölçütü, seçenek kurumun içeriğinde özgürlük kısıtlaması bulunup bulunmadığıdır. Bu çerçevede, kişi özgürlüğünü sınırlayan seçenek kurumlarda yeniden canlanan hapis cezası indirimli iken, sembolik tedbirler bakımından genellikle tamdır⁵⁸⁹. Bunun mantığı, hapis cezası yerine halihazırda birtakım külfetlere katlanılmış olmasının göz önünde bulundurulmasıdır. Oysa affa yaklaşan sembolik tedbirlerde, herhangi bir pozitif yükümlülük öngörülmediğinden, genellikle tek şart olan “yeni bir suç işlememe” ihlal edildiğinde baştaki duruma dönülmektedir. Kısmi canlanmada sürenin belirlenmesi için esas alınacak ölçüt, halihazırda geçirilen süre gibi objektif ya da failin uyum sürecinde gösterdiği çabanın takdiri gibi sübjektif nitelikte olabilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, çevirme kararının verildiği tarihe bağlı olarak hapis cezasının süresinin hesaplanmasıdır. İhlal nedeniyle hapis cezasına çevirme halinde, çevrilen hapis cezasının süresinin hesaplamasında, ihlalin gerçekleştiği günün mü, yoksa çevirme kararının verildiği tarihin mi esas alınacağı meselesi önemlidir. Şayet çevirme kararının verildiği gün esas alınırsa, ihlal gününden hapse çevirme kararına kadar geçen süre, hem seçenek kurum hem de hapis cezası olarak çekilmiş olur -ki bu, *ne bis in idem* prensibine aykırılık teşkil eder- ve sonuçta hepsi hapis cezası olsaydı çekilecek olan cezadan daha uzun bir ceza veya tedbire hükmedilmiş olur. Bu nedene ihlal tarihinin esas alınması daha uygundur. Ancak ihlalin

⁵⁸⁹ DOLCINI – PALIERO: Il Carcere, s. 179.

gerçekleştigi an esas alınır da, özellikle yeni bir suç işlemenin ihlal olarak öngöröldüğü hallerde, kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı olmaksızın, önceki seçenek kurumu hapis cezasına çevirmenin hukuki imkansızlığı ortaya çıkacaktır. Bunun çözümü, ihlal tarihi esas alınmakla birlikte, ihlale ilişkin kararın kesinleşmesinin ardından çevirme işlemi yapmaktır.

İtalya’da seçenek cezalara ilişkin yargı uygulaması genellikle çevirme anını esas almakla⁵⁹⁰ birlikte, öğretide, seçenek cezanın son döneminde, adaletin yavaş işlediğini bilen mahkumları suç işlemeye teşvik edebileceği endişesiyle, hapis cezasına çevirmede esas alınması gereken tarihin, ihlalin gerçekleştiği veya (ikinci) suçun işlendiği tarih olması gerektiği de savunulmaktadır⁵⁹¹. Aksi halde, seçenek cezanın son döneminde olan bir mahkum yeni bir suç işlediği takdirde bu yeni suça ilişkin yargılamanın yapılması zaman alacak, mahkumiyet kararına kadar seçenek cezanın infazı çoktan bitmiş olacak ve böylece seçenek cezanın hapse çevrilmesi tehdidi işlevsiz hale gelecektir.

2. Bir Başka Seçenek Kuruma Dönüşme

Seçenek kurumun hapis cezası ile olan bağı azaldıkça, onu etkin kılmak için öngörölen formüller içinde de hapis cezasının rolü azalmaktadır. Bağımsız bir ceza türü olma özelliği de bulunan para cezası ve çalışma içerikli tedbirler için durum genellikle böyledir. Bu kategorideki seçenek kurumlar, uygulanmayan kısımla sınırlı olarak, genellikle kişi özgürlüğünü sınırlandıran bir başka seçenek kuruma çevrilmektedir. Öte yandan, hapis cezası veya infazına seçenek kurumun gereklerini yerine getirmenin imkansızlığı, yani kişinin elinde olmayan nedenlerle bunu gerçekleştirememesi halinde de, hapsedilme tehdidinden önce, kişinin somut durumuna daha uygun bir başka seçenek kuruma başvurma yolu denenmektedir.

⁵⁹⁰ Bkz. INFANTE: s. 162-163.

⁵⁹¹ Bkz. DOLCINI – PALIERO: “*Sanzioni sostitutive*”, s. 511.

Örneğin İtalya’da, ödenmeyen para cezası yerine hapis değil, seçenek ceza türü olan kontrollü özgürlük (*libertà controllata*) veya bazı durumlarda kamu yararına çalışma cezası (*lavoro sostitutivo*) öngörülmüştür. 689 sayılı Kanun’a göre⁵⁹², mahkumun para cezasını öde(ye)memesi halinde -kural olarak- en fazla bir buçuk yıla kadar kontrollü özgürlüğe çevirme söz konusu olmaktadır. Bunun dışında bir de, 516 *Euro* altında kalan para cezalarının, mahkumun isteği üzerine, en fazla altmış güne kadar çalışma cezasına çevrilmesi de mümkün olabilmektedir. Ödenmeyen para cezasından çevrilen çalışma cezası, kamu yararına⁵⁹³ ve karşılıksızdır (689 sayılı Kanun *art.* 105). Belirtelim ki, İtalya’da, Anayasa Mahkemesi’nin 1979 tarih ve 131 sayılı kararından önce, ekonomik güçsüzlük nedeniyle ödenemeyen para cezası, başlarda hapis cezasına; 1975 yılında hapis cezasının infazına alternatif kurum olarak yarı özgürlük (*semilibertà*) rejiminin hukuk sistemine girmesiyle birlikte de, yarı özgürlüğe çevrilmekteydi. Ancak Anayasa Mahkemesi, çekilecek hapis cezası süresini, suçun neden olduğu zarara ve fiilin ağırlığına göre değil de, mahkumun ekonomik koşullarına bağlı kılan bu hükmü, eşitlik ilkesine (İtalyan Anayasası m. 3) aykırı bulmuştur. Yüksek Mahkeme, ekonomik güçsüzlük nedeniyle yerine getirilemeyen bir cezanın, mahkumu eğitici işleve de sahip olamayacağı gerekçesiyle, bu düzenlemenin, ayrıca Anayasa’nın 27. maddesinde yer alan, cezaların topluma yeniden kazandırma amacı taşıması gerektiği prensibine de aykırı olduğuna hükmetmiştir. Bu karar üzerine İtalyan kanun koyucusu, ödenmeyen para cezalarının, para cezası yerine geçen çalışma cezasına veya konrollü özgürlük cezasına çevrilmesini öngörmüştür⁵⁹⁴.

⁵⁹² Bkz. 24.11.1981 tarih ve 689 sayılı Kanun *art.* 102 ve 103.

⁵⁹³ Mahkumun çalışacağı birim, Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan liste içerisinde gözetim hakiminin belirleyeceği devlet kurumları veya belediyeler ile sosyal yardım, eğitim veya çevre kuruluşları olabilir (689 sayılı Kanun *art.* 105/1).

⁵⁹⁴ Şayet bunların infazı sırasında da yükümlülük ihlali olursa, kalan kısım için hapis cezası tehdidi varlığını sürdürmektedir. Ancak bu tehdit ikinci seviyeye çıkarıldığı ve diğer seçenek cezalarla aynı rejime tabi kılındığı için artık eşitlik ilkesini zedelememektedir. Bkz. INFANTE: s. 165.

Ülkemizde ise, ödenmeyen adli para cezaları bakımından, önce çalışma yükümlülüğü; şayet bu yerine getirilmezse de, açık ceza infaz kurumu yolu öngörülmüştür. CGTİHK'nun 106. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, adli para cezalarının ödenmeyen kısmı, kural olarak, hapis cezasına çevrilmekte, ancak bunun infazı öncelikle kamuya yararlı işte çalışma suretiyle gerçekleştirilmektedir. Bu tedbirin de gereklerine uyulmadığı takdirde, halihazırda çalışılan günler mahsup edilerek, hapis cezasından kalan kısım, açık ceza infaz kurumunda infaz edilmektedir.

Bir başka seçenek kuruma dönüşmenin, tedbirin gereklerini yerine getirmenin imkansızlığından kaynaklanmasının örneği de hukukumuzda mevcuttur. Kısa süreli hapis cezasına seçenek olarak TCK m. 50 çerçevesinde hükmedilen bir tedbirin, hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi halinde, hükmü veren mahkemece tedbir değiştirilir (TCK m. 50/7).

3. Tedbire Uymamanın Suç Teşkil Etmesi

Seçenek kurumun etkinliğini sağlamanın çaresi olarak öngörülen formüllerden biri de, tedbirin gereklerine uymamanın başlı başına bir suç teşkil etmesidir.

Örneğin Fransa'da hapis cezasının alternatifi olarak öngörülen kurumların gereklerinin yerine getirilmemesi, iki yıla kadar hapis ve 30 bin *Euro* para cezasını gerektiren bağımsız bir suç teşkil etmektedir. Bu çerçevede, asıl ceza ve ek ceza şeklinde öngörülebilen kamu hizmeti cezasının veya vatandaşlık eğitimi, silah bulundurma yasağı, müsadere, ruhsat iptali, çek veya kredi kartı kullanmaktan men edilme, belirli yerlere gitme ya da belirli kişilere yaklaşma yasağı gibi çok çeşitli seçenek cezaların gereklerine uymamak, Fransız Ceza Kanunu'nda Ceza Adaleti Makamlarına Karşı Suçlar başlığı altında (*art. 438-38 ve art. 434-43* arasında) düzenlenmiştir.

Ülkemizde de, 765 sayılı TCK'nun yürürlükte olduğu dönemde, hem asli ceza hem de ek ceza olabilecek şekilde düzenlenmiş bulunan kamu hizmetinden yasaklılık ile

meslek ve san'atın icrasının tatili cezalarına uymama fiili, bağımsız bir suç teşkil etmekteydi. Böyle bir durumda, mülga TCK m. 307'ye göre, hükümlünün, “*mahkum bulunduğu ceza müddetine halel gelmemek üzere hakkında bir seneye kadar hapis ve yüz liraya kadar ağır cezayı nakti tertip olunur*” idi. Bundan başka, mülga 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un 8. maddesine göre, hapis cezasının konutta infazı ya da hafta sonu ve geceleri infaz şeklindeki özel infaz usullerinin gereklerine uymamama halinde, hem hapis cezasından geriye kalan kısım aynen infaz edilmekte hem de ayrıca bir aya kadar hapis cezasına hükmolunmaktaydı.

Hukukumuzda ait güncel bir örnek de, bu etkinlik modeline benzemekle birlikte, aslında ondan farklıdır. Yine de konunun daha iyi kavranması ve farklı modellerden ayırt edilebilmesi açısından burada kendisine yer verilmesi yararlı olacaktır. Bu örnek, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 105/A maddesinin 8. fıkrasında yer almaktadır. CGTİHK'a 2012 yılında eklenen⁵⁹⁵ ve “*Denetimli serbestlik uygulanarak cezanın infazı*” kenar başlıklı 105/A maddesinde, mahkumların topluma yeniden kazandırılmasını hızlandırma ve ceza infaz kurumlarındaki aşırı kalabalıklaşmayla mücadele amaçlı bir tedbir olarak mahkumun, koşullu salıverilmeden de önce özgürlüğe kavuşmasını sağlayan bir erken tahliye rejimi öngörülmüştür. Bu rejim altındaki, yani denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle cezası infaz edilmekte olan hükümlü, kendisi için belirlenen denetim planına uymamakta ısrar ederse, 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesinin (6) numaralı fıkrasının (b) bendine göre, koşullu salıverilme tarihine kadar olan cezasının infazı için açık ceza infaz kurumuna⁵⁹⁶ gönderilmektedir. Buraya kadar olan kısımdaki etkinlik modeli, seçenek kurumun, yerine geçtiği hapis cezasına dönüşme modelidir. Ancak anılan maddenin sekizinci fıkrasında, bu maddede öngörülen

⁵⁹⁵ Bkz. 6291 sayılı Kanun (RG. 11.4.2012, S. 28261) m. 1.

⁵⁹⁶ 7242 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce denetimli serbestlik planına uyulmaması halinin yaptırımı olarak hükümlünün, koşullu salıverilme tarihine kadar olan cezasının infazı için **kapalı** ceza infaz kurumuna iadesi öngörülmüştü.

rejim çerçevesinde yeni tahliye edilenlerin ve halihazırda denetimli serbestlik rejimi altında olup da, bu rejimin gereklerine uymadığı için veya kendi rızasıyla hakkında ceza infaz kurumuna gönderilme kararı verilenlerin, iki gün içinde en yakın Cumhuriyet başsavcılığına teslim olmamaları halinde, Türk Ceza Kanunu'nda yer alan, hükümlü veya tutuklunun kaçması suçuna (m. 292) ilişkin hükmün uygulanacağı öngörülmüştür. Böylece, hapis cezasının infazına kısmi bir seçenek olan bu infaz yönteminin gerekleri yerine getirilmediği takdirde kalan hapis cezasının infazına karar verilmekte; buna ek olarak, şayet ilgili mercie başvuruda iki günden fazla gecikme yaşanmışsa, bu da ayrıca cezalandırılmaktadır⁵⁹⁷. Ceza normu yapım tekniğine ve kanunilik ilkesine ilişkin olarak fazlasıyla eleştiriye açık⁵⁹⁸ bu düzenlemeyi konumuz bakımından dikkate değer kılan

⁵⁹⁷ Bu maddenin iptali talebi, Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 5.7.2018 tarih ve E. 2017/170, K. 2018/77 künyeli kararı.

⁵⁹⁸ Bu yöndeki eleştiri, CGTİHK'na 105/A maddesinin eklendiği kanuni değişikliğin yapımı sırasında Adalet Komisyonu'nda tartışılmış, ancak düzenleme bu haliyle Komisyon'dan geçmiştir. Bunun üzerine kanunilik ilkesine ilişkin bu eleştiri, Komisyon'un üç üyesi tarafından yazılan muhalefet şerhinde şu ifadelerle yer almıştır: *"105/A maddesinin altıncı fıkrasına göre, denetimli serbestlik müdürlüğüne müracaat etmesi gerekip de süre bitiminden itibaren iki gün geçtiği halde başvurmayan veya kapalı ceza infaz kurumuna iade kararı verilmesine rağmen iki gün içinde en yakın infaz savcısına teslim olmayan hükümlü hakkında; hükümlü veya tutuklunun kaçması suçu ile etkin pişmanlığı düzenleyen TCK m. 292 ve 293 uygulanacaktır. Bu hükmün, ANAYASANIN 38. MADDESİNİN 1. FIKRASINA AYKIRI OLDUĞUNU DÜŞÜNMEKTEYİZ. Çünkü, tutukeviden veya ceza infaz kurumundan ya da gözetimi altında bulunduğu görevlinin elinden kaçması söz konusu olmadığından, "suçta ve cezada kanunilik" prensibi uyarınca TCK m. 292 ve 293'ün burada uygulanması isabetli değildir. Bu konuda yükümlülüğü yerine getirmeyen hükümlü bakımından ayrı bir ceza normu ve suç tanımlaması yapılması daha isabetli olacaktır."* Bu eleştirilere karşılık, Adalet Komisyonu Raporu'nda konuya ilişkin yapılan açıklama ise şu şekildedir: *"Denetimli serbestlik müdürlüğüne müracaat etmesi gereken sürenin bitiminden itibaren iki gün geçmiş olmasına karşın müracaat etmeyenler ile kapalı ceza infaz kurumuna iade kararı verilmesine rağmen iki gün içinde en yakın Cumhuriyet başsavcılığına teslim olmayan hükümlüler hakkında Türk Ceza Kanununun 292 ve 293'üncü maddelerinin uygulanacağına ilişkin düzenlemenin, suçta ve cezada kanunilik ilkesine (Anayasa m. 38 ve TCK m. 2) aykırı olduğu ileri sürülmüşse de bu düşünce yerinde değildir. Tasarı ile öngörülen düzenlemede Anayasaya aykırılık teşkil edecek bir eksiklik bulunmamaktadır. Zira maddede suç, tipiklik açısından tüm unsurlarıyla birlikte açıkça ortaya konulmaktadır."* Bkz. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/588), TBMM, Yasama

husus ise, burada esasında, seçenek kurumun etkinlik modelinden ziyade, etkinlik modeli olan hapis cezasına dönüşümün kendisini etkin kılmaya ve hızlandırmaya çalışan bir model, kısacası etkinlik modelinin etkinliğinin öngörölmüş olmasıdır. Bunun, yukarıdaki örneklerden farklı yanı, esasında burada öngörölen suçı vücut verenin, ihlal fiili değil, ihlal sonrasında başvuruda gecikme fiili olmasıdır.



Dönemi: 24, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 207. (Çevrimiçi erişim için bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasarı/2012Yılı/Kanmetni/6291ss.pdf>, s. 13, Erişim tarihi: 11.04.2019). Düzenlemenin, bu şekilde yürürlüğe girmesinin ardından, suçta ve cezada kanunilik prensibine aykırı olduğu yönündeki eleştiriler için bkz. ŞEN, Ersan – BAŞER, Beyza: Koşullu Salıverilme – Denetimli Serbestlik ve Ceza İnfaz Sorunlar, Ankara 2019, s. 107.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YAPTIRIM TEORİSİ AÇISINDAN TÜRK HUKUKUNDA HAPİS CEZASINA VE İNFAZINA SEÇENEK KURUMLAR

I. GENEL OLARAK

Hapis cezasına ve infazına seçenek kurumlar, doğaları gereği, cezaların kesinliği prensibini yumuşatan kurumlardır. Çünkü cezaların kesinliğinin katı biçimde benimsenmesi, cezanın topluma yeniden kazandırma amacı ile çelişmektedir. Bu nedenle tüm ceza kanunlarında, hapis cezasına seçenek cezalar, cezanın şartlı olarak askıda bırakılması veya şartla salıverilme gibi, cezanın kesinliğini yumuşatan kurumlara yer verilmiş; ancak bunların sınırları, öncelikle suçun ağırlığı, geçmişteki mahkumiyet veya seçenek kuruma dönüştürülecek olan somut cezanın süresi gibi birtakım objektif ölçütler esas alınarak kanunla açıkça belirlenmiştir.

Objektif ölçütlere ek olarak, hapis cezasına ve infazına seçenek olan bütün kurumlarda, sübjektif nitelikte şartlar da aranmaktadır. Bunlar, cezanın bireyselleştirilmesi ilkesini hayata geçirme ödevi olan seçenek kurumların doğasından kaynaklanan bir ortak ölçüt olan, faile ilişkin somut ve bireysel özelliklerdir. Sübjektif şartlar, içeriklerine ilişkin birtakım farklı kanuni düzenlemelere rağmen, genel olarak tüm seçenek kurumlarda var olmak zorundadır; çünkü ancak o zaman cezanın topluma yeniden kazandırıcı işlevi ortaya çıkabilir. İşte varılan bu nokta, cezanın kesinliği ile cezanın bireyselleştirilmesi ilkelerinin kavuşma noktasıdır. Sübjektif nitelikteki ölçütlere yer verilmez ise, yani aynı objektif koşullar içinde bulunan herkese aynı (hapis dışı) muamele uygulanırsa, bu muamelenin, iyileştirici ve topluma yeniden kazandırıcı bir işlev yerine getirmesi mümkün olamaz. Böyle bir muamele, olsa olsa, af olabilir. Hukukumuzda da, bu bölümde incelenecek olan, hapis cezasına veya infazına seçenek kurumların tümünün belirlenmesi ve uygulanmasında, sanık ya da hükümlünün bireysel

özellikleri ve içinde bulunduğu somut durum etkilidir. Bunun nedenini açıklığa kavuşturmak için, başlı başına esaslı bir konu olan cezaların bireyselleştirmesi ilkesine, bu çalışmanın konusu ile kesiştiği ölçüde yer vermek gerekir.

Suçun karşılığında uygulanacak yaptırımın, suçlunun öznel koşullarına uydurulmasının, yani cezanın bireyselleştirilmesinin, yasama bireyselleştirmesi, idari bireyselleştirme ve yargısal bireyselleştirme olmak üzere üç şekli bulunmaktadır: Çeşitli suçlu kategorileri için belirli yaptırım türlerinin ya da süresinin kanunen öngörülmesi, örneğin, TCK m. 50/3'te öngörülen yaş itibarıyla seçenek yaptırıma çevirme zorunluluğu, yasama bireyselleştirmesidir. İdari bireyselleştirme ise, cezanın infazı aşamasında hükümlünün kişiliğinin gözlemlendiği ve buna bağlı olarak ceza infazının türünün veya süresinin değiştiği hallerde söz konusudur. Örneğin koşullu salıverilme, mahkumun ceza infaz kurumunda geçirdiği süre boyunca iyi halli olduğunun tespitine bağlıdır (CGTİHK m. 107/1) ve her ne kadar koşullu salıverilme kararı infaz hakimi tarafından⁵⁹⁹ veriliyor (CGTİHK m. 107/11) olsa da, bu kararın tek dayanağı olan “iyi hal” tespitini yapan organ, ceza infaz kurumu bünyesinde oluşturulan ve idari bir merci olan, idare ve gözlem kuruludur (CGTİHK m. 89/1)⁶⁰⁰. Hakimin takdir yetkisinin devreye girdiği

⁵⁹⁹ Koşullu salıverilme kararını vermeye yetkili merci, 15.4.2020 tarihinde yürürlüğe giren 7242 sayılı Kanun (RG. 15.4.2020, S. 31100) ile değiştirilmeden önce hükmü veren mahkeme; hükümlü başka bir yerde bulunuyorsa o yerde bulunan aynı derecedeki mahkeme; hüküm veya hükümlerden biri bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay tarafından verilmiş ise 101 inci maddenin ikinci fıkrasına göre belirlenen ilk derece mahkemesi; hükümlü başka bir yerde bulunuyorsa o yerde bulunan aynı derecedeki mahkeme idi.

⁶⁰⁰ İdare ve gözlem kurulu; kural olarak, kurum müdürünün başkanlığında, gözlem ve sınıflandırmadan sorumlu ikinci müdür, idare memuru, cezaevi tabibi, psikiyatrist, bir psikolog ve psiko-sosyal yardım servisinde görevli diğer unvandan bir personel, öğretmen, infaz ve koruma başmemuru ile kurum müdürü tarafından teknik personel arasından seçilen bir görevliden oluşur. Bkz. 29.3.2020 tarihli ve 31083 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik (kısaca *İnfaz Yönetmeliği*) m. 22. Ancak toplam on yıl ve daha fazla hapis cezasına mahkûm olanlar ile terör suçları, örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçları, örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlar, kasten öldürme suçları, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar ve uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarından

bireyselleştirme türü ise yargısal bireyselleştirmedir. Bu bireyselleştirme türü bakımından kanuni olarak hakime tanınan enstrümanlar, temel cezanın belirlenmesinin ardından takdiri hafifletici nedenlerin uygulanması, cezanın veya infazının ertelenmesi yahut başka bir ceza veya tedbire çevrilmesi olarak örneklendirilebilir⁶⁰¹. Bu çalışmanın konusu olan hapis cezasına ve infazına seçenek kurumlar, başta yargısal ve idari olmak üzere, cezanın bireyselleştirilmesinin tüm görünümelerini içeren bir başlıktır.

Bu çalışmada sıklıkla belirtildiği üzere, cezanın bireyselleştirilmesi, cezanın, topluma yeniden kazandırma amacı ile doğrudan bağlantılıdır. Cezanın bireyselleştirilmesi ilkesini ve cezanın topluma yeniden kazandırma amacını hayata geçirecek oldukça çeşitli enstrümanlar arasında, hapis cezası ve infazına seçenek kurumlar, önemli bir alanı kaplamaktadır. Ancak cezanın bireyselleştirilmesi, çok sayıda ceza hukuku kurumunu etkileyen ortak bir çatı olup; sadece bu çalışmanın konusu olan

mahkûm olanlar hakkında yapılacak açık ceza infaz kurumuna ayırmaya, denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazına ve koşullu salıverilmeye ilişkin değerlendirmelerde idare ve gözlem kuruluna Cumhuriyet başsavcısı veya belirleyeceği bir Cumhuriyet savcısı başkanlık eder. Ayrıca, idare ve gözlem kuruluna Cumhuriyet başsavcısı tarafından belirlenen bir izleme kurulu üyesi ile Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığı il veya ilçe müdürlükleri tarafından belirlenen birer uzman kişi katılır (CGTİHK m. 89/3). Öta yandan, iyi hal tespiti için yapılma zamanları, 7242 sayılı Kanun ile sıklaştırılmıştır. Eski dönemde koşullu salıverilmenin (veya açık ceza infaz kurumuna ayrılmanın ya da denetimli serbestlik tedbiri ile erken tahliyenin) hemen öncesinde, o zamana kadar kurumda geçirilen toplam süreye ilişkin bir defalık değerlendirme yapılmaktayken; 7242 sayılı Kanun ile değiştirilen 89. maddeye göre artık “[h]ükümlüler, ceza infaz kurumlarında bulundukları tüm aşamalarda, ceza infaz kurumlarının düzen ve güvenliği amacıyla konulmuş kurallara uyup uymadığı, haklarını iyi niyetle kullanıp kullanmadığı, yükümlülüklerini eksiksiz yerine getirip getirmediği, uygulanan iyileştirme programlarına göre toplumla bütünleşmeye hazır olup olmadığı, tekrar suç işleme ve mağdura veya başkalarına zarar verme riskinin düşük olup olmadığı hususlarında idare ve gözlem kurulu tarafından iyi hâlin belirlenmesine esas olmak üzere en geç altı ayda bir değerlendirmeye tabi tutulur.”

⁶⁰¹ Cezanın bireyselleştirilmesinin, belirtilen bu üç türü hakkında daha detaylı bilgi için bkz. DÖNMEZER – ERMAN: C. II, s. 702; YURTCAN, Erdener: “Ceza Yaptırımı ve Bireyselleştirme”, Ceza Hukuku Günleri (26-27 Mart 1987) 70. Yılında Türk Ceza Kanunu – Genel Hükümler içinde, s. 262 ve 263; KÖNİ, Burhan: “Cezanın Tayininde Suçlunun Şahsiyeti”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Y. 1956, S. 11(3), s. 55, 10 no.lu dipnot.

hapis cezası ve infazına seçenek kurumları değil, örneğin cezanın belirlenmesini (TCK m. 61) de kapsayan bir şemsiyedir. Nitekim cezanın bireyselleştirilmesi sürecindeki ilk aşama, temel cezanın belirlenmesidir. Burada vurgulanmak istenen husus, hapis cezası ve infazına seçenek kurumların, cezanın bireyselleştirilmesi ilkesinin bir görünümü olduğu ve bu nedenle doğaları gereği, objektif koşulların yanında, faile ilişkin sübjektif ölçütlere bağlı olarak hayat bulmaları zorunluluğudur. Bu ölçütler, -tıpkı, her biri için aranan objektif ölçütlerin çeşitliliğinde olduğu gibi- her bir seçenek kurum bakımından kanunen farklı şekilde belirlenebilir olsa da, bunların ortak özelliği, faile özgü somut özelliklere, örneğin onun suç işleme eğilimine, geçmişine⁶⁰², karakter özelliklerine, ekonomik ve sosyal koşullarına, suçla ilişkili olarak içinde bulunduğu ruhsal duruma veya ceza infaz kurumunda gösterdiği iyi hale bağlı oluşudur.

Öyleyse her bir seçenek kurum için faile veya fiile ilişkin farklı şartlar aranmakta ve her birinin içeriği de farklı yükümlülükler ile doldurulabilmektedir. Örneğin objektif bir koşul olan, önceden kasıtlı suç işlememiş olmak, hükmün açıklanmasının geri

⁶⁰² Kısaca “failin geçmişi” olarak adlandırılan ve failin geçmişte işlediği suçlar, yaşam koşulları ve alışkanlıklarının, cezanın bireyselleştirilmesinde ölçüt olarak kullanılıp kullanılmaması, fiil ceza hukuku ile fail ceza hukuku sistemleri arasındaki tercihe ilişkindir ve Türk Ceza Hukuku da, bu konuda ilginç bir örnek teşkil etmektedir. Mülga 756 sayılı TCK döneminde, failin geçmişi, temel cezanın belirlenmesinde tahdidi olarak sayılmamış olan diğer ölçütlerin yanında yer almaktaydı (765 s. Kn. m. 29). Ancak 5237 sayılı TCK ile birlikte temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak ölçütler sınırlı sayıda sayılmış olup (TCK m. 61/1), bunlar arasında failin geçmişi yer almamaktadır. Bununla birlikte failin geçmişi, yani kişiliğine, alışkanlıklarına ve içinde bulunduğu somut koşullara ilişkin failin bireysel özellikleri, belirlenen temel cezanın takdireh hafifletilmesi (TCK m. 62) ile bu çalışmanın konusunu teşkil eden diğer tüm hapis cezasına ve infazına seçenek kurumların uygulanması için aranan sübjektif bir şart olarak öngörülmüştür. Demek ki yeni Türk ceza adaletinde, failin geçmişi ve karakterine ilişkin genel durumu, cezanın belirlenmesinde sadece lehine olan değişimler için kullanılabilecek bir ölçüt halini almıştır. Bu genel kuralın iki istisnası ise, adli para cezası ile hapis cezasının seçimlik olduğu hallerde yapılacak tercihe ilişkin olarak TCK m. 61’e sonradan eklenen dokuzuncu fıkra ve yine her iki cezanın seçimlik olarak öngörüldüğü hallerde tekerrür durumunda hapis cezasının tercih edileceğini öngören TCK m. 58/3’tür. Daha detaylı bilgi için bkz. DOĞAN, Duygu Çağlar: “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesinde Faile İlişkin Öznel Ölçütlerin Temyiz Kanun Yolunda Denetlenmesi Sorunu”, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, DEÜHFD, Y. 2019, C. 21 (Özel Sayı), s. 1037-1040.

bırakılması (CMK m. 231/6) için aranan bir şarttır. Buna benzer bir objektif koşul olarak, kasıtlı bir suçtan dolayı (üç aydan fazla) hapis cezasına mahkum edilmemiş olmak da, TCK m. 51’de düzenlenen hapis cezasının (infazının) ertelenmesi kurumunun uygulanabilmesi için aranmaktadır. Ancak önceden işlenen suça veya ona bağlı hapis cezası mahkumiyetine ilişkin benzer bir koşul, TCK m. 50’de düzenlenen seçenek yaptırımlar için, kural olarak, öngörülmemiştir. Öte yandan, bu örneğe konu olan üç seçenek kurum arasında, sübjektif koşullara ilişkin de farklar mevcuttur: Söz gelimi, suçtan dolayı pişmanlık duyma şeklindeki geçmişe dönük bir öznel durum, hapis cezasının ertelenmesi ve seçenek yaptırımlar için aranırken; hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için sanığın geçmişe dönük pişmanlığı yerine, gelecekte yeniden suç işlemeyeceğine dair kanaate varılması gerekmektedir.

Hapis cezasına veya infazına alternatif olarak hukukumuzda mevcut olan kurumların tek tek incelemesine başlamadan önce, bu bölümün sistematığına ilişkin olarak yapılan tercihleri de açıklamakta yarar bulunmaktadır.

Öncelikle hukukumuzda adli para cezasına ilişkin çeşitli düzenlemeler⁶⁰³ içinden, ceza normunda “*hapis veya adli para cezası*” ifadesine dayanılarak hükmedilebilecek olan adli para cezası da, hapis cezasının yerine geçen bir asıl ceza olduğundan bu çalışmanın alanına girmektedir. Zira bu hallerde adli para cezası, cezanın belirlenmesi aşamasında hapis cezasına alternatif olarak hükmedilebilecek bir asıl cezadır. Ancak bu tür adli para cezasının, hukuki nitelik ve seçenek kurumların kavramsal çerçevesi içindeki

⁶⁰³ Türk ceza hukuku mevzuatında adli para cezaları, doğrudan hükmedilen (bağımsız asıl ceza), hapis cezası ile birlikte hükmedilen (ek ceza) ve hapis cezasının yerine geçen adli para cezaları (hapis cezasına bağlı seçenek asıl ceza) olmak üzere esas itibarıyla üçe ayrılmaktadır. Hapis cezasının yerine geçen para cezaları ise, özel ceza normunda “*hapis veya adli para cezası*” olarak belirtilen cezalar ile genel hükümlerde (TCK m. 50/1-a’da) yer alan kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlardan biri olarak, mevzuatta iki farklı görünüme sahiptir. Düzenleniş biçimi olarak farklı gibi görünse de, hapis cezasına seçenek kurum olma çerçevesinden bakıldığında, bu tür adli para cezaları özü itibarıyla aynıdır.

konumu bakımından, kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırım olan adli para cezasından esasen farkı bulunmamaktadır. 2008 yılında TCK’da yapılan değişikliğin ardından benimsenen uygulamada, hem ilgili ceza normundaki “veya” ifadesi ile hapis cezasına seçenек olarak öngörölen adli para cezasının hem de TCK m. 50’ye göre kısa süreli hapis cezasından dönüştürölen adli para cezasının ödenmemesi halinde uygulanacak rejim, yani her iki seçenек kurumun etkinlik modeli, aynı hale gelmiştir. Hatta bu konuda öğretide, suç tanımlarında hapis cezası ile adli para cezasının seçimlik olarak öngörölmesi karşısında, ayrıca kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırım olarak adli para cezasına ilişkin düzenlemeyi gereksiz bulan görüşler de mevcuttur⁶⁰⁴. Bu nedenle çalışmamızda adli para cezasına özgü ayrı bir başlık açılmamış ve hapis cezasına seçenек kurum olan adli para cezasına ilgili açıklamalara “Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenек Yaptırımlar” başlığı altında (aşağıda, II no.lu başlıkta) yer verilmiştir.

İkinci olarak, özellikle erteleme, koşullu salıverilme ve denetimli serbestliğe ilişkin başlıklar bakımından ilk bakıldığında eksiklik gibi düşünölebilecek olan, halbuki bilinçli bir tercihle bu çalışmada kendisine yer verilmeyen, içerik itibariyle af olan geçici düzenlemeler meselesini açıklığa kavuşturmada yarar bulunmaktadır. Ülkemizde, zamansal açıdan ne yazık ki “sıklıkla” diye nitelendirilebilecek şekilde, özünde af tasarrufu ile elde edilecek sonuca ulaşma niyetiyle, ama erteleme ya da koşullu salıverilme -ve bir de yakın zamanda denetimli serbestlik tedbiriyle cezanın infazı- adlandırmalarıyla çıkarılan düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemelerin kaleme alınışında, belirli bir tarihe kadar işlenen suçlara ilişkin kamu davalarının ya da mahkumiyetlerin belirlenen koşullar altında erteleneceği ya da belirlenen şartları taşıyan hükümlölerin koşullu salıverilme veya denetimli serbestlik adı altında tahliye edileceği şeklinde bir formöl kullanılmaktadır. Kanun’un çıktığı tarihten önceki bir tarihe kadar

⁶⁰⁴ Bkz. ÖZGENÇ: s. 736.

işlenen suçlara ilişkin yargılamaları ve/veya kesinleşmiş cezaları kapsamına alan bu “geçici” ya da “ek” maddeler, sadece geçmişe yönelik olarak, bir defa uygulanmakta ve kalıcı bir düzen getirmemektedir. Bu şekildeki etiket hilesi, Anayasa’da af kanunları için öngörülen nitelikli çoğunluğun⁶⁰⁵ sağlanması zorluğunu⁶⁰⁶ aşmak yanında, af çıkarmanın hukuki ve siyasi sorumluluğundan kaçınmak gibi hukuki yönden belirsiz ya da açıklanması zor olan amaçlarla da yapılabilmektedir. Bunlara, son otuz yıl içinden örnekler olarak, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu⁶⁰⁷ Geçici Madde 1, 4454 sayılı Basın ve Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun⁶⁰⁸, 4616 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun⁶⁰⁹ ile 6352 sayılı Yargı

⁶⁰⁵ Anayasa’nın 87. maddesine göre, genel ve özel af ilanı için Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı gerekmektedir.

⁶⁰⁶ Anayasada 2001 yılında yapılan değişiklikten önce, af kanunu için nitelikli çoğunluk şartı mevcut değildi. Ancak o dönemde af tasarrufu yapılmasını sınırlandıran etken, Anayasa m.14’te sayılan fiillerle ilişkin genel ve özel af çıkarılamayacağı yasağı idi. Bu yüzden 2001 öncesi dönemde, m.14’te sayılan fiilleri kapsayan af niteliğindeki tasarruflar da, şartla salıverme veya erteleme gibi başka hukuksal kurumların adını almış olan kanunlar aracılığıyla yapılmaktaydı.

⁶⁰⁷ RG. 12.4.1991, S. 20843 Mükerrer. Günümüzde de benimsenmeye devam eden “koşullu salıverilme adlı af” yönteminin ilk kez kullanıldığı bu Kanun’da öngörülen Geçici Madde 1 şöyledir:

“8/4/1991 tarihine kadar işlenen suçlar sebebiyle;

a) Verilen ölüm cezaları yerine getirilmez. Bu durumda olanlar 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun 19 uncu maddesi hükmüne göre çekmeleri gereken cezalarının on yılını,

b) Müebbet ağır hapis cezasına hükümlü olanlar çekmeleri gereken cezalarının sekiz yılını,

c) Diğer şahsi hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edilmiş olanlar hükümlülük süresinin beşte birini,

Çektikleri takdirde iyi halli olup olmadıklarına bakılmaksızın ve talepleri olmaksızın şartla salıverilirler.”

Bu Kanun ile ilk defa koşullu salıverilme kurumu, özünde şartlı özel af niteliğinde olan bir düzenlemenin görünüm şekli olarak kullanılmıştır ve burada benimsenen model, izleyen dönemdeki benzer kanun metinlerine de yansımıştır.

⁶⁰⁸ RG. 3.9.1999, S. 23855.

⁶⁰⁹ RG. 22.12.2000, S. 24268. Kamuoyunda “Rahşan Affi” olarak tanınmış olan bu Kanun’daki formülasyon, da 1991 yılında kaleme alınan 3713 sayılı Kanun’un metnine benzemektedir. 4616 sayılı Kanun ile özetle, kesinleşmiş cezaların on yılı indirilmiş ve çekmeleri gereken toplam cezalarından on yıllık indirim yapıldıktan sonra ceza süresi dolmuş olan hükümlülerin, iyi halli olup olmadıklarına bakılmaksızın ve istemleri olmaksızın derhal tahliyesi öngörülmüştür. Koşullu salıverilme için iyi hal şartı aranmaması, bu düzenlemeyi, kendisinden sonraki diğer düzenlemelerden farklılaştırmakta ve af

Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun⁶¹⁰ Geçici Madde 1 ve Geçici Madde 2, 671 sayılı KHK⁶¹¹ ile CGTİHK'na eklenen Geçici Madde-6 ve son olarak da 7242 sayılı Kanun ile CGTİHK'na eklenen Geçici Madde-6 verilebilir.

Belirtelim ki, öğreti ve uygulamada bu tür kanunların hukuki niteliğinin af olduğu yönünde bir uzlaşma mevcut değildir. Uzun zamandan beri uygulanan bu yöntem üzerine Anayasa Mahkemesi de net bir tercihte bulunmaktan kaçınmış⁶¹²; sadece bir kararında, düzenlemenin adı ne olursa olsun, esasında özel af niteliğinde olduğunu açıkça kabul etmiştir⁶¹³. Öğretide de, geçmişte olduğu gibi, bu tür kanunların en güncel örneği olan

niteliğini daha baskın hale getirmektedir. Kanaatimizce yine de af niteliği taşıyan sonraki düzenlemelerde ise, koşullu salıverilme kurumunun temel iki şartı olan, cezanın bir kısmının çekilmiş olması ve hükümlünün iyi halli olması şartları korunmuştur.

⁶¹⁰ RG. 5.7.2012, S. 28344.

⁶¹¹ RG. 17.8.2016, S. 29804.

⁶¹² 3713 sayılı Kanun hakkında 19.7.1991 günü verdiği E. 1991/15 ve K. 1991/22 künyeli kararında Anayasa Mahkemesi, "iyi hal" koşulunun yokluğunun, ilgili düzenlemeye bir yönüyle şartlı af görünümü verdiğini; buna karşın istemle bağlı olmadan koşullu salıverilmeden söz edilmesi, cezanın bir bölümünün çektirilmesinin aranması ve belirli durumlarda koşullu salıverme kararının geri alınması olanağının bulunması nedeniyle söz konusu düzenlemenin, "af"tan çok şartla salıvermeye benzediğini, hatta kendisine özgü bir nitelik taşıdığını belirtmiştir. Daha sonra, 4616 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun hakkında verdiği iptal kararında Yüksek Mahkeme, bir yandan "*Yasakoyucunun düzenleme yetkisini kullanarak dava konusu Yasa'nın adıyla içeriği arasında çelişki bulunmamak koşuluyla başlığını belirlemesinde Anayasa'ya aykırılık yoktur*" diyerek düzenlemenin içeriğinin adı gibi erteleme ve şartlı salıverilme olduğunu teyit ettiği düşüncesine mahal verirken; diğer yandan anılan yasanın, kimi hükümleriyle "*kendine özgü bir müessese*", kimi hükümleriyle de "*suç işlememe bozucu (infisahi) koşuluna bağlanmış, toplu özel af*" olduğunu belirterek bu düşüncüyü bertaraf etmektedir. Özetle Anayasa Mahkemesi, bu kararında, 4616 kanunun hukuki niteliği hakkında net bir tercihte bulunmamıştır. Bkz. 18.7.2011 tarihinde verdiği E. 2001/4 K. 2001/332 künyeli karar.

⁶¹³ 4616 sayılı Kanun hakkında verdiği ilk karardan bir yıl sonra, aynı Kanun'da doğan boşluğu gidermek üzere değişiklik yapılmasını öngören 4758 sayılı Kanun'u incelediği sırada Yüksek Mahkeme, bu Kanun'un şartlı ve toplu bir özel af niteliğinde olduğunu açıkça belirtmiş ve nitelikli çoğunluk şartını sağlamadığından bahisle iptal etmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 28.5.2002 tarih ve E. 2002/99 K. 2002/51 künyeli kararı.

7242 sayılı Kanun ile CGTHK’na eklenen Geçici Madde-6 üzerine de farklı görüşler ortaya konulmuştur. Bir yandan, cezanın belli bir kısmının çekilmesi ve iyi hal koşullarına bağlanan, ayrıca gereklerine uyulmadığı takdirde bozulması ya da düşmesi söz konusu olan bir tasarrufun, özel af olamayacağı belirtilirken⁶¹⁴; diğer yandan, bu düzenlemenin özel af, örtülü af ya da fiili af niteliğinin ağır bastığı yönündeki görüşler ortaya konmuştur⁶¹⁵.

Bu çalışmanın konusu ile büyük ölçüde kesişen düzenlemeler içermelerine rağmen, yukarıda belirtilen türdeki kanuni düzenlemeler, bilinçli olarak çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Bunun nedeni, -eleştiriye açık yanları bulunmakla birlikte- gerçekçi çözüm önerileri olarak, sadece hapis cezasından uzaklaşmaya ilişkin felsefeyle bağdaşabilen ve kalıcı kanuni düzenlemeler ile öngörülmüş olan seçenek kurumların incelenmesi yönündeki tercihtir. Belirli bir tarihe kadar işlenen suçlara özgü olan geçmişe yönelik düzenlemeler, hapis cezasına veya infazına kalıcı birer seçenek olmadıklarından, bu çalışmanın çerçevesi dışında bırakılmıştır.

Son olarak belirtelim ki, bu bölümde incelenen ve her birinin bağımsız bir tez konusu olmaya elverişli kapsamı bulunan kurumların, -uygulama koşulları, sonuçları ya da uygulamada yarattığı sorunlar gibi detaylarına derinlemesine girmeksizin- özellikle yaptırım teorisi içerisindeki konumları tespit edilecektir. Bu keşif yolculuğunda, bir önceki bölümde hazırlanan haritadan yararlanılacak olup; hapis cezasına seçenek her bir

⁶¹⁴ ÖZBEK, Veli Özer: “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Hakkındaki Değerlendirmelerimiz”, CHD – Nisan 2020, Y. 15, S. 42, s. 309.

⁶¹⁵ “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı” Hakkında Prof. Dr. Adem SÖZÜER, Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ ve Prof. Dr. Mahmut KOCA Tarafından Hazırlanan Bilimsel Görüş, [infaz-kanunu-degisiklik-teklifi-degerlendirmesi-\(2020.04.06\).pdf](#), s. 6 (Erişim tarihi: 6.6.2020). İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Tarafından Hazırlanan Bilimsel Görüş, “[ceza-ve-guvenlik-tedbirlerinin-infazi-hakkinda-kanun-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-teklifi-hakkinda-bilimsel-gorus.pdf](#)”, s. 1 (Erişim tarihi: 6.6.2020).

kurumun, öncelikle hukuki niteliği, ardından şekli ve maddi tasnife göre kategorisi belirlenecek ve nihayet incelenen kurumun etkinliği için hukukumuzda öngörülen çarelere yer verilecektir.

II. KISA SÜRELİ HAPİS CEZASINA SEÇENEK YAPTIRIMLAR (TCK m. 50)

A. Hukuki Nitelik ve Terminoloji Sorunu

Somut ceza olarak belirlenmiş bir yıl ve daha az⁶¹⁶, yani “kısa süreli” hapis cezasının yerine hükmedilebilecek toplam altı adet seçeneğin⁶¹⁷ hukuki niteliğinin tespiti, Türk ceza hukuku öğretisinde çok tartışmalıdır. Bu görüşler, tarihsel olarak, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun yürürlüğe girdiği 2005 yılının öncesindeki ve sonrasındaki

⁶¹⁶ Bkz. TCK m. 49/2. 13.7.1965 tarih ve 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun’un (RG. 16.7.1965, S. 12050) yürürlükte olduğu dönemde, ilk olarak, altı aya kadar (altı ay dahil) olan hapis cezaları “kısa süreli” iken; 1988 yılında (7.12.1988 tarih ve 3506 sayılı Kanun ile) kısa süreli hapis cezasının üst sınırı bir yıla çıkarılmıştır (647 sayılı Kanun m. 3). 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun hazırlandığı dönemde sunulan Hükümet Tasarısı’nda ise üst sınır, iki yıl olarak öngörülmüştür. (Hükümet Tasarısı m. 59).

⁶¹⁷ Türk Ceza Kanunu’nun “*Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar*” kenar başlıklı 50. maddesinin ilk fıkrası şu şekildedir: “(1) Kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre;

- a) Adli para cezasına,
- b) Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine,
- c) En az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmeye,
- d) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya,
- e) Sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya,
- f) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya,

Çevrilebilir.”

görüşler olmak üzere ayrılabilir. Aslında ilk etapta, böyle bir ayrımın çok da anlamı bulunmadığı düşünülebilir. Nitekim bahsi geçen müessese, ilk olarak, 1965 yılında yürürlüğe giren 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un dördüncü maddesinde öngörülmüştü⁶¹⁸. O dönemde de, şimdiki düzenleme ile karşılaştırıldığında, içeriğinde çok az fark bulunan, hapis cezasına seçenek olmak üzere yine altı adet⁶¹⁹ ihtimal yer almaktaydı. İlk bakışta, her iki normun içeriği arasında esaslı bir fark görülmemektedir. Ancak iki dönem arasında normun içeriği dışında önemli bir fark vardır. Yorum aracı olarak, hukuk normlarının anlamını bulmada en temel yardımcılardan biri olan sistematik yorumu⁶²⁰ etki eden ve kurumun hukuki niteliğinin tespitinde farklı değerlendirmelere yol açan bu önemli fark, önceki düzenlemenin bulunduğu yerin infaz kanunu, şimdikininki ise ceza kanunu olmasıdır. Kanaatimizce 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un 4. maddesinde öngörüldüğü dönemde, üstelik bu dönemde maddenin kenar başlığında ilk olarak “cezalar” ifadesi yer almasına rağmen, kısa süreli hapis cezasının hüküm aşamasında dönüştürülebileceği bu seçeneklerin hukuki niteliğinin, Türk ceza hukuku öğretisinde hiçbir kimse tarafından ceza müeyyidesi olarak kabul görmemesi; buna karşın 2005 sonrası dönemde bunların ceza oldukları yönünde bazı görüşlerin doğması, ancak

⁶¹⁸ Maddenin ilk hali şu şekildeydi: “*Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine; suçlunun ahvali mahsusasına ve suçun işlenmesindeki suret ve şekil hususiyetlerine göre mahkemece:*

- 1. Kabahatlerde, beher gün karşılığı 5 ila 10 lira, cürümlerde 10 ila 30 lira hesabı ile para cezası,*
 - 2. Altı ayı geçmemek üzere Devlet, belediye hizmetlerinde İktisadi Devlet, Teşekküllerinde çalıştırmaya,*
 - 3. Aynen iade veya tazmine,*
 - 4. Altı ayı geçmemek üzere bir eğitim veya ıslah müessesesine devam etmeye,*
 - 5. Bir yılı geçmemek kaydıyla muayyen bir yere gitmekten, bazı faaliyetleri veya meslek ve sanatı icradan men'e,*
 - 6. Her nevi ehliyet ve ruhsatnamenin bir aydan bir yıla kadar muvakkaten geri alınmasına,*
- Hükmolunabilir.”*

⁶¹⁹ Ancak bunlardan biri olan “*Devlet, belediye hizmetlerinde İktisadi Devlet, Teşekküllerinde çalıştırma*”, uygulamada hayat bulamaması gerekçesiyle 1973 yılında yürürlükten kaldırılmıştır. Bkz. 1712 sayılı Kanun (RG. 11.5.1973, S. 14532) m. 1.

⁶²⁰ Sistematik yorum hakkında bkz. HAFIZOĞULLARI – ÖZEN: s. 124; TOROSLU – TOROSLU: s. 65.

sistematik yorum farkı ile açıklanabilir. Bu nedenle, hukuki nitelik tartışması bakımından “eski” dönem ile “yeni” dönem arasında ayırım yapma ihtiyacı ortaya çıkmaktadır.

Öncelikle “eski” dönemdeki görüşler incelenecek olursa, bu seçenekler demetinin, ağırlıklı olarak güvenlik tedbiri diye nitelendirildikleri görülmektedir. Yapılan analizlerde, seçenekler arasında ilk sırada yer alan para cezası hariç tutulmakta ve onun hukuki niteliğinin ceza olduğu belirtilmekte, diğer seçeneklerin ise güvenlik tedbiri olduğu savunulmaktadır⁶²¹. Bu görüşü benimseyenler arasında, bir de, açıkça “güvenlik tedbiri” ifadesini kullanmayıp, sadece “tedbir” terimi ile hukuki nitelik tespitinde bulunanlar⁶²² ve hatta bu ifadenin tercih sebebi olarak, aslında bu kurumların gerçek anlamda güvenlik tedbiri olmadığı açıklamasını getirenler⁶²³ de vardır. Kanun koyucu da sonradan bu görüşü benimsemiş olacak ki, yürürlüğe ilk girdiğinde maddenin “*Kısa hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine uygulanabilecek cezalar*” olan kenar başlığını, bir süre sonra⁶²⁴ “*Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine uygulanabilecek ceza ve tedbirler*” olarak değiştirmiştir. Bir başka görüş ise, esasen cezaların ferdileştirilmesi vasıtalarından biri olan bu kurumun ne ceza ne güvenlik tedbiri olduğunu belirtmekte ve hatta bu tedbirleri, ceza sistemini bozan bir “ur” olarak görmektedir⁶²⁵. Buna benzer şekilde, hukuki niteliğe ilişkin olarak o dönemin mevcut ceza hukuku kurumları arasında,

⁶²¹ İÇEL (vd.): Yaptırım Teorisi, s. 132 ve 133.

⁶²² DÖNMEZER – ERMAN: C. II, s. 798 ve 799. *Gölcüklü* de salt *tedbir* ifadesini kullanmakta ve bu tedbirlerin, “açık çevrede tedavi”nin en yaygın örneklerinden biri olarak gerçek anlamda birer *tretman* şekli olduğunu eklemektedir. bkz. GÖLCÜKLÜ: s. 102 vd.

⁶²³ ÖNDER: Ceza Hukuku Dersleri, s. 548.

⁶²⁴ Bkz. 1712 sayılı Kanun, RG. 11.5.1973, S. 14532.

⁶²⁵ Bu görüşün sahibi *Hafizoğulları*, cezanın ferdileştirilmesi uğruna, ceza hukuku düzeni içinde ceza ve güvenlik tedbiri dışında bir de “ceza yerine geçen tedbir” cihazının bulunduğu izleniminin uyandırılmasını, bağışlanamaz bir çelişki olduğuna işaret etmiştir. Yazar, sistemi bozan bu kurumun, ancak verilen cezanın maddede öngörülen tedbirlere uymak kaydıyla affedildiğinin kabul edilmesiyle, yani sonuç itibarıyla şarta bağlı adli af olduğunun düşünülmesiyle bir anlam ifade edeceğini savunmuştur. Bkz. HAFIZOĞULLARI: “*Emniyet Tedbirleri*”, s. 53-55. Öte yandan, kısa süreli hapis cezasının yerine verilecek tedbir kararının “atıfet” şeklinde değerlendirilmesinin hatalı bir görüş olduğu hakkında ise bkz. GÖLCÜKLÜ: s. 103.

bu seçenekler için net bir yer belirleyemeyen görüşler⁶²⁶ de, hukuki niteliği böylesine karışık olan bu kurumun, ceza hukuku sistemini bozduğu eleştirisine katılmaktadır.

5237 sayılı TCK yürürlüğe girdikten sonraki dönemde ortaya çıkan görüşlere geçmeden önce TCK m. 50’de tercih edilen dili, kurumun hukuki niteliğinde yol gösterici olması nedeniyle yeniden inceleyelim:

m. 50/5: *“Uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbirdir.”*

m. 50/6: *“(…) yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde seçenek tedbirin gereklerinin yerine getirilmesine başlanmaması (…)”*

m. 50/7: *“Hükmedilen seçenek tedbirin hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi durumunda, hükmü veren mahkemece tedbir değiştirilir.”*

Başlığında “yaptırım”, içeriğinde ise hem “ceza” hem de “tedbir” sözcükleri geçen bu maddenin yürürlüğe girmesinin ardından, kurumun hukuki niteliğine ilişkin olan görüşleri birkaç kategoriye ayırmak mümkündür. Para cezasını (m. 50/1-a) ceza

⁶²⁶ Bu kurumun güvenlik tedbiri mi, cezanın şartlı tecili mi, yoksa şartlı adli af mı olduğu sorusuyla yola çıkan Aydın, sonuçta hepsine olumsuz cevap vermiştir. İhlal dolayısıyla suçludaki tehlikeliliği gidermeye dönük olmamaları, aksine ihlale bir cevap teşkil etmeleri nedeniyle, öncelikle, bunların güvenlik tedbiri olmadığını belirtmiştir. Bu çıkarımını, ayrıca, güvenlik tedbirlerinin ceza uygulanmadığı veya uygulansa bile yeterli olmadığı noktada uygulandığı, buna karşın güvenlik tedbirlerinin “ceza yerine geçmesinden” söz edilemeyeceği gerekçesiyle desteklemiştir. Ardından, şartlı tecil ihtimalini değerlendiren Yazar, seçenek tedbirlerde herhangi bir deneme süresi öngörülmemesi ve cezadan çevrilen tedbirlerin kendisinin mahkumiyet sayılması gerekçesiyle bu ihtimali de elemiştir. Son olarak, cezaları bireyselleştirme müessesesi olarak görülen ve Türk hukukuna (o dönem için) yabancı olan adli af ihtimali üzerinde duran Yazar, bu tedbirlerin sonuçta bir “mahkumiyet” kararıyla verilmesi nedeniyle buna da olumsuz yanıt vermiştir. Bu analizde, bir tek (mahkeme tarafından hükmedilen) şarta bağlı bir adli özel af olma ihtimaline olumlu yaklaşmıştır. Şarta uyulduğunda yalnızca cezanın affedildiği, buna karşın mahkumiyetin baki kaldığı bu durumda tek çıkış yolu olarak bu çözüm görülmüştür. Ancak son tahlilde, tıpkı *Hafizoğulları* gibi, o dönem mevcut sistem içinde yer alıp da, cezanın ve infazın bireyselleştirilmesi ilkesini hayata geçiren ve depenalizasyona imkan veren onca kurum varken, ne ceza ne güvenlik tedbiri olan böyle bir kurumun benimsenmesinin ceza hukuku sistemini bozduğu belirtilmiştir. AYDIN, Öykü Didem: Emniyet Tedbirleri, s. 251-261.

müeyyidesi olarak kabul edip bir kenara ayırdıktan sonra geriye kalan seçenekler demetinin tümünün güvenlik tedbiri olduğu görüşü⁶²⁷ ile -para cezası dahil- bunların tümünün ceza olduğu görüşünün⁶²⁸, birbirine zıt, iki uç kutbu teşkil ettiği bir düzlem içinde, kalan diğer görüşler de çeşitlenmektedir. Bu görüşler içinde, seçeneklerin bir kısmının güvenlik tedbiri, ancak diğer kısmının, ne ceza ne güvenlik tedbiri ne de yaptırım olduğunu belirten ve hiçbir kategoriye yerleştirilemeyen bu sonuncu seçenekler grubunun “yükümlülük” olduğunu savunanlar vardır⁶²⁹. Başka bir görüş, maddenin (a)

⁶²⁷ Bkz. ÜZÜLMEZ – KOCA: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018, s. 575. Açıkça “güvenlik tedbiri” ifadesi kullanılmayıp sadece “tedbir” ifadesinin tercih edilmesine rağmen, aynı yönde görüş için bkz. KARAKAŞ DOĞAN: s. 210. *Demirbaş*, kısa süreli hapis cezasına seçenek olan bu tedbirlerin, TCK m. 53-60 arasında düzenlenen güvenlik tedbirlerinden farklı olmakla birlikte, nitelikleri itibarıyla güvenlik tedbiri olduklarını ifade etmektedir. Bkz. DEMİRBAŞ: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014, s. 603.

⁶²⁸ Anayasa’nın 38. maddesine uygun şekilde, ihlale tepki olarak Ceza Kanunu tarafından muhatabına yüklenen tüm yoksunlukların ceza olması gerekçesiyle, burada öngörülen tüm seçeneklerin ceza müeyyidesi olduğu görüşündeki *Hafizoğulları – Özen*, ceza sisteminin “uru” olarak değerlendirdikleri bu kurumu, önceden düzenlenmiş olduğu 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanun’dan alıp hiç düşünmeksizin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’na monte ettiği gerekçesiyle kanun koyucuyu eleştirmektedir. Bkz. HAFIZOĞULLARI – ÖZEN: s. 473. Buna karşın, kısa süreli hapis cezasının seçeneklerinin, 647 sayılı Cezaların İnfazı Kanunu ile yürürlüğe girdiği dönemde Avrupa Ceza Hukuku’nda öncü olduğu ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’na alınmasıyla kurumun hak ettiği konuma kavuşturulduğu şeklindeki aksi yöndeki değerlendirme için bkz. İÇEL: Genel Hükümler, s. 669. Öte yandan, maddede öngörülen seçeneklerin tümünün ceza niteliğinde olduğu başka gerekçelerle de savunulmaktadır. Gerek TCK’da düzenlendiği yer, gerekse kusuruna dayalı olarak (tehlikeliliğine değil) ve tüm unsurları ile tamamlanmış bir suçun karşılığında hükmedilmeleri, ayrıca ceza fonksiyonu taşıdıkları gerekçesiyle buradaki seçeneklerin tümünün ceza müeyyidesi olduğu yönündeki görüş için bkz. ÇETİN, Soner Hamza: Türk Ceza Kanunu’nda Seçenek Yaptırımlar, Ankara 2011, s. 68-71. Bu maddede öngörülenlerin tümünün ceza yaptırımı olduğu yönünde ayrıca bkz. AYGÜN EŞİTLİ, Ezgi: “Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar”, AÜHFD, Y. 2016, C. 64, S. 4, s. 67-68.

⁶²⁹ Özgenç’e göre, “belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma” (m. 50/1-d) ve “ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma” (m. 50/1-e) “güvenlik tedbiri türünden yaptırım” iken; maddede sayılan diğer seçenekler, yani “mağdurun ve kamunun uğradığı zararın giderilmesi” (m. 50/1-b), “bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etme” (m. 50/1-c) ve “kamuya yararlı bir işte çalıştırılma” (m. 50/1-f), bir tedbir veya yaptırım niteliğinde değildir. Bkz. ÖZGENÇ: s. 729-739.

bendindeki adli para cezası ile (f) bendindeki kamuya yararlı bir işte çalıştırmanın birer ceza, diğer seçeneklerin ise tedbir olduğunu belirtmekte birlikte, “*şu an terimlerle uğraşmanın*” çok da yararı bulunmadığını kaydetmektedir⁶³⁰. Bunların dışında, m. 50’de öngörülen seçeneklerin hukuki niteliği tartışmasına değinmeksizin -ya da değinse bile kendi kanaatini belirtmeksizin⁶³¹- adli para cezası için “ceza”, diğerleri için sadece “tedbir” ifadesini kullanan yazarlar da bulunmaktadır⁶³². Bu sonuncusu, terminoloji karışıklığı nedeniyle eleştirdiğimiz⁶³³ kanun koyucunun kullandığı dildir.

Adlandırmayı daha farklı şekilde yapan bir başka görüş ise, öncelikle adli para cezasını, hapis cezasına seçenek olmakla birlikte tam olarak onun yerine geçmediği, yani gerçek anlamda bir ikame yaptırım olmadığı gerekçesiyle diğerlerinden ayırmaktadır. Geriye kalan seçenekleri (ikame yaptırımları) de kendi içlerinde, “toplum içinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları” ve “onarıcı adalet yaptırımı” olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Bu görüşe göre, onarıcı adalet yaptırımı, ceza ve güvenlik tedbiri yanında üçüncü bir yaptırım kategorisini teşkil etmektedir⁶³⁴ ve bunun hukukumuzdaki görünümü de, m. 50/1-b’de yer alan, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın giderilmesidir.

⁶³⁰ İNCE, Hüseyin: Türk Ceza Hukuku’nda Kısa Süreli Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Yaptırımlar, Ankara 2007, s. 172 ve 173.

⁶³¹ AKBULUT: s. 761.

⁶³² ÖZTÜRK – ERDEM: s. 466-473; ARTUK – GÖKCEN: s. 781-787; İÇEL: Genel Hükümler, s. 671-179. Centel – Zafer – Çakmut ise, seçenek yaptırımlara ilişkin olan başlıkta bu kullanımı tercih etmişler ve hukuki nitelik tartışmasına değinmemişler; ancak güvenlik tedbirlerine ilişkin açıklamalarda şu ifadeye yer vermişlerdir: “Güvenlik tedbirleri, fail hakkında ceza yerine veya ceza yanında uygulanan ve tehlike halini esas alan yaptırımlardır. Bunlar, kısa süreli hapis cezasına alternatif olan tedbirlerden farklıdır (TCK m. 50)” Bkz. CENTEL, Nur – ZAFER, Hamide – ÇAKMUT, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2016, s. 602-608 ve s. 693.

⁶³³ Terminoloji karışıklığı bir yana, hukukumuzda var olmayan bir kavramın, açıklamasız bir şekilde Türk Ceza Kanunu’na yerleştirilmesi hususunu da Nuhoğlu, şu ifadelerle eleştirmektedir: “Seçenek tedbirlerin, hukuki niteliğinin ne olduğuna dair Kanunda herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Bununla hukuki niteliği anlaşılamayan seçenek tedbir diye bir kavram hukukumuza girmiştir.” Bkz. NUHOĞLU: “5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Güvenlik Tedbirleri”, Türk Ceza Kanununun 2. Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar Sempozyumu, TCHD, İstanbul 2008, s. 192.

⁶³⁴ MADEN: s. 75.

Toplum içinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları ise, düzenlenişleri itibariyle, cezaya veya güvenlik tedbirine benzemelerine dayalı olmak üzere iki türlüdür. Bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla eğitim kurumuna devam etmenin (m. 50/1-c) güvenlik tedbiri olarak görülmeye elverişli olduğunu belirten bu görüşte, geriye kalan diğer üç seçenek, yani belirli yerlere gitmekte veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma (m. 50/1-d), ehliyet veya ruhsat belgelerinin geri alınması veya belli bir meslek veya sanatı yapmaktan yasaklanma (m. 50/1-e) ve kamuya yararlı bir işte çalıştırılma (m. 50/1-f), nitelik olarak, ceza sayılmaya daha elverişlidir⁶³⁵.

Öğretinin içinde bulunduğu karmaşık durumun tespitinin ardından, “*Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar*” kenar başlıklı düzenlemeyi (TCK m. 50) sevk ederken, bu seçeneklerin hukuki niteliği hakkında kanun koyucunun sahip olduğu iradeyi çözümlemeye çalışalım. Öncelikle belirtelim ki, yeni bir ceza kanunu hazırlığı çabasının somut ürünü olarak ortaya çıkan (2003 tarihli) Hükümet Tasarısı, *Prof. Dr. Sulhi Dönmezer* başkanlığında hazırlanan ve bu nedenle “*Dönmezer Tasarısı*” olarak adlandırılan ceza kanunu tasarılarının sonuncusu ile hemen hemen aynıdır⁶³⁶. Bu Tasarı’nın “*Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların seçenekleri*” kenar başlıklı 64. maddesi⁶³⁷ de, günümüzde yürürlükte bulunan TCK m. 50’nin neredeyse aynısıdır. Bu

⁶³⁵ Bu değerlendirme hakkında detaylı açıklamalar için bkz. MADEN: s. 97-114.

⁶³⁶ AYDIN, Devrim: “*Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Hazırlanış Süreci*”, AÜSBF Dergisi, Y. 2004, C. 59, S. 4, s. 249.

⁶³⁷ Hükümet Tasarısı m. 64: “*Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar, suçlunun kişiliğine, diğer hâllerine ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre mahkemece;*

- 1) *Kabahatlerde beher gün karşılığı onmilyon liradan yirmimilyon liraya kadar hafif, cürümlerde yirmimilyon liradan kırkmilyon liraya kadar ağır para cezasına,*
- 2) *Aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmine,*
- 3) *İki yılı geçmemek koşuluyla bir eğitim veya ıslah kurumuna devam etmeye,*
- 4) *İki yılı geçmemek koşuluyla belirli bir yere gitmekten, bazı etkinlikleri, meslek veya sanatları yapmaktan yasaklanmaya,*
- 5) *Her tür ehliyet ve ruhsat belgelerinin iki aydan iki yıla kadar geri alınmasına,*

düzenleme, Hükümet Tasarısı'nın, Adalet Alt Komisyonu'nda esaslı biçimde değiştirilmesinin ardından ortaya çıkan Adalet Komisyonu'nun metnine dönüşürken ve o metnin sonradan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu haline gelmesi sırasında, sadece ufak değişikliklere uğrayan ender maddelerdendir. Yürürlüğe girmesinin ardından bu maddeye ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'nin önüne itiraz yoluyla gelen tüm başvurular da, Yüksek Mahkeme tarafından reddedilmiştir⁶³⁸. Dolayısıyla, bu süreçlerdeki düzenlemelerde yer alan “yaptırım”, “tedbir” ve “ceza” terimlerinin kullanımı, yürürlükte bulunan maddedeki (TCK m. 50) terminoloji ile aynıdır⁶³⁹. Bu kurumların hukuki niteliğinin güvenlik tedbiri olduğuna ilişkin açık bir ifadeye ise, Hükümet Tasarısı'nın gerekçesinde ve Adalet Komisyonu Raporu'nda rastlanmamaktadır; ancak -bu düzenlemenin kaynağı olan *Dönmezer* Tasarısı'nı hazırlayan komisyonun başkanının görüşleri⁶⁴⁰ de hesaba katıldığında- para cezası dışındaki seçeneklerin güvenlik tedbiri olarak değerlendirildiği düşünülmektedir.

Üstelik Adalet (Alt) Komisyonu'nda benimsenen metne alınmamakla birlikte, Hükümet Tasarısı'nda öngörülmüş olan bir düzenleme de, bu düşüncüyü ciddi ölçüde

6) *Bir yılı geçmemek ve rızası bulunmak koşuluyla failin kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasına, çevrilebilir.”*

⁶³⁸ Bkz. m. 50/2'nin iptali talebi hakkında Anayasa Mahkemesi'nin, 19.2.2009 tarih ve E. 2006/107 K. 2009/28 sayılı kararı; m. 50/3'teki “*fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış bulunanlar*” ifadesinin iptali talebi hakkında 12.3.2009 tarih ve E. 2009/17 K. 2009/47 künyeli kararı; m. 50/1-f'de öngörülen kamu yararına çalışmaya ilişkin olarak öngörülen “*gönüllü olmak koşuluyla*” ifadesinin iptali talebi hakkında 13.5.2010 tarih ve E. 2009/18 ve K. 2010/65 künyeli kararı; kanun koyucunun 2008'de yaptığı kelime değişikliğinin ardından adli para cezası ile diğer seçenekler arasında, seçenek yaptırımının gereklerinin yerine getirilmemesi halinde uygulanacak rejimin farklılaşmasına yol açan durumu giderme talebi hakkında verilen 31.10.2013 tarih ve E. 2013/33 K. 2013/122 künyeli kararı.

⁶³⁹ 5739 sayılı Kanun ile 2008 yılında, TCK m. 50/6'da yapılan değişiklik ile “yaptırım” sözcüğü “tedbir” ile değiştirilmiştir. Ancak bu değişiklik terminoloji seçimine ilişkin değildir. Bu değişiklik, kısa süreli hapis cezasına seçenek olarak hükmedilen adli para cezasının ödenmemesi halini, madde çerçevesinde hükmedilen diğer tedbirlerin gereklerinin yerine getirilmemesi halinde olduğu gibi hapis cezasının kısmen veya tamamen infazına karar verilmesi uygulamasından çıkarmak ve doğrudan hükmedilen (diğer) adli para cezalarının ödenmemesi halinde uygulanan rejime tabi kılmak için yapılmıştır.

⁶⁴⁰ Bkz. yukarıda 622 numaralı dipnot.

kuvvetlendirmektedir: Hükümet Tasarısı'nda, güvenlik tedbirlerinin neler olduğunun sayıldığı 94. maddenin⁶⁴¹ ardından, “Güvenlik tedbirlerine hükmedilebilecek diğer haller” kenar başlığını taşıyan 96. maddede, iki yıla kadar hapis cezasına mahkumiyet halinde ve belirli şartlar altında, bu cezanın çevrilebileceği “güvenlik tedbirlerine” ilişkin bir düzenleme yapılmıştı. Buna göre, “İki yılı aşmayan bir hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edilmiş hükümlünün cezasının, birinci fıkra da belirtilen özellikler göz önüne alınarak cezasına eşit süreyle 94 üncü maddenin (A) fıkrasının (1) ve (2) numaralı bentlerinde gösterilen bir güvenlik tedbirine çevrilmesine mahkemece karar verilebilir. Bu hâlde güvenlik tedbirinin süresi içinde fail başka bir suç işlemez ve koşullara uygun hareket ederse ceza çekilmiş sayılır; aksi hâlde güvenlik tedbiri altında çekilen sürenin mahsubundan sonra hükmedilen cezanın geri kalan kısmı aynen çektirilir.” Maddede belirtilen güvenlik tedbirleri, birinci fıkradaki bir eğitim-iş evinde veya tarım işletmesinde iyileştirilme ile ikinci fıkradaki denetimli serbestliktir. Tasarı'nın genel

⁶⁴¹ Hükümet Tasarısı'nın, “Güvenlik tedbirleri ve türleri” kenar başlıklı 94. maddesi şu şekildeydi:

“A. Hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirleri şunlardır:

- 1) Bir eğitim-iş evinde veya tarım işletmesinde iyileştirilme,
- 2) Denetimli serbestlik,
- 3) Belli yerlerde bulunma veya ikametın yasaklanması,
- 4) İçki içilen veya benzeri yerlere gitmekten yasaklanma,
- 5) Akıl malûliyeti veya diğer bir ruhsal düşkünlük veya sakatlık nedeniyle cezaları indirilmiş olan hükümlülerin bu husus için kurulmuş bir sağlık kurumunda tedavi altına alınmaları,
- 6) Sarhoşluğu veya uyuşturucu madde kullanmayı alışkanlık hâline getirmiş bulunan hükümlülerin tedavi altına alınmaları,
- 7) Tehlikeli mükerrirlerin müesseseye yerleştirilmeleri,
- 8) Yabancılar hakkında sınır dışı edilme.

B. Haklardan yoksunluğu gerektiren güvenlik tedbirleri şunlardır:

- 1) Altsoyuna veya eşine karşı hapis cezasını gerektiren bir suç işlemiş bulunan hükümlünün, altsoyu üzerindeki velâyet hakkının veya vasilik veya kayımlık sıfatının kaldırılmasına ilişkin, 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununda yer alan hükümlerin uygulanmasına, işlenen suçun niteliği, fail ile mağdur arasındaki ilişkiler, suçlunun kişilik özellikleri göz önüne alınmak suretiyle karar verilebilmesi,

- 2) Hakkında hapis cezasına hükmedilen failin cezanın infazı süresince kısıtlanmasına karar verilebilmesi.

C. Önleyici kefalet.”

gerekçesinde ise, konuyla ilgili olarak şu ifadeye yer verilmişti: “*Tasarıda, güvenlik tedbirlerine ilişkin olarak altı madde yer almakta ve hâkimin bu tedbirlere ne gibi hâllerde hükmedeceği ve cezaların güvenlik tedbirlerine çevrileceği gösterilmektedir. Ayrıca kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine hükmedilecek tedbirler arasına ‘kamuya yararlı bir işte çalıştırma’ da eklenmiş, bu suretle cezaların bireyselleştirilmesi hususundaki olanaklar çoğaltılmıştır.*” Genel gerekçenin bir başka bölümünde de “96 ncı maddenin ikinci fıkrasında da belirtildiği üzere, mahkûmiyet süresi iki yılı aşmayan bir hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edilmiş suçlunun, kişilik özellikleri göz önüne alınarak cezasının aynı süreyle bir ‘eğitim-iş evinde veya tarım işletmesinde ıslah edilme’ veya ‘denetimli serbestlik’ tedbirlerinden birine çevrilmesine mahkemece karar verilebilecektir. Böylece, Anayasanın 38 inci maddesi çerçevesinde cezalar yerine, güvenlik tedbirlerine hükmedilebilmesi olanağı elde edilmiş olmaktadır.” denmiştir⁶⁴².

96. maddenin 2. fıkrasına ilişkin madde gerekçesinde de benzer ifadeler yer almıştır. Demek ki bu maddede, kısa süreli hapis cezasının hükmedildiği anda dönüştürülebileceği, kanun koyucunun açık iradesine göre, iki tür “güvenlik tedbiri” öngörülmüştür. Ancak burada, şu önemli kaydı koymakta fayda vardır: Maddede yer alan “(...) *güvenlik tedbirinin süresi içinde fail başka bir suç işlemez ve koşullara uygun hareket ederse ceza çekilmiş sayılır*” ifadesinin çağrıştırdığı kurum ile günümüzde TCK m. 50’de öngörülen kurum aynı değildir. Zira Hükümet Tasarısı m. 96/2’de düzenlenen kurumda, hem bir deneme süresi ve hem de bu sürenin içinde yeniden suç işlememe (negatif) şartı ile (pozitif yükümlülük olarak) denetimli serbestlik veya kamu yararına çalışma tedbiri öngörülmüştür. Bu durumda, Hükümet Tasarısı m. 96/2’de düzenlenen kurum, bu çalışmadaki seçenek kurumlar tasnifinde, erteleme tedbirleri arasında yer almaktadır. Dolayısıyla, hapis cezasının hükmedilmesi aşamasında devreye giren, dar anlamda (hapis cezasına bağlı) seçenek kurumlardan değildir. Oysa TCK m. 50’de yer

⁶⁴² Metin içinde yer alan alt çizgi şeklindeki vurgular, tarafımıza aittir.

alan seçenekler bakımından geçerli olan hukuki sonuç, maddenin 5. fıkrasında “Uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbirdir.” şeklinde belirtilmiş ve bu da, Adalet Komisyonu Raporu’nda şu şekilde açıklanmıştır: “Hakkında seçenek yaptırımlardan birine hükmedilen kişinin bu yaptırımın gereklerine uygun hareket etmesi durumunda, bu ceza infaz edilmeyecek ve kişi açısından bu cezaya mahkûmiyete bağlı hukukî sonuçlar doğmayacaktır.” Yani “kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar” olarak adlandırılan kurumda bir deneme süresi söz konusu değildir ve hükmedildiklerinde geçerli olan mahkumiyet, hapis cezası değil, bizzat bu seçeneklerin kendisidir. Sadece, uygulanmadıkları takdirde, hapis cezasına yeniden dönüşme ihtimalleri bulunmaktadır. Bu özellikleri itibariyle, TCK m. 50’de yer alan seçenekler, dar anlamda (hapis cezasına bağlı) seçenek kurumların bir örneğidir. Burada incelenen iki kurum arasındaki nitelik farkına rağmen, yine de, Hükümet Tasarısı’nın 96. maddesinde yer alıp da kanunlaşmayan bu düzenleme sayesinde ortaya çıkan husus, önce Hükümet Tasarısı’na ve oradan da Adalet Komisyonu üzerinden yürürlükteki Türk Ceza Kanunu’na hakim olan düşünceye göre, (adli para cezası dışındaki) kısa süreli hapis cezasına seçeneklerin hukuki niteliğinin güvenlik tedbiri olduğudur.

Bu konuda dikkat çeken bir diğer husus ise, TCK m. 50’de sadece “tedbir” kelimesine yer verilmiş olmasına rağmen güvenlik tedbirlerine ilişkin diğer maddelerde, örneğin çocuklara ve akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerini öngören m. 56 ve m. 57’de, açıkça “güvenlik tedbiri” ifadelerinin kullanılmış olması karşısında, kanun koyucunun da bu kurumun hukuki niteliği konusuna, -kanunun hazırlık çalışmalarından itibaren- temkinli yaklaşmış olabileceği ihtimalidir.

Öte yandan, TCK m. 50’de öngörülen seçenekler içinden denetimli serbestlik teşkilatlarınca infaz edilecek olanlara ilişkin detayları açıklayan, Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği’nin 62 ila 66. maddeleri arasında yer alan düzenlemelerdeki terminoloji de dikkat çekicidir. Örneğin, Yönetmelik m. 66 “Kamu hizmeti *cezası*” kenar

başlığını taşımaktadır. Yine, Yönetmelik m. 62/3'te ise “*Kamusal cezaların yerine getirilmesi sırasında; hükümlülerin temel ihtiyaçlarına, özel hayatın gizliliğine ve toplumda rencide edilmemesine dikkat edilir.*” düzenlemesi yer almaktadır. Diğer seçenekler olan, “eğitim kurumuna devam etme”, “belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma”, “sürücü ve ruhsat belgelerinin geri alınması, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma” ise, Yönetmelik m. 63, 64 ve 65'te “yaptırım” olarak ifade edilmiştir.

Aktarılan tüm bilgi ve değerlendirmelerin ardından, bu çalışmaya hakim düşünce çerçevesinde varılan kanaat ise, Türk Ceza Kanunu'nun “*Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar*” kenar başlıklı 50. maddesinde sayılan seçeneklerin hepsinin, birer ceza müeyyidesi olduğudur. Öncelikle, bu çalışma bakımından hukukun ihlal öncesi ve sonrasında uygulanan tüm araçlarının *tedbir* kabul edildiğini de hatırlatarak belirtelim ki, suçun sübutu sonrası uygulanan bu seçenekler de, burada benimsenen terminoloji bağlamında aslında tedbirdir. Ancak bu çıkarım, öğretide genel olarak kabul edilen, adli para cezası dışındaki seçeneklerin çoğunluğunun güvenlik tedbiri olduğu değerlendirmesinden farklıdır. Aksine, güvenlik tedbiri – ceza ayrımı çerçevesinden bakıldığında, TCK m. 50'de “*Hapis cezasına seçenek yaptırımlar*” başlığı altında sayılan tüm seçenekler, kanaatimizce, cezadır. Öncelikle seçenek kurumların şekli tasnifi açısından yaklaşıldığında bunlar, hapis cezasına karar verilmesinin ardından onun yerine geçen seçenekler olarak, dar anlamda, yani hapis cezasına bağlı seçenek kurumlardandır. Bunların, infaz sürecinde değil, hüküm aşamasında ve hükmü veren mahkemenin kararıyla devreye girmeleri de, ceza niteliğinde olduklarının kabulü için bir dayanaktır. Öte yandan cezanın günümüzde sahip olması gereken, topluma yeniden kazandırıcı, onarıcı, iyileştirici amaç ve işlevleri düşünüldüğünde de, bu seçeneklerin ceza müeyyideleri olarak kabul edilmesi doğru olacaktır. Ayrıca güvenlik tedbirinin, sadece isnat edilebilir olmayanlara cezanın verilemediği durumlarda uygulanabileceğine dair

kabulümüz karşısında, cezalandırılabilir, hatta -daha doğru bir ifadeyle- zaten hapis cezasına çarptırılmış bir kimseye, işlediği suça ve kendisine ait somut koşulların etkisiyle hapsedilme dışında bir cezanın uygun görülmesinden ibaret olan bu kurumu güvenlik tedbiri olarak görmek çelişki olurdu. Öyleyse gerek amaçsal gerekse işlevsel bakımdan, günümüz ceza anlayışı ile tam olarak örtüşen bu seçenekleri güvenlik tedbiri olarak nitelendirmek, bunları, zaman yönünden uygulama gibi konularda cezaya ilişkin güvencelerden arı kılarak, etiket hilesine elverişli hale getirmektir.

Bu seçeneklerin ceza olarak kabulü, pozitif hukukumuz bakımından herhangi bir normatif sorun yaratmamaktadır. Nitekim TCK m. 45'te suç karşılığında uygulanan yaptırımlar, hapis ve adli para cezası olarak sayılmıştır. m. 50'de sayılan seçenek cezalar ise, hapis cezasına bağlı, yani dar anlamda seçenek kurumlar kategorisinde olduğundan, suç karşılığında doğrudan (hapis cezasından bağımsız olarak) uygulanan ceza türlerinden değildir. Şayet böyle olsalardı, yani bu seçenekler, hapis cezasından bağımsız ve doğrudan uygulanabilir seçenek asıl cezalar olsalardı, kanun koyucunun kendisiyle çeliştiği düşünülebilirdi. Ancak burada 45. madde ile oluşturulan çerçevenin, 50. madde ile dışına çıkıldığı değil, sadece bu çerçevenin içinin çeşitlendirildiğini kabul etmek mümkündür. Öte yandan, bu seçeneklerden birine hükmedildiğinde, uygulamadaki mahkumiyet de artık hapis cezası değil, hükmedilen seçeneğin kendisi olarak kabul edilmektedir (m. 50/5). Dolayısıyla, hükmedilmeleri anında hapis cezasının varlığına (ve süresine) bağlı olan, ancak bir kez hükmedildikten sonra hapis cezasının tamamen yerine geçen ve ihlal gerçekleşmediği sürece hapis cezasıyla yeniden ilişki kurulmasını gerektirmeyen bu seçeneklerin, hapis cezasına bağımlı ve ona alternatif nitelikteki asıl ceza müeyyideleri olduğu kanaatindeyiz.

B. Hapis Cezasına Seçenek Olmaları Bakımından Değerlendirilmesi ve

Tasnifi

TCK m. 50/1’de sayılan altı adet seçeneğe, hapis cezasına seçenek kurumların maddi (öz) yönünden tasnifi penceresinden yaklaşıldığında ise, bu çalışmada benimsenen kategorilendirme bakımından, sembolik tedbirler dışında, bir önceki bölümde açıklanan türlerin çoğuna yer verildiği görülmektedir. Bunlar şu şekilde belirtilebilir:

1. *Malvarlığına yönelik* tedbirlerden, adli para cezası (m. 50/1-a) ve bir ceza yaptırımı olarak tazminat (m. 50/1-b)
2. *Kişi özgürlüğünü sınırlandıran* tedbirler içinden;
 - a. *Özgürlük içinde kontrol* olarak, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma (m. 50/1-d),
 - b. *Özgürlük içinde pozitif edimlerin yüklendiği gözetim* olarak, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan⁶⁴³ bir eğitim kurumuna devam etme (m. 50/1-c)
3. *Çalışma içerikli* tedbir olarak, kamuya yararlı bir işte çalıştırma (m. 50/1-f).
4. *Yasaklayıcı* tedbir olarak da, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması (m. 50/1-e)

Hapis cezasına seçenek yaptırımların etkinlik modelinde ise, Kanun, öncelikle adli para cezasını diğer seçeneklerden (Kanun’un ifadesiyle “seçenek tedbirlerden”) ayırmaktadır. Bu ayrılık, 2008 yılında, maddede yer alan bir sözcüğün değiştirilmesi⁶⁴⁴ ile olmuştur. Böylece, TCK m. 50/1-a çerçevesinde kısa süreli hapis cezasından çevrilen adli para cezasının ödenmemesi haline ilişkin uygulama ile maddede sayılan diğer

⁶⁴³ Şayet eğitim kurumunda aynı zamanda barınma imkanı da sağlanırsa, “bir kuruma ya da gruba yerleştirme” tedbirine dönüşecektir.

⁶⁴⁴ 5739 sayılı Kanun ile TCK m. 50/6’daki “yaptırım” sözcüğü, “tedbir” olarak değiştirilmiştir. Bkz. RG. 1.3.2008, S. 26803.

seçeneklerin yerine getirilmemesinin sonuçları farklılaştırılmıştır. Her ne kadar, maddede öngörölen seçeneklerin tümünün ceza müeyyidesi olduğuna ilişkin kanaatimiz doğrultusunda, bu sözcük değişiminin, uygulamanın değişmesi için yeterli olmadığı görüşünde olsak da burada, Türk ceza hukuku uygulamasında geçerli olan etkinlik modelini aktaracağız.

2005 yılında yürürlüğe girdiğindeki ilk halinde, maddede yer alan tüm seçenekler bakımından aynı etkinlik modeli benimsenmiş ve bu seçeneklerin gereklerine uyulmamaları halinde, önceden yerine geçtikleri (kısa süreli) hapis cezasına dönüşmeleri öngörölmüşü. Bu çerçevede TCK ve diğer kanunlarda öngörölüp de doğrudan hükmedilen adli para cezasının ödenmemesi ile TCK m. 50/1-a’ya dayanılarak kısa süreli hapis cezasından çevrilen adli para cezasının ödenmemesi halinde uygulanan rejim farklıydı: Doğrudan hükmedilen adli para cezası için CGTİHK m. 106’nın öngördüğü ve ödendiği anda salıverilme imkanı veren hapse⁶⁴⁵ dönüşme rejimi uygulanırken; kısa süreli

⁶⁴⁵ Buradaki hapis, adli bir hapis cezası değil, tazyik (zorlama) hapsi idi. Bunun sebebi, mahkumun, para cezasını ödediği anda derhal serbest bırakılması ile koşullu salıvermenin söz konusu olmayıp, bu hapis türünün, erteleme ve tekerrür gibi kurumlara da esas alınmamasıydı. Nitekim CGTİHK m. 106/3’ün ilk hali şöyleydi: “Hükümlü, tebliğ olunan ödeme emri üzerine belli süre içinde adli para cezasını ödemezse, Cumhuriyet savcısının kararı ile ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarınca hapsedilir.” Aynı maddenin 8. ve 9. fıkraları ise şu şekildeydi: “(8) Hükümlü, hapis yattığı günlerin dışındaki günlere karşılık gelen parayı öderse haptiden çıkartılır. (9) Adli para cezasından çevrilen hapsin infazı ertelenemez ve bunun infazında koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz. Hapse çevrilmiş olmasına rağmen hak yoksunlukları bakımından esas alınacak olan adli para cezasıdır.” Koşullu salıverilme, erteleme ve tekerrürün mümkün olmadığı bir başka hapis türü daha bulunmaktadır: Disiplin hapsi. CMK m. 2/1-l’ye göre disiplin hapsi, “[k]ısmi bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen, seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, önödeme uygulanamayan, tekerrüre esas olmayan, şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adli sicil kayıtlarına geçirilmeyen” hapis olarak tanımlanmıştır. Bu iki tür hapsin birbirinden ayrıldığı nokta, tazyik hapsinin, yükümlölüğün yerine getirilmesiyle son bulmasına karşın; disiplin hapsinin, bir yükümlölüğü yerine getirme amacı bulunmayıp, kısmi düzene aykırı fiilin işlenmesi karşılığında uygulanan müeyyide olmasıdır. Bu nedenle, kural olarak, yapılması istenen şeyin yerine getirilmesi, disiplin hapsini sona erdirmez. Kısacası tazyik hapsinde “kapının anahtarı” hapsedilen kişidedir, ancak disiplin hapsi böyle değildir. Tazyik (zorlama) hapsinin de, disiplin hapsinin bir türü olduğu yönünde görüş için ayrıca bkz. ÖZGENÇ: s. 793-795.

hapis cezasından çevrilen adli para cezasının ödenmemesi, (tıpkı TCK m. 50/1’de sayılan diğer seçenekler gibi) TCK m. 50/6’nın öngördüğü şekilde, yerine geçtiği ceza müeyyidesi olan hapis cezasına dönüşme rejimine tabiydi. Ancak, 2008 yılında yapılan bir sözcük değişikliği ile TCK m. 50/1’de yer alan seçenekler arasında, adli para cezası ve diğer seçenekler (Kanun’un ifadesiyle “seçenek tedbirler”) için öngörülen etkinlik modeli bakımından ayrıma gidilmiş ve bundan böyle, kısa süreli hapis cezasından çevrilen adli para cezasının ödenmemesi hali de, doğrudan hükmedilen adli para cezalarının ödenmemesine ilişkin olan CGTİHK m. 106’da öngörülen rejime tabi kılınmıştır⁶⁴⁶. Ancak adli para cezalarının ödenmemesine ilişkin bu rejimde de “borç için hapis yasağı” prensibine de uygun olacak şekilde⁶⁴⁷, 2014 yılında yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanun⁶⁴⁸ ile değişiklik yapılmış; doğal olarak bundan, kısa süreli hapis cezasının yerine geçen adli para cezası da etkilenmiştir. Halen yürürlükte bulunan ve Çek Kanunu m. 5’e dayanılarak verilen adli para cezası⁶⁴⁹ dışında hukukumuzda öngörülen tüm adli para cezaları bakımından geçerli olan bu rejime göre, Cumhuriyet savcılığı tarafından

⁶⁴⁶ Sonuç olarak, hukuki nitelik itibarıyla aynı olan para cezalarının ödenmemesi halinde uygulanacak rejimlerin de aynı olması yerindedir. Ancak bu durumun, sadece TCK m. 50/6’daki “yaptırım” sözcüğü yerine “tedbir” sözcüğünün konularak yaratılması, kanaatimizce, tartışmaya açıktır. Bu noktada yapılması gereken, maddede kullanılan “yaptırım” ve “tedbir” sözcüklerinin seçimine özen göstermek ve adli para cezası ve diğer seçenek cezalar arasında, bunların gereklerine uyulmaması halinde uygulanacak rejimi farklılaştıran tercihi açıkça belirten bir düzenleme yapmaktır. Zira hangi kavramı karşıladığı net olarak anlaşılmayan terimler üzerinden rejim değişikliği yoluna gitmek doğru değildir.

⁶⁴⁷ İHAM’ın *Jamil – Fransa* (8 Haziran 1995) Kararı’nda da belirtildiği üzere, ödeme aczi içinde olmayan bir kimse aleyhine hükmedilen para cezasını ödemeye zorlamak için hapisle tazyik, “borç için hapis” kurumunun kalıntısı olarak değerlendirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. SOYER GÜLEÇ, Sesim: Borç İçin Hapis Yasağı ve Karşılıksız Çek Suçu, Ankara 2011, s. 46.

⁶⁴⁸ RG. 28.6.2014, S. 29044.

⁶⁴⁹ Çek Kanunu m. 5/1’e göre üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde ibrazında, çekle ilgili olarak “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişi hakkında, hamilin şikâyeti üzerine, her bir çekle ilgili olarak, binbeşyüz güne kadar adli para cezasına hükmolunur. Bu maddeye dayanılarak verilen adli para cezalarının ödenmemesi durumunda, bu ceza, CGTİHK m. 106/3 uyarınca kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararı verilmeksizin, doğrudan hapis cezasına çevrilir (Çek Kanunu m. 5/11).

düzenlenen ödeme emrinin tebliğinden itibaren otuz gün içinde ödenmeyen adli para cezalarının ödenmeyen kısmı, kural olarak, hapis cezasına çevrilmekte, ancak bunun infazı öncelikle kamuya yararlı işte çalışma suretiyle gerçekleştirilmektedir. Bu tedbirin de gereklerine uyulmadığı takdirde, halihazırda çalışılan günler mahsup edilerek, hapis cezasından kalan kısım, açık ceza infaz kurumunda yerine getirilmektedir (CGTİHK m. 106/3).

Maddede öngörülen diğer seçenek cezalar için kurgulanan etkinlik modeli ise, hükmedilen seçeneğin infaz edilmemesinin, hükümlünün özgür iradesine ya da elinde olmayan nedenlere dayanmasına göre değişmektedir. Seçenek cezanın hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi halinde, infaz hakimi tarafından maddede öngörülen (adli para cezası dışındaki) bir başka seçeneğe hükmedilecektir (TCK m. 50/7). Buna karşın, seçenek cezanın infazına başlanmadan yahut başlanıp da henüz tamamlanmadan önce hükümlünün, mazeretsiz şekilde, seçenek cezanın gereklerini yerine getirmemesi halinde, önceden kararlaştırılıp da seçeneğe dönüştürülen kısa süreli hapis cezasının aynen infazına karar verilir. Bu durumda infaz hakimine, hapis cezasının bir kısmını indirme yetkisi de tanınmıştır (TCK m. 50/6). Seçenek cezadan dönüşen kısa süreli hapis cezasının bir kısmının indirilmesi halinde süre takdir edilirken neyin esas alınacağı Kanun'da açıkça belirtilmemiştir. Ancak bir önceki bölümde açıklandığı üzere, burada göz önünde bulundurulması gereken ölçüt, yargılama ve mahkumiyet sırasında dikkate alınan hükümlüye ilişkin kişisel özelliklerden ziyade, halihazırda yerine getirilmiş olan seçenek cezanın içeriği ve süresi, yani hükümlünün o zamana kadar özgürlüğünün ne ölçüde kısıtlandığı olmalıdır⁶⁵⁰. Böylece infaz hakimi seçenek cezayı

⁶⁵⁰ Öztürk – Erdem de bu konuda aynı görüştedir: “*Hakim hapis cezasının hangi süre ile infaz edileceğine karar verirken, bunun yerine başvurulmuş olan seçenek tedbirin hangi süre ile infaz edilmiş olduğunu göz önünde bulunduracak, bu bağlamda söz gelimi seçenek tedbirin infazına hiç başlanmamış değilse, hapis cezasının tamamen infaz edilmesine karar verebilecektir.*” Bkz. ÖZTÜRK – ERDEM: s. 472. Aynı yönde görüş için ayrıca bkz. ÇETİN: s.282 ve 283. Bu çözüm, benzer şekilde formüle edilen diğer seçenek kurumlar için de geçerlidir.

yeniden kısa süreli hapis cezasına indirimli olarak dönüştürürken, özgürlük kısıtlayıcı seçenek cezanın ne kadarının halihazırda yerine getirildiğini dikkate almalıdır.

Belirtelim ki, 7242 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce, seçenek cezanın gereklerinin mazeretsiz olarak yerine getirilmemesi halinde kısa süreli hapis cezasına tamamen veya kısmen hükmedilmesi yetkisi ile hükümlünün mazeretinin varlığında başka bir seçenek cezaya dönüştürme yetkisi, hükmü veren mahkemeye aitti. 7242 sayılı Kanun ile bu yetki, infaz hakimine devredilmiştir. Bu değişiklik, kararların, sanığı tanıyan, cezayı bireyselleştiren ve bu cezaya hükmeden mahkeme tarafından daha iyi yapılacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁶⁵¹. Kanaatimizce bu kararları verecek merciin infaz hakimi olması, isabetsiz değildir. Zira seçenek cezanın gereklerinin hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilmemesi halinde başka bir seçenek ceza ile değiştirilmesi durumunda esas alınacak olan, hükmedilen cezanın infazının yerine getirilememesine yol açan o andaki sebebin tahlil edilmesidir. Bu incelemenin üzerine başka bir seçenek cezaya karar verecek olan hakimin, yargılamayı yapan ve hükümlüyü, sanık olduğu sırada tanıyan mahkemenin değil; hükümlünün infaz sürecindeki güncel durumunu incelemek üzere infaz hakimi olmasında, herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Diğer ihtimalde ise, yani seçenek cezanın gereklerinin mazeretsiz olarak yerine getirilmemesi halinde, bu cezanın yerine geçtiği hapis cezasına tam veya kısmi olarak dönüşümü bakımından yukarıda belirtildiği gibi, esas alınması gereken ölçüt, hükümlünün halihazırda katlandığı özgürlük kısıtlaması olmalıdır. Bu durumda da infaz hakimi, seçenek cezanın infazının halihazırda ne kadar ve nasıl yerine getirilmiş olduğunu tespit ederek, bu kez seçenek

⁶⁵¹ Eleştiri için bkz. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı tarafından hazırlanan “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi” Hakkında Bilimsel Görüş, <https://cezahukuku-hukuk.istanbul.edu.tr/tr/duyuru/ceza-ve-guvenlik-tedbirlerinin-infazi-hakkinda-kanun-ile-bazi-kanunlarda-degisik-410052004F004E0063004F0031005F002D007A00370039007900700046006200610041004F003200370077003200>, s. 3-4. (Erişim tarihi: 20.5.2020)

cezadan dönüşecek olan hapis cezasının süresini belirleyecek ve bunu yaparken hükmü veren mahkemenin takdir ettiği hapis cezası süresinin üzerine katiyen çıkamayacaktır. Burada yeni bir cezaya hükmedilmesi veya cezanın yeniden bireyselleştirilmesi söz konusu olmadığından, hükmü veren mahkemeye gidilmesini gerektiren bir durum bulunmamaktadır.

Yukarıda belirtilen etkinlik modelleri ile hukukumuzda, seçenek cezanın infaz edilmemesi halinde, ilgili seçenek kurumun maddi tasnifteki konumuna bağlı olarak, hapis cezasının tam veya kısmi şekilde canlanması ihtimallerinin ikisi de öngörülmüştür. Hükmedilen seçenek cezanın infaz edilmemesinin, hükümlünün elinde olmayan nedenlere dayanması halinde ise başka tedbire dönüşme modeli benimsenmiştir.

III. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI (CMK m. 231)

A. Hukuki Nitelik

Türk ceza hukukunun, “hükmün açıklanmasının geri bırakılması” olarak adlandırılan bir kurumla ilk karşılaşması, 2005 yılında, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu⁶⁵²’nin 23. maddesi ile olmuştur. Nitekim 765 sayılı mülga TCK’da yer alan erteleme kurumunun niteliği, 5237 sayılı TCK ile getirilen yeni sistemde değiştirilmiştir. TCK m. 51’de “hapis cezasının ertelenmesi” başlığı ile öngörülen erteleme, gerekçede yer alan ifadeye göre, “koşullu af” işlemi olmaktan çıkıp bir ceza infaz hukuku kurumu haline getirilmiştir. Hapis cezasının infazına seçenek bir kurum olması nedeniyle bir sonraki başlıkta incelenecek olan hapis cezasının ertelenmesi, uygulamanın ihtiyacını karşılamaya yetmemiş⁶⁵³ ve “eski” dönemdeki ertelemenin benzeri bir kuruma yer

⁶⁵² RG. 15.7.2005, S. 25876.

⁶⁵³ Ertelemeye ilişkin olarak sadece TCK m. 51’de yer alan hapis cezasının ertelenmesi kurumuyla yetinilmesi yerine, CMK bünyesinde de hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer verilmesi gerektiğinin Kanun’un hazırlık aşamasında düşünüldüğü, ancak bu düşüncenin hayata geçirilemediği belirtilmiş; bu durumun ise, uygulamada rahatsızlık ve şikayetlere yol açacağı öngörülerek, Kanun’un

verilmeyen “yeni” ceza adalet sisteminin henüz birinci yılında oluşan tıkanıklık ile baş etmede düşünülen ilk “can simidi” de hükmün açıklanmasının geri bırakılması olmuştur. Böylece, eski sistemde yer alan erteleme kurumuna benzer hukuki sonucu öngören bu kurum, (yeni) Türk ceza adaleti sistemine sonradan yerleştirilmiştir. İsim bakımından yeni olan bu kurumun, hukuken doğurduğu sonuç dikkate alındığında, esasında, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu’nda öngörülen erteleme (tecil) müessesesi⁶⁵⁴ ile benzerliği ortaya çıkmaktadır⁶⁵⁵.

Hukukumuzda, başta sadece çocuk ceza adaletiyle tanışan ve Türkçenin doğru kullanımıyla “hükmün açıklanmasının ertelenmesi” olarak adlandırılması daha uygun olan⁶⁵⁶ bu erteleme türünün, yetişkin ceza adaletinin merkezinde yer edinmesi çok kısa

yürürlüğe girmesinin ardından, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuna derhal yer verilmesi gerektiği tavsiye edilmiştir. Bkz. ÖZGENÇ, İzzet: TCK Şerhi Genel Hükümler, Ankara 2006, s. 660-661.

⁶⁵⁴ Cezanın infazının ertelenmesine ilişkin olan ve öncelikle 765 sayılı mülga TCK m. 89’da öngörülen tecil düzenlemesi, 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun’un yürürlüğe girmesiyle birlikte bu Kanun’un 6. maddesine alınmıştı. Buna karşın tecilin hüküm ve sonuçlarına ilişkin düzenleme, 765 sayılı TCK’da yer almaya devam etmişti. Buna göre, deneme süresinin yeni bir suç işlemeksizin geçirilmesi halinde mahkumiyetin vaki olmamış sayılacağı öngörülmüştü (eTCK m. 95). Bir önceki bölümde de belirtildiği gibi, 765 sayılı TCK’nın yürürlüğe ilk girdiği 1926 yılında, tecilde deneme müddetinin iyi hal ile geçirilmesinin sonucu, “evvelki mahkumiyeti esasen vaki olmamış sayılır” şeklinde düzenlenmiş iken; 1937 yılında, 95. maddedeki ifade, “evvelki mahkumiyeti infaz edilmiş sayılır” olarak değiştirildi. Ancak 1941 yılında (4055 sayılı Kanun ile) yapılan değişiklik sayesinde, mahkumiyetin ortadan kalkması sonucunun öngörüldüğü ilk sisteme dönülmüş ve sistem, bu haliyle, 765 sayılı TCK’nın yürürlükten kalktığı 1.6.2005’e kadar muhafaza edilmiştir.

⁶⁵⁵ Kanun koyucunun, CMK m. 231’e sonradan eklenen maddelerle, hükmün açıklanmasının geri bırakılması adında yeni bir kurum öngörürken, aslında mülga 765 sayılı Kanun’daki erteleme kurumunu dolaylı yoldan yeniden kabul ettiği yönündeki görüş için bkz. HAFIZOĞULLARI – ÖZEN: s. 479.

⁶⁵⁶ Aynı yönde bkz. TANER, Fahri Gökçen: Ceza Hukukunda Zamanaşımı, Ankara 2008, s. 95. *Baştürk* de, normun metni, amacı, mantık kuralları, kanunun getirdiği sistem ile erteleme kurumunun tarihçesi ve anayasal kurallarla birlikte yorumlamak suretiyle bu kurumu kısaca “hükmün açıklanmasının ertelenmesi” veya “hükmün ertelenmesi” olarak ifade etmektedir. Bkz. BAŞTÜRK, İhsan: Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara 2012, s. 54-91. Ayrıca hükmün açıklanmasının değil, aleni duruşmada zaten açıklanmış bir hükmün hukuki sonuç doğurması ertelendiği için “hükmün açıklanmasının” ertelenmesi ifadesi yerine “hükmün

bir zaman içinde gerçekleşmiştir. Çocuk ceza adaletinde öngörülmesinin ardından henüz bir yıl dahi geçmeden yürürlüğe giren 5560 sayılı Kanun⁶⁵⁷ ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 231. maddesinin beşinci ve devamındaki fıkralara eklenerek geniş bir hukuki sahada⁶⁵⁸ uygulanmak üzere hayat bulmuştur. İlk tanışmadan itibaren Türk ceza hukuku uygulaması tarafından kendisiyle sıkı bir ilişki kurulan bu kurum⁶⁵⁹, öğretilerde de yaygın biçimde işlenmiştir. Bu çerçevede, öncelikle hukuki niteliğe ilişkin olarak epeyce tartışma yürütülmüştür. Bu tartışmalar,

sonuç doğurmasının şartlı olarak ertelenmesi” ifadesi de önerilmektedir. Bkz. GÜNEŞ: s. 9. Benzer gerekçeyle, *Baştürk* de, CMK m. 231 (ve ÇKK m. 23) kenar başlığının, “Hükmün Açıklanması ve Mahkumiyet Hükmünün Hukuki Sonuç Doğurmasının Ertelenmesi” ifadesini doğru bulmaktadır. Bkz. BAŞTÜRK: s. 91.

⁶⁵⁷ RG. 19.2.2006, S. 26381.

⁶⁵⁸ Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunu CMK’na sonradan yerleştiren 5560 sayılı Kanun’un hazırlık çalışmaları sırasında ortaya çıkan ilk metinde, yani “Yozgat Milletvekili Bekir Bozdağ ve 11 Milletvekilinin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Teklifi” m. 23’te, “iki yıl ve daha süreli hapis veya adli para cezası” için düşünülmüş bir erteleme tedbiri idi. Ancak Adalet Komisyonu’nda, hükmedilen (somut) hapis cezasına ilişkin öngörülen bu süre bir yıla düşürülmüş ve kurumun uygulanması, sadece şikayete bağlı suçlara mahkumiyet halinde mümkün hale getirilmişti. Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c137/tbmm22137025ss1255.pdf> (özellikle s. 20 ve s. 31-33), (Erişim tarihi: 22.03.2019). Böylece hükmün açıklanmasının geri bırakılması yürürlüğe ilk girdiğinde, yalnızca şikayete bağlı suçlar hakkında, “bir yıl” ve daha az süreli hapis veya adli para cezasına hükmolunan haller için öngörülmüştü. Ardından, 2008 yılının başında, 5728 sayılı Kanun ile CMK m. 231/5’te yapılan değişiklik ile hapis cezasının azami süre sınırı yeniden iki yıla çıkarılmış ve yalnızca şikayete bağlı suçlara ilişkin olma sınırlaması kaldırılmıştır. Böylece kurumun uygulama alanı ciddi ölçüde genişlemiştir.

⁶⁵⁹ Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü’nün yayımladığı 2018 yılının adli istatistiklerine göre, TCK uyarınca verilen karar dağılımlarında, mahkumiyet, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, beraat, yetkisizlik-görevsizlik-birleştirme, karar verilmesine yer olmadığı ve diğer kararlardan oluşan karar kategorilerin tümünün arasında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları, %12 gibi oldukça yüksek bir orana sahiptir. Bkz. <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2082019153842istatistik2018.pdf> (s. 37), (Erişim tarihi: 24.1.2020). Tüm karar türleri arasında mahkumiyet kararları oranının ise %48,1 olması karşısında, suçun sübutuna karar verilen her dört vakadan birinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiği ortaya çıkmaktadır. Bkz. DEĞİRMENCİ, Olgun: “*Yargı Kararları Çerçevesinde Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Hukuki Denetimi ve İtirazın Kapsamı*”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyumu Dergisi, Y. 2019, C. I, S. 2, s. 74.

hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının, maddi ceza hukuku kurumu mu, yoksa ceza muhakemesine ait bir kurum mu olduğu ekseninde ilerlemiştir⁶⁶⁰.

İçtihatların da desteğiyle günümüzde genellikle kabul edilen görüş, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının hem maddi ceza hem de ceza muhakemesi hukukuna etki eden “karma nitelikli” bir kurum olduğudur⁶⁶¹. Kanaatimizce, suçun sübutundan sonra ve karşılığindeki cezanın somut olarak belirlenmesiyle birlikte devreye giren ve sadece cezanın infazını değil, mahkumiyet hükmünün kendisini, yani herhangi bir hukuki sonuç doğurmasını erteleyen ve deneme sürecinin başarılı geçirilmesinin ardından cezalandırma ilişkisini ortadan kaldıran bu kurum, karma nitelikli değil, salt maddi ceza hukukuna aittir. Bu nedenle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun sistematik açıdan bulunması gereken yer, Türk Ceza Kanunu’nun genel hükümleridir.

Kurumun bir bütün olarak değerlendirilip hukuki niteliğinin tartışılmasına ek olarak, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının türünün ne olduğu da tartışılmıştır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının ardından tanınan deneme süresinde kasten yeni bir suç işlenmemesi ve şayet öngörülmüşse yükümlülüklerle

⁶⁶⁰ Maddi ceza hukuku kurumu olduğu yönünde bkz. GÜNGÖR, Devrim – OKUYUCU ERGÜN, Güneş: “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, AÜHFD, Y. 2016, C. 65, S. 4, s. 1954; TANER, Fahri Gökçen: “Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesinin (Geri Bırakılmasının) Hukuki Niteliği ve Ertelemeyi Kabul Edip Etmediğinin Sanığa Duruşma Devresinin Sona Ermesinden Önce Sorulmasının Hukuka Aykırılığı Üzerine”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2011, S. 4, s. 288-291; SARIGÜL: s. 132. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının maddi ceza hukuku müessesesi mi yoksa usul hukuku müessesesi mi oluşu hususunda kesin bir sonuca varmanın mümkün olmadığı, ancak usul hukuku kurumu olduğu yönündeki gerekçelerin daha güçlü olduğu yönündeki görüş içinse bkz. ÖZGENÇ: s. 716 (55 no.lu dipnot).

⁶⁶¹ ARTUK – GÖKCEN: s. 816; ÖZTÜRK, Bahri (vd.): Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2019, s. 654; GÜNEŞ: s. 13; YILDIRIM: s. 220 ve 221; BALO, Yusuf Solmaz: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Ankara 2016, s. 33 ve 34. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumun karma nitelikli olduğunu kabul etmekle birlikte, maddi ceza hukuku yönü nazara alındığında kesinleşmiş hükümler yönünden de geçmişe uygulanabileceğini belirtmiştir. YCGK 3.2.2009 tarih ve E. 2008/11-250, K. 2009/13 künyeli kararı. Bkz. www.kazanci.com (Erişim tarihi: 22.1.2020).

uyulması halinde, sonuç itibariyle, düşme kararı verildiği için Yargıtay'ın görüşü, bu kararın, koşullu bir *düşme* kararı olduğu yönündedir⁶⁶². Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasının, “ceza yargılamasını sona erdiren düşme nedenlerinden biri” olduğu yönündeki benzer görüş, Anayasa Mahkemesi tarafından da paylaşılmıştır⁶⁶³. Diğer yandan, hükümün açıklanmasının geri bırakılması halinde sanık hakkında hukuki sonuç doğurmayan⁶⁶⁴ bir mahkumiyet kararı bulunduğu gerekçesiyle, hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının, geri bırakma süresince, yani denetim süresi boyunca muhakemeyi durduran bir ara karar, yani *durma* kararı niteliğinde olduğu da ileri sürülmüştür⁶⁶⁵.

Belirtelim ki, hükümün açıklanmasının geri bırakılması halinde, biri mahkumiyet hükmü, diğeri ise bu mahkumiyetin hukuki sonuç doğurmasını erteleyen karar olmak üzere iki karar bulunmaktadır⁶⁶⁶. Bu iki kararı birbirinden ayırarak incelemek, özellikle kanun yolu gibi, sorunlu meselelerin çözümünde kolaylık sağlayacaktır⁶⁶⁷. Burada söz konusu edilen mahkumiyet, henüz hukuki sonuç doğurmasa da, bir mahkumiyet hükmünün taşıdığı bütün unsurlara tam olarak sahiptir⁶⁶⁸. Demek ki sanığın suçlu olduğu

⁶⁶² YCGK 19.2.2008 tarih ve E. 2006/6.MD-346, K. 2008/25 künyeli kararı. Bkz. www.kazanci.com (Erişim tarihi: 22.1.2020).

⁶⁶³ Bkz. AYM 25.4.2014 tarih ve 2012/883 numaralı bireysel başvuru kararı.

⁶⁶⁴ Mahkumiyet hükmünün hukuki sonuç doğurmaması, hakkında temyiz yoluna başvurulamaması, kararın kesinleşmemesi ve infaz edilememesi, adli sicile işlenememesi ve tekrüre esas alınamaması anlamına gelmektedir. Bu nedenle, hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı, CMK m. 223/1'deki hüküm türleri arasında sayılmamıştır. Bkz. BAŞTÜRK: s. 622.

⁶⁶⁵ CENTEL, Nur – ZAFER, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2017, s. 810; DEĞİRMENCİ: s. 77; GÜNEŞ: s. 215; BAŞTÜRK: s. 621.

⁶⁶⁶ ÖZTÜRK (vd.): s. 644; DEĞİRMENCİ: s. 72; YILDIRIM, Akif: “Mayınlı Bir Alan: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Denetimi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y. 6, S. 11, Haziran 2018, s. 438; GÜNGÖR – OKUYUCU ERGÜN: s. 1935.

⁶⁶⁷ Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasının hukuki denetimi konusunda, önce mahkumiyet ve ardından mahkumiyetin hukuki sonuç doğurmasının ertelenmesi şeklinde var olan iki tür karar birbirinden ayırarak yapılan inceleme ve değerlendirme için bkz. DEĞİRMENCİ: s. 98-101.

⁶⁶⁸ GÜNGÖR – OKUYUCU ERGÜN: s. 1955; DEĞİRMENCİ: s. 78.

konusunda vicdani kanaate ulaşmış olan mahkeme önce mahkumiyet hükmünü vermekte, bunun ardından ve kural olarak takdire⁶⁶⁹, hükmettiği mahkumiyetin hukuki sonuç doğurmasını şarta bağlı olarak erteleyen bir karar daha verebilmektedir. Bu ikinci karar, şüphesiz, yargılamayı sona erdiren nihai bir karar, yani bir hüküm türü değildir. Bu nedenle hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen kimse, denetim süresi boyunca sanık statüsünde bulunmaya devam etmektedir⁶⁷⁰. Dolayısıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, istinaf veya temyiz kanun yollarına değil, itiraza tabi olacak şekilde düzenlenmiştir (CMK m. 231/12). Ancak ceza muhakemesinin zamansal akışında, mahkumiyet hükmünün ardından verilen ve mahkumiyet kararıyla şekli ve maddi anlamda bağlantılı olan bir kararın itiraz kanun yoluna tabi olması, itiraz kurumunun doğasına aykırı oluşu itibarıyla dikkati çekmektedir⁶⁷¹.

⁶⁶⁹ Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, kural olarak, mahkemenin takdirindedir. Ancak iki istisnai durumda mahkeme, bu kararı vermek zorundadır. Bu hallerden ilki, CMK m. 254/2’de öngörülen kovuşturma evresinde uzlaşma halinde edimin ifasının ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arz etmesi halidir. İkinci istisna ise TCK m. 191/8’de öngörülmüş olup, TCK m. 188 ve m. 190’daki suçlar hakkında yürütülen kovuşturmada suçun niteliğinin değişerek münhasıran m. 191’de öngörülen suça dönüşmesi halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi zorunlu tutulmuştur. Bkz. DEĞİRMENCİ: s. 79. Öte yandan mahkeme var olan takdir yetkisini, “sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması” (CMK m. 231/6-b) şeklindeki subjektif ölçütün değerlendirilmesi üzerinden kullanır. Maddede belirtilen bu özellik dışındaki bir neden, örneğin suçun işlenmesindeki özellikler, takdir yetkisinin kullanımında etkili olmamalıdır. Bkz. ÖZTÜRK (vd.): s. 647 ve 648.

⁶⁷⁰ ŞAHİN, Cumhuriyet – GÖKTÜRK, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku II, Ankara 2015, s. 188 ve s. 192.

⁶⁷¹ İtiraz kurumu, kural olarak, hükümden önceki ve hükümle bağlantısı olmayan kararlara yönelik öngörülen bir kanun yoludur. TCK için mehzaz olma özelliği hala vurgulanan Alman Ceza Kanunu’nda, mahkeme kararlarına karşı itiraz edebilme imkanı oldukça sınırlı tutulmuştur. Nitekim Alman Ceza Kanunu’nun 305. paragrafında, mahkemeler tarafından verilen kararlar içinden sadece ara karar niteliğinde olup da hükme esas teşkil etmeyenler itiraza tabi kılınmıştır. Oysa Türk Hukuku’nda itiraz kanun yoluna ilişkin düzenlemede, ara kararın hükümle olan bağlantısına ilişkin böyle bir sınırlama bulunmamaktadır. CMK m. 267 vd.nda kanun ile itiraza tabi olacağı belirtilen tüm mahkeme kararlarına karşı itiraz edilebileceği belirtilmiştir. Buna dayanılarak, sonradan hukukumuzda giren hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı için de itiraz kanun yolu öngörülmüştür. Ancak itiraz kanun yolunun düzenlenişi sırasında hukuk hayatımızda var olmayan bu düzenleme, itiraz kanun

Bu konudaki asıl tartışma ise, itiraz kanun yoluna gidilmesiyle birlikte yapılacak olan denetimin içeriği ve sonuçlarına ilişkindir. Ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun yürürlüğe girmesinden itibaren dinmek bilmeyen bu tartışmalara yer vermek, bu çalışmanın kapsamını hayli aşacak niteliktedir. Bu nedenle, birbirinden farklı görüşlerden ziyade, Yargıtay'ın dönüm noktası sayılabilecek içtihadının öncesindeki ve sonrasındaki uygulamasına değinildikten sonra bu çalışmanın asıl konusuna dönülecektir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, bu çalışmada daha önce de kendisine atıf yapılan 2009 yılındaki içtihadında⁶⁷² *“İtiraz merciiince, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin karar, 231. maddenin 6. fıkrasında yer alan suça ve sanığa ilişkin objektif uygulama koşullarının var olup olmadığı ile sınırlı olarak yapılmalıdır.”* diyerek, itiraz üzerine yapılacak incelemeyi, sadece maddede sayılan objektif ölçütlerin incelenmesiyle sınırlı tutmuştur. Uygulamanın da bu içtihat doğrultusunda yerleşmesinden bir süre sonra, yine Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2013 yılında verdiği bir başka kararla⁶⁷³ görüşünü değiştirmiştir: *“İtiraz mercii, sadece CMK'nın 231. maddesindeki koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği hususuyla sınırlı bir inceleme yapmayacaktır. İtiraz mercii, bu inceleme kapsamında sübuta ilişkin değerlendirme de yapabilecektir. Örneğin sanığa yüklenen suçun oluşmaması sebebiyle hakkında beraat kararı verilmesi gerektiğinden bahisle itirazın kabulü yönünde karar, yani hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılması kararı, verilebilir. Keza, itiraz mercii, vasıf değişikliği nedeniyle de hükmün*

yolunun niteliğine ve getiriliş amacına uygun değildir. Detaylı bilgi için bkz. ÖZBEK, Veli Özer – MERAKLI, Serkan: *“Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtiraz Üzerine Yapılacak Denetim”* (Karar İncelemesi), Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2013, C. 19, S. 2 (Özel Sayı), s. 224-226. Bu konuda ayrıca bkz. DEĞİRMENCİ: s. 82. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itirazın değil, istinaf kanun yolunun öngörülmesi gerektiği hakkında bkz. YILDIRIM: s. 455, s. 459-460 ve s. 477.

⁶⁷² YCGK 3.2.2009 tarih ve E. 2009/4-13, K. 2009/12 künyeli kararı.

⁶⁷³ YCGK 22.1.2013 tarih ve E. 2012/10-534, K. 2013/15 künyeli kararı. Bkz. www.kazanci.com (Erişim tarihi: 25.1.2020)

açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılmasına karar verebilecektir. Örneğin kasten yaralama olarak nitelendirilen fiilden dolayı sanık hakkında kurulan mahkumiyet hükmüyle ilgili olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde; itiraz mercii, sanığa yüklenen fiilin kasten yaralama suçunu değil de kasten öldürme suçuna teşebbüs olarak nitelendirmek suretiyle de itirazın kabulü yönünde karar verebilir.” Bu kararın ardından uygulamada, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına yönelik itiraz halinde, objektif uygulama koşullarına ilişkin denetime ek olarak, maddi ve hukuki anlamda işin esasına da girilmektedir.

Ancak itirazın içeriğinin, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin şekli ölçütlerin denetiminin yanında, suçun sübutunun ve hukuki vasıflandırmasının denetimini de içerecek şekilde geniş tutulması gerektiği düşüncesinin benimsenmesi, tüm sorunları tek başına çözmeye yetmemektedir. Bu konuda hala var olan pek çok tereddüdün, örneğin itiraz merciinin itirazı kabul etmesi halinde kararı bizzat mı vereceği yoksa dosyayı hükmü veren mahkemeye mi göndereceği yahut açıklanması ertelenen hükmün, itirazın kabulü halinde değiştirilip değiştirilemeyeceğine ilişkin sorunların⁶⁷⁴, giderilmesi ihtiyacı sürmektedir.

⁶⁷⁴ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. DEĞİRMENCİ: s. 94 vd.; ÖZBEK – MERAKLI: s. 226 vd.

B. Uygulama Koşulları

Hukukumuzda benimsenen hükmün (açıklanmasının) ertelenmesi tedbirinin en temel özellikleri, objektif⁶⁷⁵ ve sübjektif⁶⁷⁶ nitelikteki belirli şartların gerçekleşmesi halinde, belirlenmiş olan mahkumiyet hükmünün sonuç doğurması ertelenerek⁶⁷⁷ kişiye bir deneme⁶⁷⁸ süreci tanınması; bu süreçte herkes bakımından zorunlu olarak yeni bir suç işlememe şartının varlığı ve takdiren pozitif (ek) yükümlülüklerin yüklenebilmesi; deneme sürecinin kurallara uygun geçirilmesi halinde de, mahkumiyetin hüküm ve sonuçlarının hiç doğmamış sayılarak davanın düşmesine karar verilmesi, yani cezalandırma ilişkisinin ortadan kalkmasıdır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için aranan koşullar içinde, bu çalışmanın konusuyla da olan ilgisi bakımından dikkati çeken, sanığın rızasına ilişkin olan koşuldur. Öncelikle belirtelim ki, hükmün açıklanmasının geri bırakılması için sanığın bunu talep etmesine gerek yoktur. Daha açık bir ifadeyle, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulama koşullarının oluşup oluşmadığı,

⁶⁷⁵ Hükmün açıklanmasının geri bırakılması için gerekli objektif şartlar;

1. Yapılan yargılama sonunda hükmolunan cezanın iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası olması,
2. Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmamış bulunması,
3. Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,
4. Sanığın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul etmesidir.

⁶⁷⁶ Hükmün açıklanmasının geri bırakılması için mahkeme tarafından değerlendirilmesi gereken sübjektif nitelikli şart, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılmasıdır (CMK m. 231/6-b).

⁶⁷⁷ CMK m. 231/5, son cümle: “*Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade eder.*”

⁶⁷⁸ Kanun’da “denetim” süresi olarak ifade edilmekle birlikte, -hapis cezasının ertelenmesi (TCK m. 51) kurumunda öngörülen aynı nitelikteki süreye ilişkin olarak- bu sürecin zorunlu olarak bir denetim mekanizması öngörmemesi nedeniyle “deneme” ifadesinin tercih edilmesi gerektiği yönünde görüş için bkz. CENTEL, Nur: “*Denetimli Serbestlik*”, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Ankara 2008, C. 1, s. 535, (17 no.lu dipnot). Belirtilen eleştiriye katılarak ve ayrıca bu çalışma boyunca da erteleme tedbirlerine özgü “deneme” süresinden bahsedildiği için bu ifade tercih edilmiştir.

sanığın talep etmesi üzerine değil, mahkeme tarafından re'sen araştırılmaktadır⁶⁷⁹. Ancak hapis cezasına seçenек diğer kurumlardan farklı olarak, şartlarının oluştuğunun tespiti edilmesinin ardından, mahkeme tarafından hükmün açıklanmasının geri bırakılabilmesi için sanığın da bunu kabul etmesi şarttır. 231. maddenin altıncı fıkrasına sonradan eklenen düzenleme⁶⁸⁰ ile “*Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez*”⁶⁸¹. Hapis cezasına seçenек olan tüm kurumlar arasında, yararlanıcısı bakımından en lehe olan bu alternatifin, diğer seçeneklerden farklı olarak mahkemenin tek taraflı iradesi ile uygulanmasının mümkün olmayıp, sanığın kabulüne muhtaç oluşu dikkat çekicidir. Konuyu daha ilginç hale getiren, Yargıtay’ın bu şartı, “*Sanığın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul etmediğine dair bir beyanının olmaması*” olarak değerlendirmesidir⁶⁸². Tahmin edilebileceği üzere, sanığın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını açıkça kabul etmesinin aranması ile sanığın, bu kurumun uygulanmasını kabul etmediğine dair beyanının bulunmamasının yeterli görülmesi arasında önemli ölçüde fark mevcuttur. İkinci uygulamanın benimsenmesi

⁶⁷⁹ Hatta hapis cezasına seçenек yaptırımlara ve hapis cezasının ertelenmesine nazaran sanık için daha lehe bir kurum olması itibarıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının, mahkeme tarafından öncelikli olarak nazara alınması gerekmektedir.

⁶⁸⁰ Bkz. 22.7.2010 tarihli 6008 sayılı Kanun (RG. 25.7.2010, S. 27652).

⁶⁸¹ Kanun değişikliğine ilişkin hazırlık çalışmalarından, bu düzenlemenin gerekçesinin, sanığın aklanma hakkına saygı duyulması olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca sanığın kabulü şartının getirilmesi, suçsuzluk karinesi, mahkemeye başvuru hakkı ve adil yargılanma hakkı açısından yerinde olmuştur. Bkz. TANER, Fahri Gökçen: “*Hükmün Açıklanmasının*”: s. 293.

⁶⁸² YCGK 4.10.2018 tarih ve E. 2018/245, K. 2018/402 künyeli karar. Bkz. www.legalbank.net (Erişim tarihi: 28.1.2020). Ceza Genel Kurulu’nun 3.7.2018 tarih ve E. 2017/479, K. 2018/327 künyeli kararında ise bu değerlendirme şu şekilde açıklanmıştır: “5271 sayılı CMK’nun 231. maddesinin 6. fıkrasının (c) bendinin son cümlesinde “*sanığın kabul etmemesi*” ibaresine yer verildiğinden, madde metnindeki cümlelerin lafzından kanun koyucunun “olumsuz bir şart” getirdiği ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasını değil uygulanmamasını şarta bağladığı, açıkça reddetmediği durumlarda sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebileceği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, sanığın hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesini kabul edip etmediği hususunda susması veya açıkça reddettiğine dair bir cevap vermemesi durumunda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecektir.” Bkz. www.emsal.co (Erişim tarihi: 28.1.2020).

halinde örneğin, duruşmalara katılmadığı için kendisine bizzat bu sorunun sorulmadığı ve açık rızasının alınamadığı sanık hakkında da pekâlâ hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi mümkün olabilecektir. Kanaatimizce burada, sadece madde metnindeki “kabul etmeme” kelimesinden, yani fiilin olumsuz eki içeren kullanımından hareket eden sınırlı bir lafzi yorumdan kaçınılmalıdır. Hukukta genel kural, susmanın, kabul değil, ret anlamına gelmesidir ve bunun aksinin kabulü için haklı bir gerekçenin bulunması gerekir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması bakımından susmanın kabul anlamına gelmesinin haklı gerekçesi, bu kurumun, mahkumiyete nazaran sanığın lehine olduğu şeklinde sunulabilir; ki bu, kabul edilebilir bir gerekçedir. Ancak her ne kadar sanık için, mahkumiyete nazaran çok daha lehe bir seçenek olsa da, hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde sanığın, işin esasını istinaf ve temyiz kanun yollarına taşıma hakkı ortadan kalkmaktadır. Öte yandan uygulamada, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının sadece mahkumiyete değil, mahkumiyet dışındaki kararlara da alternatif olacak şekilde sık başvurulduğu bilinmektedir. Hatta 2010 yılında sanığın kabulü şartının Kanun’a eklenmesinin nedeni de, mahkumiyet kararı verilemeyecek durumlarda bile mahkemelerin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına başvurdukları yönündeki şikayetlerin artmasıdır⁶⁸³. Bu durum, hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde sanığın aklanma hakkından da vazgeçtiğini göstermektedir. Kanaatimizce, böylesi hassas bir dengenin üzerine sonradan inşa edilen ve hukukumuzda getirildiği günden beri hakkındaki tartışmaların dinmediği hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanabilmesi için CMK m. 231/6’ya sonradan eklenen “sanığın kabulü” şartının, özgür iradeye dayalı bir kabul olması ve bunun, zımni olarak değil, açıkça yerine getirilmesi aranmalıdır. Yani bu kurum, sanığın hükmün açıklanmasının geri bırakılması hakkında aydınlatılmasının ardından, ancak bunu açıkça kabul etmesi halinde uygulama alanı bulmalıdır.

⁶⁸³ ŞAHİN – GÖKTÜRK: s. 190.

Son olarak belirtelim ki, sanığa bu sorunun sorulmasının zamanlaması da, özgür irade konusunda olumsuz algıya yol açmaktadır. Nitekim uygulamada mahkemeler, genellikle duruşma devresinin henüz başında, sanığın sorgusu sırasında, şayet mahkumiyet hükmü kurulacak olursa sanığın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul edip etmediğini sormaktadır⁶⁸⁴. Böylece sanığa, mahkum olup olmayacağını bilmesinin çoğunlukla mümkün olmadığı bir zamanda, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul edip etmediği sorulmaktadır⁶⁸⁵. Sorunun bu aşamada sorulması, sanığın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını her şeye rağmen daha güvenceli bulup kabul etme ihtimalini arttırmakta⁶⁸⁶ ve özgür iradeye ilişkin tereddüde yol açmaktadır.

Açıklanan bu nedenlerle, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasında, özellikle özgür iradeye dayanan açık rıza ve sorunun zamanlaması konularında hassasiyet gösterilmesi gerekmektedir.

C. Hapis Cezasına Seçenek Olma Bakımından Değerlendirilmesi ve Tasnifi

Bu çalışmada benimsenen *şekli* tasnife göre erteleme tedbirleri arasında yer alan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, *maddi* tasnif bakımından, kural olarak, semboliktir. Çünkü temel haliyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması, herhangi bir özgürlük kısıtlamasına neden olmayan, belirli süre içinde yeni bir suç işlenmemesi

⁶⁸⁴ TANER, Fahri Gökçen: “*Hükmün Açıklanmasının*”: s. 293 ve 294.

⁶⁸⁵ Bu zamanlamanın bizatihi hukuka aykırı olduğu ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının kabul edilip edilmediğinin ancak mahkumiyetin belirlenmesinin ardından, hüküm devresinde sorulması gerektiği hakkında bkz. TANER, Fahri Gökçen: “*Hükmün Açıklanmasının*”: s. 295 ve 296.

⁶⁸⁶ Bu konuda verilecek karara ilişkin şöyle bir analiz yapılmıştır: “*Sanığın emin olamadığı üç ihtimalden (beraat, mahkûmiyet ya da mahkûmiyet+HAGB) üçüncüsüne meyletmesi ile sanığın iradesi ve rızası arasındaki ilişki nedir? Yargılamanın iç tarafını bilmeyen ve o dünyaya yabancılığı nedeniyle tereddütler hisseden hemen her rasyonel insan şöyle düşünür: ‘Beraat etmeyebilirim. Mahkûm olup ceza alabilirim. HAGB’ye razı olayım.’ Her ne kadar burada boyun eğme ve kabullenme mahiyetinde bir rıza oluşuyorsa da, hür iradenin ve tam bir rızanın gerçekleşip gerçekleşmediği şüphelidir.*” Bkz. KAYA, Emir: “*İnsan Hakları Açısından Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2013, S. 3, s. 415 ve 416.

dışında herhangi bir pozitif yükümlülük, destek yahut kontrol tedbiri içermeyen bir erteleme modelidir. Ancak Kanun'da, deneme süresi içinde bir yıldan fazla olmayacak şekilde ve mahkemenin takdirine bağlı olarak, kişiye birtakım yükümlülükler eklenebileceği belirtilmiştir.

Öncelikle belirtelim ki, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun, kural olarak, sanığa herhangi bir yükümlülük yüklenmeden de uygulanabilmesi, kurumun, topluma yeniden kazandırma amacından ziyade, ceza infaz kurumlarındaki kalabalıklaşmayı gidermeye hizmet etmek için öngörüldüğünün bir göstergesidir⁶⁸⁷. Ceza

⁶⁸⁷ Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunu, ceza adaletimize kazandıran 5560 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde ve madde gerekçelerinde bu kurumun neden öngörüldüğüne dair bir açıklama bulunmamaktadır. Ancak Kanun'un hazırlığı sırasındaki (6.11.2006 tarihli) Adalet Komisyonu Raporu'nda şu ifadeler yer almıştır: “Yürürlükten kaldırılan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanundaki düzenlemesi itibariyle, erteleme, bir koşullu atıfet kurumu niteliği taşımakta idi Buna göre, deneme süresi içerisinde yeni bir suçun işlenmemesi halinde, ‘mahkumiyet vaki olmamış’ sayılmakta idi. Keza, erteleme, sadece hapis cezası açısından değil, ‘ertelemenin bölünmezliği’ kuralı gereğince, diğer bütün ceza hukuku yaptırımları bakımından da, kural olarak, aynı sonucu doğurmakta idi. Buna karşılık 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun sisteminde ise, erteleme, sadece hapis cezasına özgü bir infaz rejimi olarak düzenlenmiştir. Bu bakımdan, yeni sistemde artık ‘ertelemenin bölünmezliği’ kuralından söz etmek mümkün değildir. Hapis cezası açısından bir infaz rejimi olarak kabul edilen ertelemelerde, hükümlü, denetim süresi zarfında kasıtlı yeni bir suç işlemediği ve kendisine yüklenen yükümlülüklerle uygun davrandığı takdirde, hakkında hükmolunan ‘hapis cezası’ infaz edilmiş sayılacaktır. Şayet hakkında hapis cezasının yanı sıra ya da sadece adli para cezasına veya güvenlik tedbirine hükmedilmişse, adli para cezası ve güvenlik tedbirleri bakımından erteleme söz konusu olmayacaktır. Bu durum, ertelemeyi hükümlü açısından, yürürlükten kaldırılan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu sistemindeki düzenlemeye nazaran daha ağır sonuçlar doğuran bir kurum haline getirmiştir. Bu nedenle kurumlar arasındaki dengeli geçişi sağlamak amacıyla, Türk Ceza Hukukuna ilişkin yeni mevzuatımızda, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının, bir kurum olarak düzenlenmesi bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmıştır. Cezaya mahkumiyete bağlı yoksunlukların doğmaması için, kişi açısından, denetim süresi zarfında yeni bir suç işlememesi ve özellikle mağdurun mağduriyetini gidermek amacına yönelik olarak kendisine yüklenen belirli yükümlülüklerle uygun davranması koşuluyla, hakkında cezaya hükmedilmemesi, toplum barışının sağlanması bakımından, cezaya mahkumiyete nazaran daha etkili olabilecektir. Bu amaca hizmet eden hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının, müessese olarak hukuk sistemimize kazandırılmasında bir gereklilik bulunmaktadır.” Bkz.

<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c137/tbmm22137025ss1255.pdf>

(Erişim tarihi: 20.02.2020)

adalet sisteminde etkin bir şekilde uygulanabilmesi için, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmeden önce sanık hakkında hazırlanacak sosyal araştırma raporlarına ve buna bağlı olarak belirli yükümlülüklerin yüklenmesine ihtiyaç vardır⁶⁸⁸. Nitekim mevcut haliyle hükmün açıklanmasının ertelenmesinde zorunlu koşul olmayan yükümlülükler, uygulamada da pek tercih edilmemektedir⁶⁸⁹. Böylece, “yeni” ceza adaletinde kısa sürede oluşan tıkanıklığı gidermede “can simidi” olarak kendisine tutunulan hükmün açıklanmasının geri bırakılması, mahkemeler tarafından ağır iş yükünü hızlıca azaltmak için kendisine sıklıkla başvuru bir kurum halini alırken, sanıklar nezdinde de herhangi bir yükümlülüğe tabi olunmadığından, herhangi bir yaptırıma tabi tutulmamışlık hissi uyandıran⁶⁹⁰, bozucu şarta bağlı bir özel affa dönüşmüştür.

Mevcut düzenlemeye ve uygulanmasına yönelik eleştirilerin ardından, hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde mahkemenin takdire karar verebileceği yükümlülükleri, bu çalışmaya ait tasnif çerçevesinde değerlendirelim. İncelenecek olan yükümlülükler, CMK m. 231/8’deki a, b ve c bentlerinde sayılmıştır. Öncelikle, anılan maddenin sonunda yer alan “takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine” karar verilebileceğine dair ifadeden dolayı bunların, tahdidi olmayan biçimde sayıldığı anlaşılmaktadır. Yukarıda, kural olarak, *sembolik* olduğu belirtilen hükmün ertelenmesi

⁶⁸⁸ Aynı yönde bkz. YAVUZ: s. 185.

⁶⁸⁹ Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı tarafından yayımlanan istatistiklere göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ile birlikte, deneme süresi içinde yerine getirilmesi gereken birtakım yükümlülüklerle de karar verilen ve bunların yerine getirilip getirilmediği, denetimli serbestlik çerçevesinde takip edilen kişi (yetişkin) sayısı, Ekim 2020 itibarıyla, 277’dir. Bkz. https://cte-ds.adalet.gov.tr/istatistik/2020/ekim_2020.pdf (Erişim tarihi: 23.11.2020). Buna karşın, sadece 2018 yılında ülke genelinde (yetişkinlerin yargılandığı ceza davaları arasında) toplam 488.033 adet hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiştir. Bkz. <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2082019153842istatistik2018.pdf>, s. 37 (Erişim tarihi: 12.2.2020). Bu rakam, 2019 yılında 562.854’e yükselmiştir. Bkz. https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1092020162733adalet_ist-2019.pdf, s. 78. (Erişim tarihi: 9.10.2020)

⁶⁹⁰ YAVUZ: s. 186.

tedbirinin, hükmün açıklanmasına karar verildiği sırada mahkemenin takdiriyle belirlenebilecek ek yükümlülükler söz konusu olduğu takdirde, maddi tasnif içerisindeki konumunun değişeceğine dikkat çekmek gerekir. Bu çerçevede, Kanun'da örnek niteliğinde sayılan yükümlülükler incelenecek olursa, hepsi kişi özgürlüğünü sınırlandıran tedbirlerden olmak üzere,

- a. Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine karar verildiği takdirde, *özgürlük içinde pozitif edimlerin yüklendiği gözetimden*,
- b. Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına karar verildiği takdirde, *iş edindirme amaçlı bir kuruma yerleştirmeden*,
- c. Belli bir yere gitmekten yasaklanmasına karar verildiği takdirde, *özgürlük içinde kontrol tedbirinden*,
- d. Belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına karar verildiğinde ise, *bir gruba yerleştirmeden* söz edilebilir.

Bu kurumun düzenlenişinde dikkati çeken hususlardan biri, suç nedeniyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın⁶⁹¹ (aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya

⁶⁹¹ Öğretide ağırlıklı olarak, buradaki zararın sadece maddi zarara ilişkin olduğu, yani manevi zararı kapsamadığı savunulmaktadır. Bkz. YENİSEY, Feridun – NUHOĞLU, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2019, s. 789; ÖZTÜRK (vd.): s. 648 ve 649; ÖZBEK, Veli Özer – DOĞAN, Koray – BACAŞIZ, Pınar: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2019, s. 706; GÜNGÖR – OKUYUCU ERGÜN: s. 1956. Yargıtay da bu görüştedir: “Burada, uğranılan zararlardan kast edilen maddi zararlar olup, manevi zararlar bu kapsamda değerlendirilmemelidir.” Bkz. YCGK 3.2.2009 tarih ve E. 2008/11-250, K. 2009/13 künyeli kararı. Bkz. www.kazanci.com (Erişim tarihi: 22.1.2020). Ağırlıklı görüş bu olmakla birlikte, aksi yönde görüşler de mevcuttur. Ceza muhakemesinde şahsi davanın bulunmaması nedeniyle mağdurun ayrıca özel hukuk davası açma yoluna sürüklenmesi yerine tazminata ilişkin tüm taleplerini burada ileri sürebilmesi amacıyla ve CMK 231’de maddi ve manevi zarara ilişkin herhangi bir sınırlama bulunmaması nedeniyle, hükmün açıklanmasının geri bırakılması

tazmin suretiyle) giderilmesinin, deneme süresinde öngörülen bir yükümlülük olarak değil, yani hükmün açıklanmasının ertelenmesinin ardından yüklenen bir cezai sonuç değil; ertelenmeye karar verilmesi için önden yerine getirilmesi gereken bir koşul olmasıdır. Dolayısıyla, içerik itibarıyla her ikisi de mağdurun ya da kamunun uğradığı zararı gidermeye yönelik olsa da, hukuki nitelik bakımından bu düzenleme ile yukarıda (kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar bahsinde) incelenen TCK m. 50/1-b, birbirinden farklıdır. Seçenek yaptırım olarak mağdurun ya da kamunun uğradığı zararın giderilmesi, suçun karşılığında verilen bir ceza müeyyidesi iken; aynı içerikteki düzenleme, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu için bir ön şarttır ve bu nedenle bir ceza müeyyidesi olarak değerlendirilemez.

Son olarak, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının etkinliği için öngörülen çareye değinelim. CMK m. 231/11'e göre, iki durumda, sonuç doğurması ertelenen hükmün açıklanacağı düzenlenmiştir: Deneme süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmesi⁶⁹² veya (şayet mahkeme tarafından kararlaştırılmış ise) yukarıda incelenen ek yükümlülükler, Kanun'daki ifadeyle, “denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükler” aykırı davranılması. Bu iki durumda da mahkeme hükmü açıklar. Bu çözüm, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının herhangi bir yükümlülük

kararı için giderilmesi gereken zararın manevi zarar da olabileceği ileri sürülmüştür. Bkz. ÜNVER, Yener – HAKERİ, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2014, s. 732 ve 733.

⁶⁹² Bu noktada, deneme süresi içinde işlenen suçun, deneme süresi içinde işlenmesi yeterli midir, yoksa kesinleşmesi de bu süre içinde mi gerçekleşmelidir sorusu akla gelebilir. Bu konuda öncelikle belirtelim ki, mülga 765 sayılı TCK'da, denetim süresi içinde işlenen bir suçtan dolayı belirlenen türde cezalara “mahkum olmazsa” ifadesi bulunmaktaydı. CMK m. 231/11'de ise, deneme süresi içinde kasten “yeni bir suç işlemesi” ifadesi kullanılmıştır. Mülga Kanun'un ifadesi karşısında bile, suçun işlenmesinin deneme süresi içinde olması zorunlu görülmeyle birlikte; mahkumiyetin, deneme süresinin bitiminden sonra kesinleşebileceğinin benimsenmesi gerektiği ileri sürülmüş ve uygulamada da bu görüşler kabul görmüştür. Bkz. ÖNDER: Tecil, s. 301-304. Buna bağlı olarak, yürürlükteki düzenlemenin ifadesi bakımından durumun tespiti daha kolaydır: Deneme süresi içinde işlenen kasıtlı suç kesinleşmeden hükmün açıklanması mümkün değildir, ancak bu mahkumiyetin kesinleşme tarihi deneme süresinin bitiminden sonra da gerçekleşebilir.

öngörülmeven temel halinin, seçenek kurumların maddi tasnifine göre sembolik bir tedbir olmasından kaynaklanmaktadır. Hatırlanacağı üzere, genel olarak, deneme süresinde herhangi bir özgürlük kısıtlamasına yahut kontrol mekanizmasına yer vermeyen ve sadece yeni bir suç işlememe şartına bağılı erteleme tedbirlerinin etkinliğı, potansiyel acı vericilik tehdidi olarak, alternatifi olduğı cezaya aynen dönüşmeleri ile sağlanmaya çalışılır. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması için hukukumuzda öngörülen etkinlik modeli de, ufak değışiklikler barındırmakla birlikte, bu kurala benzemektedir. Deneme sürecinde yeni bir suç işlenmesi halinde açıklanması ertelenen hüküm açıklanırken, kişinin ek yükümlülüğe tabi kılınıp kılınmadığı ile şayet kılınmışsa bunu ne kadar yerine getirmiş olduğı önem taşımamakta ve hüküm aynen açıklanmaktadır. Ancak hükümün açıklanması, deneme sürecinde öngörülen yükümlülüklerin yerine gelmemesine dayanıyorsa burada Kanun şu ayrımı yapmaktadır: Yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, imkansızlıktan değıil de, kişinin yükümlülüğe uymama iradesinden kaynaklandığında, halihazırda gerçekleşen kısım hesaba katılmaksızın, hüküm aynen açıklanır. Buna karşın “(...) mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değıerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceğı bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşulların varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkumiyet hükmü kurabilir.” Demek ki, yükümlülüğün yerine gelmemesi, kişinin çabasına ya da isteğıne rağmen yerine “getirilememiş” ise, burada halihazırda gerçekleşen özgürlük kısıtlaması hesaba katılmaktadır. Bu durumda sembolik olmaktan çıkan tedbirin, alternatifi olduğı cezaya dönüşümü kısmi olmakta veya bu ceza başka bir seçenek kuruma da dönüşebilmektedir.

IV. HAPİS CEZASININ ERTELENMESİ (TCK m. 51)

A. Hukuki Nitelik

Hapis cezasının (infazının) ertelenmesi, Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesinde öngörülen, somut olarak belirlenmiş hapis cezasının belirli bir deneme süresi boyunca infazına engel olan ve bu sürenin başarılı geçirilmesi ihtimalinde hapis cezasının infaz edilmiş sayılması sonucunu doğuran, hapis cezasının infazına seçenek bir kurumdur. Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasının adli para cezaları bakımından da etkili olmasından farklı olarak bu kurum Kanun'da, sadece hapis cezalarına alternatif olacak şekilde öngörülmüştür.

Türk Ceza Kanunu'nun hazırlık çalışmalarında sunulan Hükümet Tasarısı'nın erteleme kurumuna ilişkin önerisi, Tasarı'nın 82. maddesinde yer almaktaydı⁶⁹³. 756

⁶⁹³ Tasarı'nın 82. maddesi şu şekildeydi: “Suçun işlenmesinden önceki beş yıl içinde kasıtlı bir cürümden dolayı üç aydan fazla bir hürriyeti bağlayıcı ceza ile mahkûm edilmemiş olan kimse, işlediği suçtan dolayı ağır veya hafif para veya iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis veya hafif hapis cezalarına mahkûm edilir ve geçmişteki hâli ve suç işleme hususundaki eğilimine göre ertelenmesi ilerde suç işlemekten çekinmesine neden olacağına mahkemece kanaat getirilirse, cezanın ertelenmesine hükmolunabilir. Evvelce para cezasına hükümlülük ertelemeyi engellemez. Ertelemenin nedenleri kararda gösterilir. Suç tarihinde altmışbeş yaşını bitirmiş bulunanların üç yıla kadar (üç yıl dahil) hürriyeti bağlayıcı cezaları hakkında da yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanır. Erteleme kararının infazı, failin gücü oranında mağdur tarafın uğradığı zararların tazmini veya sağlanması koşuluna bağlanabilir. Tazmin niteliğindeki para cezaları ve müsadereci kanunen zorunlu olan eşya ve yargılama giderleri veya mülkiyeti Devlete geçme kararına konu olmuş her türlü değer ve eşya hakkında verilen hükümlerin infazı ertelenemez. İçtima kapsamındaki suçlar nedeniyle verilen cezaların hepsi ayrı ayrı olarak veya bunlardan bazıları ertelenebilir. Bu fıkra hükmü 45, 46 ve 47 nci maddelerde tanımlanan suçlular ile tekrür nedeniyle mahkûm edilmiş bulunanlar hakkında uygulanmaz. Erteleme, mahkeme kararında aksi belirtilmedikçe, fer'i cezaları da kapsar. Cezası ertelenen hükümlü hakkında bir yıl ile beş yıl arasında saptanacak bir denetim süresi belirlenir ve bu süre içinde hükümlü 94 üncü maddenin (A) fıkrasının (2) numaralı bendine göre denetimli serbestlik tedbirine tâbi tutulur. Hâkim, hükümlünün özelliklerine göre belirleyeceği bu sürenin tedbire tâbi tutulmadan geçirilmesine de karar verebilir.

sayılı TCK (ve 647 sayılı CİK) dönemindeki erteleme (Kanun'un ifadesiyle "tecil") kurumuna benzer şekilde, belirli şartlar altında, hükmedilen iki yıla kadar hapis cezalarının ertelenebilmesini sağlayan ve deneme süresinin iyi halli geçirilmesiyle birlikte mahkumiyetin vaki olmamış sayılacağını öngören bu düzenleme önerisi, Adalet (Alt) Komisyonu tarafından tümüyle değiştirilmiş ve günümüzde de yürürlükte bulunan 51. madde kabul edilmiştir. Bu esaslı değişikliğin "gerekçesi" olarak ise, hem genel gerekçede hem de madde gerekçesinde yinelenen ve gerekçe sayılamayacak ölçüde kısa olan şu açıklamaya rastlanmaktadır: *"Komisyonumuz, Hükümet Tasarısından farklı olarak ertelemeyi sadece hapis cezası açısından kabul ederek düzenleme yapmıştır. Bu düzenlemede, erteleme, bir koşullu af olmaktan çıkarılıp, ceza infaz kurumu hâline getirilmiştir."* O günden bugüne, Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesinde herhangi bir değişiklik yapılmadığı gibi, bu düzenleme hakkında Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı da söz konusu olmamıştır.

5237 sayılı TCK öncesindeki döneme ait erteleme kurumunun detaylı şekilde incelenmesine gerek bulunmamakla birlikte, mevcut sistemimizde yer alan erteleme ile arasındaki temel farkların, ertelemeye konu cezanın türü, ertelemedeki deneme süresinin başarılı geçirilmesinin hukuki sonucu ve deneme süresinin içeriğine ilişkin olduğu tespit edilmelidir.

Ceza, denetimli serbestlik altında ertelendiğinde, denetim süresi içinde özellikle meslek etkinlikleri, ikamet yeri, tıbbi kontrol, alkollü içkilerden uzak kalma bakımından, hükümlüde uygun sosyal davranış biçimlerinin yerleşmesine çalışılır. Hâkim bu süre içinde hükümlüye, denetimli serbestlik tedbiri bakımından tüzüğünde gösterilen diğer bir kısım yükümlülükleri de getirebilir ve gerektiğinde bunları kaldırabilir veya değiştirebilir.

Denetim süresi içinde hükümlü, hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren kasıtlı bir cürüm işler veya kendisine yüklenen davranış yükümlülüklerini, hâkimin uyarısına karşın, ihlâlde ısrar eder veya denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasından kaçacak olursa, ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infazına karar verilir ve koşulları varsa tekerrür hükümleri uygulanır. Suçun denetim süresi içinde işlenmesi yeterlidir.

Denetim süresi kanuna uygun olarak geçirildiğinde hükümlülük yok sayılır.

Ertelemeye konu olabilecek cezanın türü bakımından, eski dönemde -belirli bir miktara kadar olan- hem hapis hem de adli para cezaları ertelenebilirken⁶⁹⁴, 5237 sayılı TCK'ya göre, yalnızca hapis cezaları⁶⁹⁵ ertelenmektedir.

Hukuki sonuç bakımından, eski dönemde ertelemedeki deneme süresinin yeni bir suç işlemeksizin geçirilmesi halinde mahkumiyetin esasen vaki olmamış sayılmasına karşılık (eTCK m. 95), 5237 sayılı TCK'nın öngördüğü yapıya göre ertelemede deneme süresi yükümlülükler uygun veya iyi halli olarak geçirildiğinde ceza infaz edilmiş sayılır (m. 51/8). Eskiden cezalandırma ilişkisini sona erdirdiği için maddi ceza hukukuna ait bir kurum olan erteleme, artık bir ceza infaz hukuku kurumu haline gelmiştir. Zira hapis cezasının ertelenmesinin ardından deneme süresinin iyi halli geçirilmesiyle birlikte, devlet ile fail arasındaki cezalandırma ilişkisi ortadan kalkmamakta, sadece cezanın yerine getirilme şekli değişmektedir.

Üçüncü temel fark da, deneme süresinin içeriğine ilişkindir. Önceki dönemde erteleme kararına istinaden serbest bırakılan mahkumun, deneme süresi içinde uyması gereken herhangi bir yükümlülük Kanun'da öngörülmemiştir ve bu konuda kanun koyucuya, deneme süresinin içeriğinin topluma yeniden kazandırıcı yükümlülüklerle doldurulması yönünde tavsiyeler yapılmaktaydı⁶⁹⁶. Yürürlükte bulunan düzenlemeye göre ise, deneme (Kanun'un ifadesiyle “denetim⁶⁹⁷”) süresi içerisinde mahkemenin takdirine bağlı olarak, bir yıldan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere TCK m. 51/4'te üç

⁶⁹⁴ Bkz. 647 sayılı mülga Cezaların İnfazı Hakkında Kanun m. 6: “*Adliye mahkemelerince para cezasından başka bir ceza ile mahkum olmayan kimse, işlediği bir suçtan dolayı ağır veya hafif para veya bir yıla kadar (bir yıl dahil) ağır hapis veya iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis veya hafif hapis cezalarından biriyle mahkum olur ve geçmişteki hali ve suç işleme hususunda eğilimine göre cezanın ertelenmesi ileride suç işlemekten çekinmesine sebep olacağı hakkında mahkemece kanaat edinilirse, bu cezanın ertelenmesine hükmolunabilir.*”

⁶⁹⁵ Bkz. 5237 sayılı TCK m. 51/1: “*İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir.*”

⁶⁹⁶ Bkz. İÇEL (vd.): Yaptırım Teorisi, s. 409; İÇEL: Hürriyeti Bağlayıcı, s. 339 ve 340; ÖNDER: Ceza Hukuku Dersleri, s. 623 ve 624.

⁶⁹⁷ Bu ifadeye ilişkin eleştiriler hakkında bkz. yukarıda 687 numaralı dipnot.

bent halinde sayılan tedbirlerden birine karar verilebilir⁶⁹⁸. Bu süreçte ayrıca kişiye rehberlik edecek bir uzman da görevlendirilebilir. Böylece mülga Kanun dönemindeki erteleme, içerik itibariyle kuru erteleme (*sospensione secca*) iken; mevcut sistemdeki erteleme, mahkemenin takdiriyle, kontrol ve gözetime ilişkin yükümlülükler içeren erteleme (*sospensione controllata*) ve ayrıca uzman vasıtasıyla desteklenen erteleme (*sospensione assistita*) olabilecek şekilde öngörülmüştür.

Belirtilen bu özellikleri karşısında, mevcut ceza adalet sistemimizde yer alan hapis cezasının ertelenmesi, hapis cezasına mahkumiyete değil, hapis cezasının infazına seçenek bir kurumdur. Ancak bu niteliği, hapis cezasının ertelenmesinin, cezanın bireyselleştirilmesi ilkesinin üç şeklinden biri olan yargısal bireyselleştirmenin bir enstrümanı oluşunu değiştirmemektedir. Zira tüm koşulların yerine getirilip getirilmediğini araştıran ve takdiren ertelemeye karar verecek olan yetkili merci, hükmü veren mahkemedir. Bu nedenle, infaz hukukuna ait bir kurum olmasına rağmen hapis cezasının ertelenmesinin, cezanın infazını düzenleyen kanunda değil, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmesi, kanaatimizce yerindedir.

B. Hapis Cezasının İnfazına Seçenek Olma Bakımından Değerlendirilmesi ve Tasnifi

Bu çalışmada benimsenen *şekli* tasnif bakımından erteleme tedbirleri arasında yer alan hapis cezasının ertelenmesi kurumu, *maddi* tasnife göre ise, kural olarak, semboliktir. Ancak ertelemedeki deneme süresi içinde, mahkemenin takdiren

⁶⁹⁸ Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı tarafından yayımlanan istatistiklere göre, hakkında hapis cezasının ertelenmesi ile birlikte, deneme süresi içinde yerine getirilmesi gereken birtakım yükümlülükler de karar verilen ve bunların yerine getirilip getirilmediği, denetimli serbestlik çerçevesinde takip edilen kişi (yetişkin) sayısı, Ekim 2019 itibariyle, 199'dur. Bkz. https://cte-ds.adalet.gov.tr/istatistik/2020/ekim_2020 (Erişim tarihi: 23.11.2020).

yükleyebileceği tedbirlere bağlı olarak maddi tasnife ilişkin konumlandırma değişebilmektedir. Bu çerçevede, m. 51/4'te öngörülenler içinden,

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmayan hükümlünün, bu amaçla bir eğitim programına devam etmesine karar verilirse, *özgürlük içinde pozitif edimlerin yüklendiği gözetimden*,

b) Bir meslek veya sanat sahibi hükümlünün, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına karar verildiği takdirde, *iş edindirme amaçlı bir kuruma yerleştirmeden*,

c) Onsekiz yaşından küçük olan hükümlülerin, bir meslek veya sanat edinmelerini sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmesine karar verildiğinde ise, *özgürlük içinde pozitif edimlerin yüklendiği gözetimden* veya bir gruba ya da *kuruma yerleştirme* tedbirinden söz edilecektir.

Türk Ceza Kanunu'nun ertelemeye ilişkin düzenlemesinde dikkati çeken noktalardan biri de, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesinin, tıpkı hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında olduğu gibi, (deneme süresinde öngörülen bir yükümlülük olarak değil) cezanın (infazının) ertelenmesine karar verilmesi için önceden⁶⁹⁹ yerine getirilmesi gereken bir koşul olması; ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasından farklı olarak, bu ön koşulun mahkemenin takdirine bırakılmış olmasıdır. Yani mahkeme, ertelemeyi, bu koşulun yerine getirilmesine bağlı tutabileceği gibi, böyle bir koşul aramayabilir de. Şayet bu koşul aranırsa zararın giderilmesi gerçekleşene kadar hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesi söz konusu olur (m. 51/2). Böylece zararın

⁶⁹⁹ Hem hükmün açıklanmasının geri bırakılması hem de hapis cezasının ertelenmesi kararlarının verilebilmesi için zararın giderilmesi şartının yerine getirilme zamanı, ertelemeye ilişkin kararların öncesindedir. Ancak zamansal açıdan her iki kurum arasında yine de fark bulunmaktadır. Zira hapis cezasının ertelenmesi için zararın giderilmesi, erteleme kararının öncesinde ve fakat hükmün verilmesinden sonra gerçekleşmektedir. Oysa hükmün açıklanmasının geri bırakılması için zararın giderilmesi şartı, mahkumiyet hükmünün de öncesinde yerine getirilmelidir.

giderilmesi, ertelemeye karar vermek için takdiri bir ön koşul olarak düşünülmüş ve bu ön koşulun yerine getirilmesini temin edecek bir etkinlik modeli olarak da, hapis cezasının infazına başlanması tehdidi öngörülmüştür.

Hapis cezasının ertelenmesi kurumunun bütününün etkinliği ise, “ertelemenin düşmesi”⁷⁰⁰, “erteleme kararının düşmesi”⁷⁰¹ veya “düşme” tabirinin 5237 sayılı TCK ile getirilen sisteme uygun olmadığı gerekçesi ile “erteleme kararının geri alınması”⁷⁰² şeklinde ifade edilen hukuki sonuca yol açacak şekilde kurgulanmıştır. Türk Ceza Kanunu’nda erteleme kurumunu düzenleyen 51. maddenin 7. fıkrasına göre, *“Hükümlünün denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülüklerle, infaz hakiminin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi halinde; ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine infaz hakimliğince”⁷⁰³ karar verilir.”* Burada deneme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmesi ve şayet yüklenmişse deneme süresi içindeki yükümlülüklerin, ısrara rağmen yerine getirilmemesi şeklinde iki tür ihlal ihtimali öngörülmüştür. Birincisi, yukarıda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında açıklanan, deneme süresinde kasten yeni bir suç işlenmesi hipotezinin aynısıdır. İkinci hipoteze ilişkin olarak bu kurumun öngördüğü ufak bir fark, hakimin uyarısına ilişkindir. Deneme sürecinde öngörülen yükümlülük(ler) ihlal

⁷⁰⁰ Bkz. ÖNDER: Ceza Hukuku Dersleri, s. 625 vd.

⁷⁰¹ Bkz. DÖNMEZER – ERMAN: C. III, s. 69 vd.; İÇEL (vd.): Yaptırım Teorisi, s. 411 vd.; DEMİRBAŞ: Genel Hükümler, s. 691; ÖZTÜRK – ERDEM: s. 487-488.

⁷⁰² Zira getirilen sistemde, deneme süresinde kasıtlı bir suç işlendiği ve yüklenen yükümlülükler yerine getirilmediği takdirde, erteleme kararı kendiliğinden düşmemekte, bu kararın geri alınması konusunda ayrıca karar verilmesi gerekmektedir. Bu nedenle “erteleme kararının düşmesi”nden söz edilemez. Bkz. ÖZGENÇ: s. 766.

⁷⁰³ 7242 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce bu düzenlemede *“hakimin uyarısına rağmen uymamakta ısrar etmesi halinde; ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine karar verilir”* ifadesi yer almaktaydı. Bu durumda hem uyarı yapma hem de ertelemeyi geri alma kararını verme yetkisinin, yargılamayı yapan ve erteleme kararını veren hakime mi yoksa infaz hakimine mi ait olduğu noktasında açıklık bulunmamaktaydı. O dönemde uyarıyı yapacak olan hakimin, infaz hakimi olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. ÖZGENÇ: s. 765. 7242 sayılı Kanun ile bu konudaki muhtemel tereddüt giderilmiştir.

edilir edilmez erteleme düşmemekte; bu ihlalin hakimın uyarısına rağmen ısrarla gerçekleştirilmesi aranarak, ertelemenin düşmesi bir adım zorlaştırılmıştır. Her iki ipotezin de hukuki sonucu, daha önce ertelenmesine karar verilen hapis cezasının aynen veya kısmen infaz edilmesidir. Yani burada seçenek kurumun, yerine geçtiği hapis cezasına aynen veya süresi azaltılarak dönüşümü şeklindeki etkinlik modeli öngörülmüştür. İnfaz edilecek olan hapis cezasının sürenin azaltılması halinde takdirin hangi ölçüte göre yapılacağı hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. Kanaatimizce burada, deneme süresi içindeki yükümlülöklere uymama ipotezi bakımından, o ana kadar özgürlüğün ne kadar kısıtlanmış olduğu ve tedbire uymamanın imkansızlıktan kaynaklanıp kaynaklanmadığı ölçütlerine göre karar verilmelidir. Deneme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmesi ipotezinde ve tedbire uymamanın herhangi bir imkansızlıktan kaynaklanmaması halinde, hapis cezasının infazı, süresi kısaltılmaksızın yerine getirilmelidir. Aksi halde, hapis cezasının infazına seçenek kurum olarak ertelemeye, atıfet kavramı bulaşacaktır. Birbirine yakın, ama birbirinden farklı olan bu iki kurum arasındaki sınırı muğlaklaştıracak uygulamalardan kaçınılmalıdır.

Son olarak, isim benzerliği nedeniyle erteleme kurumu ile karışma ihtimali olan iki düzenlemeye değinmekte fayda vardır. CGTİHK'nın “*Cezanın İnfazının Ertelenmesi*” başlıklı üçüncü bölümü, çalışmamızın bu bölümünde incelediğimiz hapis cezasının (infazının) ertelenmesi kurumu ile benzer bir adı taşımaktadır. Ancak CGTİHK m. 16 ve m. 17’de öngörölen tedbirler ile hapis cezasının infazına seçenek kurum olarak erteleme arasında esaslı farklar bulunmaktadır. “*Hapis cezasının infazının hastalık nedeni ile ertelenmesi*” kenar başlıklı CGTİHK m. 16, bedensel veya ruhsal hastalık, engellilik veya gebelik nedenlerine bağılı olarak hapis cezasının infazına belirli bir süreyle ara verilmesine ilişkindir. Bu maddede, hapis cezasının infazına alternatif olan, yani onun yerine geçen bir kurum öngörülmüş değildir. Zira sağık kurumunda geçirilen sürenin cezaevinde geçmiş sayılması istisnası (birinci fıkra) dışında m. 16 uyarınca infazın

ertelenmesi, kalan kısmına daha sonra devam edilmek üzere, infazı bir süreliğine durdurmaktadır. Öte yandan burada iyi halli geçirilmesi beklenen bir deneme süresinin bulunmayışı nedeniyle de hapis cezasının infazına seçenек bir erteleme tedbirinden bahsedilemez. Yine, CGTİHK m. 17’de öngörülen ve kenar başlığı “*Hükümlünün istemiyle infazın ertelenmesi*” olan düzenlemenin konusu da, kasten işlenen suçlarda üç ve taksirli suçlardan beş yıl ve daha az süreli hapis cezalarının infazına başlanmadan önce veya başlandıktan sonra, birtakım şahsi gerekçelerle ve belirli şartlar altında uygulanabilen bir “durdurma” tedbiridir. Nitekim burada mahkuma, başarılı geçirilmesi halinde hapis cezasının ortadan kalkacağı yahut infaz edilmiş sayılacağı öngörülen bir deneme süresi verilmemekte; hükmedilen ceza, herhangi bir azalmaya dahi uğramaksızın, kanunen “erteleme” olarak adlandırılan⁷⁰⁴ sürecin ardından olağan şekilde infaz edilmektedir. Yani burada öngörülen tedbir de hapis cezasının yerine geçmemektedir. Cezanın infazına başlanmasını veya infaza devam edilmesini geçici olarak durduran, durmanın ardından da kalan kısmın aynen infaz edilmesiyle sonuçlanan ve bu itibarla hapis cezasına veya infazına seçenек olma özelliği bulunmayan bu kurumun, -hapis cezasının (infazının) ertelenmesi kurumu ile karıştırılmaması için- “hapis cezasının infazının geçici olarak durdurulması” veya “hapis cezasının infazının askıya alınması” ya da “hapis cezasının infazına ara verilmesi” olarak adlandırılması daha uygundur.

⁷⁰⁴ Esasında günlük dildeki kullanımı bakımından “erteleme” sözcüğü, CGTİHK m. 17’de öngörülen düzenleme için elverişli gibi görünmektedir. Ancak bu çalışmada açıklanmaya çalışıldığı üzere, ceza hukukunda erteleme, günlük dildeki kullanımından daha özel bir anlama bürünmüştür. Bu nedenle, hapis cezasına veya infazına alternatif olarak nitelendirilemeyen, cezaların bireyselleştirilmesinin bir aracı olmayan, sadece infazı geçici olan durduran ya da ara verilmesini sağlayan bir kurumun aynı sözcükle ifade edilmesi, kanaatimizce, uygun değildir.

V. KISA SÜRELİ HAPİS CEZALARININ ÖZEL İNFAZ USULLERİ (CGİHK m. 110)

A. Genel Olarak

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un ikinci kısmının, 109. ve 110. maddelerinden oluşan birinci bölümünün başlığı "*Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar ile Kısa Süreli Hapis Cezalarının Özel İnfaz Şekilleri*"dir. Bu üst başlık altındaki ilk maddede, TCK m. 50'de öngörülen kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımların infazının, Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikte gösterileceğine ilişkin tek cümlelik bir düzenleme mevcuttur ve bunun devamında, (kısa süreli) hapis cezalarının infazını kısmi şekilde veya tümüyle dönüştüren seçenek modelleri öngören 110. madde yer almaktadır.

Öncelikle, CGTİHK'un ikinci kısmının birinci bölümünün başlığında yer alan ve özel infaz şekillerine ilişkin olan "kısa süreli" hapis cezaları ile yine aynı başlıkta yer alan ve seçenek yaptırımlara ilişkin olan "kısa süreli" hapis cezalarının aynı süreleri ifade etmediğini belirtmek gerekir. Her ne kadar bu iki kuruma ilişkin infaz rejimleri Kanun'da ortak başlık altına düzenlenmiş ve aynı kelimeyle ifade edilmiş olsalar da, kısa süreli hapis cezalarına seçenek yaptırımlara ilişkin olan madde (m. 109), bölüm başlığına -ve TCK m. 49/2'ye uygun olarak- gerçekten bir yıla kadar olan hapis cezalarına ilişkin iken, asıl inceleme konumuz olan m. 110'da bir yıldan beş yıla kadar uzanan farklı süreler öngörülmüştür. Oysa bu maddenin 2005 yılında ilk düzenlendiği halinde, esas itibariyle altı aya kadar olan hapis cezaları, yani gerçekten kısa süreli hapis cezaları kapsama alınmış; sadece konutta infaz modelinde ve yalnızca yetmişbeş yaşını doldurmuş olup da ciddi sağlık sorunu yaşayan hükümlüler bakımından bu süre üç yıla çıkarılmıştı. Ancak

yıllar içinde Kanun'da yapılan değişiklikler ile birlikte düzenleme, çoğunlukla⁷⁰⁵ kısa süreli olmayan hapis cezalarının özel infaz usullerini öngörür hale gelmiştir. Esasında hapis cezasının infazına seçenек olan özel infaz usullerinin uygulama alanını genişletmek amacıyla maddenin kapsamına giren hapis cezaları sürelerinin uzatılması önemli bir adımdır. Ancak olumlu niyetle yapılan kanuni değişikliklere rağmen özel infaz usulleri bir türlü etkin şekilde uygulanamamıştır⁷⁰⁶.

110. maddede düzenlenen özel infaz usulleri, hafta sonlarının veya gecelerin ceza infaz kurumunda geçirilmesi ile hapis cezasının infazını düzenli olarak kesintiye uğratan ve böylece mahkumu aralıklı şekilde özgürlükle buluşturan ya da cezanın, tümünü ya da bir kısmını konutta⁷⁰⁷ geçirilmesini öngören modellerdir. Hafta sonu ve geceleri infaz için, kesinleşmiş hapis cezasının, kasten işlenen suçlarda toplam bir yıl altı ay, taksirle öldürme suçu hariç olmak üzere taksirle işlenen suçlarda ise toplam üç yıl veya daha az süreli olması aranırken; konutta infaz için mahkumun yaşı ve cinsiyetine göre değişen, şu şekildeki üç farklı üst sınır öngörülmüştür:

a) Kadın, çocuk veya altmışbeş yaşını bitirmiş kişilerin mahkum oldukları bir yıl⁷⁰⁸,

b) Yetmiş yaşını bitirmiş kişilerin mahkûm oldukları iki yıl⁷⁰⁹,

⁷⁰⁵ Sadece kadın, çocuk veya altmış beş yaşını bitirmiş olanlar için geçerli olan bir yıla kadarki hapis cezası (m. 110/2-a), kısa sürelidir.

⁷⁰⁶ 7242 sayılı Kanun ile maddenin uygulama alanını genişletme niyetiyle atılan olumlu adım da, bir başka maddede son anda yapılan bir değişiklik yüzünden etkisiz hale getirilmiştir. Kuruma ilişkin genel bilgilerin ardından aşağıda bu husus açıklanacaktır.

⁷⁰⁷ Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği m. 75/2'ye göre hapis cezasının konutta infazı kararının yerine getirilmesinde “konut”, hükümlünün ailesiyle birlikte veya tek başına yaşamını devam ettirdiği, kendisine ait veya kiracı olarak oturduğu ve bu kararın yerine getirilmesinde mahkemeye bildirdiği veya mahkeme kararında belirtilen yeri ve eklentilerini ifade eder.

⁷⁰⁸ 7242 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce bu düzenleme, sadece kadın ve altmışbeş yaşını bitirmiş mahkumlar için geçerliydi ve azami hapis cezası süresi de altı ay olarak öngörülmüştü.

⁷⁰⁹ 7242 sayılı Kanun öncesinde bu süre bir yıldır.

c) Yetmişbeş yaşını bitirmiş kişilerin mahkûm oldukları dört yıl^{710 711}.

Öte yandan 7242 sayılı Kanun ile özel infaz usullerinin kapsamına, biri hastalık ve engellilik durumuna, diğeri de doğum haline özgü konutta infaz usulünü düzenleyen iki yeni fıkra eklenmiştir. Maddenin üçüncü ve dördüncü fıkraları haline gelen bu düzenlemeler sayesinde, önceden sadece infazın ertelenmesi (CGTİHK m. 16) kapsamına giren birtakım durumlar, infaz süresine sayılacak şekilde, aynı zamanda konutta infaz usulüne de tabi hale getirilmiştir. Yeni düzenlemedeki ceza süresinden mahsup imkanı, hükümlü için infazın ertelenmesine nazaran daha olumlu sonuçların doğmasını mümkün kılmaktadır. Ancak bu düzenlemelerin istisnaları da öngörülmüştür. Buna göre, ağır

⁷¹⁰ 7242 sayılı Kanun öncesinde bu süre üç yıldır.

⁷¹¹ CGTİHK m. 110/2’ de yer alan bu düzenleme, kanun yapım tekniğinin ilginç bir örneği olarak, yürürlüğe girdiği gün değişikliğe uğramıştır. Ancak bu, sadece hükmü vermeye yetkili mahkemenin maddeye eklendiği, ufak bir değişiklikten ibaret olmuştur. Ceza adalet sistemimizin en önemli kanunlarının yürürlüğe girdiği gün Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5351 sayılı Kanun ile (RG. 1.6.2005, S. 25832) değiştirilen ve bir yıla yakın yürürlükte kalan haline göre m. 110 şöyleydi:

“(2) Kadın veya altmışbeş yaşını bitirmiş hükümlülerin mahkûm oldukları altı ay veya daha az süreli hapis cezasının konutunda çektirilmesine hükmü veren mahkeme veya hükümlü başka bir yerde bulunuyorsa o yerde bulunan aynı derecedeki mahkemece karar verilebilir.”

(3) Yetmişbeş yaşını bitirmiş olup da üç yıl ve daha az süreli hapis cezasına mahkûm olanların, bu cezalarının ceza infaz kurumlarında çektirilmesi sağlık durumları itibarıyla elverişli olmadığı, tam teşekküllü Devlet veya üniversite hastanelerince verilecek raporla tespit edilenler hakkında cezanın konutlarında çektirilmesine hükmü veren mahkemece veya hükümlü başka bir yerde bulunuyorsa o yerde bulunan aynı derecedeki mahkemece karar verilebilir. Ancak, mahkûmiyete konu suç nedeniyle herhangi bir zarar doğmuşsa, bu zararın aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi şartı da ayrıca aranır. Bunlar hakkında beşinci fıkra hükümleri uygulanmaz.”

Bunun ardından, CGTİHK m. 110, o dönem ülkemiz gündemini ciddi ölçüde meşgul eden bir tartışmanın odağı haline gelmiştir. Eski Başbakan Necmettin Erbakan’ın, kesinleşen hapis cezasını konutunda çekmesine imkan sağlamak üzere yürürlüğe konduğu iddiasıyla gündeme gelen ve bu nedenle çok tartışılan 5484 sayılı Kanun (RG. 6.4.2006, S. 26147) ile madde, halen yürürlükte bulunan haline kavuşmuştur. Yapılan değişiklik içinde tartışmalı olan kısım, yetmişbeş yaşını bitirmiş olanlar bakımından önceden geçerli olan iki ön şartın kaldırılması, yani infaz kurumunda bulunmanın sağlık açısından elverişli olmadığına ilişkin sağlık raporunun artık aranmayacak olması ile zararın tazmini şartının bir zorunluluk olmaktan çıkarılması idi. Bu değişikliğin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi nezdinde açılan iptal davası ise, Yüksek Mahkeme’nin 5.11.2009 tarih ve E. 2006/103, K. 2009/149 künyeli kararıyla reddedilmiştir.

hastalık veya engellilik bakımından, mahkum olunan cezanın da en fazla beş yıl hapis cezası olması veya hükümlünün adli para cezasının infaz sürecinde hapis cezasına çevrilmiş olması gerekmektedir (m. 110/3). Doğum gerekçesiyle hapis cezasının konutta infazından yararlanabilecek olanlar ise, doğurduğu tarihten itibaren altı ay geçen ve toplam üç yıl veya daha az süreli hapis cezasına mahkum olan ya da adli para cezası infaz sürecinde hapis cezasına çevrilen hükümlü kadınlardır (m. 110/4).

B. Kurumun Hukuki Niteliği ve Türk Hukuku’ndaki Serüveni

CGTİHK m. 110’da yer alan üç alternatif model, hapis cezasının infazını kısmen veya tamamen dönüştüren seçenek kurumlar olarak, hukuki nitelik itibariyle, ceza infaz hukuku müessesesi şeklinde düzenlenmiştir. Oysa özellikle ev hapsi⁷¹², mahkumiyet aşamasında hapis cezasına seçenek olabilecek bir ceza türü olarak da düzenlenebilirdi; ancak Türk kanun koyucusu şimdiye kadar bu ihtimali değerlendirmeye almamıştır.

Belirtelim ki, 15 Nisan 2020 tarihinde yürürlüğe giren 7242 sayılı Kanun ile maddede yapılan esaslı değişiklikler ile birlikte, hapis cezasının infazının alternatifi olarak öngörülen üç yönetime karar verme yetkisi, hükmü veren mahkemeden alınıp infaz hakimine verilmiştir⁷¹³. Kanaatimizce, hükmü veren mahkemeye nazaran, mahkumu daha yakından gözlemleyebilen infaz hakiminin cezanın infazı sürecinde yetkisini genişleten bu değişiklik yerindedir. Nitekim ceza infaz hukuku kurumu niteliğinde ve

⁷¹² Daha önce de belirtildiği üzere, hükmedilmiş hapis cezasının infazını dönüştüren bir rejim olması halinde “ev hapsi” değil, “konutta infaz” ifadesi tercih edilmektedir.

⁷¹³ 7242 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce bu kararı, hükmü veren mahkeme veya hükümlü başka bir yerde bulunuyorsa o yerde bulunan aynı dereceli mahkeme vermekteydi. Ancak o dönemde, bu kararı vermeye yetkili merciin infaz hakimliği olması gerektiği savunulmaktaydı. Bkz. YILDIRIM, Zeki: “*Türk İnfaz Hukukunda Kısa Süreli Hapis Cezalarının Özel İnfaz Usulleri*”, CHD (Aralık 2018), Y. 13, S. 38, s. 178 ve 179. Cezaevi gerçeğini yakından tanıyan, vaktinin çoğunu cezaevinde geçiren ve ceza infazının suçlunun kişiliğine uydurulmasını sağlayan yargıç olması nedeniyle, sadece hafta sonu ve geceleri infaz usulleri bakımından infaz hakiminin yetkili olması gerektiği yönünde bkz. SOYASLAN, Doğan: “*Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların İnfaz Rejimi*”, İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu, 24-25.11.2000, Ankara 2001, s. 176.

cezanın sadece infazına alternatif olarak benimsenen bir kuruma, ceza muhakemesini yürüten ve mahkumiyete hükmeden mahkemece karar verilmesi doğru değildi. Zira yargılamayı yapan mahkeme tarafından, hapis cezasına hükmedilmesinin ardından, cezanın maddede sayılan üç farklı seçenekten biri şeklinde infaz edilmesine karar verilmesi, teorik bir karışıklığa yol açmaktaydı. Hükümü veren mahkemenin, örneğin konutta infaza ilişkin karar vermesi, bu kurumun -idari değil- yargısal bireyselleştirmenin enstrümanı olmasını gerektirmektedir. Özellikle ev hapsinin, seçenek ceza yelpazesini genişleten veya bağımsız bir ceza türü olarak öngörülmesi halinde, buna mahkemece karar verilmesi uygun olacaktır. Buna karşın, salt infaz rejimini ilgilendiren bir kurum olarak benimsenmeye devam edildiği sürece, özel infaz usullerine karar verecek olan merciin infaz hakimi olması yerindedir.

Kısa süreli hapis cezalarının özel infaz şekilleri, 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un yürürlüğe girdiği 1965 yılından beri hukukumuzda mevcuttur. Hatta konutta infaz yöntemine ilişkin o dönem Türk hukukunda yer alan düzenleme, çağının ilerisinde olduğu için İtalyan öğretisinin de dikkatini çekmiştir⁷¹⁴. Esasında konutta infaz yöntemi, hukukumuz bakımından 1965'ten de eskidir. 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 21. maddesinin ikinci fıkrasında bulunan "*Mahkûmiyetleri bir aydan fazla ve kendileri de mükerrir olmayan kadın ve küçüklerin cezalarının oturdukları yerde çektirilmesine mahkeme karar verebilir.*" hükmü sayesinde, çok kısa süreli hapis cezalarının, kadın ve çocuklara özgü olarak, kendi konutlarında yahut gösterecekleri bir başka evde çekilmiş sayılması mümkün kılınmıştı. Mahkumun "kendi kendinin gardiyanı olması" şeklinde tasvir edilen⁷¹⁵ bu infaz modelinin gereklerine uyulmaması halinde ise, konutta geçirilen müddet ne olursa olsun, cezanın tamamının ceza infaz kurumunda çektirileceği öngörülmüştü. 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un yürürlüğe

⁷¹⁴ Türk hukukundaki konutta infaz modelinin, İtalya'dan önce yürürlüğe girdiğinin belirtildiği açıklama için bkz. DOLCINI – PALIERO: *Il Carcere*, s. 173.

⁷¹⁵ TANER, Tahir: *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, İstanbul 1953, s. 615.

girdiği 1965 yılına gelindiğine ise bu düzenleme, Türk Ceza Kanunu’ndan çıkarılıp, büyük ölçüde değiştirilmek suretiyle, anılan Kanun’un 8. maddesine alınmıştır.

647 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği halinde madde metni şu şekildeydi:

“1. Hükümlü 65 yaşını ikmal etmiş veya sıhhi durumu ceza evinde bulunmasına mani olacak derecede bozuk olduğu tabip raporu ile tevsik edilmiş ve hükümlülük süresi 30 günü geçmemişse oturduğu yerde,

2. Hükümlülük süresi 30 günü geçmemesi halinde her hafta Cuma günleri en geç 19 da girmek ve Pazar günleri aynı saatte çıkmak suretiyle bir ceza evinde,

3. Hükümlülük süresi üç ayı geçmemesi halinde serbestçe çalışabilmesini temin için her gün saat 19 da girmek ve sabahları 7 de çıkmak suretiyle bir ceza evinde, çektirilmesine mahkemece karar verilebilir.”

Ceza Kanunu’ndan İnfaz Kanunu’na geçerken, kadın ve çocuklara özgü olmaktan çıkarılan konutta infaz yöntemi, cinsiyet ayırt etmeksizin sadece yaş ve sağlık durumu ölçütüne bağlı hale getirilmiştir. Öte yandan, hapis cezasının infazına kısmi birer seçenek olacak şekilde, hafta sonları ve geceleri infaz yöntemleri de ilk kez öngörülmüştür. Bundan böyle, üç yöntemin tümü için, genel olarak, “kısa süreli hapis cezasının özel infaz şekilleri (yöntemleri veya usulleri)” başlığı kullanılmaya başlanmıştır.

1979 yılında, bu maddenin uygulama alanını bir parça daha genişletmek amacıyla, konutta infaz ve hafta sonu infaz için aranan kesinleşmiş hapis cezasının üst sınırı, otuz günden altmış güne; geceleri infaz için önceden gereken üç aya kadar hapis cezası süresi de, dört aya çıkarılmıştır⁷¹⁶.

2005 yılına gelindiğinde ise, 5275 sayılı CGTİHK’un yürürlüğe girmesiyle, hafta sonları ve geceleri infaz usulünün uygulanabilmesinin süre koşulu olan hapis cezası üst sınırı altı aya çıkarılmıştır. Konutta infaz yöntemi bakımından ise, bu kurumun hukukumuzda öngörülen ilk halinden esinlenilerek, cinsiyet ölçütüne yeniden yer

⁷¹⁶ 2248 sayılı Kanun m. 12, RG. 22.6.1979, S. 16674.

verilmiş⁷¹⁷ ve ayrıca, başlangıçta, altmışbeş ve yetmişbeş olmak üzere iki; 2006’da yapılan değişiklik ile de altmışbeş, yetmiş ve yetmişbeş olmak üzere üç farklı yaş sınırı öngörülmüştür. Bunların her biri için gerekli olan (maksimum) hapis cezası süreleri de, altı aydan üç yıla kadar derecelendirilmiştir. Öte yandan, 2006 değişikliğinde, infaz kurumunda bulunmanın sağlık açısından elverişli olmadığını kanıtlayan sağlık raporu ön koşulu kaldırılmış ve suçtan doğan zararın giderilmesi de zorunlu olmaktan çıkarılmıştır. Konutta infaz bakımından getirilen en önemli yeniliklerden biri de, bu kurumun uygulanması ve takibinin denetimli serbestlik sistemiyle yürütülmeye başlanmasıdır⁷¹⁸.

Tarihi süreci içerisinde sürekli olarak uygulama alanı genişletilmiş olsa da kısa süreli hapis cezalarının özel infaz şekilleri, hiçbir zaman, hapis cezasının infazına etkili bir alternatif olamamıştır. Günümüzde geline nokta bakımından, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı tarafından yayımlanan 2020 yılı ekim ayı istatistiklerine göre, ülkemizde, hapis cezası konutta infaz edilen kişi sayısı sadece yetmişyedidir⁷¹⁹. Bunun sebebi olarak, bu kurumun kapsamına giren ceza sürelerinin olması gerekenden daha kısa olması ve kısa süreli hapis cezaları yerine uygulanabilecek başka kurumların bulunması nedeniyle, özel infaz usullerinin uygulama imkanının neredeyse kalmadığına dikkat çekilmektedir⁷²⁰.

⁷¹⁷ CGTİHK m. 110’un gerekçesinde, bu düzenlemenin amacının, “kadınların ev işlerini, çocuklarının bakımını sürdürmeleri” olduğu belirtilmektedir. Çağdaş bir kanuni düzenlemede böyle gerekçeye yer vermek, yadırganacak bir tutumdur.

⁷¹⁸ Bkz. 5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu (RG. 20.7.2005, S. 25881. Bu Kanun’un adı 5.4.2012 tarihli ve 6291 sayılı Kanun ile “Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu” olarak değiştirilmiştir.) m. 14/1-h, **mülga** Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük (RG. 6.4.2006, S. 26131) m. 52 ve Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği m. 75, İnfaz Yönetmeliği m. 40/2-b.

⁷¹⁹ https://cte-ds.adalet.gov.tr/istatistik/2020/ekim_2020.pdf (Erişim tarihi: 23.11.2020).

⁷²⁰ YILDIRIM: s. 186. Eski Kanun döneminde de, özel infaz rejimlerinin uygulanmasının son derece ağır koşullara bağlanmış olması ile aynı ağırlıktaki cezalar için para cezası ve erteleme olanaklarının bulunması nedeniyle bu rejimlerin uygulanmadığı belirtilmekteydi. Bkz. ERDEM, Mustafa Ruhan: “Kısa Süreli Özgürlüğü Bağlayıcı Cezaların İnfazı ve Yeni Seçenekler”, İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu, 24-25.11.2000, Ankara 2001, s. 197.

Belirtilen bu süreç, yapılan değerlendirmeler ve görülen ihtiyaç üzerine 7242 sayılı Kanun özel infaz usullerinin etkinliğini artırma niyetiyle hazırlanmış olsa da, Kanun'un kabul edilmesinden sadece bir gün önce TBMM Genel Kurulu'nda beklenmedik biçimde yapılan ve aslında denetimli serbestlik tedbiri ile cezanın infazı (CGTİHK m. 105/A) kurumuna ilişkin olan bir değişiklik, belki de o anda farkına dahi varılmayan ağır bir etki yaratarak, özel infaz usullerinin uygulama alanını neredeyse tamamen ortadan kaldıracak bir sonuca yol açmıştır. 7242 sayılı Kanun ile yapılan kanuni değişikliklere hazırlık dönemi boyunca, İnfaz Kanunu m. 105/A'da öngörülen bir yıllık matbu erken tahliye sisteminden vazgeçilerek, esas itibariyle cezaya oranlı denetimli serbestlik sisteminin benimsenmesi, yani mahkum olunan somut ceza ne olursa olsun mutlaka ceza infaz kurumuna girişin söz konusu olması -çok ceza anlayışına benzer şekilde- kurgulanmıştı. Bu çerçevede, 31 Mart 2020 tarihinde TBMM Genel Kurulu'na gönderilen kanun teklifi, nisbi sisteme ilişkin düzenlemeler içermektedir. Ancak TBMM Genel Kurulu'ndaki görüşmeler sırasında, getirilmesi beklenen yeni sistemden ani biçimde ve gerekçesiz olarak vazgeçilmiş ve (kural olarak bir yıllık) matbu süre sisteminin devamına karar verilmiştir⁷²¹.

Beklenmedik biçimde atılan bu adım ile birlikte İnfaz Kanunu m. 110'da öngörülen özel infaz usullerinin uygulama alanı ciddi ölçüde daralmıştır. Zira hafta sonu ve geceleri infaz için öngörülen, kasten işlenen suçlarda toplam bir yıl altı ay, taksirle öldürme suçu hariç olmak üzere taksirle işlenen suçlarda ise toplam üç yıl veya daha az süreli hapis cezası için hükümlülerin ceza infaz kurumuna girmeleri istisna haline gelmiştir. Keza konutta infaz modeli için de kadın, çocuk veya altmışbeş yaşını bitirmiş kişilerin mahkum oldukları toplam bir yıl; yetmiş yaşını bitirmiş kişilerin mahkum oldukları toplam iki yıl; yetmişbeş yaşını bitirmiş kişiler için mahkum oldukları toplam dört yıl veya daha az süreli

⁷²¹ Bu değişiklik ile ilgili detaylara "Denetimli Serbestlik Tedbiri Uygulanarak Cezanın İnfazı" başlığı altındaki açıklamalarda yer verilecektir. Bkz. 746 no.lu dipnot.

hapis cezasının, ceza infaz kurumuna girmeyi gerektirir biçimde infazı, ancak istisnai durumlarda mümkün olacaktır. Oysa özel infaz usullerinin tercih edilebilmesi için, toplam ceza süresinden, (CGTİHK m. 105/A'da öngörülen) denetimli serbestlik ve ardından koşullu salıverilme (m. 107) süreleri çıkarıldığında, hükümlünün ceza infaz kurumunda hala geçirmesi gereken bir sürenin kalması gereklidir. Buna karşın, toplam ceza üzerinden denetimli serbestlik ve koşullu salıverilme süreleri düşürüldüğünde geriye bakiye kalmıyorsa özel infaz usullerinin tercih edilmesi mantıklı olmayacağından, bu kurumun etkin şekilde uygulanması, içine girilen yeni dönemde de beklenmemelidir.

Yine 7242 sayılı Kanun ile özel infaz usullerinden yararlanamayacak olanlara ilişkin çeşitli istisnaların yer aldığı dokuzuncu fıkra eklenmiştir. Buna göre maddenin ilk iki fıkrasında öngörülen infaz usullerinden⁷²², genel olarak terör veya örgüt suçlarından ya da cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan mahkum olanların ve adli para cezası hapis cezasına çevrilenler ile koşullu salıverilme kararının geri alınması nedeniyle cezası aynen infaz edilenlerin yararlanamayacağı öngörülmüştür. Çoğunlukla mahkum olunan suç tipine dayanan bu sınırlamalar, hem topluma yeniden kazandırılacak olan kişinin özelliklerine bağlı olmaması, yani cezanın (infazının) bireyselleştirmesi ilkesinden uzaklaşılması nedeniyle hem de özel infaz usullerinin uygulama alanını ciddi ölçüde daraltması nedeniyle eleştiriye açıktır.

B. Hapis Cezasının İnfazına Seçenek Olmaları Bakımından Değerlendirme ve Tasnif

Bu çalışma çerçevesinde önemsenen iki nokta olarak, hapis cezasının infazına seçenek olan bu kurumların, bir önceki bölümde yapılan tasnif açısından konumlarını ve bunların etkinlik modellerini inceleyecek olursak, öncelikle maddede öngörülen alternatif

⁷²² Maddenin üçüncü ve dördüncü fıkrasında öngörülen hastalık, engellilik ve doğum nedeniyle konutta infaz rejimi, burada bahsedilen suç tipine ilişkin istisnalara tabi değildir (m. 110/9).

infaz yöntemlerinin üçünün de şekli tasnif bakımından hapis cezasına bağımlı, yani dar anlamda seçenekler olduğu görülmektedir. Hapis cezasının süresine bağılı olarak, onun infazını dönüştüren bu modeller, her ne kadar yargısal organ tarafından karara bağlanıyor olsalar da, aslında birer infaz yöntemidir.

Maddi tasnif bakımından ise, kişi özgürlüğünü sınırlandıran tedbirlerden, özgürlük içinde kontrol modeline dahil edilebilirler. Özellikle konutta infazın elektronik izleme yöntemi ile takip edilmesi hali, özgürlük içinde kontrol tedbirleri içinde, kişi özgürlüğüne en müdahaleci tavrı gösteren tedbirlerdendir. Bu noktada, elektronik izlemenin ülkemizde idari bir kararla alınıyor almasının, yani temel hak ve özgürlüklere bu denli ağır müdahalenin yargı dışı kararlar yapılmasının, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından ciddi bir sorun teşkil ettiğini hatırlatalım⁷²³.

Bu kurumların etkinlik modeli de, hapis cezasına bağımlı seçenek kurum olmaları itibarıyla ya yerine geçtikleri hapis cezasının tümüne ya da bir kısmına dönüşmeleri olacaktır. Kanun koyucu, 7242 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce tercihini, hapis cezasının tümüne dönüşmesi yönünde kullanmıştı⁷²⁴. Kanun'un yürürlüğe girdiği 2005 yılından (7242 sayılı Kanun ile değiştirildiği) 2020 yılına kadar, özel infaz usulünün gereklerine geçerli bir mazeret olmaksızın uyulmaması halinde cezanın baştan itibaren infaz kurumunda çektirilmesine karar verileceği düzenlenmişti. Bu dönemin de öncesindeki etkinlik modeli ise, cezanın baştan itibaren değil, toplamdan geriye kalan infaz kurumunda çektirilmesi ve ayrıca bir aya kadar hapis cezasına daha hükmedilmesi

⁷²³ Bu konu hakkında yukarıda “Özgürlük İçinde Kontrol” başlığı (2. Bölüm, III – C – b – i) altında elektronik izlemenin idari değil, yargısal bir kararla uygulanması gerektiği hakkındaki tartışmalara da lütfen bakınız.

⁷²⁴ Bu noktada, (elektronik izlemeli veya izlemesiz şekilde) konutta infaz edilen kısmın cezanın tümünden mahsubunun yapılarak, kalan cezanın, ceza infaz kurumunda çekilmesinin daha uygun olacağı yönünde görüşler mevcuttu. Bkz. KOÇ: s. 214.

idi⁷²⁵. 7242 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrası, 110. maddenin yedinci fıkrası haline gelen düzenlemeye göre, özel infaz usulünün gereklerine geçerli bir mazeret bulunmaksızın uyulamaması halinde bu usule son verilip, toplam cezadan bakiye kalan kısmın açık ceza infaz kurumunda ektirileceği öngörölmüştür. Böylece, özel infaz usulünün, toplam cezaya değil, geriye kalan cezaya dönüşmesini öngören 2005 öncesindeki etkinlik modeline, kısmen⁷²⁶ dönölmüştür. Bu değişiklik ile halihazırda yerine getirilmiş olan ve ciddi ölçüdeki özgürlük kısıtlamasının hesaba katılarak toplam cezadan mahsup edilmesi, bir yandan özel infaz usullerinin öngördüğü rejime uymamanın yaptırımını ciddi ölçüde hafifletmesine rağmen, özgürlük penceresinden bakıldığında yerinde bir adım olmuştur. Ancak kalan cezanın, kapalı değil, açık ceza infaz kurumunda çekilecek olması, özel infaz usulünün gereklerine uyma konusundaki caydırıcılık üzerinde gereksiz bir zaafiyete yol açabilecek niteliktedir. Burada açık ceza infaz kurumunun tercih edilmesi, özgürlük temeline dayalı olmaktan ziyade, kapalı ceza infaz kurumlarındaki aşırı doluluk sorunu yüzünden atılmış bir adım gibi görünmektedir.

⁷²⁵ 647 sayılı Kanun’un, 1979 yılında değiştirildikten sonraki haline göre, 8. maddesinin ikinci fıkrası şu şekildeydi: “Yukarıdaki fıkralardan birinin tatbikatına ait karara hükümlü tarafından kasden veya ihmali neticesi riayet olunmadığı takdirde bir aya kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Geri kalan cezası da ayrıca çektirilir.” Demek ki 1979 değişikliğini yapan kanun koyucu, konutta infazın etkinlik modeli olarak hapis cezasının sadece geri kalan kısmına dönüşmesini tercih ederken; bunu güçlendirecek şekilde, tedbirin gereklerine uymama halinin ayrı bir suç teşkil etmesi modeline de başvurmuştu.

⁷²⁶ 2005 öncesindeki etkinlik modelinde yer alan, toplam cezadan geriye kalan kısmın çektirilmesine ek olarak ayrıca bir aya kadar hapis cezasına hükmedilmesi, yeni düzenlemede bulunmamaktadır.

VI. DENETİMLİ SERBESTLİK TEDBİRİ UYGULANARAK CEZANIN İNFAZI (CGTİHK m. 105/A)

A. Türk Ceza Adaletinde Denetimli Serbestlik Kavramı

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Türk ceza adaleti içerisinde “denetimli serbestlik” adlandırması, hapis cezasının infazına seçenек bir kurum olarak bu başlık altında incelenecek olan infaz yönteminden ibaret olmayıp, bundan çok daha geniş bir kavrama karşılık gelmektedir.

Ülkemizde “denetimli serbestlik”, teşkilatlı bir yapı olarak ilk kez 2005 yılında Türk ceza adaletine kazandırılan yeni bir sistemin adı olarak, birbirinden farklı ve çok çeşitli kurumların uygulanmasında kullanılan bir mekanizmadır. Denetimli serbestlik sisteminin, çok geniş olan⁷²⁷ çerçevesine dahil işlemlerin başında, kişiyi toplum içinde gözetim ve kontrole tabi tutan mahkeme kararlarının yerine getirilmesinin takibi ve denetimi vardır. Bu kararların ortak özelliği, kişiyi özgürlüğünden tamamen yoksun kılan tutuklama tedbirine, hapis cezasına veya hapis cezasının infazına alternatif olmalarıdır. Denetimli serbestlik teşkilatının temeli olan denetimli serbestlik müdürlükleri aracılığıyla icra edilen bu görevlere örnek olarak, hükmün açıklanmasının geri bırakılması veya hapis cezasının ertelenmesindeki deneme sürelerinin içindeki belirli bir zaman diliminde takdiren hükmedilebilen tedbirlerin, TCK m. 50’deki hapis cezasına seçenек cezaların, CMK m. 109’da öngörülen adli kontrol koruma tedbiri çerçevesinde hükmedilen bir veya birden fazla yükümlülüğün, TCK m. 191’deki kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak suçu hakkında açılan ilk soruşturmada verilen kamu davasının açılmasının

⁷²⁷ Bu konudaki haklı eleştiriler ve belirli alanların denetimli serbestlik müdürlüklerinin görev alanından çıkarılması gerektiği önerileri için bkz. YAVUZ: 178-180 ve s. 186.

ertelenmesi kararı çerçevesindeki deneme süresi içinde asgari bir yıl süreyle uygulanacak tedbirlerin yerine getirilmesinin takibi ve denetimi verilebilir⁷²⁸.

Yerine getirdiği çok sayıdaki görevin kanunla belirlenmiş olmasına rağmen böylesine geniş kapsamlı ve Türk ceza adaleti bakımından yeni bir kurum olan denetimli serbestliğin ne olduğunun açıklaması, yani bu kavramın tanımı, CGTİHK’nda veya Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu’nda yahut mülga Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük’te⁷²⁹ ve hatta 29 Mart 2020 tarihinde yürürlüğe giren İnfaz Yönetmeliği’nde, ne yazık ki, yapılmamıştır. Denetimli serbestliğe ilişkin tek tanım, normlar hiyerarşisinin alt basamaklarında, Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği⁷³⁰ m. 4/1-f’de yer almaktadır. Bu tanıma göre denetimli serbestlik, *“şüpheli, sanık veya hükümlünün toplum içinde denetim ve takibinin yapıldığı, iyileştirilmesi ve topluma kazandırılması için ihtiyaç duyulan her türlü hizmet, program ve kaynakların sağlandığı alternatif bir ceza ve infaz sistemini”* ifade eder. Bu tanımın da, denetimli serbestlik hizmetlerinin bütün uygulama alanını kapsamadığı için yeterli olmadığı belirtilmiş ve onun yerine şöyle bir tanım önerilmiştir: *“[B]elirli şartları taşıyan hükümlünün, toplum yaşamına uyum sağlamasını*

⁷²⁸ Bununla birlikte, denetimli serbestlik sisteminin alanı, yukarıda örnek olarak belirtilen kararların uygulanmasının takibi ve denetiminden çok daha geniştir. Denetimli serbestlik müdürlüğünün tüm görevleri, 5402 sayılı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu m. 11, 12, 13, 14, 15 ve m. 15/A’da sayılmıştır. Bu noktada hemen belirtelim ki, ceza adalet sisteminde nereye ve nasıl yerleştirilmesi gerektiği yönünde detaylı çalışmalar yapılmaksızın sisteme dahil edilen bu kurumun adı, kimi zaman güvenlik tedbiri yerine de kullanılmıştır. Örneğin Türk Ceza Kanunu’nun üçüncü kısmının, “Güvenlik Tedbirleri” başlıklı ikinci bölümünün altında m. 58’de, tehlikelilik yönü ağır basan belirli suçlu tiplerine yönelik cezanın infazı sonrası uygulanabilen birtakım tedbirlerin adı, denetimli serbestlik tedbiri olarak belirlenmiştir (TCK m. 58/6-7-8-9). Genel olarak Türk ceza hukukundaki yaptırım ve infaz sistemi içerisinde denetimli serbestliğin yerinin detaylı incelemesi ve bu kavramın özenle kullanılmadığı yönünde tespit için bkz. YAVUZ: s. 158-166.

⁷²⁹ Belirtelim ki (yeni) İnfaz Yönetmeliği, 2006’dan beri yürürlükte bulunan Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük’ü (RG. 06.04.2006, S. 26131) yürürlükten kaldırmıştır.

⁷³⁰ RG. 5.3.2013, S. 28578.

*kolaylaştırmayı hedefleyen veya özgürlüğünü kısıtlamak yerine uygulanan, kişinin bireysel durumu göz önüne alınarak uygulanacak denetimin belirlendiği, ayrıca mağdurda oluşan suçun etkilerini en aza indirmeyi hedefleyen ceza adalet sistemi.”*⁷³¹

Denetimli serbestliğe ilişkin olarak en genel ve günümüzdeki anlamına uygun olduğu belirtilen bir başka tanım da şu şekildedir: “Suç işlemiş bir kişinin, yetkili makamlar tarafından suça yönelik resmi bir karşılık veya ceza muhakemesi sürecinde bir tedbir olarak belirlenen yükümlülük ve gerekliliklerin, belirli bir süre, planlama ve gözetim programı kapsamında toplum içinde yerine getirilmesinin sağlandığı bir ceza adalet yöntemidir.”⁷³²

Denetimli serbestlik, bir yaptırım türü değildir. TCK’da benimsenen ceza ve güvenlik tedbiri şeklindeki ikili yaptırım sistemi çerçevesinde denetimli serbestliğin, bir yaptırım türü olmadığı açıktır. Denetimli serbestlik, bir infaz rejimi de değildir. Genel olarak bu yeni kavramın, ceza adalet sisteminin bir parçası, bir ceza adalet yöntemi, aracı ya da kurumu olduğu ifade edilmiştir⁷³³. Kanaatimizce, bu çalışmada benimsenen terminolojiye göre, yani araç (mekanizma ya da enstrüman) olma anlamıyla, “tedbir” sözcüğü, denetimli serbestlik kavramı için de elverişlidir. Böylece genel olarak denetimli serbestliğin, ceza adaleti içerisinde öngörülen ve içeriğinde farklı çeşitleri barındıran bir tedbirler demeti olduğunu belirtmek mümkündür.

⁷³¹ TURHAN, Faruk – ALTIKAT, Abdurrahim: “Yeni Bir Ceza İnfaz Usulü Olarak Denetimli Serbestlik ve Bu Usulden Yararlanma Şartları” S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, Y. 2012, s. 3 ve 7.

⁷³² YAVUZ: s. 63.

⁷³³ YAVUZ: s. 91. Yazar, Türk ceza adalet sisteminde yer aldığı haliyle denetimli serbestliğin, “bir tür bağımsız yaptırım niteliğinde olmadığı, bununla birlikte alternatif mahiyette bir yaptırım anlamına da gelmediği, genel olarak yaptırımlara ilişkin bir infaz rejimi niteliğinde de olmadığı; bununla birlikte toplum içerisinde infazı öngörülen yaptırım, yükümlülük ve tedbirlerin belirli bir planlama doğrultusunda yerine getirilmesini amaçlayan, ayrıca suç failleri ve suçtan zarar gören kimselerin ihtiyaç duydukları rehberlik, psiko-sosyal destek ve yardımın sağlanmasına hizmet eden toplum temelli bir uygulama olduğu, bu özellikleri itibarıyla de infaz sistemini tamamlayan bir ceza adalet kurumu” olduğunu belirtmiştir. Bkz. YAVUZ: s. 165.

B. CGTİHK m. 105/A’da Öngörülen Kurumun Hukuki Niteliği

Denetimli serbestlik kavramının içerisindeki alt kavramlardan sadece biri olarak bu çalışmanın konusuyla kesişen nokta, CGTİHK m. 105/A’da öngörülen ceza infazı uygulamasıdır. Zira bu maddede, hapis cezasının infazına kısmi bir alternatif olan, koşullu salıverilme öncesi denetimli serbestlik kurumu düzenlenmiştir.

Türk ceza adaleti, “*Denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı*” kenar başlıklı bu kanuni düzenleme ile 2012 yılında⁷³⁴ tanışmıştır. Kamuya yararlı işte çalıştırmaya ilişkin bir düzenleme olan CGTİHK m. 105’in devamına, 105/A numarasıyla yerleştirilen bu maddeyle birlikte “denetimli serbestlik”, bir önceki başlıkta belirtilen geniş kapsamlı tedbirler demetinin adı olmasının yanında, yeni ve başlı başına bir infaz usulü olarak öngörülmüştür⁷³⁵. Bu nedenle inceleme konumuz olan kurum, “denetimli serbestlik ceza infaz usulü” olarak da adlandırılmaktadır⁷³⁶. Belirtilen kanun değişikliğinin öncesinde ise, CGTİHK m. 105/4’te, sadece iki yıla kadar hapis cezasına mahkum olanlar için ve içerik itibarıyla de sadece kamu yararına çalışmayı öngören, yine hapis cezasının infazına kısmi ölçüde alternatif olan bir infaz usulü öngörülmüştü ve m. 105/A’nın öngörülmesiyle, m. 105/4 de yürürlükten kaldırılmıştır.

Kanun’da “*Denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı*” şeklinde başlıklandırılan bu kurum, ceza adaleti kronolojisinde koşullu salıverilmenin hemen öncesine yerleştirilen ve böylece koşullu salıverilmeyi iki aşamalı hale getiren bir erken tahliye imkanıdır⁷³⁷. Hükümlüye, koşullu salıverilmesinden (kural olarak) bir yıl önce tahliye imkanı sunduğu, yani hapis cezasının infaz kurumunda çektirilme süresini

⁷³⁴ 6291 sayılı Kanun, RG. 11.4.2012, S. 28261.

⁷³⁵ TURHAN – ALTİKAT: s. 5 ve 17.

⁷³⁶ TURHAN – ALTİKAT: s. 1 vd.

⁷³⁷ Geniş kapsamlı bir üst kavram olan denetimli serbestlik ile karışmaması için, CGTİHK m. 105/A’da düzenlenen kurum, koşullu salıverilme öncesi denetimli serbestlik veya denetimli serbestlik ceza infaz usulü olarak adlandırılacaktır.

kısalttığı için, TCK m. 65/2 uyarınca, bu kurumun, esasında özel af niteliği ağır basan bir infaz yöntemi olarak da değerlendirilmesi mümkündür. Her ne kadar yeni bir adlandırmayla yürürlüğe konmuş olsa da, koşullu salıverilme öncesi denetimli serbestliğin, aslında bir koşullu salıverilme düzenlemesi⁷³⁸ ya da kendisi de bir ceza infaz usulü olan koşullu salıverilmenin uygulanma şartlarını genişleten bir usul⁷³⁹ olduğu ileri sürülmüştür. Ancak uygulama şartları, kararı verecek merci⁷⁴⁰ ve tedbirin içeriği gibi bazı hususlarda, bu kurumun, koşullu salıverilmeden farkları bulunduğu da belirtilmiştir⁷⁴¹. Bir başka görüş de, düzenlemenin, esasında af niteliğinde olduğunu savunmaktadır⁷⁴². Bilindiği üzere, kamuoyunda ve hükümlüler üzerinde var olan algı da bu kurumun af niteliği taşıdığı yönündedir. Koşullu salıverilme öncesi denetimli serbestliğin bu çalışma bakımından önemi, hapis cezasının infazına kısmi bir alternatif olma özelliğidir. Ancak mevcut haliyle bu kurumun, hükümlünün topluma yeniden kazandırılmasına hizmet eden, etkili bir alternatif olduğunu iddia etmek güçtür. Şu anki haliyle m. 105/A’da öngörülen kurum, ceza miktarına oranlı olmaksızın, yani sabit bir süreyle öne çekilmiş, erken koşullu salıverilmedir.

Kanun koyucu, 2012 yılında CGTİHK’na 105/A maddesini eklerken, temel amacının “[H]ükümlüleri topluma yeniden katılmaya hazırlamak amacıyla cezaların

⁷³⁸ YAVUZ: s. 206. Bu kurumun, koşullu salıvermeyi adeta “sıkı koşullu salıverme-gevşek koşullu salıverme” şeklinde ikiye ayırdığı değerlendirmesi için bkz. SÖZÜER – ÖZGENÇ – KOCA: s. 6. Ceza infaz sistemimize yabancı olan bu kurumun “koşullu salıverilme öncesi koşullu salıverilme” niteliğinde olduğu ve etkisi itibariyle koşullu salıverilme kurumunu zayıflatığı yönünde görüş için bkz. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Tarafından Hazırlanan Bilimsel Görüş, s. 7.

⁷³⁹ Zaten amaçları ve usulleri açısından benzeşen bu iki kurumun, uygulama şartları ile de benzeşmesi halinde geçerli olacağı belirtilen bu değerlendirme için bkz. TURHAN – ALTİKAT: s. 11 ve 13.

⁷⁴⁰ Belirtelim ki, 7242 sayılı Kanun sonrasında, koşullu salıverilme ile denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı arasında, kararı verecek merci bakımından fark kalmamıştır. Her ikisine de infaz hakimi karar vermektedir.

⁷⁴¹ CGTİHK m. 105/A’daki denetimli serbestlik infaz usulü ile koşullu salıverilme kurumunun, detaylı biçimde yapılan karşılaştırması için bkz. TURHAN – ALTİKAT: s. 11-13.

⁷⁴² ŞEN – BAŞER: s. 105.

infazında mümkün olduğunca yarı özgürlük, açık rejimler ya da geçici yerleşmeler gibi belirli yöntemler kullanılmasını öngören, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Tavsiye Kararlarına uygun alternatif bir infaz rejimi oluşturmak (...)” olduğunu, Kanun’un gerekçesinde açıklamıştır⁷⁴³. Kanun metninde de buna benzer şekilde, “*Hükümlülerin dış dünyaya uyumlarını sağlamak, aileleriyle bağlarını sürdürmelerini ve güçlendirmelerini temin etmek*” amacından söz edilmiştir.

Koşullu salıverilme öncesi denetimli serbestliğin, -bir hukuki kurum için kısa sayılabilecek geçmişine halihazırda sinmiş olan- özünde af niteliği taşıdığı yönündeki kamuoyu algısı, 15 Nisan 2020 tarihinde yürürlüğe giren 7242 sayılı Kanun’un öncesinde ve sonrasında kamuoyunda yürütülen tartışmalar ile daha da güçlenmiştir. “İnfaz paketi” ya da “af yasası” olarak kamuoyunda tanınan kanun değişiklikleri paketi, ülkemizde kanun yapımına ilişkin özellikle son on yıllardaki standartlara göre uzun sayılabilecek bir hazırlığın ardından, affa yönelik toplumsal tepki nedeniyle bir süre sonra rafa kaldırılmış, ancak Mart 2020 itibariyle içine girilen pandemi süreciyle birlikte yeniden ivme kazanarak sonunda yasalaşmıştır. Öncelikle belirtelim ki, 7242 sayılı Kanun ile CGTİHK’nda yapılan değişiklikler iki türlü olup; bunlardan bir kısmı özel af niteliği ağır basan geçici düzenlemeler iken, diğer bir kısmı ise CGTİHK’nda kalıcı değişiklikler yapan düzenlemelerdir. Bu çalışmada esas itibariyle kalıcı olan düzenlemelere yer verilecektir. Zira, daha önce de belirtildiği üzere, geçici kanun hükümleriyle, denetimli serbestlik, koşullu salıverilme veya erteleme gibi kurumların araç kılınarak, asıl niteliği af olan düzenlemeler yapma yöntemi, ülkemizde ne yazık ki kendisine sıklıkla başvuru

⁷⁴³ Bkz. 6291 sayılı Kanun’un 1. maddesinin gerekçesi (Çevrimiçi erişim için bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6291ss.pdf>, Erişim tarihi: 11.04.2019).

bir yol olup⁷⁴⁴, hapis cezasına veya infazına gerçek anlamda seçenek olan (ve olması gereken) kurumların incelendiği bu çalışmanın sınırlarının dışında bırakılmıştır.

Belirtelim ki 7242 sayılı Kanun'un hazırlık çalışmalarından itibaren, koşullu salıverilme öncesi denetimli serbestliğe ilişkin olan m. 105/A'daki (kural olarak) bir yıllık sabit bir süre sisteminden vazgeçilip, bu kurumun cezaya oranlı şekilde yeniden kurgulanacağı düşünülmüştü. Böylece mahkum olunan hapis cezası süresi çok kısa da olsa, somut cezanın belirli bir oranına karşılık gelen süre için ceza infaz kurumuna girmek zorunlu olacaktı. Bu çerçevede, 31 Mart 2020 tarihinde TBMM Başkanlığına sunulan Kanun Teklifi⁷⁴⁵, nisbi sisteme ilişkin düzenlemeler içermektedir. Ancak TBMM Genel Kurulu'ndaki görüşmeler sırasında, getirilmesi beklenen yeni sistemden ani biçimde ve gerekçesiz olarak⁷⁴⁶ vazgeçilerek, yeniden bir yıllık matbu süre sistemi benimsenmiştir.

⁷⁴⁴ Örneğin 15 Temmuz 2016 tarihli darbe girişiminin ardından ceza infaz kurumlarında yaşanan aşırı yoğunluğu gidermek amacıyla çıkarılan 671 sayılı KHK (RG. 17.8.2016, S. 29804) m. 32 ile CGTİHK'na eklenen Geçici Madde-6'ya göre, 1.7.2016 tarihine kadar işlenen belirli suçlar bakımından denetimli serbestlik ceza infaz usulünün süresi **iki yıl** (koşullu salıverilme oranı da ½) olarak öngörülmüştür. Belirli bir tarihe kadar işlenen belirli tip suçların karşılığında verilen hapis cezalarının infaz kurumunda çektirilmesine son veren veya infaz kurumundaki süresini kısaltan ve hükümlünün kişilik özelliklerine fiilen bakılmaksızın uygulanan bu geçici düzenleme, esas itibarıyla özel aftır. Bunun üzerinden henüz dört yıl bile geçmeden aşırı ölçüde nüfus yoğunluğuna ulaşan ceza infaz kurumlarını bir nebze rahatlatmak amacıyla, yine denetimli serbestlik ceza infaz usulü adıyla ve aynı geçici madde vasıtasıyla yeni bir özel af daha çıkarılmıştır. 7242 sayılı Kanun ile değiştirilen Geçici Madde-6 ile 30.3.2020 tarihine kadar işlenen belirli suçlar bakımından denetimli serbestlik ceza infaz usulü süresi, bu kez **üç yıl** olarak öngörülmüştür. Daha fazla örnek için bkz. yukarıda 607 ila 615 numaralı dipnotlar.

⁷⁴⁵ Kanun teklifi esas no. 2/2762

⁷⁴⁶ TBMM Genel Kurulu'nda 12 Nisan 2020 tarihli birleşim içindeki onuncu oturumun yürütüldüğü gece saatlerinde, Teklif'in 46. maddesinde gerçekleşen bu ani manevraya ilişkin tek açıklama, teklifin sahiplerinden olan milletvekili Ali ÖZKAYA tarafından şu cümlelerle dile getirilmiştir: *"46'ncı madde malum bizim koşullu salıverilmedeki 1/2, 2/3, 3/4 oranlarında maktu denetimli serbestlikten nispi denetimli serbestliğe geçişimizle ilgili temel bir maddemizdi. Bunu müzakeremiz sonucunda inşallah bir başka kanun teklifi içinde görüşmeyi uygun gördük ve bir yıllık maktu denetimli serbestliğin bu aşamada devamına karar verildi o maddenin kabul edilmesiyle birlikte. 1/10 dediğimiz denetimli serbestliği bu aşamada kaldırmış olduk, o maddeyi böylece kabul ederek düzenlemiş olduk."* Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem27/yil3/ham/b08301h.htm> (Erişim tarihi: 4.5.2020) Bu kısa ve

Böylece, 7242 sayılı Kanun'un öncesinde olduğu gibi, içinde bulunduğumuz dönemde de, koşullu salıverilme öncesi denetimli serbestliğin uygulama süresi, kesinleşmiş ve infazı devam etmekte olan hapis cezasının süresine bağlı veya ona oranlı değildir. Bu kurum, hükmedilen hapis cezasının süresi ne olursa olsun, koşullu salıverilme tarihlerine bir yıl⁷⁴⁷ kalan iyi halli hükümlülerin, bir yıl için yararlanabileceği ve içeriğinde, çalışma ya da gözetim-kontrol tedbirlerinin bulunduğu bir erken tahliye imkanındır. Demek ki, hapis cezasının kendisine değil, hapis cezasının infazına seçenek olan bu kurum, hapis cezasının varlığına bağımlı olsa da, bu cezanın süresine bağımlı değildir. Bu açıdan CGTİHK m. 105/A düzenlemesi, somut ceza sürelerine bakılmaksızın, istisna kapsamındaki suçları işleyenler dışındaki tüm hükümlülerin -kural olarak- bir yıl erken tahliye edilmelerini sağlayarak, kısa süreli hapis cezası alan hükümlüler için gereksiz ölçüde avantajlı bir durum yaratması ve ceza adaletinde ciddi ölçüde dengesizliğe yol açması nedeniyle de eleştiriye açıktır.

C. Hapis Cezasının İnfazına Seçenek Olma Bakımından Değerlendirilmesi ve Tasnifi

Denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infaz edilmesine ilişkin karar, hükümlünün talebi üzerine infaz hakimi tarafından verilir (CGTİHK m. 105/A/1). Kararı veren merci, yargısal nitelikte bir organ olsa da; bu karar, ceza infaz kurumu iradesinde bulunan idare ve gözlem kurulunca hükümlü hakkında hazırlanan değerlendirme raporu⁷⁴⁸ dikkate alınarak verildiği için denetimli serbestlik ceza infaz usulünün,

yetersiz açıklamadan anlaşılabilirdiği kadarıyla, denetimli serbestlikte sabit süre sistemi yeniden tartışmaya açılacaktır.

⁷⁴⁷ CGTİHK m. 105/A/3'te de hükümlünün içinde bulunduğu somut koşullara göre, bir yıllık denetimli serbestlik süresini genişleten iki durum öngörülmüştür. Buna göre, sıfır-altı yaş grubunda çocuğu bulunan kadın hükümlüler için bu süre iki yıl ve maruz kaldıkları ağır bir hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatlarını yalnız idame ettiremeyen hükümlüler bakımından da üç yıldır.

⁷⁴⁸ Uygulamada verilen bu raporların, hükümlülerin iyi haline ilişkin gerçek bir analizden çok, bu infaz usulünden yararlanmak isteyen hükümlülerin diğer şartları taşıyıp taşımadıklarını gösteren bir belge

cezaların bireyselleştirmesi ilkesinin -yargısal değil- idari görünümüne ait bir enstrüman olduğu düşünülmelidir. Bu yöndeki değerlendirmenin bir diğer sebebi ise, koşullu salıverilme öncesi denetimli serbestlikten yararlanan hükümlünün, tahliye sonrasında hangi tedbire tabi tutulacağının, yani seçenek kurumun maddi tasnif bakımından konumunu belirleyecek olan içeriğe ilişkin kararın, idari bir organ olan, denetimli serbestlik müdürlüğü bünyesinde oluşturulan infaz işlemleri değerlendirme komisyonunca verilmesidir (Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği m. 81)⁷⁴⁹.

Şekli tasnif bakımından erteleme tedbirleri arasında yer alan bu kurum, maddi tasnif bakımından, tahliye edilen hükümlü hakkında koşullu salıverilme tarihine kadar zorunlu olarak⁷⁵⁰ uygulanacak olan ve bir veya birden fazlasına aynı anda karar verilebilecek

olduğu yönündeki bilgi ve iyi halin gerçekten tespit edilmeden bu şekilde uygulama yapılmaya devam edilmesi halinde bu kurumun, suçlular için özgürlük olarak algılanacağı ve cezaların caydırıcılığı açısından olumsuz bir durum teşkil edeceği yönündeki görüş için bkz. TURHAN – ALTİKAT: s. 25. Esasında, bahsedilen durumun gerekçesi, özensizlikten önce imkansızlıktır. Nitekim, önce 31.12.2015 tarihine kadar öngörülen, ancak sonradan süresi 31.12.2020'ye kadar uzatılan (CGTİHK Geçici Madde-4) düzenleme ile bu infaz usulünden yararlanmak için gerekli olan, ceza infaz kurumunda belirli bir süre geçirilmiş olması şartı (CGTİHK m. 105/A/1 ve 105/A/2'de yer alan) geçici olarak kaldırılmıştır. Bu durumda, açık ceza infaz kurumunda (veya hükümlünün iradesi dışındaki sebeplerle açık ceza infaz kurumuna ayrılmadığı hallerde, kapalı ceza infaz kurumunda) ya da çocuklar için çocuk eğitimevinde kısa bir süre dahi bulunmadan, denetimli serbestlik ceza infaz usulünün uygulanması, sekiz yıla yakın “geçici” bir süreyle, mümkün hale gelmiştir. Böylece infaz kurumunda hiç bulunmayan yahut bir veya birkaç gün gibi çok kısa bir süreliğine bulunan hükümlü hakkında, ceza infaz kurumu bünyesinde oluşturulan idare ve gözlem kurulunun nasıl olup da, hükümlünün detaylı şekilde incelenmesini gerektiren “iyi hal” raporu hazırlayabileceği sorunu gündeme gelmektedir. Bunu aşmak için, 5402 sayılı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu'nun 12. maddesinde soruşturma evresi için Cumhuriyet savcılarına, 13. maddesinde de kovuşturma evresi için hakim veya mahkemeye tanınan, denetimli serbestlik müdürlüğüne sosyal araştırma raporu hazırlatma yetkisinin etkin şekilde kullanımını ve bu yetkinin infaz hakimlerine de tanınması önerilmiştir. Bkz. TURHAN – ALTİKAT: s. 25-26.

⁷⁴⁹ Bu infaz yönteminde zorunlu olarak uygulanması öngörülen yükümlülüklerin belirlenmesi görevinin, karşılaştırmalı hukukta örneğine rastlanması zor olacak şekilde, doğrudan denetimli serbestlik müdürlüğüne bırakılmış olması eleştiriye açıktır. Bkz. YAVUZ: s. 206. Kanaatimizce bu kararlar infaz hakimi tarafından verilmelidir.

⁷⁵⁰ Koşullu salıverilme öncesi denetimli serbestlik dönemi boyunca maddede sayılan tedbirlerden bir veya birkaçının uygulanması zorunludur. Bu zorunluluk, maddenin beşinci fıkrasında yer alan emredici ifadeden anlaşılmaktadır: “(...) *yükümlülüklerinden bir veya birden fazlasına tabi tutulmasına,*

olan (m. 105/A'nın beşinci fıkrasında öngörülen) şu yükümlülüklerle göre değerlendirilmelidir:

- a) Kamuya yararlı bir işte ücretsiz olarak çalıştırılması, *çalışma içerikli* tedbir iken,
- b) Bir konut veya bölgede denetim ve gözetim altında bulundurulması ve
- c) Belirlenen yer veya bölgelere gitmemesi, kişi özgürlüğünü sınırlandıran tedbirler içinden, *özgürlük içinde kontrol* kategorisinde ve son olarak,
- d) Belirlenen programlara katılması, *özgürlük içinde pozitif edimlerin yüklendiği gözetim* olarak sınıflandırılabilir.

Hapis cezasının infazına seçenек bu kurumun etkinlik modeli ise, yerine geçtiği hapis cezasının kalan kısmına dönüşmesi olarak belirlenmiştir. Kendi talebi üzerine bu maddeden yararlanan hükümlünün, beş gün içinde ilgili denetimli serbestlik müdürlüğüne başvurmaması, bu infaz usulü çerçevesinde kendisi için belirlenen denetim planına uymaması veya ceza infaz kurumuna dönmek istemesi halinde, koşullu salıverilme tarihine kadar olan cezanın infazı için açık ceza infaz kurumuna⁷⁵¹ gönderilmesine karar verilir (CGTİHK m. 105/A/6). Bu düzenlemeden anlaşıldığı kadarıyla, böyle bir durumda, denetimli serbestlik altında halihazırda geçirilen süre hesaba katılmakta ve bu süre, koşullu salıverilme tarihine kadar infaz kurumunda geçirilmesi gereken süreden mahsup edilmektedir.

Hükümlünün tahliyesinden sonra kendisine tanınan süre içinde başvuru yapmaması, denetimli serbestlik rejiminin gereklerine uymaması veya hükümlünün infaz kurumuna dönmek istemesi şeklinde özetlenebilecek üç sebebin dışında, CGTİHK m. 105/A'nın yedinci fıkrasında, koşullu salıverilme öncesi denetimli serbestlik kararının

denetimli serbestlik müdürlüğünce karar verilir.” Tedbirler içinden hangisinin veya hangilerinin tercih edileceği ise takdire bağlıdır.

⁷⁵¹ 7242 sayılı Kanun öncesinde, bu durumdaki hükümlülerin, kapalı ceza infaz kurumuna gönderileceği öngörülmüştü. Anılan Kanun ile yapılan değişiklik üzerine, hem maddedeki üç günlük başvuru süresi beş güne çıkarılmış, hem de hakkındaki koşullu salıverilme öncesi denetimli serbestlik kararı kaldırılan hükümlünün geri gönderileceği yer, açık ceza infaz kurumu olarak düzenlenmiştir.

kaldırılmasına yol açan üç farklı ihlal durumu daha öngörölmüşü. Ancak sonradan yapılan itiraz başvuruları üzerine, bu düzenlemeler Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. İptal kararlarının ardından tamamen yürürlükten kalkan yedinci fıkrada⁷⁵² üç bent halinde sayılmış olan sebepler şunlardı:

- a. İşlediğı iddia olunan başka bir suçtan dolayı tutuklama kararı verilmesi⁷⁵³,
- b. Denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlanmasından önce işlediğı iddia olunan ve cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir suçtan dolayı soruşturma veya kovuşturmayaya devam edilmesi ve
- c. Denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlandıktan sonra işlediğı iddia olunan ve cezasının alt sınırı bir yıl veya daha fazla olan kasıtlı bir suçtan dolayı soruşturma veya kovuşturma başlatılması⁷⁵⁴.

15 Nisan 2020 tarihinde yürürlüğe giren 7242 sayılı Kanun ise, yedinci fıkrayı yeniden düzenlemiştir. Bu fıkra hakkında Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğı iptal kararında dayandığı gerekçeler üzerinden yeni düzenlemenin değerlendirmesini yapmak faydalı olacaktır.

Anayasa Mahkemesi, yedinci fıkranın (b) ve (c) bentlerinde, denetimli serbestlik infaz usulüne göre tahliye edilmiş bir hükümlünün, denetimli serbestlik tedbiri *öncesinde* işlediğı iddia olunan (ve ceza üst sınırı yedi yıldan az olmayan) bir suçtan veya denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasından *sonra* işlediğı iddia olunan (ve cezasının alt sınırı bir yıl veya daha fazla olan) kasıtlı bir suçtan dolayı hakkında soruşturma veya kovuşturma açılması halinde, denetimli serbestlik tedbiri infaz usulünün uygulanmasına

⁷⁵² Bu iptal kararlarının ardından, maddenin yedinci fıkrası “*Hükümlü hakkında;*” ifadesinden ibaret hale gelmiştir.

⁷⁵³ (a) bendinin iptali hakkında karar için bkz. AYM 9.4.2014 tarih ve E. 2014/14, K. 2014/77 künyeli kararı.

⁷⁵⁴ (b) ve (c) bentlerinin iptaline ilişkin karar için bkz. AYM 26.12.2013 tarih ve E. 2013/133, K. 2013/169 künyeli kararı.

ilişkin kararın geri alınacağını öngören düzenlemeleri oyçokluğu ile iptal ettiği kararında şu ifadelere yer vermiştir: *“İtiraz konusu kurallar uyarınca hükümlüler hakkında; denetimli serbestlik kararının verilmesinden önce veya sonra, kurallarda cezalarının alt ve üst hadleri gösterilen suçları işledikleri iddiasıyla soruşturma veya kovuşturmaya başlanmış olması veya devam edilmesi hâlinde tekrar kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmeleri kanun koyucu tarafından bir tedbir olarak düzenlenmiş ise de, söz konusu kurallar bu kişilerin suçlu sayıldıkları gerekçesiyle bir yaptırım niteliğine dönüşmektedir. Bunun yanında kurallar, denetimli serbestlikten yararlanma hakkını ve denetimli serbestlik kurumundan hükümlü ve toplum lehine beklenen kamusal yararı ortadan kaldırmaktadır. Kanunun çıkarılma amacı ile çelişen bu hususlar ise hükümlülerin henüz işleyip işlemedikleri belirli olmayan bir suçtan dolayı suçlu olarak nitelendirilmelerine yol açıp Anayasa’nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen ‘suçsuzluk karinesi’ ile bağdaşmamaktadır.”* Buna karşın Yüksek Mahkeme’nin altı üyesi, düzenlemenin, sadece soruşturma evresi yönünden iptal edilmesi gerektiği; ancak hükümlünün, denetimli serbestlik infaz usulünün uygulanmasından önce veya sonra işlediği iddia edilen suçtan dolayı hakkında artık kovuşturma başlamış ise denetimli serbestlik kararının kaldırılmasında sakınca bulunmadığı gerekçesiyle çoğunluk görüşüne katılmamıştır. 7242 sayılı Kanun ise yedinci fıkrayı şu şekilde yeniden düzenlemiştir: *“Hükümlü hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlandıktan sonra işlediği iddia olunan ve cezasının alt sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suçtan dolayı kamu davası açılmış olması hâlinde, denetimli serbestlik müdürlüğünün talebi üzerine infaz hâkimi tarafından, hükümlünün açık ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar verilir.”* Görüldüğü üzere, 7242 sayılı Kanun ile CGTİHK m. 105/A/7’ya getirilen yeni düzenleme, bu fıkranın eski halindeki (c) bendinin, Anayasa Mahkemesi üyelerinin çoğunluğu tarafından Anayasaya aykırı bulunan, buna karşın Yüksek Mahkeme’nin altı üyesinin Anayasaya uygun bulduğu

kısımdır. Böylece 7242 sayılı Kanun'un kanun koyucusu, koşullu salıverilme öncesi denetimli serbestlik kurumuna ilişkin olarak daha önceden de var olan etkinlik modellerinden birini, bu kez Anayasa Mahkemesi nezdinde elini daha kuvvetli kılacak şekilde yeniden öngörmüştür.

Denetimli serbestlik infaz usulü için öngörülen ve yukarıda açıklanan etkinlik modellerine ek olarak 105/A maddesinin sekizinci fıkrasında, -esasinda seçenek kurumun kendisinin değil, etkinlik modelinin etkinliğini sağlamayı amaçlayan- eleştiriye açık bir düzenleme mevcuttur. Buna göre, tahliye sonrası denetimli serbestlik müdürlüğüne müracaat edilmesi gereken sürenin (beş gün) bitiminden itibaren iki gün geçmiş olmasına karşın müracaat etmeyenler ile denetimli serbestlik infaz usulünün öngördüğü rejime uymama nedeniyle (açık) ceza infaz kurumuna iade kararı verilmesine rağmen iki gün içinde en yakın Cumhuriyet başsavcılığına teslim olmayan hükümlülerin, ayrıca TCK m. 292'de düzenlenen suçu işlemiş sayılacakları öngörülmüştür. m. 105/A çerçevesinde tahliye edilmesinin ardından hükümlünün, denetimli serbestlik müdürlüğüne beş gün içinde başvurmaması ve denetimli serbestlik infaz usulünün öngördüğü rejime uymaması halleri karşısında, zaten cezanın kalan kısmını çekilmesi için açık ceza infaz kurumuna gönderilme şeklindeki etkinlik modeli öngörülmüştü. Maddenin, burada incelenen sekizinci fıkrasında ise ayrıca yetkili mercie müracaatta iki günden fazla gecikme olması halinde tutuklu veya hükümlünün kaçması suçunu öngören maddenin uygulanacağı belirtilmektedir. Suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırı olan bu düzenleme, çalışmanın ikinci bölümünün sonunda örnek olarak sunulmuş⁷⁵⁵ ve konu hakkında detaylı açıklama yapılmış olduğundan bu bölümde tekrar incelenmeyecektir.

Son olarak belirtelim ki, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı tarafından yayımlanan 2020 yılı Ekim ayı

⁷⁵⁵ Bkz. 2. Bölüm, III – D – 3 (Tedbire Uymamanın Suç Teşkil Etmesi) başlığı altındaki açıklamalar, özellikle 598 numaralı dipnot).

istatistiklerine göre, halihazırda ülkemizde, denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezası infaz edilen yetişkin mahkum sayısı, 131.717'dir⁷⁵⁶. Bu veriyle açıkça ortaya çıkan, hapis cezasının infazına seçenek kurumlar arasında ülkemizde kendisine en çok başvurulmuş yolun, koşullu salıverilme öncesi denetimli serbestlik olduğudur. Ancak ceza infaz kurumlarındaki aşırı doluluğu giderme amacını hayata geçirmede araç olarak kullanıldığı için⁷⁵⁷ böylesine yaygın biçimde uygulanan bu kurumun, salt nüfusu düşürme şeklindeki pragmatik amaç çerçevesinden bakıldığında dahi, kalıcı ve elverişli bir çözüm olmadığı açıktır⁷⁵⁸.

⁷⁵⁶ https://cte-ds.adalet.gov.tr/istatistik/2020/ekim_2020.pdf (Erişim tarihi: 23.11.2020).

⁷⁵⁷ Yavuz, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun öngörülmesi ve ardından bunun kapsamının genişletilmesinin dahi ceza infaz kurumlarındaki aşırı doluluk derdine deva olmadığına görülmesinin ardından 2012 yılına gelindiğinde ceza infaz kurumlarındaki mevcudun (136.020 kişi ile) Cumhuriyet tarihinin en yüksek sayısına ulaşmasıyla, aynı yıl 105/A numaralı maddenin İnfaz Kanunu'na eklenmesi arasında, haklı olarak bağlantı kurmaktadır. Bkz. YAVUZ: s. 253-255.

⁷⁵⁸ Devletin resmi makamları tarafından ceza infaz kurumlarında bulunan tutuklu ve hükümlülerin sayısına ilişkin olarak açıklanan en güncel veri (TÜİK tarafından açıklanan adalet istatistikleri) 2018 yılına aittir. Buna göre, 31.12.2018 tarihi itibarıyla ceza infaz kurumlarında toplam 264 bin 842 tutuklu ve hükümlü bulunmaktaydı. Bkz. <http://tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=30597> (Erişim tarihi: 28.4.2020). Bundan daha sonraki döneme ait resmi bir açıklama bulunmamaktadır. Resmi bir veri olmamakla birlikte, Adalet Bakanı Abdülhamit GÜL ile yapılan röportaj üzerine Şubat 2020 itibarıyla mevcut tutuklu sayısının 45 bin 742, hükümlü sayısının ise 253 bin 888 olduğu bilgisini içeren bir köşe yazısı yayımlanmıştır. Bkz. <https://www.haberturk.com/yazarlar/nagehan-alcı/2593223-adalet-bakani-gul-ile-5-saat> (Erişim tarihi: 28.4.2020). Bilimsel bir çalışma için ihtiyaç duyulan güncel bilginin, resmi istatistikler yerine gazeteden temin edilmesi üzücüdür. Ama burada asıl dikkati çeken, 7242 sayılı Kanun öncesinde, ülkemizde tutuklu ve hükümlülerin toplam sayısının üç yüz bine ulaşmış olduğudur. 31 Mayıs ve 1 Haziran 2020 tarihlerinde çevrimiçi olarak gerçekleştirilen 15. Türk Ceza Hukuku Günleri'nde söz alarak ceza infaz sistemine ilişkin gerçek rakamları katılımcılarla paylaşan Yargıtay 3. Ceza Dairesi Başkanı Osman ATALAY, 7242 sayılı Kanun'un hemen öncesinde, Türkiye'deki ceza infaz kurumlarında toplam 301.935 kişinin tutuklu veya hükümlü olarak bulunduğunu belirtmiştir. 7242 sayılı Kanun'un sunduğu imkanlardan yararlanarak toplam 109.011 kişi tahliye edilmiştir. 28 Mayıs 2020 tarihi itibarıyla, ceza infaz kurumlarında bulunan tutuklu ve hükümlülerin toplam sayısı 183.953'tür. Ceza infaz kurumlarının toplam kapasitesi ise 234.755'tir. Bu verilerin paylaşıldığı oturumun videosu için bkz. <https://www.youtube.com/watch?v=bcgrs-4yIbk> (Tutuklu hükümlü sayılarına ilişkin verilerin paylaşıldığı konuşma 1 saat 43. dakikada başlamaktadır. Erişim tarihi: 7.6.2020).

Kanaatimizce, denetimli serbestlik kavramını koşullu salıverilmenin bir türüne indirgeyen ve özel af gibi uygulandığı için hapis cezasının infazına gerçek bir alternatif olma şansını yitiren denetimli serbestlik ceza infaz usulü, hukukumuzdan tamamen çıkarılmalıdır.

VII. KOŞULLU SALIVERİLME (CGTİHK m. 107)

A. Hukuki Nitelik

Kamu otoritesinin penceresinden bakıldığında “koşullu (şartla, şartlı) salıverme” olarak, mahkum üzerinde yoğunlaşan bakış açısıyla ise “koşullu salıverilme” şeklinde adlandırılan bu kurum⁷⁵⁹, hapis cezasının infazına kısmi bir alternatif niteliğinde olup; bu cezanın infazında, kronolojik açıdan sonda yer almaktadır.

Koşullu salıverilme kurumu, suçlu da olsa bireyi kaybetmek istemeyen toplum ile yaptığı hatadan dönmeyi ve arınmayı düşünen birey arasında akdedilen bir sözleşmeye benzetilmiş⁷⁶⁰ ya da ceza infaz kurumunun anahtarının hükümlüye verilmesi olarak tasvir edilmiştir⁷⁶¹. İyi halli olduğu tespit edilen hükümlülerin, hapis cezalarının bir kısmını ceza infaz kurumunda çektikten sonra, kanunen öngörülen rejime uyulmadığı takdirde geri alınma koşuluyla, cezanın kalan kısmını toplum içinde geçirmelerini sağlayan bir erken tahliye imkanı olarak koşullu salıverilme, tüm ceza adalet sistemlerinde yerleşik olan bir kurumdur.

Koşullu salıverilmenin hukuki niteliğine ilişkin çeşitli görüşler mevcuttur. Bunlardan ilki kurumun bir güvenlik tedbiri niteliğinde olduğu belirten ve artık kabul

⁷⁵⁹ Ön planda olanın, bu kurumdan yararlanan hükümlü olması gerektiği, nitekim koşullu salıverilmede, suçun niteliği ve kusurun değil, failin önem taşıdığı yönünde bkz. AKKAŞ, Ahmet Hulusi: “Koşullu Salıverilme”, GÜHFD, C. XII, Y. 2008, S. 1-2, s. 306 ve 307; AVCI: Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenekler, s. 241. Nitekim TCK ve CGTİHK’da da “koşullu salıverilme” terimi tercih edilmiştir.

⁷⁶⁰ ŞEN – BAŞER: s. 18.

⁷⁶¹ ÖNDER: s. 633.

görmeyen görüştür. Bu görüşün dayanağı, ceza infaz kurumu dışında infaz edilmekte olan ve bu yüzden acı vericilikten çıkan bir hapis cezasının düşünölemeyeceğı⁷⁶² şeklindeki iddiadır. Bu görüş, günümüzde kabul edilebilir değildir. Diğer bir görüş ise, koşullu salıverilmenin bir ceza infaz biçimi olduğı yönündedir. Cezanın amacının, yaptığı kötölüğü suçluya ödetmek fikrinden sıyrılıp onu topluma yeniden kazandırmaya dönüştüğü çağımızda, koşullu salıverilme kurumu da, infazı sırasında cezanın bireyselleştirilmesinin bir enstrümanı ve şarta bağılı bir ceza infaz şeklidir⁷⁶³. Koşullu salıverilmenin hukuki niteliğinin infaz yöntemi olarak kabul edilmesi, devlet ile fail arasındaki cezalandırma ilişkisini sonlandırmamasından kaynaklanmakta ve bu nitelemenin sonucu olarak, hükümlü talep etmese yahut istemese bile uygulanmaktadır⁷⁶⁴.

Koşullu salıverilme, -hapis cezasından kaçış eğiliminin iki temel ayağından biri olan- cezanın topluma yeniden kazandırma işlevine dayanan teorilerin etkisiyle⁷⁶⁵, ceza adaleti sahnesinde uzun zamandan beri önemli bir role sahiptir. Koşullu salıverilme

⁷⁶² ÖNDER: s. 634. *Önder*, bu görüşü yalnızca aktarmakta ve esasında diğer görüşe katılmaktadır.

⁷⁶³ ÖNDER: s. 634, DEMİRBAŞ: *İnfaz Hukuku*, s. 518. Her iki yazar da, buradaki şartın niteliğinin, geciktirici (taliki) olduğunu belirtmiştir. Buna göre, infaz sırasında iyi hal gösteren hükümlü şarta bağılı olarak salıverilmekte ve bu şartlara uyduğı takdirde (yani geciktirici şart gerçekleştiğı takdirde) devlet ile arasındaki ceza infaz ilişkisi sonlanmaktadır. Kanaatimizce, burada geciktirici değil, bozucu bir şart söz konusudur. Zira koşullu salıverilme rejimine uymadığı takdirde hükümlü hakkındaki koşullu salıverilme kararı kaldırılmakta, yani içinde bulunduğı durum bozulmaktadır. Belirtelim ki, bu kararın kaldırılmasının sonuçları, 7242 sayılı Kanun ile ciddi ölçüde değişmiştir ve bunun detaylarına aşağıda değinilecektir. Ancak burada koşullu salıverilme kurumunda söz konusu olan şartın niteliğinin bozucu mu yoksa geciktirici mi olduğunu belirleyen, bu kararın kaldırılmasının sonuçları değildir. Koşullu salıverilmenin, devlet ve hükümlü arasındaki bir sözleşme olduğı benzetmesi düşünöldüğünde ve koşullu salıverilmenin öngördüğü rejimin gereklerine uymayan hükümlü hakkında bu “sözleşme” ortadan kalktığına göre, salıverilmedeki koşulun, bozucu şart olduğı kabul edilmelidir.

⁷⁶⁴ AKKAŞ: s. 310.

⁷⁶⁵ Kurumun doğuşunda, var oluş sebebi olan ideolojik esasın dışında, yeni keşfedilen kıtalara iş gücü sağlamak ya da cezaevi nüfusunu hızla düşürmek gibi başka sebep ve düşöncelerin de etkisi olmuştur. Bkz. DÖNMEZER – ERMAN: C. III, s. 81 ve 82. Öte yandan koşullu salıverilmenin, uzak kıtalara gönderilmek suretiyle ağır suçlulardan kurtulmanın ucuz ve kalıcı bir yolu olarak da göröldüğü aktarılmıştır. AKKAŞ: s. 308.

kurumu sayesinde, bir buçuk yüzyıla yakın süredir⁷⁶⁶, cezaların kesinliği prensibinde bir yumuşama yahut anlamında değişim yaşanmış; hapis cezasının hükmedilme anında belirlenen süresi ile gerçekte infaz edilen süresinin aynı olmayabileceği fikri ve buna ek olarak hapis cezasının sadece ceza infaz kurumlarında infaz edilmemesi gerektiği anlayışı benimsenmiştir.

Koşullu salıverilme, hapis cezasından kaçış eğiliminin ideolojik olmayan ikinci temelini, yani cezaevlerindeki yoğunluğu hızlıca azaltma amacının da kullanışlı bir araçtır. Nitekim koşullu salıverilme kurumu, ülkemizde de, sıklıkla değişen kanuni düzenlemelerin ve ceza infaz kurumlarını hızla boşaltma niyetiyle devreye sokulan kalıcı olmayan çözüm denemelerinin konusu olmuştur⁷⁶⁷. Bu değerlendirmeyi doğrulayan en güncel ve çarpıcı örnek de, 7242 sayılı Kanun'dur. Koşullu salıverilmenin, örtülü af düzenlemeleri için kullanılması ülkemizde yeni değildir ve 7242 sayılı Kanun ile aynı yanlış yol izlenmeye devam edilmiştir. Ancak daha önce de belirtildiği gibi, özünde af olan geçici düzenlemeler bu çalışmanın kapsamı dışındadır.

7242 sayılı Kanun ile koşullu salıverilme kurumuna ilişkin olarak önemli miktarda kalıcı değişiklik de yapılmıştır. Bu değişiklikler sonrasında CGTİHK'nun 107. ve 108. maddelerinde öngörülen koşullu salıverilme sürelerinin hesaplanması, karmaşık bir matematik problemine benzer hale gelmiştir. Çok sayıda suç tipine dayalı istisna barındıran ve mahkum olunan cezanın yarısı, üçte ikisi ve dörtte üçü olmak üzere üç farklı oran öngören bu düzenlemeler, ceza infazının suça değil, suçlu esas alınarak şekillenmesi

⁷⁶⁶ Koşullu salıverilme kurumunun, 19. yüzyılın ikinci yarısında başlayan ortaya çıkış öyküsü ve tarihi gelişimi için bkz. YENİDÜNYA: s. 51-64; DÖNMEZER – ERMAN: C. III, s. 86-88.

⁷⁶⁷ Ülkemizde koşullu salıverilme kurumunun, geçmişte ve günümüzde, sağlıklı şekilde uygulanamadığı yönündeki eleştiriler için bkz. ŞEN – BAŞER: s. 17-22.

ve eşitlik ilkesi üzerine kurulması prensipleriyle bağdaşmadığı gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmektedir⁷⁶⁸.

B. Hapis Cezasının İnfazına Seçenek Olma Bakımından Değerlendirilmesi ve

Tasnifi

Koşullu salıverilme, mahkuma “iyi hal” şartına bağlı bir şans tanınması ve geçen sürenin infaza sayılması özellikleri nedeniyle, şekli tasnif bakımından erteleme tedbirleri içerisinde yer almaktadır. Bu çerçevede, hapis cezasına veya infazına seçenek olan her erteleme tedbirinde olduğu gibi, koşullu salıverilmede de, objektif koşullar yanında sübjektif ön şartlar aranmaktadır. Hükümlünün kişisel özelliklerinin, ceza infaz kurumunda geçirdiği süreçteki bireysel deneyiminin ve salıverilmeden önce içinde bulunduğu somut durumun önem taşıması, koşullu salıverilme kurumunun, cezanın (infazının) bireyselleştirilmesinin enstrümanı olmasından kaynaklanmaktadır. Buna ek olarak, her erteleme tedbirinde olduğu gibi koşullu salıverilmede de, özgürlük içinde geçirilecek bir deneme süresi öngörülmekte ve bu sürenin başarıyla atlatılması, özgürlükten yoksun geçecek süreye sayılmaktadır.

Bu çalışmada daha önce incelenen erteleme içerikli seçenek kurumlardan ayrılan yönleri ise, koşullu salıverilmenin infaz sürecinin sonunda uygulanması ve hapis cezasının infazına kısmi bir seçenek⁷⁶⁹ olmasıdır.

⁷⁶⁸ Bkz. AKALIN, Kazım Yiğit – KAYA, Müşerref Gözde – SAYAN, Naci Mustafa: “7242 Sayılı Kanun ile 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’undaki Açık Ceza İnfaz Kurumları, Denetimli Serbestlik Tedbiri ve Koşullu Salıverilme Düzenlemeleri Üzerinde Yapılan Değişiklikler”, 7242 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklere İlişkin Değerlendirmeler (Türk Ceza Hukuku Derneği tarafından hazırlanan ve 25 Haziran 2020 tarihinde çevrimiçi olarak yayımlanan rapor, çevrimiçi erişim için bkz. <https://www.tchd.org.tr/wp-content/uploads/2020/06/infaz.pdf>, Erişim tarihi: 5.7.2020), s. 106-112; ÖZBEK: “Değerlendirmelerimiz”, s. 302; SÖZÜER – ÖZGENÇ – KOCA: s. 7-9.

⁷⁶⁹ Bunun, hapis cezasının “cezaevinde infaz edilmeyen bölümüne bir seçenek” olduğu şeklinde ifade edilişi için bkz. YENİDÜNYA, Ahmet Caner: Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Şartla Salıverme, İstanbul 2002, s. 95.

Koşullu salıverilme için aranan şartlar, kısaca, ceza infaz kurumunda geçirilecek süreye ilişkin olan objektif şart ve “iyi hal” olarak adlandırılan subjektif şarttır. İyi hal, diğer yandan hükümlünün serbest bırakılmasının ardından da -belirli bir süre için- aranmaya devam eden bir koşuldur⁷⁷⁰. “Önceki iyi hal”, (ceza infaz kurumu bünyesindeki) disiplin kurulunun görüşü alınarak, idare ve gözlem kurulu tarafından, en geç altı ayda bir yapılan bir değerlendirme olup; hükümlünün, ceza infaz kurumlarında bulunduğu tüm aşamalarda, “ceza infaz kurumlarının düzen ve güvenliği amacıyla konulmuş kurallara uyup uymadığı, haklarını iyi niyetle kullanıp kullanmadığı, yükümlülüklerini eksiksiz yerine getirip getirmediği, uygulanan iyileştirme programlarına göre toplumla bütünleşmeye hazır olup olmadığı, tekrar suç işleme ve mağdura veya başkalarına zarar verme riskinin düşük olup olmadığı hususlarında” yapılan değerlendirmedir⁷⁷¹ (CGTİHK m. 89/1). Çoğu durumda mahkum, daha önce denetimli serbestlik infaz usulü ile salıverilmiş olduğu için, “önceki iyi hal” değerlendirmesinin güncel bir analize dayanmaması tehlikesi bu noktada belirlemektedir. “Sonraki iyi hal” ise, koşullu salıverilen hükümlünün, belirlenen deneme (Kanun’un ifadesiyle “denetim”) süresini kasıtlı bir suç işlemeksizin geçirmesi ve kendisi hakkında belirlenen yükümlülöklere uymasıdır (CGTİHK m. 107/12 ve 15). Demek ki, biri koşullu salıverilmenin uygulama koşulu olan, diğeri de bozucu şartı olan iki tür iyi hal söz konusudur. Bu çalışmada aksi belirtilmediğı sürece “iyi hal” ifadesiyle asıl kast edilen, koşullu salıverilmenin uygulanma şartı olan, önceki iyi halliliktir.

⁷⁷⁰ İÇEL (vd.): Yaptırım Teorisi, s. 416.

⁷⁷¹ Bu değerlendirmede, infazın tüm aşamalarında hükümlülerin katıldığı iyileştirme ve eğitim-öğretim programları ile spor ve sosyal faaliyetler, kültür ve sanat programları, aldığı sertifikalar, kitap okuma alışkanlığı, diğeri hükümlü ve tutuklular ile ceza infaz kurumu görevlileri ve dışarıyla olan ilişkileri, işlediğı suçtan dolayı duyduğu pişmanlığı, ceza infaz kurumu kuralları ile kurum bünyesindeki çalışma kurallarına uyumu ve aldığı disiplin cezaları dikkate alınır (CGTİHK m. 89/2).

Koşullu salıverilme kararını verme yetkisi, 7242 sayılı Kanun ile yapılan yerinde bir değişiklik ile, infaz hakimliğine verilmiştir⁷⁷² (CGTİHK m. 107/11). Yargısal bir merciin kararına dayanmakla birlikte, koşullu salıverilme, cezaların bireyselleştirilmesi ilkesinin görünümülerinden olan idari bireyselleştirmenin bir örneğidir. Zira infaz hakimince verilen bu karar, temelinde idari bir merci tarafından hazırlanan rapora dayanmaktadır. Hükümlünün koşullu salıverilmesi hakkında ceza infaz kurumu idaresi tarafından hazırlanan gerekçeli rapor, infaz işlemlerinin yapıldığı yer infaz hâkimliğine verildikten sonra infaz hâkimi, bu raporu uygun bulursa hükümlünün koşullu salıverilmesine dosya üzerinden karar verir (CGTİHK m. 107/11).

Koşullu salıverilme, seçenek kurumlar için bu çalışmada benimsenen tasnifte, şekli tasnife göre erteleme tedbirleri içinde yer almakta; maddi tasnif bakımından konumu ise, -takdirenen- birtakım yükümlülüklerle doldurulabilen içeriğine bağlı olarak değişmektedir.

Öncelikle Kanun'un "denetim süresi" adını verdiği süre üzerinde durulacak olursa, bu süre hükümlünün koşullu salıverilebilmek için infaz kurumunda geçirmesi gereken süre⁷⁷³ kadardır. Bu sürenin, süreli cezalarda hakkederek tahliye tarihini geçemeyeceği belirtilmiştir (m. 107/6). Yani hükümlü, koşullu salıverildiği sürenin tamamında denetim altına alınmamakta; koşullu salıverilmesinden önce ceza infaz kurumunda geçirmiş olduğu süreye eşit bir süreyle deneme (Kanun'un ifadesiyle "denetim") süresine tabi tutulmaktadır. Koşullu salıverilme öncesi denetimli serbestlik (CGTİHK m. 105/A) kurumuna ilişkin rejimden farklı olarak, burada hükümlü hakkında denetim tedbiri

⁷⁷² Bu değişikliğin öncesinde, koşullu salıverilme kararını vermekle yetkilendirilmiş olan merci, öncelikle hükmü veren mahkeme idi. Aynı düzenlemenin devamında, hükümlü başka bir yerde bulunuyorsa o yerde bulunan aynı derecedeki mahkeme, hüküm veya hükümlerden biri bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay tarafından verilmiş ise CGTİHK m. 101/2'ye göre belirlenen ilk derece mahkemesi, hükümlü başka bir yerde bulunuyorsa o yerde bulunan aynı derecedeki mahkeme, koşullu salıverilme hakkında karar vermek için yetkili kılınmıştı.

⁷⁷³ 7242 sayılı Kanun öncesinde denetim süresi, koşullu salıverilen hükümlünün, infaz kurumunda geçirmesi gereken sürenin yarısı kadardı. Yeni düzenleme ile denetim süresi uzatılmıştır.

uygulanması zorunlu değil, takdiridir. Zira infaz hâkimi, koşullu salıverilen hükümlünün kişiliğini ve topluma uyumdaki başarısını göz önünde bulundurarak; denetim süresinin, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmadan veya herhangi bir yükümlülük belirlemeden geçirilmesine karar verebileceği gibi, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasını öngörebilir veya belirlenen yükümlülükleri denetim süresi içinde kaldırabilir (CGTİHK m. 107/10). Hükümlü hakkında denetim uygulanmasa dahi, yeni bir suç işlememe şartı, hükümlünün hakederek tahliyesi tarihine geçerli olan zorunlu bir koşuldur (m. 107/12). Bu durumda koşullu salıverilmenin asıl ve çoğunlukla tek koşulunun, yeni bir suç işlememe olduğu belirtilebilir. Zira uygulamada da, koşullu salıverilme sonrası denetim tedbirlerine karar verilmesi oldukça nadirdir⁷⁷⁴. Dolayısıyla koşullu salıverilme aslında “denetimsiz serbestlik” şeklinde uygulanmaktadır. Bir yandan denetimli serbestlik kurumunun koşullu salıverilmenin ilk aşaması olarak uygulandığı ülkemizde, koşullu salıverilmenin de içinin boşaltılıp denetimsiz bir rejim hale gelmesi, bu iki kurumun yeterince özümsemeden, günlük politikalara kurban edildiği gerçeğini gözler önüne sermektedir.

Demek ki, koşullu salıverilmede kural olarak, denetim süresi içinde hükümlü üzerinde herhangi bir pozitif yükümlülük yahut gözetim-kontrol tedbiri uygulanmamakta, sadece kasıtlı yeni bir suç işlememe şartı geçerli olmaktadır (kuru erteleme, *sospensione secca*). Ancak koşullu salıverilme kararını veren infaz hakimi, hükümlüyü, bu süre içinde “denetim altına almaya”⁷⁷⁵ da karar verebilir. Denetim altına alınan hükümlü hakkında

⁷⁷⁴ 2020 Ekim ayında koşullu salıverilme sonrası denetimli serbestlik çerçevesinde takip edilen yetişkin sayısı 26’dır. Oysa koşullu salıverilme öncesi denetimli serbestlik (m. 105/A) çerçevesinde takip edilenlerin sayısı aynı ayda 131.717’dir. https://cte-ds.adalet.gov.tr/istatistik/2020/ekim_2020.pdf (Erişim tarihi: 23.11.2020). Bu uçurumun sebebi 105/A için denetimli serbestlik zorunlu iken, koşullu salıverilme sonrası denetimin takdiri olmasıdır.

⁷⁷⁵ Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği m. 92/1’e göre, “*Koşullu salıvermede denetim altına alma; mahkeme tarafından koşullu salıverilmesine karar verilen hükümlü hakkında salıverme sonrası denetim süresi içerisinde tedbir veya yükümlülük uygulanmasına karar verilmesidir.*”

uygulanabilecek tedbirler ise, CGTİHK m. 107'nin yedinci, sekizinci, dokuzuncu fıkralarında⁷⁷⁶ düzenlenmiştir. Buna göre, denetim süresi içinde uygulanabilecek ilk tedbir, hükümlünün, infaz kurumunda öğrendiği meslek veya sanatı icra etmek üzere, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında, ücret karşılığında çalıştırılmasıdır (CGTİHK m. 107/7). Burada, kanun koyucu tarafından, -kişi özgürlüğünü sınırlandıran tedbirler içerisinde- iş edindirme amaçlı bir kuruma yerleştirme tedbirinin tercih edilerek, ücret karşılığı çalıştırmaya dayalı bu seçeneği, koşullu salıverilme kararını veren infaz hakimine sunduğu görülmektedir. Öte yandan hakim, CGTİHK m. 107/9'a göre, denetim süresi içinde *“hükümlüye rehberlik edecek bir uzman kişiyi görevlendirebilir”*⁷⁷⁷. Böylece, bir tür erteleme tedbiri olan koşullu salıverilme, yine hakimine bağlı olarak, kuru ertelemeden çıkıp, uzman vasıtasıyla desteklenen erteleme (*sospensione assistita*) şekline dönebilmektedir. Maddenin dokuzuncu fıkrasına 7242 sayılı Kanun ile eklenen cümleler sayesinde koşullu salıverilmedeki denetim süresinin içeriği zenginleştirilmeye çalışılmıştır. Buna göre, infaz hâkimi ayrıca, iki yılı geçmemek üzere denetim süresi içinde hükümlünün denetimli serbestlik müdürlüğünce belirlenecek yükümlülüklerle tabi tutulmasına karar verebilir. Bu karar gereğince denetimli serbestlik müdürlüğü, risk ve ihtiyaçlarını dikkate alarak hükümlüyü;

a) Belirli bir bölgede denetim ve gözetim altında bulundurma,

⁷⁷⁶ Bu konuda ayrıca Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu m. 15/1-a'da ve ayrıca Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği'nin 92. ila 95. maddeleri arasında düzenlemeler mevcuttur.

⁷⁷⁷ Aynı fıkranın devamı da şu şekildedir: *“Bu kişi, kötü alışkanlıklar edinebileceği çevrelerden uzak kalması ve sorumluluk bilinciyle iyi bir hayat sürmesini temin hususunda hükümlüye öğütte bulunur; eğitim gördüğü kurum yetkilileri veya yanında çalıştığı kişilerle görüşerek, istişarelerde bulunur; hükümlünün davranışları, sosyal uyumu ve sorumluluk bilincindeki gelişme hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hâkime verir.”* Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği'nde ise *“Rehberlik Çalışmalarına Katılma Yükümlülüğü”* olarak adlandırılan bu tedbirin içeriği, 95. maddede, *“koşullu salıverilme sonrası, iyileştirme ve topluma kazandırma amacıyla, denetimli serbestlik uzmanının yürüttüğü çalışma ve programlara katılma konusunda hükümlünün yükümlü kılınması”* şeklinde açıklanmıştır.

b) Belirlenen yer veya bölgelere gitmeme,

c) Belirlenen programlara katılma, yükümlülüklerinden bir veya birden fazlasına tabi tutar. Denetimli serbestlik müdürlüğü hükümlünün risk ve ihtiyaçlarını dikkate alarak yükümlülükleri değiştirebilir.

Bu düzenleme ile koşullu salıverilme öncesi (zorunlu) denetimli serbestlik (m. 105/A) ile koşullu salıverilme sonrası (takdiri) denetimli serbestlik süreçlerinin içerikleri birbirine benzetilmiştir. Denetim süresince denetimli serbestlik müdürlüğünce hükümlü hakkında karar verilecek olan içerik, her iki düzenleme de çoğunlukla aynıdır. Sadece 105/A maddesindeki koşullu salıverilme öncesi denetimli serbestlikte öngörülen tedbirlerden biri olan “kamuya yararlı bir işte ücretsiz olarak çalıştırma” tedbiri, koşullu salıverilme sonrası takdiri denetimli serbestlikteki seçenekler arasında yer almamaktadır. Böylece, 105/A çerçevesinde tahliye edilen hükümlünün, kamuya yararlı bir işte ücretsiz olarak çalıştırılması mümkünken, koşullu salıverilen hükümlü hakkında bu tedbirin uygulanması mümkün değildir. Bunun dışındaki üç tedbir içinden “belirlenen bir bölgede denetim ve gözetim altında bulundurulma” ve “belirlenen yer veya bölgelere gitmeme”, kişi özgürlüğünü sınırlandıran tedbirler içinden, *özgürlük içinde kontrol* kategorisinde yer almaktadır. “Belirlenen programlara katılma” ise *özgürlük içinde pozitif edimlerin yüklendiği gözetim* olarak sınıflandırılabilir.

Maddenin sekizinci fıkrasında ise, onsekiz yaşından küçük olan hükümlülerin, denetim süresinde, gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir kurumda, eğitimlerine devam edecekleri düzenlenmiştir. Özgürlük içinde pozitif edimlerin yüklendiği gözetim ya da -barınma imkanı da söz konusu olduğunda- bir gruba veya kuruma yerleştirme olarak sınıflandırılabilir olan bu tedbir, hakimın takdirine bırakılmaksızın, zorunlu olarak öngörülmüştür. Buna karşın ülkemizde, ulaşılabilen son verilere göre, koşullu

salıverildikten sonra hakkında eğitime devam etme yükümlülüğüne karar verilmiş çocuk hükümlü bulunmamaktadır⁷⁷⁸.

Hapis cezasına kısmi bir seçenek olan koşullu salıverilmenin etkinlik modeli ise, içeriğinin, pozitif yükümlülük veya gözetim tedbiri ile dolu olup olmasına göre değişmektedir. Ama yükümlülük ihlalinden önce, koşullu salıverilmenin gerek kuru erteleme şeklindeki temel hali, gerekse hükümlünün denetim altına alınması hali için söz konusu olan bir ihlal türü daha vardır. Koşullu salıverilmeye ilişkin her durumda geçerli olan ve öncelikle incelenecek olan bu ihlal, deneme (denetim) süresi içinde yeni bir kasıtlı suçun işlenmesidir.

Koşullu salıverilen hükümlü, CGTİHK'nun 107. maddesinin 12. fıkrasına göre, *“hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlerse”*; aynı maddenin 15. fıkrasına göre ise, *“işlediği kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkum edilirse”*, hakkındaki koşullu salıverilme kararının geri alınması gerekecektir. Bir suçun işlenmesine sonuç bağlandığı hallerde, bu sonucun doğabilmesi için ortada kesinleşmiş mahkumiyet kararının bulunması elbette gereklidir. Ancak aynı maddenin iki fıkrası arasındaki ifade farklılığı, kanun metnindeki özensiz dil kullanımının eleştiriye açıklığı bir yana, uygulamada da tereddüt yaratmaya elverişlidir. Nitekim, hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suçun işlenmesi üzerine verilen mahkumiyet kararının hapis cezası değil de, örneğin adli para cezası olması halinde, koşullu salıverilme kararının geri alınıp alınmayacağı tereddüdü ortaya çıkmaktadır. 12. fıkradaki ifade, kanunda soyut olarak hapis cezasını öngören yeni bir suçun kasıtlı işlenmesi halinde, (ikinci suça ilişkin) somut ceza ne olursa olsun, hatta mahkeme tarafından suçun işlendiği kabul edilmesine rağmen cezaya hükmedilmeyen hallerde dahi koşullu salıverilmenin geri alınacağını düşündürmektedir. Oysa 15.

⁷⁷⁸ Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı tarafından yayımlanan Ekim 2020 istatistiklerine göre, CGTİHK m. 107/8 uyarınca eğitime devam etmesine karar verilen çocuk hükümlü sayısı sıfırdır. Bkz. [https://cte-ds.adalet.gov.tr/istatistik/2020/ekim_2020.pdf](https://cte.ds.adalet.gov.tr/istatistik/2020/ekim_2020.pdf) (Erişim tarihi: 23.11.2020).

fıkradaki düzenleme, bu sonucun, (ikinci suçtan dolayı) ancak hapis cezasına mahkumiyet halinde gerçekleşebileceğini belirttiğinden, hükümlünün daha lehine bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Hükümlünün daha lehine olması nedeniyle, deneme süresi içerisinde yeni bir suçun işlenmesi bakımından 15. fıkranın esas alınması, yani koşullu salıverilme kararını kaldırarak ihlalin gerçekleşmiş sayılabilmesi için ikinci suçtan dolayı verilecek mahkumiyetin hapis cezasına ilişkin olması şarttır⁷⁷⁹. Böylece örneğin, deneme süresinde işlediği suç nedeniyle mahkum olduğu hapis cezası, adli para cezasına veya TCK m. 50 uyarınca bir başka seçenek cezaya çevrilen hükümlü hakkında, önceden verilmiş olan koşullu salıverilme kararı kaldırılamayacaktır. Öte yandan bu mahkumiyetin, koşullu salıverilmenin deneme süresi içinde kesinleşip kesinleşmemesi meselesi de tartışılmıştır. Bir görüşe göre, hüküm kesinleşmeden bir suçun işlendiği sabit olmayacağından, koşullu salıverilme süresi içinde işlenen bir suçtan dolayı bu kararın kaldırılabilmesi için, işlenen suçtan dolayı mahkumiyetin de bu süre içinde kesinleşmiş olması gerekmektedir⁷⁸⁰. Suçun koşullu salıverilme döneminde işlenmesini yeterli gören diğer görüş⁷⁸¹ ise, 1970 yılında verilen bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına da yansımıştır⁷⁸².

Deneme süresi içerisinde yeni bir suçun işlenmesi nedeniyle koşullu salıverilme kararının kaldırılmasının sonucu ise, sonraki suçun işlendiği tarihten itibaren başlamak ve hak ederek tahliye tarihini geçmemek koşuluyla, sonradan işlenen suç için verilen hapis cezasının iki katı sürenin ceza infaz kurumunda çekilmesidir (CGTİHK m. 107/13-

⁷⁷⁹ Bu gerekçeye dayanmamakla birlikte Yargıtay da aynı yönde kararlar vermiştir. Örnek olarak, Yargıtay 1. CD. 18.4.2011 tarih ve E. 2011/253, K. 2011/2334 künyeli kararı ile aynı Daire'nin 28.2.2013 tarih ve E. 2012/6224, K. 2013/1575 künyeli kararı; 6. CD. 25.5.2015 tarih ve E. 2015/524, K. 2015/40779 künyeli kararı için bkz. ŞEN – BAŞER: s. 127 ve 128. Bu kararlardan ilk ikisinin tam metinleri için ayrıca bkz. www.kazanci.com (Erişim tarihi: 22.4.2019).

⁷⁸⁰ DÖNMEZER – ERMAN: C. III, s. 110; ÖZBEK: İnfaz Hukuku, s. 344 ve 345.

⁷⁸¹ ÖNDER: s. 639; DEMİRBAŞ: İnfaz Hukuku, s. 533; AKKAŞ: s. 327.

⁷⁸² Bkz. Yargıtay İBGK 8.6.1970 tarihli ve E. 1969/9, K. 1970/4 künyeli kararı, www.kazanci.com (Erişim tarihi: 5.5.2020).

a). 7242 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce, 13. fıkranın (a) bendinde, sonraki suçun işlendiği tarihten itibaren, hapis cezasının kalan kısmının infazına devam edileceği öngörülmüştü. Yani hapis cezasının infazına kısmi bir seçenek olan koşullu salıverilmenin, kasıtlı bir suç işlenmesi nedeniyle kaldırılması halinde, yerine geçtiği hapis cezasına dönüşme modelinin benimsenmiş olduğu önceki dönemde, infaz kurumunda çektirilmeye devam edilecek olan hapis cezası hesaplanırken, koşullu salıverilme dönemi içinde ikinci suç işlenene kadar geçen zaman infaz edilmiş sayılmaktaydı⁷⁸³. Demek ki eski dönemde, koşullu salıverilen hükümlünün, sonradan işlediği suç nedeniyle verilen cezanın miktarı ne olursa olsun, ilk cezasından dolayı infaz kurumunda kalmaya devam etmesi gereken süre aynıydı. 7242 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ise, koşullu salıverilme kararının kaldırılmasına neden olan yeni bir kasıtlı suçun işlenmesi halinde, bu suçun karşılığında verilen hapis cezasının miktarına bağlı olarak, ceza infaz kurumunda geçirilecek süreleri farklılaştırmıştır. Sonradan işlenen suçun iki katı süreyle ceza infaz kurumuna dönme modelinin benimsenmesi, işlenen “hafif” suçlar nedeniyle dahi önceki hapis cezasının tümünün çekilmek zorunda olması

⁷⁸³ Örneğin İtalyan Ceza Kanunu’nda, koşullu salıverilen hükümlünün yeni bir suç işlemesi halinde, koşullu salıverilme rejimi altında halihazırda geçirdiği sürenin, infaz kurumuna dönüp çekmeye devam etmesi gereken cezasından mahsup edilmeyeceği ve bu kişinin bir daha koşullu salıverilmeden yararlanamayacağı öngörülmüştür (art. 177/1). Ancak koşullu salıverilme kararı vermeye ve ihlal halinde bu kararı geri almaya yetkili olan gözetim mahkemesinin (*tribunale di sorveglianza*), kararı geri alırken hükmedeceği ceza miktarı üzerinde hiçbir takdir yetkisinin bulunmaması, İtalyan Anayasa Mahkemesi’ne göre, koşullu salıverilme kurumuna yönelik, gereğinden fazla acı verici bir tehdit olup; cezanın, topluma yeniden kazandırma amacıyla da bağdaşmamaktadır. Yüksek Mahkeme’nin 282/1989 numaralı kararına göre gözetim mahkemesinin, koşullu salıverilen hükümlünün, bu süreyi gözetim altında geçirmesi nedeniyle sınırlı bir özgürlüğe sahip olmasını ve bu dönemde sergilemiş olduğu tutumunu göz önünde bulundurarak, kalan ceza miktarını tayin etmesi gerekmektedir. Bkz. BERTACCINI: s. 164. Hukukumuzda da 1988 yılına kadar, koşullu salıverilmenin geri alınması üzerine çekilecek ceza miktarı, İtalya’daki gibiydi. 3502 sayılı Kanun (RG. 14.12.1988, S. 20018) ile 765 sayılı TCK m. 17’de yapılan değişik ile koşullu salıverilme sırasında işlenen ikinci suç tarihinden itibaren kalan cezanın mahsup edilmeyeceği öngörülmüştür. Böylece yeni suçun işlendiği tarihe kadar geçen koşullu salıverilme süresinin, cezanın infazından sayılarak, kalan cezadan mahsup edilmesi yöntemi 1988’den beri Türk ceza adaletinde varlığını sürdürmektedir.

şeklindeki ağır sonucu engellediği için olumlu olarak değerlendirilebilir. Zira yeni bir suç işlememe koşuluna bağlı olarak özgürlüğe yeniden kavuşan hükümlünün bu dönemde işleyeceği suçun ağırlığının, koşullu salıverilme kararının kaldırılmasının sonuçlarına da etki etmesi, daha adil görünebilir. Böylece, görece hafif suç işleyen hükümlü, hakkındaki koşullu salıverilme kararının kaldırılması üzerine, daha az bir süre için ceza infaz kurumuna dönecek; ağır bir cezayı gerektiren suçu işleyen ise daha uzun süreyle ceza infaz kurumunda kalacaktır. Ancak infaz kurumuna döndükten sonra geçirilecek sürenin, hiçbir surette, hak ederek tahliye tarihini geçemeyecek olması, kimi somut örneklerde, yine adaletsiz sonuçlara yol açmaktadır. Örneğin, hak ederek tahliyesine iki yıl kala koşullu salıverilen ve bu dönemde işlediği yeni suç nedeniyle bir yıllık hapis cezasına mahkum olan hükümlü, bu cezasına ek olarak, ayrıca eski mahkumiyeti çerçevesinde iki yılını daha ceza infaz kurumunda geçirecektir. Fakat aynı örnekteki hükümlü, işlediği yeni suç karşılığında beş yıllık hapis cezasına mahkum olsa dahi, yeni suç işlemesi nedeniyle kaldırılan koşullu salıverilme kararı üzerine, yine iki yıl için ceza infaz kurumuna dönecektir.

Esasında kanun koyucu, hafif ceza gerektiren suçun işlenmesi halinde daha hafif bir etkinlik modeli öngörerek, adil bir koşullu salıverilme rejimi yaratmayı amaçlamıştır. Bu mantığın gereği olarak, koşullu salıverilen hükümlünün işlediği ağır suçun karşılığında da daha ağır bir rejim öngörülmüş ve böylece toplum içinde yaşamaya dönen hükümlünün, ağır suçu işlemekten caydırılması da amaçlamıştır. Ancak, -7242 sayılı Kanun öncesinde de var olan- hak ederek tahliye tarihi sınırı nedeniyle, kimi somut durumlarda, ağır ceza gerektiren suçun işlenmesi üzerine, öngörüldüğü kadar ağır bir etkinlik modeli uygulanamamaktadır. Sonradan işlenen hafif suçun üzerine uygulanan ağır rejimden kurtulunmuşsa da; ağır suç karşılığında kimi zaman ağır rejim, kimi zaman da olması gerekenden daha hafif bir rejim var olmaya devam etmektedir. Özellikle hak ederek tahliye tarihine az zamanın kaldığı durumlarda, işlenen suçun cezası ne kadar ağır

olursa olsun, koşullu salıverilme kararı kaldırıldığı için infaz edilecek ceza miktarı, yine az olacaktır.

Bu nedenle, koşullu salıverilme döneminde işlenen yeni suçun karşılığında verilen ceza miktarının, koşullu salıverilme kurumunun etkinlik modeli için benimsenen tek ölçüt olmaması ve koşullu salıverilme kararının kaldırılması üzerine mekanik bir hesap yapılmasından kaçınılması gerektiği kanaatindeyiz. Burada, yeni bir suç nedeniyle hükmedilen cezanın kesinleşmesi üzerine koşullu salıverilme kararı kaldırılırken, infaz edilmeye devam edilecek olan hapis cezasının süresi, kalan ceza miktarına aynen dönüşme veya ikinci suçun cezasının iki katı gibi otomatik bir hesap yerine, hükümlünün koşullu salıverilme dönemindeki tutumu, yeni suç işleyene kadar geçirdiği süre ve işlenen yeni suçun mahiyeti gözetilerek, infaz hakimi tarafından takdir edilecek bir süre olmalıdır. Üstelik tehlikelilik halinin sürdüğünü gösteren istisnai durumlarda⁷⁸⁴, koşullu salıverilmenin kaldırılması üzerine ceza infaz kurumunda geçirilecek sürenin, hak ederek tahliye tarihini dahi geçebilmesi üzerine, şimdilik teorik olarak düşünülmelidir. Cezaların kesinliği prensibinin katı kalıplarının yıkıldığı günümüzde, topluma yeniden kazandırılmaya hazır olan hükümlünün cezasının infaz sürecinde azaltılması veya hapis dışı seçeneklere dönüştürülmesi söz konusu iken; istisnai de olsa, bunun tersini kabul etmemek, tutarsızlık olacaktır.

Şayet deneme süresi içinde hükümlü denetim altına alınmış, yani hakkında ücretli çalışma, eğitime devam yahut rehberliğe ilişkin tedbirler uygulanmaktaysa, ayrıca bunların gereklerine uymama hali de, koşullu salıverilme kurumunu ortadan kaldıran bir ihlal olarak öngörülmüştür. 107. maddenin iki fıkrası arasındaki uyumsuzluk, burada da kendisini göstermektedir. Zira, 12. fıkra göre hükümlünün “*kendisine yüklenen*

⁷⁸⁴ Bu istisnai durumlar, başta verilen koşullu salıverilme kararının dayanağı olan “iyi hal” raporunun da hatalı olduğuna işaret etmektedir. Bu gibi hallerde, salıverilen hükümlü tarafından işlenen yeni suçun niteliğine de bağlı olarak, idare ve gözlem kurulu üyelerinin idari, cezai ve özel hukuka ilişkin sorumluluklarının bulunduğu da değerlendirilmelidir.

yükümlülükleri hakimın uyarısına, uymamakta ısrar etmesi” hali; 15. fıkraya göre ise “bağlı tutulduğu yükümlülükleri yerine getirmemezse” hakkındaki koşullu salıverılme kararının geri alınacağı belirtilmiştir. Bunlar arasında da 12. fıkradaki ifade, hükümlünün daha lehinedir. Zira yükümlülüklerin bir kere yerine getirilmemesinin tespit edilmesini yeterli gören 15. fıkraya nazaran, 12. fıkarda, yükümlülük ihlalinde infaz hakimın uyarısına rağmen ısrar edilmesi aranmaktadır.

Koşullu salıverılme kararının geri alınmasını gerektiren bu ihlal karşısında uygulanacak olan etkinlik modeli ise, bu yükümlülüklerle uymama tarihi ile hak ederek salıverılme tarihi arasındaki süreyi geçmemek koşuluyla, ihlalin niteliğine göre takdir edilecek bir sürenin ceza infaz kurumunda çektirilmesidir (CGTİHK m. 107/13-b). Demek ki ihlal halinde, infaz edilecek hapis cezası süresini azaltma yetkisi infaz hakimine tanınmıştır. İnfaz hakimi, somut olaydaki ihlalin niteliğini ve halihazırda katlanılan özgürlük kısıtlamasını hesaba katarak, infaz edilecek olan hapis cezasının süresini takdir edecektir.

SONUÇ

Hapis cezasına ve hapis cezasının infazına seçenek kurumları konu alan bu çalışma, “ceza” kavramını temeline almakta ve en yalın ifadesiyle, “*ceza, hapis cezası ve hapis cezasına alternatifler*” şeklindeki kavramsal gelişim çizgisi üzerinde ilerlemektedir.

Bir cezalandırma yöntemi olmadan önceki kullanım biçimlerinden dolayı uzun tarihi bir geçmişe sahip olan fiziksel kapatmanın, yani hapsedmenin, yargılama sonunda işlendiği sabit olan suçun karşılığında verilen nihai bir ceza türü olarak kullanılmaya başlanmasının çok da eski olmadığı, sosyolojide yaygın şekilde bilinen ve paylaşılan bilgidir. Ceza hukuku alanına ait bu çalışmada ise, özellikle, yukarıda belirtilen sosyolojik gerçeğin altındaki hukuki temel aranmış ve ceza kavramına ilişkin hangi bakış açılarının, cezalandırma yöntemi olarak hapsedmenin benimsenmesinde rol oynadığı ortaya konmuştur.

Cezaya ilişkin bakış açıları, “*Neden?*” ve “*Nasıl?*” şeklindeki esaslı iki soru üzerine şekillenmiştir. “*Neden cezalandırma?*” sorusu üzerine yoğunlaşan Aydınlanma döneminin faydacı düşünürleri, soyut cezayla ilgilenmiş ve “faydalı cezanın”, bünyesinde barındırdığı kötülük tehdidi sayesinde, suç işlenmesini önleyeceği yönündeki teoriyi geliştirmişlerdir. Önleme düşüncesinin baskın olduğu bu eğilime karşın idealist düşünürler ise, somut ceza üzerine yoğunlaşıp “*Nasıl ve ne kadar cezalandırma?*” sorularına cevap aramışlardır. Bu arayış, hak edilen, yani “adil ceza” kavramını ve ödetici adalet anlayışını yücelten bir teoriyi ortaya çıkarmıştır.

Birbirine zıt görünen bu iki tez, ilginç şekilde, bir cezalandırma yöntemi üzerinde tereddütsüz uzlaşabilmiştir: Hapis cezası.

Hapis cezası, ölçülebilir olması sayesinde, kusura orantılı ceza prensibine ve herkes için aynı değerde olan özgürlükten yoksun kalma bakımından, bilhassa idealistlerin hassas noktası olan eşitlik prensibine uygun bir ceza olarak görünmüştür.

Diğer yandan da, özgürlükten yoksun kalmanın korkutuculuğu ve özellikle infaz aşamasında topluma faydalı bireyler yetiştirme yoluyla, içerik itibariyle yararlı bir ceza sistemi kurması bakımından faydacıların temel prensiplerine uygun bir cezalandırma formu, yani dürüst, çalışkan ve normlara uyan bir yurttaş haline getirme şeklindeki, disipline dayalı pedagojik projenin ürünü olmuştur.

Dolayısıyla modern anlamda hapis cezası, yukarıda belirtilen ve karşılıklı içinde bulunan iki tezin ortak noktası haline gelme başarısını gösterdiği için Aydınlanma döneminde tarih sahnesine çıkmıştır. Ancak bu başarı uzun ömürlü olmamış, ideolojik ve pratik olmak üzere iki temel gerekçeye dayanan eleştiriler hızla artmış ve hapis cezasına alternatif bulma arayışına yol açmıştır.

Bu sırada “adil ceza” ile “yararlı ceza” arasında devam eden uyuşmazlık, bu kez şu soru ekseninde sürmüştür: *“Şayet halihazırda çekilmiş olan ceza ile elde edilmek istenen esas amaca ulaşılmışsa; yani suçlu birey, toplumsal normlara uyan birey haline gelmişse, sırf adalet uğruna cezanın çekilmeye devam edilmesinin anlamı var mıdır?”*

Buna benzer bir bakış açısıyla, ayrıca, ceza infaz süresinin sonunda hala ıslah olmamış failin cezasının, uzatılıp uzatılamayacağı da tartışılmıştır. İşte bu sorgulama, modern cezanın önemli bir kırılma noktası olan pozitivist düşüncüyü doğurmuştur. Pozitif Okul’u oluşturan düşünürler, tıbbi-psikolojik formasyonu, ceza hukuku ve kriminoloji ile birleştirmiş; gözlem, teşhis ve tedavi temeli üzerine kurulu bir sistemi, ceza hukukuna aktarmaya çalışmışlar ve “kusurlu irade” yerine “tehlikelilik” kavramını yerleştirmişlerdir. Böylece pozitivistlerin ileri sürdüğü şekilde ceza adaletinin, düzeltici, iyileştirici ve ıslah edici olması gereği, daha önceden faydacıların ortaya koyduğu pedagojik projeyi ve önlemeye dayalı düşüncüyü ileriye taşımıştır. Ancak hapsetme yoluyla bu amaçlara ulaşılamayacağının artık deneyimlenmiş olması da, hapis cezasından kaçışın pratik temeli olarak ortaya çıkmıştır. Nitekim hapishane deneyiminin kısa zamanda içine düştüğü (aşırı kalabalıklaşma, fiziksel koşulların kötülüğü, tekrerr

oranının yüksekliği, hapsetme yoluyla cezanın amaçlarına ulaşılamaması gibi sebeplere dayanan) derin kriz, hapis cezasını, ceza sisteminin merkezinden uzaklaştırmaya başlamıştır. Bu noktada yaşanan sosyal devlet ve refah devleti modelinin gelişimi de, belirtilen dönüşümün politik zeminini oluşturmuştur. Dolayısıyla hapis cezasına ve infazına seçenek kurumlar, bir yandan “topluma yeniden kazandırma” temelli özel önleme fikrinin güç kazanmasıyla doğmuş ve Aydınlanma ağındaki faydacı düşüncüyü, pozitivist filtreden geçirmek suretiyle, modern ceza hukukuna uyarlamanın aracı olmuş; diğer yandan da, hapishaneye dayalı sistemin içinde bulunduğu krizin üstesinden gelmeye hizmet etmiştir.

Bu noktada göz önünde bulundurulması gereken bir husus da, hapis cezasına ve infazına seçenek kurumların afla olan ilişkisidir. Nitekim cezaevlerinde önü alınamayan kalabalıklaşma olgusu, önce gittikçe sıklaşan af uygulamalarını; bu aflara yönelik tepki arttıkça da, isimleri farklı olmakla birlikte “özü itibariyle” af olan yöntemleri beraberinde getirmiştir. Kanunen af olarak öngörülen yahut adı farklı olmasına rağmen özünde af olan uygulamaların adeta otomatikleşmesi, bağışlama fikrine duyulan tepkiyi günden güne arttırmıştır. Burada yapılan yanlış, cezaevindeki kalabalıklaşma sorunuyla mücadelede, cezalandırıcı adaletin en klasik araçlarından olan affın kullanılması olmuştur. Böylece soruna gerçekten çözüm olabilecek mahiyette yeni araçların arayışına girilmiş ve hürriyeti bağlayıcı cezanın bir kısmı veya tümü için geçerli olacak bir alternatif yaptırım sistemine ihtiyaç duyulmuştur.

Kısacası, hapis cezasına ve infazına alternatif bulma arayışı, bir yandan, cezalandırmada “yeniden topluma kazandırma” eksenli pozitif özel önleme amacının benimsenmesi gibi ideolojik bir temele dayanırken; bir yandan da, tahammül edilemeyecek boyutlara gelen cezaevi nüfusunu düşürmedeki klasik enstrüman olan af ve af benzeri uygulamalara yönelik tepkinin bir uzantısıdır.

Bu noktada, hapishaneye alternatif yaratma eğiliminin, toplumun daha fazla kontrol altında tutulması ve gözetlenmesiyle sonuçlandığını da, eleştirel bir bakış açısıyla dikkate almak gerekir. Esasında bu sonuç, faydacıların, üç yüzyıl önce savunduğu “sosyal kontrol” tezinin de zaferidir. Dolayısıyla hapis cezasına ve infazına alternatif yollar üretilmesini savunurken, bu sürecin bundan sonra daha fazla sosyal kontrol politikası ekseninde gelişebileceği riskini de öngörmek güç değildir. Zira alternatif cezalar ve infaz yöntemleri, hapishane gibi bir kişiyi özgürlüğünden tamamen yoksun kılma yerine, toplum içinde kalmayı öngörmekte; ancak bunu, yoğun bir gözetim ve kontrol ile yerine getirmektedir. Üstelik bu gözetim ve kontrol, toplumun savunması adına, her geçen gün daha da artan bir ihtiyaç olarak toplum tarafından talep de edilmektedir.

Çalışmanın tümünde genel olarak uluslararası literatürden yararlanılmakla birlikte, temel referans ülke olarak İtalya’nın seçilmesinde rol oynayan sebebin, sadece çalışmanın hazırlık safhasının İtalya’da geçirilmesi olmadığını belirtmek gerekir. 1948 tarihli Anayasası ile İtalya, her cezanın, topluma yeniden kazandırma amacını taşımak zorunda olduğunu anayasal düzeyde öngören ilk Avrupa ülkesidir. Bu sayede İtalya’da, topluma yeniden kazandırmayı amaçlayan ceza kavramı üzerine ciddi bir içtihat birikimi ve literatür oluşabilmiştir. Çalışmanın birinci bölümünde, İtalyan Anayasa Mahkemesi’nin bu temel ilkeye ilişkin yorumunun zaman içindeki evrimi de incelenmiştir. Bu evrimsel süreç, cezanın diğer amaçlarının yanında topluma yeniden kazandırma amacını da barındırması gerektiği yorumundan başlayıp, cezanın yegâne amacının topluma yeniden kazandırma olduğu noktasına gelene kadar sürekli ilerleme göstermiştir ve henüz bu ilkeyi anayasal düzeyde tanımayan ülkemize de ışık tutacak mahiyettedir.

Cezanın, topluma yeniden kazandırmaya hizmet etmek zorunda olduğunun anayasal bir temele kavuşması, bu ilkenin hayata geçirilmesi için zorunlu bir şart olmadığı gibi, ilkenin gerçekten benimsenmesi için yeterli de değildir. Ancak İtalya

örneğinde de gözlemlendiği üzere, anayasal dayanak, bu konunun bilimsel anlamda büyük ilgi görmesine, içtihat zenginliğine ve son kertede kültürel gelişime katkı sunmaktadır. Doğal gelişim sürecini hızlandıracak olan böyle bir değişimin ülkemiz için de yararlı olacağı kanaatiyle, bu çalışmanın öncelikli önerisi, cezanın, topluma yeniden kazandırma amacını taşımak zorunda olduğunun Anayasamızda açıkça öngörülmesidir.

Çalışmanın akışı içerisinde, uluslararası literatüre yer verilen bölümde “yatay” bir etkiden bahsedilebilen karşılaştırmalı çalışma ile yetinilmemiş; ayrıca devletler nezdinde gün geçtikçe bağlayıcılığı artmakta olan ve bu nedenle “dikey” bir etkileşimin söz konusu olduğu uluslararası düzenlemelere de yer verilmiştir.

Ceza kavramının, hapis cezasının ve hapis cezasından kaçış eğiliminin teorik temellerinin detaylı şekilde incelendiği birinci bölümde ortaya konan sonuçlar ile hapis cezasına ve infazına seçenek kurumlara geçişte köprü vazifesi görececek şekilde, çalışmanın ikinci bölümünde öncelikle, yaptırım teorisine ilişkin bir kavramsal çerçeve oluşturulmuştur. Genel olarak “müeyyide” ve “tedbir” kavramlarının, dilde, hukukta ve ceza hukukundaki karşılıklarının sorgulandığı teorik incelemenin ardından, suçun karşılığında hukuk sistemi tarafından öngörülen yaptırım niteliğindeki tüm sonuçlar incelenmiştir. Esas olarak güvenlik tedbiri kavramının üzerinde önemle durulan bu bölümde öncelikle, ceza hukukuna dair ülkemizde de izleri derin olan iki temel okulun, Alman ve İtalyan okullarının arasında, ceza ve güvenlik tedbiri kavramlarına ve buna bağlı olarak hapis cezasının alternatiflerine ilişkin bakış farkları berraklık kazanmıştır. Buradan hareketle cezanın kefaret düşüncesinden sıyrılmasında çok önemli bir işlevi yerine getiren güvenlik tedbirine duyulan ihtiyacın, isnat edilebilir olan failler bakımından günümüzde ortadan kalktığı değerlendirilmiştir. Bu nedenle, klasik olarak hapis ile adli para cezasından oluşan ceza ve çeşitli güvenlik tedbiri eksenli ikili yol sistemi yerine, güvenlik tedbirinin sadece isnat edilebilir olmayan failler için uygulanmaya devam etmesi; onun haricinde iyileştirici, yeniden sosyalleştirici, topluma

yeniden kazandırıcı nitelikte çok sayıda temel ve ek cezadan oluşan bir cezalandırma yelpazesinin benimsenmesi önerilmiştir. Bu öneri, ceza kanununun hem genel hükümleri hem de özel hükümlerine yansıtılması yoluyla hayata geçirilmelidir. Böylece cezanın, temel olarak hapis cezası ve adli para cezasından oluşan dar kalıpları yıkılacak ve cezanın daha fazla bireyselleştirilmesinin önü açılacaktır. Cezanın bireyselleştirilmesine ilişkin üç görünümünden, yani yasama bireyselleştirmesi ile yargısal ve idari bireyselleştirme içinden, ülkemizde en çok benimsenen modelin idari bireyselleştirme olduğunu tespit etmek mümkündür. İdari bireyselleştirme, cezanın infazı aşamasında hükümlünün kişiliğinin gözlenerek, ceza infazının türünün veya süresinin buna bağlı olarak değişmesidir. Oysa bireyselleştirme ilkesini, mahkumiyete karar veren hakime de geniş takdir yetkisi sunularak yargısal bireyselleştirme lehine genişleterek hayata geçirmek önemlidir. Cezalandırma yelpazesinin çeşitlenmesi, yargısal bireyselleştirmeyi etkili hale getirecektir.

İkinci bölümde, yaptırım teorisine ilişkin inceleme ve değerlendirmelerin devamında çalışmanın kapsamı belirlenmiştir. Genel olarak hapis cezasına alternatifler gibi çok geniş bir kavramın içinde, sadece suçun sübutunun ardından devreye giren, yani mahkumiyete karar verildiği sırada hapis cezasına alternatif olan, hapis cezasını infaz aşamasında dönüştüren veya infaza başladıktan sonra kısmi bir alternatif olarak devreye giren kurumların, bu çalışmanın kapsamını oluşturduğu tespiti yapılmıştır. Böylece henüz cezalandırma ilişkisinin kurulup kurulmayacağının belirlenmesine ilişkin yola çıkılmadan önce öngörülen alternatifler ile ceza muhakemesinin ilerleyişinde devreye giren alternatifler, kapsam dışında bırakılmıştır. Kavramsal çerçeve, hapis cezasına mahkumiyetin ve onun infazının alternatifleri olarak belirlendiği için, bu kavramı temsil edecek başlık olarak da “hapis cezasına ve infazına seçenek kurumlar” ifadesi benimsenmiştir.

Kavram ve terim sorununun aşılması ile birlikte, bu çalışmanın en teknik kısmı olan tasnif safhasına geçilmiştir. Hapis cezasına ve infazına alternatif tüm seçenekleri kapsayacak, kendi içinde tutarlı, gelecekte öngörülebilecek yeni seçenek cezalar ve infaz modellerine de altyapı oluşturacak nitelikteki ayrım, bu çalışma için adeta omurgadır. Özellikle uluslararası literatürde çok çeşitli tasniflerin bulunmasına rağmen, bu çalışmada hapis cezasına ve infazına alternatifler önce maddi açıdan, ardından da şekli yönden tasnif edilmiştir. Maddi, yani özü itibariyle seçenek kurumlar, malvarlığına yönelik, kişi özgürlüğünü sınırlandıran, çalışma içerikli, yasaklayıcı ve sembolik tedbirler olmak üzere beşe ayrılarak incelenmiştir. Pozitif hukuktaki görünüm biçimlerine ilişkin olan şekli tasnifte ise belirlenen üç kategori, erteleme tedbirleri, dar anlamda (hapis cezasına bağımlı) seçenekler ve (hapis cezasından) bağımsız seçenekler şeklindedir.

Anılan her bir alt kategorinin örneklerle açıklandığı ikinci bölümün sonunda, hapis cezasına ve infazına seçenek kurumlara ilişkin, herhangi bir zamana veya ülke mevzuatına bağımlı olmayan genel geçer bir atlas ortaya çıkmıştır. Bu atlas, çalışmanın üçüncü bölümünde, ülkemizde var olan seçenek kurumların incelendiği yolculukta rehber olmuştur.

Hapis cezasına ve infazına seçenek olarak, Türk hukukunda öngörülen kurumların incelendiği üçüncü bölümde, her bir kurumun öncelikle hukuki niteliğine ilişkin genel açıklamalara yer verilmiş, ardından bu çalışmada benimsenen maddi ve şekli tasnifte hangi kategoriye girdiği belirlenmiş ve incelenen kurumların uygulanmasını güçlendirmek amacıyla öngörülen etkinlik modelleri analiz edilmiştir. Bu bölümde, her biri doktora tezi konusu olabilecek kurumlar, esas itibariyle yaptırım teorisi açısından incelenmiş; bunun dışında, uygulanmasına ilişkin ön şartlar, uygulanmasını durduran bozucu şartlar, görünüşteki ve gerçekteki öngörülüş amaçları, uygulamada yarattığı sorunlar ve haklarındaki eleştirilere, sadece bu çalışmayla ilgisi ölçüsünde değinilmiştir.

Bu bölümün kapsamına ilişkin yapılan önemli bir başka tercih de, bir tür etiket hilesi olan örtülü af tasarruflarının dışarıda bırakılması olmuştur. Yukarıda da belirtildiği üzere, hapis cezasına ve infazına seçenek kurumlar ile af kanunları ve özünde af olan tasarruflar arasında ince bir çizgi bulunmaktadır. Af kanunu çıkarmanın anayasal sınırları ile siyasi ve sosyal sorumluluğunun ağırlığı karşısında ülkemizde başvurulmuş olan yol, erteleme, koşullu salıverilme veya denetimli serbestlik kurumları aracılığıyla, özü itibarıyla af sonucu doğuran düzenlemeler yapmaktır. Uzun zamandır ve sıklıkla kullanılan bu yöntemin en güncel örneği de, 15 Nisan 2020 tarihinde yürürlüğe giren 7242 sayılı Kanun'un Geçici 6. maddesi olmuştur. Bu tür kanuni düzenlemelerin ortak özelliği, yürürlüğe girdiği tarihin öncesinde belirlenen bir tarihe kadar işlenen suçları kapsamaları ve belirli şartlar altında bunlara ilişkin davaların veya cezaların ertelenmesini, bu suçlardan dolayı kesinleşmiş cezaları bulunan hükümlülerin koşullu olarak salıverilmesini öngörmeleridir. Bu düzenlemeler, affı perdelemek için kullanılan değişik adlandırmalarla ve ceza infaz kurumlarındaki nüfusu hızlıca düşürmekten ibaret amaçlarla üretilen geçici çözümlerdir. Kısacası bu tür düzenlemelerin hepsi geçmişe yönelik ve geçicidir. Bu çalışmanın konusu ise hapis cezasına ve infazına seçenek olan kalıcı nitelikteki düzenlemelerle öngörülen kurumlardır. Bu bağlamda, her ne kadar çalışmanın üçüncü bölümünde incelenen konu başlıkları ile doğrudan ilgili görünseler de, bu kurumların etiket olarak kullanıldığı geçici ve geçmişe dönük düzenlemeler, bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

Çalışmanın içeriğinde bulunmamakla birlikte, sonucunda temas edilmesi gereken bir nokta da, genellikle benimsenen ve ceza infazının salt idari nitelikte bir süreç olduğu kabulünün yeniden gözden geçirilmesi gereğidir. Bu konuda, içeriğindeki pek çok düzenlemesi eleştiriye açık olan 7242 sayılı Kanun, bir yandan da olumlu bir adım atmış ve infaz hakiminin ceza infaz sürecindeki rolünü arttırmıştır. Zira Türk ceza adaletinde, infaz sürecinin daha fazla “adlileştirilmesi” ihtiyacı bulunmaktaydı. Bununla kast edilen,

cezanın infazı süresince verilen, özgürlük sınırlayıcı kararların hakim tarafından verilmesi veya en azından tümünün hakim denetiminden geçirilmesidir. Yoksa ceza infazının adlileştirilmesi, ceza infaz alanının tümüyle yargı erkine devredilmesi demek değildir. Varlık sebebi uyuşmazlık çözümü olan yargının, gerek demir parmaklıklar ardında gerekse toplum içinde her anın düzenlendiği bir hayat kesitini, adeta yaşayan bir mekanizmayı yönetmesi mantıklı da değildir. Ancak temelde idari olan bu fonksiyonun, insan haklarına yönelik ağır müdahalesi nedeniyle çok yoğun biçimde adli denetime tabi olması gerekmektedir.

Bu çalışmanın sonucunda varılan genel değerlendirme olarak, ceza adalet sisteminde hapis cezası tekelinden vazgeçilmesi ve cezalandırma yelpazesinin genişletilmesi; bunun için de öncelikli olarak, cezanın ödetici değil topluma yeniden kazandırıcı olduğu zihniyetinin özümsemişi gerektiği belirtilebilir. Topluma yeniden kazandırma anlayışı, sadece hukuki çevrelerce değil, ancak toplumun geneline yayılabildiği sürece özümsemiş sayılır. Bunun için hapisyanenin içindekilerin topluma yeniden girebilmesi kadar, toplumun da hapisyaneye girmesi konusu da düşünülmelidir. Örneğin, Avrupa ülkelerinin çoğunda yerleşik olan gönüllülük kültürü sayesinde toplumun hapisyane içerisine gönüllü olarak girmesi de kolaylaşmıştır. Bu durum cezalandırmanın topluma yeniden kazandırma amacı ekseninde şekillenmesiyle uyumludur. Böylece hapisyane topluma açılmış, toplum da karşılığında hapisyaneye girmek için gönüllü olmuştur. Bizde ise özellikle son yirmi yılda ceza infaz kurumları içinde ve cezanın toplum içinde infazına ilişkin çok önemli yollar kat edilmişse de, aynı hızdaki gelişmeleri, toplumun ceza infaz kurumlarında gönüllü olarak aktiviteler yapması için söylemek henüz zordur. Bunda, ceza infaz kurumlarının şehirden uzaklaşıp çok büyük kampüsler şeklinde inşa edilmesinin, böylece toplumdan izolasyonun artmasının ve güvenlik kaygısı nedeniyle ceza infaz kurumlarına erişimin güç olmasının da rolü şüphesiz vardır. Cezaevi mimarisi ve şehir planlamasında cezaevlerinin yeri ile bir

ülkenin benimsediği ceza adaleti anlayışı arasında, başlı başına uzmanlık alanı olabilecek ölçüde geniş ve güçlü bağlar vardır.

Ceza hukuku alanındaki bir doktora tezi olan bu çalışma, başka uzmanlık alanlarının sınırlarına girmekten mümkün olduğunca kaçınarak esas itibariyle cezanın infazının, salt idari ve teknik bir süreç olmadığı, önemli bir kısmı adli nitelikte ve sadece tutuklu, hükümlü ve onların yakınlarını değil, esasında her bireyi ilgilendiren, değerli bir toplumsal mesele olduğunu ve bunun için öncelikle ceza kavramına yönelik toplumsal bakış açısının değişmesi gerektiğini vurgulama gayesindedir.

KAYNAKÇA

AGTAŞ, Özkan: Ceza ve Adalet, İstanbul 2013.

AKBULUT, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017.

AKKAŞ, Ahmet Hulusi, “*Koşullu Salıverilme*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, Y. 2008, S. 1-2, s. 305-335.

AKSOY RETORNAZ, Emine Eylem: “*Beccaria’nın Hapis Cezasına Bakışı Üzerine Bir Değerlendirme*”, TBB Dergisi, 2014 (112), s. 93-106.

AKTAŞ, Sururi: “*Cezalandırmanın Amacı Üzerine*”, EÜHFD, Y. 2009, C. XIII, S. 1–2, s. 1-25.

ALBANO, Alessandro – PICOZZI, Francesco: “*Contrasti Giurisprudenziali in Materia di (Misurazione dello) Spazio Detentivo Minimo: lo Stato Dell’Arte*”, Archivio Penale, 2015 (1). [http://www.archiviopenale.it/contrastigiurisprudenziali-in-materia-di-\(misurazione-dello\)-spazio-detentivo-minimo-lo-stato-dell-arte/articoli/9360](http://www.archiviopenale.it/contrastigiurisprudenziali-in-materia-di-(misurazione-dello)-spazio-detentivo-minimo-lo-stato-dell-arte/articoli/9360)

ALICI, Burhan: “*Belçika Ceza Hukukunda Çalışma Cezası*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2011, C. XV, S. 3, s. 131-164.

- ALPASLAN, M. Şükrü: Türk Ceza Kanunu'nda Fer'i ve Mütemmim Cezalar, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu (22-26 Mart 1976) içinde, İstanbul 1977, s. 221-246.
- AMBROSETTI, Enrio Mario: “*La Riforma Orlando: Profili Di Diritto Penale Sostanziale*”, Processo Penale e Giustizia, 6-2017, s. 1057-1066.
- ANCEL, Marc: Social Defence, A Modern Approach to Criminal Problems (Çev. J. WILSON), London 1965.
- ANDENSES, Johs: “*General Prevention – Illusion or Reality?*”, Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Sciences, S. 43 (Issue 2), Y. 1952, s. 176-198.
- ANTOLISEI, Francesco: Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, Milano 1997.
- ANTOLISEI: “*Ceza ve Emniyet Tedbirleri*” (Çev. Yılmaz GÜNAL), SBFD, Y. 1965, C. XX, S. 2, s. 715-733.
- ARISTOTELES: Nikomakhos’a Etik (Çev. Furkan AKDERİN), İstanbul 2015.
- ARTUK, Mehmet Emin – GÖKCEN, Ahmet: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017.
- ARTUK, Mehmet Emin: “*Güvenlik Tedbirleri*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, Y. 2008, S. 1-2, s. 461-492.
- AVCI, Mustafa: Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenekler (Yayımlanmamış doktora tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1994.
- AYBAY, Aydın – AYBAY, Rona – PEHLİVAN, Ali: Hukuka Giriş, İstanbul 2018.
- AYDIN, Devrim: “*Ceza Hukukunun Geleceği ve Yeni Yaptırım Biçimleri*”, Ceza Hukuku Dergisi, Nisan 2010, S. 12, s. 87-101.
- AYDIN, Devrim: “*Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Hazırlanış Süreci*”, AÜSBF Dergisi, Y. 2004, C. 59, S. 4, s. 249-263.
- AYDIN, Öykü Didem: “*Malvarlığına İlişkin Bir Emniyet Tedbiri Olarak Türk Ceza Yasası’nda Müsadere*”, AÜHFD, Y. 1993, C. 3, s. 143-156.

- AYDIN, Öykü Didem: Emniyet Tedbirleri (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1994.
- AYGÜN EŞİTLİ, Ezgi: “Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar”, AÜHFD, Y. 2016, C. 64, S. 4, s. 63-100.
- BACAKSIZ, Pınar: “Cezalandırma ve Topluma Yeniden Kazandırma”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan), Y. 2014 (Basım yılı: 2015), s. 4917-4941.
- BALO, Yusuf Solmaz: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Ankara 2016.
- BAŞTÜRK, İhsan: Hükümün Açıklanmasının Ertelenmesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara 2012.
- BECCARIA, Cesare: Suçlar ve Cezalar Hakkında (Çev. Sami SELÇUK), Ankara 2004.
- BERNARDI, Alessandro: “L’evoluzione in Europa delle alternative alla pena detentiva tra comparazione e impulsi sovranazionali”, Riv. It. Dir. Proc. Pen. , 2016/1, s. 51-95.
- BERNARDI (Ed.): Prison Overcrowding and Alternatives to Detention, European Sources and National Legal Systems (Koord. Adriano MARTUFI), Napoli 2016.
- BERTACCINI, Davide: Fondamenti di Critica della Pena e del Penitenziario, Bologna 2019.
- BETTIOL, Giuseppe: Ceza Hukukunun İnsanileştirilmesi ve Klasizm ile Pozitivizm Arasındaki Tezadın Bugünkü Durumu (Çev. Faruk EREM), Ankara 1949.
- BETTIOL, Giuseppe: Il Problema Penale, Palermo, 1948.
- BOBBIO, Norberto: “Sanzione”, Novissimo Digesto Italiano, Torino 1969, C. XVI, s. 533-
- BRICOLA, Franco: “Le Misure Alternative alla Pena nel Quadro di Una ‘Nuova’ Politica Criminale”, Riv. It. Dir. Proc. Pen. 1977, s. 13-75.
- BRUNO, Desi – BERTACCINI, Davide: I Garanti (dalla Parte) dei Detenuti, Le Istituzioni di Garanzia per i Privati di Libertà tra Riflessione Internazionale ed Esperienza Italiana, Bologna 2018.

- BÜYÜKDÜVENÇİ, Sabri: “*Adalet, Suç ve Ceza Üzerine: Nietzsche*”, Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Felsefe Bölümü Dergisi, Y. 2007, C. 18, s. 1-10.
- CANEPA, Mario – MERLO, Sergio: *Manuale di Diritto Penitenziario*, Milano 2010.
- CATTANEO, Mario A.: “*Pena (Filosofia del Diritto)*”, *Enciclopedia del Diritto*, XXXII, s. 701-711.
- CAVALIERE, Antonio: “*Il Diritto Penale Minimo in Alessandro Baratta: per un’Alternativa alla ‘Cultura del Penale’*”, *Archivio Penale*, Y. 2018, S. 3 (Settembre-Dicembre), s. 1-26. (Çevrimiçi erişim için bkz. <http://archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=916afacb-f744-43a0-b23e-e39eb8769d84&idarticolo=17490>)
- CENTEL, Nur – ZAFER, Hamide – ÇAKMUT, Özlem: *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul 2016.
- CENTEL, Nur – ZAFER, Hamide: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2017.
- CENTEL, Nur: “*Denetimli Serbestlik*”, *Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı*, Ankara 2008, C. I, s. 531-553.
- COCCO, Giovanni (Ed.): *Punibilità e Pena*, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale II*, Padova 2009.
- COLLICA, Maria Teresa: “*La Delega Della Legge Orlando Sulle Misure Di Sicurezza*”, *La Legislazione Penale*, Commenti alla L. 103/2017, 20.02.2018. (Çevrimiçi erişim için bkz. <http://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2017/12/M.-Collica-misure-di-sicurezza-ultimo.pdf>)
- CRISTILLO, Antonio: *Le Pene Sostitutive*, *Trattato di Diritto Penale Parte Generale içinde*, C. II (La Punibilità e Le Conseguenza Giuridiche del Reato), (Ed. Paolo Veneziani), Milano 2014, s. 157-204.
- ÇETİN, Soner Hamza: *Türk Ceza Kanunu’nda Seçenek Yaptırımlar*, Ankara 2011.

- ÇOLAK, Haluk - ALTUN, Uğurtan: “*Kısa Süreli Hapis Cezaları, Seçenekli Yaptırımlar ve İnfaz Rejimleri*”, TBB Dergisi, Y. 2006, S. 67, s. 163-229.
- ÇOLAK, Haluk – ALTUN, Uğurtan: “*Bir Yaptırım Türü Olarak Para Cezalarının Teori ve Uygulamadaki Analizi*”, TBB Dergisi, S. 69, Y. 2007, s. 241-337.
- DEĞİRMENCİ, Olgun: “*Yargı Kararları Çerçevesinde Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Hukuki Denetimi ve İtirazın Kapsamı*”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyumu Dergisi, Y. 2019, C. I, S. 2, s. 71-104.
- DE LIA, Andrea: “*La sconfinata giovinezza delle misure di prevenzione*”, Archivio Penale, Y. 2017 (Gennaio-Aprile), S. 1, s. 1-36.
- DEMİRBAŞ, Timur: *İnfaz Hukuku*, Ankara 2019.
- DEMİRBAŞ: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2019.
- DOĞAN, Duygu Çağlar: “*Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesinde Faile İlişkin Özel Ölçütlerin Temyiz Kanun Yolunda Denetlenmesi Sorunu*”, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2019, C. 21 (Özel Sayı), s. 1029-1058.
- DOLCINI – PALIERO: “*Sanzioni sostitutive (Dir. Pen.)*”, Enciclopedia del Diritto, XLI, Milano 1989, s. 488-528.
- DOLCINI, Emilio – PALIERO, Carlo Enrico: *Il Carcere Ha Alternative?*, Milano 1989.
- DOLCINI, Emilio: “*‘Ceza İnfazı Meselesi’: Bir Ceza Hukukçusu Gözüyle Ara Bilanço*” (Çev. Duygu Çağlar DOĞAN), AÜHFD, Y. 2016, C. 65, S. 4, s. 3355-3374.
- DONAY, Süheyl: *Türk Hukukunda Para Cezalarında Gelişmeler, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu* (22-26 Mart 1976) içinde, s. 265-317.
- DÖNMEZER, Sulhi – ERMAN, Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, İstanbul 1981.

- DURNESCU, Ioan: “*Some Reflections on Community Sanctions and Measures in Europe*”, Journal of Criminal Justice and Security, Y. 11, N. 4, s. 548-558.
- DURSUN, Selman – ATLIHAN, Özen: “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin Üye Devletlere Toplum Yaptırımları ve Tedbirleri Hakkında Avrupa Kuralları Üzerine (92) 16 Sayılı Tavsiyesi”, Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi – 5, (Proje Yön. Kayıhan İÇEL, Haz. Yener ÜNVER) içinde, Ankara 2006, s. 307-322.
- EMİROĞLU, Haluk – GÖRGÜLÜ, Nisan: “*Hukukun Matematiksel Olarak İfade Edilmesi*”, AÜHFD, C. 62, S. 1, Y. 2013, s. 73-92.
- ERDEM, Mustafa Ruhan: “*Kısa Süreli Özgürlüğü Bağlayıcı Cezaların İnfazı ve Yeni Seçenekler*”, İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu, 24-25.11.2000, Ankara 2001, s. 192-213.
- ERDEM, Mustafa Ruhan: “*Lizbon Antlaşması ve Avrupa Ceza Hukuku’nun Geleceği*”, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, Özel Sayı, s. 1019-1098.
- ERDOĞAN, Emine: Hinduizmin Kutsal Metinlerinden Manu Kanunnamesi (Manusmriti), Konya 2015.
- EREM, Faruk: “*Türk Ceza Kanununda Emniyet Tedbirleri*”, AÜHFD, C. I, Y. 1944, S. 3, s. 351-378.
- ERİŞİR, Evrim: Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul 2013.
- ERSOY, Yüksel: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002.
- EUSEBI, Luciano: “*Pena*”, Dizionario Sistematici, Diritto Penale (Ed. Fausta GIUNTA) içinde, 2008, s. 371-381.
- FLETCHER, George P.: Basic Concepts of Criminal Law, New York 1998.
- FLORA, Giovanni: “*Misure Alternative alla Pena Detentiva*”, Novissimo Digesto Italiano, appendice Vol. V, Torino 1984, s. 95-107.

- FOUCAULT, Michel: Hapishanenin Doğuşu (Çev. Mehmet Ali KILIÇBAY), Ankara 2015.
- GATTA, Gian Luigi: “*Riforma Orlando: La Delega in Materia Di Misure Di Sicurezza Personali. Verso Un Ridimensionamento Del Sistema Del Doppio Binario*”, Diritto Penale Contemporaneo, 6/2017, s. 253-256.
- GOISIS, Luciana: La Pena Pecunaria, un'Indagine Storica e Comparata: Profili di Effettività, Milano 2008.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: Türk Ceza Sistemi (Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar), Ankara 1966.
- GRAMMATICA, Filippo: Toplumsal Savunma İlkeleri (Çev. Sami Selçuk), Ankara 2005.
- GRISPIGNI, Filippo: “*Ceza ve Emniyet Tedbirlerinin Birleştirilmesi Sorunu*” (Çev. Hasan İsmet BIYIKLI), Ankara Barosu Dergisi, Y. 1974, S. 6, s. 1083-1105.
- GROTIUS, Hugo: Savaş ve Barış Hukuku (De Iure Belli Ac Pacis) (Çev. Seha L. MERAY), Ankara 1967.
- GÜNDAY, Metin :İdare Hukuku, Ankara 2004.
- GÜNEŞ, Seyithan: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, İstanbul 2018.
- GÜNGÖR, Devrim – TOROSLU, Haluk: “*Müsadere ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme*”, AÜHFD, Y. 2016, 65(4), s. 1967-1980.
- GÜNGÖR, Devrim – OKUYUCU – ERGÜN, Güneş: “*Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması*”, AÜHFD, Y. 2016, C. 65, S. 4, s. 1951-1965.
- GÜRELLİ, Nevzat: “*Ceza Kanunumuzun Elli Yıllık Uygulamasında Ölüm Cezası ve Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar*”, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu (22-26 Mart 1976), İstanbul 1977.
- GÜRİZ, Adnan: Hukuk Başlangıcı, Ankara 2005, s. 1.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki – ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.

HAFIZOĞULLARI, Zeki: Ceza Normu, Ankara 1987.

HANÇERLİOĞLU, Orhan: Türk Dili Sözlüğü, İstanbul 2000.

HEINRICH, Bernd: Ceza Hukuku, Genel Kısım-1, (Ed. Yener ÜNVER), Ankara 2014.

Henning ROSENAU: “*Jakobs ’un Düşman Ceza Hukuku Kavramı Hukukun Düşmanı*” (çev. Erhan TEMEL), AÜHF Dergisi, Y. 2008, S. 4, s. 391-402.

HONIG, Richard: “*Ceza Gayeleri Nazariyesinin Tarihine Dair*” (çev. Dr. Yavuz ABADAN), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 2, Y.1936, s.413-426.

HONIG, Richard: “*Taksir ve Ceza*” (çev. Doç. Dr. Yavuz ABADAN), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.4, S.14, Y.1938, s. 209-219.

İÇEL, Kayıhan: Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Olan Müesseselerdeki Gelişmeler ve Türk Ceza Sisteminin Bu Yönden Değerlendirilmesi, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu (22-26 Mart 1976) içinde, s. 323-344.

İNCE, Hüseyin: Türk Ceza Hukuku’nda Kısa Süreli Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Yaptırımlar, Ankara 2007.

İŞBİLİR, Ömer: XVIII. Yüzyılın İlk Yarısında Osmanlı Devletinde Limni Kalebentleri, Zindanlar ve Mahkumlar (Haz. Emine GÜRSOY-NASKALI ve Hilal Oytun ALTUN) içinde, İstanbul 2006, s. 48-56.

JAKOPS, Günther: “*Düşman Ceza Hukuku?- Hukukiliğin Şartlarına Dair Bir İnceleme*” (Çev. M. Cemil OZANSÜ), Terör ve Düşman Ceza Hukuku (Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi – 8) içinde, Ankara 2008, s. 507-526.

JAKOPS, Günther: “*Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku*” (Çev. M. Cemil OZANSÜ), Terör ve Düşman Ceza Hukuku (Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi – 8) içinde, Ankara 2008, s. 489-505.

KAFES, Veli: “*Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi*“, AÜHFD, Y. 2011, 60 (1), s. 83-156.

- KALMTHOUT, Anton M. Van: “*Kamu Yararına Çalışmadan ‘Toplumsal Yaptırımlara’: Karşılaştırmalı Bir Bakış Açısı*” (çev: Burhan ALICI), Küresel Bakış, Nisan 2011, Y. 1, C. 1, S. 1, s. 71-106.
- KARAKAŞ DOĞAN, Fatma: Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, İstanbul 2010.
- KATOĞLU, Tuğrul: Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, Ankara 2008.
- KAYA, Emir: “*İnsan Hakları Açısından Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması*”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2013, S. 3, s. 411-436.
- KAYAK, Sevgi: “*Roma Ceza hukukunda Sorgulama ve Cezalandırma Yöntemleri*”, Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan (Der.: Doç. Dr. Murat İNCEOĞLU), İstanbul 2011, s. 155-185.
- KELSEN, Hans: Saf Hukuk Kuramı, Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş (Çev. Ertuğrul Uzun), İstanbul 2016.
- KETİZMEN, Muammer: “*Ceza Hukukunda Metalaşma ya da Yeni Ceza Adalet Sistemi?*”, Türkiye’nin Hukuk Sisteminde Yapısal Dönüşüm (Der. Ali Murat ÖZDEMİR – Muammer KETİZMEN) içinde, Ankara 2014.
- KEYMAN, Selahattin – TOROSLU, Haluk: Hukuka Giriş, Ankara 2012.
- KEYMAN: “*Tipiklik ve Ceza Hukuku*”, AÜHFD, C. 37, S. 1, Y. 1980, s. 59-105.
- KLAUS, Günter: Responsibility to Protect and Preventive Justice, Prevention and the Limits of the Criminal Law (Ed. Andrew ASHWORTH - Lucia ZEDNER - Patrick TOMLIN) içinde, Oxford 2013, s. 69-90.
- KOÇ, Ziya: “*Elektronik İzleme ile Hapis Cezasının Konutta Çektirilmesi*”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2013, S. 2, s. 173-220.
- KÖNİ, Burhan: “*Cezanın Tayininde Suçlunun Şahsiyeti*”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Y. 1956, S. 11(3), s. 49-58.

- KUNTER, Nurullah: “*Tehlike Tedbiri’ Genel Teorisi ve Para Cezaları için İcrai ve İhtiyati Haciz*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 34, S. 1-4, Y. 1969, s. 17-41.
- KUNTER, Nurullah: Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989.
- KUNTER: “*Bugünün Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirlerinin Yeri*”, İÜHFİM, C. XIII, Y. 1947, S. 4, s.1327-1349.
- KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür: “*Aydınlanma ve Ceza Hukuku*”, TBB Dergisi, Y. 2014, S. 113, s. 57-98.
- LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio – NUOTIO, Kimmo: Crime and Punishment, Nordic Law in European Context, Zürich 2019 (Ed. Pia LETTO VANAMO – Ditlev TAMM – Bent Ole Gram MORTENSEN).
- MANAVRA – DHARMA – SASTRA: Le Leggi di Manu, Istituzioni Religiose e Civili dell’India Primitiva (Çev. Carlo VICENZI), Milano 1904.
- MANNOZZI, Grazia: “*Sanzioni Sostitutive*”, Dizionari Sistematici, Diritto Penale (Ed. Fausta GIUNTA) içinde, 2008, s. 393-401.
- MANTOVANI, Ferrando: “*Pene e Misure Alternative*”, Riv. It. Dir. Proc. Pen., Y. 1977, s. 77-114.
- MANTOVANI, Ferrando: Diritto Penale, Parte Generale, Padova 2011.
- MARINUCCI, Giorgio – DOLCINI, Emilio: Manuale di Diritto Penale, Parte Generale (E. DOLCINI e G. L. GATTA tarafından güncellenmiş), Milano 2015.
- MARIOTTI, Marco: “*Ancora sul Sovraffollamento Carcerario: nel Calcolo della Superficie della Cella È Compreso lo Spazio del Letto? La Cassazione Interprete la Giurisprudenza di Strasburgo in modo Particolarmente Favorevole ai Detenuti*”, Diritto Penale Contemporaneo, 29.03.2017,

<https://www.penalecontemporaneo.it/d/5310-ancora-sul-sovrappollamento-carcerario-nel-calcolo-della-superficie-della-cella-e-compreso-lo-spazi>

MARTUFI, Adriano: “*The paths of offender rehabilitation and the European dimension of punishment: New challenges for an old ideal?*” Maastricht Journal of European and Comparative Law, Y. 2018, S. 6, s. 1-17.

MCMAHON, Maeve: “*‘Net-Widening’ Vagaries in the Use of a Concept*”, The British Journal of Criminology, 1990, V. 30, N. 2, s. 121-149.

MONTALDO, Stefano: “*Offenders’ Rehabilitation: Towards a New Paradigm for EU Criminal Law*”, European Criminal Law Review (EuCLR), 2/2018, V. 8, s. 223-243.

NUHOĞLU, Ayşe: “*5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Güvenlik Tedbirleri*”, Türk Ceza Kanununun 2. Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar Sempozyumu, TCHD, İstanbul 2008, s. 192-206.

NUVOLONE, Pietro: “*Pena (in generale)*”, Novissimo Digesto Italiano içinde, Torino 1969, C. XVI, s. 787-819.

OĞUZMAN, M. Kemal – BARLAS, Nami: Medeni Hukuk, İstanbul 2002.

OKANDAN, Recai: “*Romalıların Suç Telakki Ettikleri Fiiller ve Bunlara Terettüp Eyleyen Cezalar*”, Tahir Taner’e Armağan, İstanbul 1956, s. 327-350.

ÖTHMANİ, Ahmed: Hapishaneden Çıkış, Dünyadaki Cezaevi Sistemlerinde Reform Mücadelesi (Haz. Sophie BESSIS, Çev. Işık ERGÜDEN), İstanbul 2003.

OZANSÜ, Mehmet Cemil: Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk, Ankara 2007.

ÖNDER, Ayhan: Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992.

ÖZBEK, Veli Özer: İnfaz Hukuku, Ankara 2018.

ÖZBEK, Veli Özer: “*Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Hakkındaki Değerlendirmelerimiz*”, CHD – Nisan 2020, Y. 15, S. 42, s. 301-312.

ÖZBEK, Veli Özer – DOĞAN, Koray – BACAĞIZ, Pınar: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2019.

ÖZBEK, Veli Özer – MERAKLI, Serkan: “*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtiraz Üzerine Yapılacak Denetim*” (Karar İncelemesi), Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2013, C. 19, S. 2 (Özel Sayı), s. 221-236.

ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017.

ÖZGENÇ, İzzet: TCK Şerhi Genel Hükümler, Ankara 2006.

ÖZGENÇ, İzzet: “*Bir Ceza İnfaz Rejimi Olarak Erteleme*”, Anayasa Yargısı Dergisi, Y. 2001, C. 18, s. 99-148.

ÖZTÜRK, Bahri – ERDEM, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2017.

ÖZTÜRK, Bahri (vd.): Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2019.

ÖZYÖRÜK, Mukbil: İdare Hukuku Dersleri, Ankara 1973.

PADOVANI, Tullio: Diritto Penale, IX. Edizione (9. Bası), Milano 2008.

PALAZZO, Francesco: Diritto Penale Parte Generale, Torino 2006.

PAVARINI, Massimo – GUAZZALOCA, Bruno: Corso di Diritto Penitenziario, Bologna 2004.

PAVARINI: Corso di Istituzioni di Diritto Penale, Bologna 2013.

PAVARINI: Le Conseguenze Giuridiche del Reato, Introduzione al Sistema Penale içinde, V. II, Torino 2001, (Haz. Alberto CADOPPI vd.), s. 446-488.

PLATON: Gorgias (Çev. Furkan AKDERİN), İstanbul 2011.

PULITANÒ, Domenico: Diritto Penale, Torino, 2015.

RONCO, Mauro: “*L’attulità di Giuseppe Bettiol nel 100° Anniversario della Nascità e nel 25° Anniversario della Morte*”,

http://www.edizioniets.com/criminalia/2007/009_Ronco_147.pdf.

ROXIN, Claus: Ceza Hukukunun Bir Geleceği Var Mıdır? (Çev. Yener ÜNVER), Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi – 5 (Proje Yön. Kayıhan İÇEL, Haz. Yener ÜNVER) içinde, s. 55-70.

RUGGIERO, Vincenzo – VASS, Antony A.: “*Alternatives to Custody and Punitive Cultures In England And Italy*”, Laboratory of Criminological Sciences, Faculty of Law, Democritus University of Thrace, V. 9, Eylül 1996. (Çevrimiçi erişim için bkz. https://www.researchgate.net/publication/240639855_ALTERNATIVES_TO_CUSTODY_AND_PUNITIVE_CULTURES_IN_ENGLAND_AND_ITALY)

RUSCHE, Georg – KIRCHHEIMER, Otto: Pene e Struttura Sociale (Haz. Dario MELOSSI – Massimo PAVARINI), Bologna 1978.

SARIGÜL, Ali Tanju: “*Türk ve Alman Hukuku’nda Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması*” TBB Dergisi, Y. 2015, S. 118, s. 125-162.

SEVDİREN, Öznur: Alternatives to Imprisonment in England and Wales, Germany and Turkey, (Springer) 2011.

SEVİĞ, Vasfi Raşit: “*Cezanın Tarihi Menşei*”, AÜHFD, Y. 1955, C. 12, S. 3, s. 9-49.

SEYHAN, Kazım: “*Klasik Okul Teorileri*”, Kriminoloji (ed. M. Alper SÖZER – Ercan BALCIOĞLU) içinde, Ankara 2016, s. 37-47.

SNACKEN, Sonja: “*A Reductionist Penal Policy and European Human Rights Standards*”, European Journal on Criminal Policy and Research, Y. 12, S. 2, June 2006, s.143-164.

- SNACKEN, Sonja – VAN ZYL SMIT, Dirk: Principles of European Prison Law and Policy, New York 2009.
- SOYASLAN, Doğan: “*Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların İnfaz Rejimi*”, İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu, 24-25.11.2000, Ankara 2001, s. 162-191.
- SOYER GÜLEÇ, Sesim: Borç İçin Hapis Yasağı ve Karşılıksız Çek Suçu, Ankara 2011.
- ŞAHİN, Cumhur – GÖKTÜRK, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku II, Ankara 2015.
- TANER, Fahri Gökçen: Ceza Hukukunda Zamanaşımı, Ankara 2008.
- TANER, Fahri Gökçen: “*Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesinin (Geri Bırakılmasının) Hukuki Niteliği ve Ertelemeyi Kabul Edip Etmediğinin Sanığa Duruşma Devresinin Sona Ermesinden Önce Sorulmasının Hukuka Aykırılığı Üzerine*”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2011, S. 4, s. 287-298.
- TANER, Tahir: Ceza Hukuku Umumi Kısım, İstanbul 1953.
- TOPAKKAYA, Aslan: “*Aristoteles’te Adalet Kavramı*”, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi (The Journal of International Social Research), V. 2/6, Winter 2009, s. 628-633.
- TOROSLU, Haluk: Ceza Müeyyidesi, Ankara 2010.
- TOROSLU, Nevzat – TOROSLU, Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2018.
- TOROSLU, Nevzat: Nasıl Bir Ceza Kanunu, Ankara 1987.
- TORRENTE, Giovanni: “*La Popolazione Detenuta in Italia tra Sforzi Riduzionisti e Nuove Tentazioni Populiste*”, Diritto Penale Contemporaneo, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/4934-la-popolazione-detenuta-in-italia-tra-sforzi-riduzionisti-e-nuove-tentazioni-populiste>.
- TOSUN, Öztekin: Suçluların Gözlemi, İstanbul 1966.

- TURHAN, Faruk – ALTIKAT, Abdurrahim: “*Yeni Bir Ceza İnfaz Usulü Olarak Denetimli Serbestlik ve Bu Usulden Yararlanma Şartları*” S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, Y. 2012, s. 1-46.
- TÜRKÖĞLU, Halide Gökçe: Roma Hukukunda Suç ve Ceza, Ankara 2017.
- UÇKAN, Özcan: Türk Hukukunda Meslek ve Sanatın Tatili Müeyyidesi ve Uygulama Sorunları, Eskişehir 1983.
- ÜNVER, Yener – HAKERİ, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2014.
- ÜZÜLMEZ, İlhan – KOCA, Mahmut: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018.
- VAN ZYL SMIT, Dirk (Haz.): Hapsetmenin Alternatifleri, (Çev. Danende Zeynep ALPAR), Ceza Adaleti El Kitapları Dizisi, 2013.
- VASSALLI, Giuliano: “*İtalya’da Emniyet Tedbirleri Deneyi*” (Çev. Süheyl DONAY), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 36, S. 1-4, s. 509-528.
- VOYATZIS, Panayotis: “*Alternative Measures to Detention in the European Court of Human Rights’ Case-law*”, European Criminal Law Review (EuCLR), 2014/2, V. 4, s. 169-178.
- WEBER, Max: Hukuk Sosyolojisi (Çev. Latif BOYACI), İstanbul 2014.
- YAVUZ, Hakan A.: Ceza İnfaz Sistemi ve Denetimli Serbestlik, Ankara 2018.
- YAVUZ (Çev.): Kamusal Yaptırımlar ve Tedbirlere İlişkin Avrupa Kuralları Küresel Bakış Dergisi, Y. 8, S. 23, Aralık 2017, s. 149-165.
- YENİDÜNYA, Ahmet Caner: Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Şartla Salıverme, İstanbul 2002.
- YENİSEY, Feridun – NUHOĞLU, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2019.
- YILDIRIM, Akif: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Ankara 2018.
- YILDIRIM, Akif: “*Mayınlı Bir Alan: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Denetimi*”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y. 6, S. 11, Haziran 2018, s. 435-480.

YILDIRIM, Zeki: “Türk İnfaz Hukukunda Kısa Süreli Hapis Cezalarının Özel İnfaz Usulleri”,
CHD (Aralık 2018), Y. 13, S. 38, s. 147-192.

YILDIZ, Elif Çağla: Jeremy Bentham’ın Ceza Teorisi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi),
Ankara 2014.

YURTCAN, Erdener: Ceza Yaptırımı ve Bireyselleştirme, Ceza Hukuku Günleri (26-27 Mart
1987) 70. Yılında Türk Ceza Kanunu - Genel Hükümler içinde, s. 255-265.

YÜCEL, Mustafa Tören: Hukuk Felsefesi, Ankara 2014.

Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, 1988.

www.tbmm.gov.tr

www.ristretti.it

www.tdk.gov.tr

www.kazanci.com

www.penal.org

www.treccani.it

www.cortecostituzionale.it

www.kgm.adalet.gov.tr

www.cortecostituzionale.it

www.cte.adalet.gov.tr

www.tchd.org.tr/

www.archiviopenale.it

www.penalecontemporaneo.it

www.radioradicale.it

www.coe.int

www.treccani.it/

www.euprobationproject.eu/

www.gazzettaufficiale.it

www.giustizia.it

<http://minidossier.openpolis.it>

<http://blog.openpolis.it>

<https://hudoc.echr.coe.int>

<https://e-justice.europa.eu>

<http://latin-dictionary.net>

[infaz-kanunu-değişiklik-teklifi-değerlendirmesi-\(2020.04.06\).pdf](#)

[“ceza-ve-guvenlik-tedbirlerinin-infazi-hakkında-kanun-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-teklifi”-hakkında-bilimsel-gorus.pdf](#)

ÖZET

Hapsetme pratiği, insanlık tarihinde derin köklere sahip olsa da, bunun bir ceza türü olarak uygulanışının tarihi, yaygın kanının aksine, çok da eskiye dayanmamaktadır. Bu çalışmada, hapis cezasının dünya üzerinde yaygın bir ceza türü olarak uygulanmaya başlandığı on sekizinci yüzyıl ortalarından itibaren iki yüzyıl geçmeden başlayan tartışmalar ile şekillenen güçlü bir akım olarak hapis cezasından kaçış eğilimi, bunun ceza hukukundaki teorik temelleri ile karşılaştırmalı hukukta ve ülkemiz hukukundaki yansımaları incelenmiştir.

Hapis cezasının, ceza adalet sisteminin merkezine yerleştirilmesi ve ardından merkezden uzaklaştırma çabası, ceza kavramının içeriğini dolduran cezalandırma anlayışıyla doğrudan bağlantılıdır. Bu nedenle çağdaş ceza hukukunu şekillendiren cezalandırma anlayışlarına değinerek başlayan çalışma, ardından ceza, müeyyide, tedbir gibi ceza hukukunda sıklıkla kullanılan terim ve kavramları da derinlemesine sorgulamıştır.

Çalışmanın kapsamı, ceza muhakemesi kronolojisinde mahkumiyet öncesinde cezalandırma ilişkisini kesen veya tutuklamaya alternatif olan çeşitli alternatifleri dışarıda bırakacak şekilde sınırlandırılmıştır. Bu çerçevede, hapis cezasına mahkumiyet sırasındaki ve sonrasındaki infaz sürecinde söz konusu olan seçenek kurumlar inceleme kapsamına alınmıştır.

Hapis cezasına seçenek ceza ve infaz yöntemlerinin, idealist ve pragmatik olarak sınıflandırılabilir çeşitli nedenlerle gün geçtikçe zenginleşip yaygınlaştığı çağımızda, bu hızlı gelişimi takip etmekte zorlanan akademi, özellikle de ülkemizde, henüz yolun başlarındadır. Bu çalışma, Türk ceza ve ceza infaz hukuku öğretisinde, hapis cezasını sistemin merkezinden uzaklaştırma anlayışına katkı sunma amacıyla hazırlanmıştır.

SUMMARY

Although the practice of imprisonment has deep roots in human history, contrary to popular belief, the history of its application as a form of punishment is not very old. This study examines the tendency to escape from imprisonment as a strong trend which has been shaped by the debates that started two centuries earlier after the mid-eighteenth century, when imprisonment was applied as a common type of punishment around the world, and its theoretical foundations in criminal law and its reflections in comparative law and the law of our country.

Placing the prison sentence at the centre of the criminal justice system, and then attempting to decentralize it, is directly linked to the mentality of punishment which is at the heart of the concept of punishment. For this reason, the study, which started by referring to the understanding of punishment that shapes contemporary criminal law, then questioned the terms and concepts frequently used in criminal law such as punishment, sanction, and injunction. The scope of the study has been limited to exclude various alternatives that sever the relations the punishment before conviction or alternate to arrest in the criminal procedure chronology.

In this context, the related institutions that were in question throughout the execution process during and after the sentence of imprisonment were included in the scope of investigation.

Recently, as an alternative to imprisonment, punishment and execution methods are constantly developing and becoming more varied due to different idealistic and pragmatic reasons. The academy, especially in our country, has difficulty in following these rapid developments as we are at the beginning of this journey. This study has been prepared in

order to contribute to the understanding of removing the imprisonment from the centre of the system in the Turkish penal and penal execution law doctrine.

